BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
13 K
19

B-12. D. 22

Digitized by Google

Digitized by Google

1656
Rome
Carolus Schuiger
24 scuris

Digitized by Google

D. D.
ANT. FABRI
IVRISCONSVLTI,
DE ERRORIBVS
PRAGMATICORVM.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

D. D.
ANT. FABRI
I.C. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Primarij Præſidis,

DE ERRORIBVS PRAGMAT.
ET INTERPRETVM IVRIS,
CHILIADIS TOMVS PRIMVS
IN DECADES L. DISTINCTVS.

Opus varium, nec illis tantum qui in foro, ſed iis etiam qui in ſcholis verſantur, longè vtiliſſimum, ad vera, rectáque iuris principia capeſſenda, quorum ignoratione pragmatici vulgaréſque interpretes paſſim cæcutiunt:

In quo Capitum ſummaria, Index legum explicatarum, atque variorum Iuris pronunciatorum, quæ ab autore expoſita ſunt, aut aduerſus interpretum & pragmaticorum inſcitiam luculenter defenſa, elenchus, nec non [illegible], indices ſunt appoſiti.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

EDITIO NOVISSIMA AB INNVMERIS MENDIS EXPVRGATA.



LVGDVNI,

Sumptibus PHILIPPI BORDE, LAVRENTII ARNAVD,
74 & CLAVDII RIGAVD.

M. D. C. LVIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISSIMO
ATQVE INVICTISSIMO
CAROLO EMANVELI
SABAVDIÆ DVCI,
Pedemontium Principi, Sebuſian. Domino, &c.
Antonius Faber Sebuſianus P. F.

BIBLIOTECA ROMA VITTORIO EMANUELE

CVM de Republica mihi ſemper viſi ſunt benè mereri omnes, qui iuriſprudentiam tractant, PRINCEPS INVICTISSIME, tum ij omnium optimè, qui ſic tractant, vt ad præcepta ſcientiæ addant etiam iuris dicendi exercitationem. Nam quod de virtutibus verè proditum eſt, præcipuam earum laudem in actione, non in contemplatione conſiſtere, idipſum ſanè de ſcientiis omnibus perinde dici poteſt, ſi eæ excipiantur, quæ contemplatione adeò conſtant vt actionis penitus ſint expertes. Neque verò inſulsè Doctores iſtos ἀπράκτους καὶ τῆς πράξεως ἀδαεῖς cotibus aſſimilauerim, quæ acuendis gladiis vt pungere & ſcindere poſſint, aptiſſimæ, ad pungendum tamen vel ſcindendum ſunt ipſæ prorſus inutiles, & inefficaces. Itaque cùm iuris non ſcientiam, ſed prudentiam dicere ſoleamus, fatebor equidem iuriſperitos eos eſſe, at non æquè prudentes, niſi nouo fortaſſis prudentiæ genere, quæ tota in docendo dicendóque tantùm, non etiam in agendo verſetur. In eóque mirandum certè, neſcio an dolendum potiùs eſt, tot ætate noſtra præſtantiſſimos Iureconſultos ſibi defuiſſe, qui in tradenda diſciplina, ne Papiniano quidem, vt videbantur inferiores, ſi quando tamen ad praxim deueniendum fuit, vel de minima re interrogati aut obmutuiſſe, aut tam ineptè reſpondiſſe memorantur, vt rudioribus pragmaticis præbuerint ſe ridendos. Ridiculi ſanè, qui rem, ſcitu non modò facilem, ſed etiam neceſſariam, ob id ſolùm quòd eam nullo labore vel ab imperito quolibet addiſci poſſe ſcirent, diſcere nunquam voluerunt. Non ſine magno mehercule & iuriſprudentiæ, & totius reipublicæ detrimento. Inde namque facti audaciores pragmatici iam alioqui per imperitiam procliuiores quàm par eſſet ad negligenda ea omnia, quæ ad meram verámque iuris ſcientiam pertinent (ſola, vt quidem arbitror, aſſequendæ eius deſperatione) adeò ſibi placent miſeri, & blandiuntur, vt quaſi nihil ſcientia conferat ad praxim, illam omnino negligant, hanc vnam ſectentur. Quæ res mirum eſt quantas in tribunalibus lites, ac potiùs tragœdias excitarit. Quemadmodum enim theoria ſine praxi aut nullius aut perexigui certe vſus eſt, ita nihil reipublicæ

pernicioſius, quàm ſi per eos, qui iura & res forenſes tractant, praxis à theoria ſeiungatur. Nam, quod iam olim Comicus dixit, Homine imperito quid iniuſtius? quid ineptius? Aut quid ad inducendos errores accommodatius, quàm ſi in reddendo iure propriam cuique animi ſententiam pro ratione ſequi, & neſcio quo æquitatis commentitiæ obtentu legibus illudere paſſim concedatur? Mos enim ſolennis ille eſt iſtiuſmodi hominum, vt ſiue delirent, ſiue recta ſentiant (quod nonnunquam, ſed caſu euenire neceſſe eſt) omnia referant ad æquitatem, quam pro arbitrio ſibi fingunt, vt magni non iuris tantùm, ſed, quod etiam in iure præcipuum eſt, æquitatis arbitri exiſtimentur. Quòd ſi ad eorum ineptias profligandas Papiniani autoritas, & quod eſt conſequens, non mera ſolùm, ſed vera etiam probáque iuris æquiſſimi ratio aliqua obiiciatur, Tum iſti nudis,quod aiunt,ridere dentibus, & ſubtilitates iſtas, aucupia,& apices dicere,vt quia nihil habent,quod commodè reſpondere poſſint, honeſtè ſaltem conticeſcant. Quorum inſcitiam ſicuti detegere facile, ita negligere expeditum eſſet, ſi non eo maximè hominum genere toto terrarum orbe tribunalium fere omnium ſubſellia vndique redundarent:quibus nihil familiarius aut antiquius eſt,quàm vt inueteratos pragmaticorum errores pro certiſſimis legibus obtrudant,à quibus in iudicando & conſulendo recedere putent non oportere. Id ego etſi ſemper moleſtè tuli, tunc tamen multò moleſtius, cùm tuis,mi Domine, imperiis Iuridici maioris dignitate apud Sebuſianos meos honeſtatus,iudicandi munere,quod in eum vſque diem hac vna potiſſimùm ratione recuſaueram,fungi cœpi. Occurrebat enim quotidie, vt vel contra pragmaticorum errores receptiſſimos iudicandum mihi eſſet, vel cum cæteris ineptiendum, & longè aliter,quàm ratio iuris ferret, pronunciandum: quorum vnum à ſolito iudiciorum more, alterum etiam à dignitate mea certe alienum videbatur. Poſteà verò quàm per triennium integrum eo munere vtcumque perfunctum me in ampliſſimi ordinis Patrem cooptatum voluiſti, fuit tantò iucundius videre grauiſſimos viros, nec minùs ingenij & eruditionis, quàm probitatis laude præſtantiſſimos.

Nullius addictos iurare in verba magiſtri

eam in iudicando rationem ſequi,quæ à iure ſcripto,Romaníſque legibus minùs abhorreret. Cur enim alienis erroribus inſeruirent ij, quibus tu,PRINCEPS INVICTISSIME, ipſius quoq; iuris tēperandi & corrigendi ius eſſe imperaſti? quique pro ſua prudentia, & grauitate non aliter iudicare debeât,quàm tu ipſe eſſes iudicaturus?Itaque cœpi ex eo fere tempore de tot ineptiis tandem prodendis perpendendiſque cogitare.Sed ne tamen adeò præclarum opus tam citò adgredi potuerim, fuit illud impedimento,quòd in obſeruandis colligendiſque in ſingulos dies ſenatuſconſultis priorem operam impendi oportuit, Senatu ipſo vel tacito ita iubente, & ætatem meam iuniorem ſatis firma valetudine ſubnixam ad id muneris obeundum compellante. Is meus erit Codex Sabaudidicus,noſtrorum etiam pragmaticorum gratia, vt amicum me non hoſtem eſſe ſciant, breui, vt ſpero ,in lucem proditurus. Taceo tot prioribus additos Coniecturarum meorum libros,ſtylo certe,& inſtituto longe diuerſo,ſed in eum præcipue finem comparato, vt & publicè prodeſſemus,& ſi quam in docendo iure nominis celebritatem tot labores aſſequi poſſent(quam non vulgarium Iureconſultorum adprobatio polliceri videbatur) ea faceret aliquando vt contra pragmaticos diſputantibus nobis tantò maior fides adhiberetur. Neque noſtra nos omnino fefellit opinio. Quæ enim obſcurioribus pleriſque iuris noſtri locis aut interpretandis aut emendandis cura per nos adhibita eſt, hoc ſaltem videtur aſſecuta,vt non deſint iam qui putent, Ratione non prorſus carere ſententiam,quæ nos habeat vel autores vel aſſertores. Nec ſanè ſi genio & ingenio tantùm noſtro indulgere voluiſſemus,alia vnquam ſcribendi ratio placere nobis potuiſſet. Enim verò cùm creſcente magis ac magis pragmaticorum noſtrorum imperitia ſimul & audacia, meus etiam creſceret dolor ex tot erroribus in ſuprema quoque tribunalia non iam

Digitized by Google

iam per cuniculos vt anteà irrepentibus, ſed, quod indignius eſt, fere aperta vi irrumpentibus, non potui diutiùs cunctari, quin ad has Decades manum admouerem, Tanta equidem animi contentione, & alacritate, vt de Chiliade priùs quàm de prima Decade conſcribenda cogitarem. Adeò multa in praxi ſunt, ne dicam innumera, quæ animaduerſione indigent, & reprehenſione. Quo in ſtudio aliquot Decadibus negligenter fortaſſe magis quàm fœliciter abſolutis, etſi ad Chiliadem animus calamúſque properabat, me tamen publicarum occupationum multitudo remorata eſt, fereque omnem tam longi operis vnquam abſoluendi ſpem abſcidit, ex quo præſertim die Gebennenſium Namurcíque Duci Sereniſſ. per te licuit, vt me in Conſilij ſui Præſidem ſalua Senatoriæ dignitatis purpura è Senatu euocaret. Quid enim otij in tanta temporum difficultate, mediiſque tubarum clangoribus reliquum eſſe poſſit ei, qui totus in totam reipublicæ curam incumbere debeat, & Magiſtratum agere non Doctorem? Quare dum meliora expecto tempora, quæ ſperare nos ſingularis prudentia, & virtus tua iubet, cogitque, Viſum eſt primam hãc Chiliadis partem præmittere, non ſolùm vt quid de inſtituti mei ratione ſenſuri eſſent ij, quibus prodeſſe volui, explorarem: Verùm etiam vt ſi facere poſſem, ſanè quantum in me eſſet, Iliadem illam malorum, quæ non tam ex forenſibus iurgiis, quàm ex iuris ignoratione proficiſcitur, aliqua ſaltem ex parte profligarem. Cùm verò patronus quærendus eſſet, qui & laboranti ſuppetias ferre, & nouo operi gratiam, dignitatémque conciliare poſſet, Tu vnus, PRINCEPS INVICTISSIME, is eſſe mihi viſus es, quem eo nomine interpellare deberem. Nam ſiue me reſpicio non poſſum tibi hæc non debere, cui me natura primùm, deinde tot beneficiis teſtata in me ornando liberalitas tua debere omnia voluit, ſiue nouitatem operis intueor, & quæ in præclaris conatibus perpetua nouitatis comes eſt, inuidiam pertimeſco, alius præter te nemo eſt, ex cuius autoritate noſtris laboribus ea poſſit dignitas accedere, quæ inuidorum obtrectationes & calumnias facilè fractura ſit, vt hæc agendo nonnihil egiſſe videamur. Ac ſanè digniſſima res eſt, in quam feriò, quod facis, incumbas, vt iuriſprudentiam, quæ iam ferè in ſcholis tot Doctorũ quos ætas noſtra elegantiſſimos tulit, ſingulari ſtudio barbarorum ſpurcitie vindicata eſt, in tribunalibus quoque, id eſt, in hominum & rerum humanarum luce tandem aliquando ſplendeſcere videamus. Quam in rem nihil eſt quod aut facilius, aut commodius facere poſſis, quàm ſi, vt cœpiſti, ad eas dignitates quæ iudicandi munere funguntur, in ſupremo potiſſimum iſto tribunali, vbique terrarum, ſi quod vſquam aliud, & eruditionis & integritatis fama celeberrimo, illos euehas, qui veram germanamque iuris ſcientiam adprimè profeſſi, longaque rerum forenſium exercitatione exculti de ſe præſtare poſſint vt non minùs quid iudicandum, quàm quid iudicari ſolitum ſit, intelligant. Veniet tempus illud ſi benè præſentio, veniet aliquando, cùm tot Aduocatos, tot Iudices, viros alioquin graues nec ineruditos pudebit in alienis erroribus tandiu perſtitiſſe, & de clientum ſuorum fortunis omnibus, vita etiam adeóque exiſtimatione tam ſæpe ſub autoritate iuris ſcientiæ vel æquitatis imprudenter licèt potiùs quàm doloſè, iniuriã pro iure reddidiſſe. Ego ſi, quod non deſpero, aliquid in eam rem contuliſſe videbor, & ad maiora properantibus aut viam aut animũ feciſſe, mecũ planè fœliciter actum, nec malè vigilias meas collocatas eſſe arbitrabor. Sin cõſuetudinis fœdiſſimæ, vſuſque longæui tanta erit autoritas, & vſque adeò ſui valitura momẽto, vt & rationem ſuperatura ſit & leges, Hoc vno tamen me cõſolabor, quòd & Deo primũ Opt. Max. cui ſat eſt bene me voluiſſe, gratiſſimũ, ni fallor, obſequium præſtitero, & tibi, PRINCEPS SERENISS. vt ſperare audeo & debeo, munus nõ iniucundũ, licèt indignum prorſus, quod in tanto bellicarum expeditionum tumultu tibi offeratur, niſi ſic accipies, quaſi ad eam quoque curam pertinens, quam tu omnium maxime etiam inter arma tractare ſoles, id eſt, ad iuſtitiam adminiſtrãdam, ſine qua, vt te ſæpius grauiter præclaréque dicentem audire memini (digna certè vox tanto Principe:) nec armis victricibus, nec honeſta pace vnquam beari Princeps quiſquam poſſit. Bene vale, PRINCEPS INVICTISSIME, viue & vince: Dat. Necij. 8. Calend. Decemb. 1597.

IN OPERIS, ET PATRIS COMMENDATIONEM,

Renatus Faber authoris Filius,

AD LECTOREM.

Fallere pragmaticos, fallíque ſolere ſciebam
  Tot falli, ac toties fallere neſcieram :
Ne fallant poſthac, niſi ſi tibi gloria falli,
  Fallere, vel falli neſcius ecce pater:
Si fallunt iſti, quoties non fallitur ille,
  Dic mihi ne fallar, Quid benè pragmatici?

ΕἸΣ ΤῸ ΤΟΥ͂ ἜΡΓΟΥ, ΚΑῚ ΤΟΥ͂ ΠΑΤΡῸΣ

Ἐγκώμιον Καῦδιος Φαβρὸς υἱός.

Πρὸς τὸν ἀναγνώστην.

Σφάλλειν πραγματικὰς, κ' αὐτὰς σφάλλεσθ' ἀρίδηλον
  Ἀλλὰ σφαλεῖν τοσαχῶς, οὐκ ἀρίδηλον ἔην.
Μηδὲ σφάλωσ' εἴθεν, πλὴν εἰσφάλλειν φίλον ἐστί.
  Σφάλλειν σφάλλεσθ' ἢ, ἠνὶ πατὴρ ἀδαής.
Εἰσφάλλωσ' οὗτοι, μήν τοι μὴ σφάλλεσθαι αὐτὸς
  Μοὶ λέγε, μὴ σπαλθῶ, Εὖ τίνα πραγματικοί;

FRANCISCVS FABER ANT. FRATER.

Pragmaticos olim variis erroribus actos,
  In portu reduces dum cupis eſſe Faber
Pragmaticos video variis erroribus ictos
  Spernere quam referas arte docente viam:
Pragmaticos etenim variis erroribus aptos
  Credere quis poterit ſubdere velle manus?
Vellem pragmaticos iſtis erroribus arctos
  Haud aliis poſthac poſſe nocere locis.

INDEX

Digitized by Google

INDEX LEGVM SEV TEXTVVM Iuris in hoc opere declaratorum, aut emendatorum.

Ex Inſtitutionibus.

Titulus, Quib, non eſt permiſſum fac. teſt. in pr. verſ. Itaque. p.856.n.6
Tit. de pupill. ſubſtit 587.9
§. ſi rem ſuam, de legat. 954.16
§. placebat, de legit. agnat. ſucceſſ. 491.5. & ſeq.
Tit. de empt. & vendit. in pr. 933.22
L. inter omnes, 12. D. qui ſatiſd. cog. 528.13
l. vlt. de eo per quem fact. 730.3
l. ſi tibi decem, 17. §, ſi quis paciſcatur, 3. & §. ſi pactus, 4. de pact. 612.4. & 5
l. herede 21, §. nos autem, eod. ibid. 7. & *ibid.* 11
l. in cauſa, 27. §. vltim. de procurator. 969.16
l. ſi pupilli, 6. §. ſed & ſi quis, 3. D. de neg. geſt. 637.9
l. ſi ego, 24. eod. 970.5
l. quod ſi minor, 24. §. Scæuola, 2. de minorib. 642.7
l. ſed etſi, 28. §. vlt. de iudic. 1028.1
l. non eſt enim, 4. de inoffic. teſt. 739.10. & ſeqq.
l. etiam, 11. eod. 924. 928.16
l. pater filium, 14. eod. 475.14
l. ſi non mortis, 25. eod. 779. 1. & ſeqq.
l. ſi is qui 31. eod. 475.8. & 13
l. item veniunt, 20. §. præter hæc, De petit. hered. 741.9. & *ibid.* 1.
l. plane 38. eod. 401,16. 404.6
l. ſi ex plurib. 2. ſi pars her. pet. 1025.8
l. illud, 5. §. 1. eod. 1027.14
l. ſumptus 48. De rei vindic. 406.21
l. ait prætor, 1. De Public. In rem act. 908.7 & *ſeqq.*
l. vel mortis, 2. eod. *ibid.* 4. & *ſeqq.*
l. ſi Titio, 33. §. 1. De vſufruct. 1044.7
l. idem Neratius, 3 in pr. de vſufr. adcreſ. 436.45
l. interdum 10. eod. 1011.5. & 1044.9
l. ſi partem, 19. §. D. quemad. ſeruitut. amitt. 988.5
l. ſi fi. ia, 20. §. ſi paterfam. ercifc. 824.1. *ſeqq.*
l. Pomponius Philadelphus, 35. eod. 787.1. & *ſeqq.*
l. qui familiæ, 37. eod. 680.8
l. quæ pater, 50. eod. 804.3
l. ſi filius, 12. de interr. in iur. fac. 562.25
l. ſi & me & Titium, 32. de reb. cred. 404.13
l. 3. §. vlt. de condict. cauſ. dat. 382.15
l. qui exceptionem, 40. §. 1. de condict. indeb. 405.27. 406.1
l. Publia, 26. depoſiti. 985.9
l. cum duobus, 52. §. idem Papinianus. 8. pro ſocio. 829.11
l. 2. §. de hered. vel act. vendit. 1040.4
l. ad res donatas, 62. de ædil. ed. 934.4
l. ſi ego, 9. §. ſi res, 1. de iur. dot, 918.3
l. pater, 23. de pact. dotalib. 616.15
l. cùm maritus, 29. §. vlt. eod. 978.7
l. ſed interim, 11. de donat. inter vir. & vx. 941.3. & 4
l. ſed ſi mors, 13. §. 1. eod. 943.7. & *ſeqq.* & 945.2
l. ſi is ſeruus, 20. eod. 674.14. & 950.15.
l. vxori, 22. eod. 950.16
l. Papinianus, 23. eod. 819.6
l. cùm hic ſtatus, 32. ſi maritus, eod. 943.8, & 955.4. & *ſeqq.* 956.8
& §. ſiue autem, 23. eod. 819.2. & *ſeq.*
l. ſi ſtipulat a, 33. in pr. eod. 2. *ibid.* & *ſeq.*
l. inter, 43. eod. 944.16
l. mortis. 53. eod. 939.10
l. ſi quod mihi. 56. 938.5
l. qui ventri, 2. de inſpic. ventr. 598.4
l. 1. §. 1. de tutel. & rat. diſtr. 961.8
l. qui teſtamento, 20. §. vlt. qui Teſtam. fac poſſ. 728.14
l. ex ea ſcriptura, 29. eod. 663.3
l. ſi filius, 7. de liber. & poſt. 706.8
l. ſi filius heres, 16. eod. 582.2. & *ſeqq.* & 510.2
l. Titius, 25. §. 1. eod. 607.11
l. Gallus, 29. eod. 517.9
d. l. §. in omnibus. 388.6
d. l. §. & quid ſi tantum. 606.8.9
l. 2. de iniuſt. rupt. 697.2. & 698.8
l. filio, 17. eod. 706.9
l. 1. §. ſed conſultò, de his quæ in teſt. del. 761.2
l. 3. in fin. eod. 768.4
l. vlt. eod. 683.5
l, 2. in fin. de hered. inſt. 668.1. & *ſeqq.*
l. quoties, 9. §. tantundem, eod. 665.3. & *ſeqq.*
l. itẽ quod, Sabinus, 17. §. vnde idem, eod. 1008.11
l, hoc articulo, 29. eod. 670.16
l. cùm in teſtamento, 37. eod. 389.9
l. ſi paterfamilias, 40. eod. 608.2
l. ſeruus vxori, 76. eod. 900.6
l. ſi ita quis, 82. eod. 753.18
l. vlt. eod. 751.3

Digitized by Google

l.iam hoc iure, 4.de vulg.& pup.ſubſt. p.586.n.1. & ſeqq.627.8.
l.ſed ſi plures, 10.§.1.eod. 574.4
l.ſi filius,12.eod. 550.1.& ſeqq.556.6
l.ſi quis eum,16.§.vlt.eod. 388.1.4
l.ſi pater,26.eod. 594.13
l.lex Cornelia, 28.eod. 598.13
l.in ſubſtitutione,31.eod.
l.ſi mater,33.§.vlt.eod. 388.7
l.vel ſingulis,37.eod. 383.1.& ſeqq.
l.Lucius,45.eod. 603.11.& 12
l.qui habebat,47.eod. 536:10
l.vlt.de cond.inſtit. 583.10
l.8.§.vlt.eod. 560.11
l.3.de teſtam.milit. 692.9
l.qui iure, 7.eod. 671.17.& 672.22.23
l.idem eſt,13.§.vlt.eod. 593.10
l.militis,36.§.veteranus, eod. 763.28 & ibid.& ſeqq.
l.miles ita,41.eod. 514.4
l.ſi quis filiumfam.7.de acq.vel omitt.her. 638.8
§.1.d.l. 635.3.& ſeqq.
§.vlt.d.l. 483.25
l.cùm quidam, 30.§.ſuum heredem, eod. 1025.17.
l.quæſitum, 40.eod. 545.& 571.1.& ſeqq.
l. Iulianus, 42. eod. 564. 1. & ſeqq. 567.1.& ſeqq.
l.cùm hereditate,55.eod. 1052. 17. 1053. 1. & ſeqq.
l.56.eod. 1052.17
l.qui patri,59.eod.545.2.547.1.& ſeqq.& 550.1. & ſeqq.
l.ſi totam,83.eod. 1041.6
l.pen.eod. 1052.15
l.vlt.eod. ibid.16
l.1 §.ſi proponatur,ſi quis omiſſ.cauſ.teſt. 579.17
d.l.§.qui ſunt in poteſtate. ibid.3
l.ſi quis,8.eod. 381.2.& ſeqq.
l.1 & 2.ſi quis aliq.teſt.prob. 730.7.8.734.& 735.10.
l.Diui,6.§.licet,de iur.codicill. 692.10.& 716.2. & ſeqq.
l.conficiuntur,8.§.vlt.eod. 718.5
l.ſi mihi & tibi, 12.§.in legat de lega.1. 712.5
l.ſi ita ſit adſcriptum,14.eod. 714.10
l.ſi duobus,16.in pr.eod. 1012.7.& ſeqq.
l.ſi duobus,16.§.vlt. 1013.1.& ſeqq.
l.ſi pluribus,33.eod. 1036.12
l.planè,34.§.ſi coniunctim.eod. 1011.6.1022.4
l.planè ſi filium,94.in pr.eod. 548.14
d.l.§.1. 730.3
l.& Proculo,20.de legat.2. 1010.9
l.Mæuio.41.in pr.eod. 1020.1.& ſeqq.
l.cùm proponebatur,64.eod. 385.23
l.cùm pater, 77.§.Mæuio.6.eod. 963.1.& ſeqq.
d.l.§.pater filiæ,17.eod. 817.9
d.l.§.pater plurib.21.eod. 962,1.& ſeq.
d.l.§.filius matrem,23.eod. p.746.n.9
d.l.§.donationis,26.eod. 853.8
d.l.§.cùm inter,28.eod. 455.10
l.vlt.in pr.eod. 695.10.& 718.1.& ſeqq.
l.ſi deportari, ſeruo 7.de leg.3. 946.6
l.fideicommiſſa 11.§.cùm eſſet,eod. 383.17
l.ſiquis in principio,22.eod. 710.7.712.2.& ſeqq. 716.14.
l.cùm quis decedens,37.§.nuptura,eod. 915.10
l.pater filium,38.§.filiam,eod. 1015.1.& ſeqq.
d.l.§.pen. 469.5
l.vxorem.41.§.vlt.eod. 393.14
l.re coniuncti,89.eod. 1016.& ſeqq.
l.antepen.eod. 956.9
l.3.& 5.de legat.præſt. 1059.8
l.ſi alij,19.de vſu & vſufr.legat. 829.13
l.Seia cùm nubere,11.de dot.prælег. 915.10
l.denique,8.§.interdum de pecul.legat. 390.19
l.vlt.eod. 827.8.& 11
l.legata,9.de ſupell.legat. 1116.9
l.vtrum,7.de rebus dub. 1013.2
l.cùm quæritur.26.eod. 915.7
l. poſt legatum, §. qui mortis.17.de his quæ vt indign.auf. 927.21
l.cùm quidam,12.eod. 735.15
l.cùm tabulis,16.in pr.eod. 928.24
l.in conditionibus, 16. §. ſi patronus, de condit.& dem. 581.7
l.hac ſcriptura,26.§.1.eod. 1044.8
l.mulieri,74.eod. 914.4.& ſeqq.
l.cùm auus,102.eod. 541.4
l.à teſtatore,109.eod. 532.27
l.quod bonis,15.in pr.ad leg.fal. 896.12
l.in ratione,30.§.tametſi,eod. 383.17
l.qui fundum,87.§.vlt.eod. 600.4
l.1.§.ſed & quoties,ad SC.Treb. 1028.8
l.apud Iulianum,11.§.idem Iulianus,eod. 544.18. 554.12.
d.l.§.vtrum. 530.11
l.cogi.§.idem Macianus,eod. 531.15
l.heres,21.eod. 406.3
l.quidam,25.eod. 533.24.25
l.ita tamen,27.§.qui ſuſpectam,eod. 565.8
l.Balliſta,32.eod. 984.6
l.ſi eius,34.eod. 535.8.9
l.Papinianus,43.eod. 1038.9
l.poſtulante,44.eod. 531.13.14
l.Seius,46.eod. 532.22
l.heredes mei,57.eod. 539.16
d.l.§.cùm ita. 391.6
l.qui filium,74.in pr.eod. 395.32
l.epiſtolam,§.vlt.eod. 393.17
l.Scæuola,76.eod. 603.13
l.Lucius.78.§.quæ habeat,eod. 1009.6
l.ſed cùm patrono, 6. de bonor. poſſeſſ. 1046.5.& ſeqq.
l.3.§.ſi emancipatus,5.de bon.poſſ.cont.tabul.470. 9.& 477.1.

l.ſi

Digitized by Google

l.ſi duobus, 12.§.ſi prius,1.eod. 698.1.& 705.8.& 702.1.& ſeqq.

l.ſed ſub conditione, 18.§.1.eod. 924.7.926. 14.

l.filium,20.eod.

l.1.§.ibidem,de collat.bon. 790.9

d.l.§.nec caſtrenſe,eod. 739.6

l.ſi filius,10.eod. 808.6

l.pater filium,6.de collat.dot. 789.5.& 790.8

l.nec ipſa,7.eod. 789.4.& 790.7

l.pen.§.vlt.de bon.poſſ.ſecund.tab. 789.4.& 790.7 ibid.8.

l.ſi ita ſtipulatio,39.de oper.libert. 760.9.& ſeqq.

l.ſcripto,7.ſi tab.teſt.ext.vnde liber. 498.10

l.1.§.ſi nemo, & §.ſi quis adita.ad SC.Tertyllian. 497.23 421.17.& ſeqq.

l.2.eod.

l.2.ſi ſit conſanguinea eo. 426.1.& ſeqq.

d.l.§.vlt. 437.6.& 10

l.filij,6.§.1.eod. 444.12.& 470.10

l.in ſuſpenſo,8.eod. 421.16.& ſeqq.

l.vlt.§.in pendenti,eod. ibid.16

l.2.§.ſi pecuniam,de donationib. 420.12.& ſeqq.

d.l.§.ſed ſi quis,6.eod. 973.16.& 12

d.l.§.vlt. ibid.12

l.filiusfam.7.§.pari autem,eod. 933.3.& ſeqq.

d.l.§.vlt. 850.15

l.ſi alienam,13.in fin.de mort.cauſ.donat. 854.1.& ſeqq.

l.Marcellus,15.eod. 912.10

l.tam is,25.eod. 1001.4

l.vbi ita donatur,27.eod. 848.15.& 850.1.& ſeqq.

l.ſi mortis,29.eod. 912.12

l.qui mortis 30.eod. 909.4

l.mortis cauſa 34.eod. 981.13.

l.ſenatus 35.§.mortis cauſa,eod. 915.8.9

l.illud generaliter 37.eod. 912.10

l.ſi mortis 40.eod. 834.23

l.Seia 42.in pr. 948.1.& 949.10

l.in teſtamento 38.de fideicomm.libert. 662.9.& 10.11.& ſeqq.

l.Antoninus 42.eod.

l.1.qui ſine manum.ad liber.per. 593.12 919.2.& ſeqq. & 912.7.& ſeqq.

l.ſi procurator 13.de acq.rer.do.

l.quod fructuarius 49.eod. 971.9

l.ea qua ciuiliter 53.eod. 827.7

l.res ex mandatu 59.eod. 975.6

l.ſi ſeruus 34.de vſucap. 971.9

l.2.pro hered. 816.2.576.12.& 818.4.& ſeqq. 732.6

l.1.§.pro donat.

§.vlt.eiuſd.l. 810.1.& ſeqq. 818.6

l.paterfamilias,28.de rebus aut.indic.poſſid. 950.1.& 554.13.& ſeqq.

l.omnes debitores.17.§.Lucius, quæ in fraud.creditor.

l.4.§.aduerſus de dol.mal.except. 997.8

l.17.§.anni,eod. 616.9

l.in omnibus rebus,55.de obligat.& act. 389.11 965.3

l.1.§.inter,ad leg.Cornel.de falſ. 724.15

l.quod ſi filius,11.de Capt. & poſtl.reuerſ. 597.7.& ſeqq.

l.triplici 142.de verb.ſig.

l.vtilis,145.eod. 1008.11

l.4.D.de iuriſd. 1014.5.1016.5

l.ſi reus.73.D.de procura. 124.12

l.in cauſſæ.13.§.interdum.D.de minorib. 294.9 74.7.& 76.4.

l.in cauſſæ.13.§.interdum.D.eod. 76.4.77.5.81.9.

& §.idem Pomponius,D.eod.

l.ſi in emptionem.35.D.eod. 105.7

l.Æmilius.3.D.eod. 312.3

l.cum miles,30.D.ex quibus cauſ.maior. 353.2.& ſeqq.

l.venditor.46.D.de iudic. 57.8

l.Papinianus.8.§.vnde ſi quis.D.de inoff.teſt. 74.5 139.12.& 8.ſi quis impubes.

l.cùm mater 28.D.de inoff.teſt. ibid.

l.ſi nauis.62.D.de rei vindic. 269.5

l.qui reſtituere.68.D.eod. 130.11

l.1.D.ſi ag.vectig. 235.5.& 238.2

l.dominus.D.de vſufr. 333.8

l.penult.D.fam.erciſc. 321.6

l.vlt.D.de interr.in iur fac. 130.4

l.1.D.de iureiurand. 30.10.& ſeqq.

l.admonendi,31.eod. 246.7

l.numis 3.D.de in lit.iur. ibid.

l.4.§.iurare.D.de in lit.iurand. 231.5.& ſeqq.

l.in actionibus.5.§.planè.D.de in lit.iuran. 243.2

l.cùm furti.9.D.de in lit.iurand. 230.5

l.dominus.53.D.de cond.indeb. 226.5

l.in re furtiua. 8.§.1.D.de cond.furt. 319.9 221.1.& ſeqq.

l.penult.D.de cond.triticaria.

l.vlt.D.eod. 219.7

l.vlt.D.de condict.triticar. 218.7

l.3.§.in hac.D.Commodat. 216.4 226.1.& ſeqq.228.17.& 208.1.& 216.5.

l.quamuis.6.D.de pign.act.

l.ſi cùm venderet.13.D.eod. 8.17 300.3.& ſeqq.303.2 & ſeqq.

l.vlt.§.ſi in ea conditione.D.ad l.Rhod.de iact. 244.5.

l.cùm debitor.8.D.in quib.cauſ.pign.vel hypoth. 109.4.& ſeqq.

l.ſi creditor.7.§.vlt.D.de diſtract.

l.ei apud quem.53.in pr.D.de depoſ. 325.5

l.ſi mandatu.59.D.de manda. 229.3

l.vlt.D.de contrah.empt. 108.3

l.4.§.ſed & Marcellus.D.de in diem add. 277.2 309.16.19.

l.ſi fundus.4.§.ſed quod.D.de leg.commiſſ. 356.13.

l.4.§.vlt.D.de leg.commiſſ.

l.3.§.cùm per venditorem.D.de act.empt. 343.11

l.ſi ea res.31.§.vlt.D.de act.empt. 121.3

l.item ſi pretio.22.§.1.D.locat. 336.15

l.& ideo.23.D.locat. 105.7 97.8

l.ſi fūdus,16.§.ſi duo D.de pign.p.182.n.2.& ſeqq.
l.ſi fundus, 16. §. in vindicatione. D. de pignor. 234.4.& 280.4
l.ſi fundus, 16. §.vlt.D.de pignor. 273.4
l.ſi inter.21.§.vlt.D.de pignor. 234.3
l.lex vectigali:31.D.de pig. 310.21.& 306.5
l. Titius.34.D.de pign.act. 275.4
l.poſt diuiſionem,3. D.qui pot. in pign.hab. 323.3
l.cùm ſecundus.5.§.1.D.de diſtract.pign. 108.3
l.ſi ſeruus.21.D.de euict. 106.5
l.cum quidam,17.§.vlt.D. de vſur. 117.7
l.vſura.34.D.de vſur. 130.10
l.lite.35.D de vſur. ibid.9
l.ſi filiofamilias.25,§.vlt.D.ſol.matrimon. 326.3
l.1.D.rer.amotar. 224.13
l.penult.D.rer.amot. ibid.9
l.tutor pro pupillo, 28.§.1. D. de adm. & per.tut. 294.3
l.ſi poſthumus, 14.D.de liber.& poſthum. 203.16
l.filio praterito,17. de iniuſt.rupt. & irr.fac.teſt. 161.7
l.filio praterito.17. de iniuſt.rupt.& irr. 261.5
l. pen de iniuſt.rupt. 203.16
l.1.§.ſi ex fundo.D.de her.inſtit. 197.6
l.quoties,9.§.ſi duo. D. de hered. inſtitut. 202.14
l.C.D.de her.inſtit. 197.7
l.ex facto,39.D.de her. inſtit. 203.4
l. ſi ita quis,74.D.de hered.inſtituend. 200.4
l.vlt.D.de her.inſtit. 269.4
l.ſi plures,10.§.filio impuberi, D. de vulg. & pup. ſubſtit. 129.4
l. ſi de eo, §. D. de acq. her. 54.5
l.ab inteſtato,16. D.de iur.codicill. 266.7
l.Titia,87.§.vſuras,D.de legat.2. 152.12
l.cùm annus,102. D. de cond. & demonſtr. 270.1 & ſeqq.
l.computationi.aliàs l.hereditatum. D. ad l.Falcid. 116.5
l.cum quo,56.§.vlt.D.ad l.Falcid. 164.12
l.ſi quis priore,29.D.ad SC.Trebell.100.5.& ſeqq.
l.1.§.ſi parens,D.ſi à par.manum.quis fuer.181.6
l.1. §.ſed ſi emerit.D.ſi quid in fraud.patr.99.5. & 104.8
l.1.§.ſed videndum.D. de ſucceſſ.edict. 40.15
l. ſi finita §.Iulianus,D.de damn.infect. 124.9. & ſeqq.
l. in diem.8.D.de aq.pluu.arc. 306.10
l. quaſitum, 40. D. de acquirend.ver. dom. 131.5
l.ſi de eo 40.in pr.D.de acq.poſſeſſ. 45.11
l.ſi de eo,§.1.D. de acq.poſſ. ibid.15
l.1.§.praterea ſciendum. D.de ſeparat. 19.10
l.ſi alius.7.§.eſt alia.D.quod vi aut clàm. 245.6
l.ſemper.15.ſed quod interfuit. D. quod vi aut clàm. 241.6
l.3.D.de except. 347.10
l.à Dino Pio.15. D.de re iudic. 129.3
l.cùm quis.22. D.de oblig.& act. 216.4
l. ſi quis cum aliter. 36. D. de verb.oblig. 12.11. & 13.24.
l.Quoties.59.D.de verb.oblig. p.213.n.5.& ſeqq.
l.quoties.59.D.de verb.oblig. 210.5
l.puberes.101.D. de verb.oblig. 73.4
l.Calippo.45.D.de ſolut. 275.15
l.2.§. quaſitum. D. de priuat. delict. 222.7. & 13. 14.
l.ſi qui mihi.28.D.de iur.fiſc. 64.5
l.Moſchis.47. D.de iur.fiſci. 61.7
l.cura. 4. §. deficientium. D. de muner. & honor. 165.19.
l.hac verba.23.D.de verb.ſign. 82.13

Ex Codice.

l.1.de pactis. 391.1
l.licet.19.eod. 999.9
l.nihil intereſt.5.de eo quod met.cauſ. 732.6
l.vlt.de his qui veniam at. impet. 663.12
l.2. ſi minor ſe ab her.abſt. 560.8
l.omnimodo,30.§.imputari, de inoffic.teſt.808.6. & ſeqq.
l quoniam.32.eod. 678.11
l.ſi quis filium.34.eod.470.7.475.32.& 474.26 & ibid.22.& ſeqq.
l.ſi quando 35.§.& generaliter.eod. 812.2
l.2.de inoffic.donationi. 813.7
l.2.C.de rei vindic. 404.14.& ſeqq.
l.certum.3.C.fam.erciſc. 813.5
l.filij.6.eod.693.17.Auth.ſi modò.eod. 650.9
l.filia.18.eod. 769.2.& ſeqq.& 816.5
l.vlt.eod.649.& ſeqq.653.5.671.11.680.7.& ſeqq.682.6.
l.pen.C.de condict.ob cauſ.dat. 934.4
l.contractus.17.de fide inſtr. 932.21
l.2.quand.liceat ab empt.diſc. ibid.16
l.6.C.de pact.int.empt.& vendit. 431.4
l.1.ſi mancip.ita fuerit alien. 986.2
l.vlt.de dot.promiſſ. 797.5
l.2.C.de iur.dot. 954.19
l.2.de dot.caut.non num. 819.4.& ſeq.
l.res vxoris.24.de don.int.vir.& vx. 947.5.& 944.6.5.
l.donationes.25.eod. 819.1.& ſeqq. 815.10 816.6.
l.vlt.de confirm.tut. 657.5
l.2,C. vnde liberi. 576.19
l.qui patris,vlt.eod. 485.1.& ſeqq.481.1.& ſeq. 495.27.
l.dotis quidem.5.de collat. 828.5
l.ſi emancipati.9.eod. 775.15
l.à patre.10.eod. 778.7.& ſeq.
l.ſi donatione.13.eod. 769.2.& ſeqq.
l.ſi maritus.14.eod. 828.4
l.filiam.16.eod. 778.7.& ſeqq.
l.vt liberis.17.eod. 786.1.& ſeqq.793.10
l.illud.20.in pr. eod. 808.6.& ſeqq.
l.illud.20.in fin. 773.7.& ſeqq. & 720.11.787.9 821.4.823.2.
Auth. ex teſtamento.eod. 778.11

l.vlt.eod. 828. 1.& ſeqq.829.9.& ſeqq.
l.ſicut certi, cum ſeq. de teſt. milit. 471.17
l.quoniam indign. 15.de teſtam. 390. 21.& ſeqq. 633.16.
l.hac conſultiſſima.21. 654.6.656.19
*d.l.§.ex imperfecto,§.vlt.*649.1.ſeqq.685.13.697 4.& ſeqq. 707.7.746.7.
l.ſancimus,25.eod. 726.8.746.8
l.cùm antiquitas,28.eod. 892.17
l.iubemus, 29. eod. 692.11
*l.noſtram, pen. eod.*759. 3. *Auth. quod ſine, eod.* 694.18
Auth.hoc inter liberos eod. 686.1.& ſeq.
l.generaliter, §. cùm autem de inſtit. & ſubſtit. 627.9
l.pen.eod. 665.2.& ſeqq.
l.vlt.eod. 601.603.10
l. precibus,8.de impub.& al.ſubſtit. 603. 9
l.pen.§.videlicet,de neceſſ. her.inſt.12. 384.6
l.3.de iur.deliber. 554.10.& 639.15
l.cùm antiquioribus. 19.eod. 635.1. & ſeqq
l.1.de his quibus vt indign. 741. 1. & ſeqq.
l.3.C. de legat. 953.12.& 954. 18
l.cùm quidam,4.de verb. & rer.ſign. 1009.7
l.3.de fideicommiſſ. 532.23
l.& in epiſtola,22.eod. 652.9
l.1.§.vlt.commun.de legat. 1001.7.& ſeqq.
l.iubemus,6.ad SC.Trebell. 392.11
l.ſancimus,pen.eod. 535.10
l.vnica,de Caduc.tollen, 1004,8,9
d.l.§.pro ſecundo. 536,16,17
d.l.§.vbi autẽ legatarij, 1033,3.& ſeq.1045.15
d.l.§.cùm autem. 637.1.& ſeqq.
l.vnic.de his qui ant.ap.tab. 634,1,643,1,646.1. & ſeqq.
l.defunctis,6.de legit.hered. 490.1.& ſeqq.
l.cum oportet, 6.de bon.quæ liber. 807,10
l.vlt.de bon.quæ lib. 397.24
§. ſui autem,d.l. 610,15,16
*l.2.de vſucap.pro hered.*574. 10,11
l.1.quorum legator. 900,4,901,9
l.ſi quis in emancipatũ,26,de donationib. 968.11
*l.ſi quis argentum,35.§. ſed ſiquidem, §. pen.*892. 19, 897,7,893,2,& ſeqq. 970.3.987.5
l.1.de dona.quæ ſub mod. 980.6
l.3.eod. 979.1.& ſeqq.
l.perfecta,4.eod. 992.1.& ſeqq.
l.1.C.de donat.cauſ.mort. 935.10
l.vlt.eod. 859,10,1000,1
l.1.de infant.expoſit. 408.21
l.quoties,2.C.de precib.Imp.offer. 339.4.344.13. 227.1. & ſeqq.
l. vniuerſa,4.C.de precib.Imp.off. 347.5
l.vlt C.de pact. 149.9.& ſeqq.
l.1.Cod. de dol. 106.4.& ſeqq.107.1.& ſeqq.
l.ſi ſuperſtite.5.C.de dol. 13.12
l.ſi ſuperſtite,5.C.de dol. 120,11
l.vltim.C.qui & adu. quos in integr.reſt. non poſ. 121.16
l.2.C.vbi & apud quem & cognit.in integ. reſtit ag. 79.1.& ſeqq.
l.vlt. C. ſi maior. fact. al. fact. ſin. decr.rat. hab. 171.4
l.1.C.vbi in rem act.exerc,debeat. 74.7
l.3.C.de inoff.teſt. 136.1
l.30.C.de inoff.teſtam. 186.4
l.quoniam in prioribus,32.C.de inoff.teſt. 187.1
*l.ſi quando,§.& generaliter,C.de inoff.teſt.*151.8
*l.ſcimus,§.repletionem. C.de inoff. teſt.*192.4
l.vlt.§.cum autem.C.de inoff.teſt. 191.6
*l.maioribus,3.C.commun.vtr.iudic,*83.9. & ſeqq.
l. Maioribus, 3. C. commun. vtr. indic. 90,17.& ſeqq.94.3
l.1.C.de reb.credit.& iureiur. 252.6.254.14
l.3.C.de iureiur. 247.9
*l.generaliter,12.C.de reb.cred.& iureiur.ibid.*11. & 247.1.& ſeqq.
l. vlt.C.de reb.credit. 252.5.& ſeqq.
l.ſi pro mutua,8.C.ſi cert.petat. 118.16
l.ſi ea pactione 14.C.de vſur. 110.11
l.eos,26.C.de vſur. 117.8.9
l.hereditas,5.C.de pact.conu.tam ſup.dot. 175.6
Titul.Cod.de reſcind.vendit. 84.20
l.2.C.de reſcind.vendit. 83.8
l.2.Cod.de reſcind.vendition. 99.1.& ſeqq.
l.2.C.de reſcind.vend. 87.2.& ſeqq.
l.2.C.de reſcind.vend. 84.1.& ſeqq.
l.ſi voluntate,8.C.de reſcind.vend. 83.15
l.ſi quos,16.C.de reſcind.vend. 128.4
l.ſi quis conductionis,C.de locat. 68.1.& ſeqq.
*l.2.C. de pact.iur.vend.& emptor.*287.3.& ſeqq.
l.2.Cod.de pact.inter emptor.& vendit. 118.1
l.initio, 5. C.de pact.int. empt.& vendit. 131.16
l.ſi à te 7.C.de pact.int.empt.& vend. 298.6
l.ſi à te,7.C.de pact.int. empt. & vendit. 343. 1. & ſeqq.
l.in rebus,30.C.de iur.dot. 327.5
l.ſi circumſcripta,6.C.ſolut.matrim. 98.11
l.3.C.de vſur.pupill. 119.10
l.vlt.C.d pact.conu.tam ſup.dot. 64.7,8
l.ſi Titius 16.C.de condit.inſtit. 201.1,3
l.licet,8.C.de iur. deliber. 40.17
l.vlt.C.de iur.deliber. 17.1.& ſeqq.
l.vlt.§.in computatione,C.de iur.delib. 22.10.11
l.vlt.§.ſin autem,C.de bon.quæ lib. 35.10
l.1.C.de præſcript.30.vel 40.annor. 128.4
*l.ſicut,3.C.de præſcript. 30.vel 40. annor.*40.21
*l.iubemus,6.C.ad SC.Trebel.*276.1.& ſeqq.136.1. & ſeqq.
l.2.C.ad SC.Trebell. 144.9
l.vlt.C.de acq.poſſ. 47.1.& ſeqq.
l.vlt.de acq.poſſeſſ. 45.6.7
l.vlt.C.de acq.poſſeſſ. 43.1. & ſeqq.
l.vlt.C.de acq.poſſeſſ. 50.3
l.creditores,3.C.de pign. 324.4
l.2.C.de præt.pign. 129.2
l.vlt.C.de pact.pign. 272.11. & ſeqq.
l.ſi in hoc,14.C.de diſtract.pign. 11.14

Digitized by Google

l.pro debito,6.C.de bon.aut indic.poſſid. p.8.n.14
l.vnic.C.de iur.dom.impetr. 113.1.*& ſeqq.*
Titulus Cod. Creditorem euictionem pignoris non debere. 15.1.*& ſeqq.*
Tit. Cod. etiam ob Chirogr.pec.pignor.rer.poſſeſſ. 68.7
Titulus C.etiam ob Chirograph.pecun.pign. retineri poſſe. 15.1.*& ſeqq.*
l.2.C ſi antiq.cred.pign.vend. 10.8
l.ſi vt proponis.4 C.de de ædific.priuat. 117.10
l.meminerint.6.§.1.C.vnde vi. 44.11
l.ſi quando,9.C.vnde vi. 242.2
l.vlt.C.qui bon. ced.poſſ. 347.4
l.3.C.de iur fiſc. 128.4
l.2.C.de fid.& iur.haſt.fiſc. ibid.5.*&* 8

Ex Nouell.

Nouell.1.de hered.& falcid.§.ſi verò non fecerit. 23.9.*&* 10
Nou.1. 136.3.*& ſeqq.*
Nou.18.de trient.& ſemiſſ. 195.7
Nou.39.de reſtitut.& ea quæ par. 260.4
Nou.115.vt cum de appellat.§.aliud quoque cap. 262.1.*& ſeqq.*
*Nou.115.vt cum de appell.§.aliud quoque capitulum.*181.2.*& ſeqq.*
Nou.115. p.207.11
Nou.136. 117.9
Leonis conſtitutio.19. 174.4
Nou.1.de hered.& falcid.p.535.n.11.p.624.n.6.9 & 11.
Nou.7.§.emphyteuſin. 619.3
Nou.18.de trient. & ſemiſſ.§.illud. 778.5.*&* 11
Nou.39. 678.11.12
Nou.107.de teſtam.imperfect. 649.1.*& ſeqq.* 654.7.656.12.680.9.684.6.686.1.*& ſeqq.* 694.18.19
Nouell.115.§. aliud quoque capitulum, 751.4.5.*& ſeqq.*
ead.Nou.cap.3.§.cauſa. 479.20
*Nou. 118. de hered. ab inteſtat.venient.*843.13.*&* 855.2
Nou.119.§. quia verò,vt ſponſal.largit. 693.14

Ex Inſtit.

§.nunc admonendi. Inſtit. quib. alien. lic.vel non. 132.11
§.ſed quia.Inſt.de fid.hered. 144.10

Ex iure Canonico.

Can. redintegrandæ.3.quæſt.1. p.87.n.2.*& ſeqq.*
Cap.Conſtitutus. De in integr.reſtit.in 6. 83.15
Cap.ſignificante. extr.de pignorib. 281.5
Cap.cùm dilecti:X. de donat. 993.5

Sentent. Pauli ICti.

Lib.5.ſent.tit.11.de donat.§.2. pag.837.n.5.*& ſequent.*

INDEX

Digitized by Google

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

DECADIS I.

Error I. DE tacita hypotheca ex chirographo agnito vel denegato. pag. 1
II. De vſuris chirographariis. 4
III. De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta. 6
IV. De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus creditorem. 7
V. De pignoris venditione facta per creditorem iure debitoris. 8
VI. De iterata pignoris venditione. 9
VII. De dolo in re ipſa & dolo ex propoſito. 11
VIII. Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit. 13
IX. De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi. 15
X. Si creditor de pignoris euictione conueniatur. ibid.

DECADIS II.

Error I. De Pecunia penes eum depoſita, qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij. 17
II. De Separatione ex edicto prætoris impetranda. 18
III. De Curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 19
IV. De Iurium ſingularium & vniuerſalium cõfuſione quæ fit per aditionẽ hæreditatis. 21
V. De Herede qui dolo malo verſatus eſt in hereditate, cuius inuentarium fecit. 22
VI. De Herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij. 24
VII. De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas. 26
VIII. De Rebus hereditariis, cùm inuentarium ſolenne ab herede fit, æſtimandis. 27
IX. Si is qui conuentus à creditore, confeſſus eſt ſe heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium. 28
X. Si ex confeſſione hereditatis aditæ vni ex creditoribus facta, alij creditores agant. 30

DECADIS III.

Error I. De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, neque abſtinuit. 32
II. Si ſeruus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ hereditati tanquam iacenti detur. 34
III. De curatore iacenti hereditati dando, cùm nullus heres eſt, ſiue aliquis ſperetur, ſiue non. ibid.
IV. De herede ſiue ſuo ſiue extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe. 35
V. De quo herede qui poſteaquam ſe tutore immiſcuit vult abſtinere. ibid.
VI. De differentia ſui heredis & extranei in agnoſcenda hereditate. 36
VII. De eo qui agit tanquam heres cùm beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet. 37
VIII. De ſucceſſorij edicti poteſtate à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates tranſlata. 38
IX. De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita, qui non potuit agere. 40
X. De confirmando tutore vel curatore. 41

DECADIS IV.

Error I. De creditore fiduciarum, & vt loquuntur prouiſionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia. 42
II. De eo qui propriam poſſeſſionem auocat ex cauſa conſtituti. 43
III. De exceptione non factæ excuſſionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſſionem ex clauſulâ conſtituti. 44
IV. De creditore qui poſt intentatam hypothecariam, implorat beneficium ex clauſulâ conſtituti. & *l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.* 45
V. Si poſſeſſio per clauſulam conſtituti quæſita amiſſa ſit ſine facto conſtituentis. 47
VI. De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. poſſ.* ibid.
VII. De creditore auocante propriam poſſeſſio

Digitized by Google

ſeſſionem,implorato beneficio clauſulæ conſtituti, non etiam *legis vlt.C.de acquir.poſſ.* p.49.
VIII. De acquirenda per conſtitutum poſſeſſione futurorum bonorum. ibid.
IX. De precaria poſſeſſione. 50
X. Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul tranſlata ſit. p.51

DECADIS V.

Error I. De creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti, pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum. p.52
II. De eo qui ad propriam poſſeſſionem tutandam implorat beneficium *legis vlt. Cod. de acquir.poſſeſſ.* etiam contra heredem debitoris. 54
III. Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit. 55.
IV. De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione quæ à defuncto in heredem continuatur. ibid.
V. De hereditariarum rerum poſſeſſione, ex qua hereditatis aditio inducitur. 56
VI. De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem. 57
VII. De iuribus & nominibus excutiendis. 58.
VIII. De excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum, vt aiunt, facienda. 59
IX. De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum. 60
X. Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur. 62

DECADIS VI.

Error I. De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium & quid ſi habeant etiam expreſſam. p.63
II. De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote. 64
III. De hypothecæ ſpecialis excuſſione. 66
IV. De poteſtate generalis hypothecæ iis caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur. 67
V. De locatore rem conductam vindicante à conductore. 68
VI. De venditis fructibus fundi iam locati. 69.
VII. De tutela impuberis auum paternum & matrem habentis. 71
VIII. De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni eſt poteſtate. ibid.
IX. De minore curatorem habente. 72
X. Vbi conueniri debeat is qui ex cauſa euictionis vel mandati author laudatur. 73

DECADIS VII.

Error I. De reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatione. p.74
II. De tertio poſſeſſore rei à minore alienatæ & per in integrum reſtitutionem petitæ. 75.
III. De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſa immodicæ læſionis. 76
IV. Si is qui à minore emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem abſens ſit,aut contumax,aut ſine hærede deceſſerit. 78
V. Vbi cauſſa in integrum reſtitutionis agitari debeat. 79
VI. De condemnatione fructuum in iudicio reſtitutionis in integrum. 80
VII. De fructibus ei adiudicandis qui reſtituitur, ex cauſa immodicæ læſionis. 82
VIII. Si venditor qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſt,renuntiauerit beneficio *leg.2. Cod.de reſcind.vend.* 84
IX. De minore qui petita propter ætatem reſtitutione,nec probata ætate probauit immodicam læſionem. 86
X. De cumulatione condictionis ex *Can.Redintegranda,3.q.1.*cum condictione ex *l.2.Cod. de reſcind.vend.* 87

DECADIS VIII.

Error I. De diuiſione in qua læſio interuenit. p.89.
II. Si diuiſio inter maiores per electionem aut ſortem facta ſit & læſio interuenerit. 92.
III. De ſuppletione facienda per eum ex condiuiſoribus contra quem impetrata eſt reſtitutio ex cauſa immodicæ læſionis. 94
IV. Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis. 95
V. De differentia venditionis & diuiſionis in probanda læſione. 96
VI. De læſione quæ in dotalibus rebus æſtimandis interuenit. ibid.
VII. De emptore qui immodicè læſus eſt 99.
VIII. Si locator immodicè læſus ſit. 100
IX. Si in permutatione læſio immodica ex alterutra parte interuenerit. 102
X. Si aduerſus tranſactionem ex cauſa immodicæ læſionis reſtitutio petatur. 103

DECADIS

DECADIS IX.

Error I. De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur. 104
II. De exceptionibus & replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis ineſſe creduntur. 105
III. De actione de dolo quæ fidei iudiciis ineſſe dicitur. 106
IV. De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore. 107
V. De antichreſi tacita & fructibus pignoris in ſortem imputandis. 109
VI. De differentia pignoris & Hypothecæ in tacita antichreſi conſtituenda. 110
VII. Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore numquam poſſit. 112.
VIII. De iure dominij pignoris impetrando. 113
IX. De venditione facta ſub pacto de retrouendo. ibid.
X. De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet de retrouendendo. 115

DECADIS X.

Error I. De legitimo vſurarum modo. 116
II. De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditionis. 118
III. De diuidendis inter emptorem & venditorem fructibus pignorum redemptorum. 119.
IV. Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis. 121
V. De interpoſitione Decreti quæ fit antequam ſemeſtre præterierit. 122
VI. De primo & ſecundo decreto. 123
VII. De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt reſcindendis 125
VIII. De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſa enormiſſimæ læſionis. 126
IX. De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit. 127
X. De pignore. 128

DECADIS XI.

Error I. De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet. 129
II. De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium. 131
III. De fructibus ex fideicommiſſoria hereditatis reſtitutione adiudicandis. 133
IV. De fructibus hereditaris fideicommiſſariæ in Trebellianicam computandis. 134
V. De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur. 135
VI. De alio liberorum primi gradus priuilegio, vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur. 136
VII. De duplici falcidiæ detractione. 138
VIII. De prohibita hæredibus primi gradus quartæ Trebellianicæ deductione. 141
IX. De legitimæ & Trebellianicæ computatione. 142
X. De Onere legatorum poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem. 143

DECADIS XII.

Error I. De fructibus legitimæ. 145
II. De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit. 146
III. De filia quæ paternæ ſucceſſioni adeóque legitimæ cum iureiurando renunciauit. 147.
IV. De pacto de non ſuccedendo. 148
V. De filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter, non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit. 150
VI. De caſibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſſione per legem aut conſuetudinem excluſus eſt. 152
VII. De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitimæ. 153
VIII. De filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni legitimæ renunciauit, an partem faciat in legitimæ computatione. 154
IX. De portione filiæ quæ renuntiauit an accreſcat hered. an hæreditati. 155
X. De Trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati. 156

DECADIS XIII.

Error I. De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à legitima. 157
II. Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtituta ſit. 160
III. De Teſtamento quod per præteritionem nullum eſt, ex æquitate prætoria defendendo. 161
IV. De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis. 162
V. Si iurata ſit renuntiatio filiæ, quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſtea quæſitis. 165

Digitized by Google

VI. De læſione quæ locum facere poſſit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo. 167
VII. De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando. 169
VIII. De filia quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni & læſa per decennium tacuit. 171
IX. De renuntiatione iurata fauore maſculorum aut certæ alterius perſonæ facta. 172
X. Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti & conſentienti, poſteáque pater voluntatem mutauerit. 173.

DECADIS XIV.

Error I. De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum. 174
II. Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia patre ſtipulante. 175
III. Si paternis tantùm bonis renuntiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit. 177
IV. Si filia quæ patri cum Iureiurando renuntiauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione. 179
V. De differentiis legitimæ portionis quæ deſcendentibus & eius quæ aſcendentibus debetur. 180
VI. De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda. 181
VII. De querela inofficioſi teſtamenti hodie ſublata. 184
VIII. De actione quæ ad ſupplementum legitimæ portionis datur, ei cui minus relictum eſt. 185
IX. Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi relictum agnouerit. 187
X. De ſupplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt. ibid.

DECADIS XV.

Error I. Si certa pecuniæ quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima. 190
II. Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem, quæ pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum. 192
III. De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda. 193
IV. De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus extraneo herede inſtituto. 194
V. De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur. 197
VI. De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria authoritate. 198
VII. Si teſtator ius adcreſcendi ei prohibuerit, quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede. 199
VIII. De heredum inſtitutione, quam particularem vocant, & de ea quæ fit partibus diſtributis. 203
IX. De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte. 204
X. De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. 205

DECADIS XVI.

Error I. De ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut ſtricto. 207
II. De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita. 208
III. De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda. 210
IV. De æſtimanda re in diem certum debita. 211
V. De ineunda æſtimatione rei venditæ ſub conditione. 213
VI. De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dari debuit. 214
VII. De differentia Mercis & Speciei debitæ, cum de æſtimatione ineunda tractatur. 215
VIII. Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit. 217
IX. De condictione triticariæ. 218
X. De rei debitæ æſtimatione aucta poſt condemnationem. ibid.

DECADIS XVII.

Error. I. De æſtimatione quanti plurimi 220
II. De æſtimatione quanti plurimi in conditione furtiua. 221
III. De æſtimatione rerum amotarum. 223
IV. De acceſſionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi. 224
V. De iureiurando in litem cùm agitur condictione furtiua. 225
VI. De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda. 226

VII. De

by Google

VII. De iureiurando in litem in actione ex empto. 228
VIII. De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant veritatis. 229
IX. De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis. 231
X. De delatione iuriſiurandi, quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei. 232

DECADIS XVIII.

Error I. De in litem iurando in actione hypothecaria. 233
II. Si creditoris hypothecariam exercentis interſit pluris quàm debeatur. 234
III. De formula inſtituendæ actionis hypothecariæ. 235
IV. De arbitrariis actionibus. 236
V. De actionibus arbitrariis hodie ſublatis. 238.
VI. De in litem iurando in actionibus de dolo & quod metus cauſa. 239
VII. De in litem iurando in interdictis. 241
VIII. De iureiurando Zenoniano. 242
IX. De iureiurando in litem à iudice ante vel poſteà quàm præſtitum eſt, taxando. 243.
X. De re poſt moram perempta quæ penes actorem fuit æquè peritura. 244

DECADIS XIX.

Error I. De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo. 246
II. De iureiurando Iuſtinianeo ad *l. Generaliter* 12.*C.de reb.credit.& iureiur.* 247
III. De differentia iuriſiurandi Iuſtinianei & vulgaris, quod ſuppletiuum vocant. 249
IV. De caſibus in quibus Iuſtinianeum iuſiurandum deferri poteſt. 250
V. De lite poſt iuſiurandum præſtitum ex nouis inſtrumentis retractanda. 251
VI. De ſumptibus litis iureiurando iudiciali deciſæ. 254
VII. De ſumptibus litis per iuſiurandum, vt vocant ſuppletiuum deciſæ. 255
VIII. De iuriſiurandi delati ratione. 256
IX. De iureiurando iudiciali per eum delato, qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit. 257
X. De iureiurando delato quod habetur pro præſtito aut pro relato. 258

DECADIS XX.

Error I. De anatociſmo & vſuris fructuum ac ſumptuum litis. 258
II. De alienatione fideicommiſſi ab aſcendente relicti ex cauſa dotis aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis. 259
III. De fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione ſi ſine liberis. 261
IV. De conſeruandis legatis & fideicommiſſis ex teſtamento quod nullum & iniuſtum eſt ratione præteritionis paternæ. 262
V. De teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo, & de clauſula, omni meliori modo. 263
VI. De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis. 264
VII. De poſthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clauſulam adſcripſit. 265.
VIII. De Iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuit. 266.
IX. De diſtinctione filij ſcienter aut ignoranter præteriti cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuliani lege conſeruandis. 268
X. De coniectura illa pietatis, de qua in *l. cum auus* 102. *D. de condic. & demonſtr.* 270.

DECADIS XXI.

Error I. De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. 271
II. De lege commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta. 273
III. De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam. 275
IV. De lege commiſſoria concepta per clauſulam, *Ex nunc, prout ex tunc, & contrà*, in pignore. 276
V. Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoriæ, in pignore factum ſit. 277
VI. De lege commiſſoria in venditionibus. 278.
VII. Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem. 279
VIII. De iurato pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. 280
IX. De duobus pariter eandem rem pignori accipientibus. 282
X. De hyperocha, quam vulgò pluriſualentiam appellant. 285

DECADIS XXII.

Error I. De differentia addictionis in diem, & venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo. 286

Digitized by Google

II. De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat. 288
III. De poteſtate obſignationis factæ ex cauſa pacti de retrouendendo. 290
IV. De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo. 292
V. De nudæ obligationis, & obſignationis poteſtate. 293
VI. Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. 295
VII. De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. 297
VIII. Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij. 299
IX. De ſpecie & ſententia *l. ſi cùm venderet* 13.*D. de pignor. action.* 300
X. De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem. 303

DECADIS XXIII.

Error I. De facta per emptorem oppignoratione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. 305
II. De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione læſio immodica & enormis interuenit. 307
III. De ſpecie & ſententia *l. ſi in emptionem* 35.*D. de minor.* 311
IV. De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, ſi poſt oppignorationem donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit. ibid.
V. De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo. 313
VI. De vitio litigioſi ob motam litem ex pacto de retrouendendo. 315
VII. Si pactum de retrouendendo adhibitum ſit ex interuallo, ſiue nudum, ſiue adiuncta ſtipulatione. 316
VIII. De eo, qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit. 317
IX. De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contrà. 319
X. De vſufructu ei debito qui proprietatem emptam ſub pacto de retrouendendo poſtea retrouendidit. 320

DECADIS XXIV.

Error I. De hypotheca rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda. 322.
II. De expreſſa obligatione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ne in alium quàm venditorem alienari poſſit. 324
III. De locatione per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo. 325
IV. De fundi dotalis locatione à marito facta. 326.
V. De facta per vaſſallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat. 328.
VI. De locatione facta per prælatum eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate. 330
VII. De retentione rei locatæ quæ fuit obligata conductori. 331
VIII. Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit, expellere conductorem iuſtis de cauſis velit. 332.
IX. Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata. 334
X. De eadem re pluribus ſeparatim locata, vel vendita, vel obligata. 335

DECADIS XXV.

Error I. De prorogando per ſupremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi debuit. 338
II. De ſententia & lectione *l. ſi à te 7. de pact. inter empt. & vendit.* 343
III. De lectione & ſententia *l. quoties 2. C. de prec. Imper. offer.* 346
IV. De prorogando per tutorem aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem. 350
V. De in integrum reſtitutione pupillo vel minori concedenda aduerſus lapſum temporis conuentionalis. 357
VI. De ſententia §. *illud l. ſi creditor 7. D. de diſtr. pign. & de lectione l. Æmilius 33. D. de minor.* 353
VII. Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut protutorem. 359.
VIII. Si de reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu. 363.
IX. Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ſit ab emptore,

re, intra tempora petendæ retrouenditionis. p.368.

X. De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori ſolutum eſt pretium rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat, ſine decreto. 370

DECADIS XXVI.

Error I. De liberis poſitis in conditione. p.379

II. De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda. 381

III. De ſententia l.vel ſingulis 37.D.de vulg. & pupill.ſubſtit. & l. cùm proponebatur 64. D.de legat. 383

IV. De ſententia l. filiusfam. 114. §. cùm erit 13.de legat.1. 386

V. De ſententia §. vet. l. ſi quis eum 6. D. de vulg.& pup.ſubſt.& de inducenda ex verbis enunciationis diſpoſitione in fauorem liberorum ad l. pater 17.§. auus, D. de do. mal. except. 388

VI. Ad l.1.C.de pact.l heredes mei 57. §.cùm ita.l.qui filium 74. D. ad SC.Trebell.l.iubemus 6.C.eod. 391

VII. De hereditate delata monacho poſtea mortuo ante aditionem, An poſſit monaſterium eam adire, vt etiam vulgari ſubſtituto præferatur. 395

VIII. De impenſis in alienam rem factis, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore, ſiue à prædone. 399.

IX. De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impenſas quaſcunque repetendas. 403

X. De ſententia l. qui exceptionem 40.§.1.D. de cond.indeb.l.heres 21.ad SC.Treb.l.ſumptus 48.D.de rei vind. 406

DECADIS XXVII.

Error I. De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus. p.409

II. De caſibus in quibus is qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe. 413

III. Si pacto conuenerit de ſuccedendo ex tempore & ad tempus. 416

IV. De ſuſpendenda per legem, aut per ſtatutum, aut per pactum legitimæ hereditatis delatione. 419

V. De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate SC. Trebell. 422.

VI. De ſententia l.1.§.ſi quis adita.D. ad SC. Tertyll.& l.filij 6.§.eod. 423

VII. De ſententia & ratione l. 2. §. ſed ſi ſint ſui.§.ſed ſi quis.§.ſi bonum, & §.vlt.eod. tit. ad SC.Tertyll. 426

VIII. De differentia excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem. 428

IX. De ſtatuto excludente fœminas, extantibus, vel ſuccedentibus maſculis. 430

X. De interpretatione ſtatuti per quod maſculi ponuntur in conditione, & quantum interſit an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ maſculis non extantibus an maſculis non ſuccedentibus? 433

DECADIS XXVIII.

Error I. De ſorore per ſtatutum excluſa fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem. 436.

II. Si ſtatutum in ſupra ſcripta ſpecie conceptum eſſet, vel per verba illa ſuccedentibus maſculis. 440

III. De maſculo qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis. 441

IV. De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno. 443

V. De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis. 446

VI. De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum. 449

VII. De ſucceſſorij edicti poteſtate in perſona nepotis ex filia quæ renuntiauit, ſiue cum aliis nepotibus concurrat, ſiue cum auunculis, ſiue cum agnatis: & quid in nepote ex filio, quod in bonis auiæ. 451

VIII. De nepote ex filia, an contineatur in conditione, ſi ſine liberis maſculis ad excludendum ſubſtitutum. 454

IX. Si teſtator in concipienda conditione, Si ſine liberis maſculis, addiderit ex ſuo, aut ex proprio corpore natis. 457

X. De conditione, ſi ſine filiis maſculis, poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat. 459

DECADIS XXIX.

Error I. De ſtatutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in diſpoſitione, an extendantur ad nepotes. 461

II. De ſtatuto excludente filiam fœminam extantibus filiis maſculis, an excludat nepotem ex filia. 464

Digitized by Google

III. Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia. pag.467.
IV. De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa. 469
V. De ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti. 472
VI. De ſententia l.3.§ ſi emancipatus. D.de bon. poſſ. contra tabulas. 477
VII. De varia interpretatione l.qui ſe patris vet. C. vnd. liber. 481
VIII. De bonorum poſſeſſione vnde liberi in perſona nepotis ex filio ſiue ſuo herede, ſiue emancipato ſuperſtite. 485
IX. De differentia bonorum poſſeſſionis vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati in cauſa ſucceſſorij edicti. 488
X. De ſententia defuncti 6.C.de legit.hered. & §. Placebat. Inſtit. de legit. agnat.ſucceſſ. 490.

DECADIS XXX.

Error I. De diſtinctione Bartoli, an filia per ſtatutum excluſa ſit extantibus maſculis vel agnatis, an verò quoadusque maſculi vel agnati ſupererunt. p.497
II. De filia dotata, ſtatuto excluſa propter maſculum, an rumpat patris teſtamentum in quo fuit præterita. 499
III. De iure ſuitatis in perſona filiæ quæ à patris inteſtati ſucceſſionem per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum. 503
IV. De alia Bartoli diſtinctione, an filia per ſtatutum prohibeatur ſuccedere, an verò venire contra teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt. 507
V. De aliis abſurdis quæ ex ſupradicta Bartoli diſtinctione ſequuntur. 510
VI. De ſtatuto diſponente quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quoadusque maſculis ſuperuixerit. 514
VII. De clauſula codicillari appoſita in teſtamento, in quo fuit præterita filia excluſa ſuſpenſiuè per ſtatutum quandiu maſculi ſupererunt, qui prædeceſſerint. 516
VIII. De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis & ſucceditur per contra tabulas. 520
IX. De filia per ſtatutum excluſa, quamdiu maſculus ſupererit, an interim tranſmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut ſaltem petendæ legitimæ. 522
X. De cautione non alienandi nec diſſipandi, præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſæ quandiu maſculus aliquis ſupererit. p.526

DECADIS XXXI.

Error I. De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis. p.529
II. De interruptione in fideicommiſſaria ſubſtitutione. 534
III. De tranſmiſſione conditionali fideicommiſſi ex coniecturis inducenda. 538
IV. De coniecturis, ex quibus fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſio induci poſſe creditur. 541
V. De tranſmiſſione fideicommiſſi conditionalis vniti cum iure adcreſcendi. 545
VI. De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis cùm de tranſmiſſione agitur: itémque de differentia pupillaris ſubſtitutionis & iuris adcreſcendi. 547
VII. De conciliatione l. ſi filius 12. de vulg.& pupill. ſubſt. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered. 550
VIII. De ſui heredis exiſtentia ex ratione iuris ciuilis, ſiue is ſubſtitutum habeat, ſiue coheredem. 553
IX. De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure prætorio cùm is ſe immiſcuit, aut tacuit, id eſt, nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit. 555.
X. De creditoribus agentibus contra ſuum heredem qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit: an habeant fundatam intentionem, & quid ſi expreſſim abſtinuerit. 559

DECADIS XXXII.

Error I. De ſuo herede abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus pupillaris. p.564
II. De ſententia & emendatione l.Iulianus 42. D.de acquir.hered. 567
III. De edicto cuius mentio fit in l.quæſitum 40.cod.tit.de acquir.hered. 571
IV. De fratre exheredato ſubſtituto fratri impuberi ſcripto heredi. 574
V. De ſuo herede inſtituto ſe abſtinente ex teſtamento, & paternam hereditatem retinente ab inteſtato. Ad l. 1. §. qui ſunt in poteſt. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt. l. 2. C. pro hered.l.2.C.vnd.liber. 575
VI. De ſuo herede vulgarem ſubſtitutum habente, an neceſſarius ſit an voluntarius. 577.
VII. De poteſtate illius conditionis, ſi heres non erit, in vulgari ſubſtitutione ſuo heredi facta. 580
VIII. De poteſtate vulgaris ſubſtitutionis in ſpecie, l.ſi filius 16.D.delib.& poſt. 582

IX.De

Digitized by Google

IX. De tacita vulgari ſubſtitutione. p.586
X. De ſubſtituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfam. 28. D. de reb. autor. iud. poſſid. p.590

DECADIS XXXIII.

Error I. De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione quem interpretes tacitam vocant. p.592
II. De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre. 596.
III. De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato. 598
IV. De vulgari ſubſtitutione quam tacitam vocant, trahenda ad bona pupilli. 600
V. De tacita vulgari & pupillari cùm mater eſt in meo. & ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. 602.
VI. De ſubſtitutione vulgari, mixta, vt vocant, partim expreſſa, partim tacita. 606.
VII. De vulgari ſubſtitutione facta filiofam. repudianti, vel per iniunctum heredi onus reſtituendæ hereditatis, ſi heres non erit. 608.
VIII. Si quis inſtituerit filium ſuum, & ex eo nepotem. 611
IX. De patre ſtipulante aut aliter contrahente pro ſe & filiis ſuis. 615
X. De emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit. 619

DECADIS XXXIV.

Error I. De illo qui ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Et ad Nouell. 1. de hered. & falcid. p.623
II. De verbis quæ vocant communia. Quale eſſe volunt verbum ſubſtituo, Et de verbo inſtituo. 626
III. De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur, & aliis quæ vocant vel directa vel ciuilia, vel communia iure gentium, Vel ciuili. 629
IV. De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur. 632
V. De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari præferatur. 634
VI. De differentia iuris abſtinendi & iuris deliberandi. Ad l. cum Antiquioribus 19. C. de iur. delib. 635
VII. De ſententia §. cùm autem. l. vnica, C. de caduc. tollendis, & l. ſi quis filiumfam. 7. in princip. D. de acquir. hered. & l. 5. C. de iure delib. p.637
VIII. De tranſmiſſione reſtitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cùm adeſt vulgaris ſubſtitutus. Ad l. quod ſi minor 24. §. Scæuola. D. de minor. 641
IX. De ſententia l. vnic. D. de his qui ant. aper. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommiſſa. Et de iure recuſandi. 643
X. De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta. 646

DECADIS XXXV.

Error I. De teſtamento in ſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum. p.649
II. Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint. 651
III. De parentum voluntate minùs ſolenni inter liberos teſtati an inteſtati iure defendenda. Et quid ſi parens inæqualiter bona ſua diuiſerit. 653
IV. De teſtamento nuncupatiuo minùs ſolenni, inter liberos. 655
V. De teſtamento minùs ſolenni facto in fauorem liberorum naturalium. 657
VI. De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſolenni. 659
VII. De pia cauſa inſtituta in minùs ſolenni teſtamento. 661
VIII. De teſtamento imperfecto ratione voluntatis. 663
IX. De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere conditionem quam poſtea non addidit ad l. 1. & l. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. & l. pen. C. de inſtit. & ſubſtit. 665.
X. De inſtitutione ſic facta ex partibus quas adſcripſi, aut, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit, ad d. l. 2. & l. hoc articulo 19. D. de hered. inſtit. 668

DECADIS XXXVI.

Error I. De ſubintelligentia in teſtamento parentis inter liberos clauſula codicillari. 670.
II. De ſolennitatibus iuris gentium in teſtamento inter liberos adhibendis. 672
III. De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo, quam inſtitutionis. 674

IV. De patre, qui ex teſtamento vni ex liberis reliquit minùs legitima. 677
V. De vnius ex liberis exheredatione, facta in parentis teſtamento inter liberos imperfecto. 679.
VI. De teſtamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus teſtibus. 682.
VII. De clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda. 683
VIII. De ſententia & ratione Auth.hoc inter liberos.C.de teſtam. 686
IX. De imperfecto patris teſtamento alterius quam patris manu ſcripto, ſed ex ipſius patris mandato. 691
X. De teſtatore inter liberos diſponente, qui notarium adhibere volens priùs deceſſit, quàm notarius accederet. 694

DECADIS XXXVII.

Error I. De teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato. p.679
II. De ſententia & ratione §. ſi prius. l. ſi duobus. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. 698.
III. De teſtamento poſteriore in quo filius eſt præteritus an rumpat prius. 701
IV. De filio in poſterioribus tabulis præterito, qui per querelam inofficioſi rupit priores in quibus fuerat exheredatus. 702
V. De teſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, & inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum. 705
VI. De bonorum poſſeſſione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit ſuus heres. 707.
VII. De clauſula derogatoria in priore teſtamento ad poſterius impediendum appoſita. 709
VIII. De ſententia & ratione l. ſi quis in principio 22. de legat. 3. l. ſi mihi & tibi 12.§.vlt.& l.ſi ita ſit adſcriptum 14.de legat. 712.
IX. De teſtatore qui legem ſibi dixit maioris ſolennitatis in ſecundo teſtamento adhibendæ ad l. Diui 6. §. licet.D.de iur.codicill. 716.
X. De ſententia & ratione l. vlt. in princ. de leg. 2. & l. conficiuntur 8. §. vlt. D. de iure codicill. 718

DECADIS XXXVIII.

Error I. De clauſulæ derogatoriæ reuocatione, an ſpecialis eſſe debeat: an verò ſufficiat generalis. 722
II. Si in ſecundo teſtamento appoſita ſit clauſula, non obſtante tali teſtamento manu talis tabellionis recepto, & de aliis caſibus. Et ad l. ſancimus 25. C. de teſtam. 725.
III. De teſtamento per vim vel dolum condito in fauorem doloſi. 727
IV. Si non exiſtente ſoluendo, eo qui dolo malo teſtari quem prohibuit, vel cogit, pars læſa velit agere contra fiſcum. 730
V. De legatis in eo teſtamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum ſit, aut mutari prohibitum. ibid.
VI. Si quis aliquem teſtari coëgerit in fauorem tertij ignorantis. 732
VII. Si frater fratrem teſtari, aut teſtamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis. 734
VIII. Si per blanditias ſine dolo malo factum ſit ſecundum teſtamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter inſtituerat in primo. 737.
IX. De actione quæ competit fiſco aduerſus heredem indignum ad auferendam ei hereditatem. 739
X. De ſententia l.1.C.de his quibus vt indign. & quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis. 741

DECADIS XXXIX.

Error I. De clauſula derogatoria appoſita in teſtamento minùs ſolenni, vel rupto ex cauſa præteritionis, aut exheredationis. 743.
II. De iuramento appoſito in priore teſtamento an habeat vim clauſulæ derogatoriæ. Et de clauſula omni meliori modo. 745.
III. De iuramento appoſito in poſteriore teſtamento ad derogandum clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priore. 747
IV. De clauſula derogatoria iurata. 749
V. Si primum teſtamentum expreſſerit validum, & ſecundum ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta ſint legata & fideicommiſſa. Ad auth.ex cauſa de liber. præter.& l.vlt. D. de hered.inſt. 751
VI. Si teſtator coram ſeptem teſtibus reuocauerit prius ſolenne teſtamentum ſiue addiderit rationem quia vult decedere inteſtatus, ſiue non. 755
VII. Si teſtator teſtamenti ſolennis linum aut ſignacula inciderit, ob mutatam voluntatem, an tollatur teſtamentum ipſo iure,

an

Digitized by Google

an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult.§. vlt.D.de bon. poſſ.ſec.tab. 759
VIII. De ſententia & ratione. §. veteranus l.militis 36.D.de teſt.milit. 763
IX. De clauſula codicillari appoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit confirmatum per aditionem venientium ab inteſtato. 765.
X. De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamento inutiliter reuocato. 768.

DECADIS XL.

Error I. De ſententia & emendatione l. ſi donatione 13.C.de collat. 769
II. De donatione ſimplici an conferenda ſit ad l.illud 20.in fin.C.de collat. 772
III. De ſententia l. donationes 25. C. de donat. inter vir, & vxor. 775
IV. De iure collationis faciendæ in omni caſu ſucceſſionis inteſtati etiam factis codicillis, Ad l. à patre 10. & l. filiam 16. de collat. 777.
V. De interpretatione & emendatione leg. ſi non mortis 25. D.de inoff.teſt. 779
VI. De collatione dotis, ſiue profectitiæ ſiue aduentitiæ, & ſiue filiafam. fuit, ſiue emancipata. 782
VII. De collatione per eos, qui in poteſtate ſunt, emancipatis facienda. 785
VIII. De ſententia legis, vt liberis. 17. C. de collat. & de æqualitate inter liberos ſeruanda. 786
IX. De ſententia & ratione perobſcura Papiniani in l.Pomponius Philadelphus 35.D. Fam.ercisc. 787
X. De collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ad l.ſi filius 10. D. de collat. bonorum. 789

DECADIS XLI.

Error I. De collatione donationis propter nuptias. 792
II. De collatione donationis factæ filiofam.à patre fauore & contemplatione matrimonij. 794.
III. De donatione per patrem facta filiofam. fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam. 796
IV. Si donatio fauore matrimonij facta filiofam. per patrem iurata ſit. 799
V. De poteſtate iuriſiurandi, ad confirmandum pactum de non ſuccedendo. 800
VI. De donatione per patrem in filiumfam. collata propter bene merita. 802
VII. De donatione facta filiofam.per patrem propter fauorem ſtudiorum. 804
VIII. De eo quod filiusfam. induſtria ſua quæſiit ex pecunia patris, an ſit conferendum. 806
IX. De Bartoli diſtinctione circa bonorum profectitiorum collationem. 800
X. Si pater ex pecunia ſua feundum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis, & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphyteuſeos, an ſint conferenda. 81e

DECADIS XLII.

Error I. De bonis à patre donatis filio, ſiue in peculium profectitium ſiue ſimpliciter. 813.
II. De donationibus quæ morte confirmantur, an capiantur iure Legatorum: & in quo differant donationes factæ à patre, à donationibus inter virum & vxorem. 814.
III. De vſucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge. 816
IV. Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l.2.§.1.D.pro hered.l.1.§.vlt.D. pro donat. 818
V. De Papiniani & interpretum diſtinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam. 819
VI. De tribus caſibus in quibus vult Bartolus donationem ſimplicem filiofam. à patre factam conferendam eſſe, Ac primùm de primo. 822
VII. De ſecundo caſu Bartoli, in quo vult ſimplicem donationem filiofam.factam conſeruari. 823
VIII. De ſententia & orationis l.ſi filia 20. §. ſi pater.D.famil.erciſc. 824
IX. De vltimo membro diſtinctione Bartoli, eiúſque ſubdiſtinctionibus circa profectitiorum collationem, & ad l.vlt. D. de pecul. legat. & l. quod fruct.D.de acquir.rer.dom. 826.
X. De aduentitiorum collatione, & nonnullarum legum, tit. C. de collat. emendatione. 828

DECADIS XLIII.

Error I. De donatione cauſa mortis à patre in filiumfam.collata. 832
II. De ſententia & electione l.cùm pater 77.§ pater pluribus de legat.2. 835
III. De ſententia & ratione §. Mæuio 6. d.l cùm pater 77.de legat.2. 836

IV. De

IV. De donatione à filiofam. collata in patrem, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 839.
V. De donationibus ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa in patrem à filiofam. collatis, morte filij confirmandis. 842
VI. De facta per filiumfam. donatione, ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos, ſine conſenſu patris bonorum aduentitiorum in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vſumfructum. 845
VII. De ſententia & ratione l. tam is 25. §. 1. D. de mort. cauſ. don. & l. filiusfam. 7. §. pari autem ratione. D. de donat. 849
VIII. De caſtrenſium bonorum donatione cauſa mortis per filiumfam. facta ſine conſenſu patris. 851
IX. De ſententia. §. vet. l. filiusfam. 7. D. de donat. 854
X. De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo. 855

DECADIS XLIV.

Error I. De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis. 858
II. De donatione cauſa mortis in abſentem collata vel etiam in teſtamento facta. 890.
III. De donatione cauſa mortis facta per pactum nudum. 893
IV. De clauſula quæ in teſtamentis poni ſolet vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codicillorum, valeat iure donationis cauſa mortis: & de promiſſione per pactum nudum facta de donando. 896
V. De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legator. 898
VI. De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto quod legatorum. 900.
VII. De donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur. 903
VIII. De donationibus mortis cauſa inter coniuges ita factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione. 905
IX. De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis circa vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act. 907
X. De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l. ſi mortis 29. l. qui mortis 30. D. de mortis cauſ. don. tit. 1. C. de donat. quæ ſub mod. 909.

DECADIS XLV.

Error I. De donatione cauſa mortis ſic facta, vt nullo caſu reuocetur. Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat. 911
II. De donatione quam quis fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam, vtrum inter viuos ſit an mortis cauſa. 914
III. De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata ſit dominij tranſlatio poſt mortem donatoris. 917
IV. De diſtinctione quam adhibent interpretes, An donator cauſa mortis deceſſerit cum herede, an ſine herede. 919
V. Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non adita ſit. Ad §. 1. l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui ſine man. ad liber. peruen. 921
VI. De donationibus mortis cauſa infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento. 923
VII. De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione 1. etiam 11. D. inoff. teſt. & l. 5. §. qui mortis D. de his quæ vt indign. 925
VIII. De donatione in genere an ſit contractus, & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit condictioni aut pœnitentiæ. 929
IX. De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractibus innominatis. 933
X. De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort. 934

DECADIS XLVI.

Error I. De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant. 938
II. De iiſdem donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur. 941
III. De donationibus factis ſiue mortis, ſiue deportationis cauſa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. C. de donat. int. vir. & vxor. & l. ſed mors 13. §. 1. D. eod. 943.
IV. De donatione cauſa mortis facta inter coniuges, & per donatorem poſtea deportatum reuocata. 945
V. De retroactione donationis cauſa mortis inter coniuges an ratione dominij ſit facienda, an ratione fructuum tantùm. 948
VI. De tacita reuocatione donationis cauſa

Digitized by Google

mortis per oppignerationem aut alienationem ſubſecutam. 952
VII. De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem. 955
VIII. De vſurario manifeſto an liberius poſſit donare cauſa mortis quam teſtari. 959
IX. De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate. 960
X. De muliere quæ ex lege municipali non poteſt contrahere abſque conſenſu duorum propinquorum, an poſſit liberè donare cauſa mortis. 963

DECADIS XLVII.

Error I. De donatione abſenti facta ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 965
II. De actione vtili quam dant interpretes ex ſtipulatione donationis inter viuos per notarium facta abſentis nomine. 967
III. De donatione in abſentem ac ignorantem collata ſtipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata. 969
IV. De donatario qui donationem in abſentem ſe collatam vult ratam habere poſt mortem donatoris. 971
V. De donatione collata in abſentem donatarium, qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem. 973
VI. De donatione cauſa mortis facta alicui & heredibus ſuis. 976
VII. De donatione ſic facta vt poſt certum tempus vel poſt mortem donatarij res donata reſtituatur alteri cum abſenti pro quo nemo fuerit ſtipulatus. 977
VIII. De vtili actione ei competente cui donatarius rem donatam poſt certum tempus reſtituere ex donationis lege debuit. 979
IX. De differentia donationis inter viuos, & donationis cauſa mortis cùm alicui res ita donatur vt poſt certum tempus reſtituatur. 982
X. De fideicommiſſo conuentionali. 983

DECADIS XLVIII.

Error I. De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore abſentis an inuito vel ignorante abſente poſſit reuocari poſtquàm dies venit. 985
II. De pacto in Eccleſiæ fauorem inſerto donationi in alium collatæ. 988
III. Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore abſentis poſtmodum ab eo ſit acceptatum, Aut ſi contractus ille iuratus ſit. 989
IV. De contractibus innominatis factis in fauorem eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ. An in iis locus ſit pœnitentiæ, & de mandato ad pias cauſas an ſit reuocabile. 990
V. De conditione donationi appoſita per donatorem inuito donatario incontinenti poſt profectam donationem. 992
VI. De donatione ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis facta bonorum omnium præſentium & futurorum. 993
VII. De donatario vniuerſorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur: Et quid ſi donatio facta ſit in fraudem creditorum. 996
VIII. De hereditate donata mortis cauſa. 998.
IX. De actione hypothecaria quæ pro legatis competit an competat etiam pro donatione cauſa mortis. 1000
X. De iure adcreſcendi in donationibus cauſa mortis. 1003

DECADIS XLIX.

Error I. De cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. 1005
II. De hereditatibus & legatariis ex parte, & ex partibus. 1006
III. De coniunctione verbis tantùm. 1008
IV. De iure adcreſcendi verbis tantùm coniunctos. 1010
V. De legato, relicto Titio & poſthumis pro æquis virilibus portionibus. 1013
VI. De ſententia & ratione reſponſi Scæuola in l. pater filium 38. §. filiam, de legat. 3. 1014.
VII. De ſententia & ratione l. re coniuncti 89. de legat. 3. 1016
VIII. De ſententia & ratione l. Mæuio 41. in princip. D. de legat. 2. 1020
IX. De partibus quæ per concurſum fiunt. 1022.
X. De pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione an purè inſtitutus, totum interim habeat, an partem. Et ad l. 3. 4. 5. D. ſi pars hered. petat. 1023

DECADIS L.

Error I. De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares. 1028
II. De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios ſingulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione. 1030
III. De natura quam omnibus legatis & fideicommiſſis Iuſtinianus dedit quoad ius adcreſcendi. 1033
IV. De portione hereditatis adcreſcente heredi grauato an tranſeat in fideicõmiſſarium. 1036

V. De

Digitized by Google

Index Capitum, ſeu Errorum.

V. De iure adcreſcendi in hereditate vendita an tranſeat in emptorem. 1039

VI. De iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem. 1043

VII. De iure adcreſcendi inter vocatos ex diuerſo iure, ad l. ſed cum patrono 6. de bonor. poſſ. 1046

VIII. De iure adcreſcendi in portione agnita ſi in ea poſtmodum omiſſa ſit vel per abſtentionem, vel per in integrum reſtitutionem. 1049

IX. De beneficio vt vocant l. hereditate 55. D.de acq.vel omit.hered. 1053

X. De iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur. Ad l. mulieri 74. D.de condic. & demonſtr. 1056

ANTONII

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII, CHILIADIS DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

PARS PRIMA.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

DECAS PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito, vel denegato.

SVMMARIA.

1 *Debitoris bona omnia tacito pignoris iure creditori eſſe obligata, licèt de pignore nõ cõuenerit, vulgaris error eſt.*
2 *Vnde d. error ab eius patronis probetur.*
3 *Bona debitoris citra expreſſam conuentionem obligata creditori regulariter non eſſe, & num. 16.*
4 *Inter creditores chirographarios & hypothecarios differentia elegans.*
5 *Ex eo quòd vulgaris eſt conuentio de pignore non debet inferri eam ſubintelligendam eſſe cùm eſt omiſſa.*
6 *Clauſula cõſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur.*
7 *Clauſula per quam renuntiare fideiuſſores & correi ſolent exceptioni ordinis & diuiſionis exprimi debet vt creditori proſit.*
8 *Clauſula codicillaris ex eo quod ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt.*
9 *Ex eo quòd clauſulæ quædam vulgò adyci ſoleant, ex notariorum ſtylo potius quam ex dictantium voluntate adiectæ videri non debent.*
10 *In vltimis voluntatibus interpretandis regulare eſt, vt plus dictum, minus ſcriptum non exiſtimetur.*
11 *Adeóque in contractibus, in quibus perpetuum eſt illud, Propoſitum in mente retentum nihil operatur.*
12 *Ex eo quod Iuſtinianus conſtituit, obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehendi, non poteſt inferri nulla pignoris obligatione expreſſa, tacitam ſubintelligendam eſſe.*
13 *Supplere quod facti eſt, iudex nunquam debet.*
14 *Intereſt debitoris vt non expreſſa pignoris obligatio pro expreſſa non habeatur.*
15 *Adeóque creditorum poſteriorum.*
17 *Ex chirographo agnito & recognitio contrahitur tacita hypotheca, ex pragmaticorum ſententia.*
18 *Quam malè fulciunt verbis Senatus Allobrogici,* à die recogniti chirographi hypotheca currat & locum habeat.
19 *Quis ſit genuinus dd. Senatus verborum ſenſus. & n. 37.*
20 *Nullo conuento pignore, ſolam chirographi agnitionem ad inducendam tacitam hypothecam non ſufficere.*
21 *Litis conteſtatio facit quidem, vt quaſi contrahi videatur, non tamen vt tacitum pignus inducatur.*
22 *Ex eo quòd creditor chirographarius erga debitorem fuit indulgentior ab eo cautionem pignoris non exigendo non debet videri fauorabilior.*
23 *Iura vigilantibus ſubueniunt, non dormientibus.*
24 *Simplex debiti confeſſio aut inficiatio apud pragmaticos tacitam hypothecam non inducit.*
25 *In pleriſque cauſis ſua mendacio pœna conſtituta eſt.*
26 *Inficiatio nonnunquam facit vt obligatio creſcat.*
27 *Inficiatio non eſt modus contrahendæ obligationis.*
28 *Nec agnitio chirogaphi, aut confeſſio debiti.*
29 *Condemnatio quando faciat vt condemnati bona obligata intelligantur.*
30 *Cauſa nulla eſt cur creditor chirographarius tacitæ hypothecæ priuilegio dignus videri debeat.*
31 *Tacita hypotheca cur inducta.*
32 *Et quo iure.*
33 *Moribus receptum eſt vt quæcunque in prædium vrbanum conductor intulit ſint tacitè obligata pro penſione.*
34 *Sicut & fructus prædiorum ruſticorum.*
35 *Vtriuſque tacitæ conuentionis ratio.*

36 *Fructus nondum percepti in dominio locatoris eſſe intelliguntur: & ſecus eſt de perceptis.*
38 *Quo ſenſu dicamus lite conteſtata vſuras currere.*

DIGNVS meo iudicio hic error eſt, qui primum in prima decade locum obtineat Vix enim alius vllus occurrit aut crebrior in forenſibus diſceptationibus, aut à recta iuris ratione alienior. Vidi ego ex pragmaticis pleroſque, nec vltimi inter cæteros nominis, tam parum in iure verſatos, vt non dubitarent adfirmare, debitorum †
1 omnium bona omnia tacito pignoris iure creditoribus hoc ipſo eſſe obligata, licet de pignore nullo modo conuenerit. Secuti *Cepolla in l. quod ſi nolit 3. §. quia aſſidua. de ædilit. edict. & Boer. quæſt. 182. nu. 4.* Cuius ſententiæ rationem (adeò nihil eſt tam ſtultum & abſurdum, quod non ratione aliqua probabile fieri poſſe
2 exiſtimetur) illam † adferre ſolent, quòd vulgaris ſit conuentio iſta pignoris, & in omnibus ferè iſtrumentis & cautionibus apponi ſolita, non modò ex voluntate contrahentium, ſed etiam ex ſtilo & conſuetudine notariorum. *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* quaſi ex eo inferri poſſit ſi quando ſit omiſſa, per errorem id potiùs quàm conſultò factum, & plus dictum minùs ſcriptum intelligi debere, *l. errore vbi Bald. Caſtr. & Iaſ. C. de teſt.* Quid enim, inquiunt, refert debitoris, an bona eius obligata ſint, cùm ſit ipſe obligatus? Sed tamen error hic iampridem à tribunalibus omnibus non minùs quàm à ſcholis exploſus eſt. Nam ſi quid in toto iure certum, illud ſanè certiſſimum eſt bona † de-
3 bitoris citra expreſſam conuentionẽ obligata creditori non eſſe extra eas cauſſas in quibus placuit contrahi tacitè pignus vel hypothecam. *Tot. tit. In quib. cauſſ. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. D. & C.* Quorſum enim quærendum eſſet in quibus cauſſis id fieret, ſi in omnibus & paſſim admitteretur? In eámque rem expreſſa eſt Iuſtiniani conſtitutio *Nouell. 136. de argentar. contract. inſuper.* Inde etiam tituli illi. *De reb. autor. iudic. poſſid. vel venund. De priuil. credit. de ſepar. Quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat.* qui cùm ad chirographarios duntaxat, non etiam ad pignoratitios & hypothecarios creditores pertineant, nullius omnino eſſent vſus aut vtilitatis, ſi quiſquis chirographarius creditor eſt, pignoratitius quoque cenſeretur. Nam ad pignoratitios pertinet *Tit.*
4 *Qui potior. in pignor. habeant.* eaque inter hos † & illos differentia eſt elegans & explorata, quòd chirographariorum priuilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſſa *l. priuilegia 42. De reb. autor. iudic. poſſid.* pignoratitiorum autem è contrario ex ſolo tempore, non ex cauſſa *l. 1. & paſſ. qui potior. in pign. hab. C. & D.* Nec quòd vulgaris † ſit conuentio hæc de pignore, facere debet vt
5 ſubintelligatur cùm eſt omiſſa, quando quidẽ non iuris eſt, ſed meri facti, quod ſuppleri nunquam poteſt, *l. 1. C. vt quæ deſunt aduocat. par.* Alioqui eadem ratione infe-
6 ras clauſulam † conſtituti, quòd in contractibus præſertim pignoratitiis adiici ſoleat, pro adiecta ſemper habẽdam eſſe, quod tamen falſiſſimum eſſe nec pragma-
7 tici ipſi diffitentur. Item clauſulam † illam per quam renunciare fideiuſſores, & correi debendi ſolent exceptioni ordinis, & diuiſionis, perinde prodeſſe creditori cùm omiſſa atque cùm expreſſa eſt contra quàm ſcriptum ſit in *Nouell. 4. de fideiuſſ. & Nouell. 99. de duobus reis,* vbi expreſſam & ſpecialem renuntiationem Iuſtinianus requirit. Denique ne longiores ſimus in conquirendis & reſcindendis aliis clauſulis, quæ licèt vulgares ſint, exprimi tamẽ & ſolent & debent, ſi ſufficeret adiici ſolitam eſſe clauſulam vt pro adiecta haberetur, conſe-
8 quens fieret clauſulam † codicillarem non tantùm in teſtamentis inter liberos aut ad pias cauſſas, quos vulgo creditum eſt, ſed in cæteris etiam omnibus ſubintelligi oportere, cùm ſit omnium frequentiſſima, nec dubitandum videatur quin teſtantium omnium eadem ſit mens & voluntas, quæ illius Lucij Titij; de quo in *l. Lucius 88. §. vlt. de legat. 2.* Quæ tamen ſententia etſi placuit viro doctiſſimo *Iacobo Cuiacio*, diſplicuit ſanè prudentibus *l. 1. l. illud enim 13. §. tractari. D. de iur. codicil. l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert.* iunct. l. 3. *D. de teſtam. milit.* & ipſi etiam Iuſtiniano in *l. vlt. C. de iur. codicill.* vt ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap.* 17. Quod
enim huiuſmodi clauſulæ † pleræque vulgo adiici ſo- 9
lent, facere non debet, vt ex notariorum ſtilo potiùs quàm ex dictantium voluntate adiectæ videantur, nec facilè capienda eſt ea interpretatio vt plus dictum, mi-
nùs ſcriptũ exiſtimetur, ne quidem in vltimis † volun- 10
tatibus extra caſum illum ſingularem quem Papinianus tractat in *l. cùm aui 102. de condic. & demonſtr.* & nos explicauimus *lib. 7. Coniect. cap.* 14. Si non ex verbis ipſis teſtamenti poſſit concipi id quod ſuppletur. *l. Gallus*
29. §. 1. de liber. & poſthum. In contractibus + verò mul- 11
to minùs, in quibus vtique perpetuum eſt tritum illud noſtrorum ſermone brocardicum, *Propoſitum in mente*
retentum nihil operari. † Neque ſimile eſt quod Iuſtinia- 12
nus cõſtituit in *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poſſeſſ.* vt obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehendantur, etſi enim ea potiſſimùm ratione motus eſt id ita conſtituendum, quòd frequentiſſima eſſet illa conuentio obligandorum bonorum omnium, quæ debitor haberet, habiturúſque eſſet. *l. obligatione 6. d. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* faciliùs tamen illud induci potuit per interpretationem obligationis generalis, quàm quod iſti volunt, nulla expreſſa obligatione idem iuris eſſe. Generales enim conuentiones facilè admittunt interpretationem ex eo quod veriſimile eſt actum fuiſſe inter contrahentes, id autem veriſimile eſt actum eſſe quod vt plurimùm agi conſuetum eſt. Quare nec generali obligatione illa bonorum omnium præſentium, & futurorum continentur ea, quæ veriſimile eſt non fuiſſe quem ſpecialiter obligaturum *d. l. obligatione.* At vt conuentio quæ nullo modo expreſſa eſt pro expreſſa habeatur, fieri nunquam poteſt, quia in eam rem ſuppletione opus eſt, non interpretatione.
Supplere † autem quod facti eſt iudex vt iam diximus, 13
nũquam debet. Sed & ſi conſtitut. Iuſtiniani opus fuit vt obligatione generali bonorum omnium futura quoque continerentur, (neque enim vetus aut media iuriſprudentia id vnquam admiſiſſet) quanto minus illud admittendum eſt citra conſtitutionem, vt nulla ſubſiſtente pignoris conuentione & præſentia & futura pignori data eſſe intelligantur. Nam quod iſti adferunt nihil inter-
eſſe † debitoris, ridiculum eſt: cùm vtique multo faciliùs 14
creditores inuẽturus ſit, offerẽs pignora nullo dum vinculo obſtricta. Sed & quamuis nihil intereſſet debitoris,
tamen quis non videt intereſſe creditorum † poſteriorũ 15
propter quos præcipuè ad hanc diſputationem decurrendum eſt, cùm de temporis ordine & priuilegio inter creditores pignoratitios concertatur? illud itaque pro firmo & fixo ponendum eſt, bona debitoris, ſi de pig-
nore nihil conuenerit, tacito pignoris iure + obligata 16
regulariter, non videri, quod & omnium apertiſſimè probat *l. Ariſto 3. D. quæ res pign. oblig. poſſ.* Addo regulariter, quoniam caſus quidam ſunt in quibus aut conſtitutum aut receptum eſt vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur: De quibus in *dict. tit. In quib. cauſ. pig. vel hypo. tacit. cont.* Inter eos verò caſus pragmatici non mo-
dò noſtri, ſed etiam Galli hunc adſtruunt, Si + ex chiro- 17
grapho agnito & recognito agatur. Nam & ex iis ipſis qui fatentur hypothecã tacitam ex chirographo non induci, plerique omnes ſic ſentiunt, Si chirographum à debitore agnitũ & recognitũ ſit, tacitam hypothecã ex eo tẽpore naſci, vt ſubinde hypothecaria exerceri poſſit non ſolùm contra debitorẽ ipſum, ſed etiam contra cæteros quoſque poſſeſſores ab eo poſteriorẽ cauſſam habentes.
Quam in ſententiam + mouentur ex eo quod Senatus 18
noſtri ſtilo cautum eſt vt à die recogniti chirographi *hy-*

*pothec*a

19 potheca currat & locum habeat. Quaſi verò id Senatus
noſter ab initio egerit, vt iis verbis hypothecam taci-
tam ex chirographo recognito induceret, ac non potiùs
vt hypothecæ in chirographo expreſſæ ſi qua eſſet, le-
gem certam daret. Cùm enim ita ius eſſet, vt pignoris
quantumcumque expreſſi in chirographum collati nul-
la prorſus ratio haberi poſſet, propter fraudes quas alio-
qui facile eſſet comminiſci in necem anteriorum credi-
torum, niſi trium ſaltem teſtium idoneorum ſubſcrip-
tio interueniſſet, *l. ſcripturas 14. C. qui potior. in pignor.
habeam.* æquiſſimum ſanè fuit conſtitui, vt à quo tem-
pore fraudis ſuſpicio prorſus ceſſat, id eſt, agnito de-
mum & recognito chirographo, hypotheca illa in eum
vſque diem inutilis vires ſuas extunc, vt loquuntur,
exercere incipiat. Præſupponendi enim ſunt, quod &
pragmatici iactare ſolent, termini habiles. Vt autem
20 nullo † conuento pignore ſola chirographi agnitio
aut denegatio ſufficere poſſit ad inducendam tacitam
hypothecam, nec iuris ratio vlla facit, nec æquitatis.
Niſi ius creditoris reſpicias, quî fieri obſecro poteſt, vt
plus iuris habeat is, qui non niſi chirographo obſtri-
ctum habeat debitorem, quam qui publico & authenti-
co nititur inſtrumento? Atqui ſi quingentis inſtrumen-
tis per totidem notarios exceptis & ſui ſcriptis creditor
niteretur, non eo magis ſibi ius taciti pignoris acquire-
ret, quod debitor ad iudicem euocatus vel agnouiſſet
debitum vel denegaſſet, nec ſi millies litem conteſtatus
21 fuiſſet. Litis enim conteſtatio † facit equidem vt quaſi
contrahi videatur *l. 3. §. idem ſcribit. D. de pecul.* ſed non
ſimiliter pignus tacitum inducatur, quia neque expreſ-
ſim contrahendo induceretur: maior autem eſſe vis ta-
citi non poteſt quàm expreſſi. Quanto minùs ergo in-
ducendum erit, ſi non conteſtatio, ſed agnitio ſola aut
denegatio debiti, non in publicum inſtrumentum, ſed
nudum chirographum collati præceſſerit? Nam ſi dicas
22 † tanto fauorabiliorem & priuilegio aliquo digniorem
eſſe creditorem chirographarium, quanto leuiores ha-
bet debiti ſui probationes, vt qui tanto magis bonam
fidem debitoris ſecutus ſit ſolo chirographo contentus,
Reſpondebo, Ex eo potiùs apparere quàm alienum ſit
non ſolùm à iuris ratione, ſed etiam à contrahentium
voluntate, ſi tacitum pignus inducatur fauore eius qui
pignoribus cauere ſibi noluit cùm poſſet: nam ſi voluit,
imputet ſibi cur non fecerit, & cur nudam debitoris fi-
dem ſequi maluerit vt ei fortaſſe gratior eſſet, quàm
pignorum cautionem ab eo extorquere. Neque verò vn-
quam auditum eſt, quò quis negligentior fuerit in con-
trahendo, eo digniorem illum eſſe cui ſubſidiario iuris
auxilio ſuccurratur. Vulgare namque verbum illud eſt,
& pragmaticis ipſis familiare, Iura † vigilantibus ſubue-
23 nire non dormientibus *l. ſumma. 21. §. ſed ſi alij, D. de pe-
cul. l. qui autem. 6. §. ſciendum. l. pupillus 24. D. quæ in
fraud. credit. l. 2. C. de annali except. l. debitor. D. de ſepa-
rat.* Alioqui eodem abſurdo conſequens fieret quod erit
longè abſurdius, vt ſi nec chirographum vllum extet,
idem ius taciti pignoris creditorem ſequatur, & qui-
dem tanto iuſtiùs quanto benignior & fauorabilior vi-
deri debet creditor, qui nullam prorſus debiti ſui cau-
tionem, at nec probationem à debitore ſuo exegerit.
Quod enim extantis chirographi faceret agnitio aut
24 denegatio, quidni hoc etiam caſu confeſſio † aut infi-
ciatio debiti faciet, accedente ſaltem litis conteſtatione?
Atqui non eſt ex pragmaticis tam imperitus quiſquam,
qui errorem hunc adeò ineptum adhuc induxerit. So-
let quidem inficiatio calumnioſa nocere inficianti, & in
25 pleriſque cauſſis † ſua mendacio pœna conſtituta eſt,
vt puta ſi poſſeſſor directa rei vindicatione conuentus
falsò neget ſe poſſidere. Transfertur enim ab eo poſſeſ-
ſio, licèt actor nondum ſe dominum eſſe probauerit, *l.
vlt. D. de rei vindic.* Quo exemplo idem quoque con-
ſtitutum Iuſtinianus voluit in eo qui per quaſi Seruia-
nam & hypothecariam conuentus negauit rem obliga-

tam in bonis debitoris fuiſſe: vt ſi non à iure pignoris,
cadat ſaltem à poſſeſſione *Auth. item poſſeſſor. C. qui po-
tior. in pignor. hab.* Facit etiam inficiatio † nonnunquam
vt obligatio creſcat quemadmodum in depoſito, & aliis 26
quibuſdam cauſſis *l. 1. §. 1. l. ſi quis inficiatus. D. depoſ. §.
ſed furti quidem. inſt. de actionibus.* Sed vt propter infi-
ciationem contrahatur obligatio pignoris, nuſquam
proditum eſt. Noua enim illa obligatio eſſet, quamuis
acceſſoria, obligationes autem omnes licèt ex poſtfa-
cto interdum creſcere poſſint, nunquam tamen niſi
certis & legitimis modis contrahuntur, inter quos † 27
non eſt inficiatio. Agnitio † verò chirographi aut con- 28
feſſio debiti multo minus. Nemo enim confitendo &
bonam fidem agnoſcendo facit conditionem ſuam de-
teriorem, niſi hactenus vt pro condemnato habeatur, ex
præcedenti nimirum obligatione, quæ iuſta & legitima
fuit. Nam nec condemnatur quiſquam niſi ex obligatio-
ne aliqua præcedente, nec rurſus condemnatio † ipſa 29
facit vt condemnati bona obligata intelligantur, priuſ-
quam in excutione iudicati pignora capta ſint, id eſt
per capionem conſtituta. *l. à Diuo Pio X V. D. de re iu-
dicat.* ſicut nec ſi debitor conſtituerit ſe ſoluturum id
quod debet, naſcitur ex eo hypotheca vlla, ſed tantùm
perſonalis actio prætoria, *l. 1. & paſſ. de conſtit. pecun.*
Cùm igitur cauſa † nulla ſit propter quam creditor chi- 30
rographarius eo tacitæ hypothecæ priuilegio dignus
videri debeat ſiue agnitum ſit chirographum, ſiue dene-
gatum, nec ferendum illud eſt, vt ſine cauſſa priuilegium
inducatur. Cæteras enim omnes tacitas † hypothecas 31
fauor aliquis extorſit aut ex perſona creditoris, aut pro-
pter factum aliquod tacitamue conuentionem debito-
ris, aut denique ratione aliqua publicæ vtilitatis, nec eo
tamen minùs neceſſaria fuit Senatuſconſultorum † aut
conſtitutionum principalium authoritas, vt ex iis etiam 32
cauſis hypotheca tacita induceretur. Quemadmodum
in ſpecie *leg. prima, Digeſt. in quibus cauſis pign. vel hy-
poth. tacit. contrah. lege vnic. Codic. de rei vxor. act. leg.
aſſiduis 12. Cod. qui potior. in pign. habeantur.* Excepto il-
lo caſu quo agitur de mobilibus in prædium vrbanum
inuectis per conductorem, aut de fructibus ex prædio
ruſtico perceptis. Id enim moribus receptum potiùs
quàm lege aliqua inductum videtur, vt quæcunque † in 33
prædium vrbanum conductor intulit, hoc ipſo ſint ta-
citè obligata pro penſione *l. in prædys. 7.* item que fructus
† prædiorum ruſticorum *l. eo iure 3. cum ſeq. D. in quib.* 34
cauſſ. pign. Sed vtrumque † tamen ſumma ratione. Il- 35
lud quaſi ex tacita conuentione, cuius coniecturam
præbet factum ipſum debitoris res ſuas in alienam do-
mum inferentis, quandoquidem ita faciendi ius nullum
habet niſi ex cauſſa conductionis, quæ ipſa eum obligat
ad ſolutionem penſionis: Hoc verò quia cùm fructus
fundo percipiantur, non tam ſeminis quàm ſoli & do-
minij iure, *l. qui ſcit 25. §. 1. D. de vſur.* conductio autem
non auferat dominium locatori, apparet non alia ra-
tione fieri poſſe vt conductor fructus ex fundo locato
perceptos ſuos faciat, quàm quòd eos percipiat ex vo-
luntate locatoris, vt Africanus ait in *l. ſi ſeruus 63. §. locati.
D. de furt.* locator autem non aliter voluit aut conſenſit
vt fierent conductoris, quàm ſi ab eo ſibi penſio ſolue-
retur. Proinde non tam mirum videri debet, fructus
iſtos taciti pignoris vinculo teneri, quàm illud potius
quî fieri poſſit vt pignoris iure obligati ſint locatori, in
cuius dominio eſſe intelligantur. Neque enim propriæ
rei pignus conſiſtere poteſt, *l. ne pignus 45. De regul. iur.*
Sed hæc ratio ad eos tantum fructus † pertinet, qui 36
nondum percepti ſunt, nec à ſolo ſeparati, quos conſtat
fundi partem eſſe. *l. fructus pendentes 44. D. de rei vin-
dicat.* non etiam ad perceptos. Fiunt enim illi conducto-
ris ex perceptione, licèt penſio nondum ſoluta ſit. Itaque
in iis pignus tacitum vtiliter conſtitui & potuit & de-
buit, quia expreſſum poſſet. Iam verò quod ſtilus noſter
† ſic habet *ex die agniti aut denegati chirographi hypo-* 37

thecam currere, & quod idem eſt *Debitum chirographarium ex quo agnitum vel denegatum eſt hypothecam habere*, apertiſſimum eſt ſic accipi debere, ſi qua in ipſo chirographo hypotheca expreſſa contineatur. Nam & ſic dicimus lite † conteſtata vſuras currere, *l. lite* 33. *D. de vſur.* non vt ſignificemus vſurarum debitum ex die conteſtationis incipere, vt vulgò plerique præſertim ex pragmaticis intelligunt, nam ſi contractus bonæ fidei fuit, incipiunt deberi ex mora etiam extraiudiciali, & quę conteſtationem præceſſerit *l. mora* 32. §. *penult. eod.* ſin ſtricti iuris, ne quidem poſt litem conteſtatam debentur, in eóque à fructibus differunt *l. videamus* 38. §. *ſi actionem, eodem*, vt pluribus à nobis tractatum eſt *lib.* 15. *Coniectur. cap.* 1.) ſed vt inſinuemus, nouationem illam quæ per litis conteſtationem fieri dicitur, non facere vt vſuræ quæ iam anteà deberi cœperant, deſinant currere, ſed currere illas ſuo marte, ac ſi nulla nouatio facta eſſet, quia ſpecies iſta nouationis non ſolet deteriorem facere conditionem creditoris rem ſuam perſequentis, cùm neceſſaria non voluntaria ſit *l. aliam* 19. *D. de nouat.* faceret verò deteriorem ſi ſiſteret curſum vſurarum iam anteà debitarum. Porrò ſicut aliud eſt non ſiſtere vſuras iam currentes, aliud verò earum curſum inducere, ſic & in propoſito aliud eſt, hypothecam ex chirographo currere, aliud tacitam induci. Prius verum eſt & conſtitutum. Poſterius verò nec conſtitutum eſt, nec iuris aut æquitatis colore vllo, nec rurſum ſine colore & prætextu aliquo coſtitui potuit.

ERROR II.

De Vſuris chirographariis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum de vſuris in chirographo promiſſis, non debitis niſi ex quo agnitum eſt, vel denegatum chirographum.*
2 *Et ratione erroneam ſuam ſententiam ſtabiliunt pragmatici, quod vſurarum vt pote odioſarum facile præſumatur remiſſio.*
3 *Vſuræ quamuis ſunt odioſæ, niſi in compenſationem eius quod intereſt aut fructuum debeantur: & cur.*
4 *Vſuræ chirographo promiſſæ debentur ex eo tempore quo ſolutio fieri debuit, contra pragmat.*
5 *Qui ex chirographo conuenitur, quaſi ex ſtipulatione conuenitur.*
6 *Non quaſi per chirographum ſtipulatio contrahatur, aut mutuum, ſed quia ex eo probatur & contractum eſſe mutuum & ſtipulationem interueniſſe.*
7 *Quod ad ius obligationis attinet nihili intereſt, vtrum quis per publicam notarij manum ſe obliget, an per priuatam.*
8 *Vſuræ quantumlibet odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationem aut chirographum deductæ ſunt, debentur. & numero.* 15.
9 *Odium vſurarum non efficit, vt promitti, aut certi condictione peti non poſſint, ſed tantum vt ex nudo pacto peti nequeant.*
10 *Error Iacobi Cuiacij omnia pacta nuda eſſe mordicus defendentis.*
11 *Cur ſi tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere liceat.*
12 *Quomodo accipiendum illud Acceſſiones frumenti, vel hordei, vel olei mutuò dati, etiam ex nudo pacto præſtandas eſſe.*
13 *Actio præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat.*
14 *Pactio de mercis mutuò datæ acceſſionibus præſtandis non poteſt facere vt actio ex contractu detur ad id quod pacto comprehenſum eſt.*
16 *Ratione pecuniæ certo loco aut tempore debitæ id quod intereſt præſtari non eſt nouum.*
17 *Vſuræ quæ odioſæ ſint, aut non odioſæ.*
18 *Quoties ſtipulationi inſerta eſt certa dies, ſi ſubiecta ſit pœna conuentionalis dies interpellat pro homine.*
19 *Pœna ſtipulationi cur cenſeatur adiecta.*
20 *Vſuræ aut per comminationem pœnæ promittuntur, aut per præciſam obligationem.*
21 *Vſurarum remiſſio vt faciliùs præſumatur, quàm cæterarum rerum.*
22 *Præſumptio remiſſionis vſurarum, ad quas vſuras pertineat.*
23 *Probata conuentione de vſuris præſtandis ni pecunia ad diem ſolueretur, vſuræ ſine interpellatione debentur.*
24 *Agnitio aut denegatio chirographi non inducit obligationem ſed proficit ad eam quæ iam inducta eſt officialiter exercendam.*
25 *Obſeruanda cautio in hac aſſertione de præſtandis vſuris per chirographum promiſſis.*

Creditoribus chirographariis diſplicebit
fortaſſe ſuperioris erroris animaduerſio,
huius placebit. Si chirographo † vſuræ 1
promiſſæ ſint, ſiue in ſpeciem, & vt lo-
quuntur, per modum pœnæ ni ad dictam diem pecu-
nia ſoluatur, ſiue ſimpliciter & abſolutè, ſic nimirum
concepta obligatione vt ad certam diem pecunia ſol-
uatur cum vſuris, hoc etiam ſi voles addito, quincun-
cibus aut ſemiſſibus, Pragmaticorum noſtrorum fre-
quens ſententia eſt, Poſt multos annos agente ex chi-
rographo creditore, nullam vſurarum fieri poſſe con-
demnationem, niſi ex quo agnitum chirographum eſt
vel denegatum. Odio, inquiunt, vſurarum, † quarum 2
remiſſio facilè præſumenda eſt *l. cum quidam* 17. §. *Di-
uus Pius. D. de vſur.* præſertim ſi quod plerumque fit,
mutua pecunia fuerit quæ chirographo cauſſam dedit.
Vſuras enim fœnebris pecuniæ conſtat non niſi ex ſti-
pulatione deberi & peti poſſe *l.* 3. *C. de vſur. l. Titius* 34.
D. de præſcript. verb. Ego verò etſi non inficior vſuras † 3
quaslibet, iis exceptis quæ in vicem & compenſatio-
nem eius quod intereſt aut fructuum debentur, eſſe
odioſas, quoniam pecunia ſui natura res ſterilis eſt quæ
pecuniam gignere non poteſt, ideóque nimirum non
tam ex re quàm iure & ex negotiatione percipi dicun-
tur *l. ſi nauis* 62. *D. de rei vindicat.* In ſpecie tamen
propoſita non dubito quin ex eo tempore † quo ſolu- 4
tio fieri debuit, vſuræ omni modo debeantur, ſi aliud
nihil ſit quod contrariam ſententiam inducat. Mouet
me illud imprimis, quòd qui ex chirographo † conue- 5
nitur non pro eo habetur acſi nuda pollicitatione aut
nudo pacto ſe obligaſſet: quæ obligatio inefficax eſſet ad
producendam actionem, ſed quaſi ex ſtipulatione con-
uenitur, cùm inter præſentes chirographum conſcri-
ptum eſt *l.* 1. *C. de contr. & com. ſtipul.* Vt pote quam à pa-
cto, non tam vis verborum quam animus & voluntas
contrahentium diſtinguat *l. iuris gentium* 7. §. *quòd ferè.
D. de pact. l.* 1. §. *eum qui. D. conſt. pec.* Ea verò & debitoris
chirographũ conſcribentis, & creditoris accipiẽtis haud
dubie voluntas eſt vt efficaciter debitor obligetur, &
ita vt ex chirographo conueniri poſſit: quod non aliter
poteſt contingere quam ſi interuenerit ſtipulatio, quan-
do quidem ex nudo pacto agi non poſſet: ex pollicitatio-
ne verò multo minùs *d. l. iuris gentium* §. *igitur nuda.* &
eo ti. De p. ct. Quamquam enim præcedentis interroga-
tionis quæ in ſtipulatione neceſſaria eſt, mentio nulla
fit in chirographo, facilè tamen colligi & induci poteſt
ex ipſo *promittendum* verbo, ſiue quòd ſolennitas in-
trinſeca facilè præſumatur, *l. ſciendum* 35. vbi noſtri tra-
ctant *de. verb. obl.* ſiue quod verba in pleniore & poten-
tiore ſignificatione accipienda ſint, maximè vt id quod
agitur operentur *d. l.* 1. vbi eſt textus ad hanc rem om-

nino

nino pertinens, *C.de contr.& commit.ſtipu.*& in *§.ſi ſcri-*
6 *ptum.Inſt.de inu.ſtip.*Non quaſi † per chirographum ſti-
pulatio contrahatur, aut mutuum, ſed quia ex chirogra-
pho probatur & contractum eſſe mutuũ, & ſtipulationẽ
interueniſſe. *arg.l.Publia 26.§.1.D. depoſ.* Haud ſecus
acſi de ea re publicum inſtrumentum à notario conſcri-
ptum eſſet, quo caſu dubitari minus poſſet, quin etiamſi
nulla ſtipulationis mentio incerta proponeretur, pro-
miſſor tamen ex eo inſtrumento tanquam ex ſtipulatione
probata conueniri poſſet. Cur. n. alioqui ad notarium
iretur, cuius officium illud eſt, vt etiam abſenti creditori
ſtipuletur, ſi ſtipulandi animus non adeſſet? Quid verò
intereſt † quod ad ius ipſum obligationis, & ad animum
7 ſe obligandi attinet, vtrum quis per publicam ſcripturam
ſe obliget, an per priuatam? Nihil prorſus. Tametſi lon-
gè paratior & expeditior ſit actio ex publico, & vt vo-
cant, authentico inſtrumento quàm ex chirographo:
Nam nec obligationis executio quicquam commune ha-
bet cum iure ipſo obligationis. Quòd ſi chirographum
abſente creditore conſcriptum ſit, nec probetur nume-
ratio pecuniæ chirographariæ, alia vtique actio compe-
tere non poteſt, quàm condictio ex chirographo, quæ
ſucceſſit in locum obligationis literarum, quando qui-
dem ſtipulatio inter abſentes cõtracta videri non poteſt
§.1.Inſtit.de liter. obli. Iunct. *l non figura 38. De obli. & action.* Itaque in propoſita quæſtione vſurarum condem-
nationem impedire illud non poteſt, quòd ſtipulatio
non interuenerit, nec proinde quòd odioſæ exiſtimen-
8 tur, quia quantumlibet † odioſæ ſint, tamen cùm in ſti-
pulationem aut chirographum nudum deductæ ſunt,
9 debentur *d.l.3. C. de vſur.* Odium namque vſurarum †
non illud efficit vt promitti non poſſint (alioqui nec
poſt agnitum aut denegatum chirographum deberẽtur,
ac ne lite quidem conteſtata, cùm ex ſtricti iuris con-
tractibus litis conteſtatio non inducat debitum vſura-
rum. Nec rurſum vt certi condictione peti non poſſint
(id. n. fit propter naturam illius actionis, quæ cùm ſit
ſtricta, formari per pactum nequit:) ſed tantùm vt ex nu-
do pacto peti nequaquam poſſint per actionem præ-
ſcriptis verbis, quomodo peti poſſent acceſſiones fru-
menti vel hordei mutuo dati *l. frumenti 12. eo. tit.* quæ
ideo fauorabiliores certè ſunt quòd huiuſmodi mercium
æſtimatio incerta ſit, non vt pecunia in republica benè
adminiſtrata, ſemper ſibi conſtans *l. oleo 23. eod.* Iunct. *l. 3. D. de in lit. iur.* Nec rurſus eſt quod quis obiiciat, ſi tibi
decem credidero ſic vt vndecim debeat, non plus quam
decem condici poſſe *l. tibi 17. D. de pact. l. rogaſti 11. §. ſi tibi. de reb. cred.* Id enim fit, non quia pactum illud æquè
10 nudum ſit (error † n. ille eſt *Iacobi Cuiacij* mordicus de-
fendentis omnia pacta eſſe nuda, cum ſi in continenti
ſit adiectum, veſtiatur, vt noſtrorum verbo vtar, cohæ-
rentia contractus) ſed quia licèt nudum non ſit, actionem
tamen ex contractu formare non poteſt. An hoc † ipſum
11 verò vt plerique putant, quòd contractus mutui ſit ſtri-
cti iuris? Minimè. Nam & ſtipulatio contractus eſt ſtri-
cti iuris, & tamen pacta in continenti poſt ſtipulationem
facta ei creduntur ineſſe, etiam vt actionem ex eo con-
tractu forment, *l. lecta 40. D. de reb. cre.* ſed quia mutui
obligatio non niſi re contrahitur, re autem contrahi
obligatio vltra quàm reuera datum, & numeratum ſit nõ
poteſt. *l. cùm vltra 9. C. de non num. pec.* Quare nec aliud
eſſet, etiamſi depoſitum, quod bonæ fidei eſt, eadem lege
& conditione factum proponeretur, quoniam recon-
trahitur ſicut & mutuum *§. itaquoque Inſtit. quib. mo. re cont. obl.* Et cùm dicimus acceſſiones † frumenti vel hor-
12
dei, vel olei mutuò dati, etiam ex nudo pacto præſtandas
eſſe, non ſic intelligimus vt condictione ex mutuo peti
poſſint (nihil enim aliud ea actione peti poteſt quàm
quod reuera creditum eſt) nec rurſum actione propria ex
pacto, quæ iure ciuili nulla eſt, ſed ad actionem præſcri-
13 ptis verbis reſpicimus, quæ † competit ex conuentioni-
bus omnibus efficacibus quidem ad producendam actio-
nem, ſed proprium nomen non habentibus *l. 1. l. natur. 5. d. l. Titius 34. & paſſ. de praſcr. ver. l. cum mota 6. C. de tranſ. vlt. C. de rer. permu.* Cuius modi eſt pactio † illa. De 14
mercis mutuo datæ acceſſionibus præſtandis, cum in
continenti poſt contractum mutuum, aut in ipſo con-
tractu adpoſita eſt: quoniam vt diximus, licèt non ſit nu-
da propterea quòd ineſt contractui, hactenùs vt dici poſ-
ſit non fuiſſe creditorem aliter contracturum, actionem
tamen ex contractu formare non poteſt, id eſt facere vt
actio ex contractu detur ad id, quod pacto cõprehenſum
eſt, aliáq; proinde actione eſt opus. At cùm cauſa mutui
cõuertitur in ſtipulationẽ, quod fit quoties pecuniæ cre-
ditæ nomine ſtipulatio interponitur, *l. cum enim 5. & l. praced. D. rat. rem hab.* pactũ incontinẽti ad poſitũ ſuffi-
cere poſſet vt vſuræ deberẽtur, adeóq; ex ſtipulatu pete-
rentur, nec vſurarũ odium repugnaret *d. l. lecta*, quia cùm
ſtipulatio à pacto nõ niſi animo ſtipulandi aut paciſcẽdi
differat, ferè eſt vt quoties ſtatim poſt ſtipulationẽ pactũ
initur, idem ſtipulandi animus qui paulo antè fuit adhuc
ſupereſſe videatur. Ideòque facilè fit vt actio ex ſtipulatu
formetur per pactum, nec quicquam eſt, quod prohi-
beat. Multo igitur magis vſuræ † ex ſtipulatione præ- 15
ſtandæ erunt, ſi in ſtipulatum deductæ ſint cum ſorte
principali, & ex chirographo peti poterunt. Nam etſi
vſuræ nullæ promiſſæ eſſent, hoc ipſo tamen quod ſua
certáque die ſoluenda fuit pecunia, nec ſoluta eſt, dare-
tur creditori actio ex ſtipulatu ad id quod ſua intereſſet:
& quidem ex vi ſtipulationis, ne alioqui dies fruſtra &
inutiliter adiecta videretur *l. ſi Calendis 10. D. de re iudic. l. ſi fundum certo die 114. de verb. oblig.* Nam ratione pe-
cuniæ † certo tempore aut loco deditæ id quod intereſt 16
præſtari non eſt nouum *d. l. 3. D. de in lit. iurand. l. quod ſi Epheſi 4. de eo quod cert. loco.* & nos explicauimus *lib. 15. Coniect. cap. 3.* Quidni ergo vſuræ debebũtur quaſi in vi-
cem & taxationem eius quod intereſt, ex conſilio *I. C. in l. vlt. de prator. ſtipulat.* Ex quo etiam reſponderi poteſt
ad id quod paullò antè dicebamus de odio vſurarum.
Vſuræ † enim illæ demum odioſæ ſunt quæ tanquam 17
vſuræ debentur, non quæ pro eo quòd verè intereſt cre-
ditoris, non magis quàm quæ vice & loco fructuum *d. l. curabit 5. C. de act. empt.* Quanto autem æquius eſt deberi
eas ſi præter diei adiectionem per modũ pœnæ ſint pro-
miſſæ! Id. n. generale eſt vt quoties † ſtipulationi inſerta 18
eſt certa dies, ſi ſubiecta ſit pœna, dies interpellet pro ho-
mine ad committendã pœnã, nec alia vlla ſiue iudicialis
ſiue extraiudicialis petitio neceſſaria ſit *vulg. l. magnã C. de cont. & cõm. ſtip.* Pœna. n. illa cenſetur † adiecta ob hoc 19
ſolùm ne poſt moram debitoris quærendũ ſit an interſit
creditoris *l. ſtip. iſta 38. §. alteri de verbor. obl.* aut animo
taxandi eius quod intereſt *d. l. vlt. de prat. ſtipul.* Quòd ſi
vſuræ † non per comminationem pœnæ, vt plerumque 20
fit, his verbis vulgaribus *ſub pœna expenſarum damnorum etiam intereſſe*, ſed abſolutè promiſſæ ſint hoc modo *cum expenſis, damnis & intereſſe*, longe minorem dubitatio-
nem res habet, quin vſuræ ex ea promiſſæ debeantur
à die finiti, vt aiunt, termini, cum ſint in præciſa obliga-
tione, cuius vtique maiorem vim eſſe conuenit quam
comminationis. Illud ſanè fateor vſurarum † remiſſio- 21
nem facilè præſumi, id eſt faciliùs quàm cæterarum re-
rum, quia cùm in cæteris rebus tria concurrere neceſſe
ſit ad inducendam tacitam debiti remiſſionem, tacitur-
nitatem longi temporis, id eſt decennij inter præſentes,
aut vicennij inter abſentes, proximam conſanguinita-
tem & actum aliquem tacitæ remiſſionis, qualis ille eſſe
poteſt ſi ſæpiùs redditæ ſint rationes *l. Procula 29. D. de probation.* in remittendis tamen vſuris ſufficit interue-
niſſe conſanguinitatem proximam & longi temporis
taciturnitatem. *d. §. Diuus Pius.* Ergo ſi aut cõſanguinitas
nulla ſit inter debitorem & creditorem, aut breuius tem-
pus, quàm decennij interceſſerit, cùm ex chirographo
vſuræ petentur, cur remiſſæ præſumentur? Nunquam ſi-
quidem ei qui tardiùs agit imputandum eſt cur non ci-

tiùs egerit,dummodo agat intra tempus conſtitutum,id
eſt dummodo, à iure agendi nondum ſit tempore ex-
cluſus: ſciuit enim ius ſuum ſibi competere *arg. 3. non
videtur l. ſicut 8. D. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit.*
22 Adde quòd tacita † vlla vſurarum remiſſio ad eas tan-
tum vſuras pertinet,quæ ſunt odioſiores,id eſt,quæ tan-
quam vſuræ debentur, non ad eas quæ iure eius quod
intereſt, aut in vicem fructuum. Denique vt errorem
iſtum pragmaticorum detegamus apertiùs, finge nihil
chirographo cautum eſſe de vſuris, ſed tantùm ex facto
proponi conueniſſe inter debitorem de ijs præſtãdis ni
23 ad diem pecunia ſolueretur. Non eſt ex pragmaticis †
qui dubitet quin ea conuentione probata vſuræ debe-
antur,etiamſi nulla interpellatio ſecuta ſit?Quidni enim
cum conuentio iuſta ſit,nec legibus aut bonis moribus
contraria? Atqui ea ipſa conuentio probatur per chiro-
graphum in quo continetur. Quænam autem apertior,
aut certior probatio eſt,quàm quæ fit per aduerſarij non
ſolùm confeſſionem,ſed etiam ſcripturam?Ergo conclu-
dendum eſt promiſſas quouis modo vſuras creditori
præſtandas & adiudicandas eſſe,ad finem vſque quin-
cuncium,(quæ frequentiores vſuræ noſtris temporibus
ſunt)tametſi ex chirographo petantur.Non enim agni-
24 tio † aut denegatio chirographi inducit obligationem,
ſed proficit ad eam quæ iam inducta eſt efficaciter &
ſine fraudis ſuſpicione exercendam: Hoc tamen ſemper
25 † exceptum volo,ne quid ex ea chirographaria obliga-
tione præiudicij cæteris creditoribus generetur, ante-
quam agnitio aut denegatio facta ſit,quæ omnem frau-
dis,& prælatæ diei ſuſpicionem excludat.In ſumma vſu-
ras promiſſas, per chirographum ex eo tempore præſtari
volo, quod in conuentione deductũ eſt, ſolius debitoris
incõmodo,& damno,non etiam aliorũ creditorum, qui-
bus nec ipſius ſortis obligatio chirographaria noceret.

ERROR TERTIVS.

De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta

SVMMARIA:

1 *Error pragmaticorum arbitr. hypothecam ex chiro-
grapho in quo expreſſa eſt,non prius competere,quàm
fuerit agnitum chirographum.*
2 *Ratio qua pragmatici errorem ſuum ſtatuminant.*
3 *Falſum eſſe illud interpretum,chirographariam obliga-
tionem nullas vires habere prius quàm chirogra-
phum agnitum ſit aut denegatum.*
4 *Chirographi agnitio,pignus inducere non poteſt.*
5 *Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum pignus
ſeu hypothecam.*
6 *Pignus conuentum in chirographo diem vel annum ex-
preſſum non habente, valet ex eo die quo conuentum
fuit,non quo probatum.*
7 *Probationes omnes ad tempus rei geſtæ retrotrahuntur.*
8 *Probatio quæ fit per chirographum laborat ſuſpicione
fraudis non ratione debitoris, ſed creditorum qui
medio tempore ſuperuenerunt.*
9 *Negotio in chirohraphum deducto per teſtes probato
efficax eſt pignoris conuentio ex eo die quo chirogra-
phum conſcriptum eſt.*
10 *Inter creditores hypothecarios locum & ordinem quan-
do obtineant chirographarij.*
11 *Concluſio contra ſententiam interpretum.*

SVperioribus erroribus hic quoque neceſſariò
coniungendus fuit. Nam verſatur etiam circa
chirographarias obligationes. Pragmaticis †
1 placet, Bonis omnibus debitoris per chirographum ex-
preſſim obligatis non priùs tamen ex chirographo hy-
pothecam competere,nec conſequenter hypothecariam
exerceri poſſe, quàm chirographum agnitum ſit, aut de-
negatum,ideóque condemnandum creditorem qui prius
hypothecaria egerit:nec malè & præpoſterè inſtitutam
actionem ex eo conualeſcere poſſe, quòd ex poſtfacto
appareat chirographarium pignus fuiſſe, mouentur † 2
hoc vno rationis prætextu quòd chirographaria obliga-
tio nullas prorſus vires habeat,antequam chirographum
agnitum ſit aut denegatum. Quæ ratio euidenter falſa
eſt. Iam † enim à quo tempore mutuum contractum 3
eſt, & chirographum conſcriptum, contractum quo-
que eſſe obligationem,nec eam ſolùm,ſed etiam chiro-
graphum vires habuiſſe fatendum eſt: & conſequenter
pignus quod in chirographo continetur.*l.creditricem.7.
C.de remiſſ.pignor.*Nam licet ſcripturæ fides ſit ſuſpecta
quòd ad alios attinet,in quorum necem colluſio inter-
cedere potuit debitoris & chirographarij creditoris, ta-
men quod ad ipſum debitorem pertinet,qui fraudem ſi-
bi ipſi facere non poteſt, quænam obſecro rés impediet
ne ex die conſcripti chirographi obligatus cenſeatur?
Agnito nimirum quandocumque poſteà chirographo,
aut per literarum comparationem vel per teſtes probato,
quibus duobus modis probari poteſt chirographi veri-
tas,ſi per malam debitoris fidem denegetur. Non enim
agnitio † chirographi inducit pignus non magis quàm 4
obligationem ipſam ſortis,ſed eam quæ iam antè con-
tracta fuit,qualis ſit & fuerit declarat,ſicuti de ſententia
iudicis dici ſolet, non tam acquiri per eam ius victori,
quàm ius illud quod ante habuit declarari.Et verò quis
dicat ſcripturam † eſſe neceſſariam ad conſtituendum 5
pignus,aut aliud contractus genus ijs exceptis contra-
ctibus qui in ſcriptis fieri dicuntur de quibus in *l. con-
tract. 23.C.de fide inſtrum.* Ad futuram dũtaxat rei geſtæ
memoriam & probationem ſcriptura adhibetur *l.con-
trahitur 4.ff.de pignor.* hypotheca autem nuda voluntate
& ſolo conſenſu contrahitur.Quòd ſi ſcriptura ad con-
trahendum pignus neceſſaria non fuit ſufficiente ſci-
licet ſola pignoris conuentione,multo minùs neceſſaria
erit ſcripturæ probatio vt in eum vſque diem pignoris
vtiliter contracti vis & poteſtas ſuſpendatur.Sed & finge
nullum in chirographo † diem expreſſum eſſe, ac ne 6
conſulem quidem, id eſt, annum quo chirographum
conſcriptum eſt. Nemo idcircò dixerit chirographum
nullius fore momenti, ſi modo conſtet ſiue per debitoris
cõfeſſionem,ſiue per quas alias legitimas probationes à
debitore ipſo ſcriptum aut ſubſcriptum eſſe.Sed & pi-
gnus,ſi quod in eo conuentum fuit valebit & quidem
ex eo die quo conuentum fuit,non quo probatum erit
conuentum fuiſſe. *l.cum tabernam.§. idem quæſiit. D.de
pignor.*Cur ergo dicamus duriorem eſſe debere conditio-
nem creditoris chirographum proferentis,habens diem
& Conſulem?Nam etſi nullum omnino chirographum
conſcriptum fuiſſet,tamen pignoris conuentionem per
teſtes probatam eſſe ſufficeret, nec quiſquam dubitaret,
quin probatio contracti pignoris ad eum diem quo con-
tractum eſſet,retrotraheretur.Id enim generale& perpe-
tuum eſt in probationibus omnibus † vt ad rei geſtæ 7
tempus retrotrahantur,quando non quid nunc ſit, ſed
quid anteà geſtum fuerit probatum eſt:Niſi ea probatio
† ſit quæ laboret ſuſpicione fraudis,cuiuſmodi ſanè illa 8
eſt,quæ fit per chirographum,ſed ratione aliorum credi-
torum duntaxat,qui medio tempore ſuperuenerant,qui
ſcilicet iuſtam cauſam habent verendi ne quid in eorum
necem prælato die factum ſit,non autem ratione ipſius
debitoris,qui,vt dixi, fraudem ſibi ipſi facere nullo mo-
do poteſt.Quo argumento dicerem intrepidè,ſi negotij
in chirographũ deducti † veritas non per chirographum 9
ipſum,id eſt per ſolam debitoris confeſſionem,aut quod
hac parte idem eſt,per literarum comparationem,ſed per
teſtes probaretur vtilem exiſtimandam fore & efficacem
pignoris conuentionem, ex eo die quo chirographum
conſcriptum eſſet,non modò in præiudicium ipſius de-
bitoris, ſed aliorum etiam creditorum, nec ſolùm quod

ad debitum ſortis ſed etiam quod ad vſuras ſi quæ chiro-
grapho promiſſæ ſint, ſiue abſolutè, ſiue in pœnam, quia
ceſſante ſuſpicione fraudis propter vrgentes in contra-
rium veritatis probationes, nihil cauſſæ eſt cur conuen-
tionis ſuæ fructu & emolumento priuari iuſtus creditor
debeat. Illa enim fraudis præſumptio aut potiùs ſuſpi-
cio iuris tantùm eſt, non etiam de iure quomodo iidem
pragmatici loquuntur, & ideò probationem contrariam
20 admittit, & probationi cedit. Nam & ob hanc cauſam †
conſtitutum eſt in *l. ſcripturas* 14. *C. qui potior. in pign.*
habeant. vt ſuum inter cæteros creditores hypotheca-
rios locum & ordinem obtineant chirographarij, ſi chi-
rographarium quoque pignus habeant, & chirogra-
phum à tribus teſtibus idoneis & probæ famæ ſubſcri-
ptum proponatur, quòd eo caſu nulla fraudis ſuſpicio
21 ſubſit. Ergo concludẽdum † eſt chirographarium credi-
torem eundémque hypothecarium ſi ante agnitum chi-
rographum hypothecaria egerit, non minùs rectè egiſſe
videri, quàm ſi pignoris conuentio in publicum inſtru-
mentum collata eſſet, quia nec magis hoc quàm illo ca-
ſu intereſt debitoris, quem verum eſt & debitorem eſſe,
& res ſuas obligaſſe.

ERROR IV.

De offerendi iure quod poſteriori creditori compe-
tit aduerſus anteriorem.

SVMMARIA.

1 *Creditor pignus poſſidens non aliter conueniri poteſt à poſterioribus creditoribus licèt hypothecariis, quam ſi ei quicquid debetur, offeratur.*
2 *Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur.*
3 *Quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori.*
4 *R. aut debiti ſui iacturam, aut longiores moras pati cogetur.*
5 *Idque ſiue creditor per traditionem poſſeſſor factus ſit, ſiue per clauſulam conſtituti.*
6 *Si poſterior creditor poſſideat, prior agens hypothecaria non aliter ſummoueri poteſt, quam ſi poſterior debitum cum acceſſionibus legitimis offerat.*
7 *Poſterior creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet.*
8 *Poſterior creditor non poteſt vendere pignus, licèt debitor poſſit, & cur.*
9 *Error pragmaticorum exiſtimantium anteriorem creditorem non poſſe impedire diſtractionem pignoris ſi per poſteriorem conueniatur.*
10 *Qua ratione errorem ſuum ſuffulciant pragmatici.*
11 *Senatus Sabaudiæ definitio pro dotis creditrice poſteriori (vidua ſcilicet) in cauſa petente diſtractionem pignoris quod anterior poſſidebat.*
12 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur.*
13 *Definitionem Senatus à pragmaticis imperitè trahi ad omnes creditores.*
14 *Pragmaticos pro ſententia ſua tuenda perperam afferre l. pro debito. 7. de bon. aut. iud. poſſid. quæ ad ſolos creditores chirographarios, non etiam hypothecarios pertinet.*
15 *Inter chirographarios & creditores nullus eſt ordo.*
16 *At inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur.*
17 *L quamuis. 6. D pign. act. pro pragmaticis non facere.*
18 *Quomodo temperanda eſſet pragmaticorum ſententia.*

CReditoris † pignus poſſidentis ius illud eſt. 1
vt à poſterioribus creditoribus licèt hypo-
thecariis non aliter conueniri poſſit, quàm ſi
ei quicquid debetur tam acceſſionũ omniũ quàm ſortis
nomine offeratur. Qui enim prior eſt tempore potior eſt
iure, vulg. *l.* 1 *l. potior. l. qui balneum*, & paſſ. *D. qui potior.*
in pignor. habeant. l. 1. *C. eo.* Nec cogitur creditor † an-
terior pati diſtractionem pignoris, tametſi multo plu- 2
ris ſit pignus quam quod debetur, quia quanto minus
eſt quod debetur, tanto amplior eſt facultas offerendi, &
conſequenter tanto magis imputari poteſt creditori po-
ſteriori, cur non offerat, cùm offerendo poſſit confirma-
re ſuum pignus, atque ita poſtmodum per diſtractionem
rei obligatæ conſequi ſolutionem eius quod ſibi debe-
tur. At quid ſi poſterior † creditor adeò pauper & egens
ſit vt explicare pecuniã non poſſit ad offerendum ante- 3
riori? An debiti † ſui iacturam, aut longiores moras pa- 4
ti cogetur, ſi fortè nulla alia bona debitor habeat, quam
quæ anterior creditor poſſidet? Ita ſanè eſt. Numquam
enim creditoris anterioris ius ex poſterioris conditione
immutari poteſt, nec eius qui ſibi ab initio diligenter
proſpexit pignus accipiendo quicquam intereſt, cum
quo poſtea debitor contrahat, an cum diuite, an cum ege-
no, aut an diues paupérve ſit is à quo conuenitur. Suffi-
cit enim quòd paratus ſit vti iure communi. Neque ve-
rò difficultas præſtationis ſolet nocere, ne ſtipulatori
quidem, quominùs promiſſor ad dandũ obligetur *l. con-*
tinuus 137. *§. illud. de verb. oblig.* Sicut nec quòd difficilis
ſit explicatio pecuniæ, facit vt eo minùs poteſtatiua di-
catur conditio, quæ in danda pecunia conſiſtit. Quanto
minùs ergo nocebit ei, cum quo nihil contractum eſt?
Quemadmodũ enim dicimus, iniquum eſſe eum qui cũ
pupillo non contraxerit, cogi expectare pupilli puberta-
tatem *l. apud Iulia.* 3. *D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Ita nec
ferendum eſt vt qui cum egeno non contraxit, ſed cum
diuite & locuplete debitore, ob id ſolum iure ſuo com-
munique vti prohibeatur, quòd idem debitor cum alio
inope & egeno poſteà contraxerit. Cur enim cogatur ex-
pectare aut optare vt augeantur poſterioris creditoris
facultates? Præſertim cùm ipſe poſſideat, & à poſteriore
creditore vltro inquietetur? Nec diſtinguemus an per
traditionem † poſſeſſor factus ſit, an quod frequentius 5
eſt, per clauſulam conſtituti, cùm vtroque modo poſſeſ-
ſionem veram habeat non modò ciuilem, ſed etiam na-
turalem, realem, & vt pragmatici loquuntur, actualem,
l. quod meo 18. *D. de acquir. poſſ.* Nam etſi non poſſi-
deret, ſed poſterior † ipſe creditor, tamen non aliter 6
ſubmoueri poſſet anterior agens hypothecaria, & alie-
nam auocans poſſeſſionem, quàm ſi ei poſterior omne
debitum cum legitimis acceſſionibus offerret, quia ne-
que pignus vllum habere poſterior creditor priùs in-
telligitur, quam priorem dimiſerit, quod non fit niſi
ſoluto aut ſaltem oblato reuera eo quod debetur: hoc
autem facto pignus ſecundi creditoris tum demum con-
firmatum eſſe intelligitur. Sed nec poſterior † creditor 7
plus iuris habere poteſt quàm debitor à quo cauſam
habet. Debitor autem non poſſet circa oblationem tur-
bare poſſeſſionem pignoris, quod datum eſt anteriori
creditori. Atqui, inquies poſſet debitor † ipſe pignus 8
vendere, ea ſaltem lege vt ex pretio creditori ſatisfie-
ret. Quidni ergo poſterior creditor vendere poterit?
Nam & cum creditore poſtulante pignus diſtrahi-
tur, debitor ipſe diſtrahere intelligitur. Reſpondeo
plus iuris habere debitorem, quia dominus pigno-
ris eſt, quàm creditorem qui neque dominium ha-
bet, neque vllum, vt dixi, pignus, niſi poſt di-
miſſos omnes anteriores. Hæc quanquam ita ſunt, &
ex vera tritáque iuris ratione veriſſimè diſputantur, in-
uoluit tamen apud nos ab annis aliquot, error † prag- 9
maticorum exiſtimantium creditorem anteriorem non
ſolum ſi agat, ſed etiam ſi cõueniatur per poſteriorẽ, non
habere ius prohibendi quominus diſtrahatur pignus

Digitized by Google

vt ex pretio ſatisfiat vtrique ſuo ordine, hoc tantùm ad-
dito temperamento, vti ne priùs poſſeſſio pignoris an-
teriori creditori auferatur, quam ipſi omnino, & ad vl-
10 timum vſque quadrantem ſatisfactum ſit. Cui errori †
cauſam dediſſe videtur ratio illa æquitatis, quòd cùm
ius pignoris ſolui poſſit quandocumque, & quomodo-
cumque ſoluto debito, nihil videatur intereſſe credito-
ris anterioris, vtrum ex pecunia poſterioris, an ex ipſius
pignoris pretio dimittatur, dummodo ſuum conſequa-
tur, & quidem ſuo ordine, nec priuſquam conſecutus ſit,
poſſeſſione ſua priuetur. Poſterioris verò creditoris ex
contrario poteſt quam maximè intereſſe ſi forte præ
nimia egeſtate pecuniam nequeat explicare ad offeren-
dum: quo caſu durum ſanè videtur cogi cum debiti ia-
cturam facere, ſi ex pignoris pretio vterque creditor di-
mitti queat, præſertim ſi alia nulla ſint debitoris bona in
quæ experiri poſterior creditor poſſit. Et ſanè memini
11 † Senatum noſtrum cùm viduæ & pauperculæ cuiuſ-
dam dotem repetentis cauſa tractaretur, hoc ei priuile-
gium indulſiſſe, vt audiretur petens diſtractionem pig-
noris, quod anterior quidam creditor poſſidebat, nec
debitum auferre cogeretur. Fauore nimirum dotis,
quam alioqui amiſſura erat mulier, & fame periclitatu-
ra, cùm non haberet vnde offerret. Quæ ſententia
ideo mihi placebat, non ſolùm quòd manifeſtiſſima æ-
quitate nitebatur, cùm ſpectet ad publicam vtilitatem vt
dotes conſeruentur (æquitas enim ex publica, non
ex huius aut illius hominis vtilitate æſtimanda ſemper
eſt) ſed etiam quia ex Iuſtiniani conſtitutionibus ini-
quiſſimis ſanè, veruntamen apertiſſimis, ita ius compa-
12 ratum eſt, vt creditoribus † omnibus licet anterioribus
adeóque expreſſam hypothecam habentibus mulier
præferatur. *l.aſſiduis*, 12. *Cod. qui potior. in pignor. hab.*
quemadmodum pluribus à nobis comprobatum eſt,
*lib.7.Coniect.cap.*16. Sed extra cauſam dotis numquam
patiar tam aperte vim fieri legibus, vt neſcio quo æqui-
tatis prætextu iura omnia quæ extant in libris noſtris,
De iure offerendi, conuellantur & antiquentur. Quis
enim poſterior creditor non hanc potiùs viam eligat
diſtrahendi pignoris, quod nullo ſuo incommodo fa-
cturus ſit, quàm pecuniæ pro debito offerendæ? Et ta-
13 men ius illud † quod Senatus noſter in cauſa dotium
ſingulari earum priuilegio, nec niſi occurrente pauperta-
tis fauore induxerat, paulatim à pragmaticis noſtris tra-
ctum eſt ad omnes omnino creditores, quantumuis lo-
cupletes, adeóque quod magis mirum eſt, licèt alia ſint
bona, ex quibus poſterioris creditoris indemnitati con-
ſuli poſſit. Quæ res impugnat maximè vtilitatem non
tantùm debitoris, ſed etiam aliorum creditorum poſte-
riorum, ſi qui ſint, quibus inauditis ea pignoris diſtra-
ctio fiat propter expenſas publicarum actionum, & lau-
dimia, quæ ex iis debentur. Nemo enim dubitat quin ſi
poſteà ex quacunque cauſa diſtractio, quæ bona fide
facta eſt, per alios creditores reuocetur, reſtituendum ſit
emptori quicquid illi abeſt, ſiue extraneus ille ſit, ſiue is
ipſe creditor, qui pignus diſtrahi curauit. Vnde fieri ne-
ceſſe eſt vt tanto minus ſit in bonis debitoris, atque ita
poſteriores creditores in damno morentur, quibus ſatiſ-
fieri fortaſſis potuiſſet, ſi ius commune inter priores lo-
cum habuiſſet. Etſi enim neque debitor neque poſterior
creditor venditionem pignoris impedire poteſt *l. 1. &
tot.tit. Debit.vend.pign.imp.non poſſ.l.vlt.Cod.ſi antiq.cre-
dit.pign. vend.* æquum tamen eſt creditoribus omnibus,
adeóque ipſi debitori conſuli, quantum fieri poteſt ex
iuris communis ratione, neque prohibendus eſt ante-
rior creditor, qui ius habet prohibendæ diſtractionis
pignorum, quominus iure ſuo vtatur, ſi fauere velit de-
bitori, ne noua ſumptuum & laudimiorum acceſſione
14 pauperior fiat. Quod verò pragmatici † pro ſententia
ſua tuenda adferunt *legem pro debito* 7. *C.de bon. autor.
iudic. poſſid.* vbi ſcriptum eſt, ſingulis creditoribus ſatiſ-
fieri debere ex bonis debitoris pro menſura debiti, ridi-
culum eſt. Pertinet enim lex illa, vt & totus ipſe titulus
ad chirographarios creditores, perſonalem duntaxat
actionem habentes, non ad hypothecarios. Nam inter
chirographarios † nullus ordo eſt, cum par ſit ius om- 15
nium, niſi ſi qui ſint priuilegiarij ex priuilegiaria debiti
cauſa *l.priuilegia*, 42. *D. eo.* Vnde etiam fit, vt qui ex cre-
ditoribus ſolus miſſus eſt in poſſeſſionem bonorum de-
bitoris, omnium nomine miſſus intelligatur. *l.cum vnus*
12. *D.de reb.autor.iudic.poſſid.* Nimirum pro ſui quiſque
debiti menſura, quod Galli dicunt *à ſold & à liure.* At
inter hypothecarios † ordo temporis ſeruatur, vt prio- 16
ribus priore loco ſatisfieri oporteat, & quidem in ſolidũ
per ius offerendi, ſi inuitis iis poſteriores diſtrahi pig-
nora velint, qui ſcilicet nec pignus vllum, vt diximus,
habere intelliguntur, quandiu prioris creditori ius ſub-
ſiſtit, ſed dimiſſo demum priore creditore ius & pignus
ſequentium confirmatur, niſi fortè quis eadem audacia
contendere velit. Etiam chirographariis creditoribus
nullam hypothecam habentibus, permittendum eſſe vt
petant diſtractionem pignoris ab anteriore creditore
poſſeſſi. Eadem enim hîc vrget æquitas illa, vt ſine an-
terioris creditoris incommodo cæteris ſatisfiat. Et ta-
men nemo non videt multo magis alienum id fore à
iuris ratione, nec pragmatici ipſi negarent, ſi non ex chi-
rographariis creditoribus facerent hypothecarios, indu-
cẽdo tacitam hypothecam ex ſola chirographi agnitio-
ne, vt ſcripſimus *in Error* 1. Meliùs facere pro pragma-
ticis † videtur, quod ſcriptum eſt in *in l.quamuis 6. D.* 17
de pignor.act. ſecundùm Attilicini ſententiam, cogendũ
ex cauſſa creditorem vt pignus vendat. Quid enim, in-
quit lex, ſi multo minùs ſit, quod debeatur, & hodie plu-
ris venire poſſit pignus, quàm poſteà? Sed obſeruandum
eſt, primùm ſententiam illam Attilicini eo loco reproba-
ri à Triboniano, cui inhumanum videtur cogi credito-
rem pignus vendere: at melius eſſe vt debitor ipſe ven-
dat, & creditori ſatisfaciat. Quis autem permittat po-
ſteriori creditori vt vendat, cùm nec dominium habeat,
nec pignus, vt dixi niſi poſt dimiſſos anteriores credito-
res? Deinde ita ſenſiſſe Attilicinum vno illo caſu quo
debitor ſoluendo non eſſet, id eſt debitum offerre non
poſſet. Item quo non poteſt pignus alio tempore tanti
venire. Itaque vel ex illo maximè loco pragmaticorum
error conuincendus eſt. Sanè temperamentum † ſaltem 18
hoc pragmaticis quoque placere deberet, vt eo demum
& vno caſu poſſet creditor poſterior diſtractionẽ pigno-
ris petere inuito anteriore: quo per egeſtatem impedi-
retur, ne offerre poſſet, nec alia bona eſſent debitoris
in quæ hypothecariam exercere liceret, nimirum vt à
iure communi quàm minimùm fieri poſſet, recederetur,
arg. *d.l.quamuis.6.D.de pignor.act.* De qua ſi plura videre
voles, legenda ſunt quæ ſcripſi *lib.8.Coniect.cap.*8.

ERROR V.

De pignoris venditione facta per creditorem iure creditoris.

SVMMARIA.

1 *Quomodo differat pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris, ab ea quæ fit autoritate iudicis po-ſtulante creditore.*

2 *Caſus quo is qui non eſt dominus dominium nihilomi-nus transferre poteſt.*

3 *Cur vendito pignore autoritate iudicis ad poſtulatum creditoris, creditoribus poſterioribus ius offerendi competat aduerſus emptorem etiam extraneum.*

4 *Creditor quando poſſit rem pignoratam emere.*

5 *Si læſio in pretio pignoris autoritate iudicis venditi vl-tra dimidiam interuenerit, cur poſteriores creditores non neceſſe habeant implorare auxilium nouæ con-ſtitutionis ad reſcindendam venditionem.*

6 *Intra*

6 *Intra ſemeſtre ſtatuto Sabaudiæ creditores poſteriores poſſunt luere pignus venditum autoritate iudicis.*

7 *Id verò non obtinet quando pignus à creditore iure creditoris diſtractum eſt & cur, num.* 8.

9 *Error pragmaticorum arbitrantium eum iure creditoris pignus vendere quo poſtulante venditio fit publica auctione.*

1 SEparanda † eſt pignoris venditio quæ fit à
creditore iure creditoris ab ea quæ fit au-
thoritate iudicis poſtulante creditore. Prio-
re caſu ſi venditio ritè rectéque facta ſit, id
eſt non ſolùm pro debito, ſed etiam ſeruatis ſolennibus.
l.4.d.C.de diſtr.pign.l.4. C. ſi vendit. pignor. agat. ſecurus
eſt emptor, nec ab aliis creditoribus poſterioribus in-
quietari poteſt *l.1.C. ſi antiq.cred.pign.vendid.* licèt alio-
qui futurum ſit vt morentur in damno, quia non aliud
ius habere poſſunt, quàm quod ſibi quæſierint ex per-
ſona debitoris. Emptor autem non à debitore ius habe-
re intelligitur, ſed à creditore qui ipſe vendidit & qui-
dem ſuo iure. quique tametſi dominus non fuerit, ple-
num tamen dominium tranſtulit in emptorem, quia
vendidit ex voluntate debitoris qui dominus fuit *l. qui
creditore* 18 *C. de diſtract. pignor.* Hic enim vnus caſus
2 eſt ex iis, in quibus ille † qui non eſt dominus transferre
dominium nihilominus poteſt. *§.1. Inſtit. quib. alien. lic.
vel non.* Et ad hunc caſum pertinent leges omnes quæ
ſunt ſub titulis. *C. de diſtract. pignor. Si antiq. credit. pign.
vendid. Credit. pign. euict. non deber. Si vendit. pignor. agat.*
Poſteriore verò caſu creditoribus poſterioribus offeren-
3 di ius competit † aduerſus emptorem etiam extraneum.
l.3.§.1. de diſtract. pignor. quia emptor non à creditore,
quo poſtulante facta venditio eſt, ſed à debitore ipſo
cauſam habere intelligitur. Factum enim iudicis cuius
autoritas interuenit, cenſetur factum partis, id eſt debi-
toris, cuius res eſt quæ diſtrahitur, haud ſecus ac ſi ipſius
quoque iudicis autoritate pignus conſtitutum eſſet. *l.1.
& 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Vnde illud etiam fit,
vt euicta re vendita debitor de euictione teneatur, per-
inde ac ſi ipſe vendidiſſet. *l. ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.*
4 Item vt quamuis creditor, qui † pignoratam rem vendit
iure creditoris, eam ipſe emere aut per ſe, aut per alium
nequeat, tamen emere ſine dubio poſſit ſi debitor ipſe
aut iudex nomine debitoris diſtrahat. *l. & qui ſub imagi-
5 ne.10.C. de diſtract. pignor.* Ergo ſi læſio † in pretio vltra
dimidiam interuenerit, neceſſe non eſt creditores poſte-
riores implorare auxilium nouæ conſtitutionis ad re-
ſcindendam ex ea cauſa venditionem, quomodo debi-
tori neceſſe eſſet. *l.2. C. de reſcind. vendit.* quia ſaluum
habent ius commune, quod non ſimiliter contingit ſu-
periore caſu, id eſt facta per creditorem ipſum venditio-
ne proprio iure, quoniam neque offerendi ius vllum ſu-
pereſt. *d.l.3. in princip. l.2.C. ſi antiq. credit.* neque vendi-
tionem ab alio factam reſcindere alius poteſt qui à ven-
ditore ipſo nullum ius habeat, poſteriores autem credi-
tores ab anteriore nullum ius habent. Similiter dicen-
6 dum eſt intra ſemeſtre † quod ſtatuto noſtro debitoribus
datum eſt ad redimenda pignora, quæ iudicis autoritate
diſtracta fuerunt, ius eſſe poſterioribus creditoribus
luendi pignoris & offerendi emptori quicquid ei ab eſt,
cum legitimis acceſſionibus, quia vt confirment ſuum
pignus vti poſſunt iure debitoris. *l.1. C. qui potior. in pign.
hab.* Debitor autem totum illud tempus liberum habet
7 ad pignus redimendum. At ſi venditio † pignoris ab ip-
ſo creditore facta eſſet, iure creditoris nullum luendi, aut
vt meliùs dicam redimendi pignoris ius haberent po-
ſteriores creditores, quia nec debitor haberet, cùm ſeme-
ſtre illud ſtatutarium ad publicas tantùm auctiones per-
tineat, quæ ipſius debitoris nomine fiunt, non etiam ad
cæteras, quia nec redimendi ius habere alius poteſt,
quàm qui vendidit, aut qui cenſetur iure venditoris. Et
ſanè fuit æquiſſimum † agi mitiùs cum debitore, cuius 8
inuiti factum iudex ſupplet in vendendo pignore, quàm
cum eo cuius factum & conſenſus interceſſit, non qui-
dem in vendendo, ſed in danda creditori licentia ven-
dendi, quam vtique dediſſe videtur illo etiam caſu quo
nihil de vendendo pignore dictum eſt, dum ne in con-
trarium nihil dictum ſit, *l.4. de pignor. act.* ſibi enim im-
putet, qui cum creditore ſic contraxit, eique venditio-
nis faciendæ ius & facultatem aut dedit, aut non abſtu-
lit, cùm poſſet id facere per conuentionem *l.3. D. quæ res
pignor.* Adeò vt etiam ſi creditoris dolus & colluſio in-
terceſſerit in vendendo, nihil tamen aduerſus emptorem
cõſtitui debeat, quamdiu creditor ipſe indemnitati præ-
ſtandæ idoneus eſt. *l.1.3.4. & 8. C. ſi vendit. pign. agat. l. ſi
ceſſante 7. C. de diſtr. pignor.* quia iuſtius eſt debitori tene-
ri eum qui cum debitore contraxit, quàm eum qui non
contraxit. Pragmatici † tamen noſtri manifeſta iuris ig- 9
noratione diſtinctionem hic nullam admittentes ſic paſ-
ſim loquuntur, vt dicant Iure creditoris eum vendere
quo poſtulante venditio fit publica auctione. Indéque
alij errores quamplurimi naſcuntur, dum leges quæ de
creditore diſtrahente tractant, ad eum caſum accommo-
dant, quo venditio fiat per iudicem nomine debitoris
poſtulante creditore.

ERROR VI.

De iterata pignoris venditione.

SVMMARIA.

1 *Qui emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt, nec à debitore, aut poſterioribus debitoris creditoribus inquietari poteſt.*

2 *Exceptio.*

3 *Si poſtulante creditore pignus autoritate iudiciali diſtractum ſit, poſterioribus creditoribus ſalua manet pignoris perſecutio.*

4 *Idque ſiue creditor, ipſe emerit, ſiue alius extraneus.*

5 *Differentia inter caſum quo debitor priuata pactione pignus diſtrahit, & eum quo apparitor iudicis nomine debitoris imperante iudice & poſtulãte creditore.*

6 *Inter priuatas & publicas venditiones quid interſit.*

7 *Error pragmaticorum denegantium iteratam pignoris iam rite venditi diſtractionem, niſi læſi immodica vel ſimilis quapiam ratio vrgeat.*

8 *Eos perperam allegare pro ſua ſententia l.1.C. ſi antiq. cred. pign. vend.*

9 *Statutum Sabaudiæ ad quæ pignora redimenda indulgeat ſemeſtre.*

10 *Pragmaticorum error.*

11 *Ad ſimilitudinem executionis iudicati pignus conuentionale ex authentico inſtrumento diſtrahi ſolet.*

12 *Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiæ & condemnationis.*

13 *Tituli Dig. & Cod. de diſtract. pignor. ad quas diſtractiones pertineant.*

14 *Sententia l. ſi in hoc 14. C. de diſtract. pign.*

15 *Vendito pignore à poſteriore hypotheca perſecutio priori creditori ſalua manet.*

16 *Exceptio.*

PRoxime diximus, eum qui emit † à creditore 1
vendente iure creditoris ſecurum eſſe, nec à
debitore aut poſterioribus debitoris credito-
ribus inquietari poſſe: idque veriſſimum eſt *l.1. & 2. C. ſi
anti. credit. pign. vẽdid. l.3. in princip. D. de diſt. pign.* Vnus
ille tantùm caſus † excipiendus eſt, ſi contra bonam 2
fidem nec ſeruatis ſolennibus creditor vendiderit,
puta ignorante aut aliter circunuento debitore, & em-
ptor fraudem participauerit. *l.4. C. de diſtr. pignor.* iunct.
l. pen. C. ſi vendid. pign. agat. Nimirum ſi creditor non

ſit ſoluendo ad indemnitatem debitori præſtandam. Sic enim id accipi debere cõſtat. *ex l. 1. & 3. eod. tit.* Nam hoc caſu ſicuti competit actio debitori ad reuocanda ea omnia, quæ mala fide geſta eſſe conſtiterit, ita vt fructum quoque & damni quod irrogatum apparuerit rationem haberi oporteat, ita poſterioribus ab eo debitore cauſam habentibus proſpici æquum eſt vt eodem iure vti, & ex iterata pignoris diſtractione ſuum conſequi poſſint. Et, quod ſcriptum eſt in *d l. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vend.* Vendito per anteriorem creditorem pignore, perſecutionẽ hypothecariam poſteriori ſupereſſe non poſſe, nemo dubitat quin non aliter abſolutè verum eſſe poſſit, quàm ſi prior venditio ritè, rectéque facta ſit. Licèt etiam tùm cùm malè facta eſt, dolum quoque participante emptore, hactenus emptori faueamus vt nõ prius inquietari eum patiamur, quàm conſtiterit indemnitatem debitori eiúſue creditoribus cæteris, ab ipſo creditore qui malè
3 vẽdidit, præſtari non poſſe. At cùm poſtulãte † creditore pignus autoritate iudiciali diſtractum fuit (qui frequentiſſimus noſtris temporibus diſtrahendorum pignorum mos eſt: vix enim vſuuenit vt creditor vendat iure creditoris, quamuis ſuo iure liberam habeat etiam cùm nihil dictum eſt, diſtrahendi pignoris facultatem *l. 4. D. de pignor. act.*) quemadmodum debitor ipſe non creditor vendere intelligitur, ita euenire neceſſe eſt, vt perinde ſalua ſit perſecutio pignoris poſterioribus creditoribus aduerſus emptorem quo pignus iam ſemel venditũ, quantumuis bona fide iterum diſtrahatur, ac ſi ab ipſo debitore vel vẽditum eſſet vel datum in ſolutum. Quod ſi factum fuiſſet, vtique dubitari non oporteret quin facto debitoris adempta poſteriori creditori actio non eſſet. Neque enim fieri vnquam poteſt, vt quis facto ſuo alienam perimat actionem, aut vt debitorum pactionibus creditorum iuri derogetur, *l. debitorum. 25. C. de pact. l. 3. & paſs. C. de remiſſ. pignor.* Nec diſtinguemus an
4 creditor † ipſe vice extranei emerit quaſi in ſolutum accepto pignore, vt in *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* an alius omnino extraneus. Nam & ſi debitor anteriori creditori pignus in ſolutum dediſſet, non idcirco perſecutionem hypothecariam poſteriori creditori competentem, aut potiùs offerendi ius (quod ſolùm competit ante oblationem & obſignationem debiti, quæ ipſa demum inducit hypothecam & hypothecariam pro ſecundo creditore) peremiſſe diceretur, non magis quàm ſi aut alij prorſus extraneo vendidiſſet, aut poſteriori creditori in ſolutum dediſſet. *d. l. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vendid. d. l. 1. D. de diſtri. pig.* Sicut &, ſi primo creditori ſecundus obtuliſſet, atque ita pignus confirmaſſet, aut à primo creditore ritè comparaſſet, non eo minùs ſecundo creditori tertius offerre poſſet, quamuis emptionis titulo ſecundus tenuerit pignus, quia non tam acquirendi dominij, quàm ſeruandi & confirmandi pignoris ſui cauſa pecuniam dediſſe intelligitur, *l. cum ſeruandus 5. §. 1. l. ſeq. eod.* quod etiam obtinet in eo qui ſucceſſit in ius fideiuſſoris. *l. 2 eod.* Imò & in fideiuſſore qui emit à creditore. Hic enim licèt emerit, non tamen ſimilis habendus eſt extraneo emptori *l. ſi mandatu. 59. §. 1. D. mandat.* Quid autem referre poteſt an debitor ipſe priuata pactione pignus diſtrahat, an apparitor iudicis, nomine debitoris imperante iudice, & creditore requirente? Dif-
5 ferentia † tantùm in eo eſt quòd hoc poſteriore caſu venditio publicè fit, ſolet autem publicarum venditionũ maior eſſe vis, non ſolùm propter interuenientẽ iudicis autoritatem, ſed etiam quia cæteri creditores cùm ſcire potuerint id quod publicè fiebat, interdicere pro ſuo iure ſibique proſpicere potuerũt, non ad impediẽdam pignoris venditionem, quam creditor anterior vrgeret (non magis enim poſſunt impedire quàm ipſe debitor, vt ſuperiore capite dictum eſt) ſed pluris licitando, aut alium emptorem ſubiiciendo pluris licitaturum, vt ex pretio vtrique creditori commodè ſatisfieri poſſet: quòd ſi nonfecerint, videri poſſunt ius ſuum remiſiſſe, quomodo & ij omnes, qui rem ſibi obligatam diſtrahi non ſolùm patiuntur, ſed etiam conſentiunt, *l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.* Etſi enim cùm priuata vẽditio fit, nõ ex eo ſolo vis pignoris extinguitur, quod creditor venditioni adfuerit eámque ſciuerit, niſi etiam expreſſim conſenſerit, quia poteſt dicere ideò ſe adfuiſſe, & tacuiſſe, quòd ſciret ius ſuum durare
d. §. non videtur. Tamen inter † priuitas & publicas ven- 6
ditiones hac parte intereſt hactenus vt qui publicã venditionem ſciuit, ſi ius ſuum executus non ſit, illud remiſiſſe intelligatur, licèt fuerit anterior, multò magis ſi poſterior fuit: alioqui facilè decipiuntur ij qui ad publicas auctiones accedendo fidem publicam ſequuntur, *l. ſi hypothecas. 8. C. de remiſſ. pignor.* iunct. *l. ait prætor. 7. §. quæſitum. D. de minor.* Verumenimuerò conſtat hoc tum demum rectè dici cùm & programmate admoniti ſunt creditores vt venditioni pignoris adeſſent, & adfuerunt. Alioqui non poſſunt videri obligationem pignoris remiſiſſe, qui nec admoniti, nec præſentes fuerunt cùm vox præconis, vt dici ſolet, paucis innoteſcat. *l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pignor.* quanquam ſi præſentes fuerunt, nil neceſſe eſt admonitionem præceſſiſſe vt ius ſuum remiſiſſe videantur. Non enim certiorandus eſt qui ſcit. *l. 1. §. vlt. de act. empt.* Igitur non nocebit poſterioribus creditoribus venditio pignoris facta nomine debitoris iubente iudice & poſtulante creditore anteriore, ſi cùm illa fieret ipſi ignorauerunt, nec ius ſuum exequi potuerunt. Proinde poſtulare poterunt vt idem pignus iterum diſtrahatur, ſi fortè alius emptor inuenietur qui pluris licitari velit. Sed ita vt non priùs emptori poſſeſſio auferatur, quàm ipſi prorſus ſatisfactum ſit & redditum quicquid ei abeſt tam pretij nomine quàm acceſſionum. Contra tamen vulgo pragmati-
ci † ſentiunt, exiſtimantes non aliter permittendum 7
eſſe vt pignus iam ritè & ſeruatis ſolennibus venditum iteratò diſtrahatur, poſterioribus creditoribus vrgentibus, quàm ſi magna aliqua æquitas ita fieri poſtulet, vt puta ſi læſio immodica & vltra dimidiam interuenit, nec alia ratio ſit conſulendi indemnitati creditorum. Quam
in rem † abutuntur *l. 2 C. ſi antiq. credit. pig. vendid.* vbi 8
ſcriptum eſt, *Obligata pignoris iure, creditore rectè diſtrahente, debitorem poſtea emptori pretium offerentem, vel creditori quod debuit euincere non poſſe.* Sed iam monuimus in ſuperioribus, legem illam vt & totum titulum ad eas pignorum venditiones pertinere, quæ à creditoribus fiunt iure creditorum, non ad illas quæ fiunt per autoritatem iudicis nomine debitoris, poſtulante creditore, quarum diuerſam eſſe rationem conſtat ex *l. 1. eod. tit.* non quidem quod ad debitorem ipſum attinet, qui factum iudicis non minùs quàm ſuum proprium ratum habere cogitur: ſed quod ad poſteriores creditores qui licet à debitore ipſo ius habeant, in hoc tamen melioris conditionis ſunt, quod neque eorum nomine, neque iis vocatis & præſentibus facta venditio eſt. Et ideo non magis nocere ijs debet quod à iudice debitoris nomine factum fuit, quàm ſi à debitore ipſo ijs ignorantibus factum eſſet. Sed & quod ad debitorem attinet hodie multum refert, an debitor ipſe diſtrahat, aut eius nomine apparitor iudicis, an verò creditor iure creditoris, non equidem ſi iuris ciuilis rationem inſpicias, ſed propter ſtatuti noſtri ius nouum, quod debi-
toribus † ſemeſtre dat ad redimenda pignora quæ 9
iudiciali autoritate diſtracta ſunt, non etiam ad redimenda ea quæ ex creditoribus quiſpiam iure ſuo vendiderit, vt ſuperiore capite diximus. Errant † ita- 10
que toto cœlo pragmatici, qui ad venditiones illas, de quibus ſtatutum noſtrum loquitur, accommodant eas leges, quæ de venditionibus per creditores iure proprio factis loquuntur. Accommodare potius deberent *Titul. C. ſi in cauſ. indic.*

die

pig.capt.ſit, & [illegible] Vlpianus ſcribit in *l.à Dino Pio* 15.
*D.de re iud.*Et [illegible] enim loci illi loquuntur de pignoribus
captis in execútione iudicati, & ipſa iudicis autoritate,
non ex conuentione conſtitutis, tamen cùm de pigno-
rum diſtractione agitur quæ fit imperio iudicis, nihil
omnino refert an à iudice ipſo an à debitore conſtitu-
tum fuerit pignus, niſi quòd precedente conuentione
pignoris, nil neceſſe eſt conſtitui pignus & capi à iudice,
ſed quod conuentio conſtituit, capiendum eſt. Nec quòd
citra ſententiam vllam iudicis pignus conuentionale,
ex publico, & authentico inſtrumento diſtrahi ſolet, ad
11 rem facit. Id enim fit † ad ſimilitudinem executionis iu-
dicati, poſtquam ſtatuti poteſtate inductum eſt vt inſtru-
12 méta publica, & vt noſtri vocant guarentigiata † habeãt
vim ſententiæ & condemnationis: ac ſi is qui coram no-
tario & teſtibus profeſſus eſt ſe debere, confeſſus eſſet in
iure & apud iudicem ſe debitorem, quo caſu vtique pro
condemnato haberetur *l.1.D.de confeſſ.* Itaque in cauſſa
iudicati pignus capi intelligitur, quod capitur in execu-
tionem inſtrumenti gaurentigiati conuentionem pigno-
rum continentis: nam & hoc caſu iudicis authoritas ne-
ceſſaria eſt, ad permittendam pignoris diſtractionem
(niſi cùm executio fit ex diplomate principali, quod De
debitis appellant.) Hæc ſola differentia quòd hoc caſu
pignus non conſtituitur per capionem vt pote iam con-
ſtitutum per conuentionem, quod tamen ſi conuentio
nulla ſubeſſet per capionem ipſam conſtitueretur. Certe
13 tituli † illi D.*& C de diſtract. pign.* non ad alias diſtracti-
ones pertinent quàm quæ fiunt à creditoribus iure cre-
ditorum, vt & proximo capite monuimus. Frequentiſſi-
ma enim erat, ne dicam aſſidua conuentio illa inter debi-
torem & creditorem, vt creditori pignus diſtrahere li-
ceret: quæ & cùm omiſſa eſt, habetur pro expreſſa, adeò vt
nec abſolute conuenire poſſit ne liceret, nec rurſum va-
leat pignus quod per creditorem diſtrahi non poteſt *l.4.
5.& 6.D.de pignor.act.* Et miror hanc diſtrahendi pigno-
ris formam in deſuetudinem abijſſe, cùm creditoribus
longè vtiliſſima ſit. Niſi forte deſuetudini cauſam illud
dedit quòd cùm non ſemper pignorum emptores in-
ueniantur, intereſt creditoris vt poſſit ipſe per ſe emere,
aut per alium; quod facere non poſſet ſi ipſe venderet
iure creditoris: neque enim poſſet idem eſſe emptor &
venditor. vt in ſuperioribus diſputauimus. Nec ad aliam
diſtrahendi pignoris ſpeciem referendum eſt, quod ſcri-
14 ptum legimus † in *l.ſi in hoc 14 Cod de diſtract. pignor.*
Si in hoc quod iure debetur ſatis factum non fuerit cre-
ditori, debitore obligatas res poſſidente, aditum præſi-
dem prouinciæ iuſſurum diſtrahendi facultatem fieri cre-
ditori. Senſus enim eſt, partes iudicis eas eſſe debere, vt
iubeat reſtitui pignoris poſſeſſionem creditori, quò poſ-
ſit ille pignus diſtrahere ſuo iure. Nec enim creditor pi-
gnus vendere poteſt, eiúſque dominium transferre in
emptorem, niſi priùs poſſeſſor factus, vt emptorem ſub
inde poſſit inducere in vacuam poſſeſſionem, quomodo
ſcriptum eſt in lege præcedente. Nam multo facilius eſt
vt qui dominus non eſt, alium faciat dominum per poſ-
ſeſſionis tranſlationem, quàm vt qui dominus eſt in aliũ
transferat dominium ſine poſſeſſione. Planè ſi proponas
15 venditum eſſe † pignus à poſteriore creditore licet iure
creditoris, nemo tamen idcirco negauerit hypothecæ
perſecutionem anteriori ſaluam fore, quia non potuit
debitor paciſcendo cum poſteriore creditore deteriorem
facere conditionem anterioris: at neque pignori obli-
gare rem, quæ iam anteà alteri erat obligata, niſi di-
miſſo priùs anteriore creditore *l. & quæ nondum* 15.
§. qui res ſuas. D. de pignor. Niſi proponas anteriorem
19 † illum creditorem cùm publico programmate admo-
nitus & præſens eſſet, ius ſuum executum non fuiſſe.
Tunc enim pignus ſuum remiſiſſe intelligeretur *dicta
l. ſi eo tempore 6. 6. de remiſſ. pignor.* Quare nec hoc
caſu quicquam intererit an creditor poſterior pignus
vendiderit iure ſuo, an vendi tanquam ex debitoris
perſona curauerit. Eáque diſtinctio ſolo illo caſu ad-
hibenda eſt, quo anterior creditor vendiderit. Nam ne-
que fieri poteſt vt poſterior qui ignorante anteriore
idem pignus & accepit, & vendidit, iure ſuo & rectè id
fecerit, quia nec pignus vllum habere creditur quouſ-
que ius ſuum confirmauerit, quod ipſum non aliter
facere poteſt quàm ſublato prioris pignoris vinculo, id
eſt, vt iam diximus anteriore illo creditore dimiſſo.

ERROR VII.

De dolo in re ipſa, & Dolo ex propoſito.

SVMMARIA.

1 *Inter enormem læſionem & enormiſſimam differentia prima à pragmaticis aſſignata.*
2 *Differentia ſecunda.*
3 *Differentia tertia.*
4 *Enormiſſima læſione interueniente, & venditionem nullam eſſe ipſo iure, & fructus omnes à die contractus perceptos reſtituendos eſſe contendunt pragmatici.*
5 *Læſio quantumlibet immodica nihil commune habet cum cauſa doli, aliiſque remedijs dolus, aliis læſio vindicatur, contra pragmaticos.*
6 *Contrahentibus licet naturali ratione vt ſe in pretio decipiant.*
7 *Dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretij æſtimatur.*
8 *Etiam cum ſupra dimidiam læſio interuenit, contractus nihilominus valet, contra pragmaticos: imò ne quidem ex ea cauſa reſcindendus eſt.*
9 *Enormiſſima læſione interueniente, iubetur emptor condictione ex lege & officio iudicis vel fundum reſtituere pretio recepto, vel quod iuſto pretio deeſt, ſupplere.*
10 *Ex empto poteſt dari actio ad corrigendam venditionem ſicut & ad diſtrahendam.*
11 *Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica læſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus.*
12 *Sententia l. ſi quis cum aliter 36. de verb. obligat. & num. 24.*
13 *Si immodica læſio in tranſactione interuenerit, non datur reſtitutio in integrum, ſecus verò ſi dolus, ex conſtitutione Sabaudiæ Ducis.*
14 *Lapſus pragmaticorum & interpretum.*
15 *Is demum dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum, qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum.*
16 *Quis dolus dicatur dare cauſam contractui, quis verò incidere in contractum & inducere reſtitutionem.*
17 *Reſtitutio præſupponit contractum tenere.*
18 *Impetrata reſtitutione fructus percepti à die contractus, ſunt venditori reſtituendi.*
19 *Cum ab initio contractus tenuit, fructus à die tantùm litis conteſtatæ reſtitui volunt pragmatici, & cur.*
20 *Dolus in re non dat cauſam contractui, nec facere poteſt vt contractus ab initio non valeat.*
21 *Dolus qui in pretij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum, non dare cauſam contractui.*
22 *Explicatio ſententiæ l. ſi ſuperſtite 5.C. de dol. vulgò malè intellectæ.*
23 *Actio de dolo in perſonam eſt & infamiam irrogat, ideoque nec inter quoslibet competit.*
25 *Cur Vlpian. in l. ſi quis. 39. D. de verb. obl. exceptionem doli accommdat ei qui dolũ in re ipſa tantùm paſſus eſt.*
27 *Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur.*
28 *Doli diſtinctio in verum & præſumptum eſt cõmentitia.*

Immodicam,

1 IMmodicam,&,vt vocant, enormem læſio-
nem ab enormiſſima diſtinguere noſtri ſo-
lent.Enormem† illam intelligunt quæ eſt
vltra dimidiam iuſti pretij: de qua in *l.* 2.
C. de reſcin. vendit. Enormiſſimam verò quæ excedit
2 beſſem,Enormem † fatentur nihil commune habere cum
dolo.Facile ſi quidem fieri poteſt,vt immodicè quis læ-
ſus ſit in contrahendo etiam citra dolum. At ex enor-
miſſima læſione induci aiunt dolum in re ipſa, cumque
dolo ex propoſito æquiparari,ex *l.ſi quis cũ aliter* 36.*de
verb.oblig.*Indeque inferunt,in omnibus cauſis eandem
eſſe rationem doli & enormiſſimæ læſionis,quaſi parum
referre debeat an dolus malus in re ipſa,an ex propoſito
interuenerit. Itaque cùm admittant,quod & veriſſimum
3 eſt,immodica † dũtaxat læſione intercedente reſcinden-
dam eſſe venditionem beneficio nouæ conſtitutionis *l.*
2.*C.de reſcind. vendit.*Si tamen læſio enormiſſima inter-
uenerit, negãt valere venditionem, defendúntque nul-
4 lam † eſſe ipſo iure, non ſecus acſi dolus ex propoſito
venditioni cauſam dediſſet *l.& eleganter* 7.*D.de dolo.*Ex
qua etiam colligunt fructus omnes quoſquos emptor
à die contractus perceperit, reſtituendos eſſe venditori,
quaſi nullo iure,nullóque titulo perceptos, vtpote titu-
lo,qui validus putabatur,ad non titulum redacto.Quin-
imo quod magis mirum eſt, idem iuris conſtituunt,
etiamſi iuſiurandum acceſſerit.Nam quòd hoc caſu non
ſolùm à iureiurando abſolui per epiſcopum debet is qui
iurauit,ſed etiam neceſſaria ei eſt reſtitutio in integrum
ex reſcripto Principis,ad reſcindendam venditionem,ex
moribus Galliæ ad nos tranſlatum videtur, ærarij po-
tiùs locupletãdi cauſa,quàm ex neceſſitate: & quomodo
pragmatici loquuntur,vt quod de facto proceſſit,de fa-
cto etiam reſcindatur, non vt eo minùs contractus ipſo
iure nullus exiſtimetur. Ego verò ſemper credidi læſio-
5 nem † quantumlibet immodicam, nihil commune ha-
bere cum cauſa doli,aliiſque remediis dolum, aliis læſi-
onem vindicari. Generaliter enim indefinitè verum eſt,
6 contrahentibus † licere naturaliter,id eſt,naturali ratio-
ne, vt ſe in pretio decipiat. *l. in cauſa* 25.§.*idem Pom-
ponius.D.de minor.l.item quæritur* 23.§.*vlt. D.de locat.* &
ad reſcindendam venditionem malæque fidei probatio-
nem hoc ſolùm non ſufficere, quòd magno pretio fun-
dus comparatus minoris diſtractus fuerit *l.ad reſcinden-
7 dam* 4.*C.de reſcind.vendit.*Dolus † enim emptoris qua-
litate facti, non quantitate pretij æſtimatur *l. dolus* 10.
eod. Nec admittenda eſt diſtinctio illa noſtrorum inter-
pretum, An infra an ſupra dimidiam alteruter contra-
8 hentium læſus ſit.Nam & cùm ſupra dimidiam † læſio
interuenit,contractus nihilominus valet, tametſi bonæ
fidei ſit, nec magis audiendus eſt venditor, qui duplum
precij offert emptori *l. non eſt probabilis* 6.*eo.* Neque ſi
enormiſſima læſio fuit, vllo tamen iuris loco proditum
eſt contractum non valere: At ne quidem ex ea cauſa
reſcindendum eſſe. Hactenùs ſanè receditur ab eo quod
in emendo & vendendo actum dictúmque eſt,vti iube-
9 atur † emptor vel fundum reſtituere precio recepto,vel
ſi malit, quod iuſto precio deeſt ſupplere *d. l.* 2. *C. de
reſcind.vendit.* Sed id fit non per contractus reſciſſionem,
aut impetrata in integrum reſtitutione,at condictione
ex lege & officio iudicis actioni bonæ fidei addicti, vt
oſtendunt verba illa legis *autoritate iudicis intercedente.*
Prætoris enim fuiſſet, non iudicis, dare in integrum
reſtitutionem,ſi auxilium reſtitutionis neceſſarium eſſet,
vt contingit cùm ex cauſa doli venditio reſcindenda eſt
10 *d. l. dolus.* Neque nouum eſt vt ex empto † actio detur
ad corrigendam venditionem,quippe quæ daretur & ad
diſtrahendam,*l. ex empto.*11. §.*is qui vina D. de action.
11 empt.* Quòd ſi reſtitutio † non eſt neceſſaria ad reſcin-
dendam venditionem,cùm læſio tantùm enormis inter-
uenit, multò minùs erit neceſſaria ſi læſiò enormiſſima
fuit,& tamen neceſſaria eſt cùm dolus interceſſit *d.l. do-
lus.*Ergo non bene læſio enormiſſima comparatur dolo.

Et ſanè an læſio vltra dimidiam, an vltra beſſem inter-
uenerit nulla vnquam lex diſtinxit.Nam quod Vlpianus
† ſcripſit in *dict.l.ſi quis cum aliter* 36.*de verb. oblig.*ali- 12
quando rem ipſam in ſe dolum habere, & eo caſu perin-
de doli mali exceptionem ſtipulanti nocere, acſi dolus
eius interueniſſet, non ad hunc caſum referendum eſt
quo læſio enormiſſima in pretio interceſſerit, ſed ad
alios pleroſque innumeros, in quibus accidere poteſt,
vt res ipſa in ſe dolum habere videatur, vt puta ſi ſtipu-
latio facta ſit ſine cauſſa, vt in *l.*2.§.*circa. D.de dol. mal.
except.* aut de ea cuius ſtatus iam tum cùm ſtipulatio in-
terpoſita eſt, mutatus fuerit ignorante tam ſtipulatore,
quàm promiſſore. Et aliis huiuſmodi caſibus, quibus
euenit vt quamuis ſtipulator nihil ab initio dolo fece-
rit,tamen doli exceptione repelli debeat, quia hoc ipſo
facit dolo quod nũc petit,vt Vlpianus ait. Eſt autem ne-
ceſſaria doli exceptio, quia ſtipulatio non eo minùs te-
net, cùmque ſit ſtricti iuris non poteſt ei exceptio doli
ineſſe,ſicut ineſſet bonæ fidei iudicio,vt dolus ipſo iure
vindicetur. *l.ſed etſi* 21.*D.ſolut.matrim.*Quantum autem
diſtet enormiſſima † læſio à dolo,ex eo quoque apparet 13
quod edicto sereniſſimi Ducis noſtri Emanuelis Phili-
berti ante Cal. Nou. 1577. prohibitum eſt,ne qua poſt-
hac reſtitutio in integrum detur aduerſus tranſactionem
prætextu quantumlibet enormis & immodicæ læſionis,
quam tamen Priceps optimus idémque iuris religioſiſſi-
mus ſaluam eſſe voluit ſi quid dolo malo alterutrius
tranſigentium factum proponatur. Sed & quàm grauī-
ter non modò pragmatici noſtri,ſed etiam interpretes † 14
errent in eo quod ex enormiſſima læſione inferunt do-
lum in re ipſa,qui dolo ex propoſito æquiparetur, indé-
que colligunt ipſo iure nullam eſſe venditionem, in
qua læſio enormiſſima interuenerit,adeò vt fructus quo-
que reſtitui oporteat, cõſtat ex eo quod etiamſi dolus
ex propoſito in emptione & venditione interueniſſet,
dummodò cauſam contractui non dediſſet, id eſt, dum
ne deceptus eſſet alteruter in hoc ipſo vt contraheret,
venditio tamen valeret,fructuſque fierent emptoris tan-
quam bonæ fidei poſſeſſoris,nec vnquam reſtituerentur,
etiam reſciſſa venditione, niſi qui à die litis conteſtatæ
percepti eſſent.Quia non quilibet dolus † facit contra- 15
ctum bonæ fidei ipſo iure nullum, ſed is demũ qui de-
dit cauſſam cõtractui, nõ qui incidit in contractũ *d.l.&
elegãter* 7.*D.l.ſi res æſtimata.*12.§.1.*D.de iur.dot.*Cauſſã
verò contractui † dat ſolus ille dolus, per quem fit vt 16
quis contrahat qui aliàs non eſſet contracturus. Alius
quilibet dolus incidere dicitur in contractum & induce-
re reſtitutionem *tot tit. De dolo,& d.l. dolus* 10. *C.de re-
ſcind.vendi.* Reſtitutio † autem præſupponit cõtractum 17
tenere,cum per reſtitutionẽ ſit reſcindẽdus.Neque enim
reſcindi poteſt id quod ipſo iure non tenet. Etſi autem
impetrata reſtitutione † ita ius eſt,vt fructus omnes non 18
à die tantũ litis conteſtatæ,ſed à tempore initi cõtractus
perceptos reſtitui oporteat venditori,& viciſſim empto-
ri vſuras legitimas pretij ſoluat, vt omnia in priſtinum
ſtatum reponãtur.*l.quod ſi minor.*24.§.*reſtit.l.patri.*27.*ſi* 19
*pecuniã.D.de minor.*alio tamen iure pragmatici † vtũtur
nec niſi à die litis conteſtatæ fructus reſtitui patiuntur,
cum ab initio contractus tenuit, quaſi in eum vſque
diem bona fides durauerit, quæ lucrum fructuum adferre
debeat poſſeſſori, quomodo obſeruari ſolet, non ſolum
ſi ex capite doli; vel metus, vel enormis læſionis, ſed
quod magis mirum eſt, etiamſi ex cauſſa minoris ætatis
reſtitutio impetretur, de quo dicemus latiùs infrà errore
6. Decad.7.Porrò nemo dixerit dolum † qui in re ipſa 20
ſit dare cauſſam contractui,& facere poſſe vt contractus
ab initio non valeat, quia tametſi verum maximè eſſet
quod pragmatici volunt enormiſſimam læſionem in pre-
tio inducere dolum in re ipſa,dolum verò qui in re ipſa
ſit æquiparari dolo ex propoſito,non tamen conſequens
eſt vt contractus ſit nullus, quia etiamſi dolus ex pro-
poſito interueniſſet, non ideò tamen nullus eſſet, ſed
per

21 per reſtitutionem reſcindendus, quandoquidem dolus †
qui in precij & æſtimationis modo interuenerit induce-
re dicitur in contractum, non dare cauſam contractui
dict. l. & eleganter. dict. l. ſi res æſtimata. dict. l. dolus. poſ-
ſit autem fortaſſe quiſpiam pro errore pragmaticorum
22 tuendo † obiicere *l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* vbi duo hæc
tanquam contraria opponuntur: Tranſactum eſſe bo-
na fide, & læſum eſſe immodicè alterutrum ex con-
trahentibus. Sed reſpondendum eſt locum ita omni-
nò accipi debere ſi immodica illa læſio interuenerit do-
lo patris, non ſolùm, quoniam alioquin mala fides ex vi-
litate precij nec inducitur nec probatur *dict. l. ad reſcin-
dendum 4. & d. l. dolus 10. C. de reſcind. vend.* Sed etiam
quia lex ait competituram eo caſu actionem de dolo
filiæ emancipatæ contra patrem, niſi paterna obſtaret
verecundia, ideóque ad ſubſidiariam in factum actionem
Prætoriam recurrendum eſſe. Atqui nemo dixerit ob do-
lum qui ſit in re ipſa duntaxat, non etiam in perſona
23 aduerſarij, de dolo agi poſſe. Nam actio † de dolo cùm
ſit in perſonam, adeóque infamiam irroget, ob idque nec
inter quoſlibet competat, quamdiu alia actio aut ciuilis
aut honoraria competere poteſt *l. 1. §. penult. & vltim.
cum ll. ſeq. D. de dolo.* nec inter patrem & liberos, etiamſi
alia actio nulla ſit *l. non debet 11. eod.* non aliter dari po-
teſt quàm ſi perſonalis dolus proponatur, Nec eſt con-
24 trarium † quod in *dict. l. ſi quis cum aliter.* Vlpianus exce-
ptionem doli accommodat ei quoque qui dolum in
25 re ipſa tantùm paſſus ſit. Id enim fit † duplici ratione, &
quia exceptio doli non ſicut actio infamat, licèt ſit in
perſonā, ex parte eius cui obiicitur *l. 2. §. 1. D. de dol. ex-
cept.* quia nimirum non ſuper exceptione ſententia fer-
tur, ſed ſuper actione, abſoluto ſcilicet reo qui iuſtam
habuit doli exceptionem, & quia qui dolus ab initio fuit
in re ipſa, fieri incipit perſonalis eo tempore, quo agitur
ex contractu qui dolum in re ipſa habuit, & qui nimidum
fecerat dolo cùm contraheretur, licèt res ipſa in ſe do-
lum haberet, nūc demum dolo facit cùm agit ex ea ſtipi-
latione: Cui conſequens eſt, vt ſi nunquā ex ſtipulatio-
ne ageret, neque actioni, neque exceptioni doli locus
vnquam eſſe poſſet, atqui in ſpecie *dict. l. ſi ſuperſtite*, non
agebat pater, quippe qui ſolenniter per nouationem &
acceptilationem fuerat liberatus. Cur ergo contra eum
daretur actio de dolo etiāſi immodica læſio & ex immo-
dica læſione dolus in re ipſa interueniſſet? Et verò obſer-
26 uandum † eſt in *d. l. ſi ſuperſtite*, tractari de immodica læ-
ſione quæ interuenerit non in contractum venditionis
aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe decipere
in precio, ſed in ea ſpecie in qua nullus deceptioni lo-
cus relinquebatur citra dolum malum, cùm ageretur de
rationibus reddendis à patre qui filiæ emācipatæ tutelā
geſſerat. Non enim inter pupillum & tutorem ea fit diſ-
ceptatio, quam fieri inter venditorem & emptorem ait
dict. l. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit. vt ſciatur quan-
tum tutor pupillo debeat, ſed ex rationibus accepti &
expenſi diligenter explorandum illud eſt, vt ad vltimum
vſque quadrantem ei ſatisfiat, cui debebitur, ſiue pu-
pillus ille ſit, ſiue tutor. Quis verò hoc ipſum ſcire poſ-
ſit aut debeat niſi tutor ipſe qui adminiſtrauit, & ratio-
nes à ſeipſo reddendas penes ſe habet? Proinde ſi cùm
rationes reddere deberet pater, ex quibus conſtitutum
erat eum filiæ plurimùm debiturum, extorſerit ille à filia
liberationem, fieri non poteſt quin fecerit dolo malo,
ideóque teneri debeat filiæ, non quidem actione de
dolo propter paternam verecundiam, ſed actione ſubſi-
diaria in factum temperanda, licèt læſio illa non ſit vltra
dimidiam. Quod enim lex requirit immodicam læſio-
nem, non debet recipere interpretationem ex *dict. l. 2.
Cod. de reſcind. vendit.* vt putant interpretes, ſed ob id
adiectum eſt, quia ſi læſio modica eſſet, non facilè
prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actio-
nis De do dolo malo, ſicut nec daret actionem ipſam
de dolo pro modica ſumma *l. ſi quis adfirmauit 9. §. vl-
tim. cum ll ſeqq. D. de dolo.* Id enim generale eſt in om-
nibus reſtitutionibus, † vt non facile & ex minima 27
cauſſa, vel pro modica ſumma concedantur *l. ſcio 4. D.
de in integr. reſtitut.* Apparet igitur ex ſuperioribus,
quàm malè pragmatici dolum qui in re ipſa ineſt, trans-
forment in dolum perſonalem, quem præſumptum vo-
cant. Nam neque verus, neque præſumptus perſonæ
dolus vllus eſt, quamdiu non agitur ex contractu, qui
non niſi in re ipſa dolum habet. Cùm autem ex eo agi-
tur, tum demùm verus dolus eſſe incipit, non præſum-
ptus *d. l. ſi quis cùm aliter. 36. de verbor. obligat.* qui ta-
men locus coniūctus cum *d. l. ſi ſuperſtite*, vterque verò
peſſimè intellectus præcipites egit pragmaticos & in-
terpretes pleroſque vt hanc duplicis † doli veri & præ- 28
ſumpti diſtinctionem planè hîc commentitiam indu-
xerint.

ERROR VIII.

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Si vendito pignore per creditorem iure creditoris enormiſſima læſio interuenerit, debitorem, adeóque poſteriores eius creditores poſſe luere pignus, pragmaticorum erroneum eſt placitum.*

2 *Securus eſt emptor qui ritè rectéque pignus emit à creditore, nec aliter contra eum agi poteſt quàm ſi dolum participauerit, nec creditor ſit ſoluendo, contra pragmaticos.*

3 *Quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente pignus.*

4 *Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque.*

5 *Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex propoſito.*

6 *Actio de dolo ab exceptione doli & actione quod metus cauſa, vt differat.*

7 *Emptor pignoris non poteſt conueniri ob ſolum dolum creditoris.*

8 *Si ſolennitas iuris in venditione pignoris à creditore non ſit ſeruata, emptor ſecurus non erit.*

9 *Cur debitoris poſteriores creditores non poſſint ſuo nomine agere aduerſus pignoris emptorem ſi ſeruata ſit à creditore iuris ſolennitas.*

10 *Si venditum fuerit pignus per iudicem poſtulante creditore poſſunt poſteriores creditores aduerſus emptorem agere ſi venditioni non adfuerunt.*

SI coniungantur ea quæ proximis duobus
capitibus diſputauimus, apparebit facilè,
quàm grauis hic pragmaticorum error ſit,
exiſtimantium, Vendito † pignore per cre- 1
ditorem iure creditoris ſi enormiſſima, vt loquuntur, læ-
ſio interuenerit, permittendum eſſe debitori, & conſe-
quenter ex eius perſona poſterioribus creditoribus vt
emptori rem auferant reſtituto ei precio & omni eo
quod ipſi abeſt, itémque pignus ſi velint, diſtrahant. Iam
enim à nobis probatum eſt, ſecurum emptorē † qui ritè 2
rectéque emit à creditore, id eſt ab eo qui & diſtrahendi
ius habuit, & in diſtrahendo ſolennitatem iuris ſecu-
tus eſt, nec aliter agi poſſe contra emptorem, quam ſi
dolum participauerit cum creditore, nec creditor ipſe
ſoluendo ſit *ex l. 3. 4. & 5. C. ſi vendit. pignor. agat.* Solen-
nitas † autem alia non eſt quam vt pignoris venditio 3
publicè perſcribatur, ipſique debitori denuncietur,
adeóque ſi commodè fieri poſſit, teſtatò, *l. creditor. 4. C.
de diſtract. pignor.* Nam vt hoc vel illo precio pignus ven-
datur, maiore vel viliore, ſupra an infra dimidiā vel beſſem

iuſti precij ad venditionis ſollennitates nil pertinet.
Ergo ſi læſio quantũcunque enormis interuenerit, cùm
non eo minùs verum ſit rite rectéque factam eſſe ven-
ditionem ſi per colluſionem id factum non eſt, ſed eo
proſſus modo quo fieri potuiſſet, tametſi creditor rem
ſuam vendiſſet, fatendum erit inquietari emptorem non
debere. Atqui, inquiunt, læſio illa enormiſſima inducit
dolũ in re ipſa, dolus autem in re ipſa perſonalem dolum
præſumptum quidolo ex propoſito ſit comparandus.
Sed iam nos hæc omnia refutauimus. Et prætereà nemo
4 non videt cùm dolus † in re ipſa duntaxat eſt, non poſ-
ſe videri eſſe ex parte vtriuſque contrahentium, ſed
tantùm ex parte illius cuius commodo cedit læſio, vt in
l. ſi quis cum aliter 36. de verb. obli. Alioqui ex eo non da-
retur actio aut exceptio, ſed mutuus dolus mutua com-
penſatione tolleretur, fierétque doli compenſatio, vt Pa-
pinianus in *l. viro 39. D. ſolut. matrim.* Et tamen diximus
& probauimus non aliter inquietari emptorem poſſe,
quàm ſi creditor ipſe in dolo fuerit, dolúmque emptor
participauerit. Deniq; colluſio ſine colludẽdi propoſito
nunquam fieri poteſt. Ergo neque præſumi ex dolo qui
ſit in re ipſa duntaxat, quia, vt dixi, in re ipſa duntaxat
eſſe nunquam poteſt ex parte vtriuſque. Sed & cùm do-
5 lus † in re ipſa non priùs declinet in dolum ex propo-
ſito, quàm ex contractu qui in ſe dolum habet, agi cœ-
perit, *dict. l. ſi quis cum aliter.* Emptor autem qui pignus
à creditore emit quantumcunque vili pretio, non agat,
ſed conueniatur ſiue à debitore ipſo, ſiue à poſterioribus
debitoris creditoribus, nihil cauſſæ eſt cur dolo malo
aliquid facere videatur is qui nihil facit, niſi dicas hoc
ipſo facere eum dolo quod rem retinet, nec vult reſti-
tuere cùm conuenitur. Sed cùm priùs ſit vt conueniatur,
nec aliter conueniri poſſit quàm probetur eſſe in dolo,
apparet non poſſe contra eum actionem dari ob dolum
qui nec præteritus, necdum præſens ſit, ſed futurus ſpe-
retur. Cauſa enim actionis actionem præcedere debet
non ſequi, vt & in cæteris omnibus cauſſis atque effe-
ctibus contingit. Quin etſi ſola enormiſſima læſio ſuf-
ficeret ad inducendum dolum ſaltem præſumptum, vt
pragmatici putant, non tamen id ſatis eſſet ad dandam
debitori aut poſterioribus creditoribus actionem aduer-
ſus emptorem. Nam cùm emptor non cum debitore aut
poſterioribus creditoribus, ſed cum anteriore creditore
contraxerit: de dolo conueneri non poteſt, aut ob dolum
ſuum, ab alio, quàm ab eo ipſo cui dolum fecit. In eo ſi-
6 quidem differt actio † de dolo ab exceptione doli, quòd
exceptio doli ex parte eius qui obiicit in rem eſt, non in
perſonam *d. l. 4. §. 1. de dol. except.* Actio autem de dolo
tam ex parte eius qui obiicit, quàm ex parte eius cui obii-
citur in perſonam eſt, non in rem. In quo etiam differt
ab actione, De eo quod metus cauſſa *l. ſed & ex dolo.* 15.
§. vlt. D. de dolo. At emptor is de quo agimus non con-
traxit cum debitore aut poſterioribus debitoris credito-
ribus, ſed cum anteriore creditore à quo nec debitor ipſe
cauſſam habet, nec poſteriores creditores. Ergo nec ab iis
conueniri poteſt, tametſi dolo malo emiſſet à creditore
anteriore. Qui quoniam ipſe eſt cum quo debitor con-
traxit, ipſius quoque dolum intercedere neceſſe eſt vt
aliqua debitori actio in eum competere poſſit. Ac rurſum
7 † quoniam etſi dolo aliquid feciſſet, dolum tamen ipſius
emptori qui bona fide contraxiſſet, nocere non oporte-
ret, requirimus prætereà vt dolum emptor participauerit,
alioqui nulla actione conueniri poſſit. Itaque tametſi
fingeres dolo malo verſatum creditorem cùm pignus
vili precio diſtraxit, ex parte autem emptoris nihil aliud
interueniſſe niſi quod rem ſuam agens, quomodo indu-
ſtrij & diligentes patres familias agere ſolent, quàm
minimo potuit precio comparauit, dicam emptorem
perinde ſecurum eſſe acſi dolus malus creditoris nullus
interueniſſet, quia licet hoc caſu adſit dolus ex propo-
ſito ex parte creditoris, dolus autem in re ipſa ex parte
emptoris, tamen non idcirco videri poteſt emptor cum
creditore eodémque venditore colluſiſſe: neque enim
colluſio fit niſi inter plures dolo ex propoſito vtrimque
concurrente, vt ipſum colluſionis nomen demoſtrat. At-
qui iam diximus dolum qui ſit in re ipſa non priùs
afficere perſonam cuius commodo fraus cedit (fraus
enim illa dicenda eſſet potiùs quàm dolus vt & *Cuiac.*
obſeruauit ad *d. l. ſi quis cum aliter*) quàm ea perſona
ex eiuſmodi contractu agere cœperit. Conſequens igitur
eſt nihil dolo malo videri facere emptorem quandiu ex
emptione illa non agit, licèt ex ea rem retineat quandiu
non conuenitur, ac proinde nec poſſe vllomodo conue-
niri ob ſolum dolum creditoris. Quod ius non ſolùm
manifeſta ratione nititur, ſed etiam ſumma æquitate,
quia cùm talis venditio fieri non potuerit niſi admonito
priùs debitore *dicta l. 4. C. de diſtract. pignor.* imputari
poteſt debitori cur non ad emptionem acceſſerit, ſubie-
cturus emptorem qui pluris licitatus eſſet, atque ita im-
pediſſet ne qua fraus in reipſa per modicitatem precij
interueniſſet. Etſi enim non facit ea ratio vt liberum ſit
creditori abſente debitore fortaſſis per negligentiam &
incuriam verſari dolo in pignoris venditione: tamen
ceſſante dolo ex propoſito nihil eſt quod imputetur
emptori qui bona fide accepit ad publicam venditionem,
rémque proſcriptam quàm viliſſimo potuit precio, vt
emptores ſolent, comparauit, non clam, ſed publicè, non
celato, ſed admonito debitore. Nam ſi ea ſolennitas † 8
omiſſa ſit, fatebor vtique emptorem ſecurum fore, non
quod creditor dolo malo verſatus videretur (neque enim
id ſufficeret, vt dixi, ſi dolum emptor non participaſſet)
ſed quia venditio quæ non ritè rectéque id eſt ſollennib.
non ſeruatis facta eſt, nullum ius tribuere emptori po-
teſt *l. 2. C. ſi antiq. cred. pig. vendid.* Sed etſi aliqua eo no-
mine actio debitori competere poſſet, tamen non video
quomodo poſteriores † creditores eodem iure vti poſ- 9
ſint: Etſi. n. cauſſam habent à debitore, tamen in hoc mi-
nus iuris habent quàm debitor, vt in ſuperioribus di-
ctum eſt, quòd neque dominium vnquam habuerunt,
neque pignus, licèt conuenerint de pignore quandiu
prioris pignoris vinculum ſublatum non eſt. Itaque cùm
ritè vendito pignore nullum iis reliquum ſit ius offe-
rendi, neceſſe eſt, vt actionem quæ debitori competit
aduerſus emptorem ob dolum ab eo cum creditore an-
teriore participatum, accipiant à debitore per ceſſionem,
vt debitoris iure vti poſſint. Non. n. ex eo ſolo quod de-
bitorem habent obligatum cum ipſius bonis omnibus
adeóque iuribus, videri poſſunt habere ius exercendi
actiones, ſed tantùm ius petendi propoſita in actiones
ipſas hypothecaria vt ſibi cedantur. Proinde eo demum
caſu permittendum iis eſt, vt petant & impetrent ceſ-
ſionem, quo debitor ipſe agere poſſet, id eſt quo non ſo-
lùm dolus vtriuſque & creditoris & emptoris interue-
nerit, ſed etiam creditor non ſit ſoluendo. Nam cùm ſol-
uendo eſt, nihil contra emptorem conſtituendum eſt,
etiamſi dolum participauerit. Quòd ſi venditio † pigno- 10
ris non à creditore ipſo facta fuit, ſed per iudicem po-
ſtulante creditore: Admitto liberum eſſe non debitori
ipſi poſt ſemeſtre in eam rem præſtitutum, ſed creditori-
bus poſterioribus vt aduerſus emptorem agant, ſi non
venditioni adfuerunt l. *ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pig.*
At non propter interuenientem immodicam læſionem.
ſed iure communi, & etiam ſi læſio nulla interue-
nerit, nimirum offerendo quicquid emptori
abeſt, vt in ſuperioribus diſputauimus
ex *dict. l. 3. D. de diſt. pignor.*

ERROR IX.

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi.

SVMMARIA.

1 *Sententia tituli C. etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri poſſe, ſecundum pragmaticos.*
2 *Iure pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur citra conuentionem, contra pragmaticos.*
3 *Verus ſenſus d. tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. ret. poſſ. & ſeq.*
4 *Chirographaria pecunia quæ dicatur in d. titulo.*
5 *Exceptio quæ præcitato titulo adiungenda eſt.*
6 *Sæpè expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocerent.*

1 CElebris eſt in praxi titulus ille *C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe*, ſed à pragmaticis † peſſime proculdubio
intellectus. Sic. n. vulgò accipiunt, quaſi ius
ſit creditori cuilibet etiam chirographario, ſi quam debitoris
ſui rem penes ſe habeat eam retinendi pignoris
iure, licet de pignore nullomodo conuenerit. Quo ineptius
& abſurdius dici nihil poteſt. Neque enim fieri
2 queat vt pignoris † iure retineatur res quæ non eſt obligata,
nec rurſus vt pignoris obligatio contrahatur, aut
contracta intelligatur citra conuentionem extra eas
cauſſas in quibus receptum eſt, vel aliqua lege aut ſenatuſconſulto
conſtitutum vt pignus vel hypotheca tacitè
contrahatur, vt ſcripſimus in *Error.* 1. Vnde petenda ſunt
cætera omnia quæ ad profligandum hunc errorem adferri
3 poſſent. Itaque tituli illius ſenſus † hic eſt, Creditorem
pignoratitium ius habere retinendi pignoris, non
ſolùm pro ea pecunia, cuius nomine pignus datum eſt,
ſed etiam ob chirographariam, quo nomine ſignificamus
4 † non eam duntaxat quæ chirographi tabulis contineatur,
ſed omnem omnino pro qua pignus nullum datum
ſit ſiue ex chirographo, ſiue ex inſtrumento publico &
authentico, adeóque etiamſi ex pacto nudo ſine ſcriptura
& naturaliter, non etiam ciuiliter debeatur. Nam ſicuti
quod naturaliter tantum debetur, licet peti non poſſit,
retineri tamen poteſt: ita & pignus ex ea cauſſa retineri
nihil prohibet, quoniam & dari poſſet, quemadmodum
& fideiuſſor *l. gracè 8. §. fideiuſſor. D. de fideiuſſ.* Cæterum
creditorem pignoratitium eſſe neceſſe eſt, pignúſque
contractum fuiſſe vt retineri poſſit. Nemo enim ex eo
ſolo quod rem non obligatam retinet, ſibi eam obligat,
ſed ex contrario eam quæ ſibi obligata eſt ideò creditor
retinet, quia obligatam habet, licèt non pro ea pecunia
cuius nomine nunc retinetur. Poteſt tamen intereſſe
quomodo pignoris conuentio facta ſit. Nam ſi ſimpliciter
inter nos conuenerit de pignore pro centum, tu
verò præter ea centum, totidem mihi ex nudo chirographo
debeas, locum habebunt quæ diximus, id eſt, non
proderit tibi ad luendum pignus, quòd centum ſolueris
pro quibus pignus dederas, niſi & alia centum offeras,
5 nec priùs pignoratitia naſcetur, Sed ſi hoc expreſſim †
conueniſſet, quod plerunque fit, vt ſolutâ pecuniâ pro
qua pignus datum eſt, pignus reſtituatur aliud, vtique
dicendum eſſet, quia conuentio expreſſa non relinquit
locum poteſtati iuris. Vt. n. ob chirographariam pecuniam
pignus retineri poſſit, non fit ex contrahentium
ſiue tacita ſiue expreſſa voluntate, ſed ex poteſtate iuris
creditori fauentis vt ſuum conſequatur. Itaque ſi creditor
contraria expreſſáque conuentione vrgeatur, nihil
cauſſæ eſt cur ei faueamus, qui ſibi ipſi legem dixerit, &
ad titulum illum hæc proculdubio ſubijcienda exceptio
eſt, niſi in contrarium conuenerit vt ſolutâ quandocunque
pecunia pignoratitiâ pignus reſtituatur. Nec diſtinguemus
an pecunia chirographaria iam tum debita fuiſſet,
an poſteà deberi cœperit. Atquin dicat aliquis, etiamſi
conuentio illa adiecta non eſſet, De pignore poſt ſolutam
pecuniam reſtituendo, tacitè tamen ex natura pignoris
ſubintelligeretur, Cur ergo maior erit vis expreſſi
quàm taciti? Nam & dici ſolet id quod tacitè ineſt,
ſi exprimatur nihil operari. Verùm reſpondeo non eſſe
nouum vt expreſſa † noceant, quæ non expreſſa non 6
nocerent, quomodo habet vulgata iuris regula. Hoc verò
etiam pragmatici noſtri ignorant, quamuis non ſemel à
ſenatu noſtro, ita vt ſentiendum diximus, iudicatum ſit.

ERROR X.

Si creditor de pignoris euictione conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Titulus Cod. Creditor euict. pignor. non deber. ad eum etiam caſum pertinere autumant pragmatici, quo diſtractio facta fuerit per iudicem.*
2 *d. Titulum pertinere tantum ad eum caſum quo venditio facta ſit per creditorem iure creditoris, contra pragmat. & n. 7.*
3 *Facta per iudicem diſtractione pignoris, alius quàm debitor de euictione teneri non poteſt.*
4 *De euictione alius teneri non poteſt, quàm qui vendidit, aut euictionem ſtipulanti promiſit.*
5 *De euictione qua actione agi poſſit.*
6 *In caſu ad quem d. titulum pragmatici referunt non intereſt creditor ſit in dolo necne.*
8 *Venditor de euictione tenetur, etiamſi nihil dictum ſit, dumne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur.*
9 *Ratio cur conſtitutum vt creditor de euictione pignoris non teneatur.*
10 *Quatenus teneatur aut non teneatur de euictione creditor qui iure ſuo pignus vendidit.*
11 *Si dolo malo nihil factum ſit à creditore qui vendidit pignus, an ipſe debitor de euictione teneri debeat.*
12 *Ratio dubitandi pro debitore.*
13 *Ratio decidendi contra debitorem.*
14 *Imbecillitas rationis qua DD. probant venditionem ſub haſta factam ob immodicam læſionem reſcindi non poſſe.*
15 *Licèt creditor non teneatur de euictione, tenetur tamen de pretio reſtituendo ſi pignus venditum euictum fuerit.*
16 *Licèt valeat pactio ne venditor de euictione teneatur, non tamen valet vt euicta re, venditor nihilominus pretium retineat.*
17 *Actio de euictione & rem repoſcit, & quicquid emptoris intereſt.*
18 *Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accipit, licèt alius ſoluerit, quam qui debuit.*
19 *Quomodo accipienda regula, His ſolis condicenda eſt pecunia, quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit.*
20 *Quid iuris ſit vbi debitor qui tenetur de edictione ſoluendo non eſt.*

EXtat in Codice † noſtro titulus, *Creditorem euictionem pignoris non debere*: quo 1
pragmatici paſſim abutuntur, vt probent,
Diſtractis, vt hodie fit, ex ſtatuto noſtro
pignoribus autoritate iudiciali, poſtulante creditore,
ſi ea pignora poſtmodum euincantur, creditorem
de euictione non teneri, ſi non fuerit in
dolo: interueniente autem dolo, teneri: nos verò
iam monuimus ‡ obiter in ſuperioribus, titulum 2

illum non ad hunc cauſam pertinere, quo venditio fiat
per iudicem, vrgente creditore, ſed ad eum potiùs quo
venditio facta ſit per creditorem ipſum iure creditoris.
3 Nam cùm venditio, † quæ fit autoritate iudicis, quaſi
nomine debitoris, vt creditori ſolutionem vrgenti ſatiſ-
fiat, ab ipſo debitore facta intelligatur, quandoquidem
factum iudicis eſt factum partis *l. 1. & 2. C. ſi in
cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Apparet alium quàm debito-
rem de euictione teneri non poſſe *l. ſi ob cauſſam* 13.
Cod. de euict. Neque enim auditum eſt alium de euictio-
4 ne † teneri quàm qui ipſe vendidit, aut euictionem ſti-
pulanti promiſit; cùm de euictione agi † non poſſit niſi
aut actione ex empto aut ex ſtipulatu *l. 5. in ven lit.* 60.
5 *D. de euict.* Porrò neque ex empto agi poteſt contra eum
qui non vendidit, neque ex ſtipulatu contra eum qui
nihil promiſit. Quare nec diſtinguendùm eſt † an hoc
6 caſu creditor in dolo fuerit, necne. Non enim quod in
dolo ſit, fortaſſe petens id quod vel nunquam verè de-
bitum fuerit, vel iam ſolutum ſit, poteſt eum facere ven-
ditorem, nec conſequenter obligare de euictione: Præ-
ſertim cùm vt dixi parata emptori ſit actio contra ipſum
debitorem ex cauſſa euictionis *d. l. ſi ob cauſam*. Pertinet
igitur † titulus ille Codicis ad alium caſum, quo pignus
7 à creditore ipſo venditum ſit iure creditoris. Nam cùm
eo caſu alius venditor non ſit quàm creditor. Ius au-
tem ita comparatum ſit vt venditorem † emptori
8 euictionem præſtare oporteat, etiamſi nihil di-
ctum ſit, dum ne in contrarium conuenerit, ne de
euictione teneatur *l. ex empto* 11. *in princip. & §. vlt. D. de
action. empt.* Neceſſe omnino fuit conſtitui & caueri ne
creditor de euictione teneretur, quia nec eum teneri †
9 æquum eſt, cùm non poſſit videri emptorem decepiſſe
diſtrahendo iure creditoris rem ſibi obligatam, quando
nec vendidit tanquam dominus, ſed tanquam creditor.
Proinde nihil eſt quod ei imputetur euicto poſtmodum
pignore dummodo † probet ſe fuiſſe legitimum & an-
10 teriorem creditorem, ſibique rem illam à debitore pigno-
ris iure obligatam, nec à ſe quicquam dolo malo factum
eſſe. Nam ſi iam fortè reſciens deceptum ſe à debitore
fuiſſe in eo quod alienam rem debitor pro ſua, aut iam
obligatam pro libera pignori dederit, rem illam quaſi
ſibi bene obligatam pignoris iure vendiderit, dolo feciſ-
ſe videbitur cùm ſciuerit, aut ſcire debuit alienam rem à
debitore aut iam obligatam oppignerari, & conſequen-
ter eius diſtrahendæ ius in ſe transferri non potuiſſe:
Itaque cùm ſimilis ſit ei qui alienam rem nullo iure ven-
didit, adeóque ſciens & prudens, iuris ratio facit vt de
euictione teneatur, perinde ac ſi creditor non fuiſſet,
quia pignoratitius verè non fuit, nullo re vera contracto
pignore, vendendi autem pignoris poteſtatem ex con-
uentione habet creditor pignoratitius, non ex qua parte
creditor, ſed ex qua pignoratitius eſt. An igitur † ſi nihil
11 dolo malo factum ſit à creditore qui vendidit nulla em-
ptori pignoris actio de euictione ſupererit, ne quidem
contra debitorem? Nam facit pro debitore quòd is nec
12 reuera vendidit, nec intelligitur vendidiſſe, ſed creditor.
At cùm ipſi proficiat ſolutio † pretij per quã conſequi-
13 tur ille liberationem à ſuo creditore, cui & vendendi pi-
gnoris occaſionem pro iure dedit, nulla ſanè ratio iuris,
vel æquitatis patitur vt in damno emptor moretur cuius
pecunia creditor dimiſſus eſt. Ideóque cùm nullam ad-
uerſus creditorem ipſum habeat actionem, neceſſe eſt ei
conſuli aduerſus debitorem ac ſi ipſe vendidiſſet: Ex ra-
tione poſita *in d. l. ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.* tametſi lex
illa non ad hanc pignoris venditionem pertineat, ſed ad
illam potiùs quæ nomine debitoris per iudicem fa-
cta ſit. Ratio enim illa, *quia debitori ſolutio proficit*,
generalis eſt, ſiue debitor ipſe, aut quod idem eſt,
apparitor iudicis & executor pro debitore, ſiue cre-
ditor vendiderit. Ex quo apparet † quàm egregiè erra-
uerint non modò ex pragmaticis, ſed etiam ex Do- 14
ctoribus noſtris plerique exiſtimantes venditionem
quæ ſub haſta & publicè facta ſit, reſcindi non poſſe ex
cauſſa immodicæ læſionis quantumlibet enormis. Illa
potiſſimum ratione quòd parcendum ſit emptori quòd
viliore precio voluit emere rem, cuius nomine, ſi quan-
do euicta eſſet, nullam ſe actionem ſciuit habiturum.
Sententia ipſa falſa eſt: vt conſtat ex *l. ſi quos C. de reſc.
vend.* Sed ratio ineptior, quia omni caſu emptor habet
debitorem de euictione obligatum: & prætereà credito-
rem illo vno caſu quo ipſe vendidit, & in dolo fuit. Sanè
ſi non de euictione quæratur, † ſed de precio quod ex 15
venditione ſolutum eſt reſtituendo, facilius eſt vt credi-
tor emptori teneatur, non tantùm ſi creditor ipſe, ſed
etiam ſi debitor vendidit. Nam niſi probet ſe & legiti-
mum & antiquiorem creditorem, obligatur ad precium
quod accepit reſtituendum, quoties pignus venditum
euincitur per creditorem anteriorem, licèt nihil dolo
fecerit, nec de euictione vllomodo teneatur. Aliud
enim eſt de precio aliud de euictione teneri: vt ex eo
conſtat quòd valet pactio, † ne venditor de euictione 16
teneatur, non etiam vt euicta re venditor tamen pre-
cium retineat *d. l. ex empto §. quia autem de actio. empt.*
Actio enim de euictione † non tantùm precium repo- 17
ſcit, ſed etiam quicquid emptoris intereſt rem habere
licerè, licèt in eo ipſo quod intereſt rei precium &
quanti res ipſa eſt comprehendatur *l. 1. eod. tit.* Quòd ſi
creditor cui ex precio venditi pignoris ſatisfactum eſt, &
legitimus, & anterior fuit, non poteſt ad precij reſtitu-
tionem conueniri cùm ſuum acceperit. Repetitio † 18
enim nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licèt alius ſol-
uerit quàm qui debuit *l. repetitio* 43. *de cond. indeb.*
Quid ergo: Agendum erit eo nomine contra debitorem
† quia ſolutio ei profuit, nec obſtat iuris regula quæ 19
habet his ſolis condicendam eſſe pecuniam quibus ſo-
luta eſt, non quibus ſolutio proficit *l. his ſolis* 49. *eod. tit.*
Id enim ad eas demum pecunias pertinet quæ prorſus
indebitæ ſunt, cuiuſmodi non eſt illa quæ precij no-
mine venditori datur, licèt aliena res vendita & poſtmo-
dum euicta ſit. Quandoquidem aliena quoque res ven-
di poteſt *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* nec ad
aliud venditor obligatur, niſi vt rem tradat, emptor
autem vt precium accipientis faciat, ſaluam poſteà ha-
biturus ex empto actionem de euictione ſi res euincatur
d. l. ex empto in princip. Quid ergo ſi debitor † ſoluen- 20
do non ſit? Neceſſe eſt emergere iniquitatem vt vel cre-
ditor debiti, vel emptor precij iacturam faciat. Vtrique
ſanè videtur poſſe imputari creditori, cur cum inope de-
bitore contraxerit, emptori verò cur à creditore non do-
mini ſed creditoris iure diſtrahente comparauerit. Sed
tamen æquius eſt vt in pari culpa durior ſit conditio
petitoris, nec condici quicquam poſſit creditori, qui
ſuum bona fide conſecutus eſt, licuit enim ei vigilare,
& emptorem quærere ad ſuum conſequendum, dum
ne quid fecerit dolo malo. Emptor autem diligentiùs
inquirere debuit an debitor ſoluendo eſſet necne,
quem ſciebat de euictione obligatum iri, non credi-
torem.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De pecunia penes eum depoſita qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *An agens depoſiti, depoſitario defuncto & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſsionis generalis inſtantiam.*
2 *Sententia pragmaticorum negans.*
3 *Rationes negantis ſententia.*
4 *Diſtinctio adhibenda ex ſententia autoris.*
5 *Diſcuſsionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat.*
6 *Si res depoſita repetatur actione depoſiti, actor ad generalem diſcuſsionis inſtantiã remittendus eſt: & n. 8.*
7 *Actio depoſiti non habet priuilegium prelationis niſi poſt dotem.*
9 *Pecunia perit confuſione.*
10 *Re depoſita extante, ſi agat dominus actione ad exhibendum, an ex ea quoque cauſa ad inſtantiam diſcuſsionis remittendus ſit.*
11 *Ratio dubitandi pro affirmatiua.*
12 *Ratio decidendi pro negatiua.*
13 *Limitatio negatiua ſententia,*
14 *Beneficium legis Iuſtinianea & inuentarij quomodo conueniat cum edicto pratoris* de ſeparationibus, *quomodo item differat.*

1 DEfuncto † eo apud quem pecunia depoſita
fuit, ſi heres nullus ſit niſi cum beneficio
legis & inuentarij, dubitari ſolet an is qui
depoſuit agens depoſiti cogendus ſit ad
eam ire inſtantiam, quæ inter heredem & ceteros creditores tractatur, De bonis autoritate iudicis poſſidendis
vel venundandis, quam diſcuſſionis generalis inſtantiam
2 vulgò appellant. Et pragmaticis † placet, cogendum nõ
3 eſſe ratione illa † quòd is qui depoſitum petit, non tam
alienam quàm ſuam propriam rem perſequatur, ideóque
domini potiùs quàm creditoris iure agere videatur. Item
quòd in ipſo quoque creditorum concurſu actio depoſiti priuilegium inter cæteras habere exiſtimetur.
4 Ego verò non dubito, † quin diſtinguendum ſit, an
pecunia depoſita ſit in ſacculo, vt fieri ſolet, obſignato,
ne quæſtioni locus relinquatur, an eadem extent corpora nummorum, quæ depoſita fuerunt; an verò pecunia
ipſa numerata, ſicque depoſita ſit: aut, vt dicam generaliùs, quoniam aliæ quoque res mobiles præter pecuniam
deponi poſſunt. An ea ipſa res extet quæ depoſita fuit,
an non extet; & cùm extat, An per directam rei vindicationem, an per depoſiti actionem repetatur ſi res depoſita extet, eámque vindicet is qui depoſuit, (quod
vtique facere ſuo iure poteſt, cùm nemo rem ſuam deponendo eius dominium, at ne quidem poſſeſſionem in
alium transferre ſoleat, *l. rei depoſita* 8. *D. depoſit.*) fateor non eſſe cogendum de ſuo iure & ordine cum cæteris creditoribus litigare, quia hoc caſu non agit tanquam creditor, ſed tanquam dominus, nec contra heredẽ
tanquam heredem, ſed tanquam poſſeſſorem quemlibet,
qui reſtituendæ rei habeat facultatem, *l. officium 9. D. de
rei vind.* Diſcuſſionis † autem inſtantia iis tantùm com- 5
munis eſt, qui & creditores ſunt, & agunt iure creditorum, & ad perſonales duntaxat actiones pertinet, non ad
reales præterquam hypothecarias, quæ quoniã non niſi
creditoribus & tanquam creditoribus dantur, actionum
perſonalium quæ pro credito competunt ius ſequuntur:
in eóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed ſi res depoſita † non extet, aut extet quidem, verumtamen depo- 6
ſiti actione, non vindicatione repetatur, quod aliquando
fieri neceſſe eſt propter difficultatem quæ ſæpenumerò
ſumma eſt probandi dominij dico aliud iuris conſtitui
debere, nec priuilegium hac parte vllam habere actionẽ
depoſiti quominus ad generalem diſcuſſionis inſtantiam
remittendus ſit is qui agit. Eſt enim actio illa perſonalis,
& qui agit depoſiti, agit proculdubio tanquam creditor
ex cauſa depoſiti, cùm depoſitum ſit ex iis cauſſis in
quibus re contrahitur obligatio perſonalis ſicut & mutuum & commodatum. Non nego depoſiti actionem habere priuilegium poſt dotem, vt cæteris actionibus perſonalibus præferatur, quarum priuilegia non ex tempore
æſtimari ſolent, ſed ex cauſſa *l. priuilegia* 32. *de reb. auto.
iud. poſſid* Sed non impedit illud priuilegium, quominùs
de iure & ordine illius qui rem depoſuit diſputari inter
cæteros creditores oporteat. Imò verò tum demum priuilegio locus eſt cùm fit concurſus creditorum, & contenditur quis inter eos, & quo ordine præferri debeat. Quẽadmodum & inter hypothecarios creditores euenit, vt
qui ex iis habent ius prælationis, nihilo magis recuſare
poſſint ne ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remittantur, & verò cum inter perſonales quoque actiones actio
† depoſiti non habeat priuilegium prælationis niſi poſt
dotem, de dote autem cogatur etiam mulier diſputare in 7
diſcuſſionis inſtantia, nec minùs hodie quàm olim, tametſi ex Iuſtiniani conſtitutionibus habeat priuilegium
nõ ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis, quod
olim non habebat. Cur obſecro melior erit conditio eius
qui agit depoſiti, vt ei ante omnes creditores & extra
diſcuſſionis inſtantiam ſatisfieri oporteat? Idque apertius eſt ſi res depoſita † non extet. Nam cùm hoc caſu ſi
dolo malo aut latâ culpâ depoſitarij perierit, condẽnatio 8
facienda ſit, quanti intererit deponentis, adeóq; quanti
is ſua intereſſe in litem iurauerit. Apparet non poſſe

dici rem ſuam potiùs quam alienam repoſcere eum qui
pro re pecuniam; aut pro his vel illis corporibus nūmo-
rum alia corpora repetit: quod fieri neceſſe eſt in pecu-
nia depoſita quoties non in ſacculo obſignato depoſita
eſt. In eo namque differt pecunia † à cæteris rebus quæ
9 non in pondere, aut menſura conſiſtunt, quod perit con-
fuſione, ſtatim atque deſit poſſe diſcerni vtrum illa ipſa
numorum corpora ſint, quæ depoſita fuerunt, licèt re-
uera ſint eadem. Quanquam, vt dixi, parum refert eadem-
ne an alia corpora ſint, ſi modò actione depoſiti, non di-
recta rei vindicatione repetantur. Quid verò ſi eadem
10 quidem corpora † extent, depoſita fortaſſis in ſacculo
obſignato, eaque vindicare dominus velit, ſed non poſ-
ſit, quia non exhibentur; ideóque actione ad exhiben-
dum experiri cogatur, an ex ea quoque cauſſa ad inſtan-
11 tiam diſcuſſionis erit remittendus? facit dubitationem
quòd actio hæc Ad exhibendum in perſonam eſt, licet
ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. Proinde
videtur eodem iure cenſeri debere, quo cæteræ actiones
perſonales, quas diximus in generali diſcuſſionis inſtan-
tia, id eſt vnico inter creditores omnes heredémque ip-
ſum iudicio exercendas eſſe? Sed non ita eſt, nam cum
actio † ad exhibendum non detur niſi contra eum qui
12 ipſe poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere *l. 3. ff. ad exh.* appa-
ret heredem qui cum poſſideat & exhibendi habeat fa-
cultatem, non vult exhibere ſi ex ea cauſa conuenitur &
condemnetur, non tam quaſi heredem quam ex proprio
facto & dolo conueniri, ob idque nihil actionem hanc
habere commune cum cæteris creditoribus, non magis
quàm directam rei vindicationem in cuius locum ſub-
ſtituta eſſe intelligitur. Quoties enim heres qui benefi-
cium legis & inuentarij implorauit, condemnatur ob
propriam culpam, licèt tanquam heres conuentus ſit, vt
puta ſi ob malam litem inſtitutam vel ſuſceptam heredis
iure condemnationem expenſarum paſſus fuerit, gene-
rale eſt vt ea res creditoribus hereditariis non debeat no-
cere, quibus nihil imputari poteſt, ſoliuſque heredis
damno cedat condemnatio cui irrogandæ proprium he-
redis factum cauſſam dederit. Multò igitur magis idem
erit dicendum, ſi heres non tanquam heres ſed tanquam
alius poſſeſſor quilibet conuentus ſit, quod fit propoſita
in eum actione ad exhibendum: niſi fortè proponas †
13 heredem ea actione conueniri ex perſona defuncti, non
ex propria, id eſt quòd defunctus rem de qua agitur do-
lo malo poſſidere deſiiſſet. Tunc enim haud dubiè con-
ſtituenda eſſet eadem ratio huiuſmodi actionis ad exhi-
bendum, quæ & cæterarum actionum perſonalium quæ
cauſſam habent hereditariam, dantúrque contra here-
dem quatenus heres eſt. Hoc ſiquidem caſu is qui vin-
dicaturus fuit tanquam dominus ex domino fit credi-
tor, non heredis ſed defuncti, qui in dolo fuit, & cuius
cæteri quoque omnes ſunt creditores. At cum heres fa-
cultatem habet rei exhibendæ & reſtituendæ, quam ſ.
reperit in hereditate, nec tamen vult reſtituere dominus,
fit ex domino creditor non defuncti, qui depoſitum ſuſ-
ceperat, ſed heredis qui in mora & dolo eſt, ideóque nec
cogitur cum cæteris concurrere: quippe qui non here-
dis creditores ſunt, ſed defuncti: Beneficium enim legis
14 Iuſtinianeæ † & inuentarij tantumdem heredi & per
conſequentias heredis creditoribus præſtat, quantum
præſtabat olim creditoribus defuncti edictum Prætoris
De ſeparationibus, vt non confundantur rationes cre-
ditorũ defuncti & heredis, imò longè plus, quia ſepara-
tio illa hodie fit ipſo iure quæ olim erat impetranda,
itémque commodo heredis & creditorum ipſius, cùm
olim non niſi per defuncti creditores peti & impetrari
poſſet *l. 1. D. de ſeparat.* Denique edictum *de ſeparationi-
bus* locum non habebat in creditoribus hypothecariis,
ſed tantùm in chirographariis, quia nec neceſſe erat
cùm ſatis cautum eſſet hypothecariis, actione hypo-
thecaria vtpote priuilegium ſuum ex ordine temporis
habentibus. At beneficium Iuſtiniani locum habet etiam in
hypothecariis, fauore ſcilicet creditorum non defuncti,
ſed ipſius heredis, quibus vtique conſultum eſt per con-
ſequentias, hoc ipſo quod heredi conſulendum viſum
fuit, ne aditione hereditatis creditoribus defuncti ſupra
vires hereditarias ſe obligaret.

ERROR II.

De ſeparatione ex edicto prætoris impetranda.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia ſuperuacuum hodie eſt edictum prætoris* de Separationibus, *poſt Iuſtiniani conſtitutionem in l. vlt. C. de iur. delib. & quomodo illud colligant.*
2 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
3 *Beneficium Iuſtinianeæ legis quid habeat commune cum beneficio prætoris ex edicto de ſeparationibus.*
4 *Beneficium Iuſt. legis non ſuſtulit poteſtatem edicti.*
5 *Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de iur. delib. vt proſpexerit heredi, & eius propriis creditoribus.*
6 *Per aditionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatarÿs, non item bona heredis.*
7 *Inter hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitæ hypothecæ attenditur.*
8 *Diſcrimen inter Iuſtiniani conſtitutionem, & edictum prætoris* de ſeparationibus.
9 *Caſus quo hodie neceſſarium eſt ſeparationis auxilium.*
10 *Sententia l. 1. §. prætereà ſciendum. D. de ſeparation. aduerſus pragmaticos explicata.*
11 *Nullo facto inuentario ſeparatio fieri poterit, ſi à creditoribus hereditarÿs poſtuletur.*

EXiſtimant † pragmatici plerique, eſſe ho- 1
die ſuperuacuum edictum Prætoris *De ſe-
parationibus* poſt Iuſtiniani conſtitutionem
in l. vlt. C. De iur. delib. quæ omnibus he-
redibus nouum inuentarij beneficium at-
tulit, vt quamuis hereditatem damnoſam adierint, ſi ta-
men ſolenniter & intra conſtituta tempora inuentarium
confecerint rerum omnium in hereditate repertarum,
conueniri poſteà non poſſint ſupra quàm ſit in heredi-
tate. Conſequens enim videtur, vt ſi inuentarij bene-
ficium ab herede agnitum & imploratum ſit, fruſtrà pe-
tatur ſeparatio ex edicto, quæ ipſo iure & ex Iuſtiniani
lege facta eſt. Sin heres purè adierit, ſibique oblatum le-
gis auxilium neglexerit, confuſionem fieri neceſſe ſit iu-
rium omnium & patrimoniorum defuncti & heredis, ac
proinde ſeparationi locus nullus relinquatur. In quo † 3
manifeſtiſſimè cæcutiunt, & nimis ſtolida iuris ignora-
tione labuntur. Etſi namque beneficium † Iuſtinianeæ 2
legis & inuentarij habet neſcio quid ſimile & commu-
ne cum beneficio Prætoris ex edict. *de ſepar.* hactenus
ſaltem ne defuncti & heredis patrimonia confundan-
tur, non tamen ſuſtulit † poteſtatem edicti, ne tum qui- 5
dem cùm inuentarium factum eſt, multò minùs verò ſi
factum non ſit. Id enim duntaxat Iuſtinianus † egit vt
heredi proſpiceret ne metu onerum hereditariorum de-
terreretur ab adeunda hereditate, quam haberet ſuſpe-
ctam, vtque eam adeundo non niſi quatenus hære-
ditariæ vires paterentur, obligaret ſe creditoribus &
legatariis defuncti: Ex quo factum ſanè eſt per conſe-
quentias, vt non tantùm heredi, ſed etiam per heredis
perſonam propriis ipſius creditoribus conſultum ſit,
qui alioqui ſi chirographarij tantùm erant, iactu-
ram debiti facere poterant, ſaltem ex parte, con-
currentibus nimirum creditoribus defuncti, quibus
heres quoque obſtrictus eſſe cœpiſſet ex quaſi cõtractu,
ex quo tempore adiiſſet hereditatem debitoris §. *he-
res quoque, Inſtit. de obligat. ex quaſi contract.* dixi *ſi*

chirographarij tantum erant, quoniam in heredis credi-
toribus hypothecariis nihil tale metui poteſt, non ea tã-
6 tùm ratione quòd per † aditionem hereditatis ſolus heres
obligetur creditoribus & legatarijs, non item bona he-
redis, tametſi adierit ſimpliciter & abſolutè, id eſt non
implorato beneficio legis & inuentarij. Sed etiam quia
licèt creditores defuncti hypothecam ſibi acquirerent in
bonis heredis, nihil tamen ea res obeſſet anterioribus
heredis creditoribus hypothecam anteriorem habenti-
7 bus, quandoquidem inter hypothecarios † creditores
ordo temporis attẽditur. Temporis, inquã non contracti
debiti, ſed conſtitutę hypothecæ, cum fieri poſſit vt lõgo
poſt contractum debitum interuallo hypotheca conſti-
tuatur. Porrò hypotheca ſi qua per aditionem heredita-
tis tacitè contraheretur, aditione ipſa vetuſtior eſſe non
8 poſſet. Sed nego Iuſtiniani conſtitutionem † prodeſſe
creditoribus defuncti, quinimo aduerſus eos potiſſimum
lata eſt, vt qui alioquin paratam actionem aduerſus he-
redem habituri erant adita per eum debitoris inopis he-
reditate, nullam facto inuentario haberent. Atqui ex
contrario edictum prætoris *De ſeparationib.* ſolis here-
ditarijs, non etiam heredis creditoribus proſpicit, ne cõ-
fuſio illa patrimoniorum quæ per aditionem inducitur,
& conſequenter heredis inopis creditoribus ipſo iure
prodeſt, vt locupletiorem habeant debitorem, noceat
creditoribus defuncti nullum pro debito chirographa-
rio priuilegium ex temporis ordine habituris. Etſi enim
cuique liberum eſt creditoris ſui chirographarij condi-
tionem duriorem facere, alterius creditoris ſiue chiro-
grapharij, ſiue hypothecarij adiectione, indéque fit vt
creditores heredis locupletis qui damnoſam hereditatẽ
adijt ſeparationem impetrare nequeãt aduerſus credito-
res defuncti *d. l. 1. De ſeparat.* non tamẽ ſimiliter æquum
eſt, vt quis per proprios creditores alienis creditoribus
iniuriam faciat. Poteſt quidem facere ſummo iure ſi pau-
per heres & non ſoluẽdo adeat hereditatẽ locupletis de-
bitoris, quoniã per aditionẽ illam fit confuſio vtriuſque
fuerunt patrimonij, quæ res inducit vt ex bonis quæ de-
functi perinde atq; ex ijs quę ſolius fuerũt heredis ſatis-
fieri oporteat omnibus creditoribus tã heredis quã de-
functi. Sed cùm eo caſu ſumma iuris ratio pugnaret cum
æquitate, Prætor pro ſuo imperio corrigendum id pu-
tauit, & permittendam defuncti creditoribus ſeparatio-
nem bonorum, ne ijs noceret factum heredis cum quo
non contraxerunt, & de quo in contrahendo ne per
ſomnium quidem cogitarunt. Quis ergo dicat Iuſtinia-
nea illa conſtitutione, quæ non niſi fauore heredis &
creditorum heredis lata eſt, in præiudicium creditorum
defuncti factum eſſe, vt ſuperuacuum hodie ſit edictum
De ſeparationib. etiamſi inuentarium cõſcriptum ſit? An
ergo abrogatum? Ne hoc quidem. Quoniam non in eo
nocere creditoribus defuncti voluit Iuſtinianus, vt per
concurſum creditorum heredis ius eorum minueretur,
ſed in eo tantùm vti ne melior conditio ipſorum fieret,
ob id, quod inopis debitoris hereditatem locupletior
heres adijſſet. Sunt autem hæc longè diuerſa, Deterio-
rem fieri conditionem creditorum defuncti, & non fieri
9 meliorem. Itaque ſi quando † adita hodie ſit hereditas
locupletis debitoris ab herede qui non ſit ſoluendo, &
concurrãt chirographarij vtriuſque creditores, æquè ne-
ceſſarium erit hereditarijs auxilium ſeparationis atque
olim fuit, & æquè habebit locum, licèt inuentarium fa-
ctum proponatur: non enim efficit inuentarium quo-
minus heres ſit re vera heres, proindéque acquiruntur
ei bona defuncti commodo etiam propriorum credito-
rum, acſi nullũ factum eſſet. Quòd ſi nullum factum ſit,
fit quidem confuſio patrimoniorum, ſed non impedit ea
res quominus edictum *de ſeparationibus* locum habere
debeat: quin potiùs confuſionem illam fieri neceſſe eſt vt
ſeparationi locus eſſe poſſit: vidi ego, & nudis dentibus
10 riſi aliquando ex pragmaticis pleroſque abutentes † in
contrariam ſententiam, eo quod ſcriptum eſt in *d. l. 1.*
§. præterea ſciendum. de ſeparat. poſtquam bona here-
ditaria bonis heredis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſe-
parationem, ideo quòd confuſis & vnitis bonis ſeparatio
fieri nequeat. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de cõ-
fuſione quæ fit ſola iuris poteſtate per aditionem here-
ditatis, ac non potiùs de vera & reali mixtione corpo-
rum in hereditate repertorum cum corporibus bonorum
heredis. Vt puta, ſi frumenta defuncti mixta ſint cum
frumentis heredis, aut nummi cum nummis, aut quid aliud
ſimile ex earum rerum numero, quarum dominium con-
fuſione amittitur. *l. adeo quidem. 7. §. voluntas de acquir. rer. dom. §. ſi quorum. Inſtit. de rer. diuiſ.* Idque oſtendunt
verba illa Vlpiani, *Quid ergo ſi prædia extent vel manci-
pia, vel pecora, vel aliud quod ſeparari poteſt?* Item quæ
ſequuntur, *Niſi ita coniuncta ſint poſſeſſiones & permixtæ
propriis, vt impoſſibilem ſeparationem effecerint.* Igitur nul-
lo facto † inuentario, ſeparatio fieri poterit ſi ab heredi-
tariis creditoribus poſtuletur. Nihil enim hoc caſu à
Iuſtiniano innouatum eſt, nec alij quàm ſibi ſuiſve pro-
priis creditoribus nocere poteſt heres qui reſpuit bene-
ficium inuentarij, ſicut è contrario agnitum illud bene-
ficium non prodeſt alij quàm heredi, niſi quod conſe-
quenter per heredis perſonam prodeſt etiam ipſius cre-
ditoribus, non vt deteriorem cauſſam faciant creditorum
hereditariorum, ſed vt fruantur ipſi commodo ſeparatio-
nis heredi datæ, quam alioqui proprio iure ex edicto
prætoris petere & impetrare non potuiſſent, ne per con-
curſum creditorum defuncti difficiliorem iniuriam
ſuorum perſecutionem experiantur.

ERROR III.

*De curatore dando hereditati tanquam ia-
centi, quæ agnita eſt cum beneficio legis &
inuentarij.*

SVMMARIA.

1 *Sententia erronea pragmaticorum de curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.*
2 *Qua ratione ſuam aſſertionem ſuffulciant pragmatici.*
3 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*
4 *Inuentarij commoda.*
5 *Heres ex eo quòd implorauit beneficium inuentarij non minùs verè heres eſt.*
6 *Hereditas non adita dici nequit, quæ heredem, ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt.*
7 *Improbabile eſt ſi quis exiſtimet hereditatem meliùs defenſum iri à curatore, quàm ab herede.*
8 *An quo caſu heres eſt defuncti creditor, debeat dari curator hereditati?*
9 *Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſaluæ ſunt actiones, non propterea eſt actor, contra pragmat.*
10 *Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licèt nullus hereditati datus ſit curator.*
11 *Si hereditate purè adita ſaluum Heredi maneat ius retentionis, nec curator in eam rem dandus ſit, idem multò magis admittendum erit facto inuentario.*
12 *Inuentario non facto heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere tenetur.*
13 *Qatenus iure veteri obligatus erat heres legatarij non confecto inuentario.*
14 *Quatenus iiſdem obligetur heres ex Nou. 1. de her. & falcid.*
15 *Ex eo quod ſalua manent actiones heredi non eſt à Iuſtiniano conſtitutum vt hereditati curator detur; contra pragmat.*
16 *Curator bonis quandoque datur.*

17 *Non tamen iis quæ dominum habent præſentem.*
18 *Quo ſenſu dicatur beneficium inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis.*

1 SVauis hic † error eſt,& dignus ſubtilitate
pragmaticorum. Adita enim hereditate cum
beneficio,vt loquuntur,legis & inuentarij,
non dubitant quin hereditati curator dari
2 debeat tanquam iacenti, propterea quòd, † inquiunt,
perinde ſaluæ ſunt heredi actiones, quas aduerſus de-
functum habuit acſi adita hereditas non eſſet, proinde
aliquem conſtitui neceſſe eſt, qui actiones illas heredi-
tatis nomine excipiat,vt non tantùm actor ſit, ſed etiam
reus aliquis & defenſor. Non enim cæteri hereditarij,in
quorum necem imploratum legis beneficium eſt, videri
poſſunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quam
maximè interſit, non vllius etiam alterius vt heredis
actiones ad amuſſim perpendatur, & ſi fieri poteſt,ſum-
moueantur,non tamen repæſentant perſonam defuncti
cuius fuerunt creditores,cùm in iura illius nullo modo
ſucceſſerint. Hereditas ipſa eſt quæ repræſentat quan-
diu adita non eſt. *l.non minus 31.§.1.D.de hered.inſtitut. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin.* Poſtquàm verò adita
eſt, ſicut deſinit eſſe hereditas, fitque patrimonium he-
redis, ita heres ille eſt qui tùm repræſentare incipit, &
quidem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus
mortis reuocata, ab eo tempore perſonam defuncti re-
præſentaſſe exiſtimetur. Cùm itaque, vt pragmatici exi-
ſtimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuen-
tarij habeatur partim pro agnita,partim pro non agnita:
pro agnita, quod ad creditores attinet: pro non agnita,
quod ad heredem ipſum, planè conſentaneum videtur
vt hereditati curator detur,qui actiones excipiat,& qui-
dem non eas tantùm quæ heredis propriæ ſunt, ſed &
cæteras creditorum omnium,quoniam & hereditatis in-
tereſt propter defuncti exiſtimationem vt ſoluendo eſſe
reperiatur, nec heredi ipſi aut colludendi, aut ſegniùs
creditores propulſandi facultas vlla relinquatur. Eóque
3 paſſim iure vtimur. Mihi † autem videtur nihil ſtultius,
4 & improbabilius dici poſſe. Nam cùm inuentarij † du-
plex commodum ſit;vnum illud, vt ſi quas heres aduer-
ſus defunctum actiones habuit, eas ſaluas retineat,per-
indéque poſſit exercere acſi heres non eſſet; alterum vt
adeundo non ſe obliget creditoribus aut legatariis de-
functi ſupra vires hereditarias, nemo non videt poſſe
inuentarij beneficium heredi eſſe vtile, tametſi nihil ipſi
debeatur,nimirum ſi hereditas ſuſpecta ſit, aut ære alie-
no onerata. Quo caſu quis color obſecro iuris aut æqui-
tatis ſuadere poteſt vt hereditati curator detur, aut vt
hereditas adhuc iacere videatur? An fortaſſe beneficium
† inuentarij efficit ne heres qui implorauit, verè heres
5 eſſe poſſit? imò verò heres reuera eſt, defunctique per-
ſonam repræſentat,non minùs quàm ſi beneficium illud
non imploraſſet,indéque fit vt & actiones omnes here-
ditarias exercere poſſit,& à debitoribus hereditariis exi-
gere, ac ſimiliter creditoribus hereditariis ſoluere *l.vl-
tim.Cod.de iure delib.* quorum omnium nihil fieri poſſe
per curatorem iſtum hereditati tanquam iacenti datum,
etiam Pragmatici fatentur. Quod ſi verum eſt, vt eſt,
heredem illum eſſe, tùm etiam cùm legis & inuentarij
6 beneficium agnouit? rogo an poteſt dici hereditas † non
adita,quæ heredem id eſt dominum habet, aut iacens
quæ eſt adita? aut adita pro parte,quin ſit in totum etiam
inuito herede? Nam ſi quis dicat neceſſariam eſſe cura-
7 toris † dationem, vt hereditas meliùs defendatur, néve
inter heredem & creditores colludatur,is profectò no-
uerit quàm è contrariis frequens colluſio ſit curatorum
huiuſmodi & heredum, quàtaque incuria in defenden-
da cauſſa hereditatis, vt nec iam niſi dicis gratia inter-
poni videantur,& vt ſollennitati iuris ſatisfiat, ne ſine
reo & defenſore iudicium conſiſtere videatur. Et verò
abſurdum ſit exiſtimare curatorem, cuius nihil prorſus
intereſt(ſumi enim ſolet ex iis qui nihil omnino iuris
in hereditate aut in hereditatem habent) maiore ſtudio
defenſurum hereditatem, aduerſus creditores, quàm
heredem ipſum, cuius lucro ceſſurum ſit ſi fortè here-
ditas ſoluendo eſſe reperietur. Vnus ergo ille tantùm
caſus † ſupereſt,in quo error pragmaticorum prætextu 8
aliquo defendi poſſit, ſcilicet ſi heres qui hereditatem
agnouit cum beneficio legis & inuentarij, idem credi-
tor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur ſanè, vt
idem ſit & actor & reus, aut vt cæteri creditores, qui
defuncti perſonam non repræſentant, proprias heredis
actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum
eſt heredem † eſſe actorem. Sic enim fiet vt nihil ſit 9
neceſſe reum aliquem & defenſorem conſtitui aduerſus
quem heres agat. Etenim quod dicimus heredi ſaluas
eſſe ſuas actiones propter imploratum legis & inuenta-
rii beneficium, non eò pertinet vt heredem pro iuribus
ſuis conſequendis agere oporteat,ſed eò potiùs,vt quod
ille aduerſus defunctum, ſi viueret, agendo conſeque-
retur,perinde poſſit conſequi etiam poſt aditam defun-
cti debitoris hereditatem, ſed tamen iure exceptionis &
retentionis, agentibus ſcilicet contra eum creditoribus,
Nam ex iuris regula cui damus actionem, multo magis
damus exceptionem & retentionem. Nec quod reus quo-
que in exceptione actor eſt, ad rem facit. Sic enim fit
actor, vt ſimul & ſemel qui primus actor fuit, reus ex ea
parte fiat, nec alius quærendus aut ſubiiciendus ſit qui
rei partes ſuſtineat. Alioqui dicendum erit eadem ratio-
no, ſi hereditas pure adita ſit, quæ legatis aut fideicom-
miſſo vniuerſali onerata fuit, heredem cui fideicom-
miſſum antiquius debeatur, non aliter id deducturum,
quàm ſi curator hereditati detur, qui fideicommiſſi il-
lius nomine conueniri poſſit vt ſciatur an debeatur. Et
tamen id falſum eſt. Deducit enim heres † fideicom- 10
miſſum ſibi debitum tanquam æris alieni loco, & ſimi-
liter omne æs alienum quod ſibi à defuncto debeatur,
etiamſi curator nullus hereditati datus ſit, defendenti-
bus nimirum illis ipſis legatariis aut fideicommiſſariis à
quibus conuenitur *l.in imponenda 6. l.irritum 8. C.ad leg.falcidiam.d.l.l.cùm pater 77.§. antepen.D.de legat.2.*
Quis enim vnquam dixit, hereditati quæ pure adita eſt,
curatorem dari debere vllo caſu,tanquam iacenti? Quod
ſi illo etiam caſu quo hereditas † purè adita eſt, ſaluum 11
heredi manet ius retentionis, nec curator in eam rem
dandus eſt, quidni idem admittemus facto inuentario?
Nam nec inter hos caſus quicquam intereſt,iuris veteris
rationem inſpicias, niſi quod ſi inuentarium † factum 12
non eſſet,heres creditoribus & legatariis defuncti in ſo-
lidum ſatisfacere teneretur, neque deducere poſſet ad-
uerſus creditores quod ſibi deberetur, quia cùm adeun-
do ſeipſum ille obligauerit, tenetur creditoribus etiam
ex propria perſona, nec intereſt creditorum, an ex bonis
hereditariis ſoluat, an ex propriis dummodò ſuum con-
ſequantur. Itaque non auferunt hereditatem ab herede,
imò nec minuunt, cùm hereditas non dicatur deducto
ære alieno, ſed æs alienum etiam, ſicut & incommoda
cætera non minùs quàm commoda in ſe contineat. Pro-
inde mirum non eſt nullum heredi ſupereſſe hoc caſu
ius deductionis,manente eadem ratione confuſionis poſt
aditionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiuſdem per
aditionem inducendæ. In legatariis † ſanè aliud eſt,quia 13
cùm legata non ex bonis heredis præſtari debeant, ſed
omnino ex hereditariis,deducto etiam omni ære alieno,
adeoque ſalua heredi falcidia ſi dodrantem excedant
(tãtum abeſt vt de ſuo ea ſoluere teneatur) non impedit
obligatio legatorum, quominùs heres deducat & reti-
neat quicquid ſibi debetur,quoniam illud omne eſt ex-
tra cauſſam hereditatis quæ per legata delibatur & di-
minuitur, Quæ ratio eſt *d.l in imponenda.* Quãquam hoc
hodie † immutatum eſt per cõſtitutionem Iuſtiniani in 14
Nouell.1.De hered.& falcid. quæ fecit vt ſi inuentarium
nullum conſcriptum ſit, heres non modò creditoribus
(quod

(quod iam erat conſtitutum in *l.vlt C.de iur.delib.*) ſed etiam legatariis in ſolidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non ſolùm vt falcidiæ beneficio aduerſus eos non vtatur qui Iuſtiniani beneficio vti noluit, quomodo cautum erat in *d. l. vlt.* quæ in caſum non confecti inuentarii nihil aliud induxerat, niſi vt antiqua ſeruarentur §. *ſin autem hoc aliquis.ead. leg.* ſed etiam vt ſi ære alieno exhauſta ſit hereditas, legata de ſuo præſtare heres teneatur *d.Nouell.* 1. §. *ſi vero non fecerit.* Atque ita comparantur hodie, poſt *dict. Nouellam.* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficium neglexit. Ceterũ facto inuentario, ſicut ceſſat ratio illa cõfuſionis quæ obſtat heredi, ne habeat ius deducendi & retinendi proprij debiti aduerſus creditores: Itémq; conſtitutio illa Iuſtiniani quæ eidem heredi nocet ne aduerſus legatarios & fideicõmiſſarios aut Falcidiã ponere, aut quod ſibi debetur deducere vel retinere poſſit, ita fatendum eſt ſic ei ſaluas eſſe proprias actiones, non vt eas exercere cogatur, ſed vt perinde poſſit deducere & retinere quod ſibi debetur, atque olim poterat adita purè & ſimpliciter hereditate, cùm nullus adhuc inuentarii vſus eſſet: Id eſt, per viam exceptionis, nullo in eam rem neceſſario cura-
15 tore. Neque ſanè in vtraque Iuſtiniani † conſtitutione verbum vllum aut indicium De curatore ex hac cauſa hereditati dando, quod tamen non erat prætermittendum ſi admittendum fuiſſet, ſed contra De iure excipiendi & retinendi eius quod heredi debetur, aperta ſunt verba Iuſtiniani in *d.l.vlt.§.in computatione.* de cuius ſententia dicemus ad finem capitis ſequentis. Sed etſi faterer quod ſemper negabo, dari ex hac cauſſa curatorem oportere, dicerem tamen dandum eſſe curatorem bonis,
16 † vt fieri ſolet, cùm abſente aut latitante debitore creditores in bonorum eius poſſeſſionem mittuntur, & de crediti cuiuſque iure & ordine inter eos diſputatur vt ad bonorum venditionem perueniri poſſit, *Tit. D.de curat.bon.dand.* Faciliùs enim ferendũ eſt vt detur curator bonis, quandoquidẽ etiam poſt aditionẽ bona defuncti quodãmodo dici poſſunt, quoniam aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, ſiue dicas dari hereditati ſimpliciter, ſiue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla eſt, niſi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis
17 † curator detur, quæ reuera non defuncti ampliùs bona ſunt, ſed heredis, quæque dominum habent præſentem, & ad bonorũ defenſionem ſuſcipiẽdam paratum, inſtru-
18 ctumque. Nam quod dicimus inuentarij † beneficium inducere ſeparationem patrimoniorũ defuncti & heredis, non ſic accipiendum eſt, vt bona defuncti maneant defuncti (quod nec fieri poteſt, quia cùm is qui defunctus eſt iam nullus ſit, eſſent nullius) ſed vt quamuis acquirantur heredi, nec minùs in eius dominio ſint quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non eſſet heres ſi non eſſet dominus §. *vl. Inſtit. de hered. qualit. & differ.*) ſeparatam tamen habeant rationem, hactenus vt ex ipſis duntaxat non etiam ex iis quæ propria heredis fuerũt, eique aliũde quàm ex defuncti hereditate acquiſita, tam creditoribus quàm legatariis & fideicommiſſariis defuncti ſatisfiat: acſi bona defuncti cum bonis heredis confuſa non eſſent poteſtate iuris, quæ tamen reuera per aditionem ſunt confuſa.

ERROR IV.

De iurium vniuerſalium & ſingularium confuſione quæ fit per aditionem hereditatis.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum traditio iura vniuerſalia per aditionem non confundi.*
2 *Ex eo quòd idem ſui ipſius non poſſit eſſe debitor & creditor, ſequitur etiam iura vniuerſalia per aditionem confundi.*
3 *Licet iura omnia per hereditatis aditionem confundantur, iure tamen veteri retinentur & deducuntur per heredem iure exceptionis.*
4 *Iure vero Iuſtinianeo ita demum deducuntur, ſi heres inuentarium confecerit.*
5 *Heres qui inuentarij confectionem neglexit obligatur in ſolidum creditoribus, legatarijs & fideicommiſſarijs.*
6 *Non confecto inuentario hereditas non modò confuſionis, verum etiam ſolutionis loco cedit propter præſumptam heredis malam fidem.*
7 *Confecto inuentario cedit hodie hereditas confuſionis loco, at non ſolutionis.*
8 *Conſtitutioni Iuſtiniani non eſt factum vt implorato inuentarij beneficio confuſio, iurium heredis impediretur, aduerſus pragmaticos & interpretes.*
9 *Qu id noui induxerit Iuſtinianus in No. 1. de hered. & falcid. §. ſi verò non fecerit.*
10 *Iuſtinianus malus Latinitatis autor.*
11 *Sententia l.vlt.§.in computatione.C.de iur delib.*
12 *Nihil cauſæ eſt cur implorato inuentarij beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat.*

FRequens pragmaticorum † verbum eſt, vnde tamen hauſtum planè neſcio. Iura vniuerſalia non confundi per aditionem hereditatis. Quod falſum eſt, Nam cùm ea confuſio quam poteſtas iuris ex aditione inducit, non aliam † rationem habeat, quàm quòd fieri non poſſit vt idem ſui ipſius ſit debitor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in eandem perſonam iure debitoris & creditoris *l.Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. D. de ſolut l.debitori 7. Cod. de pact.* Apparet non magis fieri poſſe quod ad iura vniuerſalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confuſio nulla fiat debiti & crediti eodem exiſtente debitore & creditore. Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuerſali iure fideicommiſſi heredi ipſi à defuncto debiti conſtitutum legimus in *l. irritum 8. Cod. ad leg. Falcid.* vt ab herede poſſit deduci, idem ipſum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet ſingulari ſcriptum etiam eſt in *l.in imponenda 6.eo tit.* Quinimò nec in fideicommiſſo vniuerſali ius illud obtinet, niſi quia fideicommiſſum eiuſmodi loco æris alieni eſſe intelligitur, *dict. l.irritum.* Quid ergo refert an fideicommiſſum vniuerſale fuerit an ſingulare, quod heredi ipſi à defuncto debitum fuit? Iura nimirum † omnia & vniuerſalia & ſingularia per 3
hereditatis aditionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, ſi quando ei hereditatis commodum vel ex cauſſa fideicommiſſi quod ab eo relictum ſit, vel per legatarios, non tamen per creditores auferatur: tametſi hereditatem purè adierit, iure ſcilicet vetere inſpecto, vt conſtat ex *dict. l.in imponenda & dict.l.irritum.* Nam iure nouo † id eſt poſt Iuſtiniani conſtitutiones, in *dict. l. vltima.* 4
Cod. de iure deliberandi. & Nou. 1. De hered. & falcid. diſtinguendum neceſſariò eſt, an inuentarij beneficium imploratum ſit, necne, non quod pertinet ad ius confuſionis (ſiue namque inuentarium factum fuerit ſiue non, confuſio ſit, quoniam & is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, reuera heres eſt, & conſequenter idem debitor & creditor) ſed quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid ſibi à defuncto debitum fuit, nec tantum aduerſus legatarios, ſi de ponenda falcidia quæratur, aut aduerſus fideicommiſſarios ſi ex fideicommiſſo reſtituenda ſit hereditas: ſed etiam aduerſus ipſos creditores hereditarios, quod olim diuerſum erat (non enim ſicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ra-

Digiti

1 IMmodicam,&,vt vocant, enormem læſio-
nem ab enormiſſima diſtinguere noſtri ſo-
lent.Enormem† illam intelligunt quæ eſt
vltra dimidiam iuſti pretij: de qua in *l. 2.*
C. de reſcin. vendit. Enormiſſimam verò quæ excedit
2 beſſem,Enormem † fatentur nihil commune habere cum
dolo.Facile ſi quidem fieri poteſt,vt immodice quis læ-
ſus ſit in contrahendo etiam citra dolum. At ex enor-
miſſima læſione induci aiunt dolum in re ipſa, cumque
dolo ex propoſito æquiparari,ex *l.ſi quis cũ aliter 36.de*
verb.oblig. Indeque inferunt,in omnibus cauſis eandem
eſſe rationem doli & enormiſſimæ læſionis,quaſi parum
referre debeat an dolus malus in re ipſa,an ex propoſito
interuenerit. Itaque cùm admittant,quod & veriſſimum
3 eſt,immodica † dũtaxat læſione intercedente reſcinden-
dam eſſe venditionem beneficio nouæ conſtitutionis *l.*
*2.C.de reſcind. vendit.*Si tamen læſio enormiſſima inter-
uenerit, negãt valere venditionem, defendúntque nul-
4 lam † eſſe ipſo iure, non ſecus acſi dolus ex propoſito
venditioni cauſam dediſſet *l.& eleganter 7.D.de dolo.*Ex
qua etiam colligunt fructus omnes quoſquos emptor
à die contractus perceperit, reſtituendos eſſe venditori,
quaſi nullo iure,nullóque titulo perceptos, vtpote titu-
lo,qui validus putabatur,ad non titulum redacto.Quin-
imo quod magis mirum eſt, idem iuris conſtituunt,
etiamſi iuſiurandum acceſſerit.Nam quòd hoc caſu non
ſolùm à iureiurando abſolui per epiſcopum debet is qui
iurauit,ſed etiam neceſſaria ei eſt reſtitutio in integrum
ex reſcripto Principis,ad reſcindendam venditionem,ex
moribus Galliæ ad nos tranſlatum videtur, ærarij po-
tiùs locupletãdi cauſa,quàm ex neceſſitate: & quomodo
pragmatici loquuntur,vt quod de facto proceſſit,de fa-
cto etiam reſcindatur, non vt eo minùs contractus ipſo
iure nullus exiſtimetur. Ego verò ſemper credidi læſio-
5 nem † quantumlibet immodicam , nihil commune ha-
bere cum cauſa doli,aliiſque remediis dolum, aliis læſi-
onem vindicari. Generaliter enim indefinitè verum eſt,
6 contrahentibus † licere naturaliter,id eſt,naturali ratio-
ne, vt ſe in pretio decipiat. *l. in cauſa 25.§. idem Pom-*
ponius.D.de minor.l.item quæritur 23.§.vlt. D.de locat. &
ad reſcindendam venditionem malæque fidei probatio-
nem hoc ſolùm non ſufficere , quòd magno pretio fun-
dus comparatus minoris diſtractus fuerit *l.ad reſcinden-*
7 *dam 4.C.de reſciud.vendit.*Dolus † enim emptoris qua-
litate facti , non quantitate pretij æſtimatur *l. dolus 10.*
eod. Nec admittenda eſt diſtinctio illa noſtrorum inter-
pretum , An infra an ſupra dimidiam alterutet contra-
8 hentium læſus ſit. Nam & cùm ſupra dimidiam † læſio
interuenit,contractus nihilominus valet, tametſi bonæ
fidei ſit, nec magis audiendus eſt venditor, qui duplum
precij offert emptori *l. non eſt probabilis 6.eo.* Neque ſi
enormiſſima læſio fuit, vllo tamen iuris loco proditum
eſt contractum non valere: At ne quidem ex ea cauſa
reſcindendum eſſe. Hactenùs ſanè receditur ab eo quod
in emendo & vendendo actum dictúmque eſt,vti iube-
9 atur † emptor vel fundum reſtituere precio recepto,vel
ſi malit , quod iuſto precio deeſt ſupplere *d. l. 2. C. de*
reſcind.vendit. Sed id fit non per contractus reſciſſionem,
aut impetrata in integrum reſtitutione,at condictione
ex lege & officio iudicis actioni bonæ fidei addicti, vt
oſtendunt verba illa legis *autoritate iudicis intercedente.*
Prætoris enim fuiſſet , non iudicis , dare in integrum
reſtitutionem,ſi auxilium reſtitutionis neceſſarium eſſet,
vt contingit cùm ex cauſa doli venditio reſcindenda eſt
10 *d. l. dolus.* Neque nouum eſt vt ex empto † actio detur
ad corrigendam venditionem,quippe quæ detur & ad
diſtrahendam,*l. ex empto.11. §.ſi qui vina D. de action.*
11 *empt.* Quòd ſi reſtitutio † non eſt neceſſaria ad reſcin-
dendam venditionem,cùm læſio tantùm enormis inter-
uenit , multò minùs erit neceſſaria ſi læſiò enormiſſima
fuit,& tamen neceſſaria eſt cùm dolus interceſſit *d.l. do-*
*lus.*Ergo non benè læſio enormiſſima comparatur dolo.

Et ſanè an læſio vltra dimidiam , an vltra beſſem inter-
uenerit nulla vnquam lex diſtinxit.Nam quod Vlpianus
† ſcripſit in *dict.l.ſi quis cum aliter 36.de verb. oblig.*ali- 12
quando rem ipſam in ſe dolum habere, & eo caſu perin-
de doli mali exceptionem ſtipulanti nocere , acſi dolus
eius interueniſſet , non ad hunc caſum referendum eſt
quo læſio enormiſſima in pretio interceſſerit , ſed ad
alios pleroſque innumeros , in quibus accidere poteſt,
vt res ipſa in ſe dolum habere videatur , vt puta ſi ſtipu-
latio facta ſit ſine cauſſa, vt in *l.2.§. circa. D.de dol. mal.*
except. aut de ea cuius ſtatus iam tum cùm ſtipulatio in-
terpoſita eſt, mutatus fuerit ignorante tam ſtipulatore,
quàm promiſſore. Et aliis huiuſmodi caſibus, quibus
euenit vt quamuis ſtipulator nihil ab initio dolo fece-
rit,tamen doli exceptione repelli debeat , quia hoc ipſo
facit dolo quod nũc petit,vt Vlpianus ait. Eſt autem ne-
ceſſaria doli exceptio , quia ſtipulatio non eo minùs te-
net , cùmque ſit ſtricti iuris non poteſt ei exceptio doli
ineſſe,ſicut ineſſet bonæ fidei iudicio,vt dolus ipſo iure
vindicetur. *l.ſed etſi 21.D.ſolut.matrim.*Quantum autem
diſtet enormiſſima † læſio à dolo,ex eo quoque apparet 13
quod edicto ſereniſſimi Ducis noſtri Emanuelis Phili-
berti ante Cal. Nou. 1577. prohibitum eſt,ne qua poſt-
hac reſtitutio in integrum detur aduerſus tranſactionem
prætextu quantumlibet enormis & immodicæ læſionis,
quam tamen Priceps optimus idémque iuris religioſiſſi-
mus ſaluam eſſe voluit ſi quid dolo malo alterutrius
tranſigentium factum proponatur. Sed & quàm graui-
ter non modò pragmatici noſtri,ſed etiam interpretes † 14
errent in eo quod ex enormiſſima læſione inferunt do-
lum in reipſa,qui dolo ex propoſito æquiparetur, indé-
que colligunt ipſo iure nullam eſſe venditionem , in
qua læſio enormiſſima interuenerit,adeò vt fructus quo-
que reſtitui oporteat, cõſtat ex eo quod etiamſi dolus
ex propoſito in emptione & venditione interueniſſet,
dummodò cauſam contractui non dediſſet , id eſt , dum
ne deceptus eſſet alterutet in hoc ipſo vt contraheret,
venditio tamen valeret,fructuſque fierent emptoris tan-
quam bonæ fidei poſſeſſoris,nec vnquam reſtituerentur,
etiam reſciſſa venditione , niſi qui à die litis conteſtatæ
percepti eſſent.Quia non quilibet dolus † facit contra- 15
ctum bonæ fidei ipſo iure nullum , ſed is demũ qui de-
dit cauſam cõtractui, nõ qui incidit in contractũ *d.l.&*
*elegãter 7.D.l.ſi res æſtimata.12.§.1.D.de iur.dot.*Cauſã
verò contractui † dat ſolus ille dolus , per quem fit vt 16
quis contrahat qui aliàs non eſſet contracturus. Alius
quilibet dolus incidere dicitur in contractum & induce-
re reſtitutionem *tot tit. De dolo,& d.l. dolus 10. C.de re-*
ſcind.vendi. Reſtitutio † autem præſupponit cõtractum 17
tenere,cum per reſtitutionẽ ſit reſcindẽdus Neque enim
reſcindi poteſt id quod ipſo iure non tenet. Etſi autem
impetrata reſtitutione † ita ius eſt,vt fructus omnes non 18
à die tantũ litis conteſtatæ,ſed à tempore initi cõtractus
perceptos reſtitui oporteat venditori,& viciſſim empto-
ri vſuras legitimas pretij ſoluti, vt omnia in priſtinum
ſtatum reponãtur.*l.quod ſi minor.24.§.reſtit.l.patri.27.ſi* 19
*pecuniã.D.de minor.*alio tamen iure pragmatici † vtũtur
nec niſi à die litis conteſtatæ fructus reſtitui patiuntur,
cum ab initio contractus tenuit , quaſi in eum vſque
diem bona fides durauerit,quæ lucrum fructuum adferre
debeat poſſeſſori, quomodo obſeruari ſolet, non ſolum
ſi ex capite doli, vel metus , vel enormis læſionis , ſed
quod magis mirum eſt, etiamſi ex cauſſa minoris ætatis
reſtitutio impetretur, de quo dicemus latiùs infrà errore
6. Decad.7.Porrò nemo dixerit dolum † qui in re ipſa 20
ſit dare cauſſam contractui,& facere poſſe vt contractus
ab initio non valeat , quia tametſi verum maximè eſſet
quod pragmatici volunt enormiſſimam læſionem in pre-
tio inducere dolum in re ipſa,dolum verò qui in re ipſa
ſit æquiparari dolo ex propoſito,non tamen conſequens
eſt vt contractus ſit nullus , quia etiamſi dolus ex pro-
poſito interueniſſet , non ideò tamen nullus eſſet , ſed
per

21 per reſtitutionem reſcindendus, quandoquidem dolus † qui in precij & æſtimationis modo interuenerit inducere dicitur in contractum, non dare cauſam contractui *dict. l.* & *eleganter. dict. l. ſi. res æſtimata. dict. l. dolus.* poſſit autem fortaſſe quiſpiam pro errore pragmaticorum
22 tuendo † obiicere *l. ſi ſuperſtite* 5. *C. de dolo.* vbi duo hæc tanquam contraria opponuntur: Tranſactum eſſe bona fide, & læſum eſſe immodicè alterutrum ex contrahentibus. Sed reſpondendum eſt locum ita omninò accipi debere ſi immodica illa læſio interuenerit dolo patris, non ſolùm, quoniam alioquin mala fides ex vilitate precij nec inducitur nec probatur *dict. l. ad reſcindendum* 4. & *d. l. dolus* 10. *C. de reſcind. vend.* Sed etiam quia lex ait competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ contra patrem, niſi paterna obſtaret verecundia, ideóque ad ſubſidiariam in factum actionem Prætoriam recurrendum eſſe. Atqui nemo dixerit ob dolum qui ſit in re ipſa duntaxat, non etiam in perſona
23 aduerſarij, de dolo agi poſſe. Nam actio † de dolo cùm ſit in perſonam, adeóque infamiam irroget, ob idque nec inter quoſlibet competat, quamdiu alia actio aut ciuilis aut honoraria competere poteſt *l. 1. §. penult. & vltim. cum ll. ſeq. D. de dolo.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio nulla ſit *l. non debet* 11. *eod.* non aliter dari poteſt quàm ſi perſonalis dolus proponatur, Nec eſt con-
24 trarium † quod in *dict. l. ſi. quis cum aliter.* Vlpianus exceptionem doli accommmodat ei quoque qui dolum in
25 re ipſa tantùm paſſus ſit. Id enim fit † duplici ratione, & quia exceptio doli non ſicut actio infamat, licèt ſit in perſonã, ex parte eius cui obiicitur *l. 2. §. 1. D. de dol. except.* quia nimirum non ſuper exceptione ſententia fertur, ſed ſuper actione, abſoluto ſcilicet reo qui iuſtam habuit doli exceptionem, & quia qui dolus ab initio fuit in re ipſa, fieri incipit perſonalis eo tempore, quo agitur ex contractu qui dolum in re ipſa habuit, & qui nihildum fecerat dolo, cùm contraheretur, licèt res ipſa in ſe dolum haberet, nũc demum dolo facit cùm agit ex ea ſtipulatione: Cui conſequens eſt, vt ſi nunquã ex ſtipulatione ageret, neque actioni, neque exceptioni doli locus vnquam eſſe poſſet, atqui in ſpecie *dict. l. ſi ſuperſtite,* non agebat pater, quippe qui ſolenniter per nouationem & acceptilationem fuerat liberatus. Cur ergo contra eum daretur actio de dolo etiãſi immodica læſio & ex immodica læſione dolus in re ipſa interueniſſet? Et verò obſer-
26 uandum † eſt in *d. l. ſi ſuperſtite,* tractari de immodica læſione quæ interuenerit non in contractum venditionis aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe decipere in precio, ſed in ea ſpecie in qua nullus deceptioni locus relinquebatur citra dolum malum, cùm ageretur de rationibus reddendis à patre qui filiæ emãcipatæ tutelã geſſerat. Non enim inter pupillum & tutorem ea fit diſceptatio, quam fieri inter venditorem & emptorem ait *dict. l. ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcind. vendit.* vt ſciatur quantum tutor pupillo debeat, ſed ex rationibus accepti & expenſi diligenter explorandum illud eſt, vt ad vltimum vſque quadrantem ei ſatisfiat, cui debebitur, ſiue pupillus ille ſit, ſiue tutor. Quis verò hoc ipſum ſcire poſſit aut debeat niſi tutor ipſe qui adminiſtrauit, & rationes à ſeipſo reddendas penes ſe habet? Proinde ſi cùm rationes reddere deberet pater, ex quibus conſtitutum erat eum filiæ plurimùm debiturum, extorſerit ille à filia liberationem, fieri non poteſt quin fecerit dolo malo, ideóque teneri debeat filiæ, non quidem actione de dolo propter paternam verecundiam, ſed actione ſubſidiaria in factum temperanda, licèt læſio illa non ſit vltra dimidiam. Quod enim lex requirit immodicam læſionem, non debet recipere interpretationem *ex dict. l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* vt putant interpretes, ſed ob id adiectum eſt, quia ſi læſio modica eſſet, non facilè prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actionis De do dolo malo, ſicut nec daret actionem ipſam de dolo pro modica ſumma *l. ſi quis adfirmauit* 9. §. *vltim. cum ll. ſeqq. D. de dolo.* Id enim generale eſt in omnibus reſtitutionibus, † vt non facile & ex minima 27
cauſſa, vel pro modica ſumma concedantur *l. ſcio* 4. *D. de in integr. reſtitut.* Apparet igitur ex ſuperioribus, quàm malè pragmatici dolum qui in re ipſa ineſt, transforment in dolum perſonalem, quem præſumptum vocant. Nam neque verus, neque præſumptus perſonæ dolus vllus eſt, quamdiu non agitur ex contractu, qui non niſi in re ipſa dolum habet. Cùm autem ex eo agitur, tum demùm verus dolus eſſe incipit, non præſumptus *d. l. ſi quis cùm aliter.* 36. *de verbor. obligat.* qui tamen locus coniũctus cum *d. l. ſi ſuperſtite,* vterque verò peſſimè intellectus præcipites egit pragmaticos & interpretes pleroſque vt hanc duplicis † doli veri & præ- 28
ſumpti diſtinctionem planè hic commentitiam induxerint.

ERROR VIII.

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Si vendito pignore per creditorem iure creditoris enormiſſima læſio interuenerit, debitorem, adeóque poſteriores eius creditores poſſe luere pignus, pragmaticorum erroneum eſt placitum.*

2 *Securus eſt emptor qui ritè rectéque pignus emit à creditore, nec aliter contra eum agi poteſt quàm ſi dolum participauerit, nec creditor ſit ſoluendo, contra pragmaticos.*

3 *Quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente pignus.*

4 *Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque.*

5 *Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex propoſito.*

6 *Actio de dolo ab exceptione doli & actione quod metus cauſa, vt differat.*

7 *Emptor pignoris non poteſt conueniri ob ſolum dolum creditoris.*

8 *Si ſolennitas iuris in venditione pignoris à creditore non ſit ſeruata, emptor ſecurus non erit.*

9 *Cur debitoris poſteriores creditores non poſſint ſuo nomine agere aduerſus pignoris emptorem ſi ſeruata ſit à creditore iuris ſolennitas.*

10 *Si venditum fuerit pignus per iudicem poſtulante creditore poſſunt poſteriores creditores aduerſus emptorem agere ſi venditioni non adfuerunt.*

SI coniungantur ea quæ proximis duobus capitibus diſputauimus, apparebit facilè, quàm grauis hic pragmaticorum error ſit, exiſtimantium, Vendito † pignore per cre- 1
ditorem iure creditoris ſi enormiſſima, vt loquuntur, læſio interuenerit, permittendum eſſe debitori, & conſequenter ex eius perſona poſterioribus creditoribus vt emptori rem auferant reſtituto ei precio & omni eo quod ipſi abeſt, itémque pignus ſi velint, diſtrahant. Iam enim à nobis probatum eſt, ſecurum emptorẽ † qui ritè 2
rectéque emit à creditore, id eſt ab eo qui & diſtrahendi ius habuit, & in diſtrahendo ſolennitatem iuris ſecutus eſt, nec aliter agi poſſe contra emptorem, quam ſi dolum participauerit cum creditore, nec creditor ipſe ſoluendo ſit *ex l. 3. 4. & 5. C. ſi vendit. pignor. agat.* Solennitas † autem alia non eſt quam vt pignoris venditio 3
publicè perſcribatur, ipſique debitori denuncietur, adeóque ſi commodè fieri poſſit, teſtatò, *l. creditor.* 4. *C. de diſtract. pignor.* Nam vt hoc vel illo pretio pignus vendatur, maiore vel viliore, ſupra an infra dimidiã vel beli em

iuſti precij ad venditionis ſollennitates nil pertinet.
Ergo ſi læſio quantúcunque enormis interuenerit, cùm
non eo minùs verum ſit ritè rectéque factam eſſe ven-
ditionem ſi per colluſionem id factum non eſt, ſed eo
prorſus modo quo fieri potuiſſet, tametſi creditor rem
ſuam vendiſſet, fatendum erit inquietari emptorem non
debere. Atqui, inquiunt, læſio illa enormiſſima inducit
dolū in re ipſa, dolus autem in re ipſa perſonalem dolum
præſumptum qui dolo ex propoſito ſit comparandus.
Sed iam nos hæc omnia refutauimus. Et præterea nemo
4 non videt cùm dolus † in re ipſa duntaxat eſt, non poſ-
ſe videri eſſe ex parte vtriuſque contrahentium, ſed
tantùm ex parte illius cuius commodo cedit læſio, vt in
l. ſi quis cùm aliter 36. de verb. obli. Alioqui ex eo non da-
retur actio aut exceptio, ſed mutuus dolus mutua con-
penſatione tolleretur, fieretque doli compenſatio, vt Pa-
pinianus in *l. viro 39. D. ſolut. matrim.* Et tamen diximus
& probauimus non aliter inquietari emptorem poſſe,
quàm ſi creditor ipſe in dolo fuerit, dolúmque emptor
participauerit. Deniq; colluſio ſine colludēdi propoſito
nunquam fieri poteſt. Ergo neque præſumi ex dolo qui
ſit in re ipſa duntaxat, quia, vt dixi, in re ipſa duntaxat
eſſe nunquam poteſt ex parte vtriuſque. Sed & cùm do-
5 lus † in re ipſa non priùs declinet in dolum ex propo-
ſito, quàm ex contractu qui in ſe dolum habet, agi cœ-
perit, *dict. l. ſi quis cùm aliter.* Emptor autem qui pignus
à creditore emit quantumcunque vili pretio, non agat,
ſed conueniatur ſiue à debitore ipſo, ſiue à poſterioribus
debitoris creditoribus, nihil cauſſæ eſt cur dolo malo
aliquid facere videatur is qui nihil facit, niſi dicas hoc
ipſo facere eum dolo quod rem retinet, nec vult reſti-
tuere cùm conuenitur. Sed cùm priùs ſit vt conueniatur,
nec aliter conueniri poſſit quàm probetur eſſe in dolo,
apparet non poſſe contra eum actionem dari ob dolum
qui nec præteritus, necdum præſens ſit, ſed futurus ſpe-
retur. Cauſa enim actionis actionem præcedere debet
non ſequi, vt & in cæteris omnibus cauſſis atque effe-
ctibus contingit. Quin etſi ſola enormiſſima læſio ſuf-
ficeret ad inducendum dolum ſaltem præſumptum, vt
pragmatici putant, non tamen id ſatis eſſet ad dandam
debitori aut poſterioribus creditoribus actionem aduer-
ſus emptorem. Nam cùm emptor non cum debitore aut
poſterioribus creditoribus, ſed cum anteriore creditore
contraxerit: de dolo conueneri non poteſt, aut ob dolum
ſuum, ab alio, quàm ab eo ipſo cui dolum fecit. In eo ſi-
6 quidem differt actio † de dolo ab exceptione doli, quòd
exceptio doli ex parte eius qui obiicit in rem eſt, non in
perſonam *d. l. 4. §. 1. de dol. except.* Actio autem de dolo
tam ex parte eius qui obiicit, quàm ex parte eius cui obii-
citur in perſonam eſt, non in rem. In quo etiam differt
ab actione, De eo quod metus cauſſa *l. ſed & ex dolo.* 15.
§. vlt. D. de dolo. At emptor is de quo agimus non con-
traxit cum debitore aut poſterioribus debitoris credito-
ribus, ſed cum anteriore creditore à quo nec debitor ipſe
cauſſam habet, nec poſteriores creditores. Ergo nec ab iis
conueniri poteſt, tametſi dolo malo emiſſet à creditore
anteriore. Qui quoniam ipſe eſt cum quo debitor con-
traxit, ipſius quoque dolum intercedere neceſſe eſt vt
aliqua debitori actio in eum competere poſſit. Ac rurſum
7 † quoniam etſi dolo aliquid feciſſet, dolum tamen ipſius
emptori qui bona fide contraxiſſet, nocere non oporte-
ret, requirimus præterea vt dolum emptor participauerit,
alioqui nulla actione conueniri poſſit. Itaque tametſi
fingeres dolo malo verſatum creditorem cùm pignus
vili precio diſtraxit, ex parte autem emptoris nihil aliud
interueniſſe niſi quod rem ſuam agens, quomodo indu-
ſtrij & diligentes patres familias agere ſolent, quàm
minimo potuit pretio comparauit, dicam emptorem
perinde ſecurum eſſe acſi dolus malus creditoris nullus
interueniſſet, quia licet hoc caſu adſit dolus ex propo-
ſito ex parte creditoris, dolus autem in re ipſa ex parte
emptoris, tamen non idcirco videri poteſt emptor cum
creditore eodémque venditore colluſiſſe: neque enim
colluſio ſit niſi inter plures dolo ex propoſito vtrimque
concurrente, vt ipſum colluſionis nomen demoſtrat. At-
qui iam diximus dolum qui ſit in re ipſa non priùs
afficere perſonam cuius commodo fraus cedit (fraus
enim illa dicenda eſſet potiùs quàm dolus vt & *Cuiac.*
obſeruauit ad *d. l. ſi quis cùm aliter*) quàm ea perſona
ex eiuſmodi contractu agere cœperit. Conſequens igitur
eſt nihil dolo malo videri facere emptorem quandiu ex
emptione illa non agit, licèt ex ea rem retineat quandiu
non conuenitur, ac proinde nec poſſe vllomodo conue-
niri ob ſolum dolum creditoris. Quod ius non ſolùm
manifeſta ratione nititur, ſed etiam ſumma æquitate,
quia cùm talis venditio fieri non potuerit niſi admonito
priùs debitore *dicta l. 4. C. de diſtract. pignor.* imputari
poteſt debitori cur non ad emptionem acceſſerit, ſubie-
cturus emptorem qui pluris licitatus eſſet, atque ita im-
pediiſſet ne qua fraus in re ipſa per modicitatem precij
interueniſſet. Etſi enim non facit ea ratio vt liberum ſit
creditori abſente debitore fortaſſis per negligentiam &
incuriam verſari dolo in pignoris venditione: tamen
ceſſante dolo ex propoſito nihil eſt quod imputetur
emptori qui bona fide accepit ad publicam venditionem,
rémque proſcriptam quàm viliſſimo potuit precio, vt
emptores ſolent, comparauit, non clam, ſed publicè, non
celato, ſed admonito debitore. Nam ſi ea ſolennitas † 8
omiſſa ſit, fatebor vtique emptorem ſecurum fore, non
quod creditor dolo malo verſatus videretur (neque enim
id ſufficeret, vt dixi, ſi dolum emptor non participaſſet)
ſed quia venditio quæ non ritè rectéque id eſt ſollennib.
non ſeruatis facta eſt, nullum ius tribuere emptori po-
teſt *l. 2. C. ſi antiq. cred. pig. vendid.* Sed etſi aliqua eo no-
mine actio debitori competere poſſet, tamen non video
quomodo poſteriores † creditores eodem iure vti poſ- 9
ſint: Etſi. n. cauſſam habent à debitore, tamen in hoc mi-
nus iuris habent quàm debitor, vt in ſuperioribus di-
ctum eſt, quòd neque dominium vnquam habuerunt,
neque pignus, licèt conuenerint de pignore quandiu
prioris pignoris vinculum ſublatum non eſt. Itaque cùm
ritè vendito pignore nullum iis reliquum ſit ius offe-
rendi, neceſſe eſt, vt actionem quæ debitori competit
aduerſus emptorem ob dolum ab eo cum creditore an-
teriore participatum, accipiant à debitore per ceſſionem,
vt debitoris iure vti poſſint. Non. n. ex eo ſolo quod de-
bitorem habent obligatum cum ipſius bonis omnibus
adeóque iuribus, videri poſſunt habere ius exercendi
actiones, ſed tantùm ius petendi propoſita in actiones
ipſas hypothecaria vt ſibi cedantur. Proinde eo demum
caſu permittendum iis eſt, vt petant & impetrent ceſ-
ſionem, quo debitor ipſe agere poſſet, id eſt quo non ſo-
lùm dolus vtriuſque & creditoris & emptoris interue-
nerit, ſed etiam creditor non ſit ſoluendo. Nam cùm ſol-
uendo eſt, nihil contra emptorem conſtituendum eſt,
etiamſi dolum participauerit. Quòd ſi venditio † pigno- 10
ris non à creditore ipſo facta fuit, ſed per iudicem po-
ſtulante creditore: Admitto liberum eſſe non debitori
ipſi poſt ſemeſtre in eam rem præſtitutum, ſed creditori-
bus poſterioribus vt aduerſus emptorem agant, ſi non
venditioni adfuerunt *l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pig.*
At non propter interuenientem immodicam læſionem,
ſed iure communi, & etiam ſi læſio nulla interue-
nerit, nimirum offerendo quicquid emptori
abeſt, vt in ſuperioribus diſputauimus
ex *dict. l. 3. D. de diſt. pignor.*

ERROR IX.

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi.

SVMMARIA.

1 *Sententia tituli C. etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri poſſe,ſecundum pragmaticos.*
2 *Iure pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur citra conuentionem,contra pragmaticos.*
3 *Verus ſenſus d.tit.C. etiam ob chirogr.pecun. pign.ret. poſſ. & ſeq.*
4 *Chirographaria pecunia quæ dicatur in d.titulo.*
5 *Exceptio quæ præcitato titulo adiungenda eſt.*
6 *Sæpè expreſſa nocent,quæ non expreſſa non nocerent.*

1 CElebris eſt in praxi titulus ille *C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe*, ſed à pragmaticis † peſſime proculdubio
intellectus. Sic.n. vulgò accipiunt, quaſi ius
ſit creditori cuilibet etiam chirographario, ſi quam debitoris
ſui rem penes ſe habeat eam retinendi pignoris
iure,licet de pignore nullomodo conuenerit.Quo ineptius
& abſurdius dici nihil poteſt. Neque enim fieri
2 queat vt pignoris † iure retineatur res quæ non eſt obligata,nec
rurſus vt pignoris obligatio contrahatur, aut
contracta intelligatur citra conuentionem extra eas
cauſſas in quibus receptum eſt,vel aliqua lege aut ſenatuſconſulto
conſtitutum vt pignus vel hypotheca tacitè
contrahatur,vt ſcripſimus in *Error*. 1. Vnde petenda ſunt
cætera omnia quæ ad profligandum hunc errorem ad-
3 ferri poſſent.Itaque tituli illius ſenſus † hic eſt, Creditorem
pignoratitium ius habere retinendi pignoris,non
ſolùm pro ea pecunia,cuius nomine pignus datum eſt,
ſed etiam ob chirographariam,quo nomine ſignificamus
4 † non eam duntaxat quæ chirographi tabulis contineatur,ſed
omnem omnino pro qua pignus nullum datum
ſit ſiue ex chirographo, ſiue ex inſtrumento publico &
authentico,adeòque etiamſi ex pacto nudo ſine ſcriptura
& naturaliter,non etiam ciuiliter debeatur.Nam ſicuti
quod naturaliter tantum debetur,licet peti non poſſit,
retineri tamen poteſt : ita & pignus ex ea cauſſa retineri
nihil prohibet,quoniam & dari poſſet, quemadmodum
& fideiuſſor *l. græcè* 8.§.*fideiuſſor*. *D. de fideiuſſ*. Cæterum
creditorem pignoratitium eſſe neceſſe eſt, pignúſque
contractum fuiſſe vt retineri poſſit. Nemo enim ex eo
ſolo quod rem non obligatam retinet, ſibi eam obligat,
ſed ex contrario eam quæ ſibi obligata eſt ideò creditor
retinet,quia obligatam habet, licèt non pro ea pecunia
cuius nomine nunc retinetur. Poteſt tamen intereſſe
quomodo pignoris conuentio facta ſit. Nam ſi ſimpliciter
inter nos conuenerit de pignore pro centum, tu
verò præter ea centum,totidem mihi ex nudo chirographo
debeas,locum habebunt quæ diximus, id eſt, non
proderit tibi ad luendum pignus,quòd centum ſolueris
pro quibus pignus dederas, niſi & alia centum offeras,
5 nec priùs pignoratitia naſcetur, Sed ſi hoc expreſſim †
conueniſſet, quod plerunque fit, vt ſolutâ pecuniâ pro
qua pignus datum eſt,pignus reſtituatur aliud, vtique
dicendum eſſet, quia conuentio expreſſa non relinquit
locum poteſtati iuris. Vt. n. ob chirographariam pecuniam
pignus retineri poſſit, non fit ex contrahentium
ſiue tacita ſiue expreſſa voluntate, ſed ex poteſtate iuris
creditori fauentis vt ſuum conſequatur.Itaque ſi creditor
contraria expreſſaque conuentione vrgeatur, nihil
cauſſæ eſt cur ei faueamus,qui ſibi ipſi legem dixerit, &
ad titulum illum hæc proculdubio ſubijcienda exceptio
eſt,niſi in contrarium conuenerit vt ſolutâ quandocunque
pecunia pignoratitiâ pignus reſtituatur. Nec diſtinguemus
an pecunia chirogapharia iam tum debita fuiſſet,an
poſteà deberi cœperit. Atquin dicat aliquis,etiamſi
conuentio illa adiecta non eſſet, De pignore poſt ſolutam
pecuniam reſtituendo, tacitè tamen ex natura pignoris
ſubintelligeretur, Cur ergo maior erit vis expreſſi
quàm taciti?Nam & dici ſolet id quod tacitè ineſt,
ſi exprimatur nihil operari. Verùm reſpondeo non eſſe
nouum vt expreſſa † noceant, quæ non expreſſa non 6
nocerent,quomodo habet vulgata iuris regula.Hoc verò
etiam pragmatici noſtri ignorant,quamuis non ſemel à
ſenatu noſtro,ita vt ſentiendum diximus, iudicatum ſit.

ERROR X.

Si creditor de pignoris euictione conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Titulus Cod. Creditor euict. pignor. non deber ad eum etiam caſum pertinere autumant pragmatici, quo diſtractio facta fuerit per iudicem.*
2 *d. Titulum pertinere tantum ad eum caſum quo venditio facta ſit per creditorem iure creditoris, contra pragmat. & n.7.*
3 *Facta per iudicem diſtractione pignoris, alius quàm debitor de euictione teneri non poteſt.*
4 *De euictione alius teneri non poteſt, quàm qui vendidit,aut euictionem ſtipulanti promiſit.*
5 *De euictione qua actione agi poſſit.*
6 *In caſu ad quem d. titulum pragmatici referunt non intereſt creditor ſit in dolo necne.*
8 *Venditor de euictione tenetur, etiamſi nihil dictum ſit, dumne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur.*
9 *Ratio cur conſtitutum vt creditor de euictione pignoris non teneatur.*
10 *Quatenus teneatur aut non teneatur de euictione creditor qui iure ſuo pignus vendidit.*
11 *Si dolo malo nihil factum ſit à creditore qui vendidit pignus, an ipſe debitor de euictione teneri debeat.*
12 *Ratio dubitandi pro debitore.*
13 *Ratio decidendi contra debitorem.*
14 *Imbecillitas rationis qua DD. probant venditionem ſub haſta factam ob immodicam læſionem reſcindi non poſſe.*
15 *Licèt creditor non teneatur de euictione,tenetur tamen de pretio reſtituendo ſi pignus venditum euictum fuerit.*
16 *Licèt valeat pactio ne venditor de euictione teneatur, non tamen valet vt euicta re, venditor nihilominus pretium retineat.*
17 *Actio de euictione & rem repoſcit,& quicquid emptoris intereſt.*
18 *Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accipit, licèt alius ſoluerit,quam qui debuit.*
19 *Quomodo accipienda regula, His ſolis condicenda eſt pecunia, quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit.*
20 *Quid iuris ſit vbi debitor qui tenetur de euictione ſoluendo non eſt.*

EXtat in Codice † noſtro titulus, *Creditorem euictionem pignoris non debere* : quo 1
pragmatici paſſim abutuntur, vt probent,
Diſtractis, vt hodie fit, ex ſtatuto noſtro
pignoribus autoritate iudiciali, poſtulante creditore,
ſi ea pignora poſtmodum euincantur, creditorem
de euictione non teneri, ſi non fuerit in
dolo : interueniente autem dolo, teneri : nos verò
iam monuimus † obiter in ſuperioribus, titulum 2

illum non ad hunc cauſam pertinere, quo venditio fiat
per iudicem, vrgente creditore, ſed ad eum potiùs quo
venditio facta ſit per creditorem ipſum iure creditoris.
3 Nam cùm venditio, † quæ fit autoritate iudicis, quaſi
nomine debitoris, vt creditori ſolutionem vrgenti ſatis-
fiat, ab ipſo debitore facta intelligatur, quandoquidem
factum iudicis eſt factum partis *l. 1. & 2. C. ſi in
cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Apparet alium quàm debito-
rem de euictione teneri non poſſe *l. ſi ob cauſſam 13.
Cod. de euict.* Neque enim auditum eſt alium de euictio-
4 ne † teneri quàm qui ipſe vendidit, aut euictionem ſti-
pulanti promiſit; cùm de euictione agi † non poſſit niſi
aut actione ex empto aut ex ſtipulatu *l. 5. in ven lit. 60.
5 D. de euict.* Porrò neque ex empto agi poteſt contra eum
qui non vendidit, neque ex ſtipulatu contra eum qui
nihil promiſit. Quare nec diſtinguendum eſt † an hoc
6 caſu creditor in dolo fuerit, necne. Non enim quod in
dolo ſit, fortaſſe petens id quod vel nunquam verè de-
bitum fuerit, vel iam ſolutum ſit, poteſt eum facere ven-
ditorem, nec conſequenter obligare de euictione: Præ-
ſertim cùm vt dixi parata emptori ſit actio contra ipſum
debitorem ex cauſſa euictionis *d. l. ſi ob cauſam.* Pertinet
igitur † titulus ille Codicis ad alium caſum, quo pignus
7 à creditore ipſo venditum ſit iure creditoris. Nam cùm
eo caſu alius venditor non ſit quàm creditor. Ius au-
tem ita comparatum ſit vt venditorem † emptori
8 euictionem præſtare oporteat, etiamſi nihil di-
ctum ſit, dum ne in contrarium conuenerit, ne de
euictione teneatur *l. ex empto 11. in princip. & §. vlt. D. de
action. empt.* Neceſſe omnino fuit conſtitui & caueri ne
creditor de euictione teneretur, quia nec eum teneri †
9 æquum eſt, cùm non poſſit videri emptorem decepiſſe
diſtrahendo iure creditoris rem ſibi obligatm, quando
nec vendidit tanquam dominus, ſed tanquam creditor.
Proinde nihil eſt quod ei imputetur euicto poſtmodum
pignore dummodo † probet ſe fuiſſe legitimum & an-
10 teriorem creditorem, ſibique rem illam à debitore pigno-
ris iure obligatam, nec à ſe quicquam dolo malo factum
eſſe. Nam ſi iam fortè reſciens deceptum ſe à debitore
fuiſſe in eo quod alienam rem debitor pro ſua, aut iam
obligatam pro libera pignori dederit, rem illam quaſi
ſibi bene obligatam pignoris iure vendiderit, dolo feciſ-
ſe videbitur cùm ſciuerit, aut ſcire debuit alienam rem à
debitore aut iam obligatam oppignerari, & conſequen-
ter eius diſtrahendæ ius in ſe transferri non potuiſſe:
Itaque cùm ſimilis ſit ei qui alienam rem nullo iure ven-
didit, adeóque ſciens & prudens, iuris ratio facit vt de
euictione teneatur, perinde ac ſi creditor non fuiſſet,
quia pignoratitius verè non fuit, nullo re vera contracto
pignore, vendendi autem pignoris poteſtatem ex con-
uentione habet creditor pignoratitius, non ex qua parte
creditor, ſed ex qua pignoratitius eſt. An igitur † ſi nihil
11 dolo malo factum ſit à creditore qui vendidit nulla em-
ptori pignoris actio de euictione ſupererit, ne quidem
contra debitorem? Nam facit pro debitore quòd is nec
12 reuera vendidit, nec intelligitur vendidiſſe, ſed creditor.
At cùm ipſi proficiat ſolutio † precij per quã conſequi-
13 tur ille liberationem à ſuo creditore, cui & vendendi pi-
gnoris occaſionem pro iure dedit, nulla ſanè ratio iuris,
vel æquitatis patitur vt in damno emptor moretur cuius
pecunia creditor dimiſſus eſt. Ideóque cùm nullam ad-
uerſus creditorem ipſum habeat actionem, neceſſe eſt ei
conſuli aduerſus debitorem ac ſi ipſe vendidiſſet: Ex ra-
tione poſita *in d. l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* tametſi lex
illa non ad hanc pignoris venditionem pertineat, ſed ad
illam potiùs quæ nomine debitoris per iudicem fa-
cta ſit. Ratio enim illa, *quia debitori ſolutio proficit*,
generalis eſt, ſiue debitor ipſe, aut quod idem eſt,
apparitor iudicis & executor pro debitore, ſiue cre-
ditor vendiderit. Ex quo apparet † quàm egregiè erra-
uerint non modò ex pragmaticis, ſed etiam ex Do- 14
ctoribus noſtris plerique exiſtimantes venditionem
quæ ſub haſta & publice facta ſit, reſcindi non poſſe ex
cauſſa immodicæ læſionis quantumlibet enormis. Illa
potiſſimum ratione quòd parcendum ſit emptori quòd
viliore precio voluit emere rem, cuius nomine, ſi quan-
do euicta eſſet, nullam ſe actionem ſciuit habiturum.
Sententia ipſa falſa eſt: vt conſtat ex *l. ſi quos C. de reſc.
vend.* Sed ratio ineptior, quia omni caſu emptor habet
debitorem de euictione obligatum: & prætereà credito-
rem illo vno caſu quo ipſe vendidit, & in dolo fuit. Sanè
ſi non de euictione quæratur, † ſed de precio quod ex 15
venditione ſolutum eſt reſtituendo, facilius eſt vt credi-
tor emptori teneatur, non tantùm ſi creditor ipſe, ſed
etiam ſi debitor vendidit. Nam niſi probet ſe & legiti-
mum & antiquiorem creditorem, obligatur ad precium
quod accepit reſtituendum. quoties pignus venditum
euincitur per creditorem anteriorem, licèt nihil dolo
fecerit, nec de euictione vllomodo teneatur. Aliud
enim eſt de precio aliud de euictione teneri: vt ex eo
conſtat quòd valet pactio, † ne venditor de euictione 16
teneatur, non etiam vt euicta re venditor tamen pre-
cium retineat *d. l. ex empto §. quia autem de actio. empt.*
Actio enim de euictione † non tantùm precium repo- 17
ſcit, ſed etiam quicquid emptoris intereſt rem habere
licerè, licèt in eo ipſo quod intereſt rei precium &
quanti res ipſa eſt comprehendatur *l. 1. eod. tit.* Quòd ſi
creditor cui ex precio venditi pignoris ſatisfactum eſt, &
legitimus, & anterior fuit, non poteſt ad precij reſtitu-
tionem conueniri cùm ſuum acceperit. Repetitio † 18
enim nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licèt alius ſol-
uerit quàm qui debuit *l. repetitio 43. de cond. indeb.*
Quid ergo: Agendum erit eo nomine contra debitorem
† quia ſolutio ei profuit, nec obſtat iuris regula quæ 19
habet his ſolis condicendam eſſe pecuniam quibus ſo-
luta eſt, non quibus ſolutio proficit *l. his ſolis 49. eod. tit.*
Id enim ad eas demum pecunias pertinet quæ prorſus
indebitæ ſunt, cuiuſmodi non eſt illa quæ precij no-
mine venditori datur, licèt aliena res vendita & poſtmo-
dum euicta ſit. Quandoquidem aliena quoque res ven-
di poteſt *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* nec ad
aliud venditor obligatur, niſi vt rem tradat, emptor
autem vt precium accipientis faciat, ſaluam poſteà ha-
biturus ex empto actionem de euictione ſi res euincatur
d. l. ex empto in princip. Quid ergo ſi debitor † ſoluen- 20
do non ſit? Neceſſe eſt emergere iniquitatem vt vel cre-
ditor debiti, vel emptor precij iacturam faciat. Vtrique
ſanè videtur poſſe imputari creditori, cur cum inope de-
bitore contraxerit, emptori verò cur à creditore non do-
mini ſed creditoris iure diſtrahente comparauerit. Sed
tamen æquius eſt vt in pari culpa durior ſit conditio
petitoris, nec condici quicquam poſſit creditori, qui
ſuum bona fide conſecutus eſt, licuit enim ei vigilare,
& emptorem quærere ad ſuum conſequendum, dum
ne quid fecerit dolo malo. Emptor autem diligentiùs
inquirere debuit an debitor ſoluendo eſſet necne,
quem ſciebat de euictione obligatum iri, non credi-
torem.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI,
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De pecunia peneſeum depoſita qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *An agens depoſiti, depoſitario defuncto & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſsionis generalis inſtantiam.*
2 *Sententia pragmaticorum negans.*
3 *Rationes negantis ſententia.*
4 *Diſtinctio adhibenda ex ſententia autoris.*
5 *Diſcuſsionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat.*
6 *Si res depoſita repetatur actione depoſiti, actor ad generalem diſcuſsionis inſtantiã remittendus eſt: & n. 8.*
7 *Actio depoſiti non habet priuilegium pralationis niſi poſt dotem.*
9 *Pecunia perit confuſione.*
10 *Re depoſita extante, ſi agat dominus actione ad exhibendum, an ex ea quoque cauſa ad inſtantiam diſcuſsionis remittendus ſit.*
11 *Ratio dubitandi pro affirmatiua.*
12 *Ratio decidendi pro negatiua.*
13 *Limitatio negatiua ſententia.*
14 *Beneficium legis Iuſtinianea & inuentarij quomodo conueniat cum edicto pratoris* de ſeparationibus, *quomodo item differat.*

1 DEfuncto † eo apud quem pecunia depoſita
fuit, ſi heres nullus ſit niſi cum beneficio
legis & inuentarij, dubitari ſolet an is qui
depoſuit agens depoſiti cogendus ſit ad
eam ire inſtantiam, quæ inter heredem & ceteros creditores tractatur, De bonis autoritate iudicis poſſidendis
vel venundandis, quam diſcuſſionis generalis inſtantiam
2 vulgò appellant. Et pragmaticis † placet, cogendum nõ
3 eſſe ratione illa † quòd is qui depoſitum petit, non tam
alienam quàm ſuam propriam rem perſequatur, ideóque
domini potiùs quàm creditoris iure agere videatur. Item
quòd in ipſo quoque creditorum concurſu actio depoſiti priuilegium inter cæteras habere exiſtimetur.
4 Ego verò non dubito, † quin diſtinguendum ſit, an
pecunia depoſita ſit in ſacculo, vt fieri ſolet, obſignato,
ne quæſtioni locus relinquatur, an eadem extent corpora nummorum, quæ depoſita fuerunt; an verò pecunia
ipſa numerata, ſicque depoſita ſit: aut, vt dicam generaliùs, quoniam aliæ quoque res mobiles præter pecuniam
deponi poſſunt. An ea ipſa res extet quæ depoſita fuit,
an non extet; & cùm extat, An per directam rei vindicationem, an per depoſiti actionem repetatur ſi res depoſita extet, eámque vindicet is qui depoſuit, (quod
vtique facere ſuo iure poteſt, cùm nemo rem ſuam deponendo eius dominium, at ne quidem poſſeſſionem in
alium transferre ſoleat, *l. rei depoſita* 8. *D. depoſit.*) fateor non eſſe cogendum de ſuo iure & ordine cum cæteris creditoribus litigare, quia hoc caſu non agit tanquam creditor, ſed tanquam dominus, nec contra heredẽ
tanquam heredem, ſed tanquam poſſeſſorem quemlibet,
qui reſtituendæ rei habeat facultatem, *l. officium 9. D. de
rei vind.* Diſcuſſionis † autem inſtantia iis tantùm com- 5
munis eſt, qui & creditores ſunt, & agunt iure creditorum, & ad perſonales duntaxat actiones pertinet, non ad
reales præterquam hypothecarias, quæ quoniã non niſi
creditoribus & tanquam creditoribus dantur, actionum
perſonalium quæ pro credito competunt ius ſequuntur:
in eóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed ſi res de-
poſita † non extet, aut extet quidem, verumtamen depo- 6
ſiti actione, non vindicatione repetatur, quod aliquando
fieri neceſſe eſt propter difficultatem quæ ſæpenumerò
ſumma eſt probandi dominij dico aliud iuris conſtitui
debere, nec priuilegium hac parte vllam habere actionẽ
depoſiti quominus ad generalem diſcuſſionis inſtantiam
remittendus ſit is qui agit. Eſt enim actio illa perſonalis,
& qui agit depoſiti, agit proculdubio tanquam creditor
ex cauſa depoſiti, cùm depoſitum ſit ex iis cauſſis in
quibus re contrahitur obligatio perſonalis ſicut & mutuum & commodatum. Non nego depoſiti actionem habere priuilegium poſt dotem, vt cæteris actionibus perſonalibus præferatur, quarum priuilegia non ex tempore
æſtimari ſolent, ſed ex cauſſa *l priuilegia* 32. *de reb. auto.
iud. poſſid* Sed non impedit illud priuilegium, quominùs
de iure & ordine illius qui rem depoſuit diſputari inter
cæteros creditores oporteat. Imò verò tum demum priuilegio locus eſt cùm ſit concurſus creditorum, & contenditur quis inter eos, & quo ordine præferri debeat. Quẽadmodum & inter hypothecarios creditores euenit, vt
qui ex iis habent ius prælationis, nihilo magis recuſare
poſſint ne ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remittantur, & verò cum inter perſonales quoque actiones actio
† depoſiti non habeat priuilegium prælationis niſi poſt
dotem, de dote autem cogatur etiam mulier diſputare in 7
diſcuſſionis inſtantia, nec minùs hodie quàm olim, tametſi ex Iuſtiniani conſtitutionibus habeat priuilegium
nõ ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis, quod
olim non habebat. Cur obſecro melior erit conditio eius
qui agit depoſiti, vt ei ante omnes creditores & extra
diſcuſſionis inſtantiam ſatisfieri oporteat? Idque apertius eſt ſi res depoſita † non extet. Nam cùm hoc caſu ſi
dolo malo aut latâ culpâ depoſitarij perierit, condẽnatio 8
facienda ſit, quanti intererit deponentis, adeóq; quanti
is ſua intereſſe in litem iurauerit. Apparet non poſſe

dici rem ſuam potiùs quam alienam repoſcere eum qui
pro re pecuniam, aut pro his vel illis corporibus nùmo-
rum alia corpora repetit: quod fieri neceſſe eſt in pecu-
nia depoſita quoties non in ſacculo obſignato depoſita
9 eſt. In eo namque differt pecunia † à cæteris rebus quæ
non in pondere, aut menſura conſiſtunt, quod perit con-
fuſione, ſtatim atque deſit poſſe diſcerni verum illa ipſa
numorum corpora ſint, quæ depoſita fuerunt, licèt re-
uera ſint eadem. Quanquam, vt dixi, parum refert eadem-
ne an alia corpora ſint, ſi modò actione depoſiti, non di-
recta rei vindicatione repetantur. Quid verò ſi eadem
10 quidem corpora † extent, depoſita fortaſſis in ſacculo
obſignato, eáque vindicare dominus velit, ſed non poſ-
ſit, quia non exhibentur; ideóque actione ad exhiben-
dum experiri cogatur, an ex ea quoque cauſſa ad inſtan-
11 tiam diſcuſſionis erit remittendus? facit dubitationem
quòd actio hæc Ad exhibendum in perſonam eſt, licet
ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. Proinde
videtur eodem iure cenſeri debere, quo cæteræ actiones
perſonales, quas diximus in generali diſcuſſionis inſtan-
tia, id eſt vnico inter creditores omnes heredémque ip-
ſum iudicio exercendas eſſe? Sed non ita eſt, nam cum
12 actio † ad exhibendum non detur niſi contra eum qui
ipſe poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere *l. 3. ff. ad exh.* appa-
ret heredem qui cum poſſideat & exhibendi habeat fa-
cultatem, non vult exhibere ſi ex ea cauſa conuenìatur &
condemnetur, non tam quaſi heredem quam ex proprio
facto & dolo conueniri, ob idque nihil actionem hanc
habere commune cum cæteris creditoribus, non magis
quàm directam rei vindicationem in cuius locum ſub-
ſtituta eſſe intelligitur. Quoties enim heres qui benefi-
cium legis & inuentarij implorauit, condemnatur ob
propriam culpam, licèt tanquam heres conuentus ſit, vt
puta ſi ob malam litem inſtitutam vel ſuſceptam heredis
iure condemnationem expenſarum paſſus fuerit, gene-
rale eſt vt ea res creditoribus hereditariis non debeat no-
cere, quibus nihil imputari poteſt, ſoliuſque heredis
damno cedat condemnatio cui irrogandæ proprium he-
redis factum cauſſam dederit. Multo igitur magis idem
erit dicendum, ſi heres non tanquam heres ſed tanquam
alius poſſeſſor quilibet conuentus ſit, quod fit propoſita
in eum actione ad exhibendum: niſi fortè proponas †
13 heredem ea actione conueniri ex perſona defuncti, non
ex propria, id eſt quòd defunctus rem de qua agitur do-
lo malo poſſidere deſiiſſet. Tunc enim haud dubiè con-
ſtituenda eſſet eadem ratio huiuſmodi actionis ad exhi-
bendum, quæ & cæterarum actionum perſonalium quæ
cauſſam habent hereditariam, dantúrque contra here-
dem quatenus heres eſt. Hoc ſiquidem caſu is qui vin-
dicaturus fuit tanquam dominus ex domino fit credi-
tor, non heredis ſed defuncti, qui in dolo fuit, & cuius
cæteri quoque omnes ſunt creditores. At cum heres fa-
cultatem habet rei exhibendæ & reſtituendæ, quam ſ.
reperit in hereditate, nec tamen vult reſtituere dominus,
fit ex domino creditor non defuncti, qui depoſitum ſuſ-
ceperat, ſed heredis qui in mora & dolo eſt, ideóque nec
cogitur cum cæteris concurrere: quippe qui non here-
dis creditores ſunt, ſed defuncti: Beneficium enim legis
14 Iuſtinianeæ † & inuentarij tantumdem heredi & per
conſequentias heredis creditoribus præſtat, quantum
præſtabat olim creditoribus defuncti edictum Prætoris
De ſeparationibus, vt non confundantur rationes cre-
ditorũ defuncti & heredis, imò longè plus, quia ſepara-
tio illa hodie fit ipſo iure quæ olim erat impetranda,
itémque commodo heredis & creditorum ipſius, cùm
olim non niſi per defuncti creditores peti & impetrari
poſſet *l. 1. D. de ſeparat.* Denique edictum *de ſeparationi-
bus* locum non habebat in creditoribus hypothecariis,
ſed tantùm in chirographariis, quia nec neceſſe erat
cùm ſatis cautum eſſet hypothecariis, actione hypo-
thecaria vtpote priuilegium ſuum ex ordine temporis
[illegible]. At beneficium Iuſtiniani locum habet etiam in
hypothecariis, fauore ſcilicet creditorum non defuncti,
ſed ipſius heredis, quibus vtique conſultum eſt per con-
ſequentias, hoc ipſo quod heredi conſulendum viſum
fuit, ne aditione hereditatis creditoribus defuncti ſupra
vires hereditarias ſe obligaret.

ERROR II.

De ſeparatione ex edicto prætoris impetranda.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia ſuperuacuum hodie eſt edictum prætoris* de Separationibus, *poſt Iuſtiniani conſtitutionem in l. vlt. C. de iur. delib. & quomodo illud colligant.*
2 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
3 *Beneficium Iuſtinianeæ legis quid habeat commune cum beneficio prætoris ex edicto de ſeparationibus.*
4 *Beneficium Iuſt. legis non ſuſtulit poteſtatem edicti.*
5 *Iuſtinianus in d. l. vlt. C. de iur. delib. vt proſpexerit heredi, & eius propriis creditoribus.*
6 *Per aditionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatarijs, non item bona heredis.*
7 *Inter hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur.*
8 *Diſcrimen inter Iuſtiniani conſtitutionem, & edictum prætoris* de ſeparationibus.
9 *Caſus quo hodie neceſſarium eſt ſeparationis auxilium.*
10 *Sententia l. 1. §. prætereà ſciendum. D. de ſeparation. aduerſus pragmaticos explicata.*
11 *Nullo facto inuentario ſeparatio fieri poterit, ſi à creditoribus hereditarijs poſtuletur.*

EXiſtimant † pragmatici plerique, eſſe ho- 1
die ſuperuacuum edictum Prætoris *De ſe-
parationibus* poſt Iuſtiniani conſtitutionem
in l. vlt. C. De iur. delib. quæ omnibus he-
redibus nouum inuentarij beneficium at-
tulit, vt quamuis hereditatem damnoſam adierint, ſi ta-
men ſolenniter & intra conſtituta tempora inuentarium
confecerint rerum omnium in hereditate repertarum,
conueniri poſteà non poſſint ſupra quàm ſit in heredi-
tate. Conſequens enim videtur, vt ſi inuentarij bene-
ficium ab herede agnitum & imploratum ſit, fruſtrà pe-
tatur ſeparatio ex edicto, quæ ipſo iure & ex Iuſtiniani
lege facta eſt. Sin heres purè adierit, ſibique oblatum le-
gis auxilium neglexerit, confuſionem fieri neceſſe ſit iu-
rium omnium & patrimoniorum defuncti & heredis, ac
proinde ſeparationi locus nullus relinquatur. In quo †
manifeſtiſſimè cæcutiunt, & nimis ſtolida iuris ignora- 3
tione labuntur. Etſi namque beneficium † Iuſtinianeæ 2
legis & inuentarij habet neſcio quid ſimile & commu-
ne cum beneficio Prætoris ex edict. *de ſepar.* hactenus
ſaltem ne defuncti & heredis patrimonia confundan-
tur, non tamen ſuſtulit † poteſtatem edicti, ne tum qui-
dem cùm inuentarium factum eſt, multò minùs verò ſi 5
factum non ſit. Id enim duntaxat Iuſtinianus † egit vt
heredi proſpiceret ne metu onerum hereditariorum de-
terreretur ab adeunda hereditate, quam haberet ſuſpe-
ctam, vtque eam adeundo non niſi quatenus hære-
ditariæ vires paterentur, obligaret ſe creditoribus &
legatariis defuncti: Ex quo factum ſanè eſt per conſe-
quentias, vt non tantùm heredi, ſed etiam per heredis
perſonam propriis ipſius creditoribus conſultum ſit,
qui alioqui ſi chirographarij tantùm erant, iactu-
ram debiti facere poterant, ſaltem ex parte, con-
currentibus nimirum creditoribus defuncti, quibus
heres quoque obſtrictus eſſe cœpiſſet ex quaſi cõtractu,
ex quo tempore adiiſſet hereditatem debitoris *§. he-
res quoque, Inſtit. de obligat. ex quaſi contract.* dixi ſi
chirogra

Digitized by Google

Chirographarij tantum erant, quoniam in heredis credi-
toribus hypothecariis nihil tale metui poteſt, non ea tã-
6 tùm ratione quòd per † aditionem hereditatis ſolus heres
obligetur creditoribus & legatarijs, non item bona he-
redis, tametſi adierit ſimpliciter & abſolute, id eſt non
implorato beneficio legis & inuentarij. Sed etiam quia
licèt creditores defuncti hypothecam ſibi acquirerent in
bonis heredis, nihil tamen ea res obeſſet anterioribus
heredis creditoribus hypothecam anteriorem habenti-
7 bus, quandoquidem inter hypothecarios † creditores
ordo temporis attẽditur. Temporis, inquã non contracti
debiti, ſed conſtitutę hypothecæ, cum fieri poſſit vt lõgo
poſt contractum debitum interuallo hypotheca conſti-
tuatur. Porrò hypotheca ſi qua per aditionem heredita-
tis tacite contraheretur, aditione ipſa vetuſtior eſſe non
8 poſſet. Sed nego Iuſtiniani conſtitutionem † prodeſſe
creditoribus defuncti, quinimo aduerſus eos potiſſimum
lata eſt, vt qui alioquin paratam actionem aduerſus he-
redem habituri erant adita per eum debitoris inopis he-
reditate, nullam facto inuentario haberent. Atqui ex
contrario edictum prætoris *De ſeparationib.* ſolis here-
ditarijs, non etiam heredis creditoribus proſpicit, ne cõ-
fuſio illa patrimoniorum quæ per aditionem inducitur,
& conſequenter heredis inopis creditoribus ipſo iure
prodeſt, vt locupletiorem habeant debitorem, noceat
creditoribus defuncti nullum pro debito chirographa-
rio priuilegium ex temporis ordine habituris. Etſi enim
cuique liberum eſt creditoris ſui chirographarij condi-
tionem duriorem facere, alterius creditoris ſiue chiro-
grapharij, ſiue hypothecarij adiectione, indéque fit vt
creditores heredis locupletis qui damnoſam hereditatẽ
adijt ſeparationem impetrare nequeãt aduerſus credito-
res defuncti *d. l. 1. De ſeparat.* non tamẽ ſimiliter æquum
eſt, vt quis per proprios creditores alienis creditoribus
iniuriam faciat. Poteſt quidem facere ſummo iure ſi pau-
per heres & non ſoluẽdo adeat hereditatẽ locupletis de-
bitoris, quoniã per aditionẽ illam fit confuſio vtriuſque
fuerunt patrimonij, quæ res inducit vt ex bonis quæ de-
functi perinde atq; ex ijs quę ſolius fuerũt heredis ſatiſ-
fieri oporteat omnibus creditoribus tã heredis quã de-
functi. Sed cùm eo caſu ſumma iuris ratio pugnaret cum
æquitate, Prætor pro ſuo imperio corrigendum id pu-
tauit, & permittẽndam defuncti creditoribus ſeparatio-
nem bonorum, ne ijs noceret factum heredis cum quo
non contraxerunt, & de quo in contrahendo ne per
ſomnium quidem cogitarunt. Quis ergo dicat Iuſtinia-
nea illa conſtitutione, quæ non niſi fauore heredis &
creditorum heredis lata eſt, in præiudicium creditorum
defuncti factum eſſe, vt ſuperuacuum hodie ſit edictum
De ſeparationib. etiamſi inuentarium cõſcriptum ſit? An
ergo abrogatum? Ne hoc quidem. Quoniam non in eo
nocere creditoribus defuncti voluit Iuſtinianus, vt per
concurſum creditorum heredis ius eorum minueretur,
ſed in eo tantùm vti ne melior conditio ipſorum fieret,
ob id, quod inopis debitoris hereditatem locupletior
heres adijſſet. Sunt autem hæc longè diuerſa, Deterio-
rem fieri conditionem creditorum defuncti, & non fieri
9 meliorem. Itaque ſi quando † adita hodie ſit hereditas
locupletis debitoris ab herede qui non ſit ſoluendo, &
concurrãt chirographarij vtriuſque creditores, æquè ne-
ceſſarium erit hereditarijs auxilium ſeparationis atque
olim fuit, & æquè habebit locum, licèt inuentarium fa-
ctum proponatur: non enim efficit inuentarium quo-
minus heres ſit re vera heres, proindéque acquiruntur
ei bona defuncti commodo etiam propriorum credito-
rum, ac ſi nullũ factum eſſet. Quòd ſi nullum factum ſit,
fit quidem confuſio patrimoniorum, ſed non impedit ea
res quominus edictum *de ſeparationibus* locum habere
debeat: quin potiùs confuſionem illam fieri neceſſe eſt vt
ſeparationi locus eſſe poſſit: vidi ego, & nudis dentibus
10 riſi aliquando ex pragmaticis pleroſque abutentes † in
contrariam ſententiam, eo quod ſcriptum eſt in *d. l. 1.*
§. præterea ſciendum. de ſeparat. poſtquam bona here-
ditaria bonis heredis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſe-
parationem, ideo quòd confuſis & vnitis bonis ſeparatio
fieri nequeat. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de cõ-
fuſione quæ fit ſola iuris poteſtate per aditionem here-
ditatis, ac non potiùs de vera & reali mixtione corpo-
rum in hereditate repertorum cum corporibus bonorum
heredis. Vt puta, ſi frumenta defuncti mixta ſint cum
frumentis heredis, aut nummi cum nummis, aut quid aliud
ſimile ex earum rerum numero, quarum dominium confuſione amittitur. *l. adeo quidem. 7. §. voluntas [illegible] rer. dom. §. ſi quorum. Inſtit. de rer. diuiſ.* Idque oſtendunt
verba illa Vlpiani, *Quid ergo ſi prædia extent vel manci-
pia, vel pecora, vel aliud quod ſeparari poteſt?* Item quæ
ſequuntur, *Niſi ita coniuncta ſint poſſeſſiones & permixtæ
propriis, vt impoſſibilem ſeparationem effecerint.* Igitur nul-
lo facto † inuentario, ſeparatio fieri poterit ſi ab heredi-
tariis creditoribus poſtuletur. Nihil enim hoc caſu à
Iuſtiniano innouatum eſt, nec alij quàm ſibi ſuiſve pro-
priis creditoribus nocere poteſt heres qui reſpuit bene-
ficium inuentarij, ſicut è contrario agnitum illud bene-
ficium non prodeſt alij quàm heredi, niſi quod conſe-
quenter per heredis perſonam prodeſt etiam ipſius cre-
ditoribus, non vt deteriorem cauſam faciant creditorum
hereditariorum, ſed vt fruantur ipſi commodo ſeparatio-
nis heredi datæ, quam alioqui proprio iure ex edicto
prætoris petere & impetrare non potuiſſent, ne per con-
curſum creditorum defuncti difficiliorem minutium
ſuorum perſecutionem experiantur.

ERROR III.

De curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Sententia erronea pragmaticorum de curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.*
2 *Qua ratione ſuam aſſertionem ſuffulciant pragmatici.*
3 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*
4 *Inuentarij commoda.*
5 *Heres ex eo quod implorauit beneficium inuentarij non minus verè heres eſt.*
6 *Hereditas non adita dici nequit, quæ heredem, ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt.*
7 *Improbabile eſt ſi quis exiſtimet hereditatem meliùs defenſum iri à curatore, quàm ab herede.*
8 *An quo caſu heres eſt defuncti creditor, debeat dari curator hereditati?*
9 *Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſaluæ ſunt actiones, non propterea eſt actor, contra pragmat.*
10 *Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licèt nullus hereditati datus ſit curator.*
11 *Si hereditate pure adita ſaluum Heredi maneat ius retentionis, nec curator in eam rem dandus ſit, idem multò magis admittendum erit facto inuentario.*
12 *Inuentario non facto heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere tenetur.*
13 *Qatenus iure veteri obligatus erat heres legatarij non confecto inuentario.*
14 *Quatenus iiſdem obligetur heres ex Nou. 1. de her. & falcid.*
15 *Ex eo quod ſaluæ manent actiones heredi non eſt à Iuſtiniano conſtitutum vt hereditati curator detur, contra pragmat.*
16 *Curator bonis quandoque datur.*

17 *Non tamen iis quæ dominium habent præſentem.*
18 *Quo ſenſu dicatur beneficium inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis.*

1 SVauis hic † error eſt,& dignus ſubtilitate
pragmaticorum.Adita enim hereditate cum
beneficio,vt loquuntur,legis & inuentarij,
non dubitant quin hereditati curator dari
2 debeat tanquam iacenti, propterea quòd, † inquiunt,
perinde ſaluæ ſunt heredi actiones, quas aduerſus de-
functum habuit acſi adita hereditas non eſſet, proinde
aliquem conſtitui neceſſe eſt, qui actiones illas heredi-
tatis nomine excipiat,vt non tantùm actor ſit, ſed etiam
reus aliquis & defenſor. Non enim cæteri hereditarij,in
quorum necem imploratum legis beneficium eſt, videri
poſſunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quam
maximè intereſt, non vllius etiam alterius vt heredis
actiones ad amuſſim perpendatur, & ſi fieri poteſt,ſum-
moueantur,non tamen repræſentant perſonam defuncti
cuius fuerunt creditores,cùm in iura illius nullo modo
ſucceſſerint. Hereditas ipſa eſt quæ repræſentat quan-
diu adita non eſt.*l.non minus 31.§.1.D.de hered.inſtitut.*
l. hereditas 34. de acquir. rer. domin. Poſtquàm verò adita
eſt, ſicut deſinit eſſe hereditas, fitque patrimonium he-
redis, ita heres ille eſt qui tùm repræſentare incipit, &
quidem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus
mortis reuocata, ab eo tempore perſonam defuncti re-
præſentaſſe exiſtimetur. Cùm itaque, vt pragmatici exi-
ſtimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuen-
tarij habeatur partim pro agnita,partim pro non agnita:
pro agnita, quod ad creditores attinet: pro non agnita,
quod ad heredem ipſum, planè conſentaneum videtur
vt hereditati curator detur,qui actiones excipiat,& qui-
dem non eas tantùm quæ heredis propriæ ſunt, ſed &
cæteras creditorum omnium,quoniam & hereditatis in-
tereſt propter defuncti exiſtimationem vt ſoluendo eſſe
reperiatur, nec heredi ipſi aut colludendi, aut ſegniùs
creditores propulſandi facultas vlla relinquatur. Eoque
3 paſſim iure vtimur. Mihi † autem videtur nihil ſtultius,
4 & improbabilius dici poſſe. Nam cùm inuentarij † du-
plex commodum ſit;vnum illud, vt ſi quas heres aduer-
ſus defunctum actiones habuit, eas ſaluas retineat,per-
indéque poſſit exercere acſi heres non eſſet; alterum vt
adeundo non ſe obliget creditoribus aut legatariis de-
functi ſupra vires hereditarias, nemo non videt poſſe
inuentarij beneficium heredi eſſe vtile, tametſi nihil ipſi
debeatur,nimirum ſi hereditas ſuſpecta ſit, aut ære alie-
no onerata. Quo caſu quis color obſecro iuris aut æqui-
tatis ſuadere poteſt vt hereditati curator detur, aut vt
hereditas adhuc iacere videatur? An fortaſſe beneficium
† inuentarij efficit ne heres qui implorauit, verè heres
5 eſſe poſſit? Imò verò heres reuera eſt, defunctique per-
ſonam repræſentat,non minùs quàm ſi beneficium illud
non implorasſet,indéque fit vt & actiones omnes here-
ditarias exercere poſſit,& à debitoribus hereditariis exi-
gere, ac ſimiliter creditoribus hereditariis ſoluere *l.vl-*
tim.Cod.de iure delib. quorum omnium nihil fieri poſſe
per curatorem iſtum hereditati tanquam iacenti datum,
etiam Pragmatici fatentur. Quod ſi verum eſt, vt eſt,
heredem illum eſſe, tùm etiam cùm legis & inuentarij
6 beneficium agnouit?rogo an poteſt dici hereditas † non
adita,quæ heredem id eſt dominum habet, aut iacens
quæ eſt adita?aut adita pro parte,quin ſit in totum etiam
inuito herede?Nam ſi quis dicat neceſſariam eſſe cura-
7 toris † dationem, vt hereditas meliùs defendatur, néve
inter heredem & creditores colludatur,is profectò no-
uerit quàm è contrariis frequens colluſio ſit curatorum
huiuſmodi & heredum, quãtaque incuria in defenden-
da cauſſa hereditatis, vt nec iam niſi dicis gratia inter-
poni videantur,& vt ſollennitati iuris ſatisfiat, ne ſine
reo & defenſore iudicium conſiſtere videatur. Et verò
abſurdum ſit exiſtimare curatorem, cuius nihil prorſus
intereſt(ſumi enim ſolet ex iis qui nihil omnino iuris
in hereditate aut in hereditatem habent) maiore ſtudio
defenſurum hereditatem, aduerſus creditores, quàm
heredem ipſum, cuius lucro ceſſurum ſit ſi fortè here-
ditas ſoluendo eſſe reperietur. Vnus ergo ille tantùm
caſus † ſupereſt,in quo error pragmaticorum prætextu 8
aliquo defendi poſſit, ſcilicet ſi heres qui hereditatem
agnouit cum beneficio legis & inuentarij, idem credi-
tor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur ſanè, vt
idem ſit & actor & reus, aut vt cæteri creditores, qui
defuncti perſonam non repræſentant, proprias heredis
actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum
eſt heredem † eſſe actorem. Sic enim fiet vt nihil ſit 9
neceſſe reum aliquem & defenſorem conſtitui aduerſus
quem heres agat. Etenim quod dicimus heredi ſaluas
eſſe ſuas actiones propter imploratum legis & inuenta-
rij beneficium, non eò pertinet vt heredem pro iuribus
ſuis conſequendis agere oporteat,ſed eò potiùs,vt quod
ille aduerſus defunctum, ſi viueret, agendo conſeque-
retur,perinde poſſit conſequi etiam poſt aditam defun-
cti debitoris hereditatem, ſed tamen iure exceptionis &
retentionis, agentibus ſcilicet contra eum creditoribus,
Nam ex iuris regula cui damus actionem, multo magis
damus exceptionem & retentionem.Nec quod reus quo-
que in exceptione actor eſt, ad rem facit. Sic enim fit
actor, vt ſimul & ſemel qui primus actor fuit, reus ex ea
parte fiat, nec alius quærendus aut ſubiiciendus ſit qui
rei partes ſuſtineat. Alioqui dicendum erit eadem ratio-
no, ſi hereditas purè adita ſit, quæ legatis aut fideicom-
miſſo vniuerſali onerata fuit, heredem cui fideicom-
miſſum antiquius debeatur, non aliter id deducturum,
quàm ſi curator hereditati detur, qui fideicommiſſi il-
lius nomine conueniri poſſit vt ſciatur an debeatur. Et
tamen id falſum eſt. Deducit enim heres † fideicom- 10
miſſum ſibi debitum tanquam æris alieni loco, & ſimi-
liter omne æs alienum quod ſibi à defuncto debeatur,
etiamſi curator nullus hereditati datus ſit, defendenti-
bus nimirum illis ipſis legatariis aut fideicommiſſariis à
quibus conuenitur *l.in imponenda 6.l.irritum 8. C.ad*
leg.falcidiam.dict.l.cùm pater 77.§. antepen.D.de legat.2.
Quis enim vnquam dixit, hereditati quæ purè adita eſt,
curatorem dari debere vllo caſu,tanquam iacenti?Quod
ſi illo etiam caſu quo hereditas † purè adita eſt, ſaluum 11
heredi manet ius retentionis, nec curator in eam rem
dandus eſt, quidni idem admittemus facto inuentario?
Nam nec inter hos caſus quicquam intereſt,iuris veteris
rationem inſpicias, niſi quod ſi inuentarium † factum 12
non eſſet,heres creditoribus & legatariis defuncti in ſo-
lidum ſatisfacere teneretur, neque deducere poſſet ad-
uerſus creditores quod ſibi deberetur, quia cùm adeun-
do ſeipſum ille obligauerit, tenetur creditoribus etiam
ex propria perſona, nec intereſt creditorum, an ex bonis
hereditariis ſoluat, an ex propriis dummodò ſuum con-
ſequantur. Itaque non auferunt hereditatem ab herede,
imò nec minuunt, cùm hereditas non dicatur deducto
ære alieno, ſed æs alienum etiam, ſicut & incommoda
cætera non minùs quàm commoda in ſe contineat. Pro-
inde mirum non eſt nullum heredi ſupereſſe hoc caſu
ius deductionis,manente eadem ratione confuſionis poſt
aditionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiuſdem per
aditionem inducendæ.In legatariis† ſanè aliud eſt,quia 13
cùm legata non ex bonis heredis præſtari debeant, ſed
omnino ex hereditariis,deducto etiam omni ære alieno,
adeoque ſalua heredi falcidia ſi dodrantem excedant
(tãtum abeſt vt de ſuo ea ſoluere teneatur)non impedit
obligatio legatorum, quominùs heres deducat & reti-
neat quicquid ſibi debetur,quoniam illud omne eſt ex-
tra cauſſam hereditatis quæ per legata delibatur & di-
minuitur, Quæ ratio eſt *d.l in imponenda.*Quãquam hoc
hodie † immutatum eſt per cõſtitutionem Iuſtiniani in 14
*Nouell.1.De hered.& falcid.*quæ fecit vt ſi inuentarium
nullum conſcriptum ſit, heres non modò creditoribus
(quod

(quod iam erat conſtitutum in *l. vlt C. de iur. delib.*)ſed etiam legatariis in ſolidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non ſolùm vt falcidiæ beneficio aduerſus eos non vtatur qui Iuſtiniani beneficio vti noluit, quomodo cautum erat in *d. l. vlt.* quæ in caſum non confecti inuentarii nihil aliud induxerat, niſi vt antiqua ſeruarentur §. *ſin autem hoc aliquis. ead. leg.* ſed etiam vt ſi ære alieno exhauſta ſit hereditas, legata de ſuo præſtare heres teneatur *d. Nouell.* 1. §. *ſi vero non fecerit.* Atque ita comparantur hodie, poſt *dict. Nouellam.* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficium neglexit. Ceterũ facto inuentario, ſicut ceſſat ratio illa cõfuſionis quæ obſtat heredi, ne habeat ius deducendi & retinendi proprij debiti aduerſus creditores: Itémq; conſtitutio illa Iuſtiniani quæ eidem heredi nocet ne aduerſus legatarios & fideicõmiſſarios aut Falcidiã ponere, aut quod ſibi debetur deducere vel retinere poſſit, ita fatendum eſt ſic ei ſaluas eſſe proprias actiones, non vt eas exercere cogatur, ſed vt perinde poſſit deducere & retinere quod ſibi debetur, atque olim poterat adita purè & ſimpliciter hereditate, cùm nullus adhuc inuentarii vſus eſſet: Id eſt, per viam exceptionis, nullo in eam rem neceſſario curatore.
15 Neque ſanè in vtraque Iuſtiniani † conſtitutione verbum vllum aut indicium De curatore ex hac cauſa hereditati dando, quod tamen non erat prætermittendum ſi admittendum fuiſſet, ſed contra De iure excipiendi & retinendi eius quod heredi debetur, aperta ſunt verba Iuſtiniani in *d. l. vlt. §. in computatione.* de cuius ſententia dicemus ad finem capitis ſequentis. Sed etſi fateter quod ſemper negabo, dari ex hac cauſſa curatorem oportere, dicerem tamen dandum eſſe curatorem bonis,
16 † vt fieri ſolet, cùm abſente aut latitante debitore creditores in bonorum eius poſſeſſionem mittuntur, & de crediti cuiuſque iure & ordine inter eos diſputatur vt ad bonorum venditionem perueniri poſſit, *Tit. D. de curat. bon. dand.* Faciliùs enim ferendũ eſt vt detur curator bonis, quandoquidẽ etiam poſt aditionẽ bona defuncti quodãmodo dici poſſunt, quoniam aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, ſiue dicas dari hereditati ſimpliciter, ſiue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla eſt, niſi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis
17 † curator detur, quæ re vera non defuncti ampliùs bona ſunt, ſed heredis, quæque dominum habent præſentem, & ad bonorũ defenſionem ſuſcipiẽdam paratum, inſtru-
18 ctumque. Nam quod dicimus inuentarij † beneficium inducere ſeparationem patrimoniorũ defuncti & heredis, non ſic accipiendum eſt, vt bona defuncti maneant defuncti (quod nec fieri poteſt, quia cùm is qui defunctus eſt iam nullus ſit, eſſent nullius)ſed vt quamuis acquirantur heredi, nec minùs in eius dominio ſint quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non eſſet heres ſi non eſſet dominus §. *vl. Inſtit. de hered. qualit. & differ.*) ſeparatam tamen habeant rationem, hactenus vt ex ipſis duntaxat non etiam ex iis quæ propria heredis fuerũt, eique aliũde quàm ex defuncti hereditate acquiſita, tam creditoribus quàm legatariis & fideicommiſſariis defuncti ſatisfiat: acſi bona defuncti cum bonis heredis confuſa non eſſent poteſtate iuris, quæ tamen re uera per aditionem ſunt confuſa.

ERROR IV.

De iurium vniuerſalium & ſingularium confuſione quæ fit per aditionem hereditatis.

SVMMARIA.

1. *Erronea pragmaticorum traditio iura vniuerſalia per aditionem non confundi.*
2. *Ex eo quòd idem ſui ipſius non poſſit eſſe debitor & creditor, ſequitur etiam iura vniuerſalia per aditionem confundi.*
3. *Licet iura omnia per hereditatis aditionem confundantur, iure tamen veteri retinentur & deducuntur per heredem iure exceptionis.*
4. *Iure vero Iuſtinianeo ita demum deducuntur, ſi heres inuentarium confecerit.*
5. *Heres qui inuentarij confectionem neglexit obligatur in ſolidum creditoribus, legatarijs & fideicommiſſarijs.*
6. *Non confecto inuentario hereditas non modò confuſionis, verum etiam ſolutionis loco cedit propter præſumptam heredis malam fidem.*
7. *Confecto inuentario cedit hodie hereditas confuſionis loco, at non ſolutionis.*
8. *Conſtitutioni Iuſtiniani non eſt factum vt implorato inuentarij beneficio confuſio iurium heredis impediretur, aduerſus pragmaticos & interpretes.*
9. *Qu id noui induxerit Iuſtinianus in No. 1. de hered. & falcid. §. ſi vero non fecerit.*
10. *Iuſtinianus malus Latinitatis autor.*
11. *Sententia l. vlt. §. in computatione. C. de iur delib.*
12. *Nihil cauſæ eſt cur implorato inuentarij beneficiò curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat.*

FRequens pragmaticorum † verbum eſt, vnde tamen hauſtum planè neſcio. Iura vniuerſalia non confundi per aditionem hereditatis. Quod falſum eſt, Nam cùm ea confuſio quam poteſtas iuris ex aditione inducit, non aliam 1
† rationem habeat, quàm quòd fieri non poſſit vt idem ſui ipſius ſit debitor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in eandem perſonam iure debitoris & creditoris *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio. D. de ſolut. l. debitori* 7. *Cod. de pact.* Apparet non magis fieri poſſe quod ad iura vniuerſalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confuſio nulla fiat debiti & crediti eodem exiſtente debitore & creditore. Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuerſali iure fideicommiſſi heredi ipſi à defuncto debiti conſtitutum legimus in *l. irritum* 8. *Cod. ad leg. Falcid.* vt ab herede poſſit deduci, idem ipſum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet ſingulari ſcriptum etiam eſt in *l. in imponenda* 6. *eo tit.* Quinimò nec in fideicommiſſo vniuerſali ius illud obtinet, niſi quia fideicommiſſum eiuſmodi loco æris alieni eſſe intelligitur, *dict. l. irritum.* Quid ergo refert an fideicommiſſum vniuerſale fuerit an ſingulare, quod heredi ipſi à defuncto debitum fuit? 2
Iura nimirum † omnia & vniuerſalia & ſingularia per hereditatis aditionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, ſi quando ei hereditatis commodum vel ex cauſſa fideicommiſſi quod ab eo relictum ſit, vel per legatarios, non tamen per creditores auferatur: tametſi hereditatem purè adierit, iure ſcilicet vetere inſpecto, vt conſtat ex *dict. l. in imponenda & dict. l. irritum.* Nam iure nouo 3
† id eſt poſt Iuſtiniani conſtitutiones, in *dict. l. vltima. Cod. de iure deliberandi. & Nou.* 1. *De hered. & falcid.* diſtinguendum neceſſariò eſt, an inuentarij beneficium imploratum ſit, necne, non quod pertinet ad ius confuſionis (ſiue namque inuentarium factum fuerit ſiue non, confuſio fit, quoniam & is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, re uera heres eſt, & conſequenter idem debitor & creditor)ſed quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid ſibi à defuncto debitum fuit, nec tantùm aduerſus legatarios, ſi de ponenda falcidia quæratur, aut aduerſus fideicommiſſarios ſi ex fideicommiſſo reſtituenda ſit hereditas: ſed etiam aduerſus ipſos creditores hereditarios, quod olim diuerſum erat (non enim ſicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ra- 4

tio cum creditoribus ponitur deducto ære alieno.) Qui
verò inuentarium neglexit, non item: ne quidem quod
ad ipſos legatarios & fideicommiſſarios ſpectat, poſt-
quam placuit Iuſtiniano vt in pœnam neglecti inuen-
5 tarij † obligetur heres non ſolùm creditoribus defuncti,
ſed etiam legatarijs, & fideicommiſſarijs omnibus, & qui-
dem in ſolidum, id eſt, non ad finem vſque puræ defun-
cti ſubſtantiæ, quomodo loquitur Iuſtinianus in *§. ſi ve-
rò non fecerit d. Nouell. 1. De hered. & falcid.* eius nimirum
quæ ſupereſt detracto omni ære alieno *l. vltim. Cod. de
repub.* ſed etiam ſupra vires hereditatis: inde enim fit vt
hodie legatarij & fideicōmiſſarij non iam legatariorum
& fideicommiſſariorū, vt anteà, ſed creditorum iure hoc
caſu cenſeantur, quemadmodum ſuperiore capite à no-
6 bis explicatum eſt, Denique cùm aditio † nonnumquam
cedat loco confuſionis, nonnumquam etiam loco ſolu-
tionis *dict. §. aditio*, Iuſtiniani conſtitutionibus indu-
ctum eſt, vt non modò confuſionis, verumetiam ſolutio-
nis loco cedere debeat, ſi inuentarium nullum factum ſit,
Non illa ſolùm ratione quæ iuris veteris fuit, quod ſol-
uendo eſſe intelligatur hereditas quæcumque heredem
habet *l. quæ dotis 33. D. ſolut. matrim. l. libertus 39. D de
bon. libert.* (neque enim ſolutionis loco cedebat olim
aditio cuius commodum heredi non per creditores, ſed
per legatarios aut fideicommiſſarios eriperetur *l. debitor.
56.* In illis verbis, *verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuni-
am. D. ad S.C. Trebell. dict. l. in imponenda. & dict. l. irri-
tum. l. cùm emptor. 48. D. ad leg. falcid.*) At propter præ-
ſumptam heredis malam fidem qui dolo in hereditate
verſatus, & vt Nouellæ verbo vtar, multa malignatus
præſumitur, multa etiam ſubtraxiſſe ex quibus ſibi ſol-
uiſſe credendus eſt: cui præſumptioni non perinde lo-
cus olim erat priuſquam inuentarij beneficium indu-
7 ctum eſſet. Facto † autem inuentario cedit hodie aditio
confuſionis etiam quidem loco (nam ſicuti Iuſtinianus
non fecit vt qui heres eſt cum beneficio inuentarij non
ſit reuera heres, ita nec facere potuit vt per beneficium
inuentarij confuſio iurium impediatur, quam diximus
ex eo fieri quod heres idémque creditor adeundo here-
ditatem debitoris ſui, fiat etiam debitor) ſed non etiam
loco ſolutionis, ſicuti nec olim quod ad legatarios & fi-
deicommiſſarios. Nam ſi ſolutionis quoque loco cede-
ret, non ſupereſſet ſaluum heredi ius deducendi & reti-
nendi quod ſibi debitum eſſet à defuncto, quódque pro
iam ſoluto haberetur, quod tamen hodie ſaluum quem-
admodum & olim fuit, hæc ſola differentia, quòd cùm
olim non niſi aduerſus legatarios & fideicommiſſarios
ſaluum eſſet, hodie tamen etiam aduerſus creditores
ipſos ſaluum eſt. Nempe quòd ſicut æquum eſt durio-
rem eſſe hodie conditionem eius qui hereditatem abſo-
lutè adit, quàm olim eſſet propter inductum à Iuſtinia-
no neglectúmque ab herede beneficium inuentarij, ha-
ctenus vt ne quidem quod ad legatarios & fideicommiſ-
ſarios attinet ſaluum habeat ius retinendi & deducendi
eius quod ſibi à defuncto debebatur: Ita ex contrario
meliorem eſſe oporteat conditionem illius qui inuenta-
rium confecit quàm fuiſſet olim heredis puri: vel hoc
ipſo vt beneficium aliquod ex Iuſtiniani lege heres
ſentiat: cui proculdubio fauere Iuſtinianus voluit, non
nocere. Alioqui non poſſet dici quis foret effectus nouæ
conſtitutionis, niſi ille vnus (quòd prorſus à Iuſtiniani
mente alienus eſſet) vt heredum qui inuentarium non
conficerent durior eſſet cauſſa, quàm olim fuiſſet ante
inuentarij beneficium introductum. Itaque apparet non
8 ſolùm pragmaticos † quod minùs mirandum dolen-
dumque eſſet, ſed eruditiores etiam pleróſque iuris in-
terpretes partim hic labi, exiſtimantes Iuſtiniani lege fa-
ctum eſſe vt implorato beneficij inuentarij confuſio iu-
rium heredis omnino impediatur, quæ ſanè nullomodo
nulláque iuris conſtitutione impediri poteſt. Debuerūt
9 dicere Iuſtiniani legem † hoc non induxiſſe, vt quãuis
per aditionē confuſio fiat iurium, non tamen ea confuſio
ſolutionis etiam iure cenſeatur, ne quidem quod ad cre-
ditores, multo minùs igitur quod ad legatarios fideicō-
miſſarius, qui nec creditores ſunt, nec pro creditoribus
habētur, niſi in odium eius heredis qui inuentarij bene-
ficium vltro neglexit: idque non ex *dict. l. vlt. C. de iure
deliberandi.* quæ de creditoribus tantùm loquitur, neque
obligat heredem legatariis in ſolidum, niſi hactenus vt
Falcidiam detrahere non poſſit, ſed ex *dict. Nouell. 1. de
hered. & falcid. §. ſi verò non fecerit.* quæ primùm hoc ius
induxit, vt legatariis & fideicommiſſariis exemplo credi-
torum heres qui inuentarium non fecit obligetur etiam
ſupra vires hereditatis. i. nec falcidiæ iactura liberetur,
Sicque proculdubio accipiendum eſt, quod Iuſtin. † 10
alioqui ſatis malus latinitatis & iuris auctor ſcribit † in 11
d. l. vlt. §. in computatione, Actiones non confundi quas
contra defunctum habuit heres qui inuentarium fecit.
arg. *d. l in imponenda*, in cuius ſpecie non confuſio quæ
per aditionem hereditatis contingit, ſed confuſionis
effectus impeditur, viſque deducendi & retinendi pro-
prii debiti heredi conſeruatur. Nam & ad ius illud de-
ductionis, exceptionis & retentionis proculdubio reſpi-
cit Iuſtin. in *dicto §. in computatione.* vt probant priora
illa verba *damus ei licentiam excipere & retinere quic-
quid in funus expendit*, &c. Quo enim iure poteſt heres
excipere & retinere quod in funus impendit niſi tan-
quam factus ex ea cauſa creditor? Quid verò intereſt
quod ad formam agendi pertinet vtrum heres creditor
eſſe cœperit poſt mortem defuncti, an verò iam ipſo mor-
tis tempore creditor fuerit: Proinde quod lex ait actio-
nes, ſi quas habuit, eas confuſas non intelligi, ſic om-
nino accipiendum eſt, vt eodem exceptionis & reten-
tionis iure ſibi conſulere heres poſſit ne actionum ſua-
rum commodo cadat. Ex quo apertiùs conſtat quàm ve-
rum ſit quod ſuperiore capite diſputauimus, nihil cauſſæ
eſſe cur implorato † legis & inuentarii beneficio cura- 12
torem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti
dari oporteat. Quid ſi heres ipſe defuncto debuit, an
confuſio fiet, aut quomodo agent creditores: Dicam
inf. à cap. 6. ad fin.

ERROR V.

De herede qui dolo malo verſatus eſt in heredita-te cuius inuentarium fecit.

SVMMARIA.

1 *In confectione Inuentarij multas ſolenitates præſcrip-
ſit Iuſtinianus.*
2 *Inuentarium ſolenne quod.*
3 *Heres tenetur inuentario ſubſcribere & adhibito iure-
iurando affirmare ſe nullius malignitatis con-
ſcium eſſe.*
4 *Etiam teſtes tenentur iurare quòd adfuerint, & in
nullo conſcij ſint factæ ab herede malignitatis.*
5 *An inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo
malo verſatus eſt in hereditate.*
6 *Sententia pragmaticorum affirmans, & eiuſdem
ratio.*
7 *Vbi heredis dolus nullus interuenit, ſi per culpam ta-
bularij aliquid peccetur in forma inuentarij con-
ficiendi, illud non cedit damno heredis.*
8 *Ratio proxime allati pronunciati.*
9 *Si dolus heredis interueniat, eam pœnam patitur he-
res. ex Iuſtin. lege, vt duplum præſtet aut ſibi im-
putet earum rerum, quas celauit aut ſubtraxit.
& num. 17.*
10 *Quodnam ſit Iuſtiniani inſtitutum in l. vlt. C. de iur.
delib. & Nou. 1. de hered. & facid.*
11 *Heres beneficio legis priuandus eſt, vbi & eius dolus
inter*

interuenit, & ſolennitas aliqua inuentarij ab eo neglecta eſt: & num. 14.

12 *Ex eo quod Iuſtinianus conſtituit, vt heres ſubſcribendo iuret ſe nihil circa res hereditarias dolo malo feciſſe, non ſequitur eum beneficio legis priuandum ſi dolum duntaxat admiſerit.*

13 *Heres qui ſubſcripſit ſe nihil feciſſe dolo malo, ſi de ea re nullum iuſiurandum interponat & tamen doloſè verſatus ſit ex Iuſt. Conſtitutione Indignus eſt inuentarij beneficio.*

15 *Heres qui doloſè verſatus eſt, & peierauit, non eſt indignus inuentary beneficio, ex Iuſtiniani lege.*

16 *Quid ſentiat autor de ſupradicta Iuſtiniani lege, vide etiam cap. ſeq. n. 15.*

19 *Quantus ſit hodie abuſus beneficij inuentarij, & quomodo ei à Principe occurrendum eſſet.*

1 MVltæ ſunt & variæ † ſolennitates quas obſeruari Iuſtinianus præcepit in conficiendo inuentario ab herede qui legis & inuentarij beneficium implorauit; propter quam cauſam nec immeritò ſolenne † hoc inuentarium
2 vulgò appellatur ad differentiam cæterorum, quæ à tutore aut curatore bonis dato & aliis eiuſmodi perſonis fieri ſolent, qua vix vllam iuris ſolennitatem aliam deſiderant quam vt bona fide conſcribantur. Inter cæte-
3 tas autem ſolennitates vna illa eſt, vt heres † inuentario ſubſcribat, & affirmet non nuda ſuſcriptione, vt conſtitutum erat in *l. vl. §. ſin autem dubius. C. de iur. delib.* ſed quod additum eſt per *Nouel. 1. §. hinc nobis. De her. & falc.* adhibitu etiam iureiurando, nullius ſe conſcium eſſe malignitatis, id eſt, vt apertiùs explicat *dict. l. vlt.* quod nulla malignitate circa res hereditarias à ſe facta vel facienda, eæ res apud ſe remaneant. Quin & ab
4 ipſis teſtibus † iurari Iuſtinianus voluit, quòd adfuerint iis quæ geſta ſunt, & viderint quæ tunc agebantur, & in nullo cõſcij ſint factæ ab herede malignitatis, quæ ipſa Nouellæ verba ſunt. Hinc quæritur, ſi poſteà conuictus
5 † ſit heres aliquid ex hereditate ſubripuiſſe aut celauiſſe, vel amouendum curauiſſe, An inuentarii beneficio priuandus ſit, & doli nomine hactenus coercendus, vt creditoribus & legatariis omnibus ib ſolidum, id eſt etiam ſupra vires hereditarias teneatur. Pragmaticis †
6 placet teneri, ratione illa, ſanè vt prima ſpecie videtur, non iniqua nec abſurda, quòd legis beneficio indignus ſit qui dolum admiſit & qui in legem ipſam peccauit addito etiam periurio, ne alioqui eueniat vt & periurii ſui fructum ſentiat, & Iuſtiniani beneficium ad creditorum & legatariorum iniuriam protrahatur, iiſque captioſum ſit quod nunquam certè ferendum eſt, *l. Paulus notat. 8. D. de ſtipulat. prætor.* Extra hãc cauſſam, id eſt
7 nullo circa res hereditarias † admiſſo dolo, ſi quid peccatum ſit in forma conficiendi inuentarij propter omiſſas aliquas ſolennitates culpa fortaſſis tabularij id eſt eius qui tabulis & ſcripto committit inuentarium, non putant pragmatici vſque ideò inhumanè agendum eſſe cum herede cuius dolus nullus arguatur, vt legis auxilio quod implorauit carere debeat; & hoc iure vtimur. Mihi poſterior huius pragmaticorum ſententiæ pars
8 probatur, prior non item. Nam cum heredis dolus † nullus interuenit, iniquiſſimum ſanè fuerit ex ſola tabularij culpa damnum ipſi irrogari præſertim cùm nec imputari ei poſſit cur tabularium non elegerit peritiorem: ſolent enim qui inuentaria hæc conſcribunt à iudicibus eligi, & ex eorum quidem numero quos iudex ſciat in ea re melius verſatos, vt pauci ſunt qui hanc praxim adprimè calleant, vixque vnquam contingit adeò exactè ſatisfieri ſolennitatibus omnibus, vt non in aliquo peccetur. Et certè aliter poſito iure eueniret facilè, vt ipſi quoque heredi beneficium ipſum inuentarij eſſet captioſum, cùm is non aliter ſuſpectam defuncti hereditatem fuiſſet aditurus, at potius repudiaturus.

Neque verò quicquam intereſt creditorum & legatariorum, quibus vtriſque conſuli poteſt commodè alio inuentario, quod ipſius tabularij ſumptibus ab alio tabulario ritè rectéque reficiatur. Nimirum ſi quid omiſſum ſit ex iis ſolennitatibus quæ ſunt præcipui & maioris momenti: Leuiorum enim omiſſio non ſolet nocere, niſi accedente dolo, nec facilè iudices in eam inclinant ſententiam, vt inuentarium licèt minùs ritè factum pronuntient nullum eſſe. Intereſſet quidem creditorum & legatariorum purè aditam eſſe hereditatem, potiùs quàm cum beneficio legis & inuentarij, ſed poſtquam ſemel adita eſt implorato legis beneficio nihil corũ intereſt an ex priore, an ex poſteriore inuentario beneficiũ legis re-
tineatur. Atcùm heredis dolus interuenit, † fateor qui- 9
dem æquum fore conſtitui, vt creditoribus & legatariis in ſolidum & ſupra vires hereditarias teneretur is, qui lucrum illicitum ex alterius iniuria per legis beneficium dolo malo captaret, ſed tamen nego ita ius conſtitutum fuiſſe. Eſt enim expreſſa in eam rem conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. vlt. § licentia. in fi. C. de in. delib.* vbi ſcriptum eſt heredem, qui agnouit beneficiũ legis & inuentarij, & inuentarium fecit iuxta eam formam, quæ ipſa lege præſcripta eſt, ſi conuictus fuerit aliquid ex hereditate ſubripuiſſe, aut celauiſſe, vel amouendum curauiſſe, non aliam pœnam pati debere, quàm vt duplum præſtet, aut ſibi imputet earum rerum quas celuit aut ſubtraxit. Manet igitur nihilominùs heres ex beneficio legis & inuentarij, qui & duplum ipſum tanquam talis heres præſtat, quandoquidem ſi ex eo dolo fieret heres abſolutè nulla inuentarij habita ratione, fruſtra condemnaretur ad duplum inferendum qui etiam nõ illato duplo in ſolidum omnibus & creditoribus & legatariis ſatisfacere cogeretur. Non enim quod dicimus duplum ab eo præſtari, hanc ſenſum habet, vt cui ex creditoribus aut legatariis centum debentur, cogatur ducenta ſoluere, ſed illum potiùs vt ſi rem ſubtraxerit dignam centum, cogatur, inferre ducenta in hæreditatem, vt hereditas iis centum aucta locupletior fiat, & debitis legatiſque exſoluendis idoneior. Neque poſſum videre quænam in nouella Iuſtiniani lege *De hered. & falcid.* verba ſint ex quibus ſupradicta prioris conſtitutionis pars correcta videri poſ-
ſit. Etſi enim apertum eſt Iuſtinianum † in *d. l. vlt.* id 10
vnum agere vt faueat heredibus legis ſuæ beneficium agnituris, hactenus, vt non creditoribus & legatariis damnum adferat, ſed duntaxat vt ne ex damnoſæ hereditatis aditione meliorem ipſorum conditionem fieri patiatur. In nouella verò contra proſpicere magis velle creditoribus & legatariis non quaſi priore lege abrogata, ſed in odium heredis beneficium inuentarij aut ſtatutas præſcriptaſque ſolennitates negligentis, tamen quod ad hanc rem attinet, id eſt in coërcenda malignitate heredis qui ſubtraxit res hereditarias nihil prorſus noui Iuſtinianus induxit, niſi vno illo caſu, vt verba ipſa demonſtrant, quo heres implorato inuentarij beneficio, tamen neglexerit conficiendi inuentarij ſolennita-
tes. Vtrumque enim Iuſtinianus † requirit, id eſt, vt 11
& forma inuentarij non ſit ritè obſeruata, & dolo malo heredis factum fuerit ne obſeruata ſit. Ex quo magis apparet, ſi nihil præter dolum interuenerit, ſeruatis alioquin ſolennitatibus omnibus, non id velle Iuſtinianum vt heres beneficio legis priuetur. Planè ſi concurrente dolo aliqua ex ſolennitatibus vel minima omiſſa ſit, erit locus conſtitutioni, vt heres in ſolidum condemnetur non propter omiſſionem ſolennitatis duntaxat, nec propter dolum ſolùm, ſed propter concurſum vtriuſque, quoniam ita lex ſcripta eſt. Licet leuiorum ſolennitatum omiſſio alioqui nullius ſit momenti, ne quidem ad obligandum heredem vt aliud inuentarium ex integro fieri curet, quemadmodum ſuperiùs diximus
Nec eſt quod quis dicat † noua illa Iuſtiniani lege hoc 12
additum eſſe ad priorem, vt heres inuentarium conficiens non tantùm ſuſcribat, ſed etiam ſubſcribendo iuret

nihil ſe circa res hereditarias dolo malo feciſſe: Æquiſ-
ſimum autem eſſet & rationi adprimè conſentantum, vt
qui peierauit, peioris ſit conditionis quàm ſi nudo men-
dacio ſe oneraſſet. Nam reſpondeo additum illud fuiſſe
maioris ſolennitatis gratia, ac ne tam facilè iniuriam
comminiſci heredes poſſent: ſolent enim plerique mor-
talium alioqui faciles ad mentiẽdum & delinquendum,
difficiliores eſſe ad peierandum: vana vtique ſuperſti-
tione potius quàm vera religionis veneratione, cùm ex-
tra cauſſam periurij Deum Opt. Max. proximúmque vl-
trò & conſultò offendere non dubitent. Itaque ſi ponas
23 † heredem qui ſubſcripſit, nihil ſe feciſſe dolo malo,
nullum de ea re iuſiurandum interpoſuiſſe, & tamen do-
loſè verſatum eſſe, fatebor ex ea Iuſtiniani conſtitutio-
ne indignum eſſe beneficio inuẽtarij heredem qui alio-
qui ante nouellam indignus non fuiſſet, non ob id quòd
dolum admiſerit, ſed quia ſolennitatem iuris dolo malo
prætermiſit. Duo enim illa hic concurrunt quæ requiri
diximus, vt heres qui inuentarium confecit, perinde
15 obligetur ac ſi non feciſſet: † Dolus malus, & peccatum
16 in forma. Sed ſi iurauerit † & peierauerit, nego fieri eum
indignum, quia licèt ſit in dolo, nec viri boni officium
impleuerit, legis tamen præſcripto & ſolennitati ſatis-
fecit. Neque enim ſicut ad formam & ſolennitatem ne-
ceſſariam illud pertinet vt heres iuret, ita illud quoque
ne peieret, ſed potiùs ad conſcientiam & bonam fidem:
nunquam autem ex periurij cauſa creſcit pœna eius qui
peierauit, niſi ſi quando ita expreſſim conſtitutum ſit,
quia periurium ſatis Deum vltorem habet *l.2.Cod.de reb.
credit.* Sublata verò periurij cauſſa nihil ſupereſt quod
obiici poſſit heredi præter dolum malum, qui porrò non
minus interuenit, periurio ceſſante quàm accedente.
Quid ergo, inquies, An doloſo heredi fauendum eſt. Mi-
nimè verò: ne tum quidem, cùm nec iurauit nec peie-
17 rauit. Sed dico legem ſeruandam eſſe † quæ certam
aliamque in hunc caſum pœnam conſtituit, Dupli ſcili-
cet, pro quaque re ſubtracta inferendi. Iam profeſſus
18 ſum non placere † mihi hac parte Iuſtiniani legem, po-
tiuſque debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid
feciſſe probaretur inuentarij beneficio, & commodo pri-
uaretur. Sed non eſt noſtrum in ea re in qua ius certum
habeamus ex apertiſſimis verbis legis prætextu vllo æ-
quitatis recedere ab eo quod ſcriptum præſcriptumque
eſt *l.proſpexit 9. D.qui & à quib. manum.* Edictum Prin-
cipis eam rem neceſſarium eſſet his præſertim tempori-
19 bus in quibus vix eſt vt beneficium † hoc Iuſtiniani
alioquin iuſtum ſatis & æquum, ſi ex bona fide res tra-
ctaretur, non trahatur ad iniuriam creditorum & legata-
riorum, heredibus paſſim illud implorantibus, tum etiam
cùm opulentiſſima & locupletiſſima hereditas eſt: non
proinde vt ſibi caueant, ſed vt creditoribus & legatariis
omnibus moram faciant, ac longioribus litium anfracti-
bus & tergiuerſationibus dilata in annum aliquando
trigeſimum & quinquageſimum ſententia iudicis De re-
bus hereditariis à creditoribus ex ordine poſſidẽdis vel
venundandis graſſentur intereà liberiùs in hereditate,
plenóque ipſius iure & commodo fruantur, proinde acſi
nec creditor nec legatarius quiſquam eſſet. Placeret au-
tem vt huic malo occurreretur (agam enim hic conſilia-
rium Principis & Senatorem) ita ius conſtitui edicto
Principis, non quomodo in Gallia conſtitutum eſt, ſi re-
periatur ex ſubſtitutis aut ex agnatis & cognatis proxi-
mioribus aliquis, qui paratus ſit hereditatem abſolutè
agnoſcere & citra beneficium legis, audiendus ille ſit vt
heredi ſiue ſcripto ſiue legitimo præferatur, eique &
inuentarij & hereditatis ſimul commodum eripiat: (ni-
mis enim hoc diſſitum eſt à iure ſcripto & à lege Iuſti-
niani, cuius ſemper ſalua ſanctáque quantum fieri po-
teſt autoritas apud nos eſſe debet:) Sed vt quemadmo-
dum Iuſtinianus certum tempus conſtituit inuentario
& inchoando & abſoluendo, ita & aliud perinde certum
tempus heredi præfigeretur, ad ſummum ſemeſtre, niſi
ſi quando ex patrimonij & perſonarum qualitate breuius dari deberet, intra quod iuberetur curare & effectu ipſo perficere, vt inſtantia, quam diſcuſſionis vocant, terminaretur, & de creditorum ac legatariorum omnium herediſque ipſius iure ac ordine pronunciaretur: id ni faceret, remoueretur non quidem à beneficio inuentarij (eſſet enim fortaſſe id nimis durum, præſertim ſi quam potuiſſet abſoluendæ inſtantiæ diligẽtiam heres præſtitiſſet, quo tamẽ etiam caſu idem ius cõſtitutum vellem, ne qua facti quæſtio aut ſubterfugij occaſio relinqueretur) ſed ab hereditatis poſſeſſione, eaque poſſeſſio ei ex creditoribus qui eſſet anterior, & maioris pecuniæ creditor, in fiduciæ ſpeciem adiudicaretur, præſtita per eum ſatiſdatione de bonis benè adminiſtrandis, & rationibus adminiſtrationis bona fide reddendis, niſi ſi mallent creditores eligere alium ex creditoribus, aut virum probum non creditorem, qui eam bonorum adminiſtrandorum curam ſuſciperet, vt in *dict. l.2. De curation. bonor. dand.* Sic enim fieret vt vel admittendæ poſſeſſionis metu, vel eius recuperandæ ſtudio & auiditate heres diligentior fieret ad inſtruendam finiendamque diſcuſſionis inſtantiam, Aut ſi negligens eſſe pergeret, nihil obſtaret quominus diligentiam præſtare quantam vellent, creditores ipſi poſſent, nec haberent de quo magis quàm de ſeipſis quererentur.

ERROR VI.

De herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum non eſt audiendus heres qui poſt contrectatas res hereditarias beneficium inuentarij implorat.*

2 *Autoris in oppoſitum diſceptatio.*

3 *Tempus quod inuentario conficiendo præſcriptum eſt, non currit niſi ab adita hereditate, & ideo poteſt heres res hereditarias ante confectum inuentarium contrectare.*

4 *Beneficium inuentarij vt differat à beneficio deliberandi, & num. 5.*

6 *Intra quod tempus ab adita hereditatis die inuentarium oporteat inchoaſſe.*

7 *Ex eo quòd lex Iuſtiniani iubet heredem iurare ſe nihil ſubtraxiſſe, aut celaſſe, apparet erroneam eſſe pragmaticorum ſententiam.*

8 *Aduerſus iuſiurandum purgationis ſalua eſt probandi facultas.*

9 *Suſpicio doli, quodque heres aliquid ex hereditate ſubtraxerit, per iuſiurandum extinguitur.*

10 *Probandi neceſſitas incumbit ei qui dolum obiicit.*

11 *Qui ex delata hereditate aliquid clam amouet aut ſubtrahit, non eo magis cenſetur heres.*

12 *Perinde heres vere eſt is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, atque is qui purè: nec magis poteſt hereditatem repudiare,*

13 *Hereditatis incommoda, 1. obligari in ſolidum creditoribus & legatarijs, 2. & implicari negotijs hereditarijs.*

14 *Beneficium inuentarij non tollit ſecundum hereditatis incommodum, ſed tantum primum.*

15 *Heres qui tempore intermedio quod ſequitur aditionem, & præcedit inuentarij confectionem, dolo malo verſatur in hereditate, in duplum condemnandus eſt, ex Iuſtiniani conſtitutione.*

16 *Pœna legibus conſtituta etiamſi leniores quàm par ſit, non poſſunt nec debent à iudicibus exaſperari.*

17 *Quomodo fraudibus heredum in hereditate graſſan-*

tium

*rium ante confectum inuentarium hodie occurren-
dum eſſet.*
18 *Quid iuris ſit vbi heres ſcriptus aut legitimus, vi-
uo adhuc teſtatore expilauit bona quæ fuerunt
defuncti.*
19 *A fure non manifeſto non valdè diſtat is qui heredi-
tatem expilauit.*
20 *Rei hereditariæ furtum fieri poteſt.*

HVic errori ſuperior cauſſam dedit: nam
pragmatici ſicut non dubitant quin bene-
ficio legis & inuentarij planè indignus ſit
heres qui dolo malo verſatus eſt in heredi-
tate, tametſi omnes in conficiendo inuen-
1 tario ſolennitates adhibuerit, ita defendunt † non eſſe
eum audiendum ſi poſt contrectatas pro arbitrio res he-
reditarias imploret beneficium legis & inuentarij, ra-
tione præſumpti, vt inquiunt, doli, propterea quòd
credendum ſit in fraudem creditorum & legatariorum
captari beneficium huiuſmodi ab eo, per quem factum
ſit quominus res integra videri poſſit. Ergo ſi e contra-
2 rio † verum ſit, vt eſſe probauimus, non eo minùs here-
di ſaluum eſſe beneficium legis, quòd in conſcribendo
inuentario dolum amiſerit, ſi modò ad dolum non ac-
cedat omiſſio ſolennitatum, planè conſequens fiet vt
multo magis dicendum ſit præſumptum dolum ei non
nocere, cui nec apertus probatúſque noceret. Quam-
quam nec video cur præſumptio doli tam facilè capien-
da ſit aduerſus heredem boni fortaſſe nominis, qui &
iure ſuo vſus eſt contrectando res hereditarias, & nunc
vtitur iure communi implorando beneficium inuenta-
rij. Solet enim dici Dolo non facere eum qui iure, ſiue
ſuo, ſiue communi vtitur. *l. vltim. Cod. de in integr. re-
3 ſtit.* Nam quid eſt obſecro, quod ei poſſis imputare, cùm
tempus † ipſum quod inuentario conficiendio præſcri-
ptum eſt, non currat niſi ab adita hereditate, vt prag-
matici quoque fatentur? Aditam ergo priùs here-
ditatem eſſe neceſſe eſt vt inuentarij beneficio locus
eſſe poſſit. Quid porrò intereſt an verbo heres declaret
ſuam voluntatem, an facto, id eſt gerendo pro herede
quod fit attingendo & contrectando res hereditarias?
l. gerit 88. de acquir. hered. Quidni verò heredi liceat
poſt aditam hereditatem contrectare pro arbitrio res he-
reditarias, cùm reuera heres & dominus ſit, nec eo magis
deſinat eſſe heres quod beneficium legis & inuentarij
4 agnouerit? In eóque nimirum differt beneficium † in-
uentarij à beneficio deliberandi, quod quoniam non
competit ei qui iam heres eſt, ſed ei demum qui heres
fieri poteſt, excluditur ſanè & amittitur, ſi is qui delibe-
rare ſe dicit, attingit intereà quid hereditarium, & qui-
dem ita vt ſtatim fiat heres abſolutè, nec quamuis tem-
5 pora largiuntur, electionem habeat, an beneficium †
inuentarij agnoſcere velit, an abſolutè heres eſſe. Sic
enim à Iuſtiniano conſtitutum eſt, in pœnam eius qui
deliberare maluit quàm inuentarij beneficium agnoſ-
cere *l. vlt. § ſin autem hoc aliquis. C. de iur. delib.* At is qui
hereditatẽ iam adiit cùm heres ſit, & eſſe velit, ſiue abſo-
lutè, ſiue cum beneficio inuentarij quandiu per legem
licet, cur non poſſit ea omnia facere quæ citra ius & no-
men heredis fieri nequeunt? Aut cur ex ea cauſſa priue-
tur beneficio inuentarij ob factum id quod iure ſuo fa-
5 cere potuit? Denique vbi deſinit † ius deliberandi, ibi
incipit ius conficiendi inuentarij, id eſt ex quo adita eſt
hereditas. Alioqui quid dicemus ſi bona fide adiit here-
ditatem nihil cogitans de futuro inuentario, quòd ab-
ſolutè heres eſſe vellet, exiſtimans fortaſſe opulentiſſi-
mam eſſe hereditatem, quæ reuera eſt damnoſa, poſteà
verò contrectatis iam rebus hereditariis, meliúſque ex-
ploratis viribus hereditatis, & apparentibus iam credi-
toribus qui anteà latebant, confugit ad auxilium Iuſti-
nianeum? An illi imputabimus cur non in ipſo adeundæ
hereditatis momento inuentarium confecerit? Atqui ſa-
tisfecit legi, ſi modò intra † diem trigeſimum ab eo adi- 6
tæ hereditatis die numerandum inuentarij confectio-
nem inchoauerit, deinde ſolenniter perfecerit. Nihil
enim aliud eſt quod ab eo Iuſtiniani lex requirat. Quin
& ob eam nimirum cauſſam conſtitutum eſt à Iuſtiniano,
vt quo tempore inuentarium fit, heres iuret nihil à ſe
dolo malo admiſſum fuiſſe circa res hereditarias, nihil
ſubtractũ, celatum nihil. In quo obſeruandum eſt quod
errorẽ pragmaticorum apertiſſimè detegit, non iuberi † 7
heredem iurare nihil ſe egiſſe hereditarium, ſed nihil ſe
ſubtraxiſſe, aut amouiſſe, aut amouendum curauiſſe, ni-
hil denique dolo malo in hereditate aut circa heredita-
tem feciſſe; cuiuſmodi iuſiurandi interponendi ratio
nulla eſſet, ſi nec ante iuſiurandum illud interpoſitum
hereditarias res contrectare ipſi liceret. Quomodo enim
ſubtraxiſſe poteſt, qui ne quidem potuit contrectare? Fa-
teor non ſine cauſſa poſſe ſuſpicionem incidere, quòd
heres aliquid ex hereditate ſubtraxerit & amouerit, quia
fuit ei facilè ita facere, ſi voluit ille dolo malo verſari.
Sed ea ſuſpicio tantùm, non præſumptio eſt, nec here-
dem ad aliud obligat niſi vt iuret, ad purgandum ſe de
dolo malo, non etiam vt inuentarij beneficio priuetur:
Ne alioqui eueniat, quod eſſet iniquius, vt periurus
quoque fuiſſe credatur. Cur enim adigas eum ad iu-
randum, ſi nec iuranti vis credere? Non quod ad-
uerſus eiuſmodi iuſiurandum probatio in contrarium
admitti nequeat (eſt enim generale vt aduerſus iuſ-
iurandum † quod purgationis vocant, ſalua ſit pro- 8
bandi facultas) ſed hactenus, ſaltem vt præſumpti il-
lius doli ſuſpicio † per iuſiurandum extinguatur, nec 9
heredi poſſit obiici conſcientia doli, quin dolus ip-
ſe apertiſſimè probetur per creditores & legatarios do-
lum allegantes. Idipſum ſcilicet ſuadente iuris regula
quæ probandi † neceſſitatem irrogat iis omnibus qui al- 10
legant & obiiciunt dolum *l. quoties 18. §. qui dolo D. de
probat.* Et verò cùm etiam is qui † ex delata ſibi heredi- 11
tate aliquid clàm amouit, & quaſi furtim ſubtraxit, non
eo magis cenſeatur heres, quia contrariam voluntatem
admiſſum ipſum declarat, vt lex ait, id eſt, quoniam ex
ipſa facti qualitate apparet non tam voluiſſe illum adire
hereditatem quàm furtum hereditati facere, quandoqui-
dem ſi heres eſſe voluiſſet, res hereditarias pro arbitrio
& ante omniũ oculos tractare potuiſſet *l. ſi quis 21. D. de
acquir. hered.* quanto minùs dicendũ eſt hereditati in ſo-
lidum obligari eum qui fecit inuentarium, ob id ſolùm
quod ante confectum inuentariũ aliquid ſubtraxerit aut
celauerit? Ei namque qui ſubtraxit & expilauit res here-
ditarias ante aditam hereditatem multo plus præſtamus,
cùm nullo modo hereditati eum obſtringimus, quàm ei
cui ſaluum inuentarij beneficium ſeruamus poſt aditam
hereditatem expilatam. Hic enim ſemper heres manet,
& quidem inuitus, ita vt nec audiri debeat, ſi quod ali-
quando multi vellent, hereditatem aditam repudiare
mallet, quàm cum beneficio legis & inuentarij retine-
re: quia cùm perinde heres † re vera ſit is qui cum 12
beneficio legis & inuentarij heres eſt, atque is qui
purè & ſine adiectione heres eſt, non magis fieri po-
teſt vt qui hereditatem adiit implorato etiam ab ini-
tio iure inuentarij admittatur ad repudiendam hære-
ditatem quam ſi purè adiiſſet. Neque eſt quòd quis
obiiciat nil intereſſe an heres deſinat heres eſſe, an
verò heres maneat cum beneficio legis & inuentarij,
cùm vtroque caſu ſit ſecurus, nec vllum ex heredi-
tate damnum ſentire poſſit. Non enim hereditatis † in- 13
commodum vnum illud eſt duntaxat, quòd heres
obligetur in ſolidum creditoribus & legatariis ſupra
quàm ſit in facultatibus hereditariis, ſed illud etiam
quòd negotiis hereditariis implicetur, quibus prudens
paterfamilias plerunque implicari nollet, ne tum qui-
dem cùm maxima lucri ſpes ſubeſſet, *leg. quia poterat
4. D. ad SC. Treb.* multo minùs is qui nulla lucri ſpe
alliciatur. Atqui beneficium † inuentarij non præſtat 14

heredi vt non implicetur negotiis hereditariis, ſicut nec vt ex ea hereditate quæ alieno ære prorſus exhauſta eſt, lucrum aliquod ſperare poſſit, ſed tantùm ne damnum & proprij patrimonij iacturam pati debeat. Proinde fieri facilè poſſit, fitque ſæpenumero, vt qui ei qui hereditatem adiit cum beneficio legis & inuentarij, multo commodius foret hereditatem prorſus reſpuere, ſi liceret, quàm ea lege & conditione retinere. An igitur permittemus heredi vt totum illud intermedium tempus, quod ſequitur aditionem, & præcedit inuentarij confectionem, liberum habeat ad graſſandum in hereditate, vt ei non modò delinquendi & res hereditarias expilandi, ſed etiam peierandi non tam relinquatur, quàm
15 præbeatur occaſio? Minimè. Nam † ſi conuictus fuerit dolo malo quid feciſſe, celauiſſe, amouiſſe, expilaſſe, condemnandus erit vt duplum inferat, ex Iuſtiniani conſtitutione: quæ ſi cui mollior videbitur, vt eſſe non nego (iam enim ſuperiore capite ſum profeſſus debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſet, ab inuentarij commodo arceretur) cogitare is debebit pœ-
16 nas legibus † conſtitutas, etiamſi leuiores, quàm par ſit, eſſe videantur, tamen à iudicibus exaſperari nec poſſe, nec debere citra nouæ legis autoritatem. Optimum au-
17 tem aduerſus huiuſmodi heredum fraudes, † quæ hodie tam frequentes ſunt, remedium illud eſſet, ſi abrogata hac parte Iuſtiniani lege, prohiberetur quiſquis heres eſſe vellet, ne quicquam attingeret hereditarium, ex bonis ſcilicet mobilibus, aut ſe mouentibus, quorum facilis occultatio & ſubtractio eſt (nam quod ad immobilia pertinet, vix vlla fraudis ſuſpicio ſubeſſe poteſt) ante confectum inuentarium, ſi non eo ipſo inſtanti, quo attingere inciperet, declararet velle ſe heredem fieri abſolutè, & inuentarij beneficium abiicere, id ni faceret, hoc ipſo inuentarij beneficium abieciſſe intelligeretur. Ac quoniam adhuc facti quæſtio relinqui poſſet an attigiſſet néc ne, illud præterea addi vellem, & conſtitui vt defuncto eo de cuius hereditate ageretur, obſignarentur ſtatim arcæ & cœnacula in quibus bona illa mobilia eſſent recondita, vt certò ſciri poſſet non fuiſſe expilatam hereditatem. Quod conſilium etiamnum prudentes plerique heredes vt non ſolùm indemnitati, ſed etiam exiſtimationi ſuæ conſulant, ſequi ſolent: nam ſi quis pergat calumniari & obiicere ſuſpicionem expilationis factæ per heredem iam adhuc viuo teſtatore, & priuſquàm heres eſſet, dicam nihil vnquam certi iuris fore ſi huiuſmodi ſuſpiciones probationum iure cenſeantur, nec nouum eſſe vt probatio magis quam ius deficiat: neque rurſum vlla lege aut conſtitutione fieri poſſe vt malis & perditis hominibus nulla delinquendi via ſuperſit, ſed illud ſufficere vt pec-
18 cādi occaſio nulla præbeatur. Deniq; † ex eo quod heres ſcriptus aut legitimus fecerit viuo patrefamilias, non poſſe cōditionem eius fieri deteriorem quod ad cauſſam hereditatis & ſucceſſionis pertinet, cui nec locus vllus eſſe incipit niſi à quo tempore paterfamilias defunctus fuit: illámque furti actionem ex ea cauſſa ſupereſſe, extinctam quidem aditione hereditatis, & confuſam, ipſo iure, ſed quæ tamen pro confuſa haberi non magis debeat, quàm cæteræ actiones quæ defuncto aduerſus heredem competierunt, ſicut nec è contrario pro confuſis habentur illæ quas heres contra defunctum habuit. Vtrunque enim fit eiuſdem legis ac inuentarij poteſtate. Hac vna differentia, quòd propriæ heredis actiones ei ſaluæ ſunt per viam retentionis duntaxat, vt ſuprà diximus cap. 3. & 4. Quæ autem contra ipſum defuncto competierunt, ſaluæ ſunt creditoribus etiam iure actionis vt poſſint ipſi experiri proprio iure ſi actionis qualitas id patiatur, vt in actione furti contingit quæ datur iis omnibus quorum intereſt: nemo enim dubitat quin creditorum interſit hereditatem debitoris ſui quæ nunc ſoluendo non ſit, expilatam non eſſe. Quod ſi ea actio eſt quam non poſſint creditores ex propria perſona exercere, non quidem eo magis curator hereditati boniſve dabitur, quomodo peſſimè pragmatici ſentiunt, ſed creditores actionem ſibi quiſque competentem ex cauſſa crediti exercebunt in ſolidum, ac ſi inuentarium confectum non eſſet, & herede excipiente de beneficio inuentarij replicabunt de dolo, ſi non paratus ſit heres pati vt ad eam vſque ſummam quam defuncto debuit, condemnetur. Sic euenit vt parum interſit, an viui an defuncti patrisfamilias bona expilauerit is cui hereditas ſiue teſtamentaria ſiue legitima defertur. Vtroque enim caſu tantundem præſtat, id eſt duplum, quæ pœna etiam eſt furti nec manifeſti.
Nec ſanè valde † diſtat à fure non manifeſto is qui he- 19
reditatem præſertim euidenter opulentam expilat, vt poſteà prætextum quærat auxilio legis implorando. Sed tamen nihil vetat furem quem eſſe & nihilominus heredem cum beneficio inuentarij: nam & rei hereditariæ
† furtum fieri poteſt, cùm ea alteri eſt obligata, *l. hereditaria 68. cum duab. ſeqq. D. de furt.* 20

ERROR VII.

De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas.

SVMMARIA.

1 *Ex duplici iure poteſt nonnunquam hereditas deferri, vt tamen incertum ſit ex quo deferatur.*
2 *Species facti.*
3 *Ad acquirendam hereditatem neceſſarium eſt, vt qui vult ſibi acquirere, & cauſam & ius acquirendæ hereditatis intelligat.*
4 *An poſſit fieri inuentarium eo adhuc tempore quo incertum eſt ex quo iure deferatur hereditas.*
5 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
6 *Differentia inter inuentarium ſolenne quod fit ab herede, & ea quæ fiunt ad ſaluum ius habentis.*
7 *Aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne inuentarium confici poſſit.*
8 *Si pendente iure ex quo deferri poteſt hereditas, heres graſſatus ſit in hereditate, in duplum condemnandus erit.*
9 *Reſponſio autoris ad quæſtionem ſupra numero 4. propoſitam.*

EVenit aliquando vt ex duplici † iure deferri 1
poſſit alicui hereditas, nec tamen certum ſit ex vtro deferatur, vt puta, ſi filiusfamilias aut emancipatus † inſtitutus ſit in eo teſta- 2
mento, in quo ſit præteritus venter, qui vacuúſne ſit an plenus debiteur, aut quem ſciatur quidem plenum eſſe, ſed de quo ignoretur an poſthumus naſciturus ſit necne. Etſi enim hoc caſu certum eſt heredi ſcripto delatam iri hereditatem; aut ex teſtamento, ſi poſthumus non naſcetur: aut ab inteſtato ſi naſcetur: interim tamen & incerto eo ex neutro iure poteſt acquiri hereditas, quia illud imprimis neceſſariū eſt ad acquirendam † hereditatem, vt 3
qui vult ſibi acquirere, & cauſſā & ius acquirēdæ hereditatis intelligat *l. ſi is ad quem 22. de acquir. hered.* Vnde neceſſitas illa inducendæ decretalis bonorū poſſeſſionis, de qua *in l. ventre 84. eod. tit. l. 4. §. vlt. & ſeq. D. de bonor. poſſ. contra tabulas*, vt in vtrumque euentum ei conſulatur, qui omnimodo rem habiturus eſt, ſcripſi *lib. 1. Coniect. cap.* 10. Idem eſt ſi quis inſtituto ventre tutor datus ſit poſthumo qui naſcetur, & in eum caſum quo non naſcatur, eidem vulgariter ſubſtitutus. Nam quemadmodum deferri nequit hereditas ab inteſtato, quandiu ſucceſſioni teſtati locus aliquis eſſe poteſt, nec rurſus ex teſtamento ipſo, quandiu teſtamentum in eo eſt

eſt vt agnatione poſthumi rumpi poſſit, ita neque ex
ſubſtitutione quamdiu inſtitutio effectum habere ſpe-
ratur. Ac proinde his caſibus & aliis eiuſmodi certum
eſt non poſſe acquiri hereditatem vllo iure. Quærunt
4 tamen pragmatici,† an inuentarium confici interea poſ-
5 ſit, nec dubitant † poſſe, quòd ea res, inquiunt, nemini
ſit damnoſa aut incommoda, quininò potiùs intersit
creditorum fieri inuentarium, ne quid interim ex here-
ditate ſubripiatur, aut malè diminuatur. Dicebam in-
6 uentaria † illa quæ poſtulantibus creditoribus, aut do-
minis res ſuas vindicantibus, fieri ſolent ad ſaluum, vt
loquuntur, ius habentis, multum differre ab eo inuen-
tario ſolenni quod ab herede fieri neceſſe eſt, vt vltra
vires hereditarias non teneatur. Quæ ſunt prioris gene-
ris, facillime fiunt petente quolibet, cuius modò in-
terſit. Neque enim vllius ſunt aut præiudicij aut effe-
ctus, niſi hactenus vt is qui petit, vincat poſteà, ex-
peditam habeat & paratam probationem earum rerum
quas ex iudicato perſequi velit. Quod autem ſolenne
eſt, fieri nunquam poteſt niſi petente eo qui iam ſit
heres, aut ſaltem qui hoc ipſo quod petit, profiteatur
agnoſcere ſe hereditatem cum beneficio legis & inuen-
tarij. Nam & inde eſt quod non currit tempus confi-
ciendi huiuſmodi inuentarij, niſi à die agnitæ heredi-
tatis, quia nec prius habuiſſe ius conficiendi inuenta-
7 rij videri heres poteſt. Illud igitur † omnimodo præce-
dere neceſſe eſt vt ſciatur an qui inuentarium facere
vult, heres ſit, aut eſſe poſſit, ac proinde ex qua cauſſa,
antè quàm admitti debeat ad beneficium legis & inuen-
tarij implorandum; Siquidem nullum legis beneficium
eſt hac parte, niſi quod heredibus ſtatim adire quàm
deliberare malentibus à Iuſtiniano datum eſt. Porrò nec
deliberare de acquirenda hereditate poſſet is qui tamet-
ſi maximè vellet, ſibi tamen hereditatem acquirere non-
8 dum poſſet. Quid ergo ſi intereà graſſatus † ſit in he-
reditate pro arbitrio, poſtmodum autem hereditas cer-
to iure cœperit ei delata eſſe? Non idcirco ex ante geſto
heres fuiſſe videbitur, quia nunquam delatio ſola here-
dem facit, quicquid autem ante delationem factum eſt,
inutile & inefficax eſt ad heredem obligandum heredi-
tati, cùm omnimodo neceſſe ſit priùs delatam eſſe here-
ditatem quàm vt acquiri poſſit. Proinde non magis,
imò minùs imputabitur heredi inuentarij beneficium
agnoſcenti, quòd ante delatam hereditatem res heredi-
tarias attigerit, quàm ſi poſt eam delatam id ipſum fe-
ciſſet. Nihil enim quod ad heredem aut creditores at-
tinet prorſus intereſt, niſi quòd illo caſu potuit longiùs
abuti hereditate, quæ tamen res non poteſt inducere
iuris diuerſitatem, ſicut nec ſi iam viuo adhuc teſtatore
res hereditarias expilaſſet; quia neque dolum, neque
doli magnitudinem ex tempore, aut ex temporis diu-
turnitate, ſed vtrunque ex mali animi conſilio æſtima-
mus. Et conſequenter, æquè admittendus erit vtroque
caſu ad purgandum ſe de dolo malo, & æquè ſi quid
ſubtraxerit, aut celauerit aut amouendum curauerit,
condemnabitur in duplum, quia æquè omni caſu fur eſt,
aut ſaltem parum à fure diſtans, ſi tale quid feciſſe con-
9 uincatur. Planè † ſi incerto eo, An, aut ex qua cauſſa he-
reditas delata ſit, creditores hereditarij aut legatarij pe-
tant inuentarium confici ad ſaluum ius habentis, aut
etiam heres ipſe qui hereditatem in vtrunque caſum
habiturus eſt, ſiue ex propria, ſiue ex alterius quoq; per-
ſona, vt in exemplo illo quod attulimus, De tutore ſub-
ſtituto, non negabo tale inuentarium petente quolibet
fieri debere, ſed multum differet à ſolenni illo de quo
diſputamus, nec proderit heredi, quominus aliud in-
uentarium ſolenne facere cogendus ſit delata ſibi &
adita quandocunque hereditate, ſi ex legis beneficio con-
ſequi volet, vt neque creditoribus, neque legatariis vl-
tra vires hereditarias teneatur.

ERROR VIII.

De rebus hereditarijs, cùm inuentarium ſolenne ab herede ſit, æſtimandis.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum æſtimatio rerum hereditariarum per viros probos facienda eſt de ſolennitatibus inuentarij.*
2 *Ratio d. ſententiæ à pragmaticis allata.*
3 *Confutatio ſententiæ pragmaticorum. 1. ex eo quòd nuſpiam Iuſtinianus eam ſolennitatem præſcripſerit.*
4 *Quòd nulla æſtimatio ſit inutilis & damnoſa: & numero 14.*
5 *Si res inuentario comprehenſæ extent publica illæ auctione diſtrahendæ ſunt, vt ex earum pretio creditoribus ſatisfiat.*
6 *Si vero extare deſierint dolo culpáve heredis, tenetur earum æſtimationem præſtare, quam creditores in litem iurauerint.*
7 *Sine delatione iuriſiurandi fieri non poteſt vt æſtimetur res quæ non extat.*
8 *Regulare eſt vt ob dolum duntaxat iuretur in litem.*
9 *Caſus quo ob culpam iuratur in litem.*
10 *Alius caſus quo etiam in litem ob culpam iuratur.*
11 *Culpam omnem præſtare tenetur heres qui confecit inuentarium.*
12 *Si neque doli, neque culpæ vllius heres conſcius ſit, non poteſt contra eum iurari in litem, vbi res hereditaria amiſſa eſt.*
13 *Quæ æſtimatio emptionem non faciat.*
15 *Si in hereditate ſint res quæ numero, pondere aut menſura conſtant, ponderari eas, numerari, atque metiri oportet.*
16 *Adeò vt ſi hæc omittatur ſolennitas, inuentarium non valeat: quia aliter ſciri nequit, quid & quantum ſit in hereditate.*

INter ſolennitates † cæteras quas in confi- 1
ciendo ſolenni inuentario adhibendas eſſe
pragmatici putant, non poſtrema, aut mino-
ris momenti hæc eſſe creditur, vt res omnes
hereditariæ, tam quæ ſoli, quàm quæ mobiles ſunt, aut
ſe mouentes æſtimentur per probos viros in eam rem
mutuo heredis & creditorum ac legatariorum omnium
qui adſunt conſenſu eligendos. Quod ſi factum non ſit,
exiſtimant magna ex parte, nullius omnino roboris &
effectus inuentarium eſſe debere. Pro qua ſententia † 2
confirmanda, etſi nullam legem habeant quam proferant,
quia in duabus illis Iuſtiniani conſtitutionibus quæ ſo-
læ extant, *De iure inuentarij*, nihil tale ſcriptum legimus
adferunt tamen hanc rationem, quod cùm inuentarium
fiat in eum præcipuè finem, vt ſciatur quid & quantum
ſit in hereditate, non aliter id ſciri poſſe videatur, quàm
ſi res omnes hæreditariæ æſtimentur. Eæ præſertim
quæ mobiles ſunt; ideóque facilè ſubripi & occultari
poſſunt, ne alioqui amiſſis illis & ſubtractis facti quæ-
ſtio inexplicabilis relinquatur, cuius fuerint pretij & æ-
ſtimationis, cùm rem, quæ non extat, æſtimare iam nemo
poſſit. Ego neque ſententiam illorum probo, neque
rationem. Nam quis † non videt quàm temerarium 5
ſit ad eas inuentarij ſolennitates, quas Iuſtinianus præ-
ſcripſit, alias addere de quibus ille ne verbum quidem?
Maximè vero, cùm, vt in ſuperioribus diſputauimus, ſo-
lennitatis vel minimæ omiſſio tanti ſit momenti & effe-
ctus, vt accedente heredis dolo, heredi auferat inuenta-
rij beneficium, & legis. Sed & me illud maximè mouet,
quòd æſtimatio illa, quã pragmatici induxerunt prorſus

inutilis eſt, nec ad aliud comparata niſi vt hereditatem
iam alioqui ſuſpectam & minus idoneam ſumptibus
oneret ſuperuacuis, & conſcribendo inuentario longio-
res moras adferat, vtrumque non ſine magno & heredis,
& creditorum ac legatariorum omnium incommodo
& diſpendio. Siue enim res æſtimatæ extent eo tempo-
re, quo creditoribus & legatariis ſatisfaciendum eſt, ſi-
ue iam extare deſierint, & ſine dolo malo heredis, ſiue
caſu aliquo, aut fato ſuo perierint, nihil ea æſtimatio
aut heredi aut creditoribus & legatariis vel prodeſſe po-
4 teſt, vel obeſſe. Si res extent, † conſtat, eſſe eas publica
auctione diſtrahendas vt ex earum precio creditoribus
ſatisfiat, nec ſi pluris æſtimatæ fuerint cùm inuenta-
rium conſcriberetur quàm vendi poſſint, obligatum eſſe
heredem vt eam æſtimationem præſtet creditoribus aut
legatariis, quæ per viros probos conſtituta eſt: dum-
modo rem publicè vendendam exhibeat nullo dolo ſuo
aut culpa factam deteriorem, ſicut e contrario ſi pluris
vendi poſſint quàm fuerunt æſtimatæ, non eſt audien-
dus heres qui offert creditoribus & legatariis conuen-
tam æſtimationem, vt hyperochæ commodum ſibi reti-
neat, niſi ex ea cauſſa rei æſtimatio creuerit, quòd im-
penſa factóve ipſius heredis res melior & precioſior fa-
cta ſit. Sed tanti vnaquæque res eſſe intelligitur quan-
ti vendi poteſt. Quid ergo hoc caſu proderit, quod res
5 illæ fuerint æſtimatæ? Quòd ſi extare † deſierint ſiqui-
dem dolo culpáve heredis, Dico condemnandum eſſe
heredem, vt pro rebus præſtet earum æſtimationem,
nec eam tamen quæ per viros probos dicta fuit, ſed
quam creditores & legatarij in vnum conſentientes in
6 litem iurauerint, non ſolùm quod ſine delatione † iu-
riſiurandi fieri nequeat, vt æſtimetur res, quæ non extat,
l. alias 9. D. de in lit. iuran. ſed etiam quia pœna illa or-
dinaria eſt in eum, qui rem non exhibet quam exhiberi
intereſt actoris *l. 3. §. præterea D. ad exhib.* Et ſi au-
7 tem dici ſolet, ob dolum † duntaxat iurari in litem,
non etiam ob culpam ne quidem ob latam, quæ do-
lo proxima eſt, *l. in actionibus 8. §. 1. D. de in lit. iuran.*
Certi tamen caſus ſunt in quibus contrà receptum eſt:
8 inter quos ſicut ille † cenſetur, ſi contrà tutorem iu-
randum ſit qui aut inuentarium non confecit, aut res
in inuentario pupillari deſcriptas non exhibet *l. 2. C. eo.*
9 Ita & hic proculdubio † numerari debet ſi heres qui be-
neficium inuentarij agnouit ea res non exhibeat, quæ in
ſolemnem inuentarium collatæ ſunt, ſiue dolo malo, ſi-
ue culpa ipſius factum ſit ne nunc exhibere poſſit, cùm
ſemper verum ſit per eum factum eſſe, ne ex iis rebus
ſatisfactum ſit creditoribus & legatariis. Ideo enim per-
miſſum ei eſt res hereditarias penes ſe retinere quòd in-
uentarium confecit, quòd ſi non feciſſet, vtique po-
tuiſſent creditores impetrare, nec tantùm hypothecarij,
ſed etiam chirographarij, itémque legatarij etiam con-
ditionales, vt in poſſeſſionem bonorum defuncti mit-
terentur, ad ea diſtrahenda, ex tit. *De bon. autor. iudic.*
10 *poſſid. vel venund.* Itaque culpam † omnem ab herede
præſtari æquum eſt, vtpote cùm neque creditores neque
legatarij contraxerint, ſed in quem inciderint, quique
iis etiam inuitis res hereditarias retinuerit captato in
eam rem beneficio inuentarij fortaſſis dolo malo, licèt in
iis rebus amittendis non dolus, ſed culpa tantùm inter-
11 uenerit. Sanè ſi neque doli † neque culpæ vllius heres
conſcius ſit, fateor perlibenter non poſſe contra eum
iurari in litem, imò verò nec cogendum eum rem exhi-
bere quam citra dolum culpámve habere deſierit, quia
licet per eum factum ſit ne ex rebus hereditariis tam ci-
tò ſatisfieri creditoribus & legatariis potuerit, quàm ſi
inuentarij beneficium non imploraſſet, non tamen
conſequens fit vt ei quicquam poſſit imputari, cur legis
iuriſque beneficio ſibi delato & competente vſus ſit,
proinde hoc caſu abſoluendus heres erit, nec cogendus
præſtare æſtimationem quæ in inuentario continetur.
12 Nam quod dici ſolet æſtimationem facere † emptionem
l. 1. §. vlt. D. de æſtimat. action. ad hanc æſtimationis ſpe-
ciem non pertinet, quæ non eo animo fit vt vel hic
vel ille ad eam æſtimationem præſtandam oblige-
tur, ſed ob id tantùm vt ſciatur planius quid & quan-
tum ſit in hereditate, nec minùs vt heredi ipſi quàm vt
creditoribus & legatariis proſpiciatur: Denique nomi-
ne communi, & in vtilitatem eorum omnino omnium
quorum poteſt intereſſe, id eſt, qui commodum ali-
quod ſperant ex hereditate. Nullius ergo vtilitatis † 14
hoc etiam caſu erit æſtimatio quam viri probi fecerint:
& conſequenter fatendum eſt dici non poſſe quo de-
mum caſu vtilis eſſe queat, & effectum aliquem habere;
illud planè fateor, ſi in hereditate † ſint res quæ pon- 15
dere, numero & menſura conſtent ponderari eas, nume-
rari, & metiri debere; in eamque rem viros probos ab
herede & creditoribus itémque legatariis eligi qui pon-
derent, numerent & metiantur: nec fieri † poſſe vt hac 16
omiſſa ſolennitate inuentarium váleat, quia licèt ne hoc
quidem Iuſtiniani conſtitutione aliqua expreſſum ſit,
pertinet tamen ea res ad intrinſecam ſolennitatem, & ad
effectum inuentarij, cum aliter ſciri nullo modo poſſit
quid & quantum † ſit in hereditate, aut quid & quan- 17
tum exhibere heres debeat, ex quo creditoribus & lega-
tariis ſatisfiat. Poſſet quidem aliquando per teſtes id
probari, hoc eſt, quid & quantum in pondere, numero &
menſura fuiſſet, ſed non ſemper, nec ſine ſumptibus
quibus onerari creditores legatarios non oporteat, vt
ſuum conſequantur, cuius amittendi metu & periculo
iam ſatis afficiantur: Æquiſſimúmque eſt id agi, quan-
tum fieri poteſt, vt quam minimis ſumptibus res om-
nium qui in hereditate aut in hereditatem ius aliquod
habeat, in tuto collocetur.

ERROR IX.

Si is qui conuentus à creditore confeſſus eſt ſe heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium.

SVMMARIA.

1 *An conuentus à creditore tanquam heres, & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in ſolidum ſi non exhibeat inuentarium?*

2 *Pragmaticorum ſententia negans.*

3 *In propoſita quæſtione diſtinctio quorundam pragmaticorum.*

4 *Pro herede abſolutè habendus & condemnandus eſt, qui dixit ſe heredem cum beneficio inuentarij, ſi illud non exhibeat, contra pragmat.*

5 *Qui ſe fatetur heredem cum beneficio inuentarij non aliter beneficio vti poteſt quàm ſi inuentarium rite factum ſit.*

6 *Confeſſionem nunquam ſcindi poſſe, propoſitio eſt non vniuerſaliter vera.*

7 *Qui acquieſcit confeſſioni heredis dicentis à ſe inuentarium confectum eſſe, non illico tenetur admittere inuentarium rite factum eſſe & cur.*

8 *Conſectarium abſurdum quod promanat ex pragmaticorum negatione.*

9 *Si inuentarium quod exhibeatur tale ſit vt legis beneficium mereri nequeat, heres in ſolidum ex ſua confeſſione condemnandus eſt.*

10 *Heres qui inuentarium allegat ante omnia illud exhibere tenetur.*

11 *Quæ ſint partes iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult.*

12 *Inuen*

*12 Inuentarij quantumlibet vitioſi pœna non grauior,
quàm vt nullum eſſe exiſtimetur.*

1 QVi à te conueniebatur † tanquam heres,
dixerat & confeſſus erat ſe heredem eſſe, ſed
cum hac adiectione, *ex beneficio legis & in-
uentarij*, nec tamen inuentarium vllum exhi-
bebat, quærebatur an ex ea ſola cõfeſſione nullis aliis ac-
cedẽtibus hereditatis aditæ probationibus condemnari
in ſolidum tanquam heres deberet. Dicebat non poſſe
condemnationi locum eſſe, niſi conſentires vt beneficio
legis & inuentarij frueretur, propterea quòd non eſſet
tibi permittendum, vt confeſſionem eius ſcinderes, &
ex ea tantùm parte agnoſceres quæ tibi placeret, ex alia
verò improbares. Eam enim tibi conditionem deferri, vt
vel totam confeſſionem agnoſcas, vel à tota recedas,
l. cùm quæritur. 16. D. de adminiſtr. & peric. tutor. Eám-
2 que ſententiam † pragmatici noſtri ſequuntur. Ex qui-
3 bus tamen ſunt qui diſtinguant, † an confeſſus heres ſit
eo modo quo diximus, an verò negauerit ſe heredem
niſi cum beneficio legis & inuentarij. Hoc enim caſu,
etſi negatio ipſa implicat confeſſionem ſub contraria
qualitate: difficilius tamen eſſe putant, vt ex reſponſio-
ne ſua obligetur heres tanquam confeſſus, qui negauit,
licet adiecerit, *niſi cum beneficio legis & inuentarij*: mihi
4 contrà videtur, ſiue heres † confeſſus ſit ſe heredem eſſe
cum beneficio legis & inuentarij, ſiue negauerit ſe he-
redem niſi cum beneficio legis & inuentarij, pro herede
abſolutè haberi & condemnari eum debere ex eiuſmodi
reſponſione tanquam ex pura & abſoluta confeſſione ſi
inuentarium nullum exhibeat. Nam ſi propiùs inſpi-
cias, non eſt confeſſio illa conditionalis, aut, vt ita di-
cam, qualificata, niſi eo caſu quo inuentarium exhibea-
tur, quia nec aliter quàm exhibito inuentario ſciri poteſt
an inuentarium ritè factum ſit, & ita vt eius beneficio
gaudere debeat, ne creditoribus & legatariis ſupra vires
hereditarias teneatur. Finge enim heredem qui ita reſ-
pondit, exhibere inuentarium, quòd appareat non ſatis
ritè factum eſſe, ſed ex contrario tam malè doloſè vt in-
dignus heres ſit, qui ex eo beneficium vllum conſequa-
tur. An eo minùs heres erit abſolutè quod hereditatem
cum beneficio legis, & inuentarij agnouerit, & inuenta-
rium fecerit: Minimè: quia non ſufficit inuentarium fa-
ctum eſſe, vt proſit heredi ne abſolutè heres ſit. Sed il-
lud etiam requiritur vt ritè rectéque, & ex præſcripto
conſtitutionum Iuſtiniani factum fuerit. Itaque an in-
uentarium factum ſit nécne, facti quæſtio eſt non iuris:
An verò ritè factum ſit, & heredi prodeſſe debeat, nécne,
iuris quæſtio eſt, non facti. Hinc nimirum infero, Eum
qui ſe heredem fatetur, licèt cum hac adiectione *ex be-
neficio legis & inuentarij* non adiicere confeſſioni ſuæ
aliquid quod ſit meri facti, ſed potius quod iuris ſit,
cùm eo animo adiiciat vti ne in ſolidum obligetur. Nam
5 ſi fateretur † ſe heredem, ſed ita tamen vt ſe inuenta-
rium feciſſe diceret, non eo magis ſe exoneraret, niſi
prætereà inuentarij & legis beneficium imploraret, quo-
niam, vt diximus, fieri poteſt vt abſolutè heres ſit & eſſe
debeat qui confecit inuentarium etiam ſolenne ſi minùs
ſolenniter fecerit. Legis igitur beneficium imploran-
dum eſt, quod ipſum tamen non aliter implorari poteſt
quàm ſi inuentarium ritè factum probetur. Non enim
cuilibet heredi inuentarium facienti Iuſtinianus fauere
voluit, ſed ei tantùm qui ritè fecerit. Cui conſequens
eſt, vt cui confeſſus eſt ſe heredem eſſe cum beneficio
legis & inuentarij, aut qui negauit ſe niſi cum eo bene-
ficio heredem eſſe, ſi inuentarium nullum proferat
perinde habendus ſit ac ſi fateretur ſe heredem, & in-
uentarium à ſe factum diceret, neque tamen inuen-
tarij beneficium imploraret. Eſto itaque quod pragma-
6 tici volunt, Confeſſionem † ſcindi nunquam debere
(quadquam habet etiam propoſitio illa ſuas diſtinctio-
nes & interpretationes) Admittamus hunc qui ſic re-
7 ſponderit † non tantùm heredem eſſe, ſed etiam ab eo
confectum inuentarium fuiſſe. Quid enim aliud poſſit
ille petere, niſi vt factum credatur quicquid ille fa-
ctum dixit?) An idcirco illud quoque admittere co-
gemur inuentarium hoc quod pro facto habetur ritè
factum fuiſſe? Minimè verò, quia id non facti, vt
diximus, ſed iuris eſt: Ius autem ea de re niſi viſo per-
fectóque inuentario certum eſſe non poteſt. Atqui, in-
quiet, hoc ipſum etiam ad confeſſionis qualitatem per-
tinet. Nam qui contendit ſe heredem eſſe cum bene-
ficio legis & inuentarij hoc ipſo aſſerit ritè confectum
à ſe inuentarium, cuius alioqui beneficium nullum eſſe
poſſet: Reſpondeo, neque confeſſionem neque inter-
rogationem ad ea pertinere, quæ ſunt iuris, ſed ad ea
tantùm quæ ſunt facti. De facto enim non de iure & in-
terrogari & reſpondere aduerſarius debet. Proinde nec
cogi eum qui interrogauit, & ex confeſſione agit, con-
feſſionem agnoſcere quatenus iuris, ſed tantùm quate-
nus facti eſt. Cùm igitur is qui fatetur ſe heredem cum
beneficio legis & inuentarij tria dicat, Heredem ſe eſſe
inuentarium à ſe confectum fuiſſe, & inuentarij bene-
ficio ſe dignum eſſe, quorum priora duo meri facti ſunt,
poſtremum autem iuris: cogitur quidem is qui ex con-
feſſione nititur fateri, non modò agnitam ab herede
conuento hereditatem, ſed etiam factum eſſe inuenta-
rium, ſed non ſimiliter fateri cogitur inuentarium ritè
ac ſolenniter factum eſſe. Atque ita fit, vt non magis
proſit heredi quod inuentarium, de quo non conſtat,
pro facto habeatur, quàm ſi de ea re heres confitendo
nihil dixiſſet. Alioqui dicendum erit, † Si heres con- 8
feſſus ſit heredem ſe eſſe cum beneficio inuentarij quod
exhibeat, numquam eum ex ſua confeſſione condem-
nandum in ſolidum tanquam heredem abſolutè, nec ſi
quid per ipſius dolum in forma inuentarij peccatum
ſit: quod tamen apertiſſimè falſum eſt, quia cùm in-
uentarium quod exhibetur tale eſt vt legis † benefi- 9
cium mereri nequeat, nihil omnino ſupereſt quod im-
pediat ne heres in ſolidum ex ſua confeſſione con-
demnetur, ac ſi ſimpliciter & nulla inuentarij mentione
facta heredem ſe confeſſus eſſet; quamuis alias aditæ
hereditatis probationes contra eum nullas habeat is
qui agit. Quis enim dubitare poſſit quin adita ſit here-
ditas ab eo qui ſolenne inuentarium confecit tanquam
heres, licèt malè confecerit? Is tamen rei gerendæ or-
do eſſe debet, vt qui inuentarium † allegat, ante omnia 10
iubeatur inuentarium exhibere, vt ſciri poſſit an ritè fa-
ctum ſit nécne, Nam ſi exhibeat & appareat nihil ab eo
peccatum eſſe dolo malo, vtique beneficio legis gaude-
bit. Sin aliquid minus ſolenniter factum fuerit acce-
dente etiam heredis dolo, in ſolidum condemnandus
erit perinde ac ſi inuentarium nullum factum eſſet.
Quòd ſi exhibere † nolit, eæ primùm iudicis partes eſſe 11
debebunt vt indignum eum pronunciet qui inuentarij
beneficio & commodo vtatur: ſed eo facto conſequens
erit vt condemnet eum in ſolidum tanquam heredem
purè & abſolutè. Et quidem ex ſola illa confeſſio-
ne, de qua diſputauimus, id eſt licèt actor nulla alia
ratione probet aditam ab eo hereditatem, quia cùm ad
reſpondentis onus pertineat vt probet inuentarium à ſe
& factum & ritè ac ſolenniter factum eſſe, pro non ad-
iecto habendum eſt quod probari non poteſt: ſublata
autem adiectione illa hoc ſolum relinquitur, vt purè &
abſolutè heres ſit qui tanquam talis conuenitur, qui-
que heredem ſe eſſe confeſſus eſt. Et hic vnus nimi-
rum caſus eſt in quo propoſita quæſtio & error pragma-
ticorum locum habere poteſt, ſcilicet cùm heres in-
uentarium à ſe allegatum exhibere iuſſus non paret.
Nam ſi nullo iuſſu præcedente condemnetur, nimis
properè & præcipiti iudicis feſtinatione condemnatus
videbitur. Planè cùm iuſſus præceſſit, nemo æquum
putauerit meliorem eſſe debere conditionem heredis,
nullum inuentarium exhibentis, quàm ſi tale exhibe-
ret quod perperam nec ſeruatis ſolennibus factum eſſet.

12 Neque enim inuentarij quantumlibet † vitioſi pœna
vlla grauior eſſe poteſt, quàm vt nullum eſſe exiſtime-
tur. Eáque ferè perpetua contra non exhibentem præ-
ſumptio eſt, vt inſtrumentum quod non exhibet aut pro
nullo habeatur, aut pro exhibito quidem, ſed in tali
forma in qua ſi exhibitum eſſet, condemnari nihilomi-
nus exhibentem oporteret.

ERROR X.

Si ex confeſſione hereditatis adita vni ex creditoribus facta alij creditores agant.

SVMMARIA.

1 *Aditio hereditatis cur difficilis probationis.*
2 *An qui interrogatus in iure ab vno è creditoribus reſpondit ſe heredem eſſe, ab alijs quoque creditoribus hered. conueniri poſſit.*
3 *Reſponſio pragmaticorum negans, & eius ratio.*
4 *In contrarium autoris diſceptatio.*
5 *Ad obligandum heredem creditoribus quid requiratur.*
6 *Heres ſit quiſquis ſe heredem profitetur dummodo heres eſſe poſſit.*
7 *Pro herede gerit qui ſe dicit heredem præſertim apud Iudicem.*
8 *Sola heredis teſtificatio ſiue in iure, ſiue extra ius facta quòd velit eſſe heres, obligat eum hereditarijs creditoribus.*
9 *Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non poſſit.*
10 *Vera ſententia l. vlt. D. de inter. in iur. fac. aduerſus pragmaticos abutentes aſſerta & comprobata.*
11 De quo filio tractet Scæuola in verbis d. l. vlt. vnus ex filiis qui nec bonorum *poſſeſſionem acceperat, nec heres erat.*
12 *Interrogatoria actio in quem detur.*
13 *Vnde naſcatur huiuſmodi actio.*
14 *Rationes decidendi Scæuola in dict. l. vlt.*
15 *Hereditaria actio non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto.*
16 *Obiectio aduerſus interpretationem d. l. vlt. petita ex l. ſi is cuius 14. §. vlt. D. de interrog. in iur. fac.*
17 *Solutio & d. l. expoſitio.*

1 QVoniam aditæ hereditatis † probatio ple-
runque difficilis eſt, cùm aditio non tan-
tùm ſit facti, ſed etiam animi alieni, ſolent
qui aduerſus aliquem agunt tanquam he-
redem, interrogare illum, an ſit heres, & ſi confiteatur,
expedita ſit probatio, nec niſi de actionis iure aut viri-
bus exceptionis, ſi quam habeat quærendum ſuperſit,
l. 2. & 3. de interrog. in iur. faciend. Hinc illa dubitatio, ſi
2 is † cui ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato delata eſt he-
reditas, interrogatus in iure ab aliquo ex creditoribus
hereditariis, reſponderit ſe heredem eſſe, ſin ex eiuſmodi
confeſſione ab aliis etiam creditoribus tanquam heres
3 conueniri poſſit. Et vulgo à pragmaticis ſummo † om-
nium conſenſu probatum eſt, non poſſe propterea quòd
confeſſio reſpondentis ad interrogationem facta ſoli in-
terroganti prodeſſe debeat ex *l. vltim. eod. tit.* vbi hoc ip-
ſum à Scæuola diſertis verbis reſponſum eſſe creditur:
illis verbis *reſpōdit ab his qui in iure non interrogaſſent ex
reſponſo ſuo conueniri non poſſe.* Quæ tamen ſententia †
4 mihi ſẽper non modò erronea, ſed etiã abſurda viſa eſt.
Nam cùm ad heredẽ creditoribus omnibus obligãdum,
5 † nihil aliud requiratur, niſi vt heres eſſe probetur: he-
6 res autem fiat † quiſquis eſſe vult hoc ipſo quod profi-
tetur velle ſe heredem eſſe dũmodo heres eſſe poſſit, id
eſt ipſi delata ſit hereditas, quid obſecro apertiùs, quàm
eum qui in iure fateatur ſe heredem, licèt vno tantùm
ex creditoribus interrogante hoc ipſo fieri heredem
tametſi anteà non fuiſſet, ac conſequenter creditoribus
omnibus obligari? An non enim heres fit quiſquis pro
herede gerit, licèt nihil dicat? An non autem pro he-
rede † gerit qui ſe dicit heredem, præſertim in iure & 7
apud iudicem: *lege ſi filius qui abſtinuit, 12. eodem.* Quid
enim intereſt an verbo quis, an facto voluntatem ſuam
declaret? *lege, non tantum digeſt. rat. rem haber.* Cumque
aditio hereditatis ſit animi magis quàm facti, quid poteſt
aptius eſſe ad animum illum teſtificandum, quàm ſi
quis heredẽ ſe eſſe non tantùm velit, ſed etiam apertiſſi-
mis verbis exprimat? Nam, vt Tubero apud Celſum di-
cebat in *l. Labeo. 7. §. Seruius de ſupell. legat.* quorſum ver-
ba, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis? Et verò
etiamſi nemo interrogaſſet, ſola tamen heredis teſtifica-
tio, † ſiue in iure, ſiue extra ius facta, quòd heres eſſet, 8
obligaret eum hereditati erga omnes omnino credito-
res, quemadmodum & ſi quid aliud feciſſet quod citra
ius & nomen heredis fieri non potuiſſet. Quid enim eſt
quod minus facere poſſit citra ius & nomen heredis,
quàm vt ſe heredem dicat? Adeò vt nec diſtinctioni ac
quæſtioni facti & voluntatis locus vllus relinquatur,
quomodo relinquitur, cùm is adeundi animus non ver-
bis ſed facto aliquo declaratus eſt. Nemo enim poteſt
ſe heredem dicere, ex quo delata illi eſt hereditas vt he-
res fieri poſſit, quin hoc ipſo heres fiat, omni omnino
caſu. Nam & hanc rationem ſolent noſtri reddere, cur
hereditatem † ſibi delatam acquirere nemo poſſit per 9
procuratorem; quoniam, inquiunt, nec male, hoc ipſo
quòd procuratorem conſtitueret ad acquirendum he-
reditatem ſibi eam acquireret *lege, per procuratorem*
90. ſi ſic malis legere quàm vt in Florentinis *per curato-
rem. D. de acquirend. hered.* Quid ergo ad Scæuolam re-
ſpondebimus? Hic verò facere non poſſum quin excla-
mem, Quàm parui Iureconſulti ſunt, qui magni inter
pragmaticos videri volunt! Tractat † Scæuola de filio, 10
qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres
erat, & tamen ſe heredem eſſe reſponderat, ac proinde
qui reſponſionis tempore nec volens heres fieri pote-
rat, nunquam ſcilicet delata ei hereditate: ergo de filio
ſuo exheredato aut de emancipato præterito. Nam † ſi 11
ſuus eſſet non exheredatus, is vtique ſtatim & ipſo iure
heres eſſet ex teſtamento, nec quicquam faceret quod
poſſet abſtinere, *lege 1. §. qui ſunt in poteſtate. Digeſt. ſi
quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.*
Nullo autem facto per patrem teſtamento, & conſequẽ-
ter nulla interueniente exheredatione (neque enim ab
inteſtato fieri exheredatio poteſt) perinde heres eſſet ip-
ſo iure & citra aditionem, aut immixtionem, quarum illa
in ſuis heredibus induci nequit, hæc verò neceſſaria non
eſt *leg. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum. l. in ſuis 14. D. de
ſuis & legit.* Proinde non poſſent ei conuenire verba illa
qui heres nõ erat, ſed ei ſoli ex ſuis heredibus qui exhere-
datus eſt. Cuius & deterior in eo conditio eſt quàm ag-
nati aut extranei inſtituti necdum heredis facti, quod
non ſolùm heres non eſt, ſed neque eſſe poteſt, niſi rup-
to priùs ex aliqua cauſſa vel irrito facto teſtamento. Ex-
heredatio enim licèt ius ſuitatis non tollat, tollit ta-
men vim & effectum ipſius, vt probauimus *lib. 10. Con-
iectur. cap. 9.* Emancipatus verò, ſi præteritus ſit; ne-
que ab inteſtato heres eſſe poteſt, neque ex teſtamento,
tametſi maximè velit cùm ſit iure ciuili omnino inco-
gnitus & extranei iure cenſendus, ſed cogitur implo-
rare auxilium prætoris, & bonorum poſſeſſionem pete-
re, aut contra tabulas, ſi quæ extent, aut ab inteſtato.
Vnde liberi, quo non facto etiamſi delata ei ſit alteru-
tra bonorum poſſeſſio, & millies in iure dicat ſe he-
redem eſſe, tamen heres fieri non poteſt, quia heredis
nomen eſt iuris ciuilis, nec fieri poteſt vt qui ex præ-
toris tantùm edicto vocatur ad ſucceſſionem, heres fiat,
ſed tantùm bonorum poſſeſſor, quandoquidem nec he-
redem

redem facere Prætor poteſt, §. *quos autem. Inſtitut. de bono. poſſeſſio.* Mirum igitur non eſt, filium hunc qui neque heres ſit, neque eſſe poſſit, nec ob hoc ſolùm fieri heredem poſſe, quòd ſe heredem eſſe mentitus ſit. Nec mouet quod ſi filius hic bonorum poſſeſſionem accepiſſet, videtur Scæuola fuiſſe aliud reſponſurus, vt verba illa innuunt, *nec bonorum poſſeſſionem acceperat.* Nam reſpondeo multum referre an filius emancipatus bonorum poſſeſſionem iam acceperit, an accipere tantùm poſſit. Etſi enim neutro caſu heres eſt propter eam rationem quam diximus, tamen accepta bonorum poſſeſſione heredis loco habetur in omnibus, ideóque prætor ex cuius edicto & interrogationes fiunt, & interrogatoriæ actiones competunt *l. 2. eod. titul.* non habet eum pro mendace ſi heredem ſe dixiſſet, quoniam & habet eum pro herede. Prius verò quàm accepta ſit bonorum poſſeſſio, ſicuti bonorum poſſeſſor non eſt, ita nec heredis loco haberi poteſt, neque rurſus bonorum poſſeſſor fieri hoc ipſo quòd ſe heredem eſſe in iure fateatur. Non enim ſicut is qui heres iure ciuili fieri poteſt, citra cretionis ſolennitatem, hoc ipſo fit heres quòd bonorum poſſeſſionem accipit, quia bonorum poſſeſſionem accipere nihil aliud eſt quàm ſe gerere pro herede: *l. puberem 12 Cod. de iur. deliber.* Ita ex contrario dici poteſt, eum qui non heres, ſed tantùm bonorum poſſeſſor fieri queat, hoc ipſo fieri bonorum poſſeſſorem quod ſe heredem dicat. Solennis enim fuit olim & Scæuolæ temporibus agnitio bonorum poſſeſſionis, nec quocunque actu aut indicio voluntatis aut quocunque loco expediri poterat ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ omnes illas ſolennitates ſuſtulit, in *l. vltim. Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* Planè ſi poneres emancipatum inſtitutum à patre, dubitandum non eſſet, quin is fatendo ſe heredem, hoc ipſo ſe obſtringeret hereditati & conſequenter creditoribus & legatarijs omnibus hereditarijs, quia quòd emancipatus extranei iure cenſetur, facere non debet vt deterioris conditionis ſit quàm extraneus: quem diximus hoc iure vti, vt ſi vel vno ex creditoribus interrogante reſpondeat ſe heredem, heres fiat. Sed de filio emancipato inſtituto non loqui Scæuolam apparet ſatis ex illis verbis *vnus ex filijs qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres erat:* quæ proculdubio eò pertinent, vt intelligamus filium illum qui cùm nec bonorum poſſeſſionem accepiſſet, nec heres eſſet, reſpondit ſe heredem eſſe, mentitum eſſe ob idque ex mendacio ſuo & in pœnam mendacij interrogatoria conueniri debere. Subijcit enim Scæuola *an quaſi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur.* Interrogatoria autem
12 actio † in eum datur qui confitendo, ſiue verum, ſiue falſum, aut negando verum, & mentiendo ſe onerauit, *lege, voluit 4. l. & quia 6. l. de ætate.* 11. §. *ſi cùm eſſet. & §. ſequenti. l. confeſſionibus* 13. *l. quia ex parte* 18. *eod. titulo.* In pœnam nimirum mendacij. Nam mentitur ſanè is qui cùm nec bonorum poſſeſſionem acceperit, nec heres ſit, aut eſſe poſſit, fatetur tamen & reſpondet ſe heredem. At non mentitur ille qui nondum agnati hereditate, quæ tamen delata eſt, fatetur ſe heredem, quia hoc ipſo fit heres & pro herede gerere videtur, *d. l. ſi filius qui abſtinuit* 12. *eodem titulo.* Ex falſa & mendaci confeſſione † naſ- 13
cetur actio interrogatoria, ſicut & ſi heres nihil reſpondeat, idcóque ſecundum aduerſarium iudicetur, vt in *l. ſi perluſorio.* 14. §. 1. *D. de appell.* Ex vera autem confeſſione nulla naſcitur actio, ſed priſtina, quæ iam competebat, ſiue propria ea eſſet, ſiue hereditaria commodiùs & tutiùs exercetur. Interrogatoria non tam latè patet, quia ſicuti ex ſola interrogatione naſcitur, ita non alij quàm interroganti prodeſſe poteſt, ob idque nec de eo Scæuola dubitat, An ex interrogatione vnius ex creditoribus actio interrogatoria cæteris competat, quam non competere certum erat, ſed an *quaſi interrogatoria*, id eſt vtilis actio ex interrogatione ab alio facta. At ne hoc
quidem admittit, non illa tantùm † ratione quam vulgo 14
adferunt, quod res inter alios acta alijs nec prodeſſe debeat nec nocere, ſed hac potiſſimùm quòd per liberã perſonam alteri quæri actio non poſſit. Hereditaria autem
actio patet latiùs, cúmque non ex interrogatione † naſ- 15
catur licet heres interrogetur, ſed ex contractu qui cum defuncto initus fuit, non eſt vtique dubitandum quin competat creditoribus & legatarijs omnibus aduerſus illum qui ſe heredem eſſe reſpondit, quamuis vno tantùm ex creditoribus interrogante. Abutuntur ergo pragmatici reſponſo illo Scæuolæ, cùm ex eo nituntur vt probent actionem hereditariam creditoribus & legatarijs omnibus dandam non eſſe contra heredem qui ad vnius ex creditoribus interrogationem reſpondit verè non falsò ſe heredem eſſe. Vnum tamen eſt quod huic
noſtræ interpretationi † fortaſſe obijci poſſe videatur. 16
Id ſcilicet quod Iauolenus ſcribit in *l. ſi is cuius* 14. §. *vlt. eod. titulo.* Confeſſiones falſas ita demum ratas eſſe ſi id quod in confeſſionem venit & ius & naturam recipere poſſit. Diximus autem Scæuolæ reſponſum de eo filio intelligi debere, qui necdum heres ſit, nec gerendo pro herede heres fieri poſſit. Quomodo enim fieri queat, vt fatendo ſe heredem ſe obliget is qui nec volens heres
fieri poſſit? At reſpondeo † Iauoleni ſententiam non 17
illam eſſe, vt non aliter quis obligetur ex reſponſione quàm ſi talis eſſe poſſit, qualem ſe dixit (quid enim ſi is qui nec ſcriptus nec agnatus proximus eſt conuentus tanquam heres dixerit ſe heredem? an eo minùs ex reſponſione ſua tenebitur?) ſed vt falſæ confeſſiones naturalibus conuenire debeant, id eſt, vt ſi eius nomine de quo quis interrogatus ſit cum aliquo ſit actio, eam quæ cum alio eſſet ſi heres eſſet in nosmetipſos confeſſione noſtra transferamus. Item vt ſi eum qui in poteſtate patris eſſet, reſpondiſſem filium meum eſſe, ita obliger ſi ætas eius pateretur vt filius meus eſſe poſſit. Quemadmodum eleganter Paulus explicat in *d. l. confeſſion.* 13. *eod. tit.*

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS TERTIA.

ERROR PRIMVS.

De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

SVMMARIA.

1 *Suus heres iure quidem eſt neceſſarius, datum tamen ei à pratore eſt beneficium abſtentionis.*
2 *Ex pragmaticorum ſententia ſuus heres eſt hodie adeò voluntarius, vt non priùs heres videri poſſit quàm ſe immiſcuerit.*
3 *In oppoſitum autoris diſſertatio.*
4 *Suus heres quis dicatur.*
5 *Heredem veteres pro domino dixere.*
6 *Sui heredes ſtatum & ipſo iure heredes exiſtunt, id eſt non fiunt, ſed apparent.*
7 *Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire, ſed ſe immiſcere, ſi nolit agnoſcere, non repudiare dicitur ſed abſtinere.*
8 *Adire aut repudiare hereditatem extranei eſt heredis, immiſcere vel abſtinere ſui.*
9 *Eius qui heredem ſuum reliquit, nulla omnino hereditas eſſe intelligitur, & cur.*
10 *Si ſuo herede relicto hereditas nulla eſt, ſequitur filium patris heredem dici non poſſe.*
11 *Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur, & num. 16.*
12 *Reijcitur illud Cuiacij, autori quondam probatum, In ſuis heredibus idem inſtans eſt delata & acquiſita hereditatis, quòd in ijs nulla ſit hereditas.*
13 *Cur & quomodo Hereditatis nomen vſurpent veteres IC. cùm de ſuis heredibus loquuntur & nu. 15.*
14 *Veteres IC. nuſquam ſcripſere hereditatem patris filiofam. aut deferri, aut acquiri & cur.*
17 *Licèt prator ſuis heredibus beneficium abſtinendi indulſerit, tamen nec fecit nec facere potuit vt ſuus heres deſineret eſſe heres.*
18 *Ratio ſuperioris effati.*
19 *Filiusfam. etiam poſt abſtentionem heres eſt.*
20 *Ergo multò magis ſuus & neceſſarius manet heres filius qui nondum abſtinuit, licèt habeat abſtinendi beneficium.*
21 *Beneficij abſtinendi vis & poteſtas.*
22 *Beneficij ſeparationis effectum.*
23 *Pragmatici inſcitè confundunt aditionem & immixtionem, tum repudiationem & abſtentionem.*
24 *Erronea traditio Bartoli putantis ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, & eius confutatio.*
25 *Exponitur ſententia verborum. l. 1. C. ſi minor ab hered. ſe abſtin.*

Vix quiſquam eſt inter pragmaticos tam
imperitus, qui neſciat ſuum † heredem 1
eſſe etiam neceſſarium iure ciuili, datum tamen ei à prætore beneficiũ abſtentionis, vt
quamuis ipſo iure teneatur paternis creditoribus, & legatarijs omnibus, in eum tamen ſi abſtinere maluerit, nullam actionem dari prætor patiatur, *l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* Sed tamen quid adhuc ex iure vetere ſuperſit poſt inductum beneficium abſtentionis, & quænam edicti prætorij vis & poteſtas hac parte ſit, perpauci ſciunt. Sic enim vulgò exiſtimant, † ſuum heredem 2
vſque adeò eſſe hodie non neceſſarium, prorſuſque voluntarium, vt non priùs heres videri poſſit, quàm ſe immiſcuerit, ſicut nec extraneus ante quàm adierit, heres vllomodo dici poteſt. In quo falluntur apertiſſimè. Nam
† cùm olim filiusfamil. eſſet patri & ſuus heres & neceſ- 3
ſarius, prætor fecit quidem ex neceſſario non neceſſarium, quod ad ipſum prætorem attinet, ſed non ſimiliter ex ſuo herede non ſuum. Explico, Suum † heredem 4
cùm dicimus, eum intelligimus qui iam viuo patre rerum paternarum dominus fuiſſe intelligitur, quique defuncto quandocunque patre ſibi magis quàm patri ſucceſſiſſe videatur, id eſt liberam potius proprij patrimonij adminiſtrationem, quàm paterni nouam acquiſitionem nactus fuiſſe: Denique continuatio illa eſt, non acquiſitio dominij, vt eleganter Paulus tractat *in ſuis 11. D. de liberis & poſthumis*, Heredem † enim veteres pro domi- 5
no dixerunt §. *vlt. Inſtitut. de hered. qualit. & differ.* qui autem iam viuo patre dominus fuit, fieri nequit vt vel magis vel iterum dominus fiat eo mortuo *l. non vt ex pluribus 159. de regulis iuris.* Hinc illud eſt quod dici
ſolet, ſuos † heredes ſtatim & ipſo iure heredes exiſte- 6
re, id eſt non fieri, ſed apparere quod Græci dicunt ἀναφαίνεσθαι, quaſi mortuo patre nihil aliud noui accidat, niſi quod fit apertius, iam tum cùm pater viueret, fuiſſe filiũ dominum rerum paternarum ex ipſius parentis voto, licet id obſcurius eſſet propter liberam illam quam pater habebat patrimonij ſui adminiſtrationem. Inde
illud etiam, quod filius † ſi paternam agnoſcat heredi- 7
tatem non adire dicitur, ſed ſe immiſcere, ſi nolit agnoſcere, non repudiare dicitur, ſed abſtinere *l. in ſuis 14.*
ff. de ſuis & legit. Adire enim † aut repudiare delatam ſi- 8
bi hereditatem, extraneorum heredum eſt, Immiſcere verò ſe aut abſtinere, non niſi ſuorum. Plus dico, quod
neſcio an adhuc quiſquam dixerit, Eius qui ſuum † 9
heredem reliquit, nullam omnino hereditatem intelligi, non magis quàm ſi etiamnum viueret, ſed quod extraneo herede relicto hereditatis nomine & iure cenſeretur, ea patris bona etiam poſteaquam defunctus fuit dici debere. Hereditatis ſiquidem appellatione dominium illud ſignificamus, quod patrefamilias defuncto

neceſſe

neceſſe eſt induci per legem, ad repræſentandam ipſam
defuncti perſonam, ne intereà bona omnia quæ defun-
cti fuerunt fiant vacantia, cedántque primo occupanti,
nec expectari poſſit vt extraneus heres adeat qui ex
tempore aditæ hereditatis perſonam defuncti repræſen-
tet, ac in cuius perſona continuetur illud ipſum domi-
nium quod penes defunctum fuit quaſi nunquam ac
ne minimo quidem vllo temporis momento interpella-
tum: nam ſi quod inſtans eſſet in quo dici poſſet inter-
ruptam fuiſſe continuationem illam dominij quam à
defuncto in heredem fieri neceſſe eſt, fieri nullo modo
poſſet ne quidem ipſius legis poteſtate vt defuncti he-
res quiſquam eſſet, ac dominus bonorum defuncti, ni-
mirum propter medium inhabile, vt cum pragmaticis
& interpretibus loquar, quod extremorum coniunctio-
nem impediret. Etſi namque ea ipſa lex quæ facit here-
ditatem, facit etiam heredem, non poteſt tamen facere
heredem ſine hereditate, priúſque neceſſarium eſt vt he-
reditas aliqua quàm vt heres quiſquam ſit, cùm heres is
demum dicatur cui & delata & acquiſita eſt hereditas.
Ex quo apparet fictionem illam legis, quæ induxit no-
men & ius hereditatis, non niſi ex neceſſitate profectam
eſſe, ideóque ſicut in cæteris omnibus fictionibus eue-
nit, non aliter admittendam eſſe quàm & vbi, & quate-
nus neceſſe eſt. Atqui defuncto patre qui ſuum heredem
reliquit, nihil neceſſe eſt vllam induci hereditatem ad
continuandum dominium in id vſque tempus quo fili-
us dominus fiat, quippe qui, vt dixi, iam inde viuo pa-
tre dominus fuerit, nec noua vlla dominij acquiſitione
indigeat. Quæ etiam Pauli ſententia eſt ſatis aperta in
dict. l. in ſuis 11. *de lib. & poſth.* Quod ſi ſuo herede †
10 relicto hereditas nulla eſt, planè conſequens fit nec poſ-
ſe filium dici patris heredem, cùm hereditas illa ſit quæ
11 heredem facit. Et ob id nimirum *ſuum heredem* † appel-
lamus, ne quis fortè putet eum cæterorum heredum ex-
emplo defuncti patris heredem eſſe. Heres quidem eſt,
id eſt dominus, ſed ſuus heres, non patris, quia non do-
minium illud quod penes viuum patrem fuit, nanciſci-
tur, ſed illud ipſum quod viuo patre habuit, id eſt ſuum
proprium retinet, ſibique liberius habet. Vnde illud
etiam infero non ſatis rectè virum doctiſſimum & alio-
qui adprimè in iuris principijs verſatum *Iacobum Cuia-
cium* & eum ſecutos ex recentioribus pleroſque ſic paſ-
ſim locutos eſſe, vt dicerent quod & nos quoque in
12 Coniecturis noſtris alicubi ſcripſimus, in † ſuis here-
dibus idem inſtans eſſe delatæ & acquiſitæ hereditatis,
cùm ex contrario neque hereditas, neque per conſe-
quentiam hereditatis aut delatio, aut acquiſitio in ijs
vlla ſit, aut eſſe poſſit, ſi propriè & pariter loquaris *dict.
l. in ſuis* 11. *de lib. & poſthum.* Quare nec lex 12. tabul. ſic
locuta eſt vt detulerit hereditatem ſuo heredi ſicuti de-
tulit agnato proximo, ſed quaſi delatio in agnati pro-
ximi perſona incipiat, ita dixit, *Si ſuus heres non erit,
agnatus proximus familiam habeto.* Quanquam non ig-
noro ipſos etiam iuris autores cùm de ſuis heredibus
13 loquuntur, hereditatis † quoque nomen quàm ſæpiſ-
ſime vſurpare, nimirum illo ipſo ſenſu quo ſuum here-
dem vocant heredem (ſunt enim hæc coniugata, nec he-
res, vt dixi, ſine hereditate eſſe poteſt) id eſt vt ſignifi-
cent dominium illud quod filijfamilias fuit iam viuente
adhuc patre: non vt nouam dominij cauſſam quæ filio-
familias poſt patris mortem & deferatur & acquiratur.
14 Nuſquã enim apud Iureconſultos † reperias, Hereditatẽ
patris filiofamilias aut deferri aut acquiri (licèt *delatam*
dixerint Impp. impropriè vt loqui plerunque ſolent) in
l. ſed & 8. C. de iur. delib. Non quòd vſque adeò paterna
bona in filij dominio eſſe exiſtimẽtur, vt nõ liberum ſit
patri filiumfamilias aut inſtituere, aut exheredare, quem
& occidere olim licebat *d. l. in ſuis* 11. *De ſuis & legit.*
Sed quia illo etiam caſu quo filiusfamilias à patre inſti-
tutus eſt, & hereditatẽ habet ex teſtamento, ſtatim & ipſo
iure citra immixtionem vllam ex teſtamento heres eſſe
intelligitur *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ.
teſtam.* Proinde hereditatis delatio nulla intercedere po-
teſt, quia fieri nequit vt ei qui iam heres eſt hereditas
deferatur, & quòd hereditatem patris I.C. † vocant, fit
eo reſpectu, quòd illud dominium aliquando fuit patris:
aut hereditatem pro familia vſurpant, vt in lege duode-
cim tabularum familia pro hereditate accipitur. Cæte-
rùm ſicut is † qui ſuus heres eſt non tam patris quàm 16
ſuus heres eſſe creditur, ita nec tam paternam quàm
ſuam hereditatem habere dicendus eſt, vt eadem ratio
ſit heredis & hereditatis. Hoc verò cùm ex iuris ciuilis
ratione veriſſimè dicatur, apparet prætorem qui abſti-
nendi † beneficium ſuis & neceſſarijs heredibus indul- 17
ſit, non ideò tamen feciſſe, nec facere potuiſſe vt ſuus
heres deſineret eſſe heres, non illa ſolùm ratione † quod 18
prætor ſicut heredis ius & nomen dare non potuit, ita
neque adimere, §. *quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* ſed
etiam quia nec ipſa iuris ciuilis poteſtate fieri poteſt, vt
qui heres ſemel fuit, heres vnquam eſſe deſinat. *l. ait
prætor 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui ſol-
uendo* 88. *de hered. inſtit.* Ergo etiam poſt inductum à
prætore beneficium abſtentionis, ſaluum filiofamiliâs
manet ius † & nomen ſui heredis, & conſequenter ne- 19
ceſſarius quoque heres dicendus eſt iure ciuili, ſiquidem
fieri nequit vt qui iam eſt heres, neceſſariò heres non
ſit, non magis quàm vt quid idem ſit, & non ſit. Idque
eſt quod Vlpianus ſcribit in *d. §. qui ſunt in poteſtate*, in
hæc verba *qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes ſunt ex te-
ſtamento, nec quòd ſe poſſunt abſtinere quicquam facit.* Cui
ſimile illud etiam eſt (niſi quod multo difficilius &
pragmaticis mirabilius id videri debeat) quod idem
Vlp. ſcripſit in *l. cum quaſi* 50. *§. ſed etſi ſuus. de fideic.
libert. Non eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem habet
licèt ſe abſtinentem.* Nam ſi etiam ſecuta abſtentione ni-
hilominùs heres manet qui antea fuit, quanto magis † 20
admittendum eſt ſuum & neceſſarium heredem manere
filium qui fuit in poteſtate, necdum abſtinuit, licèt ha-
beat ex edicto prætoris beneficium abſtinendi? Quare
nec ſic loquitur Caius in *d. l. neceſſarijs* 57. *de acquir.
hered.* vt dicat edicto prætoris factum eſſe vt ſui aut ne-
ceſſarij heredes hodie non ſint, qui olim fuerunt. Sed ex
contrario fatetur beneficium † prætoris in eo tantùm 21
elucere, vt quamuis creditoribus hereditatis iure ciuili
teneãtur, nimirum tanquam heredes ſui & neceſſarij, ta-
men in eos actio non detur ſi velint derelinquere he-
reditatem: quia ſcilicet non habet eos prætor heredum
loco poſt abſtentionem, *l. ſi filius qui abſtinuit* 12. *D. de
interrog. in iur. faciend.* Ante abſtentionem licèt in eo ſint
vt abſtinere adhuc poſſint, aut quia ſe non immiſcue-
runt, aut fauore pupillaris ætatis, habet eos prætor quo-
que heredum loco, nec vſquam ſcriptum legas, ob id
minùs haberi à prætore loco heredum quod poſſint ab-
ſtinere. Id enim prætori propoſitum fuit, liberos one-
ribus hereditarijs non ſponte ſuſceptis liberare, non
inuitos ab hereditate remouere *l. ſi filius* 12. *D. de vul-
gar. & pupill. ſubſtit.* Idem contingit in beneficio ſepa-
rationis quòd ſeruo cum libertate inſtituto prætores de-
derunt, ita demum ſi non attigerit bona patroni *l. 1. §.
vltimo. D. de ſeparationibus.* Neque enim beneficium † 22
illud facit quominus ſeruus libertatem conſecutus ma-
neat domini heres neceſſarius, ſed tantùm vt quantum-
uis ipſo iure ſit neceſſarius, tamen in ea cauſſa ſit vt
quicquid poſteà acquiſierit ſeparetur, etiam ſi quid ei à
teſtatore debebatur *dict. §. vltimo.* Et ſanè ſeparationis
beneficium dici non poſſet ſi confuſionem impediret
quam inducit ius & nomen neceſſarij heredis. Conſtat
igitur ex ſuperioribus egregiè pragmaticos noſtros deſi-
pere, qui putant filiumfamilias hodie poſt edictum præ-
toris non aliter heredem dici poſſe quàm ſi hereditatem
patris adierit. Sic enim loquuntur † aditionis & immix- 23
tionis differentiam nullam agnoſcentes, vt nec abſten-
tionis & repudiationis. Nec illi multo meliùs qui Bar-
tolum

24 tolum † ſecuti ad *l.1. Cod. ſi minor ab hered. ſe abſtin.*
defendunt, ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi
debere, quoties hereditas damnoſa eſt, non item ſi ſit
opulenta. Nam cùm abſtentio ſit meri facti, vt & aditio
hereditatis & repudiatio, probari omnino debet. *leg. 2.*
& 3. D. de interrog. in iur. faciend. Non enim bene-
ficium hoc ſuis heredibus à prætore datum eſt vl-
lo caſu, vt pro abſtentis habeantur, ſed tantùm vt
abſtinere poſſint, ſi velint, voluntas igitur ea de re ali-
25 quomodo teſtanda & declaranda eſt. Neque obſtat †
quòd in *d. l. 1.* ita ſcriptum eſt *ſi vos paternæ hereditati*
non immiſcuiſtis, ob eam rem teſtificatio neceſſaria non fuit.
Senſus enim eſt, non eſſe præſumendam immixtionem
de qua non appareat, nec debere ſuum heredem onerari
probatione quòd ſe non immiſcuerit, quoniam immix-
tio quoque facti eſt. Sed non valet conſecutio ſi quis ex
eo inferat, Præſumendam igitur ex contrario abſtentio-
nem. Nam cùm & abſtentio quoque facti ſit, præſumi
numquam poteſt, quantumlibet damnoſa hereditas pro-
ponatur. Quid ergo; Neque pro abſtento habebitur
ſuus heres, neque pro eo qui ſe immiſcuit, ſed ſaluum
habebit beneficium iuris prætorij vt abſtinere poſſit
etiam citra reſtitutionem in integrum, quod ſecus eſſet
ſi immixtio vel minima præceſſiſſet, niſi proponeres
impuberem, cui propter ætatis imbecillitatem fauen-
dum prætor putaret, abſque ope reſtitutionis, ſolis enim
puberibus intra viceſimum quintum annum conſtitutis
neceſſarium eſt reſtitutionis auxilium, quod poſt eam
ætatem cùm immixtio præceſſit competere amplius non
poteſt: vt probant cætera quæ in eadem lege ſequun-
tur, & apertiùs traditum eſt in *d. l. neceſſarius 57. D. de*
acquir. hered.

ERROR II.

Si ſuus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ he-
reditati tanquam iacenti detur.

SVMMARIA.

1 *Erroneum pragmaticorum dogma ſuo loco herede ſe abſtinente curatorem paternæ hereditati tanquam iacenti dandum eſſe.*
2 *Refutatio propoſiti dogmatis, ex eo quòd heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres.*
3 *Hereditas iacens dici nequit quæ habet heredem*
4 *Herede ſuo ſe abſtinente dandus eſt curator bonis defuncti, non hereditati. & numero. 6.*
5 *Quandiu deliberat heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti.*

FAcile erit ex ſuperioribus intelligere quàm
ſtultius & ineptius ſit quod iidem prag-
1 matici volunt † ſuo herede abſtinente
curatorem paternæ heredit. tanquam ia-
2 centi dandum eſſe. Nam † ſi verum eſt quod diximus &
probauimus, ſuum heredem non eo minùs & ſuum &
neceſſarium heredem ipſo iure manere quòd abſtinen-
di beneficium, ſi volet, ex prætoris edicto habeat, ideó-
que ſtatim heredem eſſe ex teſtamento *l. 1. §. qui ſunt in*
poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Nec dici poſſe ſine
herede eum eſſe qui ſuum heredem habet, quamuis ſe
abſtinentem, vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. cùm quaſi*
3 *30. §. ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* quis admittat † ia-
centem dici hereditatem, quæ habet heredem, aut ei cu-
ratorem dari tanquam iacenti quæ reuera nec iacens eſt,
nec vnquam fuit, neceſſe poteſt? Imò quæ nec verè he-
reditas eſt, ſi hereditatem accipias non pro dominio ſim-
pliciter, quomodo accipiunt Iureconſulti, cùm dicunt
hereditatem patris qui ſuum heredem reliquit, ſed pro
dominio illo iacente quod ante hereditatis acquiſitio-
nem dominum alium non habet quàm defunctum. Vt
contingit in extraneis heredibus, in quibus nec here-
ditas ampliùs dicitur poſt aditionem, ſed proprium pa-
trimonium heredis. Dicat aliquis, ſuum heredem qui
abſtinuit, licet non eo minùs & ſuus & neceſſarius he-
res maneat iure ciuili, tamen à Prætore loco heredis non
haberi, *l. ſi filius qui abſtinuit 12. D. de interrog. in iur.*
faciend. Quidni ergo hereditati tanquam iacenti cura-
tor dabitur vt effectum rei magis quàm ſubtilitatem iu-
ris & verborum inſpiciamus, aut qua demum alia actio-
ne creditoribus ſuum perſequi volentibus conſuletur;
Reſpondeo, dandum † quidem eſſe curatorem, qui & 4
creditorum actiones excipiat, & actiones omnes quæ
defuncto competierunt exerceat, ſed dandum bonis de-
functi, non hereditati iacenti quæ nulla eſt. Nam & cùm
heres inſtitutus † extraneus aut agnatus proximus vr- 5
gentibus hereditarijs creditoribus implorauit bene-
ficium iuris deliberandi, certum eſt, quandiu ille deli-
berat, non dari curatorem hereditati tanquam iacenti,
licèt reuera iaceat: obijcies nec bonis ipſis hoc caſu dari:
Fateor, quia futurum eſt breui vt defunctus habeat ſuc-
ceſſorem, potéſtque intereà is qui deliberat omnia ſine
præiudicio expedire quæ longiorem moram non pati-
untur, *l. Ariſto. 5. §. 1. cum l. ſeq. D. de iur. delib.* Sed cùm
non apparet quis heres eſſe aut poſſit aut velit, vt con-
tingit † filio ſe abſtinente, dico nihil aliud fieri poſſe, 6
quàm vt curator bonis conſtituatur, & bona vendantur,
& ſi quæ actiones defuncto competierunt eæ per cura-
torem exerceantur, aut creditoribus cedantur, quemad-
modum & ſi quis inſtitutus eſſet ſub conditione non
poteſtatiua, *l. 1. 2. & paſſ. D. de curat. bon. dand.*

ERROR III.

De curatore iacenti hereditati dando cùm nullus
heres eſt ſiue aliquis ſperetur, ſiue non.

SVMMARIA.

1 *Cur nullo iuris loco tractetur de curatore hereditati tanquam iacenti dando.*
2 *Hereditas perſonam defuncti repræſentat, non heredis.*
3 *Hereditati furtum fieri nequit.*
4 *Cuiuſnam rei hereditariæ furtum fieri queat.*
5 *Curator, cur detur.*
6 *Pragmatici hereditatis & bonorum appellatione promiſcuè per imperitiam vtuntur.*
7 *Inter hereditatem & bona differentiæ plures notatæ.*
8 *Hereditas deſinit eſſe hereditas ex quo certum eſſe incipit neminem heredem fore.*
9 *In ſuis non erat olim ſucceſſio, imò ne quidem in agnatis.*
10 *Ex l. vlt. §. ſin autem. C. de bon. quæ lib. non colligi hereditati curatorem dari poſſe.*

NEc ſanè memini vllo iuris † loco tractari de 1
curatore hereditati tanquam iacenti dando:
quia nec fieri poteſt vt detur, cum heredi-
tas † defuncti perſonam repræſentet, non 2
heredis *l. hereditas. 34. D. de acquir. rer. dom.* Defuncto
autem dari curatorem abſurdum eſſet. Nam & inde fit
vt hereditati † furtum fieri nequeat, imò ne quidem rei 3
hereditariæ, † niſi aut commodata fuerit, aut in pignus 4
vel vſumfr. data, ideóque neceſſaria fuit actio expilatæ
heredit. *l. 1. & tot. tit. D. expil. hered. l. hereditariæ 98.*
cum duab. ſeq. D. de furt. quia ei qui in rerum natura am-
pliùs non eſt, furtum fieri non poteſt. *Adde aliam ratio-*
nem perelegantem & apertiorem ex l. 1. §. Sceuola. D. ſi is
qui teſt. lib. eſſ. iuſſ. Quòd ſi curatoris † datio neceſſaria 5
ſit vt non tam perſonæ quàm bonis conſulatur, quid
obſecro attinet curatorem hereditati iacenti dari; An
non

non ſatis & æquè conſultum eſt ſi bonis detur? An ergo
de verbis tantùm, non etiam de re ipſa & rei effectu di-
ſputamus; Imò verò de iure & ipſiſſima iuris ratione. Eſt
enim ſanè à iuris ratione & regulis omnino alienum, vt
curator iacenti detur, tantóque minùs permittendum
eſt pragmaticis vt iure abutantur, quanto minùs neceſ-
ſe eſt, cùm curatore bonis dato, quod fieri iure poteſt &
debet, idem effectus futurus ſit. Natus autem ex eo er-
6 ror eſt, quòd pragmatici † *hereditatis* & *bonorum* appel-
lationem promiſcuam fecerunt, cùm tamen valdè refe-
rat an de hereditate, an de bonis loquamur. Hereditas
7 nomen † iuris eſt, ibique etiam eſſe intelligitur vbi bo-
na nulla ſunt, dummodò aliqua eſſe poſſint. Bona autem
nulla ſunt, vbi nihil eſt. Dicuntur enim à beando. Vnde
illud etiam euenit vt bona non dicãtur, niſi deducto ære
alieno, nam nec illa bona ſunt, quæ plus habẽt incómo-
di quàm commodi. Hereditas contrà dicitur etiam illa
quæ ære alieno tota non modo obruta, ſed etiã exhauſta
eſt. Hereditas perſonam defuncti repræſentat, bona non
repræſentant. Quid ſi addam quod magis nouum, nec
8 tamen minùs verum fuerit hereditatem † deſinere eſſe
hereditatem ex quo certum eſſe incipit neminem aut ex
teſtamento aut ab inteſtato heredem fore? Cùm enim, vt
ſuperiore capite docuimus, heredites inducta ſit pote-
ſtate legis propter heredem, indéque fiat vt qui heredem
habere non poteſt, nec hereditatem quoque habere poſ-
ſit, vt contingit in filiofamilias & alijs eiuſmodi quàm-
plurimis perſonis: An non prorſus conſequens eſt vt
hereditas quæ aliquando fuit, eſſe deſinat vbi ſpes defi-
cit habendi heredis? Quis enim putet hereditatem à iu-
re induci vt perpetuò iaceat? Admitto poſſe hereditatem
eſſe ſine herede, ſed non ſine alicuius heredis habendi
facultate: ideóque nimirum mortuo aliquo ſine herede
dicimus fieri bona vacantia & ad fiſcum, no hereditario
aut ſucceſſorio, ſed ſingulari quodam iure deuolui, quod
falſum eſſet ſi qua hereditas maneret. Nam hereditas
repræſentaret perſonam defuncti, vel ob hoc ipſum ne
bona videri poſſent vacantia, quæ eſſent hereditaria. At-
qui filiofamiliâs eodémque ſuo herede ſe abſtinente ſi
9 inſpicias iuris veteris rationem quæ non patiebatur † vt
in ſuis eſſet ſucceſſio *l.1.§. ſciendum. De ſuis & legit.* at
ne quidem in agnatis *§. placebat. Inſti. de legit. agnat.
ſucceſſ.* Nec quod ex ſucceſſorio prætoris edicto aliud ſit
ad rem facit. Prætor enim ſicut heredem facere non po-
tuit, ita nec hereditatem, aut conſtituere, aut à iure
conſtitutam inuita iuris ratione retinere, ſed etſi aliqua
ex parte à Iuſtiniano id immutatum eſt *d.§. placebat*. ta-
men ſi quod plerunque euenit, nemo reperiatur qui
damnoſam patris hereditatem à qua ſuus heres abſtinuit
agnoſcere velit, idem contingere neceſſe eſt vt ſine he-
rede paterfamiliâs defunctus exiſtimetur. Ergo & ſine
hereditate. Proinde fieri nullomodo poteſt vt hereditati
eius tanquam iacenti curator aliquis detur. Neque ve-
rò ſolet poteſtas iuris ſuperuacuam inducere fictionem.
Vt autem hereditas aliqua ſit, fictio tantùm iuris eſt, quæ
porrò ſuperuacua ſit, cùm heres ampliùs nullus ſperatur:
ſcio placere † Iuſtiniano in *l. vltim. ſin autem, Cod. de
bon. quæ liber.* vt in ea ſpecie curator hereditati detur,
vereórque ne vnus ille locus errorem hunc inuexerit.
Sed ſi quis benè intueatur, ſcripſit eo loco Tribonianus
hereditatem impropriè pro eo quod ſcribere debebat
bona, cùm tractet apertiſſimè de hereditate iam filio ac-
quiſita, & hoc ipſo agnita quòd curatorem petat ille
dari bonis quæ pater noluit adminiſtrare. Hereditas
enim eſſe deſinit, vt in ſuperioribus dictum eſt, ex quo
adita fuit. Idque apparet ſatis ex verbis illis præceden-
tibus, ſin autem patre recuſante filius adire maluerit, da-
mus quidem licentiam & hoc facere. Itaque quod ſe-
quitur, nolente autem patres res filij gubernare, neceſ-
ſario acipiendum eſt de rebus hereditariis ipſi filio iam
per aditionem acquiſitis, quas ideò res filij lex vocat.

ERROR IV.

*De herede ſiue ſuo, ſiue extraneo qui reſpondit
ſe heredem non eſſe.*

SVMMARIA.

1 *Heres ſiue ſuus ſiue extraneus, qui reſpondit ſe here-
dem non eſſe cur non ſatis apertè pragmaticis vi-
deatur reſpondiſſe.*
2 *In extraneo obtinere pragmaticorum ſententiam, non
verò in ſuo herede.*
3 *Abſtentio ſui heredis quid ſit.*
4 *Vnde natus ſi t pragmaticorum error.*

REcte nec inſubtiliter † à pragmaticis ob- 1
ſeruatum eſt heredem ſiue inſtitutum ſiue
legitimum, qui aut à ſubſtituto aut à pro-
ximo vel ſequentis gradus agnato, aut
etiam a creditore hereditario interrogatus, an heredita-
tem ſibi delatem agnoſcere velit nécne, reſpondit ſe he-
redem non eſſe, non ſatis apertè videri reſpondiſſe.
Non enim conſtare poteſt ex ea reſponſione an reſpuat
hereditatem, cùm is qui etiam poſt delationem negat ſe
heredem eſſe non eo minus fieri heres poſſit adeundo,
quandiu non repudiauit. Verumque ſiquidem ve-
rum eſt, & heredem eum non eſſe, quia nondum adiit,
& tamen heredem eſſe poſſe, quia nondum repudiauit.
præcisè igitur cogendus eſt vt hereditatem aut agnoſcat
aut repudiet, cùm deliberare vel non vult, aut non poteſt,
iam fortaſſis excluſus tempore ab implorando iure deli-
berandi. Sed in eo tamen pragmatici errant omnes, quòd
non diſtinguunt ſuum heredem ab extraneo. Nam † in 2
extraneo quidem hoc obtinet, quod diximus, quia is
priuſquam hereditatem ſibi delatam adeat, nullomodo
heres eſt, licèt eſſe poſſit. Suus autem heres ipſo iure he-
res eſt & neceſſarius non modò ante abſtentionem, licèt
ſaluum habeat beneficium abſtentionis *l.1.§. qui ſunt in
poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Sed et am poſt ab-
ſtentionem *l. cum quaſi 30.§. ſed etſi ſuus. D. de fideicom-
miſſ. libert.* quamuis hoc caſu heredis loco non habea-
tur à prætore *l. ſi filius, qui abſtinuit 12. D. de interrogat.
in iur. faciend.* Inde namque fit vt reſpondens ſe here-
dem non eſſe, ſatis declaret implorare ſe beneficium ab-
ſtentionis, vtpote ſine quo fieri nequit, vt non ſit he-
res, qui iam vel inuitus heres eſt. Quid enim aliud eſt
abſtentio † niſi declaratio ſui heredis, quòd nolit ſe ha- 3
beri pro herede nec mergi oneribus hereditariis? Igitur
abſtentio ex eiuſmodi reſponſione rectiſſimè inducetur,
nec arctandus erit ſuus heres vt vel aptiùs vel apertiùs
reſpondeat, ſicut nec audiendus ſi eam hereditatem velit
poſteà ſibi quæſitam quaſi nunquam fuerit abſtentus,
ſi modò neque fauor ætatis neque auxilium reſtitu-
tionis patrocinetur. Secundùm eam diſtinctionem quæ
Caio tradita eſt in *l. neceſſariis 57. D. de acquir. he-
red.* Natus autem eſt error † hic pragmaticorum ex eo, 4
quòd exiſtimant poſt inductum indultúmque à præto-
re beneficium abſtentionis, perinde neceſſariam eſſe
in ſuo herede immixtionem, atque aditio in extraneo
neceſſaria eſt ad acquirendam hereditatem. Quod tamen
falſum eſſe apparet ex ſupradictis legibus aliiſque in-
numeris quæ in hanc rem cumulari poſſent.

ERROR V.

*De ſuo herede, qui poſteaquàm ſe tutore autore
immiſcuit, vult abſtinere.*

SVMMARIA.

1 *Cùm de ſui heredis abſtentione quæritur impubes à pu-
bere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore.*

2 *Beneſi*

2 *Beneficium abſtentionis à pratore datum eſt impuberibus etiam ſi ſe immiſcuerint, & quidem citra opem reſtitutionis in integrum.*
3 *Puberibus datum eſt beneficium abſtentionis ſi ſe non immiſcuerint, at poſt immixtionem indigent reſtitutione in integrum.*
4 *Nihil intereſt an ſuus heres ſe immiſcuerit tutore autore, an ſine tutoris autoritate.*
5 *Hereditatem extranei non aliter poteſt pupillus ſibi acquirere, quàm ſi tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat.*
6 *Ratio ſuperioris pronuntiati.*
7 *Tutor non poteſt pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere.*
8 *Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poteſt.*
9 *Item curator furioſi delatam furioſo hereditatem.*
10 *An pupillus qui ſe immiſcuit paterna hereditati tutore autore poſſit eodem autore ſe abſtinere.*
11 *Pragmaticorum ſententia negans, & eorumdem rationes.*
12 *Contraria auctoris ſententia & eiuſdem confirmatio.*
13 *Rem aliter ſe habere ſi extranei hereditas pupillo delata ſit.*

1 CVm de ſui † heredis abſtentione quæritur,
impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque
minor annis vigintiquinque ab eo qui ſuæ
& legitimæ ætatis eſt. Conſtat enim bene-
2 ficium † abſtentionis à prætore datum eſſe impuberi-
bus, non modò ſi ſe non immiſcuerint, ſed etiam ſi ſe
immiſcuerint, & quidem citra opem & auxilium in in-
3 tegrum reſtitutionis: Puberibus † verò non aliter quàm
ſi ſe non immiſcuerint, niſi quod etiam poſt immixtio-
nem dat iis prætor reſtitutionem ex generali edicto, De
minorib. vt poſſint abſtinere ſi minor ætas patrocinetur.
l. neceſſarÿ 57. D. de acq. her Sed & illud ſciendum eſt ni-
4 hil intereſſe † an ſuus heres ſe immiſcuerit tutore au-
tore, an ſine tutoris autoritate. Nam ſicuti etiam citra
immixtionem ſuus heres eſt & neceſſarius, vt diſputaui-
mus in ſuperiorib. ita ſe immiſcens non eo minus vi-
deri heres poteſt, quòd ſine tutoris autoritate ſe immiſ-
cuerit. Econtrario ſicut immixtio facere non poteſt
quantumlibet ſolennis, vt ſuo heredi impuberi ſaluum
non ſit beneficium abſtentionis: ita nec interueniens
tutoris autoritas inducere debet vt beneficio illo pri-
5 uandus videatur. In cæteris † hereditatibus quæ pupillo
tutorem habenti deferuntur, non idem eſt. Non enim
aliter ſibi eas acquirere pupillus poteſt, quàm ſi tutore
autore vel adeat quando fari poteſt & cum cretione he-
res inſtitutus eſt, vel pro herede gerat, *l. pupillus 9.* D.
6 vbi ratio † redditur, quoniam hereditatis acquiſitio
heredem obligat ex quaſi contractu creditoribus omni-
bus & legatariis. Pupillus autem ſine tutoris autoritate
nec contrahere, nec obligari vllo modo poteſt? Adeun-
do verò, aut pro herede gerendo multo minùs, quia
nec adeundæ hereditatis cauſſam intelligit, nec proin-
de, adeundi facultatem habet, cùm ad acquirendam
hereditatem illud præcipuè requiratur, vt quiſquis he-
res fieri vult, & ius & cauſſam acquirendæ hereditatis
7 intelligat. *l. ſi is ad quem 22. & paſſ. eod.* Cæterùm inter-
ueniente tutore, non tutor † pupilli nomine aut adire
aut pro herede gerere poteſt, ſed pupillus ipſe aut adire
aut pro herede gerere debet, tutore ſuo autore. Perſona-
le namque factum requiritur illius qui heres fit, vt ipſe
non alius pro eo adeat vel pro herede gerat, faciliúſ-
8 que lex putauit vt iudicium & voluntas pupilli, quam
vt factum ipſius per tutorem ſuppleatur. Soli patri † da-
tum eſt à Iuſtiniano, contra iuris veteris rationem, vt
infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poſſit, in
eóque plus iuris habeat quàm tutor, quia & plus quàm
tutor eſt *l. ſi infanti 18. C. de iur. del.* Itē † curatori furioſi 9
delatam furioſo ſucceſſionem poſſit ipſe furioſi nomi-
ne acquirere, *l. vl. C. de cur. fur.* Finge igitur pupillum
ſe immiſcuiſſe † paternæ hereditati, tutore autore, An 10
eodem tutore autore poterit ſe abſtinere? Pragmatici
† negant, non illa ſolum ratione, quòd abſurdum videa- 11
tur, tutorē qui pupillo autor fuit ſe immiſcendi, eundē
autorē eſſe abſtinendi, ſed etiam quòd interueniens tu-
toris autoritas facere videatur vt pupillus adeundo, vel
pro herede gerendo ſolenniter obligetur ex quaſi cōtra-
ctu, proinde indigeat auxilio reſtitutionis, ſicut & ſi quo
alio contractus genere contraxiſſet tutore autore: Ne-
mo enim dubitat quin pupillus ex omnibus cauſſis vti-
liter & efficaciter obligetur ſi tutoris autoritas accedat,
ſalua ei in integrū reſtitutione ſi læſus probetur *l. 1. &*
tot. tit. l. ſi tutor vel curat. interuen. At ego † contrà puto, 12
quia cū pupillus paternæ hereditati ſe immiſcet, nō ſe
obligat per immixtionē cùm iam ſatis ſupérque obliga-
tus ſit iure ciuili, hoc ipſo, quod & ſuus heres, & neceſ-
ſarius, ſed tantùm declarat velle ſe vti iure ſuo, ſibique
quæſitam hereditatem retinere. Quæ res cùm nullam
creditoribus & legatariis nouam in eum det actionem,
nulla quoque iis fit iniuria ſi propter ætatis fauorem
ſaluam nihilominus pupillo relinquat abſtinuendi fa-
cultatem. Idem enim ius illorum manet, quod haberent
ſi pupillus ſe non immiſcuiſſet. In eámque rem textus
ſunt apertiſſimi in *l. pen. D. de conſen. aut. tut. l. ex contra-*
ctu. 44. de re iudic. Aliud ſanè eſt, ſi extranei, id eſt al-
terius quam patris hereditas pupillo delata ſit. Tunc. n.
ſi ſemel ille adierit tutore autore, non admittendus ad
eam repudiandam ſiue eodem ſiue alio tutore autore,
niſi per in integrum reſtitutionem, quia cum ſe adeundo
obligauerit, fieret iniuria creditoribus & legatariis ſi ab
ea obligatione quam ſponte contraxiſſet, iis inuitis
eximeretur.

ERROR VI.

De differentia ſui heredis & extranei in agnoſcenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea non magis poteſt ſuus heres hodie heres eſſe citra immixtionem, quàm extraneus citra aditionem.*
2 *Heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid ſubripit non idcirco fit heres, contra pragmaticos.*
3 *Heres ſuus qui hereditarium aliquid ſubripit, licet non fiat ex eo heres, ſibi tamen eo ipſo eripit beneficium abſtinendi, quia ſe immiſcet.*
4 *Quid ſit hereditati paterna ſe immiſcere.*
5 *Facilius inducitur hereditatis immixtio, quàm aditio.*
6 *Semel repudiata hereditas non magis adiri poteſt, quàm adita repudiari.*
7 *Quandiu res integra eſt, nec diſtracta ſunt bona hereditaria, liberum eſt ſuo heredi vt etiam poſt abſtentionem ſe immiſceat.*
8 *Idem obtinet ex Iuſtiniani conſtitutione, diſtractis etiam rebus hereditariis, & quidem ad triennium.*
9 *An aditio hereditatis preſumenda ſit ex eo quòd heres ante declaratam voluntatem creditoribus hereditarÿs ſoluit, aut rem hereditariam vendidit.*
10 *In extraneo herede non poſſe inde inferri hereditatis aditionem.*
11 *Secus in ſuo herede.*

Pendet

PEndet etiam hic error ex ſuperioribus. Is enim perpetuus pragmaticorum lapſus eſt, quòd nullam inter ſuum heredem & extraneum differentiam conſtituunt, exiſtimantes edicto prætoris quod ſuis heredibus abſtinendi
1 beneficium dedit, factum eſſe vt non magis † poſſit ſuus heres hodie heres eſſe citra immixtionem, quam extraneus citra aditionem: vtque eadem in vtroque ratio ſit adquirendæ hereditatis, Quod certè non ita
2 eſt, Nam ſi extraneus † cui ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato delata eſt hereditas ante aditionem hereditarium aliquid ſubripuerit, placet non idcirco fieri eum heredem quia admiſſam contrariam voluntatem declarat, inquit *l. ſi quis 21. ff. de acq. her.* Id eſt quia ex qualitate facti apparet non eo animo attigiſſe illum res hereditarias vt heres fieret, ſed potius è contrario quòd heres eſſe nollet. Cùm ſi voluiſſet vtique pro ſuo iure vniuerſas res hereditarias tanquam ſuas contrectare, déque iis pro arbitrio ſtatuere potuiſſet, neque conſilium expilandæ hereditatis inire debuiſſet, In quo ipſo etiam pragmatici plerique errant: putant enim ſtatim atque is cui delata eſt hereditas, attingit vel minimũ quid hereditariũ, licet animo expilãdæ hereditatis & furti faciendi (ſi rei hereditariæ furtũ fieri poſſet) videri eum hereditatem adiiſſe, & omnimodo habendum pro herede quaſi qui pro herede geſſerit, & id fecerit quod fieri non potuit citra ius & nomen heredis: quod pugnat manifeſtè
3 cum *d. l. ſi quis.* At ſi ſuus † heres idem fecerit, id eſt hereditarium aliquid contrectauerit etiam animo ſubripiendi & furandi, non fit quidem ex eo heres qui iam inde ab initio heres fuit & ſuus neceſſarius, ſed tamen ſe obligat hactenus vt abſtinendi beneficium ſibi eripiat, quia ſe immiſcet. Quid. n. aliud eſt paternæ heredi-
4 tati † ſe immiſcere quam ex paterna hereditate aliquid vel minimum attingere? Faciliùs quippe inducitur here-
5 ditatis † immixtio quam aditio: quia minoris momenti eſt cum non tam heredem faciat, quàm declaret voluntatem eius qui iam heres eſt, quod non inuitus heres fit. Atqui, inquies, voluntas heredis ſui perinde requiritur ad inducendam immixtionem, atque extranei ad adeundum. Fateor, ſed dico ſui heredis qui res hereditarias contrectat & expilat, voluntatem illam eſſe non poſſe vt fur potiùs quam heres fiat, quia cum iam ipſo iure heres ſit, furtum ſibi ipſi facere nullomodo poteſt, nec ſi velit. Conſequens igitur eſt vt hoc ipſo ſe immiſceat, atque ita beneficium abſtinendi amittat, niſi is ſit cui prætor etiam poſt immixtionem id beneficij ſaluum eſſe velit, id eſt intra pupillares annos conſtitutus. *l. neceſſarijs 57. D. de acq. her.* Ex contrario finge heredem extraneum poſt repudiatam hereditatem non modò contrectaſſe res hereditarias, ſed etiam aliquid feciſſe quòd fieri minimè potuerit citra ius & nomen heredis, an idcirco hereditati tanquam heres obligabitur? Nequaquam: quia nec in eius poteſtate eſt, vt fiat heres poſteaquam repudiauit hereditatem, cum ſemel repudiata hereditas non magis adiri poſſit, quàm adita repudiari *l. C. ſicut de repu. vel abſt. her.* Et tamen ſi poneres ſuum heredem etiam poſt abſtentionem idipſum feciſſe, dubitari
6 non oporteret quin actio in eum quaſi heredem ex ea cauſſa dari deberet creditoribus & legatarijs omnibus, Quia nimirum etiam poſt abſtentionem reuera & ipſo iure heres manet. *l. cum quaſi 30. §. ſed et ſi ſuus. D. de fid. lib.* nec per ſubſequentem immixtionem fit heres, ſed præteritæ abſtentionis fructum & commodum amittit, vt à prætore heredis loco habeatur qui & inuitus, & in-
7 uito etiam prætore heres eſt. † Quãdiu enim res integra eſt, nec diſtracta ſunt bona hereditaria, liberum & integrum eſt filio ſuo heredi vt etiam poſt aditionem ſe immiſceat, *l. ſi quis ſuus 8. D de iur. delib.* Quidni verò? cum neque iuris ratio repugnet, quæ ex contrario potiùs fauet, neque iniuria vlla fiat creditoribus & legatarijs, quorum intereſt potiùs heredem aliquem & eſſe & habe-

beri quem conuenire poſſint, quàm extare neminem qui à prætore heredis loco habeatur. Sed & aliquando euenit vt etiam diſtractis † iam rebus hereditarijs, ac proin- 8
de eo tempore quo iam incipit emptorum intereſſe, ſaluum nihilominus ſit ſuo heredi ius illud ſe immiſcendi, tametſi maior fuerit annis viginti quinque nempe ad trienniũ vſque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de repud. vel abſt. hered.* nihil enim facilius eſt quam vt vnaquæque res ad ſuam redeat naturam, *l. ſi vnus 27. § pactus ne peteret. in fin. D. de pact.* Quanquam in propoſito non tam redit res ad ſuam naturam quam in ſua natura conſeruatur, ſiquidem, vt dixi, per ſubſequentem illam immixtionẽ non fit iterum heres qui iam eſſe deſierat, quod fieri nullo modo poſſet, at heredis loco tantum habetur qui reuera ſemper heres manſerat. Item tractari poteſt ſi heres † ante declaratam voluntatem de hereditate vel 9
agnoſcenda vel reſpuenda creditoribus hereditariis ſoluerit, aut rem hereditariam vendiderit. Nam in extraneo
† herede dicimus non poſſe ex huiuſmodi actionibus in- 10
ferri aditionem hereditatis, quia poſſunt ea omnia fieri citra ius & nomen heredis, cùm & alienam rem vendere quis poſſit, *l. rẽ alienam 28. D. de contr. empt.* & quod alius debet pro eo non ſolum ignorante, ſed etiam inuito ſoluere *l. ſoluẽdo 39. D. de negot. geſt.* At in ſuo † herede aliud 11
iuris eſt *l. 2. C. de iur. delib.* quoniam cum iam ſit ipſo iure heres citra immixtionem, non poteſt videri rem alienam vendidiſſe, aut pro alio ſoluiſſe, qui rem hereditariã vendidit, aut debitum hereditarium perſoluit, ſed ſuum omnimodo negotium geſſiſſe credendus eſt, & paternæ hereditati ſe immiſcuiſſe, adeò vt nec volũtatis quæſtio vlla relinquatur, an animo ſe immiſcendi id fecerit, nécne; quia quod heres eſt & pro herede habetur, non ex ipſius voluntate proficiſcitur, ſed ex iure ciuili quod eum facit & ſuum heredem & neceſſarium itémque ex iuriſdictione prætoris, qui non aliter aſperitatem illam iuris ciuilis temperat indulto beneficio abſtinendi, quàm ſi ſuus heres ſe non immiſcuerit. Se autem immiſcet non is tantùm qui facit quod citra ius & nomen heredis fieri non potuit, ſed ille etiam qui vel hereditarium quidpiam attingit, vel quo alio modo verſatur circa hereditatem.

ERROR VII.

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet.

SVMMARIA.

1 *Qui ſe heredem dicit cum beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, an ſit audiendus ſi inuentarium exhibere nolit.*
2 *Pragmaticorum ſententia affirmans.*
3 *Affirmantis ſententia ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſſertatio eo nixa quòd interſit eius qui conuenitur ne conueniatur, ſi qua exceptione id aſſequi poſſit.*
5 *Productio ſententia autoris.*
6 *De viribus actionis prius quæri oportet, quàm de viribus exceptionis.*
7 *Poſſeſſio etiam vitioſa prodeſt aduerſus extraneos.*
8 *Quiſquis agit tanquam talis ante omnia ſe debet probare talem.*

ERrorum omnium quos pragmatici innexerunt hic vnus mihi ſemper probabiliſſimus viſus fuit. Sed quantumlibet probabilis ſit, tamen error eſt. Si is † qui ſe heredem dicit 1
cum beneficio legis & inuentarij, & eo iure agens ſiue contra debitorem hereditarium ſiue aduerſus eum, qui aliquid ex hereditate poſſidet, vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, nec exhibere velit, quæri ſolet an ſit audiendus. Nec fere quiſquam eſt ex pragmaticis

2 † qui non ſentiat audiri eum debere, neque iuſtam reo exceptionem competere ob id quod inuentarium non
3 exhibeatur. Mouentur † ex eo quod heredis inuentarium non exhibentis pœna alia grauior eſſe non poteſt quàm vt eius inuentarij beneficio & commodo priuetur: quo admiſſo relinquitur vt purè, abſolutè & ſine adiectione heres ſit, qui ſe anteà non niſi cum beneficio legis ac inuentarij heredẽ eſſe dicebat. Atqui nihil ea res cum iure actionis commune habet. Non enim eo minùs parata eſt heredi actio contra debitores hereditarios, aut rerum hereditariarum poſſeſſores, quòd purè & abſolutè ſit heres. Quinimò tanto paratior, quãto difficilius eſt vt rei qui ſimpliciter & purè heres eſt, exceptio aliqua ex propria ipſius perſona obiiciatur. Proinde nihil intereſt eius qui conuenitur, an inuentarium exhibeatur nécne, cùm vtroque caſu futurum ſit vt perinde teneri debeat & condemnari. Sicut autem nemo ad agendum admittitur, cuius aliqua ex parte intereſt, ita neque ad excipiendum, quandoquidem & actiones & exceptiones omnes in id comparatæ ſunt vt vnuſquiſque id quod ſua intereſt conſequatur ſiue petendo ſiue retinendo *l. 3. l. ſtipulatio iſta 38. §. alter. De verbor. obligat. l. ille à quo 13. §. ſi de teſtamento. D. ad S.C. Trebellia.* Nec ſanè ſpecioſius, & vt iam dixi, prima viſione probabilius quicquam dici poteſt. Sed tamen ſi propiùs intueare, non
4 habet hæc ſententia † rationem. Neque enim negari poteſt quin eius qui conuenitur intereſt quàm maximè ne vllo modo conueniatur ſi qua exceptione id aſſequi poſſit. Fieri autem facilè poteſt, vt is qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij malit inſtitutam actionem omittere quàm fateri ſe purè & abſolutè heredem. Quid enim ſi hereditas euidenter damnoſa vel ſuſpecta ſit. Quid ſi is ipſe qui conuenitur ſit ex creditoribus aut legatariis cuius intereſt aliquem eſſe heredem, quem in ſolidum conuenire poſſit? Cur non cogemus actorem vt vel inuentarium exhibeat, vel inuentarij beneficium abiiciat, agatque tanquam heres purè & abſolutè? Nam ſi declaret ſe agere quaſi purè & ſimpliciter heredem, nemo vtique dubitat, quin cogendus non ſit exhibere inuentarium, licèt ab initio egerit tanquam heres cum beneficio inuentarij, quia non exhibiti inuentarij pœnam tantam patitur, quantam pati poteſt. Sed ſi ex aduerſo malit actionem amittere quàm inuentarij beneficium, quod obtendit reſpuere, non eſt ei permittendum, vt agat tanquam heres ex beneficio in-
5 uentarij, quod exhibere nolit. Nec diſtinguemus † an is qui conuenitur ſit ex creditoribus aut legatariis, nécne. Nam etiamſi ex eo numero non ſit, tamen qua parte reus eſt, ipſius intereſt repelli actorem quomodocunque, & ab actione inſtituenda, vel inſtituta proſequenda metu onerum hereditariorum deterreri. Dices fortaſſe non eſſe illam probabilem concedendæ huiuſmodi exceptionis rationem, cùm is qui conuenitur, reuera debitor hereditarius eſt, nec negat ſe debere: quid enim eius intereſt an ei ſoluat qui purè abſolutè heres ſit, an ei qui cum beneficio inuentarij, cùm vtroque caſu futurum ſit vt ſoluendo, ſe liberet extinguátque obligationem? Sed reſpondeo poſſe etiam ex alia cauſſa ipſius intereſſe, non ob id ſolùm ne tam citò conueniatur, ſed ob id etiam quòd herede ipſo ſummoto hereditas competitura ſit alteri, qui fortaſſis aut amicior erit, aut liberalior, minúſque durus & oneroſus creditor, quàm hic qui iam vrget ſolutionem. Quanquam nec quærendum eſt de iure rei, hoc eſt an verus debitor iuſtúſve poſſeſſor ſit, & an illius vllo modo interſit, necne, priuſquàm quæſitum ſit & conſtiterit de iure actoris: cùm
6 anteà de viribus † actionis quæri oporteat, deinde de viribus exceptionis. Cæteris namque paribus, id eſt, ſi is qui nullo iure excipit, nullo iure conueniatur, abſoluendus eſt. In eóque nimirum duriores ſunt partes actoris quàm rei qui poſſidet, *§. commodum. Inſt. de interd.* ſicut & fauorabiliorem eſſe dicimus cauſſam debitorum, quàm creditorum *l. Arrianus 41. D. de oblig. & act. l. fauorabiliores 125. de regul. iuris.* Et id eſt quod dici ſolet
† poſſeſſionem etiam vicioſam prodeſſe aduerſus extraneos *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſione*, eos nimirum qui nullo 7
iure agunt. Denique generale & perpetuum eſt, vt quiſquis agit tanquam talis, ante omnia ſe debeat probare
talem: quoniam ea † res non modò ad ius actionis per- 8
tinet, ſed etiam ad perſonam actoris. De qua omnino quærendum eſt priuſquàm de iure actionis aut de viribus exceptionis quæri poſſit.

ERROR VIII.

De ſucceſſorij edicti poteſtate à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates tranſlata.

SVMMARIA.

1 *Edictum ſucceſſorium à prætoribus introductum licèt æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt.*
2 *Neque in ſuis heredibus neque in agnatis olim iure ciuili erat ſucceſſio.*
3 *Suus heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres iure ciuili non poterat admitti, vt agnatus proximus.*
4 *Edictum ſucceſſorium ad quid & quatenus à prætoribus inductum.*
5 *Mirabilis error pragmaticorum ſucceſſorium edictum à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates transferentium.*
6 *Error alius interpretum & pragmaticorum.*
7 *Non poteſt admitti ab inteſtato qui iam ex teſtamento heres fuit.*
8 *Per 30. annorum præſcriptionem perimitur non tantum ius adeundi, ſed etiam ius petendæ hereditatis.*
9 *Obiectio pro ſententia interpretum ex eo ducta quod ius nondum natum per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi non poſſit.*
10 *Solutio obiectionis.*
11 *Si nulla prorſus actio ei competierit aduerſus quem præſcriptio obiicitur, ipſa præſcriptio impeditur: ſecus ſi competierit aliqua, quam non exercuerit, licèt alia ſuperueniat poſt impletam præſcriptionem.*
12 *Præſcriptionis ea eſt vis vt potius ſubſequentem impediat actionem, quàm vt proſit ad nouam producendam.*
13 *Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, multò minus inducendæ.*
14 *Qui poteſt facere vt actionem habeat pro eo habendus eſt acſi iam haberet.*
15 *Sententia l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edi. qua abutuntur interpretes & pragmatici.*
16 *Petendæ poſſeſſionis bon. tempora multò ſunt breuiora quàm adeundæ & petendæ hereditatis.*
17 *Declaratio l. licet. 8. C. de iur. delib.*
18 *Tricennariam præſcriptionem Anaſtaſius primus induxit.*
19 *Perſonales actiones olim perpetuæ fuerunt, prætorijs exceptis.*
20 *Quæ actiones perpetuæ hodie dicantur.*
21 *Imperitè facere pragmaticos qui in L. ſicut 3. C. præſ. 30. vel 40. ann. non ſeparant ius petendæ hereditatis à iure adeundi, ſeu ſe immiſcendi.*
22 *Ius adeundi, ſicut & hereditatem petendi ante Anaſtaſij conſtitutionem fuit perpetuum.*
23 *Edictum de iure deliberandi cur introductum.*
24 *Edictum ſucceſſorium pertinet ad bonorum poſſeſſiones: edictum verò de iure deliberandi ad hereditates.*
25 *Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ.*
26 *Imperitè & ineptè pragmaticos in ſuis heredibus commiſcentium ſe immiſcendi.*

Edictum

1 EDictum † ſucceſſorium proprium ius olim
fuit prætoriæ iuriſdictionis, ſumma quidem
æquitate inductum, ſed tamen à iuris ciui-
lis ratione omnino alienum, Nam neque in
2 ſuis heredibus, † neque agnatis ius ciuile ſucceſſionem
admittebat: *leg. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legitimis. §. pla-
cebat. Inſt. de legit. agnat ſucc.* atque ita fiebat vt ſuo here-
de ſe abſtinente aut proximo agnato repudiante nullus
ſequentium graduum liberis, aut agnatis locus relin-
queretur, fieréntque bona vacantia, quaſi tota poteſtate
legis duodecim tabularum in primo ſuorum aut agna-
torum gradu conſumpta, propterea quòd non poteſt vi-
deri ſuus heres eſſe qui primum in morientis patris fa-
milias gradum eo tempore non obtinuit, *l. ſcripto 7. D.
vnde liber.* nec agnato cuilibet lex defert hereditatem,
ſed ei tantùm qui delatæ hereditatis tempore proximior
reperiatur. Repudiata autem per agnatum proximum
hereditate non ideo fit vt qui tunc proximior, id eſt, in
proximo & ſequenti gradu reperitur, iam tum cùm pa-
ter familias mortuus eſt, proximior fuiſſe videatur. Mul-
3 to minus autem patiebatur † ius ciuile, vt ſi ſuus heres
eo iure heres eſſe nollet, poſſet ille ſibi ipſi ſuccedere
& admitti tanquam proximus agnatus: non ſolùm quod
cùm iure ciuili ſuus heres eſſet etiam neceſſarius, facere
non poterat quin heres eſſet tanquam ſuus, verùm etiam
quia non aliter lex duodecim tabularum deferebat he-
reditatem agnato eroximo; quàm ſi ſuus heres nullus
eſſet. Verba enim legis hæc fuerunt in ſucceſſione inte-
ſtati inducenda *ſi ſuus heres non erit agnatus proximus fa-
4 miliam habento:* Prætor autem † cùm eam ciuilis ſucceſ-
ſionis viam anguſtiorem eſſe videret quàm per eſſet ad
ſucceſſores defunctis inducendos, non tantùm hoc ad-
ditum voluit in conſtituendo iure De bonorum poſſeſ-
ſionibus, ad inſtar hereditatum, vt poſt agnatos defer-
retur poſſeſſio cognatis, & poſt cognatos aliis etiam
perſonis anteà iure ciuili incognitis, ſed etiam vt ij qui
tanquam liberi admitterentur ad bonorum poſſeſſio-
nem, Vnde liberi, ſi ab eo capite eſſent excluſi; poſſent
admitti ex capite, Vnde agnati, ſubinde ex capite, Vnde
cognati, ſiue tempore excluſi eſſent, ſiue repudiatione,
lege 1. §. ſed videndum D. de ſucceſſ. edict. Hinc verò prag-
matici poſt vulgares interpretes, à quibus vt plurimùm
decepti ſunt, egregiam errandi occaſionem nacti, miram
opinionem indnxerunt, protracto iure Prætorio De bo-
norum poſſeſſionibus, ad ius ciuile, cauſſamque adqui-
5 rendæ hereditatis. Sic enim exiſtimant † ſuum heredem
qui patris teſtamento inſtitutus fuit ſi triginta annorum
ſpatio excluſus ſit ab agnoſcenda patris hereditate, poſſe
nihilominus ab inteſtato ſuccedere tanquam ſuum here-
dem intra alios triginta annos, tum poſt eos triginta
annos intra aliud tricennium tanquam agnatum proxi-
mum, denique nonaginta illis annis elapſis habere eum
alios triginta annos, intra quos eam hereditatem adire
poſſit tanquam cognatus. Ita fit vt cùm finis longiſſimæ
hominis vitæ ſit centum annorum, & ex temporibus
præſcriptionis tricennariæ ſubducenda ſit tota ætas pu-
pillaris, filius tamen, idémque ſuus heres à patre ſcrip-
tus annos viginti & centum habeat ad patris hereditã-
6 tem acquirendã, † Quo quid, obſecro, dici poteſt impro-
babilius? Dicerem ineptius, niſi, quod magis miror, eam
opinionem in omnibus etiam ſupremis tribunalibus
receptam viderem, Sic enim teſtatur Andr. Tiraq. Ille
verò primus & interpretum & pragmaticorum error eſt,
quod tractant de ſuo herede, quaſi non ſit ille heres pa-
tris citra immixtionem, nec admitti debeat ex teſtamen-
to ſi intra trigeſimum annum ſe non immiſcuerit. Nos
verò docuimus in ſuperioribus, præſertim in errorem
huius Decadis primum, ſuum heredem, ſi à patre ſit in-
ſtitutus, ſtatim & ipſo iure heredem eſſe ex teſtamento,
nec quicquam facere quod ex edicto prætoris poteſt
abſtinere, *l. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.*
quandoquidem etiam poſt abſtentionem nihilominus
heres maneret, *l. cùm quaſi. 30. §. ſed & ſi ſuus de fideic.
libert.* Quòd ſi ſtatim & ipſo iure heres eſt ex teſtamen-
to, vt eſt, quis rogo dubitationi locus relinquitur an
poſt trigeſimum annum admittendus ſit vt ſe paternæ
hereditati immiſceat; Aut quomodo fieri poteſt vt ad-
mittatur vnquam ab inteſtato † ſiue tanquam filius, 7
ſiue tanquam agnatus aut cognatus, qui iam ſemel ex
teſtamento heres fuit? Sed etſi non de ſuo herede, at de
agnato proximo tractaremus quem conſtat non fieri he-
redem citra immixtionem, dico ne huic quæſtioni lo-
cum poſſe vllum ſupereſſe: quia per triginta annorum
præſcriptionem † non modò ius adeundi perimitur, ſi- 8
cut & cætera omnia iura, ſed etiam ius ipſum petendæ
hereditatis, id eſt actio ipſa, quæ petitio hereditatis
appellatur *l. ſicut 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.
l. hereditatis 3. Cod. de petit. hered. l. penultim. C. in quib.
cauſſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Itaque ſiue quis petat he-
reditatem ex teſtamento ſiue ab inteſtato, ſiue quaſi fi-
lius, ſiue quaſi agnatus, aut cognatus, cùm eiuſdem he-
reditatis petitio ſit eadémque actio licèt ex alio atque
alio iure, ſummouendus eſt exceptione & præſcriptione
tanti temporis, vt pote quæ non tantùm excludat actio-
nem, ſed etiam dominium, ſaltem vtile, acquirat poſ-
ſeſſori, pleniſſimámque, vt lex ait, ſecuritatem. Nec ob-
ſtabit, ſi quis objiciat † cum interpretibus, non poſſe 9
per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi ius
quod nondum natum eſt: arg. *l. §. vlt. Cod. de annal.
except. l. in rebus 30. §. omnis autem. Cod. de iur. dot. Auth.
niſi tricennale. Cod. de bon. matern.* Ius autem petendæ
hereditatis ab inteſtato non priùs competere quàm ex-
cluſa ſit ſucceſſio teſtati, neque rurſus ius ſuccedendi ex
capite agnatorum aut cognatorum ante excluſum ius
ſuccedendi ex capite liberorum. Nam reſpondendum † 10
eſt quod iam attigi, eum qui intra primum tricennium
non petijt hereditatem quam potuit petere, ſiue ex te-
ſtamento, ſiue ab inteſtato, ex quocumque capite non
ſolum ius adeundi ex eo capite quod competebat ami-
ſiſſe, ſed etiam ius petendæ hereditatis à poſſeſſore, qui
per tanti temporis decurſum factus eſt dominus rerum
omnium hereditariarum quas poſſedit. Multum ſiqui-
dem intereſt † an nulla prorſus actio ei competierit ad- 11
uerſus quem præſcriptio ſiue longi ſiue longiſſimi tem-
poris objicitur, an verò aliqua competierit, & quidem
eiuſmodi quam potuerit exercere, ſed tamen alia ſubin-
de nata ſit poſt impletam præſcriptionem. Priore cáſu
præſcriptio impeditur, quia fieri nequit vt actio non-
dum nata perimatur, quemadmodum dicemus. Poſterio-
re verò caſu non poteſt actio ſuperueniens impedire
præſcriptionem iam completam, & ius ex præſcriptio-
ne quæſitum poſſeſſori auferre: præſertim verò ſi vt in
propoſito contingit non niſi ex ipſa præſcriptione actio
naſcatur. Potiùs enim dicendum eſt præſcriptionem † 12
facere ne alia vlla actio naſci poſſit, quæ alioqui naſce-
retur, quàm illud admittendum vt præſcriptio quæ
actori nocere debèt ad elidendam actionem iam compe-
tentem, eidem proſit ad aliam actionem producendam:
nam ſi præſcriptio † temporis non eſt modus tollendæ 13
ipſo iure obligationis, ſed tantùm per exceptionem
l. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act. (quid
enim aliud præſcriptio, quàm exceptio eſt?) multo
minus erit modus inducendæ: quandoquidem iuris
ratio non patitur, vt actio per exceptionem inducatur:
Tantóque magis hoc admittendum eſt in eo caſu de
quo tractamus, quòd cùm in ſui heredis aut agniti
proximi poteſtate fuerit vt ageret, & ſibi delatam ex
primo capite hereditatem peteret, adeóque ſi mallet,
repudiaret vt ſequenti ſucceſſionis gradui locum
aperiret, videtur ille ius omne ſuccedendi ex quolibet
capite à ſe abdicaſſe, & præſcriptionis periculo addi-
xiſſe. Nam & dici ſolet eum qui † poteſt facere vt 14
actionem habeat, pro eo habendum acſi iam habe-
ret, ne alioqui eueniat, vt quo fuerit negligentior

in agendo, aut faciendo id per quod actionem habere
poſſit, eo melioris ſit conditionis, etiam quod ad ipſam
temporis præſcriptionem attinet, quod tamen abſur-
dum ſanè fuerit & intolerabile. Vnus omnino iuris lo-
cus eſt qui interpretes & pragmaticos fefellit vt contra-
riam ſententiam inuexerint. Is † eſt in *d.l.1.§. ſed viden-*
15 *dum. D.de ſucceſſ.edict.* Sed apertiſſima & in promptu
reſponſio eſt, tractari eo loco de ſucceſſorio edicto quod
ad bonorum poſſeſſiones tantùm pertinet, non etiam
quod ad hereditates. Nam ſicut prætor non potuit face-
re heredem, ita nec edicto vllo vis ſucceſſionis inducere
inter ſuos heredes & agnatos. Multo igitur minùs licere
debuit interpretibus id facere in edicti prætorij inter-
pretatione, quod nec ipſe prætor tametſi maximè vo-
luiſſet, facere potuiſſet. Et ſanè quàm longè diſtet hac
parte hereditas à bonorum poſſeſſione, intelligi poteſt
ex ea ipſa ratione quæ ſucceſſorium edictum induxit.
Sic enim Vlpianus præfatur in *l. 1. De ſucceſſ. edict.*
non aliam ob cauſam edictum illud comparatum eſſe
quàm vti ne bona diutiùs vacantia iacerent, & vt ſcirent
creditores cum quo congredi poſſent. Quid autem huic
tam bono prætoris propoſito tam contrarium excogita-
ri poteſt, quàm ſi inducatur vt hereditas per centum &
viginti annos iaceat? An non id fuerit prorſus alienum
à mente prætoris? Nimirum petendæ poſſeſſionis tem-
16 pore † multo breuiora & anguſtiora ſunt quàm adeun-
dæ & petendæ hereditatis: cùm extra cauſſam liberorum
qua parte vocantur. Vnde liberi intra annum in hono-
rem ſanguinis, non niſi centum dies petendæ bonorum
poſſeſſionis à prætore præſtituti ſint *d. l. 1. §. largius, &
paſſ. D. de ſucceſſ. edict.* Ius autem adeundæ aut poſt adi-
tionem petendæ hereditatis non niſi tricennio finiatur.
Mala igitur conſecutio eſt à bonorum poſſeſſionibus ad
hereditates, à centum diebus ad triginta annos, à tre-
centis diebus ad annos nonaginta. Nam nec longi tem-
poris præſcriptio vlla tueri poteſt eũ qui bona poſſidet,
cum bonorum poſſeſſio intra breuius tempus petenda ſit
quam quod præſcriptioni ſufficere poſſit etiam cùm pe-
titur ex vltima parte edicti: Quod non ſimiliter contin-
git cùm hereditas petitur poſt trigeſimum annum. Sunt
17 etiam † qui pro communi errore obiiciãt quod ſcriptum
eſt in *l. licet 8. C. de iur. delib.* ſuos heredes licèt inconti-
nenti non ſe immiſcuerint paternæ hereditati, tamen
longi temporis præſcriptione ab ea petenda non arceri.
Ex quo inferunt ius ſe immiſcendi ſicut & adeundi
quod longi temporis præſcriptione non perimitur, tri-
ginta ſaltem annis finiri. Sed faciunt imperitè qui non
animaduertunt non poſſe huic collectioni locum eſſe,
quia quo tempore lex illa lata eſt nullus dum tricennariç
18 præſcriptioni locus erat vt pote quam Anaſtaſius † pri-
mus induxit in *d.l. ſicut 3. C. de preſcr. 30. vel 40. annor.*
Qui etiam vulgaris noſtrorum omnium error eſt, exiſti-
mantium petitionem hereditatis finiri ſpacio triginta
annorum ob id ſolùm quod ſcriptum ſit in *d. l. 7. C. de
petit. hered.* & in *d.l. penult. C. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp.
praeſcript.* non finiri eam decennio vel vicennio. Idcirco
enim longi temporis mentio iis locis facta eſt quod
nulla tum præſcriptio alia quàm longi temporis in vſu
eſſet, quæ porrò non niſi ad actiones in rem pertinebat,
non etiam ad perſonales, in quarum numero hæc non
erat, cùm eſſet potiùs mixta, vt loquuntur, id eſt dire-
19 cta in perſonam licet in rem ſcripta. Perſonales † enim
actiones perpetuæ fuerunt ſi eas excipias quæ ex edicto
prætoris ſumpſerunt originem quæ fuerunt maiori ex
parte annales, vnde *tit. D. perpet. & tempor. action. apud
20 Inſt in.* Hodie † verò poſt Anaſtaſij conſtitutionem per-
petuas illas actiones dicimus, quæ triginta demum aut
21 etiam quadraginta annis excluduntur. Faciunt † etiam
imperitè pragmatici, qui in *d. l. ſicut.* non ſeparant ius
petendæ hereditatis à iure adeundi, aut vt illi vocant, ſe
immiſcendi. Nam ius petendæ hereditatis de quo illa
lege agitur, non competit niſi ex quo hereditas adita eſt,
quando is denique petere hereditatem poteſt qui heres
iam eſt, non cui delata ſolùm hereditas fuit: Ius verò
adeundi competit poſt delatam & ante aditam heredita-
tem. Fuit autem ius † illud adeundi, ſicut & hereditatem 22
petendi perpetuum ante Anaſtaſij conſtitutionem, quia
quandiu non erat repudiata hereditas, tandiu adiri pote-
rat, *l. ſi curatoris 9. eod.* ac proinde etiam poſt, centum ſi
voles, annos. Propter quam cauſſam † neceſſe fuit pro- 23
poni à prætore edictum de iure deliberandi, vt creditori-
bus vrgentibus præſtitueretur heredi tempus ad delibe-
randum an heres eſſe vellet nécne: Nimirum eodem pror-
ſus conſilio & fine, quo edictum ſucceſſorium, Ne bona
diutius iacerent vacantia, & vt ſcirent creditores cum
quo haberent congrediendum. Itaque quod prætor
aſſequi voluit per edictum † ſucceſſorium in bonorum 24
poſſeſſionibus, idipſum aſſecutus eſt per edictum *De
iur. delib.* in hereditatibus. Et quemadmodum non po-
tuit inuita iuriſprudentia inducere ſucceſſorium edi-
ctum in hereditatibus, ita nihil fuit neceſſe induci ius
deliberandi in bonorum poſſeſſionibus, vtpote quas † 25
agnoſci neceſſe ſit intra centeſimum diem: nam nec
pauciores quàm centum dies darentur ad deliberandum
l. 2. D. de iure delib. Excipio perſonas liberorum, quibus
largius tempus datum eſt ad agnoſcendam poſſeſſionem
ex capite Vnde liberi, in honorem, vt dixi, ſanguinis, &
quod minùs arctandi viderentur, qui ad propriam penè
ſucceſſionem vocarentur *d. l. 1. §. largius. De ſucceſſ.
edict.* Denique tempus illud à prætore conſtitutum ad
bonorum poſſeſſionem admittendam pro eo tempore
eſt quòd heredibus iure ciuili adituris dandum eſſet ad
deliberandum, ob idque nec currit niſi ſcienti *l. 2. C. qui
admitt. ad bonor. poſſeſſ.* Sed omnino imperitius † ine- 26
ptius illud eſt quod pragmatici & interpretes noſtri ad
d.l. ſicut tractant De iure ſe immiſcendi, quaſi tale ius ali-
quod ſit ſimile iuri adeundi, vt quod in extraneis here-
dibus adeundi ius eſt, in ſuis ſit ius ſe immiſcendi. Nam
cùm ſui heredes etiam hodie ſint ipſo iure heredes citra
immixtionem, vt tam ſæpè inculcauimus, quodnam ius
habere poſſunt ſe immiſcendi; aut quæ huiuſmodi iuris
vtilitas, quis vſus eſſe poteſt? Planè habent ex edicto
prætoris ius ſe abſtinendi tandiu competens, quandiu ſe
non immiſcuerunt, niſi pupillaris aut minor ætas ſuc-
cedat, vt iis etiam poſt immixtionem ſuccurrendum ſit
ſiue ipſo iure ſiue per in integrum reſtitutionem *l. ne-
ceſſariis 57. D. de acq. hered.* Sed non facit ius illud ab-
ſtinendi, vt in caſum contrariæ voluntatis, id eſt, quo
abſtinere nolint, ius habeant ſe immiſcendi, niſi eo
modo, quo dominus quilibet liberam habens rerum ſua-
rum adminiſtrationem ius habet rebus ſuis vtendi,
quod ipſum tamen rectè & partitè loquentibus in fa-
cultate magis quàm in iure poſitum eſt, nec magis ius
dici poteſt quàm vt in tuo cœnes aut ambules.

ERROR IX.

De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita, qui non potuit agere.

SVMMARIA.

1 *Non valenti agere non currit præſcriptio ex pragmaticorum indiſtincta opinione.*
2 *Diſtinctio hic adhibenda ex autoris ſententia.*
3 *Actio quæ nondum nata eſt per præſcriptionem perimi non poteſt.*
4 *Fideicommiſſi actio, ſi dies aut conditio nondum extiterit, ne centeſimo quidem anno excluditur.*
5 *Si actio competens propter abſentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat, non ideò impeditur præſcriptio.*
6 *Contra ignorantem quando currat præſcriptio.*

7 Contra

7 *Contra abſentem Reip. cauſa currit præſcriptio.*
8 *Viuo patre non currit præſcriptio filiofam. bona paterna per patrem vendita vindicaturo: nec mulieri viuente marito.*
9 *Ratio ſuperioris enuntiati.*
10 *Regulariter datur locus præſcriptioni temporis aduerſus non valentem agere ex aliqua cauſa, ſaluo tamen reſtitutionis auxilio.*

IRitum eſt pragmaticorum ore prouer-
1 bium, Non valenti † agere, non currere
præſcriptionem ex *l. 1. C. de annal. except. l.*
in rebus 30. C. de iur. dot. l. 1. in fin C. de bon.
2 *matern.* Ego verò diſtinguendum † exiſti-
mo, qua ex cauſſa quis agere impeditus ſit. Nam ſi ob id
duntaxat, quod nullam actionem habuit, fateor actio-
3 nem † quæ nondum nata eſt, perimi non poſſe: Vnde fit
4 † vt fideicommiſſi in diem aut ſub conditione relicti
actio, ſi dies aut conditio non niſi poſt centeſimum an-
num extiterit, ne centeſimo quidem anno excludatur *l.*
vlt. §. ſin autem ſub conditione. C. commun. d. legat. Sed ſi
5 qua actio † competat, quæ tamen non potuit exerceri,
propter abſentiam aut ignorantiam eius qui agere
debuit, aut qua alia de cauſſa, nego ob id ſolùm impe-
diri præſcriptionem, quod toto illo tempore agi non
potuerit. Alioqui dicendum erit, nunquam futurum, vt
præſcriptio temporis currat contra ignorantem. quod
6 tamen falſum eſt. Currit † enim quoties præſcriptionis
tempus continuum eſt, non vtile, *leg. 1. D. de diuerſ.*
temp. præſcrip. Continuum autem ſemper eſſe intelligi-
tur, niſi cùm lex vtile eſſe vult. Atqui agere non poteſt
is qui actionem ſibi cōpetere ignorat. Eodem modo di-
7 cendum eſſet, † eum qui cùm reipublicæ cauſſa abeſſet,
agere non potuit, nulla temporis præſcriptione ſummo-
uendum fore, præſertim cùm abſentia illa non modò
probabilis ſit, ſed etiam iuſta & neceſſaria. Et tamen præſ-
criptionis tempora contra eum currere ex eo apparet,
quòd dat ei prætor in integrum reſtitutionem ex gene-
rali illa clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur, l.*
1. & tot. ti. D. ex quib. cauſſ. maior. Denique mouent me
illæ ipſæ leges quibus pragmatici & interpretes mouen-
tur, vt contra ſentiant. Quid enim erat neceſſe conſtitui,
8 vt viuo patre † non curreret præſcriptio filiofamilias
bona materna per patrem vendita vindicaturo, nec rur-
ſus mulieri viuente marito, ſi ita ius eſſet, vt non valen-
ti agere, præſcriptio currere nunquam poſſet? Siquidem
9 certum eſt nullam prorſus † actionem mulieri compe-
tere pro dote ſiue aduerſus maritum, ſiue contra rerum
aut pignorum dotalium poſſeſſores repetenda quandiu
conſtat matrimonium. Filius autem familias etſi agere
viuo etiam patre ex quocunque contractu poteſt, non
tamen niſi patre ipſo conſentiente: *l. §. vlt. neceſſitate. C.*
de iur. delib. difficilimum verò eſt, vt pater qui bona filij
vendidit conſentire velit filio acturo ex ea cauſſa quæ
patrem ipſum de euictione ſit obligatura, ſiue ponas ma-
terna bona filij, ſiue aliunde ipſi quæſita. Itaque cum
hoc caſu in eas anguſtias conijciatur filius, vt vel pater-
nam verecundiam violare, vel iure ſuo cadere cogatur,
æquiſſimè proſpectum eſt, vt totius temporis quo pater
viuit negligentia ipſi imputari non poſſit. Sed extra
hanc cauſſam ſicuti ceſſant conſtitutiones Iuſtiniani,
quæ ſingulare ius continent, ita iure communi vtendum
eſt, dandusque † locus præſcriptioni temporis etiam ad- 10
uerſus non valentem agere. Saluo tamen auxilio reſti-
tutionis, ſi qua probabili ratione concedi debere videa-
tur. Scripſimus hac de re *lib. 7. Coniect.*

ERROR X.

De confirmando tutore vel curatore.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea tutor quilibet confirmandus eſt.*
2 *Dicti erroris confutatio, qua docetur quando tutor confirmandus ſit.*

CAuſſam huic errori aut errandi potius oc-
caſionem dedit titulus ille qui in Pandectis
eſt, & in Codice Iuſtiniani De confirman-
do tutore vel curatore. Sic enim à pragma-
ticis † acceptus eſt, rubricam magis quàm leges quę ſub 1
rubrica ſunt obſeruantibus, vt tutores omnes etiam à
patre ritè rectéque teſtamento datos omnimodo confir-
mari oporteat: nec tutori priùs permittendum ſit acce-
dere ad tutelæ adminiſtrationem, quàm fuerit à iudice
confirmatus. Cum † tamen ſi omnes locos qui ſub eo 2
titulo ſunt legas & perlegas, nihil apertius ſit quàm vi-
dere tutoris confirmandi neque neceſſitatem neque ra-
tionem vllam ſubeſſe, niſi eo demum caſu quo perperam
tutor datus ſit, id eſt, aut ab eo qui dare non potuit,
vt puta à matre (quæ ſicuti filium non habet in poteſtate,
ita tutorem ei dare non poteſt, cùm tutoris datio profi-
ciſcatur ex iure patriæ poteſtatis) aut ei cui dari non
potuit ne quidem à patre, vt puta filio puberi aut cura-
tor impuberi, aut denique eo loco in quo dari tutor
non poteſt, id eſt, in codicillis teſtamento non confir-
matis. His enim caſibus, & ſi qui ſunt ſimiles, cùm tuto-
ris datio non teneat ipſo iure, neceſſaria eſt confirma-
tio vt is ipſe tutor ſit quem teſtator voluit. Nam in cō-
firmando tutore ſolet iudex ſequi voluntatem teſtantis
ſi nihil aliud ſit quod impediat. Cæterùm ſi tutor da-
tus ſit, & à quo, & cui, & vbi, & quomodo oportet, nulla
omnino confirmatione opus eſt, *l. 1. eod.* Proinde ex quo
ſe tutorem ſciuit, ſi non ſe excuſauit, obſtrictus intelli-
gitur periculo tutelæ quamuis confirmatus non fuerit;
quemadmodum ex contrario ſi bene & ex pupilli vtili-
tate geſſerit, non ei imputabitur cur non petierit con-
firmationem.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quarta.

ERROR PRIMVS.

De creditore fiduciariam, & vt loquuntur, prouiſionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia.

SVMMARIA.

1 *Propter longas moras heredum in abſoluendis inuentarijs ſolennibus, & peragenda inſtantia generalis bonorum diſcuſſionis, peti ſolet prouiſionalis adiudicatio pendente lite.*

2 *Quæſt. an huiuſmodi adiudicationibus locus eſſe debeat, & quando eſt locus, vocari oporteat cæteros creditores, an cum ſolo herede rem agi ſufficiat.*

3 *Sententia pragmaticorum alios creditores expectandos non eſſe arbitrantium.*

4 *Sententia autoris cur his adiudicationibus prouiſionalibus non facile dandus ſit locus.*

5 *Quibus ex cauſis fiduciarijs illis adiudicationibus locus eſſe poſſit*

6 *Quibus in cauſis poteſt fieri prouiſionalis adiudicatio, audiendos eſſe cæteros creditores, anteriores, tum poſteriores.*

7 *Non ſatis conſultum iri & heredis & creditorum indemnitati per ſatiſdationem contra pragmaticos.*

1 QVam longas † moras ad hibere ſoleant he-
redes, non modò in conſcribendis abſol-
uendíſque ſollennibus inuentariis, ſed
etiam in peragenda inſtantia generalis, vt
vocant, diſcuſſionis bonorum, quam inter heredem &
creditores defũcti ac legatarios tractari decidiq; neceſ-
ſe eſt, De bonis hereditariis venundandis, vt ſingulis ex
ordine ſatisfiat ſciunt omnes, qui in foro verſantur. Ea
res plerunque cauſſam dat creditoribus & legatariis pe-
tendæ prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis pen-
dente lite, oblata nimirum ſatiſdatione, De pecunia
reſtituenda, & in corpus hereditarium referenda eo
tempore quo ſingulis creditoribus & legatariis per or-
dinem ſatisfieri in eámque rem bona vendi oportebit.
2 Quæri † autem ſolet an huiuſmodi fiduciariis adiudi-
cationibus aliquis locus eſſe debeat, & ſi quando locus
eſt, an cæteros omnes creditores vocatos & auditos eſſe
oporteat, an cum ſolo herede rem agi ſufficiat, qui ſo-
3 lus condemnari poteſt. Plerique ex pragmaticis † pu-
tant, nec ferè eſt qui diſſentiat, ſi qua vel minima here-
dis culpa & mora arguatur, facilè in eam ſentẽtiam deſ-
cendere iudicem debere, vt pendente lite creditori vr-
genti condemnet heredem, neque alios creditores expe-
ctari neceſſe ſit, quaſi nihil eorum interſit, nec ipſius
quoque heredis cùm præſtita ſatiſdatio eſt. Cur. n. fa-
ueamus, inquiunt heredi nihil aliud agenti, quàm
vt legis beneficio in creditorum necem abutatur, &
in longius tempus per moras & ambages protracta
lite graſſetur impunè diutiùs in hereditate? Sed tamen
4 † facit contra creditorem, quòd ſi hæc ſententia reci-
peretur, fieret vt nunc his nunc illis creditoribus obti-
nentibus protinus in fruſta ſcinderetur hereditas: Nam
cùm heres qui beneficium inuentarij implorauit nec co-
gi nec condemnari poſſit vt ſoluat, niſi hactenus vt rerũ
hereditariarum diſtractionem patiatur, ex quarum pre-
cio victori ſatis fiat, euenire neceſſe eſſet, vt per huiuſ-
modi venditiones multiplicatas totum patrimonium
diſtraheretur, aut potius exhauriretur, nulla ſpe relicta
redhibẽdarum rerum quæ ex hac cauſſa diſtractæ eſſent.
Sed & diminueretur hereditas per ſũptus quos ex cauſſa
iudicati, & vt loquuntur, pro emolumẽto adiudicationis
ex ſtatuto præſtari oporteret. Eos namque ſumptus ſicuti
à creditoribus prorogandi ſunt, ita poſt diffinitiuam ſen-
tentiam illis reſtituendos eſſe conſtat, ne in damno mo-
rentur: quod contingeret ſi principalis debiti quantitas
per eos ſumptus diminueretur. Quæ res tanto minorem
efficit hereditatem iam alioqui ſuſpectam, & cõſequen-
ter nocet creditoribus poſterioribus, quibus tamen con-
ſuli æquum eſt, ne ex eo quod poſt mortem communis
debitoris geſtum eſt inter heredem & quoſdam ex cre-
ditoribus, damnum ſentiant. Planè fatendum † eſt poſſe 5
interdũ locum eſſe huiuſmodi prouiſionalibus adiudica-
tionibus, nimirũ ſi ex creditoribus aut legatarijs ij agant
qui cæteris fauorabiliores eſſe videantur, vtputa ex cauſſa
dotis vel alimẽtorum, vel depoſiti, vel qua alia eiuſmodi,
quæ aut pietatis ſpeciem præ ſe ferat, aut lõgiorem mo-
ram non admittat: Sed extra has cauſſas nõ facilè feren-
dus eſt qui lite pendente fiduciariam vrget condemna-
tionem. Ex ſuperioribus † autẽ cauſſis poteſtquidem fieri 6
condemnatio, ſed tamen non aliter quàm auditis cæteris
creditoribus, ſiue anteriores illi ſint ſiue poſteriores, cùm
eorum omniũ quàm maximè interſit; Iuris autem ratio
poſtulet vt citandus ſemper & audiendus ſit ad actum,
quiſquis ex eo actu lædi poteſt *l. nam ita 39. D. de adopt.*
Præſertim cùm ad illã diſcuſſionis inſtantiã creditores &
legatarij omnes euocati iura ſua in iudicium deduxerunt.
Quis enim patiatur pronunciari aliquid ſiue per diffini-
tiuam ſententiam, ſiue per interlocutoriam inauditis ijs
qui eam ipſam tractant inſtantiam? Nam nec aliter ſciri
poteſt quinam ex ijs ſint fauorabiliores. Nec reſpondeti
queat quod pragmatici reſpõdent ſatis † conſultũ iri & 7
heredis, & creditorũ indemnitati, ſi ſatiſdatio præſtetur.
Non enim alius ſatiſdationis effectus eſſe poteſt, quàm
vt condẽnetur fideiuſſor à victore datus, ſi ex poſtfacto
aut nihil aut minus debitum fuiſſe aparebit nec pecu-
nia cum eo, præterea quod intererit reſtituetur. Atqui fie-
ri poteſt vt verè ſit creditor is qui obtinuit & ex anterio-
ribus, qui proinde ad pecuniæ reſtitutionem condem-
nandus nunquam erit, nec tamen æquum ſit prouiſio-
nalẽ ei fieri adiudicationem, ſi cæteris fauorabilior non
ſit. Aut enim omnibus facienda eſt ſi ſunt æquè fauora-
biles, aut nulli: ne, vt dixi, per eos ſumptus qui adiudi-
cationes iſtas concomitantur, hereditas diminuatur in
necem poſteriorum creditorum, quibus moram culpám-
que heredis nocere nõ oportet: Damnum enim quod ex
tali diminutione ſentirent, non ſarciretur per fideiuſſio-
nem, vtpote quæ non in hunc caſum nec in hanc cauſ-
ſam præſtita eſſet, ſed in aliam planè diuerſam. Quanquã
etiamſi in hanc ipſam cauſſam fideiuſſor oblatus propo-
neretur, non ideò ſtatim conſequens eſſet inauditis aliis
creditoribus quicquam conſtitui debere. In id enim
comparatus eſt vſus ſatiſdationum vt ius ſuum quiſque

commo

commodiùs tueatur citra alterius iniuriam, non vt comminiſcendæ iniuriæ prætextus quæratur. Quemadmodum dicere ſolemus ſuſpectum tutorem non ob id magis in adminiſtratione retinendum quòd locupletiſſimè ſatiſdederit, quia, inquit lex, ſatiſdatio non mutat maleuolum tutoris propoſitum, ſed ei diutiùs in re pupillari graſſandi facultatem præſtat. *l. quia ſatiſdatio 6. D. de ſuſpect. tutor.*

ERROR II.

De eo qui propriam poſſeſſionem auocat ex clauſula conſtituti.

SVMMARIA.

1 *Quid induxerit Iuſtinianus in l. vlt. C. de acq. poſſ. ex pragmaticorum ſententia.*
2 *Naturam poſſeſſionis repugnare d. l. vlt. vulgata interpretationi.*
3 *Eam tamen ſummâ æquitate niti.*
4 *Ex pragmaticorum ſententia d. Iuſtiniani lex eò pertinet non vt poſſeſſio quaſi amiſſa repetatur, ſed vt quaſi retenta vindicetur.*
5 *Si is per quem poſſidemus poſſeſſionem in alium tranſtulerit, poſſeſſio nobis eſt amiſſa, contra pragmat.*
6 *Diſpoſitio imperialis in d. l. vlt. & eius l. expoſitio*
7 *Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio in quæſtione, an amiſſa ſit nobis poſſeſſio, quando is per quem poſſidemus, poſſeſſionem dereliquit.*
8 *Semper amittitur poſſeſſio quando ab alio occupatur.*
9 *Rationem Iuſtiniani in d. l. vlt. non eſſe generalem, nec pertinere ad eum caſum quo poſſeſſio ab alio occupata eſt.*
10 *Cur vtatur his verbis Iuſtinianus in d. l. vlt.* nihil penitus dominio præiudicij generetur.
11 *In ſpecie l. meminerint. 6. §. 1. C. vnde vi. domino poſſeſſio amiſſa cenſetur, & pupillo quæſita, vbi eam inuaſit tutor, licet ſit reſtituenda.*
12 *Error pragmaticorum ex Iuſtiniani lege actionem competere putantium ei qui per clauſulam conſtituti aut veram traditionem poſſeſſor factus eſt, ad propriam poſſeſſionem à nouo poſſeſſore auocandam.*
13 *Actio quam vocant pragmatici Galli* de maintenue *quando competat.*
14 *Poſſeſſio tranſlata quibus remediis iuris recuperetur.*
15 *Emendatio l. ſi de eo. §. 1. D. de acq. poſſeſſ.*

1 NOTISSIMVM eſt beneficium † Iuſtiniani in eorum fauorem, vt vulgò creditur, inductum, quorum poſſeſſio interuerſa ſit per eum per quem anteà poſſidebant *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Sic enim accipitur ea lex vt perinde liceat veteri poſſeſſori priſtinam poſſeſſionem ſuam condicere & auocare, ac ſi interuerſa non eſſet. Quæ conſtitutio ſi ita eſt pugnat proculdubio cum iuris ra-
2 tione. Nam cùm † poſſeſſio ſit facti potius quàm iuris, fieri ſanè non poteſt vt non amittatur cùm in alium tranſlata eſt facto eius per quem retinebatur, tametſi eam animo retinere dominus velit, quia tamdiu duntaxat animo retinetur poſſeſſio quandiu eius naturaliter & corporaliter apprehendendæ facultas ſupereſt: id eſt quandiu naturalis, & corporalis poſſeſſio amiſſa non eſt *l. ſi colonus 31. l. ſi de eo fundo 40. §. 1. D. de acquir.*
3 *poſſeſſ.* Habet † tamen hæc interpretatio ſummam æquitatem, (quæ & Proculianis videtur placuiſſe in *l. cum quis 31. D. de dolo.*) ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur. Commodum enim poſſeſſionis non partum eſt, præſertim vt rei non actoris partes ſuſtineat is, qui ſi non poſſideret agere cogeretur *§. commodum Inſt. de interd.* Ex hoc pragmatici inferunt Iuſtiniani † legem eò pertinere, non vt poſſeſſio quaſi amiſſa 4
repetatur, ſed vt quaſi retenta nec vnquam amiſſa vindicetur. Alioqui non eſſet, inquiunt, plenum beneficium Iuſtiniani ſi poſſeſſionis reſtituendę duntaxat neceſſitatem induceret, retinendæ autem & aſſerendæ ius non præberet. Ego verò nunquam mihi perſuadere potui eam Iuſtiniani mentem fuiſſe, quam vulgo interpretes putant. Eſto enim quod illi volunt, ita Iuſtiniano placuiſſe, vt ſi is quem poſſidemus poſſeſſionem dereliquerit non idcirco poſſeſſio amittatur: Nego † idem dicendum eſſe ſi non modò de poſſeſſione 5
diſceſſerit, ſed etiam poſſeſſionem illam in alium tranſtulerit. Nam ſi iuris rationem inſpicias, dubitari non poteſt quin nouo facto poſſeſſore prior poſſeſſio domino amiſſa ſit, quandoquidem amiſſa eſſet etiamſi is per quem anteà retinebatur deceſſiſſet: quo tamen caſu conſtat non ita facilè poſſeſſionem interpellari quia in morientem animus non eſt amittendæ vltro poſſeſſionis *d. l. ſi de eo. §. 1. de acquir. poſſ.* Non enim fieri poteſt vt duo ſimul re vera poſſideant *l. 3. §. ex contrario. eod. tit.* aut vt non re vera poſſideat is qui ſibi rem habet, dominúmque, ſi eam poſſeſſionem occupare velit, prohibiturus eſt, quantumuis iniuſtè poſſideat, quoniam iniuſta quoque poſſeſſio vera poſſeſſio eſt. Quod ſi non tam iuris ratione quàm Iuſtiniani legem intueare, ſic Iuſtinianus definit † vt ſiue ſeruus, ſiue procura- 6
tor, ſiue colonus, vel inquilinus; vel quiſpiam alius per quem licentia eſt nobis poſſidere corporaliter nactam poſſeſſionem cuiuſcumque rei dereliquerit vel alij prodiderit, deſidia fortè, vel dolo, *vt locus aperiatur alij eandem poſſeſſionem detinere*, nihil penitus dominio præiudicij generetur. Non igitur tractat Iuſtinianus illum caſum quo is per quem poſſidebamus tranſtulerit in alium poſſeſſionem noſtram, ſed illum duntaxat quo poſſeſſionem dereliquerit vel alij prodiderit, vt eius occupandæ præbeat facultatem: quo caſu putabat † Sabiniani amitti domino poſſeſſionem etiamſi ab alio occupata non fuiſſet *d. l. ſi colonus, & d. l. ſi de eo* 7
fundo §. 1. D. eod. Proculiani verò negabant amitti poſſeſſionem quandiu non eſſet ab alio occupata *d. l. cùm quis 30. de dolo.* Sic dicimus eum qui viſis armatis qui aliò tendebant metu deterritus profugit, non videri vi deiectum niſi ab iis occupata poſſeſſio fuerit *l. § idem Labeo ait 29. l. 3. §. ſi quis autem & ſeq. D. de vi & vi armat.* Itaque occupatio poſſeſſionis interdum requiritur non ſolùm vt poſſeſſio acquiratur occupanti, ſed etiam vt priſtino poſſeſſori adimatur. Cæterum nullus caſus eſt in quo † non amittatur poſſeſſio quæ ab alio 8
eſt occupata. Neque mouere nos debet quod ratio illa Iuſtin. † videtur generalis *ne ex aliena malignitate alie-* 9
num damnum emergat. Primum. n. cùm ab alio poſſeſſio occupata eſt, non ſolùm intercedit factum & malignitas eius per quem poſſidebamus, ſed etiam factum & animus eius qui incipit poſſidere, ex quo potiſſimum acquiſitio poſſeſſionis æſtimatur. Potuit. n. ille fieri poſſeſſor etiam inuito & ignorante eo per quem poſſidebamus, puta ſi vi aut clam eum deieciſſet: quo caſu apertum eſt non eſſe locum Iuſtinianeæ conſtitutioni, vt dicemus infr. errore quinto. Deinde obſeruandum eſt quod Iuſtinianus ſic loquitur *nihil penitus* 10
domino præiudicij generetur. Dominio inquit non *domino*, vt intelligamus id tantum ea conſtitutione fieri, vt poſſeſſio noſtra non interpelletur ex eo ſolo, quòd ab eo per quem poſſidebamus derelicta ſit: quoniam ea interpellatio noceret dominio quod per vſucapionem acquiritur, ſi nondũ vſucapio tunc completa eſſet, vt & in *d. l. ſi de eo §. 1.* Cæterum ſi ponas de vſucapione non tractari aut quia iam tum eſſet completa, aut quia rem illam à vero domino emiſſem, nec nouus poſſeſſor vſucape-

re cœpiſſet ſicuti amiſſio poſſeſſionis nullum dominio præiudicium adferre poteſt, ita dicam ceſſare Iuſtiniani conſtitutionem, nec eò extendendam eſſe vt ne ipſa quidem poſſeſſio amittatur. Nihil n. vetat amitti poſſeſſionem, nec vllum tamen dominio præiudicium generari, quia nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione. Denique etiamſi maximè admitterem generaliter accipiendam eſſe rationem illam *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat*, nec de dominio dumtaxat, ſed etiam de poſſeſſione, non tamen fieret conſequens quod pragmatici volunt poſſeſſionem non amit-
11 ti. Nam & in † ſpecie *l. meminerint. 6. §. 1 C. vnde vi*, id eſt, cùm habito colludio curatores vel tutores minorum rem iis debitam ea occaſione peruadunt vt pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur, catenus quidem ſubuenitur pupillis & minoribus vt neque eos neque dominum atterat damno culpa temeritatis alienæ, ſed tamen non inde fit vt non ipſis pupillis & minoribus etiam ignorantibus poſſeſſio quæſita intelligatur, ac proinde domino amiſſa: conſtitutum enim eſt vt illico reddi domino debeat à quo eſt ablata, vt habent verba legis, nimirum quia licèt lex neque factum neque animum tutoris aut curatoris probet, facere tamen non poteſt vt poſſeſſio quæ reuera ablata eſt non ſit ablata, cùm ſit facti. Et huic interpretationi conuenit quod ſequitur apud Iuſtinianum *in d. l. vlt. ſed ipſe, ſi libera conditionis eſt competentibus actionibus ſubiugetur omni iactura ab eo reſtituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter vel doloſè verſatus eſt*. Quam enim iacturam aliam poſſet dominus incurrere, ſi ne quidem occupatam per alium poſſeſſionem amitteret? Iſque ſenſus etiam eſt *d. l. cùm quis 31. D. de dolo*. Eâque ſententia Proculianorum à Sabinianis diſſentientium, vt iam ante nos vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ex ipſis Iuſtiniani verbis obſeruauit. Præbet enim Iuſtinianus ipſe non leue huius diſſenſionis argumentum, cum præfatur quæſtionem illam quæ conſtitutioni cauſſam dederit ex libris Sabinianis profectam eſſe. Hæc cùm ita
12 ſint, quis non videt toto cælo † aberrare pragmaticos cum ea Iuſtin. conſtitutione abutuntur vt ei qui per clauſulam conſtituti aut per veram traditionem poſſeſſor factus eſt actionem dent ad propriam poſſeſſionem auocandam à quolibet nouo poſſeſſore? Duplex enim hic error eſt; vnus ille, quod ad hunc quoque caſum Iuſtiniani legem accommodant, vt ex facto eius, per quem poſſeſſio retinebatur, nullum neque dominio, neque poſſeſſioni præiudicium generetur, non magis quàm ſi à cuſtode poſſeſſionis (ſic enim vocatur in *l. vlt. C. de delat. lib.* 10.) ea poſſeſſio derelicta tantùm, necdum ab alio occupata eſſet. Alter, quod veteri poſſeſſori dant actionem non tam ad repetendam quàm ad retinendam poſſeſſionem quaſi nunquam amiſſam. Cumulante enim beneficium legis Iuſtinianeæ cum interdicto retinendæ poſſeſſionis, vt efficiant actionem, quam illi appellant, *de maintenue*, quæ † ſanè competit cùm derelicta tantùm, aut prodita poſſeſſio eſt, non etiam tradita. Sed cùm tradita eſt, atque ita tranſlata, nego poſſe
13 tractari de retinenda poſſeſſione, quæ † omnimodo recuperanda eſt interdictis ſcilicet in eam rem comparatis, aut actionibus illis extraordinariis in locum interdictorum ſubſtitutis, *Vnde vi*, aut *Quod vi, aut clam*. Neque enim interdicta reſtitutoria concurrere vnquam poſſunt cum iis, quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis. Illud non
14 poſſum prætermittere † corruptum eſſe Africanum *d. l. ſi de eo. §. 1.* vt facilè proſpicere quiuis poteſt, ſicque reſtituendum, *ſi fortè colonus per quem dominus poſſideret, deceſſiſſet (propter vtilit. enim receptum eſt vt per colonum poſſeſſio & retineretur & continuaretur)* non ſtatim dicendum eum interpellari, &c. Illa enim verba *quo mortuo* abundant proculdubio vt principium §. demonſtrat, quod ab Africani interprete obſeruatum non fuiſſe miror.

ERROR III.

De exceptione non facta excuſſionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſſionem ex clauſula conſtituti.

SVMMARIA.

1 *Modus trasferendæ poſſeſſionis, quando quod meo nomine poſſideo, alieno nomine poſſidere incipio.*
2 *Poſſidere & alieno nomine poſſidere vt differant.*
3 *Modus transferendæ poſſeſſionis per clauſulam conſtituti licet fictitius transfert veram & realem poſſeſſionem, nec tantùm ciuilem, ſed etiam naturalem.*
4 *Creditor cuius nomine debitor ſe conſtituit poſſidere, agens contra tertium poſſeſſorem non poteſt repelli exceptione non facta excuſſionis, ſi pragmaticis credimus. & n. 7.*
5 *Limitatio ſuperioris effati.*
6 *Diſtinctio pragmaticorum inter actionem hypothecariam & conditionem poſſeſſionis ex l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.*
8 *In d. l. vlt. non eſse conſtitutum vt detur ei cuius poſſeſſio per alium interuerſa eſt actio aliqua ad auocandam poſſeſſionem, contra pragmatic.*
9 *Error pragmaticorum negantium amitti poſſeſſionem qua tranſlata ſit ab eo qui alieno nomine poſſidebat.*
10 *Quo caſu poſſeſſio quam per alium retinemus nobis videri poſſit retenta, cùm ab alio eſt occupata.*
11 *Emendatio lectionis l. ſi de eo. 40. in pr. D. de acq. poſſeſſ.*
12 *Cum poſſeſſio tantùm derelicta eſt & prodita, difficilius eſt vt poſſeſſionem meam amittat is qui meo nomine poſſidet, quàm ſi ſuo nomine poſſideret.*
13 *Si debitor rei, quam meo nomine ſe poſſidere conſtituerat poſſeſſionem in alium tranſtulerit, Iuſtiniani conſtitutione non eſt effectum, vt poſseſſionem non amiſerim aut amiſsam retinere poſſim antequam recuperauerim.*
14 *In caſu ſuperiori quantumuis implorem beneficium clauſulæ conſtituti, & legis Iuſtiani, non retinendæ, ſed recuperandæ poſseſſioni locus eſt.*
15 *Quoniam reuera poſseſsor eſt is in quem cuſtos meæ poſſeſſionis tranſtulit poſseſſionem.*
16 *Concluſio autoris de ſummouendo per exceptionem non factæ excuſſionis eo qui implorato beneficio legis Iuſtinianeæ agit contra tertium poſseſſorem.*
17 *Tertio & bonæ fidei poſseſſori exceptio non facta excuſſionis accommodatur quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam.*

QVOD meo † nomine poſſideo, poſſum alio nomine poſſidere. Neque enim muto mihi cauſam poſſeſſionis, ſed deſino poſſidere, & alium poſſeſſorem miniſterio meo facio, nec 1
idem eſt poſſidere, † & alieno nomine poſſidere. Nam 2
poſſidet cuius nomine poſſidetur: Procurator autem alienæ poſſeſſionis præbet miniſterium, inquit Celſus in *l. quod meo 18. in prin. De acq. poſs.* Idémque eſt, ſi qui fundum quem poſſidebat ab alio conduxerit. Nam & hic deſinit poſſidere, cúmque à quo conduxit facit poſſeſſorem, *l. qui bona 19. eo. l. quadam mulier 77. D. de rei vind.* Etſi autem modus † illud transferendæ poſſeſſio- 3
nis per clauſulam conſtituti fictitius eſt, quia factum in eo nullum interuenit, ſed nuda voluntas conſtituentis, transfert tamen veram & realem poſſeſſionem, nec tantum ciuilem, ſed etiam naturalem, in eóque pragmatici

gmatici omnes conſentiunt: & rectè Mirum verò eſt quàm multi magnique effectus hinc pendeant, quos latè videre eſt apud And. Tiraq. in tractatu illo De iure conſtituti poſſeſſorij. Inter cæteros maximus ac ferè
4 præcipuus ille eſt, vt creditor † hypothecarius, cuius nomine debitor ſe conſtituit poſſidere res obligatas ſi poſſeſſionem pignoris nanciſci velit, in eámque rem agat contra tertium poſſeſſorem, repelli non poſſit exceptione illa vulgari non factæ excuſſionis quæ ex Iuſtiniani conſtitutione datur cuilibet bonæ fidei poſſeſſori *Aut. hoc ſi deb. C. de pig.* Sed hoc ita tamen, inquiunt pra-
5 gmatici, † ſi creditor agat conductione, ex *l. Inſt. vlt. C. de acq. poſ.* non etiamſi hypothecaria experiatur. Diſtin-
6 guunt †. n. nec vt ſibi videntur, inſubtiliter, actionem hypothecariam à condictione illa ex lege Iuſtinianea, in eo quòd per hypothecariam & quaſi Seruianam actionem creditor auocat poſſeſſionem non propriam, ſed ſui debitoris, aut eius qui à debitore cauſſam poſſeſſionis habet, vt contingeret in directa rei vindicatione *l. ſi fundus, 16. §. in vindicatione. D. de pig.* Per condictionem verò ex lege Iuſtiniani auocat propriam poſſeſſionem, quaſi nec amiſſam. Non. n. dubitant, quin facto debitoris qui pignus vendidit, aut alia de cauſſa tradidit, amiſſa ſit poſſeſſio quæ per clauſulam conſtituti fuerat acquiſita, niſi beneficio nouæ conſtitutionis implorato
7 retineatur. Ea verò retenta, negant † exceptionem excuſſionis non factæ poſſe reo competere, quia poſſeſſori dumtaxat datur, & fauore poſſeſſionis, non ei qui ab ipſo poſſeſſore conuenitur. Error pragmaticorum hac
8 parte in eo eſt quòd putant conſtitutione Iuſtiniani factum eſſe vt † ei cuius poſſeſſio per alium interuerſa eſt, actio aliqua detur ad auocandam poſſeſſionem. Nihil. n. aliud à Iuſtiniano conſtitutum eſt, niſi vt poſſeſſio non amittatur facto cuſtodis qui eam vel dereliquit vel prodidit, non etiam vt ſi amiſſa ſit facto eius qui non modò poſſeſſionem dereliquit, vel prodidit, ſed etiam tradidit, aliqua actione reuocetur: Nam etſi aliqua in eam rem actio daretur, eam non retinendæ, ſed recuperan-
9 dæ poſſeſſionis gratia dari neceſſe eſſet. Sed & in eo errant quòd negant amitti poſſeſſionem etiam quæ tradita ſit, & tranſlata ab eo, qui alieno nomine poſſidebat. Nam, vt proximo capite diſputauimus, fieri nullo modo poteſt, vt non amittatur poſſeſſio quæ in alium transfertur, non magis quam vt duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores aut vt vbi ego ſto, tu etiam ſtare
10 videaris, *l. 3. ex contrario D. de acq. poſ.* Nec poſſeſſio † quam per alium retinemus nobis alio caſu videri poteſt retenta, cum ab alio eſt occupata, quam illo ipſo, quo ei per quem poſſidemus retineri poſſet ſi ſuo nomine poſſideret. i. ſi ponas ab eo occupatam per quem poſſideat is qui noſtro nomine poſſidebat *l. ſi de eo 40. in pr. D. eo.* vbi Afr. ſcribit, Si de eo fundo, quem cùm poſſiderem pignori tibi dedi, ſeruus tuus te deiiciat,
11 adhuc me poſſidere (ſic. n. † proculdubio legendum eſt, non vt vulgò *te poſſidere*) quoniam nihilominùs per ipſum ſeruum poſſeſſionem retineas: quam ſi non retineres vtique nec ego per te retinere poſſem. Dixi *cum ab alio eſt poſſeſſio occupata*, quia ſi poſſeſſio non
12 tradita & tranſlata, ſed tantum † derelicta & prodita ſit difficilius eſt vt poſſeſſionē meam amittat is qui meo nomine poſſidet quàm ſi ſuo nomine poſſideret: quoniam dolus & malignitas ipſius ei quidem nocere poſſet, mihi tamen obeſſe non debet: Potéſtque hoc caſu poteſtas legis mihi proſpicere contra eius calliditatem, cum de iure meo dumtaxat & citra alterius iniuriam tuendo agatur, non item ſi ab alio occupata poſſeſſio ſit, quia facilius eſt legi, facere vt ego poſſidere non deſinam nemine alio adhuc incipiente poſſidere, quam vt poſſeſſio quæ iam ab alio occupata eſt, mea nihilominus eſſe intelligatur. Priore caſu ſola iuris ratio, ſi Sabinianis magis quàm Proculianis credimus impedimento eſt. Poſteriore autem, ipſa etiam natura. Itaque ſi debitor † meus rem quam meo nomine ſe poſſidere conſti- 13
tuerat, non ſolum deſierit poſſidere, ſed etiam in alium tranſtulerit, cumque fecerit poſſeſſorem, abſurdum eſt exiſtimare Iuſtiniani conſtitutione vlla factum eſſe, aut fieri potuiſſe vt poſſeſſionem meam non amiſerim aut quod eſſet adhuc difficilius amiſſam retinere poſſim priuſquàm recuperauerim. Cui conſequenter dicendum eſt, quantumuis implorem † beneficium clauſulæ 14
conſtituti, & legis Iuſtinianeæ, non tamen retinendæ, ſed recuperandæ poſſeſſioni locum eſſe; nec eo minùs poſſeſſorem manere eum qui re vera poſſeſſor eſt, quique pro tali haberetur ſi agerem hypothecaria. Nam & ineptum, prorſúſque ridiculum fuerit, ſi quis putet ex diuerſa actionis ſpecie mutari cauſſam poſſeſſionis, id eſt, ex voluntate mea pendere an is qui rem meam re vera poſſidet pro poſſeſſore habendus ſit, nécne, quemadmodum ex voluntate mea pendet an hac aut illa actione experiri malim, cùm vtraque competit. Cauſſa ſi quidem poſſeſſionis facti eſt, ideóque nec poſtliminio continetur, *l. denique 19. D. ex quib. cauſſ. maior.* Cùm igitur nec clauſulam conſtituti, nec Iuſtiniani conſtitutio facere poſſit quominus reuera † poſſeſſor ſit is in quem cuſtos meæ poſſeſſionis tranſtulit poſſeſſionem, negari non poteſt quin ſummoueri † debeam exceptione non factæ excuſſionis ſi contra eum agam de pignore ſiue hypothecaria, ſiue alia vlla actione. Nam nec alia de poſſeſſione actio vlla mihi competere poteſt aduerſus eum qui ſine vitio & ex bona fide iuſtóque titulo poſſidet. Et verò qui tertius † & bonæ fidei poſſeſſor eſt, id eſt, qui nec vi, nec clam à me nec ſine titulo poſſidet, huiuſmodi exceptionem ex æquitate accommodandam eſſe certum eſt, quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam, licèt alia quàm hypothecaria actione conueniatur. Video pragmaticos hîc ſtupentes, & audaciam noſtram accuſantes, quòd errorem arguamus in re quam omnium exploratiſſimam eſſe arbitrantur: ſed tamen ſi ea contingent quæ ſuperiore errore diſſeruimus de ſententia *d. l. vlt. C. de acquir. poſſ.* & quæ addemus in ſequentibus, præſertim cap. 6. non diffidimus fore vt rationem à nobis ſtare intelligant, eámque nobiſcum tandem amplectantur.

ERROR IV.

De creditore, qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficium clauſulæ conſtituti, & legis vltima D. de acquir. poſſ.

SVMMARIA.

1 *Creditor hypothecarius qui quaſitam per clauſulam conſtituti poſſeſſionem & facto debitoris amiſſam perſequitur hypothecaria, ſummoueri poteſt exceptione non facta excuſſionis, ſecus ſi agat condictione ex lege Iuſtiniani ex pragmaticorum ſententia.*

2 *Creditor qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficium clauſula conſtituti & legis Iuſtinianea audiendus quidem eſt, condemnandus tamen in omnes expenſas ad eam diem factas, ſi pragmaticis credimus.*

3 *Autoris diſputatio contra primum pragmaticorum effatum.*

4 *Qui pignus per hypothecariam vindicat, credendus non eſt poſſeſſioni ſua renuntiaſſe.*

5 *Etiam intentata hypothecaria Iuſtiniani beneficium retineri poteſt. & n. 7.*

6 *Hypothecaria quandoque datur vero poſſeſſori contra non poſſidentem, & n. 9.*

8 *Abſurdum*

8 *Abſurdum eſt ſtatuere non aliter videri retentam poſſeſſionem, quam ſi imploratum ſit beneficium Iuſtiniani, nec refert an initio litis an poſt imploretur.*

10 *Creditor qui veram poſſeſſionem habens agit hypothecario contra non poſſidentem hoc ipſo poſſeſſione ſua cadit.*

11 *Concluſio autoris contra pragmaticorum ſententiam.*

1 PROXIME docuimus, differentiam à pra-
gmaticis permagnam conſtitui, vtrum credi-
tor † hypothecarius poſt amiſſam debitoris
poſſeſſionem pignoris, quam per clauſulam
conſtituti acquiſiuerat, contra nouum poſſeſſorem agat
hypothecaria, an potius condictione ex lege Iuſtiniani.
Proptereà quòd priore caſu ſummouendus ſit exceptio-
ne non factæ excuſſionis ſi aliud nihil impediat, poſte-
riore verò non item. Videamus iam quid ex eo illi in-
2 ferant. Nimirum, ſi poſt † intentatam hypothecariam
& litem de ea conteſtatam mutetur actio, & non tam de
iure quàm de poſſeſſione pignoris agatur conductione
ex lege Iuſtiniani propter clauſulam conſtituti, audien-
dum quidem actorem, ſed tamen propter mutatam actio-
nem eo tempore quo impunè mutari non potuit in ex-
penſas omnes ad eum vſque diem factas condemnan-
dum. In quo videntur mihi nouis ſe inuoluere errori-
3 bus. Nam etſi maximè verum eſſet quod illi affirmant,
& nos negamus Iuſtiniani conſtitutione factum eſſe vt
poſſeſſio quam per alium retinemus ſine facto noſtro
amitti non poſſit, & vt ad eam retinendam hodie con-
dictio ex illa lege competat quæ olim nulla compete-
bat: parum tamen iudicio meo referret, an hypotheca-
ria quis ageret, an condictione ex lege Iuſtiniani, vt
actio mutata & mutationis pœna aliqua pendenda eſſe
4 videretur. Non enim is qui pignus † per hypothecariam
vindicat, credendus eſt poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe, non
magis quàm ſi domini iure rem vindicaſſet, quia nihil
commune habet proprietas cum poſſeſſione, vt ſcriptum
eſt in *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. De acquir. poſſ.*
Nec quicquam vetat vtramque actionem cumulari, aut
5 vt meliùs dicam, intentata † etiam hypothecaria Iuſti-
niani beneficium nihilominùs retineri. Quandoquidem
hypothecaria actio ſicut & directa rei vindicatio non
ſolùm ei qui non poſſidet datur contra poſſeſſorem, ſed
6 & interdum verò † poſſeſſori contra non poſſidentem,
dummodo reſtituendæ rei habeat facultatem. Finge
conueniri eum qui ex cauſſa depoſiti, vel commodati,
vel conducti rem teneat. Nemo negauerit eum qui de-
poſuerit, vel commodauerit, vel locauerit, manere poſ-
ſeſſorem: quia ex his cauſſis, & ſi quæ aliæ ſunt ſimiles,
non magis poſſeſſio quàm dominium transfertur. *l. licet*
17. §. 11. D. depoſit. l. rei commodatæ 8. D. commod. l. quæ-
dam mulier 77. D. de rei vind. l. qui bona fide 19. l. inter-
dum 21. §. vltim. D. de acquir. poſſeſſ. Et tamen huiuſmo-
di perſonas omnes, id eſt, depoſitarium, commodata-
rium, conductorem, rei vindicatione, ſiue directa ſiue
hypothecaria teneri conſtat, quia licèt non poſſideant,
tamen reſtituendæ rei habent facultatem perinde acſi
7 poſſiderent. *l. officium. 9. ff. de rei vindicat.* Cur non †
igitur hypothecariam exercere is etiam poterit, qui poſ-
ſeſſionem ſuam beneficio nouæ conſtitutionis retinuit;
8 Aut cur inducamus vt non aliter retenta † poſſeſſio vi-
deatur, quàm ſi imploratum ſit beneficium Iuſtiniani,
cùm legis verba præ ſe ferant non tam induci ea conſti-
tutione ius nouum, & à iuris ratione alienum, quàm
certum firmúmque fieri quod anteà per Sabinianorum
& Proculianorum diſſenſiones in incerto poſitum eſſe
videbatur? Denique tametſi beneficio Iuſtiniani non
aliter locus eſſe poſſet, quàm ſi ſpecialiter expreſsim-
que eſſet imploratum, quid tamen refert an ab initio
litis, & ante conteſtationem; an poſteà imploretur ſi ea
beneficij vis & poteſtas eſt, vt vbi ſemel imploratum eſt,
poſſeſſio nunquam amiſſa intelligatur? Quid enim ab-
ſurdius quàm ſi quis dicat amiſſam fuiſſe reuera poſ-
ſeſſionem quandiu beneficium Iuſtiniani imploratum
non fuit, deſiiſſe verò amiſſam eſſe ex quo demum tem-
pore fuit imploratum? Quænam obſecro ratio noua
hæc eſt amittendæ & recuperandæ poſſeſſionis? Itaque
quod pragmatici ſupponunt, & pro certo habent hy-
pothecariam actionem dari ad auocandam poſſeſſionem
debitoris aut eius qui conuenitur, id verò negandum
eſt ſi ſic accipiatur, vt non aliter quàm contra verum
poſſeſſorem hypothecaria exerceri poſſit, & ab eo qui
non poſſidet. Poteſt enim exerceri † etiam à vero poſ- 9
ſeſſore contra nudum detentorem qui modò rem reſti-
tuere poſſit, quia nôn veram poſſeſſionem auocat ex
neceſſitate, ſed corporalem duntaxat, & vt loquuntur,
aſininam detentationem, *l. ſi cùm venditor 66. ff. de euict.*
Quanquam ſi vera poſſeſſio penes eum reperiatur qui
rem detinet, ea quoque per hypothecariam auocatur:
ſed id in conſequentiam reſtitutionis quæ cauſſam om-
nem complectitur: & quicquid penes reum fuit, potiùs
quàm iure & poteſtate actionis. Alioqui ſi poneres non
poſſe creditorem agere hypothecaria quin aduerſarium
conſtituat verum poſſeſſorem, eo poſſeſſionis genere
quod prætor requirit in interdicto. Vt poſſidetis, quo-
modo Pegaſus loquebatur, quem Vlp. refert *in d. l. offi-*
cium, ſequeretur creditorem, † qui veram poſſeſſionem 10
habens hypothecariam, inſtitueret contra non poſſiden-
tem, hoc ipſo viſum iri à iure poſſeſſionis ſuæ cecidiſſe,
& aduerſarium poſſeſſorem feciſſe, non ſecus ac ſi eam
rem à detentore conduxiſſet, quia ſolo animo fieri po-
teſt vt quis deſinat poſſidere, & alium faciat poſſeſſo-
rem. *l. quod meo 17. cum l. ſeq. in princ. D. de acquir. poſ-*
ſeſſio. Vt autem duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſ-
ſores, fieri nullomodo poteſt. Atque ita fieret, vt non
modò poſt conteſtationem, ac ne quidem ante litem
conteſtatam licere ei deberet agere de poſſeſſione, quam
vltro & facto proprio amiſiſſet; nec ſi expenſas omnes
refundere paratus eſſet. Quid enim habet commune re-
fuſio expenſarum cum acquirenda vel amittenda poſ-
ſeſſione? Aut quis admittat poſſeſſionem ſemel amiſſam
ſolo animo & nuda voluntate eius qui amiſit recupera-
ri, inſcio adeóque inuito eo qui verus poſſeſſor factus
fuit? Concludendum † igitur eſt, ſiue dicas eum qui agit 11
hypothecaria retinere poſſeſſionem quam ante habuit,
non debere eum ad ſumptuum refuſionem condemna-
ri ob imploratum beneficium Iuſtiniani & clauſulæ
conſtituti quaſi mutata actione, cùm nihil ſit quod im-
pediat vtriuſque remedij cumulationem (refuſio enim
expenſarum non ſolet locum habere niſi cùm ab vna
actione tranſitus ſit ad aliam quæ cumulari non poſſet,
vt tractant noſtri ad *l. edita. C. de edend.*) ſiue dicas ex
contrario eum qui agit hypothecaria fateri & hoc ipſo
facere aduerſarium poſſeſſorem, atque ita propriam poſ-
ſeſſionem ſi quam habuit amittere, non debere illum au-
diri ne refuſis quidem expenſis, adeóque nec ante litem
conteſtatam, ſi ad declinandam exceptionem non factæ
excuſſiones aut eligere aut cumulare velit actionem de
poſſeſſione quam ipſe vltro & ſponte amiſerit. Nec ſo-
lum ſi de poſſeſſione retinenda velit certare (quod poſt
eam amiſſam fieri nullo modo poteſt) ſed etiamſi de ea
recuperanda, quia recuperandæ poſſeſſionis ratio nulla
ſupereſt neque ciuili, neque prætorio, neque
Iuſtinianeo iure ei qui proprio facto deſiit
poſſidere. Itaque in vtram ſe partem
vertant pragmatici, proculdubio
errant, aut nos egregiè
fallimur.

ERROR

ERROR V.

Si poſſeſſio per clauſulam conſtituti quæſita amiſſa ſit ſine facto conſtituentis.

SVMMARIA.

1 *Quibus caſibus putent pragmatici locum habere beneficium legis l.vlt.C.de acq.poſſ.*
2 *Quo caſu locum habeat d.l. vlt.contra pragmaticos.*
3 *Non poſſe ad eum caſum porrigi Iuſtiniani legem quo ſine dolo,aut culpa eius per quem poſſidebamus,alius inuaſit poſſeſſionem,contra pragmat.*
4 *Interdictis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus.*

1 INTOLERABILIOR hic error eſt & ineptior, quia magis abhorret non tantùm à ratione iuris, quam pragmatici parum curare ſolent, ſed etiam à verbis Iuſtinianeæ conſtitutionis, quæ pragmaticos fefellit. Nam cùm poſſeſſio † quæ per clauſulam conſtituti quæſita eſt hypothecario creditori, poſſit interuerti duobus modis, vno, ita vt intercedat factum & voluntas debitoris qui ſe alieno nomine poſſidere conſtituit, altero, ita vt etiam inuito debitore alius vi aut clam poſſeſſionem inuadat, & debitori creditorique eripiat: putant illi vtroque caſu locum eſſe beneficio legis nouæ, vt creditor hypothecarius ſi id imploret, ius habeat auocandæ & retinendæ propriæ poſſeſſionis quam per conſtitutum nactus fuerat, quaſi nec eam amiſiſſe vnquam videatur. Cùm tamen, ſi Iuſtiniani † verba intuearis, apertiſſimum
2 ſit id vnum Iuſtiniano propoſitum fuiſſe, vt vero poſſeſſori faueret ac proſpiceret aduerſus dolum, malignitatem, & vt loquitur, machinationem eius per quem poſſideret; & quidem vno illo caſu quo is poſſeſſionem dereliquiſſet aut prodidiſſet alij, non etiam tradidiſſet, inque alium tranſtuliſſet, quomodo explicauimus *ſupra cap.* 2. Quòd ſi hoc etiam pragmaticis vltro concedam, quod volunt, ad eum quoque caſum Iuſtiniani legem pertinere quo poſſeſſio non ſolùm derelicta aut prodita, ſed etiam in alium tranſlata ſit, vt neque tum amittatur, nunquam tamen concedam eò vſque ineptiarum
3 † progredi nos debere vt idem admittamus etiamſi dolus nullus, culpa nulla; factum denique nullum interceſſerit eius cuius fidei cuſtodia poſſeſſionis commiſſa erat. Nihil enim eſt in tota Iuſtiniani conſtitutione, quod ad hunc caſum aptari poſſit. Quinimò ſi is ipſe cui commiſſum fuit vt alieno nomine poſſeſſionem adprehenderet tam negligenter in eo verſatus ſit, fortaſſis etiam ſi voles dolo malo vt poſſeſſionem iacere paſſus ſit, non vult Iuſtinianus haberi poſſeſſionem pro adprehenſa, ſed dolum aut negligentiam procuratoris hactenus nocere domino vt nulla ei poſſeſſio acquiratur, Et tamen hac in ſpecie videtur procurator feciſſe contra quàm facere debuit hoc ipſo quòd non fecit ea quæ facere debuit, vt habet iuris regula in *l. qui non facit, de regul. iur.* Quanto minus igitur credendum eſt voluiſſe Iuſtinianum tam audacter violare iuris regulas, vt poſſeſſionem quam per alium quis retineret amitti noluerit, tametſi occupata eſſet ab alio citra factum & voluntatem cuſtodis? Cur enim fauorabilior exiſtimetur hoc caſu is qui per alium poſſidet quàm per ſeipſum poſſideret? Alioqui ſanè dicendum erit eadem Iuſtiniani conſtitutione factum eſſe vt hodie nullo caſu poſſeſſio amitti poſſit, citra voluntatem & factum eius qui antè poſſidebat, atque ita nullum amplius ſupereſſe vſum interdictorum ad reſtitutionem poſſeſſionis per-
4 tinentium, quibus ſcilicet locus nullus † eſt cùm facto aut conſenſu ſiue expreſſo ſiue tacito priſtini poſſeſſoris amiſſa eſt poſſeſſio. Quod tamen ex pragmaticis qui dixerit nemo hucuſque tam ſtultus fuit. Frequentiſſimus enim vſus eſt interdictorum recuperandæ poſſeſſionis, præcipuè verò ex pontificio illo *Canone redintegranda 3. quæſt. 1.*

ERROR VI.

De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris formula ferendæ ſententiæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt. C.de acq.poſſeſſ.*
2 *Cùm hypothecaria exercetur quomodo vulgò ſententia feratur pro creditore.*
3 *Diſputatio autoris aduerſus pragmaticorum propoſitam traditionem.*
4 *Idem eſt effectum ſiue creditor manu teneatur in poſſeſſione rei obligatæ iure pignoris, ſiue in poſſeſſionem illam inducatur eodem iure.*
5 *Exceptio non factæ excuſſionis inducta eſt aduerſus omnes hypothecarios creditores pignoris poſſeſſionem perſequentes.*
6 *Etiam cum imploratur remedium l. vlt. C. de acq. poſſ. actio ſiue in iudicium deducta eſt hypothecaria cenſenda eſt.*
7 *Et conſequenter eo caſu creditor repelli poteſt exceptione non factæ excuſſionis.*
8 *Si exceptionem non factæ excuſſionis impedit quod is qui agit poſſeſſor eſt, exceptioni locus non foret, licèt creditor cum clauſula conſtituti ageret hypothecaria: & cur.*
9 *Poteſt agi ſimul ad retinendam poſſeſſionem ciuilem & adipiſcendam naturalem.*
10 *Qui propriam auocat poſſeſſionem ex l. vlt. C.de acq. poſſ. petere intelligitur corporalem poſſeſſionem quam habet aduerſarius.*
11 *Qui directam rei vindicationem exercet poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe non intelligitur.*
12 *Qui à debitore rem pignoratam cum clauſula conſtituti, bona fide comparauit, dignus videtur qui exceptione non factæ excuſſionis gaudere debeat.*
13 *Ordinis exceptio fauore tantum tertij poſſeſſoris inducta eſt.*
14 *Abſurdum eſt metiri fauorem emptoris ex actione creditoris vt faciunt pragmatici.*
15 *Sententia quorumdam pragmaticorum de modo actionis & ſententiæ ferendæ quoties poſſeſſor factus ex clauſula conſtituti agit hypothecaria.*
16 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

CREDITORE † hypothecario poſſeſ- 1
ſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ea ferendæ ſententiæ formula obſeruari à iudicibus ſolet, vt pronuncient manutenendum eſſe creditorem in pignoris ſui poſſeſſione, tamdiu eam retenturum iure pignoris & hypothecæ quandiu ei plenè & integrè ſatisfactum non erit. Aliter quam ſer-
uari ſoleat cùm hypothecaria † actio exercetur. Tunc 2
enim iubetur creditor mitti in poſſeſſionem rei obligatæ, non retineri, quia per hypothecariam creditor non ſuam poſſeſſionem auocat ſed alienam, id eſt eam quæ debitoris fuit tempore pignoris contracti, & quæ nunc penes eum eſt qui conuenitur ſiue debitor ille ſit ſiue

alius

3 alius: eáque pragmaticorum † non inſubtilis, ſi diis pla-
cet, diſtinctio & obſeruatio eſt, ridicula ſanè, ac ſibi ipſi
4 repugnans. Nam ſi effectum † ipſum, vt par eſt, magis
quàm vtriuſque formulæ verba conſideres, quid obſecro
refert an creditor manuteneatur in poſſeſſione rei obli-
gatæ iure ipſo pignoris, an verò in poſſeſſionem illam
eodem iure inducatur? An non vtroque caſu agit tan-
quam creditor hypothecarius & ſiue poſſeſſionem, ſiue
detentionem illam quæ penes aduerſarium fuit, auocat
iure hypothecarij creditoris? An non vtriuſque formu-
læ idem effectus eſt vt non priùs poſſeſſio ab eo auferri
poſſit quàm ipſi fuerit ſatisfactum? Quidni ergo vtro-
que caſu eadem exceptione repelletur non factæ excuſ-
5 ſionis, cùm ea exceptio † inducta ſit aduerſus omnes
hypothecarios creditores pignoris poſſeſſionem perſe-
quentes. Reſpondebis fortaſſe, ita demum exceptioni
illi locum eſſe ſi is qui conuenitur reuera poſſideat; &
prætereà conueniatur non ſolùm ab hypothecario credi-
tore, ſed etiam hypothecaria actione: cùm autem creditor
propriam poſſeſſionem auocat propter clauſulam conſti-
tuti ex beneficio *legis vltimæ Cod. de acquir. poſſeſſ.*
actionem exerceri quidem à creditore hypothecario, ſed
non hypothecariam, nec contra poſſeſſorem, ſed à
poſſeſſore aduerſus eum qui non poſſidet, at aſininam
duntaxat detentionem habet. Ego verò aut non in-
telligo quid tibi velis, aut in verbis ludis, & merè nu-
6 garis. Nam fateri † te neceſſe eſt, vel actionem illam
quam creditori hypothecario dari vis ad auocãdam pro-
priam pignoris poſſeſſionem, effectu ipſo eſſe hypothe-
cariam, vel ſaltem fieri non poſſe vt vtraque contentio
ſubſiſtat, id eſt pignoris, & tranſlatæ per conſtitutum
poſſeſſionis. Siquidem contendis, quod & verum
eſt, creditorem qui poſt conuentionem de pignore
cauit ſibi per clauſulam conſtituti hoc ipſo factum eſſe
pignoris poſſeſſorem: nec tamen ius pignoris amiſiſſe,
quandoquidem nec pignoris poſſeſſionem habet niſi
tanquam pignoris, id eſt quia pignus habet. Quòd ſi
hæc non ſunt contraria, Creditorem & pignus habere
& pignoris poſſeſſionem; cur erunt magis illa contraria
creditorem & hypothecariam exercere & ſuam pignoris
poſſeſſionem tueri? Aut ſi contraria non ſunt, quidni
eadem actione vtrumque contineri poterit, vt & hypo-
thecariam exerceat ex qua parte creditor eſt, & poſſeſſio-
nem ſuam retineat ex qua parte poſſeſſor? Quænam verò
formula in eam rem aptior excogitari poteſt, hoc eſt ad
pignoris & poſſeſſionis iura ſimul vindicanda, quàm ſi
creditor per ſimplicem libellum petat ſe manuteneri in
rei obligatæ poſſeſſione, vt eam pignoris iure retineat.
Vides enim hoc caſu agi non modò de poſſeſſione, ſed
etiam de iure pignoris, cùm ſi ius pignoris nullum pro-
poneretur, nulla etiam ſubeſſet cauſa retinendæ poſ-
ſeſſionis, quæ per clauſulam conſtituti propter ſolum
pignus tranſlata fuiſſet. Proinde quamtumuis propo-
nas intentatum quod vocant remedium *legis vltimæ C.
de acq. poſſeſſ.* propriámque non alienam poſſeſſionem à
creditore auocatam, fateri te oportet nihilominus hypo-
thecariam quoque actionem in iudicium deductam in-
telligi. Quippe quæ nihil aliud eſt quàm actio de iure
pignoris aut quæ propter ius pignoris datur. Conſe-
7 quens † igitur eſt vt perinde hoc etiam caſu repellendus
ſit creditor exceptione non factæ excuſſionis, ac ſi
conſtituti clauſula in contractu nulla interueniſſet:
8 Aut ex contrario, ſi exceptionem † hanc id impediat
quod is ipſe qui agit poſſeſſor eſt, negandum eſt ex-
ceptioni locum fore, tametſi per hypothecariam credi-
tor in id ageret, vt in pignoris poſſeſſionem mitteretur
quia æquè verum eſt hoc caſu illum agere qui verè poſ-
ſeſſor eſt. Neque enim ex eo quod petit ſe in poſſeſſio-
nem mitti ſtatim poteſt inferri velle ſe priuari commodo
poſſeſſionis quam ſibi quæſiuerat per clauſulam conſti-
tuti, cùm & agat ex eo ipſo contractu in quo clauſula
illa inſerta eſt, & prætereà ad ipſam quoque poſſeſſionẽ,
agat. Ad poſſeſſionem, inquies, adipiſcendam, non ad re-
tinendam. Fateor, ſed ad adipiſcendam nimirum illam
quam non habet, vt eam retinere poſſit quam iam habet,
id eſt, vt loquar apertiùs, ad adipiſcendam corporalẽ illã
& aſininam detentionem quæ penes reum eſt, non veram
illam & realem poſſeſſionem tam naturalem quàm ciui-
lem, quam à tempore contracti pignoris nactus fuerat
per clauſulam conſtituti. Nihil enim vetat àgi ſimul † ad 9
retinendam poſſeſſionem ciuilem & adipiſcendam natu-
ralem, vt Bartolus & alij tractant ad *legem 1. D. vti poſſid.*
quoniam per retentionem ciuilis poſſeſſionis ius eſt adi-
piſcendæ naturalis. Multo igitur magis ei qui non modò
ciuilem, ſed etiam naturalem & realem poſſeſſio-
nem eam habet per clauſulam conſtituti, permitten-
dum erit vt ea retenta petat & adipiſcatur aſininam
quæ penes aduerſarium reperitur. Nam in con-
trarium ſimiliter euenit vt qui propriam † auocat 10
poſſeſſionem ex beneficio *l. vlt. C. de acquir. poſ-
ſeſſ.* licèt nihil aliud petat niſi vt in pignoris poſſeſſio-
ne retineatur, hoc ipſo tamen petere intelligatur mitti ſe
in aſininam illam poſſeſſionem quam habet aduerſarius:
alioqui non poteſt dici quis alius eiuſmodi actionis ef-
fectus futurus ſit, quando verum eſt aduerſarium, licèt
reuera non poſſideat, tamen aſininam & corporalem
habere poſſeſſionem, quæ ſola veræ poſſeſſionis totum
fundamentum eſt. Quinimò ſtatim atque is qui eo modo
rem detinet incipit velle ſibi habere & verum poſſeſſo-
rem prohibere quamuis nullo iure id faciat, tamen inci-
pit proculdubio poſſidere. Ideoque tanquam ſpoliator
conueniendus eſt interdictis aut actionibus reſtituto-
riis vt poſſeſſionem quam eripuit, reſtituat. Itaque
quamuis admitterem quod ſemper negabo, Iuſtiniani
conſtitutione factum eſſe, vt hoc etiam caſu poſſeſſio
non amittatur, eiuſque retinendæ ius ſaluum ſit veteri
poſſeſſori tamen fatendum eſſet vel inuito Iuſtiniano,
aſininam ſaltem poſſeſſionem ei deeſſe, ac proinde re-
ſtitui debere ab eo contra quem agit interdicto retinen-
dæ poſſeſſionis. Et verò ſi is qui directam rei † vindi- 11
cationem exercet poſſeſſioni ſuæ renunciaſſe non intel-
ligitur, vt ſcriptum eſt in *l. naturaliter 12. §. nihil com-
mune, D. de acq. poſſeſſ.* quanto minùs poſſeſſionis pro-
priæ retinendæ animum abieciſſe credendus erit is, qui
in id egit vt eam quoque poſſeſſionem quam aduerſarius
habuit qualiſcunque illa eſſet nanciſceretur? Quam-
quam ſi quod res eſt fateri volumus, is qui à debitore
rem † comparauit, & ex iuſto titulo habere cœpit, 12
etiamſi verus poſſeſſor non eſſet (eſſe autem non dubi-
to) hoc ipſo tamen quòd aſininam illam poſſeſſionem ex
bona fide & cum titulo nactus fuiſſet, non minùs dignus
videretur qui exceptione ordinis, & non factæ excuſ-
ſionis gaudere deberet quàm ſi verè nec tantùm natura-
liter, ſed etiam ciuiliter poſſideret. Cur non enim eo-
dem auxilio ei ſuccurramus qui alioquin idem damnum
paſſurus ſit quod pateretur ſi verus poſſeſſor eſſet, me-
raque hypothecaria conueniretur? Neque enim odio
creditoris aut hypothecariæ actionis inductam Iuſti-
nianus voluit ordinis exceptionem, ſed fauore † tan- 13
tùm tertij poſſeſſoris, ne poſſeſſio quam haberet
qualiſcumque illa dummodo iuſta eſſet, ei eriperetur
per creditorem, cui ex aliis bonis debitoris æquè
ſatisfieri poſſet. Atqui idem huius emptoris fauor eſt,
idémque damnum & incommodum ſi ea re quam bona
fide comparauit, carere cogatur vt creditori ſatisfiat.
Planéque abſurdum † fuerit metiri fauorem emptoris ex 14
actione creditoris, quomodo pragmatici faciunt qui or-
dinis exceptionem ei accommodant aduerſus credito-
rem agentem hypothecaria, licet poſſeſſorem factum
ex clauſula conſtituti, non etiam ſi propriam poſſeſſio-
nem auocet ex beneficio nouæ conſtitutionis, licèt agat
tanquam creditor & ad eum finem vt pignoris iure poſ-
ſeſſionem illam retineat. Quam ob cauſam & huius
abſurdi euitandi gratia, vidi ex pragmaticis † ſubtilio- 15
ribus

cibus nonnullos, qui eam ſollennem quam diximus ferendæ in hac actione ſententiæ formam non probarent, ſed dicerent, Ad fugandam non factæ excuſsionis exceptionem de nuda cauſa poſſeſsionis & agendum & pronunciandum eſſe, nulla pignoris facta mentione. Sed næ iſti faciunt intelligendo vt nihil intelligant.
26 Quaſi † verò ius vllum poſſeſsionis habeat creditor tanquam creditor niſi quatenus hypothecarius eſt, & ratione pignoris ita contracti, aut quaſi poſſit ſeparari clauſula conſtituti quæ acceſſoria eſt à pignoris conuentione quæ eſt principalis. Et verò an non in ſententia exprimi neceſſe eſt ius quod modò debitori competit, ſed etiam cuilibet poſſeſſori luendæ poſſeſsionis ſi luere pignus velit oblato omni eo quod victori debetur. Fieri ergo nullomodo poteſt vt de iure pignoris nihil dicatur, & conſequenter vt hypothecariam non exercere videatur qui poſſeſsionem ſiue propriam, ſiue alienam auocat iure pignoratitij creditoris. Nam quemadmodum hypothecaria cumulari poteſt cum interdicto recuperandæ poſſeſsionis vt omnes conſentiunt, ita & cum interdicto retinendæ quoties creditor agens hypothecaria poſſidet, nec hypothecariam exercet niſi vt aſiniam auocet detentionem, ſine qua nec fructus ex pignore vllos percipere, nec pignus diſtrahere, vacuámque eius poſſeſsionem tradere poteſt. Quidni verò, cùm & interdicta retinendæ & adipiſcendæ poſſeſsionis cumulari poſſint dummodò ad diuerſas poſſeſsionis ſpecies referantur, vt diximus?

ERROR VII.

De creditore auocante propriam poſſeſsionem implorato beneficio clauſulæ conſtituti, non etiam legis vltimæ C. de acquir. poſſeſſ.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de formula concipienda actionis, qua creditor propriam poſſeſsionem auocat, vt vitetur ordinis exceptio.*
2 *Refutatio ſententiæ pragmaticorum.*

1 Vlgo pragmatici † putant creditorem qui pignoris ſui poſſeſsionem auocare velit à tertio poſſeſſore vt effugiat periculum exceptionis ordinis, quæ tertiis poſſeſſoribus accommodatur non ſolùm propriam poſſeſsionem auocare debere implorato in eam rem beneficio clauſulæ conſtituti, ſed etiam obſeruandum id debere, vt beneficium imploret quod inductum eſt conſtitutione Iuſtiniani in *l. vlt. C. de acq. poſſ.* Sic enim ſentiunt clauſulam conſtituti, licèt proſit ad acquirendam veram & realem poſſeſsionem, prodeſſe tamen non poſſe ad hoc vt facto debitoris poſſeſsio interuerti non potuerit alienato pignore niſi Iuſtinianeæ quoque legis beneficium imploretur. Et ſanè fatendum eſt ſolam Iuſtiniani conſtitutionem illam eſſe, non dicam quæ hoc ius induxit (neque enim hanc conſtitutionis ſententiam eſſe vnquam admiſero) ſed quæ huic errori ſpecie iuris inducendo prætextum
2 attulit. Sed † tamen abſurdum mihi ſemper viſum eſt exiſtimare, hanc actionis & formulæ ſolennitatem eſſe neceſſariam, nec ſufficere poteſtatem iuris coniunctam cũ voluntate actoris ius ſuum exequentis, & poſſeſsionem ſuã adſerentis. Quid enim refert an expreſſis verbis an facto ipſo imploretur beneficium legis? An non autem ſatis auxilium legis implorat, qui eo modo agit quo alioquin agere non poſſet? Igitur verius eſt ſi error communis pro iure accipiatur, ſatis eſſe creditori ad ordinis exceptionem declinandam, vt dicat ſe poſſeſſorem per clauſulam conſtituti aut qua alia ratione, contendatque non potuiſſe poſſeſsionem ſuam ſe inſcio interuerti facto debitoris, licèt auxilium *legis vltimæ. Cod. de acquirend. poſſeſſ.* nullomodo imploret. Eoque iure iam ferè vtimur.

ERROR VIII.

De acquirenda per conſtitutum poſſeſsione futurorum bonorum.

SVMMARIA.

1 *Valet iure ciuili obligatio omnium bonorum debitoris & præſentium & futurorum.*
2 *Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam futura obligata intelliguntur.*
3 *Per clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiritur creditori etiam futurorum poſſeſsio, ſi credimus pragmaticis.*
4 *Clauſulam conſtituti prodeſſe quidem ad transferendam poſſeſsionem bonorum præſentium, non etiam futurorum, contra Pragmaticos.*
5 *Ita demum prodeſt clauſula conſtituti ſi fuerit præſens & ſciens is cui nomine conſtitutum eſt poſſideri.*

Qvemadmodum valet † iure ciuili obligatio bonorum omnium debitoris, non ſolùm præſentium, ſed etiam futurorum, *leg. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor.* 1
adeòque obligatis † generaliter & indiſtinctè bonis omnibus, etiam futura obligata intelliguntur ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltim. C. quæ res pignor. oblig. poſſeſſ.* 2
Ita receptum eſt à pragmaticis, & inductum à vulgaribus interpretibus iuris, vt † per clauſulã conſtituti quæ 3
generali bonorum omnium obligationi ſubiici ſolet acquiratur creditori poſſeſsio vniuerſorum bonorum non ſolùm quæ debitor eo tempore habuit, ſed eorum etiam quæ poſteà quæſierit, quaſi facta tranſlatione poſſeſsionis ſub illa conditione ſi debitor earum rerum quas nondum habet, ſed tamen habiturus eſt, poſſeſſor quandóque fieret: ſicuti & pignus ipſum ſub ea conditione contractum intelligitur. Si res illæ peruenient ad dominium debitoris, cùm priùs ſit vt res obligata in dominio ſit debitoris, quam vt obligari poſſit *d. §. quod dicitur* Conſtat enim ſicut pignus ſub conditione acquirendi dominij contrahi poteſt, ita & poſſeſsionem ſub conditione qualibet transferri poſſe *l. qui abſenti 38. 1. D. de acquirend. poſſeſſ.* Sed vereor † ſic hæc dominij & poſ- 4
ſeſsionis comparatio interpretes & pragmaticos fallat, cùm agitur de poſſeſsione per clauſulam conſtituti transferenda. Hic enim acquirendæ poſſeſsionis modus licèt habilis ſit ad veram quoque poſſeſsionem acquirendam, tamen fictitius eſt, nec tam facilè admittit vt ea ratione poſſeſsio transferatur. Nam vt ſcriptum eſt in *l. quod meo 17. D. eod.* cùm quis conſtituit ſe alieno nomine poſſidere, neceſſe eſt vt idipſum priùs ille ſuo nomine poſſideat. Alioqui conſtitutum nullius momenti eſt. Facit autem illa clauſula vt qui poſſidebat deſinat poſſidere, faciatque alium poſſeſſorem: quàmquam verò fit vno inſtanti vt & amittat poſſeſsionem & eam in alium transferat, illud tamen non æquè eodem inſtanti fieri poteſt vt & incipiat & deſinat poſſidere. Non enim iuris tantùm ratio, ſed ipſa etiam natura facit vt neceſſe ſit priùs quæſitam eſſe poſſeſsionem quàm amitti poſſit, ſiquidem eſſe in rebus omnibus naturalibus, ſicuti primum non eſſe ſequitur, ita præcedit ſecũdum. Atqui ſi amittas clauſulam conſtituti nihil operari eo primùm inſtanti quo poſſeſsio rei obligatæ acquiritur ex poſtfacto debitori, illud etiam te fateri neceſſe eſt fieri non poſſe vt vnquam operetur: cum eo ipſo inſtanti impleatur conditio ſub qua vt poſſeſsio transferretur actum fuit. Eſt enim illud perpetuum in actibus

omni

omnibus qui ſub cõditione fiũt, vt niſi eo primùm inſtãti quo cõditio impletur effectum ipſum producant, quem producere poſſent ſi purè facti eſſent, non valeant: quia nec exiſtens conditio quicquam aliud adfert niſi vt purè res acta videatur: contracto nimirum & æſtimato obligationis iure non ex eo tempore quo conditio impletur, ſed quo res geſta eſt ſub conditione vt pluribus explicauimus, *libr.5. Coniecturar. cap.6.& 7.* Nec diuerſa ratio eſt poſſeſſionis quæ per veram traditionem transfertur ſub conditione. Nam neque ex ea traditione transfertur poſſeſſio exiſtente licèt poſteà conditione, ſi traditionis tempore is qui tradidit poſſeſſor non fuit: quoniam exiſtens conditio facit duntaxat vt traditio pro purè facta habeatur: Purè autem facta non transferret poſſeſſionem, niſi ab eo facta eſſet qui ipſe tùm poſſideret. Nec quod fortaſſis medio tempore vera poſſeſſio quæſita fuit ei qui tradidit, quicquam proderit ad cauſſam transferendæ poſſeſſionis non magis quàm ſi poſt traditionem purè à non poſſeſſore factam poſſeſſio acceſſiſſet. Neceſſe enim eſt, vt & voluntas & poteſtas transferendæ poſſeſſionis eo inſtanti adſit quo traditio fit, ac proinde vt quæſita tradenti poſſeſſio præcedat tranſlationem, quæ fit in accipientem. Porrò conſtitutum vice traditionis eſt, ideóque dicimus quod nec pragmatici negant non aliter ex conſtituto poſſe transferri poſſeſſionem quàm ſi conſtituens poſſideat eo ipſo tempore quo conſtituit. Quare nec diffitebor, poſſeſſionem eo caſu quo conſtituens tempore conſtituti poſſideat, transferri poſſe ſub conditione, non ſecus acſi vera traditio facta eſſet. Sed hoc contendo ſiue vera ſiue ficta traditio interceſſerit, non magis ſub conditione acquirendæ poſſeſſionis poſſe transferri poſſeſſionem, quamuis ex poſt facto ea poſſeſſio acquiratur conſtituenti, quàm ſi actum fuiſſet, vt purè transferretur per eum qui nondum tunc poſſideret. Contrahendi pignoris longè alia cauſſa eſt. Nihil enim obſtat quominus eodem inſtanti & dominium acquiratur debitori, & pignoris iure obligetur creditori, quia tam dominij quàm pignoris acquiſitio iuris poteſtate fit: Ius autem eodem inſtanti vtrumque commodè operatur: Adeò vt quod magis mirum eſt, ſi plures creditores concurrant, quorum alter tacitam hypothecam ex priuilegio habeat, alter non niſi expreſſam, præferatur is qui tacitam habet quaſi cauſſam pignoris præuenerit, vt Papinianus ait in *l. ſi is qui D. de iur. fiſc.* de cuius ſententia & ratione ſcripſimus *l. 2. Coniect. cap. 11.* At poſſeſſio non transfertur iuris poteſtate, ſed facto hominis, id eſt per traditionem aut quid aliud quod ſit vice traditionis, quoniam tota facti eſt, *l. denique 19. D. quib. ex cauſ. maior.* Facta autem plura quæ aliquam inter ſe ordinis rationem habẽt, non poſſunt ad vnum idémque inſtans accommodari, quia natura non niſi in tempore operatur. Itaque concludendum eſt clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione bonorum omnium præſentium & futurorum prodeſſe ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium duntaxat, non etiam futurorum. Obſeruandum autem
5 eſt ita demum † prodeſſe ſi præſens fuerit aut ſciens aut volens is cuius nomine conſtitutum eſt poſſideri. Non etiam ſi fuerit abſens, nec ſi pro eo notarius ſtipulatus ſit, iſque ſtipulationem ratam habuerit, quia non poteſt quæri poſſeſſio, niſi animo & corpore. Vtrumque autem neceſſe eſt interuenire eo ipſo inſtanti quo poſſeſſio ex parte conſtituentis amittitur, vt habiles ſint termini à quo & ad quem nec inhabile medium vllum ſit ad transferendam poſſeſſionem. In quo etiam vulgò à pragmaticis erratur. Sed nos de eo aliàs pluribus.

ERROR IX.

De precaria poſſeſſione.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter precariam poſſeſſionem & eam quæ per clauſulam conſtituti acquiritur.*

2 *Aliter conſulitur ei qui poſſidebat per precarium vbi interuerſa eſt eius poſſeſſio, aliter ei qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, ex ſententia pragmaticorum.*

3 *Refellitur pragmaticorum diſtinctio, & oſtenditur beneficium leg. vltim. C. de acquirend. poſſeſſ. ad eos etiam pertinere qui per precarium poſſident.*

INter precariam † poſſeſſionem & eam quæ per clauſulam conſtituta acquiritur, mul- 1
tum intereſt. Non enim ſicuti conſtitutum ita & precarium transfert naturalem verámque poſſeſſionem realem, ſed ciuilem duntaxat. Et differentiæ ratio eſt, quoniam qui ſe alieno nomine poſſidere conſtituit, hoc ipſo deſinit poſſidere, & alium facit poſſeſſorem, vt proximè dicebamus: Proinde transfert eam ipſam poſſeſſionem quam habebat, & qualem habebat, id eſt tam naturalem quàm ciuilem, ſola excepta corporali, & vt vocant, alimina, quæ cùm tota ex facto & detentione ipſa æſtimetur, remanet penes conſtituentem qui alieno nomine in poſſeſſione eſt. Qui verò fatetur ſe ab alio precario poſſidere, is facit quidem alium poſſeſſorem, ſed ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, quia non deſinit velle poſſidere, ſed eam tamen poſſeſſionem quam retinet, vult ſibi eripi poſſe per eum à quo dixit ſe precariò poſſidere. Sic enim pragmatici noſtri poſt vulgares interpretes ratiocinantur. Recténe an ſecus, alio loco videbimus cùm de naturali & ciuili poſſeſſione latiùs diſſeremus. Hinc autem pragmatici † inferunt, ſi poſſeſſio quam debitor in creditorem hypothecarium tranſtulerat per precarium ab eo 2
ipſo interuerſa ſit per alienationem fortaſſe pignoris ſubſecutam, non eodem modo conſuli poſſe creditori ad auocandam & aſſerendam poſſeſſionem propriam, quaſi per conſtitutum poſſeſſor factus eſſet. Non enim ipſi competere beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſed interdictis reſtitutorijs aut actionibus extraordinarijs in locum eorũ ſubſtitutis vtẽdũ neceſſariò eſſe, vt amiſſa poſſeſſio reperatur. Mouétur ex eo quòd Iuſtiniani conſtitutio de ijs expreſſim loquitur, qui corporalem nacti ſunt poſſeſſionem, id eſt vt ille interpretantur veram, realem & naturalem. In quo ſanè parum ſubtiliter facere mihi videntur. Nam † cùm id 3
vnũ tota illa lege agat Iuſtinian. vt prouideat ne ſemel quæſita poſſeſſio, ex dolo & malignitate eius per quem retinebatur amitti poſſit, cur non eodem iure vtetur is qui per precarium nactus eſt ciuilem poſſeſſionem, vt eam ſibi adſerere poſſit & retinere, quo vteretur ad veram & naturalem poſſeſſionem tuendam, ſi eam per conſtituti clauſulam nactus eſſet? An ideò fortaſſe quod ciuilis poſſeſſio cùm ſola eſt & ſine naturali, faciliùs amittatur; Imo verò multo difficiliùs amittitur, quia pendet tota ex animo poſſidentis, nec proinde inſcio inuitóque eo poteſt interuerti: Amittitur quidem ſtatim atque deſijt eſſe vtilis & efficax ad naturalem ipſam poſſeſſionem auocandam, vtputà ſi is qui ciuiliter tantùm poſſidebat ſciens ab alio fuiſſe occupatam naturalem, eam repetere neglexerit vel per triduum ſolùm, aut ſi per decennium naturalem illam poſſeſſionem deſeruerit, vt noſtri poſt Bartolum tractant in *leg. ſi de eo quadrageſima §. primo. De acquir. poſſeſſion.*

poſſeſſion: quoniam his caſibus videtur deeſſe animus retinendæ poſſeſſionis, priore quidem caſu propter negligentiam præſentem, poſteriore verò propter obliuionem, quæ ex decennij lapſu præſumitur. Sed quandiu ſupereſt voluntas illa retinendæ poſſeſſionis ciuilis, numquam interrupta, vtique ciuilis poſſeſſio ſalua eſt, nec minùs remedia competunt ad eam retinendam & naturalem adipiſcendam, quàm competerent ad naturalem ipſam aut retinendam aut recuperandam ſi cum ciuili ſimul quæſita fuiſſet. Nam & cùm is qui naturaliter & ciuiliter poſſidebat turbatur in naturali poſſeſſione aut deiicitur, non alia ratione iuuatur interdictis retinendæ aut recuperandæ poſſeſſionis, quàm quia retinet ciuilem, qua amiſſa propter interruptum animum poſſidendi, nulla profectò naturalis aut retinendæ aut recuperandæ ratio ſupereſſet. Numquam enim ei ſuccurritur qui proprio facto aut voluntate ſua deſiit poſſidere: Nec mouere pragmaticos debuit quod Iuſtiniani conſtitutio eorum perſonas diſertè complectitur, qui corporaliter nacti ſint poſſeſſionem. Nam poſterior pars conſtitutionis euidenter demonſtrat ideò pertinere vt ſi is per quem nondum cœpimus poſſidere negligens fuerit in acquirenda poſſeſſione quam ex mandato noſtro nobis acquirere potuit & debuit, noceat nobis ea negligentia, quia facilius illud admitti poteſt vt per alium nobis nihil acquiratur, quàm vt per alium nobis damnum inferatur, Toties igitur Iuſtiniani conſtitutio proderit quoties agetur de retinenda poſſeſſione quæ per alium iam acquiſita & retenta poſtmodum ab eo derelicta aut prodita ſit: nullum enim ex eius dolo & malignitate præjudicium dominio generari oportebit, nec quaſi interpellata poſſeſſione vſucapio quoque interpellata videbitur, quandiu ea poſſeſſio ab alio occupata non erit, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus. Cæterùm idem obtinebit non ſolùm ſi corporalis & aſinina illa poſſeſſio occupata ſit, ſed & ſi naturalis ciuiliſque poſſeſſio ſine corporali, & conſequenter ſi ciuilis tantùm ſine naturali, nimirum vt ea poſſeſſio quæ iam acquiſita erat ſiue ciuilis tantùm fuit ſiue naturalis & ciuilis, retineatur qualis fuit. Alioqui nec illud erit admittendum quod pragmatici tamen omnes fatentur. Prodeſſe Iuſtiniani legem iis etiam qui non niſi per conſtituti clauſulam facti ſint poſſeſſores. Etſi etiam verum eſt per conſtitutum transferri poſſeſſionem non modò ciuilem, ſed etiam naturalem, veram & realem, corporalis tamen quæ, vt dixi, nihil niſi aſinina eſt cùm ex corpore tota æſtimetur, non transfertur ſicuti nec per precarium. Itaque quod ad hanc rem pertinet nihil hæc ab illa differt.

ERROR X.

Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul tranſlata ſit.

SVMMARIA

1 *Error Notariorum in clauſula conſtituti conceptione tranſlatæ poſſeſſionis per precarium mentionem cumulantium.*

2 *Fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul poſſeſſio transferatur.*

3 *Differentia inter conſtitutum & precarium.*

4 *Quæ res poſſidendæ cauſſæ coniungantur & eodem iure cenſeantur.*

5 *Si per errorem vtraque clauſula, & precarij & conſtituti adhibita ſit, non ideo tranſlatio poſſeſſionis impeditur.*

6 *Differentia obſeruanda in verbis quibus dictæ clauſulæ concipiuntur.*

7 *notarij non rarò quo magis cumulatis cautionibus cautum alicui volunt, eo plus ei nocent.*

8 *Bonis omnibus alienatis aut obligatis, etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium.*

NOtariorum † hic error eſt potiùs quàm poli- 1
torum & verſantium in foro pragmatico-
rum, ſolent.n. notarij clauſulam conſtituti ſic
cócipere: vt qui aliquid ex bonis ſuis alienat
vel obligat, conſtituat ſe eam rem & alieno nomine &
precario poſſidere: nimirum vt & aptiore & certiore
modo vtantur transferendæ poſſeſſionis. Non animad-
uertentes fieri non poſſe, vt per precarium & conſtitu-
tum ſimul † poſſeſſio transferatur propter diuerſam 2
adeóque repugnantem vtriuſque clauſulæ rationē Nam
per conſtitutum,† vt & in ſuperioribus à nobis diſputa- 3
tum eſt non modò ciuilis poſſeſſio transfertur, ſed etiam
naturalis, vera & realis, omnis denique excepta corpora-
li & aſinina. Per precarium verò ſola ciuilis, remanente
naturali & reali penes eum qui precariò poſſidet. Quo-
modo enim precariò poſſideret, ſi nullomodo poſſide-
ret? Enimuerò non ſicut aliud eſt poſſidere aliud nomi-
ne alieno poſſidere, vt ait *lex quod meo 17. D. de acq. poſſ.*
ſimiliter dici poteſt aliud eſſe poſſidere, aliud precariò
poſſidere. Quippe poſſidet etiam ille qui precariò poſſi-
det, quamuis cum hac adiectione precarij: quæ adiectio
facit duntaxat vt ei poſſeſſio ſua prodeſſe non debeat
contra eum à quo poſſidet precario: quæ tamen contra
alios prodeſt, quemadmodum contingit & in violenta
& in clandeſtina poſſeſſione: quæ vtraque vera poſſeſſio
eſt, & ad cauſſam interdictorum vtilis, licèt ſit iniuſta.
Solent namque tres illæ † poſſidendi cauſſæ coniungi
eodémque ferè in omnibus iure cenſeri, ſi vi, aut clam, 4
aut precariò poſſideatur. Igitur quemadmodum fieri
non poteſt vt vna eadémque perſona poſſideat natura-
liter, & non poſſideat naturaliter, ita neque illud ad-
mitti vt clauſulæ conſtituti coniungatur clauſula pre-
carij ad transferendam poſſeſſionem. An ergo ſi vtraque
† adhibita ſit per errorem & imperitiam ſiue notarij ſiue 5
ſtipulatoris, tranſlatio poſſeſſionis impeditur? Minimè
verò. Abſurdum enim ſit, & præter contrahentium vo-
luntatem, precarij clauſulam non niſi ex ſuperabun-
danti adiectam quo magis poſſeſſio transferatur, facere
quominùs tranſlata videri poſſit per conſtitutum, quod
ad eam rem non modò vtile & efficax eſſe, ſed etiam ſuf-
ficere potuit Nam & dici ſolet in iis quæ diuiduam &
ſeparatam habent rationem vtile per inutile non vitiari
l. placuit 29. D. de vſur. multum tamen intereſt †
quibus verbis clauſula conſtituti ſit concepta. Nam 6
ſi quis, vt plerunque fit, conſtituerit ſe precariò poſ-
ſidere, non vtraque, ſed ſola precarij clauſula inter-
ueniſſe videbitur, ſoláque poſſeſſio precaria, id eſt
ciuilis tranſlata: Non item ſi quis conſtituerit ſe
ſtipulatoris nomine & precariò poſſidere: Hîc enim
duplex clauſula eſt, conſtituti prima, precarij altera:
& hoc caſu obtinent quæ nunc diximus. Ita fit ple-
runque † vt notarij quo pluribus verborum ambagi- 7
bus vtuntur, vt cumulatis cautionibus magis cautum
ſit ſtipulatori, ei potiùs noceant, quia vim & ſigni-
ficationem verborum quæ Iureconſultorum propria
eſt, non intelligunt. Idem euenit cùm in obligatio-
ne aut alienatione bonorum omnium adiiciunt ne
quid prætermiſiſſe videantur *tam mobilium, quàm immo-*
bilium. Facit † enim ea adiectio vt iura & actiones 8
non comprehendantur, licèt adiectum ſit *quorum-*
cumque, cùm tertiam bonorum ſpeciem conſtituant
à mobilibus & immobilibus omnino diſtractam &
ſeparatam. *leg. à Diuo Pio decimoquinto §. primo Dec.*
de re iudic. Propter quam cauſſam ſi bonorum ſim-
pliciter & indiſtinctè obligatio aut alienatio facta eſ-
ſet, nemo dubitat quin etiam iura & actiones com-

prehenderentur. Sanè in propoſita quæſtione De poſ-
ſeſſione per conſtitutum & precarium tranſlata ſi di-
uerſis temporibus debitor conſtituerit & precariò ro-
gauerit, aliud dicendum erit, atque inſpiciendum,
quid priùs factum ſit, Vt quod nouiſſimè factum erit, id
ſolum obtineat quaſi à priore conuentione receſſum ſit
per poſteriorem *leg. ſi quis antè conduxit 10. D. de acqui-
rend. poſſeſſ.*

ANTONII FABRI IC.
Decas Quinta.

ERROR PRIMVS.

De creditore hereditario in poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

SVMMARIA.

1 *Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.*
2 *An in caſu ſuprà poſito neceſſe ſit audiri cæteros creditores.*
3 *Sententia pragmaticorum diſtinctionem hîc adhibentium.*
4 *Audiendos eſſe cæteros creditores, quorum inſtar eſt contra pragmaticos.*
5 *In quæſtione propoſita diſtinctio quorumdam refertur & refellitur.*
6 *In ſtellionatum incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat.*
7 *Quo caſu non ſit audiendus heres qui alios creditores vocari petit.*

COniungenda erunt quæ hoc capite ſcribe-
mus cum iis quæ ſcripſimus *cap. 1. Decadis*
1 *ſuperioris.* Solent † hypothecarij creditores
quorum nomine debitor conſtituit ſe poſſi-
dere, vt ſolennis inuentarij moras & incommoda effu-
giant, auocare propriam poſſeſſionem ex clauſula con-
ſtituti, in eámque rem implorare beneficium conſtitu-
tionis Iuſtinianeæ *in l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Ita enim
aſſequuntur vt dilata quæſtione de crediti iure & ordi-
ne, in id vſque tempus quo de creditorum omnium &
legatariorũ actionibus vno eodémque iudicio cognoſ-
ci & pronunciari poſſit, interea retineant poſſeſſionem
quam ſibi per debitoris conſtitutum acquiſierunt. Et
quidem optimo iure, quia cùm ea poſſeſſio per clauſu-
lam conſtituti tranſlata fuerit à debitore viuo in credi-
torem, non poteſt videri hereditaria. Siquidem heredi-
tarium id dicimus quod mortuo teſtatore in eius here-
ditate reperitur. Reperiri autem in hereditate & poſt
mortem non poteſt quod ipſe dum viueret alienauit.
Porrò illud conſtat beneficium inuentarij non pertinere
niſi ad cauſſam hereditatis, & rerum hereditariarum, nec
proinde in aliis rebus aut iuribus non hereditariis pro-
deſſe heredi debere. Itaque ſi creditorem ſic agentem ve-
lit heres ea exceptione ſummouere, quòd iam cœpta ſit
inſtantia diſcuſſionis bonorum defuncti, in qua de cre-
ditorum omnium iure ſimul & ſemel diſceptari opor-
teat, non eſt audiendus. Nihil enim commune habet
cauſſa poſſeſſionis cum iure pignoris, niſi hactenus vt
ſi ex poſt facto appareat creditorem hunc aut verum cre-
ditorem non fuiſſe, aut poſteriorem eſſe aliis creditori-
bus, quibus non aliter quàm ex huius rei pretio ſatisfieri
poſſit, præualere debeat ius pignoris, nihilque huic
conſtitutario proſit poſſeſſio quæ nuda eſt, id eſt pigno-
ris iure & priuilegio diſtituta. Ita tamen emergit ple-
rumque dubitatio, † an cum hoc actionis genere cre- 2
ditor ſibi proſpicit, vocandi ſint & audiendi cæteri cre-
ditores quorum poteſt intereſſe, quemadmodum vocan-
di eſſent & audiendi ſi pendente diſcuſſionis inſtantia
prouiſionalis, & vt loquuntur, fiduciaria adiudicatio
peteretur. Et pragmatici putant, † audiri quidem eos 3
debere ſi interuenire velint: ſed ſi vltro ſe non offerant,
non poſſe moram fieri ab herede creditori qui nihil niſi
propriam poſſeſſionem, quæ ampliùs hereditaria non
eſt auocare velit. Ne alioqui eueniat vt parùm ei proſit
quod habeat pro ſe clauſulam conſtituti, quódque de
nuda poſſeſſione agat, non etiam de pignoris ſui iure.
Præſertim verò ſi offerat ſatisdationem de pignore cuius
poſſeſſionem auocat, in corpus hereditatis reponendo,
ſi quando ita fieri debere iudex arbitrabitur, vt creditori-
bus omnibus ex rerum hereditariarum diſtractione ſatiſ-
fiat. Quod tamen cuiuſmodi ſit, non facilè poſſum in-
telligere. Nam cùm per conſtitutum † non aliter poſſit 4
transferri poſſeſſio, quàm ſi eo tempore poſſideat is qui
ſe conſtituit alieno nomine poſſidere, vt omnes con-
ſentiunt, quomodo fieri obſecro poteſt vt ſciat an de-
functus eo tempore poſſederit, niſi auditis creditoribus
cæteris omnibus hypothecariis? Quid enim ſi quis ex
iis anterior tempore per ſimilem conſtituti clauſulam
poſſeſſor factus reperiatur; Apparebit vtique nullius
momenti eſſe poſſe conſtitutum ab eo poſteà factum qui
ampliùs non poſſidebat: ideóque fruſtra & nullo iure
auocari per iſtam poſſeſſionem, quam dicere ſuam non
poſſit, quàmque nunquam habuerit: Atqui, inquies,
nihil intereſt heredis an hic aut ille creditor poſſideat,
cùm non eo magis futurus ipſe ſit poſſeſſor eius rei quam
defunctus per conſtituti clauſulam dejierat poſſidere.
Sicut & ex contrario nihil intereſt creditoris anterioris
poſſeſſionem ex clauſula conſtituti habentis an poſte-
rior hic creditor ex ſimili clauſula poſſeſſionem ſibi ad-
ferat, an ea poſſeſſio penes heredem remaneat, quandiu
ipſe ius ſuum non exequitur, cùm ſi poſteà exequi volet,
perinde ſit ille poſſeſſionem ſuam à creditore ipſo, at-
que ab herede auocaturus, nulla ſcilicet ei obſtatura
exceptione de re inter alios ſe inſcio iudicata. Verùm
reſpondeo imò quàm maximè intereſſe heredis ne ſibi
poſſeſſio pignoris per eum auferatur, qui auferendi ius
nullum habeat, cùm eo ſummoto futurum ſit vt corpo-
ralis poſſeſſio pignoris maneat in hereditate, nec eam
creditor anterior tam citò fortaſſis auocet, qui auo-
care ſi vellet poſſet. Finge eſſe illum heredi amicio-
rem neque tam importunum creditorem qui forſi-
tam ſciat non poſſe ſe periclitari quòd ſit ex anterio-
ribus, quique poſſeſſionem ſuam penes heredem eſſe
malit, quàm penes alium cúmque poſteriorem cre-
ditorem: nam & id malle credendus vtique eſt,
quandiu poſſeſſionem quam ab herede auocare ſi vel-
let, poſſet patitur manere penes heredem. Et ſanè licèt
verum

verum ſit æquè bonam actionem habiturum eum contra creditorem poſteriorem ac contra heredem ipſum, ſiue creditor poſterior ſiue heres poſſideat, fatendum tamen eſt multo faciliorem & expeditiorem fore perſecutionem ſi contra heredem agat quàm ſi contra creditorem, quia nihil omnino habet quod obiicere poſſit heres veri debitoris aduerſus creditorẽ: Alius verò creditor quãuis poſterior nõ tam facilè poſſeſſionem quoquo iure quæſitam ſibi eripi patietur, quia neque debitor ipſe eſt, neq; debitoris heres, ob idq; fauorabilior exiſtimatur: cúmque creditor anterior aduerſus heredem agens nihil aliud probandum habeat niſi quòd ſit creditor, ſi agat aduerſus alium creditorem quantumlibet poſteriorem, cogetur probare ſe non tantùm creditorem eſſe, ſed etiam anteriorem, adeóque quod non ſemper conſequens eſt, potiorem, quia fieri nonnunquam poteſt vt qui tempore poſterior eſt, potior tamen ſit iure, habeátque ex cauſſa fauoréque debiti ius prælationis. Sed & creditoris anterioris aliunde intereſt vt contra heredem agat potiùs quàm contra creditorem poſteriorem, qui ex iudicato poſſeſſor factus ſit, quoniam poſſeſſio quæ per conſtitutum quæſita fuerat, non poteſt videri per ſolam debitoris mortem interuerſa, ideóque nec dubitatio vlla eſt quin poſſit creditor ſe dicere poſſeſſorem inuito etiam herede: nec neceſſe habeat implorare beneficium *legis vlt. C. de acq. poſſ.* vt ſeq. cap. dicemus: Alio autem facto poſſeſſore præſertim creditore, & quidem per iudicem, fieri non poteſt quin anterioris creditoris poſſeſſio interuertatur, niſi beneficium Iuſtiniani imploretur, ac proinde minùs tutus eſt creditor anterior agens contra poſteriorem, quippe qui cautiùs agere cogitur, & quaſi ſolennem actionis formulam proponere, etiam poſt ſublatas formularum & actionum ſolennitates, ne perperam egiſſe videatur, ſi pragmaticis credimus, qui putant creditori hypothecario, ſi de iure pignoris agere malit, quàm de poſſeſſione, nihil prodeſſe clauſulam conſtituti, vt retulimus *Decade ſuperiore cap.* 4. Quæ cum ita ſint negari non poteſt quin creditorum anteriorum interſit ne quicquam inauditis iis decernatur in fauorem poſterioris, qui ex clauſula conſtituti adſerat ſibi communis pignoris poſſeſſionem. Imò intereſt etiam poſteriorum propter ſumptus quos ab anteriore creditore fieri neceſſe eſt pro poſſeſſione pignoris conſequenda. Emolumentum. n. illud quod Principi penditur pro iudicato, non minùs debetur ob auocatam ex conſtituto poſſeſſionem quàm ſi de iure crediti & hypothecæ actum eſſet: quoniam adiudicatio illa poſſeſſionis includit adiudicationem quandam crediti tanquam in neceſſarium antecedens cùm clauſula conſtituti ſit acceſſoria ad obligationem principalem, nec ius vllum habeat creditor auocandæ poſſeſſionis pignoris, niſi quatenus & creditor, & hypothecarius eſt. Sumptus autem illos quicunque à creditore prorogati ſunt, ei reſtitui, atque ex hereditate indemnitatem præſtari iuſtiſſimum certè eſt, ne quam crediti iacturam & diminutionem patiatur. Ita fit vt hereditas ipſa diminuatur, fiátque deterior cauſſa creditorum poſteriorum ſi hereditas iam alioqui ſuſpecta ſoluendo non ſit. Atqui bonus iudex id agere quantum poteſt debet, vt creditoribus omnibus etiam chirographariis, adeóque legatariis & fideicommiſſariis ſatisfiat nec inanibus aut non neceſſariis ſumptibus hereditas oneretur. Non ergo facilè debet in eam deſcendere ſententiam, vt creditorem qui ex conſtituto poſſeſſionem auocat, audiendum putet, niſi auditis etiam cæteris, quorum videat intereſſe. Quare nec diſtinctio † illa placere poteſt, quam à non-
5 nullis inductam ſcio, An heres mala mente negligentiùs verſetur in proſequenda diſcuſſionis bonorum inſtantia, nécne: vt priore caſu in pœnam negligentiæ poſſeſſio corporalis ei auferatur: poſteriore non item. Poſſet. n. ea diſtinctio rationem aliquam habere, ſi heredis dumtaxat, non etiam creditorum intereſſet. Sed cum interſit creditorum, vt oſtendimus, non eſt permittendum vt iis noceat negligentia dolúſue heredis: potiúſque arctari debet creditor, vt alios creditores in ius vocari & aſciri curet, ne ſibi longior mora fiat, & quidem propriis ſumptibus, poſtmodum ab hereditate repetiturus, ſi comperiatur iuſtam agendi cauſſam. i. poſſeſſionem ex conſtituto anteriore quæſitam habuiſſe. Nec eſt quod quis dicat, ſatiſdationis remedio ſatis conſultum iri, & heredis & creditorum omnium indemnitati. Non. n. ſatiſdatio hæc in eam rem præſtatur, vt ſi quid ex hereditate per huiuſmodi actionem imminutum ſit, id à creditore ſarciatur, ſed tantum vt ſi vel nihil vel minus ei debitum eſſe poſteà conſtiterit, nec rem illam exhibeat cuius auocat poſſeſſionem, præſtetur quanti intereſt heredis & creditorum auocatam non eſſe poſſeſſionem. Itaque ſi verus & legitimus creditor reperiatur, nulla præſtitæ ſatiſdationis vtilitas eſt, nec ſi alij ſint anteriores creditores æquè per conſtitutum facti poſſeſſores, dum res ipſa cuius poſſeſſio fuerat auocata cum fructibus inde perceptis reſtituatur. Nec eo minùs tamen diminuitur hereditas per ſumptus à creditoribus factos ad auocandam ex ordine nunc ab hoc per illum, nunc ab illo per alium poſſeſſionem. Niſi forte quis inducendum putet, vt huiuſmodi ſumptuum repetitio nulla ſit, damnóque potiùs cedant eorum qui malè & ſine cauſſa litigarunt. Sed tamen non poteſt id ex iuris ratione defendi, cum tanto magis imputandum ſit defuncto debitori, quanto plures ſunt creditores quorum nomine conſtituit ille ſe poſſidere eam rem, cuius non niſi vnum potuit facere
poſſeſſorem. Nam & in ſtellionatum † incidit 6
hoc ipſo quod rem iam vni obligatam alteri obligauit, nec præmonuit alteri eſſe obligatam *l. & quæ nondum 15. §. qui res ſuas D. de pign. l. 3. D. de crim. ſtellionat.* Pla-
ne ſi creditor † qui agit ante alios eam offerat condi- 7
tionem vt nequid præiudicij ex ea actione cæteris creditoribus & legatariis aut fideicommiſſariis inferatur, nec eorum periculo hereditas diminuatur, in eamque cauſſam ſatiſdare paratus ſit, vix eſt vt audiendus ſit heres iam negligens & morator, ſi quò longiorem creditori moram iniiciat, alios creditores vocari petat vt ipſis auditis de crediti & conſtituti iure cognoſcatur. Sufficit. n. vt indemnes ſeruentur ij quibus nihil imputari poteſt, parúmque curandum eſt quid damni poſſit emergere ei cuius culpa aliqua dolúſue interceſſit, quia nec damnum vllum ſentire videtur, vt eſt in iuris regula. Loquor de herede qui iam ſit in mora & culpa, quoniam alioqui non minor heredis quàm creditorum ratio habenda eſt, ne quid ex hereditate diminuatur. Cùm quicquid ex bonis hereditariis ſupererit poſt dimiſſos creditores legatarios & fideicommiſſarios omnes, id ille totùm habiturus ſit, ſuo iure; niſi hoc ipſum fortaſſe velis ei imputare, quod inuentarij beneficium agnouit: quod tamen non niſi abſurde facere poſſis. Non. n. dolo facit qui iure communi vtitur, extra quam ſi ponas tam euidenter locupletem eſſe hereditatem vt inuentarij cõficiendi probabilem cauſſam aliam nullam habere heres potuerit, niſi vt in creditorum & legatariorum necem beneficio legis abuteretur. Alioqui ſane intereſt heredis, nec minùs cùm de pignoris poſſeſſione agitur quàm ſi de iure ipſo crediti & hypothecariæ actionis tractaretur: quia licèt poſſeſſio per conſtituti clauſulam à viuo debitore tranſlata, non ſit hereditaria, tamen res ipſa hereditaria eſt cuius poſſeſſio auocatur, tantumdémque incommodi accedit heredi, quantum ſi nullâ poſſeſſione tranſlatâ, res ipſa per hypothecariam euinceretur: Quo caſu minùs dubito quin verum ſit quod primo ſuperioris decadis capite probaui, non niſi auditis creditoribus legatariis, & fideicõmiſſariis omnibus adiudicationẽ vllã faciẽdam eſſe, vel ob hoc ipſum ne lite pẽdẽte laceretur hereditas multiplicatis adiudicationibus, & quod eſt cõſequens, diſtractionibus rerũ hereditariarũ. Neq; enim eorũ ſententiã probamus, qui creditori propriã ex cõſtituti

clauſula poſſeſſionem auocanti hactenus indulgent, vt retinendæ poſſeſſionis duntaxat, non etiam diſtrahendæ rei habeat facultatem. Contra quos diſputabimus infra. capit. 3.

ERROR II.

De eo qui ad propriam poſſeſſionem tuendam implorat beneficium legis vlt. C. de acquir. poſſ. *etiam contra heredem debitoris.*

SVMMARIA.

1 *Etiam aduerſus heredem debitoris eiuſdemque conſtitutoris volunt pragmatici implorandum eſſe beneficium l. vlt. C. de acq. poſſ. ab eo qui propriam poſſeſſionem tueri vult.*
2 *Dicta ſententia refutatio.*
3 *Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio.*
4 *Facto potiùs quàm fato cuſtodis amitti poſſeſſionem cur exiſtimarint Sabiniani.*
5 *Exponitur l. ſi de eo §. 1. D de acq. hered.*
6 *Per aditionem hereditatis non amittitur poſſeſſio quæſita per conſtitutum.*
7 *Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem.*

1 VSQVE adeò inualuit † apud nos error pragmaticorum exiſtimantium non ſufficere creditori propriam poſſeſſionem auocanti à detentore quòd per clauſulam conſtituti aut qua alia ratione poſſeſſionem nactus ſit, niſi etiam imploret auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis *in l. vlt. C. de acq. poſſ.* Vt idem quoque admittendum putent etiamſi de poſſeſſione agatur aduerſus heredem
2 debitoris eiuſdémque conſtitutoris. Quæ ſententia † pugnat euidenter cum iuris ratione. Etſi enim diſſenſio
3 † vetus fuit inter Proculianos & Sabinianos in quæſtione illa, Vtrum poſſeſſio noſtra amittatur facto eius per quem poſſidebamus ſi is poſſeſſionem dereliquerit vel prodiderit animo deſinendi poſſidere, Sabinianis exiſtimantibus poſſeſſionem amitti etiam priùs quàm ab alio eſſet occupata, Proculianis verò contrà negantibus niſi poſſeſſionem alius occupaſſet. *l. cùm quis 31. D. de dolo. l. ſi de eo. 40. §. 1. ff. de acq. poſſ.* quorum ſententiam Iuſtinianus præualere voluit *in d. l. vlt. C. eo.* Tamen decedente eo qui cuſtos erat noſtræ poſſeſſionis nec Sabiniani ipſi negarunt manere nos poſſeſſores in id vſque tempus quo poſſeſſionem noſtram adipiſci negligeremus, vt Africanus fatetur in *d. l. ſi de eo. §. 1.* quia non ſicut derelinquentis aut prodentis poſſeſſionem, ita morientis coloni aut procuratoris voluntas eſt vt poſſeſſionem amittamus licèt re vera deſinat poſſidere. Vi-
4 ſúmque eſt probabilius Sabinianis † vt facto quam vt fato cuſtodis poſſeſſio amittatur. An quod ea poſſeſſionis noſtræ cuſtodia quam colonus aut procurator habuit in heredem eius continuetur? Minimè. Nam neque in heredem veri poſſeſſoris tranſit poſſeſſio rerum hereditariarum, licèt omnia defuncti iura in heredem tranſeant *l. cum heredes 13. eo. de quo dicemus infr. cap. 4.* Multò minùs autem dicendum ſit alienæ poſſeſſionis cuſtodiam ei creditam, cuius fides & induſtria electa fuit, tranſire in heredem, cui nihil creditum poſſeſſor velit: ſed poſſeſſionem quamdiu ab alio occupata non eſt, retineri dicimus etiam poſt mortem eius per quem poſſidebamus, quia neque noſtrum, neque ipſius factum vllum interceſſit per quod amitti poſſeſſio potuerit. Sicut, n. poſſeſſio ſine animo & corpore non acquiritur, ita nec niſi vtroque concurrente amittitur, *l. quemadmodum. 8. eo.* Nec quod is per quem poſſidebamus moriendo deſinit re vera poſſidere, poteſt facere vt noſtra quoque poſſeſſio interpelletur, quia non tam poſſidebat ille, quàm in poſſeſſione erat noſtro nomine: poſſidendi autem animus etiam poſt eius mortem in nobis ſupereſt, iſque efficax ad retinendam poſſeſſionem quamdiu alius nemo eſt qui poſſeſſionis controuerſiam facere nobis velit, id eſt, quamdiu ab alio non eſt occupata. Propter quam cauſſam ſic Africanus loquitur in *d. l. ſi de eo. §. 1.* vt cum poſſeſſionem interpellari neget, eam tamen à domino adipiſcendam non retinendam dicat. Ita namque ſcribit *non ſtatim dicendum ea interpellari, ſed tunc demum cùm dominus poſſeſſionem adipiſci neglexerit.* Nimirum quia licèt verum ſit non deſiiſſe nos poſſidere, verum tamen eſt corporalem illam poſſeſſionem quæ cuſtodi commiſſa fuerat, iacére poſt eius mortem, & in eo eſſe vt occupari à quocumque poſſit, & conſequenter etiam à nobis ipſis qui ſi eam adprehendere negligamus, tum demum verò poſſidere deſinimus. Poſſeſſio n. quæ ſolo animo retinetur ſicuti quamdiu durat prodeſt ad adipiſcendam aut recuperandam corporalem, ita per negligentiam amittitur ſi poſſeſſor ex quo ſciuit amiſſam corporalem eiúſque adprehendendæ poteſtatem ſibi ſaluam eſſe, adprehendere illam neglexit: quod modici temporis interuallum licèt intellectu magis percipi quàm verbis exprimi poſſit, vt in *l. quo enim 12. §. Iulianus ait. D. rat. rem. habe.* tamen ab interpretibus noſtris triduo concluditur. Notandúſque eſt ille Africani locus contra eos qui negant interdicta retinendæ & adipiſcendæ aut recuperandæ poſſeſſionis concurrere poſſe. Tam. n. id facile eſt quàm vt is cuius poſſeſſio interpellata non eſt, nihilominus poſſeſſionem adipiſci & poſſit & debeat: Relatione. ſ. facta ad diuerſas ſpecies poſſeſſionis. Quò etiam pertinet quod dici ſolet poſſeſſionem adeptum eum non videri qui ita nactus eſt vt eam retinere non poſſit. *l. non videtur 22. D. eo. ti. de acq. poſſ.* Itaque cum Iuſtiniani conſtitutio in *d. l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.* eò pertineat vt poſſeſſio non intercidat, quæ alioqui ex Sabinianorum ſententia, meo quidem iudicio veriore amitteretur, non eſt quod eius poteſtatem inducamus illo etiam caſu quo certum ſit, & extra controuerſiam, non amitti poſſeſſionem. Dices † fortaſſe 6
ſententiam illam conſentientem quam referimus Sabinianorum & Proculianorum quæ negat amitti poſſeſſionem morte eius per quem retinebatur, ita demum veram eſſe ſi poſſeſſio illa maneat in hereditate & quandiu maneat in hereditate, non etiamſi ab alio ſit occupata, quemadmodum Africanus ſupradicto loco tractat. Adita igitur hereditate ſicut deſinit hereditas eſſe, ſitque patrimonium heredis: Ita poſſeſſionem amitti quaſi ab herede ipſo vt ab alio quolibet occupatam. Sed non ita eſt. Nam quemadmodum hereditas, ſic heres defuncti perſonam repræſentat, multóque aptiùs quàm hereditas quod ad poſſeſſionem pertinet, quia cum poſſeſſio facti ſit, hereditas quæ nihil niſi nomen iuris eſt, poſſidere ipſa non poteſt. Indéque euenit vt quamuis noua poſſeſſio ſit quam heres habet, quia tamen habet eam occaſionem ſi non iure hereditario, defuncto potiùs quàm extraneo poſſeſſori comparari debeat, ob idque non magis mutare ſibi poſſit cauſſam poſſeſſionis, aut, vt meliùs dicam, interuertere domini poſſeſſionem, quàm defunctus ipſe potuiſſet. Alioqui dicendum eſſet, poſſeſſionem quæ per conſtitutum tranſlata eſſet amiſſam iri ſtatim atque conſtituentis hereditas adita, rerúmque hereditariarum poſſeſſio per heredem occupata eſſet, quemadmodum & ſi per alium quemlibet occupata fuiſſet. Nam vt ſuperiore Decade diſputauimus non pertinet Iuſtiniani conſtitutio ad hunc caſum quo poſſeſſio, quæ per alium retinebatur alio occupata ſit. Et tamen certi receptíque iuris eſt, conſtitutum † per quod tranſlata poſſeſſio eſt, non 7
modò non finiri morte conſtituentis, ſed etiam tranſire in heredē, vt is non tam ſuo quam priſtini poſſeſſoris & conſtitutarij nomine poſſidere videatur, vt idē in herede

quod

quod in defuncto ſeruetur, vt in *l. cùm miles 30. D. quib. cauſſ. maior.* Poſſeſſio enim ſemel per conſtitutum quæſita, non iam animo conſtituentis retinetur, ſed animo eius in cuius commodum fuit conſtitutum, corpore tamen illius qui conſtituit, & conſequenter eadem poſſeſſionis retinendæ cauſſa ſubeſt mortuo etiam conſtitutore, non ſecus acſi per corporalem traditionem poſſeſſio fuiſſet tranſlata.

ERROR III.

Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit.

SVMMARIA.

1 *An creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia, poſſit pignus vendere.*
2 *Ratio pro negatiua pragmaticorum ſententia.*
3 *Diſputatio autoris contra pragmaticorum ſententiam.*
4 *Inutile eſt pignus quod diſtrahi non poteſt.*
5 *Sibi debet imputare heres ſi ad impediendam diſtractionem pignoris cuius poſſeſſionem nactus eſt creditor, huic non offerat.*
6 *Quum pignus venditur à creditore qui eius poſſeſſionem nactus eſt, aliorum creditorum nihil intereſſe.*
7 *Satiſdatio præſtita à creditore pignoris diſtractionem vrgente prodeſſe poteſt omnibus creditoribus.*
8 *Præſtita ſatisdatione debet licere creditori pignus vendere etiam pendente diſcuſſionis inſtantia.*

QVoniam caſus quidam ſunt, in quibus per-
mittendum eſt hypothecario creditori qui
per clauſulam conſtituti poſſeſſionem na-
ctus fuit vt eam auocet ab herede etiam pen-
dente inſtantia generalis, vt vocant diſcuſſionis, docui-
mus ſuprà errore primo, operæ precium eſt videre an iis
1 caſibus debeat licere creditori † pignus vendere ſi debi-
tum conſequi malit, quàm pignus retinere. Solet enim
de eo interdum diſputari magnis contentionibus quaſi
2 difficiliùs id creditori permittendum ſit, quàm † vt pi-
gnoris poſſeſſionem nanciſcatur, propterea quòd pi-
gnoris diſtractio maioris ſit momenti, ſpectétque ad
cauſſam non poſſeſſionis, ſed proprietatis, ſiquidem per
diſtractionem pignoris proprietas alienatur, adeóque
irreuocabiliter, ita vt rectè ſollenniterque facta diſtractio
non ob id ſolùm reuocari poſſit quòd appareat nihil de-
bitum fuiſſe, niſi alij poſtmodum appareant creditores
quibus etiam ſatisfieri oporteat (quo caſu iteratam pi-
gnoris venditionem permittendam eſſe diximus *Decad. 1. Error, 6.*) Qui enim autore iudice comparauit, etiam
in executione prouiſionalis & fiduciariæ adiudicatio-
nis ſemper ſecurus eſt, tametſi poſteà prouiſionalis illa
adiudicatio per diffinitiuam reuocetur; ne alioqui nemo
reperiatur qui ad emptionem accedere, incertumque li-
tis euentum potiùs quàm rem certam emere velit. Ob
eámque nimirum cauſſam ſolent & debent victores qui
vrgent ſolutionem, ſatiſdare de indemnitate præſtanda
in eum caſum quo ex poſtfacto conſtet venditionem
fieri non debuiſſe: vt reuocata interlocutione quæ ius
diſtrahendi dedit fideiuſſor iudicati non emptor, ab ijs
quorum intererit conueniatur: itaque cùm per huiuſ-
modi venditiones hereditas diminuatur, non putant
pragmatici permittendum creditori qui pendente lite
poſſeſſionem nactus eſt, licèt præſtita ſatiſdatione, vt pi-
gnoris diſtractionem vrgeat, propterea quòd in tempus
diffinitiuæ ſententiæ quæ de creditorum omnium & le-
gatariorum ac fideicommiſſariorum iure reddenda eſt,
conferri ea res ſoleat, vt bona omnia hereditaria diſtrahi
iubeantur: ex quorum precio ſingulis & omnibus ex
3 ordine ſatisfiat. Ego verò non poſſum † intelligere cur
creditori deneganda ſit facultas diſtrahendi pignoris cu-
ius habet poſſeſſionem. Nam & dici ſolet, & verum eſt
inutile † pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt: adeò vt 4
etiamſi non conuenerit vt creditori pignus diſtrahere
liceat, ea tamen conuentio pro expreſſa habeatur. *l. 4. D. de pignor. action. l. quæ ſpecialiter 9. l. ſi in hoc 14. Cod. de diſtract. pignor.* ſibi namque † imputare debet heres cur 5
ad impediendam diſtractionem non offerat credito-
ri, ſiue ex anterioribus creditoribus ille ſit, ſiue ex
poſterioribus, cùm ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltim. Cod. de iur. deliber.* liberum ſit heredi qui in-
uentarij beneficium agnouit vt ſoluat cui volet ex
creditoribus etiam poſterioribus, ſalua anterioribus ad-
uerſus eum qui ſolutionem accepit condictione. Nam
quod beneficium legis & inuentarij imploratum eſt, non
debet meliorem facere conditionem heredis, aut dete-
riorem creditoris hypothecarij cauſſam, quatenus vires
hereditariæ patiuntur, ſed hactenus duntaxat ne heres
ſupra hereditatis facultates teneatur. Quod verò † ad 6
alios creditores attinet, nihil etiam illorum intereſt, quia
ſiue anteriores ſunt, ſaluam habent repetitionem aduer-
ſus eum qui ſolutionem accepit, *d. l. vlt.* ſiue poſteriores
ſunt, ius habent imperandi vt iterum pignus diſtraha-
tur, ſi non à creditore ipſo facta diſtractio ſit, ſed nomi-
ne debitoris, mandante iudice & poſtulante creditore:
ſecundum eam diſtinctionem quam nos tradidimus
Error. 6. decad. 1. Quod ſi creditor vendiderit iure credi-
toris, conſtat quidem poſterioribus creditoribus neque
hypothecariã aduerſus epmtoré neque actionem vllam
contra eum qui vendidit ſupereſſe, ſed æqui bonique
conſulere id debent, quia & idem contingeret ſi aut de-
bitor ipſe viueret, aut eius hereditas citra inuentarij be-
neficium adita eſſet. Cur enim ex beneficio illo per he-
redem agnito mutetur ius creditorum inter ſe non cum
herede ipſo contendentium? Taceo quòd cùm ſatiſda-
tum † eſt de indemnitate non tam heredi quàm heredi- 7
tati ipſi præſtanda, poteſt ea ſatiſdatio prodeſſe credito-
ribus omnibus, vt æquè commodè ſuum conſequi poſ-
ſint, acſi nullum pignus diſtractum eſſet, ſiue creditori
huic aut nihil aut minùs debitum fuiſſe appareat, ſiue
pignus viliore precio diſtractum probetur non vocatis
cæteris, qui ſi vocati fuiſſent, aut pluris licitari, aut aliũ
emptorem pluris licitaturum ſubijcere potuiſſent. Alio-
qui ſi programmate admoniti & præſentes fuerunt, nec
ius ſuum executi, aut ſaltem proteſtati ſunt, videri poſ-
ſunt ius pignoris ſui remiſiſſe *l. ſi eo tempore 6. l. ſi hypothecas. 8. C. de remiſſ. pignor.* Proinde nihil cauſſæ eſt cur
præſtita † præſertim ſatiſdatione non debeat licere cre- 8
ditori qui in pignoris poſſeſſione eſt, pignus vendere,
aut pignoris venditionem poſtulare, licèt inchoata nec-
dum finita ſit diſcuſſionis inſtantia: nam & nullo con-
tracto pignore ſi miſſio in poſſeſſionem ex dicto præto-
ris impetrata eſſet, venditio quoque permitteretur, quia
nec alij in poſſeſſionem mittuntur ex edicto, quam qui
pignus ea ratione conſtitutum poſſunt vendere *l. pen. §. vlt. D. quib. ex. cauſſ. in poſſeſſ. eat.*

ERROR IV.

De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione quæ à defuncto in heredem continuatur.

SVMMARIA.

1 *An Iuris rationi conueniat conſuetudo qua rerum hereditariarum poſſeſſio à defuncto in heredem continuatur.*
2 *Ex ſententia pragmaticorum ſuus heres ipſo iure poſſeſſor ſit, extraneus verò per aditionem.*
3 *Nulla iuris ratione poſſeſſionem à defuncto in heredem transferri ſine huius facto, contra pragmat. & n. 9.*

4 *Ius ſui heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeſſionis.*
5 *Quod in ſuis heredibus facit ius ſui heredis, idem extraneis facit poteſtas aditionis.*
6 *Poteſtas aditionis non facit vt poſſeſſio quæ penes defunctum fuit, ad heredem prius pertineat quàm corporaliter adprehenſa ſit.*
7 *Effectus poſſeſſionis perinde tranſeunt in heredem, acſi poſſeſſio in eum ipſo iure continuata eſſet. explicatio l.cùm niles. 30. D.ex quib.cauſ.maior.*

1 DVbitant † pragmatici an iuris rationi con-
ueniat ea conſuetudo, quæ ex Gallorum
moribus ad nos traducta, & ferè vbique
gentium recepta eſt, vt paterfamilias mo-
riens heredem ſiue inſtitutum ſiue legitimum faciat poſ-
ſeſſorē, quod Galli dicūt *Le mort ſaiſit le vif.* Diſtinguūt
2 † autē ſuum heredē ab extraneo, vt ſuus heres ſtatim &
ipſo iure ſicut heres, ita & poſſeſſor fiat ex *l.in ſuis. 11. D.
de liber. & poſth.* iunct. *l.cùm miles 30. D.ex quib.cauſſ.ma-
ior.* extraneus verò nō aliter quàm ſi & hereditatē adierit,
& eâ aditâ poſſeſſionē naturaliter adprehēderit *l.cum he-
red. 23. D.de acquir.poſſeſſ.* Quæ diſtinctio nullā † certe
3 rationem habet. Nam cùm poſſeſſio ſit facti potiùs quàm
iuris, hereditatis autem acquiſitio tota ſit ex iure & ex
legis poteſtate, prorſus conſequens eſt vt nulla iuris
conſtitutione poſſeſſio à defuncto in heredem transferri
poſſit: *l.denique 19. D.ex quib.cauſſ.maior.* eſtque omnino
neceſſarium interuenire factum heredis ad poſſeſſionem
acquirendam: quæ nunquam niſi animo & corpore ac-
quiritur. Nec ſuorum heredum hac parte priuilegium
4 vllum eſſe poteſt magis quàm extraneorum, quia ius †
& nomen ſui heredis inducit continuationem dominij
duntaxat, non etiam poſſeſſionis, nimirum, vt nulla vi-
deatur hereditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent qui
etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur, vt
Paulus loquitur *d.l.in ſuis.* Cæterùm quemadmodū ne-
mo dixerit filium eſſe poſſeſſorem rerum paternarum
viuo patre, ita nec illud admitti poteſt, vt poſſeſſio quæ
penes patrem fuit, in ſuum heredem poſt patris mortem
continuetur. Eáque Iauoleni ſententia eſt in *d.l. cùm he-
redes.* Etſi enim de extraneo herede loquitur cùm tra-
ctet de adita hereditate (ſuus namque non dicitur adire,
ſed ſe immiſcere cùm ſit ipſo iure heres) abſurdum ta-
men fuerit exiſtimare plus iuris habere ſuum heredem
in bonis patris citra aditionem aut immixtionem, quàm
5 habeat extraneus poſt aditionem. Nam quod in ſuis †
heredibus facit ius ſui heredis, id in extraneis facit po-
teſtas aditionis: hoc ſcilicet, vt omnia omnino defuncti
iura tranſeant ad heredem, cùm hereditas nihil aliud ſit
quàm ſucceſſio in vniuerſū ius quod defunctus habuit.
6 Sed non idcirco fit, vt poſſeſſio † quæ penes defunctum
fuit, ad heredem priùs pertineat quàm naturaliter, id eſt
corporaliter, & vt loquūtur, de facto adprehenſa ſit, quia
non in iure, ſed in facto verſatur: Quamuis, quod ma-
7 gis mirum eſt, effectus † poſſeſſionis quia ex iure ſunt,
perinde ad heredem etiam extraneum tranſeant, atque ſi
poſſeſſio in eum ipſo iure tranſlata & continuata eſſet:
vt cernere eſt in vſucapione, quæ licèt non poſſit eſſe
ſine poſſeſſione, *l.ſine poſſeſſione 25. D.de vſucap.* tamen
impletur aliquando etiam priùs quàm adita ſit heredi-
8 tas, quomodo ſcriptum eſt in *d.l. cùm miles*, vbi † quod
ait Iuriſconſultus, defuncti poſſeſſionem quaſi iunctam
tranſire in heredem, male pragmatici ſic accipiunt, vt
defuncti poſſeſſio re vera, id eſt, eadem ipſa quam de-
functus habuit, in heredem continuetur, ſed ſic potiùs
intelligi debet vt iungatur poſſeſſio defuncti, cum
poſſeſſione heredis, ad hoc vt vſucapio à defuncto
cœpta per heredem impleri poſſit. Idque verbum ip-
ſum coniungendi demonſtrat, quia ſi non alia eſſet
poſſeſſio heredis quàm quæ defuncti fuit, coniun-
ctio nulla fieri poſſet, cui ſcilicet locus nullus eſſe po-
teſt niſi inter ſeparata: ſicuti nec dicimus dominium
quod defunctus habuit coniungi cum dominio heredis,
quia nimirum vnum idémque numero dominium eſt.
Sed illud multò abſurdius eſt, quòd iidem pragmatici
textum illum de ſuo herede interpretantur, cùm apertiſ-
ſimè pertineat ad extraneum heredem, vt ex eo conſtat
quod tractat de adita hereditate, ſicut & *d.l.cùm heredes.*
Adiri enim, vt diximus, non poteſt hereditas ſi qua eſt
eius qui ſuum heredem habet. Ex quo illud etiam mani-
feſtum relinquitur non aliam eius loci ſententiam eſſe
poſſe quàm quæ nunc primùm à nobis allata eſt. Quan-
doquidem nec pragmatici diffitentur, poſſeſſionem
quæ penes defunctum fuit in heredem extraneum ipſo
iure ſic tranſire non poſſe vt continuata magis quàm
iuncta videatur. Abhorret † ergo ius hoc noſtrum con- 9
ſuetudinarium à iuris ſcripti ratione non minùs quod
ad ſuos, quàm quod ad extraneos heredes pertinet.

ERROR V.

De hereditariarum rerum poſſeſſione, ex qua hereditatis aditio inducitur.

SVMMARIA:

1 *Error pragmaticorum ex ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione inducentium hereditatis aditionem & tranſmiſſionem.*
2 *Ratio pragmaticorum & eius refutatio.*
3 *Conſuetudo de qua ſuperiori capite non facit heredes, ſed eos qui ſunt heredes facit poſſeſſores.*
4 *Eodem temporis momento quo hereditas in heredem tranfertur, ipſa quoque poſſeſſio conſuetudinis poteſtate hereditati acquiritur.*
5 *In extraneis præcedere debet aditio, vt vi conſuetudinis heres poſſeſſor fiat.*
6 *Sicut extraneus hereditatem non aditam non tranſmittit, ita neque poſſeſſionem.*
7 *Poſſeſſio corporalis vt differat à conſuetudinaria.*
8 *Sui heredes ipſo iure ſtatim ſunt heredes, ipſa verò conſuetudine poſſeſſores.*
9 *Poſſeſſionem conſuetudinariam non rectè dici tranſire in heredes ipſo facto.*
10 *Ipſo iure quæ fieri dicantur: quæ item ipſo facto.*
11 *Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt.*

NOn leuior hic multorum pragmaticorum
error † eſt, quòd exiſtimant ſtatutariam il- 1
lam & conſuetudinariam poſſeſſionem,
quæ à defuncto in heredem ſine vlla in-
terruptione continuata eſſe intelligitur, inducere adi-
tionem hereditatis, ſi repudiatio in contrarium nulla
ſit, adeò vt ſi non declarata voluntate heres ſiue teſta-
mentarius ſiue legitimus deceſſerit, non dubitent quin
ad ipſius heredem hereditas quaſi adita tranſmittatur.
Nam, inquiunt, † quomodo fieri poteſt, vt heres non 2
ſit is qui res hereditarias poſſidet tanquam heres, qui-
que eas poſſidendi alio quàm hereditario iure nullum
ius habeat? Quæ tamen ratiocinatio, ſi recta eſt, fateri
eos oportet, conſuetudinis huius, de qua tractamus,
tantam vim eſſe, vt heredes omnes ſiue teſtamentarios,
ſiue legitimos quantumuis extraneos faciat neceſſa-
rios. Quo abſurdius dici nihil poteſt. Tantum enim
abeſt vt conſuetudo † hæc faciat neceſſarios, vt ne qui- 3
dem faciat heredes. Quid ergo? Eos qui aut neceſſa-
rij, aut voluntarij ſunt hered. facit poſſeſſ. Prius ergo
eſt vt ſint heredes, quia conſuetudo non transfert
poſſeſſionem niſi in heredes. Transfert quidem in
eos qui aut inſtituti ſunt, aut proximiores ad ſucce-
dendum ab inteſtato, ſed non quatenus vel inſtituti vel

proximio

proximiores ſunt, at quatenus heredes ſiue ſcripti
ſiue legitimi. Neque eſt quod quis pro pragmaticis
objiciat ſecundum hanc ſententiam fore vt poſſeſſio ci-
tiùs quàm hereditas in heredem transferatur, cùm here-
ditas non niſi ex quo adita eſt, poſſeſſio autem ſtatim
ab inſtanti mortis quæſita intelligatur. Nam imò verò
4 vtrunque † fit eodem temporis momento, quia heredi-
tas quandocunque adita, retrofingitur à die mortis adita
fuiſſe, nec vllo vel minimo inſtanti iacuiſſe, ne quic-
quam ſit quod impediat quominus bonorum quæ de-
functus reliquit dominium per legem heredi rectà ac-
quiratur, vt pluribus explicauimus *lib.* 14. *Coniect. cap.
vlt.* Illo autem ipſo inſtanti quo hereditas ex lege de-
fertur & ex poſtfacto acquiſita intelligitur, poſſeſſio
quoque conſuetudinis poteſtate heredi acquiritur, vt
non priùs heres videri poſſit factus dominus quàm
poſſeſſor rerum hereditariarum. Sed quemadmodum
prius eſt vt hereditatem adeat ſi extraneus ſit, quam vt
dominium rerum hereditariarum nanciſcatur, ita præce-
5 dere † aditionem neceſſe eſt, vt vi conſuetudinis poſ-
6 ſeſſor factus videatur. Proinde ſi neque † adita, neque
repudiata hereditate deceſſerit, ſicuti hereditatem non
aditam non tranſmittit iuxta veteris & noui iuris regu-
las: Itaque neque poſſeſſionem quam numquam ha-
buit, tranſmittere poteſt. Longéque diſtat poſſeſſio
7 † iſta conſuetudinaria ab ea quam heres naturaliter &
corporaliter nanciſcitur, cùm vult gerere pro herede.
Illa enim facit heredem eum qui heres non erat, quo-
niam hoc ipſo quod attingit, vel minimum quid here-
ditarium gerit ſe pro herede ſi aliam attingendi cau-
ſam nullam habuit, & conſequenter fit heres non mi-
nùs quàm adeundo poſt ſublatas Theodoſij conſtitutio-
ne cretionum ſolennitates *l. gerit* 88. *l. pro herede* 20. *D.
de acq. here.* iunct. *l. cretionum* 17. *C. de iur. delib.* At
poſſeſſio conſuetudinaria non acquiritur animo aut
facto vllo heredis, ſed ſola conſuetudinis poteſtate.
Itaque non poteſt inducere aditionem aut geritionem
pro herede quæ & facti eſt & animi. Conſequenter
cùm eos ſolos qui heredes ſunt, conſuetudo faciat poſ-
ſeſſores, neceſſe eſt ad inducendam conſuetudinis po-
teſtatem, vt actus aliquis præcedat ex quo declaretur
voluntas adeundæ, imò verò aditæ hereditatis. In ſuis
& neceſſariis heredibus nihil tale tractari poteſt, quia
8 ſicut † ipſo iure heredes ſunt ſtatim ac citra aditionem,
ita & ipſa conſuetudine poſſeſſores. Sic enim loqui ma-
lo quàm quomodo pragmatici ſolent, qui hanc poſſeſ-
ſionem *ipſo facto* in heredem tranſire dicunt. Nam
9 † quemadmodū nemo rectè dixerit huiuſmodi poſſeſſio-
nis continuationem fieri ipſo iure, quia poſſeſſio facti
non iuris eſt, ita nec fieri *ipſo facto* cùm citra factum
vllum heredis acquiratur, non eo ſolùm caſu quo he-
reditas ſine facto vllo acquiritur, vt in ſuis & neceſſariis
heredibus, ſed illo etiam quo aditione opus eſt, vt in
extraneis. Aditio enim ad hereditatem duntaxat acqui-
rendam prodeſt, hereditatis autem acquiſitio quæ iuris
non facti eſt, locum facit conſuetudini quæ poſſeſſio-
nem dat heredi. Ipſo † iure fieri dicuntur quæ fiunt iu-
ris autoritate, & ex iure tantùm, non etiam ex hominis
10 facto pendent. Ipſo † autem facto ea quæ vt fiant nihil
aliud exigunt: niſi vt factum interuenerit, vt cùm dici-
mus incurrere quem facto ipſo pœnam excommunica-
tionis, aut confiſcationis. Neutrum autem fit cùm de-
functi poſſeſſio in heredem continuatur. Quamquam
longè probabilius eſſet dicere continuationem illam
fieri ipſo iure quàm ipſo facto. Nam & conſuetudo
11 † ius eſt, ſcilicet non ſcriptum, etiam cùm ſcripta eſt,
quia nunquam ex ſcriptura, ſed ſemper ex eo, quòd
moribus longóque vſu receptum eſt, æſtimatur.

ERROR VI.

De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum de clauſula quâ volunt effici, vt impediatur exceptio non factæ excuſſionis.*

2 *Ex conuentione creditoris cum debitore non poteſt fieri vt exceptio non factæ exceptioni, creditori obyci nequeat.*

3 *Dicta exceptio ex beneficio ſolius legis competit non ex facto aut perſona debitoris.*

4 *Beneficium legis alij à me eripi nequit.*

5 *Cur valeat conuentio ne fideiuſſor exceptionem ordinis obycere poßit non item ea ne tertius poſſeſſor exceptione diſcuſsionis iuuetur.*

6 *Quomodo intelligendum illud vulgatum poſſe quemlibet rei ſuæ, quam vult Legem dicere.*

7 *Quid operentur verba in clauſula de pignore apponi ſolita*, ad habendum, tenendum, poſſidendum.

8 *Clauſula conſtituti creditorem facit quidem poſſeſſorem, non tamen impedit exceptionem ordinis contra pragmaticos.*

VEterum pragmaticorū error † fuit, etiamnum 1
à pleriſque ex recentioribus, laudatus, ad im-
pediendam exceptionem non factæ excuſſio-
nis quæ ex noua Iuſtiniani lege datur tertiis
poſſeſſoribus aduerſus creditores hypothecariam exer-
centes, poſſe creditorem ſibi conſulere hoc remedio, ſi
expreſſim conueniat cum debitore bona ſua obligante
vt eiuſmodi ordinis exceptioni locus eſſe numquam
poſſit, nec bonorum debitoris ad quaſcumque manus
peruenerint excuſſionem facere creditor compellatur.
Quaſi permittendum † ſit debitori cum creditore con- 2
trahenti quam velit rei ſuæ legem dicere, rémque ipſam
pro arbitrio afficere & obligare priuſquam in alienas
manus peruenerit. In quo ſanè falluntur. Nam cùm ea
exceptio † neque ex perſona neque ex facto debitoris 3
competat tertio poſſeſſori, ſed ex beneficio ſolius legis,
& fauore propriæ poſſeſſionis, iuris ratio non patitur vt
debitoris facto & voluntate poſſeſſori eripiatur. Benefi-
cium enim quod à me alius habiturus eſt tollere facilè
poſſum: quod autē ab alio vel à lege, † non poſſum: adeo 4
vt nec pacti exceptio quæ fideiuſſori ex pacto rei ſemel
quæſita fuit, cōtrario eiuſdem rei & debitoris pacto fide-
iuſſori inuito vel ignoranti adimi poſſit *l. vltim. D. de
pact.* Longéque diuerſa ratio eſt exceptionis ordinis
quæ fideiuſſori competit vt non conueniatur antè ex-
cuſſum principalem debitorem, alia eius quæ tertio poſ-
ſeſſori. Valet, & efficax eſt conuentio † illa, ne fideiuſ- 5
ſor exceptionem ordinis poſſit obiicere, quia fit cum
ipſo fideiuſſore qui procul dubio huic exceptioni ſicut
& cæteris pro ſe fauorabiliter introductis renunciare
poteſt, *l. penultim. Cod. de pact.* Nam ſi cum debitore
ſolo ea pactio facta ſit, ſiue ante, ſiue poſt acceptum fi-
deiuſſorem, certum eſt non obſtaturam eam fideiuſſori.
At conuentio illa ne tertius poſſeſſor diſcuſſionis ex-
ceptione iuuetur, fit ſemper cum debitore, nunquam
verò cum tertio poſſeſſore qui necdum vllus eſt, nec quis
futurus ſit adhuc ſciri tùm poteſt. Proinde mirum non
eſt, non nocere eam tertio poſſeſſori. Nec, quod dici
† ſolet, poſſe quemlibet rei ſuæ quam vult legem dicere, 6
ad rem facit. Id enim etſi eò pertinet vt in præiudicium
non modò paciſcentis conuentio valeat, id eſt eius qui
per acquiſitionem fit dominus, ſed etiam cuiuſlibet poſ-
ſeſſoris qui ab acquiſitore illo ius habeat, vt putaſi
conſtituta

conſtituta ſit ſeruitus etiam inutilis, aut quæ alia ratione conſtitui alióqui non poſſet *l. ei fundo 17. D. de ſeruit. l. venditor 13. D. commun. præd.* tunc tamen locum obtinet, cùm quis rem ſuam alienat, non etiam cùm obligat, quia hoc caſu ſicuti dominus manet (quoniam cauſſa pignoris nihil cum cauſſa dominij commune habet) ita eam rem quam priùs obligauit poſteà alienando, transfert dominium & poſſeſſionem ſimul, atque ita facit vt vel inuito ſe tranſeat in emptorem ius obijciendæ exceptionis, quam lex dat cuilibet tertio bonæ fidei poſſeſſori. Neque enim poſſeſſionis tranſlationem im-
7 pedire poſſunt verba illa † quæ vulgo in clauſula De pignore apponi ſolent. *Ad habendum, tenendum, poſſidendum,* &c. non ſolùm quia non faciunt creditorem poſſeſſorem, ſed poſſidendi tantùm ius & cauſſam præbent (poſſeſſio enim non verbis transfertur, aut per inſtrumentum, ſed traditione opus eſt aut qua alia re quæ ſit vice traditionis *l. prædia. D. de acquir. poſſeſſ.*) ſed etiam quia ſi poſſeſſio ſiue ciuilis ſiue naturalis ea ratione transferretur, corporali tamen penes debitorem manente, & debitore poſtmodum alienante, non eo minùs vera poſſeſſio emptori acquireretur per traditionem, ex quo inciperet ille ſibi habere velle. Propter quam cauſſam inductus eſt à pragmaticis vſus anteà ferè incognitus clauſulæ conſtituti, quæ proculdubio in hoc plus virium & poteſtatis habet quàm ſuperior clauſula,
8 quòd † creditorem facit poſſeſſorem. In eóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed non in eo quod putant poſſe clauſulam hanc facere vt ordinis exceptioni locus nullus relinquatur. Nam quemadmodum non impedit quominus ea poſſeſſio amitti & interuerti poſſit facto ipſius debitoris conſtituentis, rem illam obligatam alienantis & transferentis, ita nec eripere poteſt commodum quod poſſeſſori acceſſurum eſt beneficio legis. Quare & pragmatici fatentur non ſufficere clauſulam illam conſtituti niſi præterea imploretur auxilium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ad propriam poſſeſſionem quæ re vera interuerſa eſt auocandam & retinendam. Quod tamen nos ſuperiore decade iam ſatis ſupérque refutauimus. Ita factum eſt vt ſicuti clauus clauum trudit, ita error errorem apud pragmaticos & pepererit, & excluſerit.

ERROR VII.

De iuribus, & nominibus excutiendis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio non facta excuſſionis quatenus putetur à nonnullis odioſa.*
2 *Quatenus fauorabilis ab aliis dicatur & defendatur.*
3 *Dicta exceptionis æquitas vt ad publicam vtilitatem pertineat.*
4 *Dictam exceptionem odioſam eſſe, & n. 6.*
5 *Nulla ratione cauere poteſt creditor ne exceptione ordinis repelli poſſit.*
7 *An iurium debitori competentium excuſſionem facere compellatur creditor repulſus per ordinis exceptionem.*
8 *Ratio negantium pragmaticorum.*
9 *Iniquum eſſe compelli creditorem huiuſmodi excuſſionem facere, ſi in eo verſetur eius incommodum: ſecus ſi ſine incommodo id facere poſſit.*
10 *Quomodo conſuli poſſit creditori quando minùs explorata eſt actio.*
11 *Actiones litigioſæ nec vendi, nec excuti poſſunt.*
12 *Creditor non tenetur litem inſtitutam ſuſcipere actionis litigioſæ excutiendæ cauſa.*
13 *Actiones litigioſæ per vniuerſalem venditionem vtiliter venduntur.*

EXcuſſionis † non factæ exceptionem non- 1
nulli putant eſſe odioſam, quia videtur aliena eſſe à iuris ratione, cùm per eam fiat vt creditor qui ſibi diligenter proſpexit acceptis à debitore pignoribus ius ſuum exequi prohi-
beatur. Alij contrà † fauorabilem eſſe defendunt, pro- 2
pterea quòd faueat bonæ fidei poſſeſſori, ne tam citò támque facilè inquietetur per creditorem, cui aliunde & æquè commodè ex ipſius debitoris bonis ſatisfieri poſſit. Ita enim fit vt nullo creditoris aut damno aut incómodo conſulatur poſſeſſori qui & bonam fidem & titulum habens dignus vtique eſt cui quantum fieri poteſt ſuccurratur, nimirum cùm deceptus eſt à debitore qui non præmonuit fuiſſe rem illam alteri obligatam, ex eáque cauſſa incidit in ſtellionatum. Nam ſi nouus poſſeſſor ſciuiſſet eo tempore quo contraxit, fuiſſe rem obligatam, nemo dubitat, quin exceptionis beneficio indi-
gnus videretur. Pertinet autem huius exceptionis † 3
æquitas non modò ad priuatam, ſed etiam ad publicam vtilitatem: quia litium materiam minuit, cùm ſi poſſeſſor primo loco conueniretur à creditore, neceſſe eſſet dari ei regreſſum aduerſus debitorem, atque ita fieret duplex lis, vtraque periculo & damno debitoris in quem ſolum cuditur faba. Quidni ergo debitor rectà erit conueniendus vt vnica lite cùm debitor ſoluendo eſt
tota res expediatur; Ego † ſi qua cautio adhiberi per 4
creditorem poſſet ne ordinis exceptione repelleretur, faterer libentiſſimè exceptionem hanc eſſe fauorabilem, ob eam potiſſimùm rationem, quòd minuendis litibus prodeſſet. Imputandum enim creditori dicerem cur eam cautionem quæ adhiberi potuerat, non adhibuiſſet, vt euenit in ea ordinis exceptione quæ competit fideiuſſori præſente debitore. *Authent. præſente. Cod. de fideiuſſ.* Nam cùm ei poſſit renuntiari, vt proximo capite diximus, imputet ſibi creditor qui eam renunciationem non extorſit. Sed cùm in ea ſim ſententia, vt neque per † clauſulam conſtituti, neque alia vlla arte & ſubtilitate fieri poſſe putem vti ne tertius bonæ fidei poſſeſſor exceptione iſta adiuuandus ſit, non poſ-
ſum intelligere cur non videri debeat † odioſa, quæ de- 5
tur contra debitorem agentem ex pignoris conuentione expreſſa, tam bene diligentérque concepta, vt in creditoris poteſtate non fuerit meliùs ſibi proſpicere argum. *l. 3. D. de ſeparat.* Nam ſi dicas, non fieri per hanc exceptionem, vt creditor moretur in damno, ſed tantùm vti ne rectà poſſit experiri contra poſſeſſorem. Reſpondebo, quod vſus ipſe veriſſimum eſſe docet, non eo minùs intereſſe creditoris, vt liberum habeat contra poſſeſſorem ipſum æquè ac contra debitorem agendi arbitrium: quando plerumque incertum nec ſatis exploratum eſt, aut facile exploratu, an debitor ſoluendo ſit nécne: in eámque rem plurimis interdum ſumptibus neceſſariò prorogandus creditor oneratur, quorum etſi repetitionem poſteà habeat non modò contra debitorem ſi ſoluendo ſit, ſed etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem, ſi debitor non ſoluendo reperiatur. Sciunt tamen qui in foro verſantur, quantum interſit prorogatas litis expenſas, & eas quæ poſt victoriam taxantur: quantáſque moras ea repetitio ſecum trahere ſoleat. quemadmodum & excuſſio cùm ſit ſiue perſonæ ſiue bonorum debitoris. Proinde negari non poteſt quin maximè interſit creditoris vt huiuſmodi ordinis exceptione, ſi fieri poſſit, non repellatur. Inde quæritur
aliquando, An iurium † quoque & actionum debitori 6
competentium ſi fortè alia bona nulla ſint, excuſſionem facere compellatur. Nec deſunt ex ſubtilioribus pra-
gmaticis, qui putent, non eſſe compellendum. Moti † 7
ex eo tantùm quòd cùm iura & actiones nec videantur nec poſſideantur, vix fieri poſſit vt eorum perſecutio non

non ſit dubia, perplexa & obſcura: quo caſu nemo dixerit vſque adeò iniurioſè agendum eſſe cum creditore, vt pro pecunia litem vnam pluréſve inſtituere cogatur, nec aliter ſuum conſequi poſſit quàm ſi & litibus & ſumptibus & ſeipſum & alios diuexet. Verùm videtur mihi ratio hæc ſatis frigida & ieiuna. Quamquam enim
9 fateor quod illi contendunt, iniquum † eſſe vt creditor pro ſuo conſequendo contra alium quàm contra debitorem agere cogatur ſi non niſi cum aliquo incommodo id facere poſſit. Quid tamen ſi nullum in ea re incommodum, nulla impenſa verſabitur? Finge indubitatas eſſe actiones fortaſſis aduerſus debitorem iam condemnatum aut confeſſum, qui pro condemnato habendus ſit, ſiue in iure confeſſus fuerit, ſiue in inſtrumento publico, authentico, & vt loquuntur, garenti-
10 giato. Quòd ſi minùs † certa & explorata ſit actio, nolitque creditor agere contra debitoris debitores: quid prohibet ſic rem expediri, vt debitori ipſi certum tempus pro cauſarum & perſonarum qualitate à iudice præſtituatur intra quod agere debeat, & debitorem ſuum aut confeſſum facere, aut condemnatum? Sed & ſi debitori ipſe agere recuſet, vel cunctetur, & creditor paratiorem vrgeat ſolutionem, poteſt, meo iudicio, facillimè nullóque incommodo ita ei conſuli, ſi iura illa quæ debitori aduerſus alios competunt, publicè exponantur, & vendantur. Vocatis quoque in eam rem tertiis poſſeſſoribus mox per hypothecariam inquietandis, ne obiicere quandóque poſſint colluſum fuiſſe inter creditorem & emptorem, pluriſque venire rem potuiſſe, ſi ipſis denunciata venditio fuiſſet. Sic enim eueniet vt non maiore aut ſumptu aut incommodo actionis & nominis quàm fundi venditio fiat, & ex precio quod redigetur vel in totum vel pro parte creditori ſoluatur. Quòd enim actio perplexa ſit & dubij euentus, non ſolet impedire venditionem, ſed tantùm facere vt viliore precio diſtrahatur. Cæterùm qualiſcumque eſt, ea vendi rectè poteſt, ſicut & alea & iactus retis rectè venditur, & emitur *l. ſi iactus retis. D. de action. empt. totóque titulo D. & C. de hered. vel action. vendit.* Quid ergo ſi emptor nullus reperietur, calliditate fortaſſis eorum contra quos competunt actiones? Tum verò excuſſio pro facta habebitur. Nam ſi verum eſt, vt eſt, tanti rem eſſe quanti vendi poteſt, conſequens eſt nullius momenti eſſe rem quę nullum inuenit emptorem, Niſi fortè quia velit ad id creditorem adigere, vt debitoris ſui nomina emat, vel accipiat in ſolutum: quomodo ſi ageret de diſtrahendis bonis proprij debitoris *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Sed id eſſet periniquum, quia creditor aliud pro alio accipere non cogitur, cùm aliter ei ſatisfieri poteſt.
11 Quòd ſi actiones † excutiendæ, ſint litigioſæ, dubitari minùs poteſt, quin earum excuſſio fieri nulla debeat, quippe quarum venditio, ſicut & alterius cuiuſlibet rei litigioſæ iure prohibeatur. Illud enim duntaxat relinquitur ſi excuſſio facienda eſt, vt litem inſtitutam ſuſcipere creditor teneatur. Quod ſanè alienum
12 † eſſet ab ea æquitate, quæ hanc ordinis exceptionem induxit. Nam cùm non odio creditoris inducta ſit, ſed fauore poſſeſſoris quatenus ei proſpici ſine creditoris incommodo poteſt, ne fiant de lite lites, nemo non videt creditorem qui ſine litigio ſuum conſequi nequeat, non eſſe in eas coniiciendum anguſtias, vt contra debitoris ſui debitorem potiùs litigare cogatur, quàm contra pignorum ſuorum poſſeſſorem. Planè remedij loco non malè forſitan quis dixerit, non has aut illas debitoris actiones quæ litigioſæ ſunt, ſed vniuerſa ipſius debitoris bona vendi debere. Nam cùm *bonorum* nomen denotet quid vniuerſale, licèt in bonis
13 nihil ſit præter litigioſas illas actiones, venditio † tamen valebit tanquam rei non litigioſæ, quoniam vniuerſalis venditionis priuilegium illud eſt, vt multa cum vniuerſitate tranſeant, quæ alioqui non tranſirent. Vt puta fundus dotalis, res litigioſa, ius patronatus, & alia quæ ſunt ſimilia *l. quadam 62. D. de acqu. rer. dom.*

ERROR VIII.

De excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum, vt aiunt, facienda.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de excutiendo debitore ad peram & ſacculum vſque antequam contra tertium poſſeſſorem pignorum vti poſſit.*
2 *Ex opinione pragmat. non videtur bene excuſſus debitor, quin prius adactus ſit ad bonorum ceſſionem, etiamſi appareat eum ſoluendo non eſſe.*
3 *Quàm iniqua ſit relata pragmaticorum ſententia.*
4 *Quis ſit vulgaris procedendi ordo cùm non apparet debitorem non eſſe ſoluendo.*
5 *Quæ ſint Iudicis partes cùm creditor negat debitorem ſoluendo eſſe, ipſe verò poſſeſſor affirmat.*

VUlgarum eſt pragmaticorum † brocardicum, excuſſionem debitoris ad peram vſque & ſacculum fieri debere antequàm aduerſus fideiuſſorem aut tertium poſſeſſorem pignorum agi poſſit. Ex quo inferre † ſolent, non prius videri benè excuſſum debitorem, quàm adactus ſit ad bonorum ceſſionem faciendam, licet alioqui appareat eum ſoluendo non eſſe. Quæ ſententia dici † non poteſt quàm creditoribus incommoda ſit & damnoſa: Cùm vix contingat vt debitor quantumuis inops confugiat ad beneficium legis Iuliæ De ceſſione bonorum, quin prius coniectus ſit in carceres, nullámque aliam ſui liberandi rationem videat ſupereſſe. Atqui mens Iuſtiniani cùm ordinis exceptionem induxit quæ fideiuſſoribus iuſtiſque pignorum poſſeſſoribus accommodaretur, non illa fuit aut eſſe potuit vt creditoribus ſuum perſequentibus longior mora fieret, ſed tantum vt quoad eius ſine eorum incommodo fieri poſſet, à proprio debitore potiùs, quàm à fideiuſſore, aut à tertio poſſeſſore ſolutionem conſequerentur. Proinde ſi appareat debitorem ſoluendo non eſſe, nihil cauſſæ eſt, cur contra fideiuſſorem aut poſſeſſorem agere creditor prohibeatur. Planè quandiu † id non apparet, non eſt admittendum vt excuſſio quæ re vera facta non fuit pro facta habeatur: ſatiſque eſſe debet creditori ſi ex bonis ſui debitoris commodè ſuum conſequi poſſit. Itaque nihil ei proderit, ſi pragmaticis credimus, quòd debitorem ſoluendo eſſe neget, ſi ex contrario is qui non factæ excuſſionis exceptionem obiicit, affirmet eſſe eum ſoluendo. Præſumptio.n.eſt ſoluendo eſſe, maximè contra creditorem qui cum eo contraxit. Siquidem ferè eſt vt nemo cum illo contrahere velit quem egenum eſſe putet. Quamquàm autem facilè ex poſtfacto poteſt paupertas ſuperuenire, allegantis tamen eſt probare non negantis. Eóque ſanè iure vtimur vt vrgendus non ſit fideiuſſor aut poſſeſſor ante factam excuſſionem, vt indicet bona quæ excuti velit: Sed prius & ante omnia probare creditor debeat quantum per rerum naturam fieri poteſt vt negatio probetur, id eſt per relationem apparitoris qui debitoris vicinos & familiares interrogauerit, nulla eſſe bona debitoris ſaltē quę ſine controuerſia poſſideri queant. Quo facto tum demum ſpectat ad fideiuſſorem aut pignorum poſſeſſorē vt ſi qua bona eſſe putet quæ excuti debeant, ea indicet, quòd ſi eiuſmodi indicatio per fideiuſſorē aut poſſeſſorem facta ſit ante exploratas per creditorē facultates debitoris, nihil aliud à creditore exigemus niſi vt ea bona excutiat quæ indicata fuerūt. Credibile nāq; eſt fideiuſſorē aut poſſeſſorem

ſotè, qui in indicando tam diligens fuerit, et omnia indi-
caſſe quę excuti debeant: Igitur facta eorũ excuſſione li-
berũ erit creditori ius ſuũ exequi ſiue aduerſus fideiuſſo-
rem, ſiue aduerſus pignorum poſſeſſorem. Nulla enim
hac parte inter eos differentia eſt. Prudentiùs tamen fa-
5 ciet † iudex ſi creditore negante debitorem ſoluendo
eſſe, fideiuſſore autem vel poſſeſſore idipſum affirmante,
interloquatur & iubeat vt de facti veritate conueniant,
ſub comminatione pœnæ certæ in eum conſtituendæ
quem ex poſt facto apparebit, falsò & per calumniam quid
affirmaſſe vel negaſſe. Sic enim fiet vt non tam facilè ac
temerè aut hic aut ille proſiliat ad affirmandum vel ne-
gandum. Affirmatione autem hinc, & negatione illinc
ſecuta, non aliæ iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt exi-
gat probationes, quas tamen ſi quid mei iudicij eſſet, à
ſolo reo exigendas putarem, non etiam à creditore, cum
huiuſmodi negationis quæ nec loco nec tempore co-
arctata eſt, omnino per rerum naturam impoſſibilis ſit
probatio, reúſque in exceptione actor exiſtat & conſe-
quenter probatione onerari debeat, in eo præſertim
quod fundamentum eſt ſuæ exceptionis: Maximè cùm
ſi per calumniam quid negauiſſe creditor probabitur,
condemnationem ex ea cauſſa ſubinde paſſurus ſit. Etſi
enim verum eſt quod pro pragmaticis ſuprà obiicimus,
eum qui mutatam eſſe dicit conditionem debitoris, id
eſt, ex idoneo factum inopem, probare id debere: ſicut
& eum qui voluntatis aut alterius cuiuſlibet rei muta-
tionem allegat. In propoſito tamen probatio ſatis hoc
ipſo facta videtur: quòd pignora quæ debitor con-
tractus tempore poſſidebat, & quorum fidem creditor
ſecutus erat, nunc alienata reperiuntur.

ERROR IX.

De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum.

SVMMARIA.

1 *An ſicut exceptio non excuſſi debitoris competit poſſeſſori conuento ante debitorem, ita debitore non exiſtente ſoluendo competat priori emptori exceptio non excuſſi poſterioris, ſi prior conueniatur.*
2 *Sententia affirmans Ægidij Magiſtri, & eius fulcimentum.*
3 *Ægidium Magiſtrum non rectè relatam ſententiam firmare per l. ſi quis habens. 25. D. qui & à quib. man.*
4 *Ex eo quod Iuſtinianus induxit exceptionem non excuſſi debitoris, cur non perinde inducenda exceptio non excuſſi poſterioris emptoris.*
5 *Colorem æquitatis, ne lites de lite fiant non ſufficere ad huiuſmodi exceptionem inducendam.*
6 *Ius vetus tales ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa pignoris conuentione ſibi proſpexerat nullas admiſiſſe, & num. 8.*
7 *Exponitur ſententia Moſchis. 47. D. de iur. fiſci, & aduerſus pragmaticorum opinionem inducitur.*
9 *Diſcrimen inter reuocatoriam & hypothecariam actionem.*
10 *Diſtinguendum eſſe inter tacitam & expreſſam hypothecam, quum quæritur de excuſſione debitoris facienda antequam poſſeſſor conueniatur.*
11 *In quo ſit deterior conditio tacitam hypothecam habentis, quàm habentis expreſſam: & in quo ſit melior, quàm nullam hypothecam habentis.*
12 *Quod pertinet ad excutiendos emptores poſteriores, iuri veteri ſtandum eſſe.*
13 *Modus procedendi quo ſecurè poteſt uti creditor hypothecariam contra poſſeſſores inſtituturus.*
14 *Quorundam diſtinctio reprobata.*

CVm debitor pignora omnia alienauit, nec
ſoluendo reperitur eo tempore quo credi-
tor agit hypothecariâ, dubitari adhuc ſolet
an liberum ſit creditori conuenire vtrum
velit ex poſſeſſoribus, an cogendus ſit aduerſus eum
priore loco agere qui poſterior comparauit. Quæſtio
† in eo eſt, An ſicuti exceptio non excuſſi debitoris 1
competit poſſeſſori ſi ante debitorem conueniatur, ita
priori emptori competat exceptio non excuſſi poſterio-
ris, ſi prior conueniatur. Nam de excutiendo ipſo de-
bitore quem ponimus non eſſe ſoluendo, tractari vtique
non poteſt. Probabilius † autem plerique putant, hoc 2
etiam caſu exceptioni locum eſſe debere, vrgente nimi-
rum, vt exiſtimant eadem æquitatis ratione, ne fiant de
lite lites ſi prior emptor cui bona omnia venditoris obli-
gata fuerunt, priore loco inquietetur, cùm pro ſua in-
demnitate habiturus ſit regreſſum aduerſus poſteriorem,
cuius tandem periculo & damno totam rem cedere opor-
teat, quia cum debitore iam lapſo facultatibus, & inope
contraxit: Cuius ſententiæ author apud nos laudatur
Ægidius Magiſter magni inter pragmaticos Gallicos
nominis, & in ſuprema Pariſienſium Curia præſes pri-
marius, qui & ab ampliſſimo illo ordine ſic iudicatum
refert ex *l. ſi quis habens 25. D. qui & à quib. manum.* vbi
ſcriptum eſt, ſi quis habens creditores, manumiſerit
plures ſeruos, non omnium libertatem impediri, ſed eos
qui primi ſunt liberos eſſe, donec creditoribus ſuum
ſoluatur. Sed † pace tanti viri dixerim, non ſunt hæc 3
ſimilia. Nam pluribus ſeruis manumiſſis ab eo qui non
fuit ſoluendo, id vnum impedit libertatem quod lex
Ælia Sentia non patiatur dari libertates in fraudem cre-
ditorum qui ea ratione fraudarentur cùm libertates mi-
nuant patrimonium, ex quo creditoribus ſatisfieri opor-
tet. Pertinet enim ille locus ſicut & tota lex Ælia Sentia
ad ſeruos manumiſſos qui pignoris vinculo nullo tene-
bantur, alioqui libertatem illud impediet quòd ſeruo
obligato non magis quàm alieno directa libertas dari
poſſit propter vinculum pignoris quòd per dationem
libertatis inuito creditore contra iuris rationem diſſolue-
retur, *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo D. de fideic. libert.*
Cùm autem lex Ælia Sentia non omnibus obſtet liber-
tatibus quæ dantur à debitore qui ſoluendo non eſt, ſed
iis tantùm per quas fraudarentur creditores, conſequens
eſt per eam fieri vt ſi pluribus manumiſſis vnius tantum
libertate fraudentur, non vtriuſque ſed alterutrius dum-
taxat impediatur libertas, & quidem plerumque illius
qui poſteriore loco liber ſcriptus eſt, vt Iulianus dicebat,
quòd in dubio & cæteris paribus nihil ſit quod meliùs
dici poſſit quàm ordinem ſcripturæ ſequendum eſſe *d. l.
generaliter. §. quid ergo 17.* Dixi *cæteris paribus*, quia ſi
maioris pretij ſit is qui ante nominatus eſt, nec ſufficiat
poſteriorem retrahi in ſeruitutem, prior ſufficiat, dicen-
dum eſt ſequenti loco ſcriptum ſolum ad libertatem per-
uenturum *d. l. ſi quis habens*: vt cum vtraque libertas
ſeruari non poſſit, alterutra tamen ſeruetur. At nos tracta-
mus de bonis à debitore primum obligatis, deinde alio
atque alio tempore venditis, quorum in eo diſpar ratio
eſt, quod cum omnia ſimul obligata ſint, par & æquale in
omnibus eſt ius creditoris, cuius nec intereſt an poſteà
huic aut illi, priore aut poſteriore loco ſint vendita hæc
aut illa, quia nec fuit in poteſtate debitoris aut empto-
rum creditoris conditionem facere deteriorem. Nec
quod Iuſtinianus induxit † exceptionem nõ excuſſi de- 4
bitoris, facere debet, vt perinde inducenda ſit exceptio
non excuſſi poſterioris emptoris. Eſt enim conſtitutio
illa iuris veteris correctoria, proinde ſuis finibus coan-
guſtãda, nec facilè amplianda, præſertim cũ longè alia ra-
tio ſit poſterioris emptoris & debitoris. Creditor enim,
qui cum debitore cõtraxit, nõ facilè recuſare poteſt, quo-
minus contra ipſum agat, ſi agendo ſuum cõſequi æquè
cõmodè poſſit. Atqui cum poſteriore emptore nõ magis
cõtraxit quã cum priore, fierique poteſt vt æquè difficilis
futura

futura ſit pignoris perſecutio aduerſus poſteriorem em-
ptoré atque contra prioré: cur ergo cogamus creditorem
vt contrà poſteriorem creditorem priùs agat? Dices, ne
fiant de lite lites. Reſpondebo æquitatis rationem hanc
eſſe non iuris: neq; tamen huiuſmodi æquitaté ſufficere
ad ius nouum inducendũ citra conſtitutionem: Alioqui
6 dicendum eſſet iniquum fuiſſe ius vetus, quod † tales
ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa
pignoris conuentione ſibi diligenter proſpexiſſet, nullas
admittebat. Neque verò huius ſiue rationis ſiue ęquitatis
veſtigium vllum peti poteſt *ex d.l. ſi quis habens*, in cuius
ſpecie manifeſtum eſt ei qui priore loco liber ſcriptus
eſt, nullam competere poſſe actionem aduerſus eum qui
poſterior nominatus fuit, tametſi ius ita eſſet vt primi
libertas impediretur, quia quod impediretur non fieret
per libertatem ſecundo loco datam, ſed per legem Aeliã
Sentiam, quæ hac in re creditoribus vtiliſſimè proſpexit,
nec rurſus pro euictione libertatis actio vlla competere
poteſt ei qui ſeruus manet. Sicut nec priori emptori con-
tra quem creditor hypothecariam exercuit, actio vlla cõ-
petere poteſt aduerſus ſecundum emptorem ob id ſolũ
quòd hic prior, ille poſterior emerit, res eidem creditori
æquo iure obligatas, ſed quia id quod poſteriore loco
venditum fuit, priori emptori pro indemnitate obliga-
tum reperitur. Nam ſi fingeres venditoris eiuſdém-
que debitoris bona priori emptori obligata non
fuiſſe, nemo vtique daret ei quaſi Seruianam con-
tra emptorem poſteriorem, ſed ſolam ex empto perſo-
nalem contra ſuum venditorem. Ita fieri neceſſe eſt, ſi
pragmaticorum ſententia obtineat, vt creditori aduer-
ſus anteriorem emptorem agere volenti priùs exploran-
dum ſit, an emptor ille obligata habeat venditoris ſui
bona omnia nécne, vt ſcire poſſit an ordinis exceptio
ſibi obſtatura ſit, an non. Quod tamen quàm ridiculum
ſit nemo non videt. Quid enim creditoris intereſt an bo-
na poſteriore loco vendita, priori emptori fuerint obli-
gata? Sed quid rationibus contendimus? Apertè pro no-
7 bis contra pragmaticos † vrget Paulus in *l. Moſchis* 47.
de iur. fiſci, vbi cùm Moſchis fiſci debitrix ex conductione
vectigalis proponeretur heredes habuiſſe à quibus Faria
Senilla & alij prædia emerant, & conuenirentur empto-
res propter Moſchidis reliqua, diceréntque heredes Mo-
ſchidis idoneos eſſe, & multos alios ex eiſdem bo-
nis emiſſe, refert Paulus pronunciatum fuiſſe ab Im-
peratore æquum eſſe priùs heredes conuenire debere in
reliquum poſſeſſorem omnem. Quorum verborum is
proculdubio ſenſus eſt, non vt poſſeſſores omnes ſimul
& pro rata conueniri oporteat, quomodo nonnullos in-
terpretari video, ſed vt quilibet ex poſſeſſoribus pro ar-
bitrio & electione creditoris conueniri poſſit poſt ex-
cuſſos heredes. Itaque quod ad heredes excutiendos atti-
net admittitur exceptio non factæ excuſſionis, quod ad
poſſeſſores verò, non admittitur. Et rectè. Non enim ſi-
cut facilè ſcitur quis debitor ſit aut heres debitoris, ita
facilè ſciri poteſt quis ex poſſeſſoribus poſtremus omniũ
comparauerit: ex quo illud etiam fit vt dici non poſſit
æquè commodè creditorem agere poſſe contra poſterio-
rem emptorem atque contra priorem: cùm multò facili-
us ei fuerit explorare quis poſſeſſor ſit, quàm quo ordi-
ne. Cur non ergo idem in cæteris creditoribus obtine-
bit quod in fiſco admiſſum eſt, vt arbitrium habeant eli-
gendi & conueniendi cuiuſlibet poſſeſſoris? Neq; enim
priuilegium fiſci vllum in eo eſt, cùm heredes debitricis
ſuæ excutere cogatur priuſquam poſſeſſores vrgere &
inquietare ei liceat. Quin potiùs non abs re quis exiſti-
mare poſſit deteriorem fiſci hac parte, quàm ceterorum
8 creditorum cauſſam eſſe, quando † nullo alio Pandecta-
rum loco reperias creditorem hypothecarium repelli
exceptione non excuſſi debitoris. veriſſimum enim eſt
quod iam diximus, ius hoc nouum eſſe & à Iuſtiniano
inductum contra iuris veteris rationem: quæ creditori
electionem dabat, an contra debitorem eiúſue heredes
perſonalé actionem, an potiùs contra poſſeſſores hypo-
thecariam exercere vellet. *l. diſtractis* 14. *l. perſecutione* 24.
C. de pignor. Scio excutiendum eſſe debitorem priuſ-
quàm conueniantur poſſeſſores cùm creditor agit reuo-
catoria *l. 1. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred.* Sed alia re-
uocatoriæ † alia hypothecariæ actionis ratio eſt. Hypo- 9
thecaria datur contra eum qui res obligatas poſſidet, ac
proinde ei qui ex iure proprio, ſibique per conuentio-
nem quæſito agit. Reuocatoria verò contra eum qui te-
net bona debitoris nullo vinculo pignoris obligata, ſed
tamen in creditorum fraudem alienata. Itaque datur cre-
ditori non quaſi ei acquiſita proprio iure & ex aliqua
conuentione, ſed ex mera indulgentia prætoris, qui ceſ-
ſante iuris ciuilis auxilio vtilem in factum actionem in
eam rem introduxit: Fauore ſcilicet creditorum, qui
alioqui fraudarentur. Atqui per ſolam alienationem non
fraudantur creditores, ſed ita demum ſi per alienationem
factum ſit vt minùs ſuperſit in bonis debitoris quàm
ſufficere poſſit ad dimittendos creditores: quod ipſum
non aliter ſciri poteſt quàm ſi excuſſus ſit debitor, & qui-
dem ad peram vſque & ſacculum, adeò vt nec priùs benè
excuſſus videri debeat, meo iudicio, quàm adactus ſit ad
bonorum ceſſionem faciendam, vt in hoc ſaltem melior
conditio ſit eius qui emit res non obligatas quàm eius
qui obligatas: item quòd in edicto prætoris fraus non
tantùm conſilio, ſed etiam re & effectu accipiatur, fraus
verò in effectu nulla eſſe poſſit, niſi in eo, quod à debito-
re nullo prorſus modo ſeruari poteſt. Itaque mirum non
eſt fieri hoc caſu excuſſionem debitoris ex optima, imò
neceſſaria iuris ratione. At cùm bona quæ à tertio poſſi-
dentur ſunt creditori obligata, non eſt prohibendus cre-
ditor, quominùs iure ſuo vtatur, & pignoris conuentio-
nem exequatur, prohiberetur autem ſi non niſi excuſſo
debitore poſſeſſores inquietare poſſet: Pignoris enim
vtilitas præcipua in eo verſatur, vt etiã poſteaquàm alie-
natũ fuerit à debitore, ſaluam habeat creditor eius per-
ſecutioné. Cogit me tamen Paulus in *d. l. Moſchis*, itém-
que quod in eandem ſententiam ſcriptum eſt in *l. 1. C.*
de conuen. fiſc. debit. lib. 10. vt diſtinguendam hîc putem † 10
hypothecam tacitam ab expreſſa: vt, quod nos contẽdi-
mus excuſſionem debitoris heredúmve ipſius faciendam
non eſſe, ad eum caſum pertineat quo hypotheca ſit
expreſſa, non ad illum etiam quo tacita duntaxat. Pignus
enim quod habet fiſcus in bonis ſui debitoris citra vl-
lam pignoris conuentionem, non niſi tacitum eſſe po-
teſt *l. aufertur* 46. *§. fiſcus D. de iur. fiſc. l. 2. C. in quib. cauſſ.*
pign. vel hypoth. tacit. contr. Diſſimilitudinis autem huius
quam inter tacitam & expreſſam hypothecam conſti-
tuimus eadem ferè ratio eſt quæ illius quam proximè
diximus eſſe inter hypothecariam & reuocatoriam
actionem. Nempe quòd pignus tacitum non ex contra-
hentium pactione & conuentione, ſed ex ſola legis
poteſtate inducatur, legis inquam id agentis vt quibuſ-
dam creditoribus faueat propter perſonarum aut nego-
tiorum fauorabiliorem conditionem ne periclitentur
omiſſa fortaſſe per imperitiam aut per incuriam ſpeciali
pignoris conuentione. Porrò hactenus ei ſuccurrendum
fuit ne damnum ſentirent, non etiam vt eodem in om-
nibus iure vterentur, quo ſi per expreſſam pignoris con-
uentionem ſibi cauiſſent. Solet enim plenior eſſe homi-
nis prouiſio quàm legis. Qui autem hypothecam tacitam
ex priuilegio habent, vt fiſcus, mulier & aliæ eiuſmodi
perſonæ periclitari non poſſunt quandiu debitor ipſe
idoneus eſt & ſoluẽdo. Non ergo iis permittendum fuit
vt tacitæ hypothecæ priuilegio abuti poſſent in necem
poſſeſſorum, quandiu à debitore aut debitoris heredibus
conſequi ſuum poſſent, quaſi nec priùs conſtituta per
legem hypotheca vlla tacita, quia nec neceſſe fuit, vt
conſtitueretur: Licèt ex poſtfacto ſi appareat eo tempore
quo agitur neceſſarium fuiſſe priuilegium tacitæ hypo-
thecæ ne in damno creditor moretur, poteſtas legis re-
trotrahat conſtitutioné taciti pignoris ad id tempus quo

contractum eſt vt inter creditores non niſi tacitum pignus habentes idem temporis ordo ſeruetur, qui ſeruaretur ſi expreſſum pignus haberent *l. ſi qui mihi* 28. *D. de iur. fiſc.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 2, coniect. iur. ciuil. ca.* 10. Ex quo loco apparet fiſcum in iure illo tacitæ hypothecæ non eſſe deterioris conditionis quàm cæteros qui tacitam duntaxat hypothecam habent, cuius & in alijs pleriſque iuris partibus cauſſa fauorabilior eſſe ſolet. Quod cùm ita ſit, quidni ad alios creditores taciti tantum pignoris iure hypothecariam exercentes, idem obtinebit, quod in fiſco conſtitutum eſt, vt nonniſi excuſſo debitore eiúſue heredibus contra poſſeſſores agere poſſint? Alioqui eſſet fiſcus deterioris condi-
11 tionis: quod non eſt admittendum. Ergo erit durior † cauſſa creditoris tacitam duntaxat hypothecam ex priuilegio habentis, quàm ſi expreſſam haberet in eo quod etiam iure Pandectarum inſpecto excuſſionem debitoris facere cogitur, quam non facit is qui expreſſam habet, ceſſante Iuſtiniani conſtitutione: Melior tamen quàm ſi hypothecam nullam haberet, non in eo ſolùm quod habet ius perſequendæ hypothecæ contra quemlibet poſſeſſorem excuſſo demum debitore, licèt fraudis conſilium in alienando nullum interuenerit, ſed in illo etiam quod poſterioribus creditoribus quantumuis expreſſam hypothecam habentibus præferendus eſt perinde acſi expreſſam haberet *d. l. ſi qui mihi.* Item in eo quod cogendus non eſt debitorem excutere ad peram vſque & ſacculum, id eſt, eum adigere ad implorandum auxilium ceſſionis, quomodo cogeretur ſi nullam hypothecam haberet, nec actionem aliam quàm reuocatoriam, quia legis tacitam hypothecam inducentis mens illa eſt vt eo caſu quo hypothecæ locus erit, non minùs ex ea cōmodi creditor ſentiat quàm ſi per expreſſam pignoris conuentionem ſibi proſpexiſſet: diximus autem expreſſo pignore conſtituto non vſque adeò iniurioſè agendum eſſe cum creditore vt non potiùs tertios poſſeſſores inquietare poſſit, quàm à debitore ceſſionem bonorum extorſerit, quia nec facilis nec commoda ſit ea ratio debiti conſequendi: nec proinde illi iniungenda, qui acceptis idoneis pignorib. diligenter ſibi cauerat, ne in eas ipſas vrgendi & eligendi debitoris anguſtias conijcere-
12 tur. Nec eſt quod quis dicat, fruſtra † nos propoſitam quæſtionem reuocare ad ius Pandectarum quod Iuſtiniani conſtitutione abrogatum eſt. Nam quod pertinet ad excutiendos emptores poſteriores, nihil Iuſtiniani conſtitutio de ea re cauit. Proinde ius vetus ſaluum manet. Id. n. tantum Iuſtinianus conſtituit vt ante omnia excuſſio fieri debeat ipſius debitoris heredúmve eius itēque fideiuſſorum, & aliorum ſi qui ſint interceſſorum: quo facto permittit vt aduerſus pignorum poſſeſſores agatur ſine vlla ordinis aut tēporum diſtinctione. Quod omnium minimè prætermiſſet ſi vltro prætermittere voluiſſet. Sed & ex caſu quo excuſſionem fieri Iuſtinianus iubet, non id proculdubio agit vt iuſtum creditorē damno vel incommodo aliquo adficiat, ſed tantùm vt bonæ fidei poſſeſſori conſulat quantum ſine creditoris incom-
13 modo & vexatione id fieri poteſt. Ne quis tamen † dubitationi locus relinquatur, ſuaſerim vt creditor hypothecam inſtituturus contra poſſeſſores poſt excuſſum debitorem, poſſeſſores omnes in ius vocari curet, poſtmodum inter ſe diſputaturos, apud eumdem iudicem, cuius ex ipſis bona priùs vendi oporteat, quiſve prior aut poſterior acquiſiuerit. Ita enim fieri non poterit vt malè egiſſe videatur, aut vt excuſſionis non factæ exceptione repellatur: quandoquidem certum eſt ex huius vel illius pignoris venditione omnimodo ei ſatisfieri oportere. Nam & pragmatici ipſi qui contendunt excuſſionem poſteriorum emptorum fieri debere, fatentur tamen non aliter id locum habere quàm ſi bona poſteriore loco alienata poſſideri ſine controuerſia & vendi poſſint: non etiam ſi poſſeſſor intercedat & agenti creditori controuerſiam faciat. Eſt. n. generale vt bonorum quæ ſine controuerſia poſſideri nequeunt, excuſſio fieri non debeat: ſicut & pro excuſſo habetur debitor qui facilè conueniri non poteſt, tametſi ſit ſoluendo idoneus ſiquidem æſtimatur quis, non tantùm ex facultatibus, ſed potiſſimum ex conueniendi facilitate. Nec ſanè æquum eſſet creditorem cogi litem inſtituere aduerſus poſteriorem emptorem, cùm ob hoc ipſum excuſſionis non factæ exceptio ei obijciatur, ne litium multiplicandarum occaſio & materies augeatur. Apparet autem ex ſuperioribus nec
diſtinctionem † illam placere poſſe quam plerique pro- 14
bant, an tractemus de hypothecaria per creditorum inſtituta contra emptorem, an de regreſſu emptoris contra alium ex poſterioribus, quaſi hoc caſu facilius quàm illo concedenda ſit poſſeſſori exceptio non factæ excuſſionis. Neutro enim caſu aut ratio iuris aut Iuſtiniani conſtitutio exceptioni huic locum relinquit.

ERROR X.

Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Nomen debitoris pignori dari poteſt.*
2 *Creditor hypothecarius quomodo agere poſſit aduerſus debitorem debitoris.*
3 *Perſonalem actionem non poſſe exerceri aduerſus debitorem debitoris ſine ceſſione, contra pragmaticos.*
4 *Error pragmaticorum putantium debitori debitoris aduerſus creditorem competere exceptionem non factæ excuſſionis.*
5 *Caſus quo debitoris debitori competit exceptio non factæ excuſſionis.*
6 *Diſtinctio in hac quæſtione obſeruanda.*
7 *Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire.*

ETſi nomen † debitoris ſtricto iure pignori 1
dari non poteſt, vtilitatis tamen cauſſa receptum eſt inductumque à prætoribus vt eius oppignoratio defendatur, vtrumque propter eas rationes quæ nos fuſiùs tractauimus *lib.* 8. *Coniect. cap.* 15. *&* 10. Quare & ſi generaliter bona debitoris obligata ſint, dummodò non fuerit adiectum *mobilia & immobilia*, nemo dubitat quin iura & actiones quæ tertiam bonorum ſpeciem conſtituunt, & conſequenter
nomina debitorum continēantur: Proinde aduerſus † de- 2
bitoris debitorem tanquam in alias quaſlibet res obligatas hypothecariam exercere creditor poteſt, non vt perſonali actione experiatur, quę non niſi vero creditori, aut ei cui cauſſa vel mandata fuerit, danda eſt, ſed vt nominis diſtractionem petere poſſit, aut debitorem proprium adigere ad faciendam nominis ceſſionem. In quo primum errare pragmatici vulgo ſolent. Exiſtimant. n. plerique oppignorati nominis vtilitatem in eo verſari vt creditoris creditor paratum habeat exercitium perſonalis actionis ſaltem vtilis aduerſus debitoris ſui debitorem, nulla
etiam ceſſione facta: quod tamen † non minùs abhorret 3
à recta iuris ratione, quàm ſi quis diceret fundum obligatum hoc ipſo quod obligatus eſt acquiri creditori pleno iure, fierique proprium ipſius, Certum enim eſt ex cauſſa pignoris non transferri dominium in creditorem, ſed tantùm diſtrahendi dominij facultatem. Prius verò eſt vt actionē quis habeat ſiue proprio iure, ſiue ex ceſſione quàm vt eam exercere poſſit. Sed & alius nonnul-
lorum pragmaticorum † error in eo eſt, quod vulgo pu- 4
tant debitoris debitorem ſi recta per hypothecariam conueniatur, perinde iuuandum exceptione non factæ excuſſionis, atq; alium quemlibet tertium poſſeſſorē, quoniam & hic tertius eſt. Etſi enim verum eſt eſſe illum ter-

tium cùm non ſit debitor agentis creditoris, vt proximè dicebamus, non poteſt tamen videri poſſeſſor, cùm iura quæ ſunt incorporalia minimè poſſideantur. Atqui exceptio non factæ excuſſionis aduerſus hypothecariam, ſolis poſſeſſoribus competit, nec niſi fauore poſſeſſionis tuendæ, & metu litium multiplicandarum, propterea quòd poſſeſſori conuento & condemnato dandus eſſet regreſſus contra debitorem, litémque nouam eo nomine inſtitui oporteret. Ergo fieri non poteſt vt competat debitori debitoris, qui non ſolùm poſſeſſor non eſt, ſed ne regreſſum vllum habere poteſt aduerſus proprium creditorem ob cuius debitum conuenitur, tametſi ſoluerit creditoris creditori, quandoquidem ea ſolutione perinde liberatur, acſi proprio creditori ſoluiſſet, ſiue ceſſio actionis aliqua facta ſit, ſiue nulla, niſi quod facta ceſſione liberatur ipſo iure, quia proprio creditori ſoluiſſe intelligitur, aut ſaltem ex eius voluntate: ſi autem ceſſio nulla facta ſit, liberatur ope exceptionis quam prętor in eam rem accommodat *l. ſi conuenerit. D. de* 18. *pig. act.* Cæterum in effectu nihil refert an ipſo iure competat liberatio an auxilio exceptionis: nec quicquam abeſſe videtur ei qui ſoluit quod debuit ſi ea ſolutione liberationem quoquomodo conſecutus ſit, licèt alij ſoluerit quàm cui debuit: in eóque apertiſſimè differt debitor debitoris à tertio poſſeſſore, qui vtique ſi alieno creditori ſoluat, vt poſſeſſionem ſuam retineat, tanto pauperior factus eſſe creditor, quia incipit rem habere ex noua cauſſa & ob litis æſtimationem à ſe ſolutam, quæ quaſi noua emptio eſt: Ideóque nimirum, neceſſe eſt regreſſum ei dari contra debitorem à quo iam emerat, alitérue ſibi acquiſiuerat ne in damno moretur. Vnde illud etiam fit, vt ſi nullam indemnitatis actionem poſſeſſor habeat, fortè quia nudus poſſeſſor ſit nullum habens titulum, iuuandus non ſit huiuſmodi exceptione, quaſi ceſſante ratione quæ dandæ exceptionis æquitate introduxit. Obſeruanda tamen eſt differentia inter pignus nominis expreſſa conuentione conſtitutum, & illud quod iudicis autoritate capitur in executione iudicati, aut quod hac parte idem eſt, inſtrumenti guarentigiati quod pro condemnatione habetur. Nam hoc poſteriore caſu † non
5 aliter pignus rectè captum & per ipſam capionem conſtitutum intelligitur, quàm ſi alia bona nulla ſint quæ capi poſſint: Proinde competit debitori debitoris exceptio non factæ excuſſionis *l. 2. C. quoad fiſc. vel priuat.* Nempe quia cùm nominis oppignoratio ipſo iure non teneat, ſed tuitione tantum prætoria, fruſtra iudex, ſe interponat ad conſtituendum pignus in nomine debitoris, quandiu alia bona ſunt quorum conditio, & natura ea ſi vt pignoris obligationem poſſint admittere. Nam & cùm neceſſitas cogit vt nomen debitoris pignori capiatur, ſi nullis aliis bonis exiſtentibus, attamen non tam pignoris iure capi dicitur, quàm pignoris loco, vt ait *d. l. 2.* hoc eſt in ſubſidium, nullo ſe pignore aſſerente: vt obſeruauimus *lib. 8. coniect. cap.* 17. Vbi etiam monuimus quod ad rem noſtram valdè pertinet, nec à pragmaticis benè animaduerſum eſt, multùm † intereſſe an nomen debi- 6
toris expreſſa conuentione obligatum ſit, an ſola legis poteſtate. Nam ſi tacitè & ſolius legis auxilio pignus conſtitutum proponatur, perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ excuſſionis ſi alia ſint bona, atque ſi magiſtratus autoritate in executione iudicati nomen pignoris loco captum eſſet *l. non priùs 4. C. quand. fiſc. vel priuat.* Non ſolùm quod iam olim id obtinuerit quotieſcùnque ex tacita hypotheca ageretur, quemadmodum à nobis ſupra diſputatum eſt *error. 9. ex l. Moſchis 47. ff. de iur. fiſc.* ſed etiam quòd neceſſe non ſit conſtitui à lege ius pignoris ſicut nec à magiſtratu in ea re quæ ſui natura vinculum obligationis ſuſpicere nequeat quandiu in aliis rebus & commodiùs, & vt ita dicam naturaliùs conſtitui poteſt. At cùm expreſſa ſiue generali ſiue ſpeciali conuentione pignus contractum eſt in nominibus debitorum, poſtquàm placuit eam conuentionem valere, nihil cauſſæ eſt, cur non rectà conueniri poſſit debitor debitoris per hypothecariam, non quidem ita vt perſonali actione vrgeatur ad ſolutionem ſicuti à nobis proximè dictum eſt, ſed ita vt proprio creditori ſoluere prohibeatur, noménque ſuum perinde ac fundum, aut quamlibet aliam rem pignori obligatam publicè & ſolenniter diſtrahi patiatur: quæ actionis hypothecariæ formula & conditio eſt. Alioqui conſtat chirographarium
† creditorem non poſſe debitoris ſui debitorem conue- 7
nire *l. penul. C. de nouat.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Sexta.

ERROR PRIMVS.

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium, & quid ſi habeant etiam expreſſam.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum erronea de ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium.*

2 *Inter hypothecarios creditores ſiue hypotheca fuerit tacita ſiue expreſſa, qui prior eſt tempore, potior eſt iure.*

3 *Caſus quo tacitæ hypotheca minor eſt vis quàm expreſſæ.*

4 *Quibus is qui tacitam duntaxat hypothecam habet licèt ſit poſterior tempore præferatur ei qui expreſſam habet.*

5 *Ex l. ſi qui 28. D. de iur. fiſc. probari eum qui nonniſi tacitam hypothecam habet præferendum eſſe poſteriori expreſſam habenti.*

6 *Habens tacitam hypothecam ſi deinde ſibi caueat per expreſſam tacitæ priuilegium amittit.*

7 *Exponitur l. vlt. C. de pact. conu. tam ſup dot.*

8 *De d. l. ratione ſententia Iac. Cuiacij refertur & refellitur.*

9 *Qui pignus accipit, ſi poſtea nouatione facta idem pignus accipiat priſtinum temporis ordinem retinet.*

10 *Differentia inter expreſſam & tacitam hypothecam.*

11 *Creditor habens tacitam hypothecam ſi proteſtetur cùm acquirit expreſſam, ius anterioritatis retinet.*

NOn deſunt inter pragmaticos † qui putant 1
creditorum tacitam duntaxat hpoythecam habentium ordinem illum eſſe debere vt ſolis chirographarijs aliiſq; nudis creditoribus præferantur, cæteris verò expreſſam habentibus hypothecam licèt tempore poſterioribus poſtponantur. Ho-

Google

rum inſcitiam minùs admiraret ſi non eſſent ex eorum
numero, qui non modò politiores, ſed etiam eruditio-
res ſibi videntur. Nam, quid obſecro dici poteſt inep-
2 tius? Iuris ſiquidem regula eſt, inter creditores † hy-
pothecarios eum qui prior eſt tempore eſſe etiam iure
potiorem, *l. 2. l. ſi fundum 4. C. qui potior. in pignor. hab. l. potior. 11. & paſſ. D. eod.* Neque lex aliqua eſt quæ
diſtinguat hac parte hypothecam tacitam ab expreſſa,
ſicut nec diſtinguendi ratio vlla eſt, cùm obligatio pig-
noris ex die contractus nata intelligatur ſi nihil ſit quod
impediat ne tum naſcatur, vt quia fortaſſe aliquid adhuc
ſuperſit faciendum quod poſteà factum ſit, vt in *l. 1. in fin. & d. l. potio. 11. §. ſi colonus. eo.* Ex quo autem nata
eſt, rem ipſam afficit quandiu pecunia ſoluta non eſt *l.*
3 *grege 13. §. etiam D. de pignor.* Nec minor † taciti vis
eſt quàm expreſſi, niſi quod attinet ad ſeruos propter
penſionem obligatos: qui ſi expreſſim obligati ſint,
non poſſunt manumitti, ſin tacitè duntaxat, poſſint
l. licet 6. & l. eſt differentia 9. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. Sed & interdum euenit vt qui taci-
4 tam † duntaxat hypothecam habet licèt poſterior ſit
tempore, habeat tamen priuilegium prælationis, vt etiam
anterioribus expreſſam hypothecam habentibus ante-
ponatur, quemadmodum cernere eſt in eo qui pecu-
niam credidit ob ædificij reſtitutionem, quem conſtat
habere priuilegium non ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed
etiam prælationis *l. 1. eod. l. creditor 25. D. de reb. credit. l. interdum & ſeq. D. qui potior. in pignor. hab.* Item
in pupillo ex cuius numis res comparata eſt, *l. idémque 7. eod. l. 3. in princ. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed aper-
tiùs in muliere ex conſtitutione Iuſtiniani in *l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pigno. hab.* ſecundùm eam interpreta-
tionem quam nos tradidimus & probauimus *lib. 8. Conie‍ct. cap. 11.* Ita autem ius commune eſſe, vt qui non
niſi tacitam hypothecam habet, præferatur poſteriori
5 creditori habenti expreſſam, conſtat † eleganter ex *l. ſi qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* quæ licèt de fiſco loquatur,
non tamen fiſci priuilegio aliquo nititur, ſed ratione
illa quæ tota eſt iuris communis, quòd pignoris cauſ-
ſam fiſcus præuenerit. Sic namque Papinianus reſpon-
ſi ſui rationem concipit: *præuenit enim cauſſam pignoris fiſcus.* Nec alia dubitandi ratio erat apud Papinianum,
quàm quòd in bonis futuris fiſco tacitè, priuato autem
anteà & expreſsè obligatis priuatus præferendus eſſe aut
ſaltem vterque in pignore concurrere videretur, ſicut
dici ſolet cùm pluribus bona futura diuerſis temporibus
ſunt obligata *d. l. idémque, §. 1. D. qui potior. in pignor. habeant.* Sed alia hac in re & potentior cauſſa eſt taciti
pignoris quàm expreſſi, propter eam rationem quæ à
nobis ad illum Papiniani locum allata eſt *lib. 2. Coniect. cap. 10.* Hæc autem quæ diximus ita obtinent ſi taci-
6 tam hypothecam nihil impediat. Nam ſi is † cui lex
tacitæ hypothecæ priuilegium alioqui daret, ſibi caue-
rit per expreſſam ſiue in ipſo negotio ſiue ex poſtfacto,
puto expreſſam facere vt priuilegio nullus locus eſſe
poſſit. Id enim eſt quod dici ſolet Expreſſum facere
ceſſare tacitum: quia nec neceſſe eſt vt lex ei proſpiciat
qui ipſe ſibi proſpexit, cùm tacitæ hypothecæ priuile-
gium non aliam ob cauſſam ſit inductum, quàm vti ne
pericliteretur creditor qui ex iuſta aliqua cauſſa priuile-
7 gio & auxilio dignus videatur. Quæ ſententia & ratio †
eſt *legis vltimæ Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.* vbi Iu-
ſtinianus licèt alioqui mulieribus ſupra modum fauere
ſolitus, non aliter tamen iis dat priuilegium tacitæ hy-
pothecæ pro bonis paraphernalibus, quàm ſi expreſ-
ſam nullam adhibuerint. Expreſſa namque pignoris
conuentione intercedente eas ſolas mariti res obligatas
eſſe vult quæ expreſſim pignori datæ ſunt, non item cæ-
teras quæ alioquin tacitæ hypothecæ vinculo contine-
8 rentur. Nec eſt † quod cum *Iacobo Cuiacio* ſubtilem
agas, qui in *Obſeruat. poſterioribus* negat hypothecam
tacitam perimi per expreſſam, contendens in illa Iuſti-
niani lege non tam extingui tacitam hypothecam, quàm
non naſci, cùm expreſſa interuenit, vtpote quam nec
aliter inducere Iuſtinianus velit, quàm ſi de pignore ni-
hil conuenerit. Nam reſpondeo ita Iuſtinianum con-
ſtituiſſe, quia non aliud ex iuris ratione conſtituere po-
tuit: quando ea eſt hypothecarum omnium legalium
quas tacitas appellamus conditio & natura, vt cum ex-
preſſa concurrere numquam poſſint, nec ſanè vllus iuris
locus eſt qui repugnet, ſi ſolam dotis cauſſam excipias,
de qua ſequenti capite dicemus. Quibus conſequens
eſt, vt ſi is qui ab initio tacitam hypothecam habuit, &
eo iure poſteriores creditores, licèt expreſſam hypothe-
cam habentes vincere potuit, poſteà expreſſim pignus
acceperit poſtponendus ſit cæteris creditoribus hypo-
thecariis qui medio tempore contraxerint: quia cùm
tacitam hypothecam nullam habeat, ſupereſt expreſſa
ſola, in qua poſterior eſt. Nec rectè comparabitur ei qui
cùm pignus † accepiſſet poſteà nouatione facta idem
pignus accepit: quem Papinianus reſpondit in ſui ip- 9
ſius locum ſuccedere, & priſtinum temporis ordinem
retinere *l. 3. l. creditor 12. §. Papinianus D. qui potior. in pignor. habeant.* Expreſſa † namque hypotheca quæ 10
facti eſt, fieri nequit vt pro non expreſſa habeatur. Ta-
cita autem ſicut ex lege & iure eſt, ita facilè per legem
iuriſque rationem in eum ſtatum reduci poteſt, vt nun-
quam competiiſſe exiſtimetur, licèt aliquando re vera
competierit: nimirum accedente expreſſa, quæ facit
quandocunque ſuperueniens vt ceſſet ratio tacitæ in-
ducendæ, & conſequenter vt inducta finiatur. Nam
quemadmodum lex nihil fingit fruſtra, ita nec fictionem
quæ aliquando vtilis eſſe potuit, retinet ex quo incipit
fieri inutilis, id eſt, ex quo peruenit ad eum caſum à
quo non potuit incipere. Igitur debebit † creditor ille
de quo tractamus proteſtari cùm acquirit ſibi ius expreſ- 11
ſæ hypothecæ, velle ſe ſaluum ſibi manere ordinem,
quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter
hypothecarios creditores. Neque enim dubitandum
eſt quin eiuſmodi proteſtatione ius anterioritatis re-
tenturus ſit, cùm nulla ex eo iniuria fiat illis quibus
medio tempore ius quæſitum eſt, quos æquè ſupera-
turus erat etſi tacitam duntaxat hypothecam habuiſ-
ſet: quamuis neque proteſtando, neque paciſcendo ta-
citam ipſam hypothecam ſibi retinere poſſit, quam
facto ſuo amiſit hoc ipſo quod beneficio legis conten-
tus eſſe noluit, qui expreſſam ſibi comparauit, atque
ita effecit, ne legis auxilio indigere ampliùs videri
poſſit.

ERROR II.

De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote.

SVMMARIA.

1 *Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habeat niſi inter chirographarios creditores.*
2 *Hodie verò habet duplex priuilegium tacitæ ſcilicet hypothecæ & prælationis.*
3 *Prælationis illud priuilegium quale.*
4 *Quo caſu qui poſterior contraxit præferatur anteriori-bus hypothecam expreſſam habentibus.*
5 *Caſus quo ex iure communi mulier præferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam ha-bentibus.*
6 *Eſt quidem abſurdum vt mulier pro dote creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus an-teponatur: ita tamen à Iuſtiniano conſtitutum eſt.*
7 *Tertium mulieris priuilegium pertinens ad tacitam hy-pothecam quam pro dote habet.*

8 *Refellitur error pragmaticorum negantium ſpecialis hypotheca excuſſionem ante omnia facere teneri mulierem, ſed ei ius eſſe cætera mariti bona perſequi ſi velit.*
9 *Nullum eſt dotis priuilegium aduerſus exceptionem non factæ excuſſionis.*
10 *Tacitam hypothecam quando lex inducat.*
11 *Mulier dotem repetens excuſſa ſpeciali hypotheca poteſt ad generalem regredi.*

1 MVLIER † quæ Pandectarum iure nullum
pro dote priuilegium habebat niſi inter
chirographarios creditores, quorum priui-
legia non ex tempore æſtimari ſolent, ſed
ex cauſſa, hodie Iuſtiniani conſtitutionibus
2 duplex † priuilegium habet, tacitæ ſcilicet hypothecæ,
& prælationis. *l. vnic. C. de rei vxor. act. l. aſſiduis 12. C. qui*
potior. in pignor. hab. & *Nouell. 97. de æqual. dot.* Prælatio-
3 nis, † inquam, vt creditoribus cæteris omnibus etiam
anterioribus præferatur, non ſolùm ſi tacitam hypothe-
cam habeant, vt vulgò pragmatici poſt interpretes ſen-
tiunt, ſed & ſi expreſſam. Hanc enim Iuſtiniani mentem
& ſententiam eſſe probauimus *lib. 8. Coniecturar. cap. 11.*
& ſeq. Iniquiſſimam ſanè ſi iuris rationem inſpicias. Etſi
enim non eſt nouum vt qui poſterior contraxit præfe-
ratur anterioribus expreſſam quoque hypothecam ha-
4 bentibus. Id tamen † vix eſt vt alio vllo caſu contingat,
quàm quo pecunia creditoris poſterioris ſaluam fecerit
aut præbuerit pignoris cauſſam, vt in iis ſpeciebus quas
Iureconſulti tractant in lege *interdum 5. & duabus ſe-*
quentibus. D. qui potior. in pignor. habeant. At ex dote nihil
omnino commodi poteſt accedere creditoribus anterio-
ribus, niſi ponas ex dotali pecunia comparatum fun-
dum, qui per hypothecariam vindicetur ex futurorum
5 bonorum obligatione. Hoc enim † caſu fatebor libentiſ-
ſimè mulierem in eo fundo cæteris omnibus præferri de-
bere, & quidem non ex priuilegio, ſed ex iure commu-
ni, *lege licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* Nimirum
concurrente priuilegio tacitæ hypothecæ, quæ facit vt
neceſſaria non ſit expreſſa, quæ alioqui neceſſaria eſſet.
Extra hunc caſum non nego quod interpretes affirmant
6 nihil poſſe dici abſurdius † quàm vt mulier pro dote
creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam haben-
tibus anteponatur: Sed nego conſecutionem, ſi quis ex
eo cum interpretibus & pragmaticis inferre velit idip-
ſum à Iuſtiniano conſtitutum non fuiſſe. Quis enim
neſciat quàm impensè & plus æquo mulieribus fauere
Iuſtinianus voluerit? Aut quis miretur Iuſtiniani con-
ſtitutiones nouas & correctorias à iuris & æquitatis ra-
tione diſſentire? Denique hic illud Vlpiani verbum ob-
tinet, *Dura quidem lex, ſed ita ſcripta eſt.* Aliud & ter-
7 tium mulieris † priuilegium eſt quod attinet ad hypo-
thecam tacitam quam habet pro dote. Nam ſi mulier ta-
cito pignore non contenta, expreſſa pignoris conuen-
tione ſibi proſpexerit, ita tamen vt maior taciti quàm
expreſſi pignoris vtilitas conſtare poſſit, dicendum eſt
non eo minùs tacitam hypothecam locum habere, quæ
alioqui per expreſſam perimeretur, vt proximo capite di-
ſputauimus. Exemplum eſto, Si expreſſa pignoris con-
uentio facta ſit ex interuallo poſt dotis conſtitutionem,
& eo tempore quo ius quæſitum iam ſit aliis qui medio
tempore cum marito ſub pignore contraxerunt. Si
enim mulier iure communi vteretur, amitteret non
modò priuilegium temporis, ſed etiam hypothecam ip-
ſam tacitam propter expreſſam: Et ideò ne adiectio ex-
preſſi pignoris deteriorem faciat dotis & mulieris con-
ditionem, hypotheca tacita ſalua manet. Exemplum al-
terum eſt, ſi expreſſa pignoris conuentione certa dunta-
xat bona mariti obligata ſint. Nam nec hæc conuentio
mulieri noceret ſi tacita hypotheca quæ generalis eſt
per expreſſam ſpecialem perempta intelligeretur. Siqui-
dem negari non poteſt quin mulieris interſit habere
obligata generaliter bona omnia mariti potiùs quàm aut
hæc aut illa ſpecialiter. Huculque priuilegij ratio tota
ex eo proficiſcitur, quòd dotis cauſſa & conditio nulla
pactione deterior fieri poſſit, id eſt, ne muliere quidem
volente, quoniam ea res non tantùm ad priuatam mulie-
ris vtilitatem pertinet, ſed etiam ad publicum reipubli-
cæ fauorem *lege Attilicinus 17. D. de pact. dotal.* Quod
nec pragmatici ipſi ignorant. Sed in eo tamen labun-
tur, † quòd exiſtimant mulierem quæ pro dote ſpecia- 8
liter pignora quædam accepit, non minùs iuris habere ſi
ex tacitæ hypothecæ iure cætera mariti bona perſequi
& vindicare velit, quàm ſi ſpecialiter pignus nullum
acceptum eſſet, vt perinde aduerſus quoſlibet bonorum
mariti poſſeſſores hypothecariam exercere poſſit, nec
ſpecialis hypothecæ excuſſionem ante omnia facere
compellatur. Nam cùm ita comparatum ſit ius commu-
ne, vt etiam excuſſo debitore aut habendo pro excuſſo,
ſi fortè euidenter abſens ſit aut non ſoluendo, priùs ta-
men bona quæ ſpecialiter obligata ſunt excuti opor-
teat, quàm ex generali obligatione in cætera agi poſſit
l. 2. C. de pignor. l. 2. D. qui potior. in pignor. habeant. non
puto dubitandum quin eodem iure mulier vti debeat,
quandiu ex bonis ſpecialiter obligatis dotem & indem-
nitatem plenam conſequi poteſt: vt hoc caſu ſolius hy-
pothecæ ſpecialis, non etiam generalis tacitæ ratio ha-
beatur, non magis quàm ſi aut inter alias perſonas, aut
de alia re, quàm de dote tractaretur. Cur enim fauore
dotis recedamus à iure communi, cùm dos nullomodo
periclitatur? Illud enim vtrique conſtat dotis † priuile- 9
gium nullum eſſe aduerſus exceptionem non factæ ex-
cuſſionis, neque hac parte inter mulierem & cæteros
creditores quicquam intereſſe, ne tum quidem cùm ge-
neraliter & expreſſim bona omnia mariti pro dote obli-
gata proponuntur. Quantò minus igitur ſi generalis
illa obligatio non ex conuentione deſcendat, ſed ex ſola
legis poteſtate? Nam cùm generalis hypotheca expreſſa
eſt, fieri interdum poteſt, vt non factæ excuſſionis ex-
ceptioni locus nullus relinquatur, nempe ſi ſubiecta ſit
clauſula illa, quam notarij ferè ſemper ſubiicere ſolent,
ne ſpecialitas deroget generalitati, nec contrà: Quæ clau-
ſula vix eſt vt vnquam vſurpetur cùm generalis hypo-
theca nulla, niſi tacita eſt: neque verò vſurpari commo-
dè poteſt, cùm, vt à nobis probatum eſt, in ſuperioribus
acceſſione pignoris expreſſi, tacitum ſi quod fuit omni-
no extinguatur, etiam inuito creditore, in cuius non
magis eſt poteſtate vt priuilegium tacitæ hypothecæ re-
tineat, in eum caſum quo ſibi ille pro arbitrio cauet ne
legis auxilio indigeat, quàm vt inducat eo caſu quo lex
non inducit. Vtrumque ſcilicet, ex legis pendet auto-
ritate, quæ † porrò tacitam hypothecam nec induxit 10
vnquam, nec retinet, niſi cùm æquitas facit vt neceſſa-
rium id eſſe videatur: non videtur autem neceſſarium
quoties ea perſona cui lex offert tacitam hypothecam
mauult ſibi proſpicere per expreſſam, ſiue expreſſa ido-
nea ſit, ſiue non. Sibi enim imputet qui legis beneficio
nolit eſſe contentus: nimirum ſi talis creditor ſit qui
conditionem ſuam pro arbitrio facere deteriorem poſſit.
Nam ſi proponas mulierem † de dote repetenda labo- 11
rantem, admittam non inuitus quod pragmatici vo-
lunt, perinde hoc vno caſu ſaluam ei ſupereſſe tacitam
hypothecam, & conſequenter in cætera omnia mariti
bona generaliter, quamuis tacitè duntaxat obligata, acſi
ſpecialis conuentio pignoris nulla interceſſiſſet, pro ea
ſcilicet debiti parte quæ ex bonis ſpecialiter obligatis
redigi & ſeruari non potuerit. Hoc enim ſemper con-
tendo ſpecialis hypothecæ excuſſionem ante omnia fieri
debere à muliere, non ſecus atque ab alio quolibet credi-
tore: quemadmodum contingeret ſi conſtante matrimo-
nio mulier iura hypothecarum vltrò & ſine cauſſa remi-
ſiſſet. Quo caſu dubitari non oporteret quin remiſſio va-
leret, ſi modò eo tempore quo de dote ageretur ex reli-
quis mariti bonis indemnitatem habere mulier poſſet. *l.*

iubemus. C. ad S C. Velleian. quaſi nulla tum metuenda mulieri captione. Siquidem in remiſſione huius vel illius pignoris neque donatio neque damnum vllum verſatur, quandiù aliunde ſatisfieri creditori poteſt, *l. etſi. 18. D. quæ in fraud. credit.*

ERROR III.

De hypotheca ſpecialis excuſſione.

SVMMARIA.

1 *Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet, quædam verò ſpecialiter, non poteſt generalem hypothecam priùs perſequi, quàm ſpecialis excuſſionem fecerit.*

2 *Ex erronea pragmaticorum ſententia quiſquis rem aliquam ex bonis generaliter obligatis poſſidet, ſi hypothecaria conueniatur, poteſt non excuſſæ ſpecialis hypothecæ exceptionem obiicere.*

3 *Diſtinctio adhibenda in quæſtione de exceptione non excuſſæ ſpecialis hypothecæ competente ei qui bona generaliter obligata poſſidet.*

4 *An d. exceptio competat creditori chirographario qui bona generaliter obligata poſſidet?*

5 *An exceptio non excuſſi debitoris competat ei qui ſpecialem hypothecam bona fide poſſidet, diſputatio aduerſus pragmaticos.*

6 *Nullum eſt remedium quo poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandam non excuſſi debitoris exceptionem.*

7 *Quomodo caueri poſſit ne locum habeat exceptio non diſcuſſa hypotheca ſpecialis.*

1 CVm quis vniuerſa † debitoris ſui bona generaliter pignori accepit, quædam autem ex ipſis ſpecialiter, ſiue ſpecialis obligatio, ſiue generalis præceſſerit, conſtat non priùs poſſe creditorem in ea bona agere quæ obligatione generali continentur, quàm ſpecialis hypothecæ excuſſionem fecerit, quaſi eam ipſe ſibi legem ab initio præſtituerit, qui non contentus generali pignoris conuentione ſpecialem adiecit, *l. 2. C. de pignor. l. 2. D. qui potior. in pignor. hab.* Vix enim eſt vt quis ſpecialiter pignori accipiat eam rem, quam ſoluendo debito imparem eſſe ſciat, ideóque quandiu res illa extat, illud ſaltem diſcutiendum eſt an ex eius pretio ſatisfieri commodè poſſit, antequam ad alia pignora quæ non niſi generaliter obligata ſunt, perueniatur. Sed tamen quomodo id accipiendum ſit non omnes intelligunt, & in
2 eo etiam aliquando à pragmaticis erratur. Putant † enim tam generaliter id accipi debere vt quiſquis rem aliquam ex bonis generaliter obligatis poſſidet, ſi prior hypothecaria conueniatur, hanc non excuſſæ ſpecialis hypothecæ exceptionem obiicere poſſit. Quod non ita
3 eſt. Diſtinctionem enim † adhiberi oportet an poſſeſſor ille ſit etiam creditor néc ne: vt ſi creditor ſit, habeat exceptionem, ſi non ſit, non habeat, cuius diſtinctionis ratio manifeſta illa eſt, quòd multo æquius ſit fauere creditori qui etiam poſſeſſor eſt quàm nudo poſſeſſori qui nihil omnino iuris in ea re habeat quæ alteri generaliter eſt obligata. Creditorem autem intelligo eum cui ex quacunque cauſſa debetur. Itaque ſi quis rem generaliter obligatam poſſideat ex cauſſa emptionis, aut alio quocunque iuſto titulo, nec ſolùm ſi ex oneroſo, ſed etiam ſi ex lucratiuo, puta ex mera donatione, non dubito quin huiuſmodi exceptione ſit adiuuandus, quia verum eſt eum eſſe creditorem, adeóque plus quàm creditorem qui etiam dominus eſt. At nudus alieni pignoris poſſeſſor, id eſt, qui nullum aliud ius in pignore alieno habeat, quàm quia poſſidet, neque fauore, neque auxilio vllo dignus videri poteſt aduerſus eum qui propriæ conuentionis ius exequitur: quemadmodum nec habet eam non excuſſi debitoris exceptionem de qua in ſuperioribus diximus, & quæ ex Iuſtiniani noua conſtitutione tertiis poſſeſſoribus accommodatur: tametſi multo facilius ſit vt illa quàm vt hæc detur, quia non tanta ſit iniuria creditori qui agere cogitur aduerſus debitorem ipſum nullas omnino defenſiones habiturum, quanta ſit cùm excutere cogitur rem poſſeſſam ab alio, qui poſſeſſionis ſuæ tuendæ gratia nihil non moliturus ſit vt longioris litis ambagibus creditorem fatiget. Quid ergo ſi ex bonis † generaliter 4
obligatis aliquid poſſideatur ab eo, qui ſit quidem creditor ſed chirographarius tantùm non hypothecarius? Iam enim alio loco monuimus ad huiuſmodi creditores chirographarios qui pignus nullum habent non pertinere titulum illum Codicis etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe. Et puto non debere huius creditoris meliorem eſſe conditionem quàm ſi nudus poſſeſſor eſſet, quia cùm de pignore quæritur, nihil refert an creditor quis non ſit, an ſit duntaxat chirographarius. Pignoratitio enim ſuccurrimus quia veriſimile eſt eum contraxiſſe, & ex bonis generaliter obligatis pignus accepiſſe, quòd ſciret futurum vt ex aliis quæ ſpecialiter obligata eſſent, creditori anteriori, commodè ſatisfieri poſſet: quæ ratio non congruit creditori qui pignus nullum accepit. Nec eo minùs tamen is † 5
qui ſpecialem hypothecam bona fide poſſidet, iuuandus eſt exceptione non excuſſi debitoris ſi ante factam illam excuſſionem rectà per hypothecariam conueniatur: in quo etiam plerique ex vulgaribus pragmaticis errant, exiſtimantes ſpecialis hypothecæ conuentionem eam vim habere, vt impediat exceptionem quæ aliàs obiici poſſet non excuſſi debitoris. Nam cùm ea exceptio detur poſſeſſori ſolius legis beneficio, & fauore tuendæ poſſeſſionis quæ ex iuſto titulo in alium tranſlata eſt, apparet ſpecialem hypothecam per quam creditor anterior ſibi proſpexit, non magis poſſe viam præcludere exceptioni non factæ excuſſionis, quàm facere vti ne poſſeſſio rei ſpecialiter obligatæ in emptorem aliúmve iuſtum acquiſitorem transferatur. Neque verò fieri vlla cautione poteſt vt beneficium quod tertius poſſeſſor à lege etiam inuito creditore habiturus eſt, ipſius creditoris facto ei præripiatur. Excipio tamen, ſi cum pragmaticis errandum & ineptiendum eſt, caſum illum quo creditor hypothecarius poſſeſſionem pignoris nactus ſit, ſiue per veram traditionem, ſiue per clauſulam conſtituti quæ ſit traditionis vice. Tunc enim creditor qui idem poſſeſſor eſt ſi impleret beneficium *legis vltima Cod. de acquir. poſſeſſ.* ad ſuam poſſeſſionem auocandam & retinendam, non poteſt repelli exceptione non factæ excuſſionis quæ non competit niſi poſſeſſori: idque ſiue agat contra eum qui aliquid teneat ex bonis generaliter obligatis, ſiue contra ſpecialis hypothecæ detentorem. Eadem enim vtriuſque caſus ratio eſt, cùm vtraque exceptio ſiue non excuſſi debitoris, ſiue non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, ſoli poſſeſſori detur, numquam autem ei qui non poſſidet: in eóque pragmatici omnes conſentiunt tam conſtanter, quàm ego iuſtè ab omnibus diſſentio. Nego enim poſſeſſorem pignoris manere eum qui aut per traditionem, aut per clauſulam conſtituti poſſeſſor factus fuit, ſi pignus à debitore alienatum ſit in eum qui corporalem ipſius poſſeſſionem ſibi habere cœperit. Nego Iuſtiniani conſtitutionem qua illi tam inſulsè abutuntur, ad eum caſum pertinere quo is qui alieno nomine poſſidebat rem alienauerit & corporalem, atque vt vocant, aſininam poſſeſſionem in alium tranſtulerit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſſio derelicta tantùm aut prodita, non etiam tradita ſit vt pluribus docuimus *Decade quarta.* Itaque ſi bene ſentio, nullum † prorſus reme- 6
dium

dium eſt, quo poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandum non excuſſi debitoris exceptionem. Nam ſi ponas eum non hypothecam, ſed pignus accepiſſe, id eſt rem mobilem quam in pugno & manu habeat, quæſtioni locus nullus eſſe poteſt, quia nec hypothecaria actione indiget ad aduocandam poſſeſſionem quam penes ſe iam habeat, niſi proponas ex poſtfacto amiſſam, quo caſu fatendum eſt æquè locum fore exceptioni, atque ſi is hypothecam ab initio non pignus accepiſſet. Neque enim quiſquam dixerit Iuſtinianı conſtitutionem in *dict. l. vltim. C. de acquir. poſſeſſ.* ad eum pertinere qui ſuam poſſeſſionem, quam per ſeipſum retinebat, ipſe amiſerit. Planè aduerſus exceptio-
7 nem † non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, poteſt remedio & cautioni locus eſſe: nimirum vt caueat creditor, expreſsimque conueniat ne generalitati ſpecialitas deroget, aut contrà. Quæ vulgaris clauſula eſt à notariis paſſim adhiberi in hanc rem ſolita, vt ſuperiore capite dicebamus. Et ratio diſſimilitudinis eſt, quia exceptio nō excuſſi debitoris competit ex lege inuito iam creditore. Nemo autem facere poteſt quin leges locum habeant, niſi cum lex aliquid conſtituit in eum caſum quo nihil in contrarium ab homine cautum, & conſtitutum ſit. At exceptio non excuſſæ ſpecialis hypothecæ competit ex æquitate quadam, cui cauſam dat voluntas ipſa ſaltem tacita creditoris, qui non contentus generali obligatione bonorum debitoris pignus aliquod aut hypothecam ſpecialiter accipiendo ſatis declarauit malle ſe ex iis bonis ſpecialiter obligatis ſuum conſequi, quàm ex cæteris. Neque tamen ideò fit vt inutilis maneat obligatio cæterorū, cùm excuſſione facta ſpecialis hypothecæ liberam habiturus ſit creditor eorum perſecutionem, id eſt, ſiue ſpecialis illa hypotheca minùs idonea, ſiue perſecutio eius difficilior reperiretur. Adiecta portò clauſula & proteſtatione illa vt generalitati ſpecialitas nō deroget, aperti ſſima eſt voluntas creditoris nolentis ex eo iure quod per generalem pignoris conuentionem ſibi quæſiuit, quicquam detrahi ob id ſolùm quod ſpecialem hypothecam adiecerit: Proinde nullus contrariæ voluntatis coniecturæ locus relinquitur.

ERROR IV.

De poteſtate generalis hypothecæ ijs caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur.

SVMMARIA.

1 *Quàm parum cautè faciant ij creditores qui ad generalem bonorum debitoris omnium obligationem adijciant ſpecialem.*
2 *Quibus caſibus putent pragmatici ſpecialem hypothecam maioris vtilitatis eſſe creditori, quam generalē.*
3 *Clauſula conſtituti non poteſt facere, vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat.*
4 *Interueniente contentione de non alienando fundo qui oppignoratus eſt creditori, alienatio non valet.*
5 *Specialis hypotheca ſine conuentione de non alienando pignore, non poteſt impedire alienationem, contra pragmaticos.*
6 *Non minor eſt vis generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt conductori retentio detur aduerſus emptorem quouſque indemnitatem ſit conſecutus.*
7 *Quò pertineat titulus Codicis.* Etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poſſe.
8 *Quo caſu ſpecialis hypothecæ vſus ſit neceſſarius.*

1 QVæ proximè diximus, oſtendunt quàm parum cautè faciant plerique † creditorum, qui ad generalem bonorum debitoris omnium obligationem adiiciunt ſpecialem, cùm inde fiat vt duplicis excuſſionis faciendæ incommodo ſe onerent, ſi quando hypothecariam exercere volent, excutiendi ſcilicet primùm debitoris, deinde excutiendæ ſpecialis hypothecæ
Sunt tamen quidam caſus † in quibus vulgò creditum 2
eſt à pragmaticis, ſpecialem hypothecam maioris commodi & vtilitatis eſſe creditori quàm generalem. Vnus ille eſt, ſi is qui fundum certis annis certáque penſione fruendum locauit, eum fundum ante finitam conductionem vendiderit. Etſi enim conſtat non teneri emptorem ſtare colono *leg. emptorem 5. Cod. de locat.* quia locatio ſicuti non transfert dominium, ita neque impedit quo minus locator rem ſuam alienando transferat dominium in accipientem, nec conſequenter quominus emptor re ſua pro arbitrio vtatur, ſi tamen is ipſe fundus qui locatus eſt ſpecialiter obligatus fuerit conductori pro eius indemnitate, contractúſque obſeruatione, placet non aliter permittendum emptori, vt conductorem expellat, quàm ſi ante omnia indemnitatem ei præſtiterit, cuius conſequendæ nomine conductor nonnili perſonalem ex conducto actionem haberet contra locatorem, ſi aut nulla, aut generalis duntaxat hypotheca ſubeſſet: Alter caſus eſt, Si quis iuſta pactione obſtrinxerit ſe ad certum fundum tibi vendēdum, iſque poſteà fundum illum alteri vendiderit. Quanquā enim tibi obligatus eſt perſonali actione, quæ ex cōtractu iuſto naſcitur in id omne quod tua intereſt ob fidem ruptam, non ideò tamen minùs tranſlatum videri poteſt dominium in alium emptorem per traditionem à domino factam, niſi ea tranſlatio impedita ſit per ſpecialem eiuſdem fundi obligationem ex *l. ſi creditor 7. §. 1 de diſtrah. pignor.* iunct. *l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi. D. de action. empt.* His itaque caſibus & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, volunt pragmatici neceſſariam eſſe ſpecialem pignoris conuentionem, nec ſufficere generalem, quaſi ſpecialis ſit fortior ad rem ipſam, de qua retinenda agitur afficiendam Sed & ſunt qui putent, ſpecialem ipſam ſufficere, niſi accedat etiam clauſula cōſtituti per quam poſſeſſio transfertur in creditorem, vt idem ſit & creditor & pignoratitius, & pignoris poſſeſſor. Nemo enim dubitat quin facilìus danda ſit creditori poſſidenti retentio, quàm non poſſidenti perſecutio. Pro poſſeſſore autem habent creditorem qui per clauſulam conſtituti aut aliter poſſeſſor ſemel factus eſt, licèt tranſlatio facta ſit & domini & poſſeſſionis in emptorem, quia putant habere illum ius auocandæ adeóque retinendæ ſuæ poſſeſſionis, implorato duntaxat auxilio conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vltima. C. de acquirend. poſſeſſione*, qui perpetuus pragmaticorum error eſt, toties à nobis confutandus, quoties inculcandus. Nam vt hinc ordiamur, non poteſt facere clauſula † conſtituti, ſicut nec vera
realiſque traditio, vt poſſeſſor quis maneat eius rei, quā 3
alius reuera & corporaliter ſit detinet vt eam non alij, ſed ſibi ſoli habere velit. Cùm enim poſſeſſio aut tota facti ſit non iuris, aut ſaltem facti magis quàm iuris *leg. denique. 19. D. ex quibus cauſſ. maior.* pendeátque ex animo eius qui rem tenet ſi alienam poſſeſſionem interuertere, ſibique eam habere malit fieri certè nequit, vt non poſſideat ſiue iuſtè ſiue iniuſtè quiſquis rem tenet animo domini, & conſequenter vt non deſinat poſſidere qui anteà poſſidebat, ſiquidem duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt *lege 3. §. ex contrario D. de acquirend. poſſeſſion.* quemadmodum diſputauimus *decade quarta* Nec Iuſtiniani conſtitutio in *dict. l. vltima* ad hunc caſum pertinet, quo is qui alieno nomine poſſidebat poſſeſſionem tradidit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſſionem dereliquit, aut etiam prodidit citra traditionem: vt ipſa legis verba præ ſe ferunt. Igitur non eſt cur conſtituti poteſtatem in auxilium euocemus, quando eum caſum tractamus, quo agatur aduerſus emptorem eundémque detentorem rei, quæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter fuit obligata. Et tamen non facilè, meo iudicio, dici

 poteſt,

poteſt, quin prodeſſe debeat hypotheca ſpecialis ſine
poſſeſſione ad impediendam dominij tranſlationem, niſi
cùm hoc ipſum nominatim conuenit, vt fundus ille
4 alienari non poſſit. Huiuſmodi enim conuentione † in-
tercedente, fateor alienationem non valere, vt pactioni
ſtetur, quomodo ſcriptum eſt in *d. l. ſi creditor. §. 2. de*
diſtract. pign. vbi ſine cauſſa *Baldus*, vt referunt, legebat
vllam pro *nullam*, quia ſi alienationem à domino factam
illud ratam facere ſolet, quòd nihil ſit tam conueniens
naturali rationi & æquitati quàm voluntatem domini
rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *l.*
adeò 7. §. qua ratione. D. de acquir. rerum dominio. conſe-
quens eſt, vt qui propria conuentione alienandi facul-
tatem ſibi præreptam voluit, alienare poſteà non poſſit
inuito creditore qui ius pignoris in ipſa re habeat, licèt
ius ipſum pignoris ſi pactio de non alienando nulla ac-
ceſſiſſet, non ſufficeret ad impediendum quominùs ſaluo
pignoris iure diſtrahi res poſſet. Enimuerò non aliud ad-
mittendum erit ſi generalis tantùm, non etiam ſpecialis
hypotheca conſtituta proponatur. Æquè enim rem affi-
cit hypotheca generalis atque ſpecialis. Nec minùs ve-
rum eſt ius in re habere creditorem, cui generaliter,
quàm cui ſpecialiter pignus datum fuit. Nulla autem
5 interueniente † conuentione de non alienando pigno-
re, nego ſpecialem hypothecam facere poſſe vt alienatio
impediatur dummodo debitor qui alienat poſſeſſionem
habeat, ſiue veram, ſiue aſininam (neque enim ſine poſ-
ſeſſione dominium transferri poſſet) cùm nec facere
poſſit ne locus ſit exceptioni non factæ excuſſionis,
quemadmodum proximo capite dicebamus, cui tamen
locus eſſe non poſſet ſi alienatio impediretur, ſiquidem
non videretur titulum habere, nec aliquo fauore dignus
eſſe, qui ex emptione nulla poſſideret, alioqui priuare-
tur conuentionis ſuæ fructu creditor ſpecialiter pactus
de pignore qui hoc ipſo de non alienando pignore
pactus intelligeretur, cùm non leue incommodum ex eo
ſentiat, quod debitoris excuſſionem facere cogitur, non
facturus vtique ſi debitor ipſe poſſideret, nec alienaſſet.
Nihil ergo hac parte intereſt an generaliter pactus ſit
creditor de pignore, an ſpecialiter. In alia autem ſpecie
cùm locatus fuit fundus, & ante finitam conductionem
à locatore alienatus, ſimiliter dico non minorem eſſe
6 vim † generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt condu-
ctori retentio detur fundi aduerſus emptorem, quouſ-
que indemnitatem ſit conſecutus. Nam cùm ex loca-
tione dominium non transferatur in conductorem, vt
diximus, negari non poteſt quin obligatis à locatore
bonis ſuis omnibus, is quoque fundus qui locatus eſt
obligatus intelligatur: Etſi autem non magis poſſeſſio
quàm dominium rei locatæ acquiritur conductori, re-
tentio autem non niſi poſſeſſori videtur danda eſſe, ta-
men verius eſt retinendi pignoris ius habere omnem qui
corporalem & aſininam habet pignoris poſſeſſionem,
quomodo habet conductor qui & ob hanc cauſſam ali-
quando dicitur naturaliter poſſidere. Fit enim ex con-
ductore creditor ſtatim atque re conducta frui prohibe-
tur, ſiue per locatorem prohibeatur, ſiue per alium qui
cauſam habeat à locatore, nec quod incipit ſuo nomine
poſſidere eam rem quam anteà non niſi conducti titulo,
id eſt pro alieno poſſidebat, facere debet, vt poſſeſſio-
nis cauſam ſibi ipſi mutare videatur: Vtitur enim iure
ſuo, & quidem iure quod ex ipſo conductionis titulo
7 nactus eſt. Et huc maximè pertinet † titulus ille Codi-
cis; *Et iam ob chirographariam pecuniam pignus retineri*
poſſe. Retinere namque poteſt quiſquis detinet, licèt
non poſſideat eo poſſeſſionis genere quod proprium eſt
interdictorum, vt Vlpianus loquitur *in l. officium 9. de rei*
vindication. Nec proinde neceſſe eſt adhibitam eſſe in
contractu clauſulam conſtituti ad transferendam rei lo-
catæ poſſeſſionem in conductorem, quaſi ſub ea condi-
tione, ſi quid à locatore aduerſus contractum factum
erit: quanquam tutius ſanè & melius id fuerit, ne qua
pragmaticis cauillandi occaſio relinquatur. Nihílne
igitur creditoris intererit vtrum generalem hypothecam
habeat an ſpecialem? Nihil prorſus quod ad ipſius
commodum attinet, niſi vno caſu, quem nos in Codice
Sabaudico proferemus. Solet tamen ſpecialis † hypo- 8
thecæ vſus tum maximè eſſe neceſſarius, cùm antichreſis
contrahitur, id eſt, pignus ea lege datum vt fructus ex eo
percipiendi cedant in vicem vſurarum, *l. & quæ nondum*
15. §. ſi antichreſis. D. de pignor. Nempe quòd ea pigno-
ris conuentio non aliter valeat, quàm ſi facta non ſit in
fraudem legitimarum vſurarum, id eſt, ſi fructus qui
ex pignore percipi commodè poſſunt legitimo vſura-
rum modo reſpondeant. Inde namque fit vt fructuum
quoque modus certus eſſe debeat, vt ſciri poſſit, an ſit
legitimus, quod tamen obligatis generaliter, datiſque
in antichreſim bonis omnibus debitoris ſciri non poſſet:
Præter id quod vix eſt, vt quis bonorum omnium anti-
chreſim contrahat, nec ſibi quicquam fructuum reli-
quum faciat, ex quo ſuam ſuorúmque vitam tueri
poſſit.

ERROR V.

De locatore rem conductam vindicante à conductore.

SVMMARIA.

1 *Quodnam ius nouum introduxerit Iuſtinianus in l. ſi quis conductionis. Cod. de locat.*
2 *D. Iuſtiniani conſtitutionem à vera iuris ciuilis ratione abhorrere.*
3 *Quomodo accipienda iuris veteris regula, qui ab aduerſario poſſidet nunquam poteſt aduerſarium vincere ob id quòd poſſideat.*
4 *Expenditur ratio quæ videtur facere pro Iuſtiniano, non eſſe permittendum conductori vt cauſam poſſeſſionis ſibi mutet.*
5 *Obligatio ex contractu conductionis naſcens non aſtringit conductorem ad rem reſtituendam, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit.*
6 *Quis ſit color æquitatis Iuſtinianeæ conſtitutionis.*
7 *Si locator directa rei locatæ vindicatione vtatur, an poſſit conductor dominij quæſtionem referre.*
8 *Sententia pragmaticorum negans.*
9 *Aſſertio autoris affirmans.*
10 *Emptor conuentus hypothecaria à venditoris creditore poteſt negare rem fuiſſe venditoris contra pragmat.*

NOn incelebris eſt conſtitutio Iuſtiniani in *l. ſi*
quis conductionis. C. de locat. qua † conſtitu- 1
tum eſt, vt qui conductionis titulo rem
tenet, ſi à locatore conueniatur, finita lo-
catione ad eius rei corporalem & naturalem poſſeſſio-
nem reſtituendam, dominij quæſtionem referre non
poſſit, nec rei reſtitutionem differre aut recuſare eo præ-
textu, quaſi dominus ipſe ſit, non is qui locauit. Quæ
conſtitutio nouum ſanè ius continet, abhorrénſque à
vera rectáque iuris ciuilis ratione. Etſi † enim nihil 2
commune habet proprietas cum poſſeſſione, priúſque
poſſeſſionis quàm dominij quæſtio terminanda eſt, ſi
tamen in promptu appareat de iure conductoris, quòd
dominus ſit rei à ſe conductæ, dubitari non oportet,
quin probatio dominij abſorbeat cauſſam poſſeſſionis,
ſi Papinianus potiùs quàm Iuſtinianus conſulatur. Nec
obſtabit quòd etiam veteris iuris † regula illa fuit, vt 3
qui ab aduerſario poſſideret, nunquam poſſet aduerſa-
rium vincere ob id quòd poſſideret, *l. 1. §. vlt. D. quod vi*
aut clam. Sic enim id accipiendum eſt, quomodo &
Vlpianus

Vlpianus loquitur, non vt numquam vincere debeat aduerſarium à quo poſſidet, ſed vt numquam vincere debeat ob hoc ſolùm quia poſſidet, id eſt in cauſſa poſſeſſionis. Cæterùm in cauſſa dominij nihil prohibet quominùs vincere poſſit, cùm eam victoriam non ex eo ſibi comparet quòd poſſideat, ſed ex eo quòd
4 ſit dominus. Illa potiùs ratio † facit pro Iuſtiniano,
quòd non ſit permittendum conductori vt ſibi mutet cauſſam poſſeſſionis, quam vtique mutare videtur, cùm incipit velle pro ſuo & pro domino poſſidere rem quam anteà pro alieno, nec niſi conductionis titulo poſſidebat. Sed tamen fieri poteſt vt dominij quæſtionem referat, nec tamen ſibi mutet cauſſam poſſeſſionis, vt puta, ſi non priùs pro ſuo poſſidere velit, quàm de dominij ſui iure cognitum fuerit, & pronunciatum, priùs autem de dominij iure cognoſci & pronunciari velit, quàm rem reſtituere compellatur. Quid ergo? Moram tantùm facit in ea re reſtituenda quam conducti titulo adhuc te-
5 net. Quòd ſi addas, obligatum † eſſe ex contractu con-
ductorem vt rem ſibi locatam reſtituat locatori, nec audiendum eum eſſe qui propriæ obligationi ſatisfacere recuſet, dicam obligationem illam nullo iure, & ſine cauſſa factam reperiri, ex quo apparet rem conductam fuiſſe conductoris, neque enim rei ſuæ conductio magis quàm emptio aut pignus conſiſtere poteſt, *l. neque pignus 35. D. de regul. iur.* Et quemadmodum locator non facit dominum conductorem, ita nec dominium ſuum amittit conductor ob id ſolùm quòd rem ſuam conduxerit, præſertim ſi ignorans conduxit. Nam diſtinctio illa an conductor ſciuerit, an ignorauerit, ad cauſſam ſoluendæ penſionis aut amittendæ poſſeſſionis pertinet magis, quàm ad ius dominij transferendi. Eſt enim difficilior dominij amiſſio & acquiſitio, cùm nec ſine traditione dominium transferatur, neque verò ex traditione ipſa, ſi nuda ſit, id eſt, nullo iuſto & legitimo titulo ſuffulta, *l. numquam nuda. 20. D. de acquir. rer. domin.* Ha-
6 bet tamen Iuſtiniani † conſtitutio hunc æquitatis colorem, quòd quandiu non apparet cuius ſit res conducta, negari non poſſit quin ſubſiſtat inter locatorem & conductorem obligatio mutua locati & conducti, & conſequenter quin ex bona fide poſt finitam conductionem reſtituere rem debeat conductor, qui in id vſque tempus eam & alieno nomine poſſedit, & tanquam alienam. Sed hoc ita, ſi ex locationis contractu conue-
7 niatur. Quid enim ſi locator † rem à ſe locatam vindicet tanquam ſuam? Non ſum neſcius pragmaticos pleroſ-
8 que in ea eſſe hæreſi, vt putent, † nec hoc etiam caſu
permittendum conductori vt referat dominij quæſtionem, quia non eò minus conductor eſt, & in mala fide, ſi non ante omnia rem ipſam reſtituat, poſtmodum eam dominij iure ſi volet, & poterit, vindicaturus. Sed errant manifeſta iuris alioquin apertiſſimi ignoratione. Quiſ-
9 quis † enim agit rei vindicatione, cogitur probare ſe
dominum eſſe, ſi negetur: nec priùs poteſt vincere quàm intentionem ſuam impleuerit, licèt reus nullo iure ſe probet poſſidere *l. vltim. C. de rei vindicat.* Id enim eſt quod dici ſolet, vicioſam quoque poſſeſſionem, id eſt, quæ nec titulo, nec bona fide adiuuetur, aduerſus extraneos prodeſſe ſolere, id eſt, aduerſus eos qui nullum ius habent vindicandi *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſ.* Multum igitur intereſt an conductor directa rei vindicatione, an ex contractu locationis à locatore conueniatur. Poſteriore demum caſu locum habet conſtitutio Iuſtiniani, non etiam priore: ne tam apertè vis fiat legibus, & iuris rationi, præſertim cùm imputare ſibi locator debeat, cur vindicationem pro actione perſonali elegerit, nec Iuſtinianeæ conſtitutionis beneficio vti maluerit. Multo autem faciliùs admittendum illud etiam eſt, ſi conductor ab alio quàm locatore ex aliqua cauſſa, non tamen ex contractu ipſo locationis conueniatur permittendum illi eſſe vt dominij quæſtionem referat, negétque fuiſſe rem locatoris, quoniam & agente ipſo locatore, dum ne ex contractu locationis eam quæſtionem referre poſſet. Cui non diſſimile illud etiam eſt quod dicimus, licèt pragmaticis ferè omnibus mirum id, & nouum, ne dicam fal-
ſum, videatur, cum qui ab alio † emit, non videri hoc 10
ipſo fateri venditorem dominum, cùm aliena quoque res emi poſſit, in eóque decipi etiam emptor, qui ad emptionem accedens putat rem eſſe venditoris. Ideóque ſi emptor per quaſi Seruianam conueniatur à venditoris creditore hypothecario, negare poterit, venditoris vnquam rem fuiſſe vt excludat hypothecariam, quæ non aliter tenet quàm ſi res obligata probetur in dominio fuiſſe debitoris, & quidem eo tempore quo pignoris obligatio contracta eſt, niſi cùm etiam futura bona in obligationem deducta fuerunt *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* Nimirum quoniam hypothecaria actio vindicatio quoque eſt, licèt pignoris non dominij, nec fieri poteſt vt quis rem alienam obliget. In quo pignus differt à venditione. Pignoris enim obligatio rem ipſam quæ obligatur, afficit, venditio verò non niſi perſonam venditoris, *l. rem alienam 18. D. de contr. empt.*

ERROR VI.

De venditis fructibus fundi iam locati.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia Venditione fructuum eius rei quod prius locata fuerat, diſſoluitur locatio.*
2 *Ratio d. ſententiæ, quia per venditionem fructuum transfertur dominium, per locationem non item.*
3 *D. rationis diſcuſſio.*
4 *Emptor fructuum conductori fundi per omnia videtur comparandus.*
5 *Differentia quæ inter creditorem fundi & fructuum emptorem videtur conſtituenda.*
6 *Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori.*
7 *Fructus venditi & percepti ſpectant ad emptorem duplici ratione, ad conductorem verò nonniſi vna tantùm ratione pertinent.*
8 *Qui fructus vendit eius fundi quem locauit incidit in ſtellionatum ſi fructuum emptorem non præmoneat.*
9 *Perfecto ſemel contractu, voluntas locatoris declarata in contractu non poteſt ita facilè inſcio & inuito conductore reuocari.*
10 *Oblata conductori indemnitate an emptor fructuum ante perceptionem ei præferendus ſit.*

SÆpenumero mirari mihi contingit, & inueſtigare quam rationem haberet quod pra-
gmatici toties iactitant, Venditione † fru- 1
ctuum eius rei quæ priùs locata fuerat, diſſolui locationem, quod Galli vulgo ſic exprimunt. *Vente de fruicts rompt cenſe.* Nam cùm id paſſim receptum ſit, adeóque ſine lege, non inutilis ſanè, aut Iureconſulto indigna quæſtio eſt an dicatur etiam ſine ra-
tione. Illa autem ratio † prima, &, ni fallor, ſola oc- 2
currit, quòd per venditionem transferatur dominium ac ius omne quod fuit penes venditorem, non etiam per locationem. Inde enim fieri videtur vt emptor fructuum dominij iure vincere debeat conductorem qui dominus
non eſt. Mihi tamen attentiùs intuenti ratio † hæc pro- 3
bari in propoſito non poteſt, id eſt cùm de fructuum venditione diſputamus, ſed eo demum caſu quo fundus ipſe venditus ſit. Fundo namque vendito, fateor non teneri emptorem ſtare colono, vt apertè ſcriptum eſt in *l. emptorem 9. C. de locat.* quia cùm per emptionem factus ſit dominus fundi, non ſolùm prohibendus non eſt quominùs re ſua pro arbitrio vtatur, ſed etiam quod ad ipſos

ipſos fructus attinet, anterius & potentius ius habet quàm conductor, ſcilicet tanquam dominus, quandoquidem fructus pendentes fundi pars videntur *l. fructus 44. D. de rei vindicat.* ac proinde priùs etiam quàm percepti ſint, pertinent ad emptorem eodem dominij iure quo fundus ipſe: Conductor verò ſicut nihil iuris in fundo habet, ita nec in fructibus quamdiu in fundo ſunt & antequàm eos perceperit: Itaque mirum non eſt ſi à fundi emptore dominij iure expelli poſſit, & prohiberi ne fructus percipiat, inuito eo qui dominium ipſorum habet. At in fructuum emptore nihil eſt quod facere poſſit vt eadem illius quæ emptoris fundi ratio
4 conſtitui debeat. Quinimo conductori † potiùs per omnia & in omnibus videtur comparandus. Neque enim dici poteſt quicquam iuris habere in fructibus antequàm à fundo ſeparati ſint, cùm nec ius vllum habeat in fundo ipſo cuius partem fructus conſtituunt: ſicut nec bonæ fidei poſſeſſor, qui tamen quod ad fructus attinet, penè in omnibus domini loco habetur *l. bonæ fidei 48. ff. de acquir. rer. domin.* nempe quia fieri non poteſt vt fundi ius & dominium non ſequantur fructus qui ſunt in fundo. Poſteà verò quàm à ſolo ſeparati ſunt non nego fieri eos emptoris cui venditi ſunt, ſi eos perceperit: Sed dico perinde fieri conductoris qui eos percipit, quia quamuis non emerit, tamen voluntate domini eos percipit, quod vtrique ſufficit vt ſuos facere poſſit, quemadmodum Africanus argumentatur in *l. ſi ſeruus 64. §. locauit. D. de furt.* Tantundem igitur in fructibus iuris habet conductor fundi quantum emptor fructuum. Niſi fortè quis velit differentiam illam indu-
5 cere, † vt fructuum dominium acquiratur conductori ſola perceptione, emptori verò fructuum ſola ſeparatione, exemplo ſimilis differentiæ quæ inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium traditur in *l. ſi fructuarius meſſem 13. D. quibus mod. vſusfruct. amitt.* Nam cùm emptio fructuum valeat tanquam rei futuræ, quaſi ſub ea conditione contracta ſi fructus naſcentur, nihil aliud eſſe videtur quod impediat ne ſtatim emptor dominus fiat quàm quod fructus nulli ſint ante ſeparationem. Separatione autem ſecuta proculdubio fructus fieri incipiunt, conditióque emptoris exiſtit etiam ante perceptionem: ſed tamen nego conſequens ex eo fieri
6 vt fructuum † dominium emptori ante perceptionem acquiratur, nam ad acquiſitionem dominij ex cauſſa emptionis conditionalis, non illud ſatis eſt impletam eſſe conditionem, ſed traditionem quoque rei venditæ interuenire neceſſe eſt, ſiue ante, ſiue poſt conditionis implementum *§. vendita. Inſtitut. de rer. diuiſ.* Traditio enim illa eſt quæ dominium transfert, non conuentio *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atqui fructuum venditorum traditio nulla fieri poteſt ante ſeparationem, quia necdum vlli in rerum natura eſſe intelliguntur, vt diximus, quod autem nondum eſt, tradi nullomodo poteſt. Fieri ergo nequit vt ſola ſeparatione fiant emptoris, omninóque neceſſe eſt expectari perceptionem, vt eos emptor ſuos faciat, ſiue quòd eos percipiat ex voluntate domini, quemadmodum diximus de conductore, ſiue quòd patientia domini ſcientis & volentis fructus percipi ab emptore traditionis vice ſit, vt euenire ſolet in vſufructu conſtituendo in ſeruitutibus tradendis, aliiſque huiuſmodi iuribus incorporalibus quæ veram traditionem non admittunt *l. 3. §. 1. de vſufr.* Quæ poſterior ratio conductori non conueniret, quia cùm per locationem non id agatur vt tranſlatio vlla dominij fiat in conductorem, traditio nulla fructuum neceſſaria eſt, ſufficitque traditum eſſe fundum etiam ante fructus aut ſatos aut ſeparatos, vt conductor intelligat habere ſe ius percipiendi ex domini voluntate fructus qui in eo fundo naſcentur.
7 Itaque fructus venditi † & ab emptore percepti ſpectant quidem ad emptorem duplici ratione, qui autem ex fundo locato percepti ſunt à conductore non niſi vna ratione ad conductorem pertinent, ſed tamen tam citò ad hunc quàm ad illum, quia in vtroque perceptionis tempus expectatur. Proinde ſi conductor diligentior fuerit in iis fructibus percipiendis, prior quoque fructuum dominus factus videbitur, emptorique in dominij quæſtione præferendus erit, ſicut euenit, cùm pluribus eadem res diuerſis emptoribus vendita eſt. Præfertur namque ſi cui priùs tradita fuit *l. quoties 15. Codice de rei vindicat.* Quamuis enim vnus tantùm hîc emptor ſit, non duo, tamen cùm tantundem iuris habeat conductor ad fructus ſuos faciendos quantum ſi emiſſet, parum meo iudicio intereſt an duobus quis fructus vendiderit eoſdem, an verò vni fundum locauerit, alteri verò eiuſdem fundi fructus vendiderit, & vtroque caſu incidit † in ſtellionatum ſi non præmoneat emptorem fructuum, quòd fundus ille ſit locatus. 8
Obiicies fortaſſe, imò verò conductorem hoc caſu non poſſe fructus ſuos facere, quia nec poteſt videri eos percipere ex voluntate domini qui ante perceptionem eos fructus alteri vendidit. Verùm reſpondeo voluntatem † illam locatoris declaratam in contractu vltro citroque obligatorio non ita facilè & inſcio aut inuito conductore reuocari poſſe, poſteaquam contractus ſemel perfectus fuit *l. ſicut 4. Codice de obligation. & action.* Adeo vt quamuis voluntas morte finiri ſoleat, ius tamen conductoris ex eiuſmodi voluntate ſemel acquiſitum, locatoris morte non finiatur, nec heres mutare voluntatem poſſit. *l. viam veritatis 4. Codice de locat.* Quanto minùs igitur locator ipſe mutare poterit, niſi præſtita priùs conductori indemnitate? Præſertim verò, ſi, vt paſſim hodie fieri aſſolet, vniuerſa locatoris bona generaliter conductori obligata proponantur pro contractus obſeruatione. Nam cùm ea ratione fructus quoque ipſi obligari intelligantur tanquam bona futura (priùs enim eſt vt cùm extare incipient, fiant locatoris quàm vt ex perſona locatoris eiuſdémque venditoris acquirantur emptori) quidni permittemus conductori vt eos iure ſuo percipiat inuito etiam locatore, in cuius quippe poteſtate non eſt vt benè ſemel contracti pignoris vinculum diſſoluat? Dices non eo minùs ſaluum fore vinculum pignoris quòd fructus illi emptori acquirentur, quia ius prioris ex quo contractum eſt nihil cum cauſſa dominij commune habet. Sed ſi admittas conductorem ius habere debere auocandorum per hypothecariam ab emptore fructuum poſtquàm emptor eos perceperit, quanto magis ei licebit ius ſuum exequi in rem ſibi obligatam, quandiu res illa in debitoris ſui dominio adhuc eſt, & priuſquàm ad emptoris dominium peruenerit? Aut cur conductori denegemus facultatem percipiendi fructus qui nondum ſunt emptoris, cùm ſi eos percepiſſet etiam poſtquàm emptoris facti eſſent, retinere tamen illos ſuo iure poſſet? Sanè ſi ponas offerri † ei indemnitatem 10
pleniſſimam ſiue ab ipſo locatore ſiue à fructuum emptore, qui quod ad fructus attinet in locatoris ius ſucceſſerit, videlicet ante perceptionem, admitti faciliùs poſſit potiorem emptoris quàm conductoris cauſſam eſſe oportere, quia ius omne conductoris pendet ex obligatione locati & conducti, quæ cùm ſit perſonalis non eò pertinet vt dominium fructuum acquiratur conductori, ſed tantùm vt creditori præſtetur frui licere, aut ſi non præſtabitur quanti conductoris intererit locator condemnetur. Sed tamen vrget hoc etiam caſu pro conductore, quòd locator ipſe ſi indemnitatem conductori offerre quàm patientiam, cùm poſſet, præſtare mallet, non eſſet audiendus: Neque enim permittendum eſt ei qui contraxit vt ſi contractui ſatisfacere poſſit liberetur præſtando id quod intereſt. Sicut dicimus etiam de venditore qui ſi rem venditam præſtare poſſit, nec tamen velit, condemnandus eſt præcisè vt tradat, nec eius quod intereſt præſtatione liberatur vt nos ex Pauli ſententiis docuimus

mus *lib. 6. Coniect.* Cur ergo plus iuris demus emptori fructuum ex perſona locatoris quàm locator ipſe habiturus eſſet ſi fructus non vendidiſſet? Nec enim reſponderi poteſt idem contingere fundo quoque vendito qui locatus fuerat. Nam venditio fundi idcirco non impeditur per locationem; quia nihil iuris conductor habet in fundo, quódque locator plus iuris transferat in emptorem fundi pro fructibus quàm eſſet ipſe habiturus, fit per conſequentias, quoniam qui Dominus fundi eſt, is vt fructuum qui ex eo fundo naſcentur Dominus etiam ſit neceſſe eſt. At cùm fructus venduntur iniuria fit conductori in ea ipſa re quam ex voluntate locatoris ſibi acquirere voluit, nec aliud transfert venditor in emptorem quàm illud ipſum ius, quod non habuit inuito conductore, percipiendi. ſ. fructus ex fundo locato naſcituros. Alioqui perinde dicendum eſſet poſſe eum qui tibi fundum iam locauerit, alteri iterùm locando ius tuum extinguere, quoniam non minùs hic mutat voluntatem alteri locando, quàm ſi fructus vendidiſſet, & tamen nemo id dixerit quia in pari cauſſa duorum conductorum, potiorem eum eſſe neceſſe eſt, qui prior contraxit, ſaltem eo caſu quo prior etiam fructus perceperit, vt in locatione pluribus facta diuerſis temporibus, idem ſeruetur quod in venditione. Igitur ſi conductor de quo agimus diligentior fuerit in percipiendis fructibus, quàm is qui fructus emit, dicendum eſt æquè præferri eum debere in dominio fructuum acquirendo, quemadmodum contingeret ſi pluribus diuerſo tempore iidem fructus venditi eſſent. Nec. n. quicquam cauſſæ eſt cur minus iuris habere debeat conductor in fructibus fundi locati quàm ſi eos emiſſet, aut cur melior ſit conditio emptoris fructuum, quàm ſi conduxiſſet. Neuter ſiquidem Dominus fit fructuum niſi ex perceptione, quæ vt dixi, traditionis loco eſt. An igitur non plus iuris habebit emptor fructuum etiamſi prior contraxerit, quàm is cui poſteà idem fundus locatus fuit? Non plus vtique niſi eos fructus aut ſpecialiter aut generaliter cum cæteris bonis ſui venditoris habuit obligatos. Nam & ſimiliter conductor etiam qui poſterior contraxiſſet omnimodo præferendus eſſet ſi ſolus vinculo pignoris niteretur. Quòd ſi vterque ius pignoris in iis fructibus habuit, is potior erit qui in pignore prior reperietur. Quid denique ſi quod plerunque fit, alteruter, id eſt, vel emptor fructuum vel conductor poſſeſſionem fructuum nactus ſit per clauſulam conſtituti? iam diximus *Decade quarta* fieri non poſſe, vt per conſtitutum transferatur poſſeſſio bonorum futurorum. Sed ſi pragmaticorum errorem pro iure haberi velis, dicam potiorem fore conditionem eius qui per clauſulam illam poſſeſſor factus erit, quia poſſeſſio fructuum plus quàm perceptio eſt, nec poſſunt videri non percepti fructus qui iam poſſidentur. Quid ſi vterque, vt ſæpe fit, eandem habeat clauſulam conſtituti? Concurret vterque in poſſeſſione, & conſequenter in dominio, ſicut & concurrerent in pignore ſi vtrique oppignerati eſſent fructus, licèt diuerſis temporibus *l. idemque 7. §. 1. D. qui potior. in pign. habeant.* Quamquam ſi verum amamus, abſurdum eſt fieri eos poſſeſſores per illum qui numquam ipſe poſſederit.

ERROR VII.

De tutela impuberis, auum paternum & matrem habentis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium impuberis auum paternum habentis tutelam ad matrem deferendam eſſe.*
2 *Dicti erroris confutatio.*
3 *Rationis pragmaticorum refutatio.*

NIHIL dici, meo iudicio, poteſt abſurdiùs quàm quod pragmaticis placere † video, impuberis, qui amiſſo patre auum paternum & matrem habeat ſuperſtites, tutelam ad matrem deferri, licèt eius ſententiæ autorem laudent Bartolum ad *Nouell. vt lic. matr. & auiæ.* Nam cùm † hic impubes in aui paterni maneat poteſtate, in qua & pater erat (ponimus enim nepotem eſſe ex filiofamilias non ex emancipato) repugnat omnino principiis & rationi iuris vt ei tutor detur. Eſt enim tutela ius in capite libero, vt Seruius definiebat, & conſequenter imago quædam & participatio patriæ poteſtatis: propter quam cauſſam nullo iuris loco, nullóque caſu apud Iurecconſultos ſcriptum reperias tutorem dari ei qui in alterius ſit poteſtate, quia non magis id fieri poteſt, quàm vt quis eodem tempore ſit in poteſtate duorum: quod non ſolùm ius ciuile, ſed natura etiam ipſa abhorret. Inde etiam fiebat vt iure ciuili fœminis nullo caſu tutela deferretur, ne matri quidem & auiæ ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ in eam rem nominatim facta eſt, quoniam fœminæ non habent nec habere poſſunt ius poteſtatis, ne in liberos quidem. *l. illud 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Quid ergo fuit quod in iure tam aperto † Bartolum pragmaticorum, vt puto, potiùs quàm iuris anteſignanum fallere potuerit? Hoc vnum. ſ. quod ex vulgata regula, eò tutela deuolui ſolet quò redit hereditas *l. quò tutela 73. De regul. iur.* certum autem eſt in filij hereditate matrem præferri auo etiam paterno, quia proximior eſt in gradu, inter aſcendentes verò prærogatiuam gradus ſeruari Iuſtinianus voluit, vt qui proximior eſt cuiuſcunque ſexus ſit & ex quacunque linea cæteris omnibus præferatur, *Nouel. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Cur non ergo, inquiunt, mater auo paterno in tutela præfertur? Sed in promptu reſponſio eſt ineptam & ridiculam eſſe ratiocinationem, quia Iuſtiniani conſtitutio quæ de tutelis eſt, itémque illa quæſtio, cuinam potiùs deferenda ſit tutela, ad eum caſum pertinet quò de tutela tractari poſſit. Sunt enim vt vulgò iactitant & rectè, præſupponendi termini habiles. Nos autem negamus tractari poſſe de tutela eius qui ſit in aui poteſtate non magis quàm ſi patrem ſuperſtitem haberet. Priùs ergo probare *Bartolus* debuit dandum eſſe huic impuberi tutorem, quàm de eo diſputare, Matérne danda ſit, an auus paternus. Sanè in auo materno poteſt locum habere hæc quæſtio, itémque ſententia & ratio *Bartoli*, quia nepos ex filia non eſt in aui materni poteſtate. Quamquam illud etiam abſurdum videtur filiamfamilias, quæ ipſa non ſit ſui iuris, habere filium in poteſtate iure tutelæ *l. ſic eueniet 21. ff. ad l. Iul. de adult.* Illud vtique conſtat ſi nepos ſit ex filio emancipato matrem auo paterno propter Iuſtiniani conſtitutionem præferri debere.

ERROR VIII.

De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni eſt poteſtate.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium aliquando filiofam. tutorem ſiue curatorem dari poſſe.*
2 *Dicti erroris confutatio.*

NON multùm diſtat † error hic à ſuperiore. Nam quemadmodum ex vera rectáque iuris ratione ei qui in patris aut aui paterni poteſtate eſt, tutor dari nullomodo

lo modo poteſt, ita nec curator. Etſi enim ea inter tutorem & curatorem differentia eſt quòd tutor perſonæ, curator bonis datur, tamen fieri nequit vt qui alium in poteſtate habet, non habeat etiam illius bona ſi qua ſint, ſequuntur namque bona perſonam eodémque iure cenſentur. Et tamen caſus quidam ſunt in quibus putant pragmatici inducendum eſſe vt etiam filiofamilias curator detur, præſertim impuberi aut minori. Nimirum quoties patri aut auo paterno ex aliqua cauſſa aufertur legitima adminiſtratio, puta ſi aut prodigus ipſe ſit aut mente captus qui nec adminiſtrare poſſit, vel cùm aliquid filiusfamilias facere cogitur quod ſit in rem patris, finge cogendum eum fideiubere pro patre, aut proprias res vendere vt patrem à vinculis eximat & liberet. Nam cùm nemo in rem ſuam alteri autoritatem præſtare poſſit *l. 1. D. de autor. tutor.* conſequens videtur vt in id neceſſaria ſit auctoritas curatoris, maximè ſi filiusfamilias impubes aut minor annis vigintiquinque proponatur. Solent enim quæ à minoribus ſine curatoris autoritate geruntur, minoris eſſe momenti, & faciliùs admittere in integrum reſtitutionem, ſi læſio aliqua interuenit. Sed ſi
2 mecum † attentiùs rem intueare, non negabis pragmaticos hîc deſipere, & ſi inſanis omnibus curator dandus eſt, curatore ipſos indigere. Cùm. n. pater aut auus paternus iis moribus eſt vt legitimam bonorum filij adminiſtrationem ei auferri oporteat, non ideò tamen amittit ius patriæ poteſtatis, quippe quod non ex moribus ſed ex ſolo patris nomine, iuriſque autoritate & conſtituitur & æſtimatur. Atqui ratio, vt diximus, quæ impedit ne filiofamilias tutor aut curator dari poſſit tota pendet ex iure patriæ poteſtatis. Non igitur tutoris aut curatoris dandi neceſſitatem inducere illud poteſt, quòd pater deſierit eſſe adminiſtrator. Separata. n. ſunt iura patriæ poteſtatis & legitimæ adminiſtrationis, equidem adminiſtratio legitima quam habet pater in bonis filij pendet ex patria poteſtate tanquam effectus à cauſſa. Sed non quemadmodum ceſſante cauſſa ceſſat effectus, ita dici poteſt ceſſante effectu cauſſam ceſſare. An igitur patri dementi aut prodigo permittemus adminiſtrationem bonorum filij, aut ipſi filio qui fortaſſe dementior ſit & inſanior liberum patrimonij ſui adminiſtrandi arbitrium relinquemus? Nequaquam. Sed patri curatorem dabimus, qui non tantùm bonorum patris adminiſtrationem habeat, ſed etiam bonorum filij ex perſona patris perinde ac ſi patris bona eſſent, quæ ſunt filij: vt adminiſtratio bonorum filij confluat in adminiſtrationem bonorum patris: quaſi vnum idémque ſit patrimonium, ſicut patris & filij vna eadémque perſona eſſe intelligitur. Quod ad alium verò caſum pertinet quo curatoris datio neceſſaria eſſe exiſtimatur, id eſt, ſi in rem patris aliquid faciendum ſit à filio, æquè ineptire pragmatici mihi videntur: non quòd putem permittendum patri vt in rem ſuam præſtet filio autoritatem, ſed quia officium & autoritas iudicis ſufficere in eam rem poteſt. Quis enim melius quàm iudex ipſe qui optimus ſit iuris interpres & arbiter, æſtimare poſſit quid filium pro patre facere oporteat? Aut quod periculum eſt ne fortè filius minor quandoque in integrum reſtituatur ex cauſſa ætatis aut læſionis aduerſus id quod & iure cogente & magiſtratu iubente fecerit? Non enim omnia quæ à minoribus geruntur, ſuſpecta ſunt, & periculo reſtitutionis obnoxia, ſed ea duntaxat, quæ propter ætatis lubricam & inconſultam facilitatem minori damnum adferunt. Cæterùm non videtur deceptus qui iure communi vtitur *l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* Nec conqueri filius debet à ſe factum id pro patre, quod ni feciſſet, ingratus à patre dici, ex eáque cauſſa exheredari potuiſſet. Sic dicimus Patrem recuſantem, autoritatem præſtare filio volenti agere aduerſus eum cui pater ipſe aliquid ex bonis ipſius filij aduentitiis vendiderit, cogendum nihilominùs eſſe vt eam autoritatem præſtet & quidem officio iudicis, adeóque licèt iurauerit, núquam ſe contrauenturum aut contrauenienti conſenſurum: potiùs quàm vt admittamus curatorem filio in eam rem dari, quoniam, vt Baldus tractat ad *l. vlt. §. in computatione. C. de iur. delib.* poteſt quis venire etiam contra factum proprium ratione officij ſui, & in omni iuramento & promiſſione intelligitur excepta autoritas ſuperioris. Et tamen quia fieri facilè poteſt vt paterna verecundia filium impediat ne audeat adire iudicem, vt patri imperetur neceſſitas autoritatis præſtandæ, æquiſſimè conſtitutum eſt à Iuſtiniano in *l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* vt præſcriptionis tempora non currant contra filiumfamiliàs quandiu remanet in patris viui poteſtate, quod & iam anteà in bonis maternis ſtatutum fuerat à Conſtantino in *l. 1. C. de bon. matern.* Quibus conſtitutionibus vtique ratio nulla conſtaret, ſi ita ius eſſet, vt etiam viuo patre dari filiofamilias curator poſſet. Imputandum enim eſſet filio cur eum curatorem non petiiſſet. Sed neque cogendus eſſet pater, etiam inuitus, autoritatem præſtare filio ad agendum, ſi alia ratione conſuli filio commodè poſſet per dationem curatoris: quomodo tamen cogi eum poſſe, officio ſcilicet iudicis, voluit Iuſtinianus in *l. vlt. §. neceſſitate. C. de bon. quæ liber.*

ERROR IX.

De minore curatorem habente.

SVMMARIA.

1 *Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat ſine curatore, quàm ſi nullum haberet.*
2 *Poteſt tamen ſine curatore ſtipulanti promittere, & à promittente ſtipulari.*
3 *Prohibita minori alienatione prohibita quoque cenſetur obligatio qua ad alienationem perueniri poteſt.*
4 *Non recta eſt in omnibus prodigi, cui bonis interdictum eſt, & minoris curatorem habentis comparatio.*
5 *Nec minoris curatorem habentis & pupilli.*

INTEREST ſanè an minor curatorem habeat, nécne. Etſi enim minor non aliter reſtituitur, quàm ſi læſus ſit, ſiue curatorem habeat, ſiue non: tamen cùm habet † 1
curatorem, difficiliùs ei permittitur vt contrahat ſine curatore quàm ſi nullum haberet. Nimirum ſi res ſuas vendere velit ſine decreto. Nam quod ad hanc rem pertinet non abſimilis videtur ei cui à prætore, curatore dato, bonis interdictum eſt: vt Imperatores Diocletianus & Maximianus reſponderunt in *l. ſi curatorem habens 3. C. de integr. reſtit. minor.* Alienatio. n. rerum minoris ſiue mobilium, ſiue immobilium, ſicut maioris, & præcipui momenti eſt, ita difficiliùs permittenda viſa fuit, ne alioqui totius patrimonij iacturam facilè minor incurrat, quod ne fiat curator ei dari in id ſolet. Sed non eo minùs ei permittendum eſt † vt ſtipulanti, promit- 2
tendo ſine curatore ſuo, ſe obliget *l. puberes 101. de verb. obligat.* ſicut & ſine curatore ſtipulari poſſet *l. neque tutoris. 7. C. de contr. & committ. ſtipulation.* Quamquam enim prohibita † alienatione ſolent ea quoque prohibi- 3
ta intelligi, per quæ ad alienationem perueniri poteſt, ex obligatione autem minoris valida fieri poteſt vt ad bonorum eius diſtractionem perueniatur, ſi is qui ritè rectéque obligatus eſt, nolit ſoluere *l. magis puto 5. §. ſi pupillus ſtipulanti. D. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt non alien.* tamen ea diſtractio minùs periculoſa ſuſpectáque eſt, quæ non niſi per iudicem & cauſâ cognitâ fieri poteſt, & conſequenter ita demum ſi appareat iuſtam obligandi minoris cauſſam fuiſſe, nec aduerſus eam obligationem reſtitutio in integrum ex iuſta cauſſa poſtuletur. Ex quo apparet, non rectam eſſe † in omnibus pro- 4
digi,

digi, cui bonis interdictum eſt dato curatore, & minoris
curatorem habentis comparationem. Nam is cui bonis
interdictum eſt, non magis obligare ſe poteſt promit-
tendo, quàm rem ſuam tradendo in alium transferre. *l.*
is cui bonis.6.D.de verb.obligat. Et ridiculi ſunt interpre-
tes noſtri, qui quod ſcriptum eſt in *dict.l.puberes*, de eo
pubere intelligunt, qui non habet curatorem, cùm ta-
men lex dicat *ſine curatoribus ſuis*, vt & iam ante nos *Ia-*
cobus Cuiacius ad eum locum obſeruauit. Sed magis ridi-
5 culi ſunt pragmatici, qui minorem † habentem curato-
rem putant in omnibus comparandum eſſe pupillo: ex
eóque inferunt, nec ſi vendat rem ſuam adhibito iureiu-
rando, poſſe tamen valere venditionem, & confirmari ex
conſtitutione Friderici, quæ ſacramenta puberum ſponte
facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandi
inuiolabiliter cuſtodiri iubet. *Auth. ſacramenta puberum.*
Cod. ſi aduerſ. vendit. Nam cùm ea conſtitutio nihil aliud
requirat ad contractus quoſlibet etiam alienationum va-
lidandos, niſi vt pubes fuerit is qui iurauit, quis putet
puberem hoc ipſo fieri impuberem aut pro impubere
habendum, quòd curatorem habeat, ne iurando oblige-
tur? Sed & conſtat pupillum, etiamſi poſſit vtiliter ſtipu-
lari ſine tutore *d. l. neque tutoris*, obligari tamen & pro-
mittere ſtipulanti niſi tutore autore non poſſe *l. ſi pupil-*
lus 127. D. de verb. obligat. cùm tamen minor etiam ſine
curatore ſuo rectè obligetur *dict. l. puberes*. Non igitur
eadem in omnibus ratio eſt pupilli, quæ minoris cura-
torem habentis. Et ſanè ſi verum eſt, quod interpretes
omnes, itémque pragmatici clamitant, iuſiurandum poſt
ſupradictam Friderici conſtitutionem habere vim decre-
ti & ſolennitatum omnium, quas alioqui neceſſe eſſet
interuenire in venditione rerum minoris, cur require-
mus præſentiam curatoris, quæ vna eſt ex ſolennitati-
bus requiſitis? Quamquam vtrum id verum ſit, quòd
iuſiurandum habeat vim decreti omniúmque ſolennita-
tum, quoniam id quoque mihi ſuſpectum eſt, alio loco
diſcutiendum erit.

ERROR X.

Vbi conueniri debeat is qui ex cauſſa euictionis vel mandati autor laudatur.

SVMMARIA.

1 *Venditor ſequitur forum & iudicem emptoris.*
2 *Quomodo à pragmaticis propoſitum enuntiatum accipiatur.*
3 *Sententia pragmaticorum confutatio.*
4 *In quibus actionibus actor forum rei ſequi debeat.*
5 *Quæ ſit ſententia lege venditor. 49. D. de iudic.*
6 *Venditor qui negat ſe ad litem pro emptore ſuſcipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, ſed apud ſuum conueniendus eſt.*
7 *Senſus l.1.Cod.vbi in rem act.exerc.deb.*
8 *Vbi cogatur litigare qui à fideiuſſore ex cauſſa mandati ad litem defendendam vrgetur.*

TRITVM eſt, venditorem † ſequi fo- 1
rum & iudicem emptoris, *l. venditor.*
49. D. de iudic. l. 1. in fi. C. vbi in
rem actio. Sed tamen à pragmaticis
omnibus id peſſimè acceptum eſt. Pu-
tant † enim, ſi quis tanquam vendi-
tor laudetur autor ab emptore cui res euincitur, in cám- 2
que rem conueniatur ad rem defendendam, cogi illum
apud emptòris iudicem litigare, non ſolùm ſi fateatur ſe
teneri, quod ſanè dubitationem non habet, ſed etſi neget
ſe vendidiſſe, aut de euictione obligatum eſſe, aut quid
aliud alleget propter quod litem defendere non tenea-
tur. Quod vtique † falſum eſt, & ex recta iuris ratione 3
defendi nullomodo poteſt. Nam ſiue quis ex venditione,
ſiue ex cauſſa mãdati conueniatur, vt litem prò alio ſuſ-
cipiat, is neceſſe eſt vt ex contractu, vel ex quaſi contractu
conueniatur, ergo perſonali actione. Perſonales enim a-
ctiones eæ ſunt omnes, quæ vel ex contractu vel quaſi,
vel ex delicto vel quaſi proficiſcuntur. Porrò in eo per-
ſonalium † actionum genere apertiſſimum & perpetuum 4
ius eſt, Actorem forum rei ſequi debere *l. 2. C. de iuriſd.*
omn. iudic. Quod & in actionibus in rem locum ha-
bet, niſi quod eo caſu, etiam in iis locis in quibus res,
propter quas contenditur, ſitæ ſunt, actio in rem contra
poſſidentem exerceri poteſt *l. vlt. C. vbi in rem act. exer-*
cer. deb. Nec huic noſtræ ſententiæ † repugnat quod 5
ſcriptum eſt in *d. l. venditor*. Tractat enim illo loco Pau-
lus de venditore qui ab emptore denunciatus vt eum
euictionis nomine defenderet, non negabat ſe teneri, ſed
dicebat ſe ſui iudicis priuilegium habere, & ex ea cauſſa
volebat litem ab eo iudice, apud quẽ res inter petitorem
& emptorem cœpta erat, ad ſuum iudicem reuocare. Id
verò fieri debere negat Paulus, & optima ſanè ratione,
quòd venditor ſoleat ſequi forum emptoris. At nos de
eo venditore † agimus, qui negat ſe teneri ad litem pro 6
alio ſuſcipiendam, quique ſui iudicis priuilegium alle-
gat vt propriam litem tractet, non vt alienam. Qui caſus
certè diuerſus eſt, nec minùs indubitati iuris, vt apud
ſuum, non apud alienum iudicem conueniatur qui ex
propria perſona proprióque contractu conuenitur: nec
alia ſententia † eſt *dicta l. 1. C. vbi in rem actio. exerc. deb.*
in vltimis illis verbis, *Nec enim iuriſdictionis forma in* 7
eadem prouincia conſtitutis, tam petitore quam poſſeſſore ob
auctoris perſonam quam in alia prouincia dicis conſiſtere,
debet immutari. Agebatur enim illo etiam loco de ven-
ditore cui litem poſſeſſor denuntiauerat, quíque nihil
allegabat quominus euictionis periculum præſtare de-
beret, vt præcedentia illa oſtendunt, *Nam ſi denuntiaſti ei*
qui tibi vendidit, intelligis euictionis illi periculum immi-
nere. Et hic ſanè error mihi ſemper viſus eſt ſtolidiſſimus
& ineptiſſimus omnium, quotquot pragmaticorum in-
ſcitia vel induxit vnquam, vel admiſit, nec poſſum ſatis
mirari, qua infelicitate factum ſit, vt in ſupremis quo-
que tribunalibus inualuerit. Quæ de venditore diximus,
eadem obtinent in eo † qui fideiuſſorem dedit, ſi à fide- 8
iuſſore ex cauſſa mandati ad litem defendendam vr-
geatur.

ANTONII FABRI IC. Decas Septima.

ERROR PRIMVS.

De reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatione.

SVMMARIA:

1 *An reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio iuris ſcripti ratione nitatur.*
2 *Sententia pragmaticorum affirmans & eius fulcimentum.*
3 *In oppoſitum autoris aſſertio.*
4 *Reſtitutio in integrum datur ad diſtrahendum negotium iniquè contractum, eſtque actio perſonalis.*
5 *Actio in rem prius dari nequit, quàm per in integrum eſtitutionem reſciſſa ſit alienatio.*
6 *Iudicium reſcindens reſciſſorij eſt præparatorium.*
7 *Explicatio l. in cauſſa, 13. §. interdum. D. de minorib.*
8 *Quæ actiones cumulari queant.*
9 *Actio de eo quod vi metuſve cauſſa geſtum qualis ſit, & aduerſus quem detur.*
10 *Actio reſtitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij.*
11 *Actiones non aliis dantur, quàm quorum intereſt.*
12 *In minorum reſtitutione in integrum an poſſit cumulatio reſcindentis & reſciſſorij fieri.*

1 QVOD moribus Galliæ primùm inductum, &
ad vſum noſtrum forenſem traductum eſt, vt
2 reſcindentis † & reſciſſorij cumulatio admit-
tatur, id pragmatici plerique putant à iuris
3 communis ratione non abhorrere. Sic enim Imbertus †
in Enchiridio ſcribit poſt Speculat. *Tit. De in integr. re-
ſtit.* Ex *l. in cauſſa 13. §. interdum. D. de minor. vigintiquin-
que ann.* vbi Vlpianus ſcribit non eſſe nouum vt & in rem
reſtitutio detur minori, id eſt, etiam aduerſus rei poſſeſ-
ſorem, licèt cum eo contractum non ſit. Vt puta, inquit,
rem à minore emiſti, & alij vendidiſti. Poteſt deſiderare
interdum aduerſus poſſeſſorem reſtitui ne rem ſuam per-
dat, vel re ſua careat; & hoc vel cognitione prætoria, vel
reſciſſa alienatione dato in rem iudicio. Ego verò auſim
4 † dicere ius hoc noſtrum forenſe & conſuetudinarium
hac etiam parte, ſi qua vnquam in alia, cum iure ſcripto
5 diſſentire. Nam cùm reſtitutio † in integrum detur ad
diſtrahendum negotium quod iniquè contractum fuit,
non magis fieri poteſt, vt nō ſit perſonalis ea actio quàm
ſi competeret ex contractu ad diſtractum, vt in ſpecie *l. ex
empto 11. §. is qui vina. D. de actio. empt.* Iudicium autem
quod in rem ipſam † datur, fieri nequit vt priùs detur,
quàm reſciſſa ſit alienatio: vt & Vlpianus ipſe fatetur in
dicto §. interdum. Siquidem quandiu tenet alienatio, non
poteſt videri Dominus eſſe is qui rem ſuam alienauit.
Proinde nec actionem in rem habere interim poteſt, quæ
non niſi Domino datur *l. in rem 23. D. de rei vindicat.* Eſt
6 igitur iudicium † reſcindens præparatorium reſciſſorij,
neceſſarióque præcedere debet, niſi aliquid ſit quod fa-
ciat, vt eius qui rem poſſidet, non alia, quàm eius qui ipſe
contraxit, ratio conſtituenda videatur: vtputa, ſi is qui
contraxit, nomen ſuum duntaxat accommodauerit poſ-
ſeſſori, dolúſque poſſeſſoris interuenerit in contractu
cum alio ineundo. Hic enim meo † iudicio ſenſus eſt Vl- 7
piani in illis verbis, *vel cognitione prætoria.* Nam quemad-
modum in integrum reſtitutio minorum in hoc cæteris
fauorabilior eſt, quòd non iudicis dati, vt cæteræ, ſed ip-
ſius prætoris autoritate indulgetur, vt edicti verba de-
monſtrant (ait namque Prætor, *animaduertam*, non vt in
aliis *iudicium dabo.*) Ita pleniorem habet cauſſæ cogni-
tionem, magiſque liberum admittit arbitrium prætoris,
vt ex cauſſa etiam poſſeſſorem condemnet, quàm ſi per
iudicem datum res expediretur. Quomodo enim iudi-
cium in rem daret prætor, niſi ſub hac formula, *ſi appare-
bit rem eſſe petitoris.* Quomodo autem poterit conſtare
rem eſſe petitoris niſi priùs reſciſſa ſit alienatio? Id enim
eſt quod Vlpianus ſubiicit, *vel reſciſſa alienatione dato in
rem iudicio*, vt minori iudicium in rem detur poſt aliena-
tionem reſciſſam beneficio in integrum reſtitutionis.
Cumulari ergo huiuſmodi actiones non poſſunt: earum
† enim demum cumulatio fieri dicitur quæ ſimul & *ſe-* 8
mel tractantur, & inter quas nullus ordo ſit, nec alteram
altera aut præcedat, aut ſequatur: quomodo ſe habent
inter ſe actio perſonalis & hypothecaria contra debito-
rem, vindicatio & actio ex vendito contra eum qui rem
alienam dolo malo vendidit Domino ignoranti, nec dum
tradidit, & aliæ ſimiles ſexcentæ. Erit autem res apertior, ſi
de aliis cauſſis in integrũ reſtitutionis tractemus. Actio † 9
enim de eo quod vi metúſve cauſſa geſtum erit, quoniam
in rem ſcripta eſt, datur contra quemlibet poſſeſſorem
etiam, qui neque vim neque metum intulerit: ideóque
probata vi vel metu per quemcũque illato condemnatur
poſſeſſor ad rem reſtituendam, non duabus actionibus in
id cumulatis, ſed vnica illa actione quæ ipſa in integrum
reſtitutio eſt. Cur enim duas actiones inducamus cùm
vna ſufficiat? Quamquam ſi velit, etiam in rem agere po-
teſt, quaſi qui Dominus manſerit *l. metum 9. §. volenti &
§. licet de eo quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* Illa quoque reſtitu-
tio † quæ datur ex capite De dolo, licèt in perſonam tan- 10
tùm ſit ex parte agentis, tamen non admittit cumulatio-
nem iudicij reſciſſorij, quia dolũ manifeſtis indiciis priùs
probatum eſſe neceſſe eſt, adeóque reſciſſum eſſe id quod
dolo malo geſtũ eſt, quàm ad poſſeſſorem perueniri poſ-
ſit. Sed nec impetrata reſtitutione ex cauſſa doli fieri po-
teſt vt ad poſſeſſoré perueniatur, ne quidem poſteà, quo-
niam is aduerſus quem reſtitutio impetrata eſt, ſi rem non
reſtituat, condemnari ſolet, & debet in id omne quod in-
tereſt actoris qui dolum malum paſſus eſt. Poſteà verò
quàm conſecutus ille fuit quicquid ſua intereſſe potuit,
iam nulla cauſſa eſt actionis ei indulgendæ contra poſſeſ-
ſorem. Illud enim actionibus † omnibus commune eſt, 11
ſiue in rem ſint, ſiue in perſonam, vt non alij dētur quàm
cuius intereſt. Quòd ſi ponas eum qui dolum admiſit &
condemnatus eſt, ſoluendo non eſſe, ne tum quidem poſ-
ſeſſor erit inquietandus, quoniam actio de dolo, & in in-
tegrũ reſtitutio quæ ex ea cauſſa competit, non datur fa-
uore eius qui dolum paſſus eſt, ne quid damni ſentiat, ſed
odio eius duntaxat qui dolum fecit, ne ex dolo ſuo lucre-
tur. Nos autem de eo poſſeſſore loquimur qui bonæ fidei
ſit, & qui dolum nullomodo participauerit. Alioqui eſſet
is ipſe conueniendus non neceſſario iudicio, ſed propria
actione

actione de dolo ſi dolũ participaſſet. Multò minùs igitur quis admittat hoc caſu reſcindẽtis & reſciſſorij cumula-
12 tionem. De ſola in integrũ † reſtitutione quæ minoribus læſis datur, tractari & dubitari poteſt: in qua ſanè ſpeciale eſt, vt non tantùm contra eum detur qui cũ minore contraxit, ſed interdũ etiam contra poſſeſſorem, ſcilicet quia non tam competit odio eius qui minorem decepit: (quòd ſi eſſet, non poſſet ea deceptio bonæ fidei emptorem contingere) quàm fauore minoris ne rem ſuam perdat, néve re ſua careat, vt Vlp. loquitur in *d. §. interdum*. Cui conſequens eſt, vt non aliter minori ſuccurrendum ſit aduerſus bonæ fidei poſſeſſorem, quàm ſi periclitetur minor de damno, aut ſi de ea re agatur qua cogi eum carere iniquum ſit. Prius contingit, ſi is qui cum minore contraxit, non ſit ſoluendo, vt indemnem ſeruare minorem poſſit, poſterius verò ſi ponas alienatam à minore rem pretioſam, & quam habere ipſius interſit potiùs quàm ipſius æſtimationem, propter iuſtam & probabilem adfectionem. Finge domum paternam eſſe in qua ſint maiorum imagines & alia eiuſmodi ad virtutis & honoris ſtudium incitamenta. Nam & ex hac cauſa minorem in integrum reſtitui poſſe placuit, licèt damnum pecuniarium nullum emergat *l. ſi in emptionem 35. D. eod. titul.* Itaque eleganter Vlpianus hæc duo accepit quaſi ſeparata, quæ tamen prima facie poſſit quis in eundem ſenſum vſurpare, *ne rem ſuam perdat, néve re ſua careat.* Interdum enim ſufficit minoris ſi indemnis ſeruari poſſit, ne patrimonium ſuum diminuiſſe videatur, licèt futurum ſit vt re ſua careat. Interdum contrà ſufficit ad indulgendam minori reſtitutionem, quòd alioqui re ſua cariturus ſit, licèt non moretur in damno. Ergo ſi is qui cum minore contraxit, ſoluendo ſit, & de ea re agatur in quam non cadat probabilis & iuſta minoris adfectio, nulla minori danda eſt actio contra poſſeſſorem, nec ſi ſcienter emerit rem quam ſciuit à minore ſic alienatam fuiſſe vt tamen aduerſus primum emptorem reſtitutio concedi potuerit, vt apparet ex ea diſtinctione quam eodem loco Vlpianus ſubiicit, iuncta lege ſequenti. Falſum igitur eſt fieri hoc caſu reſcindentis & reſciſſorij cumulationem. Sed & cum reſciſſo contractu per minorem inito datur actio contra poſſeſſorem iis nimirum caſibus quibus alioqui minor aut damnum ſenſurus, aut re ſua pretioſa cariturus eſſet, cumulatio tamen dici non poteſt actionum quæ non contra vnum eundémque poſſeſſorem, ſed contra plures competunt. Potiùs enim dicenda eſſet actio reſciſſoria, executio rei iudicatæ in cauſſa reſtitutionis in integrum quàm actio cumulata. Nec ſanè quicquam in eo abſurdi eſt ſecundum hanc noſtram interpretationem vt executio impetratæ reſtitutionis ſit expeditior, nec poſſit quandoque poſſeſſor dicere colluſum fuiſſe inter minorem, & emptorem condemnatum.

ERROR II.

De tertio poſſeſſore rei à minore alienata & per in integrum reſtitutionem petita.

SVMMARIA.

1 *Quomodo in quæſtione de reſtitutione minoris accipiant pragmatici illud vulgatum, Reſcindentis & reſciſſorij cumulationem fieri poſſe.*

2 *Reſtitutio in integrum quæ datur minori eſt perſonalis, & datur tantùm contra eum qui cum minore contraxit, contra pragmaticos.*

3 *Qui cum pupillo aut minore contraxit eumque decepit deterioris debet eſſe conditionis, quàm qui poſtea ab ipſo emit.*

4 *Explicatio l. in cauſſa. 13. §. interdum. D. de minorib.*

5 *Ex ſententia Bartoli prioris contrahentis bona priùs diſcutienda ſunt per minorem, quam ad tertium poſſeſſorem peruenire poſſit.*

6 *An qui emit rem quam ſcit aliquando fuiſſe minoris, eo ipſo pro malæ fidei poſſeſſore habendus ſit.*

IGNOSCENDVM eſſet pragmaticis, ſi iuris ignoratione errarent in ea duntaxat verborum ſignificatione aſſequenda, quæ Iureconſultorum propria eſt, & ex qua tamen pendet tota cognitio principiorum. Sed ferre non poſſum vt errent in ſuis ipſis etiam erroribus, & hoc ipſum in quo priores pragmatici errarunt aliter accipiant poſteriores, quàm priores ſenſerint. Nam quod illis placuit admittendam eſſe reſcindentis & reſciſſorij
cumulationem, iſti ſic intelligunt † vt reſtitutio in inte- 1
grum, quæ minori ex edicto competit aduerſus eum, cum quo minor contraxit, poſſit rectà exerceri contra tertium poſſeſſorem, adeóque inaudito & non vocato eo, cum quo contractum fuit. Quod tamen tam abſurdum eſt,
quàm quod abſurdiſſimum: cum reſtitutio † in inte- 2
grum quæ competit minori non poſſit eſſe non perſonalis, quandoquidem in id datur vt quod cum alia perſona geſtum eſt reſcindatur: alioqui ſi nihil cum minore geſtum ſit, non datur reſtitutio *l. ait prætor 7 D. de minor.* Nec ſanè vſquam ſcriptum eſt reſtitutionem in integrum dari minori contra tertium, hoc ſenſu, vt de iure & æquitate reſtitutionis tertius qui non contraxit diſputare cogatur. Datur quidem interdum hactenus vt cùm reſciſſus fuerit contractus, audito ſcilicet & condemnato eo qui minorem læſit, cogatur tertius rem reſtituere quæ fuit minoris, vt ſcriptum eſt in *§. interdum l. cauſſa 13. eod.* quo caſu non tam reſtitutio ipſa quàm vis & effectus reſtitutionis contra tertium dirigitur: ſed vt tertius qui neque contraxit, neque tractatui interfuit, compellendus ſit ſuſcipere litem de in integrum reſtitutione, nulla certè ratio patitur aut iuris aut æquitatis. Ea namque cauſæ cognitio quæ circa concedendam vel denegandam reſtitutionem verſatur, pendet vt plurimum ex iis quæ in tractatu habendo interuenerunt, quæ aliquando ſunt eiuſmodi, vt minor qui reſtitutionem petit, decepiſſe potiùs quàm deceptus fuiſſe videatur. Quorum tamen omnium vix eſt vt conſcius ſit & gnarus, qui bona fide ab eo emit, cum quo minor contraxit. Dices fortaſſe, tertium illum poſſeſſorem ſi à minore rectà inquietetur, ius habere denunciandi ſui venditoris, qui litem vt propriam ſuſcipiendo, aduerſus minorem diſputaturus ſit de iniquitate reſtitutionis. Sed quænam, obſecro, præpoſtera hæc litigandi ratio eſt, vt is cuius damno reſtitutionis euentum cedere oportet, qui ipſe contraxit, qui denique ex contractu obligatum habet minorem, id vnum agentem vt contractus diſſoluatur, non à minore ipſo, ſed ab emptore cui nihil imputari poteſt, emptoriſque ſumptibus & periculo ad reſtitutionem impediendam euocetur. Errorem autem pragmaticorum illud apertiùs detegit, quòd quemadmodum volunt amittendam eſſe omni caſu reſcindentis, & reſciſſorij cumulationem, ita omni caſu patiuntur tertium poſſeſſorem condemnari vt reſtituat rem minori, ſi is in cauſſa reſtitutionis obtinuerit, quaſi fieri nequeat vt melior conditio ſit eius, qui emit ab eo cum quo minor contraxit, quàm ipſius primi contrahentis. In quo apertè vim faciunt Vlpiano, & etiamſi Vlpianus non eſſet certiſſimæ iuris rationi. Quis enim non æquum putet, vt qui cum
† pupillo contraxit, eúmque decepit, ſiue ex propoſito 3
ſiue in re ipſa dolus interuenit, deterioris conditionis ſit, quàm qui poſteà à primo emptore, fortaſſis maximo & immodico pretio, quòd primus ille viliſſimo compararat? Aut quomodo poteſt videri minor læſus ab eo cum quo nihil geſſit? Aut denique quid minoris intereſt, à quo res ſua poſſideatur, ſi obtenta reſtitutione, indemnitatem, litiſque æſtimationem conſecutus ſit ab eo per quem fuerat deceptus? Niſi fortè proponas talem rem eſſe, quam interſit maximè minoris habere potiùs quàm rei æſtimatione, quo caſu ſu-

periore capite diximus permittendum minori, vt rem quondam ſuam euincat, propter iuſtam & probabilem adfectionem ex *l. ſi in emptionem* 35. *D. de minor.* eámque Vlpiani ſententiam eſſe in *d. §. interdum*, in illis verbis *vel re ſua careat.* Sed hoc ipſum cogit nos vt fateamur, ſi aliud nihil ſit, niſi quòd minor læſus fuerit in rei ſuæ & hereditariæ venditione, nihil conſtituendum eſſe contra tertium poſſeſſorem. Non enim iuſta & probabilis illa minoris adfectio eſt, ſi dicat male ſe rem habere, ob hoc ſolùm quòd aliquando ſua fuit. Qui perpetuus pragma-
4 ticorum error eſt. Sed & quod magis quis mirari poſſit, ex Vlpiani ſententia eſſe videtur in *d. §. interdum*, vt non ſolùm ex parte minoris diſtinguendum ſit an ab eo cum quo contraxit, indemnis ſeruari poſſit, iuſtámve & probabilem habeat rei ſuæ recuperandæ adfectionem, ſed etiam ex parte poſſeſſoris, an bona fide contraxerit, nécne, nimirum vt intelligamus ſi bonæ fidei emptor fuit, non eſſe permittendum minori, qui in cauſſa reſtitutionis obtinuit, vt eum inquietet, nec eo quidem caſu quo alioquin permitteretur, id eſt, etiamſi minor iuſtam habeat adfectionis cauſam, dummodò prior emptor idoneus ſit & ſoluendo: quia ſcilicet maior ratio eſt vt poſſeſſori faueamus, qui bonam fidem in contrahendo habuit, & cui proinde nihil imputari poteſt, quàm minori, cui ſaltem hoc ipſum imputari poteſt cur contraxerit, & rem ſuam alienauerit. Tractamus enim de contractu qui ipſo iure valuerit, & conſequenter ex quo alienatio dominiique tranſlatio ſecuta ſit: quoniam ſi poneres rem immobilem ſine decreto & ſine iureiurando venditam fuiſſe, reſtitutio in integrum neceſſaria non eſſet, daretúrque minori tanquam domino aduerſus quemcunque poſſeſſorem directa vendicatio *l. non eſt vobis* 2. *C. de præd. minor.* Et verò ſi aliter Vlpianum intelligeres, vix dici poſſet quo ſupradicta diſtinctio pertineret. Coniunctio enim legum quæ ex Paulo & Caio ſubiiciuntur, oſtendit ſatis, diſtinctionem Labeonis quam ex Pomponio Vlpianus refert, & quam Iureconſulti probarunt eam fuiſſe, vt ſi tertius poſſeſſor in mala fide eſſet, id eſt, non ignoraret ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta eſſent, omnimodo daretur aduerſus eum reſtitutio: ſin bonam fidem haberet propter ignorantiam, non alio caſu ſuccurri oporteret minori aduerſus ignorantem, quàm ſi prior emptor ſoluendo non eſſet. Nam vt Paulus ex eodem Pomponio dicebat, quandiu is qui à minore rem accepit, aut heres eius idoneus eſt, nihil noui conſtitui debet in eum qui eandem rem poſteà bona fide emerit: id eſt, de impetrata quidem reſtitutione aduerſus priorem emptorem, eóque condemnato. Tantum abeſt vt eo inaudito poſſeſſorem quemlibet ſine vlla bonæ vel malæ fidei diſtinctione à minore per in integrum reſtitutionem omni caſu, id eſt, & pro re qualibet, & tum etiam cùm prior emptor ſoluendo eſſet, inquietari poſſe reſponſuri fuerint prudentes, ſi eos pragmatici conſuluiſſent. Itaque quod interdum, & nonniſi ex magna cauſſa minori permittendum eſſe Iureconſulti voluerunt, pragmatici noſtri ſemper & diſtinctè admittunt, & ad omnes res, omnéſque tam minorum quàm poſſeſſorum perſonas protrahunt, non modò inuita iuriſprudentia, ſed etiam, quod mirabilius eſt, inuito *Bartolo*, qui ad eum Vlpiani locum verè magis quàm ſubtiliter adnotauit. Prioris † contrahentis bona priùs diſcu-
5 tienda eſſe per minorem, quàm ad tertium poſſeſſorem quem ignorantia excuſat peruenire poſſit. Illud tamen apud ipſos quoque Iureconſultos obſeruari volo, quod
6 illi aiunt de malæ † fidei poſſeſſore ſic accipiendum eſſe, non vt malæ fidei poſſeſſor quis ſit ex hoc ſolo, quòd cùm emeret ſciuit rem illam fuiſſe aliquando minoris, ſed ita demum, ſi quomodo Vlpianus loquitur, *ſciuit rem ita geſtam*, id eſt, ſic contractum fuiſſe cum minore, vt is læſus fuerit, ex eáque cauſſa in integrum reſtitutionis quandocunque poſtulandæ ius habuerit. Fieri namque poteſt, vt quis ſciat rem minoris aliquando fuiſſe, nec tamen ſciat deceptum minorem: nimirum ſi quod ſæpenumero euenit, minùs aperta ſit læſio, aliáve cauſſa reſtitutionis, putà dolus primi emptoris. Alioqui eſt ſanè quod imputetur ei qui emit rem, quam ſcit minoris fuiſſe, ſi non fuerit diligentior, adeóque curioſior in inquirendo, quomodo res geſta ſit inter minorem & priorem emptorem, id eſt, an minor læſus fuerit & aduerſus contractum ſuum ex ea cauſſa reſtitui potuerit, nécne, arg. *l. doli* 19. *§. diuerſum D. de nou. l. vir uxori*, 17. *D. ad S. C. Velleian. l. vlt. De exercit. act.*

ERROR III.

De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Pragmatici dari putant maiori in integrum reſtitutionem etiam aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodica læſionis.*

2 *Quatenus permittendum ſit ei qui petit reſtitutionem vt eam impetret contra tertium poſſeſſorem, & numer. 4.*

3 *Non eſt in maiore recipiendum quod propter ætatem indultum eſt minori, vt in rem aliquando petere poſſit reſtitutionem, & num. 7.*

5 *Vera ſententia l. in cauſſa. 13. §. interdum. D. de minorib. aduerſus pragmaticos declaratur.*

6 *Qui ſe in pretio læſum conqueritur, ſat habet ſi indemnis ſeruetur.*

8 *Etiamſi ſecundus emptor ſciuerit quid inter priores contrahentes geſtum ſit, non tamen danda eſt maiori aduerſus ipſum in integrum reſtitutio.*

9 *Ne quidem eo caſu quo prior emptor non eſt ſoluendo.*

10 *Reſtitutiones quædam fauore ætatis, quædam odio eius qui conuenitur, conceduntur.*

11 *Reſtitutio ex capite de eo quod metus cauſſa, cur aduerſus quemlibet poſſeſſorem detur.*

12 *Quomodo accipienda ſit regula, Alienationem non poſſe fieri niſi cum ſua cauſa.*

13 *Debitoris chirographary bona creditori etiam poſt condemnationem non ſunt priùs obligata, quàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit.*

14 *Quomodo intelligendum illud, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris.*

SED illud multò abſurdius † & intolerabilius eſt quod iidem pragmatici inuexerunt, cùm maior annis vigintiquinque ex cauſſa immodicæ læſionis petit reſtitutionem in integrum aduerſus venditorem. 1
Putant enim ſi læſus ſit venditor vltra dimidiam iuſti precij, & ea res ab emptore rurſus alienata ſit, dandam venditori reſtitutionem, non modò aduerſus priorem emptorem, ſed etiam aduerſus poſteriorem, eundémque poſſeſſorem, ídque indiſtinctè, id eſt, ſiue proponas bonæ fidei poſſeſſorem eſſe qui ignorauerit ea quæ inter venditorem & priorem emptorem geſta ſunt, ſiue malæ fidei poſſeſſorem qui ſciuerit: itémque ſiue primus emptor ſoluendo ſit, ſiue non. In quo conſtituunt prorſus eandem rationem minoris & maioris in iure petendæ reſtitutionis contra tertium poſſeſſorem: imò meliorem faciunt conditionem maioris, quàm ex iuris ratione debeat eſſe minoris, ſecundùm ea quæ proximè diſputauimus. Vtrumque autem ideò ſolùm, quòd permiſſa ſit, inquiunt, reſcindentis & reſciſſorij cumulatio. Nos verò iam in ſuperioribus docuimus, errore primùm

mùm inductũ illud eſſe, vt reſcindentis & reſciſſorij cu-
mulatio admittatur, cùm priores pragmatici ita ſe facere
putarent ex vera ſtrictáque iuris ratione, potiùs quàm vt
ab eo recederent, quod iure communi cautum eſſet, De-
2 inde monuimus, ſi quãdo permittendum † ſit ei qui pe-
tit reſtitutionem, vt eam impetret contra tertium poſſeſ-
ſorem, hactenus id ei indulgendum eſſe, vt tamen priùs
& ante omnia dè iure & æquitate reſtitutionis diſcepte-
tur inter eos qui inuicé contraxerunt, vt quæ actio in
poſſeſſorem dirigitur, magis ſpectet ad executionem rei
quæ inter alias iudicata erit, quàm ad cauſſam ipſam iu-
dicandæ reſtitutionis. id enim eſt quod Vlpianus ſcri-
bit in *dict. l. in cauſſæ 13. §. interdum. De minor. Interdum
reſtitutio & in rem datur minori*. hoc eſt, non tantum in
perſonam eius qui cum minore contraxit, ſed etiam ad-
uerſus rei poſſeſſorem, licèt cum eo non ſit contractum.
Vt intelligamus hoc etiam caſu dari nohilominus in
perſonam quæ contraxit, non in rem ſolùm: Sed & pro-
3 bauimus † ſpeciale ius illud eſſe in minore propter fa-
uorem, & priuilegium ætatis vt in rem aliquando pe-
tere poſſit reſtitutionem: Nec idem recipiendum eſſe
in maiore, non ſolùm ſi de immodica duntaxat læſione
ſed nec ſi de dolo illius cum quo contraxit conquera-
tur, ex eaque cauſſa reſtitui velit, quia dolus ex propo-
ſito non afficit rem ſed perſonam duntaxat, & quidem
eius ſolius qui dolo malo quid admiſit, non etiam illius
qui à doloſo comparauit, quam in rem textus eſt aper-
tiſſimus in *l. dolus* 10. *Cod. de reſcind. vendit*. Quod ſi ita
eſt, multò minus rem ipſam afficiet dolus qui non ex
propoſito, ſed tantum in re ipſa interuenerit, de quo in
l. ſi quis cùm aliter 35. *De verborum obligationibus*, quem
etſi dolo ex propoſito noſtri comparant, nec ſatis rectè,
vt alibi tractauimus, non eſt tamen ex interpretibus aut
pragmaticis qui meliorem faciat conditionem eius qui
dolum in re ipſa paſſus eſt, quàm eius qui ex propoſito
deceptus fuit. Quamquam nec dolum in re ipſa colli-
gunt ex ſola immodica, & vt vocant, enormi læſione, ſed
ex ea tantùm quæ ſit enormiſſima, id eſt. quomodo ij ipſi
interpretantur, vltra beſſem. Quo admiſſo dici ſanè mi-
nùs poteſt eum qui immodicè læſus fuit, & enormiter
duntaxat non enormiſſimè hoc ipſo habere rem affe-
ctam, vt eam per in integrum reſtitutionem perſequi
4 poſſit aduerſus poſſeſſorem. denique nec minori † ipſi
ſemper indulgemus reſtitutionem in integrum, etiam
contra poſſeſſorem, ſed interdum, vt Vlpianus loquitur
in *dict. §. interdum*, id eſt, vt nos ex eodem Vlpiano Pom-
ponio & Paulo explicauimus, ita demùm ſi is cum quo
minor contraxit, non ſit ſoluendo, nec aliter fieri poſſit
vt minor indemnis ſeruetur, quàm ſi actio ei detur con-
tra tertium licèt bonæ fidei poſſeſſorem, quamuis indem-
nitas minori præſtita ab eo qui cum minore contraxit,
aut ab eius herede non faciat quominùs minor re ſua
carere cogatur. Sufficit enim vt rem ſuam non perdat, id
eſt, vt pro re ipſa habeat litis æſtimationem, hoc eſt,
quanti ſua intereſt, in quo ipſum quoque precium rei
continetur *l. 1. D. de empt. l. in interdicto 6. D. vnde vi*.
Niſi ipſius omnimodo interſit vt rem ipſam præciſe
habeat, nec ea careat, vt in ſpecie *l. ſi emptionem 35. D.*
5 *de minor*. Alioqui † ſi quod Vlpianus ait in *d. l. §. inter-
dum ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat*, ſic intelligeres
quomodo pragmatici intelligunt, vt toties reſtitutio in
rem danda ſit minori, quoties aliter futurum eſt vt re
ſua careat, inepta eſſet diſtinctio illa, in qua tamen Vl-
pianus ipſe cæterique prudentes tantopere ſibi placent,
an is qui cum minore contraxit, eiúſue heres ſoluendo
ſit, nécne. Quantumuis enim ſoluendo ſit, tamen facere
id non poteſt vt re ſua carere non cogatur ſi non liceat
ei agere contra tertium poſſeſſorem qui rem ipſam ha-
bet, quemadmodum ex contrario ſi permittas ei agere
contra poſſeſſorem vt ei rem ipſam auferat, fruſtrà quæ-
ras an prior emptor ſoluendo ſit nécne, cùm etiamſi ma-
ximè ſoluendo eſſet, nihil tamen deberes minori qui
iam rem ſuam eſſet à poſſeſſore conſecutus. Et tamen
apertiſſima ſunt Vlpiani & Pauli verba quandiu is qui à
minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit, nihil
noui conſtituendum eſſe in eum qui rem bona fide eme-
rit, id eſt, auferri ei rem non debere. Parum igitur curan-
dum eſt an futurum ſit vt minor re ſua careat, dummo-
do rem ſuam non perdat, quam certe non perdit, quoties
pro re accepit reſtitutionis beneficio litis æſtimationẽ,
licèt re ipſa careat, quia eã nec habet, nec habere poteſt,
poſtquàm deſiit ipſius intereſſe. Ita autem conſtituto
circa minorem iure, quis non videt in eo qui maior ſit
eſſe omnia diſſimilia, aliúdque iuris omnino conſtitui
oportere? Maximè verò ſi non niſi ex cauſſa immodicæ
læſionis reſtitutio petatur. Nam qui ſe in † pretio læſũ 6
conqueritur, nec ſe enormiſſimè læſum alegat, vt ex pra-
gmaticorum ſententia contra pragmaticos diſputem, ſed
enormiter duntaxat, non id agit vt rem ſuam præciſe
habeat, ſed tantum vt indemnis ſeruetur. Quando qui-
dem cogitur electionem dare emptori, vt vel rem ipſam
reſtituat recepto pretio quod dedit, vel iuſtum pretium
ſuppleat *l. 2. C. de reſcind. vẽdit*. Itaque ſi iuſtum ei pretium
ſuppleatur, deſinit habere actionẽ. Cur ergo † permitta- 7
tur ei vt agat contra tertium poſſeſſorem eo ſaltẽ caſu
quo is ipſe qui contraxit, eiúſve heres idoneus ſit & ſol-
uendo? is enim vtiq; iuſtum pretiũ ſuppleturus eſt, cum
rem ipſam quam nõ habet reſtituere nullomodo poſſit.
Quinimo cùm per eum factum ſit ne rem ipſam poſſit
reſtituere, quam vltro alienauit, non abſurde quis dixe-
rit poſſe eum vrgeri præcisè vt iuſtum precium ſuppleat.
Fruſtra ſiquidem electio detur ei qui eligendi facultatem
non habeat. Niſi quis dicat, poſſe fieri vt electionis com-
modum ei ſaluum eſſe debeat, ſi forte minore pretio ab
eo ipſo cui vendidit redimere rem poſſit. Sed quanquã
ea ratio facere poteſt vt ſi rem ipſam præſtare velit quam
ſic redemerit, debeat audiri, eſt tamen id alienius & in-
expectatius, quàm vt dicendus ſit petitor male egiſſe qui
contra eum egerit ad iuſti pretij ſupplementum præciſe,
nulla illi relicta electione. Proinde quidni ſecurus erit
emptor poſterior quandiu à priore eiúſve herede indem-
nis ſeruari actor poteſt, eique iuſtum precium ſupplere?
Quod ego non illo tantùm caſu admittendum arbitror,
quo tertius poſſeſſor bonam fidem habere proponatur,
propter iuſtam ignorantiam pretij in priore venditione
conuenti, ſed illo etiam quo proponas ſecundum hunc 8
† emptorem ſciuiſſe quæ inter priores contrahentes
geſta ſunt, & quàm vili pretio res primùm venie-
rit. Ea namque ſcientia non impedit quominus is
qui acquirit à priore emptore, poſſit credere ſe tutò
emere, dummodò ſciat eum à quo acquirit, ſup-
plendo iuſto pretio imparem non eſſe, cum nihil
aliud ſit quod reſtitutionis poteſtate extorqueri poſſit
ab inuito emptore qui rem ipſam à ſe iam alienatam
reddere ampliùs non poteſt. In eoque ſanè æquum
eſt meliorem eſſe conditionem minoris viginti quin-
que annis quàm maioris, vt ætatis fauor & priui-
legium reſtitutioni patrocinetur. Illus dico, etiam- 9
ſi prior † emptor ſoluendo non ſit, nihil tamen
aduerſus poſteriorem conſtitui debere, nec ſi ea quæ
inter venditorem & priorem emptorem geſta ſunt non
ignorauit: ſicut euenire iam diximus in ea reſtitutione
quæ petitur ex capite doli, nempe quia reſtitutiones iſtæ 10
† non conceduntur fauore actoris, quomodo fauore
ætatis conceditur illa quæ minori datur, ſed odio eius
qui conuenitur, hæc odio doli & doloſi, illa odio læſio-
nis, & conſequenter eius qui venditorem læſit, nemo
autem dixerit odium eius qui alium vel decepit dolo
malo, vel citra dolum læſit, ei nocere oportere qui ne-
que deceperit, neque læſerit, cùm fieri facilè poſſit vt
poſterior is emptor deceptus ſit à priore, ac multò plu-
ris emerit, non modò quàm prior emptor comparaſſet,
ſed etiam quàm quanti re vera res fuit. Sola reſtitutio †
quæ maioribus competit ex capite edicti *D. eo quod met.*

cauſ. alio iure vtitur. Datur enim contra quemlibet poſ-
ſeſſorem etiamſi is metum non intulerit, ideóque dici-
tur in rem ſcripta eſſe. An quòd odioſior ſit vis quàm
dolus? Minimè. Neque enim poteſt odium vis priuatæ
aut publicæ tantum eſſe vt damno afficere debeat eum
qui neque vim, neque metum intulit, ſed quia cum me-
tus in eo ſit qui alienat, & vim patitur, dolus autem in
eo qui acquirit dolo malo, minùs videtur alienationi
conſentire is qui vi & metu, quam qui deceptus alie-
nat, ideóque dicitur rem in bonis ſuis retinere, habét-
que vtilem ſi velit vindicationem, *l. metum 9. §. volenti.
& §. licet de eo quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* maioréque fa-
uore dignus eſt contra quemcumque poſſeſſorem, quia
non dicit aduerſarium aliquid feciſſe, ſed ſeipſum vim
& metum paſſum eſſe, quæ ſola huius reſtitutionis
cauſſa eſt, nec minùs vera & æqua ſi contra eum agatur
qui metum non intulit, quàm ſi ille ipſe intuliſſet.
Vnum eſt quod pro tuendo pragmaticorum errore vr-
gere maximè videtur, quódque ſemper in ore habent,
Alienationem ſcilicet fieri non poſſe niſi cùm ſua cauſ-
ſa, *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* Ex eo namque in-
ferunt, rem alienatam quæ penes primum emptorem fuit
in ea cauſſa, vt per in integrum reſtitutionem redhiberi
quandocunque poſſet, non potuiſſe in ſecundum em-
ptorem alienari, niſi eadem lege & conditione vt reſtitu-
tionis periculo maneret obnoxia. Sed reſpondendum
12 eſt quod illi non intellexerunt, regulam illam † quæ ha-
bet alienationem, fieri cum ſua cauſſa, de ea demum cauſ-
ſa accipi debere, quæ rem ipſam afficiat, vtputa, ſi res
fuit obligata, aut legata ſub conditione ante alienatio-
nem, aut ea lege vendita vt retrouenderetur. Omnes
enim pactiones quæ fiunt in traditione rei quæ aliena-
tur, rem ipſam afficiunt, & conſequenter obligant poſ-
ſeſſorem, cùm non aliter fuerit primus alienator rem ſuã
alienaturus *l. ſi cum venderet. 13. D. de pign. act. l. vendi-
tor. 13. D. commun. præd.* Cæterùm ſi quis exiſtimet rem
alienatam non poſſe meliore conditione eſſe apud em-
ptorem, quàm futura eſſet penes venditorem, is procul-
dubio errauerit. Alioqui dicendum erit, ſi debitor chi-
rographarius iam condemnatus aliquid ex bonis ſuis
vendiderit, priuſquàm in executione iudicati pignora
caperentur, permittendum eſſe victori vt eam rem pi-
gnoris iure capiat, quoniam alienationis tempore in ea
cauſſa res illa fuit vt pignoris iure capi poſſet ſi in debi-
toris dominio manſiſſet: Et tamen dici hoc non poteſt,
13 quia certum eſt debitoris † chirographarij bona non
eſſe creditori obligata, ne quidem poſt condemnationem
priuſquàm iudicati executio per pignorum capionem
facta ſit, nec ſi ea alienatio in fraudem facta propona-
tur, quo caſu reuocatoria neceſſariò agendum eſt, priuſ-
quàm ea res pignori capi poſſit, quaſi in bonis adhuc
manſerit debitoris. Addunt pragmatici reſoluto iure da-
14 toris, † reſolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali. D. de
pign.* Sed intelligi id debet de reſolutione quæ fiat ipſo
iure, aut conuentionis poteſtate, non extraordinario
auxilio reſtitutionis ex ſola æquitate contra ſtricti iu-
ris rationem.

ERROR IV.

*Si is qui à minore emit, aut à maiore læſo vltra di-
midiam iuſti pretij petente reſtitutionem,
abſens ſit, aut contumax, aut ſine
herede deceſſerit.*

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea, ſi is qui à minore
emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij
petente reſtitutionem abſens ſit aut contumax, aut
ſine herede deceſſerit, aduerſus tertium poſſeſſorem
dandum eſt auxilium reſtitutionis.*

2 *Ex ſola primi emptoris abſentia contra poſteriorem non
ideò eſt concedenda reſtitutio: quod curator bonis ab-
ſentis dari queat.*

3 *An contumacia primi emptoris ſufficiat ad conceden-
dam reſtitutionem contra ſecundum?*

4 *Sententia per contumaciam contra autorem abſentem
reddita non nocet ſucceſſori.*

5 *Priore emptore exiſtente idoneo & ſoluendo, eius abſen-
tia aut contumacia non debet efficere, vt permittatur
actori tertium poſſeſſorem inquietare.*

6 *Quo caſu ſubſidiaria reſtitutio contra poſſeſſorem dan-
da ſit.*

7 *Non cogitur actor priorem emptorem ad peram vſque
& ſacculum excutere.*

8 *Si prior emptor ſine herede deceſſerit, hereditati ia-
centi dandum non eſſe curatorem, vt volunt pra-
gmatici.*

QVi inter pragmaticos videri volunt ſubti-
liores, fatentur quidem neque minorem, † 1
neque eum qui ex cauſſa immodicæ læſio-
nis reſtitutionem petit contra tertium poſ-
ſeſſorem, priùs audiendum eſſe, quàm egerit contra
priorem emptorem, cum quo contractum eſt, ſed ſi prior
ille emptor aut abſens ſit, aut contumax, putant poſſe id
ſufficere actori vt etiam aduerſus poſteriorem emptorem
paratum habeat auxilium reſtitutionis, quaſi ſatis ex-
cuſſo eo qui abſens aut contumax probetur. Non enim
ſimilem eſſe excuſſionem hanc ei quæ fit à pignoratitio
creditore contra tertium poſſeſſorem hypothecariam
exercente, quam iidem pragmatici volunt ad peram
vſque & ſacculum fieri oportere: Propterea quòd, in-
quiunt, hæc quæ facienda eſt in cauſſa reſtitutionis non
aliam rationem habeat, quàm vti ne de reſtitutionis iu-
re & æquitate diſceptare cogatur is qui neque contra-
xit, neque tractatus initi rationes vllomodo perſpectas
habet: nihil autem imputari poſſit ei qui per abſentiam
aut contumaciam prioris emptoris cogitur agere rectà
contra poſſeſſorem. Quæ ſententia non plura verba con-
tinet, quàm errata. Nam cùm abſens eſt à prouincia † is 2
qui contraxit, nihil vetat dari curatorem abſentis bonis,
qui curator perſonam abſentis repræſentet, actionémque
in integrum reſtitutionis excipiat, & ex inſtrumen-
mentis fortaſſe quæ in bonis reperiet, agentis intentio-
nem excludat. Proinde nihil cauſſæ eſt cur ex ſola primi
emptoris abſentia reſtitutionem contra poſteriorem tam
facilè dari oporteat. Quòd ſi primus † emptor ſit qui- 3
dem in prouincia, ſed contumax, qui ritè ac legitimè
ad iudicem euocatus adeſſe nolit, fateor poſſe contra eũ
ſequi condemnationem, & perinde reſcindi contractum
acſi de reſtitutionis æquitate inter præſentes diſcepta-
tum fuiſſet, quoniam qui verè contumax eſt, hoc ipſo
habetur pro confeſſo, &, quod eſt conſequens, pro con-
demnato. Sed nego contumaciam illam vſque adeò no-
cere debere poſſeſſori, vt non ſaluas habeat etiam auto-
ris ſui defenſiones, ſi eas proponere & allegare velet. Fe-
rè enim perpetuum eſt, vt ſententia † per contumaciam 4
aduerſus autorem abſentem reddita, non noceat ſucceſſo-
ri, cui noceret ſi contra præſentem reddita proponere-
tur. Sufficeret namque redditam colluſionem cum legi-
timo contradictore, qualis vtique ille non eſt qui non
contradixit, ſed fuit contumax vt haberetur pro confeſſo.
Sed quod præcipuum eſt, ſiue prior † emptor abſens, 5
ſiue contumax fuit, nihilomagis exiſtimo permitten-
dum actori, vt tertium poſſeſſorem, qui bonæ fidei ſit,
inquietet, ſi non vltrò ille ſe offerat ſuſcipiendæ liti re-
ſtitutoriæ dummodò prior ille emptor qui abſens aut
contumax eſt, ſit etiam idoneus & ſoluendo. Nam qui
abſens eſt, nec defenditur non aliam pœnam pati ſolet,
quàm vt in poſſeſſionem bonorum eius actor mittatur,

custodiæ

cuſtodię primùm, deinde vēditionis cauſſa. Cōtumax verò licèt habeatur pro confeſſo, perindéque ac confeſſus condēnari poſſit & debeat, non tamen hoc ipſo habetur pro inope & egeno. Atqui diximus & probauimus in ſuperioribus, quandiu prior emptor ſoluendo eſt, nihil aduerſus poſteriorem conſtituendum eſſe, ne quidem fauore minoris, ſi poſſeſſor in bona fide ſit, ex Vlpiano & Paulo in *l. in cauſſa* 13. §. *interdum.* & *l. ſeq. D. de min.* Fauore autem maioris multò minùs, ſiue aduerſarij dolo deceptus ſit, ſiue contra dolum læſus vltra dimidiam iuſti pretij, cùm nec diſtinctio illa bonæ & malæ fidei poſſeſſoris neceſſaria ſit, cùm agitur de reſtitutione maioris, dummodò prioris emptoris dolum aut tractatum poſterior non participauerit. Non ergo ſufficere poteſt ad inquietandum poſſeſſorem, quòd prior emptor qui abſens, vel contumax eſt, pro excuſſo habeatur, quòd ad perſonam attinet, niſi etiam bona eius excutiantur, probentúrque idonea non eſſe ad præſtandam actori indemnitatem. Illud ſanè non inficior, eo caſu, quo actori permittendum eſt vt etiam contra poſ-
6 ſeſſorem petat ſubſidiariam reſtitutionem, id eſt, ſi † ex cauſſa minoris ætatis reſtitutio poſtuletur nec prior emptor ſit ſoluendo (alium enim caſum nullum agnoſco in quo ſubſidiaria reſtitutio contra poſſeſſorem danda ſit, cùm ſi dolum ille, aut tractatum prioris emptoris participauerit, aut ſi vis allata fuit, vel metus, æquè principaliter conueniri poſſit qui poſſidet, ac ſi
7 contraxiſſet) non eſſe cogendum actorem † vt priorem emptorem excutiat ad peram vſque & ſacculum aut vt ex eius bonis, quantum fieri poterit ſaltem pro parte ſatisfaciat, quia nec creditor hypothecarius cogeretur, vt probauimus *Decade* 5. *error.* 8. Plus autem iuris habet minor petens reſtitutionem, quàm creditor, quia eius rei nomine agit quæ aliquando fuit ſua, imò petit rem quodammodo adhuc ſuam quandiu indemnis non præſtatur, ſed & cùm ita demum poſteriori emptori parcendum eſſe Vlpianus & Paulus velint, ſi prior ſit idoneus & ſoluendo, apparet non poſſe idoneum aut ſoluendo videri eum qui pleniſſimam indemnitatem minori præſtare non poteſt. Et verò quomodo fieri poſſet vt minor qui ex bonis primi emptoris non niſi partem indemnitatis conſecutus eſſet, pro reliqua parte peteret reſtitutionem contra poſſeſſorem? Vtique enim actionem pro indemnitate habere non poſſet, vt quod indemnitati deeſſet, suppleretur; nec aliud eſſet quod per in integrum reſtitutionem petere poſſet præter rem ipſam: quam tamen ſi totam peteret, iam indemnitatis ſuæ partem conſecutus, an non malè ageret, & in plus quàm ſibi deberetur? Idque probat optimè, ni fallor, quod Caius ſcribit in *l. ſed vbi* 15. *D. de minor.* eo caſu quo reſtitutio datur minori, contra poſſeſſorem dandum eſſe poſſeſſori regreſſum aduerſus ſuum autorem. Quid enim regreſſus prodeſſe poſſet ſi ad peram vſque & ſacculum autor ille per minorem iam excuſſus eſſet? Reſtat vt videamus quid dicendum ſit,
8 ſi primus emptor ſine herede deceſſerit. Pragmatici † enim exiſtimant hoc caſu dandum eſſe curatorem hereditati tanquam iacenti, inter quem & minorem de iure & æquitate reſtitutionis contendatur, tum ad tertium bonæ fidei poſſeſſorem perueniatur. Quam ſententiam ne admittere poſſim, illud facit, quòd quoties quis ſine herede deceſſit, nulla hereditas eſt cui curator dari poſſit, fiúntque bona vacantia, & proinde fiſco deferenda, ſi ſint ſoluendo, vt à nobis probatum eſt *Decade* 4. Contra fiſcum igitur eo caſu agendum erit ſi bona illa occupare volet. Cogitur enim fiſcus reſpondere creditoribus, & heredis vice actiones omnes excipere, quæ contra defunctum competierunt. Sin bona ſoluendo non ſint, quia tunc nec ad fiſcum pertinent, illud vnum ſupereſt, vt in eorum poſſeſſionem actor mittatur tanquam in bona debitoris ſui qui nec defenditur, nec defendi ab vllo poteſt. Scilicet ſi is actor proponatur, qui contra poſteriorem emptorem nullam actionem habere debeat, ne tum quidem cùm prior ſoluendo non eſt. Nam ſi minor ſit cui propter lubricum ætatis faueri oporteat potiùs quàm tertio bonæ fidei poſſeſſori, eo nimirum caſu quo primus emptor non ſit idoneus, conſequens fit ſuperioribus vt non ſit cogendus petere miſſionem in poſſeſſionem bonorum vacantium quæ ponimus ſoluendo non eſſe, ſed rectà & in rem ipſam petere poſſit reſtitutionem aduerſus poſſeſſorem.

ERROR V.

Vbi cauſſam in integrum reſtitutionis agitari oporteat.

SVMMARIA.

1 *Sententia l.* 2. *C. vbi & apud quem cogn. in integr. reſtit. ag.*
2 *In perſonalibus actionibus actor forum rei ſequitur.*
3 *Ratio dubitandi d. l. & pragmaticorum de loco vbi cauſſam reſtitutionis in integrum agitari oporteat ſententia.*
4 *Iudicium reſciſſorium non eſſe principalius & dignius reſcindente aduerſus pragmaticos.*
5 *Reſtitutionem in integrum non eſſe agitandam in foro illius loci vbi ſita ſunt bona, ſed in illo potiùs vbi domicilium habet poſſeſſor qui conuenitur.*
6 *Refellitur ratio propter quam pragmatici cenſent cauſſam reſtitutionis in foro illius loci vbi ſita ſunt bona agitandam eſſe.*
7 *Iudex requiſitus ſicut non poteſt cognoſcere de viribus aut iniquitate ſententiæ, ita nec recuſare poteſt petitam iudicati executionem.*
8 *Exceptio.*
9 *Quando celeritate coniungendarum inter ſe actionum vna occultetur.*

Ridicula videri poſſet hæc tractatio, niſi eam pragmaticorum error faceret neceſſariam. Extat enim conſtitutio Diocletiani & Maximiani *in l.* 2. *Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agit. ſit.* quæ † habet 1
cauſſam in integrum reſtitutionis in eo loco agitandam eſſe in qua domicilium fouet is qui conuenitur. Idque conſequens eſt ei quod in ſuperioribus tam ſæpe inculcauimus, actionem reſtitutionis in integrum quia competit ad diſtractum, perinde perſonalem eſſe aduerſus eum qui contraxit, atque ſi ex contractu ipſo ad implenda promiſſa ageretur. Eſt enim id commune perſo-
nalibus † omnibus actionibus, vt eas apud iudicem 2
eius qui conuenitur proponi, actorémque forum rei ſequi oporteat *l.* 2. *C. de iuriſd. omn. iudic.* Sed dubi-
tandi † cauſſa ex eo naſcitur, quòd pragmatici induxe- 3
runt vt reſcindentis, & reſciſſorij cumulatio fieri poſſit. Inde namque conſequi voluerunt, vt ſiue is ipſe qui contraxit, rem poſſideat quæ per in integrum reſtitutionem petitur, ſiue alius & tertius poſſeſſor ſit, non in eo loco agi oporteat in quo domicilium reus habet, quomodo agi oporteret ſi reſcindens ſolum tractaretur, ſed apud iudicem loci, in quo res ipſa ſita eſt, aut quia reſciſſorium iudicium principalius & dignius eſſe exiſtimant, ex quo ſcilicet effectus reſtitutionis ipſius pendeat, aut potiùs, quòd alioqui verendum plerumque eſſet, ne poſt impetratam, longáque lite obtentam reſtitutionem apud iudicem domicilij, nouam litem pro iudicati executione inſtitui oporteret in eo loco, in quo res ſita eſſet, præſertim ſi poneres ſitam eſſe in alieni Principis territorio, propter difficultates quæ interuenire ſolent, cùm rei quæ à magiſtratu alterius dicionis

iudicata fuit, executio petenda eſt apud iudicem qui ſub alio Principe iuri dicendo præeſt. Sed quis ferat tam apertè vim fieri legibus & rationi iuris? Nam, vt ea taceam nec repetam. quæ ſuprà tam fuſe diſputauimus circa errorem hunc De reſcindentis & reſciſſorij cumu-
4 latione, non poſſum videre qua ratione iudicium † reſciſſorium dici poſſit dignius & principalius, quàm reſcindens, cùm nonniſi ad reſcindentis executionem ſpectet, dignius autem, nec ſolùm principalius, ſed principale ſolum illud ſit, quod propter ſe & principaliter exercetur, non autem quod poſteriore loco & in alterius executionem. Tritum enim eſt, iudicia executoria & conſequentia, non niſi præcedentium acceſſoria eſſe. Vnde illud etiam praxis admiſit, vt procurator qui prioris litis peragendæ mandatum accepit, nec nouo mandato indigeat in cauſſa executionis iudicati, nec quaſi officio functus recuſare poſſit, quominus in executionis inſtantia maneat procurator, non alia ratione, quàm quòd illud ipſum iudicium, quod priùs fuit durare etiam poſt iudicatum videatur, quandiu iudicati executio ſecuta non eſt. Quid enim iudicatum prodeſſet, aut quæ vtilitas & autoritas eſſet iudicati, ſi executio nulla ſequeretur? Sed etſi admitterem, quod ſemper negabo, iudicium reſciſſorium aut principalius & dignius eſſe, aut æquè dignum & principale, non tamen
5 conſequens eſſet agitandam in integrum † reſtitutionem in foro illius loci vbi bona ſita eſſent, ſed in illo potiùs vbi domicilium haberet poſſeſſor qui conueniretur. Qui locus ſæpe alius eſt à loco in quo ſita ſunt bona quæ per in integrum reſtitutionem petuntur. Nec parum intereſt plerunque eius qui conuenitur vt in loco potiùs domicilij conueniatur quàm in quo ſita res eſt, ſiue ille ipſe qui contraxit, ſiue alius poſſideat, ſi fortè loca ſint longo diſſita regionum interuallo. Quod
6 autem pragmatici obiiciunt, † verendum eſſe ne de lite fiant lites, ſi non eo loco petatur reſtitutio, in quo bona ſunt conſtituta propter difficultates, quas executio iudicati afferre ſolet, maximè cùm alibi facienda executio eſt quàm vbi iudicatum fuit, vereor ego ne faciant parum cautè, qui non animaduertunt id quod ipſa etiam praxis docet, ſententiam quæ in vnius Principis territorio ritè ſolenniterque lata ſit, in alterius quoque Principis territorio executioni demandari poſſe, dummodò implorata ſit autoritas magiſtratus qui ei ter-
7 ritorio præeſt. Vulgatum n. eſt iudicem † requiſitum, ſicuti non poteſt cognoſcere de viribus ſententiæ iudicis requirentis, multò minùs verò de iniquitate, ita recuſare non poſſe petitam executionem iudicati, dum ne eui-
8 denter † nulla ſit ſententia, puta quæ lata ſit à iudice euidenter incompetenti. Nam ſi Sabaudus à Pariſienſi perſonali actione laceſſitus contumax fuerit, & ex contumacia condemnatus ſit, non facilè permittet Senatus noſter requiſitus executionem Senatuſconſulti Pariſienſis, niſi audito eo quem prima ſpecie veriſimile eſt perperam & à non ſuo iudice condemnatum fuiſſe: vt alio loco ſcribemus. Sed ſi is qui apud Senatum Pariſienſem conueniri, & condemnari potuit, ibi conuentus & condemnatus ſit, ſiue per contumaciam peracto ritè iudiciorum ordine, ſiue præſens non dubitabit Senatus noſter iudicati executionem iubere, inaudito etiam eo qui iam ritè condemnatus eſt *l. ſi prætor 75. D. de iudic.* Nulla ergo ratio eſt propter quam de reſtitutione in integrum tractari oporteat in eo loco in quo bona ſita ſunt, omiſſo loco domicilij eius contra quem reſtitu-
9 tio poſtulatur. Scio contingere aliquando † vt celeritate coniungendarum inter ſe actionum vna occultetur, vt in *l. 3. §. penul. D. de donat. int. vir & vxor. l. ſingularia 15. D. ſi certum petatur.* Sed id fit cùm inter eaſdem perſonas vtraque actio verſatur, nec cuiuſquam intereſt, nec iuris ordo & neceſſitas repugnat. Item cùm tractatur de conuentionibus & traditionibus exinde factis, non etiam cùm de ordine iudiciorum, qui certam formam à lege præſcribi præſcriptámque ſeruari, non modò priuatorum, ſed etiam reipublicæ intereſt: Alioqui perinde poſſit quis concludere, ſemper incipiendum eſſe ab executione, non à citatione, quod tamen leges omnes negant. Iudicium porrò reſciſſorium, executio, vt dixi, quædam eſt iudicij reſcindentis.

ERROR VI.

De condemnatione fructuum in iudicio reſtitutionis in integrum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum & interpretum erronea in iudicio reſtitutionis in integrum reſtituendi ſunt ij tantum fructus qui aut percepti ſunt aut percipi potuerunt à die litis conteſtatæ.*
2 *Ratio dictæ ſententia prima.*
3 *Secunda.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *In integrum reſtitutio quid.*
6 *Verbum* reſtituendi, *in ſententiis de in integrum reſtitutionibus pleniſſimam habet ſignificationem vt fructus quoque contineantur.*
7 *In reſtitutione quæ fit ex cauſſa vis vel metus fructus omnes reſtitui debent.*
8 *Non poteſt abſolutè bonæ fidei poſſeſſor dici is qui rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibili.*
9 *Didacum Couarru. in l. in cauſſa 13. §. interdum, & l. ſeq. perperam malæ fidei poſſeſſorem accipere.*
10 *Appellatione reſtitutionis in integrum quid veniat.*
11 *Expenditur Didaci traditio, ſi iudex quem condemnauerit ad rem reſtituendam ſimpliciter, nec quicquam de fructibus adiecerit, non videri eum ad fructuum reſtitutionem damnatum.*
12 *Sententia iudicis cur à pragmaticis ſtricti iuris dicatur.*
13 *Promiſſa per ſtipulationem rei reſtitutione ſi de fructibus nihil adiectum ſit, an ij in ſtipulationem veniant.*
14 *Refellitur ratio pragmaticorum ſuprà propoſita numero 2.*
15 *Perpenditur locus Iuris Canonici ex quo probant nonnulli reſtitutionem in integrum etiam minori competentem ſine fructibus faciendam eſſe.*

PVgnandum hîc nobis erit non modò cum pragmaticis, ſed etiam cum interpretibus pleriſque, præſertim ex recentioribus, qui & iuris & æquitatis meliores magiſtri exiſtimantur. Sed non eſt quod valdè aut hos, aut illos curemus, ſi pro nobis pugnabit autoritas prudentum. Frequentiſſima ferè omnium interpretum vox eſt, & in tribunalibus omnibus receptiſſima, Ei qui in cauſſa reſti-
tutionis † in integrum obtinuerit aduerſus poſſeſſo- 1
rem, ſiue actor minor fuit annis viginti quinque, ſiue maior, itémque ſiue poſſeſſor ſit ille ipſe qui contraxit, ſiue alius, reſtituendos eſſe fructus illos dumtaxat qui percepti ſunt, aut percipi potuerunt à die litis conteſtatæ, totius autem præcedentis temporis rationem nullam haberi oportere. Cuius ſententiæ, † quæ tot tan- 2
tóſque aſſertores habet, vnica illa ratio affertur, quòd licèt ab initio, id eſt, à quo tempore contractum eſt contractus in eo fuerit, vt per in integrum reſtitutionē poterit reſcindi quandiu tamen reſciſſus non fuit, aut ſaltem lis conteſtata ſuper implorata reſciſſione, non poſſit dici malæ fidei poſſeſſor is fuiſſe, qui non ſolùm poſſedit cum titulo & bona fide, ſed etiam iuſtam habuit cauſſam

cauſſam ignorandi an actor reſtitutionem aliquando
petiturus & obtenturus eſſet, nécne, ſiue propter incer-
tum reſtitutionis, quomodo Papinianus loquitur in *l. ſi*
Titius 48 *de fideiuſſ*. dubiúmque exitum iudiciorum, ſiue
quòd plerumque accidat, vt ij etiam, qui ſi vellent, reſti-
tui poſſent, nolint tamen ſecúmque præclariùs agi exi-
ſtiment ex alia quapiam cauſſa, quàm ſi reſtitutionem
implorarent: Hoc autem admiſſo, quòd bonæ fidei poſ-
ſeſſor fuerit is contra quem reſtitutio tandem poſtulata
eſt, illud ſtatim conſequens fieri aiunt, vt fructus omnes
lucretur quoſquos & quotquot percepit ante litem
conteſtatam. Bonæ ſiquidem fidei poſſeſſor fructus ſuos
facit non tantùm induſtriales, ſed etiam naturales, deni-
que omnes, vt Paulus loquitur in *l. bonæ fidei* 48. *de ac*
3 *quir. rer. domin.* Addi etiam poteſt, † reſtitutionem in in-
tegrum non dari niſi iis caſibus, in quibus ipſo iure
contractus tenet, neque enim fieri poteſt vt contractus,
qui ipſo iure non tenet, reſcindatur: *l. ſi curatorem ha-*
bens 3. *C. de in integr. reſt. minor* *l.* 2. *C. de præd. minor.*
Contractu autem ſubſiſtente, apparet bonæ fidei poſ-
4 ſeſſorem non poſſe non eſſe eum qui titulum habeat, &
ex titulo bonam fidem. At videamus primùm, † ne ipſum
nomen in integrum reſtitutionis hanc ſententiam im-
5 pugnet manifeſtiſſimè. Quid enim aliud ſonat, niſi †
actionem extraordinariam, quæ ex beneficio & ex edi-
cto prætoris ad id competit, vt vnuſquiſque integrum
ius ſuum recipiat, in eundémque ſtatum res reducatur
in quo erat priùs quàm contractum fuiſſet? *l. quod ſi mi-*
nor. 24. *§. reſtitutio D. de minor. l. vnic. Codice de reput.*
quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit. Atqui ſi contractus à
minore initus qui nunc per reſtitutionem reſcinditur,
non interueniſſet, proculdubio minor fructus rei ſuæ
percepiſſet, emptor autem pretium à ſe datum eiúſque
legitimas vſuras nunc haberet. Ergo fatendum eſt ſic
reſtitutionem fieri debere vt minori res ſua reſtituatur,
cum fructibus omnibus; emptori autem viciſſim pre-
tium quod dedit, cum legitimis vſuris reddatur, *l. pa-*
tri pro filio 27. *§. ſi pecunia. l. minor annis* 40. *§. prædia. D.*
de minor. quibus locis hoc ipſum tam apertè diſertéque
expreſſum eſt, vt non potuerit apertiùs. Sed & ipſum
6 *reſtituendi* verbum, † quo in ſententiis *De in integrum*
reſtitutionibus neceſſariò vtendum eſt, habet pleniſſi
mam ſignificationem vt fructus quoque contineantur,
& reſtituantur, *l. videamus* 38. *§. in Fauiana. cum ſeqq.*
D. de vſur. l. vlt. in fi. D. de verb. ſignif. l. in condemna-
tione 173. *§. cum & verbum. de regul. iur.* & in reſtitu-
7 tione † quæ fit ex cauſſa vis vel metus, hoc quoque
quod dicimus, fructus omnes omnémque cauſſam ſine
vlla temporis diſtinctione reſtitui debere, Vlpianus
ſcribit in *l. ſed & partus* 12. *D. quod met. cauſſ.* itémque
8 Paulus in *d. l. videamus §. item ſi vt. de vſur.* Et verò non
poſſe bonæ † fidei poſſeſſorem abſolutè dici eum qui
rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibi-
li, apparet, ſatis ex eo quod Vlpianus in *l. in cauſa* 13.
§. vlt. D. de minor. & Paulus in *l. ſeq.* malæ fidei poſ-
ſeſſorem appellant illum etiam qui emit ab eo contra
quem minor potuit reſtitui, ſi modò ea quæ inter mi-
norem & priorem emptorem geſta ſunt, non ignorauit.
Quanto igitur magis pro malæ fidei poſſeſſore haben-
dum putauerunt eum qui ipſe ſic contraxit, vt ſciuerit
aut ſcire debuerit futurum ſe reſtitutionis periculo ob-
noxium? Quid enim aliud eſt ſcire quòd reſtitutioni
locus eſſe poſſit, quàm præuidere futurum vt ſi quan-
doque reſtitutio impetrabitur, fructus omnes cum re
ipſa reſtitui oporteat? Qui verò eo animi ſenſu, aut po-
tiùs eo metu fructus percepit, etiam ante litem conte-
ſtatam, potéſtne abſolutè videri bona fide rem poſſe-
diſſe fructúſque ex ea percepiſſe? Non magis vtique
quàm vt bona fide percepti dicantur ij quos poſt li-
tem conteſtatam perceperit is qui in illum vſque diem
bonæ fidei poſſeſſor fuit. Quod enim facit conteſta-
tio ante allatas probationes, niſi vt poſſeſſor ex eo
die intelligat fieri poſſe vt ad fructuum exinde
percipiendorum reſtitutionem aliquando teneatur?
l. ſed etſi l. 25. *§. ſi ante petit. D. de pet. hered.* Nec pro-
bare † poſſum quod *Didacus Couarru.* reſpondet, ſine 9
lege & ſine ratione, Iure-conſultos iis locis malæ fidei
poſſeſſorem dicere, non illum duntaxat qui minorem
in contrahendo læſit, ſed eum quoque qui ab emptore
iſto comparauit, ſi ſciuit rem ita geſtam eſſe, non quod
ad fructus attinet, ſed quod ad hunc tantùm effectum,
vt aduerſus eum & in rem ipſam reſtitutio dari poſſit.
Quis enim credat fieri poſſe vt quis malæ fidei poſſeſſor
ſit quod ad rem ipſam tantóque odio dignus vt contra
vulgares iuris regulas reſtitutionis periculum excipere
cogatur, quod autem ad fructus attinet, bonæ fidei poſ-
ſeſſor fuiſſe exiſtimetur? Annon ea ipſa fide fructus
ex fundo percipiuntur, qua fundus ipſe poſſidetur? Di-
cere potiùs debuit, vir ſanè alioquin pereruditus, & de
iure noſtro optimè meritus, deteriorem eſſe poſſe con-
ditionem poſſeſſoris, quod ad fructus ſpectat, quàm
quod ad rem ipſam, hactenus vt quamuis bonæ fidei
poſſeſſor fuerit, putà ſi ignorauit ea quæ inter minorem
& priorem emptorem geſta ſunt, fructus tamen reſti-
tuere cogatur, eo caſu quo nil obſtante bona fide, reſti-
tutio etiam aduerſus eum impetrari poſſit, quod contin-
git ſi primus emptor non ſit idoneus & ſoluendo. *d. l. in*
cauſſa. in ſi. & l. ſeq. Nimirum quia licet non eo minùs
bonæ fide poſſeſſor ſit & maneat, quòd ille à quo emit
præſtare minori indemnitatem nequeat, fauor tamen
minoris, qui elicuit, vt perinde contra poſſeſſorem re-
ſtitui debeat ne in damno moretur, acſi mala fides inter-
ueniſſet, idem elicit vt eam reſtitutionem plenam eſſe
oporteat, & integram, cuiuſmodi ſanè non eſſet ſi
fructus quoque non contineret. Nec enim cùm in inte-
grum reſtitutionem † dicimus, rei duntaxat reſtitutio- 10
nem intelligimus quanquam hoc ſolum ſufficeret vt
intelligeremus etiam fructus reſtitui oportere, ſed reſti-
tutionem ſignificamus perſonarum quæ contraxerunt,
& quidem in integrum, ne dubitare quiſquam poſſit
quin iure & poteſtate reſtitutionis omnia in priſtinum
ſtatum reponantur, in quo erant priuſquàm contrahere-
tur, & in quo eſſent hodie ſi contractum non fuiſſet, *l.*
2. *§. antepen. D. ne quid in loc. public.* & elegantiùs *in l.* 1.
C. de ſentent. paſſ. & reſtit. Ex quo etiam reſponderi po-
teſt ad id quod *Didacus* obiicit, ſi iudex † quem con- 11
demnauerit ad rem reſtituendam ſimpliciter, nec quic-
quam de fructibus adiecerit, non videri eum ad fructuum
reſtitutionem condemnatum. Nam præter id quod mi-
hi ea traditio ſuſpectiſſima eſt propter eas leges, quibus
probauimus *reſtituendi* verbum pleniſſimam habere ſi-
gnificationem, vt etiam fructus complectatur, dico poſſe
intereſſe an in lege, aut quod hac parte idem eſt, in edi-
cto prætoris verbum hoc *reſtituendi* inueniatur, an in
ſententia iudicis. Priore caſu etſi non ſpecialiter de fru-
ctibus additum eſt, tamen etiam fructus ſunt reſtituen-
di, vt apertè Paulus ait in *d. l. in condemnatione* 173. *§.* 1.
Pleniſſimam enim lex, itémque edictum Prætoris reci-
pit interpretationem à iure, quoniam alioquin neque
lex mortua ſeipſam interpretari poteſt, neque edictum.
Sententia autem iudicis ſtrictiùs accipitur, quia ſi quid
obſcuri aut ambigui in ea eſt, id iudex interpretari com-
modè poteſt, etiam poſtquam per pronunciationē officio
functus fuit, eáque non noua ſententia, ſed tantùm ſen-
tentiæ declaratio eſt. Propter quam cauſſam dicitur à pra-
gmaticis † ſententiam eſſe ſtricti iuris, exemplo ſtipula-
tionis, vt quicquid in ſententia & ſtipulatione non pa-
lam expreſſum eſt, pro omiſſo habere oporteat, *l. quic-*
quid aſtringendæ 98. *de verb. oblig.* Conſtat autem ſi
quis in ſtipulatione † promiſerit rem reſtituere, nec ad- 12
iecerit de fructibus, fructus in ſtipulationem nullos ve-
nire *l hæc verba* 23. *de verb. ſignif.* vbi Vlpian. ſcribit
hæc verba in ſtipulatione poſita, *Eam rem rectè reſtitui*,
fructus quidem continere, ſed non propter verbum
reſtitui,

reſtitui, at propter adioctam dictionem *rectè*, quæ inquit,
pro viri boni arbitrio eſt. Qui tamen locus præſe fert
potiùs, ni fallor, aliud in ſententia iudicis quàm in ſti-
pulatione reſponderi debere. Cùm enim iudex nihil di-
ſtet à viro bono, niſi quòd viri boni arbitrio fungendi,
non modò ius & autoritatem habet, ſed etiam neceſſi-
tatem, quidni credendus eſt iuſſiſſe rem rectè & viri bo-
ni arbitrio reſtitui, licèt verbum illud *rectè* non adiece-
rit: Id eſt cur non ex viri boni arbitrio boni iudicis
ſententiam interpretemur? ſiquidem ponimus eam
exerceri actionem ex qua fructuum quoque condemna-
tio fieri potuerit & debuerit, vt non niſi per imperi-
tiam, aut incuriam, aut dolum iudicis ea fructuum
mentio prætermiſſa videatur. Alioqui eſſet ſanè abſurda
dubitatio. An *reſtituendi* verbo fructus continerentur
in ſententia iudicis, eo caſu quo nonniſi iniquè fru-
ctuum condemnatio fieri potuiſſet. Illa autem alia ratio
14 † pragmaticorum, quòd quandiu reſtitutio aduerſus
contractum petita non eſt, contractus teneat, nihil ad
rem pertinet. Parum enim refert quod ad bonam fidem
fructúſque percipiendos ſpectat, an contractus non te-
neat, an ita teneat, vt ſcias poſſe aliquando reſcindi, &
ita reſcindi vt omnia in integrum reſtitui oporteat.
15 Vnus tantùm locus eſt, íſque Pontificij † iuris, non ci-
uilis, ex quo probari poſſit reſtitutionem in integrum
etiam minori competentem ſine fructibus faciendam
eſſe. Is eſt *cap. conſtitutus. De in integr. reſtit. in 6.* vbi
hoc ipſum ſic conſtitutum eſt in reſtitutione, quam Ec-
cleſia impetrat cùm læſa eſt exemplo minoris. Sed vt
alias ad eum locum reſponſiones & interpretationes
prætermittamus, reſpondendum eſt, non eſſe rectam in
omnibus Eccleſiæ, & minoris comparationem, ne tum
quidem cùm agitur de in integrum reſtitutione. Com-
paratio recta eſt, quod ad rem quæ alienata eſt, auocan-
dam: ſed quod ad fructus, non item. Et differentiæ ra-
tio eſt, quia ius percipiendorum fructuum non ſpectat
ad Eccleſiam, ſed ad prælatum, qui ſcilicet ratione
fructuum domini loco habetur, aut ſaltem vſufructua-
rij iure cenſetur, nec fauore vllo dignus eſt vt compara-
ri debeat minori, præſertim cùm vix ſit vt eiuſmodi re-
ſtitutio accommodetur prælato ipſi qui alienauit, ſed
tantùm ſucceſſori, quia nec præſcriptionis tempora cur-
runt contra Eccleſiam quandiu viuit prælatus qui malè
alienauit. Succeſſor autem in beneficio nullum ius ha-
bet petendorum fructuum, qui, ſi alienatio nulla facta
eſſet, non ad hunc ſucceſſorem qui petit reſtitutionem,
ſed ad prædeceſſorem pertinuiſſent. Denique prælatus,
qui reſtituitur, non ſuo, ſed Eccleſiæ nomine reſtitui-
tur, vt rem Eccleſiaſticam malè alienatam ad Eccleſiæ
patrimonium reuocet: fructus autem non Eccleſiæ, ſed
ſuo nomine peteret, ſi petendi ius haberet. Non autem
ſicut Eccleſia ipſa, ita & prælatus minori comparatur
in cauſa petendæ reſtitutionis. Idque à Didaco & aliis
Pontificij iuris interpretibus obſeruatum non fuiſſe
mirandum eſt.

ERROR VII.

De fructibus ei adiudicandis, qui reſtituuntur ex cauſa immodica læſionis.

SVMMARIA.

1 *Venditor læſus in pretio vltra dimidiam iuſti pretij ſi reſtituatur in integrum, non alios fructus reſtituere tenetur emptor, quàm quos percipit à die litis conteſtatæ. & n. 28.*

2 *Venditori læſo in pretio vltra dimidiam partem beneficium reſtitutionis non competit. numer. 5. & ſeqq. ad 25.*

3 *Auxilium reſtitutionis eſt extraordinarium, ideoque tribui ei non debet qui communi iure munitus eſt.*

4 *Venditori læſo vltra dimidium pretij competit condictio ex Diocletiani & Maximiani conſtitutione l. 2. Cod. de reſcind. vendit.*

6 *Non eſt iudicis dare in integrum reſtitutionem, ſed prætoris.*

7 *Actio quæ venditori datur ob immodicam læſionem non finitur quadriennio, vt ſolent reſtitutiones in integrum.*

8 *Beneficium l. 2. C. de reſcind. vendit. non eò pertinet vt venditio reſcindantur; ſed vt ſubſiſtente venditione res ad æquitatem reuocetur.*

9 *Sententia l. maioribus. 3. C. comm. vtr. iudic.*

10 *Cur minoribus læſis in diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum.*

11 *Ante l. 2. C. de reſcind. vend. non potuit venditor læſus vltra dimidium iuſti pretij agere contra emptorem ad reſcindendam venditionem aut negotium ad ſuam æquitatem reuocandum.*

12 *Lapſus Iacobi Cuiacij.*

13 *Cur Impp. in d. l. 2. nouum ius induxerint.*

14 *Cùm in venditione immodica læſio interuenit, reſcinditur quodammodo venditio ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit.*

15 *Sententia l. ſi voluntate. 8. C. de reſcind. vend.*

16 *Condictio ex l. 2. C. de reſc. vend. in quid præciſè detur.*

17 *Cur non poſſit dici abſolutè eam condictionem dari ad reſcindendam venditionem.*

18 *Contractus nullus agendo reſcinditur niſi per in integrum reſtitutionem.*

19 *Quæ ſententia dicatur reſcindi.*

20 *Titulus C. de reſcind. vendit. quomodo concipiendus & intelligendus.*

21 *Quando ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindatur venditio per in integrum reſtitutionem.*

22 *Faciliùs minor reſtituitur in integrum aduerſus emptorem, quàm maior.*

23 *Si dolus in venditione interuenerit, poteſt minor etiam citra reſtitutionem ſe defendere.*

24 *Si nec vis, nec dolus, nec mala fides interuenerit contractus nullatenus reſcindi poteſt.*

26 *Actio quæ datur venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij non poteſt dari contra tertium poſſeſſorem.*

27 *Omnes condictiones ſunt in perſonam, non in rem.*

29 *Error pragmaticorum.*

QVæ dicimus de fructibus omnibus ex cauſ-
ſa reſtitutionis in integrum petitori adiu-
dicandis, aduerſus receptiſſimum errorem
pragmaticorum, noui erroris materiam &
occaſionem præbere poſſunt, ſi non cautio aliqua adhi-
beatur. Nam cùm venditor læſus † eſt in pretio vltra di- 1
midiam iuſti pretij, placet noſtris non modò pragmati-
cis, ſed etiam interpretibus, reſtitutionem in integrum
aduerſus venditionem ex ea cauſſa dandam eſſe, & tamen
fateor veriſſimum eſſe quod iidem illi affirmant, non ad
alios fructus reſtituendos condemnari emptorem debe-
re, quàm quos à die litis conteſtatæ perceperit. In quo
igitur errant? In eo nimirum quòd putant inducendum † 2
hoc caſu beneficium reſtitutionis, cùm tamen non com-
petat, quia nec neceſſarium eſt. Nemo enim neſcit, auxi-
lium reſtitutionis † eſſe extraordinarium, & ideò tribui 3
non debere ei qui communi auxilio & mero iure muni-
tus eſt, *l. in cauſſa 16. D. de minor. l. 3. C. de in integr. reſtit.
minor.* Atqui venditor † qui vltra dimidium iuſti pretij 4
læſus eſt, tutus eſt iure communi, id eſt condictione, ex
Diocletiani & Maximiani conſtitutione in *l. 2. C. de re-
ſcind. vend.* quæ cùm ait, humanum eſſe, vt vel venditor
reſtituto emptori pretio rem recipiat autoritate iudicis
intercedente †, vel quod iuſti pretij ſupplendi cauſa 5
emptor offeret, accipiat; oſtendit ſatis non eſſe hoc † 6
caſu

caſu neceſſariam reſtitutionem ſufficiente ob æqui-
tatem eámque conſtitutionem iudicis autoritate.
6 Nam neque iudicis † eſſet date in integrum reſtitu-
tionem,ſed prætoris. Et non eſſe hanc in integrum re-
7 ſtitutionem ex eo manifeſtè apparet, quód actio † quæ
venditori datur ob immodicam læſionem, non finitur
quadriennio, vt cautum erat Nouella conſtitutione
Rom. ſenioris cap. 2. (quod reſtitutionibus omnibus ex-
cludendis tempus à Iuſtin. præſcriptum eſt in *l.vlt.C.de
temp.in integ.ſeſt.*)ſed ad trigeſimum vſque annum ex-
tenditur exemplo cæterarum omnium perſonalium
actionum ex *l.ſicut.& l.omnes C.de præſcr.30.vel 40.ann.*
quia condictio eſt ex lege, vt pragmatici omnes inter-
pretéſque conſentiunt. Apparet etiam ex eo,quòd bene-
8 ficium † illius legis, non eò pertinet vt venditio reſ-
cindatur, alioqui præcisè vrgendus eſſet emptor vt rem
redderet quam adhuc haberet. Sed vt ſubſiſtente ven-
ditione,quod iniquè geſtum eſt ad ſuam æquitatem re-
uocetur, quod fit cum electio emptori datur, an iuſtum
pretium ſupplere malit & rem retinere, an potius re-
cepto pretio rem reſtituere, *l.ſi voluntate* 8.*in fin. C.eod.*
l.1.§.ſi quis in fraudē D.ſi quid in fraud. patron. & aper-
tiùs expreſſū eſt in Nouella Romani ſenioris, Non tamē
ipſius iudicij ęquitate ſola,vel auxilio reſtitutionis:ſed
9 beneficio conſtitutionis ſic † & in *l.maioribus 3.C. com-
mū. vtriuſq; iudic.* iidem Impp. Diocletianus & Maximi-
anus reſcripſeruut, Maioribus etiā per fraudē vel dolū,
vel perperā meo iudicio factis diuiſionibus ſubueniri ſo-
lere, An per in integrū reſtitutionē? Minimè. Eſt enim ius
illud propriū & ſingulare minorū,vt ſi in diuiſione læſi
ſint,& cauſſa cognita reſtitui in integrum poſſint. *l pen.
C. commun.diuid.* Sed æquitate iudicij,& officio iudicis:
quia vt lex ait, in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter
factum eſſe conſtiterit, in melius reformari oportet.
Quæ ratio cùm ſit generalis ad omnia bonæ fidei iudi-
cia pertinens, oſtendit ſatis ordinario iure id fieri, &
officio iudicis cauſſa cognita, vt ait *l,3.C. quib. ex cauſ.
maior.* non extraordinario auxilio reſtitutionis, licèt hac
in re differat venditio à diuiſione cæteriſque bonę fidei
contractibus, vt dicemus *Decad.ſeq.err. 1. & 6.* Quòd ſi
10 quis quærat: Cur ergo minoribus † hoc caſu ſubuenia-
tur per in integrum reſtitutionem, cùm certi iuris ſit
quod iam monuimus ceſſare extraordinarium remedium
reſtitutionis, vbi ordinarium competit? Reſpondebo
multum intereſſe an æquitate iudicii, an per reſtitutio-
nem minori ſuccurratur, quia priore caſu reuocatur res
ad ſuam æquitatem,poſteriore verò reducitur in priſti-
num ſtatum,id eſt,in quo res erat antequàm contrahere-
tur. In eóque partim verſatur cauſſæ cognitio illa quam
requirit *dicta l. pen.C.commun.diui.* Nam ſi perinde con-
ſuli poſſit minori eo modo quo maiori ſuccurreretur,
hoc eſt,ſi nihil eius interſit, an in priſtinum ſtatum, an
ad æquitatem duntaxat omnia reducantur, non erit
reſtituendus. Finge non in eo minorem læſum eſſe,quòd
diuiſit cùm ei expediret manere potiùs in communione,
ſed in eo tantùm quòd inæqualiter facta diuiſio eſt,ſuf-
ficiet ei poteſtas iudicij communi diuidundo, ſi eo iu-
dicio agi poſſit propter nondum tranſlatum hinc inde
dominium rerum diuiſarum vt nos docebimus *Error. 1.
Dec.ſeq.* neque locus erit reſtitutioni. Sed ſi tractandum
ſit de reſcindenda diuiſione,quòd minori longè vtilius
futurum erat ſi manſiſſet in communione,neceſſaria erit
reſtitutio, quia nunquàm æquitas contractus poteſt in-
ducere actionem ex contractu ad reſcindendum contra-
ctum ad reſcindendum contractum,niſi ſi ea contrahen-
tium voluntas & conuentio fuit,vt in ſpecie *l.ex empto.*
11 *11.§.is qui vina.D. de actio. empt.* Neq; tamen † hæc ſic
accipi velim, vt putem ante ſupradictam Imperatorum
conſtitutionem in *d l.2.C.de reſcind.vend.* potuiſſe ven-
ditorem qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſſet,agere
contra emptorem ex ſola iudicij æquitate ad eum in id
agendum,vt vel iuſtum pretium suppleret, vel recepto
pretio rem reſtitueret. Semper enim licuit ementibus,
& vendentibus ſe in pretio circumuenire, & quidem
naturaliter vt Vlpianus loquitur in *dict. lib. in
cauſſa 16. §. idem Pomponius D. de minor.* & Pau-
lus *l.item ſi 22. §. vlt. D. locat.* Id eſt, vt ego interpre-
tor, naturali ratione,quia emptionis & venditionis na-
tura ſic fert,vt emptor viliore pretio comparandi, ven-
ditor verò cariore diſtrahendi votum gerant, vixq; poſt
multas contentiones paulatim venditore de eo quod pe-
tierat,detrahente,emptore autem huic quod obtulerat,
addente,in certum conſentiant pretium vt ſcriptum eſt
non ineleganter in *d.l.ſi voluntate 8.C.de reſcind.vendit.*
Propter quam cauſſam nullo Pandectarum loco reperias,
actionem vllam dari venditori ob id ſolùm quòd immo-
dicè læſus ſit in pretio, non dicam ad reſcindendam
venditionem, ſed ne quidem ad negotium in ſuam
æquitatem reuocandum, quia in eo quod licitè fiebat, 12
nulla poterat iniquitas ſubeſſe. Miróque ingenium †
viri clariſſimi *Iacobi Cuiacij*, qui auſus eſt dicere bene-
ficium *legis illius ſecundæ, C.de reſcind. vendit.* non eſſe
nouum, nec veteri iuriſprudentiæ fuiſſe incognitum.
Nam præter id quod verba illa legis *humanum eſt*, ius
nouum præ ſe ferunt, apertiùs hoc expreſſum eſt in *d.l.
ſi voluntate*, quæ eorundem Imperatorum eſt in poſtre-
mis illis verbis. *electione emptori iam præſtita ſeruanda.*
Cur enim *iam præſtita*, ſi ex iuris ratione ſemper com-
petierat? Sed quanquam hæc ita ſunt, fatendum tamen 13
eſt maximè motos fuiſſe Imperatores †, vt nouum illud
ius inducerent, ex eo quòd contractus emptionis &
venditionis ſit bonæ fidei, cuius æquitatem ad eum
quoque caſum accommodari æquum ſit, quo tam gran-
dis læſio interuenerit. Quid enim aliud ſignificant verba
illa *humanum eſt*, niſi æquiſſimum eſſe, licèt non æqui-
tatis tantum ratione, ſed etiam miſerationis, vt dicemus
Decad.prox.error.7. Quare & omnes fatentur in ſtricti
iuris contractibus non idem obtinere: propterea quòd
in iis nulla prorſus aut certè non tanta habeatur ratio
æquitatis:cùm tamen ſi ex hac cauſa reſtitutio daretur,
vix dici poſſet cur ſeparati hac parte deberent contra-
ctus bonæ fidei à contractibus ſtricti iuris, quorum in
cæteris,ſiue minorum,ſiue maiorum reſtitutionibus eadē 14
ratio eſt. Non nego reſcindi quodammodo † venditio-
nem ex immodica læſione, ſi emptor iuſtum pretium
ſupplere nolit. Nihil enim aliud tunc fieri poteſt niſi vt
recepto pretio quod dedit, rem quam accepit reſtituat: 15
quod ſalua venditione fieri nullo modo poteſt,iſque †
ſenſus eſt *dictæ legis ſi voluntate*, cùm ait, neque bonam
fidem,quæ emptionis atque venditionis conuentionem
tuetur, pati, neque rationem vllam concedere, reſcindi
contractum qui vel ſtatim vel poſt pretij quantitatis
diſceptationem finitus ſit, niſi minus dimidia iuſti pre-
tij, quod fuerat venditionis tempore, datum eſſet, ele-
ctione iam emptori præſtita ſeruanda vt intelligamus eo
caſu quo læſio vltra dimidium interuenerit, reſcindi
contractum ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit. 16
Sed cum ea † condictio ex noua lege non in id præcisè
detur vt emptor rem reſtituat,ſed ita vt electionem ha-
beat vel rei reſtituendæ,vel iuſti pretij ſupplendi,appa-
ret non poſſe dici abſolute actionem hanc dari ad reſ-
cindendam venditionem. *d.l.1.§.ſi quis in fraudem. D.ſi* 17
quid in fraud.patr. & *Nouell.Rom.ſenioris c.2.* Daretur †
enim contra inuitum, id eſt, faceret vt etiam inuito em-
ptore venditionem neceſſariò reſcindi oporteret, quo-
modo in *l.non eſt probabilis 6. C.eod.tit.* Atqui ex con-
trario, vt ſuppleatur iuſtum pretium venditionis, fieri
non poteſt niſi ſubſiſtente & ſalua venditione, extra
cuius cauſſam de pretio nunquam diſputatur. Sed &
cùm emptor iuſtum pretium ſupplere recuſat, magis eſt
vt propriè loquentibus dicendum ſit reſolui venditio-
nem poteſtate legis,quàm reſcindi: in priſtinam ſiqui-
dem cauſſam res redit reſoluta venditione,vt Paulus lo-
quitur in ſpecie *l.voluntate 10 in fin.D. quib. mod. pign.*
vel

vel hypoth. ſoluit. denique inauditum eſt, vt contractus
18 † vllus agendo reſcindatur, niſi per in integrum reſtitu-
tionem, etiamſi vis aut dolus interueniret, ne tum qui-
dem cùm alioqui licet ab emptione diſcedere, vnde illud
eſt quòd ſeparati ſunt in Codice tituli *De reſcind. vendit.*
& *quand. liceat ab empt. diſce.* Sicut dicimus † ſententi-
19 am reſcindi non poſſe, niſi aduerſus rem iudicatam reſti-
tutio in integrum poſtuletur, aut à ſententia appelle-
tur. Vnde item dictum illud Symmachi, Vox iuris &
legum eſt bonæ fidei contractum non reſcindi Inter-
pretes & pragmaticos ſefelliſſe videtur, quod noua illa
lex Diocletiani & Maximiani poſita eſt ſub titulo *De
reſcind. vendit.* Sed obſeruare debuerunt, quod ex aliis
omnibus eius tituli legibus apparet, ſic accipi debere
rubricam, vt venditio reſcindi nunquam poſſit quæ à
maiore & ritè iureque facta eſt. Debuitque potiùs ſic
20 concipi † titulus negatiuè *De non. reſcind. vendit.* aut vẽ-
ditionẽ reſcindi non poſſe, quomodo ille *Sentent. reſcind.
non poſſ.* Quamquam etſi admitterem ex cauſſa immodicæ
læſionis reſcindi venditionem, quod falſum eſt, non ta-
men ſtatim eſſet conſequens competere ex ea cauſſa in
21 integrum reſtitutionem. Niſi poneres † dolo malo, vel
per vim coactum venditorem vt venderet, tum enim vti-
que venditio reſcinderetur agente eo qui vim vel dolum
paſſus eſſet, & reſtitutio eſſet neceſſaria ob illam æqui-
tatem danda, quòd nihil ſit tam contrarium bonæ fidei
quæ in hoc præcipuè contractu dominatur, quam vis
aut dolus, vt disertè ſcriptum eſt in *l. 1. & in l. ſi dolo 5.
C. eod.* Tum igitur duntaxat reſtitutio neceſſaria eſt cùm
contractus ſic perfectus eſt, vt tamen reformari aut reſ-
cindi poſſit proprio auxilio, id eſt, quod ex ipſius contra-
ctus æquitate proficiſcitur, vt contingit ſi maior annis
vigintiquinque vel vi vel dolo malo deceptus vendide-
rit, & circumſcriptus ſiue in pretij quantitate, ſiue in eo
quod vendiderit rem quam non expediebat vendere.
22 Nam in minore † 25. annis multò faciliùs admittimus
neceſſariam eſſe reſtitutionem aduerſus emptorem ſi for-
tè læſus ſit in pretio, aut qua alia ratione citra vim vel
23 dolum. Nam ſi vis dolúſve † interuenerit, & minor non
agat, ſed conueniatur ex contractu, poteſt ille iudicij
æquitate citra reſtitutionem ſe defendere & obtinere vt
dolus vindicetur. Nam ſi nec doli exceptio neceſſaria
dicitur, quia bonæ fidei iudiciis inſunt doli exceptio-
nes, *l. ſed ſi ideo 21. D. ſolut. matr.* quanto minus neceſſa-
ria eſt reſtitutio? Quòd ſi nec vis, † nec dolus interue-
24 nit, nec mala fides, contractus non ſolùm factus, ſed etiã
iure perfectus eſt, ideóque reſcindi nec poteſt nec debet
inter maiores, neque beneficio reſtitutionis, neque citra
reſtitutionem: quia ſicuti ratum non habetur quod non
bona fide geſtum eſt. *d. l. 1. C. de reſcind. vendit.* ita ex con-
trario ratum habendum eſt quicquid bona fide geſtum
fuit. Ratum autem non habetur quod per reſtitutionem
reſcinditur. Qua de cauſſa in *l. ad reſcindendam 4. C. eod.*
ſcriptum eſt in hæc verba, *ad reſcindendam venditionem,
& malæ fidei probationem,* vt intelligamus reſcindendæ
venditionis cauſſam aliam eſſe nullam poſſe, quàm ſi
mala fides probetur. Atqui ob probationem malæ fidei
hoc ſolùm non ſufficit, quòd venditor in pretio læſus
ſit etiam ſupra dimidiam *d. l. ſi voluntate 8. in princip. &
d. l. dolus 10. C. eod.* Ergo admitti non † poteſt vt in inte-
25 grum reſtitutio competat maiori ex ſola cauſſa immo-
dicæ læſionis, nec ſi rem venditam emptor alienauerit,
quia tametſi rem emptor haberet, reſcindi tamen ven-
ditio ex hac cauſſa non poſſet citra Diocletiani conſti-
tionem: poſt eam verò conſtitutionem ſufficere poteſt
condictio ex lege cum æquitate iudicij & officio iudicis
coniuncta, vt emptor vel rem reddere, vel iuſtum preci-
um ſupplere iubeatur. Quæ tamen non ſufficeret citra
in integrum reſtitutionem, ſi ad rem præcisè adhiben-
dam actio venditori accommodaretur, neque res ampli-
ùs reſtitui poſſet propter alienationem in alium factam.
Tunc. n. ea reſtitutionis æquitas eſſe deberet, vt qui re-
ſtituere rem non poſſet facto ſuo quòd ea alienaſſet, con-
demnaretur in id omne quod actoris intereſſet, quemad-
modum contingit cùm ex cauſſa doli reſtitutio poſtula-
tur contra eum qui reſtituere rem aut non vult, aut non
poteſt. *l. arbitrio 18. D. de dolo. l. dolus 10. C. de reſcind.
vendit.* Ex quo apparet euidentiùs quàm verum ſit, quod
à nobis in ſuperioribus diſputatum eſt, actionem † illam 26
quæ datur venditori læſo vltra dimidiam iuſti pretij, non
poſſe dari contra tertium poſſeſſorem, nec ſi prior em-
ptor non ſit ſoluendo. Non enim ſicuti reſtitutio in in-
tegrum aliquando & ex cauſſa datur in rem, vputa ſi com-
petat ex cauſa minoris ætatis, aut ex capite vis & metus,
ita & condictio ex lege poteſt vnquam in rem ſcripta
eſſe, niſi ſi id ipſum lege cautum & expreſſim conſtitu-
tum ſit. Omnes enim condictiones † tam quæ ex lege 27
ſunt, quàm aliæ, in perſonam ſunt, non in rem. *l. 1. D. de
condict. ex leg.* iuncto § *appellamus. Inſtit. de action.* Igitur
vt ad inſtitutam diſputationem redeamus, cùm ex bene-
ficio *legis 2. C. de reſcind. vendit.* emptori nolenti iuſtum
ſupplere precium res auferatur per condictionem, non
per in integrum reſtitutionem, mirum non † eſt ſi quis 28
admittat quod pragmatici volunt, non eſſe condem-
nandum emptorem, vt fructus reſtituat, niſi quos per-
ceperit à die litis conteſtatæ. Nam etſi maximè ex hac
cauſſa reſcindi venditionem dici poſſet, eò vſque tamen
teneret quouſque reſciſſa eſſet, ac proinde fatendum eſ-
ſet non ſine titulo emptorem poſſediſſe rem ſibi vendi-
tam, & ex ea fructus percepiſſe: & conſequenter eos fru-
ctus ſuos omnimodo feciſſe. Optimè namque procede-
ret hoc caſu ratio illa pragmaticorum quæ à nobis alla-
ta eſt capite ſuperiore, & qua illi abutuntur, vt probent
ne tum quidem cùm reſtitutio impetratur, vllam fructuũ
ante litem conteſtatam perceptorum condemnationem
fieri oportere. Sola enim reſtitutio illa eſt quæ facit, vti
ne in plenum ex titulo & bona fide percepti fructus vi-
deantur, vtque per conſequentias veniant in condem-
nationem, & reſtitutionem. Ergo pragmaticorum error
hac parte in eo eſt, non quòd putant emptorem alios
fructus reſtituere cogendum non eſſe quàm quos perce-
perit poſt litem conteſtatam, ſed quòd putant induci
hoc caſu auxilium reſtitutionis in integrum: quod ſi
eſſet, vtique ex natura reſtitutionum omnium omnia, in
priſtinum ſtatum reduci, atque ita fructus omnes etiam
ante conteſtationem perceptos reſtitui oporteret.

ERROR VIII.

*Si venditor qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus
eſt, renuntiauerit beneficio* l. 2. C. de reſ-
cind. vendit.

SVMMARIA.

1 *An ſit audiendus venditor qui vltra dimidium iuſti pretij læſus, renuntiauit beneficio l. 2. C. de reſcind. vend.*
2 *Auxilium reſtitutionis in caſu propoſito ſolere impetrari.*
3 *Iuſiurandum eaſdem leges & conditiones quas contractus ipſe recipit.*
4 *Auxilium reſtitutionis in caſu propoſito num. 1. venditori non competere aduerſus pragmaticos, & num. 6.*
5 *Exceptio.*
7 *Ex eo quod mulieres SC. Velleiano renuntiantes eo tamen iuuantur, non ſequi eum qui beneficio l. 2. Codic. de reſcind. vendit. renuntiauit, iuuandum tamen per in integrum reſtitutionem.*
8 *Reijcitur traditio interpretum ſtatuentium venditorem qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem læſus eſt vltra*

vltra dimidium iuſti pretij beneficium l. 2. Cod. de reſc vend. non habere.

9 *Probatur in eo qui neque coactus, neque iuſtum valorem ignorans vendidit.*

10 *Quatenus valeat renuntiatio l. 2. Codice de reſcind. vendit.*

11 *Quæ coactio valeat ad impetrandam reſtitutionem contra venditionem in qua immodica læſio interuenit.*

12 *Etiam conceſſo ex immodica læſione locum eſſe reſtitutioni, non ſequitur vt emptor fructus omnes à ſe perceptos reddere compellatur.*

13 *Poſt litem conteſtatam poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, malæ fidei.*

1 Quid ergo ſi venditor † qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſt, renuntiauerit beneficio *legis ſecundæ Cod. de reſcind. vendit.* Id enim hodie paſſim fit, & quidem cum iuramento, nec dubitari poteſt, quin valeat renuntiatio non modò propter autoritatem iuſiurandi quod ſine diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poteſt, ſed etiam, quia vulgaris regula iuris eſt, Poſſe quemlibet reſilire ab eo iure quod pro ſe introductum eſt, fauorique ſuo renuntiare *l. penultim. C. de pact.* Quòd ſi admittes renuntiationem valere illud etiam conſequens eſt, vt non aliter audiatur venditor, ſi beneficio nouæ legis vti velit aduerſus emptorem, quàm ſi renuntiatio illa reſcindatur, quod cùm neque poteſtate & æquitate iudicij bonæ fidei fieri poſſit, neque autoritate conſtitutionis quæ caſum hunc complexa non eſt, vtique
2 fatendum † videtur, auxilium reſtitutionis in integrum ad reſcindendam venditionem neceſſarium eſſe. Eóque iure vtimur. Quaſi eadem concedendæ reſtitutionis cauſa & æquitas ſubſit, facta renuntiatione, quæ ſubeſſet, ſi renuntiatio nulla facta proponeretur. Eſt enim exploratiſſimum, qua facilitate quis contrahit, & contrahendo decipitur ac læditur, eâdem induci, vt huiuſ-
3 modi renuntiationes adhibeat. Iuſiurandum autem † eaſdem leges & conditiones recipere quas contractus ipſe recipit, in quo adhibetur *l. vlt. Cod. de non numer. pecun.* nec impedire reſtitutionem ſi abſolutio impetrata ſit, quia licet poſſit ſeruari ſine periculo ſalutis, iniquitatis tamen vinculum eſſe non debet. Ego non ne-
4 garem † reſtitutionis auxilium hîc neceſſarium fore, ſi crederem venditori qui legis beneficio ſciens & vltrò renuntiauit aliqua ratione ſubueniri oportere. Sed vt id mihi perſuadere non poſſim, illud facit, quod nullo iuris loco ſcriptum video ſuccurrendum eſſe venditori, aut alij maiori annis vigintiquinque, qui delatum ſibi legis beneficium abiecerit. Æquitas enim illa quæ dictat ſubueniendum eſſe venditori propter tam immodicam læſionem, non eſt tanta támque euidens, vt poſſit ex ſe inducere reſtitutionem. Alioqui non fuiſſet neceſſaria noua conſtitutio, quæ proculdubio neceſſaria fuit. Itaque quamuis etiam poſt renuntiationem eadem ſubſit æquitas, quoniam non eo minùs, imò tantò magis læſus reperitur qui legis auxilium amiſit, non tamen ſubeſt eadem autoritas conſtitutionis, cui potiùs quàm illi æquitati ius reſtitutionis, ſi quod competeret, acceptum ferendum eſſet. Non enim ſicut Imperatores fauere voluerunt venditori læſo, ita & ei qui beneficio quod propter læſionem habere poterat, vti noluit. Proinde nullum poſt renuntiationem ſupereſſe poteſt ius concedendæ reſtitutionis, niſi ex noua cauſa, vt
5 puta ſi ea † renuntiatio extorta ſit per vim aut per dolum ex facti qualitate, non ex ſola pretij quantitate æſtimandum, aut ſi minor proponatur is qui renuntia-
6 uit. Alterutrum namque † neceſſariò fatendum videtur, aut non poſſe renuntiari beneficio nouæ legis, quod nec quiſquam vnquam dixit, nec rationem vllam habet, aut ſi vtiliter renuntiari poteſt, non poſſe eam renuntiationem reſcindi per in integrum reſtitutionem ex eo ipſo legis beneficio cui renuntiatum eſt. Alioqui quid aliud illud eſſet niſi renuntiationem effectu ipſo non valere? Quidni verò maior annis vigintiquinque huic beneficio renuntiare poterit, cùm & ſi per triginta annos taceret, ſola temporis præſcriptione ab eo beneficio excluderetur, vt omnes conſentiunt ex *l. ſicut & l. omnes Cod. de preſcr. 30. vel 40. annor.* Cur enim maior ſit poteſtas præſcriptionis, quæ non niſi tacitæ remiſſionis iure cenſetur quàm expreſſæ renuntiationis? Aut quæ iniquitas emerget, ſi poſt abiectum per renuntiationem beneficium nouæ conſtitutionis, res ad eam iuris rationem & æquitatem reuocetur quæ obtinuit toto iure Digeſtorum? Nec ſimile eſt † quod pragmaticis & 7
interpretibus placet, mulieri permittendum eſſe, vt Senatuſc. Velleiano renuntiet ex *l. vlt. §. pe. D. ad SC. Vell. l. etiam 11. l. iubemus 21. C. eo l. vlt. & Auth. matri & auiæ. C. quand. mulier. tutel. offi. fung. poſſ.* nec eo minùs tamen iuuari mulierem Velleiano, vt aduerſus eam renuntiationem in integrum reſtituatur. Nam vt taceam non videri mihi verum quòd illi habent pro conſtanti, valere eiuſmodi renuntiationem, de qua dicam in ſequentibus. Poſſet etiam diſſimilitudinis ratio illa afferri, quòd Senatuſc. Velleiano non modò ſuccurſum ſit mulieribus pro alio intercedentibus, ſi ſibi ſuccurri velint, ſed etiam diſtrictè iis prohibitum eſt ne pro alio intercedant, tametſi maximè velint *l. 1. eo.* Inde námque eſt quod Paulus reſpondit, ea quæ in fraudem ſenatuſconſulti quod de interceſſione fœminarum factum eſt, excogitata probari poſſunt, rata haberi non oportere, *l. quidam valuit. 29. §. 1. eod.* Quid enim eſſet facilius quàm fraudem ſenatuſconſulto facere, ſi tales mulierum renuntiationes ſic valerent, vt nec per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſent? At noua Diocletiani & Maximiani lege, qua contrahentibus vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſubuenitur, non illud factum eſt vt prohibeatur venditor lædi, ſi vltrò & ſponte lædi velit, ſed illud tantùm vt ſi per imprudentiam, minùſque cautè contrahendo, aut vrgente rei familiaris neceſſitate vendere coactus, læſus ſit vltra dimidiam, agere poſſit ſi velit contra emptorem, vt vel recepto pretio rem reſtituat, vel iuſtum pretium ſuppleat: Nec tamen illud valdè † probo, quod interpretibus pleriſque placet, ven- 8
ditorem, qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem, læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, beneficium nouæ legis non habere, licèt ei nominatim non renuntiauerit: quaſi indignus ſit cui ſuccurratur, ſiue beneficium vltrò abiecerit, ſiue ob hoc ipſum paſſus ſit ſe decipi vltra dimidiam vt emptorem deciperet, ac poſtmodum legis beneficium aduerſus eum imploraret. Nam perinde, imò magis miſeratione & auxilio dignus eſt, qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem, coactus neceſſitate, vendit viliore pretio quàm ſi valorem neſciret, vt dicemus *Decad. ſeq. error. 7.* Sanè ſi neque coactus, † neque iuſtum valorem 9
ignorans vendidit, vix eſt, vt putem ei eſſe ſuccurrendum. Illud certè omnimodo requirendum arbitror ad
excludendum † illius legis beneficium, ſiue per expreſ- 10
ſam, ſiue per tacitam renuntiationem, vt qui læſus eſt vltra dimidiam ſciuerit ſententiam nouæ conſtitutionis. quoniam aliter fieri non poteſt vt ei iuri & beneficio quod quis ignorat an ſibi competat, aut quale illud ſit: vtiliter renuntiare poſſe videatur, *l. mater decedens 19. D. de inoffi. teſtam.* Sed non puto ſimiliter diſtinguendum eſſe, quomodo quidam diſtinguunt,
an neceſſitate † cogente, adactus ſit venditor ad rem 11
ſuam tam vili pretio diſtrahendam an potiùs ex voluntate meráque liberalitate. Inauditum enim eſt vt alicui liceat rem quam vendidit actione vlla condicere, ob id ſolùm quod neceſſitate cogente vendiderit, niſi coactio illa ſit à perſona quæ vim & metum intulerit ad extorquendam venditionem. Alioqui fuiſſet illa iuſta cauſſa petendæ reſtitutionis etiam iure vetere,

illo ſaltem caſu quo ad coactionem illam immodica quoque læſio acceſsiſſet: quod tamen falſum eſſe probauimus in errorem ſuperiorem: Cùm vix vnquam fuerit vt viliſſimo pretio res ſuas diſtrahere voluerint, niſi qui cogente neceſſitate venderent. Sed etſi admitterem
12 † ad reſcindendam venditionem ex cauſſa immodicæ læſionis nihil obſtante renuntiatione poſſe locum eſſe reſtitutioni, non tamen ſtatim conſequens fiet vt emptor fructus omnes à ſe perceptos reddere compellatur. Nam quod proximo capite diximus, eam reſtitutionum omnium naturam eſſe, vt non minùs quòd ad fructus quàm quod ad rem ipſam attinet, omnia in priſtinum ſtatum reduci oporteat, non poteſt ad hunc caſum pertinere, in quo ſcilicet datur reſtitutio, non ad reſcindendum contractum ipſum venditionis, ſed ad reſcindendam duntaxat renuntiationem; quæ ſi facta non eſſet, iam probauimus eas iudicis partes fore, vt non alios fructus ab emptore reſtitui iubere deberet, quàm quos ipſe poſt conteſtationem percepiſſet. Quis enim æquum putet vt melior ſit conditio venditoris ratione fructuum ſi beneficio legis renuntiauerit, quàm ſi non renuntiaſſet? & plus iuris eum habere ob id ſolùm quod renuntiauerit? Atqui ſi renuntiatio nulla facta eſſet, haberet venditor actionem ad hoc duntaxat vt emptor vel rem reddere pretio recepto, vel iuſtum pretium ſupplere teneretur, ſine vlla fructuum reſtitutione, quia neque de fructibus quicquam ab Imperatoribus conſtitutum eſt, neque ex iuris ratione conſtitui potuit aduerſus eum qui bona fide & cum iuſto titulo fructus ſuos feciſſet. Ergo ſi renuntiatio interuenerit, cùm hoc minùs iuris habeat venditor, quòd audiendus non eſt citra auxilium reſtitutionis, non debet in eo plus iuris habere vt fructus ante litem conteſtatam perceptos petere poſſit. Nihil enim aliud iuris ei adfert reſtitutio, niſi vt in eum ſtatum venditor reſtituatur, in quo eſſet, non ſi non contraxiſſet, ſed ſi beneficio legis non renuntiaſſet. Non enim plus reddit reſtitutio quàm abſtulerit læſio, id eſt, ea cauſſa quæ inducit reſtitutionem. In propoſito autem reſtitutio competit, & neceſſaria eſt, non propter læſionem in pretio, ſed propter illam quæ interuenit in eo quod legis beneficio ex cauſſa immodicæ læſionis competituro renuntiatum fuit. Sola igitur renuntiatio per reſtitutionem reſcinditur. Plane quòd ad fructus pertinet qui poſt conteſtationem percepti ſunt, nemo dubitat quin venditori reſtituendi ſint, viciſsimque vſuræ pretij em-
13 ptori, quia poſt litem † conteſtatam poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, pro malæ fidei poſſeſſoribus habendi, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi antè. D. de petit. here.* Pleruṁque tamen ſolet compenſatio fieri fructuum cum vſuris, ad concurrentem vſque vſurarum quincuncium quantitatem, vt & in *l. minor. 40. §. vlt. D. de minor.*

ERROR IX.

De minore qui petita propter ætatem reſtitutione, nec probata ætate probauit immodicam læſionem.

SVMMARIA.

1 *Reſtitutio minori non aliter competit quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur.*
2 *Reſtitutio minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum.*
3 *Actore probante immodicam læſionem, non tamen ætatem minorem an poſſit cogi emptor ad rem reſtituendam ſi nolit.*
4 *Pragmaticorum ſententia affirmans.*
5 *Differentia inter reſtitutionem rei quæ fit minori & eã quæ fit maiori: vnde pragmaticorũ ſentẽtia refellitur.*
6 *Pragmaticorum error in concipienda petitione reſtitutionis.*
7 *Modus petendæ reſtitutionis rei ex beneficio l. 2. C. de reſc. vendit. non inutilis.*
8 *Qui agit vt minor, denegat emptori ſupplendi iuſti pretij electionem.*
9 *Probatio immodicæ læſionis aliquando prodeſt vt læſus facilius reſtituatur tanquam minor.*
10 *Cauſa ætatis minoris cum cauſa immodicæ læſionis quatenus coniungi poſſit.*

CVm reſtitutio quæ † minoribus annis viginti quinque dari ſolet propter lubricum ætatis, non aliter competat, quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur *l. nam poſteaquam 14. §. ff ſi minor. D. de iureiur.* euenit plerunque vt qui ex cauſſa & priuilegio minoris ætatis per reſtitutionem, alleget etiam læſionem, nec eam tantùm quæ cum ætatis fauore coniuncta ſufficeret ad inducendam reſtitutionem, ſed illam etiam propter quam æquum eſſet maiori quoque ſubueniri, id eſt, quæ eſſet immodica & vltra dimidiam iuſti pretij. Etſi enim ex ea cauſſa, ſi pragmaticis credimus, reſtitutio competere perinde poſſet ad reſcindendam venditionem, etiam non probata minori ætate: poteſt tamen minoris intereſſe, vt tanquam minor potiùs, quàm quaſi maior impetret reſtitutionem, quia plenius eſt † & fauorabilius auxilium reſtitutionis minorum, non modo quòd ad fructus medio tempore perceptos attinet, ſecundùm ea quæ à nobis in ſuperioribus contra pragmaticos diſputata ſunt: ſed in eo etiam maximè, quòd minori reſtituto ipſa res quæ aliquando minoris fuit, reſtituenda eſt præciſè, nec auditur emptor ſi iuſtum pretium ſupplere malit. Intereſt namque minoris rem potiùs habere quam vendidit, cùm vendere non expediret. Quod in maiorum reſtitutionibus, ſi quæ ex cauſſa immodicæ læſionis competere poſſunt, diuerſum eſt. Datur enim emptori electio iuſti pretij ſupplendi ſi id malit, quàm recepto pretio rem reſtituere *l. 2. & l. ſi voluntate 8. in fin. C. de reſcind. vendit.* Accidit autem aliquando, vt deficiat actor in probatione minoris ætatis, probet verò immodicam, &, vt vocant, enormem læſionem: quo caſu † dubitari ſolet, an obtinere debeat hactenus ſaltem, vt iure maioris cogere poſſit emptorem ad rem reſtituendam, ni iuſtum pretium ſupplere malit. Et pragmaticorũ † errore receptum eſt, tantam eſſe inter huiuſmodi reſtitutiones coniunctionem & adfinitatem, vt qui iure minoris reſtitui non poteſt, reſtitui tamen debeat iure maioris, ſi ea probauerit quæ maiori ad victoriam ſatis eſſe poſſent. Quod mihi videtur cum iis quæ ſuprà conſtituimus maximè diſſentire. Nihil enim, meo iudicio, commune aut ſimile habent reſtitutiones minorum cum reſtitutionibus maiorum. Minori † qui iuſtam habet cauſſam petendæ reſtitutionis, res ipſa quæ petitur reſtituenda eſt cum fructibus omnibus, id eſt, iis etiam qui ante litem conteſtatam percepti fuerunt. Maiori verò non aliter reſtituenda res eſt quam ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit: eóque caſu non fructus omnes in reſtitutionem veniunt, ſed ij tantùm qui percepti ſunt poſt conteſtationem. Quomodo ergo fieri obſecro poteſt, vt qui tanquam minor reſtitui voluit, tanquam maior reſtituatur? Nam etſi tanquam maior egiſſet ex cauſſa immodicæ læſionis, nec tamen emptori electionem iuſti pretij ſupplendi reliquiſſet, male proculdubio egiſſe videretur. Egiſſet enim conditione ex lege contra eam formam quæ ipſa lege conſtituta eſſet. In quo etiam video pragmaticos † paſſim errare, quibus viſum eſt ſufficere vt reſtitutio ſola rei petatur propter immodicam læſionem, eáque læſio probetur: quaſi electio illa ſupplendi iuſti pretij quam lex tribuit emptori, pendeat potiùs ex officio iudicis quàm ex iure actionis. Cùm tamen

tamen in cæteris omnibus cauſſis ex quibus non præciſè aliquid, ſed aut hoc, aut illud debetur, certi iuris ſit malè agere eum, & cauſſa plus petere qui alteram rem, non alterutram petit. In propoſito enim tantò magis locum id habere debet, quantò minùs iuris habet venditor ad rem quam vendidit redhibendam, quàm ad petendum iuſti pretij ſupplementum. Nam res ipſa quæ iam vendita & alienata eſt, non poteſt priùs deberi quàm venditio reſciſſa, aut ſaltem reſoluta ſit; reſcindi porrò aut reſolui nequit, quandiu emptori ſalua eſt electio iuſti pretij ſupplendi. Siquidem ea ſuppletio non fit niſi ex cauſſa contractus, & ſubſiſtente venditione, qua iam reſciſſa & reſoluta, de pretio ampliùs quærendum nihil eſſet. Illud ergo potiùs admitti deberet vt venditor ab emptore peteret ſolum iuſti pretij ſupplementum, ac recuſante emptore, tum demum quaſi conſenſu emptoris reſoluta venditione ageret ad rem reſtituendam. Cur enim habeamus venditionem pro reſciſſa & reſoluta ex ſolius venditoris agentis voluntate, quandiu in emptoris arbitrio lex relinquit an ſtare venditionem velit? An non præpoſtera illa agendi ratio eſt, & conſequenter indigna quæ admittatur? Denique cùm noua illa Imperatorum conſtitutio ſola humanitate & æquitate nitatur ne emptor immodicè lædatur, quis non videt ita demum poſſe reduci rem ad ſuam æquitatem, ſi quod iuſto pretio deeſt, ſuppleatur, non etiam ſi res ipſa quæ vendita fuit reddatur? Hoc enim caſu tantum abeſt vt reuocetur negotium ad ſuam æquitatem, vt ex contrario quod contractum fuerat diſſoluatur: quod ipſum fieret ſanè periniquè niſi ex ipſius emptoris voluntate fieret, in cuius poteſtate fuit facere vt contractus teneret, nec diſſolueretur. Proinde non ſolùm æquitatis, ſed etiam iuris ratio facit, vt ex contractu agi oporteat potiùs & priùs quàm ex diſtractu, aut ſi mauis, ad contractum adimplendum, priùs quàm ad diſtrahendum.

7 Quamquam non inficior, ſi quod † plerumque fit, actor dicat probétque ſe immodicè læſum eſſe, ex eaque cauſſa petat ſibi rem ſuam reſtitui ex beneficio *legis ſecundæ C. de reſcind. vendit.* poſſe id ſufficere vt ritè rectéque egiſſe exiſtimetur, vt quod per relationem expreſſum eſt, pro ſimpliciter expreſſo habeatur. Legis enim beneficio implorato calumnioſum fuerit exiſtimare contra ipſius legis formam agere venditorem voluiſſe: nec aliæ hoc caſu iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt legis vim & poteſtatem ſequatur, condemnato emptore vt vel rem reſtituat vel iuſtum pretium ſuppleat: vtrunque enim æquè principaliter, licèt alternatiuè, venit & in actionem & in condemnationem: Quòd ſi admittendum eſſet alterum eſſe in obligatione, alterum in præſtatione & officio iudicis, dicerem potiùs in obligatione & actione id contineri vt iuſtum pretium ſuppleretur, in præſtatione verò & officio iudicis, vt nolente emptore iuſtum ſupplere precium, res ipſa cum fructibus reſtitueretur.

8 Atque minor † qui ex cauſſa minoris ætatis petit reſtitutionem, non modò in id agit præciſè vt rem ipſam habeat, ſed etiam ita agit, vt quamuis non exprimat, hoc ipſo tamen quod agit tanquam minor, deneget emptori ſupplendi iuſti pretij electionem: quæ ſcilicet numquam tribuitur ei qui à minore læſo conuenitur. Nam quod præter ætatem allegat etiam læſionem, non eò pertinet vt propter læſionem ſolam reſtitui velit, ſed id ex neceſſitate facere cogitur, quia nec ſola ætas ſine læſione prodeſſet. Poteſt autem probatio

9 læſionis † immodicæ, & quæ ſit vltra dimidiam iuſti pretij prodeſſe actori, aliquando etiam vt reſtituatur tanquam minor faciliùs, quàm ſi non tam grandis læſio probaretur. Nimirum ſi, quod ſæpe accidit, dubiæ ſint, & in vtramque partem æquales ætatis probationes, Etſi enim omnino incumbit minori vt ætatem, cui ſuccurri vult, præciſè probet, quoniam hac parte tempora computantur de momento in momentum, vt lex ait, non leuis tamen præſumptio eſt quòd minor fuerit potius quàm maior is qui tam graui læſione iniuriam ſibi fieri paſſus ſit: Eſt enim & faciliùs & frequentiùs vt minor hac in re quàm vt maior decipiatur, ſicut & multò æquius eſt, vt ei qui tam magno damno affectus eſt ſubueniatur, quàm ei qui minorem alleget læſionem. Concludamus igitur fieri nullomodo poſſe vt remedia hæc impertandæ reſtitutionis ex cauſſa minoris ætatis & immodicæ læſionis ſimul concurrant, non magis in perſona minoris, quàm ſi maior ille eſſet, qui reſtitutionem poſtularet, niſi † fortaſſis eo modo quo etiam contrariæ actiones, eodem libello proponi poſſunt id eſt ſubordinate, aut potiùs alternatiuè, vt ſi actor in vna defecerit, aliam ſaluam habeat in qua obtinere poſſit. Idque conſilium, vt tutiſſimum, ita optimum eſt, & ab iis minoribus haud dubiè amplectendum qui ætatis ſuæ probationes minùs certas & exploratas habent.

ERROR X.

De cumulatione condictionis ex Can. redintegranda 3. quæſt. 1. *cum condictione ex l.* 2. C. de reſc. vendit.

SVMMARIA.

1 *Auxilium reſtitutionis minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſa immodicæ læſionis.*

2 *Condictio ex Can. redintegranda. 3. quæſt. 1. non poteſt cumulari cum condictione ex l. 2. Codice de reſc. vendit.*

3 *Inſignes differentia inter condictionem quam ius Pontificium induxit, & condictionem quæ datur ex l. 2. C. de reſc. vendit.*

4 *Quo caſu pragmatici quidam cumulationem dictarum condictionum concedant aut negent.*

5 *Diſtinctio pragmaticorum inter enormem & enormiſſimam læſionem refertur & refellitur.*

6 *Quid exigat l. 2. C. de reſc. vendit.*

7 *Enormiſſima læſione interueniente an relinquatur emptori electio ſupplendi iuſti pretij, vel rei reſtituendæ accepto pretio.*

8 *Cùm iniquitas contractus empti venditi corrigitur, fructuum tamen interea perceptorum lucrum emptori ſaluum remanet.*

9 *Generaliter accipiendum eſſe illud ICtorum, licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere & quidem naturaliter.*

10 *Refellitur traditio interpretum & pragmaticorum de enormiſſima læſione, & nullitate contractus quam ex ea emanare volunt.*

11 *In contractu diuiſionis quando læſio per dolum interuenit quomodo læſo ſuccurratur.*

12 *Si læſio vltra beſſem in contractu emptionis interuenerit non tamen habetur contractus pro infecto, ſed pro imperfecto.*

13 *Dolus emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimandus eſt.*

SI cui perſuaſum erit quod nos proximè diſputauimus, auxilium reſtitutionis, † quod 1
minoribus aliquomodo deceptis competit, non poſſe concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ & enormis læſionis, multò faciliùs is admittet, quod nos nunc tractandum proponimus, condictionem † *ex Can. redintegranda 3. q. 1.* cumulari non poſſe cum ea condictione quæ ab 2
Imperatoribus Diocletiano & Maximiano inducta eſt in *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Prior † enim illa condictio 3
quam ius pontificium induxit, non modò contra

ſpoliatorem ipſum,ſed etiam contra tertium quemlibet, adeóque ſi multis credimus, bonæ fidei poſſeſſorem,tam amplas & fauorabiles habet præſtationes, vt probata ſpoliatione ex parte actoris, & poſſeſſione ex parte rei, non poſſit reus non condemnari vt rem ipſam præciſè reſtituat, & quidem cum fructibus omnibus, id eſt ſine vlla diſtinctione eorum qui percepti ſint ante vel poſt litem conteſtatam. Ea verò condictio quæ maioribus datur *ex l. 2. C. de reſcin. vendit.* neque contra quemlibet poſſeſſorem competit,ſed contra eum duntaxat qui ipſe contraxit, vt nos probauimus, neque ad rem præciſè reſtituendam, ſed ita vt ſalua ſit emptori electio iuſti pretij ſupplendi,ſi id malit, nec denique ad fructus omnes repetendos ſed ad eos duntaxat, quos emptor à die litis conteſtatę perceperit. Quæ tres inſignes differentiæ ſunt inter vtramque condictionem,& eiuſmodi ſanè, vt cumulationem illam quam nos fieri poſſe negamus, nul-
4 lomodo patiantur. Idque & ex pragmaticis † nonnulli fatentur, quibus iuriſprudentia non prorſus deſpectui aut ludibrio eſt:eò ſcilicet caſu quo in integrum reſtitutio(ſic enim appellant) danda ſit ex cauſſa enormis
5 duntaxat læſionis. Diſtinguunt † namque omnes quotquot ſunt, læſionem enormem ab enormiſſima, interpretantes enormem illam,quæ eſt vltra dimidium iuſti pretij, enormiſſimam verò eam quæ excedit beſſem,vt puta ſi quis rem dignam trecentis & decem aureis, emerit centum. Huiúſque diſtinctionis rationem illam adferunt, quòd fieri nequeat vt enormiſſima illa læſio non inducat præſumptionem doli ex propoſito, quinimò probationem pleniſſimam doli in re ipſa qui dolo ex propoſito non malè comparandus videatur *ex l. ſi quis cum aliter 35. D. de verb. oblig.* De quo quia iam ſatis multa contra errorem iſtum ſcripſimus *Decad. 1.* non erimus hîc in eo refellendo longiores. Hoc tantum monebimus,nouam illam Impp. conſtitutionem, quæ maioribus vltra dimidium iuſti pretij læſis ita ſuccurrendum putauit, vt tamen ſaluam iis reliquerit ſupplendi iuſti pretij electionem,nullam omnino huiuſmodi diſtinctio-
6 nis coniecturam præbere. Nihil enim aliud † exigit, niſi vt venditor læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, humanúmque eſſe ait vt hoc caſu emptor vel rem ſibi venditam reſtituat recepto pretio quod dedit,vel iuſtum pretium ſuppleat. An non verò hoc ipſum tantò huma-
7 nius eſt quantò grauior læſio interuenerit? An putas † potiùs in humanum fore ſi emptori qui tam grandi læſione venditorem deceperit, electio aliqua relinquatur? Atqui non habet venditor quod conqueratur, cùm eligente emptore iuſti pretij ſupplementum res ad ſuam æquitatem reuocatur. Iniquitas enim quæ dat cauſſam reſtitutioni, in eo tantùm conſiſtit quòd prorſus viliſſimo pretio res diſtracta fuerit. Ea verò iniquitas corrigitur, cùm emptor aut iuſtum pretium ſupplere aut rem
8 reſtituere cogitur. Nec eo † minùs tamen fructuum interea perceptorum lucrum emptori ſaluum eſſe conuenit, cùm imputari magis poſſit venditori cur iure ſuo vſus non ſit, nec citiùs petierit contractum reduci ad æquitatem,quàm emptori cur in pretio venditorem tam grauiter deceperit, quod ille putare potuit & debuit ſibi licere *l. in cauſſæ 16. §. idem Pomponius. D. de minor. l. item ſi 22. §. vltim. D. locat.* quibus locis quod aiunt
9 Iure conſulti † licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & quidem naturaliter, id eſt,ita ferente non ſolùm natura ipſa tractatus empti & venditi, ſed etiam naturali propenſione eorum qui ad emendum aut vendendum accedunt *l. ſi voluntate 8. de reſcind. vendit.* Id, inquam, generaliter & indiſtinctè traditum eſt nulla læſionis quantitate taxata, id eſt,non adhibita illa diſtinctione, An intra aut vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit venditor, ſicut & lex Imperatoria quæ venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo ſuccurrit,non diſtinguit an beſſem quoque pretij ea læſio excedat necne. Quod cùm ita ſit, nec nos diſtinguere debemus vulg. *l. de pretio 8. D. de Publician. in rem act.*
Et ſanè quod pragmatici † poſt nonnullos interpretes 10
induxerunt de enormiſſima læſione, vt tunc interueniſſe videantur, cùm vltra beſſem iuſti pretij venditor læſus eſt, non ſolùm ſine lege eſt, ſed etiam ſine ratione. Sed illud multò magis, quod addunt ex hac cauſſa contractum habendum eſſe pro nullo & infecto,quemadmodum, inquiunt, ſi dolus ex propoſito interueniſſet. Nam etſi poneres dolo malo & peſſimo emptoris circumſcriptum venditorem, non in eo quod vendidiſſet (faceret enim ea res nullam ipſo iure venditionem *l. & eleganter 7. ff. de dolo*) ſed in eo tantùm quòd viliſſimo pretio vendidiſſet, contractus tamen ipſo iure ſubſiſteret, ſatiſque eſſet æquitate iudicij bonæ fidei hactenus purgari dolum vt venditori conuento iuſtum pretium ſuppleretur. Id enim iam olim non ſolùm in iudicio de dote,quod omnium maximè bonæ fidei erat, obtinebat *l. ſi res æſtimata 12. §. ſi mulier. D. de iur. dot.* ſed etiam in datione in ſolutum, quæ propiùs accedit ad venditionem *l. ſi quis aliam 46. in fin. D. de ſolut.* & in con-
tractu † diuiſionis qui æquè bonæ fidei ſemper fuit,vt- 11
pote diuiſione ipſa vicem emptionis obtinente *l. Cod. commun. vtriuſque iudic.* iidem Imperatores, quorum eſt *dicta lex 2. C. de reſc. vendit.* apertè reſcripſerūt,nec noui iuris conſtituendi, ſed veteris conſeruandi gratia, illo etiam caſu quo per fraudem vel dolum, adeóque perperam dummodò ſine iudicio facta diuiſio ſit, ſubueniri maioribus oportere: An vt à diuiſione prorſus recedatur acſi nulla facta eſſet? Minimè: ſed vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur, *l. maioribus 3. C. comm. vtriuſque iudic.* Nimirum æquitate ipſius iudicij, quia vt lex ait, iudicium bonæ fidei eſt, in contractibus autem qui bonæ fidei ſunt, etiam maioribus officio iudicis cauſſa cognita iura publica ſubueniunt, *l. in contractibus 3. C. ex quib. cauſſ. maior.* quia ſcilicet bono & æquo non conuenit aut lucrari quem ex damno alterius,aut damnum ſentire per alterius lucrum *l. iure ſuccurſum 6. §. vlt. D. de iur. dot.* Adeò vt nec ſit hoc caſu neceſſaria in integrum reſtitutio, quia quod poteſt æquitas reſtitutionis in cæteris cauſſis, id in bonæ fidei iudiciis officium ſolum iudicis poteſt, quandiu actio bonæ fidei competere poteſt, vt non obſcurè innuit *dicta lex, In contractibus.* Itaque æquitas † illa quæ facit vt 12
venditori tam immodicè læſo ſuccurri oporteat, non facit etiamſi vltra beſſem læſus proponatur, vt contractus habeatur pro infecto, ſed vt habeatur pro imperfecto quouſque reformatus ſit,& perfectus, ſiue agendo condictione *ex l. 2. C. de reſc. vendit.* ſiue excipiēdo æquitate iudicij, *l. 3. C. quib. ex cauſſ. maior. d. l. 3. C. comm. vtriuſque iudic.* Aut vt reſcindatur, ſi is qui dolum admiſit iudicio bonæ fidei conuentus nolit conſentire vt ad ſuam æquitatem res reuocetur; quod ſit in venditione, ſi emptor venditi iudicio laceſſitus ante ſolutum pretium, præſtare & ſupplere iuſtum nolit. Æquiſſimum ſanè eſt deteriorem eſſe conditionem eius qui in contractu bonæ fidei dolum admiſit,quàm eius qui bona fide,licèt magno ſuo commodo rem geſſerit: Deteriorem, inquam, non in eo duntaxat, quòd contractus reſciſſionem per in integrum reſtitutionem ex doli cauſſa inuitus pati cogatur, ſed in eo etiam quod fructus omnes reſtituere debet, vtpote mala fide perceptos *l. 1. C. de dolo.* quos tamen dolo nullo interueniente ſuos faceret iure bonæ fidei poſſeſſoris,quantacumque læſio in pretio adeſſe proponeretur. Perpetuò enim verum eſt quod ait *l. dolus 10. C. eod. tit.* dolum emptoris † ex qualitate facti,non ex quantita- 13
te pretij æſtimandum eſſe. Longéque alia Vlpiani ſententia eſt in *d. l. ſi quis cum aliter 35. ff. de verb. obli. & l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo,* vt ſcripſimus in *error. 7. Decad. 1.*

ANTONII

ANTONII FABRI IC.
Decas Octaua.

ERROR PRIMVS.

De diuiſione in qua læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Diuiſio emptionis & permutationis vicem obtinet.*
2 *Ex cauſſa immodica læſionis ſuccurritur condiuiſori læſo.*
3 *Quanta læſio requiratur vt ſuccurratur læſo condiuiſori.*
4 *Sententia Accurſij læſionem vltra dimidium iuſti pretij requirentis.*
5 *Opinio pragmaticorum læſionem ad quartam vſque iuſti pretij ſufficere aſſerentium, probata Imberto.*
6 *Ratio Imberti & eius refutatio. num. 7.*
8 *Tertia ſententia quorundam pragmaticorum læſionem quæ iuſti pretij trientem excedat aut æquet requirentium.*
9 *Dicta ſententia refutatio.*
10 *Sententia autoris de quæſtione propoſita & numero ſeqq.*
11 *In ſtrictis iudiciis, ſi neque dolus, neque vis, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur dolo verò aut metu interueniente neceſſaria eſt reſtitutio in integrum.*
12 *In iudiciis bonæ fidei ſiue dolus, ſiue vis, aut metus interuenerit, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolum paſſus conueniatur: at ſi agat opus eſt reſtitutione.*
13 *Vt accipiendum illud Symmachi Iuris & legum vocem hanc eſſe, bonæ fidei contractum non reſcindi.*
14 *Plus poteſt officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptio doli in ſtrictis.*
15 *Si in venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam, poteſt iudicij æquitas ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor dolum purgare paratus ſit.*
16 *Idémque obtinet in contractu diuiſionis.*
17 *De qua diuiſione agatur in l. maioribus. 3. C. commun. vtriuſque iudic.*
18 *Conſtitutio d. l. maioribus. ad quem caſum porrigi poſſit.*
19 *Ad quem caſum propriè pertineat.*
20 *Si dolus nullus aut vis interuenerit in venditione, ſed læſio ſine dolo, venditori qui ex empto conuenitur ab emptore ad rem tradendam, non ſufficit æquitas iudicij, vt non cogatur rem ipſam tradere.*
21 *In quam rem fuerit neceſſaria noua conſtitutio l. 2. C. de reſc. vendit.*
22 *In diuiſione idem quod in emptione obtinere, vbi vnus ex condiuiſoribus læſus eſt vltra dimidium iuſti pretij, pragmaticorum placitum eſt.*
23 *Non eandem eſſe fuiſſéque olim diuiſionis & emptionis rationem, contra pragmaticos.*
24 *Si vis vel dolus interceſſerit in diuiſione, reſtitutio in integrũ competet; ſicut etiam ex capite minoris ætatis.*
25 *Nulla intercedente vi aut dolo ex cauſſa ſolius læſionis iure Pandectarum non reſcinditur diuiſio.*
26 *Minoribus aduerſus diuiſionem non niſi cauſſa cognita datur reſtitutio.*
27 *Explicatur l. maioribus. 3. C. comm. vtr. iudic.*
28 *An ex l. 2. C. de reſc. vendit. ſuccurratur læſo condiuiſori.*
29 *Sententia autoris.*
30 *Refellitur Imbertus.*

QVoniam diuiſio † emptionis vicem obti- 1
net *l. 1. Cod. commun. vtriuſque iudic.* ſicut
& permutationis *l. ſi filia. 20. §. ſi pater. D.
fam. erciſc.* nemo dubitat quin ex cauſſa † 2
immodicæ læſionis ſubueniendum ſit ei ex
condiuiſoribus, qui deceptus eſt etiamſi maior propo-
natur *l. maioribus 3. Cod. commun. vtriuſque ind.* Exem-
plo, inquiunt, venditionis, in qua hoc ipſum à Diocle-
tiano & Maximiano conſtitutum eſt in *l. 2. Cod. de reſc.
vend.* Sed quanta læſio † requiratur, vt in integrum re- 3
ſtitutioni aduerſus diuiſionem locus fiat, quomodo
pragmatici loquuntur, aut vt contractus in melius re-
formetur, quæ eorundem Imperatorum verba ſunt, *d.
l. maioribus*, non ſatis conſtat inter iuris interpretes,
nedum inter pragmaticos. Etſi enim *Accurſio* † & ple- 4
riſque ex antiquioribus interpretibus viſum eſt, ad exé-
plum venditionis non aliter ſubueniendum eſſe ei qui
læſus eſt, quàm ſi vltra iuſti pretij dimidiam læſus ſit.
Multorum tamen, præſertim pragmaticorum † aliud 5
iudicium eſt, exiſtimantium ſufficere poſſe ad contra-
ctum reſcindendum, ſi ad quartam vſque iuſti pretij
læſio probetur. Quam ſententiam in Galliæ tribunali-
bus receptiſſimam eſſe refert Imbertus in enchiridio,
contendens, quod magis eſt, non eſſe eam à iure ſcri-
pto alienam ex *Auth. contra cùm rogatus. Cod. ad S. C.
Trebell.* vbi ſcriptum eſt ex Iuſtiniani *Nouel. 108. cap. 1.*
cùm quis rogatus fuerit, vt ſine liberis decedens quod
tunc ex hereditate ſupereſt reſtituat, quartam eum inſti-
tutionis fideicommiſſario reſtituere compellendum. Mo- 6
uetur † ex ratione illa generali poſita in *dicta lege, ma-
ioribus*, *Quia in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter fa-
ctum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Quis enim
neget inæqualiter factam eſſe diuiſionem, etiamſi non
vltra dimidiam læſio interuenerit? Sed tamen ſi ea ratio-
cinatio † recta eſt, conſequens fiet vt & venditori in- 7
tra dimidiam læſo, eadem ratione ſubueniri æquum ſit,
cùm iudicium empti & venditi non minùs bonæ fidei
ſit, quàm quod ex diuiſione facta competit, & conſe-
quenter ratio illa generalis ad omnia bonæ fidei iudicia
pertinens, non minùs ad emptionem & venditionem,
quàm ad cæteros bonæ fidei contractus accommodari
debeat. Quare nec deſunt qui putent † eam ſaltem læ- 8
ſionem in contractu diuiſionis reformando exigi, quæ
iuſti pretij trientem excedat, aut certè æquet, maximè
ſi non inter fratres agatur inter quos æqualitas exactior
ſeruanda eſt *l. inter filios 11. Cod. famil. erciſc.* ſed inter
alios ſiue coheredes, ſiue communium bonorum condi-
uiſores. Sed his † quoque illud obſtat, quòd cùm eadem 9
diuiſionis, quæ aliorum bonæ fidei contractuum
ratio conſtituatur in *d. l. maioribus*, certum tamen eſt

venditionem non magis reformari, ſi ad trientem vſque
iuſti pretij læſus ſit venditor, quàm ſi ad quadrantem
duntaxat, requirique omnimodo vt vltra dimidiam læ-
ſum ſe conqueratur. Scio poſſe non eleganter diuiſionis
& emptionis diuerſam in eo conſtitui rationem, quod
qui diuidunt, non id agunt vt alter alterum in pretio
aut potiùs valore diuidendarum rerum circumſcribant,
ſed vt ſuam quiſque portionem quota & quantacum-
que tandem illa ſit, integram, nec aliud præterea quic-
quam conſequatur. At qui accedunt ad emendum & vē-
dendum, eo animo ſunt, vt alter alterum in pretio quā-
tum fieri poteſt decipere velit, emptor quidem viliùs
comparando, venditor autem cariùs diſtrahendo *l. ſi vo-
luntate* 8. *Cod. de reſcind. vendit.* Verum enimuerò illa
ſemper dubitatio manet, quòd in *d. l. maioribus* ſic lo-
quuntur Imperatores, vt ſignificent non iure aliquo
ſingulari quod in iudiciis diuiſoriis obtineat, ſed ex
iure communi omnium bonæ fidei iudiciorum, ſi quid
inæqualiter factum eſſe conſtiterit, id in melius refor-
mari oportere. Quòd ſi ita eſt, non facile defendi aut
explicari poteſt, in quo hac parte diuiſio differat à ven-
10 ditione. Ego longè aliter † quàm ab interpretibus aut
pragmaticis hucuſque factum ſit, totam rem hanc dif-
finiendam eſſe arbitror. Illud imprimis ſtatuo, quod fa-
cile omnes admittent, licèt pauci animaduertant: Dif-
ferre bonæ fidei iudicia ab iis quæ nos ſtricti iuris ap-
pellamus, cùm in aliis quàm plurimis tùm in eo ma-
11 ximè, quòd in ſtrictis, † ſi neque dolus neque vis, aut
metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus ta-
men iudicis officio locus relinquitur, quia in eo iudi-
ciorum genere nullum officium eſt iudicis, niſi vt for-
mulæ ſubſeruiat, & conuentiontionis, ex qua agitur, for-
mam præciſè ſequatur. Sed nec reſtitutioni facilè locus
eſt, niſi ex iis cauſſis quas prudentes congerunt in in-
terpretatione edicti *ex quib. cauſ. maior.* niſi fauor mi-
noris ætatis intercedat. Dolo autem, vel vi aut metu
interueniente, non modò vtile, ſed etiam neceſſarium
eſt auxilium reſtitutionis ex edicti capite *De dolo* aut
De eo quod metus cauſ. quia cùm in huiuſmodi iudiciis
nulla prorſus æquitatis, ſed tantùm ſtricti iuris ratio
habeatur, non poteſt fieri vt eam admittant reformatio-
nem, quam æquitas alioqui ſuggerere videretur quan-
doquidem & ea contractuum ſtricti iuris natura & con-
ditio eſt, vt nec æquum ſit in iis haberi rationem æqui-
12 tatis. In iis autem iudiciis † quæ ſunt bonæ fidei, ſiue
dolus, ſiue vis aut metus interuenerit, ſiue quid aliud
quod aduerſus contractum ſtricti iuris inducere poſſet
reſtitutionem, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione
vt ad æquitatem omnia reuocentur, nempe ſi is conue-
niatur qui dolum paſſus eſt, aut metum. Hoc enim eſt
quod dici ſolet, Exceptiones doli bonæ fidei iudiciis in-
eſſe, *l. ſed etſi* 21. *D. ſolut. matrim. l. huiuſmodi* 84. *§. qui
ſeruum. de legat.* 1. Tantundémque in iis poteſt officium
iudicis, quantum doli exceptio in ſtrictis. Imò & quan-
tum ipſa in integrum reſtitutio *l. in contractibus* 3. *Cod.
ex quib. cauſ. maior. l. iure ſuccurſum* 6. *§. vlt. D. de iur.
dot.* iunct. *l. ſi ex cauſſa* 9. *§. in dotis quoque modo. D. de
minor.* adeóque quod magis mirum eſt, quantum in ſti-
pulatione nominatim facta interrogatio, *l. quia tan-
tundem* 7. *D. negot. l. quæro* 54. *D. locat.* Cæterùm ſi is
qui dolum, vel vim aut metum paſſus eſt, non conue-
niatur, ſed agere velit, amiſſa fortè iam poſſeſſione rei
quam repetere vellet, ſicuti agere cogitur, ita & in inte-
grum reſtitutionem poſtulare, quia non poteſt fieri vt
officio iudicis locus ſit niſi propoſita prius actione ex
bonæ fidei contractu: quam porrò proponere non po-
teſt is qui id agit vt ex capite metus vel doli contractus
reſcindatur. Itaque quemadmodum in ſtrictis iudiciis
doli exceptio ſufficit reo, quæ eidem agenti foret inuti-
lis, quoniam ad agendum vt dolus vindicetur neceſſa-
ria eſt dolo actio, id eſt reſtitutio ex capite doli, ita &
in bonæ fidei iudiciis dolus quidem vindicatur æquita-
te iudicij, ſi is ipſe agat qui dolum admiſit, ſed non po-
teſt naſci actio ex contractu quantumuis bonæ fidei ſit,
ad contractum qui dolo malo initus ſit reſcindendum,
in eámque rem beneficium reſtitutionis prorſus neceſ-
ſarium eſt, &, vt dicam breuiùs, officium iudicis in
huiuſmodi iudiciorum genere pro doli exceptione eſt,
pro actione de dolo non eſt, vbi res integra eſſe deſiit,
& bonæ fidei iudicium extinctum, neque pro alia vlla
in integrum reſtitutione *leg* 3. *&* 4. *Cod. de his quæ vi
met. cauſ. l.* 1. *l. ſi dolo* 5. *l. dolus* 10. *Cod. de reſcind. ven-
dit.* Alioqui dicendum eſſet aduerſus contractum bonæ
fidei numquam poſſe competere reſtitutionem, ne qui-
dem ex cauſſa metus aut doli, cùm reſtitutio non detur
vbi alia actio competit: quod tamen ſupradictis locis
aliiſque innumeris apertiſſimè negatur. Et quod Sym-
machus † dicebat, Iuris & legum vocem hanc eſſe, Bo- 13
næ fidei contractum non reſcindi: non hunc ſenſum ha-
bet, vt eos contractus qui bonæ fidei ſunt, numquam
per in integrum reſtitutionem reſcindi oporteat, ſed
vt is qui demum non reſcindatur qui bona fide initus
perfectúſque ſit: quo iure cenſeri ſanè non poteſt ven-
ditio quam emptoris dolus aut vis extorſerit tametſi ea
quoque bonæ fidei dicatur inſpecto ſcilicet eo quòd à
contrahentibus fieri debuerit, non quod ab iis factum
ſit. Illud tamen obſeruandum eſt, in eo plus poſſe offi-
cium † iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptio- 14
nem doli in ſtrictis, quòd in ſtrictis non quælibet æqui-
tas exceptionem doli inducit, ſed ea tantùm quæ ex cauſ-
ſa doli proficiſcitur, & quæ rationem illam habet ne ad-
uerſarius ex dolo ſuo lucretur, ideóque reſtitutio ple-
rumque neceſſaria eſt ei etiam qui ex contractu ſtricto
conuenitur. At in bonæ fidei iudiciis officium iudicis
ſemper & omni caſu non ſolùm pro doli exceptione eſt,
ſed etiam pro reſtitutione in integrum, ſi modò ei ſub-
ueniendum ſit, non qui agit, ſed qui conuenitur. Ex his
infero ſi in venditione † dolus interuenerit parte em- 15
ptoris, ſiue in pretio, ſiue in qua alia re, & emptor agat
iudicio empti ad rem tradendam, poſſe iudicij æquita-
tem ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi em-
ptor aut iuſti pretij ſuppletione, aut alia qualibet ra-
tione dolum purgare paratus ſit. Nam & haberet doli
exceptionem ſi officium iudicis ſufficere non poſſet. Nec
aliud meo iudicio † in diuiſione iuris eſt, ſi rerum diui- 16
ſio duntaxat facta, non etiam poſſeſſio tranſlata vel reli-
cta ſit. Agenti enim ex ea diuiſione quæ per fraudem vel
dolum facta ſit, obſtabit proculdubio æquitas iudicij,
ſufficiétque reo ad excludendam actoris intentionem, vt
quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius re-
formetur. Quæ, ni fallor, ſententia eſt *dictæ legis, maio-
ribus* 3. *Cod. commun. vtriuſque iudic.* In qua tractari † 17
de diuiſione, quæ nondum per traditionem & tranſla-
tionem poſſeſſionis finem acceperit, vt loquitur *l. ſi in-
ter* 8. *eod. tit.* ex eo apparet, quòd lex ponit actum eſſe
iudicio bonæ fidei. Nam diuiſionis placitum niſi tradi-
tione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, non
magis prodeſſe poteſt quàm aliud quodlibet pactum nu-
dum, *l. diuiſionis placitum* 45. *D. de pact. l. cum proponas*
21. *Cod. eod.* Secuta autem traditione impletóque con-
tractu, nulla iam actio ſupereſſe poteſt aut naſci ex di-
uiſione inter condiuiſores. Sola vindicatio eis competit,
cùm eius quiſque rei quam penes ſe habet ex diuiſione
dominium nactus ſit, *l.* 2. *C. commun. vtr. iudic.* Stipu-
latione autem interpoſita naſcitur, quidem actio ex ſti-
pulatu, ſed quæ ſtricti iuris, non bonæ fidei eſt *l. quic-
quid* 99. *D. de verb. oblig. l. videamus* 38. *§. ſi actionem.
D. de vſur.* Non igitur poteſt ea lex de alio bonæ fidei
iudicio intelligi, quàm quod ſit familiæ erciſcundæ, aut
communi diuidundo. De quibus etiam totus ille titulus
eſt. Atqui nec familiæ erciſcundæ, nec communi diui-
dundo iudicio aliter agi poteſt quàm ſi corpora maneant
communia *l. familiæ* 9. *ill. eod. tit.* Corpora autem non
poſſunt videri communia poſteaquam per diuiſionem
poſſeſſionis

poſſeſſionis dominium quoque diuiſum eſt *d. l. 2. eo.*
Neceſſe igitur eſt vt ea lex intelligatur de diuiſione eiuſ-
modi quæ ſteterit in finibus nudæ conuentionis, nec-
dum ſtipulatione aut traditione effectum ſumpſerit.
18 Quæ res facit, vt quod eo loco ab Imperatoribus † con-
ſtitutum eſt, poſſit habere locum non modò ſi is qui à
condiuiſore per fraudem vel dolum circumuentus fuit,
conueniatur iudicio communi diuidundo ad diuiſio-
nem eo quo conuenit modo faciendam, ſed etiam, quod
notabilius eſt, ſi ille ipſe qui circumuentus eſt, agat
communi diuidundo, tanquam rebus omnibus in com-
munione adhuc retentis. Aduerſario enim excipienti de
pacto diuiſionis replicatio doli obiicietur, quæ bonæ fi-
dei iudicium faciet, commentúmque fraudis repellet, vt
in *l. aduerſus 3. C. de except.* Quod in cæteris bonæ fidei
contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur diuerſum
eſt, in quibus traditio non eſt neceſſaria vt contractus
19 perfectus videatur. Quamquam magis † mihi placet
prior interpretatio, vt *d. l. maioribus*, ad eum caſum per-
tineat quo conuenitur is qui dolum paſſus eſt, non quo
agit, cùm non requirat doli replicationem aduerſus pa-
ctum, quæ tamen neceſſaria eſſet vt iudicium bonæ fidei
20 conſtitueretur, *d. l. aduerſus.* Sed ſi dolus † nullus, vis nul-
la interuenerit in venditione, at læſio duntaxat in pre-
tio quantacumque citra dolum, cùm dolus ex qualitate
facti, non ex quãtitate pretij æſtimetur, *d. l. ſi dolus* 10. *C.
de reſcind. vendit.* dico non poſſe æquitatem iudicij ſuf-
ficere venditori, ſi empti iudicio, quod bonæ fidei eſt,
conueniatur ad rem tradendam, quominus tradere rem
cogatur, etiamſi iuſtum pretium ſupplere emptor nolit,
quoniam æquitas nulla eſt quæ hoc ſuadeat, ſiquidem in
pretio emptionis & venditionis naturaliter, id eſt, ex na-
tura negotij quod geritur, licet contrahentibus inuicem
ſe decipere, niſi adſit dolus malus, *l. in cauſſa* 16. §. *idem
Pomponius. D. de minor. l. item ſi pretio* 22. §. *vlt. D. locat.*
Multo minùs autem ſufficiet æquitas iudicij ad dandam
actionem venditori vt emptor aut rem tradere pretio re-
cepto, aut iuſtum pretium ſupplere teneatur. Eſt enim
longè difficilius vt actio detur vltrò ad reſcindendum
contractum, quàm vt aduerſus agentem ex contractu of-
ficium iudicis imploretur. In eámque nimirum rem ne-
21 ceſſaria † fuit noua conſtitutio *d. l. 2. C. de reſcind. ven-
dit.* quæ venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo ſubue-
niret, & quidem in vtrumque caſum, id eſt, ſiue is ageret,
ſiue conueniretur. Humanum enim viſum eſt non tam
laxis habenis permittendum eſſe ementibus & venden-
tibus ſe in pretio decipere, ſed ad finem vſque dimidiæ
iuſti pretij: quod ipſum priuſquam conſtitutum eſſet,
& Pandectarum iure non oporteat haberi pro conſtitu-
22 to. In diuiſione † verò quin idem quod in emptione ho-
die obtinere ius debeat, ſi alter ex condiuiſoribus vltra
dimidiam iuſti pretij læſus ſit, nemo ex pragmaticis du-
bitat. Cur enim condiuiſoris, inquiunt, deterior condi-
tio ſit quàm venditoris etiam traditio ſit ſubſecuta?
Malè, vt poſteà dicemus. Sed ſi intra dimidiam læſus pro-
ponatur, hic verò caſus eſt de quo dubitari poſſe putant,
id eſt, an eadem in omnibus hodie ſit, olímque fuerit ra-
23 tio diuiſionis & venditionis. Et puto † eſſe ſemperque
fuiſſe planè diuerſam, in eo quòd non ſicuti naturaliter
licèt contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pre-
tio decipere, ita & in diuidendo permiſſum eſt vt ſuam
quiſque ex diuiſoribus portionem alieno incommodo
faciat ampliorem, quam ex ratione eſſe debeat. Id enim
agunt qui diuidunt, vt vnuſquiſque id duntaxat ferat
quod ſuum eſt, ex alieno autem nihil: quamobrem nec
quicquam acquirere dicitur qui diuidit, quoniam licèt
fiat Dominus eius portionis quam in re communi ſo-
cius habebat, tamen de ſuo tantundem præſtat ſocio
quantum ab eo accipit. Æquitas igitur iudicij bonæ fi-
dei ſufficere poteſt ad contractum qui inæqualiter factus
ſit in melius reformandum, ſi communi diuidundo agat
ille qui ex inæquali diuiſione lucrum captat. Nam ſi
conueniatur, proculdubio ei proderit pactum diuiſio-
nis ad exceptionem, quæ doli replicatione elidi non
poterit, cum ponamus nihil dolo malo factum eſſe.
Non enim magis in diuiſione quàm in emptione do-
lus æſtimandus eſt ex inæqualitate portionum, ſed ex
ſola qualitate facti *d. l. dolus* 19. *C. de reſc. vendit. &
leg. dolum* 6. *C. de dolo.* Itaque vno illo caſu quo is
qui in diuiſione læſus eſt, agere velit iudicio communi
diuidundo, adhibenda diſtinctio eſt, an dolus aliquis
condiuiſoris interuenerit, néene; quia ſola doli, aut quæ
ſimilis eſt metus replicatio iudicium bonæ fidei conſti-
tuere poteſt, quod per exceptionem pacti euerſum vide-
batur: cùm & ex bona fide illud ſit vt pacta ſeruentur,
quæ nec contra bonos mores, nec contra leges facta ſint
d. l. aduerſus 3. *C. de except.* Sed ſi is qui à condiuiſore læ-
ſus eſt conueniatur eodem iudicio communi diuidun-
do, nihil prorſus intereſt an inæqualitas ex condiuiſoris
dolo perfecta ſit, an emerſerit citra dolum, quia vtro-
que caſu æquum eſt & ex veriſimili voluntate contra-
hentium, vt quod inæqualiter factum eſt, ad æqualita-
tem reuocetur. Æquitas autem illa licet ſufficiens non
ſit ad exceptionem doli inducendam, cùm dolus nullus
interuenit, tamen ſufficiens eſt ad inducendum officium
iudicis, quod, vt dixi, cæteris omnibus exceptionibus
longè plenius & vberius eſt. Idque eſt quod ait *d. l. ma-
ioribus, per fraudem, vel dolum, vel perperam factis diui-
ſionibus*, vt intelligamus nihil hac parte inter hæc in-
tereſſe. Perperam enim factas diuiſiones intelligo, quæ
malè, id eſt, inæqualiter factæ ſunt citra fraudem tamen,
vt ea adiectio nonnihil operetur, ſed hoc tamen ex ſu-
perioribus ſemper repetitum volo, vt is locus ad eum
caſum coanguſtetur, quo ex diuiſione traditio ſecuta
nondum ſit, quando alioqui futurum eſt, vt nihil ſit
quod tractari queat de iudicio communi diuidundo, ſu-
blata per dominij tranſlationem communione. Cæterùm
ſi res deſierint eſſe communes, id eſt, ſi rerum commu-
nium diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finem ac-
ceperit, vt loquitur *d. l. ſi inter* 8. *eo.* nego poſſe diuiſio-
nem quantumuis inæqualem reformari in melius æqui-
tate iudicij, quia neque iudicium bonæ fidei vllum ſu-
pereſt quod exerceri poſſit, ſiue dolo malo ſiue citra do-
lum ea inæqualitas contigerit, ſiue is qui læſus eſt, agat,
ſiue conueniatur. Plane ſi vis † vel dolus interceſſit, re- 24
ſtitutio in integrum competet ad reſcindendam diuiſio-
nem ex capite edicti *De dolo*, vel *De eo quod met. cauſſa.*
Sicut & ex capite minoris ætatis, ſi minor fuerit is qui
læſus proponitur. *l. pen. C. commu. diuid. l. 1. C. ſi aduerſ.
tranſact. vel diuiſ.* Sed nulla † intercedente vi, nullo dolo, 25
vel metu, non puto ex cauſſa ſolius læſionis quantumli-
bet immodicæ reſcindi poſſe diuiſionem, ſi inſpicias ius
Pandectarum. Nec dubito quin ea ſit ſententia *d. l. ſi in-
ter*, cùm ait, Si inter maiores annis vigintiquinque diui-
ſio rerum communium relicta vel tranſlata poſſeſſione
finem acceperit, inſtaurari mutuo bona fide terminata
conſenſu minimè poſſe. Iam enim monuimus non eo
minus bona fide perfectam videri diuiſionem, quòd læ-
ſio interuenerit, Alioqui dici non poſſet quid hac parte
inter maiores & minores intereſſet, cùm nec minoribus
† tam facile detur reſtitutio aduerſus diuiſionem, ſed 26
cauſſa cognitâ, vt ſcriptum eſt in *d. l. pen.* id eſt ita de-
mum ſi læſi nec in re modica proponantur. De minimis
enim, vt dici ſolet, non curat prætor *l. ſcio* 4. *D. de in
integr. reſtit. l. ſi quis adfirmauit* 9. §. *vlt. D. de dolo*, ne tum
quidem cùm minoribus ſuccurrit. Etſi enim non ignoro
poſſe ſatis magnam læſionem videri ad inducendam mi-
noris reſtitutionem, etiamſi intra quartam iuſtæ æſtima-
tionis partem læſus ſit, quis tamen prudentum vnquam
dixit, læſionem quæ in re ipſa duntaxat quantacumque
contigerit, poſſe locum facere reſtitutioni inter maio-
res? Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat quod ſuprà di-
ximus, diuidentium non eam eſſe mentem vt ſe circum-
ſcribant, ſed vt ſuam quiſque portionem integram ferat.

Inducit enim ea res iudicij æquitatem duntaxat, ſi poſt
diuiſionem factã necdum perfectã agatur cómuni diui-
dundo, vt docuimus, non etiã æquitatem reſtitutionis ad
reſcindendam diuiſionem, quæ ſecutis hinc inde tradi-
tionibus iure perfecta, impletáque ſit: quia facilius eſt
vt reformetur diuiſio quandiu deſtinata magis quàm vt
perfecta dici poteſt, quàm vt perfecta reſcindatur Deni-
que ſicut læſio ſola non inducit exceptionem doli in
ſtrictis iudiciis, nec item in integrum reſtitutionem ad-
uerſus contractum ſtricti iuris, ita neque poteſt indu-
cere officium iudicis in contractibus bonæ fidei, ad hoc
vt contractus vltrò reſcindatur per actionem, ſed ita de-
mum duntaxat ſi iudicium bonæ fidei exerceatur, quod
porrò exerceri nullum amplius poteſt ex cauſſa diuiſio-
nis. ſiue factæ, ſiue faciendæ, cum omnino peracta per-
27 fectáque diuiſio eſt. Eóque pertinent, † quod nemo ta-
men obſeruauit, verba illa *d.l.maioribus. Sine iudicio fa-
ctis diuiſionibus*, non vt iudicis autoritati aliquid hac
in re tribuatur, vt vulgò pragmatici ſentiunt, ſed quia
cùm interueniente iudicis autoritate fit diuiſio, fiunt à
iudice mutuæ adiudicationes, *l.item Labeo 22. §. 1. &
paſſ. D.famil.erciſc.l.2.l.communi 7.in princ.& §.1. & paſſ.
D commu.diui.* quarum adiudicationum vis & poteſtas
illa eſt vt dominium ſtatim transferatur in eum cui facta
eſt adiudicatio. Eſt enim adiudicatio, ſicut & traditio,
vnus ex iis modis per quos adquiritur dominium iure
Quiritium, apud *Vlp.tit.19.De acquiſit.rer.* Proinde fa-
ctis per iudicem diuiſionibus, atque ita tranſlato per
mutuas adiudicationes dominio, non poteſt ſupereſſe
iudicium familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo,
cuius æquitate poſſit inæqualis diuiſio in melius re-
formari, ideóque ad auxilium reſtitutionis in integrum
recurrendum eſt, & confugiendum, ſi læſio per condiui-
ſoris dolum interuenit, ſin ſine dolo & inter maiores,
quieſcendum: eò magis quòd diuiſiones etiam cùm ſine
iudice fiunt, ſolent tamen fieri per arbitros diuiſorios,
non per ipſos condiuiſores, quibus ideò minor de ſe in-
uicem conquerendi occaſio relinquitur: aut ſi per ſe di-
uidant, ſolet, qui maior eſt, portiones conſtituere, mi-
nor autem eligere: quod cùm fit de ſe ipſo potiùs quàm
de condiuiſore, querelæ cauſſam habet, ſi læſus repe-
riatur, vt proximo cap. dicemus, & hæc quidem toto
Pandectarum iure ſine dubio obtinuerunt. Sed cùm per
28 nouam † Imperatorum conſtitutionem *l.2.C.de reſcind.
vendit.* hactenus receſſum ſit ab eo iure, vt venditori quo-
que ſuccurratur ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit,
cui tamen ſuccurrendi longè minor ratio ſemper fuit
quàm condiuiſori, propter eam rationem quam attuli-
mus, quòd inter emptorem & venditorem id agatur, vt
ſe inuicem in pretio decipiant, non etiam inter condi-
uiſores. Hinc nimirum dubitatio naſci poteſt, non ſo-
lùm an ſi læſio vltra dimidiam interuenerit, actio condi-
uiſori læſo danda ſit (quod minorem difficultatem ha-
bere videtur) ſed an minor quoque læſio poſſit ſufficere
28 vt condiuiſori ſubueniatur. Ergo puto † neutro ex his
caſibus iuuandum condiuiſorem qui læſus eſt, quanta-
cunque tandem læſio illa ſit, propter eas rationes quas
adferam *infr. cap.6 ad fin.* Sed etſi putarem non magis
iniquam fore conſtitutionem, quæ ſtatueret ſufficere
læſionem in diuiſione ad quadrantem aut trientem vſ-
que, quàm quæ ſuccurrit venditori læſo vltra dimidiam
iuſti pretij, tamen cùm id nullo prorſus iuris loco pro-
ditum ſit, non faterer ab interpretibus, aut ab aliis qui
condendæ legis autoritatem non habeant, eam ſenten-
tiam induci probatiue debere. Nam etſi qua lex eſſet
quæ hoc ipſum conſtitueret, ratio tamen reddi non poſ-
ſet cur de quadrante potiùs quàm de triente, aut de
ſextante, aut de quincunce locuta fuiſſet, iuriſque id
eſſet, vt loquuntur, poſitiui; cuiuſmodi ſunt quæ indi-
gent proculdubio conſtitutione eius qui ius habeat
conſtituendi, nec poſſunt ex ſola æquitatis interpreta-
30 tione conflari. Quod autem ita exiſtimandi † anſam Im-
bertus ſumit ex *Auth.contra cùm rogatus.C.ad S.C.Treb.*
quis non videt prorſus ridiculum eſſe καὶ ἄπορον [illegible]
Cùm igitur ſola illa Diocletiani & Maximiani conſti-
tutio in hanc rem extet, cuius autoritate ſiue vti ſiue
abuti liceat, cùm de alijs bonæ fidei contractibus ex læ-
ſionis cauſſa reſcindendis agitur, diuiſióque vicem em-
ptionis obtinere exiſtimetur, non video qua fronte dici
poſſit condiuiſori citra dolum aut metum læſo ſuc-
curri debere, ſi non niſi intra dimidiam iuſtæ æſtimatio-
nis læſus proponatur. Illud ſanè ab interpretibus &
pragmaticis omnibus concedi volo, errare ſe non toto,
quod aiunt, cœlo, ſed tota iuriſprudentia, cùm ſuum
hunc errorem probari putant ex *d.l. maioribus. C. com-
mun. vtriuſque iudic.* quam nos probauimus ad eas diui-
ſiones nullo modo pertinere, ex quibus tranſlata eſt
poſſeſſio & cũ poſſeſſione proprietas, ſiue per veram &
corporalem traditionem, ſiue quod hîc idem eſt, per clau-
ſulam conſtituti ea poſſeſſionis tranſlatio facta eſt.

ERROR II.

*Si diuiſio inter maiores per electionem aut ſortem
facta ſit, & læſio interuenerit.*

SVMMARIA.

1 *Diuiſionis faciendæ modus receptior in iure per arbi-
tros diuiſorios, mutuáſque iudicis adiudicationes.*
2 *Alius diuidendi modus hodie vſitatiſſimus præſertim
inter fratres, quo maior natu diuidit, minor eligit.*
3 *An per reſtitutionem, reſcindi queat diuiſio ſecundi
modi cùm alteruter ex condiuiſoribus vltra dimi-
diam iuſti valoris læſus eſt.*
4 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
5 *Contraria autoris ſententia & eius confirmatio.*
6 *Si in quæſtione propoſita interueniat dolus vel metus, an
condiuiſor læſus ſit minor 25 annis, tunc ſuccurren-
dum eſt læſo.*
7 *Alia exceptio, ſeu caſus quo ſuccurritur læſo condi-
uiſori.*
8 *Ex ſola læſione quæ per inæqualitatem portionum con-
tigit, non poteſt malæ fidei probatio induci.*
9 *Ad quam diuiſionem trahi poſſit beneficium l.2. C.de
reſc. vendit.*
10 *Si diuiſio per ſortem facta ſit an ſuccurratur læſo.*

Fit plerumque diuiſio † inter eos qui rem 1
communem habent, ſiue coheredes, ſiue ſo-
cij ſint, per arbitros diuiſorios, mutuáſ-
que à iudice adiudicationes, eáque frequẽ-
tior in libris noſtris & receptior diuiſionis faciendæ
ratio eſt. Vſu tamen apud nos & apud pleraſque gentes
receptiſſima † illa eſt, quæ nec veteribus fuit incogni- 2
ta, præſertim inter fratres, vt qui maior natu eſt, diui-
dat, qui minor eſt eligat. de qua & in *capite ſecundo. Extr.
de paroch.* Hoc verò cùm ita ſit, dubitari † poteſt an ſi 3
alteruter ex condiuiſoribus læſus proponatur vltra di-
midiam iuſti valoris rerum diuiſarum reſtitutio in inte-
grum danda ſit ad reſcindendam diuiſionem. Nec tamen
pragmatici † dubitant, quin dari debeat non ſolùm ſi vl- 4
tra dimidiam, ſed etſi ad trientem vel quadrantem vſque
alteruter ex cõdiuiſoribus læſus probetur. Quod mihi † 5
non modò durum, ſed etiam prorſus improbabile ſẽper
viſum eſt. Quam enim querelæ cauſſam iuſtam habere,
aut de quo magis quàm de ſe ipſo conqueri poteſt, qui
ipſe aut diuiſit, aut elegit? Siquidem ponimus neque
vim neque dolum interueniſſe in perſuadendo vt vel di-
uiſio ſic fieret, vel electio, ſed bona fide geſta omnia, al-
terutram tamen portionem altera pretioſiorem, & am-
pliorem fuiſſe. In aliis negotiis præſertim, in emptione
& ven

& venditione ſolet tractatus præcedere contractum, in emptione & venditione in eóque tractatu vix aliud quicquam agitur inter contracturos, niſi vt qui cautior & ſolertior eſt ex alterius ſiue inſcitia ſiue ſtultitia lucrum captet: quæ res locum poſteà facit reſtitutioni in integrum aut exceptioni doli ſi contractus ſit ſtricti iuris, aut officio iudicis, ſi iudicium ſit ex eorum numero, quæ bonæ fidei appellantur. Sed in huiuſmodi diuiſione quæ fit conſtituente vno, & eligente altero, nullus præcedit tractatus niſi de diuidendo, vnuſquiſque autem quam ipſe vult legem contractui ſolus dicit, vnus conſtituendo pro arbitrio portiones, alius eligendo, quam ſuam eſſe malit. Et verò quis credat eum qui portiones conſtituit, vt condiuiſor haberet electionem ea mente fuiſſe vt ſocium circumſcriberet? An non potiùs ſibi ipſi fraudem faceret, qui in condiuiſoris arbitrio relinqueret vt eam portionem eligeret quæ multò amplior eſſet? Econtrà quis eum audiat ſi ſe dicat circumuentum ab alio qui elegit, & eligendo non niſi iure ſuo vſus eſt? An non hoc ipſo fraudem & turpitudinem ſuam patefaciet ſi dicat inæquales à ſe factas portiones, & conqueratur, quòd ſocius cui electionem dederat, elegerit meliorem? Quid enim aliud expectare poterat? An fortaſſe vt qui electionem habeat eligeret eam partem quæ eſſet minoris æſtimationis, meliorem verò haberet ipſe qui portiones feciſſet? Atqui non poteſt hoc fieri ſine dolo malo. Denique tritum eſt nunquam audiendum eſſe eum qui id petat cuius contrarium non fuerat in inuentum contrarium poſtulaturus l. *penul. C de euict.* Electione igitur facta melioris & amplioris portionis, non poteſt conqueri is qui electionem dedit, cùm ſi ſocius deteriorem elegiſſet, non conquereretur. Euenit quidem interdum, vt maior natu qui diuidit, portiones faciat inæquales, cámque minùs congruam in qua ſint bona, quæ ſciat ille ſocium habendi auiditate electurum. Sed quanquam ea res proximè accedit ad dolum, imputari tamen magis poteſt ei, qui eam portionem habere maluit, niſi in hoc ipſo dolum paſſus eſt, quòd perſuaſus fuit vt illam potiùs eligeret, qui aliam erat alioquin electurus, Semper
6 enim caſum † illum excipio, quo interuenerit dolus vel metus: item illum quo is ex condiuiſoribus qui læſus eſt, minor ſit annis vigintiquinque. Huic namque ſubueniendum eſſe non dubito qui per lubricum ætatis & inconſulta facilitate inæquales pontiores conſtituit, aut ex inequalibus, quarum electionem habuit, eligit minorem *l.1.Cod.ſi aduerſ.tranſact.vel diuiſ.* Quidni verò cùm & in lucro minoribus ex edicto ſuccurratur? *l.ait prætor. 7.§ hodie.& §.ſeq. D.de minor.* vbi quod dicitur etiam in lucro minoribus ſuccurri, & ideò quamuis ſine dolo cuiuſquam legatum repudiauerit minor, vel in optionis legato captus ſit, dum eligit deteriorem, vel ſi duas res promiſerit illam aut illam, & pretioſiorem dederit ei ſubueniendum eſſe, oſtendit ſatis non idem eſſe in maiore aut receptum, aut recipiendum. Cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt in *l.ſi inter 8.C. comm. vtriuſque iud.* Si inter maiores annis vigintiquinque rerum communium diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inſtaurari mutuo conſenſu & bona fide terminata non oportere. Ponimus enim perfectam eſſe diuiſionem tranſlata poſſeſſione per traditionem, aut per clauſulam conſtituti quæ ſit vice traditionis. Alioqui ſi placitum † duntaxat diuiſionis præceſſerit, & vera
7 bonorum communio adhuc ſuperſit, vt poſſit agi familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo, fatebor libentiſſimè, æquitate ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt, poſſe fieri vt hoc etiam caſu quo diuiſio per optionem datam acceptámque facta fuit, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformetur. Non enim quod optio vltrò data, aut accepta eſt, facere poteſt vt inæqualitas nullà ſubſit, nec proinde vt corrigenda non ſit ex natura iudiciorum omnium bonæ fidei, quandiu iudicium tale ſupereſt quod exerceri queat, ex *l.maior.3.C.de comm.vtr. ind.* de qua ſuperiore capite ſcripſimus, præſertim cũ tam eius qui electioné dedit, quàm eius qui accepit, voluntas illa ſemper fuerit, vt in diuiſione ineundæ æqualitas ſeruaretur: quaſi inæqualitas, ſi qua ſit ea per errorem & præter voluntatem contrahentium potiùs quàm præcogitato eorum conſilio emerſiſſe credenda ſit. Sed ſi diuiſio perfecta, dominiumque hinc inde tranſlatum proponatur, ſicuti deficit æquitas iudicij bonæ fidei quod nullum amplius ſupereſt, neque familiæ erciſcundæ, neque communi diuidundo, ita ſupereſſe aliud auxilium non poteſt ad agendum aduerſus contractum, quàm in integrum reſtitutionis, quæ porrò deficit cùm negotium inter maiores geſtum eſt bona fide. Iam autem ſæpius mo-
nuimus ex ſola læſione † quæ per inæqualitatem portionum contigerit, non poſſe malæ fidei probationem induci, non magis quàm in venditione ex ſola pretij modicitate *l.ſi voluntate 8.l.duobus 10.C.de reſcind vend.* quòd ſi vnquam, hoc certè vno caſu verum eſt, quo diuiſio facta ſit per electionem. Nec eſt contrarium quod ſuperiore capite diximus ex pragmaticorum magis quàm ex noſtra ſententia. Non eo minùs locum eſſe conditioni ex *l.2. C. de reſcind. vend.* neque in venditione tantum, ſed etiam in diuiſione, l. item eo caſu quo læſio interuenerit vltra dimidiam, propter nouam illam conſtitutionem quæ iuri veteri hac parte derogauit. Nam reſpondeo † poſſe id obtinere in ea diuiſione, quæ per arbitros diuiſorios facta ſit, & per mutuas iudicis adiudicationes, aut etiam mutua ſociorum conuentione, non in ea de qua tractamus, quam non vtriúſque, ſed ſingulorum & vniuſcuiuſque ex ſociis voluntas totam fecerit, portionibus ſcilicet ab vno ſolo conſtitutis, & ab alio ſolo electione facta. Conditionem enim ex noua illa lege contia eos demum dari æquum eſt, & vt lex loquitur, hominum, qui iure conuentionis à ſe factæ licèt ſine dolo, captant lucrum ex damno alieno, non contra eos quibus ſola aduerſarij voluntas, & vt ita dixerim, liberalitas lucrum attulerit, in quorum numero ille eſt qui ex diuiſione per electionem facta pinguiorem portionem conſecutus eſt ſiue ipſe, ſiue alius elegerit, dices, eandem igitur rationem conſtituendam fore diuiſionis, quæ per arbitros & iudicem facta eſt: quandoquidem nec in ea contrahentium tractatus vllus interuenit, ſed arbitrorum duntaxat, & iudicis factum. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia. Factum enim & arbitrorum & iudicis ſit factum partis, vt loquuntur, ex quo à parte laudatum adprobatúmque eſt in *l.ſi ob cauſſam 28.C.de euict.* ob idque iiſdem artibus & machinis deſtruendum eſt, quibus ſi ab vtroque ex contrahentibus factum eſſet. At electio quam quis ex optione ſibi data fecerit, nullomodo videri poteſt ab eo facta qui optionem dedit, aut ex eius induſtria, ſed ex ſola meraque eius qui elegit voluntate. Proinde æquum non eſt ſi is qui elegit, ſeipſum læſerit, ei ſuccurri contra ſocium, per quem nihil factum eſt, niſi quòd optionem dedit. Nam ſi obiicias, imò per eum aliud quidpiam factum eſſe, id nimirum quod partes conſtituit, & quidem inæquales, in promptu eſt reſponſio, ex ſola minoris portionis electione læſionem emergere, non item ex inæqualium portionum conſtitutione, quæ lucrum eligenti allatura erat ſi pinguiorem elegiſſet. Quid ſi diuiſio † per ſortem facta ſit? Nam & [illegible] aliquando 10
euenit ſi conſtitutis per arbitros diuiſorios portionibus non poſſint ſocij, ne per arbitros quidem conſentire quam ſibi, quam ſocio datam velint *l.2.C.quand.& quib. quart.pars debet.ex bon.decur. l.vlt.in prin. C.comm.de legat l.ſi qua ſunt 5.D.fam.erciſc.* Videtur autem probabilius, vt qui ſorti rem committendam putauit, ſi ex ſorte læſus ſit, reſtitui in integrum non poſſit ad reſcindendam diuiſionem, præſertim quæ ſecutis hinc inde traditionibus perfecta ſit: quia & ex contrario potuerat ea ſors incidere, ex qua lucrum ſenſurus fuiſſet. Non. n. reſtitutionum cauſſæ ex euentu diiudicandæ ſunt, ſed ex initio

initio, etiam, cùm de minorum reſtitutione quæ omnium fauorabiliſſima eſt, tractatur, *l. 3. §. ſcio. l. verum 11. §. item non reſtituetur. D. de min.* Nec valdè hac parte refert an ſorte, an electione diuiſio fiat. Nam cùm mutuo condiuiſorum aſſenſu ſorti res committitur, videntur ſinguli ab initio eam quiſque partem elegiſſe, quam ſors eſſet adiudicatura. In eóque potentior eſt adiudicatio huiuſmodi, quam quæ fit per arbitros, aut per iudicem: quia non ſicut arbitrorum aut iudicis factum, ita & ſortis euentus videri poteſt factum partis, vt aduerſus eum cui ſors lucrum attulit, quaſi ex facto ſuo lucrum illud ſenſerit, reſtitutio concedatur. Nam quod caſu magis quàm certo iudicio hæc diuiſio fieri videtur, non eo magis reſtitutionem inducere poteſt: imò tantò minùs quod huius periculi pretio maioris lucri ſpem emiſſe videtur is cui ea placuit electio, quam ſors eſſet probatura, arg. *l. propter ſpem 23. D. famil. erciſc. l. nam hoc modo 11. D. de hered. vel act. vendit. l. ſi ſacturam 12. D. de action. empt.*

ERROR III.

De ſuppletione facienda per eum ex condiuiſoribus, contra quem impetrata eſt reſtitutio ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *An poſito eandem eſſe rationem emptionis & diuiſionis, quemadmodum in venditione ſuppletio fit in pecunia numerata vbi venditor læſus eſt, ita etiam audiendus ſit condiuiſor contra quem impetrata eſt reſtitutio ſi ſuppletionem velit facere in pecunia.*

2 *Pragmaticorum ſententia negans.*

3 *Diſſertatio autoris aduerſus pragmaticos.*

4 *Obiectio pragmaticorum & eius refutatio.*

QVI eandem in omnibus rationem conſtituunt emptionis & diuiſionis, vt aduerſus diuiſionem perinde ac contra venditionem ex cauſſa immodicæ læſionis concedant in
1 integrum reſtitutionem, ſolent quærere, An † quemadmodum in venditione ſuppletio fit in pecunia numerata, ita & cùm de diuiſione ad æquitatem & æqualitatem reducenda tractatur audiendus ſit is contra quem reſtitutio poſtulatur, ſi quod congruæ ſocij portioni deeſt,
2 in pecunia ſupplere velit. Et in eam pragmatici † omnes eunt ſententiam, vt putent ſuppletionem in bonis non in pecunia fieri debere, quia non ſicut in venditione ex vna parte merx, ex altera pretium verſatur *l. 1. D. de rerum permutat.* ita & in diuiſione bonorum ſiue mobilium ſiue immobilium de pecunia tractari poteſt, ſed de iis ipſis bonis, quæ communia ſunt, aut fuerunt. In quo
3 offendunt † proculdubio in eam ipſam legem, cuius æquitate mouentur vt quod in venditione conſtitutum eſt, protrahant ad diuiſionem. Quid enim eſſet iniquius noua illa Imperatorum conſtitutione quæ venditionem bona fide perfectam iubet retractari ob immodicam ſolam læſionem, & quodam modo reſcindi, ſi non electionem iuſti pretij ſupplendi daret emptori? At quia in emptoris arbitrio & poteſtate relinquit, an quod iuſto pretio deeſt, ſupplere malit, atque ita efficere vt venditioni ſtare inuitus venditor cogatur, æquiſſima eſſe creditur conſtitutio quæ inuito emptore ſic reuocat contractum ad ſuam æquitatem, vt tamen venditionem ipſam inuito etiam venditore tueatur, ſi eam ſtare emptor velit. Nam ſi nolit, id eſt, ſi rem à ſe emptam malit recepto pretio reddere quàm iuſtum pretium ſupplere, tum verò ipſius quoque voluntas accedit ad votum venditoris vt communi vtriuſque conſenſu venditio reſoluatur: in quo nihil eſt aut abſurdi, aut iniqui. Eadem igitur ratione dicendum eſt. Hoc admiſſo quod nos in ſuperioribus negauimus, & negabimus ſemper, vt aduerſus diuiſionem perfectam perinde ac contra venditionem reſtitutio ex cauſſa immodicæ læſionis peti poſſit, non eſſe permittendum actori vt reo ſocio auferat electionem, quā emptori contra venditorem lex dedit. Atqui fieri non poteſt vt eam non auferat, ſi negetur licere ei qui conuenitur, vt quod congruæ portioni condiuiſoris deeſt, ſuppleat in pecunia numerata. Quomodo enim fiet ſuppletio, quin ex portione quæ reo obtigit tantundem detrahatur? Quod ſi admittas, an non ita ſit, vt diuiſio quæ perfecta fuerat, reſcindatur inuito reo, & ad nouam diuiſionem acſi prior nulla eſſet, deueniatur? Nam ſi dicas id non fieri niſi ex parte, quia non prorſus nouā diuiſio fit, ſed manentibus iiſdem portionibus, tantum ex ampliore detrahitur arbitrio boni viri, quantum neceſſe eſt ad complendam actoris portionem. Niſi à tota diuiſione recedi reus malit, in eóque verſari commodum electionis, quæ emptoris exemplo ei accommodatur. Facilis replicatio eſt, tantam, ſi non reo condiuiſori, certè legibus iniuriam fieri, cùm inuito eo reſilitur à diuiſione pro parte bonorum, quorum iam abſolutum dominium nactus fuerat, quanta fieret ſi tota diuiſio reſcinderetur. Non enim quòd plus aut minùs ille læditur, inducere poteſt diuerſitatem iuris, quominùs vtroque caſu perinde iniquum ius videri debeat, cuius poteſtate contractus bonæ fidei bonaque fide perfectus inuito reo reſcinditur, & infirmatur. Nec ſolùm contractus ipſe reſcinditur, ſed etiam dominium quod ex eo contractu quæſitum fuerat, aufertur ab inuito, quod etiam à receptiſſimis iuris regulis abhorret: adeoque ab ipſa Imperatorum conſtitutione quæ non aliter rem venditam vult reſtitui venditori, quàm ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit, & conſequenter non niſi volente, & conſentiente emptore. Illud ſanè non inficior, ſi ante tranſlatum ex diuiſionis cauſſa dominium agatur inter ſocios iudicio familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo, poſſe inæqualitatem illam reformari officio iudicis & ſola ipſius iudicij æquitate, & quidem ita vt ex ijs bonis quæ alteram portionem pleniorem effecerant, alia minùs congrua repleatur, Eámque eſſe ſententiam *legis, maioribus 3. Cod. commun. vtriuſque iudic.* ſed poſt tranſlatum hinc inde dominium rerum quæ aliquando communes, poſteà verò diuiſæ fuerunt, ſicuti iudicium bonæ fidei nullum ſupereſt quod exerceri poſſit, ita legis illius æquitatem ſupereſſe nego, etſi quid auxilij competat ei ex ſociis qui ſe vltra dimidiam læſum dicit, dico non aliud eſſe poſſe, quàm quod exemplo emptoris traduci poteſt ex beneficio *dict. l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* ac proinde non habere condiuiſorem læſum quod conqueratur, ſi aduerſarius paratus ſit id quod congruæ portioni deeſt in pecunia ſupplere. An non. n. hac ratione fit vt iniquitas quæ ex inæqualitate profecta eſt, corrigatur? Aut quid aliud agunt Impp. in *d. l. 2.* niſi vt qui tam grauiter & immodicè læſus eſt in damno non moretur? Atqui non moratur in damno is cui ad vltimum vſque quadrantem damnum quod ex diuiſione ſenſurus erat in pecunia ſarcitur. Sicuti dicimus (verène an ex pragmaticorum duntaxat ſententia alio loco videbimus) filio qui aliquid minùs legitima in numis acceperit, ſupplendam eſſe legitimam non in corporibus bonorum, ſed in pecunia, cùm tamen nemo negauerit perinde indemnem ſeruandum eſſe filium atque eum ex condiuiſoribus qui per diuiſionem læſus eſt, imò fauorabiliorem eſſe hanc ſuppletionem, quæ filio facienda eſt, quia legitimam integram, illibatam, nulloq; pacto deteriorem factam habere debet. Quod ſi dicas † non 4
eſſe cogendum condiuiſorem qui tam grauiter læſus fuit vt re ſua careat, aut vt pecuniam pro bonis accipiendo res ſuas inuitus vendat (nunquam. n. æquum eſt inuitum quem ſuo pretio res ſuas vendere *l. non*

enim

enim. 9. D. rer. amot.) reſpondebo , non certare hoc caſu ſociuḿ qui agit, de habendis bonis ſuis, ſed de alienis, vtpote qui portionem ſuam dominij quod in rebus communibus habebat, tranſtulerit in ſocium per traditionem ex diuiſione ſecutam. In id ergo nunc agit vt res à ſe alienatas, ac proinde factas iam alienas ab inuito Domino auferat, & quidem eo ſolo prætextu, quòd alioqui futurum ſit vt in damno moretur. Potiùs igitur reo ſuccurrendum eſſet ne res illas, quas iuſto titulo ſuas feciſſet, iuſto etiam pretio vendere cogeretur. Sed tamen poſtquam placuit ei quoque qui læſus fuit hactenus ſubueniendum eſſe vt in damno non moretur, æquiſſimum illud temperamentum eſt, vt damnum ei in pecunia non in bonis ſarciatur. Nempe ſi id eligat is qui conuenitur. Nam ſi malit ſupplere in bonis, adeóque nouam facere diuiſionem, non video qua fronte aut ratione poſſit id recuſare ſocius qui priorem impugnat diuiſionem.

ERROR IV.

Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum eo etiam caſu ſuppletionem in bonis faciendam eſſe exiſtimantium quo is qui diuiſionem reſcindi vult aliquid ex bonis diuiſis alienauerit.*

2 *Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra.*

3 *Abſurda quæ dimanant ex pragmaticorum ſententia.*

4 *Vendita portionis parte à condiuiſore perperam ei indulgent pragmatici quidam vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit.*

5 *Non ſemper pretium ſuccedit loco rei contra pragmaticos.*

6 *Facta bonorum diuiſione nullum familiæ erciſcundæ iudicium supereſt.*

1 SEd hic multò grauior † pragmaticorum error mihi videtur, quòd exiſtimant, illo etiam caſu quo ex bonis iam diuiſis aliquid diſtraxerit is qui vult reſcindi diuiſionem ex cauſſa immodicæ læſionis, permittendum tamen ei eſſe vt ſuppletionem poſſit petere in bonis, nec vt in pecunia accipiat cogi poſſe. Nam vt prætermittam quod certiſſimi iuris eſt, numquam poſſe
2 dari reſtitutionem † ei per quem factum eſt quominus integra res ſit, nec ſi minor proponatur, *l. quod ſi minor. 24. §. Scæuola D. de minor.* quia omnium reſtitutionum commune ius illud eſt vt omnia in priſtinum ſtatum reſtitui oporteat *§. reſtitutio, ead. leg. & l. vnic. Cod. de reputat.* quæ fiunt in *iudicat. in integ.*
3 *reſtit.* Illud etiam me mouet, quòd ſecundùm † hanc pragmaticorum ſententiam euenit vt melioris conditionis ſit actor quàm reus; & is qui alienauit, quàm qui portionem ſuam integram retinuit. Si quidem volunt pragmatici, vt etiam inuito reo ſuppleatur ex bonis quod deeſt congruæ actoris portioni, nec tamen volunt actorem cogi poſſe vt quæ ex portione ſua alienauit, reponat, & in commune reſtituat. Nam quod velut remedij loco excogitarunt, vt ea ipſa bona in portionem ſuam imputet quaſi hoc ipſo conferat, minus accipiendo *l. 1. §. ſed etſi tantum. D. de collat. bonor.* ad rem non pertinet. Quid enim ſi reus dicat paratum ſe permutationem inire portionum ſi omnia in priſtinum & integrum ſtatum reſtituantur? Cur dicemus videri eum calumniæ cauſa id deſiderare, cùm per ſolum actorem ſtet, ne deſiderio eius ſatisfieri poſſit? Aut cur ei qui diuiſionem impugnat licebit ea bona quæ alienauit retinere inuito ſocio, & præthereà ex iis ipſis quæ ad ſocium ex diuiſione peruenerint, illo etiam inuito partem auocare? Certè hoc vno ſaltem caſu debuerunt pragmatici admittere ſuppletionem in pecunia fieri poſſe, vt minus ei ſuccurratur, cui magis imputari poteſt. Sed tantùm abſunt ab hac ſententia, vt ex contrario mordicùs defendant probata læſione per eum qui portionis ſuæ partem alienauerit, non modo ſupplendum ei eſſe ex bonis quantum deeſt ad inducendam æqualitatem, ſed etiam diuiſionem nouam & ex integro fieri debere, hoc tantùm addito temperamento vt quantum ab actore alienatum eſt, tantundem ex cæteris bonis omnibus permixtis reo detur, & quidem in eadem bonorum qualitate ac conditione, proborum dictamine, vt loquuntur. Quo admiſſo planè non video quid hoc ius commune habeat cum noua Imperatorum conſtitutione quæ de venditione tantùm locuta emptori dat electionem an iuſtum pretium ſupplere malit, nec priùs reſcindi venditionem patitur, quàm emptor dixerit nolle ſe quod iuſto pretio deeſt ſupplere. Nam ſi quod in venditione duntaxat conſtitutum eſt, pragmatici poſt interpretes vtrique certè nimis audacter protrahunt ad diuiſionem quòd ea ſit vice emptionis *l. 1. C. commun. vtriuſque iudic.* cur eam electionem ſupplendi iuſti valoris quam lex dat emptori, ademptam volunt condiuiſori? Aut ſi alia emptionis, alia diuiſionis hac parte ratio eſt, quo iure obſecro, aut qua autoritate audeant illi traducere ad diuiſionem quod contra iuris regulas inductum, & conſtitutum fuit in venditione duntaxat? Denique cur meliorem faciunt conditionem ſocij qui ex bonis ſibi per diuiſionem acquiſitis aliquid alienauit, quod in commune reponere nequeat, quàm venditoris cui nihil poteſt imputari ſi modò paratus ſit reddere pretium quod accepit? Hic enim tametſi pretium offerat, tamen electionem quam emptori lex dedit, ei auferre non poteſt ſi malit emptor iuſtum pretium ſupplere & rem retinere. Condiuiſor verò contra, ſi pragmaticis credimus, etiamſi non poſſit in communionem redigere ea quæ poſt diuiſionem alienauit, poteſt tamen nouam petere diuiſionem, non ſecus acſi omnia in integro eſſent, aut per eum non ſtaret quominùs eſſent. Sed & ſunt inter pragmaticos † qui putent 4
adeò indulgendum condiuiſori eidémque actori qui portionis ſuæ partem alienauit, vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit, præſertim ſi vendiderit ex cauſa neceſſaria, vtputa pro dimittendis creditoribus hereditariis, quoniam, inquiunt, in iudiciis vniuerſalibus, quale eſt familiæ erciſcundæ, pretium ſuccedit loco rei *l. ſi rem. 22. & ſeq. D. de hered. petit.* Quæ ſententia tantò ſanè abſurdior eſt, quantò condiuiſori reſtitutionem petenti fauorabilior. Nam cùm ei poſſit imputari cur diſtraxerit antè petitam reſtitutionem, ſi non fuerit neceſſaria cauſſa diſtrahendi, aut tum etiam cùm neceſſaria fuit alienatio, cur nunc rebus non amplius integris, vltrò petat reſtitutionem, fieret tamen vt pecuniam pro bonis accipere cogeretur ſocius cui nihil imputari poſſet. Deinde quod aiunt † pretium ſuc- 5
cedere loco rei in iudiciis vniuerſalibus, apertè falſum eſt, ſi tam generaliter intelligatur. Habet enim ea ſententia ſuas diſtinctiones, nec niſi ad certas duntaxat actiones pertinet, & ad certos caſus. vt conſtat ex *l. item veniunt 20. §. ſimili modo. & §. vlt. l. ſed etſi l. 25. §. conſtituit. De petit. hered.* De quo dicendum nobis erit latius alio loco. Sanè non poteſt ratio illa pertinere ad in integrum reſtitutiones, quarum natura & conditio illa eſt, vt in eum ipſum ſtatum reſtituant omnia, in quo res erat priuſquam contraheretur. Quod verò adiiciunt de iudicio familiæ erciſcundæ, an non prorſus ineptum eſt? Semel enim facta bonorum diuiſione † conſtat fa- 6
miliæ erciſcundæ iudicium ſupereſſe non poſſe *l. familiæ*

lie 9.C.commun. vtr. iud. Nemo autem dixerit etiam reſciſſa diuiſione per reſtitutionem reſtaurari communionem, quæ ſcilicet fuit ſemel extincta, non tam per diuiſionem quàm per traditionem ex diuiſione ſecutam: traditio enim, cùm ſit facti meri, non poteſt reſcindi ſola iuris & legis poteſtate, ſed reſciſſo contractu retrotraditione opus eſt vt dominium in priſtinam cauſſam reuertatur, *l. ab emptione* 58. *D. de pact. d.l.2. C.de reſcind.vendit.* Sanè ſi bona fide is alienauerit,contra quem reſtitutio poſtulatur, nulla ratio eſt cur non liberari debeat collatione aut imputatione pretij quod redegit, quia nihil eſt quod ei poſſit imputari qui rem ſuam, & tanquam ſuam, & iure ſuo vendidit, nec recuſat quominus contractui ſtetur, melioremque ipſius conditionem eſſe æquum eſt,quàm ſi poſt factas à ſe alienationes poſtularet ipſe reſtitutionem.Ponimus enim neque vim neque dolum eius interueniſſe, ſed bona fide licèt inæqualiter factam eſſe diuiſionem.

ERROR V.

De differentia venditionis, & diuiſionis in probanda læſione.

SVMMARIA.

1 *Cùm de contractu ex cauſa immodicæ læſionis reſcindendo agitur, venditionis & diuiſionis non eadem ratio in omnibus conſtituenda eſt.*

2 *Cum agitur de iuſto pretio probando à venditore læſo quodnam tempus ſpectetur.*

3 *Cùm de diuiſione reſcindenda tractatur ad probandam læſionem,cuius temporis inæqualitas probanda ſit.*

4 *Conuenientia inter diuiſionem & venditionem.*

ETsi magna eſt inter venditionem & diuiſionem adfinitas,vt oſtendimus in ſuperioribus, non tamen tanta eſt vt cùm de contractu † ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendo agitur, eadem vtriuſque ratio in omnibus conſtituenda ſit. Nam ſi venditor ſe vltra dimidiam iuſti pretij læſum conqueratur, probare cogitur
2 verum iuſtúmque rei pretium † quod fuit tempore venditionis, *l.2. ſi voluntate* 8.*Cod. de reſcind. vendit.* & ni ita faciat, ſuccumbit, licèt probet immodicam læſionem, inſpecto eo tempore quod venditionem præceſſit, aut ſubſecutum eſt, quoniam pretia rerum pro temporum & locorum varietate mutantur, *l. pretia rerum* 63. *D. ad leg.Falcid.* neque recta conſecutio eſt à valore qui fuit ante vel poſt contractum, ad eum qui fuit tempore contractus: Læſio autem quæ in contractu interueniſſe dicitur, fieri non poteſt vt benè probata videatur,niſi ad illum ipſum tempus quo contractum eſt accommodetur.Probatur autem ex comparatione redituum eius fundi, *l. penult. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. ſi fundum per fideicommiſſum* 92. *de legat.* 1. Item venditionum quæ ab aliis eodem tempore factæ ſint bonorum eiuſdem conditionis & qualitatis. Quod tamen dicimus *eodem tempore*, non adeò præcisè accipiendum eſt, vt ille ipſe dies in quo contractum eſt, ſignificetur, ſed vt Iureconſulti loquuntur ἐν πλάτει, id eſt latiùs & pinguiùs circa id tempus quo contractum fuit. Cùm verò de diuiſione
3 † reſcindenda tractatur,ſufficit ad probandam læſionem probari inæqualitatem portionum, quæ iam tùm cùm diuideretur interuenerit, & quidem ex qualitate & conditione bonorum, licèt de iuſta eorum æſtimatione nihil probetur. Nam cùm in omnibus bonæ fidei iudiciis, præſertim verò in diuiſione æqualitas ſeruanda ſit,nemo non videt ſubeſſe inæqualitatem maximam ſi ex vna parte feuda, iuriſdictiones & prædia vrbana inſtructiſſima, ex alia verò parte non niſi fundi ruſtici & ignobiles diſtribuantur.Niſi ex contrario probetur inæqualitatem illam quæ ex bonorum qualitate & conditione inducitur, quantitate compenſatam. Fieri enim facilè poteſt vt tot fundi ignobiles in vnam ex portionibus conferantur, vt nobiliorum qui in alteram portionem collati ſunt, valorem æquent, adeóque ſuperent. Sed probandum id ipſum eſt ab eo qui negat, non qui dicit læſionem interueniſſe, vt inæqualitatis præſumptio, quæ ex diuerſa bonorum conditione naſcitur,contrariis certíſque probationibus elidatur. Quod non ſatis diligenter à pragmaticis obſeruatum ſcio.Putant enim eum qui aduerſus diuiſionem reſtitui velit ex cauſſa immodicæ læſionis, cogendum probare valorem bonorum perinde acſi de reſcindenda venditione ageretur. Illud tamen diuiſioni † cum venditione commune eſt, quod in probanda ſiue conditione, ſiue æſtimatione bonorum, id 4
tempus præcisè ſpectandum eſt quo contractum fuit,nimirum vt ſciatur an inæqualitas, & læſio aliqua interuenerit, nécne. Nam ſi ponas aliquid ex bonis diuiſis alienatum fuiſſe per eum qui agit ad reſcindendam diuiſionem, & pragmaticorum errorem ſequare, qui non eo minùs reſtitutionem ipſi etiam qui alienauit dandam eſſe exiſtimant, non dubito quin cogendus ſit actor hic imputare in ſuam portionem bona alienata, non ad eam duntaxat vſque quantitatem quam ex ipſorum alienatione redegerit, vt pragmatici vulgo ſentiunt, nec rurſum ad eam vſque quæ fuit tempore diuiſionis, vt eruditiores nonnullos aliquando ſenſiſſe audio, ſed ad eam quæ tunc eſt cùm agitur, dum ne quid de priſtina bonorum qualitate & conditione medio tempore ſit immutatum: quia ſi non eſſent alienata eam æſtimationem reciperent, quæ nunc eſt, in noua diuiſione ineunda. Aliud enim eſt de læſione quærere, aliud verò de rei circa quam læſio interuenit, reſtituendæ æſtimatione. Non idem eſt ſi is alienauerit contra quem reſtitutio in integrum poſtulatur, vt diximus ad finem capitis ſuperioris.

ERROR VI.

De læſione quæ in dotalibus rebus æſtimandis interuenit.

SVMMARIA.

1 *Æſtimatio rei dotalis vera venditio eſt.*

2 *Non tamen eſt venditio ſimplex,ſed dotis cauſſa.*

3 *Differentia inter venditionem ſimplicem & venditionem dotis cauſſa, ratione reſciſſionis contractus ex læſionis cauſſa.*

4 *Iam olim obtinuit vt in fundi dotalis æſtimatione læſa muliere, cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iuſtum pretium ſupplere: idémque erat ex parte mariti ſi læſus proponerêtur.*

5 *Inquiſitio rationis differentia allata.ſup.num.3.*

6 *Errores Iacobi Cuiacij.*

7 *Iure veteri quoties ex bonæ fidei contractu agebatur, non ſolum vis & dolus,ſed etiam læſio ſi qua occurreret,iudicij æquitate vindicabatur.*

8 *Excipi à regula ſuprà propoſita contractum emptionis, venditionis,itémque locationis & conductionis.*

9 *Cur alterutri coniugum læſo in æſtimatione fundi dotalis ſuccurreretur iure veteri.*

10 *Quomodo melior ſit conditio dotis, quàm aliorum contractuum bonæ fidei.*

11 *Errare pragmaticos qui exiſtimant beneficium l.2. C. de reſcind. vendit. ad eum quoque caſum pertinere quæ æſtimata dos data ſit,& in æſtimatione læſio interuenerit.*

12 Quæ

12 *Quatenus ſit deterioris conditionis venditor, quàm mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut condiuiſor in diuiſione læſus: & quatenus ſit melioris.*

1 NOn ignorant pragmatici æſtimationem † dotalis rei verã venditionem eſſe, *l. plerumque 10. §. ſi autè. D. de iur. dot.* quoniam æſtimatio facit emptionem *l. 1. D. de æſtimat. act. l. 7. ſed etſi res 7. §. 1. D. de Publicia. in rem act.* Sed neſciunt non eſſe ſimplicem † ven-
2 ditionem, aut dotis cauſſa, vt loquitur *l. quoties 16. D. de iur. dot.* nec rurſum quid inter hanc & illam interſit. Differentias aliquot tradidit vir doctiſſimus, & nunquam ſine laudis præfatione nominandus *Iacobus Cuiacius lib. 17. obſeruat. cap. 1.* ſed ni fallor, non omnes.
3 Inter cæteras enim hæc etiam vna eſt, cùm agitur † de contractu ex cauſſa læſionis reſcindendo, quòd venditori decepto vltra dimidiam iuſti pretij ſuccurritur; & quidem beneficio nouæ conſtitutionis in *l. 9. C. de reſcind. vendit.* quæ ſi non eſſet, nullo prorſus legis auxilio ei ſuccurreretur. Mulieri verò, ſi in æſtimatione fundi dotalis circumuenta ſit, ſiue intra, ſiue vltra dimidiam iuſti pretij, non beneficio illo nouæ conſtitutionis ſuccurritur, ſed ſolius iudicij æquitate, vt ex eo apparet
4 quod iam idem iure † vetere obtinebat, vt cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iuſtum pretium ſupplere *l. iure ſuccurſum 6. §. vlt. l. ſi res 12. §. 1. D. de iur. dot.* Idémque erat ex parte mariti ſi is læſus proponeretur *dict. l. iure. §. vlt. & l. circumſcripta 6. in fi. Cod. ſol. matr.*
5 Cuius differentiæ † ratio à nemine hucuſque tradita ſanè perobſcura eſſet, ſi non ex iis quæ ſuprà diſputauimus, ſatis intelligeretur. Nam ſi quis eam tantùm rationem adferat quam Pomponius attulit in *d. l. iure ſuccurſum. §. vlt. quod bono & æquo non conueniat aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum ſentire per alterius lucrum*, dicam eſſe illam generaliorem, quam vt coanguſtanda ſit ad cauſſam dotis. Conuenit enim omnibus bonæ fidei contractibus, ex quibus ſcilicet præſtationes omnes & condemnationes ex bono & ęquo fieri neceſſe eſt. Cui etiam congruit quod ſcriptum eſt in *l. maioribus 3. C. commun. vtriuſque iudic. Quia*, inquit lex, *in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformabitur.* Ita igitur dicendum erit in omnibus bonæ fidei iudiciis iam olim idipſum obtinuiſſe, nec proinde neceſſariam fuiſſe Diocletiani & Maximiani nouam conſtitutionem vt venditori ſubueniretur, cùm iudicium venditi non minùs bonæ fidei ſit quàm de dote. Et tamen conſtat quod & nos iam ſæpiùs monuimus, legem illam nouum ius præ ſe ferre, totique veteri iuriſprudentiæ incognitum fuiſſe & inauditum, vt venditori citra vim aut dolum læſo ſuccurreretur, quantacunque tandem læſio interueniſſet. Nec eſt qui diſ-
6 ſentiat, ſolo Cuiacio † excepto, qui non ſolùm ſine lege, ſed etiam ſine ratione contrariam ſententiam primus inuexit. Idem ille tamen fatetur emptori qui etiam ſupra dimidiam læſus fuiſſet, numquam ſubuentum fuiſſe, in eóque cum cæteris conſentit. Nam nec hodie poſt *legem 2 Cod. de reſcind. vendit.* ei ſubueniendũ eſſe putat, in quo diſſentit ab omnibus. Hoc verò cur ita? cùm emptionis contractus non minùs bonæ fidei ſit, quàm venditionis vel dotis? Vereor autem ne aſtutè nimis & callidè agat vir doctiſſimus, qui vt difficultatem hanc nec omnino prætermittat, nec benè diluat, hoc tantùm ſcribit, ſufficere inter coniuges ſi alter alterum indemnem ſeruet, nec ſocietatem vitæ, communémque amicitiam quæ inter eos fuit, pati, vt alter ex alterius damno locupletetur, etſi in quoquam iudicio bonæ fidei, in iudicio dotis maximè æquitatem & beneuolentiam ſpectari, & vt erat in veteri formula, *Quod æquius & melius eſt.* Quaſi verò de illo quæramus, cur in contractu dotis ita conſtitutum ſit, ac non de illo potiùs, cur in cæteris contractibus qui æquè bonæ fidei ſunt, & conſequenter in empti quoque iudicio iam olim idem fuerit conſtitutum. Ratio ex iis pendet quæ diximus in primum huius Decadis errorem. Nam † proculdubio ita ius vetus fuit, vt quoties ex bonæ fidei contractu ageretur, non ſolùm vis & dolus, ſi quis interueniſſet ſed etiam læſio & inæqualitas, ſi qua occurreret, ipſius iudicij æquitate vindicaretur *d. l. iure. d. l. maioribus, & l. in contractibus 3. C. quib. ex cauſſ. maior.* quæ cum apertè de contractibus bonæ fidei loquatur, non aliam ob cauſſam, quàm vt intelligamus in contractibus ſtricti iuris aliud eſſe, vim certè faciunt non ſolùm verbis legis, ſed etiam iuris rationi, qui eam legem protrahunt etiam ad contractus, quos ſtricti iuris ideò dici placuit, quòd in iis ratio æquitatis nulla prorſus, aut certè non tanta habeatur. Ab ea tamen regula † viſum eſt excipi debere 8
contractum emptionis & venditionis, itémque locationis & conductionis, non quidem ſi vis aut dolus, aut alio quocunque modo mala fides, ſed ſi citra vim & dolum, & malam fidem læſio duntaxat in pretio aut in pẽſione interueniſſet; ratione illa quòd in hoc cõtractuũ genere naturaliter liceat contrahentibus inuicem ſe decipere in pretij & penſionis modo conſtituendo, nec aliter fieri venditio aut locatio ſoleat, quàm id agente venditore & locatore vt cariùs vendat vel locet, emptore verò & conductore contrà, vt viliùs emat vel conducat *l. in cauſſa 16. §. idem Pomponius. ff. de minor. l. item ſi 22. §. vlt. D. locat. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* eàque ratio tam apertè tradita eſt in *l. & ideo 23. D. locat.* vt nihil dici poſſit apertius. Nam cum in fine legis præcedentis ſcriptum eſſet, in locationibus & conductionibus idem iuris eſſe quod in emptione & venditione, vt liceat naturaliter contrahentibus ſe inuicem circumſcribere quod ad pretium & penſionem attinet, ſubiicitur ex Hermogeniano, *& ideo prætextu minoris penſionis, locatione facta, ſi nullus dolus aduerſarij probari poſſit, reſcindi locatio non poteſt*, vt intelligamus fieri id ſingulari quodam iure ad alios bonæ fidei contractus non producendo, in quibus nullomodo nulláque in re permiſſum eſt contrahentibus vt ſe decipiant: cuiuſmodi ſunt contractus depoſiti, commodati, mandati, de pignore, aliíque ſimiles, in quibus non ſolùm dolus, aut vis, ſed etiam læſio quælibet ſola iudicij æquitate vindicatur, ita vt nec alia vlla actione opus ſit. Ergo quod in emptionibus & venditionibus, itémque in locationibus, & conductionibus contrà receptum eſſe Hermogenianus ſcribit, vt prætextu læſionis reſcindi contractus non poſſit, ſic omnino accipiendum eſt, vt neque ipſius iudicij æquitate, neque alia vlla actione reſcindatur. Ex quo ſatisfactum eſt propoſitæ quæſtioni, ſi de illo tantùm quæratur, cur non venditori aut emptori læſo, itémque locatori aut conductori olim ſuccurreretur, ęquitate iudicij bonę fidei, ſicut in cęteris omnibus bonę fidei iudiciis ei qui læſus eſſet ſuccurrebatur. At ſi quis
pergat quęrere cur ergo † mulieri ſuccurreretur, quæ fũ- 9
dum dotalem minoris æſtimatum tradidiſſet, aut marito, qui pluris æſtimatum accepiſſet, cùm ea æſtimatio venditionis iure cenſeretur? alia reſponſio quærenda erit ad dubitationem hanc diſſoluendam. Dicendum autem eſt, ius hoc ex eo profectum fuiſſe, quòd huiuſmodi venditio, licet vera, non tamen ſimplex venditio eſſet, ſed dotis cauſſa: Id eſt, quæ ſic fieret, vt tamen dotis cauſſam in venditionem & emptionem transferri nollent contrahentes, ſed eandem manere vt ſoluto matrimonio dotis iudicium ſupereſſet perinde acſi dos inæſtimata fuiſſet. Nam quoties fundus æſtimatus in dotem datur, id primùm & præcipuè agitur vt fundus ille pro dote ſit, deinde vt fundi æſtimatio ſit in dotem pro fundo. Nec proinde id agitur inter virum & vxorem vt plus minúſve ſit in dote, ſed vt fundus ipſe, aut quanti fundus eſt. Itaque ſi in fundo æſtimando alteruter circumſcriptus ſit, licèt ea æſtimatio venditionis inſtar habeatur, quia tamen facta eſt dotis cauſſa, conſequens eſt vt ſoluto ma-

trimonio petatur æſtimatio, non ex vendito, ſed actione de dote, per quam fundus ipſe peteretur, ſi non eſſet æſtimatus: contractus igitur dotis manet, qui quamuis in eo ſit ſimilis venditioni, quòd bonæ fidei eſt, in eo tamen differt, quòd non eſt ex eorum numero in quibus liceat contrahentibus ſe decipere. Nam & cum in modo patrimonij mulier decepta eſt, ſi fortè vltra vires patrimonij, vel totum patrimonium circumſcripta in dotem dederit, ſubueniendum eſt ei non ſolùm minori, ſed etiam maiori, nec per in integrum reſtitutionem, ſed ſola æquitate iudicij *l. ſi ex cauſſa 9. §. in dotis quoque modo, ff. de minor.* Iunct. *d. l. ſuccurſum, §. vlt. de iur. dot.* licèt heredi mulieris neceſſaria ſit in integrum reſtitutio aduerſus maritum qui dotem ſit lucratus: quæ ſententia eſt *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot.* quoniam inter heredem mulieris & maritum, hoc caſu nullum ſupereſt iudicium de dote, alioqui non egeret in integrum reſtitutione heres mulieris ad quem dos reuerteretur. Quanto igitur magis certa re in dotem data citra læſionem, iudicium de dote ſaluum erit & ſufficiens, vt ſi in eadem re poſtmodum æſtimanda alteruter ex coniugibus læſus ſit, ei ſubueniatur.

10 Sed & obſeruatione dignum illud eſt meliorem † eſſe hac parte conditionem dotis quàm ſit aliorum contractuum bonæ fidei, etiam eorum in quibus nullum contrahentibus ius eſt ſe inuicem decipiendi. Nam in cæteris ſi ſemel perfecti ſint, & traditione finem acceperint, fieri non poteſt vt fraus vel inæqualitas, ſi qua ſit, æquitate iudicij corrigatur, quia nec iudicium vllum ſupereſt quod exerceri poſſit *l. 3. l. ſi inter 8. C. commun. vtr. iudic.* Ideóque in integrum reſtitutio neceſſaria eſt, ſi modò cauſſa aliqua ſubſit concedendæ reſtitutionis, id eſt, ſi vis aut dolus interuenit. Nam, vt ſæpius diximus, ea cauſſa ſolius immodicæ læſionis reſtitutio numquam maiori datur. At in cauſſa dotis non ſolùm ſi fundus dotalis æſtimatus fuerit, quæ æſtimatio inſtar venditionis eſt, ſed etiamſi traditio ſecuta ſit, poteſt tamen corrigi & emendari læſio & circumſcriptio facta in æſtimatione, per æquitatem iudicij de dote, quoniam traditio illa dotis facta marito, non abſumit iudicium de dote ex parte mulieris, quæ ſoluto matrimonio perſecutionem dotis ex eo contractu habitura eſt contra maritum, aut mariti heredes, ſed tantùm ex parte mariti qui accepta dote ſiuè læſus ſit, ſiue non, nihil habet quod conqueratur. Cæterùm ſoluto quandocumque patrimonio, muliere aut eius herede dotem repetente, ſiue mulier læſa in fundi dotalis æſtimatione ineunda, ſiue maritus ipſe, reuocabitur res ad ſuam æquitatem ex ſola iudicij bonæ fidei poteſtate, quia ſupereſt iudicium bonæ fidei ex parte mulieris ad dotem repetendam. Ex quo infero errare

11 pragmaticos † & interpretes omnes, quotquot exiſtimant beneficium *legis 2. C. de reſcind. vendit.* ad eum quoque caſum pertinere quo æſtimata dos data ſit, & in æſtimatione læſio interuenerit. Eámque eſſe ſententiam *d. l. ſi circumſcripta 6. C. ſolut. matr.* in illis verbis *quid ſuper huiuſmodi contractuum vitio ſtatutum ſit, vulgo patet.* Etſi. n. lex illa eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo primi ſubuenerunt, ſupra dictis tamen verbis, non quid ab iis Imperatoribus contra iuris communis rationem conſtitutum, ſed quid à iure communi in ſimilibus cauſis ſtatutum fuerit ſignificatur, *ſuper vitio*, inquit, *huiuſmodi contractuum*. Nam contractuum bonæ fidei vitium eſt ſi contineant læſionem & inæqualitatem etiam citra dolum, exceptis venditionibus & locationibus, ob idque iudicij bonæ fidei æquitate vitium illud emendandum eſt, quandiu iudicium illud ex alterutra parte exerceri poteſt. In cauſſa verò dotis iudicium bonæ fidei tandiu ſupereſt, quandiu dos mulieri eiúſve heredi reſtituta non fuit. Non magis igitur locus ille referri poteſt ad nouam Imperatorum conſtitutionem, quàm quod ſcriptum eſt in *d. l. iure 6. §. vlt. & d. l. ſi res 2. §. 1. de iur. dot.* & aliis eiuſmodi iuris antiqui locis, qui accommodatam ex noua conſtitutione interpretationem recipere non poſſunt. Planè ſi dos fuerit mulieri reſtituta in conuenta æſtimatione, ſiue mulierem ex ea æſtimatione læſam proponas, ſiue maritum, fateor nullum ſupereſſe iudicium bonæ fidei, cuius æquitate ſubueniri poſſit ei perſonæ quæ fuit læſa. Sed nego ſubueniri ex hac cauſſa debere, ne mulieri quidem niſi minor fuit annis vigintiquinque, quia eſt quod imputetur maiori, cur cùm iudicio de dote experiretur, non fuerit vſa auxilio & beneficio iuris communis. Præterquàm ſi qua ſit cauſſa ob quam maioribus quoque ſuccurri ſoleat, id eſt, ſi vis, aut dolus interceſſerit. Nec ſanè vllus iuris locus eſt, qui eo caſu aut mulieri, aut marito ſubueniendum eſſe dicat: Sicut neque in cæteris contractibus vnquam ſubuenitur ei qui læſus fuit, ſi contractui ex vtraque parte ita ſatisfactum ſit, vt ex contractu agi amplius non poſſit *d. l. maioribus* iunct. *d. l. ſi tutor. 8. C. commun. vtr. iudic.* Dices, an ergo melioris conditionis † erit venditor poſt 12
Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quam mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut quàm condiuiſor qui in diuiſione læſus eſt? Conſtat enim venditionem non ſolùm perfecto contractu, quod fit nudo conſenſu, ſed etiam impleto, id eſt, ſubſecutis rei venditæ pretiique mutuis traditionibus ſi læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij habere conditionem ex *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* hactenus vt emptor vel rem reddere pretio recepto, vel iuſtum pretium ſupplere iubeatur. Et tamen diximus quod & verum eſt, venditionem in eo deterioris eſſe conditionis quàm ſint cæteri contractus bonæ fidei: quod ſi læſio quantacúq; dũmodo citra dolũ in ea interuenerit, nullo iuris cõmunis auxilio venditor adiuuatur, beneficio verò nouæ legis non aliter quàm ſi immodica & enormis læſio proponatur. Et hic ſanè totius ferè huius tractatus difficilior nodus eſt. Sed facilis erit explicatio ſi dicamus, motos fuiſſe Imperatores vt nouum illud ius in venditione inducerent ob hoc ipſum quòd venditor quantumcunque læſus omni auxilio deſtituebatur, eo prætextu quod in hoc conuentionis genere liceret contrahentibus ſe inuicem decipere in pretio, cùm tamen eâ decipiendi licentiâ plerique paſſim abuterentur, maximè in necem venditorum quos neceſſitas rei familiaris plerumque adigit ad venditionem viliſſimo pretio faciendam. Nec tamen conſequens eſſe, vt cæteris contractibus qui hac parte venditione fauorabiliores ſunt idem beneficium hodie dari debeat, id eſt, vt ſecuto quoque implemento ex vtraque parte, atque ita extincto iudicio bonæ fidei ſuccurramus ei qui læſus fuit, nec ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, quia eſt quod ei imputetur, non quòd ita contraxerit, ſed cur contractum tantæ læſionis iniquitate laborantem vltrò impleuerit, nec potiùs curauerit, vt ad æquitatem reduceretur, & in melius reformaretur, cùm ipſius iudicij æquitate & poteſtate id aſſequi poſſet. Quod ipſum quoniam venditori imputari non poteſt, cui ſcilicet ius antiquum nullomodo ſuccurrit, mirum non eſt, ſi lex noua ei ſubueniat, tum etiam cùm impleuit contractum, perinde acſi non impleuiſſet. Quanquam ſi velit venditor hodie iudicij æquitate ſe tueri priuſquam contractum impleuerit, proculdubio poterit quia iudicium bonæ fidei eſt dummodo ſit læſus vltra dimidiam iuſti pretij. Alioqui ius antiquum manet, eóque deterioris conditionis eſt venditor quàm cæteri, ſicut & melioris cùm vltra dimidiam iuſti pretij deceptus eſt, in eo quod non ſolùm tueri ſe iudicij æquitate ante impletum contractum, ſed etiam poſtquam impleuerit vltrò agere poteſt, vt iniquitas corrigatur. Itaque ſomnium eſt interpretum noſtrorum, quòd putant beneficium *dictæ legis ſecundæ. C. de reſcind. vendit.* locum habere in fundo dotali pluris aut minoris æſtimato, & ad diuiſionem alióſque bonæ fidei contractus produci debere. Somnium verò eſt Iacobi Cuiacij quod defendit iam olim obtinuiſſe in venditione illud ipſum

ius

ſus quod à Diocletiano & Maximiano inductum eſt in *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* Quod autem addit etiam de ſuo beneficium venditori datum ad emptorem porrigendum non eſſe, an verum ſit, itémque de aliis bonæ fidei contractibus videamus.

ERROR VII.

De emptore qui immodicè læſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de productione beneficij l. 2. C. de reſcind. vendit. ad emptorem, locatorem, conductorem, permutatorem, & omnes denique bonæ fidei contractus.*

2 *Sententia Cuiacij negantis d. l. 2. ad emptorem porrigendam eſſe: eámque ad locatorem quidem & permutatorem produci, non etiam ad conductorem affirmantis.*

3 *Diſſertatio autoris probantis 1. d. l. beneficium ad emptorem non pertinere.*

4 *Cur auxilio dignior viſus ſit Impp. venditor quàm emptor.*

5 *Reſpondetur ad l. 1. §. ſed ſi emerit. 9. D. ſi quid in fraud. patron. qua vtitur Robertus vt ſententiam pragmaticorum contra Cuiacium defendat.*

6 *Dolo interueniente nulla eſt differentia inter emptionem, venditionem, caeteróſque bonæ fidei contractus.*

7 *Error pragmaticorum ſupinus de caſu quo videatur læſus emptor.*

8 *Error Molinæi.*

1 VIx vnquam ex pragmaticis † quiſquam dubitauit, nec ferè ex interpretibus quin beneficium quod noua Imperatorum Diocletiani & Maximiani conſtitutione venditori datum eſt in *l. 2. C. de reſcind. vendit.* porrigi debeat ad emptorem, itémque ad locatorem, conductorem, permutatorem, ad omnes denique bonæ fidei contractus: quaſi in omnibus eadem æquitatis & bonæ fidei ratio idem quoque ius poſtulet. In eamque rem abutuntur paſſim reſcripto eorundem Imperatorum quod extat in *l. 3. C. commun. vtr. iudic.* vbi generaliter ſcriptum eſt in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformari oportere. Cuius tamen loci quàm alius planéque diuerſus ſenſus ſit, iam ſatis ſupérque in ſuperioribus explicauimus. Primus
2 *Iacobus* † *Cuiacius libro 16. obſer. cap.* 18. negauit porrigendam eſſe ad emptorem, ea potiſſimum ratione motus quòd non eadem ſit ratio ſubueniendi emptori quæ venditori. Propterea quòd, inquit, venditorem plerumque neceſſitas rei familiaris compellit vendere pretio minore *l. 2. l. non idcirco 12. leg. ſi quos 6. C. de reſcind. vendit. l. 1. C. de præd. dec. l. 2. C. ſine cenſ. vel reliq.* Emptor verò vltrò accedit ad emptionem prædij, ſæpe fraudandi cauſſa, & plerumque emit pretio impenſo & immodico affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus ſit, vel parentes ſepulti, vt *leg. 1. §. ſed ſi rem. D. ſi quid in fraud. patron.* vel quod maiorum eius fuerit, vt in *l. ſi emptionem 35. D. de minor.* quibus caſibus ſiue prudenter, ſiue ſtultè faciat, quia tamen ſponte facit, nihil cauſſæ eſt cur ei ſubueniatur. De locatione non dubitat quin idem iuris ſit quod de venditione, cur & de conductione idem quod de emptione. De permutatione verò quia non magis venditioni quàm emptioni ſimilis eſt, videtur magis dubitare. Sed tamen concludit idem beneficium dari debere vtrique permutatori, ſed quatenus vterque venditori aſſimilatur, non quatenus vterque emptorem imitatur. Ego verò miror ingenia tot tantorúmque virorum ſe exercentium & aberrantium manifeſta iuris certiſſimi ignoratione. Nam vt ab
ea dubitatione † incipiamus, quæ eſt de emptore, ſi iuris 3
rationem inſpicias, certum eſt nullo modo ei ſubueniendum eſſe ob quantamlibet immodicam læſionem, quia nec venditori ſubueniretur nequidem ante impletum contractum, etſi iudicio empti aut venditi quod bonæ fidei eſt ageretur, quoniam in eo contractu ſpeciale eſt vt liceat contrahentibus ſe inuicem naturaliter in pretio decipere *l. in cauſſa 16. §. idem Pomponius D. de minor. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* Nec aliud in locatore & conductore iuris eſt, propter eandem rationem *l. item ſi pretio 22. §. vlt. & l. ſeq. D. locat.* Itaque ad hos contractus non pertinet, quod de aliis bonæ fidei contractibus ſcriptum eſt. Id quod inæqualiter geſtum fuerit, æquitate iudicij bonæ fidei in melius reformari debere, niſi cùm vis aut dolus interuenit. Nec bona ratio eſt qua mouentur interpretes vt emptori ſubueniant, *quòd bonæ fidei contractus ſit*, qua tamen meliorem aliam nullam habent. Si verò ius nouum inſpicias quod ab Imperatoribus contra iuris veteris rationem conſtitutum eſt, quid apertiùs quàm conſtitutionem de dolo venditoris locutam eſſe? Ergo qui eam protrahunt ad emptorem, fateantur neceſſe eſt id ſe facere ſine lege, & conſequenter ſine ratione, cùm nec in venditore rationem vllam habere poſſit lex noua, quæ abhorret à iuris veteris ratione. Et verò apertiſſima & evidentiſſima inter venditorem & emptorem diſſimilitudinis ratio eſt
quam nos ex Cuiacio protulimus. Nam quod lex † ait 4
humanum eſt, oſtendit ſatis ita ab Imperatoribus conſtitutum in venditore, non ratione aliqua iuris aut æquitatis, aut bonæ fidei, ſed miſerationis tantùm, vt & in *l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnd. liber.* Videtur enim miſeratione dignus venditor, qui vrgente neceſſitate res ſuas, quas ſciat multò pluris eſſe, cogitur tamen viliſſimo pretio diſtrahere, nullum alioquin emptorem inuenturus. Idcóque parum, meô iudicio, intereſt an venditor ſciat rei ſuæ valorem, nécne. Tanto magis enim dignus eſt cuius leges miſereantur, qui contra quàm velit rem maioris pretij vendit minore. At emptoris qui multò pluris emit quàm res ſit, nihil cauſſæ eſt cur miſereamur. Stultitiæ enim potiùs id imputandum eſt, vt ait *l. 3. l. alienus. D. ad leg. falcid.* Stultis autem vix eſt vt vnquam ſubueniatur quomodo nec iis qui errant in iure cùm habeant copiam iuriſperitorum, quos ſtultos vocat Iuriſc. in *l. regula. 9. §. pen. D. de iur. & fact. ignor.* Nec com-
munem interpretum & pragmaticorum † errorem iuuat 5
quod ſcriptum eſt in *§. ſed ſi emerit 9. l. 1. D. ſi quid in fraud patr.* quo potiſſimum vtitur Ioannes Robertus in Animaduerſionibus vt Cuiacij ſententiam impugnet. Etſi enim eo loco ratio eadem conſtituitur emptoris multo maiore pretio comparantis, & venditoris multo viliore diſtrahentis, id tamen pertinet ad actionem Fauianam quæ datur patrono in cuius fraudem alienatum eſt, non autem ad propoſitam diſpenſationem, de qua nunquam Iureconſulti ne per ſomnium quidem cogitarunt. Et ratio diſſimilitudinis non obſcura illa eſt, quia quicquid in fraudem patroni factum eſt à liberto, id reuocari æquum eſt, melioremque eſſe conditionem patroni qui neque contraxit, neque fraudari potuit, quàm liberti qui ipſe emit aut vendidit, quíque ſibi ipſi non etiam patrono fraudem potuit facere. Quare nec dubitatur quin idem dicendum ſit, etiamſi læſio quæ in emptione vel venditione interuenit per fraudem liberti non excedat dimidiam iuſti pretij: cùm tamen ſit in confeſſo nec olim potuiſſe nec hodie poſſe reſcindi venditionem ex immodica læſione, ſi non vltra dimidiam venditor læſus ſit. Probátque potiùs ille locus, ſi ſubtiliùs intueare, nec venditori nec emptori ſuccurri debere ob ſolam immodicam læſionem: alioqui nihil eſſet neceſſe vt patrono per Fauianã & ex proprio iure ſuccurreretur, ſi ex perſona liberti ſuccurri ei poſſet, vt ſaltem ex bonis

liberti haberet eam actionem quam libertus ipſe ſuo iure eſſet habiturus. Quod autem pro eodem pragmaticorum errore tuendo obiicitur de marito qui in re dotali pluris æſtimata circumſcriptus eſt, multò minùs ad rem pertinet, vt ex iis quæ proximo capite diximus intelligi poteſt. Et verò vſu ipſo euenire cernimus, vt rariſſime emptor à venditore vltra dimidiam iuſti pretij decipiatur. Et ſi quando id euenit, vt plurimum fit, dolo venditoris, qui haud dubiè æquitate ipſius iudicij ex empto quod bonæ fidei eſt, vindicatur. Dolo namque intercede-
6 dente † nulla prorſus differentia eſt inter emptionem, venditionem, cæteróſque bonæ fidei contractus, & in omnibus generaliter eo caſu verum eſt quod ait *l. 3. C. commun. vtr. iud.* in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformari. Nec ſolùm ſi vltra dimidiam iuſti pretij, ſed etſi longè minor læſio dummodò per dolum alterutrius contrahentium inter-
7 uenerit. Ille verò multò grauior † & intolerabilior eorundem interpretum & pragmaticorum error eſt, quòd exiſtimant videri læſum emptorem vltra dimidium iuſti pretij ſi rem dignam 10. emerit 16. cùm tamen certiſſimum ſit ad eiuſmodi læſionem inducendam neceſſarium eſſe, vt rem dignam 10. emerit 21. vt eadem proportio ſeruetur in emptione quæ in venditione. Nemo enim dubitat quin venditor tum demum vltra dimidiam iuſti pretij læſus videatur, cùm rem dignam 21. vendidit duntaxat 10. Iuſtum autem pretium ita ſuppleri per emptorem ſi offerat 21. non ſi dimidium aurei, cum decem, quamuis ſi ab initio decem cum dimidio dediſſet, venditori hodie non ſuccurretur. Alioqui fruſtra lex daret optionem emptori qui vtique mallet ſemper ſupplere quod deeſſet iuſto pretio quàm rem reddere. Similiter igitur è contrario dicendum eſt læſionem vltra dimidiam iuſti pretij ex parte emptoris interuenire cùm rem dignam decem emit 21. Venditorem verò illo caſu habere optionem debere, vtrum de medio malit vndecim remittere, an recepta re, quantum accepit, id eſt aureos 21. reddere. Idque iam antè nos rectè obſeruatum eſt non tantùm à *Cuiacio*, ſed etiam à *Carolo Molineo*, qui ſi cum *Cuiacio* in iuriſprudentia conferatur, meo iudicio
8 nullus homo eſt. Quid tamen ſibi † *Molineus* velit cùm ait emptori quidem ſubueniendum eſſe ex beneficio *d. l. 2.* ſed non æquè ac venditori, ego planè non intelligo, niſi tantam Molineo legis nouæ condendæ poteſtatem demus quantam Impp. Diocletianus & Maximianus habuerunt. Omnino enim aut lex illa Impp. ſeruanda eſt in emptore, aut nulla prorſus. Quod autem *Cuiacius* poſt cæteros omnes idem admittit in locatore & permutatore quod in venditore, quam falſum ſit, ex iis quæ mox dicemus intelligitur.

ERROR VIII.

Si locator immodicè læſus ſit.

SVMMARIA.

1 *Quatenus eadē fuerit olim ratio venditoris & locatoris.*
2 *Sicut ſuccurritur venditori læſo ex Impp. conſtitutione, ita & locatori ſuccurrendum videri pragmaticis.*
3 *Refutatio ſententiæ interpretum, & n. 5. & ſeq.*
4 *Leges iuris veteris correctoria non facilè extra ſuos fines ſunt trahendæ, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis.*
5 *Iuſta merces & penſio in locatione præſertim fundi ruſtici nonniſi ex fructuum modo conſtitui poteſt.*
6 *Si in plures annos facta ſit locatio & primo anno aut nulli aut perexigui fructus percepti ſint, remiſſio tamen mercedis non prius fieri debet, quàm totum locationis tempus præterierit.*
7 *Læſio quæ facit locum beneficio legis ex eo tempore æſtimanda eſt quo contractum fuit, non quod ſubſecutum eſt.*
8 *Incerti euentus quantitatis & valoris fructuum percipiendorum certa iuſtáque æſtimatio nulla eſt.*
9 *Non ſtatim certum iuſtumque pretium illud videri debet, quod in publica locationis auctione promiſſum eſt.*
10 *Differentia inter venditionem rei immobilis & locationem ratione æſtimationis rei venditæ & locatæ.*
11 *Æquitas contractuum non eſt æſtimanda ex euentu.*
12 *Frumenti vel hordei mutuò dati acceſſiones cur etiam ex nudo pacto ſint præſtandæ.*
13 *Rationem propter quam ſuccurritur venditori læſo, ceſſare in locatore.*
14 *An in locatione vrbani prædij locum habeant quæ de incerta fructuum æſtimatione dicta ſunt.*
15 *Differentia inter vrbani & ruſtici prædij locationem.*
16 *Idē Iuris eſſe in locatione Vrbani prædij quod in ruſtici.*
17 *Obiectio & eius diluſio.*

Diximus in ſuperioribus, eandem † olim fuiſſe ven-
ditoris & locatoris rationem, in eo quod ſicuti in 1
venditione & emptione, ita in locatione & conductione licebat contrahentibus naturaliter ſe in pretio inuicem decipere, *l. in cauſa 16. §. idē Pomponius. D. de minor. l. item ſi 22. § vlt. D. loca. l. ſi voluntate 8. C. de reſcin. vend.* & ideò neque venditori neque locatori qui citra dolū immodicè læſus eſſet ſuccurſum fuiſſe æquitate iudicij bonæ fidei, vt fiebat in cæteris bonæ fidei iudiciis *l. & ideò 23. D. locat. iunct. l. 3. C. comm. vtriuſque iudic. l. 3. C. quib. ex cauſſ. maior. l. iure 6. §. vlt. & l. ſi res 12. §. 1. D. de iur. dot.* Eadem ratio facere videtur vt quemadmodū hodie ſuccurritur † venditori ex noua Diocletiani & Maximiani conſtitu-
tione ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, hactenus ſci- 2
licet, vt emptor vel iuſtum pretium ſupplere, vel recepto pretio quod dedit, rem quam accepit reſtituere teneatur: Ita etiam locatori in eodem caſu eadémque æquitatis ratione ſuccurri oporteat. Vterque enim contractus bonæ fidei eſt, iiſdémque regulis conſiſtit, vt ſcriptum eſt in *l. 2. D. locat.* Eáque conſentiens vox eſt interpretum omnium, & pragmaticorum. Mihi tamen valde ſuſpecta, † & vt liberè dicam quod ſentio, prorſus falſa: non ideò duntaxat quod noua lex de venditore tantùm
locuta ſit, non etiam de locatore. Nouæ autem leges † 3
iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſunt
trahendæ, ne quidem ex identitate, vt loquuntur, ratio- 4
nis & æquitatis, vt à iure communi quàm minimum fieri poteſt recedatur, ſed etiam quia non video qua ratione aut qua viâ optio illa quam Impp. dederunt emptori, vt iuſtum pretium ſupplere poſſit ſi velit, accommodari queat conductori, præſertim fundi ruſtici. Siquidem iuſta † merces & penſio in locatione non niſi ex fructuum modo conſtitui poteſt. Locatio enim eſt vice
venditionis fructuum, vt diximus *Decad. 6. Error. 6.* At 5
fructuum percipiendorum non ſolùm modus, ſed etiam valor incertus eſt *l. ſi ea lege 17. l. oleo 23. Cod. de vſur.* Vnde illud quoque fit vt ſi in plures annos † facta ſit locatio, & primo anno aut nulli, aut perexigui fructus
percepti ſint, remiſſio tamen mercedis non prius fieri de- 6
beat, quàm totum locationis tempus præterierit, vt ſciatur an primi anni ſterilitas cum ſequentium vbertate compenſari poſſit *l. ex conducto 15 §. Papinianus alias l. ſi vno anno D. locat. l. licet certis annis. 8. C. eodem.* Eóque iure paſſim vtimur. Quomodo igitur fieri poteſt vt locator ſe immodicè læſum dicat & probet quantulacumque mercede locauerit priuſquam locationis tempora effluxerint? Quod ſi id expectandum eſt, quis admittat ſuccurrendum eſſe locatori ex cauſa immodicæ læſionis, cùm ea læſio † quæ locum facere poteſt beneficio le-
gis ex eo præciſè tempore æſtimanda ſit quo contra- 7
ctum fuit, non quod ſubſecutum eſt *dicta lege ſi voluntate.* Dices, poſſe læſionis huius certam rationem
conſtitui

conſtitui æſtimato ex communi hominum æſtimatione
dubio illo euentu non modò quantitatis ſed etiam va-
loris fructuum percipiendorum: Fateor dubium euen-
tum æſtimari poſſe, vt in *lege propter ſpem 23. D. fa-
mil. erciſcund.* aut cùm iactus retis emitur. *l. ſi iactum
12. D. de actio. empt. l. nam hoc modo 11. D. de hered. vel
8 act. vendit.* Sed nego † incerti illius euentus poſſe
vllam certam iuſtámque eſſe æſtimationem, ſed pro certa
iuſtáqua habetur quæcunque & quantulacunque facta
eſt, quia ex cuiuſque opinione pendet, non ex re ipſa
quanti id ſit, quod quale quantumque futurum eſt non-
dum apparet. *l. vbi autem 75. D. de verb. obligat.* Atqui,
inquies, ſi ea locatio facta eſſet publica auctione, multò
amplior merces & ſupra dimidiam redigi potuiſſet, adeó-
que fortaſſis ea lege vt conductor caſus fortuitos omnes
in ſe reciperet, nec vlla ex cauſſa mercedis remiſſionem
9 poſtulare poſſet. Ita eſto, nego conſequens † eſſe vt iu-
ſtum certúmque pretium illud videri debeat: Quis enim
negabit fieri poſſe vt qui ea lege conduxerit, damnum
ex conductione ſentiat, ſi fortè aut nulli fructus aut tam
exigui prouenerint, vt ex eorum pretio redigi conuenta
merces non poſſit? At ex contrario potuit conductor
lucrari, cedo, ſed mihi ad victoriam ſatis eſt quod potu-
erit etiam damno adfici, vt inferam non poſſe locatio-
nis tam certam iuſtámque eſſe mercedem, vt locator cer-
tam læſionem poſſit obtendere propter quam æquum
ſit ei ſubueniri. Non enim quid locator communi euen-
tus incerti æſtimatione redigere locando potuerit in-
ſpiciendum eſt, ſed quid & quantum ex fructibus per-
cipere ſi fundum non locaſſet, hoc ipſum autem omni-
no incertum eſt: nec deſunt plerique diligentes patres
familias qui certam mercedem nullo remiſſionis facien-
dæ periculo obnoxiam longè præferant incerto lucro,
quod ex fructuum perceptione multò vberius ſperare
10 potuiſſent. In eóque manifeſtè differt † venditio rei
immobilis à locatione. Res enim immobilis quæ vendi-
tur ſicut certa præſénſque eſt, ita certam & præſentem
habet æſtimationem, ex cuius comparatione iam inde ab
eo ipſo die quo contractum eſt, ſciri poſſit an venditor
læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, nécne. Fructus autē
ei locatæ quantumcumque ſpe vberrimi & quàm plu-
rimos emptores nacturi, poſſunt reipſa & ex euentu tam
parui eſſe, vt etiamſi minima mercede conducti eſſent,
tamen conductor in damnum incideret, iuſtámque eo-
rum æſtimationem conuenta merces ſuperaret. Quo caſu
quis obſecro diceret iuſtam fuiſſe mercedem quæ eorū
fructuum nomine promiſſa eſſet? Nec eſt contrarium
11 quod dici ſolet, æquitatem † contractuū non ex euen-
tu ſed potiùs ex initio æſtimandam, præſertim cùm quæ-
ſertim cùm quæritur an huic aut illi ſit ſubueniendum
Ex eo namque infero quod volo, non igitur poſſe cer-
tiorem aut iuſtiorem vllam eſſe dubij euentus æſtimatio-
nem quàm quæ ſit ab initio, quanta demum aut quan-
tulacumque illa ſit, inſpecto ſcilicet eo, non ſolùm quot
quantique fructus percipi potuerint ſed etiam quot
quantique potuerint non percipi. Denique hoc caſu ſpes
quodammodo emitur, & periculum, quod vtrimque
imminet ex maiore aut minore percipienda fructuum
quantitate, tanti æſtimatur. Nec nouum eſt vt propter
eam incertitudinem, & quantitatis & valoris fructuum
percipiendorum deterior hac parte ſit conditio locatoris,
cùm ex contrario interdum & melior ſit ob hanc eandem
cauſſam creditoris conditio cui fructus huiuſmodi de-
bentur, vt puta ſi de frumenti vel hordei mutuò dati
acceſſionibus tractetur, Etſi enim fœnebris pecuniæ
vſuras conſtat non deberi niſi ex ſtipulatione *l. Titius*
12 *24. D. de praſcript. verb. l. 3. C. de vſur.* frumenta † tamen
vel hordei mutuò dati acceſſiones etiam ex nudo pacto
præſtandas eſſe placuit *l. frumenti. 12. eod.* nimirum pro-
pter incerti pretij rationem vt ait *dicta lex oleo 23. eadem.*
Fieri namque poteſt vt ea mora plus lucri adferat debi-
tori quàm adferat damni obligatio acceſſionum, licèt
alioqui vix ſit vt non videatur conditionem deteriorem
facere is qui frumenti vel olei acceſſiones promittit,
quas citra promiſſionem non deberet. Ac ſanè ſi verum
eſt quod nos proximo capite probauimus, miſerationis
† potiùs quàm aut iuris, aut æquitatis, aut bonæ fidei 13
ratione ſuccurſum eſſe venditori quem neceſſitas rei fa-
miliaris ſolet plerumque adigere ad venditionem viliſ-
ſimo pretio faciendam, cur dicamus ſimiliter miſeratio-
ne dignum eſſe locatorem qui viliſſima mercede rem
ſuam locauit? Nam vt taceam multò minus damni, &
incommodi eſſe in locatione quàm in venditione, nec
facilè pro re minimi & temporalis, vt ita dicam, præ-
iudicij reſcindendum eſſe bonæ fidei contractum, quis
nō videt quàm diſpar ſit hac in re locatio à venditione?
Quantumcumque enim premattur locator anguſtia rei
familiaris conductores multos inuenire poteſt, at ven-
ditor non niſi perpaucos emptores propter periculum
quod multò maius eſt grauioris damni incurrendi ſi ab
egeno quis fundum comparet quàm ſi conducat: quia
nec merces ſolui ex conductione ſolet niſi quandiu &
quatenus conductori frui licet, pretium autem ex cauſſa
emptionis ſtatim ſoluendum eſt, ſi non ſtatim immineat
periculum euictionis quantumcumque pauper ſit is qui
vendidit, *l. ſi poſt perfectam. C. de euict.* Sanè in locatione
† prædij vrbani paullò obſcurior res eſſe videtur, quo- 14
niam qui ex eo fructus percipitur certior eſt, cùm quo-
tidie percipiatur, vt proinde ex comparatione eius qui
in ipſo contractus die percipitur, facilè iniri poſſit iuſta
mercedis totius anni æſtimatio. Nam & inde alia diffe-
rentia † naſcitur inter locationem prædij vrbani & lo- 15
cationem ruſtici, quòd reconductio prædij ruſtici ex
ſola taciturnitate in annum vnum facta intelligitur, vr-
bani verò non niſi ſingulos dies, *l. item. quæritur, 13.*
§. vltim. D. location. Sed magis eſt vt hac parte nihil † 16
interſit, vtque viliore mercede facta locatio tenere de-
beat dum ne dolus intercedat *dict. l. & ideo, 23. D. loca-
tion. l. ſi ea pactione 14. Cod. de vſur.* propter alias ratio-
nes quas ruſtici prædij locatori nocere diximus: item
quia prædij vrbani fructus ab vſu patrisfamilias ſepara-
tus nullus eſt niſi qui ex locatione percipitur. Itaq; cùm
per locationem cōſtituatur nō pluris videri poteſt quàm
quātus conſtituitur per locationē. Nec quòd prædiū vr-
banū alij pluris locari potuit, ad rem facit. Potuit enim
contrà etiam fieri, vt aut nemini, aut minori mercede
locaretur: Neque magis læditur qui prædium vrbanum
quod alij locare potuit centum aureis, locauit tibi qua-
draginta, quàm qui pecuniam fœnebrem quam credere
potuit ſub vſuris centeſimis, credidit ſub quincuncibus.
Nam ſicuti pecunia, ſic prædium vrbanum res ſterilis
eſt, nec vllos ex ſe fructus parit, ideóque quod ex ea re
percipi poteſt, mero lucro imputandum eſt, non etiam
damno, tametſi plus commodi ex locatione alij facta
redigi potuerit. Inauditum verò eſt vt in lucro maiori-
bus, ſiue per in integrum reſtitutionem, ſiue qua alia
ratione ſuccurratur. Id enim proprium ius eſt minorum,
l. ait prætor 7. §. hodie. D. de minor. Intereſſe namque vi-
detur eius duntaxat qui damnum paſſurus eſt, non eius
qui lucrum facturus eſſet *l. ſi is cui, 71. § 1. D. de furt.* Et
hanc ſententiam probat non malè *dict. l. 14. C. de vſur.*
ſi benè intueare, vt nos docebimus pluribus *Deca. pro-
xim. in error. 6.* Nec ſententiæ noſtræ † aduerſatur quòd 17
venditio & locatio iiſdem regulis conſtant, *dict. l. 2. de
locat.* Nam quod venditori vltra dimidiam iuſti pretij
læſo ſuccurritur, non ſit ex iuris regula, ſed contra iuris
regulam, ex Impp. conſtitutione quæ de venditore
tantùm, non etiam de locatore locuta eſt, vt ſuprà di-
ximus.

ERROR IX.

Si in permutatione læſio immodica ex alterutra parte interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Permutationis & emptionis & venditionis conuenientia.*
2 *In permutatione locum habere quoque beneficium legis 2.C.de reſcin. vend. ſi interpretibus & pragmaticis fides.*
3 *Sententia Cuiacij de quæſtione an in permutatione locum habeat d.l.2.*
4 *Autoris ſententia negans & eius fulcimentum.*
5 *Permutatio eſt ſimilior diuiſioni quàm venditioni.*
6 *Differentia inter venditionem & permutationem,*
7 *Cur permutatio emptionis vicem obtineat non venditionis.*
8 *Alienam eſſe l. 1.§.ſed ſi emerit. 13.D. ſi quid in fraud patron.*

1 HAbet permutatio pleraque ſimilia, † & ad-
finitaté maximam cum emptione & ven-
ditione, quoniam origo emendi venden-
dique ab ipſis permutationibus cœpit, vt
pluribus refert Paulus in *l.1. D. de contr.*
empt. illa ſimilitudo præcipua eſt quòd ſicut emptio &
venditio, ita permutatio bonæ fidei eſt, & vicem em-
ptionis obtinere dicitur *l.2.C.de rer. permut.* inde fit vt
2 neque ex interpretibus, neque ex pragmaticis † quiſ-
quam dubitet, quin nouum illud ius quod ab imperato-
ribus in venditione inductum eſt, in permutatione quo-
que locum habeat, id poſtulante eadem, vt putant &
iuris & æquitatis ratione. Vel ob id magis, quod ſolo
Iacobo Cuiacio excepto, cuius ſententiam nos in ſupe-
rioribus probauimus, idem ius quod in venditore con-
ſtitutum eſt, in emptore quoque conſtitutum volunt.
3 *Cuiacius* verò † ne ſecum pugnantia dicere videatur,
admittit quidem in permutatione locum eſſe conſtitu-
tioni, ſed ex ea parte inquit, qua permutatio venditio-
4 nem, non qua emptionem imitatur. Me, † vt contra
ſentiam, perpetua illa ſibique conſtans ratio ſemper
mouet, quòd neque lex Imperatorum de permutatione
locuta eſt, ſed tantùm de venditione, neque neceſſitas
vlla fuit, propter quam Imperatores permutanti ſubue-
nire deberent aduerſus immodicam læſionem. Nam cùm
permutatio ſit contractus bonæ fidei, neque tamen ex
eorum numero in quibus naturaliter licet contrahenti-
dus ſe decipere in pretio (quia neque pretium in per-
mutatione vllum eſt *l.1.D. de rer. permut.* neque inter
permutantes tractatus ille præcedit, quem in venditio-
nibus præcedere ait *lex voluntate* 8. *Cod. de reſcindend,*
vendit.) Conſequens eſt, vt ſi qua læſio & inæqualitas
interuenerit, ea corrigi poſſit æquitate iudicij bonæ fi-
dei, nec extrinſeco egeat auxilio. Ex regula *l. 3. C.com-*
mun.vtr.ind.l.3.C.quib.ex cauſ.maior.l.iure.6.§.vlt.l.ſi res
12.§.1.D.de iur. dot. Quòd ſi is qui læſus fuit aut prior
impleuerit vt actionem ex placito permutationis habe-
ret *l.ex placito.3.C.de rer permut.* aut agenti aduerſario
conſenſerit, atque ita implementum vtrimque ſubſecu-
tum ſit, eſt ſanè quod ſibi imputet cur communi iuris
beneficio vti noluerit, planéque indignus eſt ſi maior
ſit annis viginti quinque cui ſuccurratur, poſt duplicem
conſenſum à ſe præſtitum, & cùm contraxit, & cùm con-
tractum adimpleuit: Sicut de diuiſione ſcriptum eſt in
l ſi inter 8.C. commun.vtriuſque indic. Eſt enim permuta-
5 tio † ſimillima diuiſioni potiùs quàm venditioni. Vtra-
que enim emptionis vicem obtinere dicitur, *l.1.C eo.d.l.*
2.C. de rer. permut. Quod de venditione ſimiliter niſi
ridiculè dici non poſſet. Ex placito permutationis nul-
la re ſecuta, niſi ſtipulatio interpoſita ſit, nulla naſcitur
actio *d.l. ex placito*, quemadmodum neque ex placito
diuiſionis, *l. diuiſionis placitum*, 45. *C.de pact.* Vtraque
tamen actio bonæ fidei eſt *d.l.3. C.commun.vtr.indic.d.l.*
2. C. de rer.permut. Denique vterque contractus per-
ficitur traditione hinc inde facta *d.l.ſi inter.l.4.5.7.& 8.*
C.de rer. permut. nec vlla inter diuiſionem & permuta-
tionem diſſimilitudinis ratio hac parte reddi poteſt, cùm
tamen inter venditionem † & permutationem ſint per- 6
multæ. Et illa imprimis, quam diximus, quòd non ſicut
in venditione ita & in permutatione licèt naturaliter
contrahentibus ſe decipere. Item quòd non ſicut ple-
rumque venditor neceſſitate rei familiaris premitur vt
ré ſuã quæ multò maioris pretij ſit, viliſſimo diſtrahere
cogatur, ita & qui rem ſuam permutat. Non tam enim
id agit, qui permutat vt alienet, quàm vt acquirat, Id cò-
que minus dignus eſt, cui miſerationis & vt Imperato-
rum verbo vtar, humanitatis intuitu ei ſuccurratur ex
cauſſa ſolius immodicæ læſionis, ſicuti diximus cum
Cuiacio non eſſe ſuccurrendum emptori quantocun-
que pretio emerit, quia ſponte & vltrò ſiue prudens &
ſciens, ſiue inſaniens accedit ad emptionem. Et hinc
quoque pendet tertia & præcipua ratio propter quam
vel Cuiacium ipſum poſſim cogere vt fateatur non idem
iuris in permutatione quod in venditione conſtituen-
dum eſſe, nimirum quia permutatio non venditionis ſed
emptionis, vt diximus, vicem & inſtar obtinet, & qui-
dem ex parte vtriuſque permutantis, licèt emptio ſine
venditione nulla eſſe nec intellectu quidem percipi
poſſit. Alioqui cùm in permutatione vtrimque omnia
ſint æqualia, dici non poſſet ex vtrius potiùs perſona
emptionis vicem gerere videretur, Cur verò emptio-
nis, † non venditionis? Quia, vt dixi, vtriuſque permu- 7
tantis animus ille eſt vt ſibi acquirat, non vt alienet.
Quod enim vterque alienat, fit per conſequentiam, quia
fieri aliter nõ poſſet, vt alter alterius rem haberet, quippe
quam nolit dominus alienare, niſi ea mente vt in eius
locum aliam ſibi comparet. Cùm enim is qui ab alio
acquirit nihil habet quo viciſſim alius indigeat, pecunia
non res pro re datur, cùmque ẽptio & venditio contra-
hitur, non permutatio *d.l.1. D.de contr. emp.l. naturalis*
5.§.1.D. de praeſcr.ver. Quod ſi verum eſt, vt eſt, per-
mutationem emptionis vicem obtinere, non ergo ob-
tinet vicem venditionis. Etſi enim veteres emptionis
venditioniſque appellationibus promiſcuè vtebantur.
l. veteres 19. D. de act. empt. conſtat tamen aliam eſſe,
venditionem, aliam emptionem; alium venditorem
alium emptorem, aliam denique venditi, aliam empti
actionem *l.ex empto 11.& paſſ. D.eod.* nec proinde fieri
poſſe: vt vnus idémque contractus emptionis & ven-
ditionis iure cenſeatur. Atqui fatetur *Cuiacius*, &
veriſſimum eſt emptori qui vltra dimidiam iuſti pretij
læſus eſt, non ſuccurri beneficio *l.2. C. de reſcind. vend.*
Ergo neque permutanti ſuccurretur, vel ob id maximè
quòd ei aliunde ſatis ſuperque conſulitur ſola æquitate
ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt ſi priuſquàm contra-
ctum impleat, iure ſuo vti velit, & officium iudicis im-
plorare, vt quod inæqualiter factũ fuit in melius refor-
metur. Et ridicula eſt illa diſtinctio vt etiã poſt implemẽ-
tũ ſuccurratur permutanti, non tanquã emptori, ſed tan-
quam venditori, cùm emptoris tantũ non etiam vendito-
ris partibus fungatur. Neq; obſtat † quòd in *l.1.§.ſed ſi* 8
emerit.13.D ſi quid in fraud.patro. eadẽ ratio conſtitui-
tur venditionis, permutationis & locationis, in illo etiam
caſu de quo diſputamus, id eſt cũ in contractu læſio in-
teruenit. Ad aliũ enim caſũ locus ille pertinet, ad illum
ſcilicet quo contractus à liberto inuitus fit in fraudẽ pa-
troni. Parũ nãq; refert quomodo fraus patrono facta fue-
rit, an locando, aut emendo, aut vendendo, an permutan-
do, aut quo alio contractus genere. Siquidẽ quicquid in
patroni

patroni fraudemq́ geſt fuit, totū id per Fauianam actionem reuocari æquum eſt. Nos verò cum caſum tractamus quo quis non alij, ſed ſibi ipſi fraudem fecerit, in eóque contractuum iura prout cuiuſque natura fert diſtinguimus & ſeparamus.

ERROR X.

Si aduerſus tranſactionem ex cauſſa læſionis immodicæ reſtitutio petatur.

SVMMARIA.

1 *Beneficium l. 2. C. de reſcind. vendit. ineptè produci ad contractus ſtricti iuris.*
2 *Præſertim ad tranſactionem.*
3 *Iure Pandectarum non potuit tranſactio reſcindi prætextu quantæuis læſionis.*
4 *Bona fide factas tranſactiones quas dicamus.*
5 *Ex natura rei de qua fit tranſactio, confici læſionem non poſſe, ita certæ eſſe æſtimationis, vt propterea poſſit tranſactio reſcindi.*
6 *Bartoli inepta traditio & eius confutatio.*
7 *Pragmaticorum ridicula ſententia de concipienda facti quæſtione quum reſciſſio tranſactionis petitur: & eius refutatio.*
8 *Non minor eſt auctoritas tranſactionis, quàm rerum iudicatarum.*
9 *Pœna eorum qui aduerſus iuratam tranſactionem veniunt.*
10 *Conſtitutiones nouæ apud Gallos & Sabaudos de non reſcindendis tranſactionibus prætextu immodicæ læſionis.*

Tolerabilior eſſet interpretum & pragmaticorum error, ſi quod nouo iure ab Imperatoribus conſtitutum eſt fauore venditoris læſi vltra dimidiam iuſti pretij, producerent ad cæteros duntaxat contractus venditioni ſimi-
1 les, id eſt qui bonæ fidei ſunt. Sed quod † creſcente paulatim audacia idem iuris indictum volunt, in contractibus quoque ſtricti iuris ferri meo iudicio nullo modo poteſt. Et illud multo minus, quod rationis loco addunt, contractus omnes hodie bonæ fidei cenſendos eſſe, quod quàm falsò & ridiculè ab iis dicatur, proxima decade oſtendemus. Ille nunc error nobis refellendus eſt qui mihi omnium maximus videtur, quòd etiam
2 tranſactionem † ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi poſſe arbitrantur. Quo quid dici poteſt, non dicam abſurdius, ſed toti etiam reipublicæ pernicioſius? Nam ſi reipublicæ intereſt; lites quæ in dies ferè ſingulos innumeræ emergunt, aut iudicato, aut tranſactione finiri, finitas autem bona fide, id eſt, non vi, non dolo, numquam reſtaurari, quemadmodum tot iuris locis ſcriptum eſt, quis erit obſecro litium finis, ſi ex cauſſa immodicæ læſionis tranſactiones reſcindi concedatur? Et
3 verò ſi Pandectarum † ius inſpicias, conſtat non potuiſſe tranſactionem reſcindi prætextu læſionis, nec ſi ad quadruplum vſque læſio interueniſſet, *l. Lucius* 78. §. *vltim. D. ad S.C. Trebell.* Si verò Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quæ de venditore tantùm loquitur, quid in ea eſt ex quo poſſit coniectura capi, quod idem conſtitutum voluerint in tranſactione? Tranſactiones enim licèt bona fide factas eſſe oporteat vt omnimodo defendantur, nec in integrum reſtitutionis periculo ſubiaceant ex capite edicti, *De dolo* aut *De eo quod met. cauſ.* tamen bonæ fidei contractus non eſſe nemo neſcit. Bona autem † fide factas tranſactiones
4 eas interpretamur, quæ neque vim neque dolum habuerunt, tametſi ex iis læſio aliqua emerſerit. Nihil enim commune habet læſio cum mala fide, præſertim cùm de tranſactione tractatur, quia nihil prohibet quominùs prudenter & vtiliter feciſſe exiſtimandus ſit, qui litem execratus ex qua non minùs compendij quàm moleſtiæ ſperare poterat, de toto negotio minima pecunia accepta tranſegerit. Nam & iuſta tranſactionis cauſſa illa eſſe creditur ſi à lite diſcedatur, imò & à litis metu, ſi forte nulladum lis mota erat, ſed moueri tamen timebatur *l. 2. Cod. de tranſact.* dummodò non dicis cauſſa & per calumniam ea lis inſtitueretur *l. ſumma* 65. §. 1. *De condict. indeb.* Itaque generaliter conſtitutum eſt cauſſas & lites tranſactione finitas reſcripto imperiali reſuſcitari non oportere *l. cauſſas.* 16. *C. de tranſaction.* Quantominùs igitur permittendum erit vt reſuſcitentur ſolo iudicis officio implorato? Aut quomodo fieri poterit, vt in iudicio ſtricti iuris officium iudicis implore-
tur? Et ſanè cùm tranſactionum † omnium ea natura & conditio ſit vt de re dubia ac incerta fieri debeant. *l.* 1. *D. eodem.* læſionem verò certam eſſe oporteat, & quidem contractus tempore præcisè inſpecto, vt nouæ conſtitutioni locus eſſe poſſit *d. l.* 2. *l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcin. vendit.* dici nullo modo poteſt qua ratione aut quibus medijs reſcindi tranſactio poſſit ob ſolam immodicam læſionem. Fieri enim nequit vt res incerta certam habeat æſtimationem, *l. vbi autem* 75. *D. de verb. oblig.* aut vt qui incertum ius remiſit aliquo accepto, quod poterat non habere ſi iudicij caſum & euentum expectaſſet, læſus videatur, *l. de fideicommiſſo.* 11. *C. de tranſact.* Quæ res materiam præbuit † Bartolo ſomniandi neſcio quid de immodica læſione quæ excedat dimidiam iuſti pretij, inſpecto, inquit, etiam dubio euentu litis, vt difficiliùs tranſactionis quàm cæterorū contractuum reſciſſio inducatur. Sed mihi videtur *Baldus* dixiſſe, quod oportuit, qui ſtolidam hanc *Bartoli* ſubtilitatem truffam appellauit. Quis enim dubium illum litis euentum æſtimare vnquam poſſit? Aut quis æſtimabit niſi qui ſciet quis iudicij euentus futurus erat ſi tranſactum non fuiſſet? Quis verò hoc ipſum ſciet, niſi qui de tota lite iam inſtructa tutò iudicare poſſit? Denique ad dubium hunc litis euentum æſtimandum neceſſe eſt de litis euentu tractari, in eámque rem refricari quæſtionem ipſam ſuper qua tranſactum fuit, perinde acſi tranſactum nihil eſſet. Atque ita priùs etiam quàm tranſactio reſciſſa ſit is ſtatus litis conſtituitur qui eſſet iam obtenta reſciſſione. Fateor dubium euentum poſſe æſtimari propter ſpem *l.* 23. *D. famil. erciſcund.* vt & iactum retis *l. ſi iactum.* 12. *D. de act. empt.* aut cùm certo pretio venditur hereditas, ſi qua ſit, vt in *l. nam hoc modo* 11. *D. de hered. vel act. vendit.* Sed nego dubij euentus poſſe certam eſſe æſtimationem, nec aliam certiorem quàm quæ primùm pro æſtimantis arbitrio conſtituta ſit, nec proinde certam poſſe dici læſionem quæ ex huiuſmodi euentus dubij æſtimatione inducatur. Et tamen fatentur omnes certam læſionem eſſe debere, & quidem inſpecto præcisè tempore contractus vt prout ad contractum quiſquis ille ſit, reſcindendum. Sed in eo maximè ſuaues ſunt pragmatici, quod putant † eum qui tranſactionem ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindere velit, nihil egiſſe videri ſi in proponenda facti quæſtione allegauerit duntaxat ſe læſum fuiſſe vltra dimidiam iuſti pretij, niſi adiecerit etiam verba illa *etiam inſpecto dubio litis euentu* quòd ea ſola læſio iuſta, & ſufficiens videri poſſit cùm agitur de contractu tranſactionis reſcindendo, nec tamen negant fieri non poſſe vt ea læſio per teſtes probetur cùm ſit iuris magis quàm facti, niſi Papinianum, Vlpianum, cæteróſque Iureconſultos ad teſtimonium ea de re dicendum aduoces, itaque relinquunt eam arbitrio iudicis æſtimandam, vt ex dictis teſtium qui de ſimplici læſione vltra dimidiam teſtificati fuerint colligat an tanta ſit læſio vt inſpecto etiam dubio litis

euentu vltra dimidiam videri poſſit. Quo ſenſu quid obſecro dici poteſt huiuſmodi læſione incertius? Aut quis vnquam audiuit facti probationem ex iure petendam eſſe, aut arbitrio iudicis committendam? Ex facto ſiquidem ius oritur, non factum ex iure: & quamuis in æſtimanda probationum fide & autoritate, maximum iudicis arbitrium verſetur, fieri tamen non poteſt vt ipſa probationum examinandarum ſubſtantia, id eſt ipſa facti veritas ex arbitrii iudicio pendeat. Alioquin non ſolùm ſuperuacuæ eſſent teſtationes, ſed ipſa quoque tota facti quæſtio, nec de facto, ſed de iure tantùm apud iudicem quæri oporteret: quod tamen nemo vnquam dixit. Denique admiſſo Bartoli ſomnio, fieri non poteſt vt litium finis vllus per tranſactionem conſtituatur. Nam ſi vel ſuper ipſa lite mota de reſcindenda tranſactione ob immodicam læſionem centies tranſactum eſſe proponas, eadem ſemper calumniandi cauſſa ſupereſt ei qui ſæpius litigare volet vt dicat læſum ſe fuiſſe vltra dimidiam inſpecto etiam dubio litis euentu, quouſque ſaltem dimidium eius rei quam aut ſuam aut ſibi debitam eſſe contendebat, pleniſſimè, id eſt, cum fructibus & expenſis fuerit conſecutus. Atque ita fiet vt inter dubium, & certum, ſi quis tamen certus vnquam eſſe poteſt, litis euentum nihil planè interſit: & tranſactio ad inſtar cæterorum contractuum redigatur, quos ex immodica læſione reſcindi poſſe placuit nulla dubij illius euentus habita ratione. Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit ex eo apparet quòd etiamſi error calculi ſemper exceptus intelligatur, etiam in tranſactione, ſi tamen ſuper ipſo calculi errore tranſactum ſit, tranſactio omnimodo tenet, nec noui erroris prætextu reſcindi poteſt, quamuis error ille, quia facti eſt non iuris, ſit inculpatiſſimus *l. vnic. C. de error. calcul.* quo loco, vt & aliis innumeris comparatur autoritas tranſactionis cum autoritate rei iudicatæ, vt
8 intelligamus non minorem autoritatem † eſſe tranſactionum quàm rerum iudicatarum, quod his ipſis verbis expreſſum eſt in *l. non minorem* 10. *Cod. de tranſact.* Imò maiorem eſſe tranſactionum ſcripſit Harmenopulus *lib.* 1. *tit.* 10. Atqui conſtat ſententiam reſcindi non poſſe prætextu quantæcunque læſionis. *l. vlt. toto tit. C. ſentent. reſc. non poſſe.* Ergo neque permittendum eſt vt tranſactio inter maiores facta hoc prætextu reſcindatur. Et verò infamiæ & periurij pœna † nominatim in eos conſtituta eſt, qui veniunt aduerſus iuratam 6
tranſactionem ſiue interpellando iudicem, ſiue ſupplicando Principi, ſiue non implendo promiſſa *l. ſi quis ma. 41. eod.* Quæ lex etſi durior pleriſque videtur quàm vt in praxi admittenda ſit, quod ad pœnas irrogandas, oſtendit tamen ſatis quanta vis & autoritas eſſe debeat tranſactionis, præſertim iuratæ, & in qua ineunda neque vis, neq; dolus interceſſerit. Ob id [illegible] inuitis pragmaticis factum eſt conſtitutione regia † apud Gallos, 10
apud nos autem edicto Diui Emanuelis Philiberti Principis noſtri, vt prætextu immodicæ adeóque enormiſſimæ læſionis, dummodò neque vis, neque dolus adſit, tranſactiones reſcindi prohibeantur: cùm vſu longo compertum eſſet non alia ferè de cauſſa tot litibus & iurgiis redundare tribunalia, quàm quòd prætextu huiuſmodi immodicæ læſionis permiſſa in integrum aduerſus tranſactiones reſtitutione nullus litium finis reperiretur. Sed quamquam nemo eſt qui edictum illud ſanctiſſimum non laudet, vetus tamen ille & interpretum & pragmaticorum error non modò inuita iuriſprudentia: ſed inuito etiam Principe extorſit, vt non aliter tanta ſit † autoritas tranſactionum, quàm ſi actis publi- 11
cis inſinuatæ ſint, inſinuari autem ante trigeſimum diem elapſum ex quo factæ ſunt, non poſſint. Ita fit vt ante diem illum trigeſimum non quidem pœnitentiæ locus ſit, quomodo rudiores pleriſque exiſtimant, ſed tamen ſaluum ſit ius petendæ reſtitutionis contra tranſactionem ex capite enormis læſionis, id eſt, quæ excedat dimidiam iuſti pretij inſpecto etiam dubio litis euentu. Ideóque nec mirum eſt ſi Sabaudia noſtra tot & tantis, quot quantiſque vix alia gens vlla litibus diuexetur. Scio moueri Bartolum & quotquot Bartoli ſententiam ſequuntur duobus præcipuè iuris locis ex *l. ſi quis cum aliter* 36. *D. de verb. oblig.* & *l. ſi ſuperſtite* 5. *Codice de dolo.* Sed quàm parum ij loci ad rem faciant probauimus in *error.* 4. *Decadis prima* tam apertè, vt hîc repetere operæ pretium non eſſe arbitremur.

ANTONII FABRI IC.

Decas Nona.

ERROR PRIMVS.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur.

SVMMARIA.

1 *Perperam ſtatuere pragmaticos omnes contractus eſſe bonæ fidei, ex eo, quod bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſt.*

2 *Quid denotetur, cùm dicitur bonam fidem in contractibus omnibus conſiderari debere.*

3 *Dolus aliter vindicatur in iudiciis bonæ fidei, aliter in ſtrictis.*

4 *In bonæ fidei iudiciis condemnatio fit ex æquitate & bona fide: in ſtrictis verò iudex formulæ preciſè addictus eſt.*

5 *Ex contractibus bonæ fidei præſtationes fiunt multò ampliores quàm ex ſtrictis.*

6 *Inſcitia Ioannis Imberti omnes contractus bonæ fidei eſſe apud Chriſtianos aſſerentis.*

7 *Non rectè incuſari Paulum & Vlpianum quòd ſcripſerint in emptione & venditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis.*

8 *Veteres prudentes & iuris autores in iis quæ ad mores pertinent fuere cum Chriſtiana religione prorſus conſentientes.*

9 *Aurea Papiniani ſententia.*

10 *Conſtitutionem l. 2. C. de reſcind. vend. ineptè proferri ad omnes contractus.*

Bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſt, inquit *l. bonam fidem 4. Cod. de obligat. & action.* Sed vereor ne non ſatis bona fide faciant pragmatici † qui ex eo colligunt contractus omnes eſſe bonæ fidei, aut ex re- 1
centioribus & politioribus nonnulli, qui ex eadem lege

ge inferunt non ita magni momenti habendam eſſe dif-
ferentiam contractuum bonæ fidei, & ſtricti iuris. Nihil
enim eſt in iure noſtro frequentius & ſcitu dignius vel
vtilius quàm obſeruatio differentiarum quæ ſunt inter
1 contractus ſtricti iuris, & eos quos bonæ fidei appella-
mus. Quas qui neſcit, cum neceſſe eſt in omni iuris
parte deſipere, aut prudentibus ipſis qui eas tam mul-
tas tamque accuratè explicant, prudentiorem eſſe. Ergo
2 cùm dicimus bonam fidem in contractibus † omnibus
conſiderari debere, non illud ſignificamus, quod pra-
gmatici volunt, contractus omnes eſſe bonæ fidei, aut
pro bonæ fidei contractibus habendos, ſed contractibus
omnibus commune illud eſſe, vt ex bona fide omnia,
nihil ex mala inter contrahentes agi oporteat. Malam
enim fidem quæ potiſſimùm ex vi & dolo inducitur le-
ges omnes execrantur, nec vnquam patiuntur ratum
eſſe quod per vim dolúmve extortum eſt, ſiue bonæ fi-
dei, ſiue ſtricti iuris contractus proponatur. Hactenus
nimirum vt tam in his quàm in illis contractibus vin-
3 dicetur dolus. Sed tamen aliter † in bonæ fidei iudiciis,
aliter in ſtrictis. Nam in bonæ fidei iudiciis vindicatur
dolus ipſius iudicij æquitate, neque doli exceptio ne-
ceſſaria eſt. Id enim eſt quod dici ſolet bonæ fidei iudi-
ciis doli exceptiones ineſſe *l. ſed etſi ideo* 21. *D. ſolut.
matr. l. huiuſmodi* 84. §. *qui ſeruum de legat.* 1. An in
ſtrictis iudiciis, id eſt, quæ ex contractu ſtricti iuris
exercentur neceſſaria eſt doli exceptio, alioqui ex natu-
ra iudicij & ex lege contractus condemnari oporteret
eum, qui tamen ex æquitate & bona fide non eſſet con-
4 demnandus, nempe quia in bonæ fidei † iudiciis con-
dẽnatio fit ex fide bona, & quod æquius & melius vide-
tur, iudex ſequi poteſt ex præſcripto ipſo formula quæ
dat ei laxiſſimas habenas æquitatis & diiudicandæ &
ſequendæ. In ſtrictis verò vſque adeò addicitur iudex
formulæ, vt ab ea ne latum quidem vnguem recedere
poſſit. Itaque ſi appareat Lucium Titium Mæuio ſti-
pulanti ſpopondiſſe, aut à Mæuio centum mutuò acce-
piſſe, nec formula contineat exceptionem pacti aut do-
li, nihil aliud facere iudex poteſt, niſi vt Lucium Titium
condemnet, quamuis videat non deeſſe æquitatem quæ
pro eo faciat ſi pacti vel doli exceptio ſubiecta fuiſſet.
Quod nos pluribus explicauimus *li.* 15. *Coniect. iur.
ciuil. ca.* 1. & attigimus aliis pleriſque locis. Sed & dif-
ferentia magna eſt in præſtationibus, quoniam ex con-
5 tractibus † bonæ fidei præſtationes fiunt multò amplio-
res & vberiores quàm ex ſtrictis; Sic ferente ſcilicet na-
tura contractuum & iudiciorum bonæ fidei, cùm ex cõ-
trario in ſtrictis nec ipſa bona fides aut æquitas patia-
tur vt tam amplæ & vberes præſtationes fiant. Quis
enim ferat pecuniæ ex ſtipulatu debitæ vſuras à die mo-
ræ tam facilè deberi quàm ſi depoſiti aut mandati iudi-
cio peterentur? Aut tam fauorabiliter citra moram & ſti-
pulationem adiudicandas ex mutuo, quàm adiudican-
tur venditori ob non ſolutum pretium ab emptore qui
rei venditæ fructus percepit. Hæc verò omnia cur tam
varie? niſi quia actiones ex cauſſa depoſiti vel mandati,
vel venditi competentes bonæ fidei ſunt, condictiones
verò ex mutuo aut ex ſtipulatu ſunt ſtricti iuris. Cùm
autem omnes hæ differentiæ & aliæ innumeræ huiuſ-
modi adhuc ſint in quotidiano vſu forenſi, ipſis etiam
pragmaticis non reluctantibus, planè non video qua
fronte poſſint illi dicere contractus omnes hodie eſſe
bonæ fidei, nullos ſtricti iuris. Nec ſanè poſſum facere
quin mirer inſcitiam viri alioquin docti, & inter pra-
6 gmaticos Gallos elegantiſſimi Ioannis Imberti, † cui in
enchiridio venit in mentem ſcribere non conuenire vi-
ro Chriſtiano credere alios hodie vllos eſſe contractus
quàm qui bonæ fidei ſint, propterea quòd fraudem do-
lúmque omnem à contractibus noſtris abeſſe oporteat
vt Chriſtiani & nominemur & ſimus. Quaſi verò non
perinde exoſam fraudem habuerant veteres iuris Roma-
ni conditores, quos videmus tot propoſitis edictis &
cautionibus id vnum maximè egiſſe ne quis ex dolo
ſuo lucrum ſentiret, neque ſua fraus cuiquam patroci-
naretur. Non abſimiliter vir quidam magni nominis
Vlpianum † & Paulum incuſabat quòd ſcripſiſſent, ille 7
in *l. in cauſſa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minor.* hic in *l.
item ſi pretio* 22. §. 1. *D. loc.* in emptione & venditione,
itémque in locatione & conductione naturaliter licere
contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut pen-
ſiones: quaſi non idem ſcripturi fuerint ſi Chriſtiani
fuiſſent. Nec animaduertebat vir minimè malus, Iure-
conſultos iis locis non de ea deceptione ſenſiſſe quæ ad-
nexum habeat dolum malum, vt apertiſſimè conſtat ex
l. & ideo 23. *D. locat.* ſed de ſolertia illa, quam in con-
trahendo adhibere ſolent quotquot ſunt venditores,
emptores, locatores, conductores, vt in eo tractatu qui
hos contractus præcedit alter alterius conſenſum eli-
ciat, quanto facere poteſt commodo ſuo & lucro. Idque
tam naturale eſt, id eſt à natura inſitum omnibus vendi-
turis aut empturis, locaturis vel conducturis, ex natura
quoque ipſa huiuſmodi contractuum, vt nec aliter ho-
die fiant venditiones & locationes inter Chriſtianos,
more certè à noſtris moribus non improbato. Nec enim
Chriſtiana religio prudentiam & ſolertiam ex hominum
conſortio tollit, ſed tantum ne quid per fraudem doló-
ve malo fiat prohibet. Fuerunt veteres prudentes † & 8
iuris noſtri autores in iis quæ ad mores pertinent cum
Chriſtiana religione prorſus conſentientes, & eius pro-
bitatis tuendæ, ſine qua ſocietas humana conſeruari ne-
queat, tam ſtudioſi & religioſi vt mirari quis perſæpe
non immeritò poſſit tam impios & planè ethnicos ho-
mines tam piè locutos fuiſſe. Teſtis eſto, ne cæteras con-
geram, aurea † illa Papiniani ſententia quæ extat in *l.* 9
ſi. venditor 6. *in fin. D. de ſeru. export. Viro bono non con-
uenire credere venditoris intereſſe quòd animo ſæuientis ſa-
tisfactum non eſſet.* Item illa quæ in *l. ſeq.* in eundem
ſenſum, licet aliis verbis, *cum beneficio adfici hominem
interſit hominis, enimuerò pœna non irrogata indignatio
ſolam duritiam continet.* Quid enim potuit meliùs ſcri-
bere, aut Chriſtiano homine dignius magnus ille Augu-
ſtinus, qui commune gentium omnium ius eſſe ſcripſit
vt amet amicos, proprium verò Chriſtianorum, vt amẽt
etiam inimicos, ſed hoc obiter & præter morem no-
ſtrum, extra rem. Valeant igitur qui dicunt contractus
omnes ſiue ciuili ſiue Pontificio iure, aut ex Chriſtianis
moribus bonæ fidei cenſendos eſſe, nullos ſtricti iuris.
Item qui ex eo inferunt † conſtitutionem Impp. Dioc- 10
letiani & Maximiani in *l.* 2. *Codice de reſcin. vendit.* quæ
venditori immodicè læſo ſubuenit, producendam eſſe ad
cæteros omnes contractus qui bonæ fidei ſunt, vt rur-
ſum inferant, produci ergo debere ad eos etiam qui
ſunt ſtricti iuris, adeóque ad tranſactiones, quaſi
& ij quoque contractus qui ſtricti iuris ſunt contra-
ctuum bonæ fidei iure cenſeantur, quomodo Imber-
tus in enchiridio, ineptè proculdubio & inſulsè argu-
mentatur. Totam enim iuriſprudentiam peruerti neceſ-
ſe eſt, aut differentiam quæ olim fuit inter iudicia bonæ
fidei & ſtricti iuris, adhuc ſupereſſe.

ERROR II.

*De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ
fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis
ineſſe creduntur.*

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum & interpretum Iuris putan-
tium exceptionem doli oppoſitam facere iudicium
bonæ fidei quod antea fuerat ſtrictum: item replica-
tiones doli bonæ fidei iudiciis ineſſe.*

2 *Vtriuſque*

a *Vtriuſque erroris reiectio & confutatio remiſſinè.*

REfutato pragmaticorum errore illo tã craſ-
ſo, quo defendunt eſſe hodie bonæ fidei con-
tractus omnes, alius nobis refellẽdus nunc
eſt, proximè accedens ad ſuperiorem, ſed
tamen tantò dignior animaduerſione no-
ſtra, quantò ſubtilior eſt, nec pragmaticis tantùm, ſed do-
1 ctiſſimis etiam pleriſque viris acceptior. Putant † enim
exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonæ fi-
dei, quod antea fuerit ſtrictũ ex *l. Seia* 42. *D. de don. cauſ.*
mor. Itémque replicationes doli, quòd exceptiones ſint
bonæ fidei iudiciis ineſſe, ſicut & cæteras doli exceptio-
nes ex *l. aduerſ.* 3. *C. de except.* Quod vtrumque placet
Iacobo Cuiacio lib. 3. *obſeru. cap.* 17. & *lib.* 8. *cap.* 6.
2 Nos contra defendimus † fieri nullo modo poſſe vt ex-
ceptio doli oppoſita faciat iudicium bonæ fidei quod
prius fuit ſtricti iuris, aut vt replicationes doli inſint bo-
næ fidei iudiciis, quomodo inſunt exceptiones Vtrum-
que multis magniſque rationibus, quas non tam latè
& diligenter explicauimus *lib.* 14. *Coniect. cap.* 18. &
19. vt hic repetere nihil ſit neceſſe. Locum indicaſſe
ſufficiat, vnde haurire poſſint iuris ſtudioſi, quibus ope-
ram nauamus, non ſolum quid alij ſentiant, ſed etiam
quid ſentiendum nobis videatur. Eſt enim tractatus hic
ex apicibus iuris, in quo nihil pragmaticos vidiſſe, mi-
nùs ideò mirandum eſt.

ERROR III.

De actione de dolo, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur.

SVMMARIA.

1 *Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt.*
2 *Quoties actio de dolo exerceri poteſt, non ſequitur bonæ fidei iudicio locum eſſe.*
3 *Vulgò malè creditur actionem de dolo competere non poſſe quoties alia actio competere poteſt.*
4 *Vera ſententia l.* 1. *C. de dolo aduerſus Accurſium & Cuiacium defenſa.*
5 *Explicatur l. ſi ſeruus.* 21. *D. de euiction.*
6 *Quomodo accipiendum illud, tum maximè ex empto teneri venditorem, cùm eius dolus interceſſit.*
7 *Quando iudicium bonæ fidei poſſit eſſe pro actione de dolo.*
8 *Quid deceperit Cuiacium & alios in interpretatione l.* 1. *C. de dol.*
9 *Quando actionem de dolo polliceatur prætor, ſi alia actio non ſit.*
10 *In omnibus actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur.*
11 *Cur in ſpecie l.* 1. *C. de dol. detur actio de dolo.*

DE exceptionibus & replicationibus doli
diximus quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe
exiſtimantur. Dicendum nunc aliquid eſt
de actione *de Dolo.* Nam & hæc bonæ fi-
1 dei † iudiciis omnibus ineſſe creditur, & verum eſt: vt
ex eo apparet, quòd illo etiam caſu quo ceſſat actio *De
dolo*, & competit ſubſidiaria in factum temperanda pro-
pter honorem eius contra quem agitur, ſic concipien-
da eſt actio vt bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11.
in fin. D. de dolo. Sed tamen quomodo id accipiendum
2 ſit non omnes intelligunt. Nam ſi quis putet † poſſe
iudicio bonæ fidei locum eſſe quoties actioni de dolo
locus eſſe poſſet, is proculdubio errauerit. Fieri enim
facilè poteſt vt iudicium bonæ fidei nullum ſuperſit, &
tamen ob dolum in bonæ fidei contractu admiſſum de
dolo agi oporteat. Vt puta ſi contractui iam ſatisfactum
ſit ex vtraque parte: & tamen dolus alterutrius contra-
hentium in contrahendo interuenerit. Finge dolo ma-
lo Titij perſuaſum te, non vt ei fundum venderes, ſed vt
viliſſimo pretio venderes, nec tantùm venditionem
ſubſecutam eſſe, ſed etiam traditionem ex parte tua, pre-
tij verò ſolutionem ex parte Titij; non poteſt actio ven-
diti ſufficere, imò nec tibi competere ad reſcindendam
venditionem, ſed neceſſaria in integrum reſtitutio ex
capite De *dolo*, quæ ipſa nihil aliud quàm prætoria de
dolo actio eſt *l. dolus* 10. *C. de reſc. vendit.* Quid ergo?
Quandiu ſuper eſt iudicium bonæ fidei quod exerceri
poſſit, neque actio de dolo, neque vlla in integrum re-
ſtitutio neceſſaria eſt, ſed ſufficit actio ex bonæ fidei cõ-
tractu ad dolum vindicandum, qui ſenſus eſt *l. ſi dolo* 5.
l. ſi volũtate 8. *C. eod.* & eorũ quæ nos ſcripſimus *Decade
ſuperiore in errorem primum.* Extincto verò iudicio quod
fit cum ex vtraque parte contractui ſatisfactum eſt, non
alia ratio ſupereſt doli vindicandi quàm ſi actio de do-
lo proponatur. Alioqui dicendum eſſet nullo caſu cõ-
petituram in integrum reſtitutionem ex capite doli vel
metus aduerſus bonæ fidei contractum, quod tamen
apertiſſimè falſum eſt, & pleriſque legibus quę ſunt ſub
titulis *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo D. & C.* ex diame-
tro contrarium. Rurſus ſi quis dicat quod ab omnibus
dici audio, actionem de dolo † competere non poſſe
quoties actio alia, præſertim quæ bonæ fidei ſit, compe- 3
tere poteſt, is certè meo iudicio malè ſenſerit. Obſtabit
enim per quàm euidenter *lex prima C. de dolo.* in cuius
ſpecie, id eſt, cùm fideiuſſor à creditore pignora emit, &
oblata quantitate ſortis & vſurarum dominiũ cum fru-
ctibus reſtituere recuſauit, nemo dubitat quin mandati
actio quæ bonæ fidei eſt, cõtra ipſum in eam rẽ compe-
tat. *l. ſi mandato* 59. §. 1. *D. mandat.* Et tamen quia fidem
rũpit debitori pro quo ſoluit, & cuius nomine pignora
ſibi reddi, non vendi curare debuerat, poſſe contra eum
agi de dolo, ſcriptum eſt in *d. l.* 1. *Cod. de dolo.* Quam le-
gem † etſi ſcio à *Ioanne Azone*, & *Accurſio*, quos *Iaco-
bus Cuiacius* ſecutus eſt *li.* 3. *obſer. c.* 37. acceptam eſſe de 4
actione mandati quæ propter dolum competat, mihi ta-
men durius id videtur quàm vt poſſit admitti. Nam vt
prætermittam rationem illam quæ ex rubrica ipſa ſumi
poteſt, quia negat *Cuiacius* ſub eo titulo collocari de-
buiſſe, quis obſecro vnquam dixit actionem De dolo pro
actione mandati quæ ob dolum competat? Nam & ſi do-
lus nullus intercedat, mandati plerunque agi poteſt, pro-
priúmque ius eſt depoſitarij vt non niſi ex dolo conue-
niri poſſit. Deinde cùm legis ratio ſic concepta ſit *ne fidei
rupta gratia poſſit de dolo actio exerceri*, ſi verba illa *de do-
lo* intelligas quomodo illi intelligunt *doli nomine*, An
non perinde inſulſa fuerit ratio ac ſi ſcriptum eſſet *ne fi-
dei rupta gratia doli nomine poſſit actio exerceri*? Nã quid
aliud ſignificant verba illa *fidei rupta gratia* niſi hoc
ipſum *doli nomine*, niſi fortè quis putat perfidiam (ſic
enim appellat Vlpianus in *l. furti* 6. §. *vlt. de his qui notãt.
infam.*) poſſe eſſe ſine dolo? Nec ſimile eſt quod *Cuiacius*
adducit ex *l. ſi ſeruus* 21. *de euict.* quaſi eo loco Vlpianus
cùm ſcripſit *de dolo agi poterit ſi dolus interceſſerit*, de
actione ex empto ſenſerit quæ danda ſit ratione doli. Etſi
enim admitterẽ, quod nego poſſe eo ſenſu donari Vlpia-
nũ, tamen conſequens non eſſet eandem interpretationẽ
Imperatoribus conuenire. Nihil enim erat apud Vlpia-
num ex quo poſſet colligi venditorem doli nomine te-
neri debere, itaque nihil in ea interpretatione inſulſi eſt,
aut incommodi, ſi ea verba *de dolo* interpretemur *ob do-
lum.* Sed nego ſic Vlpianum † intelligi poſſe. Nam ſi ſer- 5
uus venditus traditus ſit emptori, & deceſſerit antequam
euinceretur, puto non ſolùm ſtipulationem duplæ non
committi, vt apertè Vlpianus ſcribit, quia nemo eum
euincit, ſed fatum humanæ ſortis, at neque ex empto te-
neri quamuis dolo malo, id eſt, ſciens alienum
vendiderit.

vendiderit. Nihil enim ob eam cauſſam abeſt emptori, cùm etſi ſeruus ille venditoris fuiſſet, perinde deceſſiſſet. Scio non eſſe nouum vt deficiente actione ex ſtipulatu duplæ, agi poſſit ex empto, quia
6 hæc plenior eſt, nec certas vllas habet conditiones *l. non tamen* 24 *l. ſi ei cui* 41. *in princip.* & §. 1. *D. eod.* neque rurſum ignoro † tum maximè cùm dolus venditoris interceſſit, ex empto eum teneri *l. ex empto* 11. *& paſſ. D. de action. empt.* ſecundum id quod iam diximus actionem de dolo bonæ fidei iudiciis ineſſe: ſed dico tum id fieri cùm aut res nondum tradita, aut cùm poſt traditionẽ euicta eſt, aut cũ ex alia cauſſa emptor rem habere videtur, puta quòd litis æſtimationem exſoluerit, aut ex legati cauſſa, alio denique quàm emptionis iure rem habere cœperit, ne etiam cùm res fato ſuo periit poſt traditionem ante euictionem. Nihil enim tum ſupereſt propter quod iudicium ex empto ſupereſſe debere videatur. Sed tamen quia æquum non eſt impunitum manere dolum venditoris, qui ſciens & decipiendi emptoris gratia ſeruum alienum vendidit, nulla ratio eſt cur non de dolo teneatur Et hoc etiam conuenit ei quod
7 modò dicebamus, non ſemper iudicium † bonæ fidei poſſe eſſe pro actione de dolo, ſed tum duntaxat cùm aliquid ſupereſt præſtandum ex contractu, propter quod iudicium bonæ fidei exerceri adhuc poſſit. Vnum eſt
8 quod & veteres, & recentiores interpretes † omnes fefellit, vt in *d. l.* 1. *C. de dolo* non putauerint dari poſſe actionem de dolo, id nimirum quod in *l. ſeq. ſcriptum eſt, De dolo* actionem ita demum permitti cauſa cognita, ſi alia actio non ſit. Nam cùm in propoſita ſpecie dubitari non poſſit quin mandati actio competat, vt Paulus ſcripſit in *d. l. ſi mandatu* 59. § 1. *D. mandat.* conſequens omnino videtur actionem de dolo concedi nullo modo debere. Sed inueſtigare & animaduertere debuerunt qua
9 ratione factum ſit à prætore, vt hanc † de dolo actionem ita polliceatur ſi alia actio non ſit, rationem Vlpianus docet in *l. 1. §. ait prætor D. eod. quoniam*, inquit, *famoſa actio non temere debuit à prætore decerni ſi ſit ciuilis vel honoraria, qua actor poſſit experiri.* Ergo ſi alia quàm quæ de dolo actio competit æquè ſit famoſa, nihil cauſſæ eſt cur non æquè facilè prætor actionem de dolo concedere debeat, cùm non magis eius qui conuenitur, quàm actoris interſit hoc caſu vtra actio proponatur. Atqui actio mandati directa quæ debitori competit aduerſus fideiuſſorem, perinde atque actio ipſa de dolo infamiam irrogat condemnato *l. 1. l. furti* 7. §. *mandati. D. de his qui notant. infam.* quoniam in directa actione mandati, & aliis huiuſmodi bonæ fidei actionibus directis agitur de fide rupta *l. ei apud quem* 5. *in princip. D. depoſit. l. ad comparandas* 16. *Cod. mandat.* id eſt, vt idem Vlpianus loquitur in *d. l. ſi furti §. vltim. de perfidia.* quæ nihil niſi inſignis dolus eſt. Non quidem in omnibus vt *Cuiacius* ſentire videtur, ſed in iis tantùm actionibus quas Prætor expreſſit verbis edicti. *De his qui notant. infam.* id eſt Pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti *l. 1. D. eod. ill tit.* Quamquam enim etiam is qui vendidit, nec rem tradit, fidem rumpere dicitur in *l. non videbitur* 35. *D. ſtatulib.* dici tamen non poteſt contra eum agi de fide rupta, ex empto, nec ſimiliter ex vendito contra emptorem qui in ſoluendo pretio rei venditæ & traditæ moram facit. Ob idque nec in his actionibus empti & venditi iuratur in litem, vt probauimus *lib.* 6. *Coniect.*
10 *iur. ciuil. cap.* 17. cum tamen in actionibus † omnibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuretur, quemadmodum non obſcurè Vlp. tractat in *d. l. ei apud quem.* Directas enim hic intelligimus ad differentiam contrariarum, in quibus nec de fide rupta agitur, nec conſequenter de irroganda infamia, ſed tantùm de calculo, vt ait *d. l. furti §. vltim. & l. Sabinus* 29. *D. de dolo.* Etſi non ex directis omnibus irrogatur infamia, licèt in omnibus agatur de fide rupta & ideò iuretur etiam in litem, vt puta in directa commodati, & pignoratitia, & aliis ſi quæ ſunt ſimiles, quatuor enim illæ, quas prætor expreſſit, habent neſcio quid eminentioris perfidiæ ex parte eius qui fidem rumpit. Actiones autem venditi & empti ſunt æquè directæ, neutra contraria:
igitur vt ad mandati † actionem de qua agimus, redeamus, cùm ſit illa ex eorum numero quæ infamant, non poteſt dici cur debeat impedire actionem de dolo aduerſus eum qui non modò doloſè, ſed etiam perfidè egit. 11
Tantóque minus habet fideiuſſor quod conqueratur in ſpecie *d. l. 1. C. de dolo*, quòd lex non potuit dare rectam rationem de dolo contra fideiuſſorem, ſed tum demum cùm interpellatus vt accepta ſorte cum vſuris fundum cum fructibus redderet, recuſauit. Quo caſu ſanè apertior & odioſior dolus eſt, omnimodo per actionem famoſam, quæcumque tandem illa ſit, vendicandus, quia fideiuſſor in omni contractu qui ex cauſſa fideiuſſionis pendeat, bonam fidem præſtare debet *d. l. ſi mandatu* 59. §. 1. *mandat.* Non enim extranei emptoris loco ſubſtitutus videtur, ſed eius qui pignora accepit, vt ſcriptum eſt in *l. Paulus reſpondit* 59. *D. de fideiuſſ.* De quo tamen ſequenti capite paullò latiùs nobis diſſerendum eſt. Conſequenter nõ fuit cur Triboniano ſuccenſere Cuiacius debuerit, quòd ea lex prima poſita ſit ſub titulo De dolo, quaſi debuerit potius collocari ſub titulo mandati, ad quam ſanè nihil pertinet cùm debitor aduerſus fideiuſſorem mauult agere De dolo quàm mandati.

ERROR IV.

De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore.

SVMMARIA.

1 *Species l. 1. C. de dol.*
2 *Ratio d. l.*
3 *Conciliatio d. l. 1. Cod. de dol. & l. ſi mandatu.* 59. §. 1. *D. mandat. cum l. cum ſecundus.* 5. §. 1. *D. de diſtract. pign.*
4 *Emendatio d. l. 1. C. de dol.*
5 *In ſpecie d. l. 1. condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudicio mandati, ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percipit reſtituat ſimul cum fundo vicíſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequatur.*
6 *Diſtinctio quam ex Molinæo adhibent pragmatici ſpecie propoſita.*
7 *Ratiocinationis Molinæi & diſtinctionis pragmaticorum refutatio.*

POſtulat vtilitas huius quæſtionis vt à nobis tota res diligentiùs exponatur, præſertim verò quia pertinet ad interpretationem legis primæ *C. de dolo*, de qua proximo capite dicere cœpimus. Verba † legis hæc ſunt, *ſi fideiuſſor à creditore pignora emerit, oblata quantitate ſortis & vſurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, conſultiùs reſtituat, ne fidei ruptæ gratia de dolo poſſit actio exerceri.* Eadem ſpecies eſt quam Paulus tractat in *l. ſi mandatu* 59. §. 1. *D. mandat.* Idémque ius niſi quòd mandati actionem Paulus dat contra fideiuſſorem, Imperatores verò de dolo. Sed ſunt hæc contraria, quoniam in debitoris eiuſdémque actoris electione & arbitrio eſt vtra malit experiri, cùm vtraque ſit eiuſdem poteſtatis, eundémque effectum habeat, etiam quod ad infamiam irrogandam: vt in ſuperioribus diſputauimus. Vtriuſque verò loci ratio † ex eodem Paulo traditur *l. Paulus reſpondit* 59. *De fideiuſſ.* quia fideiuſſor in quem pignora debitoris tranſlata ſunt,

ſunt, ſiue à confideiuſſoribus, ſiue à creditore non emptoris extranei loco ſubſtitutus videri debet, ſed eius qui pignora accepit, ideóq; inquit, rationé haberi oportet, & fructuum & vſurarum, ita ſcilicet vt condemnetur fideiuſſor debitori ad fructus omnes à ſe perceptos reſtituendos, viciſſim verò debitor fideiuſſori ad præſtandas vſuras pecuniæ quam is pro liberandis pignoribus
3 impendit. Nec eſt contrarium † quod Marcianus ſcribit in *l. cum ſecundus 5. §. 1. D. de diſtract. pignor.* fideiuſſorem hoc caſu pignora iure emptionis tenuiſſe videri. Nam cùm re vera emerit, negari non poteſt quin tenuerit iure emptionis, ſed tamen quia emit contra bonam fidem, non alio quàm malæ fidei emptionis iure cenſeri poteſt ſi emptionem obiicere velit debitori. Idcóque lex ne quicquam ab eo mala fide geſtum ſuſpicetur, mauult de eo ſic ſentire quaſi pignora emerit liberandorum duntaxat eorum gratia, non etiam ſui negotij gerendi cauſſa, ac proinde eo animo, vt in creditoris duntaxat, aut confideiuſſorum iura ſuccederet, non vt ſibi quicquã iuris proprij aduerſus debitorem compararet. Alioqui non poſſe huiuſmodi emptionem fieri bona fide, Paulus diſertè docet in *d. l. ſi mandatu. §. 1.* vbi poſteaquã reſpondit fideiuſſorem hunc pignora cum fructibus reſtituere cogendum neque extraneo emptori ſimilem habendum eſſe, rationem ſtatim reddit *cum in omni contractu bonam fidem præſtare debeat.* In omni, ſcilicet contractu qui ex cauſſa fideiuſſionis pendeat, in ea ſiquidem fideiuſſor eſt veluti procurator debitoris, nec proinde ex re debitoris lucrum vllum captare debet occaſione ſuſcepti mandati, ſiue ratione fructuum, ſiue alia in re *l. idémque 10. §. idem Labeo ait. D. mandat.* Atqui contractus hic emptionis quo de agimus, pendet ex cauſſa fideiuſſionis. Potuit enim fideiuſſor vrgeri ad ſolutionem debiti pro debitore, non alio vtique iure quàm quia fideiuſſerat: ſolutione autem facta non ſolùm liberatus fuit debitor, ſed etiam per conſequentias, pignora quæ proinde curare debuerat fideiuſſor ſibi reddi, non vendi, mox contraria mandati actione totum debitum cum vſuris, & legitimis acceſſionibus à debitore repetiturus. Hæc cùm ita ſint, miror non fuiſſe animaduer-
4 ſum mendum † quòd eſt in *d. l. C. de dolo* in illis verbis *cum fructibus quos bona fide percepit,* in quibus manifeſtum eſt deeſſe negationem, legendúmque *quos non bona fide percepit.* quòd & ſequens eiuſdem legis ratio euidentiùs indicat *ne fidei rupta gratia de dolo poſſit actio exerceri,* Quis enim bona fide perceptos fructus dicat qui percepti ſint rupta fide, & quos reſtitui oporteat per actionem de dolo? Nam quòd eos percepit titulo emptionis, facere non poteſt, vt bona fide percepiſſe videatur, cùm ob hoc ipſum quod emit rem debitoris, cuius erat in ea ipſa re procurator, perfidè egerit & malam fidem pro bona præſtiterit. Etſi non inficior poſſe fieri beneficio & iure reſtitutionis in integrum, vt eos quoque fructus qui bona fide percepti ſunt cùm re ipſa reſtitui ſit neceſſe, quia bona fides inducit duntaxat ius acquirendorum fructuum. non etiam retinendorum, vt à nobis diſputatum eſt *lib. 3. Coniectur. iur. ciuil. cap. 17.* Sed nego poſſe id contingere in ea reſtitutione quæ conceditur ex capite edicti De dolo, quia cùm non detur niſi contra eum ipſum qui dolum admiſit, fieri certè non poteſt, vt qui de dolo malo rem nactus eſt, videri debeat poſſeſſor bonæ fidei quod ad fructus. Poſſeſſorem enim bonæ fidei cùm dicimus, non fructuum, ſed ipſius fundi ex quo fructus percipiuntur poſſeſſorem
5 ſignificamus. Vtcunque ſit, apparet in ea ſpecie † quam nos tractamus condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudicio mandati, ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit reſtituat ſimul cum fundo, viciſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequatur. Et tamen non poſſunt pragmatici ſibi perſuadere tam facilè & in-
6 diſtinctè id eſſe recipiendum. Diſtinguunt † enim an debitum à fideiuſſore perſolutum ſimplex fuerit an vſurarium: & quod lex ait fructus eſſe reſtituendos, non aliter admittunt, quàm ſi ſimplex debitum fuerit, non etiam ſi vſurarium. Eiúſque diſtinctionis autorem laudant *Carolum Molineum* virum ſanè magno ingenio, nec ad iuriſprudentiam malè natum, ſi opiniones ſuas ex iuris ratione, non iuris rationem prudentúmque ſententias ex opinione ſua æſtimare didiciſſet. Is in libro illo quem de vſuris conſcripſit, primus quod ſciam, docuit diſtinctionem hanc inter debitum, quod vocat ſimplex & vſurarium, nec dubitat quin fideiuſſor ſuos fructus facere debeat quos percepit ex re pignorata: quaſi id fiat nullo incommodo & damno debitoris, qui æquè fructus illos amiſſurus erat ſi à creditore percepti fuiſſent. Mouetur autem ex eo præcipuè quòd quamuis lex neget habendum eum loco extranei emptoris, fatetur tamen ſuccedere ipſum in ius creditoris. Quod ſi ita eſt, conſequens videtur, vt quemadmodum creditor eos fructus in vicem vſurarum lucrifeciſſet (debitum enim vſurarium intelligit cuius nomine contracta fuerit antichreſis, de quo ſeq. cap. dicemus.) ita & fideiuſſor qui creditori ſoluit & in eius iura ſucceſſit, lucrari eos debeat. Quæ ratiocinatio, † niſi me fallo, ſubdola & in- 7
congrua eſt. Nam quod prudentibus placet fideiuſſorem nunc in locum creditoris potiùs quàm extranei emptoris ſubſtitutum videri, eò tantùm pertinet vt fideiuſſori offerri poſſit, quemadmodum creditori offerri poſſet ſi poſſideret, non item extraneo emptori. Cæterùm non vſque adeo in ius & locum creditoris ſucceſſiſſe credendus eſt, vt fructuum lucrum ſeparare poſſit, quod habuiſſet creditor ſi pignora retinuiſſet. Neque. n. id fieri poſſet ex bona fide, quæ ſcilicet non patitur vt lucretur quicquam fideiuſſor ex re debitoris ob mandatum à ſe ſuſceptum, quippe quod gratuitum fuit, vt eſſe debuit. Itaque non poteſt eſſe bona collectio à creditore fœneratitio ad fideiuſſorem liberaliter amici & procuratoris officium exequentem. Nam ex contrario quantumcunque ſimplex debitum fuerit, id eſt etiamſi ponas expreſſim conueniſſe inter debitorem & creditorem, vt neque vſuras vllas creditor petere, neque fructus pignoris in vicem vſurarum retinere poſſet, tamen conſtat fideiuſſori vſuras deberi eius pecuniæ quã pro debitore ſoluerit creditori, nec alioqui in damno moretur, cum ex tempore ſolutionis pecunia illa ei abſit ex cauſſa mãdati & æquitas iudicij bonæ fidei poſtulet vt vſurarũ rationem ex parte eius cui pecunia debetur, omnimodo haberi oporteat. Sicut igitur in eo melioris conditionis eſt fideiuſſor quàm creditor, in cuius locum fideiuſſor ſucceſſit, ita & deterioris in eo eſſe debet quod fructus nullos ex re debitoris ſibi acquirere poteſt, ne eos quidem quos creditor ſibi fuerat acquiſiturus. Eadem enim fructuum & vſurarum ratio ferè ſemper conſtituitur in omnibus bonæ fidei iudiciis *l. vſura 34. D. de vſur.* præſertim verò in iudicio mandati *d. l. idémque 10. §. idem Labeo l. D. mandat. d. l. Paulus reſpondit. 59. D. de fideiuſſ.* & quemadmodum indemnem fideiuſſorem debitor præſtare cogitur, non ſolùm ratione ſortis, ſed etiam vſurarum licèt debitum ſimplex fuerit, vt & Molineus ipſe fatetur, ita viciſſim fideiuſſor indemnem debeat præſtare debitorem non tantùm pignorum nomine quæ redemit à creditore aut à confideiuſſoribus, ſed etiam ratione fructuum quos ipſe ex pignoribus redemptis perceperit. Quod vtrumque apertiſſimè expreſſum eſt in *d. l. 1. C. de dolo,* aliiſque ſupradictis quæ volunt offerendum eſſe debitum fideiuſſori cum vſuris, & retrò pignora debitori cum fructibus, nulla diſtinctione adhibita ſimpléxne an vſurarium debitum fuerit. Sed & in eo Molineus labitur quòd ſimplex dubitum intelligit cuius nomine anticherſis expreſſim contracta non eſt, nec animaduertit tacitè contractam eam intelligi, tum etiam cùm gratuita pecunia fuit, ſi modo pignora data ſint ex quibus percipi fructus potuerint, nec in contrariũ conuenerit, vt ex iis fructibus ad legitimum vſque modum

vſura

retinere creditor poſſet. Poteſt enim creditor eo caſu fructus retinere non quidem omnes, ſed ad eum ſaltem modum quem legitimæ vſuræ patiuntur, quaſi antichreſi tacitè contracta *l.cum debitor* 8. *D. in quib. cauſ. pig.vel hypot.tacit.contr.* Quod ipſum tamen quia obſcurius eſt, & à pragmaticorum quoque ſenſu alienum, quale & cuiuſmodi ſit paullò fuſiùs ſequenti capite tractandum eſt.

ERROR V.

De antichreſi tacita, & fructibus pignoris in ſortem imputandis.

SVMMARIA.

1 *Cùm debitor gratuita pecunia vtitur, poteſt creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad legitimum vſque modum vſuras retinere.*
2 *Dubium quod occurrit in ſuperiori enuntiato iuris.*
3 *ἀντίχρησις quid, vbi Bartoli ſupinus error.*
4 *L.cum debitor 8.D.in quib. cauſ.pign.vel hypo.emendatio ab Hotomanno allata reiicitur.*
5 *D.l.8.interpretatio Cuiaciana.*
6 *Gratuita pecunia duobus modis dicitur Cuiacio.*
7 *Differentia Cuiaciana inter antichreſin tacitam & expreſſam.*
8 *Differentiæ ratio.*
9 *An valeat antichreſis expreſſa quæ facta eſt in fraudem vſurarum.*
10 *Fructus qui expreſſa antichreſi conſtituta percipiuntur à creditore ex pignore non percipi tanquam vſuras, ſed in vicem & locum vſurarum.*
11 *Sententia l.ſi ea pactione.14.C.de vſuris.*
12 *Antichreſis facit vt neque gratuita, neque vſuraria pecunia dici queat.*
13 *In quibus locationibus mercedis remiſſio indulgeatur, aut non indulgeatur.*
14 *Locatio quæ per antichreſin contracta intelligitur vt ab aliis differat.*
15 *Quò quiſq; eſt prudentior, eò minoris ſpē æſtimare ſolet.*
16 *Corrigitur indiſtincta Cuiacij locutio Antichreſin expreſſam non ſeruare iuſtum modum vſurarum,*
17 *Error pragmaticorum antichreſim tacitam nullam agnoſcentium.*
18 *Locationem prædij ſiue ruſtici ſiue vrbani reſcindi non poſſe ex cauſſa quantumlibet immodicæ læſionis.*

1 CVm debitor † gratuita pecunia vtitur, poteſt
creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad
legitimum vſque modum vſuras retinere,
inquit *lex cùm debitor* 8. *D. in quib. cauſſ.*
pignor. vel hypothec. tacit. contr. In qua tamen illud mi-
2 rum † nec facilis explicationis eſſe videtur, quod ponit
pecuniam gratuitam eſſe, nec eo minùs tamen facultatem
creditori dat fructuum retinendorum vſque ad
finem legitimarum vſurarum. Nam ſi pecunia gratuita
eſt, vſuræ nullæ debentur: nec proinde fructus vlli aut
percipi aut retineri poſſunt in vicem vſurarum, & conſequenter
imputandi videntur in ſortem, vt eam extenuent.
Illud etiam auget dubitationem, quòd cùm inter
3 † debitorem & creditorem conuenit vt pignoris fructus
cedant lucro creditoris loco vſurarum, nec in ſortem
imputetur, ſpeciale id contractus genus eſt, quod prudentes
noſtri Græco vocabulo *ἀντίχρησιν* appellant, de
qua in *l.ſi is qui* 11.*§.ſi antichreſis D. de pignor.* vbi ſuauiter
& facetè Bartolus poſt Accurſium idiomatis Græci
ignoratione antiphonam pro antichreſi legit, & neſcio
quid de duplici decreto commentus, quid antiphona
ſit ex pſalmorm primordiis interpretatur. Conuentionem
igitur interuenire neceſſe eſt vt antichreſis cōtracta
videatur, alioqui nihil diſtaret ſpecies à genere ſi
vbicumque datum pignus eſſet, antichreſis quoque cōtracta
dici poſſet. Itaque propter has rationes putarunt
plerique corruptum eſſe Pauli contextum, & inter cæteros
† *Franciſcus Hotomannus* quo in legibus interpretan- 4
dis & emendandis *non infelicior alter*, auſus eſt adfirmare
in obſeruationum ſuarum libris deeſſe negationē in
primis verbis eaque addita legendum *cum debitor non*
gratuita pecunia vtatur. Iacobus Cuiacius † cuius eru- 5
ditioni difficiliorum iuris locorum interpretationes
pleraſque certiſſimas debemus multò feliciùs ſuo more
& præclariùs obſeruauit *lib. 8. obſeruat. capit.* 17. longè
aliam & elegantiorem eſſe loci illius ſententiam quàm
anteà crederetur, ſumptaque coniectura ex titulo ſub
quo lex collocata eſt, primus animaduertit tractari ea lege
de antichreſi tacita quæ haud dubie inter debitorem
& creditorem contracta intelligitur, quoties pro debito
tale pignus datur ex quo fructus aliquis percipi poſſit,
etiamſi nihil de vſuris præſtandis aut de fructibus in vicem
vſurarum percipiendis conuenit. Nam, vt ille ait,
gratuita † pecunia dicitur non illa ſolùm de qua con- 6
uenit vt gratuita eſſet, ſed illa etiam de qua non conuenit
vt ſit ſub vſuris, licèt debitor quaſi *ἀντίδωρα* obligatus,
pignus tradendo, tacitè conſentiat, vt inuicem vſurarum
creditor fructus percipiat. An igitur nihil intererit
vtrum pignus ſimpliciter detur, an antichreſis contrahatur?
Imò quàm maximè intererit, quoniam, in quit
Cuiacius, antichreſis † tacita ſeruat legitimum modum
vſurarum, expreſſa non ſeruat. Nam ſi fundus mihi in 7
antichreſim datus ſit, licet ex eius fructibus percepero
longè plus quàm ferat legitimus modus vſurarum, nihil
tamen reſtituere debebo: quia ſic conuentum fuit *l.*
ſi ea pactione 14. *C.de vſur.* Sed ſi antichreſis contracta
non eſſet, eatenus tantùm retinere poſſem, quatenus per
legitimas vſuras liceret, reliquum omninodo reſtitui
oporteret. Et diuerſitatis † ratio quam *Cuiacius* non 8
reddit, illa ſatis euidens eſt, quod creditor qui ex debitoris
voluntate & conuentione expreſſa fructus ſibi percipit,
ius habeat quæſitum ſibi ex proprio contractu,
nec aliter fuerit contracturus. Nec enim eſt, quod ei inuideat
debitor ſi pluris ſint fructus quàm vſuræ legitimæ,
quando etſi minus aut nihil ex fructibus proueniſſet,
nihil tamen aliud pro vſuris petere creditor poſſet,
qui tamen alioqui gratuitam pecuniam non erat crediturus.
At cùm nulla conuentio præcedit, ſicut non habet
debitor quod conqueratur, creditore ad legitimum
vſque modum vſurarum fructus pignoris retinente, quia
tacitam ſuam voluntatem in id accommodaſſe creditur,
cùm ſi alio erat animo, proteſtari debuerat nolle ſe ex
pignoris ſui fructibus quicquam ſibi decedere. Ita æqui
bonique conſulere debet creditor, ſi in locum vſurarum
pecuniæ quam gratuitam eſſe volebat, permittatur ſibi
retinere ex fructibus quantum ſatis eſt ad legitimas vſuras
complendas, ſibique imputare debet ſi ampliores
fructus conſequi volebat, cur non meliùs ſibi proſpexerit
per antichreſim expreſſam. Ergóne, inquies valebit
antichreſis † expreſſa quæ facta ſit in fraudem vſura- 9
rum? Nam ſi non ſeruat illa modum legitimum vſurarū,
conſequens videtur, vt in earum etiam fraudem facilè
fiat, in eóq; ſolo à tacita antichreſi diſtet. Hic verò nodus
eſt quem diſſoluere vir doctiſſimus debuit, nec diſſoluit.
Dicendum eſt fructus † qui expreſſa antichreſi conſti- 10
tuta percipiuntur à creditore ex pignore, non percipi tāquam
vſuras, ſed, quod eſt longè diſſimile in vicē & locum
vſurarum. Si perciperentur tanquam vſuræ, nulla
ratione fieri poſſet vt excederent legitimum modum: ne
alioqui facile eſſet huiuſmodi commento fraudem facere
legi & conſtitutionibus, quæ vſuris certum modum
præſtituerunt. Sed quia percipiuntur loco vſurarum,
& tanquam fructus, & quidem incerti, ſiue euentum
ſpectes, ſiue æſtimationem, nihil fit contra leges,
etiamſi longè plus ſit quod ex fructibus redigitur,

quàm ſint legitimæ vſuræ, quia potuit & minus eſſe, & interdum etiam fortaſſe nihil. Eáque & euentus & æſtimationis fructuum incertitudo tollit omnem fraudis ſuſpicionem, ſicut & pleraque alia extorquet inuita etiam, vt ita dixerim, iuris ratione, quale illud eſt inter cætera quod frumenti vel hordei vel olei mutuò dati acceſſiones etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt quæ in pecunia non niſi ex ſtipulatione præſtantur *leg. frumenti* 10. *lege. oleo vigeſima tertia. iunct. lege tertia, Cod.*
11 *de vſur.* Idque nimirum eſt quod ait † *dicta lex ſi ea pactione* 14. *Codice eodem*, hoc caſu quo expreſſa antichreſis contracta eſt domo pignori data, ex cuius locatione potuerit creditor, ſi eam alij locaſſet, multò plus redigere quàm vſurarum iuſtus modus patiatur, nihil tamen debere creditorem reſtituere aut in ſortem imputare, quia non tam illicitum fœnus contractum, quàm vilius facta locatio videatur. Senſus eſt, antichreſim pignus quidem eſſe, ſed non vſurarium, vt vulgò putant, at quòd potiùs in aliud contractus genus tranſeat, locatiori ſimillimum, quaſi in eo fundo qui pignori datus fuit locato creditori, & quidem viliori mercede ad fructus ex eo percipiendos & lucrifaciendos non vſurarum iure, vt diximus, ſed ob id duntaxat quod non aliter fuerit creditor gratuitam pecuniam & ſine vſuris
12 daturus. Antichreſis † facit vt neque gratuita dici poſſit pecunia, neque rurſum vſuraria, ſed medio quodam nomine, non gratuita, quæ tamen fieri poteſt vt nullum commodum adferat creditori ſi fortè fructus omnes grandine percuſſi, aut per laſciuiam prætereuntis exercitus ablati, alióve quo caſu & vi maiore amiſſi propo-
13 nantur. Neque enim locatio † hæc ſimilis eſt cæteris, in quibus ob has cauſſas aliáſve ſimiles remiſſio mercedis iuſtè poſtulatur. Habent enim cæteræ mercedem certam, eámque ex fructuum qui ſperari poſſe videntur, comparatione conſtitutam, vt proinde mirum non ſit ſi pro damno quod fructibus immodicum contingit,
14 remiſſio indulgeatur. Hæc verò quæ per antichreſim † contracta intelligitur, certam mercedem nullam habet, neque fit ex comparatione aut fructuum percipiendorum, aut vſurarum quæ pro pecunia deberi poſſent, ſed illa tantùm ratione quòd creditor tanti æſtimauerit pecunia ſua carere, quanti eſſet illud quod ex incerto fructuum euentu redigi poſſet. Denique ſpes ipſa hoc caſu æſtimatur, quæ tamen nullam ex ſe habet certam æſtimationem, ſed eam demum quam quiſque pro ar-
15 bitrio conſtituerit. Quò autem prudentior † quiſque eſt, eò minoris ſpem æſtimare ſolet, Stultorum enim eſt ſperata pro præſentibus & exploratis habere. Prudentibus verò ſpes plerumque nihil aliud eſt, quàm paullò plus quàm nihil. Quæ quanquam ita ſunt, vi-
16 detur tamen mihi *Iacobus Cuiacius* † nimis generaliter & indiſtinctè locutus, cùm dixit antichreſim expreſſam non ſeruare inſtum modum vſurarum. Nam imò verò fieri poteſt vt ſeruare debeat, ſcilicet ſi fructuum æſtimatio certa ſit & taxata, ſiue taxatio illa mutua debitoris & creditoris conuentione facta fuerit, ſiue per locationem ab eodem creditore alij factam. Cùm enim ſola incertitudinis ratio conuentionem hanc tueatur, ne quicquam in fraudem vſurarum & conſtitutionum excogitatum dici poſſit, planè conſentaneum eſt, vt ſi quo modo creditor certum ſibi redditum ex fructibus comparet, offendat in legem quatenus is redditus legitimas vſuras ſuperabit, Quod tam apertè expreſſum eſt in *d. l. ſi ea pactione.* 14. *Cod. de vſur.* vt nullus dubitationi locus relinquatur. Si enim fundus creditori datus pignori in antichreſim ab eo ſubinde alij locatus ſit, licèt antichreſis expreſſa fuerit, vſque adeò tamen ſeruabit modum vſurarum, vt quod ſuprà eum modum creditor ex ſua locatione exegerit debitoris ſui lucro debeat imputare. Quod ſecus eſſet ſi ille ipſo eo fundo, ita vti conuenerat, per ſe non per alium vſus fuiſſet. Quamquam hoc ipſum ita accipiendum eſſe puto ſi iuſta fuerit merces illa quam creditor ex locatione eſt conſecutus. Nam ſi ex ſtultitia conductoris plus perceperit quàm iuſtæ mercedis ratio ferebat, vix eſt vt debitori prodeſſe debeat quod ex alterius quàm ex debitoris damno & incommodo ad creditorem peruenit. Ex his verò apparet † quàm egregiè pragmatici fal- 17
lantur qui antichreſim tacitam nullam agnoſcentes, exiſtimant cogendum eſſe creditorem, vt fructus omnes quoſquos ex pignore percepit, imputet ſibi in ſortem, licèt non excedat legitimum modum vſurarum: quod apertè pugnat cum *dicta lege, cùm debitor* 8. *in quibus cauſſ. pignus vel hypotheca tacit. contrah.* Poſſunt autem quæ diximus ad id etiam accommodari, quòd nos Decade ſuperiore probauimus, Locationem † prædij ſiue 18
vrbani, ſiue ruſtici reſcindi non poſſe ex cauſa quantumlibet immodicæ læſionis. Nam ſi fructus incerti & futuri certam haberent æſtimationem, diiudicandum non ex eo quòd tanti fundus locatus ſit, ſed ex eo quòd pluris locari alteri potuiſſet, vtique non valeret antichreſis, quatenus fructus vſuras legitimas excederent in ſpecie *d. l. ſi ea pactione*: numquam enim lex fauet pactioni per quam legitimis vſuris fraus fiat. Sed quia rei quæ non extat nulla poteſt certa iniri æſtimatio, nec ſi iam aliquando extitit, multò minùs verò ſi numquam, *alias 9. D. de in lit. iur.* Inde fit vt antichreſis licita ſit etiam in prædio vrbano (cuius fructus qui ex vſu ipſo percipitur certior eſt quàm prædij ruſtici) præterquàm vno illo caſu quo velit creditor eum ſibi certum facere, & ad eum modum redigere quem certum ſit fore ſupra iuſtum modum vſurarum. Eadem igitur ratio facere debet, vt locatio propter ſolam immodicam læſionem reſcindi non debeat, quia læſionem probari oporteret quæ talis tantáque fuiſſet ipſo contractus tempore inſpecto, qualis tamen, vt dixi, nulla probari nec eſſe poteſt: ſatiſque conſultum eſt conductori, quod ſi damnum aliquod improuiſum caſu & vi maiore ex conductione ſenſerit, remiſſionem mercedis impetrare poteſt: creditor verò, vt ita dicam, antichreſticus, non ſimiliter pecuniæ ſuæ vſuras vſque ad modum legitimum petere poteſt, ſi fortè damnum quod in fructibus paſſus eſt tale tantúmque fuerit, vt ex iis quos percepit legitimarum vſurarum modus confici non poſſit.

ERROR VI.

De differentia pignoris & hypotheca in tacita antichreſi conſtituenda.

SVMMARIA.

1. *Nimis generaliter accipi à pragmaticis quod ſcriptum eſt à Iuriſconſulto, inter pignus & hypothecam nihil niſi nominis ſonum differre.*
2. *Verus ſenſus ſuperioris effati.*
3. *Differentia prima inter pignus & hypothecam.*
4. *Secunda, eáque præcipui momenti.*
5. *Conſectarium de diſcrimine inter creditorem pignoratitium & hypothecarium.*
6. *Creditor hypothecarius quid in libello actionis petere debeat.*
7. *Creditor qui eſt in poſſeſſione pignorum per clauſulam conſtituti non tenetur in libello ſupplici petere vt pignora diſtrahantur.*
8. *Perinde transfertur poſſeſſio per conſtitutum atque per traditionem.*
9. *Diſtinctio quorundam pragmaticorum reiecta.*

QVod in *l. 4. §. 1. de pignor.* ſcriptum † eſt inter pi- 1
gnus & hypothecam nihil niſi nominis ſonum differre, non bene à pragmaticis acceptum eſt, qui tã generaliter id intelligunt, vt nõ ſolùm pignoris & hypothecæ

hypothecæ nominibus promiſcuè paſſim abutantur, ſed
etiam pignorum & hypothecarum iura confundant,
acſi nihil prorſus inter iſta diſtaret. Fateor quod ad for-
2 mulam & poteſtatem † actionis hypothecariæ pertinet,
nihil pignus ab hypotheca differre, qui ſupradicti loci
ſenſus eſt, deſumpti, vt inſcriptio legis docet, ex Mar-
ciani libro ſingulari ad formulam hypothecariam, ſed in
cæteris, non modò ſi partitè loqui velis, verùm etiam
ſi vim & effectum rerum conſideres, multum intereſt an
pignus contractum ſit an hypotheca. Taceo differen-
3 tiam † illam quæ à Iureconſulto tradita eſt in *l. ſi rem 9.*
§. propriè. D. de pign. act. quòd pignus propriè eſt rei
mobilis, quam quis in manu & ad manum habere poſ-
ſit, quaſi dictum a pugno. Hypotheca verò rei immobi-
lis. Scio ipſis prudentibus & iuris noſtri autoribus dif-
ferentiam hanc non adeò placuiſſe, vt non ſæpiſſimè
illi ipſi pignus in fundo conſtitui dicant, & fundum
oppigneratum, aut quod idem eſt pignoris vinculo, &
iure obligatum. Etſi enim pignorum originem à rebus
mobilibus cœpiſſe credibile eſt, vtilitas tamen euicit vt
in immobilibus quoque idem ius conſtitui neceſſe fue-
4 rit. Sed illa tamen differentia † manſit, quæ præcipui
momenti, quòd pignus non niſi rei traditione perfici-
tur, hypotheca verò nudo conſenſu. Eſt enim obligatio
pignoris non etiam hypothecæ, ex earum numero, quæ
5 re contrahuntur. Hinc verò fit, † vt plus iuris habeat
creditor pignoratitius, quàm hypothecarius, in pigno-
ris fructibus commodo & lucro ſuo percipiendis. Nam
cùm non tantùm pignoris ius & vinculum habeat in re
ipſa, ſed etiam rei poſſeſſionem traditam ſibi à debito-
re, videtur habere ius quoque percipiendorum fructuum
pignoris ex ipſius debitoris voluntate: ideóque nec mi-
rum eſt ſi quaſi tacita antichreſi contracta poſſit ille ex
fructibus ſibi retinere ad legitimum vſque modum vſu-
rarum. Intercedens enim factum debitoris in pignore
tradendo, coniecturam præbet voluntatis, quòd ſicuti
creditor mutuam & gratuitam pecuniam dando nullas
à debitore ob vſum eius pecuniæ vſuras expoſcit, ita vi-
ciſſim debitor pignus tradens creditori, nec de fructibus
quicquam paciſcens conſentire videtur, vt liber ſit cre-
ditori & impunitus vſus pignoris, ſiue is vſus in fructuũ
perceptione conſiſtat, vt euenit ruſtico prædio oppigno-
rato, ſiue in ſola habitatione, vt in prædiis vrbanis. Ius
enim percipiendorum fructuum ſequi ſolet ius tranſla-
tæ poſſeſſionis, & quiſquis poſſeſſionem rei ſuæ tradit,
hoc ipſo conſentit vt fructus percipiat creditor cui tra-
dit, id eſt, vt creditor vtatur gratuito pignore debitoris,
ſicut debitor vtitur gratuita pecunia creditoris. Et ob
id nimirum nulla lex eſt, quæ creditorem qui ex pigno-
re fructus percepit obliget ad reſtitutionem fructuum,
quaſi nullo iure ex re aliena perceptorum niſi quatenus
excederent ſortem: Nam vſque ad eam ſortis quantita-
tem imputantur in ſortem etiam inuito debitore, & ſor-
tem extenuant, in eo ſcilicet quod excedunt legitimum
modum vſurarum. Quemadmodum enim ſi debitum
vſurarium fuit, fructus pignoris imputantur primùm
in vſuras, deinde in ſortem, ita & cùm pecunia fuit gra-
tuita, prius eſt vt fructus à creditore percepti lucro cre-
8 ditoris cedant ad concurrentem vſque quantitatem le-
gitimarum vſurarum, quàm vt ſorti extenuandæ pro-
ſint: alioqui eueniret vt traditio creditoris commodo
facta quò melius ſibi cautum haberet, ipſius damno &
incommodo cederet ſi fructus omnes ex pignore tradi-
to perceptos in ſortem ſibi imputare cogeretur. Nemo
enim neſcit quàm creditoribus incommoda & diſpen-
dioſa ſit ſolutio illa quæ fit per partes, ſed ea præſertim
quæ fit per fructuum perceptionem, aut, vt melius di-
cam, conſumptionem. Vix namque eſt vt diligentiſſi-
mo quoque patrifamilias non id accidat vti fructuum
conſumptio ſtatim aliqua ſaltem ex parte perceptionem
non ſequatur. Planè pro ea parte fructuum quæ legi-
timas vſuras excedit, non poteſt videri creditor pigno-
ratitius adeò ex voluntate debitoris fructus percipere,
vt eos facere ſuos poſſit, & præcipuos, id eſt citra onus
imputationis: quia ne quidem creditoris pignus acci-
pientis voluntas illa fuiſſe videri poteſt, vt pro pecunia
gratuita plus commodi perciperet ex re debitoris, quàm
ſi ſub vſuris pecuniam credidiſſet: Quo tamen caſu,
non niſi ad licitum vſque modum vſuras ſtipulari &
percipere potuiſſet. Nec eum iuuat ratio quæ fauet cre-
ditori expreſſam antichreſim habenti, vt etiamſi amplio-
res fructus perceperit, quàm quanti ſint legitimæ vſu-
ræ, nihil tamen ſibi imputet in ſolutum, quia potuit ex
contrario euenire vt vel nullos, vel minores perciperet.
Nam expreſſa antichreſi contracta apparet noluiſſe cre-
ditorem pecuniam gratuitam mutuam dare: de vſuris
verò nihil conueniſſe: ſed de fructibus pignoris in ge-
nere & ſub incerto ſibi acquirendis cogitaſſe. Itaque ni-
hil abſurdi aut iniqui emergit ſi plus commodi credi-
tor ſentiat ex fructibus quàm ex vſurarum ſtipulatione
ſenſurus fuiſſet: dummodo illud diſtrictè & accuratè
caueatur, ne quid in legitimarum vſurarum fraudem fa-
ctum videri poſſit: cuius tamen fraudis ſuſpicio nulla
eſt quandiu incertus eſt euentus, id eſt incerta quanti-
tas, incerta conſequenter æſtimatio fructuum percipien-
dorum, vt ſuperiori capite probauimus. At in tacita an-
tichreſi quæ non niſi ex præſumpta contrahentium vo-
luntate inducitur, fieret contra voluntatem ſi plus in-
commodi adferret debitori quòd gratuitate creditoris
pecunia quàm ſi vſuraria vteretur. Id verò continge-
ret ſi etiam ſupra modum vſurarum fructus pignoris
lucrari creditor poſſet. Et hæc quidem de pignoratitio
creditore verè rectéque dicuntur. Sed in hypothecario, id
eſt qui rei obligatæ poſſeſſionem non habeat, longè
aliud eſt. Nam ſicut debitor ei rem obligatam non tra-
didit: ita nihil eſt ex quo poſſit colligi tacitam debito-
ris voluntatem illam eſſe vt percipiendorum ex hypo-
theca fructuum ius vllum creditor habeat. Traditio
enim quæ ſine facto tradentis nulla eſt, inducit tranſla-
tionem poſſeſſionis, poſſeſſio autem tranſlata ius fru-
ctuum percipiendorum. Itaque licèt creditor hypothe-
carius ni ad diem pecunia ſoluatur, ius habeat vindi-
candi fundi per actionem hypothecariam, & ſubinde
poſtquam vindicauerit, retinendi, ac conſequenter
fructus omnes qui ex pignore redigi poſſunt, perci-
piendi, quia tamen id facit pro ſuo iure magis quàm ex
debitoris ſiue expreſſa, ſiue tacita voluntate, nullam
fructuum partem lucratur, ſed omnes quoſquos, &
quotquot percipit ſibi cogitur imputare, in ſortem,
ſi debitum neque vſurarium neque antichreſticum
fuit. Qua de cauſſa prudenter faciunt huiuſmodi cre-
ditores hypothecarij, † qui eodem libello quo pe- 6
tunt mitti ſe in poſſeſſionem bonorum debitoris (quam
agendi formam ſequi coguntur ij qui non ſunt pigno-
rum poſſeſſores) petunt etiam vt publicè pignora di-
ſtrahantur, ne alioqui eueniat vt ex imputatione il-
la quandoque facienda fructuum omnium, non mo-
dò quos perceperint, ſed etiam quos percipere potue-
rint, ſors ipſa aut omnino ſoluta, aut ſaltem magna ex
parte attenuata reperiatur, non ſine magno ipſorum in-
commodo, quibus ex ea fructuum perceptione pa-
rum ſuperſit quod in calculos referre poſſit. In eóque
pragmaticorum conſilium & morem laudo. Sed non
in eo † etiam quod idem obſeruari volunt, illo quo-
que caſu, quo creditor in pignorum poſſeſſione ſit 7
per clauſulam conſtituti. Nam & in hac ſpecie ſi non
contracta fuerit antichreſis expreſſa, perinde volunt
creditorem petere vt pignora diſtrahantur, eodem ſup-
plici libello quo petit vt in fructuum poſſeſſione tan-
quam ſua retineatur: Eodem ſcilicet metu vrgen-
te, ne fructuum perceptione debitum quaſi imagina-
ria ſolutione abſorptum reperiatur. Etenim ſi vera ſunt
vt ſunt, quæ nos ſcripſimus de pignoratitio creditore
cui pignus à debitore traditum eſt, vt tacitam antichreſim

ad modum vſque legitimarum vſurarum contraxiſſe videatur, quidni idem dicemus illo etiam caſu quo poſſeſſio non per veram & realem traditionem tranſlata ſit, ſed per clauſulam conſtituti? Si quidem perinde trans-
8 fertur poſſeſſio † per conſtitutum atque per traditionem, nec fictitia tantùm & ciuilis ſed etiam vera, realis, & naturalis, vt pragmatici quoque fatentur, nec di-
9 ſtinguemus † an ea conſtituti clauſula appoſita ſit vt plerumque fit in obligatione generali bonorum omnium debitoris, an in hypotheca certi fundi. Poſſet enim ea diſtinctio locum habere in antichreſi expreſſa quæ quoniam regulariter non ſeruat modum vſurarum, facilè videri poſſet in earum fraudem facta eſſe, ſi pro exiguo fortaſſis debito bonorum omnium debitoris quę ingentis eſſent æſtimationis fructus percipere creditor vellet. At in antichreſi tacita nihil tale eſt quod metui poſſit cùm ſeruet modum vſurarum, & proinde quicquid excedit vſuras licitas ſorti ſit imputandum: ex quo illud etiam euenit vt quo maiores & vberiores ſunt fructus bonorum obligatorum, eo citiùs debitum extinguatur: Quòd ſi eo extincto aliquid ex re & bonis debitoris ſupereſt penes creditorem, id verò conſtat pignoratitia actione debitori reſtituendum eſſe. Ita fit vt nec legitimis vſuris, nec debitori fraus vlla fieri poſſit, non magis obligatis cum clauſula conſtituti bonis omnibus debitoris, quàm ſi vnus duntaxat aut alter fundus obligatus proponeretur. Quid autem ſi clauſula quidem conſtituti nulla ſit, ſed tamen conuenerit vt liceat creditori propria autoritate quandocunque poſſeſſionem pignoris occupare? Non parum diſtat hic creditor ab eo qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, niſi hactenus, quòd non poteſt videri poſſeſſor, nec proinde ius habere percipiendorum fructuum, quandiu non eſt nactus poſſeſſionem. Cæterùm ſiue propria autoritate quod poteſt iure conuentionis, ſiue quod ciuilius fuerit, autore iudice vel ducente debitore poſſeſſionem pignorum ſit ingreſſus, eodem iure debet quo cæteri pignoratitij creditores quia & ex eo tempore pignoratitius non hypothecarius eſt.

ERROR VII.

Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore nunquam poſſit.

SVMMARIA.

1 *An pactio valeat ſi conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore nunquam poſſit.*
2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans & eius fulcimenta.*
3 *Leues eſſe rationes quibus pragmatici ſuam ſententiam ſtabiliunt.*
4 *Obiectio pragmaticorum & eius dilutio.*
5 *Conuentio quæ defenditur autoritate pontificia conſtitutionis, in Extrauag. Regimini.*

1 DEbitoribus † plerisque pignus in expreſſam antichreſim tradentibus vſuuenit aliquando, vt paciſcantur cum creditore, de pignore illo numquam diſtrahendo: Quod cum accidit, quæri interdum ſolet an pacto va-
2 leat. Nec deſunt inter pragmaticos † qui negent valere: Ob eam potiſſimùm rationem, quod dici ſoleat inutile pignus eſſe quòd diſtrahi nunquam poteſt. Inde enim fit vt quamuis expreſſim conuenerit ne diſtrahi vnquam poſſit, facere tamen conuentio nequeat, quin peruenire tandem liceat ad diſtractionem dummodò trina præceſſerit denunciatio de ſoluendo *l. 4. l. quamuis 6. D. de pignor. act.* Et quamquam non hodie ſicut olim abſolutè vera eſt illa propoſitio, quia inuentum inductúmque eſt à Iuſtiniano vt alia ratione poſſit pignus vtilitatem adferre creditori, nempe ſi ius dominij impetretur. *ex l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Illud tamen ſemper verum eſt inutile pignus eſſe quod ſic contractum fuit, vt neque vendi poſſit, neque eius dominij ius à creditore impetrari. Addunt qui grauiores æquitatis ſectatores videri volunt, iniquum eſſe vt creditor pecuniâ ſuâ in perpetuum carere cogatur. Quaſi verò pecunia credita maneat adhuc in dominio creditoris, ac non potiùs ideò mutua dicatur quòd de mea fiat tua *l. 2. D. de reb. credit.* Debuerunt potiùs dicere alienam eſſe pactionem illam à mutui natura & conditione, & notiſſimos mutui terminos excedere ſi conueniat vt pecunia mutuò data repeti numquam poſſit, cùm illud imprimis ſit ex natura mutui, vt pecunia quæ à creditore mutua data eſt, ei poſtea reſtitui debeat, & conſequenter vt niſi reſtituatur exigi à creditore poſſit. *l. cum quid 3. D. eod.* Sed
tamen videntur mihi rationes † hæ omnes leuiores, 3
quàm vt mouere quemquam debeant. Nam vt priorem priore loco refellamus, etiamſi pignus ſic datum ſit, vt neque detrahi queat, neque dominium eius impetrari propter conuentionem in antichreſi dictam, vt quandiu creditor pignore frui poterit pecuniam exigere non poſſit. Non tamen ſtatim conſequens eſt, inutile pignus eſſe, quippe quod vtilitatem fructuum adferat creditori, nec ad eam vſque ſummam duntaxat quæ par ſit legitimis vſuris, ſed interdum etiam ſupra quam legitimus vſurarum modus patiatur, ſi modò nihil in earum fraudem factum ſit, vt in ſuperioribus diſputauimus. Si pignus ſic datum eſſet vt cautionis tantùm vice fungeretur, inutile ſanè eſſet, ſi diſtrahi numquam poſſet, ideóque nec conuentio valeret de pignore numquam diſtrahendo. At cùm ea pignoris dandi cauſſa fuit vt in vicem vſurarum creditor pignore frueretur, fructúſque ſuos faceret, ſicut non poteſt dici pignus inutile quandiu frui creditor poteſt, ita neque inutilis pactio dicenda illa eſt de qua diſputamus. Sibíque imputare potiùs creditor debet, cur ita conuenerit allectus ſpe fructuum percipiendorum & lucrandorum, quos vtique maiores ſperauit, quàm futuræ eſſent vſuræ ſi pecuniam fœnori collocaſſet. Vſu enim compertum eſt, vix vnquam ſic antichreſim conſtitui vt non ſit vtilis & commoda creditori, id eſt quin pignus longè pluris ſit quàm debeatur, & conſequenter fructus pignoris ampliores ſperentur quàm iuſtus vſurarum modus ferre poſſet, ſi ex vſurarum comparatione antichreſis expreſſa conſtitui deberet. Et verò cùm paciſci creditor liberaliter, & gratuitò poſſit de pecunia numquam petenda (valet enim vtique pactum de non petendo, & fauorabile exiſtimatur quia liberatorium eſt, etiamſi cauſſam aliam nullam habeat quàm liberalitatem creditoris) quidni etiam paciſci poterit de pecunia certo tantùm caſu numquam petenda? Aut cur non creditor rei ſuæ quam velit legem dicere prohibeatur? Etſi enim difficilius eſt vt creditor ſibi præripiat facultatem quã habet à lege, pignoris diſtrahendi quandiu liberũ habet ius pecuniæ repetendæ, cùm per eam præcipuè pignoris diſtractionem ſuum conſequi poſſit: Præcedente tamen aut aliter quoquomodo interueniente pactione, vt pecunia mutuò data vel numquam, vel non ante certum tempus certúmve caſum exigi poſſit, quod paciſci licere diximus, æqua & vtilis ſit conuentio de pignore non diſtrahendo: quia nec fieri poteſt vt diſtrahatur pignus pro conſequenda pecunia quæ nondum peti poſſit licèt iam debeatur. Minus enim eſt petere quàm conſequi ſolutionem inuito debitore. Atqui in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt antichreſi ſic expreſſim conſtituta, vt quandiu creditor pignore in antichreſim accepto frui poterit, diſtrahere pignus non poſſit, conuentionem quoque illam ſiue expreſsè adhiberi, ſiue tacitè ſubintelligi neceſſe eſt, vt pecunia ipſa exigi

&

& repeti nequeat quaſi contento, creditore eo commodo quod ex pignoris fructibus ſperare poteſt. Quidni igitur valebit etiã conuentio vt diſtrahi pignus tandiu nõ poſſit? Nã & dicimus creditorẽ qui pactus eſt de vſuris ad certũ vſq; tẽpus ſibi ſoluendis pactũ quoq; fuiſſe, intelligi de ſorte interim non petenda *l. qui in futurum 57. D. de pact.* Cur non igitur eadem interpretatio capietur, ſi non de vſuris, ſed de fructibus pignoris in vicem vſurarum percipiendis conuenerit? Quod enim pragmatici † obiiciunt, aut pro pragmaticis obiicere
4 quis poſſit alienum id eſſe à mutui natura vt pecunia credita exigi nonnunquam poſſit, ad rem ſanè non pertinet, Antichreſis enim, de qua agimus, non eam conuentionem abſolutè continet vt pecunia numquam repeti poſſit, ſed cum hac adiectione, & exceptione *quandiu creditori licebit frui pignore in antichreſim.* Quandiu autem creditor pignore fruitur, ferè eſt vt pecuniã à ſe creditã frui videatur. Ideò enim dicta eſt ἀντίχρησις quaſi contrafru.tio, quòd ſicuti debitor ea pecunia fruitur quæ fuit creditoris, ita viciſſim creditor eo pignore quod eſt debitoris. Itaque ſi contingat vel euictione pignoris, vel quo alio modo impediri creditorem quominus pleniſſimam habeat pignoris fruitionem, non quidem habebit ex ea cauſſa debitorem obligatum de euictione, niſi ſpecialiter ita conuentum & promiſſum ſit; ſed tamen quaſi finita & ipſo iure reſoluta antichreſi ius nanciſcetur Pecuniæ quandocunque repetendæ, etiamſi per debitorem non ſtet quominus creditor pignore fruatur: Eáque demùm conuentio improbanda eſſet, per quam creditor etiam pignore frui prohibitus pecuniam quoque repetere prohiberetur. Non valdè in contrarium
5 diſſimile eſt, quòd in annuarum † penſionum venditionibus certo pretio factis authoritate conſtitutionis pontificiæ *in Extrauag. regimini.* ea paſſim conuentio admitti ſolet, vt ſi venditor moram faciat in ſoluenda penſione, repeti pe emptorem pretium poſſit, nec cogatur emptor ſtare contractui, quamuis in cæteris venditionibus ſi ſolam contractus naturam inſpicias, non ob id ſolùm reſilire emptor à venditione poſſit, quòd venditor ex parte ſua non impleat, ſed habet tantùm eo nomine actionem ex empto in id omne quod ſua intereſt. *l. ea conditione 14. C de reſc. vend.* nimirũ conuentiones hæ de quibus diximus ſiue in venditione, ſiue in pignore, non tam contra quàm præter naturam contractus ſunt, ideóque admitti debent, præſertim vtilitatis cauſſa, cùm huiuſmodi conuentionum beneficio plerumque accidat, vt facilè ac libenter ita contrahat qui alioquin non fuiſſet contracturus.

ERROR VIII.

De iure dominij pignoris impetrando.

SVMMARIA.

1 *Quale ſit nouum ius introductum à Iuſtiniano in l. vnic. C. de iur. dom. impetr.*
2 *Cur rariſſime vſurpetur ius d. l. vnic. & numer. 4.*
3 *Errare pragmaticos qui putant d. l. vnic. non eſſe in vſu apud Allobrogos.*
5 *Cur frequentior ſit illa pignoris venditio quæ fit per iudicem.*

1 NOVVM ſanè ius † illud fuit quod Iuſtiniani conſtitutio induxit *in l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Sed tamen nec debitoribus damnoſum, nec creditoribus inutile, ſi eius conſtitutionis obſeruationem ſequi malint, quàm de pignore diſtrahendo cogitare. Habet enim beneficium illud Iuſtinianeum ſuas ambages, moras & conditiones, & quidem eiuſmodi vt neque debitori de creditore, neque creditori de alio quàm de ſe conquerendi occaſio relinquatur, ſi debitore tandiu ceſſante in ſolutione, ius dominij pignoris tandem impetretur. Cæterùm quemadmodum
† non prohibetur debitor pignus diſtrahere ſi id malit 2
vt ex pretio ſatisfaciat creditori; quia Dominus pignoris manet, nec quicquam intereſt creditoris dummodo ſuum conſequatur, ita ex contrario ſi creditor ſolutionis citiùs extorquendæ gratia malit pignus diſtrahere iure creditoris, quod facere poteſt dum ne conuenerit ne poſſit, aut etiam petere vt per iudicem, id eſt autoritate iudicis nomine debitoris diſtrahatur, non prohibet Iuſtiniani conſtitutio ne id facere pro ſuo iure poſſit. Vnde fit vt quàm rariſſimè creditores eam impetrandi dominij formam ſequantur, quam Iuſtinianus præſcripſit. Eáque res iam olim Accurſium impulit vt ſcriberet legem illam pleriſque locis in deſuetudinem abiiſſe: Indéque noſtri † etiam pragmatici arrepta errandi occaſio- 3
ne vulgò exiſtimant non eſſe eam apud nos in vſu. In quo tamen labuntur. Nam præterid quòd neque Principis edictum, neque lex vlla municipalis apud nos eſt, cuius poteſtate conſtitutio Iuſtiniani abrogata videri poſſit (quod autem immutatum non eſt, cur ſtare prohibeatur?) memini cùm aliquando ex facto incidiſſet quæſtio De creditore qui ius dominij ex forma præſcripta impetrare volebat, relatum fuiſſe ab ãtiquioribus Senatoribus, idem ſe vidiſſe non ſemel anteà factitatum: Fateor tamen non niſi † perrarò id vſurpari ſolere quòd 4
pignoris diſtractio vero modo fiat creditori, commodior videatur. Sed nec facilè videas creditorem id conſilij capere vt pignus diſtrahat iure creditoris, quoniam ea plerumque creditorum pignora diſtrahentium mens eſt vt ipſi emant aut pro ſe ſubiiciant emptores, ſiue alio nullo emptore exiſtente, ſiue quòd rem ipſam ſibi habere malint: quod tamen facere non poſſent ſi ipſi venderent. Neque enim idem poteſt eſſe emptor, & venditor. Itaque commodius † putant eſſe ſi petant diſtra- 5
hi pignora per iudicem, vt debitoris nomine facta venditio perinde habeatur acſi ab ipſo debitore facta fuiſſet: Quæ res facit vt creditor ipſe vice extranei emptoris poſſit emere, nec ſuperſit debitori vis offerendi poſt elapſum ſemeſtre quod ſtatuto noſtro in eam rem præſtitutum eſt, non magis quàm ſi emptori prorſus extraneo venditum pignus fuiſſet.

ERROR IX.

De venditione facta ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Sicut in pignoribus frequens eſt pactio antichreſeos contrahenda, ita in vẽditionibus pactũ de retrouẽdẽdo.*
2 *Inter haſce conuentiones magnam eſſe conuenientiam, & quis inde pragmaticorum error effluxerit.*
3 *Reprobatur ſententia pragmat. cenſentium ſi ad pactum de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt venditor ſupra dimidiam ſit læſus, contractum pro ſimulato & fœneratitio habendum eſſe.*
4 *Pactio de retrouendendo non facit venditionem odioſiorem, ſed contrà læſionem minuit, & quomodo.*
5 *Diſtinctio quorumdam reprobata.*
6 *Quæcunque in traditionibus rerum pactiones apponuntur, ea ſeruandæ ſunt.*
7 *Refertur ſententia eorum pragmaticorum qui ita demum contractum pro ſimulato habendum putant, ſi ad immodicam læſionem & pactionem de retrouendendo accedat vt emptor ſolitus ſit fœnerari.*
8 *Quatenus relata opinio probanda ſit,*
9 *Error pragmaticorum docentium ſi contractus ſit fœneratitius, cogendum creditorẽ vt fructus omnes quos*

ex re vendita percepit, perciperéve potuit in ſortem imputentur.

10 *D.errorem à iuris ratione alienum eſſe, quòd contractus ita initus cenſendus ſit iure antichreſeos expreſſa.*

11 *Emptionem ſimulatam qua de agitur, non eſſe fœneratitium contractum, nec eã omnem pecuniam eſſe vſurariam qua non eſt gratuita, contra pragmaticos.*

12 *Cum antichreſis contracta eſt in fraudem legitimarum vſurarum, quatenus à lege improbetur contractus: & ad quam vſque quantitatem fructus poſſit retinere creditor.*

13 *Legitimus modus vſurarum apud Sabaudos.*

1 SICVT in pignoribus frequens † pactio illa
eſt, de qua proximè diximus, antichreſeos
contrahendæ, vt debitor pecuniâ credito-
ris, non gratuita quidem, ſed tamen ſine
vſuris, creditor verò viciſſim re obligata
fruatur, ita & in venditionibus vſitata ea eſt de qua nunc
dicemus, vt qui emit promittat ſe venditori, aut quan-
docunque ſine certi temporis definitione, aut ad certum
vſque tempus & intra id tempus retrouenditurum. De
qua tamen in toto iure noſtro vnus tantum & ſingula-
ris locus eſt in *leg. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Vul-
go vocant venditionem factam ſub pacto de retrouen-
2 dendo. Tanta autem inter has conuentiones † ſimilitu-
do, & affinitas eſt, vt plerumque dubitetur an venditio
contracta ſit, an antichreſis, in eóque paſſim ab inter-
pretibus & pragmaticis erratur. Nam ſi ad pactionem il-
lam de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt
venditor ſupra dimidiam ſit læſus, exiſtimant plerique
contractum ſuſpectum eſſe, & vt loquuntur, ſimula-
tum, ac pro fœneratitio potiùs habendum: quaſi colore
quæſito fœnori, vt ſub ſpecie emptionis, liberiùs emptor
in re debitoris, & in fraudem legitimarum vſurarum
3 graſſaretur. Quæ tamen ſententia † tanquam lege &
ratione deſtituta, licèt magis autoribus probata, iampri-
dem ferè ab omnibus tribunalibus exploſa eſt. Nam cùm
ea emptionis & venditionis natura ſit vt contrahenti-
bus liceat naturaliter, liceréque debeat ſe decipere *l. in
cauſſa 16. §. idem Pomponius D. de minor. leg. item ſi pre-
tio 22. §. vltim. D. locat.* ideóque nec æquitate iudicij,
nec alio vllo modo venditori aduerſus læſionem ſuc-
curratur præterquàm ex beneficio nouæ conſtitutionis
in *l. ſecunda. Cod. de reſcind. vendit.* ſi læſus ſit vltra dimi-
diam iuſti pretij *l. ſi voluntate 8. eod.* Nihil cauſſæ eſt cur
tam facilè ſimulationis præſumptio, quæ alioquin odio-
ſa eſt, capiatur, propter accedentem pactionem licitam
4 de retrouendendo, quæ † tantum abeſt, vt venditionem
faciat odioſiorem, vt ex contrario læſionem minuat, vt-
pote quæ pars pretij eſſe exiſtimetur. *l. fundi partem 79.
D. de contr. empt.* Nam ſi venditor æſtimata etiam pactio-
ne adhuc vltra dimidiam iuſti pretij læſum ſe conque-
ratur, duplicem viam habet per quam ſibi conſulat con-
tra emptorem, alteram ex conuentione, cuius poteſtate
cogere emptorem poteſt vt recepto pretio rem reſtituat
& retrouendat, alteram ex noua conſtitutione, per quam
ſimiliter euincat & extorqueat rei venditæ reſtitutionem
niſi emtor iuſtum pretium ſupplere malit. Nec diſtin-
5 guendum † eſt, meo iudicio, in hoc caſu, an pactum de
retrouendendo ſit liberum nécne, id eſt, an ita ſit con-
ceptum vt in venditoris facultate & arbitrio maneat,
quando retrouenditioné ſibi fieri velit, an verò ita vt an-
te certum tempus eam petere prohibeatur. Vtraque
enim pactio licita eſt ſi aliud nihil obſtet, & generalis
6 regula iuris facit vt quæcumque pactiones † in tradi-
tionibus rerum apponuntur, eas ſeruari oporteat *l. in
traditionibus 48. D. de pact.* non ſolùm ſi reſpiciant vti-
litatem venditoris rem tradentis, qui non aliter vendi-
turus aut traditurus fuit, ſed etſi ſpectent ad commo-
dum emptoris, quia nec aliter fuit ille empturus. Itaque
receptior † interpretum & pragmaticorum ſententia 7
eſt, non aliàs ſimulatos huiuſmodi contractus videri de-
bere, quàm ſi ad immodicam læſionem & pactionem il-
lam de retrouendendo accedat tertium illud, quòd em-
ptor ſolitus ſit fœnerari, ſed accedente hac fœnerandi
conſuetudine, non eſt qui dubitet quin emptionis con-
tractus ſimulatus dici debeat & fœneratitius, nec pro
fœneratitio tantum haberi, ſed etiam pro facto in frau-
dem legitimarum vſurarum. Cui ſententiæ cauſſam po-
tiſſimum dedit conſtitutio pontificia *in cap. ad noſtram.
& cap. illo nos. Extr. de pignor.* Nec ſanè iniqua ſententia
eſt, vt fraudibus comminiſcendis, quantum fieri poteſt, 8
via præcludatur. Sed vereor † ne ex iuris ratione non
ſit ſatis tuta, niſi addas eam emptoris conſuetudinem
proponi probaríque, vt eiuſmodi contractuum com-
mento ſoleat improbum fœnus exercere. Nam ſi propo-
nas ſolitum quidem eum fœnerari, ſed aperto fœnore,
& pecuniam credere ſub vſuris præſertim licitis & quæ
iuſtum modum non excedant, vix eſt vt ſi poſteà rem
maioris pretij emat viliori, adiecto etiam pacto de retro-
uendendo fœnerandi potiùs quàm emendi animum vi-
deri debeat habuiſſe. Ex prioribus enim contractibus
qui diſſimiles fuerunt coniectura probabilis ſumi non
poteſt, quòd eandem in hoc quàm in aliis habuerit vo-
luntatem. Quam obrem puto neceſſariam eſſe hanc ad-
iectionem, nec ſanè aut põtificia, aut alia vlla lex repu-
gnat. Probata verò ea conſuetudine fœnerandi quam re-
quiro, non dubito quin contractus fœneratitius haberi
debeat: ſiue pactum de retrouendendo fuit liberum, ſiue
non; quamquam ſi non fuit liberum, apertior eſt multó-
que certior ſimulatio, quæ cùm probatur, aut ita præſu-
mitur vt contraria probatione aut præſumptione iuſta
illa præſumptio non elidatur, conſtat ſanè plus valere
quod agitur, quàm quòd ſimulatè concipitur *l. 1. & tot.
tit. C. plus valer. quod agit.* Præcipuus tamen hac in re 9
pragmaticorum error † mihi videtur in eo eſſe, quòd
putant, ſi contractus fœneratitius fuit, vſque adeò ſeue-
riter agendũ eſſe cum creditore vt fructus omnes quoſ-
quos ex re vendita perceperit aut percipere potuerit in
ſortem ſibi imputare cogatur, perinde acſi creditor eos
fructus nullo iure, nullaq; ex cauſſa percepiſſet. Id enim
ego non ſolùm nimis durum & iniquum eſſe arbitror,
ſed à iuris etiam ratione omnino alienum. Illa † namque 10
ſimulatio quam ex ſupradictis coniecturis induci fate-
or, efficit quidem vt contractum pignus potiùs quàm
emptio facta eſſe intelligatur, ſed facere non poteſt vt
non ſaltem eadem creditoris conditio eſſe debeat quæ
eſſet ſi antichreſim expreſſè contraxiſſet. Omnia enim
quæ ad antichreſim cõſtituendam neceſſaria ſunt, inter-
ueniunt in huiuſmodi emptione, ac primùm ex parte
creditoris voluntas commodi alicuius ex pecunia ſua in
vicem vſurarum extorquendi, ex parte autem debitoris
traditio pignoris, conſenſúſque expreſſus vt eos fructus
quos ex pignore creditor percipiet ſibi lucretur. Qui
namque vendit & tradit non poteſt eo animo non eſſe,
vt transferat in emptorem non modò poſſeſſionem, ſed
etiam percipiendorum fructuum ius pleniſſimum. Nihil
igitur diſtat huiuſmodi contractus ab antichreſi, niſi
nomine tenus, quoniam emptio à contrahentibus non
antichreſis dicta eſt, cur non igitur eodem quo anti-
chreſis iure cenſebitur? Atqui ſi contracta expreſſim an-
tichreſis fuiſſet, fructus omnes quoſquos ex pignore
percepiſſet creditor lucrifeciſſet, nec ſibi in ſortis ſolu-
tionem imputaſſet, ne pro ea quidem parte quæ iuſtum
& licitum vſurarum modum exceſſiſſet, vt à nobis in ſu-
perioribus latè comprobatum eſt. Quidni ergo idem
admittemus pignoratitio contractu ſub emptionis no-
mine conſtituto? Dices fortaſſe contractum hunc ſi-
mulatum non ſolùm pro pignoratitio haberi, ſed etiam
pro fœneratitio, adeóque quod peius eſt, pro facto, vt
diximus in fraudem legum, & vſurarum. Proinde non
poſſe cenſeri iure antichreſeos expreſſe, quam nos itidẽ

diximus

diximus nihil commune habere cum fœnore, nec fœneratitium contractum eſſe *ex l. ſi ea pactione 14. in fin. Cod. de vſur.* ſed reſpondeo interpretum & pragmatico-
11 rum errore † magis quàm iure factum eſſe vt emptio illa ſimulata, qua de agimus fœneratitius contractus exiſtimetur, dum pignoratitium contractum & fœneratitium pro eodem habent, nec diſtingunt pecuniam vſurariam ab ea quæ nec vſuraria nec gratuita ſit, exiſtimantes vſurariam eſſe omnem quæcumque non gratuita eſt. In quo tamen euidentiſſimè falluntur. Sicut & in eo quòd antichreſim ipſam quoque pro fœneratitio contractu habent. Nam ſi omnia ex iuris ratione æſtimentur, nihil verius eſt, quàm quod iam probauimus, poſſe fieri, & verò euenire quotieſcumque antichreſis ſiue expreſſa, ſiue tacita contrahitur, vt pecunia quæ debitori à creditore datur non ſit vſuraria, nec tamen gratuita videri poſſit ſi antichreſis expreſſim contracta proponatur: quemadmodum ex contrario ſi non niſi tacita antichreſis contracta ſit, pecunia gratuita quidem eſt, *l. cum debitor. 8. D. in quib. cauſſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* nec eo minùs tamen creditori adfert commodum fructuum ad eum vſque modum quem legitimæ vſuræ patiuntur, vt eadem lex ait. Denique vſuraria pecunia non eſt, nec proinde contractus vſurarius, aut quod idem eſt fœneratitius, niſi cùm de vſuris conuenit, ſiue expreſſo vſurarum nomine, ſiue tacito, vt fit cùm de aliqua quantitate vltra ſortem reddenda actum eſt, quicquid enim ſortem excedit vſura eſt, & fœnus. Sed cùm neque de vſuris neque de pecuniario exceſſu actum fuit, non poteſt videri pecunia vſuraria, licèt nec gratuita ſit, & è contrario plus adferat commodi creditori ex perceptione fructuum pignoris, quàm ſi de vſuris grauiſſimis cóueniſſet. Nec igitur contractus fœneratitius cenſeri debet, ne tum quidem cùm antichreſis contracta eſt in
12 fraudem legitimarum vſurarum: quia † hoc etiam caſu non totum contractum lex improbat, ſed quatenus duntaxat in fraudem factus eſt. Itaque ad concurrentem vſque quantitatem vſurarum legibus permiſſarum, poterit creditor ex fructibus rei ſibi oppignoratæ retinere. In eóque nimirum diſtabit contractus hic de quo diſputamus ab antichreſi expreſſim & licitè conſtituta, quòd cùm illa non ſeruet modum vſurarum, hic tamen ſeruat, vt quod in fraudem legis factum eſt vindicetur, duriúſque agatur cum eo qui illicitè quàm cum eo qui licitè contraxit. Cæterùm ad eum vſque modum quem leges ferunt, ratio nulla eſt cur creditori fructuum retentio denegetur, quæ non denegaretur, etiamſi gratuitam pecuniam dediſſet. Non enim poſſis deteriorem facere conditionem huius improbi fœneratoris quàm ſi habere illum velis pro eo qui pecuniam gratuitam dederit debitori accepto pignore. Nam vt nullum pignus habuiſſe exiſtimetur facere non poſſis, quandoquidem pignoris conuentio & traditio facti eſt non iuris, nec verò id pragmatici negant qui fatentur eſſe pignoratitium creditorem. Atqui etiam is pecuniam gratuitam dedit ſi viciſſim pignus acceperit nulla intercedente de fructibus aut lucrandis aut reddendis conuentione, nihilominus retinere ex fructibus poteſt ad modum vſque legitimarum vſurarum. Idem ergo permittendum erit creditori, qui ſub emptionis nomine illicitum fœnus contraxerit. Cui conſequenter dicendum eſt non eſſe cogendum eum imputare in ſortem perceptos fructus niſi quatenus modum illum excedunt. Le-
13 gitimus autem † modus etſi apud nos nullus conſtitutus eſt, tamen exemplo ex Gallicis conſtitutionibus deſumpto is eſſe videtur, qui aſcendit ad duodecimam, Galli vocant *au denier douze, huit & tiers pour cent*. Certè legitimas vſuras quincuncium fine concludi nemo dixerit cùm paſſim tolerentur decunces, vt ex iis quæ primo proximæ Decadis capite dicemus intelligetur. Faciunt ergo pragmatici iniuriam creditori, quem condemnant ad fructuum omnium reſtitutionem, nec alias quàm quincunces vſuras ei adiudicant, aut non niſi ad concurrentem vſque quincuncium quantitatem fructus compenſant.

ERROR X.

De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet De retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Pactum de retrouendendo eſt pars pretij.*
2 *Huiuſmodi pactio quota ſit pars pretij.*
3 *Vulgaris pragmaticorum ſententia.*
4 *Examinatur pragmaticorum opinio.*
5 *Lege computationis, 68. aliàs lege hereditatum. D. ad lege falcid. à Triboniano interpolata eſſe.*
6 *Diſtinctio autoris in queſtione ſupra numer. 2. propoſita.*
7 *Si quando per teſtes læſio immodica probanda ſit, quid à teſtibus æſtimandum ſit, quid deinde à iudice.*
8 *Pragmaticorum inanis ſubtilitas quid requirat in proponenda facti quæſtione cum petitur reſciſſio venditionis ſub pacto de retrouendendo ex immodica læſionis cauſſa.*

PActum † de retrouendendo quod in venditionibus adiici ſolet, pretij partem eſſe ſatis 1
conſtat, vt & cætera pacta omnia quorũ adiectione moueri poteſt emptor vt vel viliùs vel cariùs emat *l. fundi 79. D. de contr. empt. l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. expor.* Sed quota † pretij pars ſit, id 2
eſt, quam æſtimationem recipere debeat, non æquè conſtat, & difficilis eſt inquiſitionis: Vulgaris pragmaticorum ſententia † eſt, tertia pretij conuenti parte æſtiman- 3
dum eſſe, vt res quæ viginti aureis vendita eſt ſub pacto de retrouendendo, triginta væniiſſe exiſtimetur. Nec improbabilis † ea traditio eſt ſi pactum de retro- 4
uendendo perpetuum ſit, aut quod effectu idem eſt ſine vlla temporis definitione, vel trigeſimum vſque annum. Non enim paruum emptoris incómodum eſt quòd tamdiu cogatur in ſuſpenſo manere, nec certi quicquam & explorati habere an rem à ſe emptam, an verò pecuniam quam ex cauſſa emptionis numerauit in bonis ſuis computare debeat. Vixque eſt vt prudens paterfamiliâs & diligens, non fuerit pretium aucturus tertia parte, ſi puram venditionem impetrare potuiſſet, vel ob id maximè, quòd qui ſub hoc pacto emunt, ſic poſteà affecti eſſe ſolent vt quod emerunt, nec omnino colant quaſi ſuum, nec prorſus tanquam alienum negligant, ſed dubij & hærentes tractent certè negligentiùs, quàm ſi ſine reſtituendi onere rem tenerent. Sed cum plerunque eueniat, vt triennio duntaxat, aut quinquẽnio, aut ad ſummũ decennio ea redimendi facultas concludatur, non puto poſſe defendi eandem pacti æſtimationem illo caſu eſſe debere quæ eſſet ſi perpetua redimendi poteſtas data proponeretur. Quo enim breuius tempus eſt quod pacto continetur, eo minùs incommodi ſentit emptor ex pacti adiectione, ideóque non eſt quod tanti pactum æſtimet, vt maiore pretio rem comparaſſe videatur. Et tamen pragmatici nullam hac in re adhibent temporis diſtinctionem, & ſiue longius ſiue breuius tempus fuerit quod pacto comprehenſum eſt ad trientem vſque pretij æſtimant eius vtilitatem, vt videre eſt apud Ioſephum Ludouicum in *Deciſ. Peruſinis*. Et ſanè difficile eſt vt pro temporum diſtinctione alia atque alia poſſit iuſta initi æſtimatio, ſi tempora velis computare de momento in momentum, quod tamen non magis fieri poteſt nec

debet quàm ſi agatur de æſtimandis alimentis,aut de æ-
ſtimando vſufructu, de quo Æmilius Macer ex Vlpiano
tractat in *l.computationi* 68. aliàs *l.hereditatum D. ad le-*
5 *gem falcidiam*, in qua non dubito † quin ab illis verbis
ſolitum eſt tamen vſque ad §.*ſi quis ex heredibus*. Tribo-
niani verba ſint non Iureconſulti.Nam Æmilius Macer
non tantùm quid Vlpianus ſenſerit, ſed etiam quo iure
vtamur explicat his verbis *eóque nos iure vti Vlpianus ait
& circa computationem vſusfructus faciendam*.Quod om-
nino pugnat cum ſequenti illa adiectione *ſolitum eſt ta-
men*. Quid enim aliud eſt ius quo vtimur, quàm quod
ſolitum eſt vſurpari? Sed & apertè abſurdum eſt quod
ſequitur ſi reipublicæ vſusfructus legetur, ſiue ſimplici-
ter, ſiue ad ludos non niſi triginta annorum computa-
tionem fieri. Nam cùm vſusfructus reipublicæ relictus
non niſi centeſimo anno finiatur, quòd is vitæ humanæ
finis longiſſimus eſſe exiſtimetur *l.ſi vſu-fructus 9 D. de
vſufr. legat.l. an vſusfructus 59. D. de vſufr.* incerta verò
illa vſusfructus æſtimatio quam Vlpianus ſequendam
putauit, cùm vſusfructus alicui legatus eſt, non niſi ex
incertitudine vitæ hominis proficiſcatur, planè conſe-
quens eſt vt vſusfructus reipublicæ relictus ſicut incer-
titudinem nullam admittit, ita non aliam æſtimationem
recipiat, quàm quæ centum annorum reſpondeat com-
putationi. Sed hoc obiter dictum ſit. Cæterùm quemad-
6 modum in ea ſpecie Vlpianus † pro ætatis varietate ali-
ter atque aliter & alimenta & vſumfructum æſtimat, ita
& probabiliſſima mihi ea diſtinctio videretur vt ſi non
ſupra quinquennium redimendi facultas extenderetur,
ſextam partem pretij conſtitueret, à quinquennio vſque
ad decennium; quintam: à decennio vſque ad vicen-
nium, quartam. A vicennio vſque ad tricennium, ter-
tiam. Sed quoniam hoc iuris poſitiui eſt, vt loquuntur,
non etiam certa iuris ratione conſtituti,neceſſe eſſet in-
duci illud ab iis qui poteſtatem conſtituendi iuris habe-
rent, qualem habuerunt olim non ſolum principes, &
prætores, ſed ipſi etiam prudentes: hodie apud nos ſo-
lus Senatus, niſi adiungas communem interpretum er-
rorem, cuius non minor apud pleroſque autoritas eſt
quàm ſacroſancti Senatus apud omnes eſſe deberet. Au-
dio verò,licet pro comperto affirmare non poſſim, neſcio
quid non valdè diſſimile à Senatu noſtro aliquando pro-
batum fuiſſe, cùm eiuſmodi quæſtio ex facto incidiſſet,
circa venditionem factam ſub pacto de retrouendendo
ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendam. In quo
etiam obſeruandum eſt, quod vulgares pragmatici ig-
norant,ſi quando per teſtes,vt fieri ſolet, eiuſmodi læſio
immodica probanda ſit, non eſſe neceſſe vt teſtes æſti-
ment quantum ad conuenti pretij quantitatem accedere
debeat ex pacti æſtimatione, quomodo enim ſcire id
poſſint quod iuris eſt magis quàm facti, quódque nec
ipſi ferè Iureconſulti intelligunt? ſed ſufficere ſi teſtes
de communi pretio rei abſolutæ venditæ teſtificentur.
Iudicis enim arbitrio poſteà relinquitur, vt æſtimet an
ſubductâ pacti de retrouendendo iuſta æſtimatione,læſio
immodica ſatis probata videatur. Illud ſanè pragmatici
plerique † requirunt, vt in proponenda facti quæſtione 7
is qui immodicè læſum ſe dicit,proponat & exprimat læ-
ſionem tantam eſſe quanta ad contractum reſcinden-
dum ſufficere poſſit etiam ſubducto eo quanti pactum
eſt: alioqui ſuccumbere & condemnari debeat, ſi id non
propoſuerit, etiamſi de eo quoque teſtes teſtificentur,
quibus ſcilicet credendum non eſt deponentibus vltra
articulata, vt loquuntur, multò magis ſi de eo ni-
hil teſtes dixerint. Sed tamen cùm ea res quatenus
facti eſt ex contractu ipſo de cuius reſciſſione agitur,
colligatur, quatenus verò iuris eſt neque cadat in ſcien-
tiam teſtium, neque cum quæſtione facti commu-
ne quicquam habeat, poſſintque omnia ex arbitrio
iudicis rectè conſtitui & accommodari, non video cur
hanc pragmaticorum ſatis ſtolidam ſubtilitatem ad-
mittere debeamus, per quam fiat vt aduocati ſui im-
peritiâ cauſſam amittat is qui alioquin obtinere de-
beret.

ANTONII FABRI IC.
Decas Decima.

ERROR PRIMVS.

De legitimo vſurarum modo.

SVMMARIA.

1 *Legitimæ & licitæ vſuræ quæ dicantur, vbi Molinæi error.*

2 *Vſurarum tolerantia vnde profluxerit.*

3 *Error Molinæi cenſentis ante Iuſtiniani conſtitutionem in l. eos 26. C. de vſur. vſurarum nullum fuiſſe certum modum.*

4 *Vſura centeſima quæ.*

5 *Vſuræ centeſimæ omnium grauiſſimæ fuerunt: trientes verò leuiſſimæ.*

6 *Vnde dictæ ſint trientes vſuræ.*

7 *Tribonianum non interpolaſſe l.cùm quidam.17. §. vlt. D.de vſur.contra Cuiacium.*

8 *Mediocres,ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint.*

9 *Quod ſit ius nouum à Iuſtiniano de modo vſurarum in l.eos.26.C.de vſuris conſtitutum.*

10 *L.1.C.de vſur. & l.ſi vt proponis.4. C.de ædif. priuat. abrogatas eſſe,contra Accurſium & Molinæum.*

11 *Quo caſu Iuſtiniani conſtitutione non comprehenſo hodie poſſit exigi vſura centeſima.*

12 *Quonam iure vtantur Sabaudi quid attinet ad certum vſurarum modum & num.14.*

13 *Errare pragmaticos qui exiſtimant apud Sabaudos legitimas vſuras eſſe ſeptunces cum ſemuncia.*

15 *Perperam ſtatuere pragmaticos creditorem, aut emptorem condemnatum ad fructuum reſtitutionem non poſſe maiores quàm quincunces vſuras accipere aut compenſare.*

16 *L. ſi pro mutua 8.C. ſi cert. pet. non rectè à quibuſdam corrigi: & quis ſit eius l.ſenſus.*

LEGITIMAS † & licitas vſuras cùm dici- 1
mus, non illud ſignificamus quod *Carolo
Molinæo* peſſimo theologo,nec multò me-
liori Iuriſconſulto viſum eſt, vſuras ali-
quas eſſe quæ re vera licitæ & inter Chri-
ſtianos permiſſæ videri poſſint, niſi quas certis caſibus
Theologi admittunt non tam vſurarum quàm iuſtæ vti-
litatis & eius quod intereſt iure cenſendas. Idem enim
mihi ſemper viſum eſt quod Imperatori Leoni qui *No-
uell.conſtitut.*83. apertè ſcripſit vſuras quæ vocantur pe-
cuniæ

cuniæ creditæ vbique à ſpiritus ſancti decreto condem-
nari. Licitas igitur legitimáſque vſuras eas intelligimus,
quæ vt Leo dicebat, propter redundantem in humana
vita peruerſitatem tolerantur à principibus etiam inui-
tis. Quales ſunt trientes ea conſtitutione permiſſæ, abro-
gato egregio Baſilij Imperatoris edicto quod generaliter
& indiſtinctè vſuras interdixerat in vniuerſum. Etſi
enim non eſt ex principibus Chriſtianis cui liberum ſit
vſuras probare & admittere, quas ſacroſancta Eccleſiæ
autoritas nullo non tempore damnauit, commerciorum
tamen neceſſitas, & miſera miſerorum hominum cupi-
ditas vel ab inuitis extorſit, vt quas permittere nec vo-
lunt, nec poſſunt, eas ad certum vſque modum tolerare
2 cogantur. Quod quoniam † non ex iure, ſed ex commer-
ciorum vtilitate; aut potiùs neceſſitate proficiſcitur,
aliter atque aliter pro regionum ac temporum varietate
obſeruatur. Adeò vt non deſint, inter quos & Molineus
3 † ipſe eſt, qui putent ante Iuſtiniani conſtitutionem in
l. eos 26. Cod. de vſur. nullum vſurarum fuiſſe certum mo-
dum. Quod tamen quàm falſum ſit apparet ex innume-
ris locis Pandectarum & Codicis in quibus videas fieri
mentionem vſurarum licitarum & illicitarum, *l. vſuras il-
licitas 20. l. placuit ſiue ſupra ſtatutum modum 29. & alibi
paſſ. D. de vſur.* Vnde & legitimæ vſuræ in *l. pecunia fæ-*
4 *nebris 9. eod.* quæ proculdubio fuerunt † centeſimæ, cùm
in dies triginta, inque denarios centenos denarij ſin-
guli præſtabantur, vt in cautione illa, de qua in *lege
lecta 40. D. de reb. creditor. l. nihil intereſt 4. D. de nautic.
fœnor l. ſi pro mutua 8. C. ſi certum petatur. Paulus lib. 2.
ſentent. titul. 14. §. 2.* Etſi enim vſuras illas centeſimas non
ita paſſim frequentatas fuiſſe ſcio, quòd omnium grauiſ-
ſimæ eſſent, præterquàm ſi traiectitia pecunia propone-
retur, cuius vſuras in infinitum ſtipulari licebat, fauore
ſuſcepti per creditorem periculi, aut ſi ſpecies fœnori
datæ eſſent, vt innuit Iuſtiniani conſtitutio in *d. l. eos*,
illis verbis *vel ſpecierum fœnori dationibus*, abſurdum ta-
men ſit legitimas vſuras interpretari, vt à quibuſdam fa-
ctum video, eas quæ magis ſunt in vſu. Cùm nihil ſit
tam euidens quàm legitimas eas eſſe quæ ſunt licitæ, id
eſt, ad quas vſque ſtipulari licet, & vltra quas non licet.
Eiuſmodi verò fuit vſura centeſima *d. l. nihil intereſt 4.*
5 *D. de nautic. fœnor.* Leuiſſimæ vſuræ † ex contrario fue-
6 runt trientes, ſic dictæ † quòd aſcenderent ad tertiam
vſque centeſimæ. Idque conſtat ex *§. vlt. l. cum quidam
17. D. de vſuris*, ſi iungas *l. ſi legatum 5. D. de operib. pu-
blic.* Idem enim Diui Pij reſcriptum vtroque loco refer-
tur, ſed latiùs in *dicta l. ſi legatum*, & in hæc verba, Siqui-
dem dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponen-
das legauerint, præfinitus: à præſide prouinciæ tempus
ſtatuendum eſt, & niſi poſuerint heredes, vſuras leuiores
intra ſex menſes, ſi minùs, vſuras ſemiſſes reipublicæ pen-
dant. Quod autem Vlpianus eo loco dixit *vſuras leuio-
res*, Paulus *in dicto §. vlt.* dixit *vſque ad tertiam centeſima*,
7 vt nulla † ratio ſit cur cùm *Iacobo Cuiacio lib. 5. obſeruat.
cap. 38.* ea verba Triboniano adſcribere debeamus, aut
cur Triboniano ſuccenſere potiùs quàm Paulo, qua de
cauſſa integrum Diui Pij reſcriptum non retulerit. Tri-
boniano enim ſatis fuit adhibere Vlpianum qui referret,
ex quo peti poſſet quod deerat Paulo. Paulus verò ſatis
habuit eas vſuras exprimere quæ priores heredibus ex
prima mora infliguntur, quamuis poſſint illæ creſcere ſi
8 intra ſemeſtre mora non purgetur. Mediocres † vſuræ &
moderatæ olim fuerunt non beſſes, vt quidam putant,
ſed ſemiſſes, aut vocant ſemiſſales, quales erant quæ fiſco
pendebantur *dicta leg. cùm quidam 17. §. ſi debitores D. de
vſuris l. vltim. Cod. de fiſcal. vſur. lib. 10.* aut reipublicæ
lege Septitia 10. D. de pollicitation. Erant enim mediæ in-
ter maximas, id eſt, centeſimas, & nullas. Etſi beſſium
quoque ſtipulationem ſatis frequentem fuiſſe non ig-
9 noro. Hæc cùm ita iure vetere ſe haberent, Iuſtinianus †
pro arbitrio, nec iniqua ſanè moderatione omnia immu-
tauit in *dicta lege eos, Cod. de vſuris*. Illuſtribus viris trien-
tarias duntaxat vſuras permiſit. Iuſtis negotiatoribus ter-
renis, mediterraneis aut terreſtribus, beſſes, hoc etiam ad-
dito *Nouell. 136.* vt argentariis debeantur tametſi eas ſti-
pulati non fuerint, Maritimis negotiatoribus, & iis qui
ſpecies, id eſt, vt ego interpretor, licet contra vſurpatam
prudentibus loquendi rationem, merces fœnori dede-
rint, quibus olim licebat vt diximus vſuras in infinitum
ſtipulari, ad centeſimam vſque conceſſit. Cæteris omni-
bus non niſi dimidiam centeſimæ, id eſt, ſemiſſes vſu-
ras, quas & præſtari voluit iis omnibus caſibus quibus
placuit vſuras exigi poſſe etiam citra ſtipulationem, vt
contingit in omnibus bonæ fidei iudiciis. Excipiuntur
tamen vſuræ pupillares, & ex iudicio ſocietatis debitæ ſi
Accurſio & Molineo credimus ex *l. 1. C. de vſur. pupill. &
l. ſi vt proponis 4. C. de ædif. priuat.* Sed cum leges † illæ 10
ſint priorum Imperatorum, manifeſtum eſt abrogatas
eſſe conſtitutione illa Iuſtiniani quæ non ſolùm poſte-
rior, ſed etiam generaliſſima eſt, vt & Iuſtinianus ipſe te-
ſtatur in *l. 3. C. de vſur. rei iud.* illo loco *in capitulis lege
noſtra tantummodo exceptis*. Vnus tantùm meo iudicio
caſus hodie ſupereſt in quo exigi poſſit vſura centeſima
extra quam illa Iuſtiniani † conſtitutione comprehen- 11
ſum ſit. Is eſt ſi agatur de vſuris rei vindicatæ poſt qua-
drimeſtre quod iudicato faciendo præſtitutum eſt ſol-
uendis ex *d. l. 3* in qua hoc ipſum expreſſim ſancitum ac
conſtitutum eſt. Quamquam non obſcurè ea lex innuat
priorem conſtitutionem quæ vſuris certum modum de-
dit ad eas duntaxat vſuras pertinere, quæ aut ex cõtractu,
aut ex quaſi contractu debeantur, non etiã ad eas quæ ex
cauſſa iudicati. Proinde ſi quis alius caſus eſſet in quo de
vſuris centeſimis tractari ex iure vetere poſſet dum ne ex
cõtractu vel quaſi debitæ eſſent, admitterem facilè etiam
hodie centeſimas vſuras deberi, ſi quis Iuſtiniani conſti-
tutionibus locus relictus eſſet, præſertim cùm nec cõtra-
riæ conſuetudinis in regione obtinentis rationem vllam
haberi Iuſtinianus voluerit. Sed tamen inuito Iuſtiniano
inualuit, vt iis etiam in locis qui Romanorum legibus
reguntur & apud nos longè aliud ius ſit quo vtimur
quod ad vſuras attinet quàm quod fuit à Iuſtiniano con-
ſtitutum. Vſuras enim centeſimas nullo prorſus caſu to-
leramus, ſed eos qui decunces † excedunt tanquam im- 12
probos fœneratores condemnamus, & grauiſſimis pœnis
nunc pecuniariis nunc extraordinariis, prout delicti gra-
uitas & atrocitas exigit, etiam infamia notamus, ex *l. im-
probum 20. C. de his qui notant. infam.* Ex ſtipulatione verò
non ſemiſſes tantum, ſed etiam decunces vſuras deberi
admittimus, Dodrantes verò & beſſes multò magis. Si de
vſuris nullis conuenerit, & aliquæ debeantur, quincun-
ces duntaxat adiudicamus: ſemiſſes vix ferè vnquam,
ſeptunces interdum mercatoribus, ſi pecunia iis debea-
tur non pro pretio venditarum mercium, ſed ex cauſſa
pecuniæ traditæ. Pragmaticorum noſtrorum vulgaris er-
ror eſt legitimas vſuras apud nos eſſe ſeptunces cum ſe-
muncia. Propterea quòd edicto diui Emanuelis Phili-
berti optimi Principis noſtri expreſſim cautum fuit, vt
venditæ penſiones frumenti vel hordei, vel olei aut
vini, & aliarum huiuſmodi mercium ad eum modum re-
digantur. Sed manifeſtum eſt non id edicto illo egiſſe
principem vt vſuris certum modum ſtatueret, ſed tantùm
vt improbam fœneratorum calliditatem quæ ſub licitæ
emptionis colore anteà impunè graſſabatur, coërceret:
nec tamen leuiores aut medias vſuras princeps æquiſſi-
mus eo caſu inductas voluit, ſed eas quæ proximè ad
grauiores accederent, propter incertam mercium æſtima-
tionem, quæ & alia multa ſingularia induxit contra iuris
rationem. Quamquam non tam incerta æſtimatio, quàm
incertus euentus fructuum fauorabiles facit huiuſmodi
conuentiones. Videtúrque potiùs his maioribus vſuris
cauſſam illud dediſſe quod etiam Iuſtiniani conſtitutio
in *d. l. eos*, vſuras centeſimas eo caſu permiſit quo ſpecies
fœnori darentur. Quas etiam ſpecies fœnori dari ſenſerit
non poſſum intelligere, niſi de mercibus intellexit: quæ
tamen

tamen Iureconſultis appellatione generis potiùs quàm
ſpeciei contineantur. Denique nullus apud nos legitimus
vſurarum modus eſt ſi decunces pro legitimis non ha-
beas, quandoquidem vt dixi tolerantur, dum ne initio
anni prorogentur, quod cùm fit, ex decuncibus fiunt de-
13 cunces. Frequentiores tamen † in iudiciis ſunt quin-
cunces, in ſtipulationibus ſeptunces cum ſemuncia, aut
Gallorum exemplo, vſuræ duodecimæ quæ anno demum
14 duodecimo æquant † ſortem. Galli dicunt *Au denier
douze, huit & tiers pour cent.* Sed de vſuris alio loco diſſe-
rendum nobis erit copioſiùs, non ſolum contra pragma-
ticos, ſed præcipuè contra *Carolum Molineum*, qui in eo
tractatu inſtar omnium eſt, ac cuius inter pragmaticos
non modò prima ſed ſuprema etiam autoritas eſſe ſolet.
Illud tantùm ſubiiciendum reſtat, non poſſe rationem
15 habere quod pragmatici volunt, ſiue † in fraudem legi-
timarum vſurarum antichreſis contracta ſit, ſiue vendi-
tor enormiſſimè & vltra iuſti pretij beſſem læſus fuerit,
condemnandum creditorem aut emptorem ad fructuum
reſtitutionem, nec viciſſim maiores quàm quincunces
vſuras aut accipere aut compenſare debere. Quidni enim
liceat ei retinere ex fructibus ad legitimum ſaltem vſ-
que modum? Vt diſputauimus in *errorem 9. Decad. ſu-
perioris.* Nam ſi quis putet decunces vſuras grauiores
eſſe quàm vt pro legitimis haberi debeant, cur non ſal-
tem admittemus beſſes, aut ſeptunces, aut denique vel
ex ipſa Iuſtiniani lege quæ nullo principis edicto ſubla-
ta eſt, ſemiſſes? Nam etſi tale pignus datum eſſet quod
legitimis illis vſuris non ſufficeret, nihilominus legiti-
mæ vſuræ deberentur *dicta lege, ſi pro mutua 8. Cod. ſi
16 cert. pet.* vbi quod † quidam pro *minoris* legunt *maioris*,
vel addita negatione *non minoris*, faciunt ſanè parum
ſubtiliter. Non enim ſenſus ille eſt quem putant viri
alioquin doctiſſimi & de iure noſtro meritiſſimi; Debi-
torem non ideò legitimas vſuras creditori denegare de-
bere quòd ei non minoris pretij pignus dederit quàm
ſumma ab eo accepta valeat, ſed hîc potiùs, creditorem
qui pignus accepit impar vſuris legitimis, non ideò co-
gendum eſſe vt leuioribus contentus ſit, aut prohiben-
dum ne legitimas quæ maiores ſunt exigat, quia nihil
commune habet æſtimatio pignoris cum debiti iure, ſiue
debitum ſortis intelligas ſiue vſurarum, & quemadmo-
dum non eo plus debetur creditori quòd pluris ſit pig-
nus quàm quod debetur, ita nec minùs ob id ſolùm quòd
pignus ſit minoris.

ERROR II.

*De diuiſione fructuum inter emptorem & vendi-
torem ſecuta ex pacto retrouenditione.*

SVMMARIA.

1 *Locus ſingularis in iure de venditione ſub pacto de re-
trouendendo & eius expoſitio.*
2 *Si venditor ſub pacto de retrouendendo pretium red-
diderit, aut legitimè obtulerit an ex tempore fru-
ctus omnes ſint ei reſtituendi, an pro rata temporis
diuidendi.*
3 *Pragmaticorum ſententia diuiſionem probans.*
4 *Quo prætextu æquitatis moueantur pragmatici.*
5 *Rerum dotalium fructus diuiduntur inter maritum &
vxorem aut eorum heredes, pro rata temporis quo
matrimonium ſtetit.*
6 *Fructus omnes ante retrouenditionem pertinere ad em-
ptorem; poſt eam verò ad venditorem, contra prag-
maticos.*
7 *Facilis eſt & fauorabilis fructuum aut vſurarum re-
miſſio præſertim cùm agitur ex pacto in traditione
rei venditæ adiecto.*
8 *Contracta venditione ſub pacto adiectionis in diem is
cui addicta res eſt non ſolum vſucapere poteſt, ſed &
fructus & acceſſiones omnes lucrari.*
9 *Quod de fructibus dotis inter virum & vxorem diui-
dendis conſtitutum eſt, ex ſpeciali dotis iure pendet:
nec ad venditionem ſub pacto de retrouendendo trahi
poteſt, & cur.*
10 *Cautela pro emptore ſub pacto de retrouendendo.*

MONVIMVS in ſuperioribus vnicum † in 1
toto iure locum eſſe in quo agatur de ven-
ditione facta ſub pacto. De retrouenden-
do. Is eſt in *l. 2. C. de pact. inter empt. &
vend.* Cuius verba hæc ſunt, *ſi fundum pa-
rentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eo-
rum emptori pretium quandocumque vel intra certa tem-
pora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere con-
ditioni dictæ heres emptoris non paret, vt contractus fides
ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur
habita ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantita-
tem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Quæ poſtre-
ma verba omnes intelligunt, & rectè de fructibus per-
ceptis ex re vendita retrouendenda, vt emptor ad eorum
reſtitutionem condemnetur, ex quo venditor pretium
reddidit aut legitimè etiam obtulit. Sed an fructus † 2
omnes venditori reſtituendi, an pro rata temporis diui-
dendi ſint, inter iuris interpretes dubitatur. Pragmatici † 3
non dubitant, ſed pro explorato habent diuidendos eſſe
pro rata temporis quo venditio ſtetit, vt ſi venditio ter-
tia parte anni conſtiterit, tertiam quoque fructuum par-
tem ferat emptor, reliquæ partes duæ ad venditorem per-
tineant, ſiue illius anni quo facta retrouenditio eſt, per-
cepti fuerint fructus ab emptore, ſiue à venditore. Cuius
ſententiæ primus autor fuiſſe creditur *Raphaël Comenſis
ad legem, qui Romæ 122. in principio. Dig. de verborum
obligation.* Quem ex recentioribus poſt alios innumeros
ſecutus eſt *Didacus Couarr. lib. 1. variar. reſol. cap. 15. n. 7.*
Mouentur pragmatici † non iuris ratione aliqua, ſed vt 4
ſolent, prætextu illo æquitatis, quòd ferendum non ſit
ſiue emptorem ſiue venditorem & rem ſimul & pretium
habere: quorum tamen alterutrum contingere neceſſe
eſſet ſi ad eum ſolùm totius anni fructus pertinerent qui
eos percepiſſet. Nam ſi ante retrouenditionem percepti
fructus eſſent, frueretur primus emptor & re, & pretio.
Haberet enim pretium ſibi à venditore reſtitutum, & ni-
hilominus fructus iam à ſe perceptos retineret. Sin poſt
retrouenditionem, habet primus venditor integros fru-
ctus, qui fortaſſe toto illo anno pretium retinuiſſet, nec
niſi pridie meſſium aut vindemiarum pecuniam emptori
reddidiſſet. In eámque rem abutuntur etiam pragmatici
poſt interpretes exemplo rerum dotalium, quarum † fru- 5
ctus conſtat diuidi inter maritum & vxorem, aut eorum
heredes, pro rata temporis quo matrimonium ſtetit, *lege
fructus 7. §. Papinianus alias, lege diuortio. D. ſolut. matrim.*
Non erimus hîc longiores in errore illo refellendo, quia
de eo latiùs tractandum nobis erit in Diſputationibus
forenſibus. Hoc tantùm dicemus, iuris † rationem nul- 6
lomodo pati, vt fructus qui iure ſoli non ſeminis perci-
piuntur, *lege qui ſcit 25. §. 1. Digeſt. de vſuris*, ad alium
pertineant quàm ad eum qui & dominus eſt, cùm eos
percipit, & iure dominij percipit. Atqui emptor ante re-
trouenditionem plenè dominus eſt fundi ſibi venditi,
licèt retrouendere teneatur: ſicut & venditor poſt fa-
ctam retrouenditionem. Ergo neceſſe eſt, vt qui fructus
ante retrouenditionem percepti ſunt ab emptore, toti &
integri ad eum ſolum pertineant, & contra quotquot à
venditore poſt retrouenditionem, toti & integri ad ven-
ditorem. Nec eſt quod aut hic aut ille ſiue hoc ſiue illo
caſu conqueratur. Imputare namque ſibi debet qui nul-
lam fructuum partem habet, cur non melius ſibi proſpe-
xerit, & ab initio cauerit, vt ſecuta quandocumque re-
trouenditione fructus pro rata temporis diuiderentur.

Digitized by Google

Quod ſi factum eſſet, iniquitas hodie nulla ſubeſſet, quæ
tamen potuit contrario euentu aduerſario nocere ſi re-
trouenditio alio tempore, id eſt, aut citiùs aut tardiùs
facta fuiſſet: Ideóque nec iniquum ius illud videri po-
teſt propter dubium in vtramque partem euentum. Non
enim audiendus eſt qui id petit cuius contrarium in
contrarium euentum non fuerat poſtulaturus *l. penultim.*
Cod. de ſolut. Etſi autem in eo diſpar conditio eſt empto-
ris & venditoris, quod in emptoris poteſtate non eſt
quo tempore fiat retrouenditio vt fructus ſibi acquirere
poſſit, ſed totum id in arbitrio venditoris eſt qui ius ha-
bet redimendi, quandocumque & ab inuito etiam em-
ptore, tamen non habet emptor de quo magis quam de
ſe conqueratur, qui tam liberam dederit venditori quan-
documque redimendæ rei facultatem, nulla de partici-
pandis fructibus aut de vſuris adiecta pactione. Neque
verò nouum eſt, vt emptor & fructibus fundi venditi &
vſuris pretij careat eo anno quo fit retrouenditio cùm ita
conuenit, licèt bonæ fidei contractus qualis eſt emptio-
nis & venditionis non perinde hanc admittat conuen-
tionem, vt aut venditor, aut emptor & pretium ſimul &
rem amittat *leg. ex empto 11. §. vlt. Dig. de actione empt.*
7 Facilis † enim eſt & fauorabilis fructuum aut vſurarum
remiſſio: præſertim cùm agitur ex pacto in traditione rei
venditæ adiecto, *leg. in traditionibus 49. D. de pact.* Si ta-
lis pactio ſit quam æquitas contractus non reſpuat. Nam
cùm pactum ſit pars pretij *l. fundi partem 73. D. de con-*
trahend. emption. leg. ſi venditor 6 in fin. Digeſt. de ſeru. ex-
port. conſequens eſt vt quo commodius aut incommo-
dius venditori pactum eſt, eo pluris aut minoris vendi-
diſſe rem videatur, quemadmodum *vltimo ſuperioris De-*
cadis capite à nobis tractatum eſt. Sic dicimus contracta
8 † venditione ſub pacto addictionis in diem, cum cui ad-
dicta res eſt non ſolùm vſucapere poſſe, ſed & fructus &
acceſſiones omnes lucrari *leg. 2. §. vltim. D. de in diem ad-*
dict. non adhibita diſtinctione illa quæ fructuum diui-
ſionem pro rata temporis inducat, licèt alio emptore exi-
ſtente qui meliorem adferat conditionem, atque ita re-
ſoluta venditione fructus perceptos ſimul cum re ipſa
reſtitui oporteat *l. 4. §. idem Iulianus lib. 1. & l. 6. D. eodem.*
Nec ſimile eſt quod pragmatici adferunt de fructibus
9 dotis inter virum & vxorem diuidendis. Id enim † fit
ſpeciali quodam iure dotis quæ non adeò abſolutè ma-
riti eſt, conſtante matrimonio, vt non etiam mulieris eſſe
videatur. Quamuis enim ſit in bonis mariti, eſt tamen
mulieris, *l. quamuis 75. D. de iure dotium. l. in rebus 30.*
Cod. eodem. Quamquam in illa etiam quæſtione. De fru-
ctuum dotis diuiſione erratum eſt à pragmaticis & in-
terpretibus, vt docuimus *lib. 1. Coniectur. capit 13.* At res
vendita ſub pacto de retrouendendo quamdiu retrouen-
dita non eſt pleno iure eſt emptoris, licèt cum onere re-
trouendendi. Ideóque nihil prohibet cur non fructus
omnes ad eum quoque pertineant. Idémque in vendito-
re tractari poteſt poſt retrouenditionem. Et ſanè verba
illa legis *habita ratione eorum quæ ad aduerſarium perue-*
nerunt demonſtrant apertiſſime fructus venditori eſſe re-
ſtituendos, non etiam diuidendos. Prudentiùs igitur † fa-
10 ciet emptor ſi cùm paciſcitur de retrouendendo, paciſca-
tur etiam de fructibus pro rata temporis diuidendis, vt
neque dubitationi, neque errori pragmaticorum locus
ſuperſit: idque paſſim hodie fit. Peccatur tamen à ple-
riſque in eo quòd paciſcuntur ne ante certum anni
tempus redimere venditor poſſit. Quæ pactio ſicuti facit
vt redimendi facultas non ſit libera, ita ſuſpectam reddit
venditionem, vt contractus ſimulatus & pignoratitius
potiùs quàm venditio facta eſſe videatur, ſecundùm ea
quæ diximus *in errorem 9. Decadis ſuperioris.* At pactio
illa de fructibus inter redemptorem, & retrouenditorem
diuidendis, non facit vt eo minùs libera ſit redimendi fa-
cultas, neque iniqua eſt aut à iuris ratione aliena cùm ha-
bet expreſſam contrahentium voluntatem.

ERROR III.

De diuidendis inter emptorem & debitorem fru-
ctibus pignorum redemptorum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum fructus pignorum redem-*
ptorum inter emptorem & debitorem diuidendi ſunt
pro rata temporis.
2 *Pignorum redemptorum fructus omnes debitori intra*
conſtitutum tempus redimenti reſtituendos eſſe con-
tra pragmaticos, & num. 13.
3 *Idque obtinere ſiue creditor ipſe emerit*
4 *Siue extraneus.*
5 *Pignorum venditio quatenus ſit ſimilis venditioni quæ*
fit ſub pacto addictionis in diem.
6 *Vt verum ſit illud facta venditione ſub pacto addictio-*
nis in diem fructus interea perceptos priorem empto-
rem ſequi.
7 *Venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo, vt differat*
à venditione pignorum, item ea quæ fit ſub pacto
addictionis in diem.
8 *Retrouenditio ſecunda eſt venditio, non reſolutio prioris.*
9 *Cum pignus redemptum intra ſemeſtre redimitur nul-*
la venditionis Laudemia debentur: ſecus ſi poſt ſe-
meſtre.
10 *Facta venditione ſub pacto de retrouendendo iam tum*
laudemia debentur directo domino: ſecuta verò re-
trouenditione alia etiam debentur niſi conſuetudo
loci obſtet.
11 *Facta retrouenditione apud Sebuſianos nulla debentur*
laudemia, at apud Sabaudos debentur dimidiata.
12 *Cùm redimuntur pignora vendita, non tam redimi*
quàm lui deberi.
14 *Eplicatur ſententia ſtatuti Sabaudici conſtituentis vt*
fructus poſt addictionem percepti ſpectent ad empto-
rem.
15 *Fructus pendentes qui propriè dicantur.*

NON abſimilis, ſed tamen ſuperiori errori
contrarius hic eſt hoc ipſo quod ad hunc
quoque caſum quo agatur de fructibus † 1
pignorum redemptorum inter emptorem
& debitorem diuidendis, pragmatici noſtri
idem ius accommodant quod ad illum de quo proximè
diximus, De fructibus rei retrouenditæ inter emptorem
& venditorem partiendis. Putant enim vtroque caſu di-
uiſionem pro rata temporis fieri debere. Nos verò ſicuti
fructus omnes rei retrouenditæ ad eum pertinere pro-
bauimus qui eos percepit, ſiue emptor ille ſit ſiue vendi-
tor, dum ne culpa vlla aut mora arguatur, ita & pigno-
rum redemptorum † fructus omnes debitori intra con- 2
ſtitutum tempus redimenti reſtituendos eſſe contendi-
mus, nec ſolùm ſi creditor ipſe in vicem extranei empto-
ris emiſſe proponatur, quod minorem habet dubitatio-
nem, ſed etſi extraneus. Nam cùm creditor † ipſe emit, li- 3
cèt extranei potiùs quàm creditoris iure, in eo tamen
meliùs iuris habere debet quàm extraneus, quòd non
tam alienæ rei comparandæ quàm ſui conſequendi gra-
tia ad emptionem acceſſiſſe intelligitur, quemadmodum
dici ſolet de fideiuſſore qui pignora debitoris emit à cre-
ditore aut à confideiuſſoribus, aut de ſecundo creditore
qui emit à primo *l. cùm ſecundus. 5. §. 1. & l. ſeq. D. de di-*
ſtract. pignor. l. Paulus reſpondit 59. D. de fideiuſſ. Ideóque
ſufficit indemnem illum præſtari quòd facilè fit etiamſi
fructuum commodum ei eripiatur dummodo debitum
integrum cum vſuris & legitimis acceſſionibus ipſi præ-
ſtetur *l. 1. Cod. de dolo. l. ſi mandatu 59. §. 1. D. mandat.*
Nec

Nec dubitarem quin eodem exemplo admitti etiam de-
beret ſaluum debitori ſupereſſe quandocumque offeren-
di debiti niſi ſtatuti noſtri autoritate in eam rem ſe-
meſtre conſtitutum eſſet, ne creditori neceſſe ſit ad im-
petrandum dominium eas ſequi ambages quas induxit
conſtitutio Iuſtiniani *De iure dominij impetrando.* Cùm
4 verò extraneus † emit pignus, ſicuti verus nudúſque
emptor eſt, ita nemo dubitat quin veri prorſuſque extra-
nei emptoris, non etiam creditoris iure cenſeri debeat, ac
proinde fructus omnes quos ex die ſibi factæ addictio-
nis percepit, ſuos faciat. Quod & ſtatuti verbis expreſſim
5 cautum eſt. Sed tamen dico eam venditionem † perſimi-
lem eſſe venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in
diem, quæ licèt purè contracta ſit, tamen reſoluitur ſub
conditione, ſi intra dictum diem alius emptor exiſtet, qui
meliorem adſerat conditionem *l. 1. 2. & ſeqq. D. de in
diem addict.* Nam & hæc pignorum venditio ſiue ipſi
creditori, ſiue extraneo emptori fiat, purè quidem fit &
abſolutè, ſed ita tamen vt reſoluatur, & pro non facta ha-
beatur ſi intra ſemeſtre pretium à debitore reddatur: in-
terea igitur non niſi in tempus illud ſemeſtre addictio
fieri intelligitur: Et conſequenter ſicut is qui emit ſub
pacto addictionis in diem fructus intereà lucratur iure
dominij ſi venditor dominus fuit, aut iure bonæ fidei
poſſeſſoris, itémque vſucapit ſi à non domino emit, ita &
is qui pignora emit ſub haſta, dominus quidem ex cauſſa
emptionis factus videri debet ſecuta ſcilicet traditione,
ob idque fructuum quoque commodum tanquam do-
minus ſibi proculdubio acquireret, etiamſi ſtatuto nihil
de ea re cautum eſſet. At non inde fit quominus reſtitu-
to intra ſemeſtre pretio, atque ita reſoluta ipſo iure ven-
ditione eos fructus reſtituere debeat debitori, lucratu-
rus eos vtique ſi pretium ſuo tempore redditum non
6 fuiſſet. Nam & quod diximus facta venditione † ſub pa-
cto addictionis in diem, fructus interea captos empto-
rem priorem ſequi toties verum eſt quoties nullus em-
ptor exiſtit qui meliorem conditionem adferat, vel fal-
ſus exiſtit, ſin verò extitit emptor, poſterior fructus re-
fundere priorem debere conſtat, & quidem venditori *l.
item quod dictum eſt 6. D. eod.* quaſi nulla facta venditio-
ne quæ ſcilicet ſemel reſoluta conuentionis iure, & po-
teſtate, pro eo habetur acſi facta numquam fuiſſet, in có-
7 que nimirum differt † venditio pignorum, itémque illa
quæ fit ſub pacto addictionis in diem, ab ea quæ fit ſub
pacto de retrouendendo. Nam cùm pàctum de retrouen-
dendo interceſſit, non reſoluitur venditio ipſo iure, &
ſola conuentionis poteſtate, ſed facto opus eſt, & retro-
uenditione & retrotraditione, quoniam & conuentio-
nis verba ſic ferunt: Indéque fit vt etiamſi ſecuta ſit re-
trouenditio, fructus tamen ab emptore priùs quàm re-
trouenderet perceptos, ab eo reſtitui non oporteat, vt-
pote quos non poſſit videri nullo iure percepiſſe, cum
eos perceperit ex cauſſa venditionis quæ tunc ſubſiſte-
bat vt ſemper ſubſtitit. Sequens enim venditio ab empto-
re venditori facta, licèt ex neceſſitate pacti, non magis
extinguit, aut perimit priorem quàm ſi eam rem à ſe em-
ptam abſolutè nullóque adiecto pacto de retrouenden-
do emptor, aut venditori ſuo aut etiam alij vltro vendi-
8 diſſet. Retrouenditio † enim, ſecunda venditio eſt non
reſolutio prioris. Inter quæ quantum interſit, nemo non
videt. At cùm pignus venditum redimitur, nulla traditio
aut noua venditio fit, ſed hoc ipſo quod emptori pre-
tium reſtituitur cum legitimis acceſſionibus, venditio
quæ fuerat non ſolum contracta, ſed etiam perfecta re-
ſoluitur ipſo iure, & dominium emptori quæſitum ad
debitorem ſuo marte recurrit. Ex quo illud etiam fit vt
9 nulla hoc caſu † venditionis laudimia debeantur, ſecuta
redemptione intra legitimum tempus, quaſi nulla ven-
ditione intercedente. Sed incipit laudimiorum obligatio
eo tempore quo iam elapſo ſemeſtri certum eſſe incipit
venditionem ampliùs reſolui non poſſe. Licèt eo caſu
laudimia quæ non niſi propter dominij tranſlationem
debentur, præſtanda ſint ei qui tempore addictionis do-
minium directum habuit, aut ius à domino directo, non
autem illi qui eo tempore quo ſemeſtre elapſum eſt, quia
verum eſt iam inde ab ipſo addictionis die dominium
tranſlatum fuiſſe in emptorem, quamuis non irreuocabi-
liter. Ex contrario conſtat venditione † facta ſub pacto 10
de retrouendendo, iam tam laudimia deberi domino di-
recto, ſecuta verò retrouenditione, alia etiam deberi
conſuetudo loci non obſtet, quæ cùm ſeruanda ſit, ple-
rumque facit vt ex retrouenditione † aut nulla, vt apud 11
Sebuſianos meos, aut minora & dimidiata, vt apud Sabau-
dos debeantur. Eóque iure paſſim Senatus noſter vtitur.
Denique cùm pignora † redimuntur, non tam redimi 12
quàm lui videntur, tametſi verum ſit pignoris ius extin-
ctum fuiſſe ex quo quæſitum eſt creditori dominium,
quia non potuit ei res ſua eſſe obligata *l. penult. §. vlt. ff.
de except. rei iudic.* Sed lui dicuntur, quia ſola pretij &
legitimarum acceſſionum oblatio perinde diſſoluit ius
omne creditoris, acſi ſolum pignoris vinculum fuiſſet.
Nam & ſic dicimus eos qui ab hoſtibus redempti ſunt,
quoad exſoluatur pretium magis in cauſſam pignoris
conſtitutos quàm in ſeruilem conditionem detruſos vi-
deri *l. 2. C. de poſtlim. reuerſ. l. ſi patre 15. l. ſi quis in ge-
nuam 21. D. eod.* Et tamen certum eſt conſtitutionem quæ
de redemptis lata fuit, cum ſeruum qui redemptus eſt fa-
cere redimentis *l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum & ſeq. D.
eod.* Nimirum quia intra legitimum tempus offerendi
pretij facultas priori domino ſupereſt, vt ibidem Try-
phoninus ait, eáque oblatio luitio magis quàm noua
emptio aut redemptio dici debet, vt Vlpianus loquitur
in *d. l. ſi patre redempto.* Conſequens igitur eſt ſupe-
rioribus vt emptor † omnes eos fructus quos ex pigno- 13
re vendito, ſibique velut in diem addicto percepit,
perinde debeat reſtituere debitori intra ſemeſtre luenti,
acſi nulladum facta venditione pignus lueretur. Idem
enim beneficio ſtatuti ius manet debitoris poſt addictio-
nem intra tamen ſemeſtre tempus, quod fuit ante addi-
ctionem: nec plus iuris habet extraneus emptor quàm
creditor ipſe ad impediendam pignoris luitionem, quia
quòd extraneus potiùs quàm creditor emerit, deterio-
rem facere debitoris conditionem non poteſt. Nec eſt
contrarium quod ſtatuti † verbis nominatim cautum 14
legimus, vt fructus poſt addictionem percepti ſpectent
ad emptorem. Nam & idem, vt diximus, proditum eſt
de emptore cui vendita res eſt ſub pacto addictionis in
diem *d. l. 2. de in diem addict.* neque tamen ea res ex-
cludit quominus emptor eos fructus reſtituere debeat
venditori reſoluta quandocunque venditione *d. l. item
quod dictum 6. eod.* Atque ita ſtatutum intelligendum
eſſe ex eo apparet, quod eo ipſo cautum etiam eſt, vt ſe-
meſtre luendis pignoribus datum incipiat currere à die
addictionis, nec proinde de aliis fructibus ſenſiſſe videri
poteſt, quàm de iis qui intra proximum illud ſemeſtre
percepti ſint. Atqui non poſſunt intra ſemeſtre illud
percipi niſi qui iam tùm cùm venditus & addictus fun-
dus fuit, in fundo fuerint & pars fundi. Non enim
fructus tantùm pendentes videntur pars fundi *leg. fru-
ctus pendentes 44. D. de rei vendicat.* Sed & fundi eſſe
intelligitur, quicquid terra in ſe tenet *leg. fundi 17.
D. de action. empt.* & quod *dicta leg. fructus*, tractat de
fructibus pendentibus non ſit hac parte ad differentiam
ſatorum nondum pendentium, vt quidam putant, li-
cèt magis eleganter & propriè pendentes † dicantur, 15
qui iam ſunt maturi, ſed tantùm ad differentiam per-
ceptorum, & à fundo ſeparatorum. Itaque fructus illi
ad emptorem pertinent non tanquam fructus rei ven-
ditæ quos neceſſe ſit ipſius rei dominium & dominum
ſequi, ſed tanquam ipſi venditi, cùm vtique nemo ſit
qui non pluris æſtimet fundum ex quo fructus intra
ſemeſtre ſperet, quàm ſi nullos en anno ſperaret. Igitur
reſtituto pretio ſatis conſulitur indemnitati emptoris,
etiam quod ad fructus attinet, dummodo vſurarum
ſicut

ſicut & cæterarum acceſſionum ratio habeatur. Etſi au-
tem à ſtatuto hactenus contraria lege receſſum eſt, quod
hodie ſemeſtre illud non à die addictionis, & vt ſtatu-
tum loquitur, expeditionis computatur, ſed die miſſio-
nis in poſſeſſionem. Non eò minùs tamen rectum etiam
hodie eſt argumentum quod à ſtatuto ducitur, ratione
fructuum, quandoquidem ſtatuti potiſſimum autoritate
nituntur qui fructus emptori aut in totum, aut pro rata
temporis adiudicant.

ERROR IV.

Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis.

SVMMARIA.

1 *Si alius fuit dominus directus aut ab eo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori addictum eſt, alius vero eo tempore quo ſemeſtre pignoribus luendis præſtitutum præterierit: laudemia debentur priori, non poſteriori.*

2 *Qua ratione diſputent pragmatici quidam laudemia potius deberi ei qui poſterioris temporis ius habuit.*

3 *Venditionem pignorum de qua agitur ſub conditione contractam videri pragmaticis, quod ſit reſolubilis ſub conditione.*

4 *Sed falsò.*

5 *Error pragmaticorum de conditionibus retrotrahendis exploditur.*

6 *Alia ratio pragmaticorum, qua ſtatuunt laudemia non priori ſed poſteriori domino aut conductori deberi.*

7 *Rationis refutatio.*

8 *Accuratè expenditur ratio ſub nu. 2. propoſita.*

QVod obiter ſuperiore capite diximus, ſi alius
1 fuit † dominus directus, aut à domino di-
recto cauſſam habens eo tempore quo pi-
gnus venditum & emptori addictum eſt,
alius verò eo tempore quo ſemeſtre luendis pignoribus
venditis præſtitutum præterierit, laudimia ei deberi qui
anterioris temporis ius habuit, non ei qui poſterioris,
certiſſimi quidem iuris eſt, præſertim poſt ſenatuſcon-
ſulta in hac re reddita, quæ dubitationem omnem ſu-
ſtulerunt, ſed tamen non ita facile pragmaticis omnibus
cognitum, nec iis ipſis quibus cognitum eſt, qua ratio-
ne admitti debeat, ſatis perſuaſum. Non enim deſunt,
2 qui in contrarium diſputent † eius potius temporis ra-
tionem in adiudicandis laudimiis habendam eſſe quo
dominium irreuocabiliter, vt loquuntur, acquiratur
emptori, quod non priùs euenit, quàm elapſum ſit ſe-
meſtre intra quod luendi ius ſaluum eſt debitori. Nam
etſi laudimia debentur ob ſolam dominij tranſlationem
quam portò conſtat fieri ex ipſo die addictionis, & ante
lapſum ſemeſtre, cùm tamen ea tranſlatio ſic facta ſit vt
ſola pretij & acceſſionum reſtitutione intra legitimum
tempus ſecuta, non ſolùm traditio, ſed ipſa quoque
traditio ad nihilum deducatur, non videtur ſatis habere
virium ad inducendam obligationem laudimiorum, niſi
à quo tempore incipit non poſſe reuocari. Eiúſque rei
fortiſſimum argumentum illud præbet, quod omnes fa-
tentur & veriſſimum eſt, ſi intra ſemeſtre luitio facta
ſit, laudimia nulla deberi, licèt non eo minus verum ſit
tranſlationem dominij aliquando factam fuiſſe, quia
illud etiam verum eſt, ſic factam eſſe, vt poſtea ipſo iure
fuerit reſoluta: Annon igitur maior ratio eſt, vt ei de-
beantur qui ſit dominus directus aut à domino directo
cauſſam habeat eo tempore quo ſic perficitur, & con-
firmatur venditio, vt neque reſolui, neque reuocari
amplius poſſit? Magna ſanè & ardua obiectio eſt, quam
vix poſſit meo iudicio diſſoluere qui non in prudentum
meliùs quàm in pragmaticorum ſcholis & ſubtilitatibus
ſit verſatus. Addunt pragmatici, venditionem † hanc 3
pignorum, cùm luitione intra conſtitutum tempus ſe-
cuta reſolubilis ſit, vt ita loquar, perinde habendam
ac ſi facta eſſet ſub conditione illa ſi intra ſemeſtre pi-
gnus non luetur. Vt inferant conditionis euenientis
potiùs quàm contractus initi tempus ſpectandum eſſe.
Etſi enim non ignorant in conditionalibus quoque ſti-
pulationibus ſpectari ſolere tempus quo contractum
fuit, non quo conditio euenit *leg. ſi filiuſfamilias 76. D. de verbor. obligat.* Id tamen cum ea ratione fieri pu-
tent quòd conditio quandocumque exiſtens ad tempus
contractus retrotrahatur ex *leg. qui balneum 9. & l. potior 11. D. qui potior. in pignor. hab.* negant locum ha-
bere poſſe in propoſito, quia conditio illa, *Si pignus intra ſemeſtre non luetur* eſt poteſtatiua, vt loquuntur;
quandoquidem eſt in poteſtate debitoris vt pignus luat
aut non. In quo genere poteſtatiuarum conditionum
receptum eſt vt nunquam retrotrahantur in præiudi-
cium tertij cui medio tempore ius quæſitum eſt, quaſi
medio inhabili conſtituto quod habile eſſe deberet ad
inducendam retroactionem. Ne alioqui in poteſtate de-
bitoris ſit creditoris ſui deteriorem facere conditionem.
Sed ratio hæc in multis peccat. Et in eo primùm quod
venditionem hanc † pignorum ideò ſub conditione con- 4
tractam videri vult, quòd ſit reſolubilis ſub conditione.
Multum namque intereſt an venditio ſub conditione
contrahatur, an ſub conditione reſoluatur, vt Iurecon-
ſulti tractant in venditione facta ſub pacto addictionis
in diem aut legis commiſſoriæ *leg. 1. & 2. D. de in diem addict. leg. 1. & 2. D. de leg. commiſſ.* Hæc de qua agi-
mus proculdubiò contrahitur purè, cùm neque mora ne-
que conditione ſuſpendatur, licèt ſub ea conditione re-
ſolui poſſit, ſi intra ſemeſtre pignus luetur. Itaque fru-
ſtra quæras an conditio ſit poteſtatiua, an caſualis: aut
mixta, quæ tres conditionum ſpecies ſunt, itémque an
retrotrahi debeat nécne. Sed tamen illa etiam ratio hæc
pragmaticorum improbabilis eſt, quòd ex interpretum
ſententia tractat de conditionibus retrotrahendis. Nam
† cùm conditio quælibet priuſquàm exiſtat nihil niſi 5
priuatio ſit, poſtquam verò extitit ne quidem priuatio
ſit, non magis fieri poteſt vt exiſtens retrotrahatur,
quàm vt quod non eſt, ſit aut eſſe videatur, quandoqui-
dem & ipſa priuatio nihil aliud quàm nihil eſt, vt plu-
ribus contra interpretes diſputauimus *lib. 15. Coniectur. cap. 6. & 7.* Tertia pragmaticorum † ratiò affertur quòd 6
addictio illa quæ fit ſub haſta, adeóque miſſio in poſſeſ-
ſionem quæ ſequi ſolet, comparanda videatur primo
decreto, adiudicatio verò illa quæ poſt elapſum ſeme-
ſtre fieri ſolet, ſecundo decreto: nam & decreti inter-
poſitio à pragmaticis appellatur, poſtquam nullum
luendi ius ſupereſt debitori. Certum autem eſt non ex
primo decreto dominium acquiri, ſed ex ſecundo. Quod
ſi ita eſt, illud etiam conſequens videtur, vt laudimia,
quæ, vt diximus, propter dominij tranſlationem deben-
tur, non priori ſed poſteriori domino aut conductori
debeantur. Sed ridicula † quoque hæc ratio eſt; duabus 7
potiſſimùm de cauſſis, quarum vna illa eſt, quod nihil
commune aut ſimile habet huiuſmodi venditio & decre-
ti interpoſitio cum primo & ſecundo decreto de quo Iu-
reconſulti quibuſdam locis tractant, vt ſequenti capite
dicemus. Altera quòd dominium pignoris ſub haſta
venditi irreuocabiliter acquiritur emptori, non per illam
interpoſitionem decreti quod illi ſecundo decreto com-
parant, ſed per ſolum lapſum temporis, id eſt, ſemeſtris
quod luendis pignoribus præfinitum eſt, licèt nondum
decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes, quia nec niſi
poſt elapſum ſemeſtre decreto confirmari poſſunt. Illa
tamen ratio † pro ſecundo domino aut conductore 8
multum vrgere videtur, quòd dominium ex addictio-

ne emptori quæſitum, non niſi poſt lapſum ſemeſtre, irreuocabiliter quæſitum intelligitur. Eo autem emptore non videtur res eſſe integra vt iam inde à die addictionis dominium planè & irreuocabiliter quæſitum eſſe retrofingatur, obſtante nimirum eadem ratione, quæ conditionis poteſtatiuæ retroactionem impediret ſi conditio alioquin retrotrahi poſſet, quod alteri medio tempore ius quæſitum ſit. In eóque tota huius quæſtionis difficultas conſiſtit. Impugnat enim apertiſſimè & validiſſimè rationem illam, quæ vna pro priore domino & conductore facit, quod iam inde à die addictionis perfecta venditio, pignoriſque dominium in emptorem translatum intelligatur. Reſpondendum eſt ſubtiliter quidem, ſed tamen verè,& ex ipſiſſima iuris ratione, imò verò eſſe omnia integra, quia nec quicquam iuris videri poteſt quæſitum poſteriori domino aut conductori priuſquàm ſemeſtre totum præterierit, quando nec antè laudimia debentur. Atqui vltimo ſemeſtris inſtanti & conſequenter priuſquam ſemeſtre præterierit (vltimum enim illud inſtans ſemeſtri neceſſariò computandum eſt) certum eſſe incipit non poſſe luitionem pignoris fieri intra tempus conſtitutum, quoniam ſolutio & numeratio debiti quam præcedere neceſſe eſt ad luendum pignus, conſiſtit in facto, & quidem in facto hominis, quod vnico inſtanti perfici non poteſt, arg. *l. vlt. D. de condic. inſtit.* Ex eo igitur inſtanti, ac proinde re adhuc omnino integra incipit dominium abſolutè & irreuocabiliter ei quæſitum eſſe cui pignus fuerat venditum & addictum. Non enim ſicuti ineſſe eſt totum ſemeſtre, id eſt, vltimum quoque ſemeſtris inſtans præteritum eſſe vt incipiat præſtandorum laudimiorum obligatio, (quia prius eſt vt initio fieri poſſe deſierit, neque verò eodem inſtanti vtrumque fieri poteſt, vt & cauſſa naſcatur & effectum producat) ita dici poteſt neceſſarium eſſe vt inſtans illud præterierit ad irreuocabilem acquiſitionem dominij, quod ſcilicet iam anteà fuit quæſitum, nam vt reuocari non poſſit in priuatione & in ſolo temporis lapſu conſiſtit non in facto, ideóque vnico inſtanti incommodè id fit, nec naturæ aut hominis factum vllum requirit: inde fit vt vltimo ſemeſtris inſtanti verum ſit dicere dominium emptori ex addictione irreuocabiliter quæſitum eſſe. Neque tamen verum ſit dicere laudimia iam deberi, ſed tantùm debita iri, quia prius quoque eſt vt dominij acquiſitio ſit irreuocabilis, aut vt meliùs loquar, irreſolubilis, quàm vt ob eam laudimia vlla debeantur, cùm ea irreuocabilis acquiſitio dominij velut cauſſa ſit quæ producit laudimiorum obligationem tanquam effectum. Sed etſi eodem inſtanti vtrumque fieret vt & dominij acquiſitio irreuocabilis eſſe & laudimia deberi inciperent, non eo minùs tamen res integra videri deberet ad confirmandum ius prioris domini, vel conductoris, quia ad excludendum poſteriorem ſufficit nihil eum iuris habuiſſe in petendis laudimiis medio tempore, id eſt, à die addictionis & quæſiti per addictionem dominij ad eum vſque diem quo cœperit facta eſſe irreuocabilis acquiſitio dominij quæ fuerat antea irreuocabilis. Ita enim apparet eſſe omnia integra, nec medium vllum inhabile eſſe quod ab extremo à quo ad extremum ad quod liberum impediat regreſſum. Atque hæc vera veri iuris ratio eſt quam ex pragmaticis etiam illi ignorant qui vt benè ſentiant caſu magis quàm ratione mouentur.

ERROR V.

De interpoſitione decreti quæ fit antequàm ſemeſtre præterierit.

SVMMARIA.

1 *Error Sebuſianorum pragmaticorum qui eodem libello peti volunt miſſionem in poſſeſſionem pignorum venditorum & interpoſitionem decreti, vt ſubhaſtationes rectè facta pronuntientur.*

2 *D. erroris refutatio.*

3 *Pragmaticos Sebuſianos & offendere in legem, & debitori iniuriam facere quantumuis clauſulam illam, ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto, libello adiiciant.*

4 *Obiectio pragmaticorum, & eius dilutio.*

Peculiaris hic error meorum Sebuſianorum, † quibus tantò magis æquum eſt à nobis conſuli peculiari quodam iure. Qui 1
enim apud eos præcipua pragmaticorum laude floruerunt, iam pridem induxere, vt eodem libello petatur miſſio in poſſeſſionem pignorum venditorum, & interpoſitio decreti vt ſubhaſtationes ritè rectéque factæ perfectæque pronuntientur. Quæ res apertè pugnat † cum lege noſtra prouinciali quæ de 2
toto iudiciorum ritu & ordine breuiter nec obſcurè aut incomptè ſcripta eſt. Habet enim diſertis verbis, non priùs petendam eſſe decreti interpoſitionem, quàm ſemeſtre præterierit, cuius tempora non niſi à die miſſionis in poſſeſſionem currere incipiunt, cùm olim currerent à die addictionis, & vt ſtatutum loquitur, expeditionis. Fieri ergo non poteſt vt eodem libello ac eodem tempore, & miſſio in poſſeſſionem & interpoſitio decreti iure poſtuletur. Scio pragmaticos † Sebuſianos vt 3
huic obiectioni occurrant ſolere obſeruare vt tam in libello quàm in ſententia quæ intra ſemeſtre decretum interponit, adiiciant clauſulam hanc *ſaluo luendi iure quod intra ſemeſtre competit ex ſtatuto*, & eum erroris ſui colorem quærere, quòd hac via fiat vt vtraque quæſtio & miſſionis in poſſeſſionem & interpoſitionis decreti citiùs expediatur. Sed tamen præter id quòd offendunt in legem, quæ ſicuti ſcripta ita ſeruanda eſt quantumuis dura *l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manumiſſ.* faciunt etiam iniuriam debitori cui duobus modis lex fauere voluit, commiſeratione vt puto inopiæ, quæ debitores plerumque impedit ne intra ſemeſtre poſſint luere pignus, aut præſenti oblatione facere ne pignora diſtrahantur. Nam cùm ſemeſtre illud ſtatutarium breuius videretur quàm vt miſero debitori ad conquirendas & explicandas pecunias ſufficere poſſet ſi à die addictionis & expeditionis vt ſtatutum volebat computaretur, viſum eſt æquius, vt nonniſi à die miſſionis in poſſeſſionem quæ aliquando expeditionem longo ſequitur interuallo, currere inciperet, quò laxiùs & indulgentiùs cum debitore ageretur. Elapſo autem ſemeſtri, atque luendi iure ordinatio pignoris amiſſa facultas, adhuc tamen debitori decurrendum eſſe placuit hactenus vt ſi quid in ſubhaſtationum forma peccatum ſit, decreti interpoſitio prohibeatur, perindéque luendi pignoris facultas ſuperſit, acſi ſemeſtre nondum præteriiſſet. Ita fit vt luendi pignoris tempora nonnumquam duplicentur, magno ſanè miſeri debitoris commodo, cuius bona vt plurimùm vel viliſſimo vel ſaltem minore & viliore quàm par ſit pretio venduntur, vt tanto plus laborandum habeat in pecunia conquirenda & dimittendo creditore. Nam & ſtatuto idipſum permiſſum eſt, dum ne duplum excedatur. Dices debitorem † contra quem interpoſitio decreti poſtulatur antequàm ſemeſtre præterierit, 4
perinde poſſe de ſubhaſtationum viribus & nullitate contendere, atque ſi ſemeſtre iam præteriiſſet: Proinde nihil eius videri intereſſe an citiùs an tardiùs de interponendo decreto quæratur. At reſpondeo, Rectè id equidem dictum iri ſi ad impediendam decreti interpoſitionem nihil aliud exigeretur niſi vt in ſubhaſtationum forma peccatum eſſe appareret. Sed quoniam illo etiam caſu quo perperam factæ ſunt offerendum eſt debitum, adeóque obſignandum priuſquàm ad eas impugnandas debitor admittatur dum ne pro indebito factæ ſint, nemo non videt iniuriam fieri maximam debitori

debitori ſi antequàm ſemeſtre prætereierit, vrgeatur ad pecuniam conquirendam & obſignandam. Præter id quod nec modicum in eo damnum debitor ſentit ſi de ſubhaſtationum iure & viribus litem ſuſcipere cogatur priuſquàm ſit neceſſe. Quid enim ſi habeat vnde pignus intra ſemeſtre ſit luiturus. Quænam vtilitas erit totius litis de nullitate ſubhaſtationum & interponendo decreto inſtitutæ, ſiue pro debitore iudicatum ſit, ſiue pro creditore? Et tamen habet plerumque ea quæſtio difficultatem & ſumptuum materiem maximam, vel ob emolumentum illud quod pro iudicato pendi ſolet. Sed etſi tam inops eſſet debitor vt certum propemodum eſſet non luiturum pignus intra tempus conſtitutum, quod tamen vix eſt vt certum eſſe vnquam poſſit, nihilominus eius intereſſet non tam citò decretum interponi, cùm ſubhaſtationes minùs ſolenniter factæ ſunt: Vel ob hoc ipſum vt præterito ſemeſtri nouam haberet dilationem intra quam luere concederetur. Quamuis enim luendi vis poſt ſemeſtre intercidat cùm ſubhaſtationibus ſua vis & forma ineſt, ſi quid tamen in iis peccatum ſit, tandiu ius luendi durat quandiu decretum interpoſitum non eſt, ad 30. vſque annos. Nec quod obſignationem fieri neceſſe eſt ad impugnandas ſubhaſtationes, impedit quominus ea obſignatio fieri quandocunque poſſit quouſque ad ſententiam perueniatur. Nam & plerumque ſolent iudices cùm obſignatio nulla præceſſit, ſi vitio aliquo ſubhaſtationes laborare videant, non quidem pro debitore iudicare, id eſt, decreti interpoſitionem denegare, ſed ex ſumma æquitate tempus ſtatuere duorum aut trium, aut ad ſummum ſex menſium pro debitæ quantitatis, & perſonarum conditione, intra quam debitori luitio permittatur ſoluto debito cum legitimis acceſſionibus & ſumptibus litis, hoc tamen addito, vt ſi non intra illud tempus luitio facta erit, decretum ex nunc prout ex tunc interpoſitum eſſe intelligatur. Sic enim fit vt & miſero debitori & iuſto creditori eâdem ſententiâ conſulatur, oblata vtrique indemnitate.

ERROR VI.

De primo & ſecundo decreto.

SVMMARIA.

1. *Primum decretum quodnam appellent pragmatici.*
2. *Secundum decretum quid pragmaticis.*
3. *Decretum & Decernere quid Iureconſultis ſignificet.*
4. *Interlocutionem de mittendo emptore in pignorum poſſeſſionem perperam dici pragmaticis primum decretum.*
5. *Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, & vt loquuntur, oppoſitione, reſoluuntur in ſimplicem citationem.*
6. *Quis ordo obſeruari ſoleat à Senatu Sabaudiæ quando pignoribus captis in executione iudicati petitur miſſio in poſſeſſionem.*
7. *Quid de ſecundo decreto, quod vocant pragmatici ſentiendum ſit.*
8. *Duplicis decreti quando meminerint ICti.*
9. *Quis ſenſus ſit l. ſi finita §. Iulianus D. de damn. infect.*
10. *Qui ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſſionem nolente aduerſario cauere, non idcirco ſit poſſeſſor, ſed eſt tantum in poſſeſſione.*
11. *Miſſio in poſſeſſionem pignorum venditorum & interpoſitio decreti quæ ſequitur, nihil habent commune cum duplici decreto ex cauſſa damni infecti.*
12. *Cur primus iuſſus cauendi pro ædibus non rectè dicatur decretum.*
13. *Alius caſus quo meminere IC. duplicis decreti.*
14. *Quantum differat hic caſus ab eo quo emptor mittitur in poſſeſſionem pignorum.*

PRagmatici frequens mentio eſt primi & ſe-
cundi decreti, nec tamen quid his verbis ſig-
nificetur, bene vt puto exploratum. Nam pri-
mum † decretum vulgò intelligunt, interlo- 1
cutionem illam iudicis quæ ſine cauſſæ cognitione poſt
perfectas ſubhaſtationes, de mittendo emptore in poſſeſ-
ſionem pignorum venditorum. Secundum † verò illud 2
quod fit cum pleniſſima cauſſæ cognitione, quando poſt
elapſum ſemeſtre illud de quo proximo capite ſcripſi-
mus, ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiantur.
In quo ſanè errant manifeſtiſſimè, & oſtendunt ſe nec
quid decretum, nec quid primum & ſecundum decre-
tum ſit, intelligere. Decretum † enim Iureconſultis nul- 3
lum omnino eſt ſine cauſſæ cognitione: idque ipſa no-
minis ſignificatio euincit. Decernere namque Latinis ni-
hil aliud eſt, quàm propoſita dubitandi & deliberandi
occaſione in vtram partem ſtatui quid debeat, in hanc
tandem aut in illam ſic deſcendere vt certi aliquid ſta-
tuatur, quod certè fieri nequit, ſi alterum duntaxat ex li-
tigatoribus iudex audiat. Vnde illud eſt, quod Iurecon-
ſulti ſæpiùs tradunt vbi decretum neceſſarium eſt non
poſſe rem de plano, & per libellum expediri *l. nec quic-
quam. 9. §. vbi decretum. D. de offic. proconſul. omnia quæ-
cunque 71. D. de regul. iur.* Atqui interlocutio † illa de 4
mittendo emptore in poſſeſſionem pignorum vendito-
rum, quam pragmatici primum decretum vocant, fit ſine
cauſſæ cognitione, & per libellum expeditur, & apud iu-
dices inferiores habet plerumque adiectam clauſulam
interceſſionis quam iuſtificatiuam vocant, *niſi quis oppo-
nat*, per quam fit vt ſi is ipſe qui debitor eſt, & cuius
pignora vendita fuerunt, velit intercedere, audiendus ſit,
non ſecus quàm ſi ex interlocutione iudicis vocari tan-
tùm iuſſus fuiſſet, cauſſam dicturus quare non ea miſſio
in poſſeſſionem concedi deberet. Id enim eſt quod pra-
gmatici dicunt, huiuſmodi decreta † quæ habent clau- 5
ſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, & vt loquun-
tur, oppoſitione reſolui in ſimplicem citationem, vt &
Bartolus tractat *in l. de pupillo 5. §. meminiſſe. D. de oper.
noui nunciat.* quoniam nec alioqui cum iuris ratione con-
uenirent quæ non patitur vt incipiatur vnquam ab exe-
cutione, ſed tantùm à citatione. Ideóque dicitur clauſu-
la illa *iuſtificatiua* quaſi iuſtam faciens interlocutionem
quæ alioqui iuſta non eſſet. Quamquam non ignoro
apud Senatum noſtrum aliter quàm apud inferiores iu-
dices hac in re obſeruari, propter autoritatem, vt puto
eorum quæ ſupremo magiſtratu iubente geſta ſunt. Solet
enim Senatus † ſi quando in iudicati executionem pigno- 6
ra capta & diſtracta fuerint, eáque miſſio in poſſeſſionem
deinde petatur, inſpicere ex actis ſubhaſtationum an
quid in iis peccatum ſit necne, & ſi peccatum videat, ni-
hil aliud decernit niſi vt debitor vocetur ad ſubhaſtatio-
nes aut comprobandas aut impugnandas. Sin omnia ritè
rectéque geſta ſunt, concedit petitam miſſionem, nec de-
bitori ipſi qui iam condemnatus eſt ſaluam relinquit in-
tercedendi facultatem, ſed aliis tantùm ſi qui erunt ter-
tij, necdum auditi qui intercedere volent: licèt aliis caſi-
bus, id eſt, nulla dum ſecuta condemnatione non ſoleat
Senatus noſter eas literas, vt vocant, miſſionis in poſſeſ-
ſionem concedere, ne tum quidem cùm agitur ex inſtru-
mento guarentigiato, quod ex ſtatuti autoritate vim
ſententiæ & condemnationis habere dicitur, quaſi alie-
num id à Senatus maieſtate & æquitate videatur, vt per-
mittat incipi ab executione, quāuis addita clauſula iuſti-
ficatiua, cuius apud inferiores iudices vſus his omnibus
caſibus nec iniquus nec inutilis eſſe exiſtimatur. Etſi verò
cùm Senatus decernit vt emptor pignorum venditorū in
eorum poſſeſſionem mittatur, non niſi cauſſa incognita id
facit, hoc eſt viſis inſpectiſque ſubhaſtationibus, nō ideò

tamen ſit vt decretum illud dici debeat, quia ſit inaudito debitore, & per libellum ea res expeditur, vt proinde dici verè poſſit nec cauſſæ cognitionem vllam hîc interuenire. Cauſſæ namque cognitio nulla interuenire videri poteſt in ijs rebus quæ altera duntaxat parte præſente & inaudito aduerſario conſtituuntur. Et hæc de primo illo decreto dixiſſe ſufficiat. Quod verò ad ſecundum † attinet, fateor interpoſitionem illam decreti, quæ
7 ſit cùm elapſo ſemeſtri tempore luendis pignoribus dato ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiantur, non fieri niſi pleniſſima cauſſæ cognitione præcedente, ob idque decretum illud verè & propriè dici debere, ſed nego ſecundú decretum eſſe, cùm prius aliud nullum ſit, nego ſimile quicquã aut commune habere cum decreto quod prudentibus ſecundum dici ſolet. Video Iureconſultos † duplicis huius decreti mentionem facere du-
8 plici tantùm caſu. Vnus eſt ſi agatur ex cauſſa damni infecti. Is enim ordo à prætore ſeruatur, vt ſi is cuius ædes ruinam minantur, cauere nolit de damno infecto, iubeatur vicinus mitti in poſſeſſionem earum ædium, non quaſi ſuarum, nec vt eas reficere poſſit, aut ſtabilire ne corruant, ſed vt tædio longæ poſſeſſionis extorqueat cautionem, per quam poſſit conſuli vicinarum ædium indemnitati. Quòd ſi perſeueretur non caueri, quia nulla in eam rem actio iure ciuili comparata eſt, neque verò comparari potuit, per quam cogeretur dominus vitioſarum ædium, earum nomine cauere, tùm verò prætor cauſſa per ſe ipſum pleniſſimè cognita decernebat vt ædes illæ quæ ruinam minabantur, fierent in bonis vicini, earúmque dominium in vicem cautionis & in pœnam cauere nolentis, ei cui caueri debuerat addicebat. Ex quo tempore factus ille à prætore dominus bonitarius incipiebat ius habere vſucapiendi dominium
9 quiritiarium & rem ſibi habere: qui ſenſus † eſt §. *Iulianus. l. ſi finita. D. de damn. infect.* nec perceptus, nec perceptu facilis iis qui diſtinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij non didicerunt: cuius tamen aperta mentio ſit ab Vlpiano in Inſtit. & à Iuſtin. in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* extántque etiam in Pandectis nonnulla eius veſtigia, vt in *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 3. D. de vſuf. adcreſc. l. §. vlt. D. ſi ex noxal. cauſſ. agat.* Sed omnium elegantiſſimus locus ille eſt quem nos notamus in *d. §. Iulianus.* Nam cùm vſucapio nihil aliud ſit quàm adquiſitio, aut vt alij & meliùs legunt in *l. 3. D. de vſucap.* adiectio dominij, fieri non poſſet vt qui iam factus eſſet dominus à prætore, poſſet magis fieri dominus per vſucapionem ſi non ea duplicis dominij diſtinctio admitteretur. Quod & à nobis in Coniecturarum noſtrarum libris quodã loco latiùs tractatum fuiſſe meminimus. Sed hoc obiter & extra rem ne cui Vlpianus allegatus in *d. §. Iulianus*, ſcrupulum aut potiùs crucem præberet. Illud tantùm hîc ſciri volumus, eum qui † ex cauſſa damni infecti mittitur in
10 poſſeſſionem nolente aduerſario cauere, non idcirco fieri poſſeſſorem, ſed eſſe tantùm in poſſeſſione, quod longè diuerſum eſt *l. quod meo 19. D. de acquir. poſſ.* Poſſidere enim nihil aliud eſt quã ſibi habere vt Theophilus elegãter in Inſtitutionibus diffinit. Hic autem nó priùs ſibi habet quàm à prætore dominus ſit cóſtitutus, quod ipſú tunc ſit, cùm iubet eú prętor poſſidere, & ſibi habere ędes quæ ruinam minantur. Nec tamen ex eo tépore ſit dominus abſolutè, & iure quiritium, ſed tum demum cùm vſuceperit. Ex quo apparet miſſionem † illã in poſſeſſio-
11 nem pignorum venditorum de qua tractamus, & interpoſitionem decreti quæ ſequi ſolet, nihil commune habere cum duplici illo decreto, imò nec ſimile quidem. Vtrumque enim illud decretum præcedit adquiſitionem veri dominij, vt diximus, in propoſito autem & miſſio in poſſeſſionem & interpoſitio decreti ſequitur dominij adquiſitionem, quæ ſcilicet ſit per addictionem & expeditionem, iuncta calami traditione, poſtquam longo vſu & ex conſuetudine obtinuit vtilitatis cauſſa contra iuris rationem vt per calami traditionem ipſius rei venditæ poſſeſſio tranſlata eſſe intelligatur. In cóque errant etiãnum plerique ex pragmaticis putantes miſſionem in poſſeſſionem quæ ſequi ſolet addictionem, eſſe loco traditionis, & ob id ſolum fieri vt per poſſeſſionem dominium in emptorem transferatur. Nam imò verò ſit vt iudicis autoritas non videatur neglecta in adprehendenda corporali poſſeſſione quæ per calami traditionem proculdubiò tranſlata videri non poteſt, ſicut nec per conſtituti clauſulam transferretur. Cùm enim in huiuſmodi pignorum venditionibus factum iudicis ſit factum partis *l. ſi ob cauſſam 18. C. de euict. l. 2. C. ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit*, conſequens eſt vt quemadmodum ciuiliter ageret emptor qui rei ſibi venditæ nec ſibi fictitio modo traditæ corporalem poſſeſſionem adprehenſurus, debitoris voluntatem in eam rem imploraret, ita conuenientius ſit autore iudice mitti in poſſeſſionem corporalem eum qui iudicis autoritate interueniente non ſolum iuſtus & ciuilis poſſeſſor, ſed etiam dominus factus eſt per addictioné, calamíque traditioné, quàm ſi ſuo iure ſuaq; autoritate corporalem illam poſſeſſionem inuaderet. Ceterùm iam inde à die addictionis, & calami traditionis dominium tranſlatú fuiſſe intelligi, ex eo conſtat quod ab eo tempore fructus omnes ad emptorem pertinent, non alio vtique quàm dominij iure. Item quod etiam nulla ſecuta miſſione in poſſeſſioné, ſemeſtre tamé illud quod luendis pignoribus datum eſt, ſi ius ſtatuti veteris non nouum inſpicias currit à die addictionis, & conſequenter decreto interponendo locus eſſe poteſt, quorú tamen neutrum commodè dici poſſet ſi miſſio illa in poſſeſſione neceſſaria eſſet ad dominium trãsferendum. Denique inter eos transferendi dominij modos, quos iam olim ius Quiritium agnouit, ſi Vlpiano credimus, fuit adiudicatio propter interuenientem iudicis autoritatem. Porrò adiectio illa quæ ſit (per apparitorem quidem, ſed tamen iubente iudice) ei qui pluris licitatus eſt quid aliud quàm adiudicatio quædam iudicis eſt? Neceſſe enim eſt ſententiam iudicis præcedere quæ iubeat pignus diſtrahi, & vltimo licitatori addici, ac proinde quæ pignus ei quodammodo adiudicet, qui pluris fuerit licitatus. Nam & ex quo pignus autoritate iudicis captú eſt, quod pragmatici noſtri dicunt *le bien ſaiſi de gage & reduit ſoubs la main de iuſtice*, poſſeſſio debitori erepta, & vt illi loquuntur, in curiæ manus tranſlata intelligitur: proinde ſicuti traditio ex eo die fieri nó poſſet per debitorem qui iam poſſidere deſiiſſet, ita nihil neceſſe eſt inducere miſſioné in poſſeſſionem quę ſit vice traditionis, cùm calami traditio poſſit ſufficere, ita ferente iure curiæ, quæ ipſa pro ſe poſſidet non pro debitore. Adquiſitio ergo dominij præcedit miſſionem in poſſeſſioné, decretíq; interpoſitioné, quod in cauſſa damni infecti contrà
euenit. Sed & primus ille iuſſus † cauendi pro ædibus, 12
non decretú dici poteſt, qui ſit ſine cauſſæ cognitione, & plerumq; per duumuiros & magiſtratus municipales expeditur non per prætorem: quia cùm res damni infecti celeritatem deſideraret ac periculoſú videretur prætori ſi eã ſibi reſeruaret, maluit delegare aliis duas illas cauſſas ad cautioné pertinétes, id eſt, ex qua parte iubetur cauere is qui vitioſas ædes poſſideat, & ex qua parte ni caueat iubetur aduerſarius mitti in poſſeſſioné. Cętera verò, id eſt vt iubeatur is qui poſſeſſioné miſſus eſt, ſibi ré habere & poſſidere, ſi daretur non caueri, quoniã id maioris momenti eſt, ſuę iuriſdictioni reſeruauit *l. 1. l. 4. §. duas D. de damn. infect.* Idq; eſt quod Paulus ſcribit in *l. 4. D. de iuriſdict.* Iubere caueri pretoria ſtipulatione & in poſſeſſioné mittere magis imperij eſſe quàm iuriſdictionis, id eſt prætorem cum iubet caueri vicino aut in poſſeſſionem mitti vicinum, magis imperioſè videri facere quàm iuridicè, quia facit ſine cauſſæ cognitione, quam tunc duntaxat adhibet cùm agi videt, non de cauendo pro ædibus, ſed de carendo ædibus, vt eleganter ad eum locú docuit *Ant. Goueanus.* Decretum igitur nullum in eo verſatur

vbi

vbi nulla cauſſæ cognitio eſt, vt iam probauimus ex *d.l. nec quicquam §.vbi decretum D.de offic.proconſ.* Alius ca-
13 ſus † eſt in quo videntur Iureconſulti de duplici decreto tractaſſe, cùm creditor mittitur in poſſeſſionem bonorum debitoris propter aliquam cauſſam ex iis quos prætor expreſſit edicto illo *quib.ex cauſſ.in poſſ.eat.* Nam poſt eam miſſionem in poſſeſſionem ſolet ſequi venditio ex decreto *Tot.tit.D.de reb.autor.iudic.poſſid.* Et ad hunc caſum potiùs quam ad ſuperiorem videntur pragmatici alludere, cum in pignorum venditione duplex hoc decretum,de quo agimus comminiſcuntur. Sed æquè inep-
14 tè. Miſſio † enim illa in poſſeſſionem fit ex edicto prætoris non ex decreto, vt ex eo cognoſci poteſt quod fit ſine cauſſæ cognitione. Vnde euenit plerumque, vt qui ex edicto in poſſeſſionem illam miſſus eſt,ob nullam vel ob falſam cauſſam miſſus reperiatur, ideóque & impunè prohibeatur. *l. 1. §. hæc verba. D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ.eſt.* De quo ſcripſimus *li.15. Coniect.cap.6.& 7.* Neque verò ea in poſſeſſionem miſſio poſſeſſorem facit eum qui mittitur, ſed tantùm cuſtodem & vt in poſſeſſione ſit,non etiam vt poſſideat *l. inter 38. D. de adminiſt. & peric. tu.* At miſſio illa, de qua loquimur, facit verum & corporalem poſſeſſorem. Venditio autem quæ ex edicto prætoris, ſequi ſolet miſſionem,licèt fiat cauſſà cognita, & prætore ita decernente, nihil tamen affine habet cum decreto quo ſubhaſtationes confirmantur. Decreti enim noſtri interpoſitio non venditio, aliáve alienatio, ſed venditionis iam factæ confirmatio eſt. Denique miſſio in poſſeſſionem qua vtimur,ſequitur venditionem.Illa verò quàm prætor edicto pollicetur præcedit venditionem,& eò tantùm pertinet vt pignus prætorium conſtituatur, quod nec priùs conſtitutum intelligitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem *l.non eſt mirum 26.§.1.D de pign.act.*

ERROR VII.

De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt, reſcindendis.

SVMMARIA.

1 *Interpoſito decreto atque ita confirmatis ſubhaſtationibus quodnam debitori ſupereſt auxilium.*
2 *Caſus quo reſcindatur decreti interpoſitio, non etiam ſubhaſtationes.*
3 *Alius caſus quo reſcinduntur ſubhaſtationes,non etiam decreti interpoſitio.*
4 *Quomodo accipiendum quod ſtatuto Sab.cauetur vt pignora quæ venduntur duplum non excedant.*
5 *Ex cauſſa immodica læſionis, ſi nihil aliud vrgeat ſubhaſtationes nulla dici non poſſunt.& num.8.*
6 *Allegatio immodica læſionis non debet impedire interpoſitionem decreti, ſed tantùm producere tempus luendi pignoris.*
7 *Senatus ad inſtar Principis poteſt inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, atque etiam citra reſcriptum Principis reſtituere in integrum.*
9 *Poſt quæ tempora de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum moneri quæſtio nequeat.*
10 *Pragmaticorum traditiones.*

INterpoſito decreto, atque ita confirmatis ſubhaſtationibus, nullus de earum viribus & nullitate querendi locus debitori ſupereſſe poteſt, etiamſi re vera maximè nullæ ſint propter non obſeruatam eam for-
1 mam quæ ſtatuto præſcripta eſt,ſed cogitur † debitor vel à decreto appellare ſi ab inferiore iudice interpoſitum fuit, vel ſi à ſupremo magiſtratu à quo appellare non licet, per viam ſupplicationis, vt vocant, ciuilem ſibi proſpicere, vt non obſtante Senatuſconſulto, & acſi redditum nullum eſſet de ſubhaſtationum iure ex inte-
gro cognoſcatur. Quod cùm fit † intra tempora quæ 2
porrigendæ ciuili ſupplicationi præſtituta ſunt, ſeruatiſque ſeruandis, ſola decreti interpoſitio reſcinditur. At ſubhaſtationes ipſæ non reſcinduntur, quia non reſcindi neceſſe eſt, ſed nullæ & perperam factæ pronuntiantur,perinde ac ſi decreto confirmatæ non eſſent. Neque verò fieri poteſt, vt reſcindatur id quod nullum eſt,
& ipſo iure non tenet. Diuerſum eſt ſi † ſubhaſtatio- 3
nes ex eo tantùm impugnentur, quod immodicam læſionem & vltra duplum iuſti pretij contineant. Tunc enim ex beneficio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* reſcindendæ ſunt ſubhaſtationes, non etiam ipſa interpoſitio decreti. Non enim quòd ſubhaſtationes ritè factæ ſint, aut propter rei iudicatæ autoritatem pro ritè factis habendæ, impedit ne reſcindi poſſint, quandoquidem ea demum venditio priuata reſcindi poteſt quæ tenet, ac iure perfecta eſt, non quæ ipſo iure non valet. Idem verò ius hac parte obſeruatur in venditionibus publicis, id eſt, ſub haſta & publica auctione factis, quòd in priuatis, vt ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi poſſint ni emptor iuſtum pretium ſupplere malit *l.ſi quis 16. C.eo. tit. de reſcind. vend. l. 1. C. de preſcr. 30. vel 40. annor.* Nec decreti autoritas aduerſatur; quæ, vt diximus, tota pertinet ad ius ſubhaſtationum, non ad cauſſam reſciſſionis.
Et ſi autem ſtatuto † noſtro expreſſim cautum eſt, vt pi- 4
gnora quæ venduntur duplum non excedant, ideóque tentari poteſt malè & cum vitio factas videri ſubhaſtationes,ſi ex iis creditor immodicè & vltra duplum lædatur.Plerique tamen putant ſtatutum ſic intelligi debere, vt quod ait de duplo non de duplo pretij quod plerumque incertum eſt, ſed de duplo debiti intelligatur. Quia cùm creditori ſatisfaciendum ſit, non tantum debiti nomine, ſed etiam pro acceſſionibus omnibus, quæ interdum ad magnam vſque quantitatem aſcendunt,non putauit legiſlator permittendum vt eo prætextu excedi poſſit duplum. Cuius finibus & vſura, & id quoque quod intereſt coërceri ſolet *l. 4. D. de naut. fœn. l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.* Sed etſi de duplo iuſti pretij ſtatutum intelligi deberet, quòd ſanè verbis conuenientius eſt, non tamen ſi in eo quid peccatum eſſet nullæ ſubhaſtationes dici deberent. Pertinet enim id ad materiem potiùs quàm ad formam ſubhaſtationum, nec creditoris ſed emptoris dolo ſiue bono ſiue malo fieri ſolet, vt res multò maioris pretij,multò viliore diſtrahatur.Nihilque eſt quod imputetur creditori ſi pignus quod ille diſtrahi curauit,quanticumque ſit pretij, eo pretio venditum fuerit, quòd ſit intra duplum, licèt reuera longè duplo pluris res ſit.Itaque ſi aliud nihil vr-
geat,non poſſunt ex hac cauſſa nullæ † dici ſubhaſtatio- 5
nes.Nullitas enim ſiue ſubhaſtationum ſiue alterius cuiuſlibet rei ex defectu formæ non ex quantitate materiæ æſtimatur. Vnde illud etiam eſt quod ſi debitor ad im-
pediendam decreti interpoſitionem † nihil niſi immo- 6
dicam læſionem alleget, quamuis eam probet, non eo minùs tamen iudex decretum interponere debeat, hoc tantùm adhibito ex æquitate temperamento,vt intra largius tempus ſalua ſit debitori facultas luendi pignoris, quæ alioqui ſtricto iure nulla ſupereſſet. Cuius æquitatis ratio illa eſt, quod etſi iam interpoſitum decretum proponeretur, probata tamen læſio immodica ſufficere poſſet ad reſcindendas ſubhaſtationes: quamquam vix eſt vt hoc prætextu decreti interpoſitionem differre in-
ferior iudex poſſit. Solus ſenatus,cui † ſoli poſt Princi- 7
pem & ad inſtar Principis licet inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem,vt ait *l.1.Cod.de legib.* hoc ipſum ex æquitate contra iuris rigorē decernere poteſt, quia & citra reſcriptum principis reſtitutionē in integrum poſſet concedere ſuprema, vt aiunt manu, illo etiam caſu quo alioqui reſtitutio ex reſcripto Principis
neceſſaria eſſet. Cùm tamen ſi ex cauſſa † immodicæ læ- 9

ſionis ſubhaſtationum nullitas quaſi ex defectu formæ induci poſſet, liceret cuilibet iudici debitorem admittere ad offerendum debitum, & luendum pignus etiam poſt elapſum ſemeſtre, dummodo intra annum trigeſimum ab vltimo ſemeſtris die computandum, quia neque reſtitutio eſſet neceſſaria, neque repugnaret ratio ſtricti iuris, quæ non patitur vt perperam & cum vitio factæ ſubhaſtationes decreto confirmentur, parato debitore ſoluere & indemnitatem præſtare emptori, ſiue creditor ſiue extraneus ille ſit. Quod ipſum ideò adieci, quia quantumuis nullæ ſint ſubhaſtationes, non tamen audiendus eſt debitor, ſiue contra creditorem eundémque emptorem agat, ſiue contra extraneum qui ſoluerit creditori, niſi obligato priùs debito oblato priùs debito cum legitimis omnibus acceſſionibus: ſi modò ſubhaſtationes factæ ſint pro debito, quoniam ſemper imputari magis debitori poteſt cur non ſoluerit quod debuit, quam creditori aut extraneo emptori cur non ritè peracta ſubhaſtatio ſit, quæ nec cœpta fuiſſet ſi debitor quod debebat, vltrò & ex bona fide ſoluiſſet. Sa-
9 nè poſt triginta † annos ab vltimo, vt dictum eſt, ſemeſtris conſtituti, aut decreti interpoſiti die numerandos, nulla de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum quæſtio moueri poteſt, quia & appellandi, & petendæ reſtitutionis, & condictionis exercendæ ſicut & cætera denique iura omnia longiſſimi temporis ſpatio excluduntur: quemadmodum ex contrario quandiu decretum interpoſitum non eſt, nullitates ſubhaſtationum obiici poſſunt, itémque immodica læſio licèt prætererit ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutũ. Ipſum verò luendi ius ſi ſubhaſtationes ritè factæ fuerunt, ſemeſtri illo concluditur, ſin quid in iis erratum ſit, tamdiu durat, quandiu decretum interpoſitum non fuit, non tamen vltra triginta annos, à die non addictionis, ſed ſemeſtris elapſi, vt diximus, numeràdos. Differt enim ius hoc luendi pignoris ab illo quod omnibus debitoribus competit ad inducendam pignoratitiam aduerſus creditores, quod nulla temporis præſcriptione excludi alio loco defendemus. Non enim in mera facultate, vt illud, ſed in mero iure poſitum eſt. Hæc autem omnia pragmatici vulgò longè aliter quàm diximus, accipiunt.
10 Putant † enim ſubhaſtationibus non ritè factis, ſed tamen decreto confirmatis, non tantùm decreti, ſed etiam ſubhaſtationum reſciſſionem faciendam eſſe: ſi verò & ritè factæ ſint, & decreto confirmatæ, immodica tamen læſione interueniente non tantùm ſubhaſtationes, ſed etiam decretum reſcindi debere, quorum vtrumque falſum eſt. Sed & ſunt qui putent, quandiu decretum interpoſitum non eſt ius luendi pignoris ſupereſſe, tametſi ſubhaſtationes ritè rectéque factæ proponantur, & ſemeſtre prætererit, quod adhuc ineptius eſt. Nihil enim prodeſt decreti interpoſitio quod ad luendi ius attinet, niſi cùm ſubhaſtationes minùs ritè factæ ſunt, vt quia pro ritè factis habentur, eodem quo ſi ritè factæ eſſent iure cenſeantur. Niſi fortè ad hoc ipſum vti ne dubitationi locus relinquatur an ritè factæ ſint. Nemo enim dubitat quin cuiuſque interſit ius habere quod per ſententiam iudicis declaratum, potiùs quàm quod declarandum ſit. Cæterùm elapſo ſemeſtri ſi ſua ſubhaſtationibus vis & forma conſtet, ius luendi pignoris ſupereſſe nullum poteſt.

ERROR VIII.

De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſſa enormiſſimæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Varij errores pragmaticorum. 1. eorum qui ius luendi pignoris venditi debitorem tandiu habere volunt, quandiu decretum interpoſitum non fuit, etiamſi ſemeſtre preterierit, & ſubhaſtationes rite facta ſint.*
2 *Eorum qui interpoſito decreto, eóque per iuſtam appellationem aut per in integrum reſtitutionem reſciſſo negant ius luendi ſupereſſe, niſi ſubhaſtationes quoque reſcindantur.*
3 *Eorum qui ius luendi ſemeſtris ſpatio concluſum perpetuari volunt ob enormiſſimam læſionem.*
4 *Ex quo errore pragmaticorum profluxerit error poſtremò propoſitus.*
5 *Refutatio erroris n. 3. relati remiſſiuè.*
6 *Differentia inter venditiones priuatas & publicas.*
7 *Refutatio erroris pragmaticorum producentium ius luendi pignoris ex enormiſſima læſione ad tricennium etiam eo caſu quo ſubhaſtationes decreto confirmata fuerint.*

SIcut errare illos diximus qui ius † luendi pignoris venditi tamdiu debitori ſaluum eſſe 1
volunt quandiu decretum interpoſitum non fuit etiamſi ſemeſtre prætererit & ſubhaſtationes ritè factæ ſint, item illos † qui interpoſito de- 2
creto, eóque per iuſtam appellationem aut per in integrum reſtitutionem reſciſſo negant luendi ius ſupereſſe niſi ſubhaſtationes quoque reſcindantur; ita & labuntur ij, noſtro iudicio, qui ius † hoc luendi non niſi ſe- 3
meſtris temporis ſpatio concluſum perpetuari volunt, id eſt in trigeſimum vſque annum extendi ob enormiſſimam læſionem, hoc eſt quæ ſit vltra beſſem iuſti pretij, etiam poſt confirmatas decreto ſubhaſtationes, adeóque quod magis mirum eſt, etiamſi decreti illa interpoſitio neque per appellationem neque per reſcriptũ principis ad ciuilem ſupplicationem reſciſſa ſit. Hanc enim maiorum pragmaticorum ſententiam eſſe ſcio, conflatam ſcilicet ex eo errore † quem iam nos in ſu- 4
perioribus refutauimus, quo exiſtimant iidem pragmatici, in priuatis venditionibus ſi quid venditum ſit ſub pacto de retrouendendo intra quinquẽniũ fortaſſis, aut decennium, & enormiſſima læſio interuenerit, ius redimendi poteſtate iuris fieri perpetuum, quod alioqui ex pacto erat temporale, ſic enim à priuatis venditionibus ad publicas argumentantur, eadem moti ratione quòd ex tam grandi læſione præſumptio doli capiatur, propter dolum, qui in re ipſa ineſt, & quem dolo ex propoſito cóparari, eoſdémque omnino effectus parere volunt. Sufficiet igitur huius erroris † refellendi gra- 5
tia vt ea pro repetitis habeamus, quę à nobis tradita ſunt in ſuperioribus, cùm probauimus, neque ex enormiſſima læſione dolum in re ipſa colligi, neque dolum qui in re ipſa ſit dolo ex propoſito comparari poſſe. Multò minùs verò illud induci, vt ex cauſſa huiuſmodi læſionis ius redimendi, quod fuit temporale, perpetuum vnquam fiat. Sed illud tamen addendum eſt. Tametſi ea omnia in priuatis venditionibus verè dicerentur, quod nos negamus, non tamen idem quoque in publicis admittendum fore: manifeſta enim differentia † 6
inter publicas & priuatas venditiones illa eſt, quòd in priuatis præcedit tractatus ille de quo in *l. ſi voluntate. 8. C. de reſcind. vend.* Venditore id agente vt diſtrahat quanto poteſt pretio, emptore contrà vt emat viliſſimo. Qui tractatus in publicis venditionibus nullus interuenit, ſed ſola emptorum æmulatione debitoris commodum procurante tanti res æſtimatur quanti vendi, & emptorem inuenire poteſt. Itaque nulla doli occaſio aut materia ſubeſt, ſi non inter creditorem aut apparitorem qui venditionem peragit, & emptorem colluſio aliqua detegatur. Deinde hoc admiſſo quòd in priuatis venditionibus dolus in re ipſa ex enormiſſima læſione inducatur, nemo dixerit purgari eum dolum hoc ſolo quòd ius redimendi ex pacto relictum ſit venditori. Ideóque nec mirum eſt ſi pacti, quod ius redimendi temporale facit, ratio habeatur,

habeatur, quominus in trigeſimum vſque annum ea facultas extendatur. Nam perinde vrgetur emptor præſumptione doli, tali, ratione pacti ac ratione ipſius emptionis, vt omnia dolo malo feciſſe exiſtimetur. At in publicis venditionibus, quod habet debitor ius luendi pignoris intra ſemeſtre à die miſſionis in poſſeſſionem, numerandum non habet ex pacto cum emptore inito, ſed ex ſtatuto, quod ſine vlla pretij diſtinctione tempus illud conſtituit pignoribus venditis luendis. Non igitur poteſt videri emptoris dolus vllus interueniſſe in tam breui tempore luitioni præſtituendo, nec proinde cauſſa vlla eſt, cur in ipſius odium à ſtatuti verbis & autoritate recedatur, & ſemeſtre in tricennium commutetur:
7 Illud verò longè abſurdius † eſt quod hoc ipſum pragmatici admittendum volunt, illo etiam caſu quo ſubhaſtationes decreto confirmatæ proponantur. Etſi enim verum eſt quod ſuperiore capite admiſimus, neque ius luendi pignoris quicquam commune habere cum decreti interpoſitione, ſi in ſubhaſtationum forma nihil peccatum ſit, neque decreti autoritatem prohibere quominùs ſaluo decreto ſubhaſtationes ob immodicam læſionem reſcindantur, fieri tamen numquam poteſt vt ſalua decreti autoritate, nec reſciſſis ſubhaſtationibus, ius luendi pignoris ex quacumque cauſſa ſuperſit, quãdoquidẽ nec de interponendo decreto priùs agi poteſt quàm ius luendi extinctum ſit, id eſt quam præteritum fuerit ſemeſtre luendis pignoribus datum, vt probauimus in errorem quintum. Alioqui quid attineret in id vſque tempus elapſi ſemeſtris differri cauſſam & quæſtionem interponendi decreti, ſi etiam poſt id tempus liberum debitori maneret ius luendi? Ergo cùm interpoſitio decreti in neceſſarium antecedens ſupponat luendi ius extinctum eſſe, conſequens eſt vt ſi ob enormiſſimam læſionem ius illud luendi pignoris quod ſemeſtre eſſe ſolet, perpetuum fieri poſſet, ipſa tamen interpoſitio decreti omnimodo reſcindi deberet aut per appellationem, ſi ab inferiore iudice, aut per ciuilem ſupplicationem, ſi ex Senatuſconſulto facta proponeretur. Idque meo iudicio tam apertum eſt vt in eo comprobando pluribus immorari nihil ſit neceſſe.

ERROR IX.

De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Enormiſſima læſione in venditione priuata interueniente erroneè ſtatuunt pragmatici venditionem ipſo iure nullam eſſe tanquam dolo malo extortam: ideóque reſtituendos omnes fructus venditori habita duntaxat quincuncium vſurarum ratione.*

2 *Idem ad publicas venditiones à pragmaticis malè pertrahi.*

3 *Beneficium l. 2. C. de reſc. vendit. ad publicas venditiones non pertinere.*

4 *Ad quem caſum pertineant ll. quæ venditionem viliori pretio ſub haſta factam reſcindi poſſe volunt.*

5 *Vera lectio lege 2. Codice de fid. & iur. haſt. fiſ. lib. 10.*

6 *Dolo emptoris interueniente in extorquenda vili pretio venditione indiſtinctè condemnatur emptor ad rei & fructuum reſtitutionem.*

7 *Nullo dolo interueniente, ſed ſola pretij vilitate in priuatis conditionibus diſtinguitur an venditor ſupra dimidium iuſti pretij læſus ſit, an infra: at in publicis nequaquam.*

8 *Etiamſi admitteretur ſubhaſtationes reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, non tamen eſſe conſequens vt enormiſſima læſione interueniente condemnandus ſit emptor ad omnium fructuum reſtitutionem.*

ENormiſſima † læſione, id eſt, vltra iuſti pretij beſſem interueniente, ſi priuata venditio 1
facta ſit, iam monuimus pragmaticorum errorem illum eſſe, vt putent nullam eſſe ipſo iure venditionem quaſi dolo malo extortam, propter dolum qui in re ipſa ineſſe creditur, quem illi dolo malo ex propoſito prorſus comparandum eſſe arbitrantur. Ideóque fructus omnes quoſquos & quotquot emptor perceperit, quaſi nullo iure, ac ſine titulo perceptos venditori reſtituendos eſſe, habita duntaxat ratione quincuncium vſurarum, ſiue præſtari eas ſibi emptor velit, ſiue cum fructibus à ſe reſtituendis compenſari.
Idem verò ius protrahunt † ad publicas quoque vendi- 2
tiones, id eſt, quæ ſub haſta & publica auctione fiunt, eandem hac parte vt in cæteris ferè omnibus iuris aut potiùs erroris rationem conſtituentes. Nos ea quæ ad priuatas venditiones pertinent, & in prima & ſuperiore Decade ſatis apertè & luculenter, vt nobis videtur, expoſuimus, & quibus machinis inueteratus hic error expugnandus ſit oſtendimus: ſupereſt nunc vt de publicis ſubiiciamus. In quo illud primùm occurrit quod prox. cap. diſputauimus, vix fieri poſſe, vt cùm res publicè venditur, dolus emptoris vllus intercedat, ſi neque creditoris qui vrget pignoris venditionem, neque apparitoris iudicatum exequentis dolus & colluſio probetur. Neque enim emptor hoc caſu cum debitore contrahit, neque tractatus ille præcedit qui doli occaſionem & materiam inter ementes & vendentes præbere ſolet. Quòd ſi dolus ex propoſito hoc caſu interuenire vix vllus poteſt, multò minus ferendum eſt, vt dolus in re ipſa, ſi quis ex enormiſſima læſione induceretur, dolo ex propoſito comparetur. Sed & ſecũ pugnantia ſentire pragmatici videntur. Nam ſi verum eſt quod illi putant, & nos proximè confutauimus, enormiſſimam læſionem facere vt ius luendi pignoris quod ſemeſtris temporis ſpatio alioqui concluderetur ex verbis ſtatuti, fiat perpetuum, & in trigeſimum vſque annum extendatur, quomodo fieri poteſt vt nullo iure fructus pignoris venditi interim ab emptore percepti exiſtimentur? Quid enim referret de luendi iure diſputare, nullo ſcilicet interpoſito decreto, ſi ſubhaſtationes pro nullis & non factis haberentur? Nam & cùm dicimus in annum vſque trigeſimum debitori ſaluum luendi ius ſupereſſe, illud vtique ſignificamus, ex contrario ius habere emptorem rei interim retinendæ, & conſequenter fructuum ex ea percipiendorum quamdiu luitio non fit. Cur ergo cogatur emptor prætextu enormiſſimæ læſionis eos fructus reſtituere, quos cum titulo & bona fide adeóque autore prætore percepit? Nec ſanè poteſt negari quin bonæ fidei poſſeſſor ſit qui & publicè, & autoritate magiſtratus interueniente comparauit, & pretium numerauit: maximè verò ſi decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes. Potéſtque imputari debitori cur non obtulerit quod debebat ſiue ante peractas ſubhaſtationes, ſiue ante preteritum ſemeſtre quod ex ſtatuto competit ad luenda pignora quæ ſiue iuſto ſiue viliore pretio diſtracta fuerunt. Quod ſi poſt lapſum ſemeſtre ipſa quoque decreti interpoſitio acceſſit, tantò magis imputare debitor ſibi debet, cur non citiùs petierit reſtitutionem ex cauſſa immodicæ læſionis, quæ noſtra ſententia eſt, aut cur non ex pragmaticorum errore obtulerit debitum. At contra tandiu paſſus ſit emptorem ſibi rem habere, ex eáque fructus percipere: quid ſi addam quod nondum dicere ſum auſus, Beneficium
† *legis 2. C. de reſcind. vend.* ad publicas venditiones per- 3
tinere non poſſe? Nam cùm non aliter competat quàm ſi læſio interuenerit vltra dimidiam iuſti pretij, iuſtum autem pretium idem ſit quod commune, id eſt, quod non

non ex huius aut illius adfectione, ſed ex communi hominum exiſtimatione conſtituitur *l. pretia rerum* 63. *ff. ad leg. Falcid.* planè non video qua ratione fieri poſſit vt non commune pretium videri debeat, quod ex publica venditione redactum eſt. Inde namque illud etiam eſt quod dici ſolet tanti eſſe rem quamlibet quãti vendi poteſt, quanti verò vendi quid poſſit, meliùs certè ſciri nequit, imò nec aliter quàm ſi publica auctione diſtrahatur. Nam & cùm per teſtes probanda læſio eſt, ij maximè & optimè de communi iuſtóque rei valore teſtificari creduntur, qui eam dicti ſui rationem attulerunt, quòd ſi venditionis tempore ea res in publicum vendenda expoſita fuiſſet, tanti væniiſſet quanti ab iis eſt æſtimata: Quale tamen nihil dici poteſt cùm venditio publicè facta fuit, niſi cùm aut gratia, aut do-
4 lus alius colluſione interuenit, ad quem caſum † coarctatas video leges omnes quæ venditionem viliore pretio ſub haſta factam reſcindi poſſe volunt *l. ſi quos* 16. *C. de reſcind. vend. ne ſub nomine*, inquit, *ſubhaſtationis publicæ locus fraudibus relinquatur*, & ſtatim poſt *vt poſſeſſionibus viliore pretio diſtractis plus exactor ex gratia quam debitor ex pretio conſequatur*. Idem in *l. 1. Cod. de præſcr. 30. vel 40. annor. Si iniuſtum*, inquit, *emptionem eſſe perſpexerit, quod pro vitioſo contractu datum eſt malæ fidei emptoribus reſtitui non oportere.* Malæ fidei enim emptor non eſt niſi qui mala fide, id dolo malo emit: dolus autem emptoris qualitate facti non quantitate pretij æſtimatur *d. l. ſi voluntate* 8. *l. dolus* 10. *C. de reſc. vendit.* Et apertiùs in *l. 3. Cod. de iur. fiſc. lib.* 10. *ſi minori pretio quam res eſt aperta fraude emptoris vel gratia quæ obligata ſunt fiſco, vænierunt*, quo loco verba illa *aperta fraude emptoris*, an non apertiſſimè excludunt dolum illum præſumptum quem interpretes & pragmatici inducunt ex ſola enormiſſima læſione? Adde *l. 2. Cod. de fid. & iur. haſt. fiſc. eod. lib.* in illis verbis *& quod pretij*
5 *vilitate* (ſic enim † legendum eſt, non vt vulgò *vtilitate*) *ob exiguum debitum gratioſam emptionem in fraudem tuam inutilitatémque rationum mearum aduerſarium tuum commentum fuiſſe dicis*. Ceſſante igitur fraude dolóque malo emptoris & gratia creditoris aut executoris, nihil cauſſæ eſt cur publica venditio vilioris pretij prætextu reſcindatur quantacunque læſio ſit, ſicut ex
6 contrario fraude & dolo † emptoris interueniente in extorquenda vili pretio venditione, non diſtinguimus an læſio vltra duplum iuſti pretij adſit nécne, ſed omnimodo emptorem tanquam malæ fidei poſſeſſorem condemnamus, vt recepto pretio quod dedit, rem ipſam præcisè cum fructibus omnibus non ſolùm quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit, *l. 1. Cod. eod.* Vnde illud eſt quod ſupradictis locis omnibus in quibus tractatur de venditionibus ſub haſta quidem, ſed per fraudem & gratiam factis, nulla diſtinctio adhibetur, quod ad pretij vilitatem attinet, quia nec in priuatis eo caſu diſtingueretur, ſed indiſtinctè dolus vindicaretur æquitate iudicij bonæ fidei cui nihil tam contrarium eſt quàm dolus *l. ſi dolo 5. Cod. de reſcind. vendit.*
7 At nullo dolo † interueniente ſed ſola pretij vilitate, diſtinctio illa in priuatis venditionibus neceſſaria eſt, an venditor ſupra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, an infrà vt illo caſu venditori ſuccurratur, iſto non item. In publicis venditionibus quas ſubhaſtationes vocant, non ſimiliter huic diſtinctioni locus eſſe poteſt, quia cùm ad probandam læſionem probanda ſit iuſta & communis æſtimatio, non quæ tunc eſt cùm agitur, ſed quæ fuit tempore ſubhaſtationum *d. l. ſi voluntate*, dici non poteſt, multo minùs verò probari, quòd alia fuerit ea æſtimatio quàm quæ publicâ auctione conſtituta eſt, quia nec pluris vendi res potuit, cùm in publica venditione, vt dixi, nulla gratia, nullus dolus interceſſit.
8 Sed etſi admittendum eſſet † quod pragmatici volunt, & vſu forenſi receptiſſimum eſt, ſubhaſtationes perinde ac priuatas venditiones reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, non tamen conſequens fieret vt enormiſſima quoque læſione interueniente condemnari emptor deberet ad fructuum omnium reſtitutionem, quoniam id non niſi in malæ fidei poſſeſſoribus obtinet, *l. neque 15. D. de vſur.* qualis profectò non eſt is qui nihil dolo malo fecit, licèt quanto potuit ſuo commodo viliſſimóque pretio comparauerit, ſiue priuatam ſiue publicam proponas venditionem. Quanquam eius qui publicè emit, & haſtæ fidem publicam ſecutus eſt hactenus melior conditio eſſe debet, vt ſaltem fructus lucretur, propter autoritatem ſtatuti, quo nominatim ita cautum eſt, vt ex ſubhaſtationibus ritè factis commodum fructuum illius anni tam perceptorum quàm percipiendorum emptori acquiratur. Etſi enim probatum à nobis eſt in ſuperioribus, ſic intelligi ſtatutum debere ex vera iuris ratione, vt fructus illi emptori acquirantur, ſi luitio pignoris intra ſemeſtre conſtitutum non ſit ſecuta: eâ verò ſecutâ ſimul cum re ipſa debitori reſtituantur habita tantùm ratione vſurarum. Nos tamen eũ nunc caſum tractamus quo ius luendi nullum ex ſtatuto ſupereſt, præterito ſcilicet iam ſemeſtri, ſoláque ei ſalua ſit allegatio immodicæ læſionis ad reſcindendam venditionem, inter quos caſus permultum ſanè intereſt. Secuta enim luitione non reſcinditur publica venditio, ſed reſoluitur, & quidem ipſo iure; ac proinde in eum ipſum ſtatum reuocantur omnia in quo eſſent ſi venditio facta non fuiſſet. Nulla verò ſecuta luitione, ſed poſt amiſſam luendi facultatem reſciſſis ſubhaſtationibus propter immodicam ſiue enormem, ſiue enormiſſimam læſionem, non reſolui dicitur venditio; ſed reſcindi, præſertim eo iure quo vtimur impetrata ex reſcripto Principis reſtitutione in integrum: Et conſequenter cùm in eum vſque diem venditio tenuerit, nec reſtitutio hæc ſimilis ſit cæteris quod ad fructus reſtituendos, ſed potiùs condictionibus, quia reuera condictio eſt ex lege, vt probauimus *Decade* 8. negari non poteſt quin iure ſuo emptor fructus omnes perceperit, eóſque lucrifecerit, ſaltem ex autoritate ſtatuti, quamuis poteſtas venditionis deficeret, quæ tamen reuera non deficit. Nam ſi quis dicat non ſatis ritè factas dici poſſe ſubhaſtationes ſi tam enormis læſio interuenit, hoc iam nos refutauimus, & probauimus vilitatem pretij nihil commune habere cum haſtarum ſollennitate, quod & omnium apertiſſimè & elegantiſſimè probat *d. l. 2. Cod. de fid. & iur. haſt. fiſ.* quæ iſta ſeparat, *Duplex*, inquit, *ratio deſiderium tuum iuuat, & quòd prætermiſſa haſtarum ſollennitate poſſeſſiones tuas ex officio diſtractas ſuggeris, & quòd pretij vilitate ob exiguum debitum, &c.* Idcóque ius luendi pignoris ex hac cauſſa ſupereſſe negauimus capite ſuperiore.

ERROR X.

De prætorio pignore.

SVMMARIA.

1 *Tria ſunt pignorum genera, conuentionale, prætorium, & iudiciale.*
2 *Pignus prætorium cum iudiciali à pragmaticis confundi.*
3 *Pignus prætorium magnopere differre à iudiciali.*
4 *Poſtquam iudices magiſtratuum iura nacti ſunt, quæ differentia remaneat inter pignus prætorium & iudiciale.*

CVm tria ſint pignorum genera † Conuentionale, prætorium, & iudiciale, pragmatici noſtri noſtri ſolent hæc duo poſteriora 1
2 † confundere, & pro vno habere: ſicut & prætorem habent pro iudice, nec quicquam in ore frequentius,

quentius, quàm vt prætore autore fieri dicant quod ſit autore iudice. Ideo forraſſe quod de quibus cauſſis prætores olim non ipſi cognoſcere, ſed iudices dare ſolebant, de iis ipſis cognoſcere hodie iubentur ex *l. 2. Cod. de pedan. iud.* Ita fit vt quod de prætorio pignore traditum legimus, non prius id contractum & conſtitutum intelligi quàm ventum fuerit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum 26. §. 1. ff. de pig. act.* idipſum illi trahunt ad iudiciale. Quem errorem tolerabilem illud facit quod Iuſtinianus ipſe in *l. 2. Cod. de prat pign.* non aliter ſenſiſſe videtur cùm duplex tantùm pignus agnoſcit, Conuentionale, inquit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum naſcitur, aliud quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur. Ego verò
3 auſim dicere † ex iuris ratione & propriè loquentibus differre pignus prætorium à iudiciali. Prætorium enim illud eſt quod non niſi ex prætoris edicto conſtituitur per miſſionem in poſſeſſionem, vt puta ſi legatorum ſeruandorum cauſſa, vel ventris nomine, vel ex cauſſa damni infecti miſſus quis ſit in poſſeſſionem ſiue à prætore ipſo, ſiue ab alio magiſtratu. *l. miſſo. 12. D. pro empt. l. 2. D. pro hered. l. 3. Cod. vt in poſſeſſ. legat.* Non addo *ſiue ab alio iudice*, quia in libris noſtris iudex paſſim à magiſtratu ſeparatur, tanquam inferior à ſuperiore, quandoquidem iudices olim dabantur à magiſtratu *l. à Diuo Pio. 15. in princip. D. de re iudic.* Itaque ſi Papinianum conſulas, numquam ille pignus prætorium appellabit quod à iudice fuerit conſtitutum, ſed illud tantùm quod à magiſtratu. De quo & in *d. l. non eſt mirum §. 1. de pignor. action.* Iudiciale pignus à prudentibus dictum eſt, quod ab ipſis iudicibus, non à magiſtratibus conſtituebatur, cuiuſmodi illud erat quod in cauſſa iudicati capiebatur, de quo extat *titul. in Cod. ſi cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Separatus & diſtinctus à titul. *De prætor. pignor.* Etſi enim à Diuo Pio reſcriptum eſt magiſtratibus populi Romani vt iudicum à ſe datorum ſententias exequantur *d. l. à Diuo Pio*, vt maior autoritas eſſet rerum iudicatarum, & paratior earum executio. Non tamen id ita accipiendum eſt, vt ex eo tempore ipſi per ſe iudicatum exequerentur, ſed vt per alios iudices à ſe datos id facerent, vt conſtat ex *d. l. à Diuo Pio*, quæ tota de iudicibus iudicatum exequentibus loquitur, non de magiſtratibus: quos ſanè indignum eſſet capiendis & diſtrahendis pignoribus occupari. Autoritatem verò ei rei præſtare indignum non eſt. Iudicialis autem pignoris in eo diuerſa ratio fuit à prætorio, quod ipſa pignoris capione conſtituebatur, non miſſione in poſſeſſionem *d. leg. à Diuo Pio. §. in venditione. & §. ſi pignora. & paſſ.* nec in eo locum habet quod ſcriptum eſt in *d. §. 1. l. non eſt mirum*, non priùs conſtitutum pignus intelligi quàm ventum fuerit in poſſeſſionem. Ad prætorium pignus pertinet titulus Pandectarum *Quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* & qui ſequitur *De reb. autor. iudic. poſſid. vel venund.* Ad iudiciale titulus ille *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Hodie tamen † ſublata illa magiſtratuum differentia, & iudicibus 4 omnibus perinde magiſtratuum iura nactis acſi prætores eſſent, fateor poſſe non malè dici iudiciale pignus quod olim fuit prætorium. Sed tamen illa ſemper differentia manet quæ iure vetere inter pignus prætorium & iudiciale fuit, quod ex quibus cauſſis olim prætorium conſtituebatur, non aliter hodie nec priùs conſtitutum intelligetur quàm ventum fuerit in poſſeſſionem: Ex quibus autem cauſſis iudiciale contrahebatur, id eſt, captis in iudicati executione pignoribus hodie quoque ſola capione conſtituetur, nec miſſio in poſſeſſionem requiritur. Denique prætorij pignoris nomen ſublatum eſt, quia iudices omnes hodie faciunt ea ferè omnia quæ olim propria erant prætoriæ iuriſdictionis, niſi quod in integrum non reſtituunt. Sed ius ipſum prætorij pignoris quale olim fuit hodie manet. Iudiciale verò pignus etſi nunc dicitur quod olim prætorium fuit, alio tamen iure cenſetur id quod ita iudiciale eſt vt numquam prætorium dici potuerit, id eſt quod etiam olim fuit iudiciale, alio verò quod iudicialis nomen duntaxat non etiam vim & effectum ſibi ſumpſit.

ANTONII FABRI IC.
Decas Vndecima.

ERROR PRIMVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet.

SVMMARIA.

1 *Fructuum & vſurarum condemnationem in omnibus ferè actionibus facere conſueuerunt pragmatici à die litis conteſtata.*
2 *Caſus quo apud pragmaticos vſuræ debentur, etiam citra moram.*
3 *Apud veteres prudentes ex bonæ fidei contractibus debentur vſuræ à die moræ, fructus verò etiam citra moram.*
4 *Explicatio l. penult. D. fam. erciſc.*
5 *In actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt, ne quidem à die litis conteſtatæ: fructus verò veniunt officio iudicis poſt litem conteſtatam percepti.*
6 *Quæ ſit ratio differentiæ modò propoſitæ inter fructus & vſuras.*
7 *Quod iactatur à pragmat. per litis conteſtationem in dolo & mala fide debitorem conſtitui, non poteſt inducere condemnationem vſurarum.*
8 *Nec etiam quod obiiciunt, per litis conteſtationem quaſi contrahi.*
9 *Quæ ſit ſententia l. lite. 35. D. de vſur. vbi Paulus ſcribit vſuras currere lite conteſtata.*
10 *Quomodo accipiendum quod ſcribit Vlpianus in l. 34. D. de vſur. vſuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus ſeparari, præſertim in bonæ fidei iudiciis.*
11 *Explicatur ratio l. ſi nauis. 62. D. de rei vindic. à paucis percepta.*
12 *Differentia inter fructus & vſuras.*
13 *Alia inter eadem differentia.*
14 *Notatur error pragmaticorum putantium omnia iudicia hodie eſſe bonæ fidei.*
15 *Expenditur caſus quo pragmatici volunt emptorem condemnandum ad vſuras à die traditionis.*
16 *Vera ſententia l. initio. 5. Codice de pact. int. empt. & vendit.*

Nullam

NVllam pragmatici noſtri differentiam agno-
ſcunt inter fructus & vſuras, ſiue bonæ fi-
dei iudicio, ſiue ſtricto quis conueniatur.
Inter ipſa verò iudicia bonæ fidei aut ſtricti
1 iuris vix vllam quoque. Solent enim & fructuum † &
vſurarum condemnationem in omnibus ferè actionibus
facere ex die litis conteſtatæ, quòd in iudicio inquiunt,
& per litis conſtationem quaſi contrahatur, & ab eo
tempore debitor in mala fide conſtituatur. Vnum dun-
2 taxat caſum excipiunt in quo † vſuras non ſolùm à die
moræ, ſed etiam citra moram deberi fatentur, nempe ſi
venditor qui rem tradidit ſecutus fidem emptoris nec
pretium accepit, agat ex vendito ad pretium, nam cùm
emptor rei venditæ poſſeſſionem nactus ex ea fructus
perceperit, non dubitant quin æquum ſit viciſſim vſu-
ras eum præſtare, ex *l. curabit* 5. *Cod. de action. empt.* ne
alioqui & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur *l.* 2. *C.
de vſur. leg. Iulianus* 13. *§. veniunt. D. de action. empt.*
Quemadmodum ex contrario iniquum eſſet vſuras ab
eo exigi qui fructus non percepiſſet *l. liberalitatis* 17.
§. 1. *D. de vſur.* At longè aliter prudentes totam rem
3 hanc definiuerunt. Nam ex † contractibus bonæ fidei
vſuras deberi volunt à die moræ *l. initio* 5. *Cod. de pact.
int. empt. & vendit. l. mora* 32. *§. in bonæ fidei. D. de vſur. l.
in bonæ fidei* 13. *C. eod. l. Lucius* 24. *l. die* 25. *§.* 1. *D. de poſ.
l. C. eod. l. quaero* 54. *ff. locat.* Fructus verò omnimodò, vt
loquitur Paulus in *l. videamus.* 38. *§. penult. D. de vſur.*
id eſt etiam citra moram *in leg.* 3. *§.* 1. *D. de action. empt. l.
pro ſocio.* 38. *§.* 1 *ff. pro ſocio, l.* 1. *§. hanc actionẽ* 23. *D. depoſ.
l.* 4. *§. ſicut autem. D. commun. diuid. l. penul. D. fam.
4 erciſc.* vbi tamen † obſeruandum eſt quòd lex ait tã in fi-
nium regundorum quàm in familiæ erciſcundæ iudicio
præteriti quoque temporis fructus venire, non ſic acci-
pi debere quaſi inter vtrumque iudicium hac parte ni-
hil interſit. Intereſt enim hactenus quòd in iudicio fa-
miliæ erciſcundæ fructus veniunt omnimodò & indi-
ſtinctè, vt & in iudicio communi diuidundo non ſecus
ac in actionibus ex bonæ fidei contractu deſcendenti-
bus: in iudicio verò finium regundorum ij quidem qui
poſt litem conteſtatam percepti ſunt veniunt. Nam &
culpa & dolus exinde præſtantur. Sed antè iudicium
percepti non omnimodò veniunt, ſed cum diſtinctione
aut enim bona fide ſunt percepti & cedunt lucro poſ-
ſeſſoris ſi eos conſumpſit, aut mala fide, & condici opor-
tet *l.* 4. *§. poſt litem D. fin. regund.* Nempe quia finium
regundorum actio licèt in perſonam ſit, tamen pro vin-
dicatione eſt *l.* 1. *eod.* nec magis quàm vindicatio in-
ter bonæ fidei iudicia connumeratur in *§. actionum.
5 Inſt. de action.* At in actionibus † ſtricti iuris vſuræ
non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus
verò veniunt quidem, ſed ij demum qui poſt litem con-
teſtatam percepti ſunt, non cæteri, veniunt autem of-
ficio ſolo iudicis potiùs quàm ex natura iudicij *d. l. vi-
deamus* 38. *§. ſi actionem. D. de vſur.* vbi additur fieri
hoc ex æquitate, id eſt vulgò receptum eſſe, vt Papinia-
nus loquitur in *l.* 2. *eod.* licèt illo rationis prætextu
quod quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet, vt ibi-
dem Papinianus ratiocinatur. Multum igitur hac parte
intereſt inter fructus & vſuras, ſicut & inter ea iudicia
quæ bonæ fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellantur. Et
6 differentiæ ratio † inter fructus & vſuras euidens illa
eſt, quod fructus cùm ſint naturales rei acceſſiones,
ideóque cauſſæ appellatione contineantur, longè fauo-
rabiliores ſint vſuris quæ ex re alioquin ſua natura ſte-
rili, vt Ariſtoteles loquitur, id eſt ex pecunia produ-
cuntur. Atqui non eſſent fauorabiliores ſi non ex bonæ
fidei contractibus etiam citra moram deberentur, cùm
à die moræ vſuræ quoque debeantur. Non eſſent etiam
fauorabiliores ſi ex iudiciis ſtrictis vſuræ à die litis con-
teſtatæ deberentur, cùm nec fructus niſi ab eo die de-
7 beantur. Nam quod per litis † conteſtationem, in dolo
& mala fide debitor conſtituitur, ad rem non facit vt
inducat condemnationem vſurarum, cùm non poſſit
dolus aut contumacia rei facere vt obligationis ſubſtan-
tia augeatur, ex qua tamen in ſtrictis iudiciis condem-
natio æſtimanda & metienda eſt. Nam nec fructuum
condemnationem litis conteſtatio inducere poſſet, ſi
non ea ratio æquitatis ſubeſſet ad officium iudicis in-
ducendum, quod quale quid eſt cùm petitur, tale debe-
tur, ac proinde cauſſa omnis, id eſt quicquid habiturus
erat actor ſi eo tempore reſtituta illi res fuiſſet, quo
nomine naturales tantùm acceſſiones ſignificantur, id
eſt naturalem cauſſam habentes, quales ſunt fructus,
non etiam ciuiles, cuiuſmodi ſunt vſuræ quæ non tam
ex re quàm ex iure percipi dicuntur in *l. ſi nauis* 62. *D.
de rei vendicat.* Nec magis ad rem facit † quod pra- 8
gmatici obiiciunt, per litis conteſtationem, quaſi con-
trahi. Id enim procedit quod attinet ad rem ipſam quæ
debetur & petitur, non etiam ad vſuras quæ non deben-
tur, quæque in conteſtationem & iudicium deductæ
videri non poſſunt, præſertim illæ, de quibus nunc
tractamus, id eſt eius temporis quod ſecutum eſt con-
teſtationem. Probabilius videre poſſit argumentum
quod pragmatici trahunt ex *l. lite* 35. *D. de vſur.* vbi
Paulus ſcripſit vſuras currere lite conteſtata. Sed iam † 9
docuimus *Decade prima in err.* 2. longè diuerſam eſſe lo-
ci illius ſententiam, nec niſi ad eum caſum pertinere
quo vſuræ ante conteſtationem debeantur. Senſus enim
eſt curſum vſurarum non ſiſti per litis conteſtationem,
quamuis conteſtatio ſoleat inducere nouationem, no-
uatio autem finiat debitum vſurarum *l. nouatione* 18.
l. emptor. 27. *D. de nouat.* Ad voluntariam enim noua-
tionem id pertinet non ad neceſſariam, qualis illa eſt
quæ fit per conteſtationem, quam ideò æquum non eſt
actori nocere. *l. aliam* 29. *D. eod. l. cum ſtipulati* 90.
D. de verb. oblig. Cæterùm non is Pauli ſenſus eſt vt
quo caſu vſuræ nullæ debebantur, ſiue obligationis iu-
re, ſiue officio iudicis incipiant deberi poſt conteſta-
tionem. Non enim id eſſet currere, ſed incipere deberi.
Denique non poteſt pragmaticos iuuare quod Vlpianus 10
† ſcribit in *l. vſura.* 34. *eod.* vſuras vicem fructuum ob-
tinere, & meritò non debere à fructibus ſeparari, præ-
ſertim in bonæ fidei iudiciis. Nam id non vſque adeò
generaliter accipiendum eſt vt falſum reperiatur, cùm
negari non poſſit differre vſuras à fructibus etiam in pe-
titione hereditatis, ad quem tractatum ea lex pertinet,
vt inſcriptio demonſtrat, nec in eo ſolum quod dici-
mus, fructus deberi ex bonæ fidei iudiciis etiam citra
moram, vſuras verò non niſi poſt moram præſtari, ſed
in illo etiam quòd malæ fidei poſſeſſori fructus poſſunt
condici, etiam quos non percepit, ſi percipere potuit *l.*
1. *C. de fid. & iur. haſt. fiſcal. lib.* 10. imò & quos nec
potuit percipere, ſi eos petitor ipſe percipere potuiſſet,
non etiam vſuræ quas potuit ex negotiatione lucrari,
nec lucratus eſt *d. l. ſi nauis* 62. *de rei vindicat.* vbi ele-
gans † ratio redditur non ſatis bene ab omnibus perce- 11
pta, quòd imputandum non ſit poſſeſſori ſi pecuniam in
hereditate repertam fœnori non collocauerit, quod non
niſi ſuo periculo facere potuit, cùm pecunia non eius
cuius eſt, ſed eius qui dat periculo fœneretur. Quamuis
vecturam nauis contra malæ fidei poſſeſſorem æſtiman-
dam eſſe placeat, quia licèt ſimilis ſit nauis pecuniæ in
eo quòd ſui natura etiam ſterilis eſt, & vectura ſicut vſu-
ra non naturâ peruenit, ſed iure percipitur, in eo ta-
men differt quòd qui naui vtitur, non ideò nauis peri-
culum præſtare debet cùm pereat ſuo domino, ideóque
imputari poteſt malæ fidei poſſeſſori cur naui vſus non
ſit. Item in eo differunt † vſuræ à fructibus, quòd vt 12
diximus, voluntaria nouatio ſiſtit curſum vſurarum. At
curſum fructuum non ſiſtit, aut potiùs non perimit
fructuum perceptorum perſecutionem ſi *Iacobo Cuiacio*
credimus *li.* 18. *obſer. cap.* 3. qui id probari putat, ego
non item, ex *l.* 4. *D. de vſur.* Quibus differentiis illa † 13
etiam meo iudicio addi poteſt, quòd in bonæ fidei iudi-
ciis

ciis fructus debentur ex natura iudicij, & obligationis
iure non tantùm officio iudicis, vſuræ verò non niſi offi-
cio iudicis, vt apertè ſcriptum eſt in *d. l. quæro 54. ff. lo-
cat.* Vnde fit vt pretij ſorte, licèt poſt moram ſolutam
vſuræ peti non poſſint, quia nulla ſupereſt obligatio
cui officium iudicis accedere queat. *l. qui per colluſionem
49. §. 1. ff. de act. empt.* Fructus autem peti poſſunt, etiam
re tradita quia ſunt in obligatione, cùm obligatio ex
bona fide æſtimatur. Quod ideò adieci quia in iudiciis
ſtrictis fructus licèt præſtentur à die litis conteſtatæ,
vt diximus, non tamen obligationis iure aut ex natura
iudicij debentur, ſed tantùm officio iudicis, & ex æqui-
tate *d. §. ſi actionem l. 38. l. neque 15. ff. de vſur.* quia ſtrictæ
obligationis natura fructuum additamenta non admit-
tit. Cur autem aliud in bonæ fidei iudiciis, aliud in
ſtrictis obſeruetur, ratio petenda eſt ex iis quæ de iu-
diciorum differentiis earúmque cauſſis ſcripſimus ple-
riſque Coniecturarum locis, maximè verò *lib. 15. cap. 1.
& 2.* vnde & multa alia peti poſſunt ad maiorem eo-
rum quæ modò diximus, explicationem. Sunt autem
hæc omnia coniungenda cum iis quæ ſupra diſputaui-
14 mus in errorem illum pragmaticorum, † quo exiſtimant
iudicia omnia hodie eſſe bonæ fidei, aut ſaltem parum
referre an iudicio bonæ fidei, an ſtricto quis conuenia-
tur, quo ſtultius & abſurdius dici nihil poteſt. Illud
15 tamen non poſſum prætermittere, † non videri mihi
verum quod iidem pragmatici putant, illo etiam caſu
quo venditor fidem habuerit emptori de pretio, ſpe fu-
turæ numerationis (vt quotidie fit, venditore apo-
cham, emptore verò antapocham conſcribente) con-
demnandum emptorem ad vſuras die traditionis. Tunc
enim probabilius arbitror vſuras nullas deberi niſi ex
die moræ, ob ídque neceſſariam eſſe interpellationem,
ſi dies non ſit adiecta, quoniam imputare ſibi debet
venditor cur ita contraxerit, fidémque de pretio habue-
rit, niſi fortè emptor ex pecunia illa negotiatus fuiſſe &
vſuras percepiſſe probetur. Quo caſu nulla ei fit iniu-
ria ſi lucrum ipſi eripiatur quod ab alio extorſit, ne
alioqui & rei & pretij commoda eodem tempore con-
16 ſequatur. Eáque, ni fallor, ſententia † eſt *legis initio
5. C. de pact. int. empt. & vendit.* quæ ait venditorem, ſi
initio venditionis pactus non ſit, vt emptor tardiùs
exſoluti pretij vſuras penſitaret, vſuras petere non poſ-
ſe niſi à die moræ. Tardius enim exſolutum pretium
intelligere debemus non quod ſtatim ſolutum non
fuit (ſic enim fieri non poſſet vt non ſemper tardiùs
ſolueretur) ſed quod in certam diem promiſſum nec
ea die ſolutum eſt. Habet autem venditor fidem de
pretio, qui emptorem admittit vt de pretio intra cer-
tum diem ſoluendo ſe obliget. Nam quod nonnulli
magis probant vt ea lex intelligatur de emptore qui
fructus nullos ex re vendita perceperit non ſolùm cõ-
mentitium eſt, ſed etiam à iuris ratione alienum: quan-
doquidem eo caſu neque ex mora vſuræ deberi poſſent,
vt diximus ex *d. l. liberalitatis 16. §. 1. D. de vſur.* ne-
que verò mora contrahi, quia nihil eſt quod imputetur
emptori qui pretium non ſoluit quandiu ſibi res tradi-
ta non eſt, cùm prior contractum ex parte ſua implere
debeat, qui prior ex contractu agit *d. l. Iulianus 13. §.
offerri. De action. empt.* Atqui lex tractat de ea mora quæ
tunc contrahitur cùm agente venditore emptor non
ſatisfacit, aut quæ ex ipſo diei lapſu iam contracta ſit.
Proinde falſa eſſet euidenter prima pars legis, quæ ha-
bet vſuras initio contractus promiſſas ab emptore præ-
ſtari debere etiam citra moram (ſic enim accipiendam
eſſe priorem partem poſterior demonſtrat) nam con-
uentio non valeret vt emptor vſuras pretij præſtaret
qui ex re vendita fructus nullos percepiſſet, nec per-
cipere potuiſſet, *d. l. 16. §. 1. de vſur. iunct. l. exempto
1. §. D. de act. empt.*

ERROR II.

*De fructibus & vſuris legatorum & fideicom-
miſſorum ſingularium.*

SVMMARIA.

1 *Actionem ex teſtamento per quam legata & fidei-
commiſſa ſingularia petuntur non eſſe proprie bonæ
fidei.*
2 *In quo d. actio imitetur naturam actionum bonæ
fidei.*
3 *In d. actione vſuræ veniunt ex die moræ.*
4 *D. actionem quod ad fructus attinet differre à cæteris
bonæ fidei iudiciis.*
5 *Explicatur l. quæſitum. 40. D. de acq. rer. dom.*
6 *Vt ſit accipiendum quod in leg. 1. Codice de vſur. &
alibi ſcriptum eſt tam vſuras quàm fructus lega-
torum & fideicommiſſorum deberi à die litis con-
teſtatæ.*
7 *Error Bartoli.*
8 *Error pragmaticorum putantium fructus & vſuras
legatorum & fideicommiſſorum nonniſi à die litis
conteſtatæ deberi, etiamſi mora præceſſerit, à Senatu
Sabaudiæ reiectus.*
9 *Differentia inter debitum ex teſtamento, & debitum
ex contractu.*
10 *Caſus quo vſuræ & fructus debentur ex teſtamento
etiam citra moram & à die mortis.*
11 *Minori curatorem non habenti rectè ſoluitur.*
12 *Explicatio §. vſuras. l. Titia. 87. D. de legat. 2.*
13 *Alius caſus quo fructus & vſuræ debentur à die mor-
tis teſtatoris.*

ACtio † ex teſtamento per quam legata & fi- 1
deicommiſſa ſingularia petuntur, non po-
teſt verè & propriè dici bonæ fidei, quia
bonam fidem cùm dicimus, eam ſignifica-
mus quam alterum alteri præſtare oporteat, & conſe-
quenter eo demum caſu de bona fide quæri poteſt quo
naſcitur obligatio ex mutua conuentione, & qualitas
negotij eam interpretationem fieri ſuadet, quę fit ex bo-
na fide. At in teſtamentis non conuentio plurium ver-
ſatur, ſed ſola teſtantis voluntas, ex qua vna æſtiman-
dum eſt quid ex teſtamento præſtari oporteat. Imitatur
† tamen hæc actio naturam actionum bonæ fidei in eo 2
quòd pleniſſimas habet præſtationes, quoniam ea pro-
culdubio teſtatoris voluntas fuit vt quicquid teſtamen-
to legatum datúmve eſt, pleniſſimè præſtaretur, idq; etiã
poſtulat fauor vltimarũ voluntatũ. Ideóque dicimus in
hac actione † vſuras venire ex die morę, vt in cęteris om- 3
nibus bonæ fidei iudiciis. *l. ſi quis bonorũ 23. l. cũ res 47.
de leg. 1. l. ſi quis ſeruo 84. l. Titia Seio 87. §. vſuras de l. 2.
l. patr. 31. de leg. 3. l. vſuræ 34. ff. de vſur.* Quod ad fructus
† tamen attinet, differt actio ex teſtamento à cæteris 4
bonæ fidei iudiciis. Nam cùm in cæteris fructus omni-
modo debeãtur, *l. videamus. 38. §. pen. eo.* id eſt, nulla etiã
mora præcedente, vt ſuperiore capite explicauimus arg.
d. l. Titia 87. §. vſuras de legat. 2. In actione tamen ex te-
ſtamento non debentur niſi à die moræ, nec ſi heres le-
gatam rem eſſe ſciat, quia non ideo ſcit an legatarius le-
gatum iã agnouerit aut agnitus ſit, quod ex mera ipſius
voluntate pendet non ex iure teſtamenti *l. 3. D. de vſur.
d. l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2.* Nec enim cogitur heres
ire ad legatarium & fideicommiſſariũ vt ei offerat quod
teſtamento datum relictúmque eſt, ſed ſufficit vt peten-
ti legatario moram non faciat, eamque rem ſtatim præ-
ſtet *d. l. cum res 47. de leg. 1.* Qui proculdubio Africani † 5
ſenſus eſt in *l. quæſitum 40. de acquir. rer. domin.* cùm ait
heredem

heredem nō poſſe rei legatæ fructus ſuos facere, ex quo ſcit rem eſſe legatam, nempe ſi iam tùm fuit agnitum legatum vel fideicommiſſum, alioqui bonæ fidei poſſeſſor heres eſt licèt legatum aut fideicommiſſum eſſe ſciat, quandiu ignorat an iure ſuo vti legatarius aut fi-
6 deicommiſſarius volet. Non eſt contrarium quod † in *l. 1. & tot. tit. C. de vſur. & fruct. legat.* ſcriptum eſt, tam vſuras quàm fructus ſiue legatorum ſiue fideicommiſſorum deberi à die litis conteſtatæ. Quod & Iulianus ſenſiſſe videtur in *l. quæſitum 91. §. vlt. de leg. 1.* Id enim omnimodo ſic accipiendum eſt, ſi mora non præceſſerit, quam vtique conſtat poſſe contrahi per interpellationem factam congruo loco & tempore etiam ante conteſtationem, arg. eius quod non valdè diſſimiliter ſcriptum eſt in *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante D. de petit. hered.* quod & Accurſius benè vidit, & longè
7 meliùs quàm *Bartolus*, † & cæteri qui fructus legatorum ſeparant ab vſuris, eóſque legatario deberi volunt ex die mortis, propterea quòd ab eo tempore dominium rei legatæ à teſtatore ad legatarium perueniſſe intelligatur, quaſi numquam factum heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. D. de furt.* Iunct. *l. Herennius 42. D. de vſur.* In quo quia manifeſtiſſimè refelluntur ex *d. l. 1. & tot. tit. C. de vſur. & fructib. legat.* vbi ſcriptum eſt non ex die mortis, ſed à lite conteſtata tam fructus quàm vſuras deberi ſiue in rem ſiue in perſonam actum ſit, coguntur viri boni multò ineptiore & prorſus commentitia interpretatione totum illum titulum ad eum caſum coanguſtare, quo res aliena legata ſit, cuius proinde dominium quod penes ipſum teſtatorem non fuit, à teſtatore in legatarium aut fideicommiſſarium tranſire non potuerit. Contra quam ſententiam & diſtinctionem tam multa iam ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 3. & 4.* vt hîc pluribus immorari operæ pre-
8 tium eſſe non arbitremur. Pragmatici † verò in hunc ferè vſque diem, & ab Accurſio & à Bartolo aliiſque interpretibus diſſentientes vulgò exiſtimabant nonniſi à die litis conteſtatæ deberi fructus & vſuras legatorum & fideicommiſſorum etiamſi mora longo interuallo cōteſtationem præceſſiſſet, niſi teſtator ſoluendo legato aut fideicommiſſo diem præſtituiſſet, quo caſu quaſi mora ex ſolo temporis lapſu contracta volebant ex eo die induci debitum fructuum & vſurarum. Sed etiam ſacroſancti & conſultiſſimi Senatus noſtri autoritate error hic profligatus eſt: ſæpiúſque pronuntiatum ſi mora conteſtationem præceſſerit, tam fructus quàm vſuras ſiue legatorum ſiue fideicommiſſorum à die moræ deberi, non à die litis conteſtatæ, ſiue propria res teſtatoris ſiue aliena fuit quæ per legatum aut fideicommiſſum relicta eſt. Nec aliud admittendum eſſe tametſi in diem certam legatum vel fideicommiſſum eſſe proponatur: quia diei aduentus non facit vt hoc ipſo conſtituatur heres in mora ſi legatum aut fideicommiſſum non ſoluat quandiu à legatario aut fideicommiſſario interpellatus non eſt, cùm ignorare probabiliter poſſit an legatarius aut fideicommiſſarius relictum ſit agniturus. Quare nec aliud erit, tametſi teſtator præciſè & enixa voluntate iuſſerit vt ad diem legatum ſoluatur, in eámque rem bona hereditaria diſtrahantur. Habet enim voluntas illa quantacumque expreſſa & efficax tacitam conditionem, ſi legatum aut fideicommiſſum agnitum erit, quia liberalitas, vt habet iuris regula, in inuitum non confertur. In eóque diſſimile
9 eſt † quod ex teſtamento debetur, ab eo quod ex contractu. Nam ſi quid per contractum etiam ſtricti iuris, vt puta per ſtipulationem promiſſum ſit certo die ſoluendum, nec ſolutum ſit, dicimus & fructus & vſuras exinde deberi propter diei adiectionem *l. 3. D. de eo quod cert. loco l. ſi fundum certo die 114. De verb. obligat. l. ſi Calendis 11. De re iudic.* quia cùm contractus duorum voluntate perficiantur, creditor iam ſatis voluntatem ſuam declarauit ab ipſo contractus tempore cùm in diem certam ſtipulatus eſt. Legatarius autem vel fideicommiſſarius quia cùm teſtamentum fit, aut abeſt, aut certè tùm etiam cùm præſens eſt, nihil agit, non prius poteſt ex teſtamento & lapſu diei legato vel fideicommiſſo adiectæ cōmodum illud conſequi quàm declarauerit ſuam voluntatem, vtrum eo iure quod ſibi per teſtamentum & per legem quæſitum eſt vti ve-
lit. Vnus tamen caſus † eſt, quo fructus & vſuræ debentur ex teſtamento etiam citra moram & à die mor- 10
tis. Nempe ſi minori annis viginti quinque relictum ſit. Fauor enim ætatis ius hoc elicuit, vt mora ipſo iure contracta eſſe intelligatur, & re ipſa & ſolo tempore tardæ ſolutionis. Nec tantùm quod ad legata & fideicommiſſa pertinet *d. §. vſuras*, ſed etiam in cæteris omnibus cauſſis ad bonæ fidei iudicia ſpectantibus *l. in minorum 3. C. in quib. cauſſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. curabit 5. C. de action. empt.* Nimirum ſi pupillus cui legatum aut fideicommiſſum debetur habeat tutorem cui ſolui poſſit, vt eleganter ex reſcripto diui Pij tractat Papinianus *in leg. cum quidam 17. §. ſi pupillo D. de vſur.* Quid enim, inquit, imputari ei poteſt, qui ſoluere etiāſi vellet, non potuit? Nec ſimile videri poteſt quod placuit minoribus ſuccurri in his etiam quæ non acquiſiuerūt. Vſuræ enim non propter lucrum petentium, ſed propter moram ſoluentium infliguntur. Quid ergo ſi puberi quidem, ſed minori annis viginquinque legatum aut fideicommiſſum debeatur, nec minor ille habeat curatorem? An idem admittemus quod in pupillo tutorem non habente vt vſuræ non currant? Ita putat *Carol. Molin. de contract. vſur. n. 205.* ſed omnino ridiculè, quia non ſicut pupillo tutorem non habenti ſolui non
poteſt, ita & minori † qui curatorem non habet ſolui 11
non poſſe rectè quis dixerit. Quidni enim poſſit ſolutionem accipere cùm & ſeipſum obligare poſſit ſine curatore, ſiue curatorem habeat, ſiue non? *l. puberes 101. de verb. obligat.* Quam ob cauſſam reſcriptum diui Pij de pupillo tantùm locutum eſt, & quamuis putet Papinianus perinde producendum eſſe ad eum qui reipublicæ cauſſa abfuit, nec procuratorem in prouincia reliquit (ſic enim locus ille ex pupilli tutorem non habentis comparatione intelligi debet) non tamen ſimiliter producit ad minores curatorem non habentes. Nam quod de minoribus ſubiicit generaliter ſolere iis ſuccurri etiā in lucris quæ non acquiſierunt, non eò pertinet vt pupillorum & puberum minorum eadem hac parte ratio conſtituatur, ſed vt diluatur obiectio quæ ex communi iure minorum omnium fieri poterat, cùm dubitari non poſſit quin minor ſit is qui etiam pupillus eſt. Sic & Iuſtinianus in *§. nunc admonendi. Inſtit. quib. alienar. licet vel non*, de pupillo ſolo loquitur, non etiam de minore, cùm ait non liberari debitorem pupillarem ſi pupillo ſoluat ſine tutoris autoritate. Et quod interſerit etiam aliquid de curatore, non facit vt ad puberes minores id ius protrahi debeat, ſed ideo factum eſt, quia pupillo tutorem habenti fieri poteſt vt etiam curator interdum detur: cuius autoritas poteſt etiam ſufficere vt qui pupillo ſoluit liberetur. Sic Paulus in *l. pupillo 15. D. de ſolut.* de pupillo ſolo loquitur, non etiam de minore, ideò denique Imperatores in *d. l. in minorum, C. in quib. cauſſ. non eſt nec. in integr. reſt.* generaliter loquuntur, id eſt, non adhibita ea diſtinctione an curatorem habeant néc ne, quia reſcriptum diui Pij quo inducta eſt eiuſmodi diſtinctio non ad puberes pertinet, ſed ad pupillos duntaxat, qui licèt ipſi quoque minores ſint magis tamen propriè & ſpeciali nomine pupilli appellantur, in iis præcipuè cauſſis in quibus vt hîc alio iure pu-
beres, alio impuberes vtuntur. Illud tamē obſeruandū † 12
eſt quod eleganter idem Papinianus monet in *d. § vſuras*, moram illam quæ fauore minoris ætatis inducitur re ipſa & ſola ceſſatione ſolutionis finiri etiā ipſo iure ſtatim atque completus eſt annus vigeſimus quintus, quaſi ceſſante cauſſa per quam inducebatur, ob idque ex

eo

eo tempore neceſſariam eſſe interpellationem vt noua
mora contrahatur, quam ſemel interueniſſe ſufficiat
quò vſuræ perpetuò debeantur. Mora enim ſemel con-
tracta per interpellationem ſemper durat quouſque pur-
gata ſit, quæ verò non niſi fauore ætatis contracta eſt, fi-
nita quoque ætate finitur. Sed & ſciendum eſt alio
15 quodam caſu + fieri poſſe vt legatorum ac fideicom-
miſſorum fructus & vſuræ ex die mortis teſtatoris de-
beantur, ſcilicèt cùm legato ipſo aut fideicommiſſo cô-
tinentur, id eſt, ſi fructus ipſi quoque relicti ſint per le-
gatum aut fideicommiſſum, vel vſuræ. Non enim eo ca-
ſu fructus aut vſuræ legatorum vel fideicommiſſorum
dici debent, ſed fructus legatos vel fideicommiſſos, vſu-
ras quoque legatas vel fideicommiſſas eſſe dicendum
eſt. Tunc autem heredis moram explorari oportet, cùm
de vſuris fideicommiſſi quæritur, non de ipſis fideicô-
miſſis, vt eleganter & ſubtiliter more ſuo Papinianus
loquitur in *l. cum vnius 10. §. verbis fideicommiſſi. D. alim. & cibar. legat.* Cætera quæ ad hunc tractatum perti-
nent, & ad differentias quæ in hac etiam quæſtione fue-
runt olim inter legata & fideicommiſſa, ex iis Conie-
cturarum noſtrarum locis petenda ſunt, quos ſuprà in-
dicauimus.

ERROR III.

De fructibus ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione adiudicandis.

SVMMARIA.

1 *A quo tempore fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario.*
2 *Sententia Bartoli putantis deberi à die oblati libelli.*
3 *Videri aliis deberi à die litis conteſtatæ, idque in praxi receptum eſſe.*
4 *Proximè relatæ ſententiæ refutatio.*
5 *Ex ſententia autoris deberi fructus & vſuras fideicommiſſi vniuerſalis à die moræ, & n. 10.*
6 *Differentia hac in parte inter fideicommiſſum ſingulare & vniuerſale.*
7 *An tentari poſſit in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione fructus omnes venire etiam ante moram perceptos.*
8 *Differentia inter heredem de reſtituenda hereditate rogatum, & alium à quo fideicommiſſaria hereditas petitur poſt reſtitutionem.*
9 *Fructus quatenus augeant hereditatem.*

QVæ proximo capite diximus De fructibus
fideicommiſſorum, ad ea fideicommiſſa
pertinent quæ ſunt rerum ſingularum:
quorum eadem ratio quæ legatorum iam
olim fuit in pleriſque cauſſis *l. 1. de lega. 1.* hodie verò
generaliter & indiſtinctè eadem prorſus in omnibus
ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. 2. C. comm. de leg.* non
etiam ad vniuerſalia, quale, illud eſt quo qui de reſti-
tuenda hereditate rogatur. Nam quod ad hæc attinet,
pragmaticorum error facit, vt alius tractatus eſſe videa-
tur, & ſeparatim proponenda ſit hæc quæſtio, A quo
1 tempore † fructus hereditatis fideicommiſſariæ fidei-
commiſſario debeantur. Sunt enim qui putent poſt †
2 *Bartolum conſi. 53.* deberi non à die moræ extraiudicia-
lis, aut litis conteſtatæ, ſed à die oblati libelli, quæ pri-
ma iudicialis mora dici poteſt. Alij contrà & ex iis qui
fideicommiſſorum ſingularium fructus & vſuras à die
moræ per extraiudicialem interpellationem contractæ
3 deberi volunt, fideicommiſſariæ † tamen hereditatis
fructus deberi negant, niſi à die litis conteſtatæ. Eóque
paſſim iure vtimur, neſcio planè qua lege aut ratione.
Nam † titulus ille Codicis *de vſur. & fructib. legat. & fideic.* in quo toties ſcriptum eſt fructus & vſuras lega- 4
torum ac fideicommiſſorum non deberi niſi à lite con-
teſtata, præter id quod de fideicommiſſis ſingularibus
loquitur, non de vniuerſalibus, ſic quoque interpre-
tandus eſt vt litis conteſtatæ meminerint Imperatores
ad excludendum tempus mortis teſtatoris, non autem
moræ tempus quod præceſſerit conteſtationem: id eſt,
vt ſignificent non ab eo die quo teſtator deceſſerit fru-
ctus aut vſuras legatorum vel fideicommiſſorum debe-
ri, ſed à die moræ, ſiue, quod plerumque fit, mora con-
tracta ſit per interpellationem extraiudicialem, ſiue ſal-
tem per litis conteſtationem. Vix enim eſt vt non ſaltê
moram heres contrahat, cùm litem conteſtatur, quam-
uis in eum vſque diem habuerit probabilem aliquam
dubitandi rationem, vtrum legatum vel fideicommiſ-
ſum deberetur. Ego non dubito † quin fideicommiſſo- 5
rum vniuerſalium hac parte idem ius ſit, quod ſingu-
larium, hoc eſt, vt omnium fructus & vſuræ à die moræ
debeantur. Sic enim apertè ſcriptum video non iis tâ-
tùm locis quos ſuperiore capite attulimus, ſed etiam
quod ad fideicommiſſariam hereditatis reſtitutionem at-
tinet, in *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S.C. Trebell.* vbi
Vlpianus ſcribit in fideicommiſſaria hereditatis reſtitu-
tione non venire fructus, niſi mora facta eſt, aut cùm
quis ſpecialiter fuerit rogatus & fructus reſtituere. Mo-
ra igitur facta fructus veniunt, moram porrò ante con-
teſtationê fieri poſſe quis ignorat? Illa tantùm differê-
tia eſt inter fideicommiſſum vniuerſale † & ſingulare, 6
quòd ſi per fideicommiſſum relictus ſit fundus, cuius
fructus mortis tempore maturi fuerût, non idcirco fru-
ctus illi fideicommiſſario debentur, ſi ab herede perce-
pti ſint ante agnitum petitúmque fideicommiſſum, quia
non ſunt in fideicommiſſo, ſed fundus ipſe ſolus, licèt
quandiu fructus in fundo ſunt pretioſior fundus exi-
ſtimetur. arg. *l. nihil proponi 120. §. vlt. de legat. 1.* At ſi
heres de reſtituenda hereditate rogatus fuerit, fructus
illi veniunt in reſtitutionem, quia quâuis non augeant
fundi æſtimationem ſimpliciter, ſed tantùm eo tempo-
re inſpecto quo ſunt in fundo, augent tamen heredita-
tis æſtimationem, vt Paulus ſcribit in *l. in falcidia 9. D. ad leg. falc.* Qui autem rogatur hereditatem reſtitue-
re, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, id
eſt eam ipſam hereditatem quæ quantáque mortis tê-
pore fuit, quo demum inſtanti hereditas conſtituitur, &
eſſe incipit. Nec de his fructibus dici poteſt quod de
aliis Vlpianus tractat in *d. l. in fideicommiſſaria*, fructus
ab herede ex rebus hereditatis perceptos non heredi-
tatis, ſed rebus ipſis accepto ferendos eſſe, vt inferat,
Non igitur venire eos in reſtitutionem. Nàm imò here-
ditati accepto feruntur ij omnes qui hereditatis æſti-
mationem augent, eo ipſo tempore quo hereditas con-
ſtituitur, non etiam illi qui poſt natam hereditatem ac-
cedût. Finge fructus in hereditate repertos eſſe moriente
teſtatore. Non tam hereditatis fructus eſſe intelligen-
tur quàm particula quædam hereditatis: ob idque codê
quo hereditas ipſa iure cenſebuntur *l. centurio 15. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Nihil autem intereſt an fructus in
hereditate reperti ſint, an maturi in fundo, quod ad he-
reditatem augendam pertinet, niſi quòd qui mortis tê-
pore maturi ſunt in fundo, non tanquã fructus augent
hereditatem, ſed tanquam pars fundi, & vt Paulus lo-
quitur in *d. l. in falcidia fundi nomine qui videtur illo in tempore fuiſſe pretioſior.* Id enim eſt quod ait *l. ſi fructus pendentes 44. D. de rei vindic.* fructus pendentes fundi
partem eſſe, pendentes ſiquidem propriè illi ſunt qui
ſunt maturi, non etiam cæteri qui nondũ maturi ſunt,
licet fundi quoq; appellatione magis quàm parte con-
tineantur *l. fundi 17. D. de act. empt.* Neque enim fructuũ
nondum maturorum, licèt ſperentur, certa vlla poteſt
iniri æſtimatio, propter innumera quæ poſſunt accide-
re, & facere ne matureſcant. Appareτ igitur ex ſupe- 7

tioribus pleniorem eſſe poſſe quod ad fructus reſtituen-
dos attinet, fideicommiſſi vniuerſalis reſtitutionem
quàm fideicommiſſi ſingularis, minùs plenam eſſe non
poſſe. Quòd ſi ita eſt, conſequens fit vt cùm ex fidei-
commiſſo ſingulari fructus debeantur à die moræ, mul-
tò magis ab eo tempore debeantur ex cauſſa fideicom-
miſſi vniuerſalis. Quinimò probabilius tentari poſſet †
7 in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione fructus om-
nes venire etiam qui ante moram percepti ſunt, quo-
niam fideicōmiſſaria hereditatis petitio eaſdem præſta-
tiones recipit quas hereditatis petitio ciuilis *l. 2. D. de
fideic. hered. peti.* ſicut & poſſeſſoria hereditatis petitio
quæ bonorum poſſeſſori datur *l. vltim. D. de poſſeſſ.
hered. petit.* Conſtat autem fructus omnes ex heredita-
te perceptos licèt longo poſt teſtatoris mortem inter-
uallo, venire in petitionem hereditatis ciuilem, quia he-
reditas & augmentum recipit & diminutionem cùm ſit
nomen iuris, ſiue fructus illi ante aditam hereditatem,
ſiue poſt aditam acceſſerint *l. item veniunt 20. §. item
non ſolum. & §. fructus. D. de hered. petit.* Sed reſpon-
dendum eſt, fideicommiſſariam illam hereditatis peti-
tionem, quæ eaſdem præſtationes recipere dicitur, quas
hereditatis petitio ciuilis, & de qua in *d. l. 2 ill. titul.*
non eam eſſe quæ datur fideicommiſſario contra here-
dem ad extorquendam hereditatis fideicommiſſariæ
reſtitutionem, ſed eam quæ reſtituta hereditate datur
fideicommiſſario contra quemlibet hereditatis poſſeſ-
ſorem pro herede aut poſſeſſore poſſidentem. Nam
contra heredem rogatum quandiu hereditatem non-
dum reſtituit, fideicommiſſaria hereditatis petitio lo-
cum habere non poteſt, ſed in id tantùm agendum eſt
vt fideicommiſſum reſtituatur ex Prætoris fideicommiſ-
ſarij in eam rem ſpecialiter conſtituti iuriſdictione:
poſt reſtitutionem verò non poſt ea actio competere
aduerſus heredem qui tutus eſt exceptione reſtitutę he-
reditatis *l. vlt. §. pen. D. eod. l. ita tamen 27. §. qui ex
Trebelliano D. ad S.C. Trebell.* Cæterùm alio iure cen-
8 ſendus eſt is † qui fideicommiſſum reſtituere rogatus
eſt, alio is à quo fideicommiſſaria hereditas petitur poſt
reſtitutionem: quia heres rogatus quandiu fideicommiſſi
reſtituendi nomine non vrgetur, ius habet hereditatis
retinendæ non ſolùm tanquam bonæ fidei poſſeſſor,
quod ſufficere poſſet ad fructus lucrandos, ſed etiam
tanquam dominus, cùm heredis appellatio nihil niſi
dominum ſignificet. Vnde illud etiam euenit, vt fidei-
commiſſarius vniuerſalis quantumlibet heredis loco
ſit, non tamen fiat ex Trebelliano heres, quia licèt Se-
natuſconſultum poſſit facere heredem & dominum, vt
ex Senaſconſultis Tertulliano & Orficiano apparet,
non potuit tamen facere vt qui re vera heres erat, heres
eſſe deſineret *l. ait prætor 7. §. ſed quod Papinianus. D.
de minor. l. ei qui ſoluendo 88. de hered. inſt.* multò mi-
nùs autem vt vni homini duo heredes in ſolidum
eſſent. Itaque mirum non eſt ſi heres de reſtituenda he-
reditate rogatus meliore conditione ſit quàm is qui fi-
deicommiſſaria hereditatis reſtitutione conuenitur,
quique nullum ius habet poſſidendi eam, fructúſque
ex ipſa percipiendi. Etſi enim generaliter verum eſt quod
diximus fructus augere hereditatem, aliud tamen eſt
tractare de hereditate ſimpliciter, aliud verò de heredi-
9 tate reſtituenda, Fructus † augent hereditatem lucro
heredis, ſed non augent hereditatem ex fideicommiſſo
reſtituendam, id eſt, non augent fideicommiſſum, quia,
vt dictum eſt, quoties quis rogatur hereditatem reſti-
tuere, id videtur rogatus reſtituere, quod fuit heredita-
tis, moriente ſcilicet teſtatore: nam nec alia fuiſſe here-
ditas videri poteſt, quæ ſemel adita fuit altero herede de
ea reſtituenda rogato, quando quidem aditio quæ iuris
poteſtate retrotrahitur ad tempus mortis, facit vt nul-
lo tempore iacuiſſe hereditas videatur. Proinde fructus
qui illo mortis tempore nec iam percepti, nec penden-
tes fuerunt, non tam hereditati quàm rebus heredita-
riis accepto ferendi ſunt, & conſequenter in fideicom-
miſſum venire non poſſunt, ne fiat contra voluntatem
quod ex voluntate proficiſcitur. Et quemadmodum he-
reditas ex quo adita eſt, deſinit eſſe hereditas, fitque pa-
trimonium heredis, ita fructus illi à vero herede perce-
pti non tam hereditatem quàm heredis patrimonium
auxiſſe intelliguntur, nemo autem dixerit proprium
patrimonium heredis fideicommiſſo contineri *l. cohere-
di 41. §. cum filia. D. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. ſequens
quæſtio 68. de lega. 2.* Planè ſicuti melioris conditionis
eſt heres rogatus de reſtituenda hereditate, quia verus
heres eſt, quàm qui petitione hereditatis conuenitur
tanquam poſſeſſor pro herede poſſidens aut pro poſſeſ-
ſore, quia falſus heres eſt, ita æquum eſt † meliorem eſſe 10
conditionem fideicommiſſarij, quàm veri heredis in fru-
ctibus acquirendis, ex quo tempore mora per heredem
facta eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ne alioqui proſit
heredi ſua fruſtratio & fideicommiſſario noceat contra
voluntatem teſtatoris, quod proculdubio eueniret, ſi
fructus ex hereditate fideicommiſſaria poſt heredis mo-
ram percepti in reſtitutionem non venirent, litiſque
conteſtatæ tempus ſpectandum & expectandum eſſet,
quod plerumque per contumaciam & tergiuerſatio-
nem heredis in longiorem diem differtur.

ERROR IV.

*De fructibus hereditatis fideicommiſſariæ in Tre-
bellianicam computandis.*

SVMMARIA.

1 *Differentia inter cauſſam reſtitutionis fideicommiſſi & imputationis quartam.*
2 *Fructus à vero herede ex hereditate percepti non veniunt in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione.*
3 *Fructus omnes etiam citra moram percepti ex voluntate teſtantis in quartam imputantur.*
4 *Si purum ſit fideicommiſſum fructus medio tempore percepti cur non imputentur.*
5 *Quando fideicommiſſum nulla deducta quarta reſtituatur, & quanti temporis fructus Trebellianicam abſorbeant n. 6. ex ſententia pragmatic.*
7 *Error pragmaticorum.*

DIfferentia magna eſt inter cauſſam † reſti- 1
tutionis fideicommiſſi & imputationis in
quartam: multa enim imputantur quæ non
veniunt in reſtitutionem, quoniam ad im-
putationem ſufficit vt id de quo agitur heres habeat ex
iudicio defuncti & tanquam heres, non habiturus ſi he-
res non fuiſſet: ad cauſſam verò reſtitutionis, neceſſe
eſt vt id quod in reſtitutione venit ſit hereditarium,
nec niſi hereditati accepto ferri poſſit. Inde fit vt fru-
ctus à vero herede † ex hereditate percepti, non veniant 2
in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione, vt proximo
capite dicebamus, quoniam vt Vlpianus ſcribit in *l. fi-
deicommiſſaria 18. D. ad S. C. Trebell.* quoties quis ro-
gatus eſt hereditatem reſtituere, id videtur rogatus red-
dere, quod fuit hereditatis, fructus autem non heredi-
tati, ſed rebus ipſis hereditariis accepto feruntur, & ta-
men fructus † omnes etiam citra moram percepti in 3
quartā imputantur, ſi modò percepti ſint ex iudicio, &
voluntate teſtantis, quod euenit quoties hereditas per
fideicōmiſſum in diem aut ſub cōditione relicta eſt. Nā
ſi purū † aut quod ferè idē eſt præſenti die fideicōmiſ- 4
ſum ſit fructus medio tēpore percepti magis ex negli-
gentia petētis quàm ex iudicio defūcti percepti videtur
ideóq; nec imputantur, ſed perinde acſi nulli percepti
eſſent

eſſent fideicommiſſum deducta quarta reſtituetur *l. mulier quæ duobus* 22. §. *ſi heres. D. ad S. C. Trebell.* Quoniā autem pura illa fideicommiſſa hodie perrara ſunt, nihilque frequentius eſt quàm vt heres ſiue ſcriptus ſiue legitimus hereditatem poſt mortem ſuam ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituere rogetur, accidit ſæpenumero vt fi-
5 deicommiſſum † nulla deducta quarta reſtituatur, quia fructuum medio tempore perceptorum ratio eam cōputationem inducit, quæ Trebellianicam abſorbeat: ideóque ſolet quæri quot annorum fructus ei rei ſufficiant. Et pragmaticis placet quinquennij † fructus ſuf-
7 ficere, æſtimatis ſcilicet fructibus ad modum vſurarum quincuncium, quæ viceſimo demum anno æquant ſortem, quandoquidem Trebellianica quarta duntaxat portio eſt hereditatis reſtituendæ. Nam & quinquennium pars quarta vicennij eſt, eadémque proportione ſe habet ad vicennium, qua hereditatis reſtituendæ quarta portio ad totam hereditatem, ſed, euidentiſſi-
8 mus hic error eſt pragmaticorum. Non enim † quartam ſolam, eámque integram & illibatam ex fideicommiſſo habere heres debet, ſed etiam quartæ fructus *d. §. ſi heres l.* 22 *D. ad S. C. Trebell. l.* 3. *C. eo l. Papinianus* 8. §. *vnde ſi quis D. de inoff. teſtam.* & quidem à die mortis *l. quod bonis* 15. §. *fructus D. ad leg. Falcid.* Proinde niſi mea me fallit arithmetica, ſexennij integri ac prætereà trium menſium fructus habere heres debet, vt Trebellianum inducatur, quomodo prudentes ante Iuſtinianum loqui ſolebant, id eſt, vt tota hereditas ex fideicommiſſo ſine vlla deductione reſtituatur, iuxta eam fructuum æſtimationem, iuſtam ſanè & rationi adprimè conſentaneam, quæ conſtituitur ex vſurarum quincuncium comparatione. Nam quod Vlpianus in *d. §. vnde ſi quis*, tractat de decennio, exempli potiùs quàm calculi cauſſa dictum eſt.

ERROR V.

De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Quale ſit ius illud ſingulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno Imp. in l. iubemus.* 6. *C. ad S. C. Trebell.*

2 *Hodie eo iure vtimur, vt liberi de reſtituenda hereditate rogati duas quartas detrahant.*

3 *Iniquum eſſe vt liberis primi gradus duæ quartæ concedantur; ac prætereà fructus omnes medio tempore percepti.*

4 *In Zenonis lege nihil eſſe ex quo poſſit coniici permittendum legitima cum Trebellianica detractionem: aut deducta legitima reſtituendum dodrantem fideicommiſſario.*

5 *Liberos primi gradus ex communi iure fructus à ſe perceptos medio tempore in Trebellianicam cogi imputare.*

1 Singulare † ius eſt liberorum primi gradus, Imperatoris Zenonis conſtitutione introductum *l. iubemus.* 6. *C. ad S. C. Trebell.* vt non ſicut cæteri cogantur imputare in Trebellianicam fructus à ſe perceptos, ſed præcipuos eos habeant, & ex rebus ipſis hereditariis quadrantem ſuum efficiant: reliquū totius hereditatis dodrantem reſtituant. Cuius conſtitutionis æquitas videtur in promptu eſſe. Nimirum iis perſonis, quæ ſanguinis vinculo teſtatori ſunt coniunctiores, viſum eſt hac in re fauendum eſſe, vt meliore quàm heredes cæteri iure & conditione fruantur. Sed tamen deflexit æquitas illa in ſummam iniquitatem ex errore interpretum & pragmaticorum. Nā cùm
hodie paſſim eo † iure vtamur, vt liberi ſiue primi, ſiue 2
ſequentis gradus ſi de reſtituenda hereditate rogati ſint, duas quartas detrahant, adeò vt nec à teſtatore prohiberi poſſint ne detrahāt ſi in primo ſint gradu, ex iure pontificio quod extat in *c. Raynutius, & c. Raynaldus.*
Extr. de teſtam. Nemo non videt quàm iniquum ſit † 3
& ab Imperatoris mente alienum ſi liberis primi gradus duplicem illam quartam, aut vt meliùs dicam, trientem pro legitima, & quadrantem pro Trebellianica concedamus, ac prætereà fructus omnes medio tempore perceptos, qui Trebellianicam non modò æquare poſſint, ſed etiā ſuperare. Ita. n. fit vt ſemper habituri ſint ad minus ſemiſſem totius hereditatis vltra fructus totius aſſis, reliqua verò hereditas, id eſt, ſemis duntaxat fideicommiſſario relinquatur. Et tamen apertiſſima in contrarium Zenonis verba ſunt, volentis vt de rebus ipſis hereditariis dodrans fideicommiſſario reſtituatur. Alia igitur lex quærenda eſt, quę liberis primi gradus faueat ratione fructuum, quàm Zenonis conſtitutio, quæ in fideicommiſſarij odium violatur. Nā qui eam ſic intelli-
gunt †, vt deducta priùs legitima dodrans eius quod 4
ſupereſt veniat in fideicommiſſum, apertè calumniātur, & vim faciunt verbis, non ob id ſolùm quod in Zenonis lege nihil eſt, ex quo poſſit coniici permittendā legitimæ cum Trebellianica detractionem. Sed etiam quia euidens eſt verba illa *Sed de ipſis rebus hereditariis dodrans reſtituatur* hunc ſenſum habere vt rerū hereditariarum indiſtinctè, id eſt, omniū quas teſtator in hereditate reliquit dodrantem fideicōmiſſario reſtitui oporteat, quod non fieret ſi legitima priùs detraheretur. Denique ſemiſſem in effectu pro drodante ſubſtituere nemo poſſit ſalua vi & proprietate verborum ac Imperatoris voluntate. Præſertim cùm præcedentia illa *vt omnibus modis retenta quarta pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani de ipſis rebus hereditariis dodrans reſtituatur*, oſtendant ſatis de eo quadrante intelligi legē debere, itémq; de eo dodrante de quo & Senatuſconſultū locutum eſt. Atqui Senatuſconſultū dat heredi quadrātem totius aſſis, ſicut & fideicommiſſario dodrantem totius aſſis, non autem eius quod ſupereſt legitima deducta, quia nec eā duplicis quartæ detractionem Senatuſconſultū agnouit. Non igitur eam Zenonis mentem fuiſſe dici poteſt, vt eum dodrantem fideicommiſſario reſtitui voluerit qui non niſi ſemiſſem efficiat. Ceſſante porrò Zenonis conſtitutione, & liberis primi gradus multò fauorabilius habitis in duplicis quartæ deductione,
nihil aliud ſupereſt niſi vt † ex iure communi fructus 5
omnes quos medio tempore perceperint, in Trebellianicā imputentur. Quòd ſi obiicias, ita futurum vt liberi primi gradus nullum habeant priuilegium, ſi quidem liberis quoque ſequentium graduum eadem duplicis quartæ deductio indulgetur. Reſpōdebo, id quidē egiſſe Zenonem vt liberos primi gradus priuilegio aliquo afficeret, ſed ita tamen vti ne fideicommiſſario in totius hereditatis dodrante iniuriā fieri pateretur. Itaq; inducto eo per errorem interpretum qui Pontificij iuris conditores fefellerunt, vt non niſi ſemis hereditatis fideicommiſſario ſaluus eſſe poſſit, ſi fortè fructus aut nulli, aut perexigui ab herede percepti ſint, æquum non eſſe vt qui eo caſu diminutionem patitur eius portionis quam ex fideicommiſſo illibatam habere debuit, iuris cōmunis auxilio priuetur, ſi fortè fructuum perceptorū & imputandorum ratio ſufficere poſſit ad Trebellianicā abſorbendam, vt qui in vno grauatur quemadmodum eſt in pragmaticorum brocardico, in alio releuetur. Et ſanè quod Zeno voluit meliorem eſſe hac parte conditionē liberorū primi gradus, quàm cæterorū deſcēdētiū ideò factū eſt, quia cęterorū deſcēdētiū nō meliorē eſſe conditionē voluit, quàm extraneorū. Permiſſa igitur deſcēdētibus liberis ſequētiū graduū duplicis quartæ detractione nō ſecus ac liberis primi gradus, nihil fit cōtra

Zenonis mentem ſi liberos primi gradus, perinde ac cæteros deſcendentes ad ius commune reuocemus, quod attinet ad perceptos fructus in Trebellianicam imputandos. Sufficit enim vt etiam hodie melioris conditionis ſint, quàm extranei heredes fiduciarij, quibus vtique duplicis quartæ detrahendæ ius denegatur. In eo tantùm Zenonis conſtitutioni hoc reſpectu derogatum eſt quòd melior facta fuit conditio inferioris gradus deſcendentium, quàm extraneorum, quæ tamen ex Zenonis lege & mente, par & æqualis eſſe deberet.

ERROR VI.

De alio liberorum primi gradus priuilegio vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Lege Zenonis vulgò credi inductum aliud liberorum primi gradus priuilegium, vt prohiberi non poſſint ne ex fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis Trebellianicam deducant.*

2 *Nullum tale priuilegium lege Zenonis inductum eſſe, aduerſus pragmaticos & n.6.9.*

3 *Ex eo quod Iuſtinianus Nou.1. Falcidiæ prohibitionem permiſit, perperam inferri à pragmaticis, licitam quoque eſſe Trebellianicæ prohibitionem.*

4 *Falcidia quæ ex legatis deducitur, & ea quæ ex vniuerſali fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur eodem in omnibus iure non cenſentur.*

5 *Prohibitionem Falcidiæ effectu multùm differre à prohibitione Trebellianicæ.*

7 *Quæ fuerit ratio dandi priuilegij liberis primi gradus de fructibus non imputandis in Trebellianicam.*

8 *Pater non poteſt facere vt liberis primi gradus legitima non debeatur.*

10 *Prudentibus inaudita fuit mentio duplicis quartæ detrahendæ.*

11 *Portio quæ filio pro legitima, & heredi pro Trebellianica olim debebatur, erat quarta pars hereditatis.*

12 *Concurrente in eandem perſonam duplici iure, vno communi, alio ſpeciali, prææualet cauſſa iuris communis.*

13 *In quo fauere voluerit Zeno liberis primi gradus.* 14. *Πορίσματα ſuperioris diſputationis.*

15 *Obiectio, & eius dilutio.*

1
ALiud liberorum primi gradus † priuilegium eſſe creditur, eadem Zenonis lege inductũ, vt prohiberi non poſſint, ne ex fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis Trebellianicam deducant. Etſi enim hoc ipſum expreſſim Zenonis lege non continetur, cùm tamen noluerit Zeno cogi liberos primi gradus, vt fructus à ſe medio tempore perceptos imputent in Trebellianicam, licèt hoc teſtator rogauerit vel iuſſerit, multò magis credendus eſt noluiſſe vt ius habeat teſtator prohibendi deductionem Trebellianicæ: quæ prohibitio eſſet iis longè damnoſior. Eſt enim multò grauius nullam quàm ex fructibus
2 conficiendam Trebellianicam deducere poſſe. Sed non fuit † cur Zeno id exprimeret, quoniam iis temporibus Trebellianicæ deductio prohiberi non magis poterat, quàm Falcidiæ, nec extraneo quidem heredi, quia iure publico vtraque debebatur *l.quod bonis* 25. §.1. *D. ad l. falc.* Proinde non poterat priuilegium ita concipi vt liberi primi gradus prohibitionem Trebellianicæ pati non cogerentur. Sed cùm ita ius commune eſſet vt ea deductio per fructuum imputationem excluderetur, ſi tantum ex fructibus perceptum foret quantum ſufficere poſſet ad quartam & quartæ fructus noluit Zeno liberos primi gradus eo iure vti, nec ſi teſtator idipſum expreſſim præcepiſſet. At quoniam Nouella Iuſtiniani
conſtitutione 1 *de hered. & falc.c.*1. hactenus iuri veteri † 3
derogatum eſt, vt hodie prohiberi falcidia poſſit tracto paullatim eo iure ad Trebellianicam, licet Iuſtinianus nihil de Trebellianica dixerit, cœptum eſt induci ex priuilegio quod anteà poſitum erat in iure communi, vt in liberis primi gradus ea prohibitio vires habere nunquam poſſet. In quo vereor ne priuilegium hoc ab interpretibus & pragmaticis, potiùs quàm à Zenone aut à Iuſtiniano datum videatur. Primùm, quia ſi ſummo iure agatur, non puto quod de falcidia prohibita conſtitutum eſt, ad Trebellianicam produci debere. Etſi enim vtraque iure publico debetur, falcidiæ tamen deducendæ prohibitio in eo minùs odioſa eſt, cum ab eo facta fuit, qui non errans in modo ſubſtantiæ ſuæ æſtimando ſed expreſſa deſignatione iuſſit legata in ſolidum præſtari (hoc enim Iuſtiniani lex omnino requirit) quod credibile eſt teſtatorem compertum habuiſſe poſſe, id fieri ſine damno heredis, nec ſine lucro heredi futuram hereditatem. Sic enim Iuſtinianus ſcribit *& non videri ſine lucro eſſe huiuſmodi hereditatem* (quanquam de eo lucro loqui videtur quod heres ſentiat non tam in percipiendo, quàm in piè agendo, vt præcedentia demonſtrant.) At prohibitio Trebellianicæ directè fit contra autoritatem Senatuſconſulti, quantacumque ſit hereditas, & quantumcunque teſtator patrimonij ſui modum ſciuiſſe proponatur, quoniam qui prohibet Trebellianicam, id agit vt nullum commodum ex hereditate penes heredem remanere poſſit, ídque omnino aſſequitur ſiue patrimonij ſui modum ſciuerit ſiue ignorauerit, quia nullo caſu fieri poteſt vt admiſſa prohibitione quadrantem ſaluum heres habeat, quem tamen ſaluum habere interdum poteſt etiam is qui falcidiam ex legatis deducere prohibitus eſt, aut certè portionem aliquam hereditatis licèt minorem quadrãtem. Quid enim ſi legata non excedant dodrantem? aut excedant quidem, ſed modica quantitate? Satisfieri poterit voluntati teſtatoris præſtatione legatorum in ſolidum, nec eo minùs tamen heres quadrantem ſuum, aut ſextantem, aut quam aliam portionem habebit, cuius ſpe & commodo allectus non recuſet delatam ſibi adire hereditatem, quod vnum legis falcidiæ propoſitum fuit, quamuis eadem lex quadrantem in eam rem omnimodo relinqui voluerit. Taceo quod lex correctoria non facilè vltra fines ſuos eſt extendenda, alia verò eſt
falcidia † quæ ex legatis deducitur, alia quæ ex vniuer- 4
ſali fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur: licèt vtramque falcidiam dicere ſoleant Iureconſulti, quoniam hæc poſt illam & ad illius exemplum inducta eſt: Cæterùm non eodem in omnibus iure vtramque cenſeri apparet ex iis *l. in quartam* 91. *D. ad l. falc.* & ex iis quæ de tota eius legis ſententia diximus *lib.6. Coniect.* Et quamuis eadem vtriuſque ratio eſſet, non tamen idem ius in vtraque conſtitutum videri poſſet permiſ-
ſa vtriuſque prohibitione, quia prohibitio † falcidiæ 5
conceſſa facit quidem vt fieri poſſit ne quicquam ex hereditate commodi heres retineat ſi fortè hereditas non tantùm onerata ſit legatis, ſed etiam exhauſta: ſed non facit vt nullo caſu nullum lucrum ex hereditate ſperare poſſit, ſi, vt diximus, ex euentu appareat hereditatem, neque exhauſtam legatis fuiſſe, neque oneratam: aut oneratam quidem fuiſſe, ſed non tamen exhauſtam. At ſi Trebellianicæ detrahendæ prohibitio permitteretur, non ſolùm à commodo omni hereditario, ſed etiam ab omnis commodi ſpe omni caſu heres arceretur, quam tamen ſpem ei ſaluam eſſe publicè vtile eſt vel ob hoc ipſum vt ad hereditatem adeundam inuitetur. Etſi enim eadem Iuſtiniani conſtitutione, quæ teſtatori ius dedit falcidiæ prohibendæ, inductum etiam eſt vt recuſante herede adire hereditatem poſſit fi-

deicommiſſarius

deicommiſſarius vltrò adire (quæ res non tantùm Pe-
gaſiani, ſed etiam Trebelliani ſenatuſconſulti autori-
tatem magna ex parte ſuſtulit) tamen volente herede
nec recuſante adire nihil à Iuſtiniano innouatum eſt,
vt docuimus *lib. 5. Coniect.* Proinde illud ex iure vete-
re adhuc ſupereſt vt æquiſſimum ſit heredem qui para-
tus ſit voluntatem defuncti agnoſcere, & ei parere, ali-
quo præmio aut ſaltem præmij ſpe aliqua inuitari ad
adeundum, aut, vt rectiùs dicam, non vſque adeò iniu-
rioſè haberi, vt nullum ex hereditate adita commodum
ſperare vnquam poſſit. Quòd ſi quis malit cum inter-
pretibus & pragmaticis ſic ſentire vt eadem Iuſtiniani
conſtitutione non minùs quartæ Trebellianicæ quàm
falcidiæ detrahendæ prohibitio permiſſa intelligatur,
eueniet vt iam nihil ſit ex quo poſſit induci priuile-
gium liberorum primi gradus ne prohibitionem eiuſ-
6 modi pati cogantur. Iam enim diximus † Zenonis con-
ſtitutionem nihil de eo cauiſſe, ſed tantùm de fructi-
bus hereditatis in Trebellianicam non imputandis, pro-
pterea quod iis temporibus heredem omnium quan-
tumlibet extraneorum commune ius illud erat vt Tre-
bellianicæ detrahendæ ius per teſtatorem iis eripi non
poſſet. Quo immutato, & permiſſa hodie Trebelliani-
cæ prohibitione, non poteſt iam ex ea lege argumen-
tum ſumi quaſi noluerit Zeno liberos primi gradus
eiuſmodi prohibitione arctari, quos nec voluit cogi
poſſe vt fructus ex teſtantis iudicio perceptos in Tre-
bellianicam imputent. Qui enim fieri poſſit vt videa-
tur cogitaſſe de priuilegio concedendo in ea re quæ iũ
iure communi nitebatur? Credibile potius eſt Zenonẽ,
ſi eo tempore liberorum primi gradus priuilegium il-
lud fuiſſet vt Trebellianicæ prohibitionem pati non
cogerentur, non aliud quoque priuilegium iis conceſ-
ſurum fuiſſe de fructibus in Trebellianicam non impu-
tandis. Tritum enim ſcitéque dictum eſt, non eſſe mul-
tiplicanda priuilegia vt à iure communi quàm mini-
7 mum fieri poteſt, recedatur. Dandi enim liberis † primi
gradus priuilegij quod ad fructus non imputandos at-
tinet, ratio alia non fuit quàm vti ne in omnibus pari
cum cæteris remotioribus iure cenſerentur. Quæ ratio
ceſſat alio priuilegio inducto quod multò maioris mo-
menti eſt, vt Trebellianicam habere debeant etiam inui-
to teſtatore quàm alij remotiores non haberent. Cum
igitur ex Zenonis conſtitutione priuilegium hoc indu-
ci nequeat, conſequens eſt vt vel ex Iuſtiniani nouella
lege colligatur vel prorſus nullum ſit. Atqui lex illa
quæ falcidiæ prohibendæ ius teſtatori dedit, generalis
eſt, nec excipit liberos primi gradus. Nullum ergo ipſo-
8 rum hac parte priuilegium eſt. Fateor patrem facere †
non poſſe vt liberis primi gradus legitima non debea-
tur, eóſque iuſtam querelæ cauſam habere ſi non eam
portionem eiúſque fructus ex hereditate aut ex rerum
hereditariarum fructibus conſequantur, tum etiam cum
fuerunt inſtituti ſi de reſtituenda hereditate rogati ſint
l. Papinianus 8. §. vnde ſi quis. D. de inoff. teſt. Sed nos de
Trebellianica loquimur, non de legitima ex cóque ma-
gis apparet quod volumus, Zenonem in *d. leg. iubemus*
9 nõ potuiſſe † cogitare de indulgendo liberis primi gra-
dus priuilegio illo vt Trebellianicę detracto ipſis prohi-
beri non poſſet, ſiquidem eo tẽpore iã illud obtinebat,
non ſolũ in liberis primi gradus, ſed etiã in inferiorum
graduũ deſcendentibus, ſi modò primũ locũ in familia
tenerent parentibus præmortuis aut emancipatis, vt in-
uito etiã parente legitimã integrã eiúſq; fructus habere
deberent. Nec proinde locus ſupererat quæſtioni de
10 Trebellianica an prohiberi poſſet, cùm inaudita † eſſet
prudẽtibus mentio duplicis quartæ detrahendæ, vt cõ-
ſtat ex *d. §. vnde ſi quis, & l. quamquã 10. C. ad leg. falcid.*
11 aliiſq; innumeris iuris locis: at quoniã eadem portio †
erat quæ filio pro legitima & heredi pro Trebellianica
debebatur, id eſt, quarta pars hereditatis, nec in eã mi-
nùs quàm in hanc fructus medio tẽpore percepti im-
putabãtur *d. §. vnde ſi quis, & l. mulier 22. §. ſi heres, & §. cùm proponeretur. D. ad S. C. Trebell.* nihil intererat an legi-
tima an Trebellianica diceretur, maióque ratio erat vt
Trebellianica diceretur, quia cõmuni heredũ omniũ iu-
re non liberorũ proprio percipiebatur. Certũ autem eſt,
concurrente † in eandẽ perſonã duplici iure, vno com- 12
muni, alio ſpeciali præualere cauſã iuris cõmunis vel
hoc ipſo quod fauorabilior eſſe exiſtimatur. In eo igitur
ſolũ fauere † liberis primi gradus voluit Zeno & potuit 13
vt fructus in Trebellianicã non imputarent, non etiã in
eo vt quartæ detrahendæ vel inuito patre ius haberent,
quippe quod iã habebãt ex duplici capite, & tanquã he-
redes propter autoritatẽ S. C. Trebelliani, & tanquã li-
beri ſiue primi gradus eſſent, ſiue inferioris, pro legiti-
ma portione, quam liberis relinqui à parẽtibus neceſſe
eſt. Non. n. poterat facere teſtator quin leges in ſuo te-
ſtamento locũ haberent *l. non poteſt 55. de l. 1.* Quibus 14
conſequens † videtur vt poſtquàm cœptum eſt induci
nouo errore magis quàm iure, ius illud duplicis Falci-
diæ deducendæ non tantùm in liberis primi gradus, ſed
in cæteris quoq; deſcendentibus omnibus inſtitutis &
grauatis, non modò ceſſet ratio inducendi priuilegij de
fructibus non imputandis, vt proximo capite diſputaba-
mus, ſed etiã illius quod noſtri interpretes & pragmati-
ci iiſdem liberis primi gradus datum volunt, vt Falci-
diã Trebellianicã deducere prohiberi non poſſint, quo-
niam iis plus quàm ſatis conſultum videri debet ex eo
quòd legitimã integram habent, eamq; Iuſtiniani con-
ſtitutione auctã, commutato quadrante in trientem, &
prætereà trientis fructus, licèt iis Trebellianicam quo-
que deducere denegetur propter patris prohibitionem.
Neq; enim neceſſe, neque æquũ eſt tot priuilegiis orna-
ri liberos primi gradus, non ſolùm contra iuris cõmunis
rationẽ, ſed etiã contra voluntatẽ patris qui totam ſuã
hereditatem, quantum in ſe fuit, fideicõmiſſario reſtitui
voluit, ſiue extraneus fideicõmiſſarius ſit, ſiue aliquis ex
ipſius grauati deſcendentibus. Qui enim ſic diſtinguũt,
apertè ineptiunt, cùm Zenonis conſtitutio, qua mouen-
tur vt Trebellianicam prohiberi non poſſe putent, eum
quoque caſum complectatur quo filius à patre vel ma-
tre inſtitutus rogatus ſit nepotibus vel pronepotibus &
cæteris deinceps reſtituere hereditatem. Obiicies † for- 15
taſſe iura illa omnia quæ diximus duplicis Falcidiæ de-
ducendæ, & amplioris legitimæ cum fructibus conſe-
quendæ, non eſſe propria liberorum primi gradus, ſed
cõmunia liberorũ omnium in quocumq; gradu conſti-
tutorum, ideóq; nullum priuilegiũ fore liberorum primi
gradus, ſi non hoc etiã admittamus vt Trebellianicę de-
tractio iis prohiberi non poſſit. Sed nos huic obiectioni
iã ſatisfecimus ad finem capitis ſuperioris, cùm diximus
non fuiſſe Zenonis propoſitum vt meliorẽ faceret con-
ditionem liberorũ primi gradus quàm remotiorum, niſi
quatenus remotiorum idem ius eſſet quod extraneorũ,
ac proinde aucto cæterorum quoque remotiorum iure,
datóq; iis priuilegio quod extranei heredes non habẽt,
nihilomagis conſequens fieri vt illorum etiã qui in pri-
mo gradu conſtituti ſunt ius augeri debeat, ne alioqui
priuilegia augeantur & multiplicẽtur, non ſolùm cõtra
ius cõmune, ſed etiã præter legiſlatoris voluntatem. Sed
etſi pro explorato eſſet liberos primi gradus priuilegio
aliquo donandos eſſe, quod non puto, an non ſatis ma-
gnum priuilegium illud eſſet quod interpretes & pra-
gmatici iis conſeruatũ volunt etiã poſt permiſſam du-
plicis Falcidiæ detractionem, vt nõ magis cogantur fru-
ctus à ſe perceptos in legitimã imputare, quàm ſi Tre-
bellianicæ duntaxat deducendæ, vt Zenonis tempori-
bus ius haberent? Cur illud etiam addemus vt Trebel-
lianicam habere debeant inuito patre? Præſertim cùm le-
gitimam, in qua lædi non poſſunt, nec in eius fructibus
habeant auctionẽ, & pro quadrante trientẽ. Supereſt igi-
tur vt quod interpretibus & pragmaticis placet, Tre-
bellianicæ deductionẽ, liberis primi gradus ex priuile-

gio prohiberi nō poſſe cęteris, ſiue liberis, ſiue extraneis heredibus iure communi poſſe, fateamur eſſe vtrunque non modò ſine lege, ſed etiam ſine ratione.

ERROR VII.

De duplicis falcidiæ detractione.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum & interpretum ſententia de duplici falcidiæ detractione cùm liberi inſtituti & de hereditate reſtituenda rogati ſunt, ab aliis iam exploſa.*

2 *Poteſt ex eodem teſtamento & falcidia ex legatis detrahi, & Trebellianica ex fideicommiſſo vniuerſali, ita tamen vt ex duplici illa detractione vna tantùm quarta fiat.*

3 *Caſus quo in detractione non legis falcidiæ ſed alterius legis facienda eſt ratio.*

4 *Filio grauato legatis aut de reſtituenda hereditate rogato, in detractione legis Iuſtinianeæ de legitima ratio facienda eſt, non leg. falcidiæ aut SCti Trebelliani.*

5 *Pontificio non magis quàm iure ciuili duplicem falcicidiæ detractionem probari.*

6 *Iure conſtitutum dici nequit quod tanquam pro iure iam certo & conſtituto per errorem vſurpatum eſt.*

7 *Conceſſa duplici detractione, ineptum tamen eſſe eo demum caſu eam admittere cum pragmaticis quo filius in diem aut ſub conditione grauatus eſt, non quo purè.*

8 *Ratio diſtinctionis pragmaticorum, & eius refutatio.*

9 *Cum filius in diem vel ſub conditione rogatus fuit, legitimæ & Trebellianicæ deducendæ ius eodem inſtanti incipit.*

10 *Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem omittere vult retentâ legitimâ non eſt audiendus & cur.*

11 *Legitima aduerſus alium peti non poteſt, quàm aduerſus heredem, & adita demum hereditate, & quidem ex teſtamento.*

12 *Ratio leg. Papinianus. 8. §. vnde ſi quis. D. de inoff teſt.*

13 *Qui quartum olim habebat quocunque iure alio portio legitima nulla debebatur.*

14 *Declaratur §. ſi quis impubes. d. l. Papinianus. de inoff. teſtam.*

15 *An poſtquam quadrans legitimarius in trientem commutatus eſt, debita portioni filij inſtituti & grauati poſſit ſufficere quadrans Trebellianicus.*

16 *Rationes pro negatiua.*

17 *Sententia autoris.*

18 *Quo remedio poſſit conſequi filius in caſu propoſito, vt fraus legitimæ non fiat.*

19 *Legitimam non deberi filio fideicommiſſo grauato à die mortis teſtatoris contra pragmaticos.*

20 *Fideicommiſſo vniuerſali in diem aut ſub conditione relicto, non priùs debetur legitima quam Trebellianica.*

21 *Cùm purum eſt fideicommiſſum neutra ſtatim debetur, ſed tum demum cùm reſtitutio ſit reliquæ hereditatis.*

22 *Varij caſus quibus Trebellianica nulla debetur.*

23 *Ratio propter quam interpretes cùm fideicommiſſum eſt purum, vtriuſque falcidiæ detractionem negant, aduerſus ipſos retorquetur.*

24 *Quàm diuerſo iure debeantur filio legitima & Trebellianica.*

25 *Siue purum, ſiue in diem aut conditionale ſit fideicommiſſum, neque legitima, neque Trebellianica purè debetur, contra pragmaticos.*

26 *Filio heredi ex aſſe ſcripto nulla legitima debetur, itaque legitimæ debitum, non præcedit Trebellianicæ debitum, contra eoſdem.*

27 *In caſu proximè propoſito ſola debetur Trebellianica.*

NOn id agemus hoc capite vt inueteratum il-
lum pragmaticorum & interpretum erro-
rem refellamus, quo inductum eſt † vt libe- 1
ri à parentibus heredes relicti & de reſtituen-
da in diem vel ſub conditione hereditate rogati, dupli-
cem falcidiam deducant, vnam pro legitima quæ ho-
die pro numero liberorum triens eſt vel ſemis portio-
nis ab inteſtato contingentis, alteram pro Trebelliani-
ca. Iam enim à tot tantiſque viris confutata pridem &
exploſa eſt illa opinio, vt in eo longiorem operam po-
nere ſuperuacuum eſſe videatur. Innumeri ſunt iuris
ciuilis loci in quibus videas tractari de filio inſtituto ac
de reſtituenda hereditate rogato, nec tamen niſi vnius
falcidiæ fieri mentionem, vt in *leg. Papinianus 8. §. vn-
de ſi quis. & §. meminiſſe. & §. ſi quis impubes. D. de inoffic.
teſtament. §. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. &
pupill. ſubſtitution. leg. quamquam 10. Codice ad leg. fal-
cid. l. iubemus 6. Codice ad S.C. Trebellian.* Sed qui de
duplici contra detrahenda loquatur locus nullus eſt, ne
vnus quidem. Scio poſſe fieri vt ex † eodem teſtamen- 2
to & falcidia ex legatis & Trebellianica ſimul ex fidei-
commiſſo vniuerſali detrahatur, vt in *leg. 2. & 3. D. ad
S.C. Trebell.* Sed id tamen ita fit vt vna tantùm quarta de
duplici illa detractione conficiatur, vt Vlpianus docet
in *l. 2. §. pen. eod.* Scio etiam interdum accidere vt non † 3
legis falcidiæ, ſed alterius legis ratio facienda ſit, vt
puta ſi patronus ex aſſe heres inſtitutus fuerit, & purè
quincunx legatus ſit, & ſub conditione aliquid ſupra
debitam patrono partem, quo caſu ratio facienda eſt
legis Papiæ quæ patronos vocat, non legis falcidiæ *l.
1. §. penult. D. ſi cui plus quam per leg. falcid.* Sed cùm
id euenit, lex falcidia ceſſat, neque cum alia lege con-
currit ad augendam detractionem, qui ſenſus eſt *d. §.
penul.* Eadem ergo ratione cùm auctâ legitimâ, non
etiam falcidia legatorum aut Trebellianica, interſit fi-
lij legitimam habere potiùs quàm falcidiam aut Tre-
bellianicam, nec in legitima grauari vllomodo poſſit
poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *leg. quoniam in prio-
ribus 32. Codice de inoff. teſtament.* neque legitimam co-
gatur hodie ſibi conficere ex fructibus, ſed ex ipſa ſub-
ſtantia patris, vt idem Iuſtinianus conſtituit in *leg. ſci-
mus 36. §. repletionem. eod.* non eſt dubitandum quin
filio † grauato legatis aut de reſtituenda hereditate ro- 4
gato, legis Iuſtinianeæ ratio facienda ſit, non vt olim
legis falcidiæ aut ſenatuſconſulti Trebelliani, id eſt,
quin ſit detrahenda legitima ex Iuſtiniani conſtitutio-
nibus, ſed ita tamen vt neque legis falcidiæ, neque Se-
natuſconſulti Trebelliani ad ampliorem deductionem
faciendam ratio vlla habeatur. Cùm tamen inter iuris
ciuilis interpretes de hoc ipſo contenderetur an filius
grauatus duplicem quartam detrahere poſſet, an vni-
cam duntaxat, & nobilioribus licet repugnantibus,
vt copia ſemper eſt ineptiorum, inualuiſſet eorum er-
ror qui duplicis quartæ detractionem admittebant, fa-
ctum eſt, vt ea ſententia tandem obtinuerit quaſi iure
Pontificio confirmata *in capit. Raynutius & capit. Ray-
naldus. Extr. de teſtament.* quibus locis † ita ſanè re- 5
ſcriptum eſt, ſed tamen iis verbis, vt facilè appa-
reat ſacroſanctos Pontifices non noui iuris con-
ſtituendi & ciuilis abrogandi gratia ſic reſcripſiſ-
ſe, ſed quòd ex receptiore interpretum ſententia pu-
tarent eam eſſe iuris ciuilis conſtitutionem, vt filius
grauatus duas quas detrahere deberet, nec dubitarent
quin

Digitized by Google

quin ſalua iuris ciuilis autoritate ita reſcribi oporteret.
Ex quo intelligimus non magis Pontificio quàm ciuili
iure duplicem iſtam detractionem probari, quod ego
multis mirantibus cùm aliquando in Taurinenſi Aca-
demia publicè de iure reſponderem non inſubtiliter iam
olim defendebam, eruditiſſimo & acutiſſimo præcepto-
re meo *D. Ioanne Antonio Manutio*, quem honoris cauſ-
6 ſa nomino, feliciter adiuuante. Neque enim iure † con-
ſtitutum dici poteſt quod tanquam pro iure iam certo
& conſtituto per errorem vſurpatum eſt. Quid enim
tam contrarium iuri quàm error: Quid rurſum tam
alienum à voluntate noui iuris conſtituendi, quàm ſi
ius illud iam conſtitutum & exploratum exiſtimetur?
Cùm ergo tota re meliùs diſcuſſa iam conſtet quàm di-
ſcrepet ea duplicis falcidiæ detractio à iure ciuili, non
eſſet cur ob eas conſtitutiones Pontificias tam abſur-
dam ſententiam ſequi deberemus ſi plus apud nos iuris
ratio quàm erroris inueterati autoritas valeret. Sed ita
eſto vt pragmatici volunt, & duplicem iſtam detractio-
7 nem admittamus. Quid, † rogo, ſtultius dici poteſt
quàm quod illi ipſi vno ore clamitant eo demum caſu
filium grauatum duplicem portionem deducere, quo in
diem aut ſub conditione ſit grauatus, non etiam ſi purè?
An non enim fauorabilior eſt filius qui purè, quàm qui
in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere iuſ-
ſus eſt? is ſiquidem nullum aliud ex hereditate reſti-
tuenda commodum ſentit quàm quod ex deductione
ſperare poteſt, cùm tamen is qui in diem aut ſub con-
ditione hereditatem reſtituere rogatus eſt, medij tem-
poris fructus lucretur, ſecundùm eam ſententiam quam
in ſuperioribus refutauimus, quæ habet liberos primi
gradus non cogi eos fructus quos perceperint, in Tre-
bellianicam imputare. Multò minùs enim quis dixerit
cogi eos debere vt ſuperfluos fructus reſtituant, qui nec
ab aliis extraneis heredibus reſtituuntur, ſi non ſpecia-
liter in fideicommiſſum ſint deducti *l. in fideicommiſſa-
ria* 18. *D. ad S.C. Trebell.* Ergo vel dicendum erat filium
grauatum nullo caſu duplicem portionem detrahere,
vel ſi quo caſu ea duplex detractio permittenda fuit, illo
potiùs permitti debuerat quo filius purè, quàm quo in
diem vel ſub conditione rogatus proponeretur. Non
8 ignoro † interpretes & pragmaticos noſtros eam di-
ſtinctionis ſuæ rationem adferre, quod cùm filius purè
grauatus eſt, non poteſt dici vtram portionem priùs de-
ducere debeat, legitimámne an Trebellianicam, quia
ſimul vtraque defertur, & conſequenter altera alteram
præcedit, quod non ſimiliter contingit cùm fidei com-
miſſum in diem, aut ſub conditione relictum eſt, ſi-
quidem eo caſu legitima purè debetur, Trebellianica
verò non priùs quàm fideicommiſſum deberi incipiat,
id eſt, quàm dies vel conditio venerit. Sed vſuuenire
hic video quod ſæpe aliàs, vt quò ſubtiliores pragma-
tici videri volunt, eò ſe præbeant ineptiores. Nam &
9 cùm filius † in diem vel ſub conditione rogatus fuit,
non eo minùs verum eſt legitimam & Trebellianicam
ſimul deferri & vtriuſque deducendæ ius eodem in-
ſtanti incipere. Quandiu enim fideicommiſſi dies aut
conditio non venit, nulla legitima debetur filio qui in
tota hereditate inſtitutus reperitur. Adeò vt interpretes
10 fateantur, quod & verum eſt, filium † ex aſſe inſtitutum,
licèt rogatus non ſit, hereditatem reſtituere, ſi tamen
metu æris alieni hereditatem omittere velit, ſola legi-
tima retenta audiendum non eſſe, quia fieri nequit vt
legitima debeatur ei qui ex toto aſſe heres eſt, totám-
que obtinet hereditatem: neque verò eſt contrà quem
11 agat, cùm legitima † aduerſus alium peti non poſſit,
ſiue per querelam inofficioſi teſtamenti, ſiue per con-
dictionem ex lege Iuſtiniani ad ſupplementum, quàm
contra heredem, ideóque dicebatur olim querela dari
non contra lignum, vt bonorum poſſeſſio contra tabu-
las *leg. quod vulgo* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tab.* ſed
contra heredem, & adita demum hereditate *d. l. Papi-
nianus* 8. §. *ſi conditioni de inoff. teſtam.* & quidem ex te-
ſtamento. Nam cùm per querelam reſcinderetur teſta-
mentum, nec alius querelam vtiliter proponere poſſet
quàm qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus *l.* 6. §. *ſi quis
ex his perſonis. ff. de inoff. teſtam.* fieri non poterat vt
contra eum daretur qui ab inteſtato heres eſſet: ſicut &
hodie condictio ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum,
quia ex teſtamento ipſo dari intelligitur, & ei qui ab
inteſtato ſucceſſurus eſſet, non niſi contra heredem te-
ſtamentarium dari poteſt. Eáque, ni fallor, etſi propiùs
intueare, vera ratio † eſt propter quam in *d. l. Papinia-* 12
nus §. *unde ſi quis.* Vlpianus tractans de filio inſtituto,
non quidem ex aſſe, ſed quod hac parte idem eſt; ex
ſemiſſe & hereditatem reſtituere rogato poſt certum
tempus, negat poſſe eum iudicium vllum mouere, cùm
inquit, debitam portionem & eius fructus ex ipſis fru-
ctibus hereditatis habere poſſit, ſubiicit autem, *Fructus
enim ſolere in falcidiam imputari, non eſt incognitum*, vt
intelligamus quartam illam portionem quam filius ha-
bere debet cum fructibus, eſſe falcidiam, id eſt, eam quæ
Senatuſconſulti Trebelliani autoritate retinetur ex fi-
deicommiſſo vniuerſali, quomodo apertius in eadem
ſpecie Zeno loquitur in *d. l. iubemus* 6. *C. ad S.C. Trebell.*
non autem legitimæ portionis iure, licèt dicatur etiam
debita portio, quia ei qui quartam habebat † olim quo- 13
cunque iure alia portio legitima nulla debebatur, vt
conſtat clariùs ex eodem Vlp. in §. *ſi quis impubes eiuſd.
leg.* vbi † ait, ſi quis impubes adrogatus ſit ex his perſo- 14
nis quæ & citra adoptionem queri de inofficioſo teſta-
mento poſſunt, repellendum eum eſſe à querela, cùm
habeat quartam, inquit, ex conſtitutione Diui Pij, & ta-
men habet eam tanquam æs alienum non tanquam le-
gitimam iure communi liberis à parentibus omnibus
debitam, vt ex eo apparet quod ibidem Vlpianus ſubii-
cit, ſi impubes ille nihilominus querelam propoſuerit
& ſuccubuerit non eſſe ei tanquam indigno auferen-
dam quartam illam quam habet æris alieni loco, quæ
tamen proculdubio eſſet auferenda ſi eam à teſtatore vt
legitimam habere intelligeretur *d.* §. *meminiſſe.* In quo
certè non inelegans ſuboritur dubitatio, † quid ergo 15
dicendum hodie ſit aucto quadrante legitimato & in
trientem commutato. Neque enim ſicut olim, ſufficere
† poteſt debitæ portioni quadrans ille Trebellianicus 16
qui ſemper quadrans manet: & eo minùs quod in con-
feſſo eſt extra liberos primi gradus heredem quemlibet
cogi in eum quadrantem imputare fructus omnes à ſe
ex iudicio teſtatoris perceptos, qui tamen in trientem
legitimarium ex Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. ſcimus*,
6. §. *repletionem* non imputantur. Præſupponimus au-
tem ex noſtra magis quàm ex interpretum & pragmati-
corum ſententia non niſi vnius portionis, ne dicam
quartæ detractionem filio grauato permittendam eſſe.
Alioqui non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni. Du-
bitationem verò illud facit quòd ſi filio heredi ex aſſe
inſtituto & de tota hereditate reſtituenda rogato, nihil
des niſi quadrantem Trebellianum, eiúſque fructus, ſiue
ex fructibus duntaxat rerum hereditariarum, ſiue ex ip-
ſis rebus hereditariis confectum, videbitur ille iuſtam
querelæ cauſſam habiturus cùm pro legitima non modò
quadrantem habere debeat, ſed etiam trientem & trien-
tis fructus. Idque à contrario ſenſu conſequens videtur
ei quod Vlpianus ſcribit in *d.* §. *vnd. ſi quis, & in d.* §.
ſiquis impubes, non habere filium quod queratur ſi por-
tionem ſibi debitam habeat, ſiue beneficio legis falcidiæ
aut Senatuſconſulti Trebelliani, ſiue ex conſtitutione
Diui Pij. Neque .n. habet trientem is cui neque lex Fal-
cidia, neque S.C. Trebellianum, neque conſtitutio Diui
Pij quicquam dat præter quadrantem. Rurſus cùm de
fideicommiſſi reſtitutione tractari nequeat niſi poſt adi-
tam hereditatem, difficile eſt dicere vt qui hereditatem
adeundo agnouit iudicium defuncti, totamque heredi-
tatem conſecutus eſt, querelam habere debeat ſi diſputes

ex iuris veteris ratione, aut, ſi ex iure nouo, actionem
ad ſupplementum. Contra quem enim ageret, an contra
ſeipſum? An potiùs contra fideicommiſſarium reſtituta
demum hereditate? Atqui vtrunque perabſurdum eſt.
Vnde & Vlpianus in *d. § vnde ſi quis*, tractat de filio ex
ſemiſſe inſtituto, qui, ſi fraus legitimæ portioni facta
eſſet, querelam aduerſus coheredem exercere poſſet,
quia in filio qui ex aſſe ſcriptus coheredem non habe-
ret, nullus dubitationi locus relinqueretur, nullo exi-
17 ſtente qui aduerſarij partes gerere poſſet. Ego puto † ra-
tionem iuris omnino facere vt filius hic de quo tracta-
mus, qui ex toto aſſe inſtitutus eſt, totamque heredita-
tem reſtituere rogatus, nullam habere poſſit legitimæ
portionis aut ſupplementi petitionem, neque audien-
dum eſſe ſi hereditatem repudiare velit vt legitimam
ſaluam conſequatur, neque ſi hereditatem adierit & iu-
dicium patris agnouerit, habere amplius quod conque-
ratur, quia ſemel adita defuncti hereditate omnis ipſius
voluntas rata conſtituitur *l. ſi patroni 51. §. qui fidei-
commiſſam. D. ad S. C. Treb.* Quid ergo? Cogendus
erit contentus eſſe quadrante Trebelliano eiúſque fru-
ctibus, conficiendo tamen non ex rerum hereditaria-
rum fructibus, ſed ex rebus ipſis hereditariis propter
Zenonis conſtitutionem in *d. l. iubemus. 6. C. eo.* quan-
doquidem hîc de filio primi gradus diſputamus, non de
remotioribus in quibus vtique aliud eſſet. Verùm quo-
niam hîc iniquitas illa occurrit, quod ita euenit vt legi-
timæ portioni fraus fiat non ſolùm contra iuris ratio-
nem, ſed etiam contra expreſſiſſimas Iuſtiniani conſti-
18 tutiones, puto † remedij loco poſſe induci cautionem
illam quam Papinianus adhibet in ſpecie *l. cum propter
77. §. ſi Titio antepen. de leg. 2.* vt nimirum filius hic
repudiet patris hereditatem teſtamentariam & adeat ab
inteſtato. Nec. n videbitur dolo malo feciſſe cùm frau-
dem excluſerit, arg. *d. l. Papinianus. §. quarta autem. D.
de inoff. teſtam.* Quòd ſi fideicommiſſarius cogere eum
volet ex Senatuſconſulto vt adeat (Iuſtiniani. n. con-
ſtitutio *nouell. 1. de hered. & falcid.* quæ recuſante he-
rede poteſtatem facit fideicommiſſario adeundæ here-
ditatis, ad eum duntaxat caſum pertinet quo heres ab-
ſolutè recuſat adire, non quo velit adire ab inteſtato)
puto priùs compellendum eum adire quàm ſit ei cau-
tum de indemnitate, vt & aliàs euenit quoties aditio
illa coacta damnum & incommodum heredi eſſet alla-
tura, *l. ſed ſciendum 7. l. apud Iulianum 11. l. ita tamen
27. §. ſi præceptis. ver. ſed ſi eidem. l. debitor. 59. verſ.
vt autem integra. ff. ad S. C. Trebell.* Nam ſicut explen-
dæ fidei gratia cogitur heres adire hereditatem, ita ob
hoc ipſum damno affici non debet, vt ſcriptum eſt in
d. verſ. ſed ſi eidem. Ita fiet vt indemnis ſeruetur heres
à fideicommiſſario & pro quadrante Trebelliano cum
fructibus ſi trientem Iuſtinianeum cum fructibus conſe-
quatur, non tam ex autoritate Senatuſconſulti quàm
beneficio interpoſitæ cautionis. Cæterùm vt ad inſtitu-
tam diſputationem reuertamur, apparet ex iis quæ hu-
cuſque diximus, falſum eſſe quod interpretes, & pra-
gmatici putant, filio inſtituto ex aſſe, & de hereditate
in diem aut ſub conditione reſtituenda rogato legiti-
19 mam purè deberi. Nam ſi verum eſt † quod probauimus,
de legitima quæri non poſſe quandiu filius totam ha-
bet hereditatem, imò nec hereditate ex fideicommiſſo
reſtituta, niſi cautio, vt diximus, interpoſita ſit, prorſus
conſequens eſt, vt multò minùs à die mortis teſtatoris
legitima ei debita fuiſſe videatur. Nec ad rem pertinet
quòd legitimæ ratio ponatur inſpectis facultatibus quæ
teſtatoris morientis fuerunt, ac proinde à mortis tem-
pore *l. cùm quæritur C. de inoffic. teſtam.* Eadem enim
ratiocinatione poſſis inferre Trebellianicam ex fidei-
commiſſo conditionali quandocumque purificato de-
ducendam, à die mortis deberi, quia ſicuti exiſtente
quandocumque fideicommiſſi conditione, debetur ex
fideicommiſſo hereditas, non quæ quantáque eſt tem-
pore conditionis euenientis, ſed quæ quantáque fuit
eo tempore quo teſtator mortuus eſt, *l. in fideicommiſ-
ſaria 18. ff. ad S.C. Treb.* Ita quadrans qui penes here-
dem remanere debet ex S.C. non alius eſſe poteſt quàm
eius ipſius hereditatis quæ mortis tempore fuit, ac
proinde in ponenda ratione Trebellianicæ, perinde ac
in computanda legitima, tempus mortis inſpiciendum
eſt, quamuis Trebellianica conficiatur etiam ex fructi-
bus qui mortis tempore non fuerunt. Quemadmodum
autem cùm fideicommiſſum † vniuerſale in diem aut 20
ſub conditione relictum eſt, non priùs legitima debetur
quàm Trebellianica, ita ex contrario cùm purum eſt fi-
deicommiſſum, † neutra ſtatim debetur, ſed tum demum 21
alterutra deberi incipit, & quidem iure retentionis, cùm
reſtitutio fit reliquæ hereditatis. Quandiu enim fidei-
commiſſi reſtitutio non petitur, licèt fideicommiſſum
purum ſit, quarta tamen ex fideicommiſſo nulla debe-
tur, cùm non obligatio, ſed præſtatio ipſa fideicommiſſi
inducat quartæ retentionem. Etenim quid † ſi fideicom- 22
miſſarius nollet reſtitui ſibi hereditatem, veritus fortaſſe
ne implicetur oneribus hereditariis? Quid ſi heres ipſe
rogatus ſuſpectam hereditatem dicat, & ita deducendæ
quartæ ius amittat? Quid denique ſi heres rogatus priùs
deceſſerit quàm hereditatem adierit, atque ita fideicom-
miſſarium deceperit, vt loquitur *l. ille à quo 13. §. 1. D.
ad S. C. Trebell.* His caſibus Trebellianica nulla debe-
tur, quia nec fideicommiſſum vllum præſtatur, licèt fue-
rit debitum. Et ex incerto præſtandi fideicommiſſi euen-
tu pendet an futurum ſit vt Trebellianica aliqua debea-
tur, necne. Igitur † ſi ita ius eſſet, vt cùm fideicommiſ- 23
ſum in diem aut ſub conditione relictum foret, vtra-
que quarta deduci poſſet, quia non eodem tempore
vtraque quarta deberi inciperet, non aliud dici debe-
ret, illo etiam caſu quo fideicommiſſum purum propo-
neretur, quia tunc quoque Trebellianica non purè de-
beretur, quomodo legitimam vtroque caſu purè deberi
volunt, ſed ex die, id eſt, eo demum tempore quo fidei-
commiſſi reſtitutio fieret non quo vel deberetur, vel
peteretur. Atque ita nihil obſtaret quominùs vtraque
deduci poſſet, cùm vtroque caſu debeatur, vtraque † di- 24
uerſo iure, vna iure ſanguinis, altera iure inſtitutionis,
vna tanquam filio, altera tanquam heredi, vna ex iure
naturali, aut ſi *Cuiacio* credimus ex lege Glicia, aut po-
tiùs meo iudicio, ex prudentum interpretatione ad le-
gem duodecim tabularum, altera ex Senatuſconſulto
Trebelliano, aut ex lege Falcidia. Quibus rationibus
moueri ſolent noſtri, vt vtriuſque portionis detractio-
nem admittant, fideicommiſſo in diem, aut ſub condi-
ctione relicto. Sed tamen ſicut falluntur in eo quòd exi-
ſtimant fideicommiſſo purè dato Trebellianicam ſtatim
deberi ſimul & legitimam, ita & in eo, quo aiunt, fidei-
commiſſo in diem, aut ſub conditione relicto legitimam
purè deberi, vt inferant non impediri concurſu dupli-
cem illam detractionem. Contra enim dicere debuerunt,
vtroque caſu, id eſt, † ſiue purum ſiue in diem, aut con- 25
ditionale fideicommiſſum fuit, neque legitimam, neque
Trebellianicam purè deberi ſed vtramque (dato, non
conceſſo quòd heredi ex aſſe inſtituto legitima deberi
poſſit) ex eo demum tempore quo reſtitutio heredita-
tis fiat, quia cùm ea duplicis portionis detractio fiat iure
retentionis, non poteſt fieri niſi ex eo quod reſtituitur,
& conſequenter eo tempore quo fit reſtitutio. Cui con-
ſentaneum eſt, vt quemadmodum fatentur illi fidei-
commiſſo purè relicto non eſſe locum duplici detra-
ctioni, quoniam altera alteram impedit, ita fateri de-
beant non aliud admittendum eſſe cùm fideicommiſ-
ſum in diem aut ſub conditione relictum eſt, quia hoc
etiam caſu proinde ſe impediunt per concurſum, cùm
vtraque, vt probauimus ex eodem tempore deberi inci-
piat. Fefellit interpretes quòd legitima portio deberi
creditur iure naturali, Trebellianica verò iure ciuili, ius
autem naturale præuenit cauſſam iuris ciuilis. Sed non

26 animaduertunt quod iam diximus, filio † heredi ex aſſe ſcripto legitimam nullam deberi, quia legi & naturæ pluſquàm ſatisfaciat pater qui filium ex aſſe heredem ſcribit, nec quòd eum rogat vt hereditatem totam alteri reſtituat, impedit quominùs ſatisfeciſſe & plus quàm ſatisfeciſſe videatur, ſed tantùm inducit Trebellianum, vt ex eo fideicommiſſo legitima portio retineatur. Itaque tantùm abeſt vt verum ſit quod pragmatici comminiſcuntur legitimæ debitum præcedere, vt è contra-
27 rio nec præcedat nec ſequatur, ſed ſola Trebellianica † debeatur, præterquàm quòd eo quo diximus modo, indemnitati ſuæ conſulere filius poteſt, vt non quadrantem Trebellianicum retineat, ſed trientem Iuſtinianeum, ſi hereditatem ex teſtamento adire recuſet, ne ex coacta aditione damnum ſentiat. Et ſanè ſiue legitimam priùs deberi dicas, non eſt dubitandum quin in Trebellianicam imputetur, cùm habeat heres iure inſtitutionis, in Trebellianicam verò imputentur etiam ea quæ iure legati, aut fideicommiſſi, adeòque implendæ conditionis cauſſa capiuntur *l. in quartam 91. D. ad leg. falcid.* ſiue Trebellianicam priorem debitam eſſe contendas, cùm ea quoque iure teſtamenti & inſtitutionis retineatur, & ex ſubſtantia teſtatoris, nihil etiam dubij eſt quin debeat in legitimam imputari, multò magis quàm quarta quæ debetur adrogato ex diui Pij conſtitutione *d. §. vnde ſi quis, & §. quarta autem & §. ſi quis impubes, l. 8. de inoff. teſt.* ſin, quod verius eſt, ſingulas eodem tempore incipere deberi fatearis, id eſt, ex quo die fideicommiſſi reſtitutio fit, non negant interpretes duplici deductioni locum eſſe non poſſe. Reliquum igitur eſt vt nullo caſu duplex illa deductio admittatur.

ERROR VIII.

De prohibita heredibus liberorum primi gradus quartæ Trebellianicæ deductione.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpp. & pragmatic. poſſe prohiberi heredibus liberorum primi gradus quartæ Trebellianicæ deductionem.*

2 *Zenonis legi d. ſententiam repugnare ſi ita intelligatur vt prohiberi poſſint heredes liberorum primi gradus, ne Trebellianicam detrahant ex fideicommiſſo à liberis primi gradus relicto.*

3 *Erroneam quoque eſſe ſi ſit hic ſenſus vt prohiberi poſſint heredes, vt Trebellianicam deducant ex fideicommiſſo à ſeipſis relicto.*

4 *Vt à legitimis heredibus pupilli fideicommiſſa dari poſſint ſpecialis eſt iuris.*

5 *Quibus quartæ detractio SCto permiſſa.*

6 *Si quando fideicommiſſum tale ſit quod & à filio primi gradus & ab eius herede relinqui potuerit, ea in dubio capienda eſt interpretatio quæ facit vt à filio potiùs relictum exiſtimetur.*

Etſi ea pragmaticorum & interpretum ſententia eſt, quam nos in ſuperioribus retulimus & refutauimus, vt liberis primi gradus ex priuilegio prohiberi Trebellianicæ detractio non poſſit, reliquis verò liberis, vt & extraneis heredibus prohiberi iure communi poſſit, iidem tamen
1 fatentur, aut potiùs † contendunt poſſe prohiberi heredibus liberorum primi gradus, ſiue ſint illi ex deſcendentibus, ſiue extranei proponantur: Ratione illa quòd ſolis liberis primi gradus priuilegium hoc datum ſit, hoc expreſſim per Zenonis legem addito & conſtituto, vti ne ad alias vllas perſonas extendatur. Ego verò, cuiuſmodi aut quid hoc ſit, planè non intelligo. Nam ſi ſic
intelligunt † vt prohiberi poſſint heredes liberorum 2
primi gradus quominus Trebellianicam detrahant ex fideicommiſſo vniuerſali, quod non à ſe, ſed à liberis ipſis primi gradus relictum fuerit, apertè meo iudicio fallunt & circumueniunt mentem legis Zenonianæ, quæ non de iis tantùm fideicommiſſis tractat, quorum reſtitutionem ab ipſis liberis primi gradus fieri oporteat, ſed de iis maximè, quæ non niſi ab eorum heredibus reſtitui & præſtari poſſint, id eſt, quibus grauati ſint liberi primi gradus ſub ea conditione. Si ſine liberis moriantur: quæ conditio, licet iis viuis, id eſt, vltimo eorum vitæ inſtanti impleatur, vt fideicommiſſi debiti præſtandique onus ab ipſis non ab ipſorum heredibus incipiat, fieri tamen non poteſt vt ab aliis quàm ab heredibus eorum fideicommiſſa huiuſmodi præſtentur, & conſequenter inutilis & illuſoria eſſet conſtitutio Zenonis, ſi ſic intelligeretur, vt quæ prohibitio detrahendæ Trebellianicæ in filiorum oneratorum perſona non conſiſteret, in ipſorum heredibus defenderetur. Effectus ſiquidem conſtitutionis nonniſi heredum lucro cedit, licèt filiorum qui fuerunt onerati commodum illud ſit vt locupletiorem habeant hereditatem quo faciliùs inueniant heredem, ipſorúmque ex hac cauſſa non parum interſit. Si verò ſic interpretes, & pragmatici intelligunt, † vt prohiberi poſſint heredes liberorum primi 3
gradus ne Trebellianicam deducant ex fideicommiſſo, quod non à liberis primi gradus, ſed à ſeipſis relictum fuerit, errant multò ineptiùs ſi putant à filiorum aut aliorum inſtitutorum heredibus ſiue legitimis, ſiue teſtamentariis fideicommiſſum relinqui poſſe. Nam cùm id quod habent iure hereditario ex hereditate liberorum primi gradus non à teſtatore habeant, aut ex ipſius voluntate (niſi fuerint & ipſi ſubſtituti) ſed ab iis quorum ſunt heredes, conſequens eſt vt ab iis fideicommiſſum relinquere teſtator nequeat, iuxta eam iuris regulam quæ habet, ab eo qui neque legatum, neque fideicommiſſum, neque hereditatem, vel mortis cauſſa donationem accepit, nihil per fideicommiſſum relinqui poſſe *l. ab eo 9. Cod. de fideicommiſſ.* Non neſcio, ſicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare, ita & ab eo quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dari poſſe, quemadmodum Iulianus ſcribit in *l. ſi fundum 92. alias l. ſi Titio. §. vlt. de legat. 1.* Sed dico † ſpeciale id eſſe in legitimis heredibus pupilli, 4
quoniam eiuſmodi fideicommiſſum ferè eſt vt ſit in vicem & locum eius quod à ſubſtituto pupillari relictum eſſe videatur, quia & tacitè pupillo ſubſtitutus à patre intelligitur is cui pater vltro relinquit legitimam filij impuberis ſucceſſionem. Quemadmodum & quiſquis inteſtatus moritur, hoc ipſo legitimis ſuis heredibus ſponte hereditatem relinquere videtur quaſi tacitè quodammodo inſtitutis, *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.* Idque ita eſſe apparet euidenter ex eo quod in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Vlpiano, fideicommiſſum illud à legitimo impuberis filij herede, aut bonorum poſſeſſore relictum, quod Iulianus valere dixerat eatenus duntaxat valere, quatenus impubes filius decedat. Cæterum ſi pubes factus deceſſerit, euaneſcere fideicommiſſum, *l. quod fideicommiſſum 93. de leg. 1.* nimirum quia & expreſſa pupillaris ſubſtitutio, & fideicommiſſum quod à pupillari ſubſtituto relictum eſſet pubertate finitur, vt pluribus docuimus nec inſubtiliter, in eius loci interpretatione *lib. 15. Coniectur.* vnde peti volumus ea omnia quæ huc transferri & tranſcribi commodè poſſent, niſi breuitati ſtuderemus. Ergo cùm à legitimo filij primi gradus herede fideicommiſſum relinqui non poſſit poſt annos pupillares, ſuperuacuum eſt quærere an Trebellianicæ detractio iis prohiberi poſſit. Neque enim Senatuſconſulto † aliis permiſſa eſt quar- 5
tæ retentio, quàm iis qui & de reſtituenda hereditate

rogati

rogati ſunt, & hereditatem ex teſtamento, ſicuti rogati
ſunt, reſtituerunt, nos autem cùm eum præcipuè caſum
tractemus qui Zenonis conſtitutione expreſſus eſt, de
fideicommiſſo ſcilicet ſub ea conditione relicto *ſi filius
heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit*, non tam de impu-
berum quàm de puberum heredibus tractemus, ſiqui-
dem ea conditio *ſi ſine liberis* minùs propriè conuenit
impuberibus, qui, vix eſt vt liberos habere poſſint: etſi
non eo minùs verum eſt deceſſiſſe ſine liberis eum qui
impubes deceſſit, vt dictio illa *ſine liberis* non priuatiuè
ad præſupponendum habitum, ſed abnegatiuè, quomo-
do loquitur Boërius Deciſione, vltima, accipiatur. In eo
ſanè cum pragmaticis & interpretibus ſentio quod
6 aiunt. Si quando fideicommiſſum † tale ſit quod & à
filio primi gradus, & ab eius herede relinqui potuerit,
eam in dubio capiendam interpretationem, quæ faciat,
vt à filio potiùs quàm ab eius herede relictum exiſti-
metur: tùm etiam cùm de illo quæritur. An valeat pro-
hibitio à teſtatore facta, ne Trebellianica ex fideicom-
miſſo deducatur.

ERROR IX.

De legitima & Trebellianica computatione.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum ſententia de legitima & Tre-
bellianica computatione eo caſu quo vtramque de-
duci volunt,*
2 *Computationis pragmaticorum vitium.*
3 *Ex Iuſtiniani conſtitutione de legitima euenit vt ſi
quinque ſint filij maior ſit ſingulorum legitima,
quàm ſi quatuor tantùm.*
4 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus peti poſſunt exempla
eius quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus
conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe.*
5 *Quomodo poſſet Iuſtinianus occurrere abſurdo num. 3.
propoſito.*
6 *Non tantùm liberorum, ſed cæterorum quoque legitima
à Iuſtin. aucta eſt.*
7 *Iuſtinianus Falcidiam quoque & Trebellianicam au-
xit.*

INducta per errorem interpretum iuris ci-
uilis, duplicis quartæ deductione ex fi-
deicommiſſo vniuerſali iniuncto alicui ex
iis perſonis quibus legitima portio debea-
tur, alius error protinus inuectus eſt, quem etiamnum
rudiores pragmatici plerique ſequuntur in duplicis il-
1 lius quartæ computatione. Putant enim † duplicem
hanc deductionem facere vt inter heredem rogatum, &
fideicommiſſarium hereditas ex æquis partibus ſemper
diuidi debeat, & dimidia heredi pro legitima & Trebel-
lianica, dimidia fideicommiſſario pro fideicommiſſo re-
2 linquatur. Quæ computatio † apertè vitioſa eſt, ſiue ius
vetus, ſiue nouum intueare. Nam quemadmodum iure
vetere, cùm pro legitima non niſi quadrans deberetur,
pro Trebellianica verò quadrans alius reliqui tantùm
dodrantis, non totius aſſis, non poterant duo illi qua-
drantes efficere dimidiam vniuerſæ hereditatis, ſed
quincuncem duntaxat cum quadrante vnciæ, ita hodie
aucta legitima non modò ad trientem vſque, ſed etiam
vſque ad ſemiſſem pro numero liberorum, fieri non po-
teſt vt ſi quinque pluréſve liberi ſint, iunctus quadrans
Trebellianus ſemiſſi legitimario non excedat ſemiſſem,
vt efficiat ſeptuncem cum ſemuncia. Diſtinctio igitur
adhibenda eſt, an quatuor duntaxat, vel pauciores, an
plures liberi ſint. Si quatuor tantùm vel pauciores, eo
demum caſu vera eſt & recta ſupputatio: quia triens to-
tius patrimonij coniunctus cum quadrante reliqui beſ-
ſis, ſemiſſem conſtituit: ſin plures quàm quatuor, vtra-
que detractio ſeptuncem cum ſemuncia, vt diximus, fa-
cit. Sed tamen obſeruandum eſt, quod neſcio an ex in-
terpretibus aut pragmaticis quiſquam adhuc obſerua-
uerit, mirum eſſe, ne dicam omnino à ratione alienum,
quod Iuſtinianus induxit, vt † ſi quinque filij ſint, ma- 3
ior ſit ſingulorum legitima portio, quàm ſi quatuor tan-
tùm eſſent. Id enim omnino conſequens eſt ei quod ille
conſtituit, vt quatuor liberorum legitima ſit triens,
quinque verò liberorum ſit ſemis: cùm ſi ſint quatuor,
ſinguli pro legitima ferant vnciam duntaxat; ſi quin-
que, ſinguli cum vncia quintam alterius vnciæ partem.
Et tamen rationi congruum videretur, vt quo plures eſ-
ſent liberi, eo minorem pro legitima portionem ſinguli
conſequerentur, vt euenit omni alio caſu quo vel plu-
res, vel pauciores ſint liberi, quàm quatuor. Mihi vide-
tur poſſe hinc † peti exemplum non inelegans eius 4
quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus conſti-
tuta ſunt, rationem reddi poſſe. Quamquam non deſunt
alia eiuſmodi pleraque ſi quis ex Iuſtiniani conſtitutio-
nibus proferre velit. Dicat fortaſſe aliquis pro Iuſtinia-
no, non potuiſſe fieri quin hoc abſurdum eueniret, præ-
terquàm ſi quota legitimæ portio pro numero libero-
rum aucta non fuiſſet, quod ipſum videri debuiſſet ab-
ſurdius. Sed præter id quod nego abſurdum videri de-
bere quod tota vetus iuriſprudentia rationi adprimè
conſentaneum exiſtimauit. Dico † potuiſſe huic abſur- 5
do occurri, ſi Iuſtinianus eo caſu quo quinque liberi
fuiſſent, mediam quandam portionem ſtatuiſſet inter
trientem & ſemiſſem paulò minorem quincunce, aut ad
ſummam, quincuncem, quo facto etſi illa adhuc iniqui-
tas ſupereſſet, quòd quatuor liberis ſuperſtitibus non
maior ſingulorum portio eſſet quàm ſi quinque eſſent,
non tamen ſimiliter eueniret vt quinque liberis exi-
ſtentibus maior eſſet legitima ſingulorum quàm ſi qua-
tuor tantùm proponerentur. Singuli enim perinde vn-
ciam haberent, ſicut & cùm ſex ſunt liberi, vnciam ſin-
guli ferunt. Illud † certè conſtat non modò liberorum, 6
ſed etiam parentum legitimam auctam eſſe adeóque fra-
trum, omnium denique qui de inofficioſo teſtamento
queri poſſunt, vt ait conſtitutio. Fratrum, inquam, eo ſci-
licet caſu quo ius habent proponendæ querelæ ſi non
legitima portio iis ſit relicta, id eſt, inſtituta demum tur-
pi perſonà. Erit ergo legitima parentum ſemper triens,
numquam ſemis, quia non ſicut liberi ita parentes tot
eſſe poſſunt. In fratribus aliter obſeruandum eſt, idem
nimirum quod in liberis, vt ſi quatuor tantùm ſint vel
pauciores, non niſi trientem habeant, ſin plures, habeant
etiam ſemiſſem. Auxit etiam Iuſtinianus † eodem 7
exemplo Falcidiam & Trebellianicam ad trientem vſ-
que, quantuſcumque tandem ſit numerus heredum, quia
ſcilicet debentur hæ portiones non ex perſonis here-
dum, ſed ex comparatione hereditatis quæ ſemper vna
eſt, ſiue vniuerſalem illam hereditatem inſpicias quæ
fuit teſtatoris morientis, ſiue particularem quæ pluribus
heredibus relictis ex cuiuſque portione conſtituitur,
cùm tot hereditates fieri intelliguntur quot ſunt here-
ditariæ portiones. Sed tamen remanſit ea pars conſtitu-
tionis in Oriente, nec ad Occidentem, id eſt, ad nos vſ-
que peruenit. Sanè ſi verum eſt, vt eſt, quod in ſuperio-
ribus diſputauimus, filium heredem ſcriptum, eundém-
que de reſtituenda hereditate rogatum, non niſi quartam
vnciam detrahere poſſe, fuit omnino conſentaneum, vt
Iuſtinianus augens quartam legitimariam, augeret quo-
que falcidiam & Trebellianicam; ne alioqui damno af-
ficeretur filius qui ex hereditate reſtituenda non niſi
Trebellianicam deducere poſſet, atque ita prætextu he-
reditariæ inſtitutionis fraudem in legitima pateretur.
Ex quo magis apparet numquam fuiſſe Iuſtinianum in
ea ſententia vt ex eodem fideicommiſſo & legitimam &
falcidiam deduci poſſe exiſtimaret. Ita enim fieret, quod
eſſet

eſſet abſurdiſſimum, vt filius inſtitutus deduceret beſſem, reſtitueret verò trientem duntaxat ei cui teſtator totam hereditatem reſtitui præcepiſſet.

ERROR X.

De onere legatorum poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia quorundam pragmaticorum legatorum onera ad fideicommiſſarium in ſolidum pertinent, ad heredem verò nulla ex parte.*
2 *Opinio aliorum qui onera legatorum ſicut & æris alieni pro rata cuiuſque portione diuidenda inter heredem & fideicommiſſarium arbitrantur.*
3 *Relata opinionis fulcimenta.*
4 *Separandam eſſe hac in parte cauſſam æris alieni à cauſſa legatorum adeò vt heres creditoribus pro parte teneatur, non verò legatariis contra pragmaticos.*
5 *Ratio diſſimilitudinis ſupra allata.*
6 *Legata Trebellianicam non minuunt.*
7 *Fideicommiſſarius ſatiſdare debet legatorum nomine non etiam heres à quo ſunt relicta.*
8 *Quando ex Trebelliano reſtitutionem hereditatis fieri ſimpliciter dicant ICti.*
9 *Interpretatio l. 2. C. ad S. C. Trebell.*
10 *Explicantur verba §. ſed quia Inſtit. de fideic. heredit.*
11 *Non eſſe iniquum vt fideicommiſſarius cui dodrans tantùm hereditatis reſtitutus eſt, cogatur legatariis in ſolidum reſpondere.*

1 PLacet interpretibus † & pragmaticis ferè omnibus legatorum onera ſpectare in ſolidum ad fideicommiſſarium, ad heredem verò pro nulla parte, licet quadrantem hereditatis ſaluum habeat reſtituta ex Trebell. hereditate, vt tractat *Guid. Pap. qu. 296.* notans in eo differre onus legatorum ab onere æris alieni quod pro rata portione diuiditur inter heredem & fideicommiſſarium. Sed obſtat euidenter *l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ hac ipſa in re eandem rationem conſtituit
2 æris alieni & legatorum. Indeque factum eſt, vt aliis † quibuſdam contrà viſum ſit onera legatorum ſicut & æris alieni pro rata cuiuſque portione diuidi debere inter heredem & fideicommiſſarium, quotieſcumque ex fideicommiſſo reſtituta eſt hereditas deducta quarta, vt nimirum teneatur heres pro quadrante ad legatorum & æris alieni exſolutionem, fideicommiſſarius verò pro
3 reliquo dodrante. Huiúſque ſententiæ † fortiſſimum, vt equidem putant, argumentum ſumunt ex *d. l. 2. C. ad S. C. Trebell.* vbi reſcriptum eſt indubitati iuris eſſe ad eum cui ex Trebelliano Senatuſconſulto pars hereditatis reſtituatur, ſucceſſionis onera ſeu legatorum præſtationem pro competenti parte ſpectare. Id verò æquitati adprimè conſentaneum eſſe, arbitrantur, vt heres qui quartam hereditatis partem retinet hereditariis quoque oneribus pro ea parte fungatur: fideicommiſſarius verò, cui nonniſi dodrans hereditatis ex fideicommiſſo reſtituitur, ſupra eam portionem non oneretur. Quam in rem pro pragmaticis afferri poteſt quod de Senatuſconſultis Trebelliano & Pegaſiano Iuſtinianus refert in *Inſtit. tit. de fideic. hered.* Ait enim ita olim ius fuiſſe, vt ſi non plus quàm dodrantem hereditatis ſcriptus heres rogatus eſſet reſtituere, tunc ex Trebelliano hereditas reſtitueretur, & in vtrumque actiones hereditariæ pro rata parte darentur, in heredem quidem iure ciuili; in eum verò qui recipiebat hereditatem, tanquam in heredem ex Senatuſconſulto Trebelliano. At ſi plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat, inquit, Pegaſiano Senatuſconſulto, & heres qui ſemel adierat hereditatem, ſi modò ſua voluntate adierat, ſiue retinuerat quartam partem, ſiue retinere noluerat, ipſi tanquam ſolus heres vniuerſa hereditaria onera ſubſtinebat, ſed quarta quidem retenta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: ſi verò totam hereditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hereditatis ſtipulationes adhibebantur, vt heredis indemnitati contra fideicommiſſarium qui hereditatis lucrum & commodum retinebat, conſuleretur. Illud igitur iure vetere perpetuum fuit, vt ſiue ex Trebelliano Senatuſconſulto, ſiue ex Pegaſiano reſtitutio hereditatis fieret, onerum quoque hereditariorum diuiſio inter heredem & fideicommiſſarium pro competentibus vtriuſque portionibus induceretur. Etſi autem Iuſtiniani conſtitutione, quæ de fideicommiſſariis hereditatibus reſtituendis lata eſt, cuius ibidem Iuſtinianus meminit, & quæ tamen in Codice noſtro nulla extat, totum ius illud vetus conturbatum fuit, exploſúſque vſus tanquam captioſus ſtipulationum quas Pegaſiani Senatuſconſulti autoritas inuexerat, transfuſo in Trebellianum toto Pegaſiani iure, vt ex eo fideicommiſſariæ hereditates reſtituantur, ſiue habeat heres ex voluntate teſtatoris quartam, ſiue plus, ſiue minus, ſiue nihil penitus, idem tamen hac parte placuit Iuſtiniano quod prudentibus placuerat, vt ſi quando heres, cui nihil vel minus quarta relictum eſt, quartam integram ſibi conficiat ex Iuſtiniani autoritate quaſi ex Trebelliano Senatuſconſulto, actiones tam in heredem quàm, in fideicommiſſarium competant pro rata vtriuſque portione. Ego tamen † didici ſeparandam hac parte cauſſam 4 æris alieni à cauſſa legatorum: & longè alio iure illam, alio hanc cenſeri. Heredem, qui de reſtituenda hereditate rogatus quartam retinet, ſiue ex teſtatoris voluntate, quia non niſi dodrantem reſtituere iuſſus eſt, ſiue contra voluntatem, quia teſtator de vniuerſa hereditate reſtituenda ſenſerat, cogendum reſpondere creditoribus pro ea parte, legatariis non item. Et ratio † diſſimilitu- 5 dinis eſt, quia non ſicut legitima illa portio quæ liberis à parentibus, & contrà, parentibus à liberis debetur, non niſi deducto ære alieno, adeóque funeris impenſa conſtituitur, ita & ea quarta quæ ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione retinetur. Hæc enim hereditatis portio eſt, illa bonorum. Hereditas habet commoda & incommoda, æríſque alieni perinde ac proprij rationem. Bona verò ſicut ea ſunt propriè quæ beant, & conſequenter quæ plus habent commodi quàm incommodi, ita deducto ære alieno bona dicuntur. Legata autem etſi perinde ex teſtatoris iudicio & voluntate præſtanda ſunt acſi æris alieni iure cenſerentur, tamen in ære alieno non computantur, ideóque nec minuunt legitimam liberorum, & parentum portionem, quæ minuitur vtique per æs alienum. *l. Papinianus 8. § quarta autem. D. de inoff. teſtam.* Nec magis † Trebellianicam minuere 6 quàm legitimam poſſunt, non ob id ſolùm quòd teſtator qui heredi onus irrogat reſtituendæ hereditatis, credendus eſt voluiſſe, vt cum onere legatorum hereditas reſtitueretur, quemadmodum Celſus ſcribit in *l. 2. D. ad S. C. Trebell.* ac proinde vt per fideicommiſſarium non per heredem & omnia & ſolida præſtarentur, ſed etiam quia eo quoque caſu, quoad heredis onus legata eſſe teſtator voluit, id eſt, quo deductis legatis hereditatem reſtitui teſtator iuſſit, falcidiam nihilominus tam ex legatis, quàm ex fideicommiſſo vniuerſali deducit, vt vtraque deductione quartam vnam & integram conſequatur, vt ex Ariſtonis & Pomponij ſententia Vlpianus ſcribit in *l. 3. § item Pomponius ſcribit. eod. tit.* Quomodo igitur fieri poteſt vt Trebellianica minuatur per legata, cum

cùm è contrario per Trebellianicam legata ipſa etiam
quæ ab herede relicta ſunt minuantur? Hinc eſt quod
7 dicimus fideicommiſſarium † ſatiſdare debere legato-
rum nomine quæ ab herede relicta ſunt, *l. 4 D. vt legat.
ſeu fideicom. nomin. caueat.* non etiam heredem, adeò vt ſi
heres ſatiſdederit, ſimul cum fideicommiſſario vtraque
quidem ſtipulatio committatur, ſed tamen exceptione
tueri ſe poſſit heres quaſi ſine cauſſa cauerit, quia cauere
non debuit, *l. etiam 15. §. 1. D. eod.* vbi quod Paulus lo-
quitur de fideicommiſſario Trebelliano, notandum eſt
ad eum duntaxat fideicommiſſarium pertinere, cui tota
hereditas ſine vlla deductione reſtituta ſit, non ad illum
etiam cui non plus quàm dodrantem reſtitui teſtator
8 iuſſerit. Fieri namque ex † Trebelliano reſtitutionem
hereditatis ſimpliciter, Iureconſulti dicunt, cùm heredi-
tas tota, & ita vti teſtator iuſſit, reſtituitur, nec quic-
quam ex ea contra teſtantis voluntatem per heredem
retinetur, quamuis poſſit etiam pars hereditatis ex Tre-
belliano reſtitui, *d. l. 2. C. ad S.C. Trebell. §. ergo ſi non plus.
Inſtit. de fideic. hered.* Quid ergo eſt quod ait *lex ſecunda
C. ad S.C. Trebel.* Verba ipſa legis demonſtrant tractari eo
loco de fideicommiſſario cui ex Trebelliano Senatuſ-
conſulto reſtituta ſit pars hereditatis, non autem tota
hereditas ſecundùm teſtatoris voluntatem. Totam enim
hereditatem reſtitui intelligimus, quoties heres totam
hereditatem reſtituere iuſſus eſt, licèt non niſi dodran-
tem reſtituat vt quadrantem ex Pegaſiano aut ex lege
Iuſtiniani ſaluum habeat contra voluntatem teſtatoris.
Et ſanè lex illa omnino interpretanda eſt ex eo iure,
quod tum obtinebat; cúmque loquatur de fideicom-
miſſario Trebelliano, non poteſt ad eum caſum adapta-
ri, quo vel quadrans totus, vel quadrantis pars vlla con-
tra teſtatoris mentem deducatur vel retineatur. Induce-
bat enim ea res Senatuſconſultum Pegaſianum, ceſſante
Trebelliani poteſtate. Porrò cùm heres inſtitutus roga-
tus erat reſtituere, non totam hereditatem, ſed partem
hereditatis quantacunque illa eſſet, dum ne ſupra do-
drantem ſicuti Pegaſiano Senatuſconſulto locus nullus
erat, nec proinde de quarta Trebellianica tractari pote-
rat, quæ primùm eo Senatuſconſulto inducta fuit, ita
neque vlla dubitatio occurrebat quin heres pro ſua
parte, id eſt, pro quadrante, ſi dodrantem reſtituiſſet, cre-
ditoribus & legatariis teneretur. Nam cùm Senatuſ-
conſulto Trebelliano nihil de quarta heredi danda cau-
tum eſſet ſed tantùm de transferendis in fideicommiſſa-
rium actionibus, non poterat ea tranſlatio fieri, ſiue le-
gatorum, ſiue æris alieni nomine, niſi pro qua parte re-
ſtituta hereditas fuiſſet: & conſequenter obligatio
quam heres adeundo contraxerat ipſo iure, vt ſolidas
legatariorum & creditorum actiones ſuſcipere cogere-
tur, manebat ſalua, & ea ipſa quæ priùs fuerat ad finem
vſque quadrantis, non ſecus acſi duo heredes ab initio
ſcripti fuiſſent vnus ex quadrante, alius ex dodrante,
quo caſu dubitari non poſſet quin heres ex quadrante
legata pro quadrante deberet, ſalua ex iis falcidia ſi ſu-
pra dodrantem quadrantis oneratus proponeretur. At
poſtquàm inductum eſt Senatuſconſulti Pegaſiani au-
toritate, & Iuſtiniani conſtitutione confirmatum, vt
quartam heres habere omnimodo debeat etiam inuito
teſtatore, niſi cùm adit coactus, cœpit quoque ius vetus
quod in legatis obtinebat in eo abrogari, vt tum etiam
cùm heres de tota hereditate reſtituenda rogatus quar-
tam retinet, nullam legatorum partem præſtare cogatur,
quia ſcilicet quarta ei conficienda eſt aut ex fideicom-
miſſo ſolo, cùm ea teſtatoris mens fuit, vt onus legato-
rum totum ſpectaret ad fideicommiſſarium (quod pro-
culdubio ſenſit is qui totam hereditatem fideicommiſ-
ſario reſtitui iuſſit) aut ex ipſis quoque legatis, ſi legata
non ad fideicommiſſarij, ſed ad heredis onus eſſe teſta-
tor voluit, vt diximus ex *d. l. 3. §. item Pomponius, ad S.C.
Trebell.* Rogato herede de reſtituendo duntaxat do-
drante nihil cauſſæ eſt cur Trebelliano derogatum fuiſſe
putemus, ſiue per Senatuſconſultum Pegaſianum, quod
nunquam hoc caſu locum habuit, ſiue per Iuſtiniani
conſtitutionem, quę Senatuſconſultum Pegaſianum ex-
ploſũ eſſe voluit, cùm ob hoc ipſũ ſuſtulerit Pegaſianum
vt Trebelliano magis locus eſſe poſſet: Nec en. transfu-
dit Iuſtin. poteſtatem Pegaſiani in Trebellianum, niſi iis
demùm caſibus quibus Pegaſianum anteà obtinebat.
Igitur reſtituta ex Trebelliano hereditate, id eſt, facta
hereditatis reſtitutione fideicommiſſaria eo modo quo
fieri olim poterat ex Trebelliano Senatuſconſulto, ante
Pegaſianum præſtabit heres partem legatorum, ſicut &
æris alieni pro portione hereditaria, acſi non fideicom-
miſſarium, ſed coheredem haberet, quia de Trebelliani-
ca hoc caſu quæri nec olim potuit, nec hodie poteſt:
ideóque ſuperuacuum eſt diſputare an à legatorum one-
re immunis eſſe debeat, nécne, ſoláque ſupereſt cauſſa
hereditatis, quæ proculdubio heredem obligat ad one-
ra omnia ſucceſſionis quæcumque tandem illa ſint, id
eſt, ſiue in ære alieno conſiſtant, ſiue in legatis. Reſtitu-
tione autem facta ex Pegaſiano, id eſt, eo modo quo fieri
olim poterat ex Senatuſc. illo, priuſquàm tota eius po-
teſtas à Iuſtiniano transfuſa eſſet in Trebellianum (non
enim confuſi ſunt caſus, licèt confuſa ſint nomina Se-
natuſconſultorum) ac proinde ſi heres, vel totam here-
ditatem vel ſuper dodrantem reſtituere iuſſus ſit, aliud
planéque diuerſum ius eſt quod ad legata, non tamen
quod ad æs alienum, & cogitur heres pro rata ſui qua-
drantis reſpondere quidem creditoribus, ſed non lega- 10
tariis. Atque ita ſanè accipi † debet quod Iuſtin. ſcribit
in §. *ſed quia Inſt. de fideic. here. pro rata portione actio-
nibus tam in heredem quàm in fideicommiſſarium compe-
tentibus*, ſcilicet de actionibus hereditariis quæ compe-
tunt ratione æris alieni, non etiam de actione ex teſta-
mento competente pro legatis: nimirum quia non ſi-
cut ex legatis & ex fideicommiſſo detrahi poteſt ea
quarta quam heres habere debet, ita & ex ære alieno:
cúmque ſit quarta pars hereditatis, habens, vt dictum
eſt, commoda & incommoda, ſine dubio minuitur per
æs alienum, quod ad commodum & emolumentum at-
tinet, licèt non quod ad nomen & quotam, vt & heredi-
tas ipſa. Et hic nimirum caſus eſt, de quo diſputamus
cùm tractamus de Trebellianica, ad quem ſanè non per-
tinet *d. l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ de fideicommiſſario
Trebelliano loquitur non de Pegaſiano: cuius rei igno-
ratione acti ſunt interpretes præcipites in hunc erro-
rem. Dices, apertè iniquum eſſe ſi fideicommiſſarius, cui
nonniſi dodrans hereditatis reſtitutus eſt, cogatur lega- 11
tariis omnibus in ſolidum reſpondere. Sed reſpondeo †
non eſſe iniquum, quia deliberare apud ſe fideicommiſ-
ſarius ante omnia poteſt & debet, an ſibi expedi[illegible]petere
reſtitui hereditatem quemadmodum etiam olim Sena-
tuſconſulti Trebelliani temporibus obtinebat, vt ſi he-
res deducta re aliqua, etiam quæ quartam partem here-
ditatis excederet, hereditatem reſtituere iuſſus eſſet, nul-
lam aut æris alieni, aut legatorum partem ferre heres
deberet, ſed integrum onus fideicommiſſario incumbe-
ret, qui ſi damnum ex ea aliquod ſentiebat, imputare ſibi
debebat, cur hereditatem damnoſam ſibi reſtitui poſtu-
laſſet, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *ſiquis vna. Inſtit. de fi-
deic. hered. l. ſi legatus* 30. §. *multum intereſt. D. ad S.C.
Trebell.* quia non poteſt videri pars vlla hereditatis in
vna re conſiſtere *l. quamuis* 14. *D. ſiquis omiſſ. cauſſ. teſt.*
At non ſimiliter imputare poſſis heredi cur ſuſpectam
non dixerit: ſiquidem ſciuit & ſcire debuit futurum vt
ſi hereditatem quantumuis oneratam legatis ſponte adi-
ret, nihilominus quartam integram ex Senatuſconſulto
haberet, ſiue ex fideicommiſſo vniuerſali, ſiue ex ipſis
etiam legatis, ſi opus eſſet, deducendam. Denique non
poſſunt legata ſuſpectam heredi facere hereditatẽ quo-
modo facit onus æris alieni. Propter quam cauſſam ſi ex
eo capite hereditas damnoſa ſit, non debet adire niſi coa-
ctus, vt incommoda omnia cum commodis transferat
in

in fideicommiſſarium, ſed fideicommiſſario ſuſpectam hereditatem facere debet non minùs legatorum quàm æris alieni quantitas, quoniam vbi ſemel quarta ex fideicommiſſo vniuerſali detracta eſt per heredẽ, fieri nequit vt alia per fideicommiſſarium ex legatis detrahatur. Lex enim falcidia de herede tantùm locuta eſt, & ſoli heredi non etiam fideicommiſſario proſpexit. Nec proinde ius vllum fideicommiſſarius habet deducendæ falcidiæ, niſi ex perſona heredis, cùm heres ipſe non deduxit, quia nec deducere voluit vt fideicommiſſario ſoli faueret, vt in *l.1. §. inde Neratius ad S. C. Trebell.* aut non potuit forte quia ſuſpectam dixit, vt in *l.3 in princ. D. eod.*

ANTONII FABRI IC.
Decas Duodecima.

ERROR PRIMVS.

De fructibus legitimæ.

SVMMARIA.

1 *Fructus augent legitimam ex pragmaticorũ ſententia.*
2 *Legitima nec augmentum, nec diminutionem recipit, contra pragmaticos.*
3 *Quibus legitima debetur, eis non modò legitima adiudicanda eſt, ſed etiam legitimæ fructus.*
4 *Primus caſus quo pragmatici putant legitimæ fructus non deberi ei cui debetur legitima.*
5 *Sententiæ pragmatic. reprobatio.*
6 *Secundus caſus quo legitimæ fructus nullos deberi autumant pragmatici.*
7 *In propoſito caſu deberi fructus legitimæ, contra pragmaticos.*
8 *Quo caſu exiſtiment pragmatici fideicommiſſariæ hereditatis fructus fideicommiſſario nullos deberi.*
9 *Sententiæ pragmaticorum refutatio.*

1 FRuctus †, inquiunt pragmatici augent le-
2 gitimam, ſicut & hereditatem. Hoc † verò
falſum eſt. Non. n. ſicut hereditas ita & legitima eſt nomen iuris; ſed quota bonorum, quæ proinde nec augmentum recipit, nec diminutionem. Nam in ponenda ratione legitimæ inſpicitur quantitas bonorum, quæ mortis tempore fuit, deducto ære alieno, *l. cum quæritur. 6. C. de inoff. teſt. l. Papin. 8. §. quarta autem. D. eod.* Nec ſi hereditas à malæ fidei poſſeſſore poſſeſſa ſit, fructúſque ex ea percepti qui auxerint hereditatem, legitimam quoque auctam eſſe dicendum eſt: nam nec falcidia legatorum aut fideicommiſſorum augeretur *l. in quantitate 73. in prin. ad l. falc. l. in fideicommiſſ. 18. ff. ad S.C. Treb.* Illud tamen verum eſt quod pragmatici, vt puto, intelligunt, eis quibus legiti-
3 ma † debetur, non modò legitimam adiudicandam eſſe, ſed etiam legitimæ fructus *d. l. Papinianus §. vnde ſi quis, D. de inoff. teſtam. l. mulier. 22. §. ſi heres, & §. cùm proponeretur, D. ad S.C. Trebell.* quoniam alioqui non videretur ea portio data, quæ mortis tempore fuiſſet, idque in confeſſo eſt. Aliqui tamen caſus ſunt in quibus magna dubitatio eſt, an legitimæ fructus adiudicari oporteat.
4 Finge † filiam cui nubenti dos conſtituta fuit pro legitima viuo adhuc patre renuntiaſſe, adhibito, vt fit, iureiurando, non tantum ſucceſſioni paternæ, ſed etiam legitimæ portioni quam in patris bonis ſperare quandoque poterat, & ſupplemento legitimæ: mortuo verò patre cùm ex ea renuntiatione filiam immodicè læſam eſſe conſtaret, petitam ab ea & impetratam in integrum reſtitutionem, cuius poteſtate factum ſit vt ei legitima debeatur. An legitimæ quoque fructus conſequetur? Dubitationem facit, quòd quandiu renuntiatio tenuit, verum eſt legitimam nullam debitam fuiſſe, poſtquàm iuris Pontificij autoritate inductum eſt, contra iuris ciuilis rationem vt valeant huiuſmodi renuntiationes propter religionem iuſiurãdi, *c. 2. de pact. in 6.* Non poſſunt igitur fructus legitimæ deberi pro eo tempore pro quo nec legitima vlla debita fuit. Fructuum enim debitum ipſius rei ex qua fructus ſunt debitum ſequitur ſemper, præcedit numquam. Atque ita ex pragmaticis plerique putant, filiam hoc caſu fructus nullos petere poſſe, niſi ab eo die quo lis ſuper in integrum reſtitutione conteſtata ſit, quaſi in eum vſque diem bona fide & iuſto titulo perceptos à patris herede qui renuntiationis viri-
bus nitebatur. Sed quàm † falſa ſit hæc ſententia, ex iis 5
conſtare poteſt, quæ ſcripſimus *Decade 9.* vbi probauimus reſtitutionis in integrum vim & poteſtatem illam eſſe vt omnia in integrũ reuocet, & in eum ipſum ſtatum in quo res eſſet ſi contractũ non fuiſſet, ac proinde non minùs quod ad fructus quàm quod ad rẽ ipſam, ex qua fructus percepti ſunt, *l. quod ſi minor. 24. §. reſt. l. patri 27. §. 1. ver. prædiũ, l. minor. 40. §. 1. D. de minor. l. 1. C. de ſent. paſ. & rect.* Quod ſi vllo caſu verum eſt, in iſto certè obtinet maximè in quo agitur de reſcindenda renuntiatione, quæ odioſiſſima eſt, cùm aliena ſit à iuris ciuilis ratione, nec tã iuris aut æquitatis vinculo, quàm iuriſiurandi religione defendatur. Etſi enim cõmunis interpretum traditio eſt, iuſiurandũ hoc prodeſſe non tantùm ad inducendam periurij exceptionẽ ſi quid contra factum ſit, ſed etiã ad validandã, & confirmandam renuntiationem, tamen impetrata abſolutione ob æquitatem illam quòd iuſiurandum iniquitatis vinculum eſſe non debeat, ſicut autoritas iuriſiurãdi nulla ſubeſt, ita nec ratio vlla propter quã defendi debeat renuntiatio, quæ nõ ſolùm odioſa, iuríque cõtraria, ſed etiam iniqua reperitur. Quid. n. iniquius quàm vt pater in dote danda filiæ quod ex officio facere tenetur, fraudẽ in legitima comminiſcatur, in eámque rẽ iuriſiurandi ſanctitate & autoritate ac filiæ facilitate abutatur? Et ſanè reſciſſa renuntiatione, fieri nequit vt non perinde legitima debeatur acſi renũtiatio nulla interceſſiſſet: iam autẽ diximus, nulla renuntiatione interueniente non tantũ legitimam deberi, ſed etiam legitimæ fructus à die mortis. Eamque ſententiam Senatus noſter ſequitur, licèt à Senatu Burdegalenſi im-
probatam, teſte *Boërio dec. 3. ad fin.* Alius † caſus eſt quo 6
induxit error pragmaticorum vt legitimæ fructus nulli debeãtur: ne quidẽ, quod magis mirũ eſt, à die litis conteſtatę, nimirũ ſi iure dubitari poſſit an legitima ipſa debeatur. Id enim plerúque in obſcuro & incerto eſſe creditur, vt puta ſi qua ex his perſonis quæ à ſucceſſione excluſæ ſunt petat legitimã, finge matrẽ defũcti talliabilis & hominis, vt loquuntur, manuſmortuæ, qui aliũ quam dominũ habere ſucceſſorẽ non poteſt: aut matrem liberi quidem hominis & ingenui, ſed quæ ante petitum filio tutorem inierit ſecundas nuptias, & ante redditam adminiſtrationis rationem, ideóque indigna ſit quæ ad impuberis filij ſucceſſionem admittatur *l. omnem 6. C. ad S.C. Tertyll.*

Tertyll. His caſibus placet pragmaticis legitimam matri deberi,(verène an ſecus videbimus fortaſſe in ſequentibus) fructus tamen nullos deberi ,quaſi iam plus quàm ſatis matri faueatur in eo quod habet legitimam,quam ex ſtricta iuris ratione habere non deberet. Sed eſt hæc
7 † etiam ſententia tam aliena & diſcrepans à iure ciuili, vt non putem aliqua æquitatis ſpecie defendi poſſe. Non n. ea res in iudicis arbitrio poſita eſt , an fructus legitimè debeantur, aut non : quomodo alia pleraque arbitria dicimus,quæ ex bono & æquo pro arbitrio iudicis in hanc aut in illam partem ſtatui poſſunt, & in quibus ſolent pragmatici dicere, bonum eſſe habere iudicem fauorabilem , ſed iuris certiſſimi & indubitatiſſimi eſt , aut legitimam prorſus nullam deberi, aut ſi qua debeatur , fructuum quoque legitimæ à die mortis ex quo incipit deberi,rationem habendam eſſe: multò magis verò ex die litis conteſtatæ , cùm dici ſoleat ex eo tempore poſſeſſores omnes eſſe pares , id eſt, malæ fidei poſſeſſores effici etiam eos qui in eum vſque diem bona fide & iuſto titulo poſſediſſent, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante 2. de petit. hered.* adeò vt nec melior ſit conditio ignorantium heredem eius qui litem conteſtatus eſt, ſed par fortuna,vt loquitur *l. 2. Cod. de fruct. & lit. expenſ.* Poteſt quidem iudex interdum compenſare fructus ex vna parte debitos cum vſuris ex alia parte præſtandis , vt in *d. l. minor 40. §. 1. de minor.* quoniam ea compenſatio vicem mutuæ adiudicationis obtinet : ſed fructus ex natura iudicij & qualitate actionis inſtitutæ adiudicandos denegare iudex numquam poteſt, non magis quàm id ipſum quod principaliter petitur , & debetur. Fructus enim etſi acceſſiones ſunt eius rei quæ in iudicium deducitur, tamen non ſolo iudicis officio, ſed obligationis & actionis iure debentur in bonæ fidei iudiciis , in ſtrictis verò officio quidem iudicis,ſed ita tamen vt non ſit liberum iudici eos fructus non deducere in condemnationem,quia quale quid eſt cum petitur, tale dari debet. *l. 2. l. videamus 38. §. actionem. D. de vſur.* Sunt. n. fructus naturales acceſſiones rei , & naturalem cauſſam habere dicuntur,ideóque rem ipſam neceſſariò ſequuntur, ita vt nihil interdum proſit bona fides ad eos lucrãdos, *l. indebiti 15. D. de cond. indeb. l. vxori maritus 27. D. de vſufr. lega.* Quamquam regulariter aliud ius eſt quod in bonæ fidei poſſeſſorum gratiam conſtitutum fuit eo ſolo colore quod bonæ fidei poſſeſſor hac parte domini iure cenſeatur *l. bona fidei 48. D. de acquirend. rer. domin.* De quo ſcripſimus latiùs in *errorem primum Decadis ſuperioris*, & ſcribemus etiam in ſequentibus. Contrarius
8 † eorundem pragmaticorum,nec tamen diſſimilis error eſt in eo quòd exiſtimant fieri poſſe interdum vt fideicommiſſariæ hereditatis fructus nulli fideicommiſſario debeantur, ne quidem à die litis conteſtatæ, vno ſaltem illo caſu,inquiunt,quo fideicommiſſum ſuſtineatur per clauſulam codicillarem appoſitam in teſtamento , quod per poſthumi præteritionem ignoranter factam ruptum proponatur : propterea quòd hoc caſu fauor poſthumi extraneo præſertim herede inſtituto,ius hoc exigere videatur,vt non ſolùm quartam vnam aut potiùs trientem pro legitima detrahere filius poſſit , vt aliàs euenit cùm purum fideicommiſſum eſt , ſed etiam Trebellianicam , adeóque lucretur fructus hereditatis reſtituendæ. Quaſi hoc etiam caſu ſatis iam & ferè plus æquo faueatur fideicommiſſario in eo quòd heredis inſtitutio defenditur per clauſulam codicillarem hactenus vt flectatur in fideicommiſſum ab inteſtato relictum. Sic enim aliquãdo tractatum & pronuntiatum fuiſſe ſcio. Non ea mihi nunc quæſtio tractanda eſt , An clauſula codicillaris eo caſu vires vllas habeat quo præteritus ſit poſthumus ignoranter,extraneo præſertim herede inſtituto. Digna. n. res eſt quæ à nobis ſuo loco latiùs diſcutiatur. Sed
9 tamen hoc † non poſſum non dicere, nulla ratione fieri mihi probabile , vt & duplex quarta ex puro fideicommiſſo deducatur , & fructus hereditatis fideicommiſſariæ nulli reſtituantur , ne quidem à die litis conteſtatæ. Iam. n. probauimus in ſuperioribus reſtitui omnes debere quotquot percepti ſunt à die moræ , quæ fieri non poteſt cum de fideicommiſſo vniuerſali agitur , vt non ſaltem à conteſtationis die contracta intelligatur. Dixi, *cum de fideicommiſſo vniuerſali agitur*, quia ſi de legatis tractetur , incerta patrimonij æſtimatio incertum facit modum legatorum , eáque res iuſtam differendæ ſolutionis , adeóque litigandi cauſſam præbere poteſt heredi, ſi non offerant legatarij ſatiſdationem quæ debetur ex edicto, Si cui plus quàm per legem falcidiam, *l. 3. D. de vſur.* quam nos interpretati ſumus *lib. 7. Coniect. cap. 1.* Denique iuſta litigandi cauſſa excuſat ab impenſis , quoniam earum condemnatio non niſi in pœnam temerè litigantis irrogari ſolet, ex *leg. qui ſolidum 78. §. 1. de leg. 2.* Sed non recuſat à fructibus qui naturalium acceſſionum iure ſequuntur rem ipſam quæ debetur , aut adiudicatur , niſi cùm excuſat etiam à mora, eo nimirum caſu quo fructus ex die duntaxat moræ præſtandi ſunt.

ERROR II.

De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit.

SVMMARIA.

1 *Dos filiæ nubenti data à patre loco legitimæ eſt ex pragmaticorum ſententia.*
2 *Filiæ viuo patre nulla legitima deberi dariue poteſt contra pragmat.*
3 *Legitima quid.*
4 *Improbus eſt quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis.*
5 *Legitima non hereditatis quota eſt , ſed bonorum quæ moriens pater reliquerit.*
6 *Portio bonorum , quam ex iuſta cauſa,puta dotis pater filiæ prorogat legitima dici nequit.*
7 *Legitima portio non eſt,quæ non eſt certa.*
8 *Differre dotem in legitimam imputari , & dotem legitimæ loco eſſe,contra pragmaticos.*
9 *Differentia inter dotem & legitimam.*

VOx eſt digna ſanè pragmaticis,Dotem † quæ 1
filiæ nubenti data eſt à patre loco legitimæ eſſe, tùm etiam cùm ſimpliciter data eſt,multò magis, ſi vt ferè ſemper fit, pro omni legitimæ iure data proponatur. Nihil enim † dici poteſt 2
à vera rectáque iuris ratione alienius. Siquidem certiſſimi iuris eſt legitimam viuo patre nullam filiæ deberi, nec ſi pater maximè nolit, fieri tamen vllo modo poſſe vt vllo caſu debeatur. Nam quid aliud obſecro eſt legitima, † niſi portio olim quarta, hodie triens vel ſe- 3
mis hereditatis ab inteſtato contingentis ? Atqui de inteſtati ſucceſſione quæri non poteſt, ſicut nec de teſtamentaria quandiu paterfamiliàs viuit, de cuius bonis agitur, non ea ſolùm ratione quæ ex bonis moribus ducitur, quòd improbus ſit † & contra ius gentium feſti- 4
nare dicatur quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis, *l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. donari 29. alias l. quidam §. donationem. D. de donat.* ſed etiam quia viuentis hereditas & ſucceſſio nulla eſt, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Ergo nec fieri poteſt vt de filiæ legitima viuo patre quæratur. Accedit quòd legitima † vt pragmatici omnes conſentiunt,non hereditatis quota eſt, ſed bonorum : cùm eius ratio ponatur de- 5
ducto ære alieno & funeris impenſa , *l. Papinianus 8. §. quarta autem. D. de inoff. teſtam.* Quorum verò bonorum ? ſcilicet eorum quæ moriens pater reliquerit , ac proinde

proinde ipſo tempore mortis præciſè inſpecto, *leg. cùm quæritur. 6. Cod. eod.* Atqui omnino incertum eſt quæ bona moriens quis relicturus ſit quandiu viuit, cùm in ſingula momenta ditior fieri poſſit & pauperior. Non igitur fieri poteſt vt viuo patre legitima vlla deberi intelligatur, nec ſi pater velit, ſicut neque in patris poteſtate eſt conſtituere quid quantúmue in bonis relictu-
6 rus ſit cùm morietur. Fateor poſſe patrem ex iuſta † cauſſa, qualis eſt dotis, certam bonorum ſuorum partem ſiue in pecunia, ſiue in rebus aut mobilibus, aut immobilibus, filiæ prorogare, ſi velit, imò verò ex paterno officio cogi vt dotandæ filiæ gratia id faciat, *l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Sed nego eam portionem dici poſſe legitimam, quia neque ex legibus debita eſt, neque ex comparatione bonorum quæ pater mortis tempore habiturus eſt, ſed eorum quæ tunc
7 habet, æſtimatur. Denique legitima † portio non eſt quæ non eſt certa, & quidem habito reſpectu ad bona mortis tempore relicta. Mortis ergo tempus neceſſariò expectandum eſt, vt legitima illa portio conſtituatur. Fefellit interpretes & pragmaticos, quod à Zenone Imperatore conſtitutum eſt in *l. quoniam. Nouella 29. de inoff. teſtament.* vt dos à patre data ſi ex ſubſtantia patris profe-
8 cta ſit, in legitimam imputetur. Sed ſunt † hæc longè diſſimilia, dotem in legitimam imputari, & dotem legitimæ loco eſſe. Prius verum, poſterius falſum eſt. Nam ex eo quod dos in legitimam imputatur, apparet potiùs non eſſe eam legitimæ loco, cùm ſi legitimæ iure cenſeretur, fruſtra de imputatione tractaretur, ſicut nec de illo quæri poſſet, An pecunia quæ poſt patris mortem ſoluta eſſet filiæ pro legitima, imputari in legitimam deberet, quia proculdubio eſſet loco legitimæ, quamuis non legitima ipſa, quippe quæ in corporibus bonorum, non in pecunia debeatur. Idque ita eſſe apparet
9 euidentiùs ex iis differentiis † quæ inter dotem & legitimam & magnæ ſunt & multæ. Dos debetur à viuo patre, legitima non niſi à mortuo. Et conſequenter dos congrua dicitur habita ratione bonorum quæ tum pater poſſidet cum dotem dat, vt diximus, legitima verò non poteſt eſſe congrua quin ſit ea ipſa portio quæ legibus definita eſt. Ita fit vt congruæ dotis quantitas ante conſtitutionem ſemper ſit incerta, legitimæ portio contrà ſit certa ſemper, etiam priùs quàm à patre definita ſit. Non enim ex patris voluntate definienda eſt, ſed ex legibus. Dotem vt plurimùm & in dubio congruam facit ſola patris voluntas niſi grandis læſio proponatur, licèt minor ſit ea portione quæ pro legitima deberetur, ſi cùm pater decederet, vt Alexander tractat *conſil. 33. num. 4. vol. 4.* Interdum etiam conſuetudo regionis quæ tamen non ſemper congruam dotem æſtimat ex congruæ legitimæ comparatione. Legitimam verò congruam facit ſola lex quæ certum modum huic rei conſtituit. Imò, quod magis mirum eſt; ſi filia quæ dotem minùs congruam accepit, futuræ patris ſucceſſioni, adeóque legitimæ & ſupplemento legitimæ renuntiauerit, licèt placeat excluſam eam eſſe ipſo iure & iuriſiurandi poteſtate, ne legitimam aut legitimæ ſupplementum petere poſſit: nihilominus tamen agere poteſt etiam contra viuum patrem vt congruè dotetur, quemadmodum ſi nulla dos eſſet conſtituta, agere poſſet vt dotaretur. Quod tamen falsò diceretur ſi dos etiam data pro legitima iure legitimæ cenſeretur. Ex contrario finge ampliſſimam dotem filiæ datam eſſe à patre, & quæ excedat longè portionem illam quæ patre tum moriente pro legitima filiæ deberetur, puta dimidiam partem bonorum quæ tunc pater habebat, ſi poſteà auctæ ſint patris facultates, nec renuntiatio vlla interuenerit, non eſt ex interpretibus aut pragmaticis qui dubitet quin ſalua maneat & integra petitio ſupplementi legitimæ ex bonis poſteà acquiſitis & mortis tempore *in hereditate repertis*. Sola enim renuntiatio legitimæ illa eſt quæ filiæ nocere poſſit, quia nec niſi per eam renuntiationem fit vt de futuris quoque bonis & acquirendis cogitatum eſſe videatur, vt latiùs à nobis tractatum eſt in Diſputationibus forenſibus, ex *l. ſi quando 35. §. & generaliter* iunct. *l. ſcimus 36. in princ. & §. repletionem C. de inoff. teſtam.* Non poteſt igitur videri dos eſſe loco legitimæ, ne tùm quidem cùm dationis tempore inſpecto æquat, adeóque excedit legitimam.

ERROR III.

De filia quæ paternæ ſucceſſioni, adeóque legitimæ cum iureiurando renuntiauit.

SVMMARIA.

1 *Pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo.*

2 *Pactum de ſuccedendo valet ſi conſenſus interueniat tertij, de cuius ſucceſſione agitur, ex Iuſtiniani conſtit. in l. vlt. C. de pact.*

3 *Pactum de non ſuccedendo non valet etiamſi fiat cum eo ipſo qui non vult ſibi ſuccedi.*

4 *Iure tamen Pontificio confirmatur renuntiatio, ſi iuſiurandum interuenerit, ſiue ſucceſſioni, ſiue legitimæ renuntiatum ſit.*

5 *Generalis ſucceſſionis futuræ renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem.*

6 *Affectus renuntiationis quâ filia ſucceſſioni, aut legitimæ renuntiauit.*

7 *Filia quæ renuntiauit à pragmaticis habetur pro mortua aut extranea, atque impunè præteriri.*

8 *Placiti pragmaticorum proximè relati refutatio.*

PActiones † de futuro viuentis hominis ſuc- 1
ceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo, quaſi repugnantes iuri publico, id eſt, legibus, quæ & iuris publici partem faciunt, & ſuccedendi ius induxerunt, *l. pacti in quod dotali 15. C. de pact. l. pactum dotale 2. C. de collat. l. ſi quando 35. §. illud C. de inoff. teſt. l. fin. D. de ſuis & legit.* Hac vna tamen differentia, quòd
pactum † de ſuccedendo valet ſi conſenſus & voluntas 2
interueniat tertij, de cuius ſucceſſione agitur, idque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de pact.* contra iu-
ris ciuilis rationem. Pactum † verò de non ſuccedendo 3
non valet, etiamſi fiat cum eo ipſo qui non vult ſibi ſuccedi, vt ſequenti capite dicemus. Sed ſi iuſiurandum interuenerit, placet iure pontificio confirmari renuntiationem propter vinculum & religionem iuriſiurandi *ex cap. 2. De pact. in 6.* non ſolùm ſi renuntiatum ſit ſucceſſioni, ſed etſi legitimæ portioni, dummodò le-
gitimæ mentio facta fuerit ſpecialis. Generalem † enim 4
ſucceſſionis futuræ renuntiationem non ſufficere certum eſt, ad excludendam legitimæ petitionem, quæ tanquam fauorabilior ſpeciali quodam iure, tum etiam debetur cùm ſucceſſio ipſa non debetur, *d. l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſtament.* Huius verò renun-
tiationis † effectus ille eſt, vt filia quæ renuntiauit ſuc- 5
ceſſioni cum iureiurando, ſuccedere poſteà non poſſit, quæ verò renuntiauit legitimæ, nec legitimam petere poſſit, nec ſupplementum: non magis quàm ſi renuntiationis tempore iam delata ſucceſſio fuiſſet, aut natum ius petendi legitimam vel legitimæ ſupplementum. Ex
quo pragmatici inferunt huiuſmodi † filiam pro mor- 6
tua, aut extranea habendam eſſe, quia non magis ſuccedere, aut legitimam petere poteſt, quàm ſi iam viuo teſtatore mortua, aut prorſus extranea eſſe proponeretur. Adeò vt ſi iis credimus etiam præteriri impunè poſſit. Sic n. Bart. *l. pater filium. ff. de inoff. teſt.* & in *l. 1. §. qui habebat. de bonor. poſſ. con. tab. Bald. in l. vnic. Cod. quando non*

petent.part.Paul.Caſt.in l.planè.1.ſi duobus de leg.1. Ego verò conſecutionem hanc penitus falſam eſſe,& à iuris
8 ratione alienam auſim dicere. Certum † enim eſt quod interpretes quoque admittunt, huiuſmodi omnes renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis,ſiue legitimæ,aut ſupplementi legitimæ, tacitam habere conditionem, ſi ſucceſſio aut legitima deferetur, vt eleganter *Caſtrenſis* tractat ad *l.qui ſuperſtitis 94.D.de acq.hered.* Fieri ſiquidem per rerum naturam non poteſt: nec verò intellectus cogitatione percipi vt excludatur quis ab acquirenda ſucceſſione aut qua alia re, priuſquàm ea delata ſit, & ſicuti delatio præcedit neceſſariò acquiſitionem, ita & repudiationem, aut quod idem eſt, renuntiationem. Vnde fit,vt ſi ſub conditione,vel ex die certa nobis legatum ſit, ante conditionem vel diem certum repudiare non poſſimus, quia nec pertinet ad nos antequàm dies veniat, vel conditio exiſtat, inquit Pomponius in *l.ſi ita ſit ſcriptum 45.§.ſi ſub conditione. de legat.2.* Hoc verò ſi ita eſt, omnino fit conſequens vt ea renuntiatio non impediat delationem hereditatis aut legitimæ, ſed tantùm acquiſitionem, ſuccedente ſcilicet poteſtate renuntiationis eo ipſo inſtanti quo delatio fit,vt acquiſitio ipſa impediatur. Quemadmodum dici ſolet,cùm id quod ſub conditione debetur purè quis nouandi animo ſtipulatur,non ſtatim nouationem fieri,licèt pura ſtipulatio aliquid egiſſe videatur,ſed tunc demum cùm conditio extiterit. Etenim exiſtens conditio primam ſtipulationem committit,commiſſamque in ſecundam transfert,*l.quoties 14.§.1.D.de nouat.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi fortè perſona promiſſoris pendente conditione fuerit deportata, ne quidem exiſtente conditione vllam contingere nouationem, quoniam nunc cum exiſtit conditio, non eſt perſona quæ obligetur. Eadem ergo ratione dicendum eſt, Facta renunciatione futuræ ſucceſſionis vel legitimæ ſub ea conditione neceſſaria, ſiue expreſſa,ſiue tacita,ſi hereditas aut legitima deferetur,ſi intereà,id eſt,ante conditionem exiſtentem, & viuo patre filia moriatur nullam vim eſſe renuntiationis, quia non ſupereſt perſona quæ per renuntiationem obligetur,cùm obligatio non priùs poſſit incipere quàm delatio fiat,nec delatio fieri, niſi mortuo patre. Quòd ſi delatio per renuntiationem non impeditur,illud quoque fatendum eſt non poſſe filiam haberi pro mortua aut pro extranea, cui ſucceſſio aut legitima defertur: non enim præmortuæ filiæ,aut extraneæ perſonæ deferretur. Indéque nimirum eſt,quòd licèt non admittatur ad partem ſiue hereditatis, ſiue legitimæ, facit tamen partem, id eſt,computatur in numero liberorum, vt ipſi quoque pragmatici conſentiunt, & verum eſt, inde etiam quòd nec impunè præteriri poteſt in patris teſtamento,vt diſputabimus *Decade ſequenti.* Inde denique quòd renuntiatio filiæ non nocet nepoti ſi filia viuo patre deceſſerit,qua pro non facta habetur renuntiatio,cuius conditio numquam extitit. Quod ipſum tamen quia ſuas controuerſias & diſtinctiones habet, pluribus à nobis tractandum & diſputandum erit in ſequentibus.

ERROR IV.

De pacto de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Cur pactum de ſuccedendo non valeat, valeat tamen pactum de non ſuccedendo,pragmaticorum quorundam ratio.*
2 *Diſtinctionis relata & rationis pragmatic.confutatio.*
3 *Vera ratio cur pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat.*
4 *Alia ratio minus propria.*
5 *Tertia ratio quæ eſt Papiniani.*
6 *Pactum de non ſuccedendo valere cùm in odium parentum factum eſt,quidam perperam autumant.*
7 *Ratio generalis cur pactiones ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo non valeant.*
8 *Differentia inter pactum de ſuccedendo & pactum de non ſuccedendo: & nu.10.*
9 *Species l.vlt.C.de pact.*
11 *Pactio quæ fit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam ſi fiat viuo teſtatore,ſecus ſi mortuo.*
12 *Ratio dubitandi d.l.vlt.C.de pact.*
13 *Cur pactum de non ſuccedendo tertio non valeat.*
14 *Vt intelligendū illud, Pactū aliquod fieri contra legem.*
15 *Pacta de ſuccedendo quæ Iuſtinianus valere vult accedente tertij conſenſu in eum nominatim caſum fiunt,quo ex legibus hereditas deferatur.*
16 *Iure Pontificio probantur etiam pacta de non ſuccedendo,ſi iuſiurandum interuenerit.*
17 *Adeò vt etiam pactio filiæ quæ nulla accepta dote,paterna ſucceſſioni, legitimaque renuntiauit, ſi pragmaticis fides.*
18 *Pactio de non ſuccedendo tertio inter alios facta roboratur iureiurando ſi acceſſerit tertij conſenſus.*

CVM quæritur, an pactum de futura viuentis hominis ſucceſſione valeat, ſiue de ſuccedendo, factum ſit, ſiue de non ſuccedendo, non ſolent pragmatici diſtinguere, aut ſi qui ſunt qui diſtinguant, malè & perperam diſtinguunt. Ea namque diſtinctio † quibuſdam 1
placet vt pactum de ſuccedendo non valeat, quia aufert liberam teſtandi facultatem ex *l. ſtipulatio hoc modo concepta 61.D.de verborum obligat.l.4.Cod. de inutilibus ſtipulat.l.cùm donationis 34.Cod.de tranſactionibus:* pactum verò de non ſuccedendo valeat, quia liberam teſtandi facultatem non modò non reſtringit,ſed etiam ampliat, quippe quod certum ſit minimè pertinere ad cauſſam ſucceſſionis teſtati, ſed tantùm ad excludendam ſucceſſionem inteſtati. Ita *Capell. Tholoſ. in Deciſionibus,* quæ
diſtinctio † apertè falſa eſt. Vera enim & germana ra- 2
tio improbandi pacti de ſuccedendo non illa eſt, quam iſti putant, quòd auferat liberam teſtamenti factionem, quæ ſanè ceſſaret in pacto de non ſuccedendo. Sed illa
potiùs, quòd ſuccedendi † ius ſit ex iure publico, id 3
eſt, ex legibus, ſiue de teſtamentaria, ſiue de inteſtati ſucceſſione agatur. Nam vt ſæpius iam à nobis dictum eſt, lex duodecim tabularum non modò teſtandi licentiam ciui Romano dedit, ſed etiam hereditatum herediúmque ab inteſtato iura induxit, *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ. leg. verbis legis 129. leg. lege obuenire 130. D. de verb. ſignificat.* Proinde ius & iniuria fit legibus,non ſolùm ſi teſtandi libertas pactione aliqua conſtringatur, ſed etiam ſi per pactum quis impediatur ab inteſtato ei ſuccedere,cuius vel filius ſit,vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum cauſa eſt in ſuccedendo: ſi ſuus heres non ſit, agnatus proximus familiam habere iubetur. Atqui tritum illud eſt, priuatorum pactionibus iuri publico derogari nec poſſe, nec debere, *leg. ius publicum 38. D. de pact. leg. Neratius 20. D. de relig. & ſumptib. funer. leg. 1. §. ſi inter 9. D. de magiſtr.conuen. leg. quod bonis 15.§.1.D.ad leg. falcid. leg. Cerdonem 42. D. de oper. libert.* Igitur non magis fieri poteſt vt valeant pactiones de non ſuccedendo, quàm quæ ſunt de ſuccedendo, *leg. pactum dotali 3. Codice de collat. leg. ſi quando 35. §. illud Codice de inoff. teſtament. leg. vlt. D. de ſuis & legit.* Poſſunt equidem aliæ etiam rationes adferri, ſed minùs germanæ & pro-
priæ qualis † illa eſt, quòd improbus eſſe videatur 4
quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis *l.2.§. interdum,D.de vulg.& pupill. ſubſtit.* Dicitúrque feſtinare contra bonos mores & contra ius gentium, *l.denari 29.*

alias,

alias, leg. quidam §. donationem D. de donat. Etſi enim pertinet ea ratio non minùs ad pactiones quæ fiunt de non ſuccedendo abſenti, quàm ad eas quæ fiunt de ſuccedendo, non tamen ſimiliter locum habet in eo qui pactus ſit de non ſuccedendo ei ipſi cum quo paciſcitur, quia non poteſt videri ſollicitus de viuentis ſucceſſione qui ſibi ipſi præripit ſuccedendi facultatem. Et tamen non eo minùs verum eſt pactio-
5 nem non valere. Sic & ratio † illa qua Papinianus mouebatur ne pateretur valere conuentionem factam inter patrem & filium de querela inofficioſi teſtamenti numquam per filium mouenda, quòd meritis potiùs filij ad paterna obſequia prouocandi ſint, quàm pactionibus adſtringendi, vt Iuſtinianus refert in *dicta lege, ſi quando, §. illud. Codice de inofficioſo teſtamento.* licet elegans ſit, & recta fauore liberorum, non tamen germana eſt, vt ex eo apparet quod non conuenit parentibus, ſi fortè filius cum parente pactus ſit ne conqueri de inofficioſo filij teſtamento poſſit mater, aut etiam pater, ſi filius emancipatus fuit, cùm tamen perinde improbatæ ſint huiuſmodi pactiones cùm fiunt in odium parentum, atque cùm fiunt in odium liberorum. Non enim minùs fauorabilis eſt cauſſa parentum turbato mortalitatis ordine, licèt non tam naturæ iure, quàm ſanguinis & miſerationis ratione liberorum hereditas parentibus debeatur *l. nam etſi 17. D. eod. l. ſcripto, 7. §. 1. D. vnd. liberi.* Quamquam non ignoro aliter quibuſdam
6 viſum eſſe, exiſtimantibus † pactum de non ſuccedendo valere cùm in odium parentum factum eſt, ex *l. 1. §. ſi parens, D. ſi a parent. quis manum.* Sed longè alia eius loci ſententia eſt, vt non obſcurè quiuis videre poteſt, &
7 nos aliàs pluribus diſſeremus. Illa ſane ratio † adferri poteſt generalis ad pactiones omnes ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo, vt non valeant, quòd fiunt de re quæ in rerum natura non eſt: Neque enim viuentis hominis hereditas vlla eſt, de qua paciſci poſſis vt ad te aliquando perueniat, vel numquam, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. qui ſuperſtitis, 94. de acquir. vel omi. hered.* Sed ſi promiùs inſpicias, eòdem ratio illa recidit quo prima quam attulimus. Ideò enim viuentis hominis hereditas nulla eſt, quia lex ea eſt quæ facit hereditatem eo ipſo inſtanti quo hereditatem defert, non autem defert niſi patrefamilias defuncto, quia nec poteſt: quandoquidem inducendæ hereditatis neceſſitas non alia fuit, quàm vt eſſet, qui defuncti & domini perſonam repræſentaret vt dominium in heredem continuari poſſet, viuo autem patrefamilias qui ipſe dominus rerum ſuarum eſt, neque neceſſe eſt alium induci qui perſonam ipſius repræſentet, neque fieri poteſt vt inducatur, non magis quàm vt duo eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſint. Illud ergo pro conſtanti & indubitato ſit, eodem iure cenſeri pactiones omnes de ſuccedendo & non ſuccedendo, nec has magis, quàm illas valere poſſe. Sed tamen aliquam inter eas differentiam conſtituendam eſſe arbitror, quam neque ex pragmaticis, neque vt puto ex interpretibus quiſquam
8 in hunc vſque diem agnouit. Hanc † nimirum, quod ex Iuſtiniani conſtitutione *in l. vlt. C. de pact.* valet pactum de ſuccedendo, ſi inter duos factum ſit de hereditate tertij, & tertius ille conſentiat, in eáque voluntate ad extremum vſque vitæ ſuæ diem perſeueret: Pactum autem de non ſuccedendo ne tum quidem valet iure ciuili, cùm is de cuius hereditate agitur, voluntatem ſuam interponit. Nam ſi Iuſtinianeæ legis verba inſpicias, nulla ibi mentio fit pacti de non ſuccedendo,
9 ſed duæ ſpecies † proponuntur quæ ambæ pertinent ad pactum de ſuccedendo. Prima illa eſt, ſi conuenerit inter plures fortè agnatos aut cognatos vt quæ ad eos perueniet Titij hereditas, certo modo diuidatur, altera, ſi pactum interuenerit vt qui ex pluribus hereditatem aliquam habiturus eſt, ſcilicet ex teſtamento aliquid viciſſim eo nomine cæteris præſtet. Vtraque pactio duplicem habet conditionem, ſi mortuus erit is de cuius ſucceſſione agitur, & ſi ad eius hereditatem vocentur ij qui paciſcuntur. Vtraque igitur de ſuccedendo eſt, non de non ſuccedendo. Si verò iuris rationem intueare, euidens hac parte differentia † eſt, & ratio diuerſitatis inter 10
pactionem quæ de ſuccedendo tertio facta ſit, & eam quæ de non ſuccedendo. Cùm pactum ſit de ſuccedendo vt in vtraque illa ſpecie quam Iuſtinianus tractat, nihil fit contra leges ex qua parte ius ſuccedẽdi legibus introductum eſt. Vtraque enim conuentio fit in caſum delatæ hereditatis, & conſequenter in eum caſum quo legibus ſatisfactum ſit. Legum enim poteſtas, quod ad hereditates attinet in eo tantùm conſiſtit, vt hereditatem deferat, non in eo etiam vt ei acquiratur hereditas cui fuit delata. Nam ſicuti delatio quælibet hereditatis eſt ex lege, ita acquiſitio non niſi ex hominis cui lex detulit, facto ac voluntate. Satisfit igitur legi ſi modò delatio non impediatur, id eſt, dum ne pactione id agatur, vt legis poteſtati in differenda hereditate occurratur. Quomodo dicimus pactionem † quæ fit inter heredem & le- 11
gatarios de falcidia non deducenda eſſe contra legem falcidiam ſi fiat viuo teſtatore, quia nulla dum eo tempore legis poteſtas eſt at non eſſe contra legem, ſi fiat eo mortuo, *l. quod bonis 15. §. 1 D. ad l. falcid.* quia non illud legis falcidiæ propoſitum eſt vt heres omnimodo quartam ex legatis deducat, ſed tantùm vt deducere poſſit ſi velit. Illud duntaxat apud Iuſtinianum † faciebat dubi- 12
tationem vt pactiones non valere viderentur, quòd vt diximus, improba ſit, & ſuſpecta, malique ominis & periculoſi euentus plena ſollicitudo illa de hereditate viuentis. Sed non putat Iuſtinianus locum id habere cùm is, de cuius hereditate agitur pactionem ſcit & probat, nec voluntatem ſubinde mutat. Nam & iam olim id obtinebat vt non auferretur tanquam indigno hereditas ei qui viuo patrefamilias de futura hereditate pactus fuiſſet, ſciente teſtatore, ſed illi demùm qui eo ignorante *l. 2. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* At cùm † inter Titium 13
& Sempronium ſit pactum de non ſuccedendo Mæuio, id eſt, ne Titius proximior agnatus Mæuio quandocunque inteſtato morienti ſuccedat, licèt Mæuius conſentiat, pactio tamen non valet, non quidem propter improbam illam ſollicitudinem quæ ſanè ex Mæuij conſenſu interueniente purgatur, ſed alia ratione, quæ tota eſt meri iuris, quia fieri non poteſt quin ea pactione ſubſiſtente legum autoritas violetur, quæ proximiori agnato deferunt hereditatem. Quid enim aliud paciſcentes iſti agunt, niſi vt quantum in ſe eſt impediant ne legis poteſtas vlla ſit, id eſt, ne agnato proximo hereditas deferatur? Proinde conſenſus Mæuij facere nequit vt pactum confirmetur, quia nec in eius poteſtate eſt facere ne leges in hereditate ſua locum habeant, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus moriatur, *l. nemo poteſt 55. de lega. 1. l. ius adgnationis 34. D. de pac.* Dices fortaſſe pro pragmaticis, Pactum quoque de non ſuccedendo perinde ac pactum de ſuccedendo tacitam habere conditionem illã ſi quandóque hereditas paciſcenti deferetur, vt ſuperiore capite dicebamus. Reſpondeo id non fieri vi & poteſtate pacti, cùm paciſcentium mens vtique talis fuerit vt & ipſa hereditatis delatio, ſi fieri poſſet, impediretur, ſed quia lex ipſa pacto potentior eſt inuitiſque paciſcentibus hereditatem defert aut heredi ſcripto ſi teſtamentũ factum ſit, aut agnato proximiori ab inteſtato *d. l. vlt. D. de ſuis & legi. l. 3. C. de collat.* Quare non eo minùs inutile pactũ eſt quòd contrahentium voluntas effectum non ſortiatur. Imò inutile eſt ob hoc ipſum quod contra legem factum eſt, ipſiúſque legis autoritate ſuperatur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor, 7. l. contra 28. D. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod.* Nam cùm dicimus † Pactum aliquod fieri 14
contra legem. non illud intelligimus, Pacto legem deſtrui quod fieri numquam poteſt, ſed tale pactum eſſe quod ſi valeret legem deſtrueret, ideóque lex ei reſiſtit vt non valeat, priúſque neceſſe eſt vt lex here-

ditatem deferat, quàm delationis effectus impediatur.
15 At pacta † illa de ſuccedendo quæ Iuſtinianus valere
vult accedente tertij conſenſu, in eum nominatim ca-
ſum fiunt quo ex legibus hereditas deferatur, in uſque
voluntas paciſcentium cum poteſtate legis concurrit, vt
hereditas eis ipſis deferatur quibus æquè deferretur,
etiamſi pactio nulla interueniſſet. Nec aliter accidere
poteſt, quoties inter duos fit pactum de ſuccedendo ter-
tio, vt potiùs dici debeat pactum de diuidendo quàm de
ſuccedendo ſi fiat in caſum quo pluribus deferetur he-
reditas, aut pactum de remunerando ſi ille exprimatur
caſus, quoad vnum duntaxat ex pluribus eiuſdem gra-
dus agnatis aut cognatis hereditas peruentura ſit. Atque
hæc quidem ita, vt diximus, ſe habent iure ciuili, nec
Iuſtiniani conſtitutio pertinet ad pacta de non ſucce-
16 dendo. Sed tamen iure Pontificio † totum hoc ius ci-
uile conturbatum, ne dicam abrogatum eſt, quoties in
pactione de non ſuccedendo iuſiurandum interuenit
ca. quamuis pactum. de pact. in 6. nec quicquam hodie
frequentius eſt huiuſmodi pactionibus, præſertim ad
excludendas à paterna ſucceſſione adeóque à legitima
filias quæ nubentes dotem à patre acceperunt. Quam-
17 quam interpretibus † noſtris placet, non aliud dicen-
dum eſſe, tametſi filia nulla accepta dote renuntiauerit,
dummodò adhibito iureiurando, ſcilicet propter auto-
ritatem & religionem iuſiurandi, licèt ea res ſoleat
præbere materiam reſtitutionis in integrum ex cauſſa
immodicæ læſionis, priùs tamen impetrata abſolutione.
Illud tamen obſeruandum eſt ita demum prodeſſe poſſe
18 iuſiurandum † ad validandam pactionem inter alios fa-
ctam de non ſuccedendo tertio ſi tertius ille conſen-
tiat: alioqui non haberet locum ratio illa qua Pontifi-
cius legiſlator mouetur quòd iuramentum hoc non re-
dundet in alterius detrimentum. Redundaret enim in
detrimentum tertij qui pactionem ignoraret periculoſi
euentus plenam.

ERROR V.

De filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit.

SVMMARIA.

1 *Filia quæ paternæ ſucceſſioni cum iureiurando renun-
tiauit, ſiue dotem, ſiue nihil à patre acceperit, poteſt
nihilominus mortuo patre ad petendam legitimam
admitti, ſalua dotis imputatione, ſi interpretibus &
pragmaticis fides.*
2 *Relata ſententiæ ratio.*
3 *Filia etiam dotata & à ſucceſſione propter maſculos
excluſa, non tamen excluditur à legitimæ petitione,
niſi ſtatutum ſpecialem legitimæ mentionem fece-
rit: vt placet pragmaticis.*
4 *Quibus fulcimentis proximè propoſitum enuntiatum
adſtruant pragmatici.*
5 *Non aliter legitimæ renuntiatum intelligi volunt pra-
gmatici, quàm ſi eius ſpecialis mentio facta ſit.*
6 *Sententia pragmaticorum filiam excluſam à ſucceſſione
per generalem renuntiationem non videri excluſam
à legitima refutatio.*
7 *Sicut renuntiatio generalis impedit acquiſitionem he-
reditatis, ita & petitionem legitimæ.*
8 *Explicatio l. ſi quando, §. & generaliter. C. de inoff.
teſt.*
9 *Si quid filio relictum ſit minus legitima cum hac ad-
iectione*, pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil
præterea petere vnquam poſſit, *adiectio pro non
ſcripta habetur.*
10 *Quando & cur renuntiatio ſucceſſionis ſufficiat ad
inducendam renuntiationem legitimæ.*
11 *Caſus quibus filio eripitur ſucceſſio, & legitima tamen
ſalua relinquitur.*
12 *Caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt legitima, re-
liqua vero ſucceſſio fiſco addicitur.*
13 *Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogato-
ris vt differat à legitima quæ debetur liberis natu-
ralibus.*
14 *Saliceti lapſus.*

Conſentiens † interpretum & pragmatico- 1
rum omnium vox eſt, filiam quæ paternæ
ſucceſſioni renuntiauit, adhibito, vt fieri ſo-
let, iureiurando, ſiue dotem, ſiue nihil à pa-
tre in eam rem acceperit, non eo minùs tamen admitti
poſſe mortuo quandocunque patre ad petendam legiti-
mam aut legitimæ ſupplementum, ſalua dotis imputa-
tione, aut ſi quid aliud acceperit quod ſui natura debeat
in legitimam imputari. Sic enim *Boër. quæſt. 3. num. 10.
& And. Tir. in l. ſi vnquam. in prin. num. 155. C. de re-
uoc. don.* Cuius ſententiæ † ratio illa adferri ſolet quòd 2
alia ſint iura legitimæ, alia ſucceſſionis, quandoquidem
legitima non ſolùm debetur iure naturæ, & veluti æris
alieni loco, ſed etiam ita debetur, vt non ſucceſſionis
quota ſit, ſed bonorum. Ex quo iidem inferunt † filiam 3
etiam dotatam & à ſucceſſione excluſam propter maſ-
culos, non tamen excludi à legitimæ petitione, niſi ſta-
tutum ſpecialem faciat legitimæ mentionem: vt refert
Antonius Theſſaur. deciſ. Pedemont. 159. num. 2. Solet
enim † eadem vis eſſe ſtatuti & renuntiationis iuratæ 4
ad filiam excludendam, quia vix eſt vt ſtatuto fieri poſſit
niſi quod per pactum fieri poſſet. Mouit autem noſtros
in hanc ſententiam illa etiam Iuſtiniani conſtitutio
quæ extat in *l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff.
teſtam.* vbi ſcriptum eſt, ſi quando pater filio minus le-
gitima portione reliquerit, vel aliquid dederit, vel mor-
tis cauſſa donatione, vel inter viuos ſub ea conditione vt
hæc in quartam donationem computetur, & filius poſt
obitum patris hoc quod relictum vel donatum eſt ag-
nouerit, fortè & ſecuritatem heredibus fecerit, quod re-
lictum vel datum eſt accepiſſe, non adiiciens nullam
ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi fi-
lium facere præiudicium, ſed legitimam partem reple-
ri, niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha ſiue in tranſactio-
ne ſcripſerit vel pactus fuerit, quòd contentus relicta
vel data parte, nullam de eo quod deeſt habeat quæſtio-
nem: quo ſolo caſu vult Iuſtinianus omni excluſa que-
rela cogi filium vt paternum iudicium amplectatur. Ex
eo namque noſtri inferunt, non aliter legitimæ † re- 5
nuntiatum intelligi, quàm ſi ſpecialis mentio legitimæ
facta ſit: ne tùm quidem cùm legitima iam deberi in-
cipit, id eſt, defuncto iam patre. Quanto minùs enim
æquum eſt ad legitimam produci generalem renuntia-
tionem, quæ de ſucceſſione tantùm facta ſit eo tempo-
re quo necdum legitima vlla debeatur, nec ciuili iure in-
ſpecto renuntiari legitimæ vtiliter poſſit? Eſt enim illa
certè multò odioſior, & conſequenter ſtrictiore digna
interpretatione, quia nihil fit contra leges, cùm filius
eo tempore legitimæ renuntiat quo iam legibus ſatis-
factum eſt, id eſt, quo petendæ legitimæ ius habet, ſi
modò petere velit. At contra leges eſt renuntiatio per
quam fit ne ſucceſſio aut legitima portio ex legibus ſuo
tempore deferenda vnquam deferatur, vt ſuperiore ca-
pite à nobis diſputatum eſt. Mihi verò ſententia † 6
hæc probari numquam potuit. Poſtquam enim Ponti-
ficio iure inductum eſt, vt futuræ ſucceſſionis iurata re-
nuntiatio valeat, eiúſque poteſtate filia quæ renuntia-
uit, ab omni ſucceſſionis, præterquàm teſtamentariæ ſpe
& commodo excludatur. Planè non poſſum intelligere
qua ratione fieri poſſit vt ad legitimæ petitionem ad-
mittatur, quæ ab ipſa inteſtati ſucceſſione penitus
excluſa eſt. Repugnat enim mera iuris ratio, quæ
legitimam

legitimam definit portionem hereditatis, aut partis hereditariæ ab inteſtato contingentis. Neque ſanè defendi iure poteſt, Legitimam vllam deberi ei cui ſuccedendi ius ab inteſtato nullum ſuperſit *l. poſthumus 1. in princip. & §. 1. D. de inoff. teſtam.* Nec eſt quod obiicias ex iis quæ ſuprà diximus, renuntiationem illam futuræ ſucceſſionis habere tacitam conditionem, ſi ſucceſſio quandoque deferatur, nec minùs cùm iurata renuntiatio eſt quàm ſi iurata non ſit, quia non poteſt iuramentum facere id poſſibile quod ſui natura eſt impoſſibile, cuiuſmodi illud eſt, vt propter renuntiationem excludatur quis ab acquiſitione hereditatis antequam ſit delata hereditas. Ex quo inferre fortaſſe velis, ſicuti ex renuntiatione non impeditur delatio ſucceſſionis, ita neque impediri poſſe petitionem legitimæ quæ ex totius ſucceſſionis comparatione certa conſtitui poteſt. Nam reſpondeo rectam duntaxat fore conſecutionem, ſi ex eo quod renuntiatio quantumlibet iurata non impedit dilationem ſucceſſionis, colligas, neque legitimæ
7 dilationem impediri. Sed quemadmodum † renuntiatio impedit acquiſitionem ſucceſſionis, quia quo inſtanti defertur hereditas, eo ipſo ſuccedit poteſtas renuntiationis, quæ vires ſuas exerit, vt acquirendi facultatem auferat renuntianti arg. *l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. & l. quoties 14 D. de nouat. l. ſub conditione 16. D. de ſolut.* Ita dico prorſus conſequens eſſe, vt eodem inſtanti quo deferretur alioqui legitima, excludatur filia à legitimæ petitione: quia prius eſt vt quis capax ſit habendæ ab inteſtato ſucceſſionis, quàm vt capax ſit legitimæ conſequendæ, aut certè in eodem temporis momento vtrumque accidere neceſſe eſt. Quod enim ſi teſtamentum nullum factum ſit? Nemo vtique dixerit querelam inofficioſi teſtamenti competere poſſe. Contra quem igitur petitio legitimæ inſtituenda erit per filiam quæ renuntiauit? An contra inteſtati ſucceſſorem? At nec hoc quidem vnquam auditum eſt, non ſolùm quia non aliis petendæ legitimæ ius datur, quàm qui ab inteſtato legitimi forent ipſi ſucceſſores, ſed etiam quia inteſtati ſucceſſio ſemel per legem delata nunquam recurrit, ſed tota legis poteſtas quæ in deferenda hereditate verſatur, vnica delatione conſumitur. Recurrere autem neceſſe eſſet, ſi is qui legitimam præſtare nollet, mallet totam inteſtati ſucceſſionem derelinquere. Iam enim alio loco monuimus non eſſe audiendum eum qui legitimam petit, ſi totam hereditatem habere poſſit, eámque repudiet vt legitimam ſolam conſequatur. Neque pro interpretum & pragmatico-
8 rum errore tuendo facit conſtitutio † Iuſtiniani à nobis relata in *d. §. & generaliter.* Tractat enim eo loco Iuſtinianus caſum illum quo legitima filio debeatur, adeóque in quo poſſet filius queri de inofficioſo patris teſtamento, eóque per querelam rupto, ipſe ab inteſtato ſuccedere niſi alia præcedente Iuſtiniani conſtitutione quæ extat in *l. omnimodo 30. C. eod.* cautum eſſet ne filius cui aliquid vel minimum pro legitima relictũ eſt, poſſit conqueri de inofficioſo, ſed ad ſupplementum agere cogatur. At nos tractamus de filia quæ per renuntiationem iuratam & iure pontificio adprobatam excluſa ſit non modò à teſtamentaria patris hereditate, alio ſiue ſuo ſiue extraneo herede inſtituto, ſed etiam, quod magis eſt, ab Inteſtati patris ſucceſſione. Iuſtinianus eum caſum tractat quo nulla prorſus renuntiatio facta ſit, neque legitimæ neque ſucceſſionis. Nos illum quo renuntiatum ſit ſucceſſioni, & quidem eo tempore quo neque dum legitima vlla debeatur, & cœperit fieri non poſſe vt vlla vnquam debeatur. Fateor legitimam quæ ſemel cœpit eſſe debita, id eſt ex quo paterfamilias vita functus eſt, nihil habere commune cum iure ſucceſſionis vniuerſalis, quia non eſt quota iuris, ſed bonorum, id eſt rerum ſingularium, quæ deducto ære alieno in hereditate reperiuntur. Sed hoc contendo, ſi priuſquàm de legitima quæri poſſit, id eſt viuo adhuc teſtatore excludatur à ſpe hereditariæ ſucceſſionis filius aut filia, cui alioquin legitimam ſuo tempore debitam iri certum eſſet, nihil eſſe quod de legitimaria portione tractari ampliùs poſſit. Illud etiam facilè admitto quod noſtri ad Iuſtinianeam legem notant: Si quid filio † aut filiæ relictum ſit minus legitima etiam 9
cum hac adiectione *pro omni iure legitimæ, & ità vt nihil præterea vnquàm petere poſſit*: idem tamen iuris eſſe debere quod Iuſtinianus in *d. §. & generaliter,* conſtituit, vt quamuis filius aut filia legatum agnouerit, adeóque apocham de eo conſcripſerit, nihilo magis à legitimæ petitione excludatur: quoniam, vt interpretes quoque obſeruarunt, adiectio illa pro nulla & non ſcripta habenda eſt, vtpote quæ non niſi in fraudem legitimæ facta ſit, & contra Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. eodem.* Sed nego p[illegible] ex eo inferri quod pragmatici volunt, renuntiationem † ſucceſſionis non ſufficere ad inducendam 10
legitimæ renuntiationem, ſi renuntiatio facta ſit, priuſquàm legitima deberi cœperit, non quòd legitima in ſucceſſione quaſi pars in toto contineatur (quò pertinent omnes in contrarium pragmaticorum omnium ratiocinationes) ſed in neceſſariam conſequentiam, quia vt ſæpius dictum eſt, fieri non poteſt vt ei qui à ſpe legitimæ ſucceſſionis omnino excluſus eſt, legitima vlla portio debeatur. Nec ſimile eſt quod aliquando euenire cernimus, vt filio eripiatur † ſucceſſio, 11
& legitima tamen ſalua relinquatur, vt in ſpecie *Authent. ſi qua mulier. C. de ſacroſancta Eccleſia.* id eſt cùm quis monaſterium ingreſſus prior deceſſit quàm bona ſua inter liberos diuiſerit, quo caſu vult Iuſtinianus legitimam ſolam filios percipere, reliquam ſubſtantiam ad monaſterium peruenire: aut cùm filius monitus non impleuit voluntatem patris intra annum, *Authent. hoc amplius C. de fideic.* His enim caſibus non datur legitima ei qui ſit incapax habendæ ſucceſſionis, ſed è contrario relinquitur tanquam debita aut potius iam acquiſita ei qui potuit totam habere ſucceſſionem, ſi pater bona inter liberos diuidere vel ipſe patris voluntati obſequi voluiſſet. Et vt dicam diſtinctiùs, quia conſtitutionum caſus diuerſi ſunt, diuerſámque habentes rationem, Patre monaſterium ingreſſo, non tam incapax ſucceſſionis dicendus eſt filius, quàm nulla eſſe ſucceſſio quæ filio deferri poſſit, quoniam quiſquis monaſterium ingreditur ipſo ingreſſu ſe ſuáque Deo dicare intelligitur. *Auth. ingreſſi. Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* quamuis Iuſtinianus fauore liberorum permittat vt etiam poſt ingreſſum ſuperſit facultas diuidendi inter liberos & monaſterium ex æquis portionibus patrimonij. Legitima tamen liberis omnimodo debetur, quia in fraudem liberorum alioqui religionem ingreſſus pater videretur, acſi bona ſua omnia viuus alicui donaſſet, niſi quod illo caſu querela inofficioſæ donationis competeret quæ non tantùm pro portione legitimæ, ſed in totum reſcinderet donationem. Hoc verò caſu ſola liberis legitima debetur fauore monaſterij & religionis. Cùm autem filius contumax fuit in voluntate patris implenda, aufertur ei ſucceſſio tanquam indigno, legitima tamen non aufertur, quæ ſemel competiit, ſed penes eum relinquitur tanquam ipſi debita ſaltem naturæ, ſi non ſucceſſionis iure. Difficilius enim eſt vt filio legitima portio, quàm vt ſucceſſio eripiatur, ſed non vt eius acquiſitio impediatur vbi ſpes ſuccedendi abſciſſa eſt per iuratam renuntiationem priuſquàm ſucceſſio deferatur. Quod verò ab Imperatoribus Arcadio & Honorio conſtitutum eſt in *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* vt eorum † qui læſæ maieſtatis rei & con- 12
uicti fuerint, filiabus non etiam filiis ſalua ſit legitima, reliqua verò ſucceſſio tota fiſco addicatur, propriam & peculiarem habet rationem poſitam cùm in ea ipſa lege, tum etiam in *l. vlt. D. de bon. damnat.* Sanè alia ratio eſſe videtur † quartæ, quam ex Diui Pij conſtitutione 13
habere

habere debet filius adoptiuus in bonis patris adrogatoris. Illa enim debetur ex principali prouidentia, & tanquam æs alienum, non autem ex comparatione ſucceſſionis ab inteſtato ſperandæ. Ideóque nec per querelam inofficioſi teſtamenti petitur quomodo ea de qua agimus, quæ liberis naturalibus in bonis parentum debetur *l. ſi adrogator* 22. *De adopt. l.* 1. §. *ſi impubere. D. de*
14 *collat. bono.* Nam quod Salicetus † ſcripſit in *Auth. nouiſſima. C. de inoff. teſtam.* legitimam dici portionem ſucceſſionis ab inteſtato contingentis, reſpectu quotæ demonſtrandæ potiùs quàm reſpectu ſucceſſionis ab inteſtato neceſſariò requirendæ, falſiſſimum ſanè eſt, nec vllo iuris loco comprobatum.

ERROR VI.

De caſibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſſione per legem aut conſuetudinem excluſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Si talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre, huic debetur legitima ex ſententia interpretum erronea.*
2 *Ratio d. ſententiæ.*
3 *Matri in bonis defuncti talliabilis nullam deberi legitimam, contra pragmaticos.*
4 *Mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem ſucceſſione inteſtati priuanda eſt, non videtur pragmaticis legitimâ priuanda.*
5 *Erroneum eſſe relatum pragmaticorum placitum.*

IS quæ proximè diximus, conſequens eſt vt inſignes alios duos pragmaticorum magis quàm interpretum errores refella-
1 mus. Nam ſi quis dedititiæ † conditionis, &, vt loquuntur, talliabilis homo, & manuſmortuæ deceſſerit ſine liberis relicta matre ſuperſtite, ita vt in vtilitatem dominij feudalis commiſſa ſit lucrandæ ſucceſſionis ſtipulatio, putant deberi legitimam matri perinde acſi filius extraneo herede inſtitu-
2 to deceſſiſſet; ratione illa, † quòd licèt ex iure conſuetudinario apud nos receptiſſimo, qui huius conditionis ſunt homines, alium quàm dominum ſucceſſorem habere non poſſint, ſeparata tamen ſunt, inquiunt pragmatici, iura legitimæ & ſucceſſionis: eſſétque duriſſimum auferri matri non modò luctuoſam filij hereditatem, ſed ipſam quoque legitimam portionem, quæ ſanè non minùs debetur aſcendentibus in bonis deſcendentium intuitu pietatis & miſerationis, quàm deſcendentibus in bonis aſcendentium ex voto parentum & naturali ratione, *l. nam etſi* 17. *D. de inoff. teſtam. l. ſcripto* 7 §. 1. *D. vnd. liber. l. vlt. D. de bon. dam-*
3 *nat.* Sed reſpondeo, imò verò fieri non poſſe vt † matri debeatur legitima in bonis filij dedititij; non illa ſolùm ratione quam nos in ſuperioribus probauimus, quòd legitimæ habendæ capax non ſit perſona quæ totius ſucceſſionis conſequendæ incapax eſt, maximè ſi neque teſtamento heres inſtitui potuerit (in quo deterioris conditionis eſt mater hæc, de qua nunc agimus, quàm filia quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauit, quæ inſtitui nihilominus à patre poteſt) ſed etiam quia ſingulare ius eſt feudorum & bonorum feudalium vt à deſcendentibus numquam recurrant ad aſcendentes *cap.* 1. *de natur. ſucceſſ. feud.* Qua de cauſſa nec pragmatici ipſi negant ſi bona tantùm talliabilia proponãtur, non etiam caput defuncti, & aliqua in hereditate bona ſint libera, & vt vocant, allodialia legitimam quam matri deberi volunt ex bonis allodialibus, non ex talliabilibus confici debere, ne alioqui feudali domino fiat iniuria, & bonorum conditio violetur. Etſi verò cùm bona nulla filius reliquit niſi talliabilia, durum videtur nullam omnino partem bonorum matri deferri, illa tamen ratio adhuc ſpecialior matri obſtat ne legitimam vllam petere poſſit, quòd eo ipſo inſtanti quo talliabilis moritur, ac proinde illo adhuc viuo (inſtans enim mortis computatur vitæ, non morti, *l. qui duos* 18. §. 1. *de manum. teſtam. l. vlt. D. de condic. inſt.*) bona omnia quæ tum habet deuoluuntur ad dominum, commiſſa ſcilicet eo inſtanti ſtipulatione ſiue expreſſa, ſiue per conſuetudinem ſubintellecta De bonis domino acquirendis ſi talliabilem ſine liberis mori contingeret. Certum enim eſſe incipit, mori ſine liberis eum qui quo tempore moritur nulloſdum liberos habet, etiamſi vxorem habeat de qua dubitetur an prægnans ſit néc ne, ſi modò re vera vacuo ventre mulier fuit, *l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Porrò nemo dixerit legitimam deberi matri in bonis quæ domini ſint, non filij, licèt ea filius laboribus ſuis quæſierit, licèt namque legitima ſit quota bonorum, non hereditatis, vt ſæpiùs diximus, conficienda tamen eſt ex iis bonis quæ in hereditate defuncti reperiuntur deducto ære alieno, prorſúſque inauditum eſt vt cuius hereditas nulla eſt, is legitimam vllam aut matri aut alij perſonæ debere poſſit. Itaque dominum feudalem anomalum ſucceſſorem vocamus, quia cùm nulla talliabilis defuncti hereditas ſit, non poteſt is videri heres eſſe, aut heredis loco: nec quod tenetur ad æs alienum, ad rem facit. Id enim ob eam cauſſam fit, quia cùm bona occupet iure quaſi peculij, non aliud in bonis eſſe intelligitur, quàm quod ſupereſt deducto ære alieno: nec æquum eſt decipi creditores, qui hominis pro libero ſe gerentis conditionem ignorantes, fidem eius bona fide ſecuti, totumque ipſius peculium veluti proprium eius patrimoninm intuiti ſunt. Et hanc quam defendimus ſententiam, vt matri nulla in bonis defuncti talliabilis legitima debeatur, defendit Guillielmus Benedicti, licèt non hac qua potiſſimum mouemur ratione adductus, *in repet. cap. Raynutius. in verb. & vxorem. num.* 50. *Extr. de teſtam. poſt Angel. conſ.* 105. Alius pra-
gmaticorum noſtrorum error eſt, quòd † ſi maior annis 4
vigintiquinque mater intra annum non petierit tutorem filio impuberi, aut ſuſcepta filij tutela ad ſecundas tranſierit nuptias non petito tutore, nec redditis rationibus, ſolutiſque reliquis (tria enim hæc eo caſu coniunctim requiruntur) putant ſaluam ei manere legitimæ portionis perſecutionem, quia inquiunt, lex non adimit ei nominatim legitimam, licèt adimat omnem defuncti impuberis ſucceſſionem, nec ab inteſtato duntaxat, ſed etiam ex teſtamento ſi fortè pater impuberi filio teſtamentum fecerit per ſubſtitutionem pupillarem *l. mater* 3. *l. omnem* 6. *D. ad S.C. Tertyll. l.* 2. §. *ſi mater non petierit. D. eo. l. ſciant.* 10. *Cod. de legat.*
here. Ego † contrà non ſolùm moueor generalibus ver- 5
bis legis quæ omnem ſucceſſionem in propoſita ſpecie matri adimit, itemque ratione illa etiam generali quòd qui incapax eſt ſuccedendi ab inteſtato, ſit & incapax legitimæ conſequendæ, ſed illa etiam quòd mulieris tanto odio dignæ fauor nullus ſit propter quem huiuſmodi interpretatione debeat adiuuari. Ratio enim legis illa eſt, ob quam priuat matrem filij impuberis ſucceſſione, quòd vitam filij quam præcipuæ curæ habere debuit, neglexiſſe videatur, quæ aut tutorem ipſi intra annum non petiit, aut ſuſcepta tutela nec alio priùs petito tutore, nec redditis rationibus ſolutiſque reliquis ad ſecunda vota conuolauit. Quis namque ferat lucrum eam ſentire ex morte filij cuius vitam neglexerit? At legitima non niſi poſt mortem & propter mortem debetur. Perinde igitur tam æquitatis quàm iuris ratione fatendum eſt legitima æquè ac inteſtati ſucceſſione ex his cauſſis priuandam matrem eſſe.

Quod

Quod & ante nos ſenſit *Baldus conſ.* 140. *incipit Viſo teſtamento Henrici.vol.*1. *Barbat. conſ.* 67. *vol.*3. *Anton. Gabriel. in commun.opin.lib.*6.*tit.De tutel.n.* 15.

ERROR VII.

De filia quæ dotem aut quid aliud accipit pro omni iure legitimæ.

SVMMARIA:

1 *Cùm renuntiatio nulla interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ aut conſtitutæ dotis pro omni legitimæ iure, an aliqua legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre.*

2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans.*

3 *Sententiæ pragmaticorum refutatio, in qua oſtenditur iure Pontificio requiri expreſſam renuntiationem, vt legitima pati nequeat.*

4 *An filia quæ accepta dote promiſit ſe patris ſucceſſioni, & legitimæ renuntiaturam, interpoſito iureiurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo cenſenda ſit excluſa à legitimæ petitione.*

RAro accidit vt nubenti filiæ dos detur,
quin ea dotis dandæ cauſſa adſcribatur, vt
ſit dos pro legitima, aut, vt notarij exprimere
ſolent, pro omni iure legitimæ, &
ſupplementi legitimæ: Addunt etiam aliquando
& impetitiſſimè pro Trebellianica, licèt ea
ſpecies proponatur in qua nec de fideicommiſſo, nec
conſequenter de Trebellianica tractari vllo modo poſſit.
Sed non ſemper euenit, vt ea renuntiatio adhibeatur,
cuius poteſtate fieri iam diximus, cum iuſiurandum
acceſſit, vt à petendæ legitimæ iure filia repel-
1 latur. Quo tamen caſu, id eſt, cùm renuntiatio † nulla
interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ aut conſtitutæ
dotis pro omni legitimæ iure, dubitari interdum ſolet,
an aliqua legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem pa-
2 tre. Et pragmaticorum † ſententia eſt, licèt nec omnium,
nec peritorum, poſſe verba illa, quæ retulimus
ſufficere vt legitimæ renuntiatum videatur, cùm expreſſa
legitimæ mentio facta ſit, nec ferè apertiùs potuerit
filia paciſci de legitima numquam petenda, quàm
accipiendo dotem, aut quid aliud pro omni legitimæ
iure. Vulgatum enim eſt, parum referre quid ex æquipollentibus
fiat, & in ſtipulationibus omnibus non tam
quid dictum, quàm quid actum ſit inſpici oportere.
3 Sed quàm falſa ſit hæc ſententia † iam plus quàm ſatis
ex ſuperioribus conſtare arbitror. Non enim renuntiatio
hæc ex earum rerum genere eſt quæ ex tacito pacto,
aut per coniecturas voluntatis induci poſſunt, ſed
expreſſam conuentionem deſiderat, expreſſamque renuntiationem,
adeóque iuratam vt valere poſſit, cùm
iis quoque omnibus interuenientibus non tamen valeat
iure ciuili, ſed tantùm pontificio propter vinculum,
& autoritatem iuriſiurandi. Nec quæ in contractuum
omnium inſtrumentis clauſula vulgaris adiici
ſolet, renuntiationum generalibus verbis conceptarum,
facere poteſt vt expreſſa renuntiatio dici debeat
interueniſſe. Pertinet enim clauſula illa ad hoc vt iuribus,
& exceptionibus omnibus quæ contractui obſtare
poſſent renuntiatum intelligatur: in propoſito autem
ea renuntiatio neceſſaria eſt, per quam fiat pactum de
non petenda legitima portione. Prius namque eſt vt ea
renuntiatio fiat, quàm vt iuri ciuili, quod eiuſmodi renuntiationes
improbat, renuntietur. Nec ſimiliter,
quod in contractibus omnibus iuſiurandum hodie interponi
ſolet, facere debet, vt vel renuntiatio vel iuſiurandum
in renuntiando adhibitum eſſe exiſtimetur.
Nam quod vulgò iactatur, iuſiurandum habere vim expreſſi,
non poteſt ad hunc caſum adaptari in quo nec
expreſſus conſenſus ſufficit ad filiam excludendam, ſed
expreſſa renuntiatione expreſsíſque verbis opus eſt,
itémque iureiurando ad validandam renuntiationem
quæ alioqui non valeret. Non enim lege pontificia cautum
eſt, vt iuſiurandum validet contractum, quo filia
cauerit ſe dotem aut quid aliud accepiſſe pro legitima,
aut vt ex huiuſmodi contractu quantumlibet iurato filia
excludatur à legitimæ petitione, ſed ita demum ſi
conuenerit expreſſim filia ne poſt patris mortem quicquam
pro legitima petere poſſit: déque ea re iuſiurandum
interpoſuerit. Eam igitur formam quæ lege præſcripta
eſt diſtrictè ſeruari oportet, præſertim cùm ius
hoc pontificium diſcrepans ſit, &, vt loquuntur, exorbitans
à iure ciuili: quod etſi magnam ſacramento autoritatem
tribuit, non tamen tantam vt confirmare poſſit
pactiones legibus improbatas *l.non dubium* 15. *C. de legib.* Ius
autem pontificium nihil aliud intuetur quàm
verum ſeruari poſſit iuſiurandum ſine diſpendio ſalutis
æternæ: quod cùm euenit, maiorem vim eſſe vult iuriſiurandi
ad pactionem validandam, quam legum per
quas alioqui pactio infirmatur. Sed vt legi pontificiæ
minùs fauorabili locus eſſe poſſit, ea omnia interuenire
neceſſe eſt quæ lex requirit, id eſt renuntiationem,
eámque iuratam. Abſurdúmque fuerit hoc caſu iuſiurandum
quod ſuas vires & conditiones habeat id eſt,
quod ita demùm lex pontificia ſufficere voluerit ad filiam
excludendam ſi renuntiatio præceſſerit, dicamus
habere etiam vim inducendæ renuntiationis quæ re vera
nulla præceſſerit. Denique iuſiurandum ſupplere poteſt
defectum iuris, vt interpr. loquuntur, ſed quod in
facto deeſt, ſupplere numquam poteſt. Quinimo ciuili
interpretatione enitendum eſt quantum licet vt
iuſiurandum in contractu adhibitum eaſdem conditiones
recipiat, quas contractus ipſe cui adiicitur, vt
noſtri notant ex *l. vlt.C.de non num.pec.* Adeò autem verum
eſt requiri expreſſam renuntiationem, vt dubita-
tum ſit, an filia quæ † accepta dote promiſit ſe paternæ 4
ſucceſſioni adeóque legitimæ renunciaturam, interpoſito
etiam iureiurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo
cenſenda ſit excluſa ne legitimam petere poſſit, perinde
acſi renuntiaſſet. Occurrit enim, quod longè aliud
eſt, ſi quis renuntiet; aliud, ſi promittat ſe renuntiaturum:
ſicut aliud eſt donatio aut venditio, aliud promiſſio
de donando vel vendendo, vt Bart. tractat ad *l. vlt. D.de condict.cauſ. dat.* Neque
videtur ex ea promiſſione alia naſci actio quàm perſonalis ex qua cogi
poſſit is qui promiſit vt renuntiet. Ac ſanè ita eſt ſi ſimplex,
non ſi iurata ſit promiſſio. At cùm acceſſit iuſiurandum,
quod omnimo ſeruandum eſt, dicimus haberi
renuntiationem pro facta, vt circuitus vitetur, quemadmodum
tractat *Boer. Deciſ.* 3. & vtar verbis Iureconſulti
in *l.* 3.*§.penul.de donat.int.vir.& vxor.* celeritate coniungendarum
actionum vna occultatur, quoniam nihil
intereſt eius qui iurauit an excludatur per renũtiationẽ,
an citra renuntiationem, cum ad effugiendum periurium
excluſionem re vera & cum effectu ſubſequi ſit
neceſſe, idque nimirum eſt quod noſtri dicunt, huiuſmodi
promiſſionem habere effectum renuntiatiuum
acſi realiter & actualiter de præſenti facta eſſet renuntiatio.
Cæterùm ex eo apparet ſolam dotis promiſſionem,
adeóque perceptionem pro iuribus omnibus quãtumuis
iurata ſit, non poſſe vim habere renuntiationis.
Alioqui non video quis locus quæſtioni relinqueretur
eo caſu quo promiſſio interueniſſet de renuntiando, ſiquidem
euidentiſſimum eſt filiam quæ accepta dote
promiſit ſe legitimæ renuntiaturum, hoc ipſo pluſquàm
apertè & enixè profiteri, dotem ſibi pro omnibus legitimæ
iuribus datam eſſe. Proinde ſi ea profeſſio iurata
ſufficeret ad filiam quaſi ex renuntiatione excludendam,
ſuperuacua eſſet, & otioſa quæſtio, an accedentem
promiſſionem

promiſſionem de renuntiando pro vera & efficaci renuntiatione haberi oportet.

ERROR VIII.

De filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione.

SVMMARIA.

1 *Filia quæ legitimæ portioni renuntiauit, interpoſito iureiurando, non admittitur ad partem legitimæ petendam, mortuo quandocunque patre.*

2 *Nec ea etiam quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauit, licèt ſpecialem legitimæ mentionem nullam fecerit.*

3 *An filia quæ non admittitur ad legitimam, faciat partem in legitimæ computatione.*

4 *Sententia interpp. & pragmaticorum negans, eiúſque fulcimentum.*

5 *Sententiæ ſuperioris & rationis qua nititur confutatio.*

6 *Filia quæ renuntiauit non rectè comparatur exheredatæ; nec exheredata pro mortua haberi debet, & num.*8.

7 *Differentia inter exheredationem, & renuntiationem.*

9 *Filia quæ accepta dote, renuntiauit legitimæ, partem facit in computatione legitimæ ex veriori aliorum pragmaticorum ſententia autori probata.*

10 *Caſus quo ſupra relata ſententia falſa eſt.*

11 *An filia ſtatuto excluſa à legitima fauore maſculorum faciat nihilominus partem in computatione legitimæ.*

12 *Non tam heredi, quàm hereditati adcreſcit portio filiæ renuntiantis.*

13 *Differentia inter excluſionem ex renuntiatione, & excluſionem ſtatutariam.*

14 *An faciat partem filia quæ paternæ ſucceſſioni adeóque legitimæ renuntiauit, nec tamen dotem, aut aliud quicquam à patre accepit.*

1 IAm diximus, filiam † quæ legitimæ portioni renuntiauit, interpoſito, vt fit, iureiurando, non admitti ad partem legitimæ petendam, mortuo quandocunque pa-
2 tre. Imò nec eam † quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauit, licèt ſpecialem legitimæ mentionem nullam fecerit propter vim renuntiationis iuratæ, idque ex autoritate Pontificiæ conſtitutionis in *c. Extr.*
3 *de pact. in 6.* Supereſt vt de illo videamus, an filia † hæc quæ non admittitur ad partem, nihilominus faciat partem in legitimæ computatione, id eſt, an eius perſona numeretur in partibus faciendis quomodo Vlpianus loquitur *in §. vltim. leg. 1. D. de collat. bonor.* Vt ſcilicet tanto minor ſit portio quæ legitimæ iure cæteris fratribus debetur, qui non renuntiarunt. Et
4 non deſunt ex interpretibus † & pragmaticis qui putent non poſſe partem facere, quia cum per renuntiationem ſit excluſa penitus, nec tantùm à commodo, ſed etiam à ſpe legitimæ vnquam conſequendæ, nullum inſtans eſt in quo verè dici poſſit legitimam huic filiæ debitam eſſe: propter quam cauſſam receptum eſt vt pro mortua & extranea habeatur, ideóque & impunè præteriri poſſit, quomodo tractat *Bart. in l. pater filium. D. de inoff. teſtam. & in leg. 1. §. qui habebat. D. de bonor. poſſeſſ. cont. tab. Bald. in l. vnic. Cod. quando non petent. part. Caſtrenſ. in l. planè 34. §. ſi duob. de leg. 1.* Sed nos rationem hanc, † & conſequenter ſententiam 5
quæ hac ratione nititur, iam refutauimus ſupra *cap. 3.* cum probauimus huiuſmodi renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis, ſiue portionis legitimæ tacitam habere conditionem, ſi quandoque ſucceſſio aut legitima deferetur, quia non poteſt fieri vt vtilis ſit renuntiatio quantumuis iurata niſi in eum caſum, quo ſi renuntiatio nulla eſſet, deberi ſucceſſio aut legitima portio poſſet. Quid enim proſit factam ab ea renuntiationem, cui etiamſi non renuntiaſſet, nihil vnquam iuris delatum fuiſſet? Quod ſi renuntiatio delationem non impedit, illud omnino conſequens eſt, vt neque poſſit facere quominùs filia computetur in numero liberorum, aut pro mortuo vel penitus extranea habeatur, quandoquidem certum eſt, neque mortuæ filiæ, neque extraneæ perſonæ deferri poſſe inteſtati patris hereditatem aut legitimam portionem: nec diſſimilis aliorum error eſt, qui vt filiam hanc † quæ renuntiauit, 6
habeant pro mortua, comparant eam exheredatæ, non dubitantes quin perſona exheredata pro mortua haberi debeat ex *leg. 1. §. ſi pater emancipatus. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Vtrumque enim falſum eſt, & filiam quæ renuntiauit comparandam eſſe exheredatæ, & exheredatam pro mortua haberi debere. Non rectè comparatur exheredatæ propter multas differentias quæ inter renuntiationem & exheredationem notari poſſunt, quarum illa maximè ad rem noſtram pertinet, quòd exheredatio † vbi ſemel effectum ſortita eſt, ex- 7
cludit filiam in perpetuum. Neque enim in diem aut ſub conditione, aut in certum caſum fieri poteſt. Renuntiationes verò quæ fiunt per filias etiam dotatas, habent vt plurimum, quomodo noſtri loquuntur, effectum ſuſpenſiuum potiùs quàm præciſum, ſiue factæ ſint fauore maſculorum duntaxat: quo caſu mortuis poſteà maſculis deſinit vires habere renuntiatio, ſiue quod frequentius eſt, *ſalua legali eſcheuta*, vt barbarè notarij loquuntur, quibus verbis ſuccedendi ius ſaluum eſt filiæ, quandocunque defunctis poſteà iis omnibus qui in eodem cum filia fuerunt gradu ſuccedendi. Vt nimirum renuntiatio filiæ cæteris fratribus & ſororibus proſit, non etiam agnatis qui in remotiore gradu ſunt, nec eo minùs tamen filiæ præferrentur etiam ab inteſtato ſi non facta eſſet cum ea adiectione renuntiatio. Facilius ergo eſt vt in legitimæ computatione partem faciat filia quæ renuntiauit, quàm quæ eſt exheredata, quoniam in quæſtione illa, an qui non admittitur ad partem, faciat nihilominùs partem, probata eſt noſtris traditio Bartoli *ad l. planè 34. §. ſi coniunctim. & ad huiuſmodi 84. ſi Titio & Mæuio. l. ſi duobus 16. in princ. de leg. 1.* diſtinguentis an qui non admittitur ad partem admitti aliquando ſperetur néene, vt ſi ſperetur, partem intereà faciat, ſi non ſperetur, partem non faciat. Quamquam videtur mihi ea diſtinctio vt maximè vera eſſet, de quo alibi tractandum erit, ad propoſitam quæſtionem non pertinere: Iis enim caſibus quos retulimus, non ſperatur filia vllo caſu admitti ad partem, ſed ad totam ſucceſſionem: proinde non eſt, quod intereà illo prætextu partem facere poſſe videatur.
At neque verum eſt exheredatum † pro mortuo haberi, 8
cùm neque ius ipſum ſui heredis per exheredationem tollatur, quod per mortem vtique tolleretur, vt pluribus ac eleganter diſputauimus *lib. 9. Coniect. cap. vlt.*
Verius igitur eſt quod noſtris † quoque pragmaticis 9
magis placet, filiam quæ accepta dote, aut qua alia re, quæ ſoleat in legitima imputari, renuntiauit legitimæ, partem facere in legitimæ computatione, licèt renuntiauerit cum iureiurando: nec ferè vllam caſus hic habet dubitationem, quando nec dici poteſt patrem non habuiſſe filiam quæ dotem pro legitima habuit. Videtur enim potiùs ex eo tempore quo dotem habuit legitimam portionem fuiſſe conſecuta. Quod ſi ita eſt, non pertinet caſus hic ad quæſtionem illam, vtrum filia quæ

quæ ad partem non admittitur, faciat partem. Hæc enim admittitur vtique ad partem, quæ iam inde viuo patre partem conſecuta fuiſſe intelligitur. Nam quid refert viuóne an mortuo patre admittatur? Poteſt ta-
10 men hæc ſententia, meo iudicio, falſa eſſe vno † caſu, ſi fortè proponas deceſſiſſe patrem ſuperſtitibus quatuor liberis, & prætereà filia ipſa quæ renuntiauit. Etenim cùm id quod dicimus, filiam quæ renuntiauit partem facere fratribus in legitimæ computatione, eò pertineat vt tantò minor cæteris legitima debeatur, abſurdum eſſet ex contrario fieri maiorem cęterorum portionem ob hoc ipſum quòd filia quæ renuntiaſſet partem fratribus facere diceretur. Ita namque fieret, vt in patris odium retorqueretur quod ipſius fauore conſtitutum eſſet, ſiquidem cùm dicimus filiam quæ renuntiauit facere partem, hoc intelligimus, legitimam quæ omnium liberorum vna tantum eſt, diuidi debere non ſolum inter alios fratres qui renuntiarunt, ſed inter eos & heredem patris, cui ea pars acquiſita eſt, quæ citra renuntiationem ad filiam pertineret. Non igitur debet melior eſſe conditio fratrum ſorore partem iis faciente, quam ſi non faceret. Atqui ſi non faceret partem, legitima quatuor liberorum ex Iuſtiniani conſtitutione triens eſſet, non ſemis. Quis ergo fratribus ſemiſſem det pro triente ob hoc ſolum quòd filia partem faciente, quinque liberi, non quatuor, computentur? Illud ſanè fatendum eſt, hoc caſu quo non patimur augeri legitimam fratrum ex perſona ſororis quæ renuntiauit, neque permittendum eſſe vt in eo triente inter fratres diuidendo ſoror partem faciat fauore heredis, ſed integrum trientem inter ſolos fratres diuidi debere: alioqui in eadem ſpecie filia & facere partem & non facere videretur. Non ſum neſcius, quoſdam ex interpretibus
11 in ea eſſe ſententia, vt exiſtiment † filiam quæ ſtatuto excluſa eſt à legitima, ſiue dotem, aut quid aliud, ſiue nihil acceperit, ſi modò excluſa ſit fauore maſculorum, facere nihilominus partem in computatione legitimæ ad vtilitatem maſculorum, vt ſi ſint quatuor maſculi & filia vna, maſculorum legitima ſit ſemis, non triens idémque ſi quatuor ſint filiæ excluſæ, & vnus tantùm maſcutus. Quæ Pauli Caſtrenſis ſententia eſt *conſ.* 52. *incip. ſuper primo puncto*, *lib.* 1. Sed nemo non videt aliam eſſe rationem excluſionis quæ fit per ſtatutum fauore maſculorum, aliam eius quæ per renuntiationem, tum etiam cùm renuntiatio facta eſt in gratiam maſculorum. Priore caſu fauor maſculorum, quibus prouidere ſtatutum voluit, non patitur vt propter excluſionem filiæ minor fiat legitima maſculorum, quàm eſſet, ſi filia ad partem admitteretur, ne alioqui inducta ad vnum effectum diuerſum operarentur contrà, *l. legata inutiliter* 19. *de legat.* 1. Poſteriore verò non tam de maſculorum quàm de patris fauore agitur, qui filiam adegit ad renuntiandum: nec ſi fauore maſculorum ita fecerit, aliud tamen iuris erit, quia tum etiam cùm pater id agit vt maſculis ſuis proſpiciat, non eo minùs ſibi ipſi primo loco proſpicere velle intelligitur: filiis verò ſuis in conſequentiam duntaxat, & quaſi ſuis futuris heredibus, & à ſe cauſſam habituris: vt ex eo apparet quòd etiamſi expreſſim fauore maſculorum pater ſtipulatus ſit renuntiationem filiæ, non eo minùs tamen poteſt etiam inuitis maſculis filiam capacem facere ſucceſſionis legitimæ, ac ſi nunquam renuntiaſſet: quia quod maſculi habent ex pacto & prouidentia patris, poteſt pater iis pro arbitrio auferre, quaſi iis deſtinatum verius quàm acquiſitum: Imò verò etiamſi pater filiam, quæ renuntiauit, nouo iudicio ad ſucceſſionem non inuitauerit, non aliter tamen prodeſſe maſculis ea renuntiatio poteſt, quàm ſi ſint heredes patris:
12 quia, vt ſequenti capite dicemus, non tam heredi † ipſi quàm hereditati & ſucceſſioni vniuerſali adcreſcit portio filiæ renuntiantis, ſiue maſculis proſpicere pater voluerit, ſiue generaliter heredi. Portio enim quæ ad filiam erat peruentura, deficere videtur, ideóque in hereditate reperitur. In quo differt † excluſio quæ ex 13
renuntiatione inducitur, ab ea quæ fit poteſtate ſtatuti: quoniam portio filiæ per ſtatutum excluſæ, non tam pro deficiente habetur, quàm pro ablata, vt maſculis applicetur quaſi per tacitam ex ſtatuto adiudicationem. Eſt igitur conſequens vt filiæ renuntiatio fauore patris facta, ſicut inducit fauore patris vt filia fratribus partem in legitimæ computatione facere exiſtimetur, ita inducere debeat eodem fauore vt non faciat partem ſi id patri vtilius & fauorabilius videatur. Cur enim melior ſit conditio fratrum ex perſona ſororis quæ per renuntiationem omnino excluſa eſt, quàm ſi ea vel mortua eſſet, vel extranea, vel exheredata? At quid ſi filia
† quæ paternæ ſucceſſioni adeóque legitimæ renuntia- 14
uit, neque dotem, neque aliud quicquam à patre acceperit? Difficilius videtur vt partem faciat, quæ nec ad partem admittitur, nec quicquam in patris vicem conſecuta eſt. Sed tamen cùm renuntiatio iurata perinde valeat propter vim & autoritatem iuriſiurandi, vix eſt vt quicquam hac parte inter hos caſus interſit, quandoquidem vtraque in ſpecie id eſt, ſiue aliquid, ſiue nihil à patre acceperit filia vt renuntiaret, æquè excluditur ipſo iure à legitimæ petitione, & æquè renuntiatio tacitam habet conditionem ſi hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Itaque perinde æquum eſt, ſi iam hanc quæ renuntiauit in fauorem & commodum patris, facere partem, aut non facere, prout ipſi patri heredive eius commodiùs videatur. Illud ſanè intereſt quòd filia quæ nullo accepto renuntiauit faciliùs impetrare poteſt abſolutionem à iureiurando, quaſi, ſine cauſſa præſtito, itémque reſtitutionem in integrum ad reſcindendam renuntiationem ex cauſſa enormiſſimæ læſionis, quæ iuncta cum paterna reuerentia, &, vt noſtri loquuntur, cum metu reuerentiali inducit vim præſumptam & ſufficientem ad contractus reſciſſionem ex edicti capite, *De eo quod metus cauſſa*, vt noſtri tractant ad *l.* 1. *§. quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non dat.* Sed alius ille tractatus in ſequentem Decadem remittendus.

ERROR IX.

De portione filiæ quæ renuntiauit an adcreſcat heredi, an hereditati.

SVMMARIA.

1 *An portio filiæ quæ renuntiauit adcreſcat heredi, an hereditati.*
2 *Heredi adcreſcere ex Guid. Pap. & aliorum ſententia.*
3 *Veriùs hereditati, vt Senatus Sabaudiæ ſtatuit.*
4 *Quantum diſtent ſuperiores duæ opiniones.*
5 *Ratio ſententiæ num. 3. allatæ.*

PArtem quam fratribus facit filia † quæ 1
renuntiauit, & quæ non admittitur ad partem, iam diximus non adcreſcere fratribus, ſed patris lucro cedere, ſiue dotem filiæ aliquam dederit, ſiue nullam. Ea nimirum res pragmaticis errandi cauſſam præbuit, exiſti-
mantibus † defuncto patre adcreſcere illam heredi pa- 2
tris, vtpote qui in omnia patris iura ſuccedat, eiúſque perſonam repræſentet. Qua in ſententia eſt *Guido Papius Deciſ.* Nos verò cum melioris notæ interpretibus
dicimus † quod & Senatus noſter ſæpius pronuntiauit, 3
adcreſcere eam hereditati, non heredi. Quantum † au- 4
tem inter hæc diſtet, ex eo cognoſci poteſt, quòd ſi heres à patre inſtitutus hereditatem poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit, venit in fideicommiſſum ea quoque

que portio quaſi hereditaria, quæ tamen vtique non venirec ſi heredi, nó hereditati adcreuiſſe diceretur. Certū enim eſt, res heredis proprias etiam, quas ex iudicio & prouidentia teſtatoris habuerit, fideicommiſſo hereditatis non contineri, *l. coheredé 41. §. cum filia. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſi Titius ex parte 96. de legat. 3.* Ad-
5 creſcit † verò ea portio hereditati, quoniā, vt ſuperiore capite diximus, habetur pro deficiente, ideóque in hereditate reperitur, mortuo quandocunque patre. Nam ſi diceres haberi pro acquiſita patri ex quo tempore ſtipulatus eſt à filia renuntiante, conſequens fieret, vt non ſolùm ſibi, ſed etiam ſuo heredi ſtipulatus videretur. Paciſcentium namque & ſtipulantium omniū voluntas illa eſſe intelligitur vt non minùs heredibus ſuis quàm ſibi ipſis conſulant, vulg. *l. ſi pactum 9. 9. D. de probat.* Et verò cùm renuntiationes iſtæ, quemadmodum ſæpiùs inculcauimus, tacitam conditionem illam habeant, ſi hereditas, aut legitima portio deferatur, quia nec viuentis hereditas vlla eſt, nec in parentis viui bonis legitima aliqua liberis debetur, fieri nullomodo poteſt, vt ea portio quam alioqui filia citra renuntiationem habitura fuit, & quæ nulladum eſt, in rerum natura, patri quæſita videatur ex filiæ renuntiatione. Ergo nec ipſius heredi. Sed cùm renuntiatio vires habere incipiat eo ipſo inſtanti quo hereditas eſſe incipit, id eſt ſtatim atque pater defunctus eſt, non aliud poteſt dici quàm portionem ſiue hereditariam, ſiue legitimariam quæ eo quoque inſtanti deficere incipit, adcreſcere hereditati, & conſequenter in hereditatis reſtitutionem venire, licèt medio tempore acquiratur heredi, ſicut & hereditas ipſa. Nam illa medij temporis acquiſitio non impedit fideicommiſſum, imò confirmat cùm aditam & acquiſitam eſſe hereditatem neceſſe ſit vt ex fideicommiſſo reſtitui poſſit. Cæterùm in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione venit omne id quod aliquando fuit hereditatis, id eſt moriéte demum teſtatore *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S. C. Trebell.* Nec aliud erit tametſi ponas renuntiationem à filia factam eſſe fauore maſculorum, eoſdémque maſculos patri ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato heredes extitiſſe. Sicut enim non eſt in poteſtate patris, facere vt renuntiatio vires vllas habeat antequam deferatur hereditas aut ius legitimæ portionis petendæ, nec rurſū vt ea delatio fiat ſe viuo, ita nec facere poteſt, quin ea portio quæ ad filiam erat peruentura adcreſcat poſt mortem ſuam hereditati tanquàm deficiens. Præſertim cùm nec liberis ſuis etiam maſculis ſtipulari poſſit, niſi tanquam heredibus, quia ſiue iis ſe viuo dari ſtipuletur habens eos in poteſtate, ſibi ipſi ſtipulari intelligitur *l. dominus 39. & ſeq. l. eum qui 56. §. qui ſibi & D. de verb. oblig.* ſiue in id tempus quo erit mortuus conferat ſtipulationem, extraneis ſtipulari videtur, cùm eo tempore non ſit illos habiturus in poteſtate, non magis quàm ſi ſtipulationis tempore iam emancipati fuiſſent. Itaque ſtipulationem eo caſu impediret iuris regula quæ prohibet ne alter alteri quem in poteſtate non habeat, ſtipulari poſſit.

ERROR X.

De Trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati.

SVMMARIA.

1 *An ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere poſſit.*

2 *Pragmaticorum ſententia negans; ac quibus rationibus ab iis ſtabiliatur.*

3 *Sententia relata refutatio. & ſeqq. nu.*

4 *Legitima iure in perſona heredis cenſeri non poteſt portio illa, quam pro legitima habitura erat filia ſi non renuntiaſſet. & n. 6.*

5 *Ineptum eſſet quod pragmatici aiunt in duplicis quartæ detractione primum legitimam detrahendam eſſe, ne per Trebellianicam minuatur.*

QVod proximè diximus portionem legitimam filiæ quæ cum iureiurando renuntiauit adcreſcere hereditati non heredi, ideóque venire in fideicommiſſariæ hereditatis
reſtitutionem, nouam inducit quæſtionem apud pragmaticos, an ex portione, † ſicut ex reliqua hereditate 1
Trebellianicam deducere heres poſſit. Et ſubtiliores
pragmatici putant † non poſſe, moti hac vna ratione 2
quòd legitima portio nullum onus admittat ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus 32. Cod. de inoff. teſt.* Quidque ab onere Trebellianicæ ſicut & ab alio quolibet debeat eſſe immunis. Nam & ex hac cauſa, inquiunt, ſolitum eſt cùm de legitima & Trebellianica deducenda quæritur, à legitimæ deductione incipere, ne alioqui eueniat vt ea per Trebellianicam minuatur. Addunt pro confirmatione, legitimam quæ ex renuntiatione filiæ acquiritur patri, non alio iure penes patrem eiúſue heredem eſſe debere quàm quo eſſet penes filiam ipſam ſi renuntiatio nulla interueniſſet cùm ea ipſa portio ſit, maneátque penes heredem patris ex perſona filiæ, quæ & legitimam videtur conſecuta, præ-
ſertim ſi dotem pro legitima acceperit. Ego verò † 3
quænam iſtæ ſubtilitates ſint, planè non intelligo. Pri-
mùm enim nego eam portionem † de qua tractamus 4
quam pro legitima habitura erat filia ſi non renuntiaſſet, legitimam dici debere, aut legitimæ iure cenſeri in perſona heredis. Cùm ex contrario nihil niſi deficiens portio ſit, Deficiens, inquam, propter filiæ excluſionem inductam per renuntiationem, ac proinde quæ cum hereditate confuſa reperitur in hereditate tanquam hereditaria. Cui conſequens eſt, vt ſicuti hereditatem ſequitur in eo quod cum tota hereditate venit in reſtitutionem fideicommiſſi, ita Trebellianicæ deductionem pati debeat quam & reliqua hereditas tota patitur. Alioqui ſi legitimæ magis quàm hereditatis iure cenſeretur, negandum eſſet venire in fideicommiſſum, quando quidem certi iuris eſt non poſſe legitimam portionem grauari fideicommiſſo ſaltem poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. quoniam*, ſicut nec fideicommiſſo grauari ab adrogatore poteſt filius adoptiuus in ea portione quam ex Pij reſcripto in bonis adrogatoris habere debet *l. ſi adrogator 22. D. de adopt.* Deinde quod ad-
dunt in duplicis † quartæ detractione eum ordinem 5
ſeruari vt legitima primùm detrahatur, ne minui eam contingat per Trebellianicam, non modò falſum, ſed etiam ridiculum eſt. Eódem namque res recidit, nec plus minúſve penes filium grauatum remanet, ſiue hæc illa priore loco detrahatur. Finge hereditatem patris qui ducenta debebat, eſſe aureorum mille & ducentorum. Si legitimam primùm detrahas, cuius ratio ponenda eſt deducto priùs ære alieno, triens non niſi ex mille aureis conficiendus erit, conſtabitque ex trecentis triginta tribus aureis, & tertia parte aurei. Ex reliqua hereditate, quæ computato etiam ære alieno erit aureorum octingentorum ſexaginta ſex cum beſſe aurei, detrahes Trebellianicam, id eſt quartam partem conſtandam ex ducentis ſexdecim aureis cum dimidio & trigeſima ſecunda particula aurei. Sic aſſequeris vt filius grauatus retineat ex illa duplicis quartæ detractione aureos quingentos & quinquaginta. Ex quibus cùm teneatur ſoluere quartam partem æris alieni, id eſt, quinquaginta pro rata quadrantis Trebellianici, ſuperſunt quingenti duntaxat aurei quos ſibi habere poſſit.

Nunc

Nunc contra finge Trebellianicam priùs detrahi. Erit illa trecentorum aureorum cum onere tamen ſoluendi pro quarta parte æris alieni, id eſt ad quinquaginta vſque aureos. Ex nongentis reliquis detrahe legitimam, priùs deducendum erit quod ſupereſt æris alieni, id eſt, centum & quinquaginta aurei. Ita fiet vt ſuperſint duntaxat ſeptingenti quinquaginta aurei ex quibus legitima detrahi poſſit. Tertia verò pars eius ſummæ conſtat ex ducentis quinquaginta. Habebit ergo filius pro duplici quarta quingentos & quinquaginta aureos. Atqui iam monuimus debere illum pro quarta parte hereditatis, quam Trebellianicæ iure detrahit, paternis quoque creditoribus reſpondere, id eſt, ex ducentis quæ diximus eſſe in ære alieno quinquaginta ſoluere. Non igitur niſi quingentos aureos retinebit: qui ſuperioris calculi exitus fuit. Eôdem itaque, vt dictum eſt, res recidit. Sicut & quod magis mirum eſt, ſi tota hereditas cum ære alieno, & ipſius quoque æris alieni onus inter filium grauatum & fideicommiſſarium ex æquis partibus deuidatur; vt in propoſita ſpecie, finge hereditatem quam potuimus eſſe mille & ducentorum, diuidi æqualiter inter filium & fideicommiſſarium, habebit filius ſexcentos aureos, totidémque fideicommiſſarius. Soluto verò ex æquis quoque partibus ære alieno, quingentos aureos filius, totidem fideicommiſſarius
6 retinebit. Quod verò pragmatici addunt non alio † iure legitimam filiæ portionem penes heredem patris eſſe debere quàm quo futura eſſet penes filiam ſi non renuntiaſſet, iam ſatis à nobis refutatum eſt, cùm diximus non poſſe dici eam portionem legitimam cùm remanet penes heredem patris, quia nec legitima eſſe potuit quandiu pater vixit, nec legitimæ priuilegia nanciſci ex perſona filiæ, quæ ſcilicet eo ipſo inſtanti, quo legitima poſt mortem patris deferri cœpit, excluſa fuit ab eius petitione per renuntiationem vires ſuas eodem momento exerentem. Sed etſi aliquando ius habendæ legitimæ in perſona filiæ conſtitiſſet, confuſione tamen ſublatum extinctúmque videri deberet, ex quo ius filiæ in perſonam heredis confluxiſſet, quia cùm legitima non niſi ab herede deberi poſſit, fieri certè nequit vt eam ſibi idem ipſe debeat. Alioqui, vt dictum eſt, negandum eſſet venire eam portionem in fideicommiſſum non magis quàm ſi filia ipſa quæ nihil à patre niſi legitimam habuiſſet, de reſtituenda ea rogata fuiſſet. Et tamen venire eam in reſtitutionem fatentur etiam illi ipſi qui negant Trebellianicam ex ea deduci poſſe: neque verò de Trebellianica deducenda quærendum eſſet ſi in fideicommiſſum non veniret. Vt verò in fideicommiſſum veniat, illud facit quòd licèt heredi acquiratur ex perſona patris, in cuius fauorem facta fuit renuntiatio, habet tamen eam heres iure hereditario. Nam & ſi quid vni ex heredibus legatum ſit à teſtatore, dicimus eam partem quidem quam habet iure legati & à coherede non venire in reſtitutionem, ſed eam tamen venire quã habet à ſeipſo & iure hereditario *l. in fideicõmiſſaria* 18. §. *vlt. D. ad S.C. Trebel.* licèt in prælegato aliud ſit nulláque prælegati pars veniat in reſtitutionem, ex voluntate nimirum teſtatoris qui prælegando rem precipuam haberi & retineri iuſſit. Nihil enim tam contrarium eſt reſtitutioni, quàm retentio.

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimatertia.

ERROR PRIMVS.

De prateritione filia qua per renuntiationem excluſa eſt à legitima.

SVMMARIA.

1 *Prateritio filia per renuntiationem excluſa ex pragmaticorum ſententia, non vitiat teſtamentum.*
2 *Idémque iuris obtinere ex ſententia Clari, in filia per ſtatutum excluſa à iure petenda legitima fauore maſculorum.*
3 *Ratio vtriuſque pronuntiati ſuprà relati.*
4 *Prateritione filia excluſa per renuntiationem inualidari teſtamentum, contra pragmaticos.*
5 *Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem, ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur.*
6 *Delatio pracedit acquiſitionem & excluſionem.*
7 *Differentia inter delationem & acquiſitionem.*
8 *In ſuis heredibus renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionem, niſi eam qua fit per immixtionem.*
9 *Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntiauerit.*
10 *Quatenus noceat filia renuntiatio iurata patre viuo facta.*
11 *Filiam qua cum iureiurando renuntiauit, exheredata à pragmaticis non rectè comparari.*
12 *Imperitè à pragmaticis huiuſmodi filiam emancipata comparari, & emancipatam appellari.*
13 *Idem iuris obtinere in filia excluſa per ſtatutum, quod in filia excluſa per renuntiationem.*
14 *Teſtamentum in quo praterita eſt filia excluſa, non defendi aquitate Canonica & pratoria.*
15 *Quis ſit effectus eius quod dicitur, Teſtamentum patris ex huiuſmodi filia prateritione ipſo iure nullum eſſe.*
16 *Ex perſona filia praterita, ius eſſe fratribus, aut agnatis proximioribus dicendi nullum teſtamentum: & cur.*
17 *Caſus quo filia praterita, nec ipſa nullum teſtamentum dicere poteſt, nec ex eius perſona alij.*

Filiam † quæ per iuratam renuntiationem ex- 1
cluſa eſt non modò ab vniuerſali ſucceſſione, ſed etiam à petitione legitimæ vulgò creditum eſt ab interpretibus & pragmaticis impunè præteriri poſſe, id eſt, præteritionem eius non facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ſiue à patre qui eam habuit in poteſtate, ſiue à matre proponatur. Ita *Guid. Pap. quæſt.* 259. & 598. Idémque iu-
ris eſſe in filia † quæ per ſtatutum excluſa ſit à iu- 2
re petendæ legitimæ, fauore maſculorum defendit *Iulius Clarus*, clariſſimus inter Italos pragmaticus *libro tertio, ſentent.* §. *teſtamentum. quæſt.* 42. *verſ.* item quæro, ſiue inſtituti ſint maſculi ipſi, ſiue extranei hac
poteſſimùm ratione † quæ vtrique caſui communis 3
eſt, quòd ea perſona cui nõ debetur, legitima, impugnare

teſtamentum non poſſit : imò nec ea quæ excluſa eſt
à ſucceſſione inteſtati, propterea quòd iura veniendi
contra teſtamentum, communiter regulentur, vt ipſe
loquitur, à iuribus ſuccedendi ab inteſtato. Mihi verò
ſententia hæc ſemper diſplicuit, viſaque eſt labefactare
certam & euidentem iuris rationem : quæ proculdubio
4 non patitur † vt valeat teſtamentum in quo præterita
fuit filia, quæ non ſolùm teſtamenti quod ſufficeret,
ſed etiam mortis tempore manſit in poteſtate, ſiue ius
vetus inſpicias quod toto Pandectarum iure obtinuit,
l. inter cætera 90. *& tot. tit. de liber. & poſth.* ſiue no-
uam Iuſtiniani conſtitutionem quæ hoc amplius indu-
xit vt materni teſtamenti eadem hac parte ratio ſit quæ
paterni *Nouell.* 115. *vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud
quoque capitulum.* Nec quod filia per iuratam renuntia-
tionem excluſa ſit ab inteſtati ſucceſſione, ad rem facit.
Hîc enim illud repetendum eſt quod iam ſæpe monui-
mus, & probauimus in ſuperioribus, omnes huiuſmo-
5 di renuntiationes † tacitam perpetuò habere conditio-
nem illam, ſi quandoque hereditas aut legitima portio
deferetur, cùm fieri per rerum naturam nequeat, vt priùs
quis dici poſſit excluſus ab aliquo iure adquirendo
6 quàm ius illud delatum ſit. Delatio † enim ſicut om-
nimodo præcedit adquiſitionem *l. delata* 151. *D. de
verb. ſignif.* ita & excluſionem vt præcedat neceſſe eſt.
Excluſionem namque cùm dicimus, excluſionem ac-
quiſitionis intelligimus, non delationis. Nimirum quia
7 delatio † fit ſola legis poteſtate, acquiſitio autem præ-
terquàm in ſuis heredibus ſola hominis voluntate: non
poteſt autem renuntiatio quæ hominis eſt, facere quo-
minùs leges locum habeant, ſed tantùm id impedire
quod lex poſtquam effectum ſortita eſt in deferenda
ſucceſſione, relictum vult in poteſtate illius cui ius de-
tulit, id eſt quod ad acquiſitionem pertinet, non quod
ad delationem. Sed & cùm in ſuis heredibus idem in-
ſtans ſit delationis & acquiſitionis, imò nec hereditas
vlla eſſe intelligatur. *l. in ſuis* 11. *de liber. poſth.* quia
ipſo iure ſunt ſui heredes licèt poſſint abſtinere *l.* 1. *§.
qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſ. cau. teſtam.* adeóque
licèt abſtinuerint *l. generaliter* 30. *§. ſed etſi ſuus D. de
fideic. libert.* Planè conſequens eſt vt ſicuti renuntiatio
8 † non impedit relationem à lege faciendam filiæ quæ
mortis tempore erit in poteſtate, ita nec impediat ac-
quiſitionem illam quæ mero iure ciuili concomitatur
neceſſariò delationem, ſed eam tantùm quæ ex filiæ ar-
bitrio pendet, id eſt, quæ fit per immixtionem, cui con-
traria eſt abſtentio. Ergo quemadmodum non dicitur
eſſe ſine herede qui ſuum heredem habet quamuis ſe
abſtinentem *d. §. ſed etſi ſuus.* Ita nec eo minus dicenda
9 eſt filia † ſua heres patri, quòd viuo adhuc eo futuræ
ſucceſſioni renuntiauerit, ſed perinde habenda quod ad
acquiſitionem illam quæ fit ipſa etiam inuita ex ſola
iuris ciuilis autoritate acſi non renuntiaſſet: at mortuo
demum patre duntaxat abſtinuiſſet. Ex quo fit conſe-
quens non poſſe ea præterita ſubſiſtere teſtamentum.
Sed ex eiuſdem iuris regulis ſui heredis præteritione
nullum & iniuſtum eſſe. Nihilne ergo, inquies, nocebit
filiæ renuntiatio quæ viuo adhuc patre facta iam tum
10 valuit propter iuriſiurandi autoritatem? Imò nocebit †
hactenus vt vim habeat vtilis abſtentionis, quę alioqui
& citra iuſiurandum vtilis eſſe non poſſet tanquam
præmaturè facta & contra ius publicum, id eſt, contra
leges, quæ non patiuntur vt priuatorum pactionibus
vllomodo impediantur quominùs vires ſuas exercere
ſuo loco & tempore poſſint, *l. ius agnationis* 34. *l. inter
debitorem* 42. *D. de pact. leg. quod bonis* 15. *§.* 1. *D. ad leg.
11 falcid.* Ex eóque apparet quàm † malè noſtri filiam quæ
cum iureiurando renuntiauit paternæ ſucceſſioni, com-
parent exheredatæ. Nam exheredatio vbi ſemel per adi-
tionem hereditatis confirmata eſt, adeò filiam exhere-
datam excludit, vt verè dici poſſit nullo inſtanti delatam
ei fuiſſe patris ſucceſſionem, licèt non eo minùs verum
ſit quod nos probauimus *lib. 9. Coniect. c. vlt.* ſola exhere-
datione non perimi ius ſuitatis. At renuntiatio tametſi
iurata & propter iuſiurandum vtilis, non obſtat quo-
minus patre mortuo deferatur ſucceſſio ipſi filiæ, quæ
renuntiauit, ſed potiùs vt ob hoc ipſum excludatur fi-
lia per renuntiationem à iure, quod alioqui haberet ſe
immiſcendi ab inteſtato, quòd renuntiauit: quia ſi num-
quam fuiſſet ei delata ſucceſſio, quod contigiſſet ſi aut
ante patrem mortua, aut à patre ex iuſtis cauſſis exhere-
data extitiſſet, rectè diceremus nullo vnquam tempo-
re nocuiſſe ipſi renuntiationem, quandoquidem etiamſi
non renuntiaſſet, tamen excluſa fuiſſet non tantùm à
iure acquirendæ per immixtionem ſucceſſionis, ſed etiã
ab ipſo iure ſuccedendi per mortem aut exheredatio-
nem. Faciunt autem longè imperitiùs pragmatici illi
† qui filiam hanc quæ renuntiauit non modò emanci- 12
patæ comparant, ſed etiam vulgo emancipatam appel-
lant, quaſi non plus iuris habeat in paterna ſucceſſio-
ne, quàm ſi à viuo patre emancipata proponeretur. Ne-
mo enim dixerit huiuſmodi renuntiatione tolli ius po-
teſtatis paternæ, quæ nec iuſtis filiæ nuptiis extingui-
tur, *l.* 1. *§. vlt. D. de liber. exhib. l. vlt. D. de agnoſc. &
alend. liber.* quam tamen certum eſt tolli emancipatione
l. verum 8. *§.* 1. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.*
De cuius ſententia ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 15.
Proinde non ſicut filiæ quæ renuntiauit cum iuramen-
to, deferetur nihilominus paterna ſucceſſio ab inteſtato
iure ſuitatis, quod ex patriæ poteſtatis iure proficiſci-
tur (neque enim magis facere filia poteſt ne inuita patri
ſuccedat, quàm ne ſit in eius poteſtate) ita & de filia
emancipata dici poteſt deferri ei paternam ſucceſſionem
ipſo iure, cùm ſi ius ciuile inſpicias, habeatur omnino
pro extranea. Etſi verò nouiſſima Iuſtiniani lege cau-
tum eſt vt ſublata ſuitatis, & emancipationis differentia,
emancipati ſimul cum ſuis ſuccedant, non tamen fecit
Iuſtinianus, nec verò facere potuit vt emancipati ſint
etiam inuiti heredes patri ipſo iure quomodo eſſent ſi
numquam exiiſſent de poteſtate: ſed tantùm vt poſſint
ab inteſtato heredes eſſe ſi velint aditione ſcilicet pa-
ternæ hereditatis, non vt ſui heredes ſola retentione *l. ſi
patronus* 12. *§. vlt. D. de bon. libert.* nec aliud † iuris eſt 13
in filia quæ per ſtatutum excluditur à patris ſucceſſio-
ne, adeóque à legitima, ob fauorem maſculorum. Nam
& excluſio illa quæ fit per ſtatutum eandem conditio-
nem tacitam recipit, quam excluſio quæ fit per iuratam
renuntiationem, illam nimirum, ſi hereditas deferetur,
eadem ſcilicet iuris ratione id euincente. Neque enim
fieri poteſt vt maior & potentior ſit vis ſtatuti ad filiam
excludendam, quàm iuratæ renuntiationis, nec magis
poteſt per ſtatutum quàm per iuſiurandum fieri poſſi-
bile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, cuiuſmo-
di certè illud eſt vt excluſio præcedat delationem. Vtro-
que igitur caſu concludendũ eſt præteritionem filiæ in
poteſtate ſiue per renuntiationem, ſiue per ſtatutum ex-
cluſa ſit, ſiue ab vniuerſali tantùm ſucceſſione, ſiue, vt
pragmatici diſtinguunt, etiam à legitima teſtamentum,
ipſo iure nullum eſſe. Idque tam euidens eſt, vt nec de-
ſint ex pragmaticis qui id agnoſcant & fateantur, ſed
ita tamen vt ex æquitate canonica, & prætoria teſtamen-
tum defendi velint. Omninò ridiculè. Nunquam † 14
enim teſtamentum quod iure ciuili nullum eſt, iure prę-
torio defenditur, vt dicemus inf. cap. 3. Atqui, inquies,
iam diximus, & in confeſſo eſt huiuſmodi renuntiatio-
nes iuratas valere iure pontificio propter autoritatem &
vinculum iuriſiurandi, earúmque poteſtate fieri vt quo
inſtanti defertur per legem ius ſuccedendi, aut peten-
dæ legitimæ portionis, ſuccedat vis & poteſtas renun-
tiationis quæ filiam excludat, aliíſque ſiue in eodem,
ſiue in remotiore gradu conſtitutis agnatis viam ſuc-
ceſſionis patefaciat. Quis igitur effectus erit eius quod
dicimus teſtamentum patris ex huius filiæ præteritio-
ne ipſo iure nullum eſſe? Reſpondeo † quàm maximũ
effectum

effectum eſſe, non quidem ratione ipſius filiæ quæ ſanè per renuntiationem aut ſtatutum excluditur à ſucceſſione inteſtati, licèt patrem faciat inteſtatum, ſed ratione heredum, ſiue inſtitutorum ſiue legitimorum. Finge inſtitutum extraneum, aut agnatum remotiorem qui ab inteſtato rem habere non poſſit. Excluſio filiæ non impediet quominus teſtatore propter ſubtilitatem iuris & caſus neceſſitatem exitum inteſtati faciente, hereditas ſcripto heredi per legẽ eripiatur, agnatóque proximo deferatur. Finge inſtitutos eo teſtamento alios liberos teſtatoris, ſed ex diſparibus portionibus. Præteritio filiæ quę nullum ipſi lucrum adferre poteſt, proderit fratribus qui fuerant ex minore portione inſtituti, vt cum cæteris quos pater magis dilexerat, in æquas partes vocentur ab inteſtato. Neque enim nouum eſt vt ex perſona filiæ præteritæ plus iuris habeant fratres cæteri, quàm filia ipſa. Nam & idem contingeret ſi nullum & iniuſtum teſtamentum filia præterita expreſſo conſenſu poſt patris mortem comprobaſſet, quia non noceret ea adprobatio cæteris quominus aut ab inteſtato ſuccedere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, ſi mallent, poſſent, *lege ſi duo 16. de legat. præſt. l. ſi duobus 14. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Dices, ſi ſubtiliter agere voles, eo demum caſu poſſe alios fratres ex perſona præteriti aut teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quò præteritus ipſe ius aliquando habuerit, aut nullum dicendi teſtamentum, aut petendæ contra tabulas poſſeſſionis, in propoſito autem nullum inſtans eſſe, quo filia præterita, quæ per iuratam renuntiationem, aut per ſtatutum excluſa eſt, poſſit dicere nullum teſtamentum patris, ſiquidem, vt diximus, eodem inſtanti fit vt & ſucceſſio filiæ deferatur, & ipſa excluſionis poteſtate ſuccedere prohibeatur, *arg. l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. & l. quoties 14. §. 1. de nouat. l. ſub conditione 16. D. de ſolut.* Ita ſanè eſt: nec à nobis vllus iuris locus quærendus eſt quo errorem illum interpretum, quem nos refellimus, conuincamus. Fuit enim toti iuriſprudentiæ incognitum, & inauditum ius illud quo vtimur, vt valeret pactio quantumlibet iurata, per quam filia viuo adhuc patre ab ipſius quandocunque morituri ſucceſſione excluderetur. Hoc enim iure primùm pontificio inductum eſt ſola iuriſiurandi veneratione contra iuris ciuilis rationem. Sed tamen ea ipſa iuris ratio quę etiamnum ſupereſt, cogit omnino, vt fateri neceſſe ſit quod volu-
16 mus, ex perſona † filiæ præteritæ ius eſſe fratribus, aut poſt fratres agnatis proximioribus dicendi nullum teſtamentum, licet filia ipſa præterita nullo tempore ius illud habuiſſe videri poſſit. Nempe quia re ipſa verum eſt nec minùs tacente filia quàm ſi conquereretur, nullius momenti eſſe teſtamentum propter ſui heredis præteritionem, adeò vt nec in filiæ poteſtate ſit, facere ne teſtamentum ſit nullum, non magis quàm vt in patris teſtamento leges locum non habeant. Nam ſi eo quoque caſu, quo in filiæ poteſtate eſt iuri ſuo renuntiare, id eſt poſt mortem patris facta expreſſim teſtamenti iniuſti adprobatione, nihilominus teſtamentum iniuſtum manet, locúſque fit ſucceſſioni inteſtati commodo aliorum fratrum etiam inſtitutorum, aut poſt fratres agnatorum proximiorum, quibus ſcilicet ius ſemel quæſitum eſt, ex perſona quidem, ſed non ex voluntate filiæ præteritæ, at ſola meri iuris ciuilis poteſtate, quanto magis idem admittendum eſt, illo etiam caſu de quo agimus, id eſt, quo filia præterita iuri ſuo renuntiauit eo tempore quo renuntiare vtiliter non potuit, ſcilicet viuo adhuc patre? Nam ſi dicas captioſam eſſe ratiocinationem, quia iuſiurandi autoritas faciat vt iam inde à quo tempore facta fuit renuntiatio, vtilis fuerit ad filiam quandoque excludendam. Iam reſpondi ſæpius, valuiſſe quidem ab initio renuntiationem, quoniam alioqui non poſſet ex poſtfacto conualeſcere, ſed vim eius ſuſpenſam manſiſſe propter tacitam conditionem in id vſque tempus quo ſucceſſio deferretur, hoc eſt, quo pater vita functus eſſet: quo tamen inſtanti non poteſt fieri delatio quin teſtamentum quod reuera nullum eſt pro nullo etiam habeatur. Non enim ex teſtamento deferri poteſt filiæ quæ ipſo teſtamento præterita eſt. Ab inteſtato verò multò minùs ſi teſtamentum ipſo iure valet. Atqui non poteſt effectum habere renuntiatio, quin ipſi filiæ quæ renuntiauit ſucceſſio deferatur. Tantum igitur abeſt vt renuntiatio impediat, ne teſtamentum ipſo iure ſit nullum, vt ex contrario non aliter filiæ nocere poſſit quàm ſi teſtator ad inteſtati cauſſam deducatur, vt legitima ab inteſtato ſucceſſio, cui ſoli renuntiaſſe filia intelligitur, deferri filiæ poſſit. Si teſtamentum in quo filia præterita eſt, non ipſo iure nullum eſſet, ſed tantùm, vt ita loquar, annullandum, filia ipſa conquerente, fateret nihil iuris habituram filiam quæ renuntiaſſet, neque ex eius perſona cæteros qui ab inteſtato heredes eſſe vellent. Eóque demum caſu obtinerent ea quæ ſuprà ex pragmaticorum ſchola obiecimus, ius impugnandi teſtamenti regulandum eſſe ex iure legitimæ ſucceſſionis: & eum qui ab inteſtati ſucceſſione adeóque à legitima excluſus ſit, impugnare teſtamentum non poſſe, ſed cùm ipſo iure nullum ſit, non ſolùm accedente & concurrente filiæ voluntate, ſed etiamſi maximè teſtamentum valere velit, conſequens eſt vt eius approbatio ſiue viuo adhuc patre per iuratã renuntiationem facta ſit, ſiue poſt mortem patris non noceat cæteris quominùs ab inteſtato ſuccedant, adeóque ſint ſui & inuiti heredes, ſaluo beneficio abſtentionis, ſi proponas eſſe filios qui in patris morientis fuerint poteſtate. Poteſt autem exemplo fieri hoc illuſtrius. Finge † præteritam à patre filiam emancipa- 17
tam & inſtitutos ex inæqualibus portionibus alios fratres ſiue in poteſtate, ſiue emancipatos. Conſtat teſtamentum non eſſe nullum ipſo iure, ſed tantùm reſcindi iure prætorio poſſe petita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Si poneres filiam hanc aliunde à paterna ſucceſſione excluſam, puta per ſtatutum, aut per iuratam renuntiationem, admitterem hactenus iuri prætorio per conſtitutionem Pontificiam fuiſſe derogatum (nam & ſola Pontificiæ conſtitutionis authoritas defendere poteſt ea ſtatuta per quæ filia patri ſuccedere prohibetur, ducto ſcilicet argumento à poteſtate pacti ad poteſtatem ſtatuti) vt ex perſona filiæ præteritæ non committeretur edictum, nec cæteri fratres, ſiue inſtituti, ſiue exheredati bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſent, quia verum eſſet dicere numquam ius illud petendæ contra tabulas poſſeſſionis, filiæ huic competiiſſe: abſurdum namque foret plus iuris habere cæteros ex filiæ perſona, quàm habere filia ipſa vnquam potuerit. Sed ſi ponas filiã illam præteritã non emancipatã fuiſſe, ſed in poteſtate, quæ ſpecies eſt à nobis nunc tractata, aliud planè dicendum eſſe contendam, quia teſtamentum hoc caſu ipſo iure nullum eſt etiam inuita filia, nec neceſſe eſt ad faciendum nullum, vt filia nullum eſſe dicat, aut alius quiſquam ex perſona filiæ quomodo neceſſe eſt vt bonorum poſſeſſio contra tabulas petatur ad reſcindendum teſtamentum quod ipſo iure tenet. Ideóque ſola iuris poteſtas quæ nullum efficit, ſufficit etiam vt ex perſona magis quàm ex iure filiæ quantumlibet excluſæ teſtamentum nullum ſit: taléque maneat, vt quiſquis ab inteſtato proximior eſt perinde ſuccedat ſiue ſui ſiue extranei heredis iure, ac ſi nullum omnino teſtamentum factum eſſet.

ERROR II.

Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtituta ſit.

SVMMARIA.

1 *An ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtitutam eſſe, ne præterita videatur.*
2 *Pragmaticorum ſententia.*
3 *Inſtitutionem huiuſmodi filiæ in dote non valere, nec efficere quin præterita dici debeat contra pragmaticos.*
4 *Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt.*
5 *Caſus quo non verè, ſed quaſi patrimonium filiæ dos habetur.*
6 *Dos eſt in bonis mariti: mulieris quoque eſſe intelligitur.*
7 *In libris iuris nuſquam reperitur filia in dote inſtituta.*
8 *Prima Accurſij ratio qua vult probare dotem proprium filiæ patrimonium non eſſe, ideóque in ea inſtitui poſſe refertur & refellitur.*
9 *Secunda ratio Accurſij petita ab eo quod in legitima filia inſtitui poſſit, per diſtinctionem inter legitimam & dotem tollitur.*
10 *Si pater ſecurè teſtari velit, inſtituendam eſſe filiam, aut in legitima, aut in alia quapiam re.*

AT quoniam vix euenit vt filia quæ in poteſtate eſt, renuntiet futuræ patris ſucceſſioni, præſertim cum iureiurando, niſi in tabulis dotalibus, & proinde accepta dote, dubitari
1 poteſt an † ſufficiat filiam in ea dote inſtitutam eſſe ne præterita videatur. Ad quam dubitationem pragmatici
2 † reſpondent, trepidè tamen, vt ſolent, poſſe eam inſtitutionem ſufficere ſed meliùs & cautiùs factum patrem ſi filiam non modò in dote, ſed prætereà in aliqua quantumuis exigua pecuniæ quantitate inſtituat, ne quis dubitationi locus relinquatur, vt concludit *Iul.*
3 *Clar. lib. 3. Sentent. §. teſtamentum. quæſt. 44.* Ego † contrà, omnia quantum per ingenioli mei tenuitatem facere poſſum ex vera iuris ratione æſtimans intrepidè defendo, inſtitutionem hanc filiæ in dote ſua non valere, nec proinde facere poſſe quin præterita filia dici debeat, acſi nullomodo fuiſſet inſtituta. Præteritam enim cùm dicimus, non eam intelligimus cuius mentionem nullam teſtator fecerit, ſed quæ non, ſicut oportet, inſtituta fuit aut exheredata, licet teſtamento nominata ſit adeóque ſubſtituta. Quomodo cautum erat olim, vt non aliter præteriri poſſet filia poſthuma quàm ſi ei legatum eſſet, ne per obliuionem magis quàm conſultò præterita videretur. *§. 1. Inſtit. de exh. liber.* Hanc autem, quæ in ſua dote inſtituta eſt, nego vtiliter inſtitutam eſſe, quia in re propria non in ea quæ teſtatoris fuit, inſtituta eſt. Lex enim duodecim tabularum patrifamilias dedit quidem teſtandi facultatem, ſed de re pecuniáve ſua, non de aliena, *l. verbis legis 120. de verbor ſignific.* In propoſita † verò ſpecie inſtitutam
4 eſſe filiam in re propria, non in ea quæ fuerit teſtatoris, euidenter apparet ex eo quòd dos filiæ promiſſa, nedum data proprium ipſius filiæ patrimonium eſt *l. 3. § ſed vtrum. D. de minor.* & à bonis patris abſceſſiſſe intelligitur *l. 1. §. vl. l. vl. D. de dot. coll.* ac in ære alieno computatur *l. pater filiam 14 D. ad legem falcid. l. pater filia 70. D. de euict.* Nec eſt quod cum Accurſio ad *d. § ſed vtrum* dicas dotem eſſe quaſi patrimonium filiæ ex *l. in eum 16. D. de relig. & ſumptib. funer.* Verè enim patrimonium eſt non quaſi præterquàm vno caſu †, ſi filia quæ in poteſtate eſt, aut emancipata: nihil 5
enim hac parte refert decedat viuo patre: quo caſu cùm dos ad patrem reuertatur quæ à patre profecta eſt, licèt non tam ex iuris ratione quam contra iuris rationem intuitu commiſerationis, & pietatis, ne pater & amiſſæ filiæ & pecuniæ damnum ſentiat, vt ait *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.* non poteſt dici filiam abſolutè dotem habuiſſe in patrimonio patre viuo, ad cúmque caſum accommodanda eſt *dicta lex, in eum.* Sed & ex ea cauſſa dicimus intereſſe patris vt filia dotem habeat, licèt ea ſpes dotis ad patrem reuerſuræ per mortem filiæ, ſit malè ominoſa *d. leg. pater filia.* At non inde fit vt perinde dos ſit patris atque eſt filiæ, vt ait *lex cùm dos 7. D. de pact. dotal.* Re vera enim eſt filiæ quamuis euenire poſſit vt ad patrem reuertatur. Et verò nullum ius patri in ea dote competere quandiu filia viuit, ex eo colligi poteſt quòd toto eo tempore quo filia non ſolùm viuit, ſed etiam in matrimonio eſt, dos † in mariti bonis & dominio eſt, *§. Inſtit. quib. alien. licet vel non. leg. dote 6. Codice de rei vindic.* 6
tametſi propter caſum reſtitutionis ſoluto matrimonio faciendæ, mulieris quoque eſſe intelligatur, *lege, quamuis 75. D. de iur. dot. leg. in rebus 30. Codice eodem.* Itaque interpoſitum ius mariti facit ne pater dotem filiæ poſſit ſuam dicere iure patriæ poteſtatis, quia neque ſic poteſt fieri dotis datio, vt dotem pater det filiæ, ſed marito dari eam tradique oportet, filiæ tamen nomine *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciſcund.* Vnde illud etiam fieret ſi plus hic poſſet ratio iuris quàm miſerationis, vt defuncta ſine liberis in matrimonio filiafamiliàs, dos quantumuis à patre profecta non minùs mariti lucro cederet quam aduentitia, de cuius reſtitutione pactio nulla interueniſſet: quoniam vtroque caſu æquè aptus & habilis eſt iure ciuili titulus dotis ad transferendum dominium in maritum: quippe cui nec alio animo & voto dos datur quàm vt penes eum perpetuò remaneat, *leg. 1. D. de iur. dot.* vt pluribus ſcripſimus *libro 13. Coniecturarum.* Quod cùm ita ſit, ferè eſt vt filia quæ à patre in dote ſua inſtituta eſt, in re & bonis mariti ſui inſtituta videatur. Quis ergo admittat eam inſtitutionem valere, & efficere debere ne filia ſic inſtituta præteritam ſe conqueri poſſit? Et verò cùm tot in libris noſtris loci ſint, in quibus tractatur de liberis aut inſtitutis, aut inſtituendis, nuſquam tamen reperias filiam † in dote ſua inſti- 7
tutam. Reperias ſanè filiam exheredatam etiam cui dos à patre data eſſet, vt in *lege Nihil intereſt 12. D. de inoffic. teſtam.* Nec me mouent rationes illæ quibus pragmatici poſt Accurſium mouentur vt contra ſentiant, quòd inquiunt, dos † à patre data & ex bonis 8
patris profecta in quartam imputatur, *lege quoniam Nouella 29. Codice de inoff. teſtam.* & à filia cum fratribus ſuccedente tam ex teſtamento quàm ab inteſtato conferatur. *Authent. ex teſtamento. Codice de collat.* Non enim recta conſecutio eſt ſi quis ex eo inferat, Dotem igitur proprium filiæ patrimonium non eſſe: ſiquidem ad inducendam imputationem & collationem ſufficit quòd profecta ſit dos ex bonis & ſubſtantia patris, quódque eam habuerit filia tanquam filia, non habitura ſi extranea fuiſſet, licet nihil amplius iuris in ea re patri ſuperſit. Quare nec aliud erit etiamſi ponas inter patrem & maritum præſente filia conueniſſe, vt nullo caſu dos ad patrem reuerteretur. Semper enim verum eſt ob cauſſam datæ dotis minùs in hereditate patris reperiri quàm ſi dos nulla data eſſet, ideóque ſi dos non imputaretur, aut non conferretur, iniuria fieret cæteris fratribus, qui dote nulla conſtituta tanto locupletiorem nunc haberent patris hereditatem. Nec ſanè ratio vlla æquitatis patitur vt filia quæ dotē à viuo patre accepit habeat eā præcipuā poſt mortē patris:

patris : ſatiſque ei eſſe debet quòd totius eius tempo-
ris quo pater vixit fructus in lucro habeat, ſi tamen
mulieris lucro imputandum eſt quod maritus ſuo iure
percepit, & in onera matrimonij impendit. Minùs ad
9 rem pertinet alia ratio illa Accurſij † quòd poſſit filius
inſtitui in legitima quamuis legitimam ipſi relinqui
neceſſe ſit. Larga enim differentia eſt inter legitimam, &
dotem. Legitima namque portio non eſt in bonis filij
ne quidem ſpe, niſi prorſus improba, quandiu pater vi-
uit: ideóque, nec mirum eſt ſi in legitima filius inſtitui
poſſit à patre, licèt eam pater filio ex legibus etiam in-
uitus relinquere cogatur. At dos eſt in bonis filiæ, pro-
priúmque vt diximus ipſius patrimonium etiam viuo
patre, & quamuis imputetur in legitimam, tamen ne-
que legitima eſt, neque legitimæ loco cedit, vt probaui-
10 mus *Decade ſuperiore*. Igitur ſi pater † qui filiæ nuben-
ti dotem dedit vt futuræ ſucceſſionis renuntiationem
iuratam ab ea extorqueret, ſecurè teſtari volet, neceſſe
habet vt filiam inſtituat in legitima aut in certa aliqua
re aut pecuniæ quantitate pro iuribus legitimæ. Sic
enim fiet vt neque præteritam ſe poſſit dicere filia, quá
vel in vno numo inſtitutam eſſe ſufficeret ad implen-
dam teſtamenti ſolennitatem, neque agere ad ſupple-
mentum quaſi minus legitima ei datum ſit, ſi dote in le-
gitimam, ſicuti fieri debet, imputata tantùm ex bonis
patris habere compenſatur, quantum ad explendam le-
gitimam ſit ſatis.

ERROR III.

De teſtamento quod per præteritionem nullum eſt, ex æquitate prætoria defendendo.

SVMMARIA:

1 *Teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit, etiam ſi filius viuo patre moriatur.*

2 *Qua ratione moueantur quidam vt huiuſmodi teſtamentum iure prætorio valere putent.*

3 *Opinionem eorum qui valere negant eſſe veriorem.*

4 *Autores poſterioris ſententiæ non rectè reſpondere ad rationem pro priori allatam.*

5 *Vera reſponſio ad d. rationem, qua docetur quæ & quatenus contra huiuſmodi teſtamentum detur bonorum poſſeſſio.*

6 *Huiuſmodi teſtamentum non conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſo, ſiue tacito conſenſu, contra interpp. & pragmat.*

7 *Vera ſententia l. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt.*

8 *Exploditur error pragmaticorum & interpretum iuris ſtatuentium nihil referre an in d. teſtamento probato inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei.*

9 *Quàm abſonus ſit alius pragmat. & interpp. error, cùm iis placet valere teſtamentum ex æquitate prætoria, ſi filius ante conditum teſtamentum, vel in ipſo actu teſtamenti conſenſerit præteritioni.*

10 *Quanta ſit prætoris poteſtas.*

11 *Quando filius teſtamentariam patris voluntatem adprobare poſſit.*

12 *In quo conſiſtat vis legum quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur.*

13 *Si poſtumus præteritus viuo patre natus deceſſerit, ſecundùm tabulas dari poterit bonorum poſſeſſio.*

TEſtamentum † in quo præteritus eſt fi- 1
lius qui teſtamenti tempore fuit in pote-
ſtate, nullius planè momenti eſt iure ciui-
li, nec ſi filius ille præteritus viuo patre
moriatur, conualeſcit quod ab initio non
conſtitit, *l. ſi filius 7. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Quidam
dubitant, an valeat iure prætorio, & putant † valere pro- 2
pterea quod contra eiuſmodi tabulas dari ſoleat bono-
rum poſſeſſio quæ fruſtrà daretur, ſi tabulæ eo ipſo iure
non valerent. Contraria tamen ſententia verior eſt, & 3
ab interpretibus quoque ac pragmaticis magis commu-
niter probata teſtante *Iulio Claro lib. 3. ſent. in §. teſtamẽ-
ti quæſt.* 43. Nec ignorant vſque adeò nullum eſſe teſta-
mentum vt etiam tacente filio & non conquerente, ni-
hilominus nullum & iniuſtum habeatur. Sed non ſatis
bene meo iudicio reſpondent † ad obiectionem illam 4
quam diximus fieri poſſe ex iure quod filio præterito
adeóque cæteris liberis etiam inſtitutis, prætor dedit,
petendæ contra eiuſmodi tabulas bonorum poſſeſſio-
nis. Aiunt enim illam bonorum poſſeſſionem contra
tabulas dari ad declarandum teſtamẽtum nullum potiùs
quàm ad illud reſcindendum: aut ſi ad reſcindendũ, re-
ſcindi teſtamentum de facto quatenus de facto proceſ-
ſit. Nam ſi nihil aliud habeas quod reſpondere poſſis,
perinde inferam, ſi tabulæ ideò nullæ ſint quòd non ſe-
ptem teſtium ſignis ſint ſignatæ, dicendum eſſe compe-
tituram æquè cõtra eas bonorum poſſeſſionem, vt nul-
læ declarentur: quod tamen cõſtat eſſe falſiſſimum, quia
eiuſmodi tabulas ſeptem teſtium ſignis non ſignatas
certum eſt vſque adeo nullas eſſe, vt tabularum nomen
non mereantur. Tabulas porrò aliquas eſſe neceſſe eſt vt
vel ſecundum eas vel contra eas peti poſſit bonorum
poſſeſſio Reſpondere debuerunt pragmatici, nullas † 5
quidem eſſe tabulas in quibus præteritus eſt aliquis ex
liberis qui fuerunt in poteſtate, nec minùs prætorio
quàm ciuili iure, quandoquidem ex iis non magis peti
poteſt bonorũ poſſeſſio quæ cum re & effectu ſit, quàm
hereditas adiri: Sed tamen poſſe contra eas peti bonorũ
poſſeſſionem contra tabulas, quoniam datur illa contra
lignum, non contra heredem vel bonorum poſſeſſorem.
Et vt competat, ſufficit tales eſſe tabulas vt ex iis aliquo
caſu potuerit adiri hereditas, aut peti bonorum poſſeſ-
ſio, licèt poſteà neutrum ſecutum ſit vel ſequi potuerit,
vt eleganter, quamquam ſatis obſcurè ſcriptum eſt in *l.
quod vulgò 19. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* In propoſito
autem ſi tabulæ quæ propter ſui heredis præteritionem
nullæ ſunt, ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, certum eſt
dari poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas
(nihil enim aliud prætor exigit niſi vt ſeptem teſtium
ſigna interuenerint, *l. 1. de bon. poſ. ſec. tab.*) quæ etſi fu-
tura eſt ſine re & effectu ſi filius præteritus iure ſuo vti &
hereditatem euincere volet, ſufficit tamen ad hoc vt lo-
cum facere poſſit petendæ bonorum poſſeſſioni contra
tabulas Quod non ſimiliter contingeret ſi minùs quàm
ſeptem teſtium ſigna in tabulis extarent. Neque enim
ex iis tabulis bonorum poſſeſſio dari poſſet ne quidem
ſine re, nec proinde fieri vllo modo poteſt vt contra
eas aliqua detur, vt pluribus à nobis tractatum & ex-
plicatum eſt (locus enim ſanè ſuperobſcurus & diffi-
cilis eſt) *lib. 1. Cont. c. 19. & lib. 6. c. 14.* illud ſanè ab
interpretibus & pragmaticis omnibus malè traditũ cre-
ditumq; eſt, teſtamentũ † in quo filius in poteſtate fuit 6
præteritus, conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus ad-
probet iudiciũ patris ſiue expreſſo ſiue tacito cõſenſu, ex
l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. Inau-
ditum. n. eſt, & à iuris principiis prorſus alienũ vt teſta-
mẽtũ quod ab initio omni iure nullũ eſt, poſteà iure ali-
quo cõualeſcat. Longéq; alia Papiniani ſentẽtia † eſt in *d.* 7
l. filio præterito, quàm eſſe exiſtimetur, illa nimirũ vt filio
præterito adprobãte iudicia patris fratres inſtituti perin-
de teneantur præſtare legata & fideicõmiſſa acſi teſtamẽ-
tũ valeret, ſed tamẽ ab inteſtato nõ ex teſtamẽto, cùm tã-

tandem ab inteſtato habeant quantum ex teſtamento
fuerant habituri, de quo etiam latè ſcripſimus *dict. cap.*
14 *lib. 9. Coniect.* Vbi prætereà refutauimus alium erro-
rem pragmaticorum & interpretum exiſtimantium,
quod & Clarus probat ſupradicto loco, nihil intereſſe
8 † an in eo teſtamento quòd à filio præterito adproba-
tum eſt inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extra-
nei. Quomodo enim fieri poteſt vt ab inteſtato heredi-
tatem retineant, & ad legatorum ac fideicommiſſorum
præſtationem obligentur heredes extranei, qui inteſtati
ſucceſſores eſſe non poſſunt. Itaque non ſine cauſſa
tractat Papinianus de ſuis heredibus inſtitutis, iis ver-
bis *ſi partem fratribus non auocauit*. Sed illud multò ine-
9 ptius eſt, † quod iiſdem pragmaticis & interpretibus
placere idem Clarus eodem loco refert, Si filius ante
conditum teſtimentum vel in ipſo actu teſtamenti con-
ſenſerit præteritioni, valere teſtamentum, non quidem
iure ciuili, ſed ex æquitate, vt aiunt, prætoria. Nam
quod rationis loco adferunt, introductum eſſe ob fa-
uorem filiorum principaliter ne poſſint præteriri, ideó-
que conueniens eſſe vt iuxta iuris regulas poſſint
huic fauori ſuo renuntiare, plus quàm ridiculum eſt.
Quis enim patiatur in poteſtate & arbitrio filij eſſe
facere ne leges in teſtamento patris locum habeant? Fa-
teor, liberorum fauore conſtitutum eſſe à lege vt libe-
ros qui in patris poteſtate ſunt, neceſſe ſit à patre teſti-
tui vel exheredari. Sed nego poſſe liberos remittere ſo-
lennitatem illam quæ ipſis legibus indicta & inducta
eſt. Pertinet enim teſtamenti factio ad ius publicum
quod priuatorum pactionibus nec abrogari, nec immu-
tari poteſt. Nego ius vllum eſſe filij ſiue in bona, ſiue
in iudicia patris quandiu pater viuit, ſed eo demùm
mortuo. Neque igitur poteſt ei iuri quod ſibi nondum
competit renuntiare. Alioqui poſſis eodem ratiocina-
tionis genere concludere, permittendum filio vt de
ſuo peculio ſiue profectitio, ſiue aduentitio teſtetur ſi pa-
ter conſentiat, quia patris fauore principaliter conſti-
tutum eſt ne filiusfamilias teſtari poſſit. Et tamen nihil
in eo facere patris voluntatem conſtat ex *l. tam is* 25.
§. filiusfamilias. D. de mort cauſ. donat. Similiter poſſis in-
ferre permittendum heredi, cuius fauore inducta eſt per
legem falcidiam retentio quartæ ex legatis, vt teſtatori
vltra dodrantem leganti, & legis falcidiæ modũ exce-
denti cõſentiat, quod tamen falsũ eſſe ait Papinianus in
l. quod bonis 15. §. 1. *D. ad l. falc.* vbi rationẽ reddit, quòd
huiuſmodi pactio ſit cõtra ius publicũ, id eſt cõtra le-
ges quę sũt iuris publici. Quo admiſſo, planè cõſentaneũ
eſt vt nullus æquitati prætoriæ in contrarium locus re-
10 linquatur. Certũ enim eſt prætorem, † licèt multa facere
potuerit præter leges, nihil tamen facere potuiſſe aut
permittere contra leges, ſed eatenus duntaxat, quate-
nus per leges liceret, nec prohiberetur, *l. iuris gentium*
7. §. ait Prætor. D. de pact. l. necnon. 28. *§. quoad eius. D.*
11 *ex quib. cauſ. maior.* Voluntatem igitur filij † in adpro-
bando patris teſtamento, quod ipſo iure nullum eſt,
tunc interuenire oportet, cùm legi ſatisfactum eſt, id eſt,
cùm poſt mortem patris apparet nullum eſſe teſtamen-
tum ob non ſeruatas ſolennitates quæ à lege ſunt præ-
ſcriptæ: quo demùm tempore licèt filio iuri & fauori
ſuo renuatiare, non quidem vt conualeſcat teſtamen-
tum quod iam ipſo iure nullum eſt, vel inuito eo ſolá-
que legis poteſtate, ſed vt partem hereditatis quam
fratribus auocare poſſet, ſi vellet, non auocet, ſed abſti-
neat, ſicut & filio familiâs nullo iure teſtato ſi pater
conſentiat vt iniuſtus heres bona quæ in filij peculio
fuerunt retineat, lex non repugnat, quia vt legi ſatisfiat,
ſatis eſt filij teſtamentum non valere. Sic denique ſi
heres qui quartam ex legatis per legem falcidiam reti-
nere potuit, malit ſequi iudicium defuncti & ſolida le-
gata præſtare, vtique ei licet, quia nihil in hoc fit contra
legem quæ iam effectum habuit hoc ipſo quod falcidiæ
deducendæ ius heredi detulit. Iam enim alio loco mo-
nuimus, totam vim † legum quæ circa ſucceſſiones te- 12
ſtamentarias aut legitimas verſantur in eo conſiſtere, vt
per eas deferatur ſuccedendi & acquirendi ius etiam
inuitis, non etiam vt inuiti ſuccedant ſibique acquirant
extra cauſſam heredum neceſſariorum. Planè ſi poſthu-
mus † à patre præteritus, viuo patre non natus ſit, ſed 13
etiam deceſſerit, placet ſecundum eas tabulas, licèt ipſo
iure nullas, poſſe dari bonorum poſſeſſionem, & quidem
cum re & effectu, id eſt talem cuius commodum here-
di ſcripto eripi non poſſit, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt.*
rupt. Sed tamen non eo minùs falſum eſt quod inter-
pretes & pragmatici ſomniant, teſtamentum illud de
æquitate prætoria reconualeſcere, quomodo loquitur
Iulius Clarus in *d. §. teſtamentum, quæſt.* 45. Etſi enim
ex prætoris iuriſdictione eſt, vt bonorum poſſeſſio ſe-
cundùm tabulas detur, tamen vt ea poſſeſſio ex teſta-
mento illo nulla ſit cum re & effectu, non fit ex iuriſdi-
ctione prætoris, quæ nec eo vſque progredi potuiſſet,
ſed ex reſcripto Diui Hadriani, vt lex ait, quod in eam
rem fuit neceſſarium, vt nos etiam docuimus *lib. 9. Con-*
iect. cap. 15. *&* 16. Ex quibus etiam locis alia multa quæ
ad hunc tractatum pertinent, peti poſſunt.

ERROR IV.

De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo, ex bonis poſtea quæſitis.

SVMMARIA.

1 *Caſus duplex quo dubitari poteſt an filia quæ accepit dotem congruam, ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis petere poſſit.*
2 *An valeat pactio non iurata filiæ quæ accepta dote promiſit non quicquam amplius pro legitima petituram.*
3 *Ratio pro negatiua.*
4 *Sententia pragmaticorum affirmans, & eius fulcimenta.*
5 *Legitimam filius viuo patre habere nequit: & cur.*
6 *Cum qua diſtinctione verum ſit illud, Quod in diem debetur ante diem ſolui poteſt.*
7 *Debitum legitimæ eſt incertum.*
8 *Donatio inter patrem & filiumfam. conſiſtere nequit.*
9 *Cur pater dote data filiæ in vicem legitimæ non poſſit res dotales quaſi ſuas vindicare.*
10 *Licet filia ſit capax dotis non eſt tamen capax legitimæ viuo patre.*
11 *Falcidiæ & legitimæ comparationem non rectam eſſe, contra pragmaticos.*
12 *Explicatio leg. cum quo* 56. *§. vlt. D. ad legem falcid.*
13 *Quomodo prouidere filio viuus pater poſſit, ne vlla patre defuncto ſuperſit petitio legitimæ.*
14 *Naturale dubium legitimæ anticipata ſolutione non extinguitur, vbi minus legitima filiæ patre datum eſt.*
15 *Si pater à tempore dotis pro legitima conſtitutæ factus ſit pauperior, nihil tamen ex portione quam dedit filiæ repetere poteſt. & cur.* 16.
17 *Excluſa ſtatuto filia à legitimæ petione dummodò congruè dotata ex modo aucti poſtea patrimonij augeri etiam dos debet, licet ab initio congrua fuerit.*
18 *Promiſſio filiæ quæ quaſi congruè dotata promiſit ſe nihil amplius petituram ei nocere non debet.*

19 *Sententia*

Sententia leg. cura. 4. §. deficientium. D. de mun. & honor.

Pragmaticos à dote ad legitimam non rectè argumentari.

Error pragmaticorum.

Concluſio diſputationis contra pragmaticos.

DVplex † caſus eſt in quo fieri locus huic quæſtioni poteſt, Vnus ille ſi filia quæ dotem à patre acceperit pacta ſit ſimpliciter de non plus petendo, alter, ſi pactionem m iureiurando confirmauerit. Cæterùm pactionem eruenire neceſſe eſt ne quicquam amplius petere fipoſſit, vt quæſtio locum habeat. Sola enim dotis :ceptio non impedit quominus mortuo quandocun- patre filia legitimam poſſit petere, ſed filiam tann obligat vt in eam portionem legitimam quam in functi patris bonis habere debet, dotem imputare teatur, *l. quoniam Nouella 29. Cod. de inoff. teſtam.* Interuenıente autem pactione † per quam filia prohibeatur nplius quicquam petere pro legitima nullo etiam hibito iureiurando, illud primùm quæri ſolet, An ıctis poſteà patris facultatibus ius ſit filiæ petendi pplementi ex bonis poſt pactionem acquiſitis. Quæonem interpretes & pragmatici in eo eſſe putant, An icat eiuſmodi pactio perinde acſi iurata eſſet. Nam n iurata eſt, vix dubitant quin ſi de legitimæ quantic poſt mortem patris quæratur, conſtitutæ dotis npus ſpectandum ſit non mortis, vt ſequenti capite :emus. Dubitandi autem cauſſa ex eo † naſcitur, ıòd pactum hoc cum ſit de non ſuccedendo, videtur nni iure improbatum præterquàm ſi accedente iurirandi vinculo & religione confirmetur, ex Bonifacij nſtitutione in *cap. quamuis pactum 2. de pact. in 6.* ılterorum tamen, & eorum qui ſubtiliores ſibi viden- , ſententia eſt valere † pactionem, non iure conuenıis de non ſuccedendo, quam fatentur valere non ſe citra iuſiurandum, ſed potiùs iure ſucceſſionis, ſi filia quæ dotem à patre accepit pro omni legiti- & ſucceſſionis iure, hoc ipſo portionem ſuam heratiam aut legitimam velut ſibi præmaturè datam, t loquuntur, aſſignatam percepiſſe videatur. Hac enim pro conſtanti, & indubitato, poſſe patrem am legitimam filio prorogare, ſi filius conſentiat: mplo, inquiunt, eius quod debetur in diem, quo ſtat ante diem ſolui poſſe, perindéque debitori liberonem contingere, quia & plus præſtat quàm debeat ante diem ſoluit, *l. Iauolenus 15. alias. l. eum qui. de annuis legat.* Addunt ſimiliter euenire, vt quamfalcidia non niſi heredi debeatur, ac proinde poſt rtem teſtatoris quia nec ante heredem habere viuus eſt, & conſequenter inſpecta patrimonij quantitate e mortis tépore fuit, interdum tamen poſſit falcidia ſtari futuro heredi à viuo teſtatore, vt in elegãti illa cie quam Marcellus tractat in *l. cum quo 56. §. vlt. ad leg. falc.* Si centum aureorum dominus inquit viti quinque alicui dederit, & eum inſtituerit heredem, odrantem legauerit, nihil aliud ſub occaſione legis idiæ interuenire poteſt, quia viuus videtur heredi uro prouidere. Sed videamus ne longè verius ſit od nos ſuperioris Decadis capite ſecundo probauiıs, fieri nullomodo poſſe vt legitimam portionem fis † habeat viuo patre, nec ſi patris voluntas cum ficonſenſu in eam rem concurrat. Non ob id ſolum òd legitima nulla filio debeatur niſi poſt mortem tris, ne quidem filio adoptiuo in bonis adrogatoris, ıamuis ea præcipuo quodam iure debeatur tanquam alienum ex Diui Pij conſtitutione, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* iunct. *l. ſi adrogator 22. D. de adop.* ed etiã quia nec ſciri poteſt quid ſit in legitima priuſıàm is in cuius bonis legitima debebitur, diem ſuum nctus ſit, cùm in ponenda legitimæ ratione ea patrimonij quantitas ſpectanda ſit quæ deducto ære alieno, funeriſque impenſa mortis tempore inuenitur. *l. cùm quæritur 6. C. de inoff. teſtam.* de quo quia iam multa ſupradicto loco ſcripſimus, non erimus hîc longiores niſi vt argumenta quibus in contrarium pragmatici mouentur, in eorum oculos retorqueamus. Ex iis enim ipſis apparebit euidentiſſimè quantopere fallantur. Nam quod primum obiiciunt id quod in diem debetur, † ante diem ſolui poſſe, ſicut falſum eſt ſi indiſtin- 6
ctè dicatur, ita ſi cum ea diſtinctione, quæ iuris ratione conuenit, pro nobis quàm maximè vrgebit. Diſtinguendum eſt an debeatur quid in diem incertam an in eam quæ ſit certa. Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt. Totum enim medium tempus ad ſoluendum liberum promiſſori relinquitur. Atqui promiſit in diem incertam, aut quod idem eſt, ſub conditione (dies enim incerta pro conditione eſt, *l. dies 7. de condic. & demonſtr. l. ſub conditione 16. l. ſufficit 56. D. de cond. indeb. l. talis ſcriptura 30. §. ſed etſi ſub conditione. de legat. 1.* (puta ſi aliquid factum ſit, aut cùm aliquid factum ſit, niſi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam. de verb. oblig.* Ideóque repetere poteſt, tanquam indebitum per indebiti condictionem *l. qui promiſit 48. D. de cond. indeb.* Atqui ſi quod vnquam † 7.
debitum incertum videri poteſt, tale certè eſt legitimæ debitũ, de quo diſputamus. Nõ enim duntaxat in diẽ incertã debetur, id eſt in diẽ mortis qui incertus eſt, ſed illud ipſum quod debetur prorſus incertũ eſt, quia cõputatur ex comparatione patrimonij quod mortis tempore reperietur. Quo quid incertius? Proinde iuris ratio facit, vt ſi quid pater viuus filio ſiue petenti ſiue accipienti pro legitima dederit, prorſus indebitum dici debeat, non vt repetatur per indebiti condictionem, quæ non magis inter patrem & filium, quàm alia vlla actio exerceri poteſt, ſed vt ſuo iure poſſit pater eas ipſas res quas filio pro legitima dedit, vindicare tanquam ſuas nec alienatas. Nam ſi dicas ex iuris regula, cuius per errorem ſoluti condictio eſt, eius conſultò dati donationem factam intelligi, *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* in promptu reſponſio eſt non magis poſſe donationem inter † patrem & filiumfamilias conſiſtere, quàm aliam 8
vllam obligationem, *l. 2. C. de inoffic. don. l. ſiue emancipatis 17. C. de donat. l. ſi donatione 13. C. de col. l. donationes 31. §. pater. D. de don.* Qua de cauſſa dubitandũ non eſſet, quin etiam dote data filiæ in vicem legitimæ, poſſet pater res dotales quaſi ſuas vindicare, ſi non † ius 9
ipſius illud impediret quòd & filia dotis capax eſt conſtante matrimonio *l. Pomponius 35. D. famil. erciſc.* & ius mariti qui indotatam vxorem non fuit ducturus, non patitur vt ei dos auferatur, *l. Titia 64. D. de iur. dot.* Obſeruandum enim eſt quod Papinianus in *l. Pomponius*, ait traditionem prædiorum à patre factam ipſi filiæ licèt ex cauſſa dotis non valere: filiæ tamen retentionem competere ob eam ſolam cauſſam quòd dotis capax fuiſſet filia conſtante matrimonio, matrimonium autem etiam poſt patris mortem conſtitiſſet. Ita namque innuit ne dotis quidem capacem eſſe filiam extra matrimonium, vt intelligamus ſi pater filiæ nondum nuptæ aliquid donet, tametſi in cauſſam dotis, non poſſe donationem conſiſtere, quandiu matrimonium nullum eſt, tantum abeſt vt valere poſſit datio legitimæ, quam viuus pater filiæ prorogauerit, nulla dotis mentione facta. Dotis enim mentio fauorabilem & iuſtam facit conuentionem, ſi modò matrimonium aliquod ſit, quoniam viuus pater filiam dotare tenetur *l. vlt. C. de dot. promiſſ. l. cap. 19. ff. de rit. nupt.* cui tamen legitimam portionem dare nec tenetur, nec ſi maximè ambo velint, tamen poteſt: ex quo apparet quàm ridicula ſit eorum ratiocinatio qui vt probent † filiam eſſe capacem 10
legitimæ etiam viuo patre, afferunt capacem illam eſſe dotis, quæ ipſa in legitimam imputatur. Nam ſi ma-

trimonium nullum ſit, ſicuti dos ſine matrimonio eſſe
non poteſt, ita nec filia dotis capax eſt, non magis quàm
legitimæ. Sin matrimonium conſtet, capax eſt dotis
propter matrimonium, at non legitimæ, licèt dos illa
ſuo tempore in legitimam ſit imputanda, quia nihil
commune habet legitima cum matrimonio. Sed & ita
capax eſt dotis conſtante matrimonio, vt tamen ipſius
dotis traditione non filiæ, ſed marito fieri oporteat,
quemadmodum docuimus ad Papinianum *lib. 7. coniect.*
cap. 12. Quanto minus igitur permittendum erit patri,
vt filio aut filiæ viuus legitimam tradat? Iam verò quod
pragmatici obiiciunt de quarta falcidiana quam viuus
teſtator heredi futuro dare poteſt ex *d. l. cum quo 56. §.*
vlt. D. ad leg. falcid. licèt magis ad rem facere videatur,
tamen æquè nugatorium eſt. Primùm quia non omni-
11 no recta † comparatio eſt falcidiæ & legitimæ. Eſt enim
multo incertius debitum legitimæ, cum fieri poſſit vt
turbato mortalitatis ordine filius ante patrem decedat,
quàm falcidiæ quæ heredi debebitur, eo caſu quo legata
quoque legatariis debebuntur. Nempe quia fieri non
poteſt vt heres ante teſtatorem moriatur eo caſu quo
de lege falcidia & legatis quæratur, vnde illud Impera-
toris dictum, *Nemo ſuum occidit ſucceſſorem.* Etſi enim
facilè contingat vt heres ſcriptus moriatur ante teſta-
torem, tamen cum id euenit, ſi ſubſtitutus nullus ſit, te-
ſtamentum deſtituitur & fit irritum, nec proinde lega-
tariorum quicquam intereſt, cùm hereditate ex teſta-
mento non adita, legata omnia intercidant *leg. ea quam*
14. C. de fideic. Deinde etſi maximè recta eſſet compara-
tio legitimæ & falcidiæ, dico non ad aliam ſpeciem per-
12 tinere poſſe quod † Marcellus ait teſtatorem viuum
heredi futuro prouidere, quàm in qua id quod à teſta-
tore datum eſt heredi, reſpondeat ei portioni quam per
legem falcidiam poſt teſtatoris mortem habere heres
debet: vt accidit cùm is qui habebat centum in bonis,
dedit heredi futuro vigintiquinque, & legauit ſeptua-
gintaquinque ſcilicet ſi eadem fuerit mortis tempore
patrimonij æſtimatio. Nam ſi ponas ab eo tempore quo
vigintiquinque heredi data ſunt, emerſiſſe æs alienum,
aut conflatum fuiſſe ita vt non ſuperſint in bonis niſi
octoginta tempore mortis, non admittet Marcellus, tam
benè heredi prouiſum à defuncto, vt ex ſeptuaginta-
quinque legatis nihil falcidiæ iure poſſit deducere, quia
ex vigintiquinque ſibi à teſtatore datis ſoluere tenetur
viginti ex cauſſa æris alieni, quo detracto quinque
duntaxat habere reperitur, qui per legem falcidiam vi-
ginti habere debet. Nec falcidiam impediet ea ratio
quod euenire ex contrario potuit vt teſtatoris faculta-
tes creſcerent, & heres longè plus quàm totius here-
ditatis quartam haberet. Non enim ſicut poteſt heres
ſupra quartam habere aliquid, ita & minore portione
quàm quarta pars ſit vllo caſu contentus eſſe cogitur,
ſed omnimodo quartam habere debet potius patrimonij
quod mortis tempore in hereditate reperitur deducto
ære alieno. Nec ſolùm inuito teſtatore, ſed etſi maximè
heres ipſe velit in eo teſtatori conſentire, id eſt tametſi
ponas in propoſita ſpecie vigintiquinque data heredi
ea lege non ſolum vt in falcidiam imputaret, ſed etiam
ne quicquam amplius pro falcidia vnquam petere poſ-
ſet. Quoniam non magis in futuri heredis quàm in ip-
ſius teſtatoris poteſtate eſt, facere ne leges in teſtamento
aut hereditate de qua agitur locum habeant, vt præce-
denti capite dicebamus ex *l. nemo poſt 55. de legat. 1.*
iunct. *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falcid.* Ergo vt idem
iuris in legitima conſtituamus quod in falcidia, ſimili-
13 ter dicendum erit, Poſſe fieri vt viuus pater † filio pro-
uideat, ne vlla patre defuncto ſuperſit petitio legitimæ,
nimirum ſi ea bonorum quantitas quæ filio data eſt pro
legitima, aut ea lege vt in legitimam quandoque im-
putentur, reſpondeat ei quantitati quæ filio, ſi tum
pater decederet, pro legitima deberetur: Alioqui non
bene prouidiſſe dici poſſet qui minus filio quàm lex
dediſſet. At neque hoc ſufficere poterit vt à legitima
ſuo tempore petenda filius excludatur. Sed illud præ-
tereà exigendum erit vt quantitas quæ filio data fuerit
pro legitima, ei quantitati reſpondeat quæ mortis tem-
pore in bonis patris debeatur: Aliter enim eueniret vt
minùs plena eſſet patris prouiſio, & conſequenter vt
fieret iniuria legibus ex quibus legitima debetur, ſi mi-
nore portione quæ à patre data eſſet, contentus eſſe fi-
lius cogeretur. Atqui quæſtio quam tractamus ad eum
caſum pertinet, quominus datum ſit filiæ à patre pro le-
gitima, quam ei ex legibus deberetur ſi non renuntiaſ-
ſet. Non poteſt igitur fieri vt quandiu vel vnus quadrás 14
ei quantitati deeſt quæ filiæ ex legibus citra renuncia-
tionem mortis tempore deberetur, legibus ſatisfactum,
& naturale hoc debitum anticipata ſolutione extinctum
videatur. Nec me illud mouet quòd ſi pater à tempore † 15
dotis pro legitima conſtitutæ pauperior factus eſſet, ni-
hil tamen ex ea portione quam filia ante tempus in
cauſſam dotis pro legitima accepiſſet, decederet. Nam
reſpondeo vel ex hoc maximè apparere, portionem il-
lam quæ nubenti filiæ data eſt pro omni legitimæ iure,
non poſſe dici legitimam, nec legitimæ loco cedere,
quamuis in legitimam imputetur, quoniam ſi aut legi-
tima eſſet, aut legitimæ iure cenſeretur, omnino eueni-
ret vt diminutis ex poſtfacto patris facultatibus pro ea
ſaltem parte indebita videri deberet quæ debitam mor-
tis tempore portionem ſuperaret. At nullam pati poteſt
diminutionem, quia non legitima, ſed dos fuit, quam
pater etiam viuus dare filiæ ex officio debuit, & quidem
habita ratione bonorum, quæ tunc haberet, non eorum
quæ moriens habiturus eſſet. Semel enim conſtitutam
dotem ex ſuperueniente patris paupertate diminui non
oportet, non ſolùm propter † cauſſam publicæ vtilitatis 16
cum vtilitate mulieris coniunctam, quæ dotes ſemper &
vbique vult ſaluas atque integras manere, ſed etiam
propter adnexum ius mariti qui non minore dote vxo-
rem ducturus fuiſſe credendus eſt, *d. l. Titia 64. D. de*
iur. dot. l. purè 5. § penult. D de dol. mal. except. Satiſque
patri inopi eſſe debet quòd ſi paupertas dotis conſtitu-
tionem ſecuta eius ſolutionem præuenerit, non poteſt
vrgeri ſuprà quàm facere poſſit, ſin iam dos ſoluta eſt,
alimentorum patri præſtandorum cùm neceſſe eſt, con-
tributioni filia ſit obnoxia, ex fructibus dotis, dum ne
maritus pari laboret egeſtate. Itaque nihil aliud poſſis
ex hac ratione concludere præter hoc vnum, quòd aucto
poſt conſtitutam dotem patrimonio, non debet idcirco
dos filiæ augeri, quæ in contrarium caſum non dimi-
nueretur, vt eadem ratio ſit augmenti & diminutionis.
Dici enim ſolet non eſſe quem audiendum, ſi id petat
cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum
poſtulaturus ex *l. penult. C de ſolut.* Sed tamen nec hoc
quoque facilè mihi videtur admittendum. Quod enim
fauore dotis & optima ratione conſtitutum eſt, vt lapſis
ex poſtfacto patris facultatibus, nihilomagis minui dos
debeat, non eſt in mulieris iniuriam retorquendum, vt
ob id minorem legitimam conſequatur, quàm ſi dotem
nullam accepiſſet, ne alioqui paternum officium fraudi
ſit filiæ quæ oblatam quæſitámque à patre conditionem
nuptiarum recuſare nec potuit, nec debuit. Quare ſi po-
neres excluſam † ſtatuto filiam à legitimæ petitione 17
dummodò congruè dotatam, non dubitarem, quin ex
modo aucti poſteà patrimonij augeri etiam dos deberet,
tametſi ab initio congrua fuiſſet, quia cùm non poſſit
ſtatuto in totum tolli legitima, vt frequentiore & ve-
riore interpretum calculo receptum eſt, videtur hoc caſu
ſubſtitui dos congrua in locum legitimæ portionis, &
conſequenter eaſdem recipit conditiones, non vt quan-
titati legitimæ reſpondere debeat, (ita enim fieret inu-
tilis excluſio per ſtatutum inducta, cùm & citra exclu-
ſionem verum eſſet nullam filiæ legitimam deberi quæ
tantam dotem accepiſſet, quantam pro legitima dari ſa-
tis eſſet) ſed vt quemadmodum congrua dos illa fuiſſe
intelli

intelligitur, quæ à patre primùm data eſt in vicem legitimæ, habita ſcilicet ratione aliqua bonorum quæ tùm pater habuit, licèt non ad legitimam vſque aſcenderit, ita incipiat eſſe non congrua quæ poſt auctas facultates eadem manet, ideóque pro portione aucti patrimonij augeri debeat, vel ex ipſa patris confeſſione, qui ſi cùm haberet quingenta duntaxat in bonis, putauit dotem eſſe congruam centum aureorum, vtique exiſtimauit, ſi ad mille vſque aureos totius patrimonij quantitas excreuiſſet, non aliter congruam fore dotem, quàm ſi
18 eſſet ducentorum. Nec quòd filia † quaſi congruè dotata promiſerit ſe nihil amplius petituram, ei nocere debet, cùm non poſſit pactio tam generalem recipere interpretationem, vt ad ea referatur, de quibus non fuit cogitatum, *l. qui cum tutoribus. 9. & paſſ. D. de tranſact.* Neque verò ciuili interpretatione alium ſenſum poteſt habere ea conuentio, quàm vt nihil poſſit filia petere quandiu idem rerum ſtatus erit qui conuentionis tempore fuit, *cap. quemadmodum. Extr. de iureiur. l. fin. D. qui ſatiſd. cogant. l. fin. D. ad municip.* quibus ex locis probari ſolet iuſiurandum quoque, tametſi nuda conuentione potentius & fauorabilius ſit, eandem tamen recipere interpretationem, facit *l. cura 4. §. deficientium D. de muner. & honor. l. ab his oneribus 10. §. auctis, D. de vacat. &*
19 *excu. mun.* vbi ſcriptum † eſt eos qui obtentu paupertatis excuſati ſunt, aliquando à muneribus & honoribus amittere excuſationem, ſi medio tempore honeſtis rationibus patrimonium ex voto incrementum acceperit. In quibus verbis ponderari volo illa verba *ex voto.* Senſus enim eſt, nullam ei fieri iniuriam cui aufertur excuſatio propter auctas medio tempore facultates, cùm ſi eo tempore quo excuſationem paupertas adferebat, interrogatus fuiſſet an eiuſmodi excuſationem ſibi perpetuam eſſe cuperet, haud dubiè fuerit reſponſurus, malle ſe, ſi poſſet, diuitem fieri, & acquiſitione bonorum iacturam facere excuſationis. Quis enim tam diues eſt, qui augendi ſui patrimonij votum non gerat? Eodem igitur modo dici poteſt, non debere iniquo animo ferre patrem ſi propter auctas facultates cogatur augere dotem filiæ, qui non iniquo fert animo factum ſe locupletiorem, quique dotis conſtitutæ tempore non recuſaſſet ampliorem dare dotem, ſi eo duntaxat pretio incrementum patrimonij comparandum habuiſſet. Verum enim verò etiamſi admittendum eſſet, quod non puto, congruæ dotis augendæ rationem in propoſito nullam eſſe, non tamen recta eſſet conſecutio quæ pragmaticis & interpretibus placet à dote ad legitimam. Sic enim ar-
20 gumentantur † vt dotis & legitimæ non modò iura, ſed ipſa etiam propemodum nomina confundant. Dos, inquiunt, filiæ data, imminutis poſteà patris facultatibus non minueretur. Ergo è contrario iiſdem auctis legitima filiæ non augebitur: cùm id vnum inferre potiùs debeant, Dotem igitur aucto patrimonio augeri non debere. Nam de legitima augenda vel minuenda tractari non poteſt, quandoquidem non niſi ſemel deberi ea & præſtari poteſt, vnóque & eodem inſpecto temporis inſtanti, illo ſcilicet quo pater tùm primùm defunctus eſt: denique ſi probes non debere dotem augeri auctis patris facultatibus, quia iiſdem imminutis, non imminueretur. Probabo eadem ratiocinatione legitimam ergo augeri debere auctis patris facultatibus, quia & iis imminutis minueretur, licèt dos ſemel data non minuatur, quia nec quicquam prohibet dotem maiorem eſſe legitima ſicut & minor eſſe poſſet. Sed perpetuus pragma-
21 ticorum error † ille eſt ex quo cæteri omnes confluunt, quod putant legitimam non minùs quàm dotem à patre viuo poſſe liberis dari, nec quicquam à legitima differre eam dotem quæ in legitimam imputanda eſt. Quod ſanè à certiſſimis principiis iuris tam abhorret quàm
22 quod maximè. Igitur cùm † non valeat pactio non iurata. De non amplius quicquam petendo iure pactionis, de non ſuccedendo, nec rurſus poſſit videri filia legitimam percepiſſe quæ dotem pro legitima accepit; concludendum neceſſariò eſt ſaluam ei eſſe legitimæ perſecutionem, ideóque conficiendam ei legitimam ex bonis illis, quæ mortis tempore in hereditate patris reperiuntur, nec conſtitutæ dotis tempus in ponenda legitimæ ratione ſpectandum eſſe.

ERROR V.

Si iurata ſit renuntiatio filiæ, quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſtea quæſitis.

SVMMARIA.

1 *Secundus caſus quo quæri poteſt, an filia quæ dotem pro legitima accepit, liceat ex bonis poſtea quæſitis ſupplementum legitimæ petere: & quæſtionis explicatio.*

2 *Sententia pragmaticorum ſtatuentiam tempus renuntiationis ſpectandum in æſtimanda læſione filiæ quæ minus legitima accepit renuntians cum iuramento.*

3 *Tempus mortis in æſtimando patrimonio ad probandam læſionem ſpectandum eſſe contra pragmatic.*

4 *Rationes quæ pro filia à quibuſdam pragmaticis adferuntur, & earum refutatio.*

5 *Futiles eſſe rationes quibus pragmatici tempus renuntiationis ſpectandum putant: & num. 8.*

6 *Error pragmaticorum renuntiationes filiarum iuratas habentium pro puris.*

7 *Lapſus Boërij exiſtimantis huiuſmodi renuntiationem iuratam non extendi ad legitimam, extendi tamen ad ſupplementum debitum ex bonis poſt renuntiationem adquiſitis.*

9 *Conciliatio pragmaticorum quorundam reiecta.*

Hic alius † caſus eſt, quem ſuperioris cap. initio præfati ſumus poſſe admittere propoſitam quæſtionem, Vtrum filiæ quæ dotem, aut quid aliud pro legitima accepit permittendum ſit; vt ex bonis poſteà quæſitis ſupplementum legitimæ petat. Ponimus autem ſic conceptam renuntiationem, vt eius poteſtate filia ſit excluſa etiam à legitimæ portionis petitione, ſiue nobiſcum ſentias filiam quæ futuræ ſucceſſioni cum iureiurando renuntiauit hoc ipſo à legitima quoque excluſam intelligi, ſiue ſpecialem legitimæ renuntiationem neceſſariam eſſe defendas. Ex quo apparet ita demum poſſe huic quæſtioni locum eſſe, ſi de renuntiatione illa ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindenda quæratur. Nam quandiu tenet renuntiatio, per quam fiat vt neque legitima vlla, nec proinde legitimæ ſupplementum vllum debeatur, fruſtra quæras de legitimæ iuſta quantitate. Rurſus vbi iam ex iuſta aliqua cauſſa reſciſſa fuit renuntiatio, nihil eſt quod de renuntiationis poteſtate tractari poſſit, quæ ſcilicet in eo eſt vt perinde habeatur, acſi numquam facta fuiſſet: quo caſu certum vtique ius eſſet in ponenda legitimæ ratione non aliud tempus ſpectandum fore quàm quo pater mortuus eſſet, at quoniam placuit renuntiationes huiuſmodi quantumuis iuratas reſcindi poſſe ob immodicam læſionem, quæſtionis vtilitas in eo eſſe poteſt, vt ſciamus an in æſtimanda læſione, cuius probatio ad reſciſſionem neceſſaria eſt, habenda ſit ratio eorum duntaxat bonorum quæ renuntiationis tempore fuerunt, an illorum etiam quæ ex poſtfacto, & in tempus vſque mortis acceſſerunt, in qua quæſtione occurrit ſtatim † 2
quod dicas cum pragmaticis & interpretibus renuntiationis tempus ſpectandum eſſe, vt & aliàs quoties de contractu reſcindendo agitur ob læſionem, tempus contractus

tractus inſpicimus *l. ſi voluntate* 8. *D. de reſc. vendit.* Neque verò fieri poteſt vt qui ſe in contrahendo læſum fuiſſe dicit, alterius temporis rationem haberi velit quàm quo contraxit. Addunt, in iure quærendo nullam poſſe læſionem conſiderari propter dubium euentum ex *l. de fideicommiſſo* 11. *C. de tranſ.* Item id quod ab initio legitimè factum eſt, non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti, *l. 2. ff. de itin. actúque priuat.* Addit *Decius conſ.* 62. conſiderandum eſſe quòd filia quæ dotem & legitimam à patre accepit, potuit ante patrem decedere: quo caſu nec legitima ei debita fuiſſet, nec pro legitima, aliud quicquam. Sed præcipua omnium ratio illa eſt, quam nos ſuperiore capite iam agitauimus, quòd etiã ſi temporis quod renuntiationem ſecutum eſſet rationem haberi oporteret, nollet tamen filia pati dotis quam à diuite patre accepiſſet diminutionem ob imminutas patris facultates. Cur ergo, inquiunt, ei permittamus, vt iiſdem facultatibus adauctis legitimam ſibi augeri velit, & ex eo augmento inducat probationem læſionis quæ alioqui inſpecto contractus tempore nulla eſſet? arg. *l. pen. C. de ſolut.* Sed tamen ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, videbis nihil hac parte intereſſe, an filiæ re-
3 nuntiatio fuerit iurata, nécne: Vtroque † n. caſu, id eſt, ſiue per reſtitutionem in integrum ex cauſſa læſionis, ſiue citra reſtitutionem petatur ſupplementum legitimæ per filiam quæ aut cum iureiurando aut ſine iureiurando renuntiauit, dico eam patrimonij quantitatem inſpici debere quæ moriente patre fuit, non quæ tempore renuntiationis; ratione tamen diuerſa. Nam cùm iuſiurandum nullum interuenit, ea ratio pro filia facit quod neque per renuntiationem excluſa eſt quia renuntiatio non valuit, neque per dotis aut legitimæ perceptionem, quia nec volens legitimam potuit conſequi à viuo patre, licet id quod accepit in legitimam debeat imputare, itaque ſaluam habet legitimæ petitionem ſalua imputandi neceſſitate, & conſequenter cùm legitima non debeatur, niſi ex eo tempore quo pater defunctus eſt, conſequens fit vt non tam ſupplementum legitimæ quàm legitima ei debeatur: in ea verò æſtimanda non aliud patrimonium, quàm quod mortis tempore fuit, ſpectetur. Interueniente autem iureiurando filiæ quæ pacta ſit de legitima numquam petenda, facit pro filia, quod nobis in ſuperioribus inculcatum ſæpius, & probatum eſt, quòd huiuſmodi renuntiatio quantumlibet iurata licet ab initio ſtatim valeat, viréſque accipiat, tamen habet tacitam conditionem ſi quandoque legitima portio deferetur, cùm neque iuriſiurandi poteſtate, neque alia vlla iuris ratione fieri poſſit vt excluſio præcedat delationem, quemadmodum *Caſtrenſis* poſt *Bart. & Baldum* tractat ad *l. qui ſuperſtitis* 94. *de acquir. hered.* Vnde fit vt non priùs renuntiatio vires ſuas exerat & demonſtret ad filiam excludendam, quàm pater ſit mortuus, quo demum inſtanti naſcitur ius petendæ ſucceſſionis aut legitimæ portionis, arg. *l. ſi Stichum* 8. §. *ſi quis ita, l. quoties* 34. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Illud igitur inſtans præciſè ſpectandum eſt in æſtimanda læſione quo pater deceſſit: ac proinde ea ipſa quantitas patrimonij quæ tum fuit. Idque quod magis mirabere, prorſus conſequens eſt ei regulæ qua mouentur pragmatici vt contra filiam reſpondeant, & quæ habet, in reſcindendo contractu ex cauſa læſionis inſpiciendum eſſe tempus contractus. Tempus namque contractus illud intelligendum eſt, non in quo, ſed in quod contractum eſt, id eſt, in quod collatus fuit effectus conuentionis, *l. quod ſponſa* 4. *Cod. de donat. ant. nupt. l. in tempus* 62. *D. de hered. inſtit.* Itaque perinde habetur hæc renuntiatio acſi non niſi primo poſt patris mortem inſtanti facta eſſet, ac proinde tempus mortis neceſſariò ſpectandum eſt, vt ſciatur quid veniat in renuntiationem & quanta ex renuntiatione læſio inducatur. Cúmque ex eo appareat filiaam quæ legitimæ renunciauit, hoc ipſo quod de legitima locuta eſt, cogitaſſe non de iis tantùm bonis quæ pater tum habebat, ſed de iis etiam quæ pater acquirere ſibi poterat in tempus vſque mortis, quia nec prius de legitima quærendum erat, neceſſaria conſecutio eſt acquiſitorum ex poſtfacto bonorum rationem habendam eſſe in æſtimanda læſione, cùm veniant in renuntiationem. Nam ſi non venirent, alia ratio eáque euidentior pro filia vrgeret, quod ei nocere non poſſet renuntiatio quod ad bona illa quibus non renunciaſſet: Tritum enim eſt, actus agentium non vltra eorum intentionem operari debere. Scio eſſe ex interpretibus nonnullos † qui pro filia hanc potiſſimùm ra-
tionem adferant, quòd non videatur illa cogitaſſe de 4
bonis quæ pater acquirere poſt renuntiationem potuiſſet, indéque inferant, non debere maiorem hac parte vim eſſe iuriſiurandi, quàm ſimplicis renuntiationis, niſi hactenus vt faciat valere renuntiationem, quæ alioqui non valeret, non etiam vt plus comprehendatur renuntiatione quàm ſi iuſiurandum non interueniſſet, propterea quòd iuſiurandum quoque ſicut & ſimplex renuntiatio tacitam illam interpretationem recipiat *rebus ſic ſtantibus*, neque facere poſſit vt extendi debeat conuentio ad ea de quibus non fuit cogitatum: quemadmodum ſuperiore capite dicebamus. Sed mihi ratio hæc placere nunquam potuit, quia non puto fieri poſſe vt renuntiatio legitimam comprehendat, quin de bonis omnibus in mortis vſque tempus acquirendis cogitatum eſſe videatur: ſiquidem eo demũ tempore, nec priùs incipit locus eſſe quæſtioni de legitima. Nec illa quoque ratio mihi placet quam nonnulli adferunt pro filia, quòd ex Iuſtiniani conſtitutione poſſit dos filiæ diminui ſi pater facultatibus labi cœperit, *Auth. ſed quamuis, C. de rei vxor. act.* Nam vt taceam quod illi ipſi negant, conſtitutionem illam vſu vnquam fuiſſe receptam, pertinet ius illud nouum ad dotem quæ ſoluto filiæ matrimonio reuerſa ſit ad patrem, aut poteſtatis aut pactionis iure. Cuius certè ratio longè diuerſa eſt ab ea dote quæ penes maritum ſit, ſiue conſtante matrimonio, ſiue ſoluto quidem, ſed ſuperſtitibus ex eo liberis quam diminui poſſe nullo caſu proditum eſt. Conſtat autem ex ſuperioribus quàm futiles † ſint rationes omnes qui- 5
bus mouentur noſtri, vt renunciationis tempus ſpectandum eſſe probent. Nam quod aiunt, contractus tẽpus ſpectandum eſſe cùm quæritur de læſione quæ in contractu interuenerit, ego equidem admitto, ſed renuntiationis tempus illud, vt dixi, intelligo in quod collata diſpoſitio eſt, non quo inſtrumentum conſcriptum fuit. Item quod addunt, nullam in iure quærendo læſionem non poſſe conſiderari propter dubij euentus incertitudinem, ad rem non pertinet. Nam cùm renuntiatio hæc futuræ legitimæ in id tempus conferatur quo legitima debebitur, ac proinde quo ius petendæ legitimæ non quærendum, ſed quæſitum erit, nihil vetat quominùs certa læſio conſiderari poſſit habita ſcilicet ratione bonorum quæ in morientis patris hereditate reperientur. Simile eſt quod obiiciunt, id quod ab initio conſtitit, non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti. Etſi enim renuntiatio, nihil obſtante tacita illa conditione quã habet, ſi legitima ſucceſſio aut portio deferetur, vires ab initio accipit, ſcilicet hactenus vt nõ ſit in poteſtate filiæ ne exiſtente quandocunq; renunciationis cõditione, ex iureiurãdo ſuo obligetur, tamẽ cùm effectũ ſuũ conferat in tẽpus mortis, quo demũ inſtanti extitura eſt conditio, perinde habetur renuntiatio acſi non niſi eo ipſo inſtanti facta eſſet, ac conſequenter incrementũ illud patrimonij quod medio tẽpore accidit, nõ tam ſecutũ eſſe quàm præceſſiſſe renũtiationẽ intelligitur. In eóq; perpetuus pragmaticorũ & interpretum noſtrorum
error † eſt, quòd renuntiationes iſtas cùm iuratæ ſunt, 6
habent illi pro puris, nimirũ exiſtimãtes legitimã à viuo patre dari poſſe filiæ prorogari: quorum vtrumque falſiſſimum eſt. Quis verò non miretur *Boerium deciſ.* 3. & 62. & alios pleroſque qui cùm defendant renunciatio-

nem

7 nem † iuratam non extendi ad legitimam, volunt tamen extendi ad ſupplementum debitum ex bonis poſt renuntiationem acquiſitis? An non enim ſupplementum hoc legitimæ ipſa legitima eſt, aut ſaltem pars legitimæ? Aut quomodo fieri poteſt, vt cui legitima nulla debetur, ei legitimæ ſupplementum aliquod debea-
8 tur? Sed magis ridiculum illud eſt quod poſtremo † loco obiecimus ex Decio, potuiſſe fieri vt filia quæ legitimæ iuratò renuntiauit accepta dote, ante patrem moreretur, quo caſu, inquit, non eo minùs legitimam quæ nulla debita fuiſſet, habuiſſe videretur. Nego enim futurum eo caſu vt habuiſſet legitimam. Dos enim illa non legitima dicenda eſſet, neque legitimæ loco dos ceſſiſſe dici poſſet eo caſu quo legitima nulla vnquam debita fuiſſet. Sed & præmortua ſine liberis filia dos illa ad patrem rediiſſet, *l. dos à patre 4. C. de ſolut. matrim.* Liberis verò ſuperſtitibus in eorum legitimam imputanda fuiſſet, vt ſequenti Decade ſcribemus. Vtroque igitur caſu ſatis ſupérque conſultum eſſet patri, cui propterea non eſt quod in eo faueamus vt minorem filiæ legitimam debeat, quàm ſi nihil ab eo viua filia accepiſſet, illa enim ſemper obſeruanda differentia eſt quam nos inter dotem & legitimam conſtituimus, cauendúmque ne dotis & legitimæ iura confundantur. Non enim ſicut legitimæ, ita & dotis amplioris renuntiatio tacitam vllam habet conditionem, quia dotem filiæ debet viuus pater, legitimam verò non niſi mortuus. Itaque ſi in dote læſam ſe dicat filia quaſi minùs congruam à patre acceperit, qui ampliorem dare ex officio debuerat, renuntiationis tempus præciſè ſpectabimus, nec bonorum poſteà acquiſitorum vllam habebimus rationem, quoniam nihil eſt quod imputari poſſit patri qui ſemel congruam dotem dedit, inſpecto patrimonio quod tunc habebat: nihilque filiæ intereſt quæ quantò minorem dotem erit conſecuta, tantò ampliorem legitimam conſequetur. De illa ſiquidem filia loquimur quæ ſtatuto excluſa non ſit à petitione legitimæ propter dotem: ſed tantùm pacto per renuntiationem: alioqui diceremus auctis ex poſtfacto patris facultatibus, dotem quæ ab initio congrua fuiſſet, minùs congruam fieri, ideóque augeri debere, vt à nobis ſuperiore capite probatum eſt. Ex eáque dotis & legitimæ diſtinctione illud etiam apparet quam parum probabilis ſit ea ſententia quæ in propoſita quæſtione ad conciliandas interpretum contrarias opiniones, pragmaticis noſtris magis placet. Aiunt † enim, ſi filia ab initio congruenter dotata ſit, & quidem ita vt non poſſit probare ſe læſam inſpecta ea bonorum quantitate quam pro legitima habere debuiſſet, ſi tum pater deceſſiſſet, non eſſe illam audiendam ſi ob quantumcumque auctas ex poſtfacto facultates patris ampliorem legitima petat, ſéque læſam probare velit ex comparatione patrimonij quod moriens pater reliquit, eſſe tamen audiendam ſi ab initio læſa fuit vel in modica quantitate, quaſi fauendum ſit patri qui bona fide rem cum filia egit, non item ei qui filiæ facilitate abuti voluit vt eam circumueniret. Eſſet enim hæc conciliatio probabilis ſi dotis & legitimæ idem ius eſſet aut ſi dos à patre data legitimæ loco cedere poſſet, nec magis legitima patre quandocumque mortuo quàm dos, filiæ iam congruenter dotatæ deberetur. Sed cùm hæc omnia longè aliter ſe habeant, nec quicquam ſimile aut commune gerat dos cum legitima niſi quod in legitimam imputatur, cúmque diminutis ex poſtfacto patris facultatibus, filiæ legitima minuatur, quamuis non ipſa dos, concludendum eſt renuntiationem legitimæ tametſi iuratam reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, æſtimata læſione ex comparatione patrimonij quod non renuntiationis, ſed paternæ mortis tempore fuit, ſiue ab initio congrua dos fuerit, ſiue non.

ERROR VI.

De læſione quæ locum facere poſſit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poteſt ob immodicam læſionem.*
2 *Quanta læſio hîc eſſe debeat, vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poſſit.*
3 *Pragmaticorum Italorum & interpretum ſententia multiplici diſtinctione ſuffulta.*
4 *Diſtinctionis interpretum examen, & ſeqq.*
5 *Bonifacij conſtitutionem perperam produci à pragmaticis ad eum caſum quo alij quam patri facta eſt renuntiatio.*
6 *Diſtinctionem inter maiorem & minorem cùm agitur de huiuſmodi reſtitutione ab interpretibus non rectè reiici.*
7 *Iuriſiurandi autoritatem iniquè produci ab interpretibus.*
8 *Itali pragmatici abſolutionem à iureiurando contractui adhibito difficiliùs concedunt, quàm Galli.*
9 *Quæ læſio ſufficiat ad reſtituendam filiam minorem.*
10 *Enormis læſio cum reuerentiali metu coniuncta probationem non poteſt inducere eius metus, quem requirit Edictum, Quod metus cauſſa.*
11 *Sententia l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol.*
12 *Iuſiurandum facere non debet, vt impediatur reſtitutio quæ ex læſione iuſtam cauſam habet.*
13 *Diſtinctio interpp. reiecta.*
14 *Eandem vtrique parenti reuerentiam liberi debent.*
15 *Quid dicere ſufficiat filiæ quæ renuntiauit patri, vt in integrum reſtitui poſſit.*
16 *Ad quos pertineat l. vlt. C. qui & ad quos in integr. reſt. non poſſ.*

CVm dixerimus renuntiationem † futuræ 1
ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poſſe ob immodicam læſionem, tametſi iuſiurandum interueniſſe proponatur, illa quæſtio nunc tractanda ſupereſt; quantam † læ- 2
ſionem eſſe oporteat vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poſſit. In qua quæſtione video interpretes à pragmaticis ferè omnibus præſertim Italis probatos, diſtinguere, † An patri facta ſit renuntiatio, an alij quàm pa- 3
tri. Priore caſu volunt iuſtam eſſe petendæ abſolutionis & in integrum reſtitutionis cauſſam ſi læſio ſit enormis, vt loquuntur, id eſt, vltra dimidiam: concurrit enim ex alia parte, inquiunt, reuerentia, quam filia debet patri, propter quam veriſimile ſit non audentem eam contradicere, ac proinde metu potiùs quàm libera voluntate inductam renuntiaſſe *arg. l. §. qua onerandæ. D. quar. rer. act. non det. l. ſi ſuperſtites 5. C. de dolo. vlt. D. de furt.* Atque ita ex capite edicti *De eo quod met. cauſſ.* dant reſtitutionem in integrum, nil obſtante iureiurando, quod ita demum ſeruari vult pontificia conſtitutio in *cap. 2 de pact. in 6.* ſi neque vi, neque metu, neque dolo præſtitum ſit, ne alioqui vinculum ſit iniquitatis potiùs quàm religionis. Nec diſtinguunt an maior ſit filia, an minor annis vigintiquinque. Ideò fortaſſis quòd paternâ reuerentia non minùs vrgeatur filia quæ maior quàm quæ minor eſt: quódque præſumendum non ſit voluiſſe patrem decipere filiam minorem potiùs quam maiorem, *l. Aurelius 29. §. Titius teſtamento ad fin. de liber. legat. leg. penultim. §. primo, vbi Bald. Cod.*

Cod.de adopt. At poſteriore caſu quo alij quàm patri facta ſit renunciatio, magis probant vt melioris conditionis eſſe debeat filia minor quàm maior. Propterea quòd ſuccurrendum ſit minori ſi enormis tantùm & vltra dimidiam læſio probetur, maiori verò non aliter quàm ſi enormiſſimè læſa ſit, hoc eſt, longè vltra dimidiam, & ad eam vſque quantitatem quæ ſit vltra beſſem, fortè ſi legitimæ quam aureis plus quàm trecentis dignam eſſe apparuit acceptis centum renunciauerit. Hoc autem ideò quoniam exiſtimant nouam Imperatorum conſtitutionem in *l. 2. C. de reſcind. vendit.* quam ad cæteros ferè omnes contractus ex eadem humanitatis ratione protrahunt, non habere locum ſi iuſiurandum interuenerit, niſi non enormis tantùm ſed enormiſſima quoque læſio accedat, quæ inquiunt re ipſa dolum habet, cùm non ſit veriſimile conſenſurum quemquam fuiſſe in tam grandem læſionem, ſi non fuiſſet adhibitus dolus, quem tamen ſicut & vim & metum à iuramento excludi æquum eſt: ne patrocinium ſumat à legibus quarum poteſtate purgandus ſit potiùs, & vindicandus. Parum enim referre arbitrantur an dolus ex propoſito dederit cauſſam contractui, an inciderit in contractum, niſi quod illo caſu contractum ipſo iure nullum, iſto verò reſcindendum eſſe volunt; & quidem ita vt in integrum omnia reſtituantur, nec ei qui alium decepit iuſti pretij ſupplendi electio relinquatur. Mihi verò tota hæc diſtinctio
4 † quam ex communi aliorum ſententia refert probatque *Didac. Couarr. in 3. part. relect. cap. quamuis pactum, §. 4. num. 7. & ſeqq.* non plura verba continere videtur quàm errata. Primùm enim illud mihi valdè ſuſpectum eſt quod
5 pontificia † conſtitutione quæ non niſi de renunciatione patri per filiam facta loquitur, protrahunt ad alias quoque renunciationes quæ alij quicumque facta ſint, dummodò iuſiurandum interuenerit. Etſi. n. conſtitutionis ratio præcipua ſumitur ex autoritate iuriſiurandi quod omnimodo ſeruandum eſt quoties citra diſpendium ſalutis æternæ ſeruari poteſt: nemo tamen non videt longè minùs odioſam eſſe renunciationem, ideóque faciliùs iureiurando confirmari debere, quæ patri quàm quæ alij facta eſt, quia prudens bonúmque pro filia conſilium pater cepiſſe credendus eſt, non etiam mater cui propter ſexus fragilitatem ne quidem facultas boni conſilij capiendi ſuppetit. Non etiam fratres, qui ſororis renunciantis facultates quantaſcumque vel vno nummo ſi facere poſſent, ne dicam ipſius morte redemptas plerumque vellent. Itaque non facilè, meo iudicio, debuit noua conſtitutio & ſatis alioquin odioſa produci ad alias perſonas propter eam doli præſumptionem quæ ex pactione ipſa legibus prohibita induci non temerè poteſt, & ex qua non mediocriter labefactatur autoritas iuriſiurandi quæ non tantùm à dolo, ſed à doli etiam ſuſpicione vacua eſſe debet: doli porrò ſuſpicionem ſola patris perſona purgare poteſt, non etiam cæterorum qui pietatis & prudentiæ paternæ aculeos nullos ſentiunt. Denique ſicuti iuſiurandum facere non poſſet citra Bonifacij conſtitutionem vt à paterna ſucceſſione excludi deberet filia quæ contra legum prohibitionem pacta eſſet de non ſuccedendo, quoniam iuſiurandum quoque nullius momenti haberetur quod præſtitum eſſet contra leges, *l. non dubium 5. C. de legib.* Ita & cùm alij quàm patri facta renunciatio eſt, ius antiquum ſeruandum eſt, vtpote ceſſantibus hoc caſu verbis nouæ conſtitutionis, ceſſante etiam æquitate ipſa qua propter patris perſonam moueri ſummus Pontifex potuit, vt huiuſmodi iuſiurandum tueretur, quæque perpetua iuriſiurandi comes eſſe debet. Deinde quod addunt interpretes, nihil
6 referre † an filia quæ patri renunciauit, minor eo tempore fuerit an maior annis vigintiquinque, nec illam magis quàm hanc poſſe in integrum reſtitui ſi non enormis quoque læſio accedat ad metum reuerentialem, non poteſt, meo iudicio, verum eſſe. In omni ſiquidem iuris parte fauetur minoribus magis quàm maioribus extra cauſſam doli vel delicti, maximè verò cùm agitur de æquitate reſtitutionis in integrum ex cauſſa læſionis indulgendæ: vt ea ætas lubrico doli & deceptionis longè magis expoſita eſt, quàm quæ iam plena & perfecta plus conſilij iudiciíque habet ad res bene prudentérque adminiſtrandas. Ratio autem illa qua mouentur interpretes, vt omnem ætatis diſtinctionem hac parte reiiciant, apertè
falſa eſt. Putant enim iuriſiurandi † autoritatem eam eſſe 7
debere, vt filiam quæ renunciauit, non aliter à iureiurando abſolui oporteat, quàm ſi, per vim & metum aut per dolum ad iurandum adacta probetur, ſiue minor fuerit, ſiue maior, dummodo pubes, quòd ex iureiurando puberes omnes æquè obligentur. Quæ ſententia ſi vera eſt, non video quonam alio caſu verius dici poſſit ſummum ius ſummam eſſe iniuriam. Quoties enim contractus talis eſt quem ſi iuratus non eſſet ex cauſſa aliqua reſcindi oporteret, non debet iuſiurandum eſſe vinculum iniquitatis vt impediat æquitatem reſtitutionis. Ipſo namque rerum quotidiano vſu compertum eſt qua facilitate quis contrahit & decipitur, eadem quoque perſuaderi vt iuret. Nec eſt quod quis obiiciat ita fieri vt nulla ſit autoritas iuſiurandi. Eſt. n. maxima in eo quod firmat contractus, facitque vt ipſo iure valeat qui aliter non valeret, ita vt nec abſolutio peti, aut ſaltem effectum habere poſſit, niſi maxima æquitate id ſuggerente. In quo
pragmatici † Galli noſtrique videntur mihi æquiores, ne 8
dicam prudentiores Italis. Non enim ſeparant cauſam abſolutionis à cauſa reſtitutionis, ſed vbicumque ſubeſt æquitas quæ reſtitutionem dari debere ſuadeat, abſolutionis quoque indulgendæ rationem ſubeſſe exiſtimant, quam & iudex Eccleſiaſticus paſſim & ſine cauſæ cognitione indulgere ſolet, quamuis ad fines agendi tantùm, & eo demum caſu effectum habituram quo iudex laicus ad quem ſpectat cognitio reſtitutionis, cauſâ cognitâ reſtitutionem petenti conceſſerit. Itali contrà quotieſcumque adhibitum eſt iuſiurandum quod neque vi neque dolo malo formali aut præſumpto extortum ſit, nihil aliud intuendum exiſtimant niſi an ſine detrimento ſalutis æternæ ſeruari poſſit nécne, ſiue mulierem proponas ſiue contra Velleianum interceſſerit, aut de dote malè pacta ſit, ſiue minorem, quæ prædia ſine decreto iudicis perperam & viliſſimo pretio diſtraxerit: adeò vt nec aliter huic iniquitati poſſe occurri apud Pedemontanos creditum ſit, quam ſi edicto Principis quod in eam rem extat, prohiberentur notarij ne in eiuſmodi inſtrumentis componendis iuſiurandum mulieris aut minoris vllum adhiberent. Admiſſo igitur eo iure quo Senatus noſter vtitur vt nil obſtante iureiurando perinde reſcindi contractus poſſit ſi ſubſit cauſſa reſtitutionis acſi
iuratus non eſſet, dico † renunciationem quam patri fi- 9
lia, licèt iuratò fecerit, reſcindi poſſe & debere ex cauſa læſionis, ſi filia minor fuit, quamuis intra dimidiam læſa proponatur, quia quod hoc etiam caſu enormem læſionem interpretes requirunt, ex eo proficiſcitur, vt dictum eſt, quòd ita demum filiam à iuriſiurandi vinculo abſolui poſſe volunt, ſi per vim aut metum adacta ſit ad iurandum: metum verò illum non ex qualibet læſione induci poſſe putant, ſed ex ea tantùm quæ ſit enormis, quæ nec ipſa ſufficeret niſi metus quoque reuerentialis concurreret. Tolle igitur errorem illum ſuperſtitioſum magis quàm religioſum de iuriſiurandi autoritate. Relinquetur vt ea læſio ſufficere debeat ad indulgendum minori filiæ auxilium reſtitutionis, quæ ſufficeret ſi citra vinculum iuriſiurandi pactio illa de non ſuccedendo valere potuiſſet. Atqui nemo non fatetur eo caſu ſuccurrendum fore minori filiæ potiùs quam maiori ex cauſſa læſionis immodicæ, quoniam vbi ſola læſio inducit reſtitutionem, conſtat in maiorum duntaxat non etiam in minorum reſtitutionibus conſtitutum eſſe vt læſio vltra dimidiam iuſti pretij requiratur. Idem ergo & interueniente iureiurando admittendum eſt. Sed & ex eo quod interpretes volunt enormem læſionem cum reuerentiali

metu

metu concurrentem ſufficere vt filia etiam maior annis
vigintiquinque per vim & metum iuraſſe exiſtimetur,
contendo fieri debere vt in filia minore minorem quo-
que læſionem exigere debeamus. Etſi enim metus reue-
rentialis in cuiuſlibet ætatis filia idem eſt & eſſe debet,
nec ſolus ſufficit ad impetrandam reſtitutionem, *l. ad
inuidiam 6. vbi Bart. notat. C. de eo quod vi met. cauſ.* cùm
tamen coniuncta læſio inducat metum, ſi noſtris credi-
mus, conſentaneum eſt vt quemadmodum minor læſio
ſufficeret in perſona minoris filiæ ad inducendã æqui-
tatem reſtitutionis ſi ſola læſio ſatis eſſet, ita & minor
læſio in perſona filiæ minoris debeat inducere metum
præſumptum. Nam & multò facilius eſt vt minori an-
nis vigintiquinque quàm vt maiori metus inferatur.
Siquidem in prætoris edicto metus non alius intelligi-
tur, quàm qui ſit iuſtus, & qui cadere poſſit in conſtan-
tem virum. Nemo autem neſcit minùs eſſe conſtantiæ in
minore quàm in maiore. Quanquam hæc ipſa ratio fa-
cit vt non putem verum quod tam conſtanter interpre-
10 tes omnes defendunt enormem † læſionem cum reue-
rentiali metu coniunctam inducere probationem eius
metus quem interuenire neceſſe eſt, vt ex edicto, Quod
metus cauſſa id quod geſtum eſt reſcindatur. Tantum
enim abeſt vt præſumptus metus ſufficere poſſit ad re-
ſtitutionẽ, qualem eſſe hunc fatentur qui ex metu reue-
rentiali & enormi læſione inducitur, vt nec verũ metum
illatum eſſe proſit, niſi talis metus ſit qui cadere poſſit
in conſtantem virum. Quid verò cum eo metu ſimile ha-
bet pudor filiæ quæ patri exiguam dotem offerenti vt
filiæ renunciationẽ extorqueat, contradicere non audet?
Alterutrum igitur admittendum eſt, vt vel metus reue-
rentialis ſufficere debeat impetrãdæ reſtitutioni ſi læſio
aliqua non prorſus modica accedat, ſiue filia maior ſit
ſiue minor, vel nulla læſionis ratio habenda ſit quanta-
cumque proponatur. Nuſquam enim ſcriptum reperias
commune quicquam habere læſionem cum metu, an ſi
quid in ea re læſioni tribuendum eſt, enormem potiùs
& quæ ſit vltra dimidiam quàm aliam quæ non omnino
modica ſit, requiri. Pugnatque ex diametro cum hac in-
11 terpretum traditione † lex *ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* in
cuius ſpecie filia quæ cum patre contraxerat, tametſi im-
modicè læſa eſſet, iuuatur contra patrem non ea parte
edicti quæ eſt De eo quod metus cauſſa, ſed ex capite De
dolo, temperata tamen propter paternam verecundiam
verbis in factum conceptis actione. Etſi enim actio illa
in factum non infamat, cùm tamen ſubſidiaria ſit actio-
nis De dolo, non alio caſu dari poteſt quàm quo actio
de dolo dari poſſet ſi paterna verecundia non obſtaret.
Atqui non competeret de dolo, quandiu ex capite De eo
quod metus cauſa indulgeri reſtitutio poſſet: paterna
igitur verecundia cum læſione quantumcũque enormi
coniuncta non poteſt inducere auxilium prætoris, quod
ille metum iuſtum paſſis pollicetur. Quæ cùm ita ſint
apparet quoque diſtinctionis partem falſam eſſe, quæ
habet, Si filia quæ renunciauit alij quàm patri renun-
ciauerit, non aliter poſſe eam reſtitui ex cauſſa enormis
læſionis, quàm ſi ſit minor annis vigintiquinque. Sin
maior ſit, enormiſſimam læſionem probandam eſſe. Nam
vt ita diſtinguant mouentur etiam ſola iuriſiurandi au-
toritate, & ceſſante metu reuerẽtiali cùm alij quàm patri
filia renunciauit, nullam violandi iuriſiurandi cauſſam
ſatis iuſtam eſſe putant, præter dolum, quem porrò ita
demum in re ipſa ineſſe putant vt dolo ex propoſito cõ-
paretur, ſi enormiſſima læſio probetur interueniſſe. At
12 nos iam diximus iuſiurandum † facere non debere vt
impediatur reſtitutio quæ ex læſione iuſtam cauſſam
habet, licèt neque vis interceſſerit, neque metus, neque
dolus. Idque igitur iuris in huiuſmodi renunciationi-
bus alioquin odioſis & à iure ciuili prohibitis ſeruan-
dum erit quod in alijs contractibus fauorabilibus licèt
iuratis ſeruari ſolet, vt ſi à maiore reſtitutio petatur
enormis læſio probanda ſit: ſin à minore, minor quo-
que læſio requiratur. Sed neque video quid interſit † an 13
patri filia renunciauerit, an alij, cùm de paterna ſucceſſio-
ne actum eſt. Non enim valere poteſt pactio inter filiam
& alios facta de non ſuccedendo patri niſi patris con-
ſenſus accedat: ex *l. vltim. Cod. de pact.* quo interueniente
vix eſt vt non idem reuerentialis metus adſit, qui adeſſet
ſi ipſi patri facta eſſet renunciatio. Cur ergo aliud hoc
caſu admittemus, nec æquè ſuccurremus filiæ licet ma-
iori, vt ſaltem probata enormi læſione reſtituatur? Quod
ſi de alia quàm de paterna ſucceſſione actum ſit, vix etiã
eſſe puto vt non eodem iure cenſeri debeat filia quæ
matri, quo ea quæ patri renuntiauit. Etſi enim non ea-
dem matris quæ patris in liberos poteſtas eſt, eandem
tamen † vtrique parenti reuerentiam liberi debent, cùm 14
ea reuerentiæ exhibendæ neceſſitas non ex iure poteſta-
tis, ſed à natura proficiſcatur. Itaque cùm ſubſit vtro-
que caſu idem metus reuerentialis, non debet deterioris
conditionis eſſe filia quæ matri renunciauit quàm quæ
patri, nec maioris læſionis probatione oneranda eſt.
Quam etiam ob cauſſam, ſuprà moti ſumus contra in-
terpretes ex *d. l. ſi ſuperſtite C. de dolo,* vt probaremus ex
metu reuerentiali iuncto cum immodica læſione iuſtum
metum non induci, quamuis ea lex loquatur de filia
emancipata, quia ſcilicet reuerentialem metum inducit
nomen patris non ius poteſtatis, vt de dote profectitia
ſcriptum eſt in *l. 5. §. 1. D. de iur. dot.* Planè extra paren-
tes fateor reuerentialem metum nullum eſſe, cuius in
concedenda reſtitutione ratio haberi poſſit. Nolo hîc
repetere quæ iam ſæpius à nobis in ſuperioribus tractata
ſunt contra inueteratum illum errorem interpretum De
dolo in re ipſa ex enormiſſima læſione inducendo. Sed
hoc tantùm monere volo, facilius eſſe vt filia in integrũ
reſtituatur aduerſus contractum quem cum patre iniit
cùm ſe ex ſua ſimplicitate deceptam allegat quàm ſi me-
tum vel dolum ſibi à patre illatum eſſe diceret, ſicut ap-
paret ex ea prudentum veterum diſtinctione quam Iu-
ſtinianus refert in *d. l. vlt. C. qui & aduerſ. quos in integ.
reſtit. non poſſ.* Vt intelligamus † filiam quæ patri renun- 15
ciauit, non in eas eſſe redigendam anguſtias ſi in integrũ
reſtitui velit, vt dicat, probétve dolo ſe patris vel metu
adactam vt cum iureiurando renunciaret, ſed ſufficere
debere ſi dicat ſe læſam ſua ſimplicitate probétque læ-
ſionem: cui conſequens eſt vt ætatis quoque diſtinctio
admittenda ſit, tantóque faciliùs reſtituenda filia quæ
minor fuit quanto credibilius eſt eam ſua ſimplicitate
deceptam eſſe, quam ſi maior fuiſſet. Illud verò etiã ob-
ſeruandum eſt conſtitutionem illam Iuſtiniani in *d. l. vlt.*
quæ liberos ab omni ſpe impetrandæ aduerſus parentes
reſtitutionis excludit, ad propoſitam quæſtionem non
pertinere. Solis enim † parentibus & patronis ea lege 16
proſpicere Iuſtinianus voluit propter reuerentiam quæ
huiuſmodi perſonis debetur, non etiam eorum heredi-
bus quibus vtique debetur nulla: propoſita autem quæ-
ſtio De reſcindenda renuntiatione futuræ ſucceſſionis
aut portionis legitimæ, ex cauſſa immodicæ læſionis non
poteſt locum habere niſi mortuo demum patre, quia nec
priùs effectum habet renunciatio, nec de legitimæ iuſta
quantitate viuo patre tractari poteſt, vt in ſuperioribus
latè fuſéque à nobis diſputatum eſt.

ERROR VII.

*De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit
paterna ſucceſſioni cum iureiurando.*

SVMMARIA.

1 *An valeat renuntiatio filiæ quæ nulla dote à patre
accepta renunciauit paterna ſucceſſioni cum iure-
iurando.*

2 *Sententia interpretum affirmans, quibus tamen placet hoc caſu abſolutionem & in integrum reſtitutionem poſſe impetrari.*

3 *Pactionem de qua agitur iureiurando non confirmari, contra eoſdem.*

4 *Filiam in caſu propoſito non indigere abſolutione, aut reſtitutione in integrum.*

5 *Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur.*

6 *An ex Bonifacij conſtitutione pactiones de non ſuccedendo confirmentur per iuſiurandum; an verò iuſiurandum tantùm inducat periurij exceptionem.*

7 *Sententia Bartoli: & quo iure hac in parte vtamur.*

EST hæc tractatio velut appendix quædam ſuperioris, poteſtque fieri locus quæſtioni, licèt vix ſit vt filia paternæ ſucceſſioni renunciet adhibito præſertim iureiurando quin vel dotem, vel quid aliud à patre accipiat. Euenit enim aliquando vti ea quantitas quam pater dat filiæ in dotem pro legitima vt renunciet illa bonis paternis, maternis, fraternisque, non ſit amplior quàm quanta filiæ ex maternis ſolis aut fortaſſe ex legato per patrem præſtando debeatur, quòd cùm accidit etſi inſtrumento comprehenſum ſit quantitatem illam à patre promiſſam aut numeratam eſſe pro iuribus omnibus, effectu tamen ipſo verum eſt nihil filiam à patre accepiſſe. Quid enim eſt quod de ſuo dediſſe videatur, qui quod dedit omnimodò dare debuit, *l. vnum ex familia 67. §.1. de legat. 2.* Autoritas tamen iuriſiurandi facit vt hoc etiam caſu
1 quæratur an renuntiatio † valeat, & pontificiæ conſtitutionis de qua hucuſque diximus iure defendatur.
2 Frequentiórque † interpretum ſententia eſt valere renuntiationem & iureiurando confirmari, quoniam poſſit iuſiurandum hoc ſeruari commodè ſine detrimento ſalutis æternæ. Sic enim *Didacus Couarr.* poſt alios *in tertia part. relect. cap. quamuis de pact. in 6. §.4. num. 6.* Fatentur tamen poſſe impetrari abſolutionem à vinculo iuriſiurandi, & in integrum reſtitui filiam aduerſus renuntiationem, ſiue ex capite *De eo quod met. cauſſ.* propter concurrentem metum reuerentialem ſi cum patre contractum fuit, ſiue ex cauſſa doli ſi cum alio quàm cum patre, propter enormiſſimam læſionem cuius probatio euidens eſt renuntiante eo cui in vicem legitimæ ſucceſſionis aut portionis nihil datur. Ideò autem dant abſolutionem & reſtitutionem quòd nulla vis ſit iuriſiurandi per vim aut metum dolúmue extorti, quale his caſibus illud eſſe intelligitur; quod adhibitum eſt in renuntiatione. Ego ne repetam, quæ ſuperiore cap. contra interpretes diſputaui, non poſſum probare quod
3 illi volunt pactionem † hanc, de qua quærimus iureiurando confirmari. Etenim cùm non ſolùm ſit contra leges, ſed etiam ſine cauſſa, negari non poteſt quin aduerſus agentem ex ea pactione danda ſit exceptio doli, quæ iure competit quoties agitur ex ſtipulatione interpoſita ſine cauſſa, *l. 3. §. circa. D. de dol. mal. except.* quoniam, vt ibi Vlp. ait, nunc facit dolo qui ex ea ſtipulatione agit, licèt ab initio nihil dolo fecerit. Abſurdum autem ſit exiſtimare doli exceptionem ob id minùs locum habere poſſe, quòd iuſiurandum interuenerit. Nam ſicuti iuſiurandum quod dolo malo extortum eſt non obligat iurantem, ita neque adimere poteſt iuranti exceptionem doli, ſiue detur exceptio illa ob dolum qui iuſiurandum expreſſerit, ſiue ob dolum qui actionis potiùs quàm ſtipulationis tempore emerſerit. Semper enim dolus potentior eſt iureiurando, neque aut actio de dolo, aut exceptio doli per iuſiurandum vnquam perimitur: ne alioqui eueniat vt iuſiurandum iniquitatis & doli vinculum conſtituatur. Quod ſi in propoſita ſpecie nulla poteſt eſſe vis iuriſiurandi propter doli exceptionem, conſequens eſt vt nulla ſit ad renuntiationem reſcindendam neceſſaria reſtitutio. Non modò quia extraordinarium auxilium quale eſt reſtitutionis ſicut neceſſarium non eſt, ita nec competit, vbi adeſt ordinarium exceptionis doli *l. in cauſſa 17. in princ. & §.1. D. de minor.* Sed etiam quia ceſſante poteſtate iuriſiurandi quo ſolo ſuſtinebatur renuntiatio, ſupereſt ius commune & antiquum ex quo pactiones huiuſmodi de non ſuccedendo prorſus improbantur: cúmque nullo iure ſubſiſtat, fieri non poteſt vt reſcindatur, *l. nam etſi 5. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Et ſanè pontificia conſtitutio quæ prima ſoláque ius hoc induxit eum nominatim caſum demonſtrat quo filia accepta dote patri renuntiauerit. Proinde ſicuti non eadem vrget æquitas cùm filia vt renuntiaret nihil à patre acceperit, ita nec ratio vlla eſt vt ad eum caſum conſtitutio noua correctoria & odioſa protrahatur. Accedit quod ipſa conſtitutionis verba excludunt iuſiurandum quod vi, vel metu, vel dolo ſit extortum. Si ergo verũ eſt quod interpretibus placet præſumi dolo extortum iuſiurandum quoties enormiſſima læſio interuenit, adeóque per vim & metum ſi cõcurrat metus reuerentialis. An non prorſus conſequens eſt in
ea ſpecie quam tractamus nullam iuriſiurandi rationem 4
haberi debere? Quænam enim grauior læſio vel animo concipi poteſt quàm ſi nihil prorſus filiæ pater dederit? Si verò nullam iuriſiurandi rationem habendam eſſe fateare, ideóque admittas filiam ad petendam abſolutionẽ & reſtitutionem, quid obſecro indiget illa auxilio † abſolutionis & reſtitutionis aduerſus renũtiationem quæ nulla eſt ipſo iure? Videns vt noſtri ſe hîc præpediant implicéntque miris contradictionibus. Non enim hoc genus contractus ſimile eſt cæteris contractibus iuratis, qui non eo minùs tenent ipſo iure quòd dolus aut metus in contrahendo iurandóque interuenerit. Finge adactum quem per vim & metum, non vt fundum venderet, dolus enim dans cauſſam venditioni faceret venditionem ipſo iure nullam, *l. & eleganter 7. in princip. D. de dolo*) ſed vt viliſſimo pretio venderet, ac prætereà iureiurando æquè per vim aut per dolum extorto confirmatam venditionem. Iuſiurandum nullius omnino momenti erit, quia non fuit liberũ nec habuit conſenſum & voluntatem iurantis. Ipſa tamẽ venditio tenebit ipſo iure, quia contractus talis eſt, qui vt valeat, iuriſiurandi vinculum non requirit. Igitur reſtitutio in integrũ erit neceſſaria, idémque de ſimilibus cæteris tractari poteſt, An in pactione iurata de non ſuccedẽdo nihil eſt quod pactionem tueatur præter iuſiurandum. Solue vinculum iuriſiurandi, at vt meliùs dicam, habe iuſiurandum pro non interpoſito, quia per vim dolúmue extortum fuit. Nihil eſt quod facere poſſit neceſſariam aut vtilem reſtitutionem aduerſus contractum nullum & improbatum. Dices poſſe fieri vt iuſiurãdum ſit obligatorium ſummo iure, & tamen ex æquitate veniam & abſolutionem mereatur: idque contingere ſi vi aut dolo extortum ſit. Sed ne quæſtionem illam nunc attingamus de qua alibi tractandũ erit. An obligatio aliqua naſcatur ex iureiurando per vim aut per dolum expreſſo vt abſolutio neceſſaria ſit, nécne, dico apertiſſima eſſe verba pontificiæ conſtitutionis, nolentis huiuſmodi iureiurando confirmari pactiones iſtas de non ſuccedẽdo: proinde ad hoc vt ius antiquũ retineatur, ſufficere ſi vel dolus vel metus probetur ſaltémque ad euitadam exceptionem periurij ſatis eſſe ſi abſolutio petatur: nec prætereà requiri poſſe vt ad contractum reſcindendum reſtitutio poſtuletur. Nam & idem euenit ſi minor prædium ſuum vendiderit ſine decreto, & dolo aut vi coactus iurauerit eam ſe venditionem ratam habiturum, quia conſtitutio Federici Imperatoris in *Auth. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vend.* ea nominatim ſacramenta excipit quæ per vim vel dolum præſtita probabuntur. Non enim fieri poteſt, vt contra-
ctus † alioqui nullus confirmetur iureiurando, niſi iuxta 5
eas conditiones & formas quas ea ipſa lex præſcribit, quæ prima induxit vt iuriſiurandi ea ſit vis & poteſtas. Quò etiã pertinet quæſtio illa ab vtriuſq; iuris interpre-
tibus tractata, An ex D. Bonifacij cõſtitutione † pactiones 6
huiuſmodi

huiuſmodi de non ſuccedendo confirmentur per iuſiu-
randum, an verò iuriſiurandi vis tota in eo eluceat vt
aduerſus iurantem inducat periurij exceptionem: ni-
mirum quia priore caſu ſi qua ſit cauſſa reſcindendæ
pactionis neceſſaria eſt reſtitutio: quæ poſteriore non
eſſet neceſſaria, ſufficiente abſolutionis impetratione.
7 Nec verò deſunt qui negent poſt Bartolum † ad *l. qui*
ſuperſtitis 94. num. 4. de acq. hered. tenere huiuſmodi re-
nuntiationes niſi metu periurij. Etſi autem receptior
eſt, quamuis fortaſſe non verior meo iudicio contraria
ſententia, tamen non eſt qui poſſit negare, ſi volet in-
genuè agere, quin *Bartoli* ſententia eo ſaltem caſu ad-
mitti debeat, quo dolus aut metus iuſiurandum expreſ-
ſerit, vt ſufficiat impetrari tunc abſolutionem ſine reſti-
tutione. Alio tamen iure paſſim vtimur, & reſtitutio-
nem, etiam ex reſcripto Principis neceſſariam puta-
mus, locupletandæ vt puto Cancellariæ potiùs quàm
iuris tuendi gratia, licèt hoc colore planè inepto, vt
quod de facto proceſſit, inquiunt pragmatici de facto
etiam reſcindatur.

ERROR VIII.

De filia, quæ minor accepta dote renuntiauit paterna ſucceſſioni, & læſa per decennium tacuit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Socini & aliorum quorumdam filia quæ minor accepta dote perexigua aut nulla renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando, & læſa per decennium tacuit, reſtitutio in integrum denegatur.*

2 *Ratio qua ſuperioris ſententiæ autores mouentur.*

3 *Renuntiatio quæ aliquo vel minimo accepto facta eſt, donationis iure cenſeri nequit, contra pragmatic.*

4 *L. vlt. Cod. ſi maior fact. al. fact. ſin. dec. ad quæſtionem propoſitam referri non poſſe.*

5 *Renuntiatio ſeu donatio, quæ de agitur quibus de cauſſis non valeat: & num. 8.*

6 *Reſtitutio in integrum ex cauſſa immodicæ læſionis poſt inductum beneficium l. 2. C. de reſcind. vend. ad 30. annum extenditur.*

7 *Actio qua petitur legitima aut ſupplementum legitimæ eſt triennalis: & n. 12.*

9 *Inter patrem & filiam quæ eſt in poteſtate donatio ſubſiſtere nequit.*

10 *Quia de legitima viuo patre queri non poteſt filia, de qua agitur, decennij ſilentio à iure reſcindendæ renuntiationis excludi non poteſt.*

11 *Filiaſfam. præſertim nupta viuo etiam patre ius habet congruæ dotis petendæ, ſi nullam, aut incongruam dotem à patre acceperit, idque implorato iudicis officio.*

ILla etiam quorundam interpretum & pra-
gmaticorum ſententia nobis refellenda
1 eſt, qui † in integrum reſtitutionem de-
negant filiæ, quæ in minori ætate, ac-
cepta perexigua aut nulla dote, pacta eſt cum patre lo-
cuplete de non ſuccedendo, in eámque rem interpo-
ſuit iuſiurandum, ſi à tempore completi anni vigeſimi-
quinti tacuerit illa per decennium, nec aduerſus re-
nuntiationem impetrauerit reſtitutionem. Sic enim
Socino viſum eſt *conſ. 67. num. 43. lib. 2.* & aliis nonnul-
lis quos refert & ſequitur *Anton. Sola Comment. ad*
edictum. De alien. bon. minor. gloſſ. 2. num. 12. Mouentur
2 † ex *l. vlt. C. ſi maior. fact. aliena. fact. ſine decret. rat.*
habuer. vbi extat Iuſtiniani conſtitutio qua cauetur vt
donatio rerum minoris contra ſenatuſconſultum facta
ſolo decennij inter præſentes, aut vicennij inter ab-
ſentes ſilentio confirmetur. Cæteræ verò alienationes
ſilentio quinquennij, ita tamen vt à die completæ ma-
ioris ætatis ſilentij tempora computentur. Putant
enim iſti ſatis ſe fauere filiæ, ſi iuratam renunciatio-
nem factam aut nullo aut modico accepto æquiparent
donationi, potiùs quàm venditioni, vt habeat illa
tantò longius tempus ad conquerendum, petendám-
que reſtitutionem. In quo videntur mihi à principiis
iuris valdè diſſidere. Primùm quia non poteſt ea re-
nunciatio † quæ aliquo vel minimo accepto facta eſt 3
donationis iure cenſeri, licèt viliore pretio facta ſit do-
nationis cauſſa ſi modò contractus talis ſit, qui in ea
forma valere poſſit, quomodo hunc valere interpretes
& pragmatici volunt propter accedens vinculum iu-
riſiurandi. Eſtque aperta in hanc rem Vlpiani ſententia
in *l. ſi quis donationis 38. ff. de contr. empt.* Sed etſi iure
donationis ea conuentio cenſeretur, non tamen poſ-
ſet pertinere ad Iuſtiniani † conſtitutionem, quia non 4
de aliis donationibus minorum ſilentio corroborandis
ſenſit Iuſtinianus quàm de iis quæ ob eam duntaxat
cauſſam nullæ eſſent, quòd à minore contra Seueri
orationem factæ fuiſſent. Hæc verò nulla † eſt duplici 5
alia de cauſſa, quarum vna iure nititur communi, al-
tera ſpeciali. Iuris communis ratio illa eſt, quòd do-
natio huiuſmodi ſit per viam illicitam pactionis de
non ſuccedendo quæ inter quaſcumque perſonas pro-
hibita eſt, nec minùs pontificio quàm ciuili iure, ſi
priuilegium iuriſiurandi tollas. Nam ſi dicas de ea re-
nunciatione & donatione nos tractare quæ facta ſit ad-
hibito iureiurando, ac proinde quæ valeat ex ponti-
ficis conſtitutione, Replicabo tantò minùs locum fore
legi Iuſtinianeæ quæ cùm de confirmandis donationi-
bus ſit, ad eas ſolas ſpectat, quæ ab initio non value-
runt. Sin ex eo moueri velis, quòd hæc donatio licèt
valuerit à principio propter iuſiurandum, in eo tamen
fuit vt petita abſolutione reſcindi poſſet per in inte-
grum reſtitutionem, ob immodicam læſionem. Parata
quoque contradictio eſt, reſtitutionem † in integrum 6
ex cauſſa immodicæ læſionis poſt inductum benefi-
cium, *l. 2. C. de reſcind. vend.* non finiri longo tem-
pore, id eſt decennio inter præſentes aut vicennio in-
ter abſentes, ſed in trigeſimum vſque annum extendi
quia condictio ex lege magis quàm in integrum reſti-
tutio dicenda eſt, vt probauimus in ſuperioribus.
Quod in propoſito eo magis obtinet quòd reſtitutio
quæ filiæ datur ad reſcindendam iuratam renunciatio-
nem, in eum finem dirigitur vt reſciſſa renunciatione
poſſit filia petere legitimam aut legitimæ ſupplemen-
tum: quam † in rem comparata actio, licèt ſubſtituta 7
in locum querelæ inofficioſi teſtamenti, proculdubio
perpetua, id eſt triennalis eſt, quia & condictio eſt
ex l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt. Non igitur videri
poteſt Iuſtinianus de hoc donationum genere ſenſiſſe,
quarum nec vſus, nec ſenſus vllus fuit toto iure ciuili,
& ad Bonifacij vſque conſtitutionem. Sed & ius † aliud 8
ſpeciale eſt propter quod fieri nequit vt ex ſupradicta
Iuſtiniani lege ſolo ſilentio confirmetur huiuſmodi do-
natio. Nimirum quia inter patrem & filiam quæ in † 9
poteſtate eſt donatio ſubſiſtere non poteſt, nec magis ſi
à filia patri quam ſi à patre facta ſit filiæ. Nam ſi dona-
tiones quas parentes conferunt in liberos quos habent
in poteſtate non alio ſilentio confirmantur quàm quod
in mortis vſque tempus duret, *l. donationes quas parens*
25. C. de donat. int. vir. & vxor. quis admittat donationes
à liberis collatas in parẽtes decennij aut vicennij ſilen-
tio cõfirmari? Multò namque maior ratio eſt vt innoxiũ
& inculpatum ſit liberorum ſilentium, qui etiamſi agere
maximè velint contra patrem, tamen non poſſunt, id-
ipſum prohibente iure poteſtatis, & alia eiuſdem Iu-
ſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. qui & aduerſ. quos in*

integr. reſtit. non poſſ. Nam etiamſi non contra patrem ipſum, ſed contra tertium qui cum patre contraxiſſet, filiam agere oporteret; non tamen agendi tempora ei prius currere inciperent quàm liberata eſſet à patria poteſtate ſiue emancipatione, ſiue patris morte, *l. 1. §. vlt. Cod. de annal. except. Auth. niſi triennale. C. de bon. matern.* Illa quoque ratio facit pro filia ne decennij aut vicennij ſilentio excludatur à iure reſcindendæ per reſtitutionem renuntiationis, quòd, vt probauimus in
10 ſuperioribus, neque de legitima † quæri poteſt, quandiu pater viuit, neque ſciri poteſt an læſio vlla interuenerit priuſquàm exploratum ſit quid & quantum pater moriens in facultatibus reliquerit. Ergo mortis tempus expectandum eſt, non ſolùm vt filia poſſit exercere iudicium reſtitutionis, ſed etiam vt actionem habere incipiat, quæ eo demum inſtanti nata in trigeſimum vſque annum exinde computandum extendetur. Poteſt tamen eſſe maior dubitatio, ſi filia quæ renuntiauit cum iureiurando, non in hoc agere velit vt legitimam aut legitimæ portionem ſaluam habeat ſed in id tantùm vt congruè dotetur. Iam enim ſæpius monui-
11 mus filiamfamilias præſertim † nuptam viuo etiam patre ius habere congruæ dotis petendæ, ſi fortè aut nullam aut euidenter incongruam dotem à patre acceperit, non quidem propoſita in eam rem ciuili actione, quam ſanè ius poteſtatis non admittit, ſed officio iudicis implorato vt *in l. Imperator 50. D. ad S.C. Treb.* Verum enim verò ſuperiores rationes faciunt, vt neque ad hunc caſum putem pertinere Iuſtiniani conſtitutionem: Nam etſi in poteſtate & iure filiæ eſt petere vt, à patre congruè dotetur, nihil tamen eſt quod ei imputetur, ſi propter paternam verecundiam ſibi imperauerit ne peteret, nec quiſquam iudex propitiis auribus audiat patrem patriſve heredem ſiue ſuum ſiue extraneum, ſi imputare filiæ velit, cur non præcipitauerit patrem ad congruam dotem præſtandam arg. *l. ſi extraneus 33. D. de iur. dot.* Proinde non eo minùs ſaluam
12 † actionem habebit filia mortuo quandocunque patre ad petendum legitimæ ſupplementum intra proximos triginta annos à mortis die numerandos, non ſecus acſi dotis congruæ petendæ, nullum ius vnquam habuiſſet: ne ob id minus iuris nunc habeat, quòd anteà plus & iuris & modeſtiæ habuerit.

ERROR IX.

De renuntiatione iurata fauore maſculorum, aut certæ alterius perſonæ facta.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio iurata filiæ fauore maſculorum aut certæ alterius perſonæ facta, euaneſcit ſi huiuſmodi perſona viuo patre deceſſerit.*
2 *In dubio volunt pragmatici factam renuntiationem in fauorem maſculorum, ſi qui iam exiſtant tempore renuntiationis.*
3 *Dictæ traditionis pragmatic. refutatio.*
4 *Coniectura probabilis, quòd pater ſolis maſculis renuntiationem filiæ prodeſſe voluerit.*
5 *Defunctis maſculis in quorum gratiam ſorores renuntiarant, æqualiter ſorores ſuccedere debent.*
6 *Alia coniectura eodem quò prior ſpectans.*
7 *Filia quæ renuntiauit excluditur per ſorores quæ non renunciarunt, earúmque deſcendentes.*
8 *Filia quæ renuntiauit patre ſtipulante pro ſe ſuiſque heredibus, excluditur per patris deſcendentes heredes, non etiam extraneos, aut agnatos.*
9 *Erronea interpretum diſtinctio, & eius refutatio, num. 10.*

CVm renuntiatio † per filiam facta eſt, non 1
ſimpliciter, ſed in fauorem tacitum vel expreſſum alterius fratris aut ſororis, ſi poſteà deceſſerint viuo patre illi, in quorum gratiam filia renuntiauerat, conſtat euaneſcere renuntiationem, vt ex communi interpretum ſententia tradit *Didac. Conar. in 3. part. relect. cap. quamuis. de pact. in 6. §. 3. num. 4.* Ob præſumptam ſcilicet contrahentium voluntatem, quoniam ceſſante renuntiationis cauſſa finali, eius quoque effectum ceſſare æquum eſt. Adeò vt nec impunè poſſit pater aut mater hoc caſu filiam quæ renunciauit præterire, quomodo poſſet, inquiunt illi (nos enim iam ſuprà negauimus) ſi ſubſiſteret renuntiatio. Iuſiurandum enim perpetuam conditionem hanc habet ſi res in eodem ſtatu permaneant, *c. quemadmodum. Extr. De iureiur.* Idémque admittendum eſt ſi ſimpliciter facta ſit patri renuntiatio quo tempore alios liberos habebat aut habere ſperabat, & is poſteà ſine liberis deceſſerit. Credendus enim eſt pater ſpe & cogitatione futurorum liberorum inuitaſſe filiam ad renuntiationem, nec paternæ adfectionis ratio patitur, vt filiam à propria ſucceſſione vſque adeò excludere voluerit, vti ab inteſtato agnatus aut cognatus aliquis ei præferretur. arg. *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic. l. cum annus 102. D. de cond. & demonſtr. l. ex facto 17. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* In dubio autem pragmatici † noſtri 2
putant cenſeri factam renuntiationem in fauorem maſculorum, ſi qui iam exiſtant tempore renuntiationis.
Quod tamen nulla ratione mihi fit † probabile, nec ſi 3
inter nobiles agatur, quos conſtat ſolere maiorem curam gerere bonorum in familia conſeruandorum. Sunt enim ex iis etiam permulti, qui filias ſuas non minùs quàm maſculos diligunt, eaſque ſibi ab inteſtato ex æquis partibus heredes optant, niſi ſi maiorum teſtamentis & ſubſtitutionibus in maſculorum fauorem factis prohibeantur, quo tamen caſu tantò magis ſuccurrendum eſt filiabus, quantò minorem ex paternis bonis portionem etiam ab inteſtato ſperare poſſunt. Illa ſanè non improbabilis eſt coniectura † voluntatis
quòd pater ſolis maſculis renuntiationem filiæ prodeſſe voluerit, ſi alias filias quæ iam ipſo renuntiationis tempore in rerum natura erant, poſteà idem pater ad ſimilem renuntiationem faciendam induxerit. Quod & Didacus fatetur ſupradicto loco. Cuius ſententiæ effectus ille erit, vt ſi poſteà viuo patre defuncti † ſint 5
maſculi, ſuccedat nihilominus filia quæ prior renuntiauit, acſi nõ renuntiaſſet, an verò ſola, an cum aliis ſororibus quæ poſteà renuntiarunt. Nam cùm ea perinde habeatur acſi nunquam renuntiaſſet, ratio facere videretur vt ei prodeſſe deberent poſteriores ſororum renuntiationes, quæ prodeſſent vtique ſi renuntiatio nulla præceſſiſſet, tametſi ſorores legalem, vt vocant, eſcheutam ſibi excepiſſent: quoniam eius exceptionis nulla vis & vtilitas eſt, quandiu alia eiuſdem gradus perſona ſupereſt, quæ ſuccedere ab inteſtato poſſit. Sed tamen cùm poſteriores quoque renuntiationes prioris exemplo non niſi in fauorem maſculorum expreſſas eſſe certum ſit, eadem omnium ratio haberi debet, vt quaſi nullis omnino factis renuntiationibus æqualiter à ſororibus omnibus ſuccedatur. Superiori
coniecturæ illa † etiam ſimilis videri poteſt ſi qua alia 6
ratione extra dotales tabulas aut verbis aut ſcriptis pater voluntatem ſuam declarauerit in fauorem maſculorum, puta ſi teſtamento maſculos heredes ſcripſerit, tametſi antea renuntiante filia ſibi heredibúſque ſuis in genere ſtipulatus fuiſſet. Quodcunque enim voluntatis indicium videtur ſufficere vt prædefunctis maſculis filia quæ renuntiauit, ad paternam inteſtati ſucceſſionem cum ſororibus etiam quæ non renuntiarunt, reuocetur. Nec aliud erit, quamuis teſtamẽtum illud ſolennitatis alicuius defectu nullum & perperam factum eſſe proponatur. Declaratur enim voluntas etiam ex eo

teſtamento

teſtamento quod alioqui nullum eſt *l. vl. D. reb. eor. qui ſub tutel.* Non item ſi teſtamentum illud alio poſteriore teſtamento quacunque de cauſſa fuerit reuocatum. Nam ex teſtamento reuocato nulla prorſus voluntatis coniectura capi poteſt credendúſque eſt paterfamilias ab omni voluntate receſſiſſe, quam priore teſtamento poſteà reuocato expreſſiſſet. Extra hanc cauſ-
7 ſam excluditur filia † quæ renuntiauit per ſorores quæ non renuntiarunt, ita vt quandiu ex ipſis aliqua ſupereſt, nullus renuntianti pateat reditus ad paternam hereditatem. Idémque obſeruamus, etiamſi cæteræ omnes ſuperſtitibus liberis ſiue maſculis ſiue fœminis deceſſerint. Extare enim aliquem ex deſcendentibus ſufficit, vt ea quæ renuntiauit excludatur. Multò magis autem admittendum eſt, ſi renuntiationis tempore nulli extabant maſculi, quamuis ſperari poſſent, filiæ verò iam extabant, videri earum fauore factam renuntiationem, non vt iis prædefunctis filia quæ renuntiauit ſuccedere poſſit cum maſculis poſteà natis (quis enim credat maſculis naſcituris proſpicere noluiſſe patrem, qui filiabus iam natis proſpexerit?) ſed vt renuntianti ſorori ab inteſtato præferantur, patrique ſuccedant vel cum maſculis ſi aliqui ſint, vel ſolæ ſi nulli. Idémque ſine dubio obtinet ſi à filia renuntiante pater ſtipulatus fuit pro ſe ſuiſque heredibus. Here-
8 dum enim appellatione cùm omnes † & cuiuſcunque gradus, deſcendentes comprehendiſſe videatur, longè magis proprias filias comprehendiſſe credendus eſt, non tamen extraneos heredes, imò nec agnatos proximos aut cognatos, quia licet in contractibus *ſuorum* appellatione, nedum *heredum* extranei quoque heredes intelligantur, attamen in propoſito cùm renuntiatio quæ fit per contractum ſpectet ad cauſſam futuræ ſucceſſionis, eam recipere debet interpretationem, quæ facienda eſſet in ſcriptura, ad vltimam voluntatem pertinente, in quo genere tam *ſuorum* quàm *heredum* appellatione non niſi deſcendentes contineri placet, *d. l. ex facto 17. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* Hîc tamen notandus nobis, & refellendus eſt error maximus & præcipui in hac quæſtione momenti, quam non modò pragmatici, ſed ipſi quoque interpretes inuexerunt. Diſtinguunt † enim an renuntiatio ſimpliciter facta ſit,
9 id eſt nulla adiecta cauſſa, licèt non ſine cauſſa, an verò ex ea cauſſa ſpecialiter expreſſa, quod filia quæ renuntiauit, dotem aut legitimam portionem acceperit. Quaſi hoc poſteriore caſu filiam perpetuò excluſam manere oporteat, tametſi ij deceſſerint, quorum fauore facta fuit renuntiatio, propterea quòd, inquiunt, penes illam & illius heredes perpetuò dos remaneat, quæ fuit ab initio cauſſa excluſionis. Sic enim *Romanus, Corneus*, & *Socinus* quos *Didacus* ſupradicto loco refert, ſequutúſque non inuitus eo caſu, inquit, quo dotis portio ſit congrua: quod ipſum tamen vix aliter fieri poſſe ait, quàm ſi eo tempore pater alios liberos non
10 habebat. Me verò in contrariam † ſententiam illud mouet, quòd etſi ſola dotis perceptio renuntiationis cauſſa fuit ex parte filiæ renuntiantis non aliter renuntiaturæ, veriſimile tamen eſt inductum patrem vt congruæ portionis mentionem adiiceret, potiùs vt prodeſſet cæteris liberis, quos iam tùm haberet, aut aliquando habere ſperaret, quàm vt filiæ in propria hereditate agnatos aut cognatos anteponeret. Ex coniectura illa pietatis, de qua in *d. l. cum acutiſſimi. & l. cum auus.* Itaque nec illud inquirendum arbitror an dos congrua ſit néc ne, quomodo diſtinguit Didacus, ſed an renuntiationis tempore alios pater haberet liberos, aut in eo eſſet vt habere poſſet, an nullos. Hac enim ſola poſteriore ſpecie credi poſſit patrem licèt inhumanum (ſi alia filiæ excludendæ ratio nulla ſubſit, puta ingratitudinis aut conſeruandorum in familia bonorum) agnatos cognatóſve proximos filiæ prætuliſſe. Siquidem eum caſum tractamus quo filia quæ renuntiauit, legalem, vt aiunt, eſcheutam ſibi non exceperit, cùm ſi excepiſſet, nullus ea ſuperſtite agnatis locus haud dubiè relinqueretur. Obſeruandum autem eſt quod de liberis prædefunctis diximus in quorum fauorem facta fuerat renuntiatio, pro dicto habendum eſſe etiamſi non deceſſerint, ſi modò ſuccedere vel noluerint, vel non potuerint, fortaſſis exheredati. Habentur enim pro mortuis ij qui non ſuccedunt, quacunque tandem ex cauſſa ſucceſſio impediatur.

ERROR X.

Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti, & conſentienti, poſteáque pater voluntatem mutauerit.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio facta patri in fauorem aliorum ſiue liberorum ſiue agnatorum, euaneſcit, patre ius ſibi & illis quæſitum remittente.*

2 *Vnde ſuperiorem propoſitionem probet Did. Couarruuias.*

3 *Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti & conſentienti, an liceat patri voluntatem mutare.*

4 *Sententia Didaci pactum eſſe irreuocabile.*

5 *Falſam eſſe Didaci opinionem, & num. 8.*

6 *Iuſiurandum vt ſit obligatorium tres comites habere debet, veritatem, iudicium & iuſtitiam.*

QVoties renuntiatio † facta eſt patri aut 1 matri in fauorem aliorum ſiue liberorum ſiue agnatorum, conſtat ferè inter omnes poſſe patrem qui ſtipulatus ſit, aut matrem, iis quoque inuitis, quorum fauore facta fuit renuntiatio, ius ſibi & illis quæſitum remittere. Sic enim *Didacus Couar.* qui hac in re inſtar omnium eſſe poteſt, ex aliorum communi ſententia ſcribit *in initio tertiæ partis relect. cap. quamuis de pact. in 6. num. 9.* Idque ſuadet † ſucceſſionis fauor, & re- 2 nuntiationis odium quæ ſolo iuriſiurandi vinculo ſuſtinetur: Itémque recepta illa & vulgaris *Bartoli* traditio ad *l. qui Romæ 122. §. Flauius. de verb. oblig.* quæ habet poſſe quemlibet inuito tertio reuocare conuentionem à ſe factam in illius tertij commodum, & vtilitatem. Quod tamen an generaliter & perpetuo verum ſit, tractabimus alio loco. Accedit Iuſtiniani conſtitutio in *l. vlt. C. de pact.* quæ non patitur vt pactum de futura tertij ſucceſſione aliter valeat quam ſi tertius ille conſentiat, & in ea voluntate quam conſenſus expreſſit, ad ſupremum vſque vitæ exitum perſeueret. Nam ſi ea voluntatis perſeuerantia tùm etiam requiritur cùm inter alios pactum factum eſt, quanto magis erit neceſſaria vt is excludatur qui pactum fecit cum eo ipſo de cuius ſucceſſione agitur? Facilius. n. eſt vt eius factum noceat cuius & profuit, quàm eius qui alieno facto conſenſum duntaxat ſuum accõmodauit. Idem tamen Didacus dubitat, ſi cum † fratre pacta ſit ſoror de non ſuccedẽdo 3 patri, præſenti ſcilicet & conſentienti, idque iureiurãdo confirmauerit. An patri licere debeat vt mutet voluntatem, filiámque capacem efficiat legitimæ ab inteſtato ſucceſſionis: in eámque ſententiam procliuior eſt vt putet eum vim iuriſiurandi † huius eſſe debere, vt 4 pactum ſit irreuocabile. Ne, inquit, alioqui nullius momenti & effectus ſit iuſiurãdum, quandoquidem & ſine iureiurando tale pactum valeret ex *d. l. vlt. Cod. de pact.* Quod & plerique pragmatici ſequuntur, pro ea qua vir ſanè doctiſſimus & ſcriptor diligentiſſimus apud

5 eos pollet autoritate. At nos in contrarium † iam
diximus, & probauimus in ſuperioribus, pacta huiuſ-
modi de non ſuccedendo tertio non valere iure ciuili,
nec ſi tertij conſenſus accedat, neque ad hunc caſum
pertinere Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. de
pact.* ſed merum ius pontificium eſſe vt accedente iu-
reiurando confirmetur, propter vinculum & autorita-
tem iuriſiurandi. Proinde non poteſt videri ſine effectu
eſſe iuſiurandum quod facit vt valeat renunciatio, quæ
alioqui non valeret. Ideóque nec neceſſe eſt vt plus ei
vitium tribuamus quàm par ſit ob hoc ſolùm ne vtiliter
adiectum videatur. Sed & multò tolerabilibus eſſet ad-
mittere nihil operari iuſiurandum, quàm illud indu-
cere vt conuentio de hereditate tertij conſentientis
facta eo poſtea inuito defenderetur. Nam ex quo tem-
pore deficit conſenſus tertij, incipit conuentio eſſe
iniqua, & contra bonos mores, propter improbam
ſpem & ſollicitudinem, quæ pactioni ineſt, hereditatis
alienæ. Itaque ad validitatem huiuſmodi conuentio-
num requirit Iuſtinianus in *d. l. vlt.* perſeuerantiam
voluntatis tertij. Nec reuocationem voluntatis impe-
dire poteſt iuſiurandum quod ab alijs quàm ab ipſo
reuocante adhibitum eſt quódque ſi ab ipſo tertio de
cuius heriditate actum eſt, adhibitum fuiſſet, non eo
magis liberam ipſi facultatem teſtandi ademiſſet. Iuſiu-
6 randum † enim omne vt ſit obligatorium, tres comites
habere neceſſariò debet, veritatem, iudicium, & iuſti-
tiam, quæ omnia ſi non concurrant, nullius momenti
iuſiurandum eſſe poteſt. *Can. animaduertendum* 22.
quaeſt. 2. Ne repetam quod iam ſæpiùs monui, iuſiuran-
dum quodlibet eam ſemper tacitam habere conditio-
nem ſi res in eodem ſtatu permaneant. Rurſumque ex
natura actus cui adiicitur, recipere interpretationem
l. vlt. C. de non numer. pecun. vt ſi actus ipſe ſit reuocabilis,
ſit etiam reuocabile iuſiurandum. Ex quo manauit etiam
communis illa & veriſſima omnium ferè interpretum
opinio De teſtamento iurato † vt ſcilicet nihil obſtan- 7
te iureiurando reuocari poſſit quandocunque volente
teſtatore. Sic enim *Bart. in l. ſi quis in princip. col. fin. de
leg.* 3. *Bald. in l.* 1 *col. fin. C. de ſacroſ. eccle.* tametſi ad pias
ſi voles cauſſas, & in earum gratiam teſtamentū factum
proponatur, vt idem *Bald.* reſpondit *conſ.* 21. *vol.* 1. Etſi
non deſunt qui putent teſtatorem hoc caſu fieri periu-
rum, quos *Didacus* ſequitur *in* 2. *part. rubr. de teſt. n.* 15.
ad fin. nec ſatis rectè meo iudicio, vt alibi tractabimus.
Inde ergo illud etiam inferri poteſt, nec fratres qui con-
uentionem hanc iurauerint, ex ea teneri ſi pater conſen-
ſum reuocauerit, quoniam à tempore conſenſus reuo-
cati iuſiurandum contra bonos mores præſtitum eſſe
intelligitur. Denique † nulla ratio eſt propter quam ex 8
pacto inter alios inito, quantumuis ei pater conſenſe-
rit, auferatur patri libera teſtandi libertas, quod vtique
eueniret ſi filiam cuī renuntianti conſenſit, ad ſucceſſio-
nem ſuam ex teſtamento reuocare non poſſet. Tritum
namque eſt huiuſmodi omnes renunciationes ad legi-
timæ duntaxat, non etiam teſtamentariæ ſucceſſionis
cauſſam pertinere. Fueritque non modò abſurdum, ſed
etiam periniquum duriùs agi cum patre qui liberis in-
ter ſe paciſcentibus conſenſerit, nec iurauerit, quàm ſi
ipſe pactus fuiſſet & iuraſſet.

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum.

SVMMARIA.

1 *Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum iure ciuili non valet.*

2 *Pragmatici tale pactum iure Pontificio valere putant, ſi ſit iuratum: ſed erronèe, num.* 3.

4 *Leonis conſtitutione* 19. *huiuſmodi pactum valere, non fauore iuramenti ſed fauore conuentionis.*

5 *Inanem eſſe huiuſmodi pactionem, ſi inæqualem paternæ hereditatis inter liberos diſtributionem contineat.*

6 *Error Gulielmi Benedicti in deducenda vera ſententia l. hereditas.* 5. *C. de pact. conu. tam ſuper dot.*

7 *Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet.*

8 *Vſu defenduntur pactiones de ſuccedendo tabulis nuptialibus adiecta, & quidem matrimonij contemplatione.*

9 *Quomodo ſine pactione de ſuccedendo poſſit is qui accedit ad matrimonium tantumdem conſequi.*

10 *Quatenus reuocabiles eſſe huiuſmodi pactiones quidam arbitrentur: & quid in eorum ſententia autor deſideret.*

11 *Conſuetudinem qua huiuſmodi pactiones receptæ ſunt valere non debere.*

PActum † quod dotali inſtrumento compre- 1
henſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex
æqua portione ea quæ nubebat, cum fratre
heres ſui patris eſſet, neque vllam obligatio-
nem contrahere, neque libertatem faciendi teſtamenti
potuit mulieris patri auferre, inquiunt Imperatores in
l. pactum quod dotali 5. *C. de pact.* Subiiciunt pragmatici
† exceptionem, niſi tale pactum iuratum proponatur. 2
Non enim dubitant quin iureiurando confirmetur, id-
que iuris apertiſſimi eſſe ſcripſit *Didac. Couar. initio
tertiæ partis relect. cap. quamuis de pact. in* 6. *num.* 2. Ego
contrà, tam † falſum hoc eſſe contendo, quàm quod fal- 3
ſiſſimum, cùm ad pacta huiuſmodi quæ ſunt de ſucce-
dendo, tollúntque liberam teſtandi facultatem, ponti-
ficia conſtitutio non pertineat, vt diximus & probaui-
mus Dec. 12. quam interpretum quoque communem
eſſe ſententiam teſtatur *Oſaſc. Cacher. Deciſ. Pedemont.*
100. *num.* 33. Nec negat Didacus contrariam opinio-
nem, quæ Baldi primùm fuit, magis communiter pro-
batam eſſe. Planè non ignoro Imperatoris Leonis † con- 4
ſtitutione 19. cui titulus eſt *De pact. patern. ex æquo
hered. futur.* filium iuri antiquo hac parte derogatum
eſſe, & abrogatam legem *Pactum*, quam retulimus, non
propter iuſiurandum, cuius nulla prorſus apud Leonem
fit mentio, ſed propter fauorem duntaxat conuentionis,
qua pater promittit in nuptialibus inſtrumentis ex
æquo futurum ſibi heredem filium quem matrimonio
collocat. Eſt enim conuentio hæc naturali rationi &
legibus, quæ de inteſtati ſucceſſione factæ ſunt, omnino
conſentanea,

conſentanea, videtúrque fieri ad ſucceſſionem conſeruandam, quod eſt maximè fauorabile, vt Bart. tractat in *l. vlt. C. de pact. ex §. vlt. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. & l. vlt. C. de emancip. lib.* Et ob hanc cauſſam, vt ait ipſa Leonis conſtitutio, ab omni ferè tempore, licèt refragantibus legibus vſu receptiſſimæ ſunt hæ conuentiones. Cæterùm vel ex eo magis apparet inanes † & irritas eſſe
5 debere ſi inæqualem paternæ hereditatis inter liberos diſtributionem contineant, quamuis iuramentum interuenerit, ceſſante ſc. hoc caſu, vinculo illo æquitatis, quo ſolo ſuſtinentur contra iuris ciuilis rationem, quæ proculdubio non patitur, vt ſucceſſiones pactis vel ſtipulationibus obſtringantur, *l. 4. C. de inutil. ſtipul.* Cùm enim non licuerit homini teſtari ſine lege, nec de ſuis quidem bonis, quoniam teſtando confert affectum ſuæ voluntatis, rerúmque ſuarum alienationem in id tempus quo non erit ampliùs dominus: *l. Stichus 39. D. de manum. teſtam.* lex autem in ea teſtandi facultate concedenda vſurpauerit verbum *legandi*, quod ad cauſſam contractuũ nullomodo pertinet, *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* prorſus conſequens eſt quod ait *l. hereditas* 5. *C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* vt hereditas non niſi teſtamento dari poſſit, quia nec hereditas vlla eſt niſi quam lex ipſa conſtituit quæ & hereditatem & heredem facit, lex verò hereditatem nullam conſtituit niſi vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, non etiam ex contractu. Quam in rem videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib.* 14. *Coniectur. cap. vlt.* Nam quod in *d. l. hereditas* de † extraneis
6 diſertè ſcriptum eſt hereditatem ijs non niſi teſtamento dari, non eò pertinet quaſi liberis aut agnatis dari poſſit, vel adimi pacto hereditas, vt ineptè ſentit *Guil. Bened. in repet. cap. Raynutius in verb. duas hab ens filias nu.* 200. quem miror in eo probatum à *Teſſauro deciſ. Pedem.* 48. *num.* 10. *in fin.* ſed quia iſtis datur hereditas à lege etiãſi nullum teſtamentum factum ſit, *l.* 1. *de her. petit.* extraneis autem non niſi teſtamento. Adeò autem verum eſt nec ciuili nec pontificio iure valere pactiones iſtas de ſuccedendo quantumlibet iuratas, vt neque aliud dicendum ſit etiamſi pactum ſit reciprocum inter alios, quàm
7 commilitones. Militum † enim hac in re, vt & in aliis pleriſque iuris partibus ſingulare ius eſt, & quidem ita demum ſi in ipſo procinctu pactio talis facta ſit, *l. licet 19. C. de pact.* & ita ſi ſint de publicò conducti, vt loquitur *Cacher. ſupradicta deciſ.* 100. Quamuis non deſint qui ad paganos quoque legem illam communi gentium vſu tractam eſſe defendant præſertim ſi inter nobiles agatur, aut inter agnatos & cognatos proximos, vt inter eos ſucceſſionum iura conſeruentur. Et certè negari non poteſt quin hac parte magna ſit vis & poteſtas conſuetudinis, & longè maior quàm pacti. Nam & receptum videmus longo vſu, quem tamen ex pragmaticorum
8 errore fluxiſſe credibile eſt, vt pactiones † illæ de futura ſucceſſione, de quibus tractamus, paſſim defendantur ſi pater in dotalibus tabulis promiſerit inſtituturum ſe filium aut filiam ex certa portione, tametſi longè maiore, quàm par ſit ad inducendam inter omnes liberos æqualitatem, idque nõ tam, vt puto, propter vinculum iuriſiurandi, licèt vix ſit vt ſine iureiurando pactiones huiuſmodi fiant, quàm fauore & contemplatione matrimonij, ne decipiatur is ex coniugibus qui placiti fidem ſecutus, matrimonium contraxit, non aliter contracturus. Etſi leuior ſanè eſt ratio hæc æquitatis, quàm vt certi iuris autoritatem labefactare debuerit. Eſt enim quod imputari poſſit ei qui ſub eo pacto acceſſit ad matrimonium, cur non egerit potiùs vt ex eo † contracti matri-
9 monij tempore dona tum eſſet inter viuos ſaluo vſufructu totum id quantum eſt quod teſtamento daturum ſe pater promiſerit. Idem enim eſſet, niſi quòd certior effectus liberalitatis, nec legibus vis vllã fieri diceretur. Itaque non video qua ratione aut quonam colore defendi poſſint hæ pactiones de ſuccedendo, licèt iuratæ ſint præterquàm vno illo caſu, qui Leonis conſtitutione continetur, id eſt, ſi pacto actum ſit de liberis omnibus, ex æquis portionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredibus habendis. Nam & ex ijs ipſis qui putant valere has pactiones de futura ſucceſſione ſi iuſiurandũ acceſſerit, ſic tamen multi ſentiunt, vt nihilominus ſint † reuocabiles ad nutum, & voluntatem promittentis, ſi 10
credimus *Antonino Teſſauro deciſ. Pedemont.* 225. Maximè, inquiunt, ſi quinque teſtes adhibiti proponantur: Quaſi ex ea ſolennitate, iuncta conditione & qualitate negotij quo de agitur, id eſt futuræ ſucceſſionis videatur id actum inter contrahentes vt ea conuentio valeret iure ſupremæ voluntatis, potiùs quàm ex contractu inter viuos niſi de bonis actum ſit, non de hereditate, vt tractat *Crauet. conſ.* 139. *num.* 10. *poſt Decium conſ.* 184. Quanquam non facilè poſſum ego concoquere vt conuentio facta inter viuos, & in dotalibus tabulis valeat, nec eò minùs reuocari poſſit ab eo ipſo qui vtiliter obligatus ſemel fuit. Illis ego potiùs accederem, qui negant valere † conſuetudinem illam ex qua diximus pactiones 11
iſtas vſu receptas eſſe & approbatas, quam eſſe communiorem interpretum ſententiam affirmat *Cacher. d. deciſ.* 100. *nu.* 32. 33. *&* 34. conſuetudinis enim vſúſque longæui, licèt non vilis ſit autoritas, non tamen vſque adeò ſui valete debet momento, vt aut rationem vincat, aut legem, *l.* 2. *C. quæ ſit long. conſuet.* cui conſtitutioni ſi hoc caſu locus non ſit, planè non video quonam alio eſſe vnquam poſſit.

ERROR II.

Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia, patre ſtipulante.

SVMMARIA.

1 *Mos frequens renuntiandi futuris ſucceſſionibus, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur & dotes accipiunt.*

2 *Huiuſmodi renuntiationis quæ & quanta ſit vis, ex ſententia pragmat.*

3 *Talem renuntiationem nullius eſſe momenti, cùm patre aut matre ſtipulante filia renuntiat ſucceſſionĩ fratrum aut ſororum.*

4 *Nec ad rem facere quod pragmatici obijciunt, patrem filio ſtipulari poſſe.*

5 *Nec quòd in aduentitijs pater filij adminiſtrator legitimus ſit.*

6 *Renuntiatio quæ ſit patri ratione paternæ ſucceſſionis longè diſtat ab ea quæ eidem ſit ratione fraternæ ſucceſſionis.*

7 *Vis renuntiationis quæ ſit patri ratione fraternæ ſucceſſionis à fratre quocunque indicio voluntatis ſuberti poteſt.*

8 *Fratre renuntiationem ratam habente, confirmatur renuntiatio.*

9 *Si mater tanquam tutrix liberorum filiam nuptui collocans renunciationem ab ea extorſerit in aliorum liberorum gratiam, renuntiatio valet, ſi pragmaticis fides: ſecus verò eſt, ſi non ſit tutrix, numer.* 10.

11 *Mater filio ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi.*

12 *Per inſtitutionem filiæ extinguitur poteſtas renunciationis, quam pater extorſerat.*

13 *Excipitur caſus quo ſecuta eſt ratihabitio fratrum.*

14 *Nulla eſt renũciatio illa, qua filia accepta à patre dote renunciauit maternæ ſucceſſioni, ſi nihil à matre acceperit.*

15 *Valetáne fauore patris renunciatio filiæ fraternæ ſucceſſioni.*

1 SOlent filiæ † cùm à patribus matrimonio
collocantur, dotéſque accipiunt, renuntia-
re futuris ſucceſſionibus non modò patris,
ſed etiam matris, fratrúmque & ſororum,
nullo vt plurimum in eam rem adhibito ſtipulatore,
præter notarium, & patrem à quo dos promittitur, vel
2 numeratur, Tantaque huiuſmodi renunciationum †, ſi
iuratæ ſint, vis & poteſtas eſſe creditur, vt per eas ex-
cludatur filia ab omnibus ſucceſſionibus quibus renun-
ciauit, etiamſi neque matris, neque fratrum qui renun-
ciationis tempore abſentes fuerunt ratihabitio vlla ſe-
cuta eſſe proponatur. Id verò, non tam propter inter-
poſitum iuſiurandum, quàm propter perſonam patris, de
quo ſolet lex præſumere quod bonum commodúmque
pro filia conſilium acceperit. Nam ſi talis renunciatio
facta eſſet matre aut aliquo ex fratribus pro ſe & abſen-
tibus omnibus ſtipulante, licèt accedente iureiurando,
placeret nullius fore momenti renunciationem quod ad
abſentes, præſertim qui ſtipulationem illam ratam nullo
tempore habuiſſent: ſic nimirum cogente iuris ratione,
quæ non patitur vt de tertij abſentis & ignorantis ſuc-
ceſſione inter alios tranſigatur: nec ſolùm ſi tranſigen-
tes de proprio ſuo commodo cogitent, ſed etiam ſi in
aliorum vtilitatem & eorum maximè de quorum ſucceſ-
ſione agitur, ſtipulentur. Quoniam alioqui facilè fieret
vt iis ipſis obeſſet renunciatio in quorum gratiam facta
eſſet. Quid enim ſi ignorantes illi renunciationem paſſi
ſint ſe decedere inteſtatos vt ad ſucceſſionis ſuæ par-
tem tacito iudicio vocarent eam ipſam perſonam quæ
renunciauit? fortaſſe teſtatori in eius commodum ſi ab
inteſtati ſucceſſione excluſam eam eſſe ſciuiſſent. Annon
iniuria hoc caſu fieret fratri ipſi cuius abſentis & igno-
rantis ſucceſſioni ſoror renunciaſſet, atque ſorori ipſi
quæ renunciauit? Et ſanè ratio hæc tam euidens eſt &
efficax, vt putem non minùs autoritatis habere eam de-
3 bere † cùm patri facta renunciatio eſt, quàm cùm matri
aut fratri. Id. n. omnibus caſibus periculum & incommo-
dum emergit excludendæ à legitima alterius ſucceſſio-
ne eius perſonæ, quam defunctus heredem ſibi ab inte-
ſtato futuram fortaſſe credidit. Nec video cur patri po-
tiùs quàm alij licere debeat in eo circumuenire filij ſui,
cui ſtipulatur, aut vxoris ſuæ incertam ignotámque vo-
4 luntatem. Nam quod pragmatici obiiciunt † poſſe pa-
trem filio ſtipulari, etſi verum eſt, tamen nullo modo ad
rem pertinet: cùm enim pater filio ſtipulatur, non filio
ſed ſibi acquirit, quoniam perinde eſſe intelligitur, ac ſi
filius aut ſibi aut patri ſtipularetur. Nos autem de ea
patris ſtipulatione tractamus ex qua filio non patri ius
acquiratur. Talem verò nullam leges agnoſcunt, quia in
eo quod per filium patri acquiri non poteſt, filius patri
pro extraneo eſt. Neque mutat, quod etiam in aduentitiis
5 † pater filij adminiſtrator legitimus eſt. Nihil enim eſt
quod de aduentitiis tractari queat, aut quod patri ius
dare poſſit ſtipulandi pro filio, cùm filius nihil aliud in
bonis habet præter ſpem paternæ ſucceſſionis: nec ea
ſpes tanti eſt, quæ facere debeat vt aliquid ſit cuius con-
templatione videri poſſit pater legitimus eſſe filij admi-
niſtrator. Non enim nomen patris, aut ius poteſtatis, ſed
res ipſa quæ adminiſtranda eſt cum patriæ poteſtatis
iure coniuncta patrem facit legitimum adminiſtratorem.
Quòd ſi iam tum cùm pater filio abſenti ſtipulatur, ha-
bet ille bona aliqua propter quæ videri poſſit pater ius
habere ligitimæ adminiſtrationis, non eo magis tamen
valere debet ſtipulatio illa renunciationis, per quam fiat
vt ſoror à fratris inteſtati ſucceſſione quandoque repel-
latur, quia non poteſt acquiſitionis iure cenſeri ea re-
nuntiatio quæ fratri heredem adimit ſororem, quam
fortaſſis ab inteſtato habere is mallet, quàm fratres aut
alias ſorores quæ non renunciarunt. Siquidem longè
diſtat renunciatio † hæc ab illa quæ fit patri aut matri 6
ratione paternæ aut maternæ ſucceſſionis. Locupletior
namque eſſe intelligitur pater aut mater cuius ſucceſ-
ſioni filia ſic renunciauit, vt à legitima quoque ſit ex-
cluſa: quoniam vel inuitis parentibus neceſſe eſt ea
vt ſaltem portio quaſi debita liberis relinquatur, pa-
rúmque diſtat ab ære alieno, quo qui ſolutus eſt non
abs re tanto ditior eſſe exiſtimatur. At frater ſorori ni-
hil debet, nec eam ab inteſtato heredem habet, niſi cùm
vult decedere inteſtatus, vt eos heredes habeat, quibus
lex ipſa delatura eſt hereditatem. Tantum igitur abeſt, vt
frater ob id locupletior factus videri debeat, quod ſorori
præcluſus ſit per renunciationem aditus ad legitimam
ipſius ſucceſſionem, vt è contrario non mediocre in-
commodum illud ei accedat ex renunciatione, quòd ſi
inteſtatus moriatur aliis relictis ſororibus minùs forſitã
dilectis, hanc tamen quam prædilexit, quæque iam per
renuntiationem excluſa eſt heredem habere non poterit.
Etſi. n. poteſt huic incommodo ſi velit facilè mederi
condito ſi volet teſtamento, tamen neſcit quàm plerum-
que incommoda & difficilis quinetiã interdum impoſ-
ſibilis ſit teſtamenti factio ſiue ob penuriam teſtium:
ſiue quòd is qui teſtari decreuerat, morbo repentino op-
preſſus teſtamentum facere nequiuerit. Quanquam non
nego poſſe vim & poteſtatem renunciationis † quan- 7
tumlibet validæ, ſubuerti quocunque iudicio volunta-
tis, nec neceſſarium in eam rem eſſe teſtamentum. Sed
qui ſi nec contrariæ illius voluntatis declarandæ otium
aut memoriam repentinus morbi caſus reliquerit: Quid
ſi frater hic cuius ſucceſſioni ſoror renuntiauit patre
ſtipulante impubes deceſſerit? Quid denique ſi renun-
ciationem illam nunquam reſcierit, ac proinde iuſtam
credendi cauſſam habuerit fore vt ſi inteſtatus decederet
eam ipſam ſororem heredem aut ſaltem coheredem ha-
beret quæ poſt illius mortem reperietur excluſa per re-
nunciationem? Hi. n. caſus præcipuè ſunt, de quibus diſ-
putamus. Nam ſi ponas fratrem † cuius ſucceſſioni re- 8
nunciatum eſt ſciuiſſe renunciationem, eamque ratam
habuiſſe, non negabo poſſe defendi eodem iure haben-
dã huiuſmodi renunciationem, quo ſi à fratre ipſo ad-
hibita ſtipulatio fuiſſet: at non propter perſonam aut
ius patris, ſed propter ſtipulationem notarij cùm ex ge-
nerali gentium omnium conſuetudine permiſſum ſit
notario vt abſenti & ignoranti cuilibet ſtipulari poſſit,
ex eáque ſtipulatione naſcatur actio & ius acquiratur ei
cui ſtipulatus fuerit, dummodo ſecuta legitima ratiha-
bitione. Quare nec aliud admittendum putabo etiam ſi
non pater ipſe, ſed frater aut alius quilibet ſtipulatus ſit,
& ſufficeret ſolum notarium ſtipulatum eſſe alio nullo
interueniente admiſſa ſcilicet ea pragmaticorum & inter-
pretum ſententia, quam nos in ſuperiore Decade refuta-
uimus, quæ habet huiuſmodi pactiones de non ſucce-
dendo perinde confirmari iureiurando ex pontificia
conſtitutione cùm fratri factæ ſunt, acſi patri factæ eſ-
ſent. Idem ergo etiam eueniet, ſi mater tanquam tutrix
† liberorum filiam nuptui collocans ſimilem ab ea re- 9
nunciationem in aliorum liberorum gratiam extorſerit.
Non enim plus iuris habere poteſt mater ob tutelam,
quam pater ob ius poteſtatis. Etſi ſunt qui putent poſt
Crauet. conſ. 127. num. 5 totius conſenſum & acceptatio-
nem pro pupillis ſiue præſentibus in his renunciationi-
bus ſufficere poſſe: quod tamen ego non puto proban-
dum niſi cum agitur de paterna aut materna hereditate,
quoniam extra eam cauſam, vt diximus, ſtipulationes hæ
non ſunt acquiſitiones. Cùm verò mater † tutrix non eſt 10
aperta eſt ratio iuris, non magis matri quàm alij extraneo
cuilibet permittendum eſſe vt filio ſtipuletur, quia hac
parte verè extranea eſt † quæ ſcilicet non habet liberos 11
in poteſtate. Quod enim placet interpretibus poſſe ex
æquitate defendi ſtipulationem & ex ſtipulatione dari
vtilem actionem ob adfectionem perſonarum, ex *l. Caius
45. D. ſolut. matrim.* apertè falſum eſt, & diſcrepans à
principiis

principiis iuris,vt nos probauimus *lib.1.Coniect.cap.4.&*
12 *lib.13.cap.5.ex l. ſi genero 26.C.de iur.dot.* In eo tamen pragmatici bene ſentiunt, quod admittunt, ſi pater qui filiam induxerat ad paternæ fraternæque ſucceſſionis renunciationem, eandem poſteà ex teſtamento cum aliis fratribus aut ſororibus heredem inſtituerit, aut etiam ſubſtituerit,hoc ipſo extingui vim & poteſtatem renunciationis: quaſi mutata patris volũtate in cuius ſanè fuit arbitrio,ab ea renunciatione quam pro aliis extorſerat in eorumdem præiudicium reſilire. Nimirum quandiu illi patris notariique ſtipulationem ratam non habue-
13 runt.Secuta † namque ratihabitione , cùm iam ex proprio facto ius quæſitum habere cœperint,fieri non poteſt vt eis ius illud à patre auferatur, quoniam etſi pater ſtipulatus non fuiſſet,ſola tamen notarij ſtipulatio ſufficere,vt diximus, potuiſſet.Nec renunciationem illud irritam facere poterit,quòd ſoror nullo à fratribus accepto, ſed dote tantùm à patre,eáq;fortaſſis etiã minùs congrua ex comparatione paternarũ facultatum,ſucceſſioni fraternæ ſine cauſſa renuntiaſſe videatur, illa enim cauſſa ſola ſufficere poteſt ad ſororem à fraterna ſucceſſione excludendam, quòd excluſam eam eſſe fratres velint: præſertim ſi fratres inteſtati moriantur:quo caſu non poteſt locus eſſe exceptioni, quæ teſtamento facto neceſſaria eſt, niſi turpis perſona ſit inſtituta. Quamuis enim ſi iuris ciuilis regulas ſpectes, non aliter poteſt ſoror à fratris ſucceſſione excludi nullis fratri exiſtẽtibus liberis, quàm ſi factum fuerit à fratre teſtementum, tamen ex quo pontificiæ legis & iuriſiurandi autoritate inductum eſt,vt ab inteſtati quoque ſucceſſione poſſit legitimus ſucceſſor quilibet excludi per renunciationem, pro teſtato habendus eſt frater,qui iuratam ſororis renunciationem admiſit:quaſi qui in eumdem finem,id eſt ad ſororem excludendam fuerit teſtaturus, niſi eam vi renunciationis iam ſatis excluſam exiſtimaſſet. Maternæ ſucceſſionis meo iudicio, alia ratio eſt. Nam cùm liberis in bonis defunctæ matris legitima ſaltem portio debeatur,
14 ſi filia † quæ accepta dote à patre renunciauit maternæ ſucceſſioni, nihil à matre, id eſt ex bonis maternis acceperit, ſiue mater præſens fuit, & conſentiens renunciationi, ſiue poſtea ratam eam habuit, negari non poteſt quin eiuſmodi renunciatio quod ad matrem attinet,facta ſit ſine cauſſa:& conſequenter cùm ea res materiam præbeat exceptionis doli quæ iuriſiurandi vim eneruat & deſtruit,fatendum eſt vel nullam eſſe renunciationem quaſi nec iuratam, ſecundùm ea quæ nos in ſuperioribus diſputauimus in filia quæ nullo à patre accepto paternæ ſucceſſioni renunciauit,vel ſaltem ſi cum pragmaticis ſentire malis,reſcindi eam poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis,ſiue dicas ſufficere impetrationem abſolutionis, quod ego probabilius arbitror, ſiue quod quidam volunt, reſtitutionis quoque auxilium in eam rem neceſſarium eſſe credatur. Tametſi enim huiuſmodi renunciationi tantam vim tribuas quanta eſſe poſſet conditi teſtamenti ad filiam excludendam, non tamen poteſt ea res ſufficere ad hoc vt à materna ſucceſſione penitus filia excludatur per renunciationem, quia neque per matris teſtamentum ſic excludi poſſet, vt non ſaluam haberet legitimæ portionem, aut ſaltem condictionem ex Iuſtiniani lege ad legitimæ ſupplementum.Tanto magis igitur admittendum eſt hoc ſaltem caſu non poſſe valere maternę ſucceſſionis renunciationem quantumlibet iuratam à filia ſoli patri ſtipulanti factam,quam mater ipſa poſteà ratam nunquam habuerit. Quod ſi ne quidem matris fauore valet, cuius ſucceſſioni renunciatum eſt, quanto minùs valebit fauore patris, licèt ſibi ille ſtipulatus proponatur? Idémque prorſus in fraterna
15 † ſucceſſione tractari poteſt, vt quamuis à filia,quæ fraternæ ſucceſſioni renuntiauit, pater ſibi ſuiſque heredibus ſtipulatus ſit, non magis tamen ſibi quàm abſentibus & ignorantibus fratribus ius aliquod ex renunciatione quæſiuiſſe exiſtimetur, quia renuntiatio nulla eſt, non equidem quaſi facta ſine cauſſa, vt cùm agitur de materna ſucceſſione, ſed quia de abſentis & ignorantis hereditate pactiones inter alios factæ non valent, ſiue de ſuccedendo factæ ſint etiam cum iureiurando, quia ad pacta de ſuccedendo pontificia conſtitutio non pertinet,ſiue de non ſuccedendo, quia quòd iure pontificio confirmantur, adhibito iureiurando, eam ſanè recipit interpretationem ex iure ciuili,ſi tertij de cuius ſucceſſione actum eſt non tantùm ſcientia, ſed etiam conſenſus & quidem expreſſus interuenerit.*l. vltim. Cod.de pact.* Nec conualeſcet renuntiatio ob id ſolùm, quòd patri, qui renuntiationem à filia fraternæ ſucceſſioni factam ſibi ſuiſque ſtipulatus fuerat,iidem fratres heredes extiterint,quorum ſucceſſioni renunciatum fuit.Paternæ ſiquidem hereditatis agnitio non poteſt cedere loco expreſſi conſenſus, quod ad eos heredes attinet qui defuncti factum ignorant in ea re in qua niſi conſentientibus ipſis nihil fieri potuit à defuncto,cùm non de obligandis ex defuncti facto heredibus hoc caſu agatur, ſed de adimendo iis herede non ſolùm præter ipſorum voluntatem,ſed etiam contrà quàm pater ipſe ſtipulando ſenſerit qui vtique liberis ſuis prodeſſe voluit non nocere, nec iis auferre heredem quem habere quandoque vellent. Idem enim alioqui periculum,& incommodum occurret, quod nos euenturum diximus quoties valere pactio de tertij hereditate facta,vt eos ille heredes ab inteſtato non haberet quos habere voluiſſet,quóſque fortaſſis teſtamento inſtituiſſet ſi nullum iis ad inteſtati ſucceſſionem aditum ſupereſſe crediſſet.

ERROR III.

Si paternis tantùm bonis renuntiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit.

SVMMARIA.

1 *Pactiones de futura ſucceſſione vtpote odioſæ ſtrictiſſimè accipiendæ ſunt.*
2 *Filia quæ bonis paternis renuntiauit, non cenſetur renuntiaſſe fraternis.*
3 *Refertur diſtinctio quam Decius ad proximè relatam propoſitionem adhibet.*
4 *Sententiam Decij non probari ex l ſed ſi plures 10.§ filio impuberi. D.de vulg.& pup.ſubſtit.*
5 *Alia pragmaticorum diſtinctio,quæ docent quando filia, quæ bonis paternis renuntiauit,cenſeatur etiam fraternis renuntiaſſe.*
6 *Diſtinctionem pragmaticorum improbabilem eſſe.*
7 *Renuntiationes filiarum eis nocere non debent quibus prodeſſe voluit ſtipulator.*
8 *Caſus quo filia quæ fratris eſt non admittitur ad petitionem bonorum paternorum.*
9 *In pleriſque iuris partibus origo bonorum conſideratur.*
10 *Mater quæ ad ſecundas conuolauit nuptias vni ex liberis poſtea defuncto vt ſuccedat tum antiquo tum Iuſtinianeo iure.*
11 *Liberi qui renuntiarunt non prohibentur petere ea quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt.*
12 *An qui renuntiarunt prohibeantur ſuccedere in bonis paternis feudalibus.*

PActiones † quæ fiunt de futura ſucceſſione,quoniam ſunt odioſæ, ſoláque iuriſiurandi religione 1
ſuſtinentur,conſtat quàm ſtrictiſſimè fieri poteſt, accipiendas eſſe, nec interpretatione aliqua adiuuandas. Inde fit quod

fit quod & interpretes & pragmatici omnes fatentur, vt
1 quæ bonis † paternis renuntiauit, non cenſeatur renũ-
tiaſſe fraternis, non ſolùm ſi bona illa frater habuerit
aliunde quàm à patre, ſed & ſi ab ipſo patre profecta ſint
quia ex quo fraterna facta ſunt deſierunt eſſe paterna,
& mutatione perſonæ mutatur conditio bonorum, *l. per curatorem* 91 §. 1. *D. de acquir. hered.* Sunt tamen qui di-
ſtinguant † poſt *Decium in l hereditas n. 8. de regul. iur.*
3 an frater renuntiantis de cuius bonis agitur paternam
hereditatem adierit néc ne: vt ſi adierit, non poſſit eius
ſoror ſeparare hereditates quę ſemel iunctæ fuerunt, ſed
quemadmodum excluſa eſt ab hereditate paterna per
renuntiationem, ita & excluſa ſit à fraterna: ſi non adie-
rit, tùm verò obtineat, quod diximus, vt quamuis pa-
tris heres eſſe non poſſit, fratris tamen eſſe poſſit. Quam
ſententiam probat *Decius ex l. ſed ſi plures.* 10. §. *filio impuberi de vulg. & pup. ſubſt.* vbi ſcriptum eſt, ſi filio im-
puberi heredi ex aſſe inſtituto ſubſtitutus quis ſit, & fi-
lius heres patri extiterit, non poſſe ſubſtitutum ſepara-
re hereditates, vt filij habeat, patris non habeat, aut cõtra,
ſed aut vtriuſque habere hereditatem debere, aut neu-
4 trius: iuncta enim, inquit, hereditas cœpit eſſe. Sed †
ſunt iſta longe diſſimilia. Non enim quærimus, an filia
quæ renuntiauit paternæ ſucceſſioni, poſſit à paternis
bonis abſtinere, & fraterna agnoſcere. Certum enim eſt
non poſſe poſteaquàm iuncta hereditas cœpit eſſe, ſed
de illo tractamus, An eò minùs poſſit in bonis paternis
quæ fraterna facta ſunt ſuccedere quòd aliquando pa-
terna fuerunt, quódque ſi paterna manſiſſent, ab iis nũc
per renuntiationem excluſa reperiretur: ad quam quæ-
ſtionem ſupradictus Vlpiani locus nihil pertinet. Eadé
námque dubitatio eſt ſiue per viam ſucceſſionis heredi-
tariæ, ſiue qua alia ratione bona patris ad fratrem per-
uenerint: & vtroque caſu ſicuti verum eſt facta eſſe fra-
terna, ita fatendum eſt in fratris hereditate reperiri, &
conſequenter acquiri ſorori quæ fraternæ ſucceſſioni
non renuntiauit. Eámque ſententiam contra Decium &
receptiorem & veriorem eſſe teſtatur *Didacus ad cap. quamuis in tert. part. relect. §. 3. n. 2. de pact. in 6.* Illa igitur
5 aliis diſtinctio † magis placet an filia quæ renuntiauit
petat bona paterna tanquam heres patris per mediam
fratris perſonam, an potiùs tanquam heres fratris. Prio-
re caſu non eſſe audiendam filiam tanquam excluſam
per renuntiationem, quia licèt veniat ex nouo iure pro-
pter mediam perſonam fratris, venit tamen ad ſuum cõ-
modum: iuris autem regula eſt non magis ex alterius
quàm ex ſua perſona poſſe quem agere cùm ad ſuum
commodum agere vult, nec agere ex propria perſona
poteſt. Poſteriore verò caſu nihil prohibet, inquiunt,
quominùs filia conſequatur tãquam heres fratris quod
tanquam heres patris conſequi non poſſet. Sed neque
6 diſtinctio † hæc mihi probari poteſt: nam cùm heres he-
redis ſit heres teſtatoris quid obſecro eſt, quod impe-
dire debeat ne ſoror bona paterna poſſit vindicare tan-
quam heres patris, cùm ſit heres fratris qui patri heres
fuit? An renuntiatio? Minimè verò. Habet enim tacitam
conditionem vt ſæpiùs diximus. Si res in eodem ſtatu
maneat, non autem idem ſtatus eſt poſt acquiſitam ſoro-
ri fraternam ſucceſſionem, qui fuit tempore renuntia-
tionis. Et quemadmodum patris, qui ſibi filióque aut
heredi ſuo ſtipulatus eſt, ea ſine dubio voluntas fuit
non tantùm filio aliíve cuilibet primo heredi, ſed vt
etiam heredis heredi ius acquireret, ex perſona ſcilicet
ac iure primi heredis. Ita credendum eſt nec patrem
ipſum qui filiam ad renuntiandum induxit eo animo
fuiſſe vt renuntiationem nocere filiæ vellet ſi eam filio
heredive ſuo heredem aliquo caſu ſiue ex teſtamento,
ſiue ab inteſtato fieri contingeret, non magis quàm ſi
ipſe heredem illam teſtamento inſtituiſſet. Et hoc con-
ſequens eſt ei quod ſuperiore capite diximus, non eſſe
7 ferendum vt huiuſmodi renuntiationes iis noceant †
quibus prodeſſe voluit ſtipulator: noceret autem illa de
qua agimus, ſi filius aliúſve quilibet patris heres cuius
commodo pater ſtipulatus intelligitur, ſororem quę re-
nuntiauit heredem ſibi eligere etiam ab inteſtato, ro-
hiberetur. Sanè ſi filia † quæ heres fratris eſt bona pater- 8
na velit petere nõ tanquã heres fratris aut patris ex per-
ſona fratris, ſed tanquã heres patris ex proprio capite
& iure, certum eſt audiri eã non debere, nec minùs no-
cere ipſi hoc caſu renuntiationem quàm ſi fratri heres
non fuiſſet. Poteſt enim eius qui conuenitur intereſſe
ſororem ex fratris potiùs quàm ex propria perſona age-
re, fortè ſi quam exceptionem erat ille habiturus contra
fratrem, qua vti non poſſet contra ſororem ſi illa pro-
prio iure non ex fratris perſona experiretur, arg. *l. cùm reus* 14. *D. de fideiuſſ.* Illud tamen ſuperioribus obſtare
videri poteſt, quod in aliis pleriſque † iuris partibus 9
origo bonorum conſiderari ſolet, vt euenit cùm mater
quæ ad ſecundas conuolauit nuptias, vni ex liberis po-
ſt à defuncto ſuccedit. Etſi enim ſi à filio heres ſcripta ſit
ſuccedit haud dubiè in omnibus filij bonis indiſtinctè,
tamen defuncto filio inteſtato diſtinguendum eſt quæ-
nam bona filius reliquerit. Nam † eorum quæ ex pater- 10
na ſubſtantia ad filium peruenerunt, ſolus vſusfructus
matri debetur, proprietate cæteris fratribus aut ſorori-
bus ſeruata, eorum verò quæ filius aliunde quàm à pa-
tre habuit, plena proprietas ad matrem pertinet, pro qua
parte ad inteſtati filij ſucceſſionem cum fratribus & ſo-
roribus vocatur. *Auth. ex teſtamento. C. de ſecund. nupt.*
Sed reſpondendum eſt id fieri ex Iuſtiniani Nouella cõ-
ſtitutione potiùs quàm ex vera iuris ratione, vt ex eo
apparet quod ante Iuſtiniani conſtitutionem aliter ius
erat, & indiſtinctè bonorum omnium defuncti filij pro-
prietas matrem, quæ ad ſecundas tranſierat nuptias,
omnino deferebat, vndecunque tandem bona illa pro-
ueniſſent *l. 3. §. illud etiam. C. eo.* adeoque tametſi mater à
prædefuncto filio fuiſſet inſtituta. Nec ſanè valdè refert
ſi iuris rationem aut defuncti voluntatem inſpicias an
ſuccedatur ex teſtamento an ab inteſtato, cùm & ij qui
ab inteſtato ſuccedunt, eo colore ſuccedant quaſi tacito
defuncti iudicio inſtituti, *l. 3. §. 1. l. conficiuntur 8. D. de iur. C.* At Iuſtinianus more ſuo plus ęquo fauens mulie-
ribus teſtamenti cauſſam prorſus exceptam voluit fauo-
re matris binubæ, vt non ſit deterioris conditionis quã
alius inſtitutus quilibet: ab inteſtato autem non ab aliis
bonis excluſam eam voluit, quàm quæ à patre ad filium
perueniſſent, quaſi mater quæ ad ſecundas tranſiit nu-
ptias non tam liberis ex priore matrimonio ſuperſtiti-
bus quàm priori cõiugi iniuriã feciſſe videatur ideóque
ab iis tantum bonis filij excludi debeat quæ patris ali-
quando fuerunt, non etiam à cæteris. Itaque ex eo iure
quod non ratione vlla iuris, ſed ſola Iuſtiniani volunta-
te nititur, non poteſt argumentum ſumi quod trahatur
ad propoſitam diſputationem. Planè, quando de parente
te ad ſecunda vota tranſeunte iam aliquid diximus, ne-
mo dubitat quin huiuſmodi renũtiationibus non pro-
hibeantur † liberi qui renuntiarũt ea petere quæ pa- 11
rentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt. Acquirũ-
tur. n. illa liberis ex legum beneficio. & veluti pœnæ no-
mine, non hereditariæ ſucceſſionis iure, vt iã olim rectè
Bartol. diſputauit ad *l. qui Romæ.* 122. §. *duo fratres. in fin. oppoſitionis pen. de verb. obl.* quem ſequitur *Guid. Pap. qu.* 128. *poſt Old. con.* 294. Magis mirũ † illud eſt, nec tamen
minùs probabile quod iiſdẽ noſtris placet, idẽ de pater-
nis bonis feudalibus iuris eſſe vt liberi qui paternæ ſuc-
ceſſionis renuntiarunt non idcirco ab iis bonis ſummo-
ueantur, nimirum quia propriam & ſeparatam naturam
habent nec ſunt omnino paterna, vt ex aliorum ſenten-
tia tractat *Did. d. §. 3. n. 6.* Scilicet niſi his quoque bonis
expreſſim renuntiatum ſit. Nam expreſſam renuntiatio-
nem valere non ambigitur. Alioqui cùm iuſiurandum
ex iurantis mente vires & interpretationem accipiat,
non poteſt ad iſta porrigi de quibus in dubio veriſimile
eſt non fuiſſe cogitatum, *l. qui cum tutoribus* 9. §. 1. 2. &
3.

3. *D. de tranſact. l. mater decedens 19. de inof. teſt. l. fin. qui ſatiſda. cogant.*

ERROR IV.

Si filia quæ patri cum iureiurando renunciauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione.

SVMMARIA.

1 *Renunciationes quantumlibet iurata non impediunt quominus is qui renunciauit poſſit inſtitui à ſtipulatore.*
2 *Cur ante Iuſtinianum mater quæ ad ſecundas nuptias conuolarat non poterat ſuccedere filio, quamdiu alij liberi ex priori matrimonio ſupererant.*
3 *An filia quæ patri renunciauit ſi ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima, poſſit petere ſupplementum legitimæ.*
4 *Marantha ſententia affirmans pragmaticis probata.*
5 *D. ſententia improbatio. & ſeqq.*
6 *Renunciationes de quibus agitur pertinent tantùm ad cauſſam inteſtati.*
7 *Limitata cauſſa limitatum producit effectum.*
8 *Ex ſententia pragmaticorum qui paternæ aut maternæ hereditati ſimpliciter renunciauit poteſt nihilominus petere legitimã, ſecus ſi legitimæ renunciatũ ſit.*
9 *Supplementum legitimæ condictione ex teſtamento petitur, licet teſtamento non ſit relictum.*
10 *Iuſiurandum remitti poteſt ab eo in cuius gratiam præſtitum eſt.*
11 *Filia quæ renuntiauit etiam ab inteſtato habere debet quæcumque pater ei reliquit in teſtamento minus ſolemni.*
12 *Caſus quo renuntiatio non poteſt iureiurando confirmari.*

1 MOnuimus ſæpiùs renunciationes † iſtas de
quibus agimus quantumlibet iuratas non
impedire, quominùs poſſit ea perſona quæ
renunciauit heres inſtitui ab ipſo ſtipula-
tore. In eóque mihi conuenit cum interpretibus & pra-
gmaticis omnibus: nõ ſolùm quòd non ſit veriſimile hoc
actum aut de hoc caſu cogitatum eo tempore quo inter-
poſita fuit renuntiatio, ſed etiã quia fieret alioqui vt no-
ceret ſtipulatori renuntiatio, quæ prodeſſe tantùm ei de-
beret. Quid. n. abſurdius, quàm ſi quis dicat ſtipulatorem
qui renunciationẽ extorquendo id egit vt liberiorem ha-
beret teſtandi facultatem hoc ipſo minùs liberã habere,
& prohiberi ne filiam quæ renũciauit poſſit inſtituere ſi
id malit? Nec ſimile eſt quod ſuper. ca. dicebamus, ante
Iuſtiniani nouellam conſtitutionem, de qua in Auth. *ex*
2 *teſt. C. de ſec. nupt.* non † potuiſſe matri quæ ad ſecunda
vota conuolaſſet, acquiri pleno iure proprietatẽ bono-
rũ filij prædefuncti, quandiu alij ex eodem matrimonio
liberi ſupereſſent. Id enim rationem illam habebat, quòd
non tantùm matris odium vrgeret, ſed etiam fauor libe-
rorum ſuperſtitum, quibus vtique mater ſecundas am-
plexa nuptias iniuriam feciſſet. In propoſito autem, neq;
odiũ vllum eſt mulieris quæ renunciauit, quam tanto fa-
uorabiliorem è contrario eſſe neceſſe eſt, quanto odio-
ſior eſt, & à legitimo ſuccedẽdi iure alienior renũciatio,
neque fauor vllus aliorum, qui non renunciarunt, vt me-
lioris conditionis eſſe debeant inuito patre ſtipulatore,
quàm ſi renunciatio nulla præceſſiſſet. Emergi tamen
3 dubitatio † nec inelegans, nec leuis momenti, ſi filiæ
quæ renunciauit pater aliquid vel minimum teſtamento
reliquerit pro legitima portione, an hoc ipſo renuntia-
tionis poteſtas, vſque adeò extinguatur, vt poſſit filia
perinde agere ad ſupplementum legitimæ acſi nunquam
renuntiaſſet. Sic enim pragmatici vulgò putant, ſecuti † 4
Rober. Marantha: magni inter Italos grammaticos no-
minis, *diſp. 10. nu. 26.* quaſi permittente eo in cuius fauo-
rem facta fuerat renunciatio, & ipſi renunciationi, vt
ita dicam renunciante. Quam ſententiam † ego nun- 5
quam potui veram putare. Etſi enim non dubito ita ius
eſſe vt hæ renunciationes locum duntaxat habeant quod
ad ſucceſſionem † inteſtati, nec excludant renuncian- 6
tem à petitione eorum quæ teſtamento relicta ſunt, aut
alia diſpoſitione, vtpote quæ debita ſint ex noua cauſſa,
ad quam extendi nequeat priùs facta renunciatio etiam
iurata *cap. cum inter. de renunciation.* (renunciatio enim
iurium etiam quæ quis habere ſperet, intelligi debet ex
cauſſa de præterito, vt noſtri loquuntur, non item ex
cauſſa de futuro, niſi cùm id expreſſum eſt, *Bartolus in
l. ſi uxor 13. §. Diui ad leg. Iuliam de adult.* & ad *l. qui
Romæ 122. §. duo fratres de verbor. obligat.*) Non poſſum
tamen intelligere qua ratione, admittendum ſit vt ex
voluntate teſtatoris plus debeatur renuntianti, quàm te-
ſtator ipſe expreſſerit, aut cur teſtamento ſublatum di-
camus vinculum renuntiationis, niſi ad eam vſque quan-
titatem aut portionem quæ teſtamento relicta eſt. argum.
l. 3. D. de teſtament. mil. Vulgare enim noſtrorum bro-
cardicum eſt, limitatam † cauſſam limitatum producere 7
effectum *l. in agris 16. de acquir. rerum domin.* Quamquã
enim ſcio noſtris placere quod mihi diſplicet, eum qui
paternæ † aut maternæ hereditati renunciauit ſimplici- 8
ter, nullo accepto, aut quod hac parte idem eſt, accepto
aliquo quod non ſoleat in legitimam imputari, nec in
eam cauſſam datum ſit vt imputetur, poſſe nihilominùs
legitimam petere, cui ſcilicet non cenſeatur renunciaſſe,
niſi ſpecialem eius fecerit mentionem, vt illi arbitran-
tur. Attamen ſi legitimæ quoque renunciatum ſit licèt
pro minore quantitate quàm quæ ad legitimam ſufficiat,
conſtat inter omnes tantam eſſe vim renuntiationis, vt
nec legitimæ ſupplementũ peti poſſit. Teſte *Didaco in 3.
part. relect. cap. quamuis. §. 1. numer. 2. paulo ante finem de
pact. in 6.* In lucro igitur ponere renuntians debebit, ſi
quid ei prætereà vel ex teſtamento, vel ex alia voluntate
obuenerit, eáque acceſſione quantacumque tandem illa
erit, contentum eum eſſe oportebit. Longéque alia ratio
eſt ſupplementi legitimæ quod ex teſtamento deberi
dicitur, quódque † condictione ex teſtamento petitur, 9
etiamſi teſtamento non fuerit relictum *l. omnimodo 30.
C. de inoffic. teſtam.* id enim fit quia ei cui teſtator minùs
reliquit quam pro legitima relinquere debuerit, illud
quoque debetur quod relinqui oportuit, nec relictum
fuit: at filiæ cui propter renuntiationem nihil debebatur
non poteſt videri minùs relictum eſſe quàm deberetur,
ob hoc ſolum quod aliquid ei pater reliquerit: niſi fortè
idem eſt plus dare quàm debeas & minùs dare, illud ſanè
non nego poſſe iuſiurandum † remitti ab eo in cuius 10
gratiam præſtitum eſt, vt docet *Bart in l. Labeo D. de iu-
reiur.* poſt Accurſ. *in l. adigere de iur. patron.* Sed nego
remiſſum dici debere iuſiurandum quo ſuſtinebatur re-
nuntiatio ob hoc ſolùm, quod aliquid pro legitima reli-
ctum ſit ei qui renuntiauit, niſi pro ea quantitate aut
portione quæ relicta eſt. Pro ea ſanè quantitate aut por-
tione fateor nullam protſus renuntiationis habendam
eſſe rationem: ideóque habere filiam † debere etiam ab 11
inteſtato quæcumque pater ei reliquit in teſtamento
minùs ſolenni: quod & traditum eſt à *Guill. Bened. in
repet. cap. Raynutius in verb. duas habens. filias. numer.
288. & 290.* Nam ex actu etiam nullo declaratur volun-
tas *l. vltima D. de reb. eorum qui ſub. tutel. & curator. ſunt.*
Quodcumque autem volũtatis indicium ſufficit ad hoc
vt redeat res ad cauſſam legitimæ ſucceſſionis, argum.
l. ſi vnus. 27. §. pactus ne peteret in fin. D. de pact. Addunt
noſtri alium eſſe caſum quo renuntiatio † non poſſit 12
iureiurando confirmari, ſcilicet ſi priùs filia iurauerat ſe
non renuntiaturam: Prius enim iuramentum potentius

eſt

eſt non ſolùm quia & prius derogatorium eſt, ſed etiam quia congruit iuri communi. *ca. eam te. & cap. intellecto. Extr. de iureiur. Benedict. num.* 290. Hoc ipſum tamen ita ſi prius iuſiurandum præſtitum ſit in vtilitatem & in manibus alterius, *Bald. in cap. veniens ad fin. de iureiur.* & in *Auth. ſacramenta puberum verſ. alterius quæro. C. ſi aduerſ. vendit.* Item ſi is cui poſteriore loco iuratur, prius iuſiurandum contrarium non ignoret, vt in *d. cap. intellecto.* Alioqui deciperetur idem *Bald. in cap. cum contingat. de iureiur. & in l. ſi prædium in fin. C. de iur. dot.*

ERROR V.

De differentiis legitimæ portionis quæ deſcendentibus, & eius quæ aſcendentibus debetur.

SVMMARIA.

1 *Diſſenſio interpretum in aſſignandis differentiis legitimæ quæ deſcendentibus, & eius quæ aſcendentibus debetur.*

2 *Ex ſententia Bartoli legitima deſcendentibus titulo inſtitutionis relinquenda eſt, aſcendentibus verò quocunque titulo relinqui poteſt.*

3 *Primam illam differentiam ab alijs omnibus eſſe exploſam.*

4 *Secunda differentia à pluribus pragmaticis aſſignata, & eius refutatio.*

5 *Tertia differentia, quod pactum per quod filius excluditur à petitione legitimæ iure ciuili ſit improbatum, non item illud per quod parens prohibetur legitimam petere.*

6 *Explicatio l. 1. § ſi parens. D. ſi à par. quis man. fuer. ex qua Did. Couarr. ſuperiorem differentiam colligere nitebatur.*

7 *Differentia proximè relata rationibus iis tollitur quibus interpretes improbata putant pacta de non ſuccedendo.*

8 *Legitima debetur ex officio pietatis non minus aſcentibus, quàm deſcendentibus.*

1 SVunt † qui inter legitimam portionem quæ deſcendentibus, & eam quæ aſcendentibus debetur, differentias quaſdam conſtituant, ſed alij alia pro arbitrio, ego nullam agnoſco. Prima illa eſt quam Bartolus † aliquando tra-
2 didit, vt legitima quæ deſcendentibus debetur ei relinquenda ſit titulo inſtitutionis ex Iuſtiniani *Nou.* 1 1. *vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum:* Quæ verò aſcendentibus, quocunque titulo relinqui poſſit, id eſt etiam legati aut fideicommiſſi, aut quo alio eiuſmodi ex *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ.* Sed iampridem †
3 exploſa hæc ſententia eſt quoniam poſterior Iuſtiniani conſtitutio quæ liberorum fauore induxit vt legitimam inſtitutionis titulo iis relinqui neceſſe ſit, ſecũdum eam interpretationem quæ magis communiter probata eſt in *d. §. aliud quoque capitulum,* illud quoque expreſſim conſtituit, vt idem omnino in legitima aſcendẽtibus relinquenda obſeruari oporteat. Itaque non infacetè quidam ex interpretibus dixit mirari ſe quòd in toto mundo Bartolus non inuenerit amicum qui ſententiam ſuam ſequatur. Quod tamen interpretibus ferè omnibus placet vtramque legitimam tam quæ deſcendentibus quàm quæ aſcendentibus debetur, inſtitutionis titulo relinqui debere, vereor ne non ſit verum, de quo ſequenti
4 capite videbimus. Secunda † differentia eſt, quæ pragmaticos quam plures autores habet, vt legitimam quæ deſcendentibus debetur, iis relinqui neceſſe ſit in corporibus bonorum. Eam verò quæ aſcendentibus, ſufficias relinqui pecunia numerata vt bona in familia conſeruentur. Sed neque video qua ex lege hauſta ſit hæc differentia. Etſi enim iure vetere potuit ſatis eſſe ad excludendam inofficioſi querelam ſi legitima ſiue parenti ſiue filio quoquomodo ſicut & quoquo titulo relicta eſſet, id eſt, ſiue in pecunia, ſiue in corporibus bonorum, tamen ex Iuſtiniani conſtitutione in *leg. ſcimus* 36. *§. repletionem. Cod. de inoff. teſtament.* generaliter inductum eſt vt legitimam in corporibus bonorum dari oporteat, adeóque legitimæ ſupplementum: Cúmque ex aliis eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionibus appareat eandem illum rationem eſſe voluiſſe in cæteris, legitimæ quæ aſcendentibus & eius, quæ deſcendentibus debetur, nihil eſt ex quo poſſit conijci hanc ei differentiam placuiſſe quæ nec omnibus pragmaticis probatur, ſed iis etiam tantùm qui eo minùs ſapiunt, quo plus ſapere ſibi videntur. Tertia † differentia illa adfertur vt pa- 5
ctum de non ſuccedendo per quod filius excludatur à petitione legitimæ in bonis parentum prorſus improbatum ſit iure ciuili, nec niſi iuſiurandi religione & vinculo ex pontificia lege defendatur. Pactum verò de non ſuccedendo per quod parens prohibeatur legitimam petere in bonis filij, valeat etiam iure ciuili, nullo licet accedente iureiurando propterea quod, inquiunt, fauorabiliori iure debeatur aſcendentium hereditas deſcendentibus, quàm deſcendentium aſcendentibus. Deſcendentibus enim debetur hereditas aſcendentium ex voto etiam parentum: Aſcendentibus verò deſcendentium contra votum parentum ſola miſerationis ratione, *l. ſcripto §. vlt. D. vnd. liber. l. nam etſi* 15. *D. de inoff. teſt. l. vlt. D. de bon. damn.* Sic enim ratiocinatur *Didacus Couarr. ad cap. quamis. de pact. in* 6. *§* 4. *num* 10. Motus *ex l.* 1. *§. ſi parens. D. ſi à parent. quis manum. fuer.* vbi Vlpianus ſcribit, Si parens vel acceperit pecuniam vt filium emanciparet, vel viuus in eum filius poſtea quantum ſatis eſt contulerit ne iudicia eius inquieteт, doli exceptione patrem repellendum eſſe. Quaſi verò tractet † Vl- 6
pianus eo loco de inita inter patrem & filium pactione de non ſuccedendo. Et tamen nihil apertius eſt quàm illud videre, duos ibi caſus proponi. Prior ille eſt ſi parens pecuniam acceperit vt filium emanciparet. Quod ſi factum ſit, æquum ſanè eſt repelli eum exceptione doli ſi contra tabulas filij bonorum poſſeſſionem petat, non quòd in accipienda pecunia deliquiſſe aut dolo malo verſatus eſſe dici poſſit, vt vulgò noſtri tradiderunt, contra textum in *l. vtrum turpem* 107. *de verb. oblig. l. vlt. C. de emancip. liber.* Sed quoniam ea bonorum poſſeſſio patri datur in præmium, & remunerationem emancipationis, *d. l. ſi à parent. quis manum.* Præmio autem nullo opus eſt poſt emancipationem ei qui pecuniam accepit vt emanciparet. Præmium enim ab initio accepit pater hoc caſu, *l. etiamſi* 5. *§. ſi quis numos. D. de bon. libertor.* Alter caſus eſt ſi poſt emancipationem viuus filius, id eſt inter viuos tãtùm in patrem contulerit, quantum ſatis eſt ne iudicia eius inquietet. Quo etiam caſu doli exceptione repellendus eſt pater ſi poſt filij mortem agere velit, non alia ratione quàm quod videatur ei viuus filius prouidiſſe, nec æquum ſit patrem bis idem conſequi, hoc eſt debitam legibus portionem, licèt nullum de ea re pactum interceſſerit. Quomodo dicimus, ſi centum aureorum dominus viginti quinque alicui dediſſet, ac poſteà inſtituto eo herede legaſſet dodrantem, nihil aliud ſub occaſione legis falcidiæ conſecuturum heredem, quia viuus teſtator ei prouidiſſe videatur, *l. cum quo* 56. *§. vlt. & D. ad leg. falcid.* Nec in filio diuerſum eſt ſi ius vetus ſpectes, & ponas filio donatum à patre quantum ſatis eſt ad quartam ſiue mortis cauſâ ſiue inter viuos quidem, ſed hac tamen contemplatione vt in quartam habeatur, *arg. d. §. vlt. & l. ſi quando* 35. *§. & generaliter. C. de inoff. teſt. l. Papinianus* 8. *§. ſi quis mortis cauſſa. l. ſi non mortis* 25. *D. eod.* Quæ donatoris mens in dubio præſumenda eſt quoties id

quod

Digitized by Google

quod donatur, ſufficit ad inofficioſi querelam excludendam. Vt quod Paulus ſcripſit *lib.3. ſent. tit.8. §.3.* ea quæ mater viua donauit filio in quartam non imputari, intelligendum ſit eo caſu quo ad quartam illa non ſufficiant. Etſi non ignoro interpretes noſtros non aliter hoc admittere quàm ſi adiectum ſit pactum de non ſuccedendo, vt ex communi omnium ſententia tractat *Guid. Benedict. in verb. duas habens filias, num.* 242. Sed mouet me quod ſcriptum eſt in *d. §.vlt. l. cum quo. ad leg. falcid.* Idque Vlpianus ipſe in *d.§. ſi parens.* non obſcurè innuit, cum ponit tantum donaſſe filium patri quantum ſatis eſt, ne iudicia eius pater inquietet, ac proinde in hanc cauſſam ſiue expreſſa ſiue tacita voluntate, quamuis nullo addito pacto de non ſuccedendo. Illud enim ſatis eſt donationem non eſſe ſimplicem, ſed ob cauſſam ſiue expreſſam ſiue tacitam vt in legitimam imputetur *l. quoniam Nouella 29. & d. l. ſi quando, §. & generaliter, Cod. de inoffic. teſtament.* Dixi *ſi ius vetus ſpectes*, quia cùm hodie ex Iuſtiniani *Nouell.* 115. de qua ſuprà diximus, & ex receptiſſima noſtrorum ſententia, ſi tamen vera illa eſt, inſtitutionis titulo relinqui legitimam neceſſe ſit, conſequens eſt nihil prodeſſe patri vt ſecurè teſtetur quod forte inter viuos aut mortis cauſſa quantum ad legitimam ſatis eſt filio reliquerit, niſi eum præctereà aut inſtituat, aut adiectâ iuſtâ cauſâ exheredet, cùm olim ſufficeret vt exheredaret quamuis immerentem dummodo legitimam ei reliquiſſet, vt ſequenti capite dicemus. Eadémque ratio facit vt & illam Vlpiani ſententiam quæ extat in *d. §. ſi parens*, hodie correctam eſſe putem, poſtea quàm noſtris placuit, aſcendentibus quoque ſicut deſcendentibus relinquendam eſſe legitimam titulo inſtitutionis, & poſt ſublatas alia Iuſtiniani *Nouell. conſtit.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* differentias omnes ſuitatis & emancipationis. Nam ſicut hodie perinde ſuccedunt ab inteſtato emancipati liberi atque ſui heredes, perindéque inſtituendi ſunt, aut adiectâ cauſſâ exheredandi, vt teſtamentum valeat, ita & viciſſim ipſi parentes inſtituere coguntur, aut adiectâ cauſâ exheredare. Perperam igitur acceptus eſt locus ille Vlpiani ab iis omnibus qui in ea ſpecie pactum de non ſuccedendo interueniſſe arbitrantur. Et ſanè vtroque caſu, id eſt, ſiue de aſcendentium, ſiue de deſcendentium legitima tractetur, eadem vrget ratio, quæ pactum de non ſuccedendo minimè valere patiatur, quòd iuri ſuccedendi quia publicum eſt, & ex lege duodecim tabularum, priuata pactione derogari non poſſit, *l. vlt. D. de ſuis & legit. l. ius publicum* 38. *D. de pact.* Nec minùs pro parentibus
7 † quàm pro liberis faciunt aliæ etiam rationes, licèt minùs germanæ, & acceſſoriæ propter quas noſtri putant improbata eſſe pacta de non ſuccedendo. Aiunt enim eandem cauſſam eſſe dandæ quæ eſt & adimendæ hereditatis, *l. 2. §. vlt. l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill. penultim. §. 1. de condic. inſtit. l. 3. §. conditio. de adim. legat.* Pacto autem non poſſe dari hereditatem, *l. hereditas 5. Cod. de pact. conuent.* quia neque id conuenit legibus, neque fieri poteſt ſine legibus. Addit *Bart. in l. ſi quis pro eo. D. de fideiuſſ.* prohibitum eſſe pactum de non ſuccedendo, ne quis modico præſenti contentus, vt fieri ſolet, futuræ atque opulentiſſimæ hereditati renuntiet. Non ſatis rectè. Nam nec pauperior fit qui ſpem hereditatis numquam fortaſſis deferendæ omittit, *l. quod autem 6. D. quæ in fraud. credit. l. ſi ſponſus 5. §. ſi maritus 13. & ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor. l. non videntur* 82. *l. non poteſt videri* 208. *de reg. iur.* nec opulenti fideicommiſſi incertum, modico quin & nullo accepto remitti veritum eſt, *l. 1. Cod. de pact. l. de fideicommiſſo 1. Cod. de tranſact. l. quoties 1. Cod. de fideicommiſſ.* Et contrà non eo magis valet pactum de non ſuccedendo quòd accepta magna quantitate, perexiguæ hereditati renuntiatum proponatur. Leges enim quæ huiuſmodi pacta improbant, ſicut indiſtinctè loquuntur, & generalem habent rationem, ita & indiſtinctè debent intelligi. Incerta ſiquidem eſt & quæ in ſingula momenta augeri vel minui poſſit futuræ hereditatis æſtimatio, cùm non niſi ex tempore mortis hereditas æſtimetur *leg. 1. & 2. D. de hered. vel act. vendit.* Sed tamen etiamſi rationem hanc Bartoli pro vera probaremus, apparet non minùs eam vrgere pro parentibus quàm pro liberis, vt per pactum de non ſuccedendo à petitione legitimæ ſubmoueri non poſſint. Quod autem obiicitur deſcendentium hereditates non deberi aſcendentibus ex voto, ſed ſola ratione miſerationis, turbato mortalitatis ordine, minùs ſanè ad rem
pertinet. Nam quod ad legitimam † ſpectat, ſufficit vt 8
eadem ratio pietatis vrgeat pro parentibus, quæ pro liberis, *d. l. nam etſi 17. D. de inoff. teſt. d. l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnde lib.* Qui enim agit querela inofficioſi teſtamenti ſiue ex aſcendentibus ſit, ſiue de deſcendentibus, eo colore agit quaſi teſtator impius fuerit, adeóque furioſus & demens, qui in teſtando pietatis officia tùm maximè excolenda prætermiſerit, *l. 2. D. de inoff. teſtam.*

ERROR VI.

De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda.

SVMMARIA.

1 *Irnerius authenticarum compilator vt ab aliis notatus.*

2 *Legitimam ſiue aſcendentibus ſiue deſcendentibus & fratribus titulo inſtitutionis relinquendam eſſe, communis eſt interpp. & pragmat. traditio.*

3 *Vnde ſuperior colligatur ſententia ab interpretibus.*

4 *d. Traditionem ſi non à verbis Iuſtiniani, certè à ratione quæ Iuſtinianum mouit vt nouam conſtitutionem ferret, alienam eſſe.*

5 *Teſtamenta in quibus inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima, non magis valere poſſunt quàm ſi filius nullo modo inſtitutus eſſet, nec exheredatus, & num. 9.*

6 *Præteritum quem cenſeant iuris autores.*

7 *Non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit.*

8 *Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto nec heres dici, nec pro herede haberi poteſt, ſed tantùm pro legatario.*

10 *Quæ exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolennitatem.*

11 *Vt ſecurè teſtetur hodie pater aut mater quid exigitur ſecundùm Iuſtinianeæ conſtitutionis rationem.*

12 *Quando titulus inſtitutionis ſit honorabilior quàm legati.*

13 *Inſtitutio ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos.*

14 *Concluſio diſputationis contra interpretes & Iuſtinianum.*

REprehenditur † vulgò & notatur ab inter- 1
pretibus ferè omnibus Irnerius authenticarum quæ per Iuſtiniani codicem ſparſæ ſunt compilator non indiligens, quòd ſcripſerit *in authentic. nouiſſima Codice de inoffic. teſtament.* nouiſſima Iuſtiniani lege cautum eſſe vt legitima quæ olim ſemper erat quarta portionis ab inteſtato contingentis, hodie verò pro numero liberorum vel triens eſt vel ſemis, relinqui poſſit quocunque titulo ſiue legati, ſiue fideicommiſſi, aut donationis tam inter viuos quàm mortis cauſâ, aut alio quolibet relicti iure. Ex *Nouell. 8. De trient. & ſemiſſ.*

Digitized by Google

2 Putant enim cæteri †, poſteriore Iuſtiniani conſtitutione quæ extat in *Nouell.* 115. cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat. cognoſc.* §. *aliud quoque capitulum*, longè aliter cautum eſſe, & contra iuris veteris rationem inductum, vt legitimam omnimodo inſtitutionis titulo relinqui neceſſe ſit, non ſolùm ſi deſcendentibus, ſed etſi aſcendentibus, adeóque fratribus in ſuo caſu, id eſt, turpi perſona inſtituta, debeatur. Hanc enim communem noſtrorum ſententiam eſſe, & vbique terrarum receptiſſimam refert probátque *Antonius Theſſaur. deciſ. Pedemont.* 58. *poſt Caſtrenſ. in d. auth. nouiſſima. num.* 9. & alios innumeros quibus cumulandis non omnes omnium chartæ
3 ſufficiant. Mouentur omnes ex † vnius *Nouella* 115. verbis, quæ ſanè in hanc rem non obſcurè eſſe videntur. Conſtituit enim Iuſtinianus eo loco vt non liceat patri, vel matri, auo, vel auiæ, filios, aut nepotes & deinceps inferioris gradus liberos præterire, vel exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi legibus debitam portionem iis reliquerint titulo legati aut fideicommiſſi aut alio quocunque, ſed omnino cogantur aut eos inſtituere aut iuſtâ cauſsâ adiectâ exheredare. Proinde nulla ſatis iuſta ſubſiſtente cauſſa exheredationis, conſequens eſt vt non aliter valere teſtamentum poſſit quàm ſi filius in legitima inſtitutus proponatur. Alioqui non facilè dici poſſet quid noui ea conſtitutione Iuſtinianus induxiſſet. Nam & olim ita ius vetus comparatum fuiſſe certum eſt, vt quamuis legitimam, quocunque titulo relinquere liceret, inſtitui tamen filium aut exheredari neceſſe eſſet, vt teſtamentum iure factum crederetur. Non enim quæri poterat de querela inofficioſi teſtamenti ad teſtamentum reſcindendum, quin prius conſtaret teſtamentum ipſo iure valere, ritéque & ſolenniter factum eſſe: ſiquidem rumpi reſcindíque nullomodo potuiſſet, quod nullo iure valuiſſet *l.* 5. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Inter cætera autem teſtamentorum ſollennia primum illud & præcipuum caput erat, De ſuis heredibus inſtituendis aut exheredandis, *l. inter cætera* 30. *& paſſ. D. de liber. & poſthum.* Ego tamen non
4 dubito quin hæc ſententia † licèt à pragmaticis omnibus, ſi qua vſquam alia, vt loquuntur, canonizata, prorſus falſa ſit & aliena, non quidem fortaſſe à verbis Iuſtiniani quæ vulgò in hanc rem creduntur apertiſſima, præſertim *in* §. *hac autem alias*, §. *cæterum. dict. Nou.* 115. ſed tamen ab ea ratione quæ Iuſtinianum ipſum mouit, vt nouam ferret conſtitutionem. Itaque non tam contra interpretes hîc diſputandum nobis erit quam contra Iuſtinianum, ſed ex ipſo Iuſtiniano coniuncta ea iuris ratione, quam & Iuſtinianus ipſe probauit. Niſi malis Iuſtinianum ſic interpretari vt id conſtituerit quòd ex iuris ratione conſtituere debuit, præſertim cùm verba non repugnent. Neque enim ea Nouella id agit Iuſtinianus vt anteriores iuris cùm veteris, tum noui leges quæ de legitima extabant abroget aut emendet, ſed illud potiùs vt nouum ius faciat quod ad ordinandi teſtamenti cauſſam ſpectet. Nam cùm iure vetere ſic obtineret, vt ſecurè teſtatus videretur pater qui filium licèt immerentem exheredaſſet, dummodò legitimam portionem ipſi quocunque titulo reliquiſſet, quemadmodum ſuperiore capite attigimus, quia & ſatisfecerat iuris ſollennitati, filio exheredato, & paternæ pietati, relicta filio quamuis exheredato legitima portione quæ inofficioſi teſtamenti querelam excludebat, Iuſtiniano durum nimis & iniquum viſum eſt, vt prætextu legitimæ portionis relictæ exheredari à patre, aut præteriri à matre impunè poſſet filius qui exheredationis cauſſam nullam admiſiſſet. Habet. n. exheredatio neſcio quam infamiæ notam ex impietatis conſcientia, quam notam pecuniario legitimæ commodo aut alio quantumlibet maiore æſtimari ſanè inuidioſum, & iis quibus legitima deberetur inhoneſtum videbatur. Placuit ita Iuſtiniano hactenus iuri veteri hac parte derogare, vt ad validitatem teſtamenti non ſufficiat quod olim ſufficiebat exheredatum eſſe filium à patre aut ab auo paterno, vel præteritum à matre aut ab auo materno, cuius ſicut & matris præteritio habetur pro exheredatione, ſed omnino neceſſe ſit aut inſtitui filium aut adiectâ cauſsâ eâque iuſta & ab heredibus probanda exheredari: Id ni factum ſit teſtamentum ipſo iure non valeat, ſed perinde nullum ſit acſi filius qui inſtitutus non eſt, nec exheredatus eſſet, tametſi legitima portio ſiue legati ſiue fideicommiſſi aut alio quocumque titulo ei relicta eſſe proponatur. Cui conſequens eſt vt ne ſufficere debeat, quòd legitima relicta ſit titulo inſtitutionis, ſi non præterea filius ex aliqua aſſis parte inſtitutus ſit. Certum namque eſt inſtitutum ex re certa, quoties alij, vnus pluréſve ex aſſe ſcripti ſunt, pro legatario habendum eſſe, ideóque nec heredis iure cenſeri vllomodo poſſe *l. quoties* 13. *C. de hered. inſt.* Quid autem refert an in re certa filius inſtitutus ſit, an in legitima portione? Siquidem legitima portio res certa eſt, non ſolùm quod ad quotam attinet, quæ certis legibus conſtituta eſt, ſed etiam quod ad æſtimationem, quoniam ea portio non hereditatis quota eſt, ſed bonorum, cùm non ponatur eius ratio niſi deducto ære alieno, quod ipſum tamen hereditatis partem conſtituit, quia hereditas nomen iuris eſt non corporum aut ſingulorum aut vniuerſorum, *l. Papinianus* 8. § *quarta autem, D. de inoffic. teſtam.* Non ergo ſatisfacere Iuſtiniano debuit pater, qui filium in legitima duntaxat inſtituit, quia non eo minùs verum eſt, filium hunc in legitima inſtitutum ex nulla hereditatis, id eſt, hereditarij aſſis parte heredem eſſe. Cùm autem non ſit heres, exheredem eum aut præteritum eſſe neceſſe eſt, nam inter ſuum heredem & exheredem medium aliud nullum eſt, *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſth.* Porrò ex Iuſtiniani conſtitutione nullius momenti eſt exheredatio quæ cauſſam nullam habet, quam nec adiectam eſſe ſufficeret, *ſi non* eſſet iuſta, id eſt, aliqua ex iis ſolis quas eadem conſtitutio pro iuſtis haberi vult: inde igitur infero teſtamenta † ferè omnia, quæ hodie fieri ſolent, & quibus 5
inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro omni legitimæ iure, & à reliqua hereditate excluditur nulla exheredationis cauſſa adiecta, non magis valere poſſe, quàm ſi filius hic nullomodo inſtitutus eſſet nec exheredatus. Eam ſiquidem inſtitutionem iuris ratio requirit quæ filium heredem faciat, & conſequenter quæ aliquam hereditarij aſſis partem ipſi tribuat, non per quam fiat vt legatarij duntaxat loco habeatur. Alioqui dicendum eſt ius liberorum quod proculdubio Iuſtinianus auctum voluit, è contrario fuiſſe imminutum, adeóque in ea re quæ præcipui erat momenti. Neque enim credendum eſt potuiſſe olim patrem ſic teſtari vt filium in legitimæ portione inſtitueret, heredem verò alium ex toto aſſe adſcriberet. Nam toto aſſe vni dato qui fieri obſecro poterat vt ex aliqua aſſis parte filius heres eſſe videretur? Cùm ergo neque heres, neque exheres dici poſſet, hoc vnum ſupererat vt præteritus diceretur, niſi obſtante eo quòd in legitima eſſet inſtitutus, non magis quam ſi ea portio ipſi legata aut per fideicommiſſum relicta fuiſſet. Præteritum † enim filium iuris autores 6
interpretantur, vt pluribus locis monuimus, non eum cuius mentio nulla in teſtamento facta ſit, ſed qui nec inſtitutus fuit nec exheredatus, tametſi ei legatum fuerit, quin & eum qui inſtitutus eſt aut exheredatus, ſi non eo modo quo oportuit, inſtitutio vel exheredatio facta ſit. Dices fieri non poſſe vt non ſit heres qui eſt inſtitutus, ideóque filium qui in legitima portione inſtitutus eſt, in ea quoque portione heredem eſſe, nec proinde quicquam de exheredatione tractari poſſe, cùm fieri nequeat vt idem ſit & heres & exheres. Et non mirũ eſt quod Iuſtinianum aut potiùs Tribonianum iuris ſanè imperitiſſimum fefellit, ſi ſolam in re certa inſtitutionẽ ſufficere exiſtimauit. Sed reſpondeo, quod dicitur non poſſe fieri vt heres non ſit qui eſt inſtitutus, ad eũ duntaxat pertinere qui in hereditate, aut quod idem eſt ex

certa

certa parte hereditatis,non etiam ad eum qui in re cer-
7 ta inſtitutus eſt. Non enim inſtitutio, † ſed hereditas
ipſa ſola eſt,quæ heredem facit.Ob idque nimirum con-
ſtitui neceſſe fuit vt heres inſtitutus in re certa pro le-
gatario haberetur, cùm pro herede haberi non poſſet:
Aliter enim poſito iure eueniret vt eiuſdem rei duo eſ-
ſent heredes, id eſt,domini in ſolidum,is ſcilicet qui ex
aſſe ſcriptus eſſet, cùm in toto aſſe contineatur quic-
quid eſt in hereditate,itémque is qui in certa illa re eſſet
inſtitutus.Non enim dici poteſt teſtatorem qui inſtitu-
to aliquo in re certa alium heredem ſcribit ex aſſe tran-
ſire ad dupondium, ſiue inſtitutio in re certa præcedat,
ſiue ſequatur, quia tum demum fit tranſitus ad dupon-
dium, cùm expleto primo aſſe,id eſt, aut toto aſſe com-
pleto aut in duodecim vncias inter heredes diſtributo,
inſtituitur aliquis ex alterius aſſis parte.Nouo ſiquidem
& ſecundo aſſi neceſſariò tribuendum eſt, quod ex pri-
mo delibati amplius non poteſt. At inſtitutio in re certa
nihil habet commune cum inſtitutione ex aſſe aut ex
certa aſſis parte, quia numquam inſtitutus ex re certa
habetur pro ſcripto ex certa parte aſſis: Ex ipſo autem
aſſe non niſi vno illo caſu quo ſolus ſit inſtitutus,id eſt,
nullo herede aut ex toto aſſe, aut ex aſſis parte ſcripto
l.1.§.ſi ex fundo. D.de hered.inſtit. vt dicemus latiùs *in
errorem vltimum Decadis ſequentis.* Nam ſi ponas Ti-
tium inſtitutum ex fundo Corneliano, Sempronium
verò ex ſemiſſe hereditatis; nemo ambigit quin Sem-
pronius ſolus & ex toto aſſe heres futurus ſit, Titius
verò ex nulla parte. Cùm igitur teſtator, qui & herede
aliquem ex aſſe ſcribit,& alium in re certa inſtituit,nec
idcirco ad dupondium tranſire intelligatur,conſequens
8 neceſſariò fit quod diximus vt inſtitutus † heres ex re
certa, nec heres hoc caſu dici, nec heredis loco haberi
poſſit, ne alioqui eueniat incommodum illud & abſur-
dum,quod euenturum diximus, vt eiuſdem rei ratione
duo ſint heredes.Quòd ergo legatarij loco habendus eſt
non quidem ex ſummo iure,cùm aliud ſit quem inſtitui
in re certa, aliud verò ei legatum eſſe, ſed benigna iuris
interpretatione ne defuncti voluntas intercidat, quæ
ſecundùm hanc interpretationem effectum commodè
ſortiri poteſt.Obiicies fortaſſe.Non eo minùs abſurdum
illud ſequi vt eiuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe
reperiantur,quandoquidem legatum perinde rem lega-
tam facit legatarij vt hereditas,heredis res ſingulas,*leg.
legatum* 80. *de legat.* Ego verò nego conſecutionem.
Nam quod legatum eſt, nec in hereditate nec heredis
eſſe aut vnquam fuiſſe intelligitur,ſed recta via tranſit à
teſtatore in legatarium, *l.à Titio 64. D.de furt.*Legatum
enim eſt delibatio hereditatis cùm ex eo quod alioqui
vniuerſum heredis foret, alicui collatum quid teſtator
voluit, *l.legatum eſt delibatio* 116. *de legat.*1. At non ſi-
militer quis dixerit inſtitutionem in re certa alio ex aſſe
ſcripto eſſe delibationem hereditatis ſi heres ex ea re
ſcriptus,pro herede habeatur. Cur enim delibes ex here-
ditate vt ei tribuas quem heredem facere velis? Imò
verò neceſſe eſt vt in hereditate ſit, adeóque vt ſit here-
ditas, ſi quis heredem ea ratione fieri volet. Hoc itaque
admiſſo & probato de quo ambigi non poteſt,quòd in-
ſtitutus ex re certa alio ex aſſe ſcripto nec heres dici,
nec pro herede haberi poſſit, ſed tantùm pro legatario,
9 infero † filium qui à patre inſtitutus eſt in re certa, aut
quod hac parte idem eſſe iam diximus,in legitima,nihi-
lominus præteritum dici debere, ſiue ius vetus inſpi-
cias,ſiue nouum & Iuſtinianeum,& conſequenter nul-
lum & iniuſtum fuiſſe iam olim,& eſſe hodie tale teſta-
mentum. Qui enim exheres non eſt, is ſi nec heres ſit,
proculdubio præteritus eſt,conuenitque hac in re inter
ius nouum, & vetus. Nec Iuſtiniani conſtitutio quæ
omnium eorum quibus legitima debetur auctum ius
voluit in cauſſa reſtitutionis vel exheredationis, poteſt
ſibi conſtare ſi hanc admittat interpretationem, vt pro
benè inſtituto hodie habeatur,qui olim præteritus dici
potuiſſet. Nam ex contrario fecit Iuſtinianus vt filius
immerenter exhœredatus, qui olim pro ritè exheredato
habebatur,ſi modò legitimam à patre quocunque relicti
titulo habuiſſet, hodie habendus ſit pro non ritè exhe-
redato,& conſequenter pro præterito,etiamſi ſemiſſem,
adeóque ſi voles dodrantem hereditatis auferat propter
inſtitutionem factam in certa re cuius æſtimatio do-
dranti hereditatis reſpondeat.Quia non quælibet exhe-
redatio † ſufficit hodie vt olim ad implendam hanc te- 10
ſtamenti ſollennitatem, ſed talem eſſe neceſſe eſt quæ
cauſſam expreſſam habeat,& quidem iuſtam qualis cer-
tè eſſe non poteſt exheredatio filij,qui de parente num-
quam malè meritus eſt.Igitur,vt concludamus,non ali-
ter hodie † ſecurè teſtari poteſt pater aut mater(ſi Iuſti- 11
nianeæ conſtitutionis rationem, potiùs quàm conſtitu-
tionem ipſam ſpectes) quàm ſi filium ex vncia aut ſe-
muncia aliáve maiore aut minore hereditarij aſſis por-
tione heredem ſcribat: quo caſu quod legitimæ por-
tioni deerit, ſupplebitur vtique per condictionem ex
Iuſtiniani lege ad ſupplementum. ſi non aliunde id fi-
lius habuerit à patre ſiue legati ſiue fideicommiſſi titulo
aut alio quocunque. Poſtquam enim Iuſtinianeæ con-
ſtitutioni in eo ſatisfactum fuit, quod filius ex aliqua
vel minima aſſis particula heres eſt, non curat Iuſtinia-
nus quo iure habeat ille legitimam,dummodo integram
eam habeat,aut habere poſſit. Sicut è contrario non ſa-
tisfit rationi quæ Iuſtinianum mouit ob id ſolùm quòd
filius ſemiſſem aut dodrantem, imò & ſi voles vniuerſa
defuncti bona habeat ex inſtitutione in re certa, ſi filius
ille nec heres fit ex inſtitutione facta in aſſe aut aliqua
aſſis parte, nec rurſum exheres ſcriptus, vt contingit
quoties eo ex certa re inſtituto alius ex aſſe aut ex aſſis
parte inſtitutus inuenitur.Nec me mouet quod ab inter-
pretibus obiici video, inſtitutionis titulum honorabi-
liorem eſſe quàm legati.Id enim † tùm obtinet cùm quis 12
ex inſtitutione fit heres per hereditatem, quia pleniore
iure deferuntur hereditates quàm legata,vt ait *l.5.§.ſed
etſi portio,de legat. præſt.* At iam docuimus filium inſti-
tutum heredem ex re certa nihilomagis aut heredem
eſſe,aut heredis loco haberi oportere: quia nec poſſet
ex eo iure, id eſt,tanquam ex re certa heres ſcriptus eam
rem conſequi ſi non interpretatione fauorabili pro le-
gatario haberetur. Non igitur ei honorificentior eſſe
poteſt titulus inſtitutionis quæ non valet tanquam in-
ſtitutio, quàm legati,cuius ſolius iure inſtitutio defen-
ditur: Addunt pragmatici poſt interpretes, eſſe etiam
vtiliorem & commodiorem filio inſtitutionem ex re
certa quàm legatum propter ius adcreſcendi quod ha-
biturus eſt filius alio herede ſiue ex aſſe, ſiue ex aſſis
parte ſcripto ſe abſtinente aut repudiante. Sed nos † 13
hanc quoque opinionem non facilè probamus, non ob
id ſolùm quòd vix ſit vt eius adcreſcendi vnquam lo-
cum habeat inter eos qui ſuccedunt ex diuerſo iure,ſed
etiam quia cùm inſtitutus ex re certa iam inde ab initio
legatarij loco habeatur, nec caſum vllum vtilem ha-
beat inſtitutio ex re certa quo valere poſſit iure inſtitu-
tionis, non magis fieri poteſt vt ius adcreſcendi ha-
beat, quàm ſi verbis legati ei relicta res fuiſſet, vt alio
loco fuſiùs oſtendemus. Sed etſi ita eſſe admitterem,
nihil tamen ex eo inferri poſſet. Quid enim ſi de iu-
re adeundi nihil tractari poſſit herede ſcripto ſe im-
miſcente aut adeunte? Quis neget hoc ſaltem caſu
pro herede habendum non eſſe filium ex re certa in-
ſtitutum? Atqui pro exherede multo minùs, nec ſi
nominatim à reliqua hereditate exheredatus ſit, poſt-
quàm Iuſtiniano placuit vt exheredatio quæ certam
cauſſam nullam expreſſam habet pro non facta habea-
tur. Illud ergo † relinquitur non ſolùm inuitis in- 14
terpretibus, ſed inuito etiam Iuſtiniano, vt ſit præte-
ritus,faciatque nullum iniuſtum teſtamentum, tametſi
ex inſtitutione illa in re certa legitimam integram ac
longè plus quàm legitimam ſit conſecutus.Ita fiet,vt li-

berorum ius diminuerit Iuſtinianus cùm de eo augendo cogitauit. Fecit enim vt hoc ſaltem caſu valeat teſtamentum, in quo filius reuera præteritus eſt, quod alioqui non valeret, cùm tamen id vnum ſibi propoſitum eſſe dicat in *d. §. cæterum*, vt à parentibus & liberis iniuriam auferat & præteritionis, & exheredationis. Niſi malis Iuſtinianum ſic intelligere, vt filium qui non eſt exheredatus ita demum habeat pro inſtituto, non ſi in legitima aut alia re certa, ſed ſi in aliqua aſſis parte ſit inſtitutus, quocũque tandẽ titulo legitimam acceperit.

ERROR VII.

De querela inofficioſi teſtamenti hodie ſublata.

SVMMARIA.

1 *An & quo caſu hodie locus ſit querelæ inofficioſi teſtamenti.*

2 *Ex ſententia interpretum nullo caſu hodie locum eſſe querelæ inofficioſi.*

3 *In oppoſitum autoris aſſertio.*

4 *Primus caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt querelæ auxilium.*

5 *Secundus caſus, quo locus eſt querelæ inofficioſi.*

MIrum in modum & interpretes & pragmati-
1 cos exagitat illa quæſtio. An & quo † caſu locus hodie ſit querelæ inofficioſi teſtamenti. Difficile namque videtur caſum reperire
2 in quo ius ei vllus eſſe poſſit. Aut.n. † inquiunt, filius præteritus eſt, aut inſtitutus aut exheredatus. Si præteritus, conſtat inter omnes & iam olim non potuiſſe valere teſtamentum, & hodie nullius momenti eſſe. Si inſtitutus, etiamſi non niſi in numo vno, non habet querelam, quia cogitur agere ad ſupplementum condictione ex lege Iuſtiniani in *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.* Si denique exheredatus, vel exheredatus eſt nulla adiecta cauſa ex iis quas Iuſtinianus iuſtas eſſe voluit, aut adiecta quidem cauſſa aliqua, ſed non probata, & vtrouis caſu nullius planè momenti eſt exheredatio propter *Nouellam conſtitutionẽ* 115. de qua proximè diximus, vt cum *de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, exheredatio autem quæ non ritè facta eſt pro nulla & non facta habetur, *l. non putauit 8. §. non quæuis, D. de bon. poſſ. contr. tabul.* Sin cauſſa illa iuſta & à teſtatore adiecta & ab herede probata eſt, fieri certè nequit vt querelã inofficioſi teſtamenti filius habeat, qui iuſtè meritóque exheredatus eſt. Ita fit, vt nullo caſu de inofficioſo teſtamento queri poſſe videatur. Idque magis communiter
3 probatum eſt. Quod tamen † ne probare poſſim illud facit, quòd Iuſtinianus nullibi ſcribit ſublatam à ſe querelam inofficioſi teſtamenti. Neque enim id prætermiſſurus erat, ſi ſuſtuliſſet, vt ſolet ille ſibi placere adeóque gloriari quoties aliquid conſtituit quod à iuris veteris ratione abhorreat. Et verò tot iura ſublata eſſe quæ extant adhuc in Pandectis & in Codice, nulla in eam rem facta conſtitutione, haud facilè, meo iudicio, credendum eſt. Caſus igitur duntaxat quærendus eſt in quo auxilium querelæ neceſſarium videri poſſit. Puto autem poſſe non vnum ſolum caſum, ſed plures reperiri:
4 & illum † quidem in primis ſi exheredatio facta ſit inſerta cauſſa ex iis quæ Iuſtiniano probantur, ſed quæ tamen ab herede probanda ſit. Idipſum enim noua Iuſtiniani lege continetur, vt probare heres debeat cauſſam exheredationis, cùm anteà liberorum oneri incumberet, vt ſe non ingratos fuiſſe probarent *l. liberi 28. C. de inoff. teſtam.* Vtique autem neceſſe eſt heredem eſſe eum qui teſtamento ſcriptus eſt priuſquam id probandi onus ipſi irrogetur, cùm neque vllam contradicendi cauſſam aliam habere poſſit is contra quem filius agit, quàm quia heres eſt: illud ergo præcedere neceſſe eſt vt teſtamentũ ipſo iure valeat & ſubſiſtat, alioqui ex eo heres eſſe nemo poſſet. Quod ſi aliquando valuit, & ſubſiſtit, ex eóque adita hereditas eſt, fieri certè nequit, vt niſi eo reſciſſo & rupto locus vllus fiat filio qui exheredatus fuit. Quomodo autem niſi per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi teſtamentum poterit? Nam quod ex recentioribus nonnulli comminiſcuntur nouũ neſcio quod remedium à Iuſtiniano inductum ad huiuſmodi teſtamentum reſcindendum, & vt conſtitutio loquitur, euacuandum, ego quale ſit certè non intelligo: nec rurſum video quid neceſſe fuerit nouum vllum remediuum induci cùm vetus ſufficeret, iam inde à prima iuriſprudentia, id eſt, à prudentum interpretatione ad legem duodecim tabularum, vt ego quidem exiſtimo comparatum, querelæ ſcilicet inofficioſi teſtamenti: cuius etſi nulla ſit mentio apud Iuſtinianum tota illa conſtitutione, id tamẽ propterea factum videri poteſt, quod certum ius eſſet & omnibus cognitum, nonniſi per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſe ex cauſſa exheredationis paternæ vel præteritionis maternæ teſtamentum quod ab initio conſtitiſſet. Quod enim noui iſtius remedij autores adferunt in eo differre nouum remedium à querela, quod per querelam reſcinditur teſtamentum, per nouum verò remedium euacuatur, id eſt, vt illi interpretantur, nullas ab initio vires habuiſſe intelligitur non ſolùm ſi cauſſa exheredationi nulla aut non iuſta inſerta ſit, ſed etiamſi ea quæ inſerta eſt, non fuerit probata per heredem, prorſus ridiculum eſt. Fateor nulla inſerta cauſſa ex iis quas Iuſtinianus admiſit non valere teſtamentum ipſo iure, quaſi nulla facta exheredatione quæ non ritè facta eſt, nec ſecundùm eam formam & ſolennitatem quam Iuſtinianus præſcripſit, quia ſicut ad teſtamenti ſollennitatem omnino pertinet vt ritè exheredetur is qui non eſt inſtitutus cùm talis perſona eſt, quæ inſtitui debuit aut exheredari. Ita ad exheredationis ſolennitatem pertinet, vt hodie fiat inſerta cauſſa, eáque iuſta & legitima. Sed eo facto dico valere omnimodo teſtamentum, ſiue cauſſa illa vera ſit ſiue falſa, quoniam vtrum vera ſit an falſa, ad facti non ad iuris quæſtionem pertinet, & ad materiam potiùs quàm ad formam exheredationis, nec de eo diſceptari poteſt apud iudicem niſi cum herede qui eam ingratitudinis cauſſam quam teſtator expreſſit, probare cogitur, vt diximus, heres autem ſi extraneus ſit non poteſt heres eſſe ex teſtamento priuſquàm adierit, nec rurſus adire ex teſtamento quod ab initio non valuit. Vt autem teſtamentum quod ab initio valuit poſteà retrofingatur nullas vnquam vires habuiſſe fieri nullomodo poteſt, ſed neceſſariò rumpendum, & reſcindendum eſt. Ergo per querelam, cuius & ea ſemper natura fuit vt non contra ſignum daretur, quomodo bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. quod vulgo 19 de bonor. poſſ. contr. tabul.* ſed contra heredem, & quod eſt conſequens adita demum hereditate, *l. Papinianus 8. §. vnde & ſi quis D. de*
inoff. teſtam. Alius † caſus eſt, in quo hanc inofficioſi te- 5
ſtamenti querelam etiamnum neceſſariam putarem, & quem ex interpretibus nemo obſeruauit, quoniam licet non à iuris ratione, tamen à Iuſtiniani mente alienus eſt, ideóque noua egeret conſtitutione. Nimirum nullius ex vncia aliáve hereditarij aſſis parte inſtitutus ſit quæ ad legitimam portionem non ſit ſatis, à reliqua autem hereditate nominatim, & expreſſim exheredatus, ſiue nulla, ſiue aliqua exheredationis inſerta cauſſa. Nam cùm filius ex aliqua aſſis parte inſtitutus eſt, quantacumque tandem illa ſit, non poteſt locus eſſe nouæ conſtitutioni, quatenus prohibet illa fieri exheredationem niſi iuſta & legitima cauſſa adiecta. Siquidem eam faciendæ exheredationis formam Iuſtinianus præſcribit illo demum caſu quo filius non fuit inſtitutus. Neque enim id requirit ille vt filius & inſtituatur, & exheredetur

heredetur ſimul à reliqua hereditate, ſed vt vel inſtituatur vel exheredetur. Idcirco autem ponimus & inſtitutum & exheredatum, quia ſi tantummodo eſſet inſtitutus, licèt ex minore portione quàm quæ ad legitimam ſufficere poſſet, non tamen poſſet quæri de inofficioſo patris teſtam. ſed ad ſupplementum ex alia Iuſtiniani lege agere omnimodo deberet. Subiecta verò exheredatione fieri non poteſt vt id ius habeat locum, & ſupplementi petitio vlla ſuperſit, quemadmodum ſequenti cap. docebimus ex antiqui iuris & nouæ conſtitutionis ratione contra Iuſtinianum. Proinde neceſſe eſt querelæ auxilium vetus filio competere ad reſcindẽdam exheredationem, & conſequenter ad reſcindendum teſtamentum, ne filio fraus & damnum in legitima portione inferatur. Nam & idem olim obtinebat, ſi filius fuiſſet inſtitutus ex minore quam legitima portione. Querela.n. inofficioſi teſtamenti non reſcindit iniuſtam filij exheredationem vt ea reſciſſa filius reperiatur præteritus (alioqui nullum haberet effectum ſi filius ex minima vnciolæ parte inſtitutus reperiatur, nec eo minùs tamen filius in legitima damnum pateretur) ſed vt reſciſſa exheredatione appareat impium & furioſum fuiſſe patrem qui filio in legitima debitáque legibus portione iniuriam fecerit *l.2. D. de inoff.teſt.* Vnde illud etiam fit vt per huiuſmodi querelam non fiat teſtamentum nullum quaſi præterito filio, qui reuera fuit ritè licet non rectè nec iuſtè exheredatus: ſed rumpatur, & ad cauſſam inteſtati res deducatur pro ea duntaxat parte quam ab inteſtato filius ille qui conqueſtus eſt & obtinuit, erat habiturus ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet, *l. circa 24. D. eod.* Ideo autem poſui filium ex aliqua hereditarij aſſis parte inſtitutum non in re certa, aut quod idem eſt, in parte aliqua legitimæ portionis, quoniam filium ex re certa inſtitutum nec pro inſtituto habeo, nec pro herede, ſed pro legatario, atque ita pro præterito, vt præcedenti capite diſputauimus: cui proinde nec querela vlla opus eſt nec actione ad ſupplementum, vt ſuccedat inteſtato patri, cuius teſtamentum nullo vnquam tempore, ac ne temporis quidem momento conſtitit, ſi haberem eum pro inſtituto, quod interpretes & pragmatici omnes ſentiunt, non dubitarẽ quin hoc etiã caſu locus eſſet querelæ inofficioſi teſtamenti, ne aliter poſito iure fatendum eſſet omni auxilio deſtitui filium qui fraudem in legitima paſſus fuiſſet, quippe qui nec poſſet dicere ſe præteritum, nec rurſus malè & non ritè exheredatum, propter eas rationes quas iam adduximus. Nec denique agere ad ſupplementum contra expreſſam patris voluntatem, qui eum à cæteris bonis omnibus excluſum voluit, & exheredatum. Quæ autem tam hoc quàm ſuperiore cap. de perſonis deſcendentium ſcripſimus, & in ſequentibus ſcribemus, eadem & de perſonis aſcendentium dicta volumus, & contrà.

ERROR VIII.

De actione quæ ad ſupplementum legitimæ portionis datur ei, cui minus relictum eſt.

SVMMARIA.

1 *Iuſtinianus querelam inofficioſi teſtamenti valde coërcuit ea conſtitutione qua fecit, vt daretur actio ad ſupplementum legitimæ ei cui minus relictum eſſet.*

2 *Cur creditum ſit actionem ad ſupplementum legitimæ competere ex teſtamento.*

3 *Error Bartoli putantis actionem ad ſupplementum quinquennio finiri exemplo querelæ inofficioſi.*

4 *Quid peccarit Iuſtinianus in noua conſtitutione lege trigeſima, Codice de inoff. teſtament.*

5 *Caſus quo locus debet hodie eſſe querelæ inofficioſi.*

Magnam † quod ad inofficioſi teſtamenti querelam ſpectat plagam iuri veteri intulit ea Iuſtiniani conſtitutio, qua factum eſt, vt ſi ei cui legitima debetur minùs relictum ſit, nihilo magis poſſit ille queri de inofficioſo teſtamento quomodo olim poterat, ſed cogatur agere ad ſupplementum, atque ita contentus eſſe legitima portione, qui tamen ſi querelam exercere poſſet inteſtatum faceret patrem familias, atque ita tantum ex bonis eius conſequeretur, quantum ei ab inteſtato lex deferret, ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet. *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* vbi Iuſtinianus ita ſe conſtituiſſe ait ad tuendas & adiuuandas defunctorum voluntates quæ tanquã dementium & inſanorum reſcindebantur antea per querelam, tametſi ex aliqua aſſis parte inſtitutus proponeretur is cui legitima debebatur. Sufficiebat enim ad inducendam querelam quòd alius ex teſtamento plenam legitimam & legitimæ fructus conſequi non poſſet, etiãſi non niſi minimum quid foret quod deeſſet. Vnde fiebat vt plerumque ac facilè circumueniretur ſuprema defuncti & ſani alioquin hominis voluntas, qui licet eo animo fuiſſet vt nullam filio in legitima iniuriam faceret, errore tamen lapſus in ſuo patrimonio æſtimando paulò minus ei reliquiſſet. Id verò æquiſſimè Iuſtinianus temperans ac corrigens remedium induxit per quod & filio ſubueniretur ne damnum ſentiret in legitima, & defuncti famæ atque exiſtimationi parceretur, ſublata hoc caſu querela inofficioſi teſtamenti, inque locum eius ſubſtituta actione ad ſupplementum legitimæ ſaluo teſtamento, quaſi ex ipſius teſtatoris voluntate, quem vtique in dubio non eſt dubitandum multò libentiùs integram legitimam relicturum fuiſſe, ſi quid ei deeſſe exiſtimaſſet, quàm paſſurum vt eo prætextu iudicia ſua tanquam dementis & furioſi hominis ſubuerterentur. 2
Propter quam cauſſam non malè creditum † eſt actionem hanc quæ ad ſupplementum legitimæ datur competere ex teſtamento, quia licèt difficile illud videatur vt actio ex teſtamento detur ad maiorem quantitatem, quàm quæ teſtamento data & comprehenſa ſit, nihil tamen vetat id omne quod debetur ex tacito præſumptóque defuncti iudicio pro eo haberi, acſi teſtamento ipſo datum eſſet. Neque verò fieri vllo modo poteſt, vt aliter ſẽtiamus, quia cum Iuſtinianus voluerit hoc etiam caſu, quo minùs legitima relictum eſt, ſuſtineri teſtamentum, alterutrum neceſſariò fatendum eſt, aut ſupplementum illud nullo modo deberi quod lex negat, aut non niſi ex teſtamento deberi: ab inteſtato enim vtique non debetur, cùm teſtamentum ſubſiſtat, certúmque ſit longè ampliorem portionem ab inteſtato debitam iri quàm quæ deſit ad legitimam ſupplendam. Nam & in eleganti illa ſpecie, de qua in *l. 3. C. inoffic. teſtam.* ſimiliter euenit, vt filius ex matre in puerperio defuncta editus, tametſi reuera præteritus à matre, tamen pro inſtituto habeatur, ſuccedátque ex teſtamento cum fratribus in viriles, nec rumpere poſſit teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti, nimirum propter præſumptam matris voluntatem quam credibile eſt teſtamentum mutaturam, nec minus hunc filium, quàm cæteros inſtituturam fuiſſe ſi repentini caſus acerbitas mutandi teſtamenti otium ſuppeditaſſet, vt ſcripſimus *lib. 9. Coniecturarum cap. 15.* Vnde & mihi ſemper viſus eſt *Bartolus* † à noſtris meritò reprehenſus in eo quòd actionem hanc ad 3 ſupplementum quinquennio fieri credidit exemplo querelæ inofficioſi teſtamenti in cuius locum ſubrogata eſt, vt ſubrogatum, inquit, ſapiat naturam eius in cuius locum ſubrogatum fuit: quam ſententiam defendit etiam *Guid. Papa quæſtione 82.* Nihil enim commune habet actio ad ſupplementum cum

cùm querela inofficioſi teſtamenti, cùmque nihil ſit odioſius querela, quoniam & teſtamentum euertit, & defuncti famam lædit, nihil contrà fauorabilius eſt actione iſta, quæ ad ſupplementum datur, quia teſtamentum valere patitur, & parcit honori teſtatoris. Illa contra teſtamentum competit, hæc autem ex teſtamento. Itaque ſiue dicas ſupplementum legitimæ peti ex teſtamento, ſiue quod non valdè diſtat, condictione ex lege Iuſtiniani (quid enim prohibet dari condictionem ex lege ad petendum legitimæ ſupplementum quaſi ex teſtamento) non poteſt ea actio perimi minore quàm triginta annorum ſpatio, qui actionum omnium perſonalium & perpetuarum finis ac terminus ab Imperatoribus conſtitutus eſt, *l. ſicut 3. C. de praſcrip. 30. vel 40. an.*

4 Sed videtur mihi Iuſtinianus † nouæ conſtitutionis æquitatem quàm maximè fœdaſſe, cùm eam locum habere voluit omni caſu quo aliquid vel minimum quantulumcumque pro legitima relictum eſt, etiamſi ex verbis ipſis teſtamenti appareat, nihil amplius teſtatorem ei cui legitimam debuit relictum voluiſſe. Finge inſtitutum à patre filium in vncia, aut vt ex eiuſdem Iuſtiniani errore fieri ſolet, in aliqua re certa, & prohibitum expreſſim ne amplius quicquam petat, aut nominatim à reliqua hereditate excluſum per exheredationem. Perinde placet Iuſtiniano locum eſſe actioni ad ſupplementum acſi neque exheredatio neque prohibitio vlla teſtamento contineretur: *d. l. omni modo, & §. hac autem aliàs §. caterùm, Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognoſc.* Cui ſententiæ patrocinari videtur etiam alia Iuſtiniani conſtitutio in *l. quoniam in prioribus 31. C. de inoff. teſt.* qua factum eſt vt nullum legitimæ portioni onus & grauamen à teſtatore iniici poſſit, & ſi quod adiectum eſt id pro non ſcripto habeatur. In quo ſanè teſtatoris voluntatem & noui iuris æquitatem Iuſtinianus apertè circumuenit. Nam cùm ea conſtitutio nitatur præſumpta voluntate teſtatoris, quem, vt diximus veriſimile eſt per errorem magis quàm certo iudicio minus reliquiſſe ei cui fortaſſe legitimam integram à ſe relinqui putabat. Annon prorſus eſt conſequens, vt in aperta contraria teſtatoris voluntate nullus præſumptioni locus relinquatur, nullus fauori teſtamenti, aut etiam teſtatoris, qui filio & legibus iniuriam facere ſine dubio voluerit? Quid verò apertius, quàm noluiſſe teſtatorem ſupplementum vllum ei præſtari, quem expreſſim vetuit amplius petere, & quem nominatim exheredauit? Cur autem adiuues teſtatorem & ei ſubuenire cures, qui vltrò periclitari voluit, & in leges naturámque ipſam offendere? Aut quomodo, quóue prætextu poſſis inducere, vt ex teſtamento debeatur id, quod non ſolùm præter verba teſtamenti, ſed contra verborum tenorem manifeſtiſſimum petatur? Cur denique iure teſtatoris liberalior ſis teſtatore, & quidem inuito? *l. debitor 59. D. ad S. C. Trebell.* Potuit Imperator ſanè facere pro ſua autoritate vt teſtatoris voluntas benigna interpretatione ſuppleri & adiuuari poſſet: at vt ſaluo teſtamento contra expreſſiſſima teſtamenti verba enixámque defuncti voluntatem, quid debeatur ex ipſo quoque teſtamento, non magis facere Iuſtinianus potuit quàm totam iuris rationem, rerúmque naturam & ordinem conturbare. Sicut & in ſpecie *d. l. 3. C. de inoff. teſtam.* nemo diceret filium editum ex matre in puerperio defuncta ſucceſſurum fuiſſe matri ex teſtamento, ſi eum à matre conſultò præteritum eſſe conſtaret. Nec ad rem pertinet alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *dict. l. quoniam in prioribus.* Aliud enim eſt dicere, nullum legitimæ onus aut grauamen iniici poſſe quod Iuſtinianus ea conſtitutione induxit, aliud verò dicere, legitimam integram haberi pro data, quæ tamen integra data non eſt. Alioqui poſſis eadem ratione inferre, quod nemo vnquam dixit, etiamſi nihil prorſus filio pater dederit, intelligi tamen dediſſe filio legitimam, quia non potuerit filij conditionem in legitima facere deteriorem. Et ſanè legitimam integram datam eſſe neceſſe eſt ſiue expreſſa teſtatoris voluntate, ſiue tacito ipſius iudicio, quod contingit quoties teſtamenti verba patiuntur vt legitimæ ſupplementum peti poſſit, priuſquam locus fiat conſtitutionis Iuſtinianeæ de omni onere à legitima tollendo. Neque enim legitima portio eſt, quæ integra non eſt, non magis quàm ſi ne vnus quidem numus pro legitima datus eſſet. Denique vt dicam apertiùs, voluit Iuſtinianus pro non ſcripto haberi quicquid legitimæ portionis datæ ius lædere ac minuere poteſt, Sed non illud æquè voluit pro data haberi legitimam quæ data non fuit, quia vt id fieri poſſet, pro ſcripto habendum eſſet quod ſcriptum non eſt: imò verò contra quàm ſcriptum eſſet, quod tamen nuſquam proditum aut admiſſum eſt. Scio aliquando contingere vt plus dictum, minùs ſcriptum inueniatur, vt in eleganti illa *l. cum avus 102. de cond. & demonſt.* Sed non aliter id fit quàm ſi dicto ſcriptum congruat, vt idē Papinianus, cuius ea lex eſt, interpretatur in *l. vnum ex familia 26. §. ſi omiſſ. de leg. 2.* Fieri autem nequit in propoſita quæſtione vt dictum ſcripto congruat, id eſt, vt qui filio in vncia tantùm, aut in exigua pecuniæ quantitate inſtituto vetuit nequicquam amplius peteret, aut exheredandi verbo vſus eſt in ſcriptura teſtamenti, videatur dixiſſe, quòd velit legitimam integram filio eo teſtamento præſtari: eſſet enim dictum tale repugnans ſcripto, nec tam contrarium quàm contradictorium. Supereſt igitur, vt hoc caſu †, quo filius ſup- 5
plementum legitimæ ex teſtamento petere non poteſt propter contrariam enixam patris voluntatem, locus eſſe debeat querelæ inofficioſi teſtamenti ad euertendum teſtamentum, vt inteſtati ſucceſſioni pro ea parte quæ ad actorem ſpectare poteſt, via pateat. Feréque eſt vt idem reſpondendum exiſtimem etiamſi filio vnico vncia hereditatis ſimpliciter relicta ſit pro legitima quæ maior debebatur, ſi nihil amplius ei legatum, aut quo alio relicti genere datum proponatur. Non enim videri poteſt teſtator animum habuiſſe relinquendæ legitimæ portionis, qui vnciam tantùm reliquit, niſi fortè dicas lapſum eum per errorem cùm legitimæ portioni vnciam ſufficere exiſtimaret: ſed non niſi iuris error ille eſſe poteſt, nec proinde iuſta eſt eius allegatio, quia in teſtamentis ordinandis nullam error iuris habet excuſationem, ideóque optimum factum eſſet, adhiberi à teſtatoribus iuriſperitos vt olim adhibeantur, ne qua per errorem iuris difficultas emergere vnquam poſſet. Non idem eſt cùm in re certa inſtitutus eſt is cui legitima debetur. Facti enim non iuris quæſtio eſt, an res illa ad legitimam ſatis eſſe poſſit, ideóque poteſt voluntas teſtatoris eam recipere interpretationem quæ fauorabilior eſt, vt credatur teſtator nullam ei cui legitima debetur iniuriam facere voluiſſe. Cùm autem loquor de filio ex certa re inſtituto, pono eſſe eum etiam ex aliqua aſſis parte ſcriptum: Alioqui haberem eum pro præterito, & pro legatario, vt à nobis ſuprà diſputatum eſt: itaque nihil referre arbitror an inſtitutionis ſingularis, an legati iure aliquid à teſtatore acceperit, vtroque. n. caſu ſi neque heres, neque exheres ſcriptus ſit, teſtamentum non valet, ob idque nec de querela inofficioſi teſtamenti, nec de actione ad ſupplementum, ſecundum iuris rationem tractari poteſt. Si verò heres ex vncia vel alia aſſis parte ſcriptus fuerit, dico non ſolùm valere teſtamentum, ſed etiam ita valere vt per querelam inofficioſi non poſſit reſcindi, niſi eo demum caſu quo teſtator expreſſim prohibuerit, ne quid amplius peteretur, aut, quod idem eſt, quo à reliqua hereditate exheredauerit eum cui legitima integra debebatur. Tunc enim ceſſante (vt ego quidem contra Iuſtinianum arbitror) actione ad ſupplementum, querelam neceſſariam eſſe dicerem ad fraudem, quam in legitima teſtator voluit, vindicandam, ſi nouæ legis condendæ ius haberem.

ERROR IX.

Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, relictum agnouerit.

SVMMARIA.

1 *Is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi licet relictum agnouerit ex ſententia pragmat. poterit agere ad ſupplementum legitima.*

2 *In caſu propoſito non poſſe agi ad ſupplementum legitima contra pragmaticos.*

3 *Sed poſſe proponi querelam inofficioſi teſtamenti.*

IAm ſatis ex præcedentibus intelligi poteſt, quid nos hoc capite tractandum probandúmque ſuſcipiamus. Id nimirum quod iam attigimus, ſi pater filio ritè inſtituto reliquerit minus quam pro legitima portione relinquere debuerit, hac lege expreſſim adiecta, ne quid amplius petere filius poſſet, non eſſe filium audiendum ſi condictione ex lege Iuſtiniani agere velit ad ſupplementum, ſed vnum illud conſilium ei ſupereſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, ideóque ſi relictum agnouerit ſimpliciter, & ſine proteſtatione, poſteà verò de inofficioſo queri velit, repelli debere propter adprobatam à ſe defuncti voluntatem. In quo non tantùm à pragmaticis, ſed etiam ab interpretibus diſſidemus.
1 Illi enim exiſtimant † in propoſita ſpecie nullius omnino momenti eſſe adiectionem illam per quam filius quicquam amplius petere prohibitus eſt: indéque inferunt perinde poſſe filium agere ad ſupplementum acſi clauſula illa adiecta non fuiſſet. Et conſequenter non magis ſibi eum nocere cùm ſimpliciter agnoſcit quod ſibi relictum eſt quominus poſſit petere quod legitimæ portioni deeſt quàm ſi ſimpliciter id relictum eſſet: quo caſu expreſſa eſt Iuſtiniani conſtitutio nudam relicti agnitionem non nocere *l. ſi quando* 35. §. *& generaliter. Cod. de inof. teſtam.* Mouentur, quòd ex alia Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus. eod.* factum ſit vt legitima portio nullum poſſit onus recipere, nullum grauamen, ſiue diei, ſiue conditionis, ſiue aliud denique quodlibet. Quaſi verò legitimæ adſcriptum onus illud ſit, vt ea quantitate quæ filio pro legitima longè minor relicta eſt, contentus eſſe filius cogatur, nec quicquam prætereà petere poſſit. Ego
2 verò in contrarium ex eo † moueor, quòd ea Iuſtiniani lex, qua nituntur, non ſic accipi poteſt vt qui partem legitimæ reliquit, totam & integram legitimam reliquiſſe videatur (in hanc enim rem iam lata fuerat *l. omnimodo eo. tit.* quæ tamen locum non poteſt habere niſi in obſcura teſtatoris voluntate, vt proximè diſputauimus) ſed hunc ſenſum habet vt eam quantitatem, quæ pro legitima datur, purè & ſine onere vllo præſtari oporteat, quia purè & omnimodo debetur. Atqui onus illud teſtamento adſcriptum, vt filius cui aliquid pro legitima relictum eſt, nihil prætereà petere poſſit, non legitimæ onus eſt, ſed perſonæ, quia nec legitima portio vlla eſt quandiu non eſt integra, cùm lex legibus integra & ad vnum vſque numum certa debeatur. Priùs autem legitimam eſſe & conſtitui neceſſe eſt, quàm de legitimæ onere tractetur. Denique, quòd nec interpretes, nec pragmatici obſeruant, nullo caſu lex dat legitimam filio, ſed eam per patrem dari vult, niſi cùm eadem lex bona patri adimit, atque ita impedit ne legitimam filio date ille poſſit, vt in *l. vlt. D. de bon. damn.* Itaque dicitur portio ex legibus debita ſcilicet à patre non legibus data. In eóque differt legitima de qua tractamus à quarta illa, quam ex Pij conſtitutione dari neceſſe eſt filio adrogato in bonis adrogatoris *l. ſi adrogator* 22. *De adopt.* Illa enim non à patre ſed à Pio datur, & æs alienum verè eſt. Non autem valdè diſtat is qui pro legitima trecentorum relinquit centum ea lege, vti ne quicquam amplius petatur ab illo qui profitetur nullam ſe legitimam velle relinquere, aut qui nihil omnino pro legitima relinquit: quod euenire poteſt etiam inſtituto filio ex aliqua aſſis parte, vt puta ſi is qui habebat quadringinta in bonis cùm centum deberet, inſtituerit filium ex quadrante, ita tamen vt ad eum totius æris alieni onus pertineret. Sic enim fit vt neque ſe præteritum dicere hic filius poſſit qui ex quadrante inſtitutus eſt, neque tamen legitimam habeat qui quantum eſt in portione hereditaria, tantundem æris alieni cauſſa exſoluere cogatur. Proinde verum eſt nullam huic filio legitimam relictam eſſe, nec omnino quicquam pro legitima, & conſequenter non poſſe locum fieri conſtitutioni, quæ eum cui aliquid minùs legitima relictum eſt, vult agere ad ſupplementum. Nam ne quidem intellectu percipi poteſt vt ad ſupplementum agat is, cui nihil relictum eſt, aut qui ex aliqua aſſis parte ſic inſtitutus fuit, vt nec nummum vnum ex inſtitutione conſequi vnquam potuerit. Etſi poſterius hoc paulò difficilius eſt, quia neque as, neque pars vlla aſſis per æs alienum minuitur, cùm ſit nomen iuris. Sed tamen non eſt conſequens vt cui pars aliqua aſſis relicta eſt, ei legitima vlla relicta videatur, quandoquidem legitima in emolumento & commodo, non in iure conſiſtit. Nos autem de legitimæ ſupplemento tractamus. Ergo quemadmodum nulla Iuſtiniani lege factum eſt, quominus queri de inofficioſo poſſit is cui nihil nihil omnino relictum eſt, ſed ei tantùm adempta eſt querendi facultas qui ex veriſimili teſtantis voluntate agere poteſt ad ſupplementum quaſi ex teſtamento. Ita fatendum † eſt, meo 3
iudicio, eum cui teſtator non ſolùm minùs dedit quàm dare deberet ſed ea lege etiam dedit ne quid ampliùs petere poſſet, id eſt eo animo, vt fraudem faceret in legitima, *ius habere proponendæ querela de inofficioſo teſtamento, nec poſſe ad ſupplementum agere* contra teſtantis expreſſam voluntatem, licèt aliter Iuſtiniano ipſi viſum eſſe non ignorem: vt ſuperiore capite à nobis tractatum eſt. Neque enim potuit Iuſtinianus fauere ei qui vltrò iniuriam legibus inferre voluerit, numquam enim teſtatore liberalior lex eſſe aut debet *l. debitor* 19. *ad fin. principij D. ad S. C. Treb.* ſed ei demùm de cuius pia erga filium voluntate bene ſuſpicari verbis teſtamenti non refragantibus, & liceret & oporteret. Hoc verò ſi ita eſt, planè fit conſequens quod volumus, vt filius qui patris iudicium licèt impium & iniquum ſemel agnouit, ſummoueatur à querela, quamuis ſi ad ſupplementum agere aliquãdo potuiſſet, ab ea ſupplementi petitione non idcirco ſubmoueretur. Quo enim vtilior & commodior eſt filio querela inofficioſi teſtamenti, quàm actio ad ſupplementum, eo faciliùs illam amittit quàm hanc, quia & illa longè odioſior, hæc multò fauorabilior eſt.

ERROR X.

De ſupplemento legitima in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt.

SVMMARIA.

1 *Ex communi ſententia pragmaticorum ſupplementum legitima in pecunia petendum eſt, cum iam aliquid viuo patre in pecunia acceptum eſt pro legitima.*

2 *In ſuperiori aſſertione errare pragmaticos.*
3 *Viuo patre nulla debetur legitima.*
4 *Nulla interueniente renuntiatione ſola dotis perceptio non excludit filiam, quominus mortuo patre legitimam petere queat : ita tamen vt dotem cogatur imputare.*
5 *Idem iuris ſi interuenerit filiæ non iurata renuntiatio.*
6 *Quid iuris ſit vbi acceſſit renuntiatio iurata.*
7 *Quo caſu cogatur filia legitimæ ſupplementum accipere in pecunia numerata.*

OCcurrit quotidie hæc quæſtio, ſi tamen in
ea re quæ interpretum & pragmaticorum
omnium vnanimi conſenſu receptiſſima
eſt locus vllus quæſtioni relictus videri
1 poteſt. Omnes enim † clamant filiam cui
aliquid pro legitima datum ſit in pecunia viuo patre
(ſolent verò dotes quæ à parentibus dantur, vt pluri-
mùm eſſe pecuniariæ) ſi non integram legitimam con-
ſecuta ſit, & defuncto quandoque patre ad ſupplemen-
tum agere velit, cogendam eſſe ſupplementum illud
petere in pecunia, nec audiendam ſi petat in corpori-
bus bonorum : quoniam, inquiunt, ſupplementum non
poteſt non eiuſdem naturæ & conditionis eſſe, cuius
eſt idipſum quod ſuppleri debet, ne vna eadémque res
diuerſo iure, diuersáque forma cenſeatur. Atqui legiti-
ma quæ ſupplenda eſt cœpit eſſe pecuniaria, quoties
pecunia pro omni legitimæ iure, vt fit, data eſt. Pecunia-
rium igitur ſupplementum quoque eſſe neceſſe eſt. At-
que ita ratiocinatur & concludit poſt alios *Guid. Pap. in*
2 *quæſt.* Errant † verò, ſi non ego fallor, euidentiſſimè.
Erroris autem occaſio inde proficiſcitur quòd pro certo
& conſtanti habent, poſſe fieri ex patris filiique volun-
tate, vt viuus pater legimam det filio, nec aliam ratio-
nem conſtituunt eius quantitatis, quæ in dotem aliám-
ve quamlibet cauſſam data ſit pro legitima abs viuo pa-
tre, & illius quam patris iam defuncti heres filio ſolue-
rit eo tempore quo de legitima tanquã verè debita tra-
ctari, eáque ſolui poteſt. Quam ſententiam falſiſſimam,
& ab omni iuris ratione alienam eſſe probauimus iam
ſæpiùs in ſuperioribus, præſertim *cap. 4. & 5. Decadis
proximè præced.* Cùm enim legitima nihil aliud ſit quàm
pars quædam portionis ab inteſtato contingentis, non
3 magis fieri poteſt vt legitima † vlla debeatur viuo pa-
tre, at ne quidem intellectu percipi poſſit, quàm vt de
viuentis patris ſucceſſione & hereditate quæ nulla ſa-
nè eſt tractetur *l. 1. D. de here. vel act. vend. leg. §. ſi cum
impubere. D. de coll. bono.* Ergo aut ponimus filiam quæ
dotem pecuniariam accepit pro legitima renuntiaſſe
paternę ſucceſſioni adeóque legitimæ portioni, aut non
renuntiaſſe. Si renuntiauit, aut adhibito iureiurando
4 renuntiaſſe aut ſine iureiurando. Nulla interueniente †
renuntiatione, omnes fatentur ſolam dotis perceptio-
nem non excludere filiam, quo minùs mortuo patre le-
gitimam petere poſſit, ſed hactenus duntaxat filiam
obligari, vt dotem quam accepit in legitimam imputa-
re debeat ex *l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. teſtam.* Di-
co autem poſſe eam petere legitimam non legitimæ ſup-
plementum, quia cùm legitimæ petitio integra maneat
ſalua dotis acceptæ imputatione nihil eſt quod de ſup-
plemento tractari poſſit. Supplemento enim tunc de-
mum locus eſt, cùm iam pars aliqua legitimæ ſoluta eſt.
Pars verò legitimæ ſolui non prius potuit quàm aliqua
eſſet legitima, nec rurſum aliqua, vt diximus, legitima
deberi aut conſtitui in bonis patris viuentis. Nec quod
accepta dos pecuniaria in legitimam portionem impu-
tanda eſt, facere debet vt idcirco pars legitimæ aliqua
iam ſoluta videatur. Nam neque de dote in legitimam
imputanda antè quæri oportet, quàm de ponenda le-
gitimæ ratione agatur, quæ tamen niſi defuncto patre-
familias poni nullomodo poteſt : neque ſolutio facta
priuſquàm legitima deberetur poteſt in legitimæ ſolu-
tionem cedere, licèt tantò minùs filiæ debeatur mor-
tuo patre, non propter ſolutionem, ſed propter impu-
tationem : quæ quandiu facta non fuit, verum eſt le-
gitimam integram & deberi & peti poſſe. Fit enim illa
imputatio non ipſo iure, ſicut nec ipſo iure dos peti-
tur aut ſoluitur, ſed petente eo ad cuius onus pertinet,
vt legitimam ſoluat, in eóque differt ſolutio iam facta
ab imputatione facienda, quòd qui factam ſolutionem
allegat, contendit iam ſe tantò minùs debere: ſiquidem
ſolutione tollitur omnis obligatio : Qui verò allegat
imputationem faciendam, fatetur è contrario ſe adhuc
totum debere, ſed vt minùs mox debeat vult fieri im-
putationem. Denique imputatio facienda cedit quidem
loco & vice ſolutionis, ſed faciendæ non iam factæ:
quemadmodum & imputatio iam facta cedit loco iam
factæ ſolutionis Et verò cùm interpretes & pragmatici
omnes conſentiant deberi legitimam filiæ non in pe-
cunia, ſed in corporibus bonorum, quia certa quota
eſt & quidem bonorum non hereditatis, quomodo fie-
ri obſecro poteſt vt pars aliqua legitimæ ſoluta videa-
tur ob dotis pecuniariæ ſolutionem eo tempore fa-
ctam, quo nulla dum legitima debebatur ? Fateor poſſe
aliud pro alio ſolui volenti creditori: ſed hoc conten-
do neceſſe omnino eſſe vt creditor iam tũ ſit is cui ſol-
uitur, nec fieri poſſe vt aliud pro alio nondum debito,
licèt poſteà debendo ſolutum volenti, pariat liberatio-
nem, quia nec ſi idipſum quod debitum iri ſperatur
ſolueretur, contingeret tamen liberatio, ſi non in diem
certam ſed in incertam debitum fuit, quale illud eſt
quod legitimæ debitum appellatur. Debetur enim in diẽ
mortis patris qui dies incertus eſt *l. ſtipulatio iſta 38. §.
inter incertam. de ver. oblig. l. qui promiſit 48. de cond.
indeb.* iunct. *l. dies incertus 75. de condic. & demonſt. l.
Statius Florus 48. § Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.* Quod
ſi ita eſt, vt non minus tota legitima defuncto patre de-
bita dici debeat, quòd pecuniaria dos à viuo patre ac-
cepta in legitimam imputanda ſit, illud ſanè fit conſe-
quens vt de ſupplenda legitima tractandum nihil ſit,
ſed de ea ſoluenda ſiue per numerationem aut diuiſio-
nem & traditionem ea ſolutio tota fiat, ſiue ex parte
per imputationem. Proinde negari non poteſt, quin
hoc ſaltem caſu ſatisfieri filiæ oporteat in corporibus
bonorum, acſi nulla dos aut non in pecunia eſſet data,
quando & ſic Iuſtinianus expreſſim conſtituit, vt le-
gitimæ repletionem quomodo ille vocat in corporibus
rerum hereditariarum fieri neceſſe ſit, *l. ſcimus 36. § re-
pletionem. C. de inoffi. teſtam.* Porrò non aliud dicendum
eſt ſi ad dotis † pecuniarię perceptionem acceſſerit non 5
iurata filiæ renuntiatio. Nemo enim eſt qui non fatea-
tur renuntiationes iſtas non valere, vtpote iure ciuili
prorſus improbatas, pontificio verò non aliter admiſ-
ſas quàm ſi iuriſiurandi vinculo & religione ſuſti-
neantur *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* Solus igi-
tur caſus † ille dubitationem admittere poteſt, quo le- 6
gitimæ renuntiatio facta per filiam in pecunia dotatam
iurata proponatur, & ſubinde reſciſſa per in integrum
reſtitutionem ex cauſſa immodicæ læſionis, vel alia
qualibet. Nam quandiu tenet renuntiatio per quam fi-
lia ſit excluſa penitus à petitione non modò heredita-
riæ ſucceſſionis, ſed etiam legitimæ portionis, ſicut de
legitima quæſtio nulla ſupereſſe poteſt, ita nec de legi-
timæ ſupplemento. Quid enim aliud eſt ſupplemen-
tum legitimæ, quàm ipſa legitima ? Atqui poſt reſciſ-
ſam renuntiationem & impetratam ex ea cauſſa abſolu-
tionem à vinculo iuriſiurandi ; conſtat in eum ſtatum
rem deduci in quo eſſet ſi nulla vnquam renuntiatio fa-
cta fuiſſet. Id enim proprium & naturale ius eſt om-
nium in integrum reſtitutionum. *l. quod ſi minor. 24.
§. reſtitutio. D. de minor.* Ergo nec hoc quidem caſu le-
gitimæ ſupplementum in pecunia accipere filia coge-
tur, quia non iam ſupplementum legitimæ, ſed tota
ipſa

Ipſa legitima debetur, ſalua dotis in legitimam imputandæ neceſſitate, quemadmodum & ſuperioribus caſibus euenire diximus, id eſt cùm aut nulla interceſſit renuntiatio, aut renuntiationi vinculum iuriſiurandi non acceſſit. Nam ſi obiicias non fuiſſe reſciſſam renuntiationem, neque verò potuiſſe reſcindi ex cauſſa immodicæ læſionis niſi defuncto iam patre, & conſequenter negari non poſſe quin filia etiam poſt mortem patris legitimam habuerit & quidem in pecunia, cùm pecuniaria dos eſt quæ pro legitima data fuit idque ſuperioribus caſibus diuerſum eſſe: Reſpondebo errare te qui exiſtimes reſciſſa renuntiatione habendam eſſe rationem aliquam renuntiationis in id vſque tempus, quo reſciſſa fuerit. Id enim falſum eſt, cùm è contrario idem rerum omnium ſtatus eſſe debeat qui eſſet nulla vnquam facta renuntiatione, poteſtate ſiquidem reſtitutionis tollente vim & effectum adeóque intellectum renuntiationis. At ſi nulla facta fuiſſet renuntiatio, verum eſſet nullo tempore filiam habuiſſe legitimam portionem, tametſi dotem à patre ſiue in pecunia ſiue in corporibus pro legitima accepiſſet: ideóque legitima tota in corporibus bonorum peti poſſet ſalua dotis imputatione, quia non de ſupplemento legitimæ, ſed de tota ipſa legitima quæreretur, vt diximus. Idem ergo admittendum eſt, etiamſi renuntiatio aliqua licèt iurata & valida præceſſerit, ſi modò poſteà reſciſſa ſit per reſtitutionem. Sed etſi poneres ſubſiſtente renuntiatione iurata poſſe locum eſſe quæſtioni de ſupplemento legitimæ, quomodo putant interpretes & pragmatici pleriqueeo caſu quo patris facultates auctæ ſint à tempore renuntiationis quaſi de iis bonis quæ ſuperuenerunt cogitatum non fuerit tum cùm renuntiatum eſt, iuſiurandum aut non debeat protrahi ad incogitata, nihilominùs idem adhuc iuris eſſe defendam: quia vt iam ſæpiùs inculcauimus, ſempérque memoria repetendum eſt, renuntiationes huiuſmodi quantumlibet iuratæ tacitè eámque neceſſariam & inſeparabilem habēt cōditionem, ſi hereditas aut legitima portio cui renuntiatum eſt deferetur, quandoquidem nec fieri, nec intellectu quoq; ipſo vllomodo percipi poteſt vt excluſio præcedat delationem, & vt renuntiatio valere poſſit eius iuris quod necdum delatum eſt nec vnquam fortaſſe deferetur. Quid enim ſi filia quæ ſtipulante patre renuntiauit, ante patrem deceſſerit? An non morte priùs quàm renuntiatione excluſa intelligetur? Semel verò excluſa per mortem, fierine poteſt, vt patre poſteà moriente excludatur iterum illa per renuntiationem? Minimè verò. *l. ſi ita ſcriptum* 13. §. *vlt. l. Gallus* 39. §. *in omnibus. de liber. & poſth.* Illud namque obſeruandum eſt quod & interpretes fatentur poſt. *Bart. ad. l.* 1. *& ad leg. is poteſt* 18. *de acquir. hered.* iſtis renuntiationibus non tam ſpem futuræ hereditatis aut legitimæ portionis, quàm hereditatem ipſam aut legitimam portionem ceſſam remiſſamque intelligi, vnde & illud euenit vt reſcindi poſſint ex cauſſa immodicæ læſionis, quod fieri non poſſet ſi ſolius ſpei quæ ſemper prorſus incerta eſt, ceſſio & renuntiatio facta videretur. Itaque tametſi renuntiationis ſtipulatio quæ fit à viuo patre præcedat delationem quam lex non niſi mortuo patre facere & ſolet & poteſt, non priùs tamen vires ſuas exercit, vllumve effectum habet quàm delatio fiat, eodémque ipſo inſtanti quo delatio fit per legem, id eſt, ſtatim atque pater mortuus eſt nullo intermedio inſtanti, ſuccedit poteſtas renūciationis ad filiam excludendam. *arg. l. Stichum* 5. §. *ſi quis ita. & l. quoties* 14. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Igitur dotis ſolutio quæ à patre viuo facta eſt pro legitima ad extorquendam à filia renunciationem, non poteſt facere vt filia legitimā à patre viuo habuiſſe exiſtimetur: Nec rurſus vt pars aliqua legitimæ poſt mortem patris ſoluta eſſe, aut ad filiam peruenìſſe videatur: quia cùm dos à viuo patre promiſſa, & tam ex promiſſione quàm ex paterno officio debita fuerit priùs quàm ſolueretur, non aliud videri poteſt ſolutum quam quod debebatur, id eſt, dos ipſa quæ iam tum deberi cœperat non etiam legitima quam viuus pater nec debuit, nec tametſi voluiſſet, debere vnquam potuit quandiu vixit: Ac proinde non debet ea ſolutio facere vt defuncto patre pars aliqua legitimæ ſoluta dici poſſit. Etſi enim non ignoro poſſe vnicam ſolutionem & numerationem proficere in plures cauſſas, & ad plures diuerſæ ſpeciei obligationes tollendas, *l. in numerationibus D. de ſolut.* Id tamen tunc rectè dicitur cùm ſolutionis & numerationis tempore vtraque cauſſa ſubeſt in quam proficere poſſit ſolutio, vt eueniret in propoſito ſi quemadmodum dos ita & legitima à viuo patre deberetur, iure ſcilicet ſic conſtituto, vti conſtitutum eſt, vt dos in legitimam debeat imputari: Nam & id euenit ſi ponas ab herede patris ſolutam eſſe pro filia dotem pro legitima quam in bonis patris habere filia poſſet, quia ſcilicet iam tum eo tempore nata legitimæ petitio eſt, nec minùs legitima, quàm dos ipſa deberi cœpit. At cùm dos à patre ipſo ſoluta eſt licet in eam expreſſim cauſſam vt legitimæ loco cederet, aut, quod non valdè diſtat, vt in legitimam imputaretur, verum eſt factam fuiſſe ſolutionem eo tempore quo nulla dum legitima debebatur, nec poterat deberi. Non igitur fieri potuit vt ea dotis ſolutio proficeret ad futuram legitimæ obligationem extinguendam. Nec quòd filia tamen perinde à legitimæ petitione repellatur acſi legitimam accepiſſet, mouere nos debet. Repellitur enim non propter ſolutionem, id eſt, quaſi ſolutione iam facta legitimæ hoc ipſo quòd ſoluta eſt dos quæ in legitimam imputanda eſt, ſed propter renunciationem, vt ex eo apparet quòd ſi renunciatio nulla facta eſſet non repelleretur, & è contrario facta renunciatione citra vllam dotis perceptionem & ſolutionem, nihilomagis ad legitimæ petitionem admitteretur, propter autoritatem ſcilicet renunciationis: ſi verum eſt quod noſtris placet, pontificiam conſtitutionem ad eas quoque renunciationes pertinere quæ nullo accepto factæ ſunt. Quam ſententiam etſi nos in præcedentibus refutauimus, propterea quòd aduerſus renunciationem ſine cauſſa factam danda ſit exceptio doli cuius æquitas impedire debeat poteſtatem iuriſiurandi, poteſt tamen facilè fieri vt renunciatio futuræ ſucceſſionis & legitimæ portionis iuſtam aliquam cauſſam habeat, nec idcirco ſolutio vlla facta ſit propter quam videri poſſit aliqua ex parte ſublata legitimę obligatio: Finge aliquid à patre donatum filiæ inter viuos ſine onere imputationis, & nulla facta legitimæ mentione, ad extorquēdam tamen filiæ renunciationem ne legitimam ipſam petere aliquando poſſit. Valebit vtique renuntiatio, quia cauſſam habet, nec legitimam petere vnquam filia poterit, & tamen nihil eſt ex quo poſſit argui legitimæ partem ſolutam eſſe vllam. Non ergo valet conſecutio, ſi ex eo quod filia quæ iurato renunciauit excluſa eſt à legitima, inferre quis velit legitimam eſſe ſolutam aut haberi pro ſoluta ſiue viuo ſiue mortuo patre agatur de gitima ex iis bonis præſtanda de quibus non fuit cogitatum tempore renunciationis. Quin potiùs dicendum eſt cùm ob renunciationem legitima nulla prorſus debeatur in iis bonis quæ renunciationis tempore patris fuerunt, eam quæ nunc petitur ex facultatibus poſteà acquiſitis, legitimam totam eſſe quantacunque debetur, non legitimæ ſupplementum. Cuiuſnam enim legitimæ ſupplementum eſſet, cùm neque alia legitima vlla, neque aliud quicquam pro legitima vel debitum anteà fuerit, vel nunc debeatur? Idque ſiue dos quæ renunciationem expreſſit, data ſit pro legitima, aut quod idem eſt, nulla imputationis mentione facta, ſiue illa etiam ſi voles lege, vt in legitimam dos non imputetur, Nihil enim patris intereſt an dos in legitimam imputanda ſit nécne, quoties à futuræ legitimè petitione filia per renunciationem ſubmonetur. Imò implicat contradictionem

traditionem vt dote in legitimam imputanda conueniat,eo caſu quo id agitur, per pactum de non ſuccedendo vt à legitimæ quandoque petendæ iure filia excludatur.Quamquam ſi verum amamus, fieri certè nullomodo poteſt vt filia quæ futuræ ſucceſſioni & legitimæ portioni vtiliter renunciauit, id eſt,adhibito iureiurando, ſaluam habere poſſit aut legitimæ aut ſupplementi petitioñem, propter auctas ex poſtfacto patris facultates, niſi reſciſſa priùs renunciatione: quoniam cùm renunciatio ſiue hereditatis futuræ, ſiue legitimæ portionis neceſſariò referenda ſit ad tempus illud, in quo de hereditate aut legitima portione tráctari demum poteſt, id eſt, ad tempus mortis patris,& proinde eo,ipſo inſtanti quod confertur facta intelligi debeat, *l. quod ſponſa 4.Cod. de donat. ant. nupt. l. in fuga 6.C.ad leg.falc. de plagiar. l.in tempus 62.de condic. & demonſtr. leg.eum qui poſt* 104. *de condic. & demonſtr.* Non video qua ratione aut qua fronte poſſit dicere filia quæ renũciauit ſe non cogitaſſe de bonis quæ pater à die renunciationis in diem vſque mortis eſſet acquiſiturus. Planè eadem ratio facit vt eorum quoque bonorum quæ medio tempore acquiſita ſunt quantitas inſpicienda ſit in æſtimanda legitima ſi fortè filia mortuo patre volet in integrum reſtitui aduerſus renunciationem ex cauſſa immodicæ læſionis, vt probauimus *decade ſuper c.5.* Sed quæ ratio præbet filiæ materiam reſtitutionis ob læſionem immodicam, eadem repellere filiam debet tam à legitima quàm à legitimæ ſupplemento ſi agat
7 non reſciſſa renunciatione. Nullóne igitur † caſu poterit cogi filia vt legitimæ ſupplementum accipiat in pecunia numerata non in corporibus bonorum? Vno, aut altero. Si fortè pater legauerit filiæ, aut, vt loquimur, ei reliquerit titulo inſtitutionis certam pecuniæ quantitatem ſimpliciter nec adiecta prohibitione ne quid præterea petere poſſit.Nam ſi filia relictum agnouerit ſimpliciter,adeóque apocham conſcripſerit, ſaluam nihilominus habet petitionem ſupplementi *d. l ſi quando §.& generaliter.C.de inoff.teſtam.* Item ſi filia quę dotem in pecunia habuit, poſt mortem patris aliquam dotis partem in pecunia ab herede patris acceperit: his enim caſibus verum eſt legitimam in pecunia ſolui cœptam eſſe, potéſtque locum habere ratio illa interpretum & pragmaticorum, ſupplementum eiuſdem naturæ, conditionis, & formæ eſſe debere, cuius & id cuius ſupplementum eſt. Quamquam Iuſtinianus *in d. §.repletionem*, vbi conſtituit vt repletio legitimæ fiat in corporibus bonorum, non diſtinguit an legitima in corporibus bonorum an in pecunia numerata ſolui cœperit.Qua de cauſſa nec valde,meo iudicio, à Iuſtiniani mente is aberrauerit qui dixerit indiſtinctè & generaliter,in corporibus bonorum non in pecunia repletionem fieri debere. Præſertim cùm nulla in eo fiat iniuria heredi, interſit autem quàm maximè filiæ vt ex corporibus rerum paternarum aliquid habeat potiùs quàm pecuniam. De quo dicemus latiùs in *errorem ſecundum Decadis ſequentis.* Sanè inſpecto iure vetere non puto idem dici poſſe. Satis enim erat olim ad excludendam querelam inofficioſi teſtamenti,quod quarta pars bonorum, id eſt ſubſtantiæ defuncti ad eum perueniſſet cui legitima debebatur, ſiue in corporibus,ſiue in pecunia, aut qua alia ratione quartam illam habuiſſet,vt ex eo colligi poteſt quod poterat cogi vt & quartam & quartæ fructus ſibi conficeret ex fructibus hereditatis quam alij reſtituere rogatus eſſet, *l. Papinianus 8. §. vnde & ſi quis. de inoff. teſtam. l. mulier. 22. §. cùm proponeretur. D. ad S.C. Trebell. l. iubemus 6.Cod. eod.* quod non ſimiliter hodie obtinet, poſtquam placuit legitimam in corporibus bonorum dandam eſſe. Conſequens enim eſt vt ex fructibus confici numquam poſſit, quomodo conficitur Trebellianica extra liberos primi gradus, *l. in fideicommiſſaria 18.D.ad S.C.Trebell. iunct.d.l.iubemus.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaquinta.

ERROR PRIMVS.

Si certa pecunia quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima.

SVMMARIA.

1 *Si certa pecunia quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima an ante illum diem peti poſſit.*
2 *Pragmaticorum ſententia affirmans.*
3 *In oppoſitum autoris diſſertatio:& ſeqq.*
4 *In caſu ſuprà propoſito poſſe legitimarium abiicere voluntatem teſtatoris,& petere legitimam in corporibus rerum hereditariarum.*
5 *Aut ſumptus ab herede ei præſtandos qui & alimentis neceſſarij ſint,& legitima taxanda.*
6 *Sententia leg. vltim. §. cùm autem. Codice de inoffic. teſtam.*
7 *Temperamentum pragmaticorum in quæſtione propoſita reiectum.*
7 *Autoris conſilium de modo procedendi in caſu ſuperiori.*

SI pater † filio aut filiæ nondum nuptæ cer- 1
tam pecuniæ quantitatem inſtitutionis titulo reliquerit(id enim ſicut ſufficere,ita & neceſſarium eſſe noſtri arbitrantur contra quos ſatis ſupérque in ſuperiori Decade diſputauimus) ſoluendam poſt certum tempus hoc tamen adiecto, vt ſit pro legitima & omni legitimæ iure, quæ ſunt vulgaria hodiernorum teſtamentorum verba, frequẽtiſſimè quęritur,an poſſit relictum peti ſtatim non expectata die,
quam teſtator adſcripſit:eáque ſententia † pragmaticis 2
probabilior videretur vt poſſit:Ratione illa,quòd ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.quoniam in prioribus 32. Cod.de inoff. teſt.* ita ius eſt vt legitima neque in diem recipere poſſit,neque conditionem,ſicut nec aliud vllum grauamen. Quantitatem enim ſic relictam, vt diximus,nihil aliud quàm legitimam eſſe ipſa teſtamenti verba probant,quibus expreſſum eſt eam pro legitima & omni le-
gitimæ iure datam eſſe. Mihi contrà ſemper viſa eſt ini- 3
qua † hæc ſententia,quæ abhorret euidenter à teſtatoris voluntate. Nam licèt portionem ipſam legitimam aut quantitatem quę portioni legitimæ reſpondeat,ſtatim & nulla adiectæ diei aut conditionis habita ratione præſtari conueniat,nec ea moram vllam admittere poſſit,eo tamen adhuc incerto & dubio, an illa quantitas quę in diem certam relicta eſt legitimam ſuperet,nécne,

&

& quid quantúmque ſit in legitima, cur obſecro inducimus diuiſionem voluntatis, vt teſtatori credamus in eo quod dixit ſe pro legitima quantitatem hanc relinquere, non credamus autem in eo quod minoris legitimam æſtimauit, quàm vt relictæ quantitatis ſaltem ex parte ſolutioni diē adiicere prohiberi ſe putaret? Quid enim ſi detracto etiam interuſurio medij temporis, & conſequenter tanto minoris æſtimato eo quod relictum eſt, plus tamen relictum appareat quàm opus ſit ad integram portionem? An non fiat iniuria teſtatori & eius heredi ſi tota illa quantitas purè & ſtatim detur quam in diem dari teſtator voluit? Sic enim eueniet vt liberaliores ſimus teſtatore, & plus quàm ille dederit demus ei cui ipſe iuſta computatione patrimonij pioque iudicio non ſolùm integram legitimam reliquit, ſed etiam longè plus quàm relinquere debuerit: quod ſanè abſurdum fuerit *l. debitor 59. D. ad S. C. Trebel.* Nam nec cogi potuit teſtator vt quicquam amplius quàm legitimam ei purè relinqueret, Sed & idem ipſe Iuſtinianus qui legitimæ petitionem nulla mora ſuſpendi voluit *d. l. quoniam in prioribus*, conſtituit tamen vt ſi plus quàm legitimam teſtator reliquerit, & onus relicto adſcripſerit, reiiciatur quidem onus ad concurrentem vſque legitimæ quantitatem, ſed pro ea parte quæ excedit, volūtati teſtatoris omnino ſatisfieri oporteat *l. vlt. §. cum autem. C. eod. tit. De inoff. teſt.* Prius ergo eſt vt ſciatur an quod relictum eſt legitimam excedat aut non quàm vt a tota quantitate, quæ relicta fuit, onus diei adiectæ aut aliud quodlibet reiiciatur. Interim autem, id eſt incerto eo needum benè explorato quia nec ſciri poteſt, niſi iuſta totius patrimonij computatio ineatur, quid eſt quod melius dicere & conſtituere poſſimus, quàm vt teſtantis voluntati ſtetur? Dies igitur quam teſtator ſolutioni præſcripſit, expectanda erit, nec iniuria videbitur fieri legitimario (ſic enim vocare libet eum cui legitima debetur, quiſquis tandem ille ſit) cùm ſi quid incommodi eſt, vt ſanè eſt in mora medij temporis, totum id non modò compenſetur cum eo quod plus in relicto eſſe creditur, quam futurum erat ſi legitima ſola ſine diei adiectione data fuiſſet. (Compenſationem enim hanc quam ius vetus poterat admittere, Iuſtinianus ſuſtulit induxitque diuiſionem voluntatis) verum etiam fructuum legitimæ ex die mortis præſtandorum neceſſitate (vbi de legitimæ quātitate conſtiterit) farciatur. Ac ſanè in dubio credendus eſt teſtator præſertim pater id conſilij cepiſſe, quod & legibus & pietatis officio congruentius videatur: nec quicquam cauſſæ eſt cur ſuſpicemur totam eam quantitatem quæ pro legitima in diem certam relicta eſt, reſpondere portioni legitimæ ſublata quoque diei adiectione. Nam quod teſtator dixit, eam ſe quātitatem pro legitima relinquere, accipiendum eſt cum ſuis conditionibus, & vt loquuntur, qualitatibus, ſi teſtatoris voluntatem ſpectare volumus, id eſt, ita tamen vt in eam ipſam diem quam teſtator præſcripſit, nec citiùs fiat ſolutio: Aut vt ſi ſtatim nec expectata die ea quantitas præſtetur, longè plus in relicto quàm in legitima eſſe intelligatur. Ergóne, inquies, in bonis defuncti patris intereà filius habebit nihil: Ita prorſus. Eſt enim quod ſibi imputet cur agnouerit relictum tantique æſtimauerit legitima interim carere, vt tanto ampliorem quantitatem ex teſtamento, ac proinde ad diem teſtamento dictam (ſi non priùs taxata eſſet legitimæ quantitas) conſequeretur. Potuit enim ſi † moram ſibi in legitima fieri noluit defuncti voluntatem abiicere, ipſámque legitimam ſtatim petere in corporibus rerum hereditariarū, ſi noſtris interpretibus credimus, qui quibus tamen an hac in re credendum ſit, ſequenti capite dicemus, Nam ſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, non licere legitimario, cui pecuniam pro legitima, quantum ſatis eſt teſtator dedit repudiare voluntatem, & legitimam petere in corporibus bonorum, nimis ſanè iniquum & in-

4

humanum eſſet ſi legitimarius diem à teſtatore præſcriptam pro tota legitima expectare cogeretur, tametſi ipſo haberet recuperandorum aliquando fructuū à die mortis pro ea quantitate quam legitimæ iure debitam eſſe conſtaret. Cur enim patiamur nihil eum interim habere, cui aliquid omnimodo iam deberi certum eſt? Quanquam remedij loco † induci poſſet vt ei ſumptus heres præſtaret, qui & alimentis eſſent neceſſarij, & legitimæ taxandæ: cuius ſanè taxatio &, vt loquuntur, liquidatio, vt plurimum magnos litium anfractus, ingentémque expenſarum materiam ſecum trahit. Neque verò in eo quicquā abſurdi eſt. Idem n. vſuuenire etiam ſolet cum exheredatus eſt filius, & querelā inofficioſi teſtamenti exercere cogitur, *l. inſtituta. §. de inoff. etioſo. D. de teſt.* aut cum alia de cauſſa patitur controuerſiā vniuerſorum bonorum, *l. vlt. C. de ordi. cogn.* Nec ſanè aliud quicquā eſt quod meliùs dici poſſit. Omnino. n. & neceſſariò diſcutiendum eſt ad quam vſque quantitatem aſcendat legitimæ computatio, vt ſciatur pro qua relicti parte dies ſolutioni dicta reiici debeat, pro qua etiam parte retineri. Aperta n. eſt Iuſtiniani conſtitutio † nolentis adiectæ diei vllam rationē haberi quantum ad eam partem attinet, quæ pro legitima debetur, haberi autē pro reſiduo *d. §. cum autem l. vlt. C. de inof. teſt.* Cuius conſtitutionis manifeſta ratio illa eſt, quod non ſicut legitimæ cōditio deterior, ita nec melior fieri poteſt: Nihil. n. vetat aliquid relinqui ſupra legitimam, licet minùs legitima relinqui non poſſit. itaq; poſtquam conſtiterit amplius relictū eſſe, quàm pro legitima neceſſe eſſet, in eo quod excedet, voluntatem teſtatoris ſeruabimus, nec legitimarium ante diem agere voluntatem audiemus: in reliquo diem ſolutioni dictam pro non adiecta habebimus & fructuum legitimæ ex die mortis præſtandorū obligationē inducemus. Neq; nocebit eo tempore, quod legitimarius relictū agnouerit, quandoquidē ea diei adiectio per legem reiicitur, nec poteſt videri contra leges facere, qui eo modo quo lex vult & iubet relinqui, relictum agnoſcit Sed quando non conſtat quid & quātum ſit in legitima, nec proinde pro qua quantitate dies adiecta ſit contra leges dico non poſſe interim recedi à teſtatoris voluntate, quia nihil eſt quod melius dici poſſit. deficitque intereà legitimario non ius petēdæ ſtatim legitimæ, ſed probatio eius quotæ bonorum, quæ legitimam portionem conſtituat. Scio pleriſque pragmaticis † qui inſigniores æquitatis arbitri videri volunt, placere hoc temperamentum, vt cautionib. res expediatur, id eſt, vt filio totum id quod relictū eſt ſtatim præſtetur nulla diei habita ratione, in ſpeciem fiduciæ, & vt loquuntur per modum prouiſionis, cum eo tamen vt heredi caueat ſe ſi quid ſupra eam quantitatem acceperit quàm pro legitima debeatur, repræſentatæ pro ea parte ſolutionis incommoda ſarcuturum *arg. l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quam per l. falcid.* Sed quæro cur hac in re filio magis quam teſtatori ipſi præſertim patri faueamus? Nam etſi filium pater exheredaſſet inſerta cauſſa iuſta quidem, id eſt à Iuſtiniano adprobata, ſed non vera, quandiu de facti veritate quæreretur, in cāíque rem querela inofficioſi teſtamenti exerceretur, nihil tamen interim filio deberetur præter ſumptus in cauſſam litis & alimentorum neceſſarios: cur ergo in propoſito quādiu incertum eſt quid & quantum filio debeatur, volūtatem teſtatoris omnino contemnemus, nullámq; prorſus adiectæ diei rationem habebimus? Aut cur non ęque conſulamus heredi parato cauere ſe eius quantitatis, quam pro legitima debitam fuiſſe tandem cōſtabit vſuras vice fructuum ex die mortis reſtituturum? Nam & ita fit vt indemnis filius ſeruetur cui interim, vt diximus, neceſſarij ſumptus ſubminiſtrantur, & teſtatoris iudicio quantum per leges, licet, pareatur. Denique numquam debet quis vincere ob id ſolùm quòd ſatiſdare paratus ſit ſi aliam vincendi cauſſam nullam habeat. Longéque alia ratio eſt cautionis quæ præſtatur ex edicto, Si cui plusquàm

5

6

7

pleſquàm. Prodeſt enim illa legatario ad totum legatum interim conſequendum, quia habet ille pro ſe teſtatoris voluntatem, quam hîc non habet niſi contra ſe is qui legitimam in diem relictam totam petit ante diē.
8 Probatem † magis vt in iure interrogaretur heres, quāti legitimam portionem quæ peteretur æſtimaret; eámque ipſam quantitatem quam diceret (neque enim nullam omnino dicere poſſet) ſtatim præſtaret, habita etiam ratione fructuum aut vſurarum ex die mortis: Pro reliquo autem finis euentúſque iudicij expectaretur, nulla ex parte interponendis cautionibus. Quid enim periclitari poteſt filius cui in reliquas res hereditarias parata ſemper erit actio? Quid rurſum heres qui non niſi eam quantitatem præſtet, quam à ſe pro legitima debitam eſſe fateatur? Nudam ſanè repromiſſionem hinc inde interponi nihil vetat, propter incertum quantitatis quæ pro legitima minor maiórve deberi poteſt, & propter fructus quos ab altero alteri reddi oportebit ſi data quantitas iuſtæ portioni legitimæ non omnino reſpondeat. Non idem erit ſi quid pro legitima purè ſit relictum ei qui relicto non contentus, & repudiata teſtantis voluntate malit legitimam petere in corporibus bonorum. Tantiſper enim dum quæretur de quantitate legitimæ & bonorum ex ea cauſſa tradendorum, ſi legitimarius relictum petat repromiſſa reſtitutione aut imputatione, itémque fructuum aut vſurarum ad concurrentem vſque quantitatem compenſatione, nihil cauſſæ eſt cur non ſit audiendus, cum habeat pro ſe defuncti voluntatem, quam heres impugnare non poteſt, & cui interim ſtari neceſſe eſt, nullo tamen ex ea re præiudicio alterutri generando. Eóque iure paſſim vtimur. Scilicet ex pragmaticorum ſententia qui putant eum qui ex re aut, quantitate certa inſtitutus eſt pro legitima poſſe id quod ſibi relictum eſt repudiare, & legitimam in corporibus bonorum petere ac obtinere. Quod tamen an verum ſit, aut potiùs cur verum non putemus (iam enim diximus, nobis id non probat) paulò fuſiùs tractandum eſt.

ERROR II.

Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem quæ pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, malítque legitimam habere in corporibus bonorum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpp. is cui aliquid pro legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum cogi non poteſt vt teſtatoris iudicium agnoſcat, ſed poteſt eo repudiato quod ſibi relictum eſt legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum.*

2 *Quibus rationibus relatam ſuffulciant ſententiam.*

3 *Iuris veteris rationem propoſitæ ſententiæ repugnare, & ſeqq.*

4 *Iuſtinianus in §.repletionem. l.ſcimus. C. de inoff.teſt. hoc vnum conſtituit vt repletio legitimæ fiat in corporibus rerum hereditariarum.*

5 *Si legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora.*

6 *Si aliquid in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, non licet legitimario illud repudiare vt legitimam integram in corporibus conſequatur.*

7 *Non eſt neceſſe vt ſupplementum legitimæ eiuſdem ſit naturæ & conditionis cuius eſt illud in quo legitima ſolui cœpta eſt.*

8 *Cur à Iuſtiniano conſtitutum vt ſupplementum legitimæ detur in corporibus bonorum.*

9 *Si in hereditate reperiantur nummi & fundi, non neceſſe eſt ſupplementum legitimæ fieri debere tantum in fundis.*

10 *Error pragmaticorum putantium legitimam deberi in bonis mediocribus, etiam cùm in aliis à teſtatore aſſignata: & eiuſdem confutatio.*

NIhil in praxi & in tribunalibus certius eſt & receptius, quàm quod nos hoc capite probabimus, ni fallimur, eſſe falſiſſimum & à iuris ratione prorſus alienum. Id ſcilicet quod pra-
gmatici poſt interpretes putant, Eum † cui aliquid pro 1
legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum, cogi non poſſe vt teſtatoris iudiciū agnoſcat, etiāſi quod relictum eſt ſufficiat ad legitimam portionē, ſed poſſe, ſi malit, repudiato eo, quod ſibi relictū eſt, legitimā petere & obtinere in corporibus bo-
norum. Pro qua ſententia † non habent iſti aliud quod 2
proferāt, niſi conſtitutionē Iuſtiniani in *l.ſcimus 36.§. repletionem.C.de inof.teſt.* qua cauetur, vt legitimā cui aliquid deſit, ex ipſis corporib. bonorū repleri oporteat. Si .n. repleri, cur nō & totā confici? Addunt etiam intereſſe quā maximè eius qui legitimæ petendæ ius habet, vt eā habeat in corporibus bonorū potiùs quàm in pecunia numerata, quæ ſcilicet faciliùs amittitur, nulló q; ex ſe fructus parit: legitimæ verā conditionē nullomodo deteriorē fieri poſſe, ne quidē teſtamēto *l.quoniam in priorib.32.eo.* Ego verò illud primū admitti volo quod om-
nes fatētur iuris † veteris rationē ſententiæ repugnare, 3
dicturus poſteà an aut quo ius illud ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſit immutatū. Nā vt iure ciuili teſtamentū vſque adeò firmū eſſet ne per querelā inofficioſi reſcindi poſſet, nihil aliud requirebatur, niſi vt legitimā integrā haberet ille qui de inofficioſo alioqui conqueſturus fuiſſet, dūmodò haberet ex ſubſtantia defuncti, adeóque occaſione & ob perſonā defūcti, licèt non ex ipſius ſubſtantia, vt puta ſi quid filio, patris contēplatione ab extraneo donatum proponeretur. Vnde etiam fiebat vt ex fructib. quoq; rerum hereditariarū poſt teſtatoris mortem perceptis confici legitima poſſet, ſi tamen ſufficerent ad quartā & quartæ fructus, tametſi non tā hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferantur, *l. Papinianus 8.§.vnde ſi quis.D.de inof.teſt.iunct. l.in fideicommiſſaria 18.ad S.C.Trebell.* Multò minùs ergo conqueri potuiſſet is, qui legitimā in pecunia numerata ex legato habuiſſet, ſi modò aut inſtitutus fuiſſet, aut exheredatus. Hoc enim ſemper requirebatur ad validitatē teſtamenti, quod alioqui non valuiſſet. Sublata verò conquerendi facultate, apparet non potuiſſe fieri vt ei cui legata eſſet pecunia, liceret repudiare legatum, & legitimā petere in corporibus bonorum. Quo enim iure peteret? An ex teſtamēto quo nō fuerāt legata corpora, ſed pecunia. An verò ab inteſtato ſubſiſtēre firmáq; manente teſtati cauſſa? Neque ſanè id habet dubitationem ſi tollas Iuſtiniani conſtitutiones quæ contrà putandi nonnullā anſam præbuerunt. Videamus ergo quid Iuſtinianus cō-
ſtituerit. Hoc vnum in *d.§.repletionem*, vt legitimæ † re- 4
pletio facienda ſit in corporibus rerū hereditariarum. Quod ego pro interpretibus, licet ipſi aliter ſentiant eo quoque caſu locū habere volo, quo id quod pro legitima teſtator dedit, pecuniariū fuerit: neque enim lex diſtinguit, & conſtat eum ſemper morem teſtatorum fuiſſe, qui etiam nunc eſt, vt legitimam portionem aut aliquid pro legitima darent in pecunia potiùs quàm in corporibus, ne qua fieret diminutio rerū hereditariarū.
Sed an ex eo fiet conſequens vt ſi legitimam † integrā 5
teſtator in pecunia dederit, licere debeat legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora contra expreſſam teſtatoris voluntatem? Minimè verò, neque de ea verbum vllum eſt in Iuſtiniani conſtitutione. At nec

6 nec admittendum puto, vt cùm aliquid † in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, liceat legitimario quantulumcunque, id eſt, repudiare vt legitimam integram in corporibus nanciſcatur. Tantum enim abeſt vt illa Iuſtiniani mens fuiſſe videatur, vt is è contrario hoc ipſo, quod conſtituit repletionem in corporibus fieri debere, declaret ſatis nolle ſe in eo quod relictum eſt recedi à voluntate teſtatoris, nec proinde rem pro pecunia præſtari. Alioqui non de ſupplemento tantùm ſed de tota legitima loqui conſtitutio debuiſſet. In eóque ſanè à nobis ſuprà indultum eſt interpretibus plus quàm deberemus, ad finem vltimi capitis Decadis ſuperioris, cùm diximus poſſe hoc caſu locum habere quod interpretes & pragmatici volunt, ſupplementum legitimæ eiuſdem naturæ & conditionis eſſe debere cuius & illud in quo legitima ſolui cœpta
7 eſt. Nihil † enim hoc neceſſe eſt nec valet conſecutio, teſtator legatum pro legitima in pecunia dedit, ergo ſupplementum legitimæ in pecunia dandum eſt. Nam diſſimilitudinis ratio euidens hæc eſt, quòd ad eam vſque quantitatem quæ teſtamento data eſt ſicut agitur ex teſtatoris expreſſa voluntate. Ita fieri nequit vt contra eam voluntatem aliud petatur quam quod teſtamento datum eſt. Pecunia verò data fuit, non corpus. Pecunia igitur, non corpus peti debet: nec pro ea legitimæ parte lex vllo modo ſe interponit, quia neque neceſſe eſt. At ſupra eam quantitatem manca voluntate teſtatoris licèt ſupplementum legitimæ petatur quaſi ex teſtamento (quia nec ab inteſtato peti poteſt quandiu teſtamentum ſubſiſtit, & ab inteſtato de portione hereditaria quærendum eſſet, non de ſupplemento legitimæ) neceſſe fuit Iuſtinianum ſe interponere, vt neque fraus legitimæ fieret, neque eo prætextu quòd legitima integra relicta non eſſet, reſcindi teſtamentum poſſet. Itaque voluit Iuſtinianus ſupplementum legitimæ haberi pro dato quod re vera datum non fuit: cúmque non poſſet ex teſtamenti verbis aut ex præſumpta teſtatoris voluntate decidi an in pecunia, an in corporibus dari deberet,
8 placuit † debere in corporibus dari, non ob id ſolùm quod ea ſententia fauorabilior ſit legitimæ, ſed etiam quia nihil eſt quod melius poſſis dicere. Legitima enim quota portio eſt bonorum à defuncto relictorum, quæ quis ab inteſtato eſſet habiturus, ab inteſtato autem non pecuniam pro rebus hereditariis, ſed res ipſas hereditarias pro ſua parte fuit habiturus. Nimirum, quod ad eam partem attinet, quæ ex corporibus hereditariis haberi
9 potuiſſet. Nam ſi poneres † repertam eſſe in hereditate pecuniam ſicut & fundos, nó puto eam Iuſtiniani mentem eſſe vt tota repletio fieri hoc caſu debeat ex fundis, ſed partim ex fundis, partim ex pecunia. Nulla enim fit iniuria legitimario ſi legitima portio ei detur ex rebus ſingulis quæ in hereditate reperiuntur, ſiue in pecunia, ſiue in corporibus conſiſtant: nec aliud ſenſiſſe Iuſtinianum credibile eſt niſi vt non ſit in poteſtate heredis ſupplere legitimam in pecunia vt omnia & tota corpora ſibi retineat, ſed teneatur quatenus in corporibus hereditas eſt, eatenus quòd legitimæ portioni deeſt, in corporibus ſupplere. Licèt non ignorem alio iure nos vti ex pragmaticorum erroribus, quibus praxis tota plena
10 eſt. Sed illud etiam multò abſurdius † & iniquius eſt quod pragmatici volunt, ſi legitima in corporibus quidem hereditariis relicta ſit, ſed tamen in iis quæ ſint ex deterioribus, poſſe relictum repudiari, vt legitima in aliis bonis præſtetur, quæ nec ſint ex melioribus, nec ex deterioribus, ſed ex mediocribus. Etſi enim fateor ſi arbitrio boni viri præſtanda ſit legitima, æquiſſimum eſſe illud temperamentum vt in mediocribus potiùs quàm in alio bonorum genere adiudicatio legitimæ fiat, quemadmodum contingit ſi teſtator minus legitima reliquerit, & de ſupplemento tractari oporteat, cùm tamen pater viri boni officio functus bona ſua inter liberos diuiſit, & quænam pro legitima dari vellet, declarauit, cur aliud melius aut æquius arbitrium requiremus? aut cur teſtamento quod valet, nec reſcindi vllo modo poteſt, non ſtabimus? conſtat enim vſque adeò fauorabilem eſſe illam ſupremi iudicij diuiſionem quam pater inter liberos fecerit, vt etiamſi facta ſit in minùs ſolenni ſcriptura aut voluntate, eam tamen iudex familiæ erciſcundæ ſequi & tueri omnino debeat *l. vlt. C. famil. erciſc.* Nec ad rem pertinet quod obiiciunt legitimam filio deberi in bonis mediocribus. Id enim falſum eſt, nec vllo iuris loco probabile. Nulla namque debetur legitima, cùm ſemel teſtamento data eſt, quia nec debetur niſi poſt mortem, teſtamentum autem fit à viuo patrefamilias, qui ſi ſic teſtetur vnde & iuſtam integram dediſſe dici poſſit, nullum de legitimæ debito poſt mortem ſuam quærendi locum relinquit. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt an legitimam integram dederit. Porrò non eo minùs integram dediſſe dici poteſt quòd dederit ex bonis deterioribus. Tantò plura enim data eſſe neceſſe eſt vt iuſta legitimæ æſtimatio compleatur arg. *l. ſi ſterilis, D. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt.* Sed etſi quid deeſſet iuſtæ computationi legitimæ, propterea quòd deteriores fundi dati eſſent, repleri id deberet arbitrio boni viri & quidem, vt iam dixi, ex mediocribus quantum ſupplementi debiti ratio pateretur, ſed non eo magis recedendum eſſet à voluntate teſtatoris, vt pro bonis deterioribus quæ dediſſet, dari mediocria oporteret, ne quidé ad concurrentẽ vſque deteriorum æſtimationem.

ERROR III.

De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda.

SVMMARIA.

1 *Q an legitima per ſtatutum tolli in totum poſſit?*
2 *Prima ſententia putantium legitimam aſcendentium tolli poſſe: legitimam verò deſcendentium non item.*
3 *Secunda indiſtinctè affirmantium vtramque tolli poſſe.*
4 *Tertia negantium.*
5 *In quo verſetur quæſtio propoſita.*
6 *Statuto fieri poteſt vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus excludatur.*
7 *Apud Gallos & Auguſtanos liberis inteſtatis matres non ſuccedunt, niſi in mobilium certa parte & in vſufructu.*
8 *Tota ferè Italia fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum.*
9 *In Gallia pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus.*
10 *Filia per ſtatutum à legitima excluſio alia conditionalis, alia abſoluta, & quantum differant.*

MAxima de hac re inter iuris interpretes contentio eſt, An legitima † per ſtatutum tolli 1
penitus & in totum poſſit. Sunt enim qui diſtinguũt † inter legitimam quæ deſcenden- 2
tibus & eam quæ aſcendentibus debeatur vt poſterior hæc tolli poſſit, illa non item, vtpote quæ fauorabiliori iure debita ſit, ex voto ſcilicet parentum, & naturali ratione, non vt hæc ſolo intuitu pietatis & miſerationis *l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnd. lib.* Aliis placet † diſtinctè, poſſe 3
vtramque ſtatuto tolli: aliis denique neutram † in to- 4
tum tolli, ſed tamen vtramque minui poſſe ſicut & augeri, quam ſententiam pragmatici noſtri magis probant, & paſſim ſequuntur. Ego quæſtionem † in eo eſſe arbi- 5
tror, An ſtatuto fieri queat, vt à legitima inteſtati ſucceſſione excludatur is de cuius legitima portione diſputamus. Numquam enim mihi perſuadebo, licèt vulgo aliter creditum ſit, fieri poſſe, vt ei qui penitus excluſus

eſt ab inteſtati ſucceſſione ſiue per ſtatutum, ſiue per renuntiationem, legitima vlla debeatur: cùm nihil aliud ſit legitima quàm quota portio partis hereditariæ quæ ab inteſtato competitura eſſet ſi teſtamentum nullum factum proponeretur. *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſtam.* De quo, quia iam ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus, erimus hic breuiores, nec eadem repetemus. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt, an ſtatuto fieri poſſit vt quis ab inteſtati ſucceſſione
6 prorſus excludatur. Et puto † vix de eo poſſe dubitari, quin fieri poſſit. Ius enim ſuccedendi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ex legibus eſt, vt ſæpiùs monuimus, ideóque pro legiſlatorum arbitrio ſemper aliud atque aliud conſtitutum, auctum, diminutum, denique immutatum fuit. Quam in rem innumera adduci poſſent exempla non modò ex Romanorum legibus, ſed etiam ex gentium omnium moribus, niſi eſſent cuique obuia, ſaltem ea quæ ex iuriſprudentiæ noſtræ libris elici poſſunt. Atqui cùm de ſtatuto loquimur, de eo intelligimus quod ab iis factum ſit, qui ſtatuendi iuris, legiſque condendæ ius & poteſtatem habeant. Cur ergo dubitemus quin ſtatuto fieri poſſit vt legitimus heres non ſit qui alioquin futurus eſſet? Hinc illud nimirum eſt quod apud
7 Gallos † ex conſtitutione regia, & apud Auguſtanos noſtros ferè ſimiliter, liberis inteſtatis matres non ſuccedunt præterquàm in mobilium certa parte & in vſufructu, ſicut nec ſuccedebant ante S. C. Tertyllianum, quo primùm cautum eſt vt poſſent ſuccedere. Item quod
8 etiamnum tota ferè Italia † fœminæ ſuccedere prohibentur ab inteſtato, fauore maſculorum. Et in Galliæ †
9 pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. Quid? quod heredis quoque inſtitutio nonnullis locis prohibetur. Denique ſemper ita ius, & vſus fuit vt pro locorum ac temporum varietate licuerit legiſlatoribus ſucceſſionum omnium ſiue teſtamentariarum ſiue legitimarum iura conſtituere & commutare.
10 Multum tamen intereſt, meo iudicio, an filia † per ſtatutum excluſa ſit à legitima, ideò quòd ab inteſtati ſucceſſione penitus excluſa ſit, an ob id ſolùm quòd dotem à patre congruam acceperit. Talia enim ſolent eſſe vt plurimum verba ſtatutorum fœminas excludentium, vt ita demùm excludi eas velint, ſi dotatæ fuerint congauenter & competenter, quomodo loquuntur. Quo caſu cùm non ſimpliciter, & abſolutè ſint excluſæ ab inteſtati ſucceſſione, ſed ſub ea veluti conditione ſi dotatæ ſint, videtur ea excluſio aliam quoque tacitam habere conditionem, illam nimirum quam renunciationibus iuratis futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis ineſſe diximus ſæpius, ſi hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Quandiu enim legibus quæ inteſtati ſucceſſionem deferunt, locus vllus relinquitur, non magis per ſtatutum quàm per pactum fieri poteſt vt excluſio præcedat delationem. Priore verò caſu cùm ſic concepta ſunt verba ſtatuti vt ab inteſtatorum parentum ſucceſſione penitus excluſæ ſint filiæ, licèt alia ſtatuti parte cautum ſit vt vel ali debeant vel dotari (vix enim eſt vt cum iis vſque adeò inhumanè agatur vt ab alimentis quoque excludantur, quod nec ſtatuto fieri ſanè poſſet, cùm ius petendorum alimẽtorum ex mero iure naturali ſit potiùs quàm ex legibus) non poteſt excluſio illa ſtatutaria tacitam habere conditionem, ſi hereditas aut legitima portio deferetur: quandoquidem diximus ſtatuto fieri poſſe vt non tantùm acquiſitio ſucceſſionis, ſed ipſa etiam delatio impediatur: in eóque maior ſanè poteſtas & autoritas eſt ſtatuti quàm pacti, tametſi ſoleat dici poſſe per ſtatutum fieri ea demum quæ poſſunt fieri per pactum. Longè enim maior eſt vis ſtatuti, tanta ſcilicet quanta eſt legis quoties ſtatutum ab iis factum eſt, qui, vt diximus, condendæ legis ius habeant, cùm tamen non poſſit fieri pacto vllo ne leges locum habeant ſiue de teſtamentaria ſiue de legitima ſucceſſione controuertatur *l. nemo poteſt 55. de legat. prima leg. vlt. D. de ſuis & legit. leg. quod bonis decimaquinta §. 1. D. ad leg. falc.*

ERROR IV.

De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus, extraneo herede inſtituto.

SVMMARIA.

1 *Quanta ſit legitima matris, cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitibus, honeſtum extraneum heredem inſtituit.*
2 *Legitimam matris tertiam hereditatis partem eſſe debere ex communi interpretum placito.*
3 *Quæ ſit ratio ſuperioris ſententiæ.*
4 *Secundum Bartolum legitimam matris eſſe tertiam trientis: & quibus rationibus hoc ipſum confirmet.*
5 *Bartoli ſententiam probabiliorem eſſe, licet eius improbabiles ſint rationes.*
6 *Ius adcreſcendi in legitima locum habere poſſe contra Bartol.*
7 *Legitimam fratrum auctam eſſe, contra eundem.*
8 *Matri pro legitima debetur triens illius portionis quã ab inteſtato erat habitura, ſi cum duobus fratribus defuncti ſucceſſiſſet.*
9 *Ex eo quod legitima nulla debetur fratribus, non ſequitur trientem hereditatis deberi matri.*
10 *Qui ad partem hereditatis legitimæ admitterentur, faciunt partem in computatione legitimæ, licet ad nullam legitimæ partem admittantur.*
11 *Erronea Baldi ſuppoſitio.*
12 *Ex ſolius matris perſona ineunda eſt ratio legitimæ & conſequentur ex comparatione eius portionis quam ab inteſtato habitura erat mater ſi confratribus ſuccederet.*
13 *Refertur & refellitur ratio qua Paul. Caſtrenſis Bartoli ſententiam adſtruere conatur.*
14 *Fratrum hereditas fratribus vt debeatur.*
15 *Præteritio fratris honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione.*
16 *Mater præterita habetur pro exheredata eſtque hodie nominatim exheredanda.*
17 *Vniuerſali heredi prodeſſe ſolet exheredatio, non ſingulari.*
18 *Matri in minima quantitate pecuniæ inſtituta licet agere ad ſupplementum legitimæ.*

IAm olim tractata fuit hæc quæſtio † magnis contentionibus inter nobiliores & vetuſtiores iuris noſtri interpretes, ſed ita tamen vt vno excepto Bartolo ceteri omnes pro matre reſponderint, ſcilicet defuncto filio ſuperſtite matre, ſuperſtitibus item duobus fratribus, & extraneo herede inſtituto, non turpi perſona, legitimam † matris tertiam eſſe debere totius hereditatis, non tertiam trientis. in eo namque omnes concordare excepto *Bartolo* teſtatur *Caſtrenſis ad l. planè 34. §. ſi duobus, ad finem. de legat. 1.* addens ſe quoque ex communialiorum ſententia ad propoſitam ex facto queſtionẽ ita reſpõdiſſe. Rationes pleraſq; adferunt ab ipſo etiam *Bartolo* relatas in *l. pater filium. 14. D. de inoff. teſtam.* ſed illam præcipuè quòd † fratres qui fratris teſtamento excluſi ſunt à legitima ipſius ſucceſſione habendi ſint pro mortuis, & non exiſtentibus quo ad ineundam legitimæ computationem, quia certum eſt vſque adeò eos excludi, vt nec ſpem vllam habeant vnquam ſuccedendi. Eſt enim ferè generalis ea iuris regula, portionem deficientem eius qui nec admittitur, nec admitti ſperatur, iis adcreſcere qui admittuntur, *l. vnic. C. quando non petent. part.* Nam & in querela inofficioſi teſtamenti

teſtamenti in cuius locum actio ad ſupplementum ſub-
rogata eſt, idem euenire conſtat vt liberi qui per exhe-
redationem iuſtam aut per ſententiam excluſi ſunt à que-
rela, non faciant partem cæteris, imò nec excludant ſe-
quentes in gradu, non magis quàm ſi ipſi in rerum na-
tura non eſſent *d. l. pater filium.* Idémque eſt ſi aut re-
pudiatione, aut tempore excluſi proponantur, *l. qui repu-*
4 *diantis 17. l. ſi ponas 23. §. vlt. eod.* *Bartolus* † autem vt
contra ſentiat ex eo potiſſimùm mouetur, quòd in ſpe-
cie propoſita non poſſit mater ampliorem conſequi le-
gitimam ex perſonis fratrum excluſorum niſi beneficio
iuris adcreſcendi, *d. l. qui repudiantis. & dict. §. vltim l. ſi*
ponas. Atqui, inquit, inter eos qui coniunctione tantùm
legali coniuncti ſunt, vt ij ſunt quos lex ſola ad inteſtati
patrisfamilias hereditatem ſimul vocat, non aliter ius
adcreſcendi locum habet quàm ſi de vniuerſali ſucceſ-
ſione tractetur. *l. 1. §. idem ait. D. de vſufr. adcreſc.* quo-
modo tractabatur olim, cùm agebatur querela inofficioſi
teſtamenti, vt reſciſſo teſtamento locus fieret legitimæ
ſucceſſioni. Hodie non ſimiliter, cùm agitur ad ſupple-
mentum, nec aliud peti poteſt quàm legitima ipſa, quæ
proculdubio vniuerſalis ſucceſſio non eſt, nec rurſum
quomodo interpretes loquuntur particularis, ſed pror-
ſus ſingularis, quoniam quota eſt bonorum non heredi-
tatis debita ſcilicet poſt deductum omne æs alienum *l.*
nam quod 14. §. non. omnis. D. ad S.C. Trebell. iunct. *l. Pa-*
pinianus 8. §. quarta autem D. de inoff. teſtam. igitur, in-
quit Bart. non poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi in legi-
tima, præſertim cùm ſuccedant fratres cum matre, quod
ad legitimam portionem attinet ex diuerſo iure, nimi-
rum mater ex iure nouo quo aucta eſt legitima aſcen-
dentium ſicut & deſcendentium vt ex quadrante fiat
triens, fratres verò ex iure vetere quo non niſi quarta
debeatur. Sic enim *Bartolus* exiſtimat fratrum legiti-
mam auctam non eſſe, indéque mouetur vt eam pro ſe
iuris regulam adferat, quæ habet, inter eos qui vocan-
tur diuerſo iure ex diuerſis diſpoſitionibus non eſſe lo-
cum iuri adcreſcendi, ſiue à lege, ſiue à teſtatore ius illud
deſcēdat, *l. ſed cum patrono 7. D. de bonor. poſſeſſ l. ſi ſub cō-*
ditione 16. D. quibus modis vſusfruct. amitt. Mihi opinio
5 Bartoli † ſemper probabilior viſa eſt, ſed rationes qui-
bus mouetur, numquam placuerunt. Nam vt nihil nunc
dicam aduerſus eam propoſitionem quam ille vt veriſ-
ſimam profert, de iure adcreſcendi inter eos qui coniun-
ctione tantùm legali coniuncti ſunt, non puto verum
6 eſſe quod ille tam generaliter tradit, non poſſe ius †
adcreſcendi in legitima locum habere. Nihil enim ve-
tat quominùs locum habere poſſit, ſi modò voluntas
teſtatoris, aut eius cuius portio deficit non refragetur, id
eſt, ſi non appareat in fauorē alterius quàm collegitima-
riorum defeciſſe portionem, vt contingit ſi quis à peti-
tione legitimæ idcirco excluſus ſit, quòd fuerit exhere-
datus: ſiquidem pater filium exheredat non id facere
intelligitur vt aliis liberis conſulat in ſola fortaſſis legi-
tima inſtitutis, ſed vt hereditatis ſuæ liberiorem habeat
diſpoſitionem in eius gratiam quem heredem ſcribere
volet, ſiue ex liberis, ſiue extraneus ille ſit. Idem eſt ſi
filia cùm nuberet viuo patre renuntiauerit paternæ ſuc-
ceſſioni adhibito iureiurando. Nam & hæc renuntiatio
non tam fauore aliorum liberorum, ne maſculorum qui-
dem facta intelligitur, quàm fauore ipſius patris, cui fit
arg. *lege ſi actionem. 24. C. de pact.* & conſequenter defun-
cto patre prodeſt ipſius heredi, non fratribus, vt à no-
bis diſputatum eſt in ſuperioribus. Licèt *Caſtrenſ. in d. §.*
ſi duobus contrà defendat filiam hanc haberi pro mortua,
proptereà quòd nullo vnquam inſtanti fuerit capax ſuc-
ceſſionis, ideóque fratrum legitimam minuere non
debere: quod & nos etiam refutauimus. Poteſt autem
in legitima locus eſſe iuri adcreſcendi, ſi forte ponas
eum cui legitima debebatur repudiando declaraſſe quod
eam rem heredi patris prodeſſe nollet. Tunc enim etiam-
ſi non adieciſſet repudiare ſe in gratiam fratrum, tamen
fratribus amplior legitima deberetur, non alio vtique
quàm adcreſcendi iure: alioqui ceſſione, & iurium tranſ-
latione non repudiatione opus eſſet, ſi ius adcreſcendi
locum non haberet. Sed etſi ponas ſimpliciter factam re-
pudiationem, aut eum qui legitimā petere potuit exclu-
ſum eſſe tempore ne legitimā petere poſſit, non dubito
quin cæteris fratribus ea res proſit vt ampliorē legitimā
conſequātur: quia quāuis legitima portio non ſit ſucceſ-
ſio vniuerſalis, ſed ſingularis, vt *Bartolo* ſatisfaciamus;
æſtimatur tamen ex comparatione ſucceſſionis vniuerſa-
lis, cùm nihil aliud ſit quàm triens debitæ portionis, *l.*
Papinianus 8. §. quoniam autem quarta. D. de inoffic. teſtā.
id eſt portionis hereditariæ ab inteſtato contingentis, *l.*
quoniam in prioribus 3. & authent. nouiſſima. C. eodem.
Atqui ſi de inteſtati ſucceſſione ageretur, repudiatio
aut ſilentio ſimpliciter facta tantò ampliorem faceret
portionem cuiuſque ex fratribus coheredibus, qui here-
ditatem agnouiſſent, vt & *Bartolus* fatetur, quia eo caſu
de vniuerſali ſucceſſione ageretur ex *l. ſeruus communis*
ab extero 67. D. de acquir. hered. Quidni ergo amplio-
rem faciet legitimam ſaluo etiam manente teſtamento?
At neque verum eſt quod vult *Bartolus* † fratrum legiti- 7
mam auctam non eſſe. Nam Iuſtinianus in *Nouell.* 18.
De trient. & ſemiſſ. §. 1. poſt auctam legitimam libero-
rum, de qua ſola locutus fuerat, ſubiicit in hæc verba
hoc obſeruando in omnibus perſonis in quibus ab initio an-
tiqua quarta ratio de inofficioſo lege decreta eſt. Itémque in
capite ſequenti *omnibus aliis de inofficioſo poſitis legibus*
in ſua virtute ſeruandis, præter ſolam quantitatem quam
ad præſens auximus. Itaque vel fatendum eſt legitimam
fratrum auctam eſſe ſicut & aſcendentium, aut nec aſ-
cendentium auctam fuiſſe. Magis puto auctam eſſe fra-
trum legitimam non ſolùm ad trientem vſque, ſed etiam
ad ſemiſſem pro numero fratrum ſi plures quàm quatuor
proponantur, vt ſcripſi *Decad.* 11. *capit.* 9. Vna igitur
illa ratio me mouet vt pro *Bartolo* contra interpretes
ſentiam, quæ tota pendet ex certiſſimo principio iuris;
quod legitima nihil aliud ſit, vt iam toties diximus,
quàm certa ſtatutáque portio partis hereditariæ ab in-
teſtato contingentis. *d. l. quoniam in prioribus.* Atqui 8
mater † ſuccedens cum duobus fratribus vtrimque con-
iunctis non tota hereditatem obtineret ab inteſtato, ſed
æqualem duntaxat cum fratribus portionem, id eſt tri-
entem *Auth. defuncto C. ad S.C. Tertyl.* Non igitur tri-
entem totius hereditatis pro legitima habere debet, ſed
trientem trientis duntaxat. Nec quod fratribus † legiti- 9
ma nulla debetur, ad rem facit, quoniam in ponenda le-
gitimæ ratione, non qui in legitimæ petitione concur-
rant nécne inſpiciendum eſt, ſed quis in ſucceſſione in-
teſtati concurſurus eſſet ſi ab inteſtato ſuccederetur. Pro-
inde qui ad partem hereditatis † legitimæ admitterentur 10
haud dubiè facient partem in computatione legitimę, li-
cèt ad nullam legitimæ partem admittantur, nec admitti
ſperentur. Idque ita eſſe in propoſita quæſtione euiden-
tiſſima ratione conuincitur. Alioqui enim ſequeretur ſi
tres fratres eſſent, futurum eſſe vt plus haberet mater
pro legitima quàm pleniſſimæ ab inteſtato ſucceſſionis
iure eſſet habitura. Haberet namque tertiam partem to-
tius hereditatis, cuius tamen non niſi quartam ab inte-
ſtato conſequi poſſet. Quis autem vnquam audiit am-
pliorem deberi legitimam quàm hereditariam portio-
nem? Nam ſi ita eſſet, eueniret ſanè vt imputandum eſ-
ſet patrifamilias cur inteſtatus non deceſſiſſet, quod
quàm abſurdum ſit nemo non videt *l. poſthumus 6. D.*
de inof. teſtam. Quæ ratio cùm nec à *Baldo* nec à *Ca-*
ſtrenſi, & aliis qui ſecuti ſunt, interpretibus ignorata
ſit, neque habuerint illi quid reſponderent, mirari ſatis
non poſſum cur illi niſi contradicendi ſtudio *Bartolum*
improbarint. Nam quod *Baldus* ad eludendam *Bartoli*
rationem ſomniauit, totum trientem qui inter matrem 1
& fratres diuidendus eſſet, ſi ad legitimam illi admitte-
rentur excluſis iis per inſtitutionem honeſti heredis

extranei, ad matrem ſolam peruenire non tam iure adcreſcendi, quàm per amotionem, vt ipſe loquitur, obſtaculi, mihi prorſus ridiculum videtur, licèt pleriſque non
11 inſubtiliter dictum exiſtimetur. Supponit enim † Baldus pro vero quod eſt falſiſſimum, Defuncto teſtatore qui matrem & duos fratres ſuperſtites reliquerit, legitimam portionem eſſe trientem, & de eo ſolo dubitari an totum illum trientem habere mater debeat, an eam duntaxat portionem, quam habitura eſſet ſi fratribus vtilis legitimæ portio deberetur. Idémque error eſt omnium qui diſputant hîc de iure adcreſcendi ſiue locum habere putent, ſiue negent. Prius enim eſt vt certa res conſtituatur quæ diſputationem de iure adcreſcendi admittat, quàm vt de iure adcreſcendi tractari poſſit. Ego autem contendo, ſicuti nulla hîc legitima eſt quæ debeatur fratribus,
12 ità ex ſolius † matris perſona ineundam legitimæ rationem & conſequenter ex comparatione duntaxat eius portionis quam ab inteſtato habitura eſſet mater ſi cum fratribus ſuccederet. Tertiam igitur tertiæ non totius hereditatis deberi matri certum eſt: non ſecus acſi in ea tertia parte tota defuncti hereditas conſiſteret. Nã quod ad reliquam beſſem attinet qui ab inteſtato ad fratres perventurus eſſet, non magis ratio vlla eius habenda eſt ad legitimam matris augendam quàm ſi eſſet extra hereditatem. Cùm ſit extra portionem matris hereditariam, quæ ſola inducit iuſtam legitimæ conputationem. Tot enim hereditates hac parte eſſe intelligũtur, quot eſſent portiones hereditariæ ab inteſtato. Alioqui ſi verum eſt quod nos diximus, fratrum quoque legitimam auctam eſſe ad ſemiſſem vſque ſi plures quàm quatuor fratres ſint, ſequeretur perinde matris legitimam hoc caſu ſemiſſem eſſe debere ſi fratrum qui cum matre ab inteſtato ſucceſſuri eſſent perſonas numerare oportet ad legitimã matris conſtituendam. Quod tamen nemo vnquã dicere auſus eſt, quoniam ſcilicet honeſto herede inſtitutio neque de fratribus, neque de eorum legitima quærendum eſt ad ineundam legitimæ maternæ computationem, niſi vt tantò minor illa ſit, quia & ab inteſtato pars eius hereditaria propter concurſum fratrum minor eſſet. Et hãc *Bartoli* ſentẽtiam, quã nos probamus, ſecuriorẽ eſſe fatetur *Caſtrenſis*, motus tamen, quod interpretibus ferè ſẽper euenit, etiam cùm rectè ſentiunt, falſa ratione. Ait † enim
13 fratris præteritionẽ haberi pro exheredatione, exheredationem verò neque lucroſam neque damnoſam aliis eſſe oportere propterea quòd eius qui alium exheredat voluntas illa ſit quemadmodum diximus, vt heredi tantùm non etiam ceteris proſit. Hæc namque ratio in iis demum perſonis locum ſibi vindicat, quas aut inſtitui aut exheredari neceſſe eſt, hoc eſt quæ ſi non eſſent exheredatæ heredes eſſe viderentur: quod contigit quoties de liberis agitur, ſiue pater, ſiue mater teſtamentum feciſſe proponatur. Nam cùm parentum vtriuſque ſexus hereditas liberis debeatur ex parentum ipſorum voto, nulla hac parte differentia vnquam fuit inter patrem & matrem, niſi quod pater liberos nonniſi nominatim exheredare potuit, mater verò non ſolùm inter cæteros exheredare potuit olim, ſed etiamſi non exheredaſſet, præteriſſe ſufficiat, vt exheredaſſe crederetur, nimirum, quia patres habent ſuos heredes, fœminæ non item: *l. 4. §. ad*
14 *teſtamenta. D. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* At † fratrum hereditas fratribus non debetur neque ex voto, neque ex ratione naturali, neque intuitu miſerationis & pietatis, ſed quia nihil eſt quod melius dici poſſit cùm frater fratri ſit agnatus proximus, quódque ita poſito iure vt agnatus proximus agnati familiam habere debeat, exiſtimandus ſit frater qui inteſtatus moritur tacito quodam iudicio, fratrem ſcribere ſibi heredem *l. 3. §. 1. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicil.* Proinde non cogitur frater fratrem inſtituere aut exheredare, niſi vno illo caſu quo turpem perſonam heredem habere malit, quod ſanè non impunè permittendum illi eſt: Imò nec preteriti vnquam in iure noſtro dicuntur, niſi ij demum qui aut inſtitui debuerunt aut exheredari: & conſequenter non
eſt cur † præteritionem fratris honeſto herede inſtituto, pro exheredatione habeamus aut exheredationi comparemus: quaſi verò frater, qui fratribus præteritis inſtituit extraneum, id animo agitauerit, vt heredem ſuum faceret tantò locupletiorem, quomodo agitat parens qui filium ſuum ſiue expreſsè ſiue tacitè exheredat, ac non potiùs vt heredem ſibi eligat, perinde ac ſi fratres nullos haberet, quibus vtique nihil debet, dummodò perſonam eligat honeſtam, non turpem: in 15
matre † ſanè id verum eſt eam à filio præteritam hoc ipſo haberi pro exheredata, quia filius matrem inſtituere cogitur aut exheredare, adeò vt nominatim quoque exheredanda hodie ſit, ſicut & mater filium nominatim inſtituere aut exheredare cogitur ex Iuſtiniani *Nou. l. 115. §. aliud quoque capitulum*, nec ſolùm nominatim in neceſſarium antecedens, ſed etiam ſic inſerta cauſſa exheredationis vt dubitari non poſſit, quin voluerit mater habere filium pro exheredato. Illud probabilius fortaſſe tantari poſſet ex Caſtrenſis ratione. Si fratres præteriti habentur pro exheredatis, mater autem quæ in aliquo inſtituta eſt, pro herede, proficere matri debere tacitam fratrum exheredationem. Sed non ita eſt: vniuerſali † enim heredi prodeſſe ſolet exheredatio, non ſingulari, qualis ille eſt qui ex re certa inſtitutus fuit. Deinde etiamſi maximè verum eſſet, quod vult ille, fratres præteritos exheredatorum iure cenſendos eſſe, ne tamen ideò matris legitimam augeri oporteret tanquam ex tacita teſtatoris voluntate, illud obſtaret quòd ipſa quoq; perinde præteriti olim potuerit atque fratres defuncti, & ita videri exheredata, hodie verò etſi nominatim inſtituenda eſt aut exheredanda, vt diximus, ſi tamen in minima quantitate pecuniæ ſit inſtituta, non poteſt ea inſtitutio facere quin à reliqua tota hereditate prorſus exheredata cenſeatur, quandoquidem voluntas teſtatoris quæ ex teſtamento colligitur, non poteſt alia argui, quàm quæ ex teſtamento ipſo probatur, & quatenus teſtamenti verba patiuntur. Et quamuis Iuſtiniani conſtitutione in *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* liceat † matri agere ad ſupplementum legitimæ non aliter quàm ſi tota legitima teſtamento data eſſet. Attamen in computanda ea legitima, idem omnino ſeruandum eſt quod ſeruaretur ſi querelæ locus ſupereſſet, id eſt non maius ſupplementum petere mater poteſt quàm quanta eſſe legitima deberet ex iuris veteris ratione ad querelam inofficioſi teſtamenti excludendam. Quanta autem legitima eſſe deberet? Nimirum quadrans aut ſi mauis ex nouiſſima Iuſtiniani lege triens trientis. Nam à reliqua hereditate potuiſſet mater impunè nulláque inſerta cauſſa exheredari, & hoc ipſo quòd præterita fuiſſet, habita eſſet pro exheredata, nec querelæ cauſſam habuiſſet ſi modò legitimam portionem legati aliόve titulo accepiſſet: quia tacita fratrum exheredatio non potuiſſet ei prodeſſe quæ ipſa quoque exheredata reperiretur. Ergo eadem ratione dicendum eſt quòd hodie inſtituta ex numo agere poteſt ad ſupplementum, acſi in tota legitima eſſet inſtituta, facere non debere vt plus conſequi debeat legitimæ nomine, quàm ſi aut expreſsè aut tacitè exheredata eſſet ſupra eam portionem quam alioquin ei relinqui oporteret ne conqueri de inofficioſo poſſet. Nec ei prodeſſe quòd fratres præteriti pro exheredatis habeantur, quando & ipſa quoque licèt inſtituta in aliqua à toto reliquo exheredata intelligatur. Maximè cùm ſoleant hodie teſtatores ferè omnes expreſſim prohibere ne quid amplius petere poſſint ij quos non niſi ex re certa volunt inſtitutos quod & iam ipſis *Bartoli* temporibus in vſu fuiſſe apparet ex eius diſputatione. 16
17
18

ERROR

ERROR V.

De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur.

SVMMARIA.

1 *Cur velint interpretes legitimam inſtitutionis titulo relinquendam eſſe.*

2 *Qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe ſcripto herede legatarij, non heredis loco eſt, quamuis reclamante Bartolo.*

3 *Diſtinctio Bartoli à ratione aliena.*

4 *Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali.*

5 *Inter inſtitutum in re certa & heredem vniuerſalem non poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi. & n. 9.*

6 *Sententiam l. 1. §. ſi ex fundo. D. de hered. inſtit. Bartolo non fauere.*

7 *Vera lectio l. 10. D. de hered. inſtit.*

8 *Qui ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato, hereditatem obtinet.*

10 *Error interpp. & pragmat. putantium filium qui in legitima inſtitutus eſt, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolum excludi à querela inofficioſi ſed etiam rite inſtitutum videri, vt teſtamentum valeat.*

1 INterpretes noſtri † cùm legitimam portio-
nem inſtitutionis titulo relinquendam eſſe
volunt, eam potiſſimùm rationem adferunt,
quòd inſtitutionis titulus non ſolùm ho-
norabilior ſit propter nomen heredis, ſed etiam vtilior &
commodior, ſiue quod heres ex re certa inſtitutus poſ-
ſeſſionem eius rei propria autoritate occupare poſſit, nec
expectata heredis voluntate citra metum interdicti.
Quod legatorum. Siue propterea quòd habere poſſit ille
ius adcreſcendi ſi fortè contingat ab herede ex aſſe ſcri-
pto repudiari hereditatem. De iure adcreſcendi nunc
dicemus, dicturi capite ſequenti de interdicto. Iam præ-
diximus *Decade ſuperiore* ſuſpectam nobis videri, & fal-
ſam hanc interpretum & pragmaticorum traditionem.
2 Qui enim ex re certa † inſtitutus eſt, alio ex aſſe adſcri-
pto herede legatarij non heredis loco eſt *l. quoties 13. C.
de hered. inſt.* propter eas rationes quas nos eo capite
adduximus, vnde & peti volumus ne hîc repetamus. Et
quamuis *Bart.* ad *d. l. quoties* ſcripſerit neque heredis ne-
que legatarij iure abſolutè eum cenſeri, ſed tertiam ſpe-
ciem quandam conſtituere heredis ex certa re ſcripti, ea
tamen diſtinctio nulla lege, nullâque ratione probabilis
3 eſt, ſicut nec quod † ille ibidem ſubiicit inſtitutionem
ex re certa naturam habere legati quod ad rem ipſam at-
tinet, heredem tamen ex re certa haberi pro herede ra-
tione iuris quod ſibi competit ob inſtitutionem. Nam
cum heredem faciat hereditas, quemadmodum & lega-
tum facit legatarium, apparet in huiuſmodi reb. perſonæ
ius non niſi ex qualitate rei æſtimandum eſſe, ideóque
fieri non poſſe vt ſi inſtitutio ex re certa legati iure cen-
ſenda eſt, inſtitutus ex re certa pro legatario non habea-
tur. Quòd ſi pro legatario habetur, ergo non pro he-
rede, quia toto genere differunt heres & legatarius. In-
4 de illud eſt quod inſtitutus † ex re certa tranſmittit ad
heredem commodum inſtitutionis etiam non agnitæ,
vt *Bart.* quoq. fatetur, quia & legatum non agnitum trãſ-
mitteret, dummodò legati dies vtiliter ceſſiſſet, *l. 1. & tot.
tit. quand. dies leg. vel fideic. ced. D. & C.* Falcidiam quo-
que patitur aliorum legatariorum exemplo, *l. ex facto 35.
ff. de hered. inſt.* Creditorib. hereditariis non tenetur quia
nec alij legatarij tenentur. Non habet beneficium nouæ
legis, quæ de edicto Diui Hadriani tollendo à Iuſtinia-
no lata eſt, & de mittendo ſtatim herede in poſſeſſionem
bonorum defuncti, *l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. toll.* ſicut
nec conſuetudinariæ illius poſſeſſionis quæ à defuncto
in heredem ipſo iure continuata intelligitur, quia non
legatariis ſed heredib. ſolis huiuſmodi beneficia & pri-
uilegia competunt. Sed & rupto ex cauſſa præteritionis
vel exheredationis aut irrito facto teſtamento conſtat
inſtitutiones ex re certa non corruere, quoniam & legata
conſeruantur ex Iuſtiniani conſtitutione in *Authent. ex
cauſſa, C. de liber. præter.* licèt corruant inſtitutiones. Quæ
cum ita ſint, prorſus conſequens eſt, vt inter inſtitutum
† ex re certa & heredem vniuerſalem non poſſit locus 5
eſſe iuri adcreſcendi, ſicut nec inter heredem & legata-
rium eſſe poteſt quia ſuccedunt ex diuerſo iure *leg. ſed
eum patrono 7. ff. de bon. poſſeſſ. l. ſi ſub conditione 16. D. de
quib. mod. vſuſfr. amitt.* Neque verò quicquam eſt in quo
poſſit *Bart.* dicere inſtitutum ex re certa loco heredis ha-
beri, niſi hoc ipſum de quo diſputamus. i. quod attinet ad
ius adcreſcendi. ſ. vt repudiante vel ante aditionem de-
cedente herede vniuerſali inſtitutus ex re certa fiat he-
res ex aſſe, nec tamen trãſmittat in heredem ius illud ad-
creſcendi citra agnitionem, quia in eo, inquit *Bart.* ſapit
naturam vniuerſalis inſtitutionis. Atqui cum vtrumque
probandum eſſet (nos. n. vtrumque negamus & ius ad-
creſcendi vllum competere & ad heredem quamũcumq;
præcedente agnitione tranſmitti poſſe) neutrum tamen
Bart. probat, nec quiſquam ex iis qui *Bartolum* ſequun-
tur. Nec illud rurſum quod idem *Bart.* ſubiungit. Ex
inſtitutione in re certa confirmari tabulas pupillares, ne-
dum principale teſtamentum: quod vtrumque nos ſimi-
liter negamus. Vnus tantũ iuris locus eſt, qui cæteroſque
omnes interpretes fefellit. Is eſt † in *l. 1. §. ſi ex fundo.* 6
D. de hered. inſt. vbi tamen nihil aliud Vlp. ſcribit, niſi
quòd ex fundo fuerit aliquis ſolus inſtitutus, valet inſti-
tutio detracta fundi mentione. Quod nos ſanè vltro fa-
teremur vel tacente Vlpiano, quia cum ex aſſe nullus he-
res ſcriptus eſt, non poteſt fieri vt qui ex re certa inſtitu-
tus fuit legatarij loco habeatur: quando nec legatum va-
leret nullo herede ſcripto: Nam & ſi duo ſint heredes in-
ſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex
beſſe eiuſdem fundi, ſequimur expeditiſſimam Celſi &
Sabini ſententiam vt detracta fundi mentione quaſi ſine
partibus heredes ſcripti hereditate potiãtur, ſi modò vo-
luntas patrisfamilias manifeſtiſſime non refragetur, vt
idem Vlp. tractat in *l. quoties 9. §. ſi duo. eo. tit.* cui non val-
de diſſimile eſt quod in *l. ſeq.* Paulus ſcribit, ſi alterius at-
que alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit.
ſic † .n. legendum eſt (non vt vulgò malè *pro æquis partib.*) 7
perinde habendum eſſe quaſi non adiectis partib. heredes
ſcripti eſſẽt, aut potiùs, vt in fine legis ſcriptũ eſt, acſi te-
ſtator neque fundũ neque partes nominaſſet, quanquam
longè aliam eius loci lectionẽ & ſententiã eſſe arbitror,
de qua dicemus *lib. 17. Coniectur.* Nunc enim nil neceſſe
eſt ne ab inſtituta diſputatione longiùs aberremus. Suf-
ficiat indicaſſe. Denique illud fatemur quod apertiori-
bus verbis Papinianus ſcribit in *l. coheredi 4. §. vlt. D. de
vulg. & pupill. ſubſtit.* eum qui † ex re certa inſtitutus 8
eſt nullo coherede dato bonorum omnium hereditatem
obtinere. At nos non de illo nunc diſputamus, ſed de eo
qui è contrario ſit inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcri-
pto. Non enim de iure adcreſcendi niſi inter duos
quæri poteſt. Hoc verò caſu ſiue heres † ille ex aſſe 9
ſcriptus hereditatem repudiauerit, ſiue ante agnitam
hereditatem deceſſerit, nego ius adcreſcendi habe-
re eum, qui nonniſi ex certa re inſtitutus eſt, vt heres
ex aſſe fiat, quia vt dixi, ſemper & iam inde ab ini-
tio, id eſt ex quo teſtamentum factum eſt, cœpit ille
haberi loco legatarij, nunquam heredis: non enim
ſecuta aditio illius qui ex aſſe ſcriptus fuit, efficit
vt ex re certa inſtitutum pro legatario haberi oporteat,
ſed neceſſaria ratio iuris adeóque voluntas teſtatoris
qui vtique non niſi accommodatè ad iuris rationem
teſtari velle creditur, quando nec aliter velle poſſet:
Cui porrò rationi iuris locus fit ex eo primum inſtanti

quo teſtator heredem ex aſſe ſcripſit, nec aditionis tempus in eam rem expectandum eſt. Nam cùm fieri nequeat vt duo ſint heredes ex aſſe, nec videatur teſtator tranſiiſſe ad dupondium niſi cùm expleto primo aſſe ſecundum aſſem attigit, id eſt, aliquam ſecundi aſſis vnciam adſcripſit (quod non fit per inſtitutionem ex re certa, quoniam as ex vnciis conſtat, non ex rebus certis & ſingulis) conſequens eſt vt qui ex re certa ſcriptus eſt, iam inde ab eo inſtanti cenſeatur iure legatarij, obſtante iuris ratione ne heres vllo modo, aut vlla ex parte, vel vlla ex re videri poſſit. Alioqui eueniret, vt in certa illa re duo eſſent heredes & domini in ſolidum, quia non ſicut legatum, ita & inſtitutio ex re certa dici poteſt delibatio hereditatis, niſi hoc priùs admiſſo vt legati iure cenſeatur, quemadmodum ſupradicto loco à nobis fuſiùs diſputatum eſt. Vbi etiam, & ex iiſdem rationibus probauimus quàm falſum ſit quod interpretes & pragmatici omnes volunt, filium qui in legitima heres inſtitutus ſit, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolùm excludi à querela inofficioſi teſtamenti, ſed etiam ſatis ritè inſtitutum videri vt teſtamentum valeat. Fateor equidem teſtamento ſubſiſtente excludi eum à querela ob inſtitutionem in certa re factam, quia & per legatum excluderetur, cùm nulla Iuſtiniani aut alterius Imperatoris lege derogatum ſit hac parte iuri veteri, quo cautum erat vt quoquo relicti titulo legitimam datam fuiſſe ſatis eſſet. Sed nego valere teſtamentum in quo filius neque heres, neque exheres ſcriptus ſit, tametſi dodrantem, ſi voles, hereditatis habeat ex rei certæ inſtitutione, ideóque contendo neceſſarium iam olim fuiſſe vt ex aliqua aſſis parte inſtitueretur vel exheredaretur, *l. inter cætera 30. de liber. & poſthum.* Hodie verò hoc plus eſſe ex Iuſtiniani *Nouell.* 115. *§. aliud quoque capitulum*, quòd ſi inſtitutus non ſit, non ſufficit vt quomodolibet ſit exheredatus etiamſi legitimam integram habeat, ſed exheredationi cauſſa inſerenda eſt & quidem iuſta vt teſtamentum vires habeat, adeóque probanda per heredem, ne alioqui teſtamentum, quod ab initio valuit, in eo ſit vt per querelam in officioſi teſtamenti reſcindi poſſit. Hunc enim nouæ conſtitutionis ſenſum eſſe iam docuimus.

ERROR VI.

De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria autoritate.

SVMMARIA.

1 *Interdicti* Quod legatorum, *quæ fuerit ratio.*
2 *Ad quæ legata pertinuerit.*
3 *Cur ad fideicommiſſa olim non pertinet.*
4 *Cur inſtitutus ex re certa ſi poſſeſſionem eius rei propria autoritate occuparet, non teneretur interdicto quod legatorum: nec etiam hodie teneatur.*
5 *Reÿcitur ſententia Bartoli & aliorum qui cenſent ex inſtitutione in re certa, alio herede adſcripto, confirmari teſtamentum, ita vt non expectata heredis aditione poſſit qui ita inſtitutus eſt rem capere.*

1 INterdicti † *Quod legatorum*, edicto Prætoris proponendi ratio illa fuit, quòd inciuile videretur permitti legatario vt ſibi ipſi ius diceret, reique ſibi legatæ licèt iam ſuæ poſſeſſionem propria autoritate & inconſulto herede nanciſceretur: ideóque nec interdicto locus eſt, ſi ex heredis qualiquali voluntate poſſeſſio illa occupata probetur: multo minùs verò ſi teſtatoris voluntas illa fuerit, vt ius haberet legatarius nanciſcendæ propria autoritate poſſeſſionis. voluntatem enim teſtatoris in omnibus ſeruandam eſſe conuenit. Vnde fiebat vt ſi per vindicationem, aut per præceptionem, aut per ſinendi modum legatum fuiſſet, interdicto locus eſſe non poſſet, quia verba illa quibus in eam rem teſtatores vti ſolebant, *Capito, præcipito, Heres ſinito habere*, & ſimilia non obſcuram hanc teſtatoris mentem præ ſe ferebant. 2
Pertinebat † igitur interdictum illud ad ea duntaxat legata quæ per damnationem relicta erant, quorum vſus erat frequentior, & quorum naturam cæteris omnibus legati generibus inditam voluit Iuſtinianus hac parte, vt per manus heredis legata omnia quibuſcunque tandem verbis teſtator vſus ſit, præſtentur ab herede, & per manus heredis. De quo tam multa ſcripſimus *lib. Coniect. cap.* 1. & 2. vt hîc pluribus agere pretium operæ eſſe non arbitremur. Illud addendum eſt quod nemo fortaſſis obſeruauit, non pertinuiſſe interdictum † illud ad fideicommiſſa, ſed tantùm ad legata 3
vt ex primis interdicti verbis apparet. An quod fideicommiſſarij cauſſa fauorabilior videretur, vt ei licere deberet ius ſibi dicere in occupãda rei fideicõmiſſæ poſſeſſione? Minimè. Minus enim iuris acquirebatur fideicõmiſſario ex fideicommiſſo, quàm legatario ex legato, erántque fideicommiſſa ſimiliora legatis per damnationem, quàm cæteris, ideóque vt plurimùm ſolebant teſtatores fideicommiſſi verbis legata per damnationem confirmare, vt ex iuris noſtri locis penè innumeris colligi poteſt. Sed quia non ſicut ex cauſſa legati transferebatur dominium rei legatæ recta via à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt. l. legatum* 80. *de leg.* 2. Ita & in fideicommiſſarium ex fideicommiſſo, propterea quòd lex duodecim tabularum quæ legata non ſolùm confirmauerat, ſed etiam induxerat iis verbis *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto*, de fideicommiſſis nihil locuta fuerat. Ex quo illud etiam eueniebat vt ſecuta quoque traditione ex cauſſa fideicommiſſi dominium tamen non eo magis fideicommiſſario acquireretur, ſed poſſeſſio duntaxat *l. 3. D. ſi vſusfr. petet.* quia ſcilicet numquam nuda traditio transfert dominium, ſed ea demum quæ iuſtam & legitimã cauſſam habet *l. nunquam nuda. 20. D. de acquirend rer. domin.* id eſt iure ciuili cognitum & approbatum. Fideicommiſſa autem ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia nullo iuris vinculo, ſed ſolius prætoris fideicommiſſarij auxilio defenduntur. Proinde ſi fideicommiſſarius propria autoritate occupaſſet rem ſibi ex fideicommiſſo debitam, poterat heres eam rem ab illo auferre propoſita vindicatione quæ domino datur contra quemlibet poſſeſſorem: nec egebat interdicto & auxilio pretoris cùm pleniore ciuilis & ordinariæ actionis remedio ſatis ei cautum eſſet. At non ſimiliter contra legatarium qui in legato propria autoritate occupando ſibi ius dixiſſet poterat heres vindicationem exercere, quandoquidem non heres, ſed legatarius ipſe dominus erat rei legatæ, etiamſi poſſeſſio ipſa legati adhuc penes heredem eſſet. Fuit itaque neceſſarium auxilium prætoris vt heredi aduerſus legatarij audaciam ſubueniretur: præſertim ſi aliunde intereſſet heredis, vt puta propter falcidiam, cuius ex legatis non modò deducendæ, ſed etiam retinendæ ius haberet. Hodie igitur redactis fideicommiſſis ad inſtar legatorum, maximè ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſicuti dubitandum non eſt quin fideicommiſſi dominium exemplo legatorum tranſeat rectâ viâ à teſtatore in fideicommiſſarium. Ita fateri oportet interdictum illud, Quod legatorũ, non minùs ad fideicõmiſſa quàm ad legata pertinere. His præmiſſis difficile nõ eſt intelligere quid iuris olim fuerit in herede ex re certa inſtituto. Nam † 4
etiãſi heres nullomodo ſit alio herede ex aſſe aut ex aſſis parte aliqua ſcripto, fieri tamen non poteſt vt minùs iuris habuerit olim quàm is cui per præceptionem aut per vindicationem, aut ſinendi modo legatum eſſet. Ideóque, meo iudicio, non poterat teneri interdicto Quod legatorum, ſi rei ſibi relictæ ſub inſtitutionis nomine poſſeſſionem propria autoritate occupaſſet,

vt

vt & inſtitutionis & heredis nomen ipſi hactenus ſal-
tem prodeſſet ne ab alio poſſeſſionem petere cogeretur,
quam nec heres ab alio accipere ſolet aut poteſt quàm à
ſeipſo. Sed tamen non recte ex eo inferas, quod inter-
pretibus placet, haberi eum hac parte pro herede, cùm
& in aliis pleriſque legatariis qui vtique nullo caſu he-
redes videri poterant idem obtineret. At cùm hodie le-
gatis omnibus quocumque tandem modo relicta fue-
rint, vt diximus, commune illud ſit vt per manus he-
redis præſtari debeant, ne alioqui locus fiat interdicto,
dubitari magis poteſt idémne hodie obtineat in inſtitu-
tione facta ex re certa, an verò illud ex iure vetere ſu-
perſit, vt liceat inſtituto propria autoritate poſſeſſio-
nem illius rei occupare. Magiſque eſſe arbitror vt de-
beat licere, non quaſi hodie potiùs quàm olim haberi
debeat pro herede is qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed
quia poſt omnes quoque Iuſtiniani conſtitutiones per-
inde hodie verum eſt ac olim fuit, poſſe fieri ex volun-
tate teſtatoris vel legatarius non expectata heredis vo-
luntate occupet rem legatam. Ea vero voluntas teſta-
toris videtur mihi ſatis aperta cùm aliquem heredem
inſtituit ex re certa, longéque apertior, quàm ſi per
vindicationem aut per præceptionem, aut per ſinendi
modum leget, quia, vt dictum eſt, ipſum heredis & in-
ſtitutionis nomen hoc ſonat vt propria autoritate oc-
5 cupari res poſſit. Sed non vſque adeò *Bartolo* † cæteriſ-
que interpretibus & pragmaticis blandiri poſſum, vt
velim admittere, ex huiuſmodi inſtitutione quæ facta
ſit in re certa alio herede adſcripto confirmari teſta-
mentum, ita vt liceat ei qui ſic inſtitutus eſt rem capere,
non expectata heredis aditione. Nam ſi verum eſt, vt
eſt, quod nos toties inculcauimus, hunc ex re certa in-
ſtitutum legatarij iure in omnibus cenſeri, non magis
certè fieri poteſt vt agnitione talis inſtitutionis confir-
met teſtamentum, quàm ſi aliud quodlibet legatum
agnoſceret vulgaribus legatorum verbis, & formulis
relictum. Iuris enim regula eſt non adita ex teſtamento
hereditate omnia corruere quæcumque teſtamento con-
tinentur, *l. ea quam* 14. *C. de fideicomm.* Ergo & inſtitu-
tiones ſingulares, ex quibus nimirum non magis quàm
ex legato adiri hereditas poteſt. Delatio enim vt aditio-
nem præcedat neceſſe eſt, *l. delata* 151. *de verborum
ſignificat.* Nemo autem dixerit deferri hereditatem à te-
ſtatore aut à lege ei qui non niſi ex re certa inſtitutus
eſt, alio herede ſcripto, ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte,
ſiue poſtea heres ille repudiauerit hereditatem, ſiue
ante aditam eam deceſſerit. Quòd enim ex aſſe aut ex
aliqua aſſis parte ſcriptus fuit, ſufficit vt appareat te-
ſtatorem cùm alium ex re certa inſtitueret non cogi-
taſſe de hereditate ei deferenda quam vtique duobus in
ſolidum eodem tempore deferre non potuit, ſed tan-
tùm per viam ſubſtitutionis pluribus heredum gradi-
bus conſtitutis. Porrò cui teſtator hereditatem non de-
tulit, neque lex vnquam defert ex teſtamento: quo-
niam legis poteſtas hac parte in eo tantùm elucet, vt
teſtatoris voluntatem adiuuet atque confirmet: Abſur-
dum igitur eſt dicere inſtitutum ex re certa ius habere
agnoſcendæ inſtitutionis eiuſmodi non adita per here-
dem vniuerſalem hereditate: illud verò abſurdius exi-
ſtimare ex hac agnitione confirmari teſtamentum quaſi
hereditate agnita per vnum ex heredibus, cui etiam
inuito adcreſcere debeant cæterorum repudiantium vel
præmorientium portiones. Denique & conſequenter
illud abſurdiſſimum quod addunt, Eiuſmodi agnitione
pupillares quoque tabulas confirmari. Neceſſe enim eſt
vt principale teſtamentum confirmatum ſit priuſquam
de pupillaribus tabulis tractari poſſit.

ERROR VII.

Si teſtator ius adcreſcendi ei probibuerit quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.

SVMMARIA.

1 *Error interp. putantium teſtatorem ius adcreſcendi ei probibere poſſe quem ex certa reſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.*
2 *Relati erroris confutatio, & ſeq.*
3 *Quæ faciant pro inſtituto ex certa re contra heredem legitimum.*
4 *Aduerſus errorem interpretum inducitur l. ſi ita quis.* 74. *D. de hered. inſtit. & ad eam reſponſiones Bartoli confutantur.*
5 *In ſpecie l. ſi quis priore* 29. *D. ad S.C. Trebell. inſtitutus ex re certa non eò minus ex toto aſſe ſcriptus intelligitur, quòd alij heredes ſint aliò & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere.*
6 *Ad l. ſi quis priore quorundam reſponſio, & eius refutatio.*
7 *Cur in d. leg. heredes priore teſtamento ſcripti nullum ius habeant in hereditate, niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere.*
8 *Herede ex certa re ſic inſtituto, vt tamen probibitus ſit ſuccedere in reliqua hereditate fauore legitimi heredis, an huic ius ſit petendæ ex fideicommiſſo hereditatis.*
9 *Quæ ſit dubitandi cauſſa in d. l. ſi quis priore.*
10 *Quæ item dicendi ratio.*
11 *d. leg. à Triboniano videri interpolatam.*
12 *Accurſiana d. leg. interpretatio reiecta.*
13 *Errorem num.* 1. *propoſitum non rectè à Bartolo adſtrui ex l. ſi Titius* 16. *D. de condit. inſt. & quæ ſit d. l. vera ſententia.*
14 *Bartolum non eſſe aſſecutum veram ſententiam l. quoties.* 9. *§. ſi duo. D. de hered. inſtit. eáque abuti ad ſuum errorem ſtabiliendum.*
15 *d. l. quoties.* 9. *ad Triboniani interpolatam eſſe, aut aliquo inepto interprete.*
16 *Poſtrema Bartoli ratio deducta ex l. pen. D. de iniuſt. rupt. & l. ſi poſthumus.* 15. *de lib. & poſt. refertur & refellitur.*
17 *Baldi diſtinctio in quæſtione an teſtator poſſit probibere ius adcreſcendi heredi inſtituto in certa re, & eius reiectio.*

FAuent interpretes plus æquo heredi ex
certa re inſtituto cùm haberi eum volunt
in quibuſdam pro herede, qui tamen in
omnibus habendus eſt pro legatario, quo-
ties alius heres aut ex aſſe, aut ex aliqua aſſis parte ad-
ſcriptus fuit. Iidem faciunt iniuriam heredi ex certa re
inſtituto, cùm defendunt † poſſe ei prohiberi ius ad- 1
creſcendi à teſtatore, tum etiam cùm nullus illis cohe-
res datus eſt, id eſt, poſſe teſtatorem facere vt is quem
ex re certa heredem ſcribit, non ſolùm ex aſſe heres non
ſit, ſed ne quidem ex ea ipſa re in qua ſcriptus fuit. Sic
enim *Bartolus ad l. quoties* 9. *§. ſi duo D. de hered. inſtit.*
cuius ſententiam licèt non omnibus probatam plures
tamen & frequentiore calculo interpretes ſequuntur,
ego probare nullomodo poſſum. Non † enim in teſta- 2
toris facultate & arbitrio magis poſitum eſt, vt faciat
ne qui heres ex fundo inſtitutus eſt nullo dato cohe-
rede, heres ſit in ſolidum, quàm vt prohibeat ne leges
locum habeant in ſuo teſtamento, quod tamen certum

eſt facere eum non poſſe. *l. nemo poteſt* 55 *de leg.* 1. Nam ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium heredem aut ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte, aut ſine parte & ſine re ſcribere non vult, ſuccedit poteſtas legis quæ ſicut teſtamenti faciendi heredíſque ſcribendi ius concedit, in eámque rem inducit hereditatem per quam heres fieri quis poſſit, ita fundi mentionem detrahit ex inſtitutione, vt eâ detractâ remaneat inſtitutio ſine re & ſine parte, ac proinde vniuerſalis *l. prima*, §. *ſi ex fundo & dict.* §. *ſi duo l.* 9. *de hered. inſtit.* Sublata autem fundi mentione, & quidem ipſo iure, ſoláque legis poteſtate, apparet nihil omnino referre an ita teſtator ſcribat *Titius heres eſto, ſed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſculanum petere poſſit*, an ita potius *Titius heres eſto ex fundo Corneliano, ita tamen vt nihil iuris habeat in reliqua mea hereditate.* Atqui priore caſu negari non poteſt quin Titius ex aſſe ſcriptus ſit: nec adiectio illa, *Sed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſculanum petere poſſit*, vires vllas habet ad vniuerſalem illam inſtitutionem euertendam aut labefactandam. Melius enim eſt vt adiectio illa vitietur, quàm vt inſtitutio corruat quæ ſubſiſtere commodè poteſt. Quis enim credat teſtatorem qui accedit ad factionem teſtamenti, eo animo accedere vt nihil agat, aut legum auxilium implorari ſine quibus teſtari non poſſet, vt contrà quàm leges ferant teſtetur? ac non potiùs vt heredem ſibi eligat ex teſtamento, ne ab inteſtato habeat eos quos alioquin lex datura eſſet? Nam quid obſecro apertius, ſi non ex iure tantùm, ſed ex mente etiam teſtatoris diiudicanda res eſt, quàm eum qui teſtatur, heredémque ſcribit extraneum vel in minima re hereditaria nolle ſucceſſionem inteſtati locum habere? Ex qua ſcilicet futurum eſſet vt inuito patrefamilias heres legitimus cum vniuerſa hereditate haberet etiam rem illam ex qua paterfamilias, teſtamento alium heredem habere voluiſſet. Nemo enim dubitat, quin nemini liceat facere quominus heres legitimus totum defuncti patrimonium conſequi debeat ſi modò ſucceſſioni inteſtati locus relinquatur: Cuius impediendæ & excludendæ gratia, vnum illud remedium ſupereſt, vt teſtamentum fiat per quod extraneus heres legitimo præferatur. Itaque quantumuis teſtator qui Titium heredem inſtituit ex fundo Corneliano prohibuerit ne ad Titium reliqua hereditas perueniret, adeóque expreſſa hac, ſi voles cauſsâ, *fauore agnati proximi quem in reliqua hereditate legitimum heredem habere velit*, æquè tamen aperta eſt ipſius voluntas, quòd nolit vniuerſam legitimam hereditatem ad agnatum proximum peruenire, ſed ab ea vniuerſitate excipi fundum Cornelianum, quem malit Titio acquiri, & quidem iure & titulo heredis, adeóque ex teſtamento, cùm ab inteſtato nullum ius habeat extraneus ſuccedendi cum proximo agnato. Cur ergo legitimo heredi magis faueamus vt cauſſa inteſtati trahat ad ſe cauſſam teſtati, quemadmodum *Bartolus* loquitur, quàm Titio heredi teſtamentario vt legitima ſucceſſio per teſtamentum impediatur.

3 Vrget † enim pro Titio fauor teſtamenti qui ſemper maximus & præcipuus *l. ſi pars* 10. *D. de inoff. teſtam.* Vrget ratio iuris quæ heredem ſolum ex certa re inſtitutum pro herede vniuerſali habet. Vrget etiam illa iuris regula quæ non patitur vt ab inteſtato ſuccedatur, quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, vrget denique voluntas teſtatoris cui euidenter vim fieri neceſſe eſt ſi legitimæ ſucceſſioni locus fiat, quæ locum habere nullo modo poteſt quin legitimus heres vniuerſam hereditatem habeat, & conſequenter fundum Cornelianum, ex quo tamen Titium inſtituere teſtator voluit ob hoc ipſum ne ad legitimum heredem perueniret. Contrà verò, nihil pro legitimo herede vrget præter verba illa teſtatoris, quibus cauit, expreſſimque prohibuit ne Titio inſtituto ex fundo Corneliano reliqua hereditas adcreſceret. Igitur cum offendi teſtatoris voluntatem neceſſe ſit, ſiue pro Titio, ſiue pro legitimo herede reſpondeas, quid ſupereſt niſi vt curemus ne iuris rationem offendamus? quæ porrò ſi pro Titio reſpondebis, non offenditur; ſin pro legitimo herede, haud dubiè offenditur. Iuuátque maximè hanc noſtram ſententiam, † quod *in l. ſi ita quis* 74. *D. de hered. inſtit.* Licinius Rufinus ſcribit ſi ita quis heres 4 inſtitutus fuerit *excepto fundo*, aut *excepto vſufructu*, *Titius heres eſto* perinde eſſe iure ciuili atque ſi ſine ea re, id eſt ſine ea exceptione inſtitutus eſſet, idque autoritate Galli Aquilij factum eſſe, nimirum quoniam alioqui fieri non poſſet vt teſtamentum valeret, quod vniuerſam defuncti hereditatem non complecteretur. In ea namque ſpecie ſicut & in illa de qua diſputamus, fit proculdubio contra voluntatem teſtatoris cùm heredi ſcripto eum quoque vſumfructum vel fundum damus quem ab vniuerſali inſtitutione exceptum eſſe teſtator expreſſim voluit. Quid enim refert ſiue iuris rationem, ſiue teſtatoris voluntatem intueare, an teſtator nolit contineri inſtitutione fundum aliquem hereditarium, an quicquid in hereditate eſt præter fundum? Nimiſque ſubtilis eſt *Bartolus*, cùm reſpondet, aliud eſſe excipi fundum ab inſtitutione vniuerſali vt non videatur conceſſus, aliud verò prohiberi fundum ne reliquæ hereditati adcreſcat. Nam ſi plus voluntati teſtatoris quàm iuris rationi tribuendum eſſet, an non abſurdum foret ac contra defuncti voluntatem ſi fundus ille daretur ei quem teſtator in tota hereditate excepto fundo inſtituiſſet? Et illa inſtitutio *heres eſto excepto fundo* an non hunc ſenſum habet *In fundo heres ne eſto, in reliqua hereditate heres eſto?* Nec ſubtilior meo iudicio, ſecunda eiuſdem Bartoli reſponſio, tametſi vulgò probata, diſtinguentis an ſimplex & vniuerſalis inſtitutio præceſſerit, & ſubſecuta ſit exceptio fundi, *vt in dict. l. ſi ita quis*, an verò præceſſerit datio rei certæ, & ſubſecuta ſit prohibitio & excluſio vniuerſalis vt in ea ſpecie de qua tractamus. Quaſi priore caſu heredi vniſali fundus à ſeipſo inutiliter ademptus videatur ex *l. ſed ſi conditioni* 6. §. *vltim. eod. tit. D. hered. inſtit.* Poſteriore verò non poſſit videri ademptum, quod numquam fuit datum. Nam vt taceam verba illa *excepto fundo* non ademptionis verba eſſe, ſed exceptionis, cuius ea vis eſt vt faciat ne quod excipitur ab vniuerſali diſpoſitione, in ea contineri videatur: Admittamus quod vult *Bartolus*, & in propoſito verum eſt, iis verbis *excepto fundo* fundum heredi ademptum intelligi, proptereà quòd fieri non poterat vt vniuerſali inſtitutione fundus ille non contineretur, vel inuito teſtatore, dico idem prorſus euenire illo etiam caſu quo quis ex fundo tantùm inſtitutus ſolus, & amplius quicquã petere vetitus proponatur. Nam cùm lex fundi mentionem detrahat ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium ex teſtamento heredem habere non vult, vt iam dictum eſt, relinquitur neceſſario vt qui ex fundo inſtitutus eſt in tota hereditate inſtitutus intelligatur, adeóque inuito teſtatore: quoniam & inuito eo fundus ille ad legitimum heredem perueniret ſi ſucceſſioni legitimæ locus daretur. Conſequenter neceſſe eſt vt ſubſecuta illa prohibitione quicquam amplius ex hereditate Titius ſperaret, pro ademptione habeatur: quæ porrò non niſi inutiliter facta videri poteſt, cùm Titio nihil à ſeipſo adimi potuerit. Me illud etiam contra *Bartolum* valde mouet quòd ex Seueri & Antonini reſcripto ſcribit Marcianus in *l. ſi quis priore* 29. *D. ad S. C. Trebell.* Si quis priore facto teſtamento poſterius fecerit, nec niſi ex certis rebus in poſterioribus tabulis heredes inſtituerit, hoc etiam addito per expreſſa fideicommiſſi verba vt prius teſtamentum valeret, prius tamen teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſe: nec aliud ius ſupereſſe iis qui priore ſcripti fuerant quam petendi ex poſteriore fideicommiſſi: quo † ex loco apparet in- 5 ſtitutum ex re certa non eo minùs ex toto aſſe ſcriptum intelligi,

intelligi, quòd alij heredes ſint alio & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere. Nam ſi voluntas illa teſtatoris iubentis prius teſtamentum ſubſiſtere non impedit quominùs ex ſecundo teſtamento heres ſit ſolus is qui ex certa re inſtitutus fuit, ſublato priore teſtamento per poſterius; quantò magis dicendum eſt nullo antea facto teſtamento inſtitutum ex re certa præferendum eſſe legitimo ſucceſſori, totámque hereditatem conſequi debere, licet teſtator declarauerit velle ſe vt in reliqua hereditate legitimus ſucceſſor ei præferretur? Nec enim eſt quod
6 † reſpondeas in ſpecie *d. l. ſi quis priore*, teſtatorem non niſi precariis & fideicommiſſi verbis voluiſſe vt prius teſtamentum valeret, & hoc ipſo videri totam hereditatem reliquiſſe heredi quem rogaret. Primùm enim negabo conſecutionem, quia potuit fideicommiſſum vtile eſſe in re illa ſingulari, quæ huic poſteriori heredi relinquebatur, tametſi non de tota hereditate reſtituenda teſtator ſenſiſſet, exiſtimans fortaſſe quod ad excludendum à reliqua hereditate eum quem non niſi ex certa re ſcriberet, ſatis eſſet ſi prius teſtamentum valere iuberet. Deinde reſpondeo fuiſſe verba fideicommiſſi in eam rem neceſſaria, quia non fuit in teſtatoris poteſtate nouum heredem ſcribentis licèt ex re certa duntaxat, efficere quominùs prius teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſet per poſterius, quo ſublato fieri non poterat vt alio quàm fideicommiſſi iure hereditas ad eos qui priore teſtamento ſcripti erant, perueniret. Idque ex eo apparet quòd ſi proponeres militem poſteriore teſtamento heredem ex certa re ſcripſiſſe, proculdubio non haberet heres ex teſtamento niſi rem illam, reliquum verò totum patrimonium ad heredem priore teſtamento ſcriptum pertineret, quia priuilegium militis inter cætera illud eſt vt poſſit decedere cum pluribus teſtamentis. Sed etſi poneres eundem militem poſteriore ſecundi teſtamenti parte iuſſiſſe vt prius teſtamentum valeret nullius fideicommiſſi verbis additis, non eſſet dubitandum quin hoc ipſo videretur receſſiſſe ab inſtitutione quam poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, ſolúmque heredem illum haberet ex teſtamento & iure directo quem priore teſtamento inſtituiſſet, quaſi tertio facto teſtamento, per quod eſſet ſecundum reuocatum, quia voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l. 1. l. quærebatur 19. l. eius militis 34. in fin. teſtam. milit.*
Ergo quod in *d. l. ſi quis priore* (quæ de pagani teſtamento loquitur) heredes
7 † priore teſtamento ſcripti nullum ius habent in hereditate niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere propter inſerta fideicommiſſi verba licèt teſtator voluerit prius teſtamentum valere non ex eo proficiſcitur, quòd fideicommiſſi verbis voluntatem ſuam teſtator declarauerit, ſed quia nullius momenti ea voluntas eſt per quam prohibeatur qui ex certa re ſcriptus eſt ne in ſolidum heres ſit, quoniam eſt contra leges, ſolúmque fideicommiſſi remedium ſupereſt teſtatori qui ſecundo teſtamento heredem ex certa re ſcribit eum, quem tamen in tota hereditate ſucceſſorem habere nolit. Qua de cauſa, aut vt melius dicam, quo exemplo admitterem non illibenter in pro-
8 poſita † ſpecie, id eſt, herede ex certa re ſic inſtituto vt tamen prohibitus ſit fauore legitimi heredis ſuccedere in reliqua hereditate, ius eſſe legitimo heredi petendæ ex fideicommiſſo hereditatis aduerſus heredem ſcriptum, ſi cum interpretibus & pragmaticis poſſem mihi perſuadere, ad inducendum fideicommiſſum nulla fideicommiſſi verba neceſſaria eſſe, nudámque ſufficere coniecturam voluntatis, quod tamen falſum eſſe docuimus *lib. 14. Coniect. cap. 2.* & apparet euidenter ex *d. l. ſi quis priore*, in qua non ſufficeret proculdubio ad cauſſam inducendi fideicommiſſi, quòd teſtator poſterioribus tabulis priores valere iuſſiſſet, ſi verba fideicommiſſi nulla inſeruiſſet, niſi fortè quis putet plus iuris habere debere legitimum heredem quàm eum qui priore teſtamento ſcriptus fuit. Ad id ſanè dici non poteſt, non ſolùm quòd maior ſit fauor teſtamentariæ quàm legitimæ ſucceſſionis, ſed etiam quia tametſi ſolam teſtatoris voluntatem inſpicias, longè probabilius dubitari poteſt an qui herede prioribus tabulis ſcripto ex aſſe, alium heredem poſterioribus ſcribit, ex re certa, videatur in totum receſſiſſe à priore teſtamento, quàm vtrum is qui non niſi ex fundo inſtituit heredem, velit inteſtatus decedere in reliqua hereditate. Nam ſi de teſtatoris voluntate quantum fieri poteſt, coniiciendum eſt ex legum iuriſque ratione, fieri facilè poſſe vt quis decedat cum duobus heredibus teſtamentariis, at vt quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, fieri nullomodo queat. Eáque nimirum dubitandi † 9
cauſſa erat in *d. l. ſi quis priore*, quòd ſicut inſtitutus ex re certa non heredis ſed legatarij loco habetur, quoties alius heres eodem teſtamento ſcriptus eſt *lege quoties 13. Cod. de hered. inſtitut.* Ita dicendum videretur, alio ſcripto herede prioribus tabulis, eum qui poſterioribus ex re certa ſcriptus eſſet, non niſi rem illam habere ex teſtamento debere. Sed decidendi † ratio fuit, quia non 10
quemadmodum poteſt quis decedere cum pluribus teſtamentariis heredibus, ita & cum pluribus teſtamentis, nec rurſus cum vno teſtamento: ita, vt qui ex certa re ſcriptus fuit in reliqua hereditate ſuccedere prohibeatur, quamuis iubere poſſit vt vel reliquam hereditatem, vel etiam totam ex fideicommiſſo reſtituat heredibus priore teſtamento inſtitutis, ſicut & alij cuilibet, ſi modò idonea in eam rem fideicommiſſi verba vſurpata ſint, neque ſanè vt hoc addam, facilè poſſum intelligere quid ſibi velint poſtrema illa verba *dict. l. ſi quis priore*, *Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamento fuerit ſcriptum*, veteórque † quod iam monui *lib. 5. Coniect. c. 19.* 11
ne non tam Marciani ſint quàm Triboniani, cui nihil familiarius eſt huiuſmodi exceptionibus, cum etiam cùm nullus talium exceptionum caſus aut vſus vtilis eſſe poteſt, vt à nobis non vno Coniecturarum noſtrarum loco demonſtratum eſt. Nam in ea ſpecie quam tractamus, id eſt cùm teſtator qui ſecundo teſtamento heredem ſcripſit ex re certa, iuſſit verbis fideicommiſſi vt prius teſtamentum valeret, fierine poteſt vt non totam hereditatem prioribus tabulis inſtituto heredi velit reſtitui, quin pugnantia & ſcribat & ſentiat? Quòd ſi vt *Bartoli* errorem tueare, malis ſic intelligere, vt poſſit teſtator prohibere, ne heres ſecundo teſtamento ſcriptus in re certa, ſit heres ex aſſe, non magis credam tibi aut Triboniano quàm *Bartolo* cùm liqueat mihi de contraria certiſſimáque iuris ratione. Nec magis probo interpretationem † *Accurſij* exiſtimantis eius clauſulæ 12
hunc eſſe ſenſum, vt ſi à generali confirmatione prioris teſtamenti excepta ſit res aliqua in eo teſtamento contenta præualeat exceptio, aut vt ſi quid ſecundo teſtamento ademptum ſit quod relictum fuerat in primo, deinde primum generaliter confirmatum fuerit, præualeat ademptio. Nihil enim commune habet is ſenſus cum præcedentibus, quibus tamen conſtat adaptandam eſſe exceptionem vt ſit accommodata.
Mouetur † *Bartolus ex lege ſi Titius 16. D. de condic.* 13
inſtit. vbi ſcriptum eſt ita concepta inſtitutione *Si Titius heres erit Seius heres eſto, ſi Seius heres erit, Titius heres eſto* inutilem eſſe inſtitutionem cùm conditio non poſſit exiſtere propter repugnantiam, quaſi eadem repugnantia ſit, inquit Bartolus, cùm teſtator herede inſtituto Titio prohibet expreſſim ne quicquam ei ex reliqua hereditate adcreſcat. Sed ſunt iſta longè diſſimilia. Nam in ſpecie *d. l. ſi Titius*, nihil eſt quod meliùs poſſit lex dicere vt inſtitutionem tueatur, cùm perplexitas ſit in perſona heredis nec quicquam legis interſit an Titius heres ſit an Seius. Vter enim heres eſſe debeat, dici non poteſt, cùm alterutrum duntaxat heredem eſſe teſtator voluerit: eam verò conditionem ad-

ſcripſerit

ſcripſerit quæ exiſtere non poſſit quin priùs alter heres ſit, quem tamen heredem eſſe teſtator noluit. Itaque non habet hic locum quod dici ſolet, ſub impoſſibili conditione factam inſtitutionem non vitiari *l. 1. cod. tit.* Tunc enim id obtinet cùm heredis perſona certa eſt, quæ tamen hic incerta eſt ob ipſam adſcriptę conditionis impoſſibilitatem, vt & in *d. l. quoties in princip.* ob repugnantem teſtatoris cum ſcripto voluntatem, vitiatur inſtitutio, licèt ea repugnantia in cæteris teſtamenti capitibus nihil obſtet quominus teſtatoris voluntas ſeruanda ſit. At cùm quis heredem ſcripſit ex re certa prohibito expreſſim iure adcreſcendi, habet lex aliquid melius quod dicat, quàm vt inſtitutionem vitiari patitur: nimirum vt ipſa prohibitio tanquam legibus planè contraria potiùs vitietur. Nam etſi lex pateretur vitiari inſtitutionem propter prohibitionis poteſtatem, eadem nihilominùs maneret repugnantia non modò iuris & voluntatis, ſed quæ longè fortior & abſurdior eſt, ſolius ipſius voluntatis. Ita enim fieret, vt non ſolùm reliqua, ſed etiam tota hereditas ad legitimum ſucceſſorem perueniret, & conſequenter ille quoque fundus, in quo tamen heredem teſtamentarium habere teſtator voluit. Ideóque nihil cauſſæ eſt cur dicamus vitiari inſtitutionem propter contradictionem & repugnantiam, quæ eadem maneret etiam ab inteſtato. Quod non ſimiliter euenit in ſpecie *d. l. ſi Titius*, in qua poſt vitiatam inſtitutionem ex cauſſa repugnantiæ nihil impedit, quominus ab inteſtato ſuccedatur. At tolle prohibitionem illam iuris adcreſcendi vt conſerues inſtitutionem. Nulla repugnantia ſupereſt, & leges quæ teſtamenta confirmant, locum habent. Igitur prohibitio potiùs quàm inſtitutio vitianda eſt, cùm alterutram duntaxat vitiari oporteat. Nam ſi vtramque vitiari diceres ne quid fieret contra voluntatem teſtatoris, hoc ipſo induceres ſucceſſionem inteſtati, quod tamen iam dicimus
14 ſalua voluntate fieri non poſſe. Mouetur † etiam *Bartolus* ex *dicto §. ſi duo, leg. quoties 9. Digeſt. de hered. inſtit.* in poſtremis illis verbis *Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur.* Quorum hanc eſſe putant ſententiam, vt ſi duo ſint heredes inſtituti vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alius ex beſſe eiuſdem fundi, non poſſint illi heredes eſſe ex ſemiſſibus ſi euidenter appareat voluntatem teſtatoris illam fuiſſe vt in ſolo fundo Corneliano heredes eſſent, reliqua autem hereditas ad inteſtati ſucceſſionem deuolueretur. Quæ interpretatio ſanè commentitia eſt & ab Vlpiani ſenſu aliene. Nam cùm ex Sabini & Celſi ſententia Vlpianus ſcripſiſſet, in propoſita ſpecie ſcriptos heredes ex ſemiſſibus ſcriptos videri quaſi ſine partibus inſtitutos, ſubiecit exceptionem illam, ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragetur, id eſt niſi appareat teſtatoris voluntatem illam fuiſſe vt ex iis ipſis partibus heredes eſſent, ex quibus in fundo Corneliano ſcripti fuiſſent, vnus ſcilicet ex beſſe, alius ex triente. Neque verò *Bartolus* ipſe hoc ignorauit quod fuit apertiſſimum, ſed erroris ſui pertinaciùs tuendi gratia improbat hanc interpretationem, ratione ſanè quàm eleganti & efficaci, ſi diis placet. Quoniam inquit, in diſtributione partium non eſt neceſſaria manifeſtiſſima voluntas defuncti. Sufficit enim qualitercumque de mente appareat, etiamſi in teſtamento aliter ſcriptum ſit. Quaſi verò inter manifeſtam, & manifeſtiſſimam voluntatem adeò interſit, vt manifeſta eſſe poſſit, quin ſit etiam manifeſtiſſima: aut quaſi non ſit neceſſe manifeſtiſſimam eſſe teſtatoris voluntatem, vt qui inſtitutus eſt ex vna portione videatur heres ſcriptus ex alia, vt in *dicta l. quoties §. 1.* quem locum Bartolus adducit, & quidem ineptè. Ibi enim tractatur de herede ſcripto ex quadrante, quē teſtator ex ſemiſſe ſcribi dictauerat: quo caſu negari certè non poteſt quin manifeſtiſſimis probationibus opus ſit ad eam partem ſciendam quam teſtator dictauit, vt plus nuncupatum minus ſcriptum inueniatur. Alioqui nihil aliud dici poteſt quàm vt ſcripturæ ſtari oporteat. Nos autem cum Vlpiano in *dict. §. ſi duo*, eam ſpeciem tractamus, in qua ex iuris ratione ſola citra vllam probationem voluntatis aliæ partes debentur, quàm quæ teſtamento adſcriptæ ſunt. Nam cùm teſtator Titium ſcripſerit ex beſſe fundi Corneliani, Sempronium verò ex triente eiuſdem fundi, nos vnicuique ſemiſſem damus, acſi ſine partibus ſcripti eſſent: itaque non tam ex patrisfamilias voluntate, quàm ex neceſſaria iuris ratione, quæ facit vt fundi mentionem detrahi oporteat, qua porrò detracta nō poſſunt ſupereſſe partes in eo fūdo factæ, ac proinde nihil aliud ex tota inſtitutione ſupereſt, præter verba illa *Titius heres eſto: Sempronius heres eſto*, quibus verbis eos ex ſemiſſibus inſtitutos videri non dubitatur, Ergo ſi quo caſu fieri poteſt vt Titius ex beſſe, Sempronius verò ex triente heres videri debeat propter teſtatoris voluntatem, minùs neceſſe eſt tam manifeſtam eſſe in eam rem defuncti voluntatis probationem, cùm verbis teſtamenti ea voluntas quantulacumque ſit adiuuetur. Quamquam, vt eloquar quod ſentio, mihi tota illa clauſula valde ſuſpecta eſt. Neque enim video quomodo fieri poſſit vt in propoſita ſpecie *dict. §. ſi duo.* manifeſta poſſit eſſe voluntas teſtatoris ad heredes ex diſparibus portionibus hereditariis vocandos, cùm nullam prorſus hereditatis aut hereditariarum portionum mentionem fecit, ſi neque eius voluntatis quam expreſſit in fundi partibus diſtribuendis, ratio vlla habetur Et ſanè non magis puto audiendum eſſe Titium in propoſito caſu ſi probare velit eam fuiſſe teſtatoris voluntatem vt heres ipſe eſſet ex beſſe, quàm ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto*, cùm diſtributis quoque fundi Corneliani partibus perinde fundi mentio detrahenda ſit, factæque in fundo partes etiam inuito teſtatore, acſi diſtributio illa facta non fuiſſet: imò difficilius eſt vt cùm lex repugnantibus verbis teſtamenti pares fecit portiones hereditarias, quæ ex teſtamenti verbis erant diſpares, admittatur quæſtio voluntatis vt ad eam diſparitatem reducantur, quam lex iam ſuſtulerit. Quare nec ferè dubito quin eiuſdem autoris ſit illa exceptio, cuius & ea de qua diximus, *legis ſi quis priore 29. D. ad*
S.C. Trebellian. id eſt Triboniani, † qui manifeſtiſſimas 15
iſtiuſmodi voluntates aut excipere ſolet aut exigere iis quoque caſibus quibus fieri nequit vt locum habeant. Niſi malis tribuere inepto interpreti, quem Vlpiano manus intuliſſe apparet ex alio eiuſdem legis loco, id eſt ex *§. ſi quis primum*, in cuius fine verba illa interpretationis loco poſita, *id eſt trientem iure ſubſtitutionis, trientem iure inſtitutionis* ſine dubio ſunt interpretis. Nam ſi quis primum ex triente, ſecundum ex triente heredem inſtituerit & ſi ſecundus heres non erit, tertium ex aſſe heredem ſcribat, hic ſecundo repudiante beſſem habebit non ſolùm iure ſubſtitutionis, ſed & inſtitutionis vt Vlpianus ait, ergo vtrunque trientem tam in quo ſecundus quàm in quo nemo fuerat inſtitutus, & vtrumque inſtitutionis iure ſi neutrum ex ſubſtitutione habere velit, & contrà vtrumque ſubſtitutionis iure ſi ex inſtitutione neutrum velit conſequi, quoniam triens ex quo nemo inſtitutus fuerat ei ſoli accreſcit, tanquam ſuſtinenti perſonam inſtituti & ſubſtituti *le. nam tertium 16. cod.* licet ſecundo cui tertius ſubſtitutus fuit non niſi pro virili parte acceſſura fuerit accreſcendi iure quæ tota erat ratio ad eum locum dubitandi, Vtut ſit non iuuat *Bartolum* Vlp. in *d. ſi duo*, nec idem ratio illa quam adducit de ſeruo ſine libertate inſtituto, qui licet præſumatur inſtitutus cum libertate, ſi ſimpliciter inſtitutus ſit, ſi tamen teſtator expreſſerit nolle ſecum eſſe liberum, neque liber neque heres eſt *l. quia ratio 22. D. de condic. inſtitut. dict. l. quoties. §. vltim.* Nam ſicuti ratio iuris non patitur vt ſeruus heres ſit quandiu ſeruus manet, ita neque facit vt liber fiat inuito domino, cúmque libertatem præcedere neceſſe ſit, ordine ſaltem intellectus, vt aiunt, ſi non naturæ *dict. l. quoties § ſi quis ita ſcripſerit,*

mirum non eſt corruere inſtitutionem ſerui cui libertatem dare teſtator noluerit. At cùm quis heres inſtituitur ex fundo, nihil eſt quod inſtitutioni noceat præter adiectionem fundi, quia ex ſolo fundo heres fieri nullomodo poteſt: ſublato igitur mendo relinquitur vt inſtitutio ſit vniuerſalis, & conſequenter vt inuito etiam teſtatore is qui ex re certa ſcriptus fuerat, totam obtineat hereditatem. Etſi enim inuito teſtatori heredem dare non poſſumus quod eueniret ſi ſeruum heredem ſcriptum cui libertatem dare voluiſſet, pro herede haberemus, tamen ei quem heredem habere & voluit & potuit, poſſumus ipſo etiam inuito dare totam hereditatem, quamuis nihil niſi fundum ei dederit, ne ſi nihil omnino ei demus, faciamus contra voluntatem ſi verò nihil præter fundum legibus vim inferamus. Quæ tamen nulla infertur aut legibus aut voluntati teſtatoris, cùm ſeruus heres eſſe negatur, cui libertatem datam videri teſtator noluit. Nam nec dici poteſt voluiſſe heredem eſſe eum quem ſciuit aut ſcire debuit heredem ſine libertate fieri nulla poſſe ratione. Moue-
16 tur poſtremo Bartol. ex *l.pen. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. & ex l. ſi poſthumus 14. verſ. nam & cum duobus De liber. & poſthum.* vbi, inquit ille, teſtator dando ſubſtitutum in parte videtur prohibere ius adcreſcendi, & rupta illa inſtitutione rumpitur teſtamentum in totum. Sed nimis euidenter captioſa & inepta argumentatio eſt. Nam in ſpecie quæ iis locis tractatur, teſtamentum totum agnatione poſthumi rumpitur, non propter tacitam illam prohibitionem iuris adcreſcendi quam *Bartolus* infert ex datione ſubſtituti, ſed propter poſthumi præteritionem: Poſthumi enim ſingulare ius eſt vt totum teſtamentum rumpat, nec eum tantùm gradum à quo præteritus eſt, ſed etiam ceteros à quibus fuit exheredatus, ſi modò rumpendi tempus & locum inueniat, quod in filio iam nato diuerſum eſt *l. 5. D. de iniuſt. rupt.* Itaque finge nullum fuiſſe datum ſubſtitutum ne poſſis comminiſci prohibitum inter inſtitutos ius adcreſcendi, ſed tamen ab altero duntaxat inſtitutorum exheredatum poſthumum, ab altero præteritum fuiſſe. Æquè dicendum erit totum teſtamentum rumpi agnatione poſthumi. Non ob id ſolùm quod vtriuſque inſtituti ratione videatur præteritus, quia exheredatio à gradu facienda eſt, non à perſona, ſed etiam quòd fieri nequeat vt poſthumus teſtamentum vlla ex parte rumpat, quin ſuccedat ab inteſtato, nec rurſus vt ab inteſtato ſuccedat quin totam hereditatem obtineat. Alioqui partim ex teſtamento, partim ab inteſtato ſuccederetur. Quod ne accidat cùm inteſtati ſucceſſio denegari non poſſit poſthumo, qui ſuo iure & rumpit & ſuccedit, conſequens eſt vt ex teſtamento ſuccedere inſtitutus prohibeatur. At contrà in eo caſu de quo diſputamus neceſſe eſt teſtamentum valere, ac proinde totam hereditatem ad eum qui ex re certa ſcriptus eſt pertinere, vel ob hoc ipſum ne contra teſtatoris voluntatem fiat locus legitimæ ſucceſſioni, per quam ea quoque res ex qua inſtitutio facta eſt, heredi ſcripto eripiatur: Aut ne paterfamilias pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus videri poſſit ſi inſtitutio ex fundo defendatur, nec prohibitio iuris adcreſcendi reiiciatur quæ agnato proximo locum facit. Quod ſi Bartoli ſententia ex ſuperioribus manifeſtè falſa probatur, non minùs, meo iudicio, riden-
17 da eſt *Baldi* diſtinctio, † admittentis poſſe ius adcreſcendi prohiberi extraneo heredi qui in certa duntaxat re fuit inſtitutus, filio autem prohiberi non poſſe *Ex §. ceterùm alias. §. hæc autem Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognoſc.* Nihil enim aliud eo loco Iuſtinianus conſtituit, niſi vt quamuis iuſſerit pater filium heredem nominatum certis rebus pro ſua inſtitutione & legitima eſſe contentum, nihilominus poſſit agere ad ſupplementum. Itaque quod ad eam bonorum portionem attinet quæ excedit debitam pro ſupplemento quantitatem, par & æquale ius eſt filij ac extranei heredis, nos autem de eo diſputamus non an certa pars bonorum, ſed an tota hereditas inuito teſtatore adcreſcat ei qui non niſi ex re certa ſcriptus fuit. Idque iam olim à *Paulo Caſtrenſi* & aliis contra *Baldum* rectè veréque diſputatum eſt.

ERROR VIII.

De heredum inſtitutione quam particularem vocant, de ea quæ fit partibus diſtributis.

SVMMARIA.

1 *Particularem inſtitutionem perperam vocari ab interpp. & pragmaticis quæ fit ex re certa: ſicut & heredem particularem qui ex re certa ſcriptus eſt.*

2 *Singularis heres dicendus eſt qui ab interpretibus particularis appellatur.*

3 *Pragmaticos non rectè intelligere quæ inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis.*

4 *Lex facto 39. D. de heredib. inſtit. à Triboniano interpolatam & deprauatam eſſe.*

PArticularem † inſtitutionem vulgares in- 1
terpretes & pragmatici eam vocant quæ fit ex certa re, ſicut & heredem particularem eum qui ex re certa ſcriptus fuit. Verumque male. Tam enim differt particularis heres ab herede ex certa re inſtituto, quàm pars hereditatis à fundo: & ſicut nemo rectè dixerit partem hereditatis conſtitui ex fundo licèt hereditario, quia fundus conſiſtit in corpore, hereditas autem in iure, nec fieri poteſt vt partes hereditatis eiuſdem naturæ & conditionis non ſint, cuius & ipſa hereditas eſt. Ita & fatendum eſt heredem particularem dici non poſſe eum qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed eum demum qui ex parte hereditatis: quem prudentes ei opponere ſolent cui aliquid ex hereditate inſtitutionis titulo relictum eſt, vt
& *l. quoties 13. C. de hered. inſtitut.* Ergo ſingularis † he- 2
res potiùs dici debet qui ex re ſingulari ſcriptus fuit, vt vel ex eo appareat nullo modo eſſe eum heredem: quandoquidem heres eſſe non poteſt qui non idem ſit iuris ſucceſſor *l. quoties 9. §. heredes. D. eod.* Iuris autem ſucceſſor eſſe nequit qui non niſi in re ſingulari ſuccedit.
Æque ſtolidus & ineptus pragmaticorum † noſtrorum 3
error ille eſt, quod heredes partibus diſtributis factos dicunt quoties teſtator Titium ex fundo Corneliano, Sempronium ex Liboniano heredes ſcribit. Cùm tamen diſtributio patrimonij per præceptiones dicenda illa ſit, non diſtributio hereditatis, quæ ſicut nomen iuris eſt ita ex aſſis conſtitutione æſtimatur, nec alias partes habere poteſt, quàm quæ ſunt partes aſſis, vnciam, ſextantem, quadrantem, trientem, quincuncem, ſemiſſem, ſeptuncem, beſſem, dodrantem, decuncem, deuncem. Si nulla ex his partibus teſtamento expreſſa ſit, dicuntur heredes ſcripti ſine partibus, licèt totum patrimonium inter eos diuiſum fuerit à teſtatore, idcóque vocantur in ſemiſſes, tenentúrque creditoribus hereditariis in viriles, quamuis multò precioſior ſit ea pars patrimonij quæ ad vnum ex iis, per præceptionem quàm quæ ad alterum peruenit. *l. ex facto 35. l. aſſe toto 77. & paſſ. D. hered. inſtit.* iuncta *lege quamuis 14. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Idque adeò verum eſt, vt ij etiam ſine partibus ſcripti dicantur qui ſcripti ſunt ex beſſe, aut triente, aut alia quota fundi Corneliani *d. l. quoties. §. ſi duo eod.* Qui autem ſine partibus ſcripti ſunt, fieri nullomodo poteſt vt diſtributis partibus inſtituti dici poſſint, non magis quàm vt diſtribuantur partes quæ
nullæ ſunt. Illud tamen obſeruari volo, quod attinet † 4
ad *dict. l. ex facto.* cuius perelegans de hoc inſtitutionis genere nec obſcurus tractatus eſt. Triboniani eſſe videri totam illam poſtremam clauſulam. *Igitur efficere dici, &c.* ad finem vſque legis. Iam enim Vlpianus ad propo-

lit am

ſitam quæſtionem de pecunia tranſportata in prouinciam ad comparandas merces quæ in Italiam aduherentur reſponderat, Italico patrimonio iungendam eam eſſe propter patrisfamilias deſtinationem. Tribonianus verò quaſi nihil Vlpianus reſpódiſſet inſulsè clauſulam illam ſubiecit, inſulſa quoque & mala grammatica conceptam, ſiue prima illa verba inſpicias *Igitur efficere dici* pro eo quod ſcribere debuerat, *vnde fit vt dicendum ſit,* ſiue quæ ſequuntur *vt merces quoque iſta ad heredem eum pertinere.* Scribendum enim erat *pertineant* aut coniunctis tribus infinitiuis accuſatiuum pro nominatiuo ponere, ſublato articulo *vt* hoc modo *efficere dici merces quoque iſtas pertinere.* Taceo quòd verba illa *ſiue ſciuit, ſiue ignorauit* nullum niſi ineptum ſenſum admittunt. Nam cùm referantur ad teſtatorem qui pecuniam dederat ad comparandas in prouincia merces poſtmodum in Italiam aduehendas, non poteſt fieri vt ignorauerit in quam cauſſam deſtinata ſit pecunia qui ipſe deſtinauit. Quod ſi vt probabilius eſt ſcientiam intelligas aut ignorantiam non an pecunia in eas merces comparandas deſtinata fuerit néc ne, ſed an merces iam aduectæ ſint in Italiam aut non, ſuperflua diſtinctio eſt, cùm iam dictum eſſet nihil intereſſe, an viuo teſtatore ſint aduectæ, aut, vt Tribonianus loquitur, prouectæ, an eo iam mortuo. Nam ſi non eo minùs habendæ ſunt pro Italicis, quòd mortuo iam teſtatore in Italiam aduectæ ſint, quantò minùs oberit quod eas in Italiam aduectas eſſe viuus teſtator ignorauerit? Quod enim mors facere non poteſt, ignorantia multò minùs poteſt. Sed hoc obiter & extra rem dictum ſit. Simile quiddam à Triboniano factitatum eſſe in §. *quis, cum eſſet l. cum poſt mortem* 43. *D. de adminiſtr. & peric. tutor. & curat.* nos docuimus *lib. 6. Coniec. cap.* 18.

ERROR IX.

De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.

SVMMARIA.

1 *Legitima portio eſt quota bonorum, non hereditatis.*
2 *Hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat.*
3 *Malè agit qui pro legitima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis.*
4 *Error pragmaticorum putantium eum audiendum qui pro legitima petat trientem hereditatis, oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.*
5 *Vnde d. error manarat: & n. 7.*
6 *Ex comparatione legitimæ ſucceſſionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ.*
8 *Qua ratione prætextu æris alieni nondum bene explorati legitima ſoluenda mora non fiat.*

ERror hic pragmaticorum noſtrorum magis eſt quàm interpretum. Nam interpretes qui ſciunt legitimæ portionis rationem poni non poſſe niſi deducto priùs ære alieno *leg. Papinianus* 8. §. *quarta autem.* & §. *quoniam autem quar-*
1 *ta. de inoff. teſtament.* non dubitant quin legitima † illa portio quota ſit bonorum non hereditatis. Hereditas
2 † enim, vt ſæpius diximus in ſuperioribus, nomen iuris eſt habens commoda & incommoda æriſque tam alieni quàm hereditarij rationem. Bonorum autem appellatio non item, niſi in edicto & tractatu. *De bonorum poſſeſſionibus*, quia totum ius illud ad exemplum iuris quod heredibus & hereditatibus obtinebat, inductum à prætore & comparatum fuit *l. 1. D. de bonor. poſſeſſ.* Ita fit vt non poſſit non malè agere † qui pro legi- 3
tima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis. Nam ſicut hereditatem totam nemo petere poteſt niſi qui ſe ſolum & ex aſſe heredem dicat ac probet, ita neque partem hereditatis niſi qui ex parte ſit heres. Quiſquis autem ex parte heres eſt, eum neceſſe eſt pro ea parte creditoribus omnibus hereditariis reſpondere, diuiſa ſcilicet ipſo iure & per legem duodecim tabularum inter omnes coheredes totius æris alieni obligatione *l. 1. C. ſi cert. petat.* Ex pragmaticis † tamen plerique ſunt qui 4
licèt in ore ſemper habeant legitimam eſſe quotam bonorum non hereditatis, putant nihilominus audiendum eum qui pro legitima petat tertiam partem hereditatis, ſi modò pro ea parte paratus ſit repromittere de indemnitate ob æs alienum, ſi quod ſit in hereditate, itémque ob funeris impenſam, per quam, ſicut & per æs alienum legitimam minui conſtat. *dict. §. quarta autem.* Huic autem errori † cauſſam duo præbuerunt. 5
Vnum illud quod legitima dicitur portio portionis ab inteſtato contingentis, *leg. cum quæritur 6. l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoffic. teſtam.* Ab inteſtato autem habiturus eſſet hereditatem filius. Cui argumento facilis reſponſio eſt ex comparatione † quidem legitimæ ſuc- 6
ceſſionis hereditariæ rationem legitimæ poni debere, ſed hac tamen differentia quod omne æs alienum ante legitimæ computationem dicendum eſt, quod tamen ex hereditate ipſa deduci neque debet, neque poteſt. Itaque ad conſtituendam legitimæ portionis quantitatem, inſpicimus quidem quantum ab inteſtato habiturus eſſet legitimarius ſi teſtamentum nullum factum fuiſſet, indéque quotam elicimus vt ſi triens, vel ſemis, vel pars aliqua trientis, aut ſemiſſis, at bonorum, non hereditatis, vt ante omnia æs alienum deducatur: alte-
rum † eſt quod ex æquitate magis quàm ex iure proficiſcitur. 7
Aiunt enim nihil fore facilius quàm vt legitimæ portionis petitioni mora fiat, ſi ita ius conſtituatur, vt non priùs teneatur heres ad eius ſolutionem, quàm totius æris alieni ratio ſubducta ſit. Habet enim plerumque ea diſcuſſio longas moras, præſertim cùm metu ſiue latentis ſiue iam emergentis æris alieni heres ſcriptus delatam ſibi hereditatem non agnoſcit niſi cum beneficio legis & inuentarij. Quis enim æquum putet vt hoc prætextu legitimæ petitio aut ſaltem perceptio differatur? Aut quid intereſt heredis an legitimario det tertiam partem bonorum deducto ære alieno, an tertiam partem hereditatis, cùm vtroque caſu futurum ſit vt totum æris alieni onus ipſe ſubeat, nulla verò ex parte legitimarius? Specioſa ſanè ratio apud malos iſtos æquitatis arbitros, iuris ſcripti prorſus ignaros, ſed quæ iuriſconſultum mouere nullomodo debet. Non enim an heredis aut alterius cuiuſlibet qui conuenitur necne, inquirendum eſt ad dandam vel denegandam actionem de qua agitur, ſed illud tantùm inſpiciendum an ea actio competat ex iuris ratione. Iam autem probauimus fieri nullo modo poſſe vt partem vllam hereditatis petere poſſit is qui nulla ex parte heres eſt: Adeò vt nec aliud dicendum ſit tametſi conſentiat ille qui conuenitur. Non enim ex rei voluntate, ſed ex iure æſtimandum eſt an actio illa competat néc ne quæ ab actore exercetur. An igitur feremus vt prætextu æris alieni nondum benè explorati legitimæ ſoluendæ mora fiat? Minimè. Interim. † n. quandiu dubitatur quid & 8
quantum ſit in legitima, poteſt & debet bonus iudex pro eo quod probabilius ſuſpicatur certam quantitatem decernere quæ lite pendente & in ſingulos annos ſoluatur filio, imputanda poſteà in eos fructus quos pro legitima deberi conſtabit ſi ſufficere poterunt, ſin non ſufficient, in ipſius quoque legitimæ diminutionem, idque temperamentum Senatus noſter paſſim ſequi ſolet. Sed & putarem non iniquè decerni poſſe,

ſi per heredis tergiuerſationem fieret ne tam citò expedita legitimæ taxatio poſſet, hactenus coercendam eius contumaciam, vt in fiduciæ ſpeciem, &, vt loquuntur, per modum prouiſionis condemnaretur ad eam bonorum partem præſtandam quam deberet ſi nullo ære alieno hereditas laboraret, præſtita ſaltem ſatisdatione non de æris alieni ſi quod erit rata portione arbitrio boni viri exſoluenda vt pragmatici exiſtimant, ſed de reſtituendo ſi quid amplius quàm ex legibus dari debuerit acceptum eſſe quandoque apparebit. Exemplo remedij quod in legatis à prætore inductum eſt nec prætextu legis falcidiæ & incerto eo an locum habitura eſſet nécne, aut legatariis mora fieret aut heredi iniuria *l.* 1. *& tot. tit. ſi cui plus quam per leg. falcid.* Sic. n. euenit vt legitima portio, non aliqua hereditatis pars præſtetur, nec eò minùs tamen iuris rationi in eo ſatisfiat quod in computanda & æſtimanda legitima æris alieni deductio perinde facienda eſt ſolutione ſola repræſentata in pœnam & odium heredis, moræ occaſionem vltrò inde captantis. Moram enim & quidem euidentem nulláque dignam excuſatione omnino præcedere neceſſe eſt, vt ad hoc remedium perueniri poſſit. Alioqui ſi inculpata ſit heredis cunctatio prius illud temperamentum quod à Senatu noſtro probatum diximus, ſequendum eſt. Numquam verò ferendum vt is cui legitima duntaxat debetur, quique nulla ex parte heres eſt admittatur ad petendam pro legitima partem hereditatis, tametſi peridoneam offerat ſatiſdationem.

ERROR X.

De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Apud interpp. & pragmaticos heres ex certa rei inſtitutus adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto non differt ab eo qui ex aliqua aſſis parte inſtitutus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.*

2 *Huiuſmodi heredes inter ſe differre, contra pragmaticos: & ſeqq.*

3 *Heres ex re certa ſcriptus dato coherede nullo caſu heredis loco eſt.*

4 *Qui ex aliqua aſſis parte heres inſtitutus eſt, licet certis rebus pro inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt, licèt datus ſit ei coheres.*

5 *Filius qui nonniſi ex certa re ſcriptus eſt dato coherede, non poteſt videri heres eſſe.*

6 *Si heres aut ex aſſe, aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem certa aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actiones in fideicommiſſarium ex S.C. Trebell.*

7 *Si quis ex certa re heres ſcriptus, eam rem alteri reſtituere rogatus ſit, non erit locus Trebelliano: nec poterit retinere quartam: ſecus eſt in herede ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit.*

8 *Qui Titium ex Corneliano, & Sempronium ex Liboniano fundo, quos ſolos habet, inſtituit, intelligitur heredes ſcripſiſſe ex ſemiſſibus, licet fundus Cornelianus efficiat dodrantem hereditatis.*

9 *Qui ex certa parte inſtitutus eſt, & iuſſus certa re contentus eſſe, adiecto coherede, non tenetur creditoribus hereditariis, ſed coheres.*

1 *Ex quo iure hoc profluxerit.*

11 *Error eorum qui putant ex nou. 115. valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut matre inſtitutus eſt in certa re vel quantitate pro legitima.*

NVllam aut interpretes † aut pragmatici differentiam agnoſcunt inter heredem ex certa re inſtitutú adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto, & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte inſtitutus & certis reb. pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. Vtrumque. n. volunt heredis loco haberi in quibuſdam, in cæteris verò legatarij iure cenſeri, atque ita tertiam conſtituere ſpeciem heredis, qui nec abſolutè heres nec legatarius dici debeat, ſed heres ex re certa, vt *Bart.* vocat, aut vt pragmatici dicunt, heres particularis. Et ſanè vtrumque legatarij loco haberi ſcribit Iuſtinian. in *l. quoties* 13. *C. de hered. inſtit.* Ego † verò, etſi fateor nihil intereſſe quod ad ſubeunda onera hereditaria pertinet, cùm alius ex aſſe aut ex aſſis parte heres ſcriptus fuit, quæ legis Iuſtinianeæ ſententia eſt in *dicta lege quoties.* Puto tamen hactenus intereſſe, quod heres † ex re certa ſcriptus dato eo herede nullo caſu heredis loco eſt. 1. nec ſi coheres ille datus deceſſerit ante aditam hereditatem, aut delatam repudiauerit, quia iam inde ab initio, & ex quo inſtanti coheres ei adſcriptus fuit legatarij loco haberi cœpit, nec proinde ius adcreſcendi habere magis poteſt quàm alius legatarius quilibet, propter eas rationes quas attulimus ſuprà *cap.* 5. Legatarium autem conſtat ius adcreſcendi in hereditate habere nullomodo poſſe, nec ſi teſtator velit, quia ius adcreſcendi non tã ex teſtatoris volũtate eſt, quàm ex lege, imputarique poteſt teſtatori ſi legatario totã hereditatẽ acquiri voluit herede repudiante aut ante aditam decedente, cur legatarium heredi vulgariter nõ ſubſtituerit. Idque meo iudicio innuit Papin. in *l. cohered.* 41. *§. vlt. De vulg. & pupill. ſubſtit.* cùm ait eum qui certæ rei heres inſtituitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinere. Non dixit, *coherede nullo exiſtente*, ſed *coherede non dato*, vt intelligamus ſufficere quod datus ſit coheres ex parte, aut ſine parte, ne is qui ex certa re ſcriptus fuit, heredis iure cenſeri poſſit. At qui ex aliqua † aſſis parte heres inſtitutus eſt, licèt eodem teſtamento eadémque, ſi voles, clauſula certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt licèt datus ei ſit coheres, quandiu ſcilicet coheres ille non adiit, nec priùs legatarij loco haberi incipit, quàm coheres adierit, ideóque ſi coheres ille repudiet aut ante aditam hereditatem decedat, habebit hic proculdubio ius adcreſcendi, eritque ex toto aſſe heres non ſecus acſi certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus non fuiſſet. Secuta verò coheredis aditione, licèt legatarij loco haberi incipiat, hactenus vt neque creditoribus, neque legatariis vlla ex parte teneatur, non magis quàm ſi nullomodo heres eſſet, *d. l. quoties.* Adeò tamen heres manet, vt ſi talis perſona ſit quam inſtitui neceſſe fuerit aut exheredari, non idcirco præteritus videri poſſit quod non ſit exheredatus, ſed pro ritè & ſolenniter inſtituto habeatur. *§. hac autem alias. §. caterum. Nouell.* 115. *Vt cum de appel. cognoſc.* vbi Iuſtinianus conſtituit vt ad validitatem teſtamenti ſufficiat quod filius à patre vel à matre heres ſcriptus ſit, licet ex certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, cùm tamen ea conſtitutione id vnum ſe agere Iuſtinianus profiteatur, ne filius prætereatur aut ſine cauſſa exheredetur. Alioqui Iuſtinianum in ea conſtitutione non ſatis ſibi conſtitiſſe fatendum erit ſecundum ea quæ docuimus *Decade. ſuper in errorem* 6. ſi non hac donetur interpretatione Id verò longè diuerſum eſſet, ſi † filius ab initio non niſi ex certa re ſcriptus proponeretur, dato coherede Non enim poſſet videri heres eſſe qui in nulla hereditatis parte ſcriptus eſſet, aut partem vllam hereditatis habere, qui vnam duntaxat haberet rem quamuis hereditariam, quia in re vna non poteſt conſiſtere hereditas, aut pars hereditatis quæ iuris eſt. *lege quamuis* 14.

D. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Dices neque partem
vllam hereditatis habere eum qui certis rebus pro ſua
inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt : Sed reſpondeo,
imò verò eam ipſam partem hereditatis habere intelligi
ex qua fuit inſtitutus, ſed tamen tanti æſtimatam à te-
ſtatore, cuius voluntati omnimodo ſtandum eſt, quanti
6 ſunt res illæ quibus contentus eſſe iuſſus fuit. Idque ita
eſſe apparet euidentius ex eo quòd ſi heres,† aut ex aſſe,
aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem certa
aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actio-
nes in fideicommiſſarium ex Senatuſconſulto Trebellia-
no § *ſi quis vna. Inſtitut. de fideicommiſſ. hered. lege ſi le-
gatus 30. §. multum intereſt. D. ad S.C. Trebell.* quod vti-
que non fieret ſi heres ſcriptus ſiue ex aſſe ſiue ex parte
ob id minùs heres dici deberet, quòd pro ſua inſtitu-
tione contentus eſſe certa re iuſſus eſſet. Nam vt ex
Trebelliano tranſeant actiones, non ſolùm heredem
eum eſſe neceſſe eſt qui rogatur, ſed etiam rogari tan-
quam heredem *l. mulier 22. §. vltim. D. eod.* vbi ex hoc
infert Vlpianus, Si cui portio hereditatis fuerit legata
(legari enim poſſe placet) rogatúſque fuerit legatarius
hanc partem hereditatis reſtituere, non fieri æſtimatio-
nem ex ſenatuſconſulto, ideóque nec quartam retine-
7 ri. Quo exemplo multò magis dicendum eſt, ſi quis † ex
certa re heres ſcriptus, in qua etiam dodrans totius he-
reditatis cõſiſtat, eã rẽ alteri reſtituere rogatus ſit, nõ fo-
re locũ Trebelliano, cui non aliter locus eſt, quàm ſi de
hereditate, & hereditariis actionibus trãsferendis agitur
ſicuti nec locus eſt Pegaſiano vt cogi poſſit ad adeundam
hereditatem is qui ex certa re ſcriptus eſt adiecto cohe-
rede, quia nec poteſt videri rogatus niſi de ea ipſa re reſti-
tuenda quæ clauſula non poteſt inducere Pegaſianum
l. cogi 16. §. & generaliter eod. Denique non poteſt eiuſ-
modi heres ex certa re ſcriptus & rogatus de ea reſtitu-
enda, retinere quartam, niſi cùm ſolus ſcriptus eſt vt in
l. ſi quis priore 29. eod. Quæ omnia diuerſa ſunt in here-
de ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus
contentus eſſe iuſſus ſit. Non enim diſtinguimus an co-
heredem habeat néc ne, ſiue de transferendis cum here-
ditate actionibus hereditariis agatur, ſiue de adeundi
coactione, ſiue de quarta deducenda. ſed in omnibus ha-
bemus eũ pro vero herede vt eſt, etiã quod magis eſt poſt
reſtitutam hereditatem (neque enim Senatus fecit aut
facere potuit, vt qui ſemel heres fuiſſet, eſſe poſteà de-
ſineret) niſi in eo quod creditoribus hereditariis & le-
gatariis reſpondere non cogitur, ſicut nec ipſe aduerſus
debitores hereditarios actionẽ vllam habet poſteaquàm
hereditatem reſtituit. Quid autem intereſt an qui ex
parte hereditatis aut ſine parte ita ſcriptus eſt, iuſſus ſit
contentus eſſe certis rebus vt eam hereditatis partem
quam accepit, alteri per fideicommiſſum reſtituat, an vt
potiùs adcreſcendi iure coheredi ſuo adquiri patiatur?
Nihil prorſus. Vtroque igitur caſu heres manet, quia
ſemel fuit, nil obſtante adiectione illa, *ita tamen vt fun-
do Corneliano pro ſua parte contentus ſit.* ea namque ad-
iectio licèt non ſit legibus improbata & effectum habe-
at vt nihil præter fundum Cornelianum ex hereditate
conſequi heres poſſit, non tamen afficit ius & nomen
heredis, id eſt non impedit quominus ſemper verum ſit
hunc ex ſemiſſe aut ex triente heredem eſſe, ſed ſpectat
magis ad diuiſionem patrimonij, vt qui ex ſemiſſe aut
triente ſcriptus eſt, quamuis pro ea parte ſit heres, coga-
tur tamen contentus eſſe ea re quàm teſtator proportio-
8 ne dedit, licèt æſtimationis ſit longè minoris, quemad-
modum contingit cùm is qui nihil in bonis † habebat
præter fundos Cornelianum & Libonianum, inſtituit
Titium ex Corneliano, & Sempronium ex Liboniano.
Non enim eo minùs intelliguntur ſcripti ex ſemiſſibus
quamuis fundus Cornelianus efficiat dodrantem here-
ditatis, Libonianus verò non niſi quadrantem *d. l. ex fa-
cto 3. de hered. inſtit.* differentia tantùm in eo eſt quod
illo caſu tenentur ad exſolutionem æris alieni pro ſe-
miſſibus, quia cùm pariter ſint inſtituti, & eâdem for-
mâ inſtitutionis, nihil aliud dici poteſt quàm vtrumque
ex æquis portionibus teneri, quando non poſſet inue-
niri vter potius ab æris alieni exſolutione immunis eſſe
deberet. At cùm quis † ex certa parte ſic inſtitutus eſt, 9
vt tamen iuſſus ſit certa re contentus eſſe, & cohere; ad-
iectus eſt aut ſine parte, aut ex parte aliqua abſolutè,
non addito eo vt certis rebus contentus ſit, dicimus ſolũ
illum coheredem teneri creditoribus hereditariis, quia
diſſimili & ampliore inſtitutionis forma heres ſcriptus
reperitur. Quod tamen vereor † ne conſtitutioni Iuſti- 10
niani in *d. l. quoties* accepto ferendum ſit magis quàm
iuris rationi. Nullus etenim veteris iuris aut in Pande-
ctis aut in Codice locus eſt quo probari poſſit, ſcripto
Titio ex ſemiſſe, & Sempronio ex alio ſemiſſe cum hac
adiectione vt Sempronius fundo Corneliano contentus
eſſe cogatur, Sempronium nullam æris alieni partem
debere longéque alia, ni fallor, hac parte ratio fuit fi-
deicommiſſarij, alia coheredis. Nam ſi Sempronius ex
ſemiſſe inſtitutus rogatus eſſet partem ſuã reſtituere Mæ-
uio ſolo fundo Corneliano retento, aut quod idem eſt,
præcepto, fateor quod iam dixi ius ita fuiſſe vt actiones
omnes hereditariæ per reſtitutionem hereditatis in Mæ-
uium transferrentur, Sempronius verò nulla prorſus ex
parte aut creditoribus aut legatariis teneretur. *d. l. 30. §.
multum intereſt D. ad S.C. Trebell.* Nimirum propter au-
toritatem ſenatuſconſulti Trebelliani, quo idipſum
expreſſim cautum erat, vt in eos quibus ex teſtamento
reſtituta eſſet hereditas, actiones omnes quæ heredi &
in heredem competebant transferrentur *l. 1. d. eod.* At in-
ter coheredes nulla ſit tranſlatio aut portionum heredi-
tariarum aut iurium, neque ſenatuſconſulti neque alte-
rius vllius legis auxilio : & qui ſemel heres fuit cùm
ſemper heres maneat ex ea portione hereditaria ex qua
primùm ſcriptus heres fuit, licèt nihil ex hereditate præ-
ter aliquam rem vel minimam retineat, neceſſe eſt vt iis
ipſis oneribus hereditariis implicitus maneat, quibus
primùm fuit obſtrictus: Neque enim ius adcreſcendi ex-
onerare eum poteſt, quia nec locum habet in portioni-
bus agnitis *l. vnic. §. his ita diffinitis. C. de caduc. tollend.*
Tam autem agnoſcit ſemiſſem integrum, ex quo ſcri-
ptus eſt Sempronius, qui eam ſolam rem retinet qua
contentus eſſe iuſſus fuit, ac ſi ſemiſſem ipſum totum
retineret: cùm eam non alio iure habeat quàm quia eo
teſtamento heres ſcriptus eſt : Atqui ſcriptus eſt ex ſe-
miſſe. Nihil enim commune habet ius hereditatis aut
portionis hereditariæ cum eo commodo quod ex here-
ditate percipitur & retinetur. Nam & inde fit vt quam-
uis nihil ſit in hereditate, quæ non eſt ſoluendo, nihi-
lominus heres creditoribus hereditariis teneatur ſi
non inuentarij beneficium implorauit. quia perinde he-
res verus eſt atque ſi locupletiſſima hereditate potire-
tur. Inde etiam illud quod ſi Senatuſconſulti Trebel-
liani autoritas non interueniret, dicendum eſſet here-
dem qui fide pleniſſima teſtatori exhibita hereditatem
totam fidecommiſſario reſtituiſſet, omnibus tamen
oneribus hereditariis obſtrictum fore, quia & heres ma-
net, vt diximus, id idque nimirum neceſſarium fuit au-
xilium ſenatuſconſulti, ne deſtituerentur ſupremæ de-
functorum voluntates nolente herede ſcripto eam adi-
re hereditatem ex qua lucrum nullum ſperare, damnum
verò certiſſimum ſubire poſſet. Nihil ergo eſt in propo-
ſita ſpecie, quod Sempronium & ſemiſſe inſtitutum &
certa re contentum eſſe iuſſum poſſit exonerare, quomi-
nus creditoribus hereditariis teneri debeat, præter Iu-
ſtiniani conſtitutionem in *d. l. quoties*, quæ proculdubio
hac in re nouum ius fecit. Illud enim verbum quo Iu-
ſtinianus vtitur *decernimus* præſe fert manifeſtè no-
uum ius ea lege contineri. Ius autem nouum nullũ eſt
quod ad heredes ex certa re ſcriptos. Quis enim pruden-
tũ vnquã dixerat heredẽ ex certa re ſcriptũ adiecto co-
herede teneri creditoribus hereditariis? aut vt Iuſtinani
verbis

verbis vtar, aliquam diminutionem actionum hereditariarum occaſione heredum ex certa re ſcriptorum fieri? Non poteſt igitur ius nouum à Iuſtiniano inductum ad alios pertinere, quàm ad heredes ex aliqua aſſis parte ſcriptos, & iuſſos certis rebus pro ſua inſtitutione eſſe contentos. Quos etſi legatariorum loco haberi nemo vnquam ex prudentibus dixit, ſed eos demum qui ex re certa ſcripti ſunt dato coherede, Iuſtinianus tamen ſuo & pragmaticorum noſtrorum more pinguiùs quam ex iuris ratione par eſſet omnia æſtimans, ſic loquitur in *d. l. quoties*, quaſi nihil interſit an certæ rei quis heres ſit, an certæ partis pro qua certam rem retineri teſtator voluerit. Etſi verò poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem nihil ſanè intereſt, quod ad onus æris alieni, quia ſic placuit Iuſtiniano ipſa etiam inuita iuriſprudentia. intereſt tamen quod ad cætera, maximè autem quod ad hoc, vt qui ex certa re heres ſcriptus eſt coherede dato, neque heres, neque exheres dici poſſit, ideóque præteritus videri debeat ſi filius ſit aut alius qui vel inſtitui debuerit, vel exheredari: Non ſimiliter is qui ex certa aſſis parte ſcriptus eſt, tametſi fundo Corneliano in eius partis vicem contentus eſſe iuſſus ſit. Itaque abutuntur † 1
euidenter Iuſtiniani conſtitutione in *d. §. cæterum Nouell.* 115. qui putant valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut matre inſtitutus ſit in certa re vel quantitate pro legitima. Sic enim faciunt vt Iuſtinianus qui vtiq; meliorem facere voluit conditioné filij vt & omnium quibus legitima debetur, fecerit deteriorem in eo quod hodie habebitur filius pro ritè inſtituto, in eo ipſo caſu, in quo habitus olim fuiſſet pro præterito. Quod quàm à Iuſtiniani mente alienum ſit Iuſtinianus ipſe teſtatur. cùm ait, nihil ſe aliud agere, niſi vt ab eo cui legitima debetur arceat notam præteritionis aut exheredationis. Quare nec de filio ex certa re ſcripto Iuſtinianus loquitur, ſed de filio herede nominato qui pro ſua inſtitutione certam rem ſibi habere iuſſus eſt. Ergo de filio qui ex aliqua hereditarij aſſis parte, non ex certa re fuit inſtitutus.

ANTONII FABRI IC.
Decas Decimaſexta.

ERROR PRIMVS

De ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut ſtricto.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum ſententia de ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut ſtricto, & vnde ab iis colligatur.*
2 *In ineunda rei debitæ æſtimatione differentiā conſtituēdam eſſe inter bonæ fidei, & ſtricti iuris iudicia contra pragmaticos.*
3 *Æſtimationem de qua agitur, ab interp. perperam quanti plurimi appellari.*
4 *Vbi meminerint prudentes æſtimationis quanti plurimi.*
5 *Maximè intereſt inter moram per interpellationem extraiudicialem contrariam, & eam quæ per lapſum diei poſiti in obligatione contrahitur: contra pragmat.*
6 *Hotomani & Cuiacij diſtinctio inter mercem & ſpeciem ratione æſtimationis reiicitur.*
7 *Sētentia eorū qui diſtinguunt an mora aliqua præceſſerit litis conteſtationē nécne, vt ſi præceſſerit nulla ſit differentia inter iudicia bonæ fidei & ſtricta: ſi nō præceſſerit, in illis quidem tēpus rei iudicādæ in his litis conteſtatæ inſpiciatur refertur & refellitur.*
8 *Summa ſententia autoris de quæſtione ab initio propoſita.*

TOtam hanc quæſtionem De ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto vel arbitrario debeatur, tractauimus fuſiſſimè, nec vt nobis videmur inſubtiliter *lib. 16. Coniecturarum iuris ciuilis*. Sed tamen quia vix alia vlla in forenſibus diſputationibus occurrit frequentior, de ea viſū eſt hîc etiam dicere quantum ſatis erit, non ad leges omnes quæ ad hanc rem pertinent explicandas (poterit enim id ex Coniecturis noſtris commodè ſuppleri) ſed ad pragmaticorum & interpretum errores demonſtrandos, ne quis poſthac in eos niſi ſciens & prudens impingat. Primus † omnium error ille eſt quod putant nullam hac parte differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricta: In omnibus enim ſpectandam eſſe æſtimationem quanti plurimi vnquam res fuit ex die moræ in diem vſque condemnationis: ne alioqui eueniat vt debitori ſua proſit fruſtratio, ſi aut moræ nulla ratio habeatur, aut debitor eius æſtimationis quæ hoc aut illo tempore minor fuerit præſtatione liberetur. Mouentur ex eo quod quibuſdam iuris noſtri locis ſcriptum vident ſpectari tempus moræ ſiue per diei adiectionem lapſúmque contracta ſit, vt in *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. vlti. de condict. tritic. l. quoties 39. De verb. obligat. l. hominem 37. D. mandat.* ſiue per interpellationem extraiudicialem, vt in *l. penult. D. de condict. tritic. l. 3. §. ſi per venditorem. D. de act. empt.* Aliquando verò ſpectari tempus litis conteſtatæ, cùm nulla præcedentis moræ mentio ſit, vt in *dict. l. vinum. dict. leg. vltim. d. l. hominem, l. 3. §. in hac. D. commod.* Aliquando denique inſpici tempus rei iudicandæ & condemnationis vt in *dict. §. ſi per venditorem & dict. leg. penult. De condict. tritic.* Quos omnes locos non aliter inuicem conciliari poſſe putant, quàm ſi admittamus omnia iſta tempora æquè ſpectanda eſſe, id eſt vtro tempore pluris res fuit moræ aut litis conteſtatæ aut condemnationis, vel potiùs, quomodo loquuntur, quódque longè diuerſum eſt, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ vſque ad condemnationem. Nam ſi etiam poſt condemnationem quoq; æſtimatio creuerit, quid illi dicendum exiſtimēt ſeparatim poſteà videbimus. Ita vulgò noſtri omnes poſt *Bartol. ad dict. l. vinum. de rebus credit. ad dict. l. penultim. De condict. triti. & ad. l. 3. §. in hac. commod.* Contra quos tam multa ſunt quę vrgent ſi ex iuris ratione & legibus res agatur vt nihil improbabilius dici poſſe videatur. Primum enim negari non poteſt, differentiā † in- 2
ter iudicia bonæ fidei & ſtricta quā illi nullā agnoſcunt, apertiſſimè conſtitui ab Vlpiano in *dict. §. in hac*, vbi ait in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tēpus quāti res ſit obſeruari, quamuis in ſtricti iuris iudiciis litis conteſtatæ tempus ſpectetur. Et ratio diſſimilitudinis euidēs ex iis quæ in ſequētibus

dictiri ſumus, facilè intelligitur. Nam quòd illi differentiam hanc quam fateri coguntur coarctant ad eum caſum quo per actoris iuſiurandum in litem non officio iudicis aut actionis iure res æſtimetur, quàm ab Vlpiano rectaque iuris ratione alienum ſit ſuo etiam loco diſſeremus. Deinde † quamuis prudentes nunc his
3 nunc illis locis aliter atque aliter ſentire videantur, ſpectantes aliquando tempus moræ, vt diximus, aliquando tempus litis conteſtatæ, nonnumquam etiam tempus condemnationis, nullibi tamen reperias ſic eos loqui vt dicant ſpectandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuerit, ſed (idque non niſi certis duntaxat caſibus) vtro tempore pluris res fuit aut hoc illo, vt in *dict. lege tertia §. ſi per venditorem D. action. empti.* Qua loquendi formula longè alia quàm hæc quanti plurimi æſtimatio ſignificatur. Ea ſcilicet, quæ hoc aut illo tempore præciſè fuit, non quæ medio tempore maior interceſſit. Ne-
4 que verò vnquam Iureconſulti æſtimationis † huius *quanti plurimi* meminerunt, niſi in tractatu legis Aquiliæ *l. ait lex 21. & paſſ. D. ad leg. Aquil.* aut cùm diſputant de condictione furtiua *lege in re furtiua. 8. §. 1. D. de condict. furt.* qui caſus propriam & ſeparatam habent rationem: Prior quidem propter verba legis Aquiliæ quæ volunt æſtimari rem quanti plurimi fuit eo anno quo damnum datum eſt, facta retrorſum anni computatione: Poſterior verò, quia fur ex quo furtum admiſit moram in furto ſemper facere intelligitur *dict. l. in re §. 1. & l. 2. §. quæſitum D. de priuat. delict.* Sed & in eo no-
5 ſtri errant quod non † diſtinguunt an mora per interpellationem extraiudicialem contracta ſit, vt in *l. mora 32. D. de vſur. l. ſi ex legati 23. De verborum obligat.* an per lapſum diei poſiti in obligatione, vt in *dict. lege vinum 22. de reb. credit. d. l. vltim. De condict. tritic. dict. l. quoties 59. de verbor. obligat.* cùm tamen inter vtrāq; morā interſit quàm maximè, vt ex ſequentibus apparebit. Nec multò faciliùs à recentioribus interpretibus tota hæc
6 quæſtio explicata eſt. Sunt enim qui diſtinguant vtrū † merx debeatur, an ſpecies vt *Franciſcus Hotomannus in quæſt. illuſtr. quæſt. 16. & Iacobus Cuiacius ad Africanum in l. mercis 207. De verborum ſignification.* Contrà quàm ſcriptum ſit in *dict. l. vlt. de condict. tritic.* quæ idem iuris eſſe ait in cæteris rebus omnibus quod in mercibus. Item in *dict. l. 3. §. in hac Commod.* quæ cùm vult ſpectari tempus rei iudicandæ in bonæ fidei iudiciis & litis conteſtatæ in ſtrictis, tractat proculdubio de ſpecie debita potiùs quàm de merce, quia commodari tantùm ſpecies poteſt non etiam merx niſi dicis cauſſa & ad oſtentationem vt ſcriptum eſt in *§. fin. eiuſd. legis*
7 *& in l. ſeq.* Alij diſtinguunt † an mora aliqua præceſſerit litis conteſtationem nécne, vt ſi præceſſerit nulla differentia ſit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, ſi non præceſſerit, tum verò id obtineat, quod diximus, vt in illis tempus rei iudicandæ, in his litis conteſtatæ inſpiciatur, Cùm tamen nullus omnino iuris locus ſit ex quo probare poſſit in iudiciis ſtrictis reuocari debere æſtimationem ad tempus moræ. Nam quod his ipſis ferè verbis ſcriptum videtur in *d. l. penult. D. de condi. triticar.* longè aliam habet ſententiam & ad eum duntaxat caſum pertinet quo ſpecies debita facta ſit deterior poſt moram. Quo caſu ſicuti non dubitatur quin moroſi debitoris periculo ea deterioratio cedere debeat, ſicut & mors ipſa cederet, ſi homo debitus periiſſet poſt moram *d. l. ſi ex legati 23. De verb. obligat.* Ita, nec fieri poteſt vt aliter ineatur æſtimatio quàm inſpecto tempore moræ: quod non ſimiliter contingit cū eadem manente ſpecie, id eſt non facta deteriore, at fortaſſis etiam meliore reddita nihilominus æſtimatio eius decreuit, pretiis rerum omnium eiuſdem ſpeciei pro tempore imminutis. Idque mirum eſt non fuiſſe animaduerſum à *Iacobo Cuiacio.* qui ſibi parum hic conſtant in poſterioribus cogitationibus, id eſt *tract. 8. ad African.* ad *d. l. hominem,* magis probat hanc diſtinctio-
nem, quam & probare cœperat ad *d. l. 59. De verb.* 8
obligat. Mea † igitur, & ni fallor, prudentum quoque omnium ſententia eſt, ſiue merx, ſiue ſpecies debeatur, & ſiue mora aliqua conteſtationem præceſſerit, ſiue nulla, diſtingui debere iudicia bonæ fidei à ſtrictis, in ſtrictis enim ſpectari præciſè tempus litis conteſtatæ, non aut moræ præcedentis aut ſubſecutæ condemnationis, licèt tunc cùm conteſtata lis eſt, minoris res fuerit *d. l. vinum d. l. vlt. d. §. in hac d. l. hominem,* niſi dies ſolutioni dicta ſit vt ex iiſdem locis apparet. In iis verò quæ bonę fidei ſunt, ſpectari quidem etiam tempus litis conteſtatæ ſi tunc pluris res ſit, ſed ſi aut quo tempore mora ante conteſtationem admiſſa eſt, aut quo res in condemnationem deducitur, maior æſtimatio proponatur, ſpectari debere vtro tempore pluris res fuerit, nunquam autem quanti plurimi ab vno tempore in aliud tempus res fuit. Sed ſi dies in obligatione adiecta & ſolutioni dicta fuerit, eius diei æſtimationem præciſè & indiſtinctè ſequendam eſſe, id eſt in omni contractuum, & iudiciorum genere, ſiue poſteà res pluris eſſe cœperit, ſiue minoris. Verùm vt hæc omnia meliùs & commodiùs intelligantur de ſingulis ſeparatim & breuiter tractandum eſt. Sic enim fiet vt errores quoque interpretum pragmaticorum apertiùs detegantur.

ERROR II.

De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l. 3. §. in hac. D. commod. in iudiciis bonæ fidei quàm agitur de æſtimatione rei debitæ ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ.*

2 *Cur ſi mora quæ præceſſit condemnationem tempore pluris res fuerit, quam tunc ſit cùm deducitur in condemnationem, tempus moræ ſpectandum ſit in iudiciis bonæ fidei.*

3 *Cur nullo iuris loco meminerint prudentes litis conteſtatæ, cùm de æſtimatione ineunda in bonæ fidei iudiciis diſputant.*

4 *In iudiciis bonæ fidei licet rei debitæ æſtimatio creuerit à die moræ in diem litis conteſtatæ, aut à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis, non tanti tamen debitorem condemnari oportet, cōtra pragmat. & interpp.*

5 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectandum ſit tempus moræ.*

6 *In iudiciis bonæ fidei quod debetur, quale, quantum, quantique fuit, cum petitum eſt etiam extra iudicium, tale, tantumque præſtari & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſſe cœperit tempore litis conteſtatæ, aut condemnationis.*

7 *Excipi à ſupradicta iuris propoſitione iudicium mandati, in quo ſi pro te Titium ſoluerim, tanti condemnari mihi debes quanti Titius fuit, cùm à me ſolutus eſt.*

8 *In quæſtione de æſtimatione rei debitæ, ante omnia illud inſpiciendum quid ſit in obligatione an æſtimatio, an res ipſa.*

9 *Quod de iudicio mandati dictum eſt, ad actionem negotiorum geſtorum quoque pertinere.*

10 *Cuiacij lapſus.*

IN iudiciis † bonæ fidei ſi de ineūda rei debitæ 1
æſtimatione quæratur, ſpectādum eſſe tēpus rei iudicādæ aperte ſcribit Vlpianus in *l. 3. §. in hac D. commod.* vbi nō ſolùm de actione cōmodati tractat ſed

gene

generaliter de omnibus bonæ fidei iudiciis, nec valde diſſimiliter in *l. 3. §. ſi per venditorem D. de action. empt.* Niſi quod ibi tractans de actione empti & venditi quæ bonæ fidei eſt, ait inſpici debere vero tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt intelligamus quod ſcriptum eſt in *d. l. in hac* de inſpiciendo tempore rei iudicandæ ſic accipi oportere. Non dicam, quomodo interpretes loqui ſolent, niſi mora aliqua condemnationem præceſſerit (vix enim eſt vt nulla præcedente mora perueniatur vnquam ad condemnationem extra caſum
2 *l. 3. in princip. D. de vſur.*) ſed potius, niſi moræ † quæ præceſſit tempore pluris res fuerit quàm tunc ſit cùm deducitur in condemnationem. Hoc enim caſu bona fides, quæ in his iudiciis exuperat maximè, ad inducendas pleniſſimas præſtationes, non patitur vt melioris conditionis ſit debitor à quo petitur extra iudicium quàm ſi eo ipſo inſtanti litem ſecum conteſtari pateretur: ſcilicet quia quod ad bonam fidem præſtandam attinet nihil intereſt an in iudicio, an extra iudicium petatur, nec in alius comparata ſunt iudicia niſi vt exerceantur contra inuitos, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. De verb. obligat.* non etiam contra eos qui bonam fidem vltrò cognoſcere parati ſunt *l. quoties 9. §. ſicut autem. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* Atqui ſi eo tempore quo petitum eſt extra iudicium lis conteſtata fuiſſet, túmque æſtimatio maior fuiſſet quàm ſit tempore condemnationis, ea proculdubio æſtimatio deberetur quæ tunc fuiſſet. Nam quæ ratio facit vt in iudiciis ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectari oporteat, eadem locum habet in iudiciis bonæ fidei, quia ſcilicet quale quid eſt, cùm petitur, tale dari debet, *l. 2. D. de vſur.* vt in ſequentibus dicemus. Nulla enim cauſſa eſt propter quam meliorem eſſe oporteat conditionem moroſi debitoris ob id ſolùm quod bonæ fidei iudicio conueniatur. Moræ ſiquidem præcedentis ratio coniuncta cum bona fide, quo magis non quominùs condemnari reus debeat, facit. Ergo quemadmodum litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſſet in ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, ſiue tunc res pluris fuiſſet etiam mora alia præcedente, ne creditori noceat quod ante conteſtationem in mora debitorem conſtituerit, ſiue mora nulla præceſſiſſet, quia eo ſaltem tempore mora contraheretur quo fieret litis conteſtatio. Eadem ratione dicendum eſt bonam fidem efficere vt ſi per interpellationem extra iudicialem, & citra conteſtationem mora contracta ſit, tempus illud moræ extraiudicialis inſpici oporteat. Iſque Vlpiani ſenſus eſt in *dict. l. 3. §. ſi per venditorem. De action. empt.* cùm ait venditorem qui in mora fuit tradendæ mercis debitæ condemnari debere vero tempore res pluris fuit, moræ aut condemnationis, vtraque enim mora tam quæ per congruam interpellationem contrahitur, quàm quæ per litis conteſtationem, & vtraque, vt diximus, eiuſdem effectus, cùm ex bonæ fidei iudicio
3 agitur. Indéque nimirum † factum eſt vt neque illo, neque vllo alio iuris loco meminerint Iureconſulti litis conteſtatæ, cùm de iudiciis bonæ fidei diſputant, ſed tantùm vel moræ vel condemnationis, ſiue quòd moræ appellatione eam quoque ſcirent contineri quæ per conteſtationem contraheretur, ſiue quòd non putarent fieri poſſe vt quiſquam dubitaret, quin debitor ex contractu bonæ fidei æquè duram condemnationem ſubire deberet ſi litis conteſtatæ tempore pluris res fuiſſet, atque ſi ſtricti iuris iudicio vrgeretur. Nam vt ea æſtimatio præſtari debeat quæ conteſtationis tempore fuit, non ſit alia quàm certiſſima conſtantique iuris ratione, quæ proculdubio ſemper ſequenda eſt ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictum iudicium proponatur, niſi cùm bona fides ſuadet vt ex iis contractibus in quibus bonam fidem exuberare oportet, plenior fieri debeat condemnatio: quod ipſum tum demum euenit, cùm moræ aut rei iudicandæ tempore pluris res eſt quàm tempore litis conteſtatæ, non cùm minoris. Cæterum moræ ratio propter

bonâ fidê non vſque adeò habenda eſt etiam in iudiciis bonæ fidei, vt ſi † rei debitæ æſtimatio creuerit à die moræ 4
in diē litis cōteſtatæ aut à die litis conteſtatæ in diē vſq; condemnationis, tanti debitorē condemnari oporteat. In quo interpretes & pragmaticos omnes errare video qui quoties hanc quæſtionem tractant, ſemper de quanti plurimi æſtimatione loquuntur. Fruſtra enim Iureconſulti hoc aut illud tempus ſpectandum eſſe dicerent, vt in *d. l. vinum 22. D. de reb. credit. l. pen. & vlt. D. de condic. tritic. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* aut vero tempore pluris res fuit, vt in *d. l. § ſi per venditorem. De action. empt.* ſi è contrario quanti plurimi ab hoc aut illo tempore res fuiſſet inſpici oporteret. Nam quod dicimus in his iudiciis † quæ bonæ fidei ſunt ſpectari tem- 5
pus moræ, non ſit in odium moræ (vt vulgò creditur) alioqui cùm moræ odium nullum eſſe poſſit niſi ex quo contracta eſt, non moræ tempus inſpici deberet, ſed omne illud quod moram ſecutum eſſet: at quia iuris & bonæ fidei coniuncta ratio id exigit, Iuris, quoniam quale quid eſt cùm petitur tale dari debet etiam ex iudicio quod ſit ſtricti iuris. Bonæ fidei verò, quia licet peti demum id dicatur quod per iudicem petitur, & de quo iudicium accipitur, *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* bona tamen fides non patitur vt exiſtimare debeamus quidquam referre an per iudicem an ſine iudice petatur, id quod ex bonæ fidei contractu debetur. Itaque quale † quantum, quantúmque id fuit, cùm petitum eſt 6
etiam extra iudicium tale tantúmque præſtari, & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſſe cœperit tempore litis cōteſtatæ aut condemnationis. Media verò tempora quod ad hanc rem pertinet non curamus niſi cùm de conditione furtiua diſputamus, propter eam rationem quam nos ſuo loco oſtendemus, cùm tractabimus *De quanti plurimi æſtimatione.* Excipiendum † tamen eſt & ſepa- 7
randum à cæteris bonæ fidei iudiciis iudicium mandati. Nam ſi hominem ſiue certum ſiue incertum pro te dari fideiuſſerim, & deinde Stichum ſoluerim, nec pluris nec minoris condemnandus mihi es quàm quanti Stichus tunc fuit cùm à me ſolutus eſt, licet poſtea pluris eſſe cœperit moræ tempore, aut condemnationis ſiue mora per extraiudicialem interpellationem contracta ſit, ſiue per conteſtationem. Sic enim accipiendus eſt Africanus in *l. hominem 37. D. mandat.* Et ratio diſſimilitudinis aperta eſt, quia actione mandati nihil peti poteſt niſi quod mandatario abeſt ex cauſſa impleti mandati, quoniam nec pluris eius intereſt *l. inter 26 §. abeſſe. D. mand.* Mihi autem qui pro te Stichum ſolui nihil abeſt niſi quanti ſolutionis tempore is Stichus fuit, cùm ſi tantundem eo ipſo die aut poſtridie mihi præſtitiſſes liberatus fuiſſes. Nam ſi velim dicere, imò verò abeſſe mihi Stichum quem hodie haberem & pluris vendere poſſem aucta iam ipſius æſtimatione ſi pro te non ſoluiſſem. Habes paratam exceptionem, non poſſe fieri vt mihi Stichum debeas, quem pro te ſolui neceſſario Stichi æſtimationem deberi, quæ porrò ſemel certa debita nunquam ex poſtfacto creſcere poteſt, non magis quàm vt ex decem nummis fiant vndecim. Totius enim creſcere poteſt æſtimatio quoties ipſa res debetur, cuius pretium pro temporum varietate mutatur. Sempérque in hac quæſtione † illud ante omnia inſpicien- 8
dum eſt quid ſit in obligatione, an æſtimatio an res ipſa: neque enim quæſtioni locus eſſe poteſt, cuius temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione, cùm non res, ſed eius æſtimatio ſola iam debetur. Quod tamen de mandati actione dicimus, idem de † actione 9
negotiorum geſtorum dictum intelligi debet, vt ſi negotia tua gerens Stichum pro te ſoluerim, tanti condemnari mihi debeas quanti tunc Stichus fuit cùm à me ſolutus eſt: hæc enim actio non ſolùm bonæ fidei eſt, ſed etiam accedit quàm maximè ad actionem mandati, nec ferè in alio differt niſi quod actio mandati competit; Ita demum ſi mandatum præceſſerit,

hæc verò cùm nullum mandatum interceſſit *l.ex mandato.* 20.§.1. *D.de mandat.* Ceterum vtraque competit ad id quod abeſt ex cauſſa vel ſuſcepti mandati, vel negotij geſti. Proinde vtriuſque actionis eadem hac parte
10 vt in cæteris ferè omnibus ratio eſt. Erat † autem egregiè Iacobus Cuiacius qui ad Africanum in *dicta.l.hominem*, ſcribit vel ex eo maximè loco probari, conſtituendam eſſe in hac quæſtione differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, propterea quòd inquit, Africanus apertè dicat differre actionem mandati quæ bonæ fidei eſt, ab actione ex ſtipulatu in qua non ſolutionis tempus ſpectari vult, ſed litis conteſtatæ. Habet enim actio mandati naturam propriam, nec minùs à cæteris bonæ fidei iudiciis omnibus, ſi negotiorum geſtorum actionem excipias quàm ab actione ex ſtipulatu ſeparatam, quod & *Cuiacius* fatetur.

ERROR III.

De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *In iudiciis ſtricti iuris tempus litis conteſtatæ præciſè ſpectandum eſt quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione.*

2 *Quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, ſiue pluris tunc res ſit, quam antè fuerit, aut poſteà eſſe cœperit: ſiue minoris.*

3 *Peti res tunc intelligitur, cùm de ea iudicium accipitur.*

4 *Cùm in diem certam debitum fuit, in iudiciis ſtrictis eius diei æſtimatio præciſè ſpectanda eſt.*

5 *Ratio ſuperioris effati, & expoſitio l.quoties.* 56. *Digeſt. de verbor obligation.*

6 *Magnopere intereſſe an mora contrahatur per lapſum temporis, an per extraiudicialem interpellationem, contra pragmat. & interpp.*

7 *Mora extraiudicialis in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur.*

8 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectemus æſtimationem quæ fuit tempore moræ: & quando ſpectanda ſit.*

9 *Diſtinctio contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, vnde ſit.*

10 *Vnde fiat vt ſpectetur æſtimatio diei in obligatione adiecta.*

11 *Refellitur error pragmatic. & interpp. ſtatuentium acta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam, deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ, tametſi minoris ſit litis conteſtatæ aut condemnationis tempore.*

12 *In iudiciis ſtrictis ſpectamus præciſè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ, aut condemnationis, media verò tempora multò minus, at in iis quæ ſunt bonæ fidei ſpectatur quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præciſè, quin præcedentis moræ, aut rei iudicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit.*

13 *Excipitur caſus quo in diem certum obligatio concepta eſt, tunc enim illius diei æſtimatio vtrobique ſpectanda.*

DIximus primo huius Decadis capite, ita ius
1 comparatum eſſe vt in † iudiciis quæ ſtricti iuris appellantur, aut vt Papinianus dicere malebat in *l.3.§.in his quoque. D.de vſuris*, quæ nec bonæ fidei ſunt, nec arbitraria, tempus litis conteſtatæ præciſè ſpectari oporteat, quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione, præciſè, inquam, id eſt nulla ratione habita eius æſtimationis quæ maior ſit tempore condemnationis, aut eius quæ maior fuerit tempore moræ, ſi qua præceſſerit litis conteſtationem, atque ita accipi debere quod ſcriptum eſt in *lege vinum* 22. *D.de rebus credit.l. vltima D.de condict. tritic.l.hominem* 37. *Digeſt. mandat.l.3.§. in hac.D.commod.* Ratio eſt quam Papinianus licèt in aliam rem adfert in *lege* 2.
D.de vſuris. quod † quale quid eſt cùm petitur tale dari 2
debet, ſiue pluris tunc res ſit quàm antè fuerit aut poſteà
eſſe cœperit. ſiue minoris. Peti autem res † tunc intelli- 3
gitur cùm de ea iudicium accipitur, non autem cùm vel interpellatio extraiudicialis ſit ad inducendam moram, vel deducitur lis in condemnationem *l.amplius* 15.*D. rat. rem haber.d.l.*2. iunct.*l.videamus* 38.*§.ſi actionem.D. de vſur.* Itaque nullo iuris loco ſcriptum reperias in hoc iudiciorum genere inſpiciendum eſſe tempus moræ aut rei iudicandæ, aut aliud vllum denique præterquàm litis
conteſtatæ: niſi cùm in diem † certam debitum fuit. 4
Tunc enim placuit eius diei æſtimationem præciſè ſpectandam eſſe, *d.l.vinum d.l.vlt.* & *l.quoties* 59.*D.de verb. oblig.* vbi ratio redditur, *Alioquin rei captio erit.* Cuius hic ſenſus eſt, Debitoris damno & fraudi ceſſurum eſſe ſi adiecto die alterius temporis ſiue præcedentis ſiue ſubſequentis in æſtimanda re debita ratio haberetur, cùm in eam diem expreſſim obligationem concipi voluerit, vt dubitari non poſſet quin eius temporis rationem haberi oporteret. De quo dicemus latiùs *cap.ſequenti.* Hîc adnotaſſe ſufficiet interpretes & pragmaticos omnes malè ſupradictis legibus abuti vt probent, etiam in iudiciis ſtrictis ſpectandum eſſe tempus moræ quæ conteſtationem præceſſerit ex interpellatione extraiudiciali. Quaſi nihil interſit an mora contrahatur per lapſum temporis an per extraiudicialem interpellatio-
nem. Nam imò verò † intereſt quàm maximè, quia mo- 5
ra quæ per lapſum diei in obligatione poſiti cõtrahitur, pendet & proficiſcitur non ſolùm ex iure obligationis, ſed etiam ex verbis conuentionis. Ideóque quantumuis obligatio ſtricta ſit & ſtrictè interpretanda, fieri tamen nequit vt eius tẽporis quod ſpecialiter & expreſſim in conuentionẽ deductum eſt rationẽ haberi non oporteat. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm alio quàm obligationis iure & ſola interpellationis extraiudicialis poteſtate cõtracta eſt mora: non quòd ex cõtractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei ſunt mora contrahi nequeat per interpellationẽ extraiudicialẽ & citra conteſtationẽ. Sed quia cùm in iudiciis ſtrictis nulla bonæ fidei ratio habeatur, ſed mero ſtrictóque iure fiat cõdem-
natio, nulla quoque moræ † extraiudicialis ratio haberi 6
poteſt, niſi hactenus, vt ſi poſt eam moram res perierit aut deterior facta ſit, nihilominùs obligatio qualis quantáque anteà fuit perpetuetur acſi res non periiſſet aut deterior facta non fuiſſet, *l.ſi ex legati* 23.*l.ſi ſeruum* 91.*§.ſequitur* & *§.vlti. De verb.obligat.l. promiſſor.*1.&
*l.*23.*D. de pecun. conſtit.* Nam vt in iudiciis † bonæ 7
fidei ſpectemus eam æſtimationem quæ fuit tempore moræ, non fit ex iuris ratione aliqua, ſed tantùm ex iudicij æquitate, id eſt ex bona fide quæ in eo iudiciorum genere pleniores & vberiores præſtationes inducit, vt proximo capite dicebamus. Vnde fit vt nec aliter tempus illud moræ ſpectandum ſit, quàm ſi res eo tempore pluris fuerit, *l.3.§.ſi per venditorem. D. de action.empt.* quia non eſſet ex bona fide vt in moroſi debitoris commodum moræ tempus inſpiceremus repugnante præſertim ipſa iuris ratione quæ in omni contractuum & iudiciorum genere ſpectari vult tempus litis conteſtatæ. At in iudiciis ſtrictis nullus æquitati ad irrogandam grauiorem condemnationem locus relinquitur, quia nec negotij natura id patitur, nec ipſa etiam bona fides in eo genere negotiorum interpretationem hanc ad-
mittit. Fit enim proculdubio ex negotiorum † quali- 9
tate & differentia, vt contractuum alij bonæ fidei, alij

ſtricti iuris eſſe exiſtimentur. Itaque mala eſt, & inepta
illa interpretum & pragmaticorum ratiocinatio, cùm
aiunt, Adiecta die in obligatione ſi de æſtimanda re
quæratur, ſpectari diem illam quaſi tempus moræ, pro-
pterea quòd, inquiunt, dies tacitè interpellat pro homi-
ne *l. magnam. Cod. de contrah. & committ. ſtipul.* Vt infe-
rant multò igitur magis ſpectandum eſſe tempus moræ
per interpellationem expreſſam contractæ, ne alioqui
maior taciti quàm expreſſi vis eſſe videatur. Negandum
10 enim eſt quod illi pro vero habent ſpectari † diem in
obligatione adiectam, quaſi ad eam diem tacitè interpel-
lato debitore & in mora conſtituto. Nam vt ſpectetur
æſtimatio, quæ tum fuit, facit voluntas ſola contrahen-
tium, quos dici non poteſt alia de cauſſa diem certum
obligationi adiecíſſe, niſi vt eius temporis non alterius
vllius ratio haberetur, ſiue in æſtimanda re debita, ſiue
in taxando eo quod creditoris ob non factam ſolutio-
nem intereſſet, *l. ſi Calendis 11. D. de re indicat. l. ſi fun-
dum certo die 114. de verborum obligat. l. 3. D. de in lit. iur.*
Ex quo euenit vt etiamſi maximè ex bonæ fidei iudicio
agatur aduerſus eum qui ad certum diem dare rem de-
buit, nec dedit, perinde ſpectari debeat quanti res eo
die fuit, licèt poſt diem æſtimatio creuerit, ita ferente ſci-
licet natura & conditione obligationis, vt ſequenti ca-
pite dicemus, cùm tamen ſi non niſi propter moram eo
tempore contractam deberetur æſtimatio quæ tùm fuiſ-
ſet auctæ poſtmodum æſtimationis rationem nihilomi-
nus haberi oporteret, ſi fortè litis conteſtatæ aut iudi-
candæ tempore pluris eſſe res proponeretur *dict. l. 3. §. ſi
per venditorem D. de action empt. dict. l. 3. §. in hac. D. com-*
11 *mod.* Sed multò grauior † interpretum & pragmatico-
rum error ille eſt, quòd volunt Aucta poſt moram æſti-
matione ante litem conteſtatam deberi actori quanti
plurimi res fuerit ab eo tempore moræ tametſi fortè mi-
noris tunc ſit cùm lis conteſtatur, vel in condemnatio-
nem deducitur. Nullo enim caſu id verum eſt ſiue bonæ
fidei iudicium ſiue ſtrictum exerceatur, ſiue purè, ſiue in
diem certam concepta ſit obligatio. Nimirum quoniam
mora numquam auget principalem obligationem, ſed
tantùm eam quæ eſt, perpetuat, inducitque præſtanda-
rum acceſſionum æquitatem quantum iudicij natura
ferre poteſt. Atqui æſtimatio rei quæ pro re debita præ-
ſtatur non acceſſionis iure cenſeri debet, cùm perinde
ſit in obligatione principali, atque res ipſa in cuius vi-
cem locúmque præſtatur. Non igitur ob id quòd mora
præceſſerit amplioris æſtimationis condemnatio fieri
poteſt. Nam & cùm moræ tempus ex bona fide ſpectan-
dum eſſe admittimus, id eſt, in iudiciis bonæ fidei, non
ad moram contractam reſpicimus, ſed ad id quod cùm
quale quidque eſt cùm petitur tale dari debeat *dict. l. 2.
de vſur.* bona fides poſtulat vt exiſtimare debeamus ni-
hil intereſſe an per iudicem an extra iudicium petatur
id quod debetur. Indéque fit vt inſpiciamus eo caſu
tempus quo mora contrahitur, non illud, quo iam con-
tracta eſt, quod tamen maximè ſpectandum eſſet ſi moræ
odium ſententiam hanc aduerſus rationem iuris extor-
ſiſſet. Neque enim moræ odium vllum eſt, niſi ex quo
contracta fuit. Prius autem eſt vt contrahatur, quàm vt
12 contracta videri poſſit. Illa igitur differentia † inter iu-
dicia bonæ fidei & ſtricti iuris admittenda eſt, quod in
his quæ ſtricti iuris ſunt ſpectamus præciſè tempus litis
conteſtatæ, non etiam moræ aut condemnationis, media
verò tempora multò minùs, in aliis autem quæ bonæ fi-
dei ſunt ſpectamus quidem tempus litis conteſtatæ, ſed
non adeò præciſè quin præcedentis moræ aut rei iudi-
candæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res
pluris fuit. Non tamen quanti plurimi res fuerit à die
moræ in diem vſque litis conteſtatæ aut à die litis con-
13 teſtatæ in diem vſque condemnationis. Excipiendus †
ſemper caſus ille eſt quo in diem certum obligatio con-
cepta proponatur. Tunc enim idem iuris in omnibus
ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictis iudiciis obtinet vt eam æſti-
mationem deduci in condemnationem præſtarique
oporteat, quæ illo ipſo tempore fuit, ſiue maior fuerit
ſiue minor quàm ſit tempore interpellationis, aut con-
teſtationis, aut condemnationis. De quo ſupereſt iam vt
videamus.

ERROR IV.

De æſtimanda re in diem certum debita.

SVMMARIA.

1 *Si obligatio purè concepta ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione, obtinent ea quæ ſupp. capp. dicta ſunt.*

2 *Si in diem certum concepta ſit obligatio, cuius temporis ſpectanda ſit æſtimatio.*

3 *Sententia interpretum & pragmaticorum.*

4 *Adiectio diei facit, vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit, non propter moram, ſed ex contrahentium voluntate, contra pragmat. & interpp. & n. 6. 9.*

5 *Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiectus cenſeatur.*

7 *Mora non poteſt facere vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio, vt acceſſionum præſtatione augeatur.*

8 *Cùm ſtipulatio diem certum habuit, nec eo die res ſoluta eſt, & fructus debentur ſtipulatori qui ab eo die percepti ſunt, & vſura, & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſua die ſolutum fuiſſe.*

10 *Mora nulla intelligitur, vbi nulla petitio eſt.*

11 *Vt quod ex ſtipulatione debetur, poſſit exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe.*

12 *Facit bona fides vt cùm dies obligationi bonæ fidei adiecta non eſt, ſpectandum ſit tempus moræ, aut rei iudicandæ: poteſtas verò obligationis vt ſpectetur æſtimatio diei adiectæ.*

13 *Ex mora contracta vbi dies obligationi adiecta eſt, obligatio augeri nequit: ſed ea æſtimatio præciſè præſtanda quæ fuit tempore diei adiectæ.*

OMnis obligatio vel purè concipitur, vel in
diem, vel ſub conditione, ſi purè † concepta 1
ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſti-
matione obtinent ea quæ iam diximus. Si
ſub conditione quid ſtatuendum ſit proxi-
mo capite dicemus. Si in diem † certum (incertus enim 2
pro conditione habetur, nec minùs in contractibus
quàm in vltimis voluntatibus, *lege ſtipulatio iſta 38. §.
inter certam, De verbor. oblig. lege dies incertus 79. De
condic. & demonſtrat.*) cuius temporis æſtimatio ſequen-
da ſit, elegantis eſt diſceptationis. Etſi enim pleriſque
iuris locis generaliter & indiſtinctè ſcriptum legimus
tanti rem æſtimandam eſſe quanti eo die fuit, quo dari
debuit, vt in *lege, vinum 22. D. de reb. credit. l. vltim. De
condic. triticar. lege hominem 37. D. mandat. l. quoties 59.
D. de verborum obligat.* Id tamen noſtri & interpretes † 3
& pragmatici paſſim ſic intelligunt, vt ſi ab eo tempore
æſtimatio creuerit, condemnandus ſit debitor quanti
plurimi vnquam res fuit, ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iu-
ris iudicium exerceatur. Perinde, inquiunt, acſi mora per
interpellationem expreſſam contracta eſſet. Nihil enim
intereſſe putant inter hanc & illam moram, & odio mo-
ræ adſcribunt hoc ipſum quod dicimus, Adiecta die æ-
ſtimationem illam quæ tum fuerit, deberi quaſi tacitè
interpellato eo qui ad certum diem dare debuit, vt ea-
dem ſit ratio tacitæ & expreſſæ interpellationis. Ego
contra puto: adiectionem † diei facere vt eius tempo- 4
ris æſtimatio præſtanda ſit non propter moram, quæ ex

ſolo diei lapſu contracta ſit, ſed ex contrahentium vo-
luntate, quam negari non poteſt talem fuiſſe, vt ſiue
pluris, ſiue minoris tunc res eſſet, tempus illud vnicum
& præciſè ſpectari oporteret. Nam ſicuti dies adiicitur
5 † pro reo vt totum medium tempus liberum habeat ad
ſoluendum nec ante diem inquietari poſſit, *lege cum
qui 41. §. & lege ſequent. De verb. obligat.* Ita & pro ſtipu-
latore, vt reus intelligat ſibi ſoluendum eſſe ad eam
diem: nec poſt eam diem facturum ſe ſatis ſi ſoluat, niſi
præterea præſtet quanti inte. fuit creditoris ea die ſolu-
tum fuiſſe, *lege ſi certo die 114. eodem. l. nummis 3. D. de in
lit. iur. lege ſi Calendis 11. D. de re iudicat.* vbi elegans ra-
tio redditur quæ & ad propoſitam diſputationem ma-
6 ximè pertinet, quòd ex eo tempore † quidque æſti-
mandum ſit quo nouiſſimè ſolui potuit. Inde enim fit
neceſſariò, vt nõ alia æſtimatio deberi poſſit, quàm quæ
præciſè fuit eo tempore, quo rem dari ex conuentionis
verbis oportuit: ſiquidẽ ante nouiſſimam illius diei ho-
ram, imò verò nouiſſimæ horæ vltimo inſtanti potuit
promiſſor ſoluendo ſatisfacere conuentioni, poſt eam
horam deſiit poſſe, itaque in id concurrit voluntas
vtriuſque contrahentium, vt ſi res ad diem ſoluta non
erit, ea præciſè & omnimodo debeatur æſtimatio, quæ
tùm fuit, ſiue maior fuerit, ſiue minor quàm quæ ſu-
peruenit, non ſecus ac ſi diſertè conueniſſet, vt non fa-
cta ad diem ſolutione, quanti tunc res eſſet præſtaretur:
quo caſu nemo dubitaret, quin alia æſtimatio deberi
nulla vnquam poſſet, tametſi poſt moram millies ſi
voles contractam pluris eſſe res cœpiſſet, quia ſemper
in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequimur
id quod actum dictúmque eſt, nec interueniens mora
7 † facere poteſt vt obligationis ſemel conſtitutæ ſub-
ſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel per-
petuetur obligatio quæ alioqui erat interitura, vel ac-
ceſſionum præſtatione augeatur, *l. fundum Cornelianum
28. D. de nouat.* vbi Papinianus ſcribit, ſi fundum Cor-
nelianum ſtipulatus poſtea ſtipuler quanti fundus eſt,
agentem me quandocumque ex ſecunda ſtipulatione
etiam poſt moram promiſſoris non ampliùs conſecutu-
rum quàm quanti res fuerit tempore interpoſitæ ſtipu-
lationis, nimirum propter verba illa ad id tempus relata
quanti res eſt quæ ad aliud tempus extendi nullomodo
poſſunt. Eam autem ſolius diei adiectionis vim eſſe
quam dicimus, ex eo apparet quòd quamuis ex ſtipula-
tione cæteriſque contractibus ſtricti iuris nihil peti
poſſit ſuprà quàm obligatione ipſa ſit comprehenſum,
nec ſi mora contracta ſit, *l. quicquid adſtringendæ 99. de
8 verb. obligat. l. 4. D. de vſuris.* tamen cùm ſtipulatio †
diem certum habuit, & fructus debentur ſtipulatori, qui
ab eo die percepti ſunt, & vſuræ & generaliter, quic-
quid intereſt ſtipulatoris ſolutum ſua die fuiſſe, *dicta
lege ſi fundum certo die 114. De verb. obligat. dict. l. 3. De
in lit. iur.* Quaſi his omnibus expreſſim deductis in ſti-
pulationem hoc ipſo quòd dies inſerta eſt, dictáque ſo-
lutioni. Quòd ſi in acceſſionibus id obtinet, multò ma-
gis admittendũ eſt debere idem in æſtimatione ineunda
obtinere, quæ nihil aliud eſt quàm ipſa res, quæ eo die
dari debuit, aut ſaltem ipſius rei loco ſuccedit. Et ſanè
ius hoc quod à prudentibus conſtitutum eſt vt adiecta
9 † die inſpici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio
moræ debitoris, ſed ex vi ipſa & poteſtate obligationis
deſcendere intelligi facilè poteſt ex eo, quod prudentes
ineundæ æſtimationis rationem hoc caſu ſemper refe-
runt ad illam ipſam diem in qua fieri ſolutio debuit,
qua tamen die nulla dum mora contracta videri poteſt,
cùm, vt diximus, non niſi poſt vltimum illius diei in-
ſtans præteritum quicquam peti à debitore poſſit *lege
qui hoc anno 42. De verborum obligation.* Conſtat enim
10 moram † nullam intelligi vbi petitio nulla eſt, *l. mora
88. de regulis iur. l. ſi pupillus 128. de verbor. obligation.*
Prius autem eſt vt mora contracta ſit, quàm vt moræ
tempus inſpici poſſit. Quare tametſi ponas aliquid eſſe
quod impediat ne mora per diei lapſum contrahatur, vt
puta ſi eo die nemo fuerit qui ſolueret debitore for-
taſſis defuncto vel creditore, nedum adita eius heredita-
te. Non tamen dubito quin idem iuris ſit ſi de re debita
æſtimanda quæratur, id eſt, quin ea ipſa æſtimatio de-
beatur quæ tunc fuit, quoniam ita ferunt verba ſtipula-
tionis. Nam etſi creditor ſtipulatus eſſet pœnam in ca-
ſum non ſolutæ ad diem pecuniæ, pœna nihilominùs
committeretur, quamuis ſit illa longè odioſior, durúm-
que videatur pœnæ obſtringi eum cui nihil poſſit im-
putari *lege ad diem 77. eodem, l. vlt. D. de nautic. fœnor.*
Hoc ideo quia vt † quod ex ſtipulatione debetur poſſit 11
exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe, nec
præterea requiritius vt debitor fuerit in mora. Nihil
enim commune habet mora cum iure obligationis, ne-
que intereſt quicquam ſtipulatoris an mora contracta
ſit néc ne, vt poſſit id exigere quod ſibi non propter
moram debetur, ſed propter ſtipulationem. Et verò cùm
dicimus † in æſtimatione rei debitæ ineunda moræ 12
tempus ſpectandum eſſe aut etiam rei iudicandæ vero
tempore res pluris fuit (quod non euenit niſi in bonæ
fidei iudiciis cùm dies obligationi adiecta non eſt) non
tam ad ius obligationis reſpicimus quàm ad bonam fi-
dem, quæ cùm in hoc iudiciorum genere plenior & exu-
berantior eſſe debeat, facilè hanc admittit interpretatio-
nem, quoniam bona fides non patitur vt melior ſit con-
ditio debitoris ob id quod non niſi extra iudicium in-
terpellatus eſt, quàm ſi in iudicio interpellatus, litém-
que conteſtatus eſſet, aut vt non debeat eam æſtimatio-
nem præſtare quæ rei iudicandæ tempore maior reperi-
tur: cum ſi rem ab initio debitor dediſſet eam nunc
actor haberet: quæ verò data non eſt, & dari iam olim
debuit, ſaltem hodie danda eſt, inquit, Paulus in *l. ſi ſte-
rilis 21. §. cùm per venditorem, de act. empt.* Atqui cum
conſtat quid actum & in obligationem deductum ſit,
ſufficit poteſtas obligationis, nec neceſſe eſt recurrere
ad bonæ fidei interpretationem, quandoquidem ex bo-
na fide non minùs quàm ex iuris neceſſitate illud quo-
que eſt vt quod actum dictúmque fuit omnimodo præ-
ſtetur. Fieri ergo nequit ſiue iuris rationem inſpicias,
ſiue æquitatem illam quæ ex bonæ fidei interpretatio-
ne inducitur, vt obligatione in diem certum concepta
æſtimetur res debita alterius quàm expreſſi temporis
habita ratione, non ſolùm ſi ſtricti iuris iudicio agatur,
quod minorem habet dubitationem, ſed etſi bonæ fidei
actio exerceatur. Dices, ita conſtituto iure futurum vt
debitoris mora ei proſit, cùm ſi dies adiectus non eſſet,
eam æſtimationem vtique deberet quæ aut interpella-
tionis, aut conteſtationis, aut rei iudicatæ tempore pro
iudiciorum qualitate & varietate maior reperietur. Sed
iam reſpondi moram † facere non poſſe vt obligatio 13
augeatur, non magis quàm vt Stichum & Pamphilum
poſt moram debeat is, qui citra moram Stichum dunta-
xat deberet, aut vt debeat quindecim qui non niſi in de-
cem obligatus fuit. Quemadmodum igitur ſic concepta
obligatione *ſi fundum Calendis proximis non dederis,
quanti nunc is fundus eſt dari*, nemo dubitat quin licèt
mora contracta liſque conteſtata & condemnatio irro-
ganda ſit, ea tamen æſtimatio debeatur, quæ fuit tem-
pore contractæ obligationis, tametſi poſteà longè pluris
fundus eſſe cœperit *d. l. fundum 28. D. nouat.* Ita fatendum
eſt, ſimpliciter concepta in diem certum obligatione
non aliam æſtimationem deberi poſſe quàm quæ tum
fuit cùm dari res debuit, quamuis mora contracta ſit, &
poſt moram æſtimatio creuerit, quia ſola diei adiectio
facit vt perinde ſit ac ſi in caſum non factæ ſolutionis
promiſſa fuiſſet diſertis verbis ea æſtimatio quæ illo
ipſo diei futura eſſet.

ERROR V.

De ineunda æſtimatione rei debitæ ſub conditione.

SVMMARIA.

1 *Inter certam & incertam diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ.*
2 *Quodnam tempus ſpectandum ſit in æſtimatione rei ſub conditione debitæ ineunda.*
3 *Ex Bartoli & ſequacium ſententia ſpectandum tempus interpellationis factæ poſt exiſtentem conditionem.*
4 *Sententia autoris de propoſita n. 2. quæſtione.*
5 *Obiectio contra Bartoli opinionem, atque autoris ſententiam petita ex l. quoties, 59. D. de V. O. vbi Iulianus tempus exiſtentis conditionis ſpectandum ait.*
6 *Reſponſio Bartoli ad d. l. & eius refutatio.*
7 *Sententia Cuiacij tempus exiſtentis conditionis ſpectandum eſſe.*
8 *Reſponſio autoris ad d. l. & eiuſd. leg. accurata expoſitio.*
9 *Quæ ſit ſententia rationis quam affert Iulian. in d. l. his verbis, alioquin rei captio erit.*
10 *d. l. Quoties, emendatio ab Hotomanno allata reiicitur.*

1 INter certam † & incertam diem multum intereſt. Diei enim certæ adiectio facit vt quoties quæritur quid ex contractu præſtari oporteat, æſtimanda ſint omnia ex eo die quo dari res debuit, idque ex tacita contrahentium voluntate quos non alia de cauſſa obligationi certam diem inieciſſe dici poteſt, eóque caſu obtinent quę proximo capite diſputauimus. At cùm dies incerta eſt, fieri nequit vt de certa æſtimatione ineunda contrahentes cogitauerint, quia non poteſt incerti temporis certa vlla eſſe æſtimatio, non magis quàm ſi ſub conditione obligatio contracta proponeretur. Dies enim incertus pro conditione eſt, nec minùs in obligationibus quàm in teſtamentis *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter certam, D. de verb. obl. l. dies incertus 102. De condi. & demo.* Ergo etſi quid ſub conditione debeatur, nec exiſtente conditione ſoluatur, æſtimatio facienda erit alio tempore inſpecto, quàm quo extitit conditio, quia licèt diei tam certæ quàm incertæ & conditioni cuilibet commune illud ſit vt non magis ante diem agi poſſit quàm ante conditionem exiſtentem, poſteà verò quàm dies venit aut conditio extitit, perinde agere liceat, tamen differentia in eo eſt, quod poſteaquàm dies venit quæ ab initio certa fuit, deſinit promiſſor poſſe ſatisfacere conuentioni, adeò vt etiam ſi prima diei ſequentis hora ſoluat, verum tamen ſit non ſoluiſſe illum quo tempore ſoluere ex conuentione debuit. Vbi verò conditio extitit, non eo minùs ſatiſfacit conuentioni debitor ſi aut interpelletur, aut ante interpellationem ſoluat, quamuis longo poſt tempore, quia exiſtens conditio nihil aliud facit niſi vt obligatio quæ primùm fuit conditionalis pura fiat & pro eo habeatur, acſi ab initio pura fuiſſet. Atſi conditio nulla adſcripta eſſet non eo minùs admitteretur debitor ad ſolutionem quandocunque faciendam & quidem ex natura & poteſtate conuentionis, quoniam quod obligatio pura eſt eò tantùm pertinet vt ſtatim vrgeri poſſit, non autem vt hoc ipſo deſinat poſſe conuentioni ſatisfacere quaſi iam in mora cōſtitutus, alioqui dicendum eſſet in eodem tempore & obligationem & moram contractam intelligi, quod certa nec iuris nec æquitatis ratio admittit, *l. quod dicimus 165. D. de ſol. l. promiſſor Stichi 21. §. 1. D. de conſt. pecu.* Proinde ſi res quæ ſub conditione debebatur exiſtente conditione ſoluta non ſit, nihil cauſſæ eſt cur in ea re æſtimanda tempus illud ſpectare debeamus quo conditio extitit, quia vnumquodque ęſtimandum eſt ex eo tempore non quo primùm peti, ſed quo nouiſſime ſolui potuit, vt eleganter Celſus ſcribit in *l. ſi Calendis 11. D. de re iudicat.* Quodnam † igitur tempus ſpectabimus? *Bartolus* quem 2
vt cæteri vulgares interpretes, ita & pragmatici ſequuntur, ſcribit ad *l. quoties 59. D. de verb. obligat.* ſpectandum † eſſe tempus interpellationis quæ facta ſit poſt 3
exiſtentem conditionem ſtipulationis, propter moram quæ tunc contrahitur. Eſt enim *Bartolus* & poſt eum cæteri in perpetua illa hæreſi vt putent moræ tempus ſemper inſpiciendum eſſe ſiue purè ſiue in diem certam incertamve, aut ſub conditione concepta fuit obligatio, & ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris actio exerceatur: Quod quoniam nos in præcedentibus ſatis ſupérque refutauimus, ſupereſt hoc vnum, vt quid de obligatione ſub conditione contracta ſentiendum putemus, exponamus. Quamquam hoc ipſum quoque ex iis quæ hucuſque diximus intelligi facilè poteſt. Nam ſi obligatio † conditionalis poſt impletam conditionem pro pura 4
habetur, conſequens eſt vt idem omnino iuris obſeruari debeat, quod obtineret ſi obligatio purè contracta proponeretur. Atqui eo caſu diſtingueremus bonæ fidei iudicia à ſtrictis. Nam in ſtrictis ſpectaremus tempus litis conteſtatæ præciſè, non etiam moræ, vel condemnationis, in aliis verò vero tempore pluris res fuiſſet aut moræ aut rei iudicandæ, *leg. 3. §. in hac. ff. commod. leg. vltim. ff. de condict. tritic. leg. 3. §. ſi per venditorem, ff. de act. empt.* Idem igitur dicendum erit, eadémque diſtinctio adhibenda, ſi obligatio concepta fuerit ab initio ſub conditione quæ poſteà extiterit. 5
Obſtat † tamen & nobis & *Bartolo* quod Iulianus in *leg. quoties 59. De verbor. obligat.* eandem in hac quæſtione rationem conſtituere videtur diei & conditionis. Ait enim, Quoties in diem vel ſub conditione oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit. Tunc enim, inquit, ab eo peti poteſt, alioquin rei captio erit. Conſtat enim obligatione contracta ſub conditione diem ipſius non ſolùm ceſſiſſe, ſed etiam veniſſe, intelligi ſtatim atque conditio euenit, *l. cedere diem 213. De verb. ſignific.* idcóque protinus ex ea agi poſſe, non ſecus ac poſtquam dies obligationis in diem certam conceptæ venit agi ex eo poteſt. Bartolus † vt ſe euoluat, conditionis quidem tempus ſpectandum eſſe vult: 6
ſed ita tamen & ſub hac veluti conditione ſi interpellatio ſecuta ſit quæ eo ipſo tempore fieri proculdubio poteſt. Sed repugnant euidenter verba Iuliani. Aliud enim eſt ſpectari tempus exiſtentis conditionis, vt Iulianus vult. Aliud verò ſpectari tempus interpellationis vt *Bartolus* contendit: Sicut & aliud eſt, iam peti quod debetur, aliud verò peti tantùm poſſe. Iuliano placet inſpiciendum eſſe tempus quo peti poteſt: *Bartolo* contra tempus illud quo iam petatur, ſaltem per extraiudicialem interpellationem. An igitur admittendum erit ſicut diei certæ, ita & conditionis exiſtentis tempus ſpectandum eſſe in æſtimatione rei debitæ ineunda? Ita putat † *Iacob. Cuiacius in commentariis ad Tit. de verb. obligat.* nec tamen quicquam reſpondet ad eas rationes 7
quas in contrarium facere ſuprà diximus, aperta ſanè, vt mihi videtur, fœdaque diſſimulatione, quaſi nec videtit quid obiici poſſet. Nos in coniecturis † noſtris docuimus id quod res eſt, delenda eſſe verba illa *vel ſub conditione* tanquam ab imperito interprete addita potiùs quàm à Iuliano. Interpretem enim facilè illud fallere 8
potuit quòd vidit eandem eſſe diei & conditionis rationem, in eo vt tam conditione quàm die exiſtente agi contra debitorem poſſit: Quaſi non alia ratio ſit propter quam obligatione in diem concepta æſtimationem

eius

eius diei inſpici oporteat, quàm quia eo tempore peti poſſit. Id enim & Iulianus ipſe innuere videtur cùm ait, *Tunc enim ab eo peti poteſt*. Sed obſeruare interpres debuit rationem illam non tam eò pertinere vt doceat cur ex die exiſtente ſtipulationis incunda ſit æſtimatio, quàm cur non ex eo quo interpoſita ſtipulatio eſt. Dubitandi enim cauſſam illud præbebat, quòd obligatione in die concepta ſtatim dies cedit deberique intelligigitur, tametſi dies nondum venerit *dict. l. cedere diem*. Sed negat Iulianus quicquam ex eo rectè inferri poſſe, quia licèt iam tum debeatur, nihildum tamen peti poteſt. Atqui non eadem dubitandi cauſſa eſſe potuit, ſi de conditionali quoque obligatione Iulianus tractaſſet. Neque enim ex conditionali obligatione quicquam debetur niſi exiſtente demum conditione. Quo igitur colore intenderet conditionalis creditor etiam poſt impletam conditionem æſtimari rem debere ex die interpoſitæ ſtipulationis. Nullo prorſus. Igitur quemadmodum in conditionali ſtipulatione non eadem ratio dubitandi fuit, quæ in obligatione concepta in diem certam, ita nec ad eam accommodari debet ratio illa decidendi, *Tunc enim ab eo peti res poteſt*. Nam & cùm quæritur, cur obligatione in diem certam contracta æſtimationem quæ tunc fuit præcisè ſpectari oporteat, non illam quæ maior, minórve ſuperuenit ſiue interpellationis tempore, ſiue litis conteſtatæ aut rei iudicandæ, non eſſet ratio illa idonea quia eo demum die peti res potuit, alioqui dicendum eſſet obligatione purè contracta tempus interpoſitæ ſtipulationis ſpectandum fore, quia iam tum agi ex ea ſtipulatione poſſet, quod tamen nemo vnquam dixit: ſed ad aliam rationem recurrendum erit, quam Celſus tradit in *dicta lege ſi Calendis* 11. *D. de re iud* quod æſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſime ſolui potuit: Obligatione autem in diem certam concepta, certum eſt nouiſſima eius diei hora deſinere poſſe ſolui ex conuentione quod ea die dari debuit, quia poſt eam diem ſera oblatio & ſolutio eſt: Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm obligatio purè contracta fuit, aut ſub conditione quæ extiterit, quia non eo minùs liberum eſt promiſſori ſoluendo quandocunque ſatisfacere conuentioni in tempus vſque litis conteſtatæ: Quæ res facit, vt in æſtimanda re debita extra caſum illum, quo dies certa adiecta eſt, tempus litis conteſtatæ inſpici debeat, etiamſi mora extraiudicialis conteſtationem præceſſerit, niſi cùm actionis, inſtitutæ qualitas & natura facit, vt non minorem moræ quam conteſtationis rationem haberi oporteat propter bonam fidem, quod non niſi in bonæ fidei iudiciis contingit. Eáque
9 etiam ſententia † eſt rationis illius quæ apud Iulianum ſequitur, *alioquin rei captio erit*. Id. n. proculdubio ſibi vult Iulianus, Rei promiſſoris captionem & damnum fore ſi ita ius conſtitueretur, vt ex die interpoſitæ ſtipulationis æſtimari rem oporteret quæ in diem certam concepta fuiſſet, quandoquidem dies non pro ſtipulatore adiicitur, ſed pro promiſſore vt totum inter medium tempus liberum habeat ad ſoluendum, nec antequàm dies venerit vrgeri ad ſolutionem poſſit. Proinde nulla ratio eſt cur ad eam æſtimationem debitor condemnetur, quæ maior fuit antequàm dies veniret, ſicut neque ex contrario liberaretur dando æſtimationem, quæ aut ſtipulationis interpoſitæ aut medio tempore minor fuiſſet: quia imputari ei poſſet cur eo tempore non ſoluerit, cùm ſi ſoluiſſet liberationem conſequi potuiſſet. Vnde fieri neceſſe eſt vt id tempus ſpectari oporteat quo dies obligationis venit. Non autem ſimiliter poſſis rationem illam *alioquin rei captio erit*, ſic interpretari vt rei captio futura ſit ſi in æſtimanda re quæ in diem debita fuit, aliud tempus inſpicias quàm quo dari res debuit, puta moræ, aut litis conſtatæ aut rei iudicandæ. Poſſet enim id æquè ſtipulatori captioſum eſſe atque promiſſori ſi ab eo die quo dari res debuiſſet, æſtimatio decreuiſſet: Cùm tamen poſtquàm dies venit ſi ſolutum non fuit, melior eſſe debeat conditio ſtipulatoris quàm promiſſoris in mora conſtituti. Ex quo magis apparet verum eſſe quod dicimus, Iulianum in *d. l. quoties*, cùm ait ſpectandum eſſe tempus quo dies obligationis venit, ita ſcribere ad excluſionem alterius cuiuſlibet temporis non quod ſequatur, ſed quod præcedat diem illam: Cui conſequens eſt vt de conditionali obligatione tractare non potuerit, in quam ſcilicet non poteſt vlla cadere dubitatio de alio tempore inſpiciendo, quod conditionis euentum antecedat. Quemadmodum nec ei qui ſub conditione debuit, imputari vnquam poteſt cur ante conditionem exiſtentem non ſoluerit. Cùm etſi ſoluiſſet, liberari tamen non potuiſſet, nulladum videlicet nata obligatione, quæ per ſolutionem perimi poſſet *d. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certam. de*
verb. obligat. Quorum omnium ignoratione † *Franciſcus* 10
Hotomanus Illuſtr. quæſt. 16. Iuliani locum quaſi corruptum emendauit in illis verbis *alioquin rei captio erit*, exiſtimans legendum eſſe *alioquin alius rei pactio erit*. Prorſus iuſulsè & improbabiliter, vt *Coniecturarum lib.* 16. *cap.* 6. *&* 8. pluribus à nobis comprobatum eſt. Nam quæ nos in Coniecturis latiùs tractauimus, in hos libros tranſcribere nolumus, niſi quantum neceſſe eſt, vt pragmaticorum & interpretum errores detegantur.

ERROR VI.

De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dare debuit.

SVMMARIA.

1 *Cùm mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, placet Africano eius temporis ineundam eſſe æſtimationem, quo ſatis acceperit.*
2 *Ad quem caſum velint interpretes & pragmatici ſententiam Africani pertinere.*
3 *Refutatio ſententiæ interpretum & pragmat.*
4 *Emendatio l. cùm quis, 22. De oblig. & act.*
5 *Nullo caſu ſpectandum tempus interpoſitæ ſtipulationis, niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt.*

CVm † quis mercem in diem ſtipulatus fi- 1
deiuſſorem acceperit, placet Africano in *l. cum quis* 22. *De oblig. & action.* eius temporis ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Quod tamen quam rationem habeat tam obſcurum & difficile eſt, vt non ſit ex pragmaticis aut interpretibus ſiue antiquioribus, ſiue recentioribus qui exiſtimet verè id dici poſſe. Non enim probabile eſt quod difficultatis diluendæ gratia Accurſius tentat, aliud iuris in fideiuſſore, aliud in cæteris perſonis obtinere, cùm diſſimilitudinis ratio reddi non poſſit: Certè qui aliquam reddiderit, nemo hucuſque fuit. Itaque in eam potiùs ſententiam ferè omnes deſcendunt, vt quod
† Africanus reſpondit ad eum caſum coanguſtari de- 2
beat, quo fideiuſſor acceptus ſit poſteaquam obligationis principalis dies venit. Sic enim plerumque fit vt qui ad diem non ſoluit ſi ad ſolutionem vrgeatur, nec pecuniam habeat in numerato, offerat fideiuſſorem quo contentus in præſentiarum creditor non recuſet differre in aliud tempus exactionem. Quod cùm euenit, parum videtur intereſſe, an in æſtimatione ineunda, ſpectari velis tempus quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt, cùm ſtatim poſt diem ſit acceptus. Sed tamen numquam mihi ſententia hæc probari potuit.
Nam † cùm mercis ferè cuiuſlibet pretium pro tempore 3
ſit, nec in ſingulos tantùm dies, ſed in ſingula propemodum temporis momenta mutetur, vix fieri meo iudicio vnquam poteſt, vt eadem ſit æſtimatio & eius temporis

poris quo dari merx debuit & quo datus eſt fideiuſſor:
niſi proponas eodem die quo dari mercem oportuit, fi-
deiuſſorem pro merce datum eſſe: quo tamen caſu ri-
diculum fuerit quærere an hoc an illud tempus inſpici
oporteat cùm vtrumque tempus vnum & idem ſit. At-
qui obligatione principali in diem concepta, iam dixi-
mus vſque adeò præcisè inſpiciendam eſſe æſtimationem
illam quæ eo ipſo die fuit vt nulla prorſus aut præce-
dentis aut ſubſequentis temporis ratio habeatur. Mul-
tum ergo intereſt an illud tempus inſpiciendum eſſe
dicas quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor ac-
ceptus eſt. Cùm nec aliter quæſtioni locus eſſe poſſit,
quàm ſi huius & illius temporis alia atque alia fuerit æ-
ſtimatio. Neque hoc interpretes ipſi negarent, niſi pro
vero certóque haberent, ſolutione ad diem non facta
ſic inſpici debere tempus quo ſolui merx debuit, vt ni-
hilominùs aucta poſtmodum æſtimatione, ſequentis
etiam temporis ratio habeatur, quod nos iam negaui-
mus, & etiamnum negamus. Sed & me illud maximè
mouet, quod fideiuſſor neque in duriorem, neque in
aliam cauſſam accipi poteſt, quàm debitor principalis,
*l. græcè 8. §. illud. l. hi qui 34. l. ſi à reo 70. §. ſi reo, & paſſ.
D. de fideiuſſor.* Videre autem non poſſum quomodo
fieri queat vti ne in duriorem, vel aliam cauſſam acce-
ptus videatur, ſi obligari eum dicamus ad æſtimatio-
nem quæ tùm fuit, cùm acceptus eſt. Vtique enim con-
ſtat in ineunda mercis debitæ æſtimatione aduerſus
eum qui fideiuſſorem dedit: numquam nullóque caſu
ſpectari tempus quo ſatis dederit. Cur ergo in fideiuſ-
ſore ſpectabitur? Etſi enim eadem merx eſt de cuius æ-
ſtimatione aut à debitore, aut à fideiuſſore præſtanda
tractamus, altera tamen atque altera æſtimatio eſt, ſi vel
numo vno alterutra maior aut minor proponatur, ſicut
dici ſolet in pretio emptionis *l. pacta conuenta 72. D. de
cont. empt.* Indéque nimirum fit vt cùm merx debetur
quæ ſua die ſoluta non eſt, aut eo tempore quo ſolui
debuit, protinus ſuccedat obligatio æſtimationis in lo-
cum rei debitæ, quoniam mutata æſtimatione ſi merx
præſtaretur, alia res præſtari videretur quàm quæ de-
bita eſſet. Quòd ſi æſtimationis mutatio inducit diuerſi-
tatem rei in merce (quæ quoniam recipit functionem
in ſuo genere, magis ex pretio quàm ex corpore ipſo æ-
ſtimatur, in quo differt à ſpecie) quanto magis admit-
tendum eſt æſtimationem quæ alia ſit aliam rem eſſe?
Conſequens igitur eſt vt in æſtimanda re debita contra
fideiuſſorem idem tempus ſpectari oporteat, quod ſpe-
ctandum eſſet ſi contra debitorem ipſum ageretur: Ac
proinde quemadmodum obligato in diem certam de-
bitore non alia quàm eius præcisè diei æſtimatio inſpici
& in condemnationem deduci deberet, ita & quod ad
fideiuſſorem attinet, idem ius obſeruandum erit ſiue
ante, ſiue poſt eam diem aut modico aut magno tempo-
ris interuallo acceptus proponatur. Nec vt puto quiſ-
quam de eo dubitaret, ni Africanus obſtaret. Quid ergo
4 ad Africanum reſpondebimus? Id quod nos † docui-
mus *lib. 16. Coniect. c. 10.* deeſſe negationem in illis ver-
bis *quo ſatis acceperit*, legendúmque *non quo ſatis acce-
perit*, vt & idem Africanus non diſſimili loquendi for-
mula ſcribit in *l. hominem 37. D. mandat. æſtimatio eius ad
id tempus potius quo ſolutus ſit, non quo agatur referri de-
bet.* Addita verò negatione ſenſus erit & veriſſimus &
apertiſſimus. Cùm quis in diem mercem ſtipulatus fide-
iuſſorem accepit, eius temporis ineundam eſſe æſtima-
tionem, *eius* inquam quo ſolui ex conuentione res de-
buit, non quo creditor ſatis acceperit, nimirum quia fi-
deiuſſoris obligatio tanquam acceſſoria ſemper refe-
renda eſt ad principalem, ex eáque interpretationem
5 accipere debet. Ac ſanè nullo † caſu reperias in æſtima-
tione ineunda ſpectari tempus interpoſitæ ſtipulationis
niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt, vt in *l. fundum
Cornelianum 28. D. de nouat.*

ERROR VII.

De differentia mercis & ſpeciei debitæ cum de æſtimatione ineunda tractatur.

SVMMARIA.

1 *Refertur diſtinctio quorumdam inter mercem & ſpeciem in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione probata Cuiacio & Hotomanno.*

2 *Ratio diſtinctionis.*

3 *Differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris ſiue debeatur merx, ſiue ſpecies, aduerſus autores relatos.*

4 *Vera l. vlt. D. de condict. trit. ſententia aduerſus Cuiacij interpretationem defenſa.*

5 *Diſtinctionem propoſitam euerti per l. 3. §. in hac. D. commodat.*

6 *Merx non cadit in commodatum, niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa.*

7 *Inter ſpeciem & mercem differentia elegans, ratione præſtationis & æſtimationis.*

8 *Si merx debita fuit ſiue purè, ſiue in diem, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem: ſi verò ſpecies debita, nec ſua die ſoluta extat, ſed vilioris pretij facta, præſtanda quidem eſt ſpecies, ſed amplior fieri debet condemnatio, vt creditor ſit indemnis.*

9 *Quid iuris ſit vbi pura eſt obligatio, aut æſtimatio ſpeciei poſt diem creuit.*

FVerunt † iam olim ex interpretibus qui 1
in hac quæſtione quam nos tractamus. De
ineunda rei debitæ æſtimatione, diſtin-
guendum dixerint, an merx, id eſt, tale
quid quod in genere conſiſtat, an ſpecies certa debea-
tur. Merce namque debita, in bonæ quidem fidei iudi-
ciis ſpectari tempus rei iudicandæ, in ſtrictis verò tem-
pus litis conteſtatæ ex *l. vltim. D. de condict. tritic. l. vi-
num 22. D. de reb. creditor.* iunct. *l. 3. §. in hac D. commod.
l. 2. §. ſi per venditorem D. de action. empt.* Si verò ſpecies,
non merx debeatur tam in bonæ fidei iudiciis, quàm in
ſtrictis, inſpiciendum eſſe tempus rei iudicandæ ſi tùm
res extet, aut mortis, ſi ante ſententiam ſpecies illa pe-
rierit ex *l. penult. D. de cond. tritic.* quam cum ſuperiori-
bus conciliari non aliter poſſe exiſtimarunt. Quam ſen-
tentiam ex recentioribus quoque ſecutus eſt *Iacob. Cu-
iacius* ad Africanum in *l. mercis 207. De verb. ſignif.* licèt
poſtea ab ea reſilierit *tract. 8. ad l. hominem 37. D. man-
dat.* Nec longè aliter *Hotoman. illuſtr. quæſt. 16.* cùm ad
legem illam penult. quã ſibi obſtare videbat, hoc vnum
reſpondet tractari eo loco de homine, niſi quod addit
mortuo, apertè in eo cæcutiens. Non. n. tractat Vlpian. de
homine mortuo, cum ait ſpectandum eſſe tempus con-
demnationis, ſed in ea tantùm parte quæ eſt de mortis
tempore inſpiciendo. Huius verò diſſimilitudinis † 2
quam inter ſpeciem & mercem conſtituunt, rationem
illam adferunt, quòd mercium precia & faciliùs & ſæ-
pius mutentur, quàm ſpecierum. Quod etſi ita eſt, ne-
gari tamen non poteſt quin ſpecierum quoque precia
pro locorum & temporum diuerſitate varientur, *l. precia
rerum 93. D. ad leg. falcid.* Neque rurſum hoc ad rem
pertinet, quia toties mutatam æſtimationem eſſe po-
nendum eſt quoties quæritur an hoc aut illud tempus
ad rem æſtimandam ſpectari oporteat. Et verò non po-
teſt hæc diſtinctio aut iuris rationi, aut prudentum reſ-
ponſis vllomodo conuenire. Nam quæ † rationes à no- 3
bis allatæ ſunt in ſuperioribus ad probandum, in iudi-
ciis ſtrictis præcisè ſpectari debere tempus litis conte-
ſtatæ, in iis verò quæ bonæ fidei ſunt, etiam tempus rei
iudicandæ

judicandæ, adeóque moræ vero tempore pluris res fuit, eas certum eſt perinde locum habere ſiue merx ſiue ſpecies ex contractu quolibet aut bonæ fidei aut ſtricto de-
4 beatur. Deinde aperta ſunt in hanc rem verba† *legis vlt. ff. de cond. tritic.* quæ quod de merce vt puta vino, oleo & frumento dixerat, ſi obligationi dies adiecta non ſit, deberi æſtimationem quæ fuerit tempore litis conteſtatæ, ſubiicit in aliis quoque rebus omnibus perinde obtinere. Nam qui cum *Iacobo Cuiacio ad d. l. mercis*, eam adiectionem referre volunt ad cæteras res frumento, vino & oleo ſimiles. i. quæ mercis appellatione contineantur, faciunt, meo iudicio, parum ſubtiliter, cum etiam tacente Iureconſulto dubitaturus nemo fuerit, quin quod de frumento, vino & oleo dictum eſſet cæteris quoque mercibus conueniret. Sed & Africanus noſter *d. l. hominem* tractans de ſtipulatione ex qua homo non merx debeatur, an non apertiſſimè ſcribit rei quæ ex ſtipulatu petitur æſtimationem referendam eſſe ad tempus li-
5 tis conteſtatæ? At omnium apertiſſimè diſtinctionem † hanc impugnat Vlpianus in *l. 3. §. in hac D. commod.* vbi ait non ſolum in cæteris bonæ fidei iudiciis, ſed etiam quod erat conſequens, in actione commodati æſtimari debere quanti res eſt ex tempore iudicandæ, quamuis, inquit, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur. Nam ſicut his verbis tam clarè docet differentiam quæ hac parte eſt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, vt nihil dici poſſit manifeſtius, ita fatendum eſt ad illum etiam caſum referendam eſſe differentiam quo ſpecies debeatur.
6 Neque enim † merx cadit in commodatum niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa, vt & cæteræ res omnes quæ in pondere, aut numero aut menſura conſiſtunt, vt ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. vlt. & l. ſeq.* Quo argumento iam olim *Bartolus* poſt *Accurſium* veterem illam diſtinctionem quam nos nunc refellimus, non inſubtiliter refutauit. Vnus tantùm iuris locus eſt qui interpretes iſtos fefellit vt ad commentitiam hanc diſtinctionem neceſſariò confugiendum putauerint. Is eſt, vt diximus in *d. l. penult. D. cond. tritic.* quam condictionem illi generalem eſſe volunt ad omnes bonæ fidei ſtrictíque iuris actiones, & in qua tamen rei iudicatæ tempus ſi res extet, ſin ſecus, tempus mortis ſpectandum eſſe Vlpianus eo loco ſcribit. Sed quàm alia diuerſaque ſit illius legis ſententia, in ſequentibus oſtendemus. Quemadmodum autem pleríque interpretes in eo errarunt quòd ſpeciem debitam à merce diſtinxerunt, in hoc aut illo tempore ſpectando ad ineundam æſtimationem, ita videntur mihi quotquot ſunt labi contrario errore in eo quod alia ex parte differentiam quæ inter ſpeciem &
7 mercem peruidens eſt non agnoſcunt. Nam † cùm ſpecies debetur, ſiue ad certam diem ſiue interpellationis aut conteſtationis tempore ſolui debuerit, nec ſoluta ſit, quandiu tamen extat nec deterior facta eſt, ea ipſa præſtari debet, non eius æſtimatio, licèt facta ſit vilior & minoris æſtimationis: aliud enim eſt fieri deteriorem, aliud viliorem, vt proximo capite dicemus: nec aliter vnquam recurrimus ad præſtandam pro ſpecie æſtimationem, quàm ſi ſpecies ipſa dari nequeat ſiue quòd extare deſierit, ſiue quòd deterior facta fuerit, ſiue quòd in dominio ſit alterius, quàm promiſſoris. Nimirum quia quòd homo aut fundus hodie pluris minoriſue eſt quàm anteà fuerit, facere non poteſt vt alius homo aut alius fundus exiſtimari debeat, quàm qui debetur, cùm in indiuiduo conſiſtat, nec rumpit in ſuo genere functionem. Quod enim Philoſophi ſpeciem vocant, noſtri genus, quod illi indiuiduum, noſtri ſpeciem appellant. Denique ſpecies quas dicimus non æſtimantur ex pretio, ſed earum pretia ex corporum qualitate & conditione, licet pro temporum quoque & locorum varietate conſtituuntur. At cùm merx debetur ſtatim atque deſiit poſſe ſolui ex poteſtate & iure obligationis, eiuſque æſtimatio immutata eſt, ſuccedit loco mercis æſtimatio omnimodo præſtanda, ſiue creuerit æſtimatio, ſiue decreuerit, quia cùm merces omnes in genere conſiſtant, & merx quælibet in ſuo illo genere functionem recipiat, conſequens eſt vt ſi pro tritico quod fuit decem aureorum quo tempore ſolui debuit, alio tempore quo quinque aut quindecim aureorum eſt, itidem triticum ſolui poſſet, aliud ſanè quàm quod debitum eſſet ſolui videretur. Itaque ex mutatione æſtimationis ipſius quoque mercis debitæ mutatio inducitur, quæ facit vt neceſſariò pro mercis æſtimatione deberi præſtarique oporteat, ne alioqui iniuria fiat vt promiſſori ſi æſtimatio creuerit, aut creditori ſi decreuerit. Qua de cauſſa videas Iureconſultos quoties de merce debita tractãt quæ ſoluta non ſit eo tẽpore quo ſolui debuit, tractare etiam de æſtimatione: vt intelligamus eum qui mercem dare obligatus fuit, nec dedit, cùm oportuit, numquam condemnari debere ad eam mercem dandam, ſed ſemper ad præſtandam æſtimationem: quod tamen ſimiliter in ſpecie debita non niſi fatuè & ridiculè facere iudex poſſit, *l. vlt. C. de fideic. libert.* ſed ita demum ſi ſpecies ipſa præſtari nõ poſſit aut per rerum naturam, vt puta cum perempta eſt *l. ſi ſeruum* [illegible] *§. ſequitur, & §. vlt. De verb. obl.* aut per contumaciam poſſeſſoris alienã rem inuito domino retinere v[illegible]tis *l. ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr. l. non enim 9. D. rer. amot. l. tutor. 8. D. de in lit. iurãd.* Huius verò differentiæ effectus magnus in eo eſt, quòd
ſi † merx debita fuit ſiue purè ſiue in diem, nec ſoluta 8
eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem licèt aliter atque aliter ineundam pro conuentionum & negotiorum diuerſitate: quia ita fit vt indemnis ſeruetur creditor ſi pluris merx fuit cùm dari debuit, quàm eo tempore ſit quo ſoluitur. Si verò ſpecies debita nec ſua die ſoluta fuerit, quæ tamen etiamnum extet quidem, ſed ita vt vilioris pretij ſit, quàm tùm fuit cùm ſolui debuit, ſicuti non poteſt recuſare creditor quominùs eam ipſam ſpeciem accipiat quæ adhuc ſcilicet debetur, ita in damno cõſtituitur, cùm minoris res eſt ſolutionis tempore quàm fuerit eo die quo dari eam ex conuentione oportuit. Quãdoquidem ſi eam ſua die debitor ſoluiſſet, tanti eam tum vendere creditor potuiſſet. Atqui conſtat eum qui in diem certam dare aliquid debuit ſi non dederit tanti condemnandum eſſe quanti creditoris interfuit ea die ſolutum eſſe *d. l. ſi Calendis 11. D. de re iudicat. l. nummis 3. De in lit. iur.* Conſequens igitur eſt vt quantò minor reperitur præſens æſtimatio, tantò amplior fieri debeat condemnatio vt creditori indemnitas præſtetur: Non quidẽ iure æſtimationis (neque enim de æſtimatione, vt iam diximus, quæri poteſt cùm res ipſa ſoluitur, quæ in obligatione eſt) ſed iure eius quod intereſt propter diei adiectionem. Ideo autẽ ponimus ſpeciẽ dari in certã diem debuiſſe pluriſque ea die fuiſſe, quoniam ſi aut pura obligatio fuit aut æſtimatio poſt diẽ creuit, aliud ſanè probandum eſt: Quia priori† caſ[u] id eſt, cùm 9
puta fuit obligatio, non tantæ poteſtatis eſt mora quæ per interpellationẽ contrahitur quantæ adiectio diei ad condemnationem eius quod intereſt inducendam, maximè ſi ex ſtipulatione aliòve contractu ſtricto agatur. Poſteriore verò caſu, id eſt, aucta ſpeciei æſtimatione ſatis hoc ipſo præſtatur præſens æſtimatio quòd ſpecies ipſa præſtatur quæ ſuam in ſeipſa æſtimationẽ continet, ideóque nec alia vlla condemnatione opus eſt, quod in merce debita non ſimiliter contingeret. Nam ſi merx eo tẽpore præſtaretur quo pluris eſſet, cùm ad certam diem ſolui anteà debuiſſet, aliud pro alio ſolui quodammodo videretur. Planè nulla alia adiecta ſi ex bonæ fidei cõtractu agatur, bona fides euincit vt neque moræ, neque litis conteſtatæ, neque condemnationis tempus præciſè ſpectari oporteat, ſed vero tempore res pluris fuit, quia nec tẽpus præciſè vllum eſt in quod contrahentes collatam voluerint ſolutionem *d. l. 3. §. ſi per vendit. & l. ſi ſterilis 21. §. cùm per vendit. D. de action. empt.* bonæ fidei ſiquidem ratio largiorem interpretationem admittit, cui locus nullus relinquitur cùm certa dies adiecta eſt.

ERROR

ERROR VIII.

Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione, non diſtinguentium viliórne an deterior facta ſit quæ debetur.*
2 *Aliud eſſe fieri deteriorem, aliud viliorem.*
3 *Species perire poteſt, merx non item.*
4 *Quomodo accipiendum quod aiunt ICti, ſpecie debita poſt moram deteriore facta, reducendam eſſe æſtimationem, ad tempus moræ.*
5 *Quæ æſtimatio præſtanda ſit cùm res facta quidem eſt deterior, ſed tamen pretioſior iam eſt, propter auctam æſtimationem.*
6 *Differentia inter mercem & ſpeciem.*

1 IN quæſtione † iſta de ineunda rei debitæ
æſtimatione præcipuus ferè omnium inter-
pretum & pragmaticorum error ille eſt,
quòd non diſtinguunt viliórne an deterior
facta ſit res quæ debetur, ſed quaſi nihil interſit ad eum
caſum quo res vilior effecta fuerit, accommodant leges
omnes quæ loquuntur de re facta deteriore. In quo ta-
2 men † quàm abſurdè fallantur, ex eo apparet quod fieri
facilè poteſt vt res debita vilior ſit, nec tamen deterior,
& contrà, vt deterior facta ſit, nec eo minùs tamen pre-
tioſior. Finge deberi ſeruum Pamphilum qui ex die
obligationis aut interpellationis claudus eſſe cœperit,
aut eluſcatus. Nemo dubitat quin ſit deterior qui deſiit
eſſe integro corpore. Et tamen quid impedit quominus
ſit pretioſior, id eſt, maioris pretij quàm cùm dari de-
buit, pretiis ſeruorum fortaſſis pro tempore vſque
adeò auctis vt qui moræ tempore quamuis integer non
niſi centum aureis dignus fuit, nunc etiam claudus &
eluſcatus dignus ſit ducentis? E contrariò finge factum
meliorem, vt puta pantomimum, aut ex citharœdo co-
mœdum, ſed tamen eo tempore quo pretia ſeruorum
tam ſint imminuta, vt ſi publica auctione diſtrahendus
ſit, non niſi centum aureis vendi poſſit qui antequàm
pantomimus aut comœdus fieret, vendi potuit ducen-
tis. Dicam factum eum eſſe & meliorem ſimul & vilio-
rem, non etiam deteriorem. Aliud igitur planéque di-
uerſum eſt deteriorem fieri, aliud viliorem. Deterioratio
enim ad ipſius rei corpus & ſubſtantiam pertinet, vili-
tas verò ad æſtimationem, quæ in ſingulos dies pro lo-
corum & temporum varietate alia atque alia eſſe po-
teſt, eadem licèt manente intrinſeca rei bonitate & qua-
litate. Idque ita eſſe conſtat etiam euidentiùs ex eo,
quòd ſi de merce agatur non de ſpecie, fatentur omnes
mercem poſſe fieri viliorem: quam tamen fatendum eſt
non magis deteriorem effici quàm perire poſſe. Quod
enim perire nullomodo poteſt, neque deterius fieri po-
teſt, quandoquidem nec aliud eſt fieri quid deterius,
3 quàm ex parte perire. Merx † autem ideò nec in totum
nec ex parte perire poteſt, quia in genere & quantitate
conſiſtit. Specierum propria conditio illa eſt vt & pe-
rire & deteriores fieri poſſint, quia in indiuiduo conſi-
4 ſtunt, quod non poteſt non perire. Proinde † quod qui-
buſdam iuris locis ſcriptum & ſpecie debita poſt mo-
ram deteriore facta reducendam eſſe æſtimationem ad
tempus moræ, vt in *leg. penultim. ff. de condict. triticar.*
leg. fundum Cornelianum 28. *ff. de nouat.* non ſic acci-
piendum eſt quomodo ab interpretibus & pragmaticis
omnibus accipi video, vt ſi poſt moram æſtimatio de-
creuerit, tanti æſtimari res debeat quanti fuit tempore
moræ etiam in iudiciis ſtrictis, cuiuſmodi eſt condictio

triticaria. Nihil enim falſius eſt ſiue iuris rationem in-
ſpicias, ſiue tot iuris locos, tota hac Decade toties in-
culcatos, quibus probatur in contractibus ſtrictis æſti-
mari rem præciſè ex tempore litis conteſtatæ, nec præ-
cedentis aut ſubſequentis temporis rationem vllam ha-
beri oportere *leg. vinum* 22. *D. de reb. credit. leg. vlt.*
De condict. tritic. leg. 3. *§. in hac. D. de commod. l. ho-*
minem 37. *D. mandat.* Quia nullius effectus mora eſt
in iudiciis ſtrictis niſi ad perpetuandam obligationem
leg. ſi ex legati 23. *De verb. obligat.* non etiam ad reti-
nendam æſtimationem quæ moræ tempore maior fuit,
cùm non idcircò cœperit æſtimatio eſſe in obligatione,
ſed res ipſa quandiu præſtari poteſt, quamuis longè vi-
lior facta proponatur, dum ne deterior, nam cùm dete-
rior facta eſt, atque ita ex parte, vt diximus, periit, eo-
dem iure cenſetur, quo ſi in totum periiſſet, quod ad
hoc vt totius rei æſtimationem quæ ante deterioratio-
nem fuit præſtari oporteat. Sicut enim nullomodo red-
di videtur res quæ deterior redditur *leg.* 3. *§.* 1. *D. com-*
mod. ita nec cogendus eſt creditor rei debitæ partem in
re ipſa, partem in æſtimatione accipere, licèt non eo mi-
nùs maneat res ipſa in obligatione quemadmodum ma-
neret tametſi in totum perempta eſſet. Ponimus nam-
que moram præceſſiſſe. Itaque condemnabimus debito-
rem non ad eam æſtimationem quæ nunc eſt tempore
litis conteſtatæ, ſed ad eam quæ fuit moræ tempore, id
eſt, priuſquàm res deterior facta eſſet. Quid ergo ſi † fa- 5
cta quidem ſit deterior, ſed tamen, quod fieri poſſe di-
ximus, pretioſior propter auctam pro tempore om-
nium rerum & ſpecierum quæ eiuſdem generis ſunt æ-
ſtimationem? An ea æſtimatio debebitur quæ moræ
tempore fuit, id eſt, ante deteriorationem quidem, ſed
tamen vilior quàm nunc ſit. An ea potiùs quæ nunc
maior eſt quamuis re facta deteriore? An illa denique
quæ haud dubiè nunc multò maior eſſet ſi res in priſti-
na ſua bonitate redderetur? Quod ergo certè probabi-
lius dici puto, quoties namque res debita poſt moram
perempta aut deterior facta eſt, eadem debitoris ratio in
omnibus conſtitui debet quæ eſſet ſi res neque perem-
pta, neque deterior reddita proponeretur. Alioqui quod
in odium moroſi debitoris iure conſtitutum eſt, vt rei
poſt moram deterioratæ æſtimatio ad tempus moræ re-
uocetur *dict. leg. penultim. de condict. tritic.* in ipſius fa-
uorem retorqueretur, nemo autem dubitare poteſt quin
ſpecies quæ etiam deterior poſt moram facta pluris ho-
die eſt quàm moræ tempore fuerit, longè pretioſior fu-
tura eſſet ſi deterior effecta non fuiſſet. Quod tamen
ob eam fortaſſis cauſſam Vlpianus in *dict. leg. penultim.*
prætermiſit, quia leges accommodari & ſolent & de-
bent ad eos caſus qui frequentiùs accidunt, ille verò ra-
riùs euenit, vt poſt deteriorationem res pluris ſit quàm
antè fuerit. Cæterùm ad debitas ſpecies duntaxat hic
tractatus pertinet. Nam † cùm merx debetur, quæ, vt 6
iam dictum eſt, non magis deterior fieri quàm perire
poteſt, nunquam ad tempus moræ reducitur æſtimatio
ſi triticaria condictione quæ ſtricta eſt, agatur, quamuis
æſtimatio mercis decreuerit. Et hæc perelegans quoque
mercis & ſpeciei differentia ei addenda eſt quam nos
tradidimus capite ſuperiore. Quam ſi interpretes & pra-
gmatici bene obſeruaſſent: numquam dixiſſent, viliore
poſt moram facta ſiue merce ſiue ſpecie debita
etiam ex contractu ſtricto ad tempus moræ
referendam æſtimationem ex *dict. l.*
pen. qua vna in hanc rem
abutuntur.

* * *

T ERROR

ERROR IX.

De condictione triticaria.

SVMMARIA.

§

1 *Condictio triticaria generalis eſt & competit ex omni cauſa, & ad res omnes præterquam ſi pecunia numerata petatur.*

2 *Quo ſenſu interpretes condictionem triticariam generalem eſſe autument.*

3 *Condictio triticaria nullo caſu bonæ fidei actio eſt.*

4 *Omnes condictiones ſiue generalem, ſiue ſpecialem appellationem habeant, ſunt ſtricti iuris.*

5 *Omnes actiones in perſonam condictiones cur dictæ.*

6 *Condictio triticaria certum & nominatum actionis perſonalis genus ſignificat.*

7 *Sententia L.vltim.D.de condiction.triticar. quò pertineat ſecundum veteres quoſdam interpretes, quorum error exploditur.*

1 Condictionem † triticariam generalem eſſe & competere ex omni cauſa, & ad res omnes præterquam ſi pecunia numerata petatur, ſcribit Vlpianus in *l.1.D.de condict. tritic.* Sed alio ſanè ſenſu quàm vulgò ab interpretibus
2 & pragmaticis accipiatur. Sic enim illi intelligunt † vt ex omni contractu ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris ſit competat hæc condictio, ac proinde vt condictio triticaria non minùs ſit bonæ fidei, qua parte datur ex bonæ fidei contractu quàm ſtricti iuris, qua ex parte datur ex ſtipulatione alióve contractu ſtricto. In quo falluntur euidenter. Numquam enim ſcriptum apud Iureconſultos reperias condictione triticaria eum agere qui agit depoſiti vel mandati, vel empti aut venditi, vel commodati, vel alio denique genere actionis quæ ſit bonæ
3 fidei: nec proinde poteſt defendi † vllo caſu condictionem triticariam bonæ fidei actionem eſſe. Omnes enim
4 condictiones † ſiue generalem appellationem & naturam habeant, cuiuſmodi ſunt condictiones certi & triticaria, quarum illa non niſi ad pecuniam numeratam, hæc ad cæteras res omnes competit, ſiue ſpecialem vt condictio furtiua, indebiti, ſiue cauſſa ob turpem vel iniuſtam cauſſam, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles, ſunt ſtricti iuris, nec vllam ex bonæ fidei interpretatione præſtationem admittunt. Non ſum neſcius actiones † omnes in
5 perſonam ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtricti iuris, ſiue arbitrariæ, condictiones appellari, propterea quòd veteres condictionem pro denunciatione dicebant quam in omnibus actionibus perſonalibus præcedere oportebat, vt Iuſtinianus refert in *§. appellamus. Inſtitut.de action.*
6 Sed condictionem † triticariam cùm dicimus non tam ad veteris illius denuntiationis vſum reſpicimus, quàm certum & nominatum actionis perſonalis genus ſignificamus, vt ex eo apparet quòd rem ſuam ex hac cauſſa petere nemo poteſt niſi ex certis cauſis, veluti ex cauſſa furtiua vel de re mobili vi arrepta, vt Vlpianus ait in *dict.l.1.§.vltim.De condict.tritic.* Id enim eſt quod dici ſolet neminem rem ſuam condicere præterquàm à fure aut raptore, qui fur improbior eſſe dicitur *l. item ſi 14. §. qui vim intulit. D. de eo quod met. cauſſ.* duorum ſcilicet odio receptum eſt vt condici eis poſſit quò pluribus actionibus teneantur *l. vltim. D. vſufruct. quemadmod. caueat. l.1. De condict. furt.* Et tamen nemo neſcit poſſe dominum agere depoſiti commodati, & aliis huiuſmodi actionibus bonæ fidei & in perſonam, vt rem ſuam repoſcat, licet non tanquam ſuam, ſed tanquam ſibi debitam. Neque enim rei ſuæ dominium amiſit qui eam aut depoſuit, aut commodauit, aut locauit, aut pignori dedit. Aliud igitur eſt condicere triticaria, aliud verò agere depoſiti vel commodati, vel pignoratitia actione. In eamque rem textus eſt perelegans in *lege ſi quis inficiatus, 3. §. 1. D. de depoſit.* vbi Paulus ſcribit, Competere quidem condictionem etiam rei depoſitæ nomine, ſed non antequàm dolo malo aliquid admiſſum ſit, non enim quemquam hoc ipſo quòd depoſitum accepit condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiſerit. Quod cùm ita ſit parum eruditè fecerunt quidam ex veteribus interpretibus, exiſtimantes † 7
Vlpiani ſententiam quæ extat in *leg.penult. De condict. tritic.* de inſpiciendo tempore condemnationis in æſtimanda re debita quæ per condictionem triticariam petatur ad eas duntaxat actiones referendam & coarctandam eſſe quæ bonæ fidei ſint, non etiam ad cæteras pertrahendam quæ ſunt ſtricti iuris. Cui commento cauſſam ſanè illud dedit quòd non aliter fieri poſſe crediderunt, vt is locus cum cæteris conſentiat, quibus ſcriptum eſt in iudiciis ſtrictis ſi de æſtimanda re quæratur litis conteſtatæ non rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe, *l.vinum 22. D.de reb.credit.l.vlt. D.de condic.tritic. l.3.§. in hac D. commod. l.hominem 37. D. mandat.* Eſt enim proprium ius iudiciorum bonæ fidei, vt in iis ſpectetur etiam tempus rei iudicandæ *d.§.in hac.l.3.§.ſi per venditorem, l. ſi ſterilis 21.§. cùm per venditorem, D. de action. empt.* Et certè fatendum eſt locum eſſe perdifficilem ſi quiſquam alius eſt in toto iure. Nec facilè dici poſſe quam ſententiam aut rationem habeat quod in *dicta l.penult.* Vlpianus ait in condictione triticaria ſpectandum eſſe tempus condemnationis, niſi eam interpretationem probes quam nos ſequenti capite, nec improbabilem, vt nos quidem videtur, adferemus. Tantum enim abeſt vt ea lex ad bonæ fidei actiones ſolas coanguſtanda ſit, vt nec de iis intelligi vllomodo poſſit, ſed tantùm de actionibus ſtrictis quæ omnes triticariæ condictionis appellatione continentur, ſi eas excipias quibus actor aut rem ſuam aut pecuniam numeratam perſequatur.

ERROR X.

De rei debitæ æſtimatione aucta poſt condemnationem.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio quid iuris obtineat, ſeu cuius temporis ratio habenda ſit ſi æſtimationis mutatio facta ſit poſt condemnationem, ad quem caſum pertineat.*

2 *Reſponſio Bartoli & aliorum pragmaticorum ad quæſtionem propoſitam.*

3 *Non eſſe augendam condemnationem etiamſi poſt elapſum quadrimeſtre iudicatis indultum creuerit æſtimatio: & ſeqq.*

4 *Per ſententiam quæ irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu incipit deberi ex iudicato.*

5 *Æſtimatio in quæſtione propoſita præſtanda eſt quæ fuit tempore condemnationis, ſi non per contumaciam debitoris, ſed per rei debitæ conditionem res præſtari nequeat.*

6 *Superior propoſitio obtinet, ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto condemnatio ſecuta ſit.*

7 *Vera ſententia l.penult.D.de condict.tritic.*

8 *Quomodo accipiendum ſit quod ait Vlpianus in d. l. ſpectari debere quanti res fuit tempore mortis: & quo caſu verum ſit num.9.*

10 *Cùm res extat non eſt quærendum de æſtimatione, niſi aliquid ſit quod impediat eius præſtationem: ſi verò extare deſiit, recurrendum ad æſtimationem, ſiue talis res ſit, quæ ſi extaret dari poſſet, ſiue quæ dari non*

non poſſet, quanquam vtroque caſu diuerſimodè ineatur æſtimatio.

11 *Si poſt condemnationem creſcere poſſet æſtimatio, nullus litium finis foret.*

DOcuimus hucuſque quid iuris obtineat ſi rei debitæ æſtimatio creuerit, vel decreuerit ante condemnationem, ſiue merx ſiue ſpecies debeatur, & per actionem vel bonæ fidei vel ſtricti iuris petatur. Dicen-
1 dum nunc eſt quid † ſi ea æſtimationis mutatio facta ſit poſt condemnationem. Nam & id plerumque accidit vt poſt rem iudicatam pluris minoriſve res ſit, quàm fuerit tempore latæ ſententiæ, propter moras quas iudicati executio trahere ſecum ſolet. Illud verò primùm obſeruandum eſt, nos cùm de aucta poſt ſententiam æſtimatione loquimur, eum caſum tractare, quo res ipſa debita, non eius æſtimatio deducta ſit in condemnationem. Conſtat enim æſtimationem quæ cœpit ſemel eſſe debita, nunquam ex poſtfacto creſcere aut decreſcere poſſe: quia neque incrementi capax eſt aut diminutionis. Non enim ſicut res debita, ita & rei æſtimatio aliam atque aliam recipere poteſt æſtimationem. Vnde fit vt in iudiciis ſtrictis ſpectemus eam æſtimationem quæ eſt tempore litis conteſtatæ præcisè, quia ſicut ante id tempus non æſtimatio, ſed res debetur, & in conteſtationem deducitur, ita poſt litem conteſtatam ſi res debita præſtari poſſe deſinat, vel quia perempta eſt ſi ſpeciem fuiſſe proponas, vel quia vilior nunc merx eſt quàm tùm fuerit, aut etiam pretioſior, cœpit ab eo tempore æſtimatio ſuccedere in locum rei debitæ, quia quale quantique quid eſt cùm petitur id niſi tale detur tanti æſtimari debet *leg. 2. D. de vſur.* quandoquidem nec poſt id tempus ſolui ampliùs res poteſt quin aduerſus conuentionem factum videri debeat, nouáque obligatio per conteſtationem contracta videtur, quam ſimul cum vetere & priſtina obligatione diſſolui neceſſe eſt, vt prior quæ poſteriori cauſſam dedit perimatur: quum in iudicio quaſi contrahatur *l. 3. §. idem ſcribit. D. de pecul. l. aliam 29. D. de nouat.* Sic igitur concepta ſententia & condemnatione, vt ad rem ipſam debitam ſit debitor condemnatus, ſi poſteà contingat vt res præſtari nequeat, ideóque neceſſe ſit recurri ad præſtationem æſtimationis, quæ aucta ſit vel imminuta, quæſtio eſt cuius temporis rationem in æſtimanda re haberi oporteat. Noſtri † diſtingunt an intra qua-
2 drimeſtre quod iudicatis ex Iuſtiniani conſtitutione indultum eſt, immutatio illa æſtimationis ſuperuenerit, an poſteà. Si intra tempus conſtitutum, non dubitant quin debitoris damno ea res cedere non debeat, quia totius illius temporis mora eſt impunita, cùm non tam ex culpa quàm ex legis beneficio proficiſcatur *l. 3. D. de vſur.* Sin poſt id tempus, volunt omnes augeri æſtimationis præſtandæ obligationem, non lege aliqua quam proferre in hanc rem poſſint, ſed illa tantùm ratione, ne, inquiunt, melior ſit conditio moroſi debitoris poſt condemnationem, quàm ſi non eſſet condemnatus ex *l. euidenter 16. D. de except. rei indic.* Sic enim *Bartolus*, & poſt eum cæteri ad *d. l. 3. §. in hac. D. commodat.*
3 Quod aiunt non † eſſe augendam condemnationem ob auctam ex iudicati tempore æſtimationem, ego admitto libentiſſimè. Non propter reſcriptum illud Antonini quo mouentur (neque enim pertinet ad rei debitæ æſtimationem, ſed tantùm ad acceſſiones naturales, id eſt, ad fructus, neque rurſus eo caſu locum habet quo mora præceſſerit condemnationem, vt ex vera rectáque iuris ratione magis quàm ex Antonini Imperatoris mente Papinianus eleganter diſputat in *d. l. 3. de vſur.*) Sed quia nec poſt elapſum quadrimeſtre patior creſcere condemnationem, tametſi ex eo tempore noua mora contracta ſit ob id quod non eſt ſatisfactum iudicato. Nam ſi poſt nouam illam moram cum condemnatione iunctam non creſcit obligatio præſtandæ æſtimationis, quantò minùs creſcet ante moram? Vt verò nec
poſt moram creſcere patiar, ex eo moueor quòd per † 4
ſententiam quæ irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu ſiue bonæ fidei ſiue ſtricto incipit deberi ex iudicato, *l. vlt. C. de vſur. rei indic. l. ſi fundum 16. §. creditor. & §. ſi pluris, D. de pignor.* Vnde fit vt eæ quoque vſuræ deberi deſinant quæ ex contractu aut ex natura iudicij bonæ fidei debeantur, nec aliæ poſſint exigi, quàm quæ ex iudicato certæ & per legem conſtitutæ ſunt *l. in bona fidei 13. C. de vſur.* Denique poſtquàm iudicatum eſt nihil quærendum ſupereſt, niſi quid iudicatum ſit. Nam ſiue plus ſiue minus deductum fuerit in condemnationem quàm illud fuit quod debebatur, illud ipſum præſtandum eſt quod ex iudicato debetur, nec plus nec minùs. Id enim facit autoritas rerum iudicatarum *d. §. ſi pluris.* Atqui ſi æſtimatione creſcente poſt condemnationem plus præſtare cogeretur debitor condemnatus quàm quanti ſententiæ tempore res fuiſſet, plus vtique præſtaret quàm quantum deductum eſſet in condemnationem. Non enim fieri poteſt vt re † ipſa deducta 5
in condemnationem, videatur iuſſus & condemnatus debitor, vt ſi aliqua de cauſſà rem præſtare nequeat, aliam præſtet æſtimationem quàm quæ fuit tempore rei iudicatæ. Ponimus ſiquidem ideò recurri ad præſtationem æſtimationis, quòd res ipſa præſtari nequeat, non per contumaciam debitoris, quo caſu aliud ſanè eſſet, ſed per ipſam rei debitæ conditionem & qualitatē fortè quòd Stichus, qui dari debuit alienus reperiatur, aut iam euictus, qui proinde præſtari ita non poſſit vt detur eiúſque dominium transferatur. Nam cùm hoc caſu non aliter iudicato ſatisfacere poſſit debitor qui Stichum dare, id eſt, dominium eius transferre debuit, quid aliud faciendum ſupereſt niſi vt æſtimatio præſtetur? Quænam porrò æſtimatio niſi quæ condemnationis tempore fuit? Quare nec diſtinguemus † an ex bonæ 6
fidei iudicio, an ex ſtricto ſecuta condemnatio ſit: quia vtroque caſu verum eſt nihil amplius deberi niſi ex iudicato cuius eadem ſemper autoritas eſt. Eaque mihi videtur ſententia † eſſe Vlpiani in *l. penult. D. de condict.* 7
tritic. cùm ait in condictione triticaria quam ſtricti iuris ſemper eſſe iam diximus, ſpectandum eſſe tempus condemnationis, irrogatæ ſcilicet, non irrogandæ, ne alioqui pugnet is locus cum *l. vlt. eod. tit.* tótque aliis legibus in quibus ſcriptum eſt ab eodem etiam Vlpiano in iudiciis ſtrictis ſi de ineunda rei debitæ æſtimatione quæratur ſpectari debere tempus litis conteſtatæ, condemnationis verò numquam, *dict. l. 3. §. in hac. D. commod. lege vinum 22. D. de reb. credit. lege hominem 37. D. mandat.* Nec eſt contrarium quod in eadem lege Vlpianus ſubiicit ſi † homo qui per condictionem tri- 8
ticariam petitus fuit deceſſerit, mortis tempus ſpectari oportere. Nam & id quoque ſic ego intelligo, ſi deceſſerit poſt condemnationem. Alioqui nullo ſanè caſu fieri poteſt vt mortis tempus inſpiciatur. Aut enim moram aliquam præceſſiſſe fingimus, aut nullam. Si nullam, certum eſt ſpeciei interitu liberationem omnimodo contingere, nec proinde fieri poſſe vt condemnatio vlla ſequatur, *lege ſi ex legati 23. de verb. oblig.* Sin mora aliqua præceſſit, conſtat non ſolùm ſupereſſe obligationem etiam re perempta, *lege ſi ſeruum 91. §. ſequitur, & §. vltim. eod. l. promiſſor Stichi 21. leg. promiſſor hominis 23. D. de pecun. conſtitut.* ſed etiam, quod magis eſt rei illius tametſi iam peremptæ æſtimationem creſcere in tempus vſque non equidem rei iudicandæ, ſed litis conteſtatæ ſi poſt moram & ante litem conteſtatam deceſſerit, ob idque nimirum deferri neceſſariò iuſiurandum actori oportere, quoniam ſine delatione iuſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, *leg. in actionibus 5. §. vltim. de in lit. iurand.* Quod vtique falsò diceretur ſi mortis tempus ἐν πλάτει, vt Vlpianus loquitur ſpectandum eſſet Quid

enim facilius quàm eas quoque res quæ extare deſierunt æſtimare inſpecto eo tempore quo aliquando extiterunt: Vt contingit in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, de quibus ſequenti Decade dicemus. Vt verò etiam peremptæ rei poſſit creſcere æſtimatio, ex eo fit quod quamuis verè & naturaliter perempta ſit, tamen poteſtate iuris habetur pro adhuc extante adeò vt peti poſſit, licèt non ampliùs præſtari *dict. l. ſi ſeruum, §. vltim. de verbor. oblig.* Indéque illud etiam euenit vt certis caſibus etiam fructuum qui ex ea re percipi potuerunt in tempus vſque rei iudicatæ condemnatio fieri debeat *leg. Iulianus 17. D. de rei vindicat.* Ergo quod Vlpianus vult in *dict. leg. penultim. D. condict. tritic.* ſpectari debere quanti res fuit tempore mortis, aliam interpretationem recipere non poteſt quàm vt ita demum id verum ſit ſi poſt ſententiam res perierit. Neque tamen indiſtinctè & generaliter verum arbitror re poſt ſententiam perempta ſpectandum eſſe tempus mortis, ſed vno tantùm illo † caſu quo nulla alia ratio ſit propter quam eximi debeat reus ab ipſa re præſtanda, quàm quia res extare deſiit. Finge mortuum eſſe Stichum, qui etiamſi viueret, dari tamen non poſſet, fortè quòd alienus, aut iam euictus eſſet. Cur dicamus eam deberi Stichi æſtimationem, quæ quo tempore is mortuus eſt maior fuit quàm tempore condemnationis, cùm ſi hodie viueret, non alia quàm quæ condemnationis tempore fuiſſet, deberetur? Vtique enim nemo dixerit fieri quem pluris ob hoc ſolùm quòd ſit mortuus. Sed quemadmodum qui ad hominem dandum condemnatus eſt quandiu homo extat, & dari poteſt, non liberatur dando æſtimationem, quæ iudicati tempore fuit, præſertim ſi homo ille pluris nunc ſit, quia non æſtimationem debet, ſed hominem, quem ſi nunc daret, præſentem quoque ipſius æſtimationem dare videretur, ita & homine illo, qui dari debuit perempto poſt rem iudicatam, ſi pluris fuit mortis tempore quàm condemnationis, nihil cauſſæ eſt cur ad tempus ſententiæ referenda ſit æſtimatio, cùm ſi iudicato ſatisfactum fuiſſet victor ex Stichi venditione pretium quod maius ſuperueniſſet, redigere potuiſſet. Quòd ſi quis miretur caſus iſtos ab Vlpiano non ita apertè diſtinctos fuiſſe, cogitare debebit ex eo factum hoc fuiſſe, quòd vel ſola ipſa caſuum diuerſitas ſatis ſupérque hanc diſtinctionem inducit. Nam cùm res † extat, non 10 eſt quærendum de æſtimatione, niſi aliquid ſit quod impediat ne præſtari res poſſit, vt cùm aliena reperitur, vel iam euicta: ideóque cùm de rei extantis æſtimatione præſtanda tractamus, hoc ipſo ſignificamus eum à nobis caſum tractari quo res debita præſtari nequeat. Cùm verò extare deſiit, neceſſariò recurrimus ad æſtimationem, ſiue talis res fuit, quæ ſi hodie extaret dari poſſet, ſiue talis quæ dari non poſſet tametſi extans proponeretur. Cæterùm non inde fit conſequens, vt eadem vtroque caſu ratio haberi debeat ineundæ æſtimationis rei quæ non extat. Aperta enim diſſimilitudinis cauſſa illa eſt quam nos nunc tradidimus. Et ſanè ſi poſt † condemnationem creſcere poſſet æſtimatio, nul- 11 lus vnquam litium finis eſſet. Noua enim condemnatione opus eſſet, & conſequenter aut potiùs antecedenter noua conteſtatione, atque ita res abiret in infinitum. Quod ne accidat in eo perſtandum neceſſariò eſt vt iudicati executio fiat, ac proinde vt ad condemnationis tempus æſtimatio referatur: Alioqui non tam præcedentis condemnationis executio, quàm noua condemnatio fieri videretur. Hoc ipſum tamen ſic intelligi debet ſi non ante condemnationem poſt moram res deterior facta ſit. Tunc enim ad moræ tempus reuocanda eſt æſtimatio, vt Vlpianus ſcribit in *d. leg. penultim.* De cuius ſententia & ratione, itémque de cæteris quæ hoc capite diſputauimus, qui plura ſcire volet, legat quæ nos fuſiſſimè in hanc rem ſcripſimus *lib. Coniect. 16. capite 4. & 5.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaſeptima.

ERROR PRIMVS.

De æſtimatione Quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Error communis interpretum & pragmat. putantium ſiue ex bona fidei iudicio, ſiue ex ſtricto quid petatur & mora facta ſit, ſiue per lapſum diei, ſiue per interpellationem iudicialem aut extraiudicialem condemnandum eſſe debitorem quanti plurimi res fuit ex die moræ in diem condemnationis, adeóque & ſolutionis, detracto tantùm eo tempore, quod iudicatis ad ſoluendum datur.*

2 *Vnde prædictus error manarit.*

3 *d. Erroris reiectio.*

4 *Nec lege, nec ratione ſuffultum eſſe quod aiunt interpretes condemnandum debitorem moroſum quanti plurimi res unquam fuit à die moræ.*

5 *ICti non tractant de æſtimatione quanti plurimi, niſi cum de actione legis Aquiliæ, aut condictione furtiua diſputant, & cur vtrobique locum habeat.*

6 *A quo die teneatur fur præſtare quanti plurimi res fuit.*

7 *Abhorret à iuris ratione, vt præſtetur æſtimatio quanti plurimi, niſi magna neceſſariáque cauſſa vrgeat.*

8 *Declaratio leg. 3. §. cùm per venditorem. D. de act. empt.*

TRactatus hic pertinet ad ea quæ aduerſus errores interpretum & pragmaticorum à nobis diſputata ſunt Decade ſuperiore. Iam enim ſæpius diximus interpretum & pragmaticorum errorem † celeberrimum hunc eſſe, vt pu- 1 tent ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto quid petatur, & mora facta ſit, ſiue per lapſum diei, ſiue per interpellationem aut iudicialem aut extraiudicialem condemnandum eſſe debitorem quanti plurimi vnquam res fuit ex die moræ in diem vſque non modò condemnationis, ſed etiam ſolutionis, detracto tantùm eo tempore quod iudicatis ad ſoluendum datur. Quæ receptiſſima *Bartoli* traditio eſt ad *§. in hac. l. 3. D. commod.* Cur † cauſſam illud dedit quod Iureconſulti, quibus locis 2 tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione nunc hoc nunc illud tempus ſpectari volunt, aliquando diem quo

quo dari res debuit, obligatione ſcilicet in diem certum
concepta, vt in *l. quoties* 59. *D. de verb. obligat.* aliquan-
do tempus litis conteſtatæ *l. vnum*, 22. *D. de reb. credit. l.*
vlt. De condict. triticar. l. hominem, 37. *D. de mandat.* ali-
quando condemnationis vt in *l. pen. de condict. tritic.*
aliquando denique vero tempore pluris res fuit aut quo
mora contracta eſt, aut quo lis in condemnationem de-
ducitur, vt in *l. 3. §. ſi per venditorem*, & in *l. ſterilis* 21. §.
3 *cum per venditorem, D. de act. empt.* Egregij † ſanè inter-
pretes & ſubtiles nec iniqui, ſi diis placet legum con-
ciliatores, qui quod à prudentibus tam prudenter con-
ſtantérque proditum eſt, de hoc aut illo duntaxat tem-
pore ſpectando pro negotiorum & iudiciorum varieta-
te, ſic intelligunt vt indiſtinctè & omni caſu cuiuſlibet
temporis rationem haberi oporteat. Eſſet tamen fortaſſe
quod eorum imprudentiæ parceretur ſi ſublata iudicio-
rum bonæ fidei & ſtricti iuris differentia, hoc tantùm
dicerent: inſpici debere vero tempore pluris res fuit aut
moræ, ſiue per lapſum diei, ſiue per interpellationem
contractæ aut litis conteſtatæ, aut rei iudicandæ: poſſet
enim id ſufficere ad ſupradictos omnes iuris locos con-
ciliandos, ſi nihil aliud agunt illi niſi vt concilient. Sed
illud ferre nullomodo poſſum, quod tam pertinaciter
4 omnes defendunt condemnandum † eſſe debitorem
moroſum quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ.
Id enim faciunt non ſolùm ſine lege & ratione, ſed etiam
contra eas ipſas leges quibus mouentur. Nam hoc ipſo
quod aiunt aut hoc aut illud tempus ſpectandum eſſe,
aut vero tempore pluris res fuit vel moræ vel condem-
nationis, an non negant apertiſſimè æſtimandam eſſe
rem quanti plurimi medio tempore vnquam fuit? Cur
enim extremorum tempora ſpectari dicerent, ſi totum
intermedium tempus excludi nollent? Denique me il-
lud maximè mouet quòd cùm in pragmaticorum & vul-
garium interpretum ore nihil ſit frequentius quàm vt
de quanti plurimi æſtimatione præſtanda loquantur,
Iureconſulti contrà nuſpiam de huiuſmodi æſtimatio-
5 ne tractant, niſi † cùm vel de condictione furtiua diſpu-
tant, vel de legis Aquiliæ actione. Quarum actionum
ſpeciale certè & ſingulare ius eſt. Actionis quidem A-
quilianæ propter verba legis quæ ſic concepta ſunt vt
quanti plurimi homo fuit eo anno quo occiſus eſt, fa-
cta retrorſum anni computatione, actori præſtari opor-
teat, *l. ait lex* 21 *D. ad leg. Aquiliam.* Condictionis verò
furtiuæ, quia fur ex quo die furtum admiſit, moram
ſemper facere adeóque furti continuatione furtum quo-
que perpetuò admittere intelligitur, *l. in re furtiua* 8.
§. 1. *D de condict. furtiu.* Quamquam hoc quoque quod
6 dicimus teneri furem † condictione furtiua vt præſtet
actori quanti vnquam plurimi res fuit, non vſque adeò
generaliter accipi debet, vt quanti plurimi res fuit, à
die furti commiſſi præſtandum ſit, ſed tantùm quanti
plurimi fuit à die litis conteſtatæ in diem vſque con-
demnationis: neque enim egreditur retrorſum iudicij
accipiendi tempus, vt Vlpianus ait in *l. 2. §. quæſitum,*
De priuat. delict. id eſt, quo lis verè conteſtata eſt, vt nos
aduerſus *Accurſium* & *Cuiacium* in ſequentibus dice-
7 mus. Et ſanè abhorret omnino à iuris † ratione, vt ea
quanti plurimi æſtimatio vnquam ferè niſi magna pla-
néque neceſſaria de cauſſa præſtetur. Ex quo enim certa
æſtimatio deberi cœpit, non poteſt quantumcunque
doloſa debitoris mora & contumacia facere, vt ea æſti-
matio augeatur, quia nec incrementi capax eſt, cùm in
pecunia certáque quantitate conſiſtat, *l. 3. D. de in lit.*
iurand. Atqui iuris ratio facit vt quanti res fuit tem-
pore litis conteſtatæ, præſtari debeat, quia nouiſſimum
illud tempus eſt quo ſolui ex conuentione res potuit,
leg. 2. D. de vſuris, iuncta *l. ſi Calendis* 13. *D. de re iu-*
dicat. Nec quod in iudiciis bonæ fidei ſpectamus vero
tempore pluris res fuit aut moræ aut condemnationis,
ad rem facit. Nam vt ſuo loco docuimus, non tam ex
mera iuris ratione id conſtitutum eſt quàm ex bona fi-
de, & eo colore, quòd ſi mora contracta non fuiſſet,
haberet hodie rem creditor, ea verò contracta ſaltem
hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit, vt
Paulus ratiocinatur in *dicto §. cum per venditorem.* In
qua † tamen ratiocinatione ponderandum eſt quod 8
lex ait *hodie haberet*, item quod ſequitur *ſaltem hodie*
dandum eſt, vt intelligamus non eam æſtimationem
deberi, quæ medio tempore maior fuit, ſed eam de-
mum quæ nunc eſt: nunc, inquam, id eſt, cùm lis aut
in conteſtationem, aut in condemnationem deducitur.
Nam poſt condemnationem non poteſt augeri æſtima-
tio ſiue ipſa in condemnationem deducta ſit, vt fieri
neceſſe eſt cùm iudici ſententiam ferenti apparet rem
ampliùs præſtari non poſſe, licèt remaneat in obliga-
tione, vt in *lege ſi ſeruum* 91. *paragrapho vltim. De*
verbor. obligation. ſiue res ipſa ex iudicato debeatur,
ſed quæ tamen præſtari nequeat, quia iam iudicati
tempore aut aliena fuerit, aut euicta vt diximus capite
præcedenti. Ex quo & aliis quæ tota Decade diſputaui-
mus peti poterunt cætera quæ pertinent ad hanc diſ-
putationem.

ERROR II.

De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua.

SVMMARIA.

1 *Proponitur explicanda ſententia l. in re furtiua. 8. §. 1 D. de condict. furt.*

2 *Placet interpretibus & pragmaticis ex d. l. teneri furem condictione furtiua quanti plurimi res fuit à die admiſſi furti, in diem reſtitutionis, ſeu ſatisfactionis.*

3 *Teneri furem præſtari quanti plurimi res fuerit duntaxat à die litis conteſtatæ, contra interpp. & pragmat. & ſeqq.*

4 *Tempus iudicij accipiendi eſt tempus litis conteſtatæ: & num. 7.*

5 *Reiicitur diſtinctio Accurſiana inter iudicij accipiendi & accepti tempus.*

6 *Falſam eſſe Accurſij propoſitionem, poſſe dominum condictione furtiua agentem iudicium accipere eo ipſo die, quo furtum factum eſt.*

7 *Senſus verborum. lege ſecunda, §. quæſitum, D. de priuat. delict.* condictio ex cauſſa furtiua non egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus.

8 *Explicatio lege octaua, §. primo, D. de condit. furt. & num. 11.*

9 *Iuris ratio non patitur vt eius contra quem agitur obligatio creſcat ob id ſolùm, quod tardiùs contra eum agitur.*

10 *Cur non moram perpetuò facere fur intelligatur, à die furti quanti plurimi res fuit, tamen non teneatur.*

12 *Detrimentum rei quæ poſt moram deterior facta eſt periculo eius cedit, qui moram contraxit.*

13 *Interpretatio d. l. 2. § quæſitum. D. de priuat. d. à Stephano Græco interprete allata, & à Cuiacio probata reiicitur.*

14 *d. §. quæſitum, interpretatio Accurſiana, & eiuſdem reiectio.*

15 *Si pluris res fuerit tempore admiſſi furti, cur ad eam quoque æſtimationem condictionis furtiuæ poteſtas non extendatur.*

16 *Odio furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur.*

17 *Condictio furtiua actionem furti non perimit.*

18 *Cur in condictione furtiua non ſpectetur præciſè tempus litis conteſtatæ, vt in cæteris ſtricti iuris actionibus.*

19 *Interpretes vt probent in condictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi fuit à die furti abuti iuris locis, in quibus ſcriptum, furti æſtimationem creſcere penes furem.*

20 *Lapſus Cuiacij in quæſtione de æſtimatione rei quæ condictione furtiua petitur.*

De æſtimatione quanti plurimi tractant, vt
proximè diximus, Iureconſulti cùm diſpu-
tant de condictione furtiua *l.in re furtiua* 8.
1 §.1. *D.de condict.furt.* vbi Vlpianus † ſcribit
ſi ex cauſa furtiua res condicatur & quæratur, cuius
temporis æſtimatio fieri debeat, id tempus ſpectandum
eſſe quo res vnquam plurimi fuit. Sed quo ſenſu ita Vl-
pianus ſcripſerit, etſi interpretes omnes & veteres & re-
centiores conſentiunt cum pragmaticis, mihi tamen
2 cum ipſis nullomodo conuenit. Interpretum † enim &
pragmaticorum ſententia eſt, Teneri furem condictio-
ne furtiua quanti plurimi vnquam res fuit à die admiſſi
furti in diem vſque reſtitutionis factæ aut aliter præſti-
3 tæ ſatisfactionis. Ego verò fateor quidem † creſcere æ-
ſtimationem in id vſque tempus quo res furtiua reſti-
tuatur, ſed nego eam æſtimationem egredi retrorſum
iudicij accipiendi tempus: quomodo idem Vlpianus di-
ſertè ſcribit in *l.2.§.quæſitum, D.de priuat.delict.* Tem-
4 pus † autem iudicij accipiendi interpretor tempus litis
conteſtatæ. Sic enim loqui prudentes ſolent, quia non
niſi poſt litem apud prætorem conteſtatam iudicium
accipi olim poterat, cùm ille iudiciorum ritus eſſet vt ex
eo tempore iudices dare prætor & poſſet & deberet *l.2.*
5 *C.de pedan.iudic.* Neque poſſum probare differentiam †
illam quam Accurſius inducere videtur inter iudicij ac-
cipiendi & accepti tempus: Quaſi iudicij accepti tem-
pus ad litis conteſtationem referendum ſit, iudicij verò
accipiendi, ad tempus admiſſi furti, quòd, inquit, ex eo
die iudicium accipi & litis conteſtatio fieri potuerit
contra furem ſi dominus in agendo diligentior eſſe vo-
luiſſet. Nam vt taceam quod ex innumeris iuris locis
probari poſſet, iudicij accipiendi & accepti tempus apud
Iureconſultos pro eodem vſurpari, vtrumque ſcilicet
pro tempore litis conteſtatæ, illud etiam euidenter fal-
6 ſum † eſt poſſe dominum condictione furtiua agentem
iudicium accipere eo ipſo die quo furtum factum eſt, ſi
diligens eſſe velit ad agendum. Quantumlibet enim di-
ligens ſit, fieri tamen nequit vt iudicium accipiat niſi
poſt litem conteſtatam, vt diximus, litis autem conteſta-
tio præcedere non poteſt, quin præceſſerit editio actio-
nis, vocatio in ius, & alia eiuſmodi quæ ſunt præpara-
toria iudiciorum: quæ tamen omnia nemo dixerit vno
eodémque die expediri poſſe. Fatendum igitur eſt quod
7 Vlpianus ait † condictionem furtiuam non egredi re-
trorſum iudicij accipiendi tempus, alium ſenſum habere
non poſſe quàm hunc, vt quanti plurimi res furtiua fuit
à die admiſſi furti in diem vſque litis conteſtatæ, in con-
dictionem furtiuam numquam veniat, ſed duntaxat
quanti plurimi vnquam fuit à die litis conteſtatæ in id
vſque tempus quo res reſtituatur ſiue ante ſiue poſt
8 condemnationem. Nec ad rem pertinet † quod in *dict.l.*
in re furtina 8. §.1. *de condict. furt.* idem Vlpianus gene-
raliter ſcribit condemnandum eſſe furem in hac actione
quanti plurimi vnquam res fuit. Vnum enim iuris lo-
cum ex alio interpretationem accipere nihil vetat, ma-
ximè verò cùm vterque locus eiuſdem eſt Iuriſconſulti
quem à ſeipſo diſſentire credendum non ſit: Concur-
rente præſertim iuris ratione quæ eam euincat inter-
pretationem. Quantumuis enim fur odio dignus, iuris
9 tamen ratio † non patitur vt eius contra quem agitur
obligatio vnquam creſcat ob id ſolùm quòd tardiùs con-
tra eum agatur, quemadmodum Paulus ait in *l. ſi ſteri-*
lis 21. *§.cum per venditorem, D.de action.empt.* Eſt enim
quod ſibi dominus imputet potiùs quàm furi cur citiùs
non egerit, vt furem maioris æſtimationis præſtandæ
periculo oneraret. Atqui, inquies, moram † perpetuò fa- 10
cere fur intelligitur *dict.l.in re furtina.* §.1. Cur non ergo
à die furti quanti plurimi res fuit, tenebitur? Reſpon-
deo, quia condictio furtiua ſtricti iuris eſt ſicut & cæte-
ræ omnes condictiones. In quo actionum genere iam
ſæpiùs diximus nullam prorſus haberi rationem moræ
cùm de ineunda rei æſtimatione tractatur, ſed tantùm
quòd ad perpetuandam obligationem: Et quamuis Vl-
pianus in *dict.§.1.l.8.* hanc ſententiæ † ſuæ rationem 11
adferat *quia fur in re furtiua moram ſemper facere intel-*
ligitur, non tamen ea ratio referenda eſt ad id quod pri-
mùm dixerat de præſtanda quanti plurimi æſtimatione,
ſed ad id quod proximè præcedit, furem ſi deteriorem
factam rem reddat non liberari. Eſt enim iuris illa regula
generalis. Detrimentum † rei quæ poſt moram deterior 12
facta ſit periculo eius cedere, qui moram contraxit:
quemadmodum & eius periculo res periret *l.penult. D.*
de condict.tritic.l.ſi ex legati 23. *l.ſi furunm.*91. *§.ſequi-*
tur, & §.vltim.de verborum obligation. Neque probabilior
eſt Stephani † interpretis Græci adnotatio, licèt à *Cuia-* 13
cio probata ad *l.quoties* 59. *eod.tit.* vt quod Vlpianus ait
in *dict.l.2.§.quæſitum de priuat.delict.* æſtimationem rei
furtiuæ in condictione furtiua non egredi retrorſum
iudicij accipiendi tempus, ad eum caſum coanguſtetur,
quo rei æſtimatio à die furti admiſſi in diem vſque litis
conteſtatæ non decreuerit. Perinde enim poſſet quis di-
cere condictionem furtiuam non egredi retrorſum rei
judicatæ tempus, ſi penes eundem eſſe ſempérque fuiſ-
ſe valorem rei furtiuæ à die furti admiſſi in diem vſque
rei iudicatæ. Æquè autem ridiculus † eſt Accurſ.ad *dict.* 14
§. quæſitum vbi tentat an dici poſſit Vlpiani ſententiam
eo loco proditam ita demum obtinere ſi pluris nunc res
ſit cùm agitur quàm anteà fuerit. Eſt enim interpretatio
hæc non ſolùm commentitia, ſed etiam inepta quæ ine-
ptum facit Vlpianum. Quare nec in ea perſtat Accur-
ſius, ſed ad illam confugit quam nos primo loco & re-
tulimus & refutauimus. Quid ergo, inquies, ſi pluris † 15
res fuit eo tempore quo furtum admiſſum eſt, cur non
ad eam quoque æſtimationem condictionis furtiuæ
poteſtas extendetur? Reſpondeo id fieri non poſſe pro-
pter naturam actionis quæ ſtricta eſt: neque tamen ob
hoc meliorem effici conditionem furis, quoniam actio-
ne furti ad ipſum conueniri poteſt vt eam præſtet æſti-
mationem quæ fuit tempore delicti, *l.cùm furti* 9. *D.de*
in lit. iur. Eſt enim odio † iuris receptum vt pluribus 16
actionibus teneatur etiam contrariis, vt puta vindica-
tione & condictione furtiua, quamuis alioqui verum ſit
nemini condictionem rei ſuæ dari, *§.itaque, inſtit. de*
act. l.1. §. vlt. de condict. tritic. l. vltim. D. vſufruct.
quemadmodum caueat. Nimirum vt quod vna actione
conſequi dominus non poteſt, alia conſequatur. Neque
enim condictio † furtiua actionem furti perimit, cùm 17
hæc pœnalis, illa rei perſecutoria ſit, *l.ſi pro fure* 7. *§.1. de*
*condict.furtiu l.ſi pignor.*54. *§.cum furti, D.de furt.* Inſta-
bis. Cur ergo non ſpectamus † in condictione furtiua 18
tempus litis conteſtatæ præciſè vt in cæteris omnibus
ſtricti iuris actionibus? Ego verò non aliam poſſim ra-
tionem reddere quàm quia ſic conſtitutum eſt à pru-
dentibus, eodem, vt puto, furis odio, quod illud etiam
contra iuris regulas receptum eſt vt fur condictione
furtiua teneatur. Nam & illud ſimiliter conſtitutum
cernimus, vt in actione legis Aquiliæ res æſtimetur
quanti plurimi eo anno fuit, retrorſum facta anni com-
putatione, nec tamen poſſis dicere cur eo anno potiùs
quàm aut ſemeſtri, aut biennio, niſi quoniam ita con-
ſtitutum eſt. Interpretes † autem vt probent in con- **19**
dictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi vnquam
fuit à die commiſſi furti, abutuntur euidenter quibuſ-
dam iuris locis quibus ſcriptum eſt furti æſtimationem
creſcere

creſcere penes furem, vt puta ſi infans ſubreptus ſit qui apud furem adoleuerit, ne alioqui eueniat vt per furti continuationem melior furis conditio fieri videatur, vt Celſus diſputat in *l. inficiando 67. §. infans* iunct. *l. in furti 50. D. de furt.* Nam præter id quod de illo non ſatis benè conſtitit inter Iureconſultos, pleriſque exiſtimantibus ad furti tempus ſemper referendam eſſe æſtimationem, vt docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 12. ex l. ei qui 9. eod. & l. vlt. D. rer. amot.* Sunt iſta logè differentia, Creſcere furti æſtimationem penes furem, & condemnari furem quanti plurimi vnquam res fuit à die furti. Quod enim fur infantis, nunc adoleſcentis, præſtat adoleſcentis nō infantis æſtimationem, non ex eo fit, quòd à tempore admiſſi furti pluris infans fuerit, ſed qua pluris eſt nunc cùm agitur, nec dubitatur quin ea ſaltem æſtimatio debeatur, quæ litis conteſtatæ tempore reperitur. Adde quòd ea quæſtio prudentúmque diſſenſio ad actionem furti pertinet, non ad condictionem furtiuam, de qua dubitari minùs poteſt quin competat ad rem ſubreptam licèt factam precioſiorem penes furem, cùm per huiuſmodi conditionem non æſtimatio, ſed corpus ipſum petatur, proindéque ſufficit idipſum corpus eſſe, quod furto ſubtractum eſt *d. l. in re furtiua, in princip.* iunct. *l. ex argento 15. eod. tit. De condict. furt.* Cæterùm hic illud prætermittendum non eſt *Iacobum Cuiacium* † in hac quæſtione præcipuo quodam errore

2 labi in eo quod ſcribit *tract. 8. ad African. in l. hominem 37. D. mandat.* in condictione furtiua æſtimari rem vtro tempore pluris fuit, aut furti admiſſi, aut litis conteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Nam ſicuti non patior eam deberi æſtimationem quæ furti tempore ſiue maior ſiue minor fuit, ita ex tempore litis conteſtatæ, non vtro tempore, quomodo ille loquitur. ſed vt prudentes aiunt, quódque longè diuerſum eſt, quanti plurimi vnquam res fuerit condemnandum furem eſſe contendo, id eſt, ita vt eius quoque æſtimationis quæ intermedio tempore maior fuit, rationem haberi oporteat. Contrarium interpretum noſtrorum & pragmaticorum errorem ſuprà refutauimus, in eo quod de cæteris actionibus tractantes volunt præſtari æſtimationem quanti plurimi, cùm Iuriſconſultis placeat præſtari debere vtro duntaxat tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis ſi bonę fidei non ſtricti iuris actio proponatur, *l. 3. §. ſi per venditorem. de action. empt.*

ERROR III.

De æſtimatione rerum amotarum.

SVMMARIA.

1 *Ex cauſſa rerum amotarum, neque actio furti datur, neque condictio furtiua, & cur.*

2 *Ex ſententia interpretum in actione rerum amotarum facienda eſt condemnatio quanti plurimi res fuit à die quo amota eſt: & cur illud.*

3 *Error interpretum duplex.*

4 *In actione rerum amotarum referenda eſt æſtimatio ad id tempus quo res ſunt amotæ, ſi tunc rerum pluris res fuerunt.*

5 *In actione rerum amotarum non præſtatur æſtimatio quanti plurimi.*

6 *Ratio effati num. 4. propoſiti.*

7 *Ratio pronuntiati n. 5. propoſiti.*

8 *In actione rerum amotarum: vt recedamus à regulis iuris.*

9 *Declaratur ſententia l. penul. D. rer. amotar.*

10 *Cùm æſtimationem creſcere dicimus, de qua æſtimatione ſit illud intelligendum.*

11 *Errare eos qui ad exemplum condictionis furtiuæ, aiunt in actione rerum amotarum fieri condemnationem quanti plurimi res amotæ vnquam fuerint.*

12 *In actione rerum amotarum iuratur in litem: in furtiua verò condictione non item.*

13 *Iudicium rerum amotarum cur ſingulare dicatur à Paulo in l. 1. D. rer. amotar.*

EX cauſſa † rerum amotarum neque furti 1
actionem neque condictionem furtiuam dari aduerſus eam quæ vxor fuit, certiſſimi iuris eſt. ob honorem ſcilicet matrimonij, in eámque rem comparari neceſſe fuit iudicium ſingulare rerum amotarum, vt ait, *l. 1. & 2. D. rer. amot.* Quia tamen reuera furtum fit, licèt mulier leniùs coerceatur *l. penultim. eod.* eodem ferè in omnibus iure cenſetur quo actio illa rerum amotarum, condictio furtiua, vt pluribus diſputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Indéque nimirum moti ſunt interpretes, vt dicerent
† in actio iſta rerum amotarum faciendam eſſe condem- 2
nationem quanti plurimi vnquam res fuit ab eo die quo res amotæ ſunt, quoniam & in condictione furtiua idipſum iuris obtinere, vt proximè diximus, æſtimarunt.
In quo duplicem † video errorem. Vnum quòd putant 3
nihil hac parte differre actionem rerum amotarum à condictione furtiua, alterum quòd in vtraque actione inducunt æſtimationem quanti plurimi à die delicti. Neque enim puto dubitandum quin differat hac in re condictio furtiua ab actione rerum amotarum, hactenus nimirum vt in actione † rerum amotarum refe-
renda ſit æſtimatio ad id tempus, quo res amotę ſunt ſi 4
tunc pluris res fuerunt *d. l. penult. rer. amot.* neque tàmen
præſtetur † vnquam æſtimatio quanti plurimi ne qui- 5
dem à tempore litis conteſtatæ, quomodo in condictione furtiua ab eo demum tempore præſtaretur. Prioris
diſſimilitudinis ratio † illa eſt quia actio rerum amota- 6
rū non tam tùm ſubſtituta eſt in locum furtinę condictionis, ſed etiam in locum actionis furti, quæ haud dubiè competeret ſi honor matrimonij non obſtaret. At in actione furti referretur æſtimatio ad tempus furti commiſſi, *l. cùm furti 9. D. de in lit iur. l. ei qui 9. de furt.* Non igitur debet mulier melioris eſſe conditionis ob id quod rerum amotarum, non furti actione conueniatur. ſi eo tempore quo res amotæ ſunt pluris fuerunt, quàm nunc ſint. Iam enim diximus ſuperiore capite ob eam vel maximè cauſſam ita ius conſtitutum eſſe, vt æſtimatio quanti plurimi quæ ex cauſſa condictionis furtiuæ irroganda eſt, non egrediatur retrorſum iudicij accepti tempus, quòd actor indemnitati ſuæ poſſit conſulere per actionem furti, ſi tunc cùm furtum admiſſum eſt pluris res fuit, quàm nunc ſit. Neque enim vna actio per aliam perimitur cùm actio furti pœnam, condictio verò rem ipſam perſequatur. Poſterioris verò diſſimi-
litudinis ratio † quæ obſcurior videtur, illa adferri po- 7
teſt, quòd ſolo furis odio, vt proximè diximus, ac proinde quodammodo in pœnam furti receptum ſit contra iuris regulas vt ex cauſſa condictionis furtiuæ æſtimatio quanti plurimi debeatur: Quo odio digna viſa non eſt mulier quæ res amouit, tametſi re vera furtum fecerit, quia non idcirco pœnas vllas patitur, nec ad aliud tenetur niſi vt ipſas res, quas amouit reſtituat, in honorem, vt dictum eſt, matrimonij. Id enim duntaxat egit legiſlator qui rerum amotarum ſingulare iudicium induxit vt mariti indemnitati conſuleretur: temperata actione ne cum muliere aut duriùs quàm par eſſet ageretur. Nam
& in actione † rerum amotarum recedimus à regulis iu- 8
ris in eo quod non inſpicimus præcisè quanti res fuerit tempore litis conteſtatæ, vt in condictionibus omnibus, excepta furtiua, & in cæteris actionibus ſtrictis omnibus. nec rurſus vtro tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis, vt in bonæ fidei iudiciis, ſed vtro tempore pluris fuerunt res amotæ aut quo

amotæ ſunt,aut quo petitæ,aut quo deniq; reſtituendæ. Cùm enim ſubſtituta ſit, vt diximus, in locum duplicis illius actionis,furti & cõdictionis furtiuę,ſumit ex actione furti vt ad tẽpus amotionis referri æſtimationẽ oporteat,ſi tũc ęſtimatio maior fuit,ſumit ex cõdictione furtiua vt creſcat æſtimatio ſi hodie pluris res ſint, quæ non creſceret ſi actionis furti duntaxat naturã hæc rerũ amotarum actio imitaretur.Sumit denique ex iure communi & aliarum actionum omnium exemplo , ſiue bonæ fidei ſint , ſiue ſtrictæ ſiue arbitrariæ , vt ad quanti plurimi æſtimationem nullo caſu mulier teneatur. Et hic proculdubio † ſenſus eſt dictæ *l. penult. D. rer. amot.* vbi
9 Triphoninus ſcribit rerum amotarũ æſtimationem ad id tempus quo amotæ ſunt referri debere.Nam *veritate*, inquit, *furtum fit , etſi lenius coercetur mulier*. Supple minorem propoſitionem *Atqui in actione furti tempus inſpiceretur quo furtum factum eſſet.d.l.cum furti 9.De in lit. iurand*. Vt inferas, *Ergo & in actione rerum amotarum tempus amotionis inſpiciendum eſt*.Sed ſi pluris factæ res, inquit, non reſtituuntur quæ amotæ ſunt , creſcit æſtimatio vt in condictione furtiuæ rei. An vt exemplo condictionis furtiuæ æſtimentur res amotæ quanti plurimi vnquam fuerunt?Minimè,ſed vt intelligamus actionem rerum amotarum in eo quòd creſcit æſtimatio,magis ſimilem eſſe condictioni furtiuæ quàm actioni furti, in qua ſecundùm Thryphonini & aliorum prudentium receptiorem,vt videtur, ſententiam, non creſceret æſtimatio, licet in eo diſſenſerint Iureconſulti , vt docui-
10 mus *lib. 16.Coniect.cap.12*.Et ſanè cùm † *æſtimationem creſcere* dicimus non de quanti plurimi æſtimatione præſtanda intelligimus , ſed de ea quæ nunc eſt. i. cùm agitur aut cùm lis in condemnationem deducitur,vt in *l.ſi ſterilis 21.§. cum per venditorem.D.de act. empt.* Denique qui dicunt in actione † rerum amotarum con-
11 demnationem fieri debere quanti plurimi vnquam res amotæ fuerunt, non ſolùm ſine lege & ſine ratione loquuntur , ſed etiam ſine exemplo. Nam quod ita ius comparatum eſſe volunt ad exemplum condictionis furtiuæ, errant grauiùs,cùm in condictione furtiua æſtimatio quanti plurimi non egrediatur vt diximus iudicij accepti tempus *l. 2.§.quæſitum. D.de priuat. delict*. Itaque dum volunt facere eandem condictionem actionis rerum amotarum quæ eſt condictionis furtiuæ , faciunt deteriorem, quàm è contrario in fauorem & honorem matrimonij decet vtique eſſe meliorem : niſi quatenus furti quoque actionem repræſentat. Inde enim illud
12 etiam fit vt in † actione rerum amotarum iuretur in litem ſi mulier eiúſue heres dolo malo deneget rerum amotarum reſtitutionem, *l.ſi cum dos 8.§. vlt. cum l. ſeq. D.rer.amot.* quia & in actione furti iuraretur *d. l. cum furt*: quamuis in furtiua condictione non magis quàm in cæteris actionibus ſtrictis iuretur in litem. Id eſt,niſi vno illo caſu quo perierit poſt moram ante conteſtationem.*l. in actionibus 5.§. plane & l.ſeq. D.de in lit iurand.* In eóque fatendum neceſſariò eſt differre actionem rerum amotarum à condictione furtiua. Quamquam non ignoro interpretes & pragmaticos omnes in ea eſſe hæreſi, vt exiſtiment in condictione quoque furtiua perinde ac in actione furti , imò maiore, vt aiunt , ratione in litem iurari. Quod quàm à iuris ratione alienum ſit ſuo etiam loco dicemus , Illud tantùm hîc ſubnotare
13 volumus, non ſine cauſſa † iudicium rerum amotarum ſingulare dici à Paulo in *d.l.1. D.rer. adnot.* non quòd ſit diſtinctum ab actione furti vt quidam putant, aut vt alij interpretantur,quod non ſit generale vel vniuerſale vt alia pleráque, vel quia detur pro re ſingulari.Aut denique quia fauore mariti & vxoris introductum ſit iure ſingulari, ſed quia ſuas proprias & ſingulares habet regulis quæ obtinent in aliis actionibus , etiam in quorum vicem locumque introductum eſt , ſeparatas: cùm tamen iure communi non deeſſent vulgares actiones furti, & condictio furtiua,ſi non in honorem matrimonij nouam actionem , ſigulari quodam iure in eam rem comparari placuiſſet, *conſtituto iure* , vt eadem lex ait, id eſt ita inducto iure , & prudentum autoritate aduerſus meram iuris rationem ac ſine lege ſtabilito.

ERROR IV.

De acceſſionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio apud pragmaticos agitata an æſtimationis quanti plurimi acceſſiones & vſuræ aliquo caſu,& à quo tempore debeantur.*
2 *Diſcrepantes pragmaticorum de propoſita quæſtione ſententia.*
3 *Errare i. interpp. & pragmaticos quòd tractent de æſtimatione quanti plurimi extra curſum legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ.*
4 *Secundus error interpretum putantium æſtimationem quanti plurimi iure acceſſionis cenſendam eſſe vt inferant vſuras eius nullas deberi.*
5 *Licet æſtimatio quanti plurimi non ſit vice acceſſionis malè tamen ab aliis inferri , eius vſuras præſtandas eſſe.*
6 *Vſuræ non prius vllæ debentur quàm certa ſit quantitas, cuius non ſoluta nomine exiguntur.*
7 *Exceptio.*
8 *Summa ſententia autoris de propoſita ab initio quæſtione.*

QVærunt paſſim pagmatici , vt error ex errore naſci ſolet , An æſtimationis † 1
quanti plurimi acceſſiones,& vſuræ aliquo caſu, & à quo tempore debeantur. Neç deſunt qui putent † nullas deberi poſſe, moti 2
ea tantum ratione quòd acceſſionis acceſſio nunquam debeatur. Quaſi æſtimatio quanti plurimi acceſſio quædam ſit, & vice eius quod poteſt intereſſe actoris cui proinde ſatis ſupérque conſultum ſit ſi quanti plurimi merx conſequatur , Alij contra mordicus defendunt, etiam vſuras, deberi ſaltem ex die litis conteſtatæ , ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris actio exerceatur , propterea quòd æſtimatio quanti plurimi non tam ſit acceſſio, & vice eius quod intereſt, quam res ipſa quæ debetur. Ac quoniam huic quæſtioni tum maximè locus ſit cum de cenſu & reditu annuo agitur , qui in merce conſiſtat (in quo debiti genere ſi mora per interpellationem præſertim iudicialem contracta ſit,cauetur ſtatuti noſtri autoritate vt quanti plurimi eo anno merx fuit, præſtari oporteat)fatentur eius quidem anni quo tanti plurimi merx fuit, acceſſiones nullas deberi poſſe,ſed pro annis ſequentibus quidni,inquiunt vſuræ debebuntur ex mora aut ſaltem à die litis conteſtatæ, acſi tanta pecunia ab initio debita fuiſſet? Maximè verò cum debitor vt fieri adſolet, obligatus eſt ad faciendam ſua die ſolutionem ſub pœna vſurarum aut quanti creditoris intereſſet,Mihi videntur hi omnes ignoratione principiorum iuris euidenter cæcutire. In eo primùm quod tractant † de 3
æſtimatione quanti plurimi quaſi aliquo caſu debeatur: Quam nos jam diximus toties , & probauimus deberi non poſſe vllo caſu niſi cùm aut de actione legis Aquiliæ tractatur, aut de condictione furtiua: & quod ſtatuto noſtro cautum eſt de æſtimatione quanti plurimi præſtanda , ſi emphyteota in ſoluendo cenſu annuo, congruè interpellatus, moram fecerit , licèt omnimodo obtineat propter ſtatuentis Principis autoritatem, tamen ex inueterato interpretum errore profectum magis quàm noui certique iuris conſtituendi animo in-

Digitized by Google

ductum videri debet vt & aliâ pleraque non leuioris ponderis quibus haud dubiè ſolus interpretum error cauſſam dedit. Cæterùm hoc inducto vt æſtimationem quanti plurimi aliquo caſu certiſque de cauſſis præ-
4 ſtatio porteat, errant grauiùs qui putant † cenſendam eam eſſe iure acceſſionis vt inferant vſuras eius nullas deberi. Veriſſimum enim eſt quod in contrarium alij diſputant, nihil aliud eſſe æſtimationem quanti plurimi quàm rem ipſam quæ debetur, & in cuius locum præſtatur, *l in re furtiua* 8.§.1. *De condict. fur.l.pen.& vlt. De condict. tritic.* quibus iungi poſſent omnes cæteri iuris loci qui tractant de incũda rei debitæ æſtimatione. Quid. n. differre poteſt æſtimatio quanti plurimi à communi æſtimatione niſi quatenus id quod plus eſt differt ab eo quod eſt minus? Atqui vulgatum eſt etiam apud noſtros licèt ex philoſophia depromptum, Plus & minus nũquam facere vt differant ſpecie ea, quæ alio-
5 qui non differrent. Sed quamuis † ita ſit vt æſtimatio quanti plurimi acceſſionis iure cenſeri nunquam debeat, non tamen ex eo ſtatim conſequens ſit quod iſti volunt eius vſuras præſtandas eſſe: quia nec ſciri poteſt quid ſit in æſtimatione illa quanti plurimi quantúmque eo nomine debeatur. priuſquàm condemnatio, adeóque condemnationis taxatio ſecuta ſit, nec proinde fieri poteſt vt moram videatur feciſſe debitor in eo quod nõ ſoluit æſtimationem quanti plurimi, nec rurſus vt ante moram in ſoluendo contractam vſuras debeat ob hoc ſolùm quod non ſoluerit. Fateor condemnationem numquam facere vt quid debeatur cùm iuſta condemnatio eſt, ſed tantùm vt quod re vera debetur, debitum eſſe pronuntietur. Fateor moram præcedere neceſſariò debere antequàm ad præſtandæ quanti plurimi æſtimationis condemnationem irrogandam perueniri poſſit: Sed hoc contendo, ſeparandam eſſe moram in ſoluenda merce contractã, quæ locum faciat condemnationi æſtimationis quanti plurimi, ab ea mora quam præcedere neceſſe eſt, vt illius æſtimationis vſuræ aliquæ debeantur. Morã facit debitor qui ſua die interpellatus non ſoluit mercem quàm à ſe debitam eſſe non ignoret, ſi cauſſa iuſta nulla ſit, propter quàm recuſare ſolutionem aut in longiorem diem differre debeat. Ideóque merito ad æſtimationem quanti plurimi præſtandam condemnatur, poſtquam inuita etiam iuriſprudentia ita ius conſtitui ſtatuto placuit. Sed non ideò fit vt hoc ipſo moram contraxiſſe videatur idem debitor in ſoluenda eſtimatione: quia quãti plurimi fuerit merx quæ ſolui debuit, ſciri nullomodo poteſt ante taxationem, & conſequenter imputari non poteſt debitori cur eam pecuniam quæ pro æſtimatione nunc certa debetur iam antè non ſoluerit, non quòd iam ante non deberetur, prius etiam quam certa eſſet, ſed quia neſciebatur quantum eo nomine deberetur. Quo igitur iure debebuntur vſuræ tanquam ex mora? Quare nec vſpiam ſcriptum reperias, furem quem lex vult ſi condictione furtiua conueniatur condemnandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuit à die litis conteſtatæ, condemnari æquè debere ad vſuras eius æſtimationis, tametſi non poſſit debitoris vllius cauſſa eſſe odioſior quàm furis, non in eo ſolùm quòd moram in re furtiua ſemper facere intelligitur, ſed in eo etiam quòd duriùs cum illo agitur, vel hoc ipſo quod præſtat æſtimationem quanti plurimi quam alij debitores præſtare non ſolent. *d.l.in re furtiua.* §. 1. *de condict. furt.* Accedit quòd nec mora ſola facere poteſt etiam niſi iudicialis ſit & contracta per litis conteſtationem, vt vſuræ vllæ debeantur ex contractu ſtricto, quemadmodum à nobis tractatum probatúmque eſt in ſuperioribus. Quamquam autem fieri poteſt vt citra moram vſuræ debeantur, ſcilicet ex conuentione vt in *l.qui Romæ. in princip. de verborum obligation.* fieri tamen
6 nunquam † poteſt vt priùs vllæ debeantur, quàm certa ſit quantitas, cuius non ſolutæ nomine exiguntur: Niſi
7 vno fortaſſis illo caſu † quo per debitorem ipſum fiat ne tam citò ea taxatio, & vt pragmatici loquutũur, liquidatio fieri poſſit: quod euenit plerumque per tergiuerſationem & fruſtrationem debitorum. Habenda.n.eſt taxatio pro facta in necem debitoris, ex quo per ipſum debitorem ſtat ne fiat. Vt dici ſolet de conditionibus omnibus haberi eas pro impletis in odium eius per quẽ ſit quominus impleantur *l.iure ciuili* 24. *De condic. & demonſtr.* Concludamus † igitur, æſtimationis quanti 8
plurimi vſuras nunquam deberi ne quidem ex die condemnationis, aut ex eo tempore intra quod iudicato ſatisfieri oportet, ſed ex eo demum quo poſt factam condemnationis taxationem mora in excutione iudicati commiſſa eſſe cœperit, ſiquidem nec priùs faciendi iudicati tempora currere incipiunt, quàm taxatio illa ſecuta ſit, quoties citra taxationem illam neſciri poteſt quid quantum que deductum videri debeat in condemnationem.

ERROR V.

De iureiurando in litem cum agitur condictione furtina.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum putantium in condictione furtiua in litem iurari poſſe: & vnde ab illis adſtruatur.*
2 *Actio furti à condictione furtiua magnopere differt.*
3 *Condictio furtiua infamiam non irrogat vt actio furti.*
4 *Ratio ob quam putat Accurſius in actione furti non iurari in litem, & eiuſdem refutatio.*
5 *Interpretatio Accurſi ana l.cùm furti. 9. D. de in lit. iurand. & eiuſd. reiectio.*
6 *Caſus vnicus quo in condictione furtiua iuratur in litem.*
7 *Nunquam iuratur in litem quanti plurimi res fuerit.*

ETſi nullo iuris loco ſcriptum eſt, in condictione furtiua iurari poſſe in litem, frequentiſſima † tamen interpretum & pra- 1
gmaticorum omnium vox eſt, Iurari poſſe. Quam in rem Accurſio duce abutuntur, *lege, cum furti 9.D.de in lit. iur.* Vbi Iauolenus ex Caſſio ſcribit cùm furti agitur iurari oportere, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt, actionem furti interpretantes condictionem furtiuam. Prorſus ridiculè & ineptè. Nemo enim neſcit, differre † toto genere actionem furti à condictione furtiua, cum illa pœnalis ſit, hæc rei 2
perſecutoria, vnde fit vt nec altera per alteram perimatur *l.ſi pro fure 7.§.1.D. de condict. furt.l. ſi pignore* 54. *§.vlt. D.de furt.* Itémque vt ceſſante furti actione poſſit condictio furtiua competere, quemadmodum in ſpecie illa de qua Paulus *in l.3.§ ſed & cum vxore. D.rer. amot.* (niſi tamen is locus Triboniani eſt potiùs quam Pauli) ſi ei cui heres maritus eſt, vxor furtum fecerit, vel marito antequam nuberet. Ceſſante enim non ſolùm actione rerum amotarum; propterea quòd furtum extra matrimonium eſſe factum proponitur, itémque actione furti propter reuerentiam perſonarum, vt lex ait, ſola ſupereſſe poteſt condictio furtiua, quæ † non ſicut actio 3
furti infamiam irrogat. Ceſſat namque ignominia in condictionibus quamuis ex famoſis cauſſis pendeant *l. ceſſat 36.D. de obligat. & action. Ergo quod in d.l.cum furti*, ſcriptum eſt de actione furti vt in ea iurari poſſit, nec de condictione furtiua intelligi poteſt, nec ad eam protrahi debet. Ratio † autem cur non poſſit Accurſius 4
ſibi

ſibi perſuadere quòd in actione furti iuretur in litem,
nullius planè momenti eſt. Ait enim actionem illam
furti nihil niſi pœnam perſequi, quaſi conſequens ſit,
nihil igitur cauſſæ eſſe cur in ea iurari in litem oporteat.
Certum enim eſt in duplo illo aut quadruplo quod in
furti manifeſti vel nec manifeſti pœnam irrogandum
eſt, ſimplum contineri, nec niſi ex comparatione ſimpli
poſſe dupli aut quadrupli rationem iniri. Proinde ne-
ceſſariò ſemper inſpiciendum eſt quid quantúmque
in ſimplo ſit: quod ipſum ſi res furtiua per dolum &
contumaciam furis non exhibeatur, aliter ſciri non po-
teſt quàm ſi actori permittatur vt iuret in litẽ non quòd
neſciri poſſit quanti re vera fuerit res furtiua eo tempo-
re quo furtum factum eſt, adeóque etiamſi extare de ſie-
rit, quemadmodum euenit in actione legis Aquiliæ cum
homo occiſus æſtimatur quanti plurimi fuit eo anno
retrorſum computato, ſed quia quandiu res furtiua
extat, non eſt cogendus dominus re ſua carere ac iuſto
pretio eam vendere, non magis quàm ſi ageret ex bonæ
fidei contractu ad rei ſuæ reſtitutionẽ *l. tutor. 8. eod. l. non
enim 9. D. rer. amot. l. filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr.*
Cur enim deterioris condictionis ſit agens ex delicto?
Tractamus ſiquidem de actione furti quæ competat ra-
tione dominij, vt Papinianus loquitur in *l. ſi vendidero.
80. §. 1. D. de furt.* Ex quo etiam apparet longè inproba-
biliorem eſſe aliam † Accurſij interpretationem, qui
parum ſibi ſatisfaciens in eo quod dixerat actionis fur-
5 ti nomine condictionem furtiuam intelligi debere,
mauult tandem ſequi Azonem exiſtimantem Iacobole-
num in *d. l. cum furti* tractare de ſacramento in litem, ſed
de eo, inquit, quod veram quantitatem rei ſubtractæ
continet, ſiue actione furti, ſiue condictione furtiua
agatur, quia & in actione furti habetur reſpectus ad
rem, ſicut & in interdicto vnde vi ex *l. ſi quando 9. C. vn-
de vi.* Nam præter id quod titulus ipſe ſub quo lex poſi-
ta eſt oſtendit ſatis non niſi de iureiurando in litem
accipi legem debere, non poſſum ego intelligere quod-
nam illud iuſiurandum ſit, quod ille comminiſcitur, ſi
non illud eſt quod vulgò interpretes vocant iuſiuran-
dum veritatis: quod ipſum tamen, ſi quod tale eſt, de
quo diſputabimus in ſequentibus, aliud quàm in litem
eſſe non poteſt. At neque video ex quo iuris loco aut
qua ratione probare Accurſius poſſit iurari in condi-
ctione furtiua, qualecumque tandem iuſiurandum il-
lud ſit quod interponi velit, niſi vno illo caſu † quo
6 etiam in cæteris condictionibus, & ſtricti iuris acti-
onibus iurari in litem poteſt, nimirum cùm res petita
periit poſt moram ante cõteſtationem, *l. in actionibus 5. §.
planè. de in lit. iur.* quod iuſiurandum ſoleo ego dicere
neceſſitatis, non vt interpretes vocant, veritatis, quia
nec eius deferendi alia ratio eſt quam quod non aliter
poſſit iudex exiſtimare rem quę non extat vt in *d. §. planè
Iuriſconſultus ſcribit.* Porrò extra eum caſum neceſſitas
nulla eſt, propter quam aduerſus iuris regulas induci
debeat vt in condictione furtiua magis quàm in aliis
ſtrictis iudiciis in litem iuretur: cùm ſi quid aduerſus fu-
rem eius odio durius conſtitui deberet, poſſit actio furti
ſufficere actori vt non tantùm de veritate, ſed etiam ex
adfectione iuret. Idcirco enim furis odio comparatum
eſt, pluribus adeóque contrariis actionibus eum teneri,
id eſt vindicatione, condictione, & furti, vt quod actor
per vnam conſequi nequit, per aliam conſequatur: De-
nique ſunt iſta prorſus repugnantia, in condictione
furtiua iurari in litem, & fieri condemnationem æſtima-
tionis, quanti plurimi vnquam res fuit. Inauditum
enim eſt iurari † in litem quanti plurimi res fuerit. Et
8 ſanè ſi quo caſu iurari poſſet iuraretur contra occiſorem
ex lege Aquilia, cùm is perinde ac fur ex delicto adeó-
que improbiore conueniatur. Quod tamen non ita eſt.
Probare enim illo caſu actor debet quanti plurimi eo
anno fuerit ſeruus occiſus, facta retrorſum anni com-
putatione, non de eo iurare. Cùm enim iurare licet non
quanti res fuerit, ſed quanti eſſe aut fuiſſe iuratum ſit
inſpici debet. Vnde illud eſt quod ait *lex vltim. De in
lit. iur.* De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris iurauit
non facilè quæri ſolere. Nunquam enim iuſiurandum
in litem deferri ſolet niſi cùm neceſſe eſt vt vel ra-
tioni iuris vel æquitati ſatisfiat: vt docebimus *infr.
cap. 8.*

ERROR VI.

*De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iu-
ris in re debita per iuſiurandum in litem
æſtimanda.*

SVMMARIA.

1 *Ad quem caſum pertinere velint interpretes diffe-
rentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quam
affert Vlpianus in l. 3. §. in hac, D. commo-
dati.*

2 *Ex ſententia Bartoli & aliorum in bonæ fidei iudiciis
æſtimatur res per iuſiurandum in litem inſpecto
tempore rei iudicatæ, in ſtrictis verò ex tempore li-
tis conteſtatæ.*

3 *Ratio ſuperioris differentiæ à pragmaticis efferri ſo-
lita.*

4 *Commentitiam eſſe diſtinctionem iuriſiurandi in iuſiu-
randum adfectionis & veritatis.*

5 *Falſum eſſe illud Bartoli Iuſiurandum adfectionis quod
in bonæ fidei iudiciis locum habet, naſci ex dolo ad-
miſſo per reum in iudicati executione.*

6 *An & quando iuretur in litem in executione iudi-
cati.*

7 *In iudiciis bonæ fidei iurari poteſt ex mora ante ſen-
tentiam commiſſa, contra Bartol.*

8 *In ſtrictis iudiciis, vno tantum caſu poteſt in litem iu-
rari nimirum ſi res perierit poſt moram debitoris,
ante litis conteſtationem, contra Bart. & alios.*

9 *Commune eſt iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris,
quod tempus litis conteſtatæ ſpectari ſemper conue-
nit ex mera iuris ratione.*

10 *Differunt tamen quia in ſtrictis ſpectatur præciſè
tempus litis conteſtatæ, in bonæ fidei iudiciis non
item.*

11 *Si ex contractu bonæ fidei agatur ad rem quæ poſt
moram, nec dum tamen lite conteſtata periit, locus
erit iuramento in litem, acſi ex contractu ſtricto
ageretur.*

12 *Error Bartoli interpretantis tempus litis conteſtatæ
tempus moræ.*

13 *In iudiciis ſtrictis nulla habetur ratio moræ, niſi ad
perpetuandam obligationem.*

14 *Error interpretum aientium difficultatem probatio-
nis cum mora concurrentem inducere iuſiurandum
in litem quod dicitur veritatis.*

15 *Cum agitur de re debita æſtimanda per iuſiurandum
in litem inepte quæri an huius vel illius temporis
rationem haberi oporteat.*

16 *Cur in actione furti iuretur, tanti rem fuiſſe cùm fur-
tum factum eſt.*

17 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l. 3. §. in
hac D. commod. in actione commodati ſicut in cete-
ris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudican-
dæ tempus ſpectari, cùm in ſtrictis tempus litis con-
teſtatæ ſpectetur.*

INterpretes noſtri, qui nullam, vt diximus, diffe-
rentiam agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtri-
cti iuris, cùm de re debita per iudicem æſtimanda tra-
ctatur, nec tamen negare poſſunt differentiam illam
conſti

conſtitui, quam omnium apertiſſimè Vlpianus ponit
1 in *l.3.§.in hac D. commod.* vt in iudiciis † bonæ fidei ſpectetur tempus rei iudicandæ, in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ, coguntur vt ſe euoluant, differentiam referre ad eum caſum quo res debita non per iudicem, ſed per iuſiurãdum in litem æſtimanda eſſe proponatur: Cuius ſententiæ autor fuit *Bartolus* ad *d.§.in hac*, aliiſque quàm plurimis locis, motus, aut vt meliùs dicam, à ſeipſo vltrò deceptus eo colore, quod Vlpianus in *d.§ in hac* tractans de ineunda rei commodatæ æſtimatione, tractat etiam de iureiurando in litem quod in actione commodati locum habet, vt & in cæteris bonæ
2 fidei iudiciis. *Bartoli* igitur † ac vulgarium interpretum, omniúmque pragmaticorum ſententia eſt, in eo differre bonæ fidei iudicia à ſtrictis, quòd in bonæ fidei iudiciis æſtimatur res per iuſiurandum in litem inſpecto tempore rei iudicatæ, in ſtrictis verò ex tempore litis conte-
3 ſtatæ. Diſſimilitudinis † rationem illam adferunt, quòd iuſiurandum in litem in actionibus bonæ fidei ſit adfectionis, naſcatúrque ex dolo per reum admiſſo in iudicati executione, cùm reus ad rem tradendam condemnatus non vult parêre, non autem ex mora ante ſententiam commiſſa. In ſtrictis verò contra; naſcitur, inquiunt, ex dolo commiſſo ante ſententiam quandocumque, imò verò ex ſola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis *l.ſi actionibus. in princip. & verſ. planè. D de in lit. iurand.* Mora autem ſi non ſemper ante conteſtationem, ſaltem tunc contrahitur cùm conteſtatio fit, ob idque putat *Bartolus* litis conteſtatę non morę tempus ab Vlpiano expreſſum eſſe in *d.§.in hac*, indéque etiam fieri vt quibus locis tractant Iureconſulti de iureiurando adfectionis præſens tempus ſemper demonſtrent his verbis *quanti res eſt*, vt *d.§.hac d.l.in actionib. l. arbitrio 18 §. 1. D.de dolo l. qui reſtituere 67. D.de rei vindicat.* Tempus verò præteritum *quanti res fuit* quoties tractant de iureiurando in litem in iudiciis ſtricti iuris *l.numis 3. D. de in lit. iurand.* quod iuſiurandum interpretes & pragmatici omnes poſt *Bartolum*, veritatis iuſiurandum vulgò appellant. Nos quàm ſit hæc diſtinctio à iuris ratione aliena docuimus fuſiſſimè *lib. 16. Coniect. cap. 1. & 13.* Sed tamen facere non poſſumus quin hîc nonnulla repetamus, vt non tantùm doctioribus, ſed etiam nudis pragmaticis, quibus noſtri illi Coniecturarum libri non abs re paullò obſcuriores videri poſſunt, quantum in nobis erit conſulamus. Illa pri-
4 mùm diſtinctio † ridicula, prorſúſque commentitia eſt vti iuſiurandum aliud ſit adfectionis, aliud veritatis. Nullum enim veritatis iuſiurandum agnoſcunt Iureconſulti, vt ſequenti Decade dicemus: nec fieri poteſt vt actori concedatur in litem iurare quin eius adfectioni
5 indulgeatur. Deinde falſum † eſt quod iſti volunt iuſiurandum adfectionis quod in bonæ fidei iudiciis locum habet, naſci ex dolo admiſſo per reum in iudicati executione. Vlpianus enim cùm in *dicto.§.in hac* ſcribit ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ, apertiſſimè demonſtrat tempus quo res iudicanda eſt, & in condemnationem deducenda, vt idem ille loquitur in *l. 3. §.ſi venditorem. De action. empt.* non etiam tempus illud quo res iam iudicata ſit, quod vtique ſpectari oporteret ſi non niſi in executione iudicati in bonæ fidei iudiciis in litem iuraretur. Et vero quid ſi res commodata aut ex alio bonæ fidei contractu debita deſierit ante rem iudicatam præſtari poſſe dolo malo debitoris? Quidni condemnabitur rectà debitor ad æſtimationem? aut quomodo aliter ſententia feretur? Non enim niſi fruſtrà & ineptè iudex condemnauerit debitorem ad præſtandam ſpeciem quam ſciat præſtari ampliùs nullomodo poſſe. Sicut è contrario faceret ridiculè ſi debitorem condemnaret ad æſtimationem ſpeciei poſitæ in obligatione, & quæ præſtari adhuc poſſet, *l.vlt.C.de fideic. libert.* Nec
6 ſanè vllibi reperio iurari † in litem in executione iudicati, præterquàm in rei vindicatione & aliis, ſi quæ ſunt eiuſmodi arbitrariis in quibus neceſſe eſt præcedere iuſſum de reſtituendo priuſquàm perueniri poſſit ad condemnationem *d.l. qui reſtituere 63. D.de rei vindicat.* Quamquam ſi cum prudentibus potiùs quàm cum interpretibus loqui velimus, ne tùm quidem iuratur in executione iudicati, quoniam iuſſus ille de re quæ petitur reſtituenda arbitrium dicendum eſt non ſententia aut condemnatio, *§.præterea. Inſtit. de action.* vt ſuo loco dicemus. Et conſequenter falſum etiam eſt quod ait *Bartolus* in iudiciis † bonæ fidei non iurari ex mora 7
ante ſententiam commiſſa. Contumacia enim, eius qui conuenitur ſi reſtituere iuſſus non pareat, licèt ſequatur arbitrium illud & iuſſum reſtituendi, ſententiam tamen præcedit. Sententia ſiquidem non dicitur per quam reus neque abſoluitur, neque condemnatur, quorum neutrum per arbitrium fit, ob ídque nec iudicandi officio functus videri poteſt iudex qui rem reſtitui iuſſit, quomodo haud dubiè functus dici deberet, ſi arbitrium eiuſmodi ſententiæ & condemnationis iure cenſeretur. *l. iudex poſteaquam. D. de re iudicat.* Rurſus quod noſtris placet, in iudiciis ſtricti iuris iuſiurandum naſci ex dolo quandocunque ante ſententiam commiſſo, iuncta difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis, totum nugatorium eſt. Nullo enim † prorſus ca- 8
ſu natura iudicij ſtricti patitur iurari poſſe in litem ſiue mora & culpa ſola, ſiue dolus interceſſerit, niſi cùm caſus neceſſitas eo adigit iudicem vel inuitum vt deferat iuſiurandum, id eſt cùm fieri nequit vt citra delationem iuriſiurandi res de qua agitur æſtimetur: quod ipſum vno tantùm illo caſu euenit quo res debita perierit poſt moram debitoris ante litis conteſtationem. Nam cùm ante moram periit, conſtat liberari debitorem naturali interitu rei, nec quicquam amplius ab eo peti poſſe, *l.ſi ex legati 23. de verb. oblig.* Cùm verò periit, non ſolùm poſt moram extra iudicium aut ſola libelli oblatione & denunciatione contractam, ſed etiam poſt litem conteſtatam equidem manet debitor obligatus acſi res perempta non eſſet, *l.ſi ſeruum 91.§. ſequitur. & §. vlt. eo.* Sed tamen nulla cauſſa eſt propter quam iurari in litem debeat, quia etiamſi res extaret, cuius præſtationem aliquid impediret, non alia æſtimatio deberetur quàm quæ litis conteſtatæ tempore fuiſſet vt à nobis comprobatum eſt in ſuperioribus. Quanta verò fuerit ea æſtimatio inſpecto tempore condemnationis, perinde ſciri poteſt etiam poſteaquàm res perempta eſt, acſi adhuc extaret. Neque enim quod homo nunc mortuus eſt impedit quominùs ſciri poſſit quanti eſſet antè quàm moreretur, neque in eam rem neceſſarium eſt iuſiurandũ vt cernere eſt in ſpecie, *l. pen. D.de condic. trit.* itémque in actione legis Aquiliæ in qua æſtimatur res quanti plurimi eo anno fuit facta retrorſum anni computatione, *l.ait.lex.21. & paſſ.D. ad l. Aquil.* Vnus igitur caſus ille ſupereſt quo iurari poſſit in litem poſt rem peremptam, ſi res perierit poſt moram & ante conteſtationem. Tunc enim cùm mora faciat vt res etiamnum extare videatur, quæ tamen præſtari amplius non poteſt nec rurſum moræ ratio vlla habeatur in iudiciis ſtrictis, quod pertinet ad ineundam æſtimationem rei debitæ, ſed tantùm quod ad perpetuandam obligationem, neceſſario ſit conſequens non ſolùm vt rei peremptæ æſtimationem deduci in condemnationem oporteat, ſed etiam vt æſtimatio illa ex præſenti tempore conſtituenda ſit, id eſt ex eo tempore quo agitur & litis conteſtatio fit, non ſecus quàm ſi res extaret quæ & pro extante habetur. Porrò ea præſens æſtimatio rei iam peremptæ neque officio iudicis neque arbitrio boni viri conſtitui vllomodo poteſt, quoniam inſpecta veritate æſtimatio rei non extantis nulla eſt. Inde nimirum ita ius comparari neceſſe fuit, vt vel inuito iudice & quantumlibet repugnante ſtricti iudicij natura deferri poſſit hoc caſu iuſiurandum in litem: quod vno verbo Marcianus ex-

plicat

plicat in *d.l.in actionib.in fi.* his verbis, *quia non poteſt*
iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi rem quæ non
extat. Etſi autem is locus non niſi de iudiciis ſtrictis
tractat, nemo tamen non videt idem quoque dicendum
eſſe, ſi ex bonæ fidei contractu agatur ad conſequendam
rem quæ poſt moram perierit & ante litem conteſta-
tam: quoniam illo etiam caſu locum habet eadem ratio
iuris & neceſſitatis. Quamquam enim hoc plus eſt in
iudiciis bonæ fidei quod in iis habetur, quod ad omnia
ratio moræ, tum etiam cùm quæritur de ineunda rei de-
bitæ æſtimatione: non tamen vſque adeò inſpicimus
tempus illud moræ, vt non pluris æſtimari res debeat
ſi pluris ſit tempore litis conteſtatæ aut condemnatio-
nis, *l.3.§.ſi per venditorem.l.ſi ſterilis 21.§. cùm per ven-*
ditorem. D.de action,empt. In eóque commune † ius eſt
9 iudiciorum omnium tam bonæ fidei quàm ſtricti iuris,
quòd tempus litis conteſtatæ ſpectari ſemper conuenit
ex mera iuris ratione, ſiue quòd quale quid eſt cùm pe-
titur tale dari debeat. *l.2.D.de vſuris,* ſiue quòd ex tem-
pore quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui po-
tuit, *l.ſi Calendis 11.D.de re iudic.* Soluendi autem fa-
cultas ex conuentione competit & libera eſt vſque ad
conteſtationem: qua accedente noua quædam obligatio
naſcitur quam diſſolui etiam neceſſe eſt vt prior obli-
gatio perimatur, arg. *l.ſi Titius 3.D. de ver. oblig.* iunct.
l.3.§.idem ſcribit. D.de pecul. Differentia tantùm in eo
10 eſt, quòd in † iudiciis bonæ fidei tempus illud litis
conteſtatæ ita ſpectatur vt tamen non ſpectetur præcisè,
quoniam bona fides quæ in eo iudiciorum genere ma-
ximè exuberat, efficit vt moræ quoque vel condemna-
tionis tempus inſpici oporteat, ſi alterutro tempore plu-
ris res fuit. In ſtrictis verò ſpectatur præcisè tempus
litis conteſtatæ, propterea quòd in iis nulla prorſus bo-
næ fidei ratio habetur. Quæ proculdubio Vlpiani ſen-
tentia & ratio eſt in *d.§. in hac.l. 3. commod.* Ergo ſi ex
11 contractu † bonæ fidei agatur ad rem quæ poſt moram
necdum tamen lite conteſtata perierit, fatendũ eſt æquè
locum eſſe debere iuramento in litem acſi ex contractu
ſtricto ageretur, quandoquidem ſi hodie res extaret, fieri
poterat vt pluris nunc cùm agitur, eſſet, quàm moræ
tempore fuiſſet, nec vnquam melior debitoris conditio
eſſe debet ob id ſolùm quòd iudicio bonæ fidei conue-
niatur, cùm propter moram culpámque ſuam conueni-
tur. Ex quo magis apparet quantopere fallatur *Bartolus*
qui hanc iudiciorum bonæ fidei ſtricti iuris differenti-
am ſic tractat quaſi quod ſcriptum eſt de iudiciis ſtrictis
in *d.§. plane.l.in actionibus. De in lit. iuran.* ad iudicia
bonæ fidei pertinere nequaquam poſſit. Sicut & in eo
12 † labitur euidentiſſimè quod tempus litis conteſtatæ à
prudentibus dictum putat pro tempore moræ eo colore
quòd tunc ſaltem cùm litis conteſtatio fit, mora contra-
hatur. Nam præter id quod nuſpiam illi in hac quæ-
ſtione meminerunt temporis moræ, ſed ſemper litis con-
teſtatæ vt in d.*d.l.§.in hac. D.commod.l. vinum 22. D.de*
reb.credit.l.vlt.ff.de condict. tritic.l. hominem 37.D.man-
dat. Illud etiam conſtat quod iam diximus & ſępius mo-
13 nuimus, in iudiciis † ſtrictis nullam omnino haberi
poſſe rationem moræ, niſi quòd ad perpetuandam obli-
gationem, quia vt moræ ratio habeatur fit ex bona fide,
quæ in iudiciis ſtrictis ad augendas præſtationes nul-
lum penitus locum habet. Nec ſimile eſt, ſi quis obii-
ciat, pleriſque iuris locis ſcriptum eſſe legatorum fru-
ctus & vſuras deberi à die litis conteſtatæ *l.1.& tot tit.*
C.de fructib.& vſur.legat. cùm tamen conſtet deberi à die
moræ ſi qua mora heredis præceſſerit conteſtationem,
l.in minorum, C.in quib. cauſ. in integr. reſtit. l.3. D. de
vſur.l. Titia Seio 87.§. vſuras. de legat. 2. Ea namque
interpretatio quæ ab Accurſio primùm allata, etiam à
nobis comprobata eſt *lib. Coniect.cap.3.* prorſus neceſ-
ſaria eſt, non ſolùm vt tot iuris loci concilientur, qui
inuicem alioqui pugnarent, ſed etiam ne qua vis fiat
iuris rationi At neque locus vllus iuris noſtri, neque
ratio vlla dictat vt in iudiciis ſtrictis tempus moræ in-
ſpiciatur ad ineundam æſtimationem, ſiue officio iudi-
cis, aut arbitrio boni viri, ſiue per iuſiurandum in litem
æſtimatio ineatur, ſed leges omnes clamant inſpicien-
dum eſſe tempus litis conteſtatæ. Cur ergo tempus
illud litis conteſtatę interpretabimur tempus moræ? Sed
& in eo errant interpretes, † quòd aiunt difficultatem 14
probationis cum mora concurrentem inducere iuſiu-
randum in litem quod illi appellant veritatis. Non
enim ſola difficultas quantumcumque grauis, ſuffice-
ret, ſi non ipſa etiam, vt ita dixerim, impoſſibilitas adeſ-
ſet. Primúſque Zeno Imper. fuit qui propter ſolam
probationum difficultatem introduxit, vt iurari poſſit
in litem in ſpecie *l.ſi quando 9. C. vnde vi*, id eſt odio
violenti inuaſoris. Denique cùm quærimus de re † de- 15
bita ęſtimanda per iuſiurandum in litem, ridiculi &
inepti ſumus, ſi quæramus an huius aut illius tem-
poris rationem haberi oporteat. Fit enim æſtimatio eiuſ-
modi ex adfectione iurantis, cui ſi indulgere legiſlator
nollet, non eſſet cur ei iuſiurandum deferre deberet.
Non eſt contrarium quod ſcriptum eſt in *l.cùm furti 9.*
D.de in lit. iurand. cùm furti † agitur iurari ita oporte- 16
re, *Tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.* Id enim ita
conſtitui neceſſe fuit, quia vt præcedenti capite diceba-
mus, ex comparatione illius ſimplici de quo iuratur,
duplum vel quadruplum conſtituitur quo pœna furti
ſiue manifeſti, ſiue non manifeſti continetur, pœnam
autem ad tempus delicti referri neceſſariò conuenit,
cùm propter delictum infligatur. Cæterùm etiamſi actor
iurauerit longè pluris rem fuiſſe quàm re vera fuerit,
cùm furtum factum eſt, non idcirco de periurio quæ-
retur, nec ob id minoris fur condemnabitur quòd pa-
ratus ſit probare minoris rem tunc fuiſſe: ſi modò ta-
lis caſus ſit in quo iuſiurandum in litem deferri debue-
rit, id eſt, ſi actio furti competat iure dominij, nec fur
exhibere rem furtiuam, & reſtituere velit. Igitur † quod 17
Vlp. in *d.§.in hac.* ſcribit in actione commodati ſicut
in cæteris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudi-
candæ tempus ſpectari cùm in ſtrictis tempus litis con-
teſtatæ ſpectetur, non ſic accipi debet, quomodo noſtri
volunt, vt vnica ſentẽtia ſit de re debita per iuſiurandum
in litem æſtimanda, ſed quomodo nos ſuo loco interpre-
tati ſumus, vt duæ ſint ſententiæ, vna de iureiurando in
litem quod in bonæ fidei iudiciis locum habere ſolet ob
dolũ ſi actor rẽ ſuam repoſcat, non etiam in ſtrictis, niſi
cùm alia ineundę ęſtimationis ratio prorſus nulla eſt. Al-
tera de ineunda æſtimatione ad quam ſolam pertinet
differentia eo loco tradita inter iudicia bonæ fidei &
ſtricti iuris. Reliqua ad hanc quæſtionem pertinentia
petenda ſunt ex his quæ diximus *lib. 16. Coniectur cap.*
1.& 13. & quæ nos ſubiiciemus. De iureiurando veri-
tatis *infr.cap.*8.

ERROR VII.

De iureiurando in litem in actione ex
empto.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum putantium in actione ex empto iurari in litem: & vnde id colligant.*
2 *In omnibus bonæ fidei iudiciis non iurari in litem. contra interpretes.*
3 *Fidem rumpere quis dicatur in l. ſi apud quem. 53. in pr. D. depoſ.*
4 *Si ad rei venditæ traditionem agatur, venditor non aliud condemnari debet, quàm vt præſtet quanti emptor*

ptor ſua intererreſſe probauerit.

5 *Longè inter ſe hæc differunt, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt: & condemnari quanti aduerſarius in litem iurauerit.*

6 *Quatenus condemnandus ſit venditor vt rem tradat, quam vendidit.*

1 VVlgo creditum † eſt in actione ex empto
iurari in litem, nec ferè eſt ex veteribus
interpretibus iuris, quos pragmatici paſſim
ſequuntur, qui diſſentiat: non quòd ali-
quo iuris loco ſcriptum ſit ita eſſe, ſed quia generaliter
ſic comparatum ius eſſe putant, vt in omnibus bonæ
fidei iudiciis iuretur in litem ſi res debita non præſtetur
ex *l. in actionibus* 5. *D. de in lit. iur. l.* 3. *§. in hac. D. commod. l.* 1. *§. in depoſiti. D. depoſit.* Quaſi bonæ fidei ratio
ius hoc poſtulet, proindeque faciat vt eadem cauſſa eſſe
debeat iudiciorum omnium quæ bonæ fidei eſſe exiſti-
mantur: inter quæ iudicium empti & venditi principem
ferè locum obtinere nemo ambigit. Ego contrariam ſen-
tentiam ſemper probabiliorem exiſtimaui. Nam præter
id quod non poſſum mihi perſuadere prudentes & Im-
peratores, quorum tot extant reſponſa ad actiones em-
pti & venditi pertinentia ius hoc prætermiſſuros fuiſſe
ſi putaſſent, in actione ex empto iurari in litem poſſe,
video non eſſe verum generaliter & indiſtinctè quod
2 noſtris placet, in omnibus † bonæ fidei actionibus iurari
in litem. Conſtat enim non iurari in contrariis iudiciis
depoſiti, commodati, mandati, & aliis ſimilibus, *l. ei apud quem* 53. *in princip. D. depoſit.* vbi ratio redditur,
quia in iis non agitur de fide rupta, licèt non eo minùs
ſint bonæ fidei, poſſintque competere ex cauſſa doli. Di-
cat aliquis, huic rationi conſequens potiùs videri vt in
actione empti iurari debeat, quandoquidem rumpit
proculdubio fidem venditor qui rem quam vendidit
tradere dolo malo recuſat, cùm ex natura contractus
obligatus ſit ad tradendum. Sed reſpondeo quod de fide
3 rupta hîc dicimus non † ita accipiendum eſſe vt fidem
rumpere videatur, quiſquis non præſtat quod promiſit
(alioqui etiam in contrariis iudiciis facilè eueniret vt
de fide rupta ageretur, & conſequenter, vt in iis quo-
que iuraretur in litem, quod numquam fit) ſed vt fidem
is demum rumpat, qui rem alienam quam ex bonæ fidei
contractu habet à domino, non vult ei reſtituere, &
quidem dolo malo cùm poſſit, aut ſi fecerit ne poſſit. Hoc
verò non euenit in actione empti. Neq; enim ſola ven-
ditio transfert dominium citra traditionem: nos autem
eum caſum tractamus quo res vendita nondum ſit tra-
dita, & quo agatur ad traditionem, aduerſus venditorem
4 tradere recuſantem. Quo caſu † dico non ad aliud con-
demnari venditorem poſſe quantumuis dolus & pro-
cacia eius arguatur, quàm vt præſtet quanti emptor ſua
intereſſe probauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l.* 1. *D. de act. empt. l. ſi traditio* 4. *C. eod.* Ergo non quanti emptor
5 in litem iurauerit. Sunt enim † hæc, vt ſæpiùs diximus
in ſuperioribus, planè contraria & repugnantia, con-
demnari quem in id quod aduerſarij intereſt, & con-
demnari quanti aduerſarius in litem iurauerit. *lege qui reſtituere* 68. *D. de rei vindicat. lege ſemper* 15. *§. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. arbitrio* 18. *§* 1. *D. de dolo.*
An ergo, inquies, liberabitur venditor præſtatione eius
quod intereſt emptoris, nec cogetur præciſè rem tradere,
tametſi habeat tradendi facultatem? Ita equidem viſum
eſt iam olim Ioanni, quem cæteri ferè omnes interpre-
tes ſecuti ſunt aduerſus Martinum qui magis probat vt
venditor ad traditionem præciſè cogi poſſet. Sed nos
Coniecturarum lib. 6. *cap.* 17. pro *Martino* contra *Ioannem* probauimus ex *Pauli ſententiis, Tit. De re iudicat.*
6 condemnari † debere venditorem vt rem tradat, ſi tra-
dere commodè poſſit. At hoc ipſum non ita accipi vo-
lumus, vt præciſè & abſolutè cogatur venditor tradere
(id enim vix eſt vt fieri poſſit ſine vi & impreſſione
quam ſemper exoſam habet legiſlator) ſed vt ſub com-
minatione pœnæ iubeatur rem tradere, nec liberetur in-
uito emptore, ſola eius quod intereſt præſtatione: quo-
modo haud dubiè liberaretur ſi rem ipſam tradere iuberi
non poſſet. Ita enim fit, vt non ſolùm id quod emptoris
reuera intereſt, ſed etiam dolus venditoris æſtimetur of-
ficio & arbitrio iudicis, quod facere iudex percommo-
dè poteſt etiam citra iuſiurandum. Iſque proculdubio
ſenſus eſt *l. ſi cum fundum* 68. *§.* 1. *D. de contrah. empt.*
Exiſtimabam aliquando poſſe & emptori & iuris ratio-
ni ſatis fieri, vt emptor omnimodo rem habeat citra vim
& impreſſionem, inducto hoc remedio vt manu ſi opus
ſit militari, res vendita auferatur venditori & in empto-
rem transferatur. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d. l. qui reſtituere.* Sed nunc mihi ea ſententia non proba-
tur poſteaquàm comperi totam eam legem Triboniani
eſſe non Vlpiani, vt ſcripſi *lib.* 16. *Coniect. cap.* 17. di-
cámque *Decade ſeq. cap.* 5. Denique nulla lex eſt, nulla
ratio quę probet in actione ex empto iurari in litem. Quis
ergo id probet quod neque legem vllam habeat, neque
rationem?

ERROR VIII.

De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant, veritatis.

SVMMARIA.

1 *Apud interpp. & pragmaticos duplex eſt iuſiurandum in litem, vnum adfectionis, alterum veritatis, & quid vtrumque ſit.*

2 *Vnicum tantum eſſe iuſiurandum in litem, ſcilicet adfectionis, contra eoſd.*

3 *Iuſiurandum adfectionis quando locum habeat, & ob quam cauſam deferatur.*

4 *Quæ neceſſaria putent interpp. & pragmatici, vt iuſiurandum veritatis deferri poſſit: quantum illi à veritate aberrent.*

5 *Expoſitio l. in actionibus. 5. §. planè. D. de in litem iurand. qua abutuntur interpretes.*

6 *Falſum eſſe illud, iurari quidem poſtquam res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo res extitit.*

7 *Res quæ non extat facilè æſtimari poteſt citra iuſiurandum, inſpecto eo tempore quo extitit.*

8 *Reuocatio ſententiæ in Coniecturis propoſitis.*

9 *Ex præſenti tempore æſtimari non poteſt res quæ amplius non extat, ideóque tunc iuſiurandum eſt neceſſarium.*

10 *Cur Marcianus in d. §. planè requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſſerit.*

11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis non niſi ad præteriti temporis æſtimationem referendum putantis.*

QVando in tractatum hunc de in litem iu-
rando incidimus, explodendus neceſſariò
nobis eſt grauiſſimus error interpretum &
pragmaticorum exiſtimantium duplex eſſe
iuſiurandum † in litem, adfectionis vnum,
veritatis alterum. Iuſiurandum adfectionis appellant, 1
per quod res æſtimatur ſupra quàm re vera ſit, pro-
pter adfectionem iurantis, cui locum eſſe volunt vno
illo caſu quo per dolum poſſeſſoris res non reſtituatur
in executione iudicati: veritatis verò per quod res æſti-
matur nõ ex adfectione iurãtis, ſed quãti re vera eſt cùm
alioqui impoſſibilis aut difficilis eſt veræ æſtimationis
probatio ſi ad impoſſibilitatẽ illã aut difficultatẽ accedat
præterea dolus illius aduerſus quẽ iuratur. Semper enim
dolũ interuenire volũt, vt iurari poſſit. Secuti Bartolũ ita

diſtinguentem ad *l. in actionibus* 5. *D. de in lit. iurand.* Nos
2 longe aliter, iuſiurandum † in litem vnicum eſſe con-
tendimus quod ſit adfectionis, nullum prorſus verita-
tis. Neque enim fieri vllo caſu poteſt, vt legiſlator per-
mittat actori iurare in litem, quin eius adfectioni indul-
geat, & quidem ex neceſſitate iuris. i. quia non aliis ca-
ſibus in litem iurare conceditur quàm quibus fieri ne-
queat, vt aliter ſatisfiat aut iuris rationi, aut æquitati. De
periurio autem eius qui ex iuris neceſſitate iurauit non
facilè quæri ſolet, vt ait *lex vltima, Digeſt. eodem*, id eſt,
niſi tam euidens ſit periurium vt nullo colore obtegi
poſſit, quemadmodum ſi quis rem viginti dignam, mille
aureis æſtimaret. De iureiurando, quod interpretes ap-
pellant adfectionis, iam ſatis multa ſcripſimus *in ſupe-
rioribus*, neque meo iudicio quiſquam dubitare poteſt
3 ex iis quæ diximus, quin locum † habeat quoties alienæ
rei poſſeſſor, aut qui dolo deſiit poſſidere, domino eam
reddere recuſat, ſiue antè poſt condemnationem, ſiue
bonæ fidei iudicio, ſiue arbitraria actione dominus ex-
periatur ad rem ſuã repetendam, non etiam ſi alius quàm
dominus agat. Deferendi namque iuriſiurandi ea præ-
cipuè ratio eſt, quòd non ſit alicui permittendum vt alie-
nam rem inuito domino retineat, aut vt dominum co-
gat ad rem ſuam iuſto pretio diſtrahendam, *l. tutor.* 8. *D.
eod. l. ſi filiofamilias* 25. 1. *D. ſolut. matrim. l. non enim* 9.
D. rer. amot. Quæ ratio non alio caſu locum habet quàm
quod dominus ille eſt qui agit, quantumuis maximè in
in dolo ſit is qui conuenitur. Idque ex iis quæ in ſe-
quentibus dicemus, clariùs apparebit. Nec rurſus quiſ-
quam dixerit duas illas ſententias, quas interpretes pu-
tant ferri debere in actionib. arbitrariis, æquè ferri poſ-
ſe in actionib. bonæ fidei, in quib. tamen certum eſt iu-
rari in litem ſi à domino rem ſuam repoſcente, vt dixi-
mus, exerceantur. Non igitur verum eſſe poteſt quod
illi aiunt iuſiurandum adfectionis non aliam ob cauſ-
ſam deferri poſſe, quàm propter dolum admiſſum in
executione iudicati. Sic enim fieret vt ſecundam ſen-
tentiam ſemper ferri neceſſe eſſet, niſi fortè quis tam
ſit imperitus vt negare velit ſententiam dici debere cùm
tanti reus condemnatur quanti actor in litem iurauerit.
De iureiurando quod illi veritatis vocant, dicendum hic
nobis eſt, & quidem breuiter. Scripſimus enim copio-
ſiùs & ad nauſeam vſque *libro* 16. *Coniectur. cap.* 1. *&* 13.
4 Duo † neceſſaria eſſe putant interpretes itémque pra-
gmatici, ad hoc vt iuſiurandum hoc veritatis deferri poſ-
ſit: dolum ſcilicet aduerſarij & difficultatem probatio-
nis: in vtroque peccant. Nam neque dolus neceſſarius
eſt, neque difficultas probationum ſufficit, ſed meram
& abſolutam impoſſibilitatem adeſſe oportet, vt huiuſ-
modi iuſiurandum quod illi veritatis dicunt, deferri
poſſit. Exemplum enim omnes ſumunt ex *d. l. actioni-
bus* 5. *§. planè. de in lit. iur.* nec alium ſanè locum ha-
bent ex quo aliud exemplum ſumere poſſint. Ibi † verò
5 Marcianus ſcribit in ſtrictis quoque actionibus inter-
dum iurari in litem, veluti inquit, ſi promiſſor Stichi
moram fecerit, & Stichus poſt eam moram deceſſerit,
quia iudex ſine delatione iuriſiurandi nõ poteſt æſtimare
rem, quæ non extat. Non ergo requirit, vt promiſſor
Stichi ſit in dolo, ſed tantùm vt moram fecerit, quæ fieri
vtique poteſt, & verò fit plerumque etiam ſine dolo licèt
non facilè ſine culpa. Nec rurſus illam ſuæ ſententiæ ra-
tionem adfert quòd difficile ſit æſtimare rem quæ non
extat, ſed quia fieri id nullomodo poſſit per iudicem ſine
delatione iuriſiurãdi. Non ergo difficultatem probatio-
nis intuetur, ſed meram impoſſibilitatem. Si qua enim
ratione fieri poſſet, vt ſine delatione iuriſiurandi æſti-
maretur res iam perempta, nihil ſanè cauſſæ eſſet cur in
iudiciis ſtrictis iuſiurandum in litem aduerſus iuris re-
gulas deferri oporteret. Sed neceſſitas deferendi facit, vt
ipſis quodammodo legibus hac parte vim fieri neceſſe
ſit. Proinde ſi ſpeciale nomen huiuſmodi iuſiurandum
mereretur, neceſſitatis dici deberet, nõ veritatis. Quænam
enim vera eſſe poteſt æſtimatio rei quæ ampliùs non ex-
tat? Dices fortaſſe † iurari quidem poſtquàm res extare 6
deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo
res extitit, verámque habuit æſtimationem. Sed non ita
eſt: in eóque omnes quotquot vnquam legere contigit
interpretes, turpiter hallucinantur. Quid enim facilius,
quàm æſtimare † citra iuſiurandum rem quæ non ex-
tat inſpecto eo tempore quo extitit? Exemplum eſto in 7
actione legis Aquiliæ, in qua homo occiſus æſtimatur
quanti plurimi eo anno fuit facta retrorſum anni com-
putatione, *l. ait lex* 21. *& paſſ. D. ad leg. Aquil.* & tamen
nullibi reperias in ea actione iurari in litem. Sunt enim
iſta omnino repugnantia, condemnari occiſorem ſerui
quanti plurimi vnquam ſeruus fuerit, Et, condemnari
quanti dominus in litem iurauerit. Sic & in ſpecie *l.
penult. D. de condict. tritic.* id eſt, cùm agitur de æſtiman-
do homine petito per condictionem triticariam, & iam
adiudicato ac poſt ſententiam mortuo, dicimus eam æſti-
mationem deberi quæ mortis tempore fuit, neque tamen
ex ea cauſſa in litem vllomodo iurari concedimus, quia
nec neceſſe eſt: in quo † nos ipſi errauimus *lib.* 6. *Coniect.
cap.* 17. Quid enim poteſt intereſſe an res adhuc extet, 8
an perempta ſit ad ineundam præteriti, non præſentis
temporis, æſtimationem? Et ex eo nimirum apparet in
eo caſu quem Marcianus tractat in *d. §. planè*, id eſt, cùm
homo ex ſtipulatu debitus periit poſt moram promiſſo-
ris, non præteriti temporis æſtimationem deberi, ſed
præſentem id eſt, quæ tunc ſit cùm agitur, ob idque ne-
ceſſarium eſſe iuſiurandum in litem, quia † fieri per re- 9
rum naturam nullomodo poteſt vt ex præſenti tempore
æſtimetur res quæ ampliùs non extat, Quæ tamen vt ex
præſenti tempore æſtimari debeat, illud facit quod pro-
pter moram præcedẽtem extare adhuc creditur, *licet verè
perempta ſit*, idcóque & peti poteſt acſi extaret *l. ſi ſer-
uum* 91. *§. ſequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* Poteſt ius
fingere rem extantem quæ re vera non extaret adhuc
debeatur ne interitu ſpeciei debitæ moroſus debitor li-
beretur, Sed non poteſt illa iuris fictio efficere vt præſta-
ri poſſit res quæ verè extare deſiit, quia obligatio iuris
eſt, præſtatio autem & ſolutio facti *l. conſilio* 7. *§. vlt. D.
curat. furioſ.* Ius autem fingere poteſt circa ea quæ ſunt
iuris non circa ea quæ ſunt facti *l. denique* 19. *ex quib.
cauſ. maior. l. in bello* 12. *§. facti. D. de captiu. & poſtlim.
reuerſ.* Itaque quòd res extare deſiit, impedire non poteſt
quominus præſens æſtimatio debeatur, quia cùm pro
extante habeatur: ſuccedit alia iuris regula quæ facit vt
talem tantámque rem debitam præſtari oporteat, qualis
quantaque eſt cùm petitur *l.* 2. *D. de vſur.* Quanti verò
tunc res ſit quæ vera nulla amplius eſt, neque iudex ne-
que probus quiſquam vir dicere vllomodo poſſit Pro-
inde iuriſiurandi in litem delatio neceſſaria eſt, & conſe-
quenter iurantis adfectioni indulgere iudex vel inuitus
cogitur, quoniam non niſi ex iurantis adfectione æſti-
mationem poteſt habere ea res, quæ re vera nullam ha-
bet. Ex quo intelligimus, cur † Marcianus in *dict. §. pla-* 10
nè requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſ-
ſerit. Nempe quia ſi mora nulla præceſſiſſet, vtique
promiſſor Stichi interitu eius liberaretur *l. ſi ex legati.*
23. *De verborum obligat.* atque ita nullus de æſtimatio-
ne præſtanda quæſtioni locus relinqueretur, ſublata pe-
nitus obligatione. Quòd ſi fingeres aliquo caſu fieri poſ-
ſe vt citra morã perempto Sticho nihilominùs promiſſor
maneret obligatus, non magis neceſſaria eſſet mora quàm
dolus promiſſoris ad inducendam huiuſmodi iuſiurandi
delationem. Non enim propter moram defertur iuiu-
randum, ſed propter ſolam impoſſibilitatem probatio-
nis. Mora autem ideò duntaxat exigitur vt poſt rem per-
emptam ſalua eſſe poſſit obligatio cuius poteſtate ad
æſtimationem ineundam præſtandamque decurri opor-
teat. Et in eo rurſũ euidenter errat † *Bartolus* qui iuſiu- 11
randũ hoc veritatis nõ niſi ad præteriti tẽporis æſtima-
tioné referẽdã eſſe putat, cùm ex contrario nõ aliob cauſã

deferatur, quàm quia ſolam præſentis temporis æſtimationem, quæ re vera nulla eſt complectitur. Fefellit *Bartolum* quod in *l. numis 3. de in lit. iurand.* Vlpianus ſcribit, numis depoſitis non oportere iudicem iuſiurandum in litem deferre vt iuret quis quod ſua interfuit, cùm certa ſit numorum æſtimatio. Niſi fortè, inquit, de eo quis iuret quòd ſua interfuit numos ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit aut ſub pignore, quod quia pecunia depoſita ei abnegata eſt, diſtractum fuit? Locum enim illum accipit Bartolus de iureiurando veritatis: Sed omnino malè, vt ex iis quæ proximo capite dicturi ſumus, intelligetur.

ERROR IX.

De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis.

SVMMARIA.

1 *Depoſiti, vel commodatis numis, ſi à depoſitario vel commodatario non reddantur an iurari poſſit in litem.*
2 *Ratio pro affirmatiua.*
3 *Ratio decidendi qua docetur non poſſe iurari.*
4 *Nulla eſt ratio cur ex cauſa depoſitorum numorum iuretur in litem.*
5 *L. numis 3. D. de in litem iur. à Triboniano interpolatam eſſe.*
6 *Lapſus Accurſij in d. l. interpretatione.*
7 *Item Bartoli & aliorum qui iuſiurandum veritatis eſſe illud volunt, de quo in d. l. agitur.*
8 *Error Accurſij putantis in numis creditus permitti creditori iurari in litem.*
9 *Alius eiuſdem Accurſij lapſus in aſſignanda cauſa cur de numis depoſitis non iuretur in litem.*
10 *Si verum eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe in litem, tria fore neceſſaria.*
11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis ad præteritum tempus ſemper referentis.*

QVod diximus iuſiurandum in litem deferri ſolere, quoties alienam rem quis inuito do-
1 mino retinet, ſuadere videtur vt depoſitis † vel commodatis numis à depoſitario vel commodatario non reddantur, iurari in li-
2 tem poſſit. Perinde † enim fit iniuria domino acſi ſpecies, non pecunia depoſita vel commodata proponeretur: nec minùs agitur de fide rupta cùm pecuniæ æquè ac ſpeciei depoſitæ aut commodatæ dominium remaneat penes deponentem aut commodantem, & conſequenter nihil cauſſæ eſt cur non æquè dolus vindicari debeat iureiurando in litem permiſſo. Sed non ita eſt.
3 Numorum † enim certa eſt æſtimatio, nec proinde quicquam videri poteſt intereſſe eius qui depoſuit, aut commodauit vt hos vel illos numos habeat, quandoquidem pecunia eſt ex earum rerum genere quæ inuicem recipiunt functionem,

4 Nec ad rē pertinet † ſi quis obiiciat deferendi in litem iuriſiurandi hanc potiſſimum rationem eſſe, ne alioqui eueniat vt dominus rem ſuam iuſto pretio vendere compellatur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Quaſi non ſit conſequens ob id ſolùm quòd certa ſit numorum æſtimatio iurari minùs oportere, cùm præterea dolus ſit vindicandus. Nam & cùm iuratur in litem, inquies, non pluris res fit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium, vt Iuriſconſ. ſcribit in *l. 1. & in l. tutor 8. De in litem iurand.* Etenim reſpondeo multùm hac parte ſpeciem à pecunia numerata differre. Species namque licèt ſuo vero iuſtóque pretio æſtimata, pretium tamen non eſt, ſed aliud quidpiam toto genere à pretio ſeparatum: Ideóque nec negari poteſt, quin domini interſit rem habere ſi id malit, potiùs quàm iuſtam rei æſtimationem: Cur enim cogatur aliud pro alio accipere? Siquidem in eo diſtat ſpecies à genere, quòd non ſicut genus recipit in ſuo genere functionem. At nihil omnino intereſt eius qui pecuniam numeratam depoſuit, vtrum hæc aut illa numorum corpora accipiat, ſi modò quæ redduntur ſint eiuſdem generis, bonitatis & qualitatis, adeóque defendi poteſt eam ipſam rem quæ debetur reddi, quamuis non eadem ſint corpora numorum quæ depoſita fuerunt, nulla igitur ratio eſt cur ex ea cauſſa deferri iuſiurandum oporteat, rectéque Vlpianus tractans de numis depoſitis ex eo mouetur quòd certa ſit numorum æſtimatio. Subiicit autem, *Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit numos ſibi ſua die redditos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt, diſtractum eſt?*

Ego † verò totum hunc verſiculum Triboniani non 5
Vlpiani eſſe auſim dicere. Nam etſi ponas eum qui numos depoſuit certa die reddendos pecuniam debuiſſe ſub pœna, aut ſub pignore quod ob non factam ſolutionem diſtractum fuerit, inferre tantùm ex eo poteſt deberi ei quanti ipſius intereſt, cum alioqui ratione numorum ne quidem id quod intereſt vnquam debeatur. Sed ob id iurari in litem oportere, nullomodo certè inferre poſſis: Neque enim neceſſe eſt cùm etiam citra iuſiurandum facilè ſciri poſſit quanti actoris interſit, tanti ſcilicet quantum fuit in pœna ob non ſolutam pecuniam commiſſa, aut quanti fuit pignus quod propter factam in ſolutione ceſſationem diſtractum eſt. Cæterùm illud ſemper verum eſt ratione numorum nihil penitus intereſſe actoris an hæc aut illa numorum corpora accipiat, & conſequenter iuriſiurandi in litem deferendi cauſſam nullam ſubeſſe. Quod & Accurſius ipſe præſenſit, qui etſi negare non potuit quod legis verba ferebant, iurari hoc caſu poſſe, negauit, † tamen iurari in 6
litem: in eo licèt apertiſſimè cæcutiens quod ab Vlpiano cautè factum putat, vt in illis verbis *niſi fortè de eo quis iuret* non adiecerit *in litem.* Quaſi verò de alio iureiurando poſſint ea verba accipi quàm quòd ſit in litem: de quo tamen in proximè præcedentibus locutus fuerat. Et ſanè alterutrum neceſſariò fatendum eſt vt vel in litem vel nullo modo iuretur. Alij verò interpretes quos & idem Accurſius refert, & Bartolus † cæteríque 7
deinceps probarunt, cùm viderent nullam in numos affectionem cadere poſſe, negarunt iuſiurandum hoc quod in litem eſſe fatentur, affectionis eſſe: ſed dixerunt eſſe veritatis, quale illud de quo in *§. planè. l. in actionibus, de in lit. iur.* Adhuc ineptiùs. Nam ſi omne iuſiurandum in litem affectionis eſt, vt ſuprà probauimus, conſequens fit vt quod affectionis eſſe non poteſt, nullum omnino ſit. Illud enim de quo in *dict. §. planè*, vt proximo capite dicebamus, licèt ex mera facti neceſſitate potiùs quàm ex iuris ratione cauſſam habeat, veritatis tamen iuſiurandum non eſt, ſed affectionis, aut ſaltem, vt ita dixerim, neceſſitatis, quoniam ſine delatione iuſiurandi nullo modo poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, quemadmodum eo loco Marcianus ſcribit. At non ſimiliter poſſis dicere iudicem apud quem agatur de numis depoſitis ſua die non reſtitutis, æſtimare non poſſe citra delationem iuriſiurandi quanti interſit eius qui numos depoſuit certo die reddendos, ſi ſub pœna ad eum diem debuit pecuniam, aut ſub pignore, quod fuerit diſtractum. Poteſt enim facillimè id æſtimationem recipere ex quantitate pœnæ quæ ſemper eſt certa, itémque ex pignoris pretio ſiue illud accipias quod ex diſtinctione redactum eſt, ſiue quod ex communi hominum æſtimatione maius & amplius conſtitui poſſit. Tractamus

enim de pignore quod tùm etiam extet cùm agitur: ac proinde cuius æſtimandi impoſſibilitas nulla eſſe vnquam poteſt. Sed etſi poneres rem illam obligatam deſiiſſe extare, non idcirco tamen iurari in litem oporteret, quia cùm ad dictam diem ſatisfactum non eſt, non quanti nunc actoris interſit ſpectari oportet, ſed quanti interfuit ſua die ſatisfactum eſſe, vt & Tribonianus ipſe loquitur, relata ſcilicet æſtimatione eius quod intereſt ad tempus poſitum in obligatione, *lege ſi Calendis 11. Digeſt. de re iudicat.* Æſtimatio autem præteriti temporis quo res extitit æquè facilis eſt etiam poſteaquam res extare deſiit, atque ſi adhuc extaret, neque iuſiurandum in litem neceſſarium eſt in eam rem, vt ſuprà diximus euenire in actione legis aquiliæ, *lege ait lex 21. Digeſt. ad legem Aquiliam*, & in ſpecie *penultim. Digeſt. de condiction. triticar* Sed & quis vnquam obſecro audiit in numis deponendis eam adhiberi conuentionem vt certo die reddantur? Cùm creduntur, frequentiſſimus eſt & pernecessarius vſus eiuſmodi conuentionis, quia ex mutuo transfertur numorum dominium in accipientem: At cùm ex cauſſa depoſiti neque dominium transferatur, neque poſſeſſio, ita vt neque conuenire poſſit vt tantumdem reddatur, quoniam ea res egreditur notiſſimos depoſiti terminos quemadmodum ait Iureconſultus in *l. Lucius 24. D. depoſit.* quænam ratio eſſe poteſt, propter quam depoſitarius præreptam deponenti velit repetendæ rei ſuæ facultatem ante certum diem: Illud verò multò etiam abſurdius eſt, quod
8 idem † *Accurſius* ad *l. nummis* defendit, in numis creditis idem iuris eſſe quod in depoſitis, id eſt vt ſi certo die reddi debuerint nec redditi ſint, permittatur creditori iurare de eo quod ſua interfuit ſibi ſua die redditos fuiſſe. Nã cùm mutui contractus haud dubiè ſit ſtricti iuris, fieri numquam poteſt vt iuſiurandũ in litẽ admittat. Eſt enim generale & perpetuũ vt in iudiciis ſtrictis numquã iuretur, excepto vno illo caſu de quo in *d. l. planè*, id eſt mera vrgente facti neceſſitate, quæ porrò in propoſita ſpecie, vt docuimus nulla ſubeſſe poteſt. Fateor ex mutuo tametſi contractus ſtrictus ſit poſſe creditorem petere quanti ſua interfuit, ſi ad certam diem pecunia reddi debuit quæ non eſt reddita (qui ſenſus eſt, *l. 4. D. de eo quod cert. loc.* qua vna in ſententiæ ſuæ confirmationem Accurſius abutitur.) Sed nego ob eam cauſſam iurari in litem oportere, quia neque iudicij natura id patitur nulla vrgente neceſſitate, neque adfectio vlla in numos cadere poteſt. In eóque par fuit lapſus † Accur-
9 ſij & Triboniani, exiſtimantium aliam rationem non eſſe propter quam de numis depoſitis non iuretur in litem, quàm quia nihil interſit actoris, atque ita inferentium à contrario ſenſu, permittendum ergo illi eſſe vt iuret, ſi modò eius interſit, quomodo intereſt proculdubiò cùm ad diem pecunia reddi debuit ei qui ad eandem diẽ debuit pecuniam ſub pœna, vel ſub pignore quod diſtractum ſit. Animaduertere namque debuerunt poſſe hîc de eo quod intereſt dupliciter tractari, aut de eo quod intereſt actoris hos aut illos numos habere, aut de eo quod ipſius intereſt ſibi numos ſua die redditos non fuiſſe. Poſteriore hoc modo intereſt ſanè actoris, ſed non ſufficit ita intereſſe ad hoc vt iurari in litem poſſit. Alioqui dicendum eſſet, quoties agentis intereſſet iuriſiurando in litem locum fore: quod tantùm abeſt vt verum ſit, (neque vero id quiſquam vnquam dixit) vt è contrario non poſſis melius excludere iuſiurandum in litem, quàm ſi dicas præſtari debere actori quanti ipſius intereſt: vt à nobis in ſuperioribus ſatis ſupérque probatum eſt: Cur ergo, inquies, de numis depoſitis tractat Vlpianus? Nimirum quia depoſiti iudicium bonæ fidei eſt, in quo iurari ſolet, ſi ſpecies non pecunia debeatur *lege 1. §. in depoſiti. D. depoſit.* Eáque dubitandi ratio erat, quæ in numis creditis nulla fuiſſet. Cæterùm etiamſi
10 verum † eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe in litem, tria tamen eſſent neceſſaria. Primùm vt numi depoſiti eſſent, aut commodati aut ex aliquo huiuſmodi bonæ fidei contractu debiti. Nam ſi crediti per ſtipulationem promiſſi proponerentur, non idem probaretur. Secundum, vt dominus numorum is eſſet qui iuſiurandum in litem ſibi deferri poſtularet. Tertium, vt certo die reddi debuiſſent nec redditi fuiſſent, ita vt ex ea cauſſa intereſſet actoris. Quod cùm accidit, id eſt cùm actoris intereſt propter diei adiectionem, mirum non eſt ſi referatur iuſiurandum ad tempus præteritum non ad præſens, quia ſicuti ſola temporis adiectio facit vt ratione numorum debeatur id quod intereſt, quod alioqui non deberetur, ita neceſſe eſt eius ſolius temporis haberi rationem in eo quod intereſt æſtimando. Itaque non poteſt ex eo
loco probari ſententia † illa *Bartoli* de qua ſuperiore 11
capite dicebamus, exiſtimantis iuſiurandum in litem quod ille veritatis appellat propriam & perpetuam habere conditionem hanc vt ad præteritum tempus ſemper referatur, quod ſanè tam falſum eſt quàm quòd falſiſſimum.

ERROR X.

De delatione iuriſiurandi quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum & interpretum putantium iuſiurandum veritatis in bonæ fidei iudiciis locum non habere.*

2 *Suppoſito dari iuſiurandum veritatis falſam eſſe relatam ſententiam.*

3 *Nihil ad rem facere quod in iudiciis bonæ fidei tempus moræ ſpectetur, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ.*

4 *Si poſt litem conteſtatam homo ex bonæ fidei contractu debitus pereat, an iuſiurandum in litem locum habeat.*

IN eò quoque pragmatici † & interpretes
errant, quòd exiſtimant id genus iuriſiu- 1
randi quod illi veritatis appellant, in bonæ fidei iudiciis locum non habere, ſed
tantum in ſtrictis. Eſto.n. † quod illi vo- 2
lunt & nos negamus iuſiurandum veritatis illud maximè eſſe, de quo Marcianus tractat in *l. actionibus 5. §. plane. de in lit. iur.* Dico eo facti & iuris neceſſitatem facere vt perinde iurari oporteat in iudiciis bonæ fidei atque in ſtrictis, quoties res debita periit poſt moram debitoris ante litem conteſtatã: quia, vt lex ait, nõ poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rẽ, quæ nõ extat. Nã ſiue ex bonæ fidei contractu, ſiue ex ſtricto quis conueniatur, certum eſt moram à debitore contractam efficere ne naturali interitu ſpeciei tollatur obligatio. Ea ſi quidem moræ poteſtas eſt ac multò magis in bonæ fidei iudiciis quàm in ſtrictis, cùm in illis propter bonam fidem habeatur ratio moræ ad augendas præſtationes acceſſionum nomine. In his verò non item, nec alio vllo caſu extra cauſſam perpetuandæ obligationis vt à nobis in ſuperioribus ſuo loco diſputatum eſt. Inde verò fit vt quamuis Stichus poſt moram perierit, qui forte ex depoſito aut commodato debebatur, perinde tamen peti poſſit acſi adhuc extaret, quia & ex ſtipulatione, qui omnium ſtrictiſſimus contractus eſt, peti adhuc poſſet *l. ſi ſeruum 92. §. ſequitur. & §. vlt. D. de verb. oblig.* Atqui præſtari Stichus non poeſt qui re vera nullus eſt. Eius ergo æſtimatio vt præſtetur neceſſe eſt. Quænam verò æſtimatio? Præſens, quoniam ſi re vera extaret Stichus qui fictione iuris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet qualis

lis quantique tum eſſet cùm peteretur *l. 2. D. de vſur. l. ſi Calendis 11. D. de re iudic.* At quis obſecro dicere poterit quanti nunc ſit res quæ re vera non extat quæque nulla eſt? Nemo ſanè. Igitur neceſſitas & iuris & facti eò adigit iudicem vel inuitum, vt cogatur deferre iuſiurandum actori rem ſuam pro arbitrio & ex adfectione æſtimaturo, tametſi debitoris dolus nullus arguatur. Non enim coercendi doli gratia iuſiurandū hoc præſtatur: vt aliàs fieri ſolet cùm quis rem alienam poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere, vt domino habendæ eius facultatem eripiat, ſed quia nihil eſt, quod meliùs & commodiùs ſtatui poſſit vt actori ſatisfiat. Neque verò quiſquam æquum putauerit, vt meliore conditione ſit is, qui poſt moram & propter moram conuenitur ex iudicio bonæ fidei re perempta, quàm ſi ex ſtricto conueniretur. Dicat fortaſſe aliquis, Differentem eſſe hac
3 parte rationem iudiciorum † bonæ fidei & ſtricti iuris in eo, quod in iudiciis bonæ fidei ſi de ineunda rei debitæ æſtimatione quæratur, tempus moræ inſpiciendum eſt, non ſimiliter in ſtrictis *l. 3. §. ſi per venditorem. D. de act. empt.* Proinde mortuo poſt moram homine qui ex bonæ fidei iudicio debetur, non eſſe neceſſe vt præſens æſtimatio præſtetur, in eamque rē iuretur in litē quemadmodum ſeruatur in ſtrictis, ſed eam æſtimationem deberi, præſtarique poſſe quæ fuerit tempore moræ. Sed reſpondeo non ita eſſe. Etſi enim hoc plus eſt in iudiciis bonæ fidei quod in iis non litis conteſtatæ tempus ſolum & præcisè ſpectatur vt in ſtrictis, Sed etiā tempus moræ, tamen illud quoque verum eſt non vſque adeò præcisè ſpectari tempus moræ in iudiciis bonæ fidei, quin etiam tempus litis conteſtatæ inſpiciendum ſit ſi tùm æſtimatio creuerit, adeóque tempus condemnationis vtro tempore res pluris fuit *d. §. ſi per venditorem iunct. l. 3. §. in hac. D. commod.* Aliter enim poſito iure eueniret vt, aucta poſt moram ęſtimatione in tempus vſque litis conteſtatæ minus pręſtaret debitor ob id quòd bonæ fidei iudicio conueniretur, quàm ſi ex ſtricto vrgeretur: quod prorſus alienum eſſet à bona fide. Itaque licèt hominis poſt moram perempti æſtimatio facilè iniri poſſit ſine delatione iuriſiurandi inſpecto tempore moræ, quia tamen potuit ille pluris nunc eſſe ſi peremptus non fuiſſet, nulla ratio eſt cur cogatur actor contentus eſſe ea æſtimatione quæ moræ tempore fuit, ne ei noceat quòd in eius fauorem ſola bonæ fidei magis quàm iuris ratione conſtitutum eſt. Eſt enim generalis & ad omnia ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris iudicia pertinens ratio illa quæ in æſtimatione ineunda ſpectari vult tempus litis conteſtatæ, quòd quale quid eſt cùm petitur, tale dari debeat *d. l. 2. D. de vſur.* & æſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit *d. l. ſi Calendis 11. D. de re ind.* quod tempus in omni iudiciorum genere non aliud eſt quàm litis conteſtatæ: Tametſi bona fides faciat vt non minùs inſpiciendum ſit tempus moræ, ſi tum pluris res fuit, quia quod ad bonam fidem attinet nihil prorſus intereſt, an apud prætorem & per litis conteſtationem, an per extraiudicialem interpellationem quid petatur. Neque enim iudicia in eos comparata ſunt qui bonam fidem agnoſcere & ſine iudice ſoluere parati ſunt, ſed aduerſus moroſos tantùm & con-
tumaces. Quid ergo ſi † poſt litem conteſtatam homo 4
ex bonæ fidei contractu debita perierit? An iuſiurandum in litem æquè locum habebit? Addo *ex bona fidei contractu*, quia ſi ſtricti iuris contractus eſſet, dubitationem res non haberet quin iurandi neceſſitas nulla ſubeſſet, cum ex tempore litis conteſtatæ æſtimari homo commodè poſſet, non ſecus acſi adhuc extaret. Nemo ſiquidem dixerit poſſe aut debere æſtimationem eius creſcere poſt mortem cùm nec ſi viueret, creſcere tamen poſſet. At cùm bonæ fidei contractus eſt, dubitatio ex eo naſcitur, quòd ſi homo extaret creſcere poſſet eius æſtimatio à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis *d. l. 3. §. ſi per venditorem. l. ſi ſterilis 21. §. cum per venditorem. de action. emp. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* Proinde videtur deberi præſens æſtimatio non aliter quàm ſi homo poſt moram ante litem conteſtatam deceſſiſſet: Et conſequenter fatendum eſt iurari in litem poſſe, quia ſine iuriſiurandi delatione præſens illa rei non extantis æſtimatio fieri nullomodo poteſt. Verùm propiùs intuenti ſunt iſta longè diſſimilia. Quod enim rei debitæ æſtimatio creſcit in bonæ fidei iudiciis à die moræ in diem vſque litis conteſtatæ, fit ex mera iuris ratione, quæ vt toties diximus, litis conteſtatæ tempus præcisè & indiſtinctè ſpectari vult, niſi cùm iudicij qualitas & natura patitur vt ex bona fide præcedentis quoque aut ſequentis temporis rationem haberi oporteat. Quod autem creſcit etiam æſtimatio à lite conteſtata, ſi tempore condemnationis homo pluris ſit cùm bonæ fidei iudicium exercetur, fit ex ſola bona fide, non ex iuris ratione: bona autem fides efficere non poteſt vt rei quæ extare deſiit creſcere poſſit æſtimatio, quæ nec tęuera vlla eſt, tantum abeſt, vt ſit incrementi capax. Igitur cùm ſatisfiat iuris rationi præſtita æſtimatione quæ fuit tempore litis conteſtatæ, licèt potuerit ea æſtimatio maior eſſe tempore rei iudicandæ ſi homo ille non periiſſet, nihil tamen cauſſæ eſt cur alia æſtimatio quærenda ſit ex præſenti tempore ineunda, ideóque nec neceſſe eſt iuſiurandum in litem deferri, vt pluribus docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 13.* Ex quo loco peti poterunt alia pleraque ad tractatum hunc pertinentia. Nobis enim nunc ſatis eſt pragmaticorum & interpretum omnium errorē indicaſſe, propoſita interpretatione *& dict. §. planè. l. in actionibus. De in lit. iurand.* cuius ſententiam à nemine hucuſque perceptam eſſe auſim ego adfirmare: Quam nec nos ipſi benè percepimus *lib. 6. Coniectur. cap. 17.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De in litem iurando in actione hypothecaria.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio quam interpretes & pragmatici adferunt ad quæſtionem, An in hypotecaria iuretur in litem.*

2 *Diſtinctionis interpp. refutatio ex eo ducta quòd nulla æquitas, aut iuris neceſſitas facit vt in hypothecaria iuretur in litem.*

3 *Exponitur l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignorib.*

4 *L. ſi fundus. 16. § in vindicatione D. de pignorib. à Triboniano interpolatam eſſe.*

5 *Item l. qui reſtituere. 67. D. de rei vindicat.*

CVm quæritur † an in actione hypothecaria 1
iuretur in litem, ſolent interpretes & pragmatici diſtinguere an contra debitorem ipſum, an contra tertium poſſeſſorem ea actio inſtituatur. Poſteriore caſu volunt iurari in litem ex *l. ſi*

fundus 16.§.*in vindicatione.D.de pignor.* Priore verò non item ex *l ſi inter.* 21. §.*vltim.eod.tit.* Sic enim hos locos quaſi inuicem alioqui pugnaturos conciliant, moti ex eo quod in *dict.*§. *vltim.* ſcriptum eſt aliter litem æſtimandam eſſe cùm hypothecaria exercetur contra debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Aduerſus debitorem, inquit Vlpianus, tanti lis æſtimatur quanti illud eſt quod debetur. Contra tertium verò poſſeſſorem interdum etiam pluris: quaſi fieri nequeat vt pluris æſtimetur, quin iuſiurandum in litem actori de-
2 feratur. Quam interpretationem † & diſtinctionem euidens ſanè iuris ratio refellit. Numquam enim iuſiurandum in litem deferri poteſt niſi ex neceſſitate iuris, vt ait *l.vlt. D.de in lit. iurand.* id eſt cùm alia ratione nulla ſatisfieri poteſt iuris rationi aut æquitati, quod tum demum euenit cùm ſine delatione iuſiurandi æſtimari non poteſt res de qua agitur, vt in *l.actionibus* 5.§.*plane eod.* aut cùm actori ſubueniendum eſt ne dolo aduerſarij rem ſuam iuſto pretio vendere cogatur *l.*1.*l.tutor* 8.*eo.l. ſi filiofamilias* 25.§.1. *D.ſolut. matrim. l.non enim* 9.*D. rer amot.* Atqui in actione hypothecaria ſiue debitor ſiue tertius poſſeſſor ille ſit contra quem agitur, numquam aut æquitas aut neceſſitas iuris facit vt in litem iurari oporteat quandoquidem creditoris indemnitati aliter ſatis fieri commodè poteſt, præſtatione ſcilicet eius quod intereſt, licèt hoc ipſum aliter contra debitorem, aliter contra tertium poſſeſſorem æſtimetur. Nam contra debitorem æſtimatur ex ea quantitate quæ debetur computato etiam ſi quid aut ſumptuum in litem factorum aut acceſſionum nomine debeatur. Neque enim fieri poteſt vt pluris interſit agentis creditoris: cùm in re pignorata nihil iuris habeat præter ius pignoris, quod ipſum diſſoluitur ſoluto omni eo quod debetur: At contra tertium poſſeſſorem agentis poteſt intereſſe longè pluris quàm ſit in debito, nimirum ſi res pignorata ſit pluris, vt plerumque eſſe ſolet. Tenetur enim creditor debitori actione pignoratitia vt quod plus eſt in æſtimatione pignoris quàm ſit in debito, reſtituat debitori, ſiue pignus pro ſuo iure vendiderit, *l.eleganter* 24.§.*ſi vendiderit. D.de pignor. act.* ſiue per iudicem lis æſtimata ſit, quoniam & ea litis æſtimatio venditio quędam eſt, *l.*3.*D. pro emptor.* tenetúrque creditor in ea re bonam fidem præſtare vt non minore pretio quàm quanti res eſt pignus à tertio poſſeſſore ex iudicato retineri patiatur. Licet aliud ſit cùm tertius poſſeſſor conuentus per hypothecariam offert vltrò creditori quantum neceſſe eſt ad hypothecariam excludendam. Non enim illa litis æſtimatio venditio eſt, aut venditionis iure cenſenda, quandoquidem nihil eſt quod imputari poſſit creditori qui nihil niſi debitã quantitatem exegit à pignoris poſſeſſore, quiq; accepta ea ſumma quę ſibi debebatur, pignoris poſſeſſionem non eripuit poſſeſſori: vt pluribus explicauimus (eſt enim res ſatis obſcura, nec ab vllo adhuc fortaſſis benè explicata) *lib.*16. *Coniect. cap.* 15.*&* 16. Cæterum ex eo quod Vlpianus † ſcribit
3 *in d.*§. *vlt.l ſi inter*, æſtimari litem in actione hypothecaria contra tertium poſſeſſorem inſtitutam, multò pluris interdum quàm illud ſit quod debetur, non poſſis niſi prorſus ineptè cũ interpretibus & pragmaticis inferre. Iurari igitur eo caſu in litem ſiquidem nõ dolus & contumacia poſſeſſoris tum æſtimatur, vt fit cùm in litem iuratur, ſed res ipſa obligata vt habeat creditor quod poſſit debitori reſtituere pignoratitium quandocumque inſtituto. Porro res obligata facilem commodámque æſtimationem recipit ſine delatione iuriſiurandi, vt & aliæ res omnes quæ extant, cùm non niſi extantis rei nomine hypothecaria contra tertium poſſeſſorem exerceri poſſit, quia neque fieri poteſt vt res quæ extare deſiit à quoquam poſſideatur. Quare non diſtinguit Vlpianus an tertius ille poſſeſſor in dolo ſit, an in culpa dumtaxat, ſed omnimodo vult condemnari eum in maiorem quantitatem quàm illa ſit quæ debetur, id eſt, vt nos interpretamur, ſi pluris res ſit quàm debitum. Quæ tamen diſtinctio prætermittenda non fuiſſet ſi de iureiurando in litem deferendo Vlpianus ſenſiſſet. Conſtat enim ob dolum ſolum iurari poſſe in litem non etiã ob culpam, nec ſi lata proponatur, *d.l.in actionibus.* Accedit illa quoque ratio quæ iuſiurandum excludat, quod non aliis iuſiurandum hoc deferri ſolet, quàm qui litem ſuo nomine conteſtantur *l.vulgò* 7. *D. eod.* In quorum numero vtique non eſt creditor cùm ſupra eam quantitatem quæ ſibi debetur, cenſeatur procurator debitoris. Cui demùm iurare in litem permittendum erit ſi iure dominij vindicationem exerceat, & poſſeſſor reſtituere iuſſus, dolo malo parêre nolit. Quid ergo ſibi vult Marcianus in *d.l.ſi fundus*,§. *in vindicatione. D. de pign.* vbi
ait in hypothecaria iurari in litem? Dico ſententiam † il- 4
lam à iuris ratione prorſus alienam eſſe, ideóque Triboniano potiùs quàm Marciano adſcribendam, ex pluribus quæ nos in hanc rem congeſſimus *lib.*16.*Coniect.cap.*15. Alioqui ſanè perinde dicendum erit in actione hypothecaria iurari in litem cùm aduerſus debitorem, atque cùm contra tertium poſſeſſorem exercetur. Eſt enim illius loci ſententia generalis, & ratio qua Tribonianus & falsò & ineptè mouetur, quòd inquit, nihil profutura ſit actio hypothecaria, ſi per eam non plus debito creditor conſequatur, quia tantumdem per actionem perſonalem conſequeretur, ad eam hypothecariam magis pertinet quæ contra debitorem ipſum exercetur, quàm ad illam quæ contra tertium poſſeſſorem, vt & illud generale eſt quod ait Tribonianus *ſicut & in cæteris in rem actionibus.* Perinde enim vtroque caſu actio hypothecaria in rem eſt, ſiue contra debitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem inſtituatur, Verius igitur eſt in actione hypothecaria aut omni caſu in litẽ iurari, aut nullo. At omni caſu iurari ne interpretes quidẽ audẽt dicere. Ergo nullo iurabitur. Idẽ tractari poteſt ſi quis obiiciat † ex *l. qui reſtituere* 67.*D.de rei vindicat.* in omnibus actionibus arbitrariis in litem iurari. Nam aut fatendum eſt locũ illum eſſe etiam Triboniani non Vlpiani, vt nos indicauimus & probauimus euidentiſſimè *cap.*17. *lib.*16. aut perinde concludendum in actione hypothecaria omni caſu in litem iurari, cùm ſit omni caſu arbitraria.

ERROR II.

Si creditoris hypothecariam exercentis interſit pluris quàm debeatur.

SVMMARIA.

1 *Quo caſu velint interpretes & pragmatici iurari in litem contra tertium poſſeſſorem: quo item contra debitorem, quando agitur hypothecaria.*

2 *Bartolus & alij erroneè putant nihil intereſſe an quis dicat in actione hypothecaria iurari in litem: an æſtimari litem pluris quàm illud eſt quod debetur: & d.erroris refutatio num.*3.

4 *Licèt creditoris aliquando interſit amplius quàm illud ſit quod debetur, non propterea tamen iurari in litem oportet.*

5 *Abſurdus error Bartoli putantis iurari in litem contra tertium poſſeſſorem, ſi creditor culpa ſua pignoris poſſeſſionem amiſerit: & eiuſdem refutatio.*

6 *Nullo caſu creditori hypothecariam exercenti indulgendum vt in litem iuret ſiue contra tertium poſſeſſorem agat.*

TAmetſi & interpretum & pragmaticorum ea ſententia & diſtinctio ſit quam nos ſuperiore capite retulimus, vt in actione hypothecaria ita demum iuretur in litem ſi contra tertium poſſeſſorem non etiam ſi contra debitorem inſtitu-

ſtituatur, non tamen omni caſu iurari volunt contra ter-
1 tium poſſeſſorem, ſed eo † demùm quo pignoris poſſeſ-
ſio amiſſa ſit culpa creditoris, & è contrario interdum
etiam contra debitorem ipſum iurari patiuntur ſi quo
caſu interſit creditoris ſuprà quàm debeatur, vt puta, in-
quiunt, ſi eidem creditori chirographaria debeatur pe-
cunia propter quam retinere pignus poſſet, ſi eius poſ-
ſeſſionem nactus eſſet: nimirum quod anteà poſſediſſet,
ac cuius poſſeſſio ſine ipſius facto poſteà ad debitorem
rediiſſet. Sic enim *Bartolus*, quem cæteri ſequuntur ad
§. *vltim. l. ſi inter* 21. *D. de pignor.* Vtrumque malè, &
vtriuſque erroris eadem cauſſa. Ex eo nempe conflata,
2 quòd putant † nihil intereſſe an quis dicat, in actione
hypothecaria iurari in litem. An æſtimari litem pluris
quàm illud eſt quod debetur, quaſi fieri nequeat vt plu-
ris æſtimetur quin iuſiurandum in eam rem interponi
neceſſe ſit. Inde enim conſequens fieri arbitrantur, vt ſi
quando interſit creditoris ſupra quàm ſit in debito iuſ-
iurandum ei deferri oporteat ſiue contra debitorem ip-
ſum agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem. Porrò cùm
aduerſus tertium poſſeſſorem agit non aliter videri po-
teſt eius intereſſe pluris, quàm ſi pignoris poſſeſſionem
culpa ſua amiſerit. Quoniam, inquit *Bartolus*, ſolius de-
biti oblatio alioquin hypothecariam ſummoueret *leg. ſi
fundus* 16. §. *in vindicatione, eod. tit.* Cùm verò creditoris
culpa poſſeſſio amiſſa eſt, intereſt ipſius vt eam recupe-
ret, ne eo nomine teneatur pignoratitia debitori, cui vti-
que non teneretur ſi pignoris poſſeſſionem ſine culpa
ſua amiſiſſet. At cùm aduerſus debitorem ipſum agitur,
ita demùm intereſt creditoris ſupra quàm ſit in debito ſi
propter chirographariam pecuniam pignus retinere ve-
lit. Nos verò iam ſuperiori capite probauimus quàm ſint
3 iſta diſtantia & differentia, æſtimari † litem in actione
hypothecaria ſupra quàm creditori debeatur, & iurari in
litem. Nec enim quicquam prohibet alia ratione quàm
per iuſiurandum fieri eam æſtimationem, quæ licèt egre-
di aliquando poſſit eam quantitatem quæ debetur, nun-
quam tamen egreditur id quod re vera intereſt credito-
ris, quinimò potiùs egreditur interdum debitam quan-
titatem ob hoc ſolùm quod pluris intereſt creditoris
non vt tertij poſſeſſoris vel debitoris dolus & contuma-
cia coërceatur: cùm tamen ſi de in litem iurando tractari
poſſet dolum neceſſariò præcedere oporteret eius con-
tra quem iuraretur, itémque iurantis adfectioni ali-
quid indulgendum eſſet vt ſupra etiam quàm reuera
eius intereſſet ipſi præſtaretur, niſi rurſus ad commen-
titiam illam diſtinctionem recurras duplicis iuſiurandi
adfectionis & veritatis, quam nos in ſuperioribus abun-
dè refutauimus cùm probauimus omne iuſiurandum in
litem eſſe adfectionis, nullum veritatis. Fateor quod
4 vult *Bartolus* poſſe † creditoris intereſſe amplius quàm
illud ſit quod debetur ſiue ex iis cauſſis, quas ille con-
gerit, ſiue ex aliis quibuſlibet. Sed nego iurari idcirco in
litem oportere, cùm neque de dominio contendat is qui
in rem obligatam agit iure creditoris neque facilius
quicquam ſit quàm æſtimare exactè & ad amuſſim quic-
quid creditoris re vera intereſt etiam ſine delatione iu-
5 riſiurandi. Et verò quid abſurdius, † quàm eo caſu quem
Bartolus tractat iurari in litem contra tertium poſſeſſo-
rem, ſi, inquit, creditor culpa ſua pignoris poſſeſſionem
amiſerit. Quænam enim noua hæc iuriſprudentia eſt vt
pleniorem & fauorabiliorem actionem ex culpa ſua cre-
ditor conſequatur? Nam ſi nulla creditoris culpa inter-
uenerit in amittenda pignoris poſſeſſione non negat
Bartolus iuſiurandum ei deferendum non eſſe, tametſi
maximè dolo malo faciat tertius poſſeſſor qui contra ſe
hypothecariam exerceri patitur. Itaque meliorem facit
conditionem creditoris qui culpam admiſit quàm eius
qui in culpa nulla eſt. Apertè contra iuris regulas quæ
non patiuntur vt ex culpa ſua quis actionem ſibi ac-
quirat, aut vt ob ſolam culpam iuretur in litem, nec ſi
culpa eius arguatur contra quem iurandi facultas po-
ſtulatur. Quantò minùs igitur ob culpam iurare volen-
tis iuſiurandum permittendum erit? Neque ad rem per-
tinet quod eo caſu futurum eſt vt creditor debitori pi-
gnoratitia actione teneatur ſi pluris ſit pignus, cuius
poſſeſſionem malè amiſit, quàm quanti eſt id quod de-
betur: non enim videri debet ſentire damnum quod
ex culpa ſua ſentiat, vt eſt in iuris regula. Ideóque nec
actionem ex ea cauſſa habere debet. Quamquam non
nego hoc etiam caſu quo creditoris culpa interuenit,
perinde in condemnationem deduci quanti re vera pi-
gnus eſt, acſi culpa nulla interueniſſet, quia non pro-
pter amiſſam poſſeſſionem eiuſmodi condemnatio ſit,
ſed propterea quòd ea litis æſtimatio, quæ non à poſſeſ-
ſore ad excludendam hypothecariam vltra oblata eſt, ſed
à iudice taxata vrgente creditore, pro venditione eſt *l.* 3.
D. pro emptor. factúmque iudicis habetur hîc, vt & aliàs
plerumque pro facto partis, nec tantùm creditoris, ſed
etiam debitoris, adeò vt ſi pignus vindicare poſteà velit
à poſſeſſore qui & condemnatus fuit & iudicato ſatiſ-
fecit, oblato etiam omni eo quod à poſſeſſore ſolutum
ac præſtitum eſt, non magis audiendus ſit, quàm ſi cre-
ditor ſuo iure pignus diſtraxiſſet, vtique ſi habuit credi-
tor diſtrahendi facultatem quam ſemper habet niſi cum
in contrarium conuenit ne habeat. Sed quoniam de tota
hac quæſtione ſcripſimus fuſiſſimè *lib.* 16. *Comect. c.* 16.
ſatis ſit hæc adnotaſſe, vt in poſterum pragmatici intel-
ligant quàm verum ſit quod nos præcedente capite tra-
ctabamus. Nullo † prorſus caſu creditori hypotheca- 6
riam exercenti indulgendum eſſe vt in litem iuret, ſiue
contra debitorem agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem,
ſiue culpâ ſuâ pignoris poſſeſſionem amiſerit, ſiue citra
culpam, & ſiue chirographaria pecunia præter pignora-
titiam aliqua ei debeatur, ſiue nulla.

ERROR III.

De formula inſtituenda actionis hypothecariæ.

SVMMARIA.

1 *Quæ ſit vulgaris formula inſtituendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Actio hypothecaria eſt arbitraria, ſicut & rei vindicatio.*
3 *In actione hypothecaria creditor ante omnia petere debet, vt pronuntietur rem ſibi obligatam eſſe: quæ hypotheca adiudicatio dicitur.*
4 *Quæ ſint partes iudicis cùm agitur hypothecaria.*
5 *Aliter litis æſtimatio fieri debet, cùm agitur hypothecaria aduerſus debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem.*
6 *In quo ſimilis ſit hypothecaria directæ rei vendicationi.*
7 *Inter hypothecariam actionem, & rei vendicationem differentia prima.*
8 *Secunda.*
9 *Cùm agitur hypothecaria non ipſa pignoris reſtitutio aut in petitionem, aut in condemnationem deducenda eſt.*
10 *Quàm ſit à iuris ratione aliena illa hypothecariæ inſtituendæ ratio, cùm creditor oblato libello petit vt ſibi liceat res oppigneratas diſtrahere, & pretium inde reductum retinere vſque ad quantitatem quæ debetur.*

ACtionem † hypothecariam ſiue contra debitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem inſtituatur, ſic inſtitui debere vulgò exiſtimatum eſt, vt rei obligatæ reſtitutio petatur, & conſequenter ita concipiendam eſſe ſententiam,

vt eius rei reſtitutio creditori adiudicetur, qui poſteà iure ſuo pignus retinere poſſit in eum vſque diem quo ſibi ſolutum à debitore aut aliter ſatisfactum ſit. Sic enim noſtri tractant ad §. *in vendicatione l. ſi fundus 16. D. de pig.* Quos illud potiſſimum mouet quod iactari ſolet, hypothecariam & vt prudentes frequentiùs loqui ſolent, quaſi Seruianam auocare nudam pignoris poſſeſſionem, *l. ſi cum venditor 66. D. de euict.* Mihi ſententia hæc à iuris ratione ſemper aliena viſa eſt. Omnes
2 enim fatentur, quod & veriſſimum eſt actionem † hanc hypothecariam eſſe arbitrariam, non ſecus ac illam quæ iure dominij competit ad rem vindicandam §. *præterea, Inſtit. de action.* Proinde quemadmodum in directa dominij vindicatione is agendi ordo eſt & eſſe debet, vt dominus petat pronuntiari primùm rem ſuam eſſe: tùm arbitrio iudicis poſſeſſor rem reſtituere iubeatur: poſtremò ſi arbitrio parére nolit, tùm demùm condemnetur non ad rem reſtituendam, quod lato de ea re arbitrio iam factum eſt, ſed quanti dominus in litem iurauerit ob rem non reſtitutam, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindic.*
3 Ita & in actione † hypothecaria obſeruandum eſt, vt creditor hoc vnum ante omnia petere & poſſit & debeat, pronunciari rem ſibi obligatam eſſe, vinculóque pignoris obſtrictam: quæ hypothecæ adiudicatio dicitur à Marciano in *dicta l. ſi fundus, §. creditor. D. de pign.*
4 Quo facto non aliæ iudicis † partes eſſe poſſunt quàm vt ex officio arbitretur, iubeátque rem illam à poſſeſſore, quiſquis ille ſit, reſtitui creditori, niſi malit oblato omni eo quod creditori debetur hypothecariam ſummouere: poſſeſſore autem arbitrio non parente tum demùm ſequitur condemnatio *d. §. in vindic.* Non igitur ad rem reſtituendam, quandoquidem de re reſtituenda iam arbitrium redditum diximus, ſed ad inferendam litis æſtimationem, id eſt, vt quanti creditoris intereſt, tanti poſſeſſor condemnetur. Quamuis vt in ſuperioribus di-
5 ximus, aliter ea litis † æſtimatio fieri debeat, cum agitur aduerſus debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Nam ſi aduerſus debitorem, non pluris intereſſe creditoris ſolet quàm quanti illud eſt quod debetur: ſin aduerſus tertium poſſeſſorem, fieri facilè poteſt vt pluris interſit creditoris, toties ſcilicet quoties pluris eſt pignus quàm quod debetur *l. ſi inter 21. §. vltim. D. de pi-*
6 *gnor.* In eo igitur ſimilis † eſt hypothecaria directæ vindicationi dominij: quòd ex neutra ſequi poteſt condemnatio niſi præcedente arbitrio: arbitrium autem de re reſtituenda non ex vllius præcedentis obligationis aut actionis iure proficiſcitur, ſed ex officio iudicis, qui poſteaquam pronunciauit rem eſſe petitoris aut obligatam petitori, non aliter boni viri officium implere & exequi poteſt, quàm ſi iubeat eam rem actori reſtitui. Quo enim iure patiatur eam à poſſeſſore retineri inuito actore qui in ea ius habeat vel dominij vel pignoris. Eámque arbitrariarum omnium actionum naturam & conditionem eſſe Iuſtinianus diſertè ſcribit in *d. §. præterea. Inſtit de action.* De cuius ſententia ſequenti capite
7 dicemus. Duplex † tamen inter hypothecariam & dominij vindicationem differentia eſt. Vna in eo quòd poſteaquàm cognitum & pronuntiatum eſt, rem eſſe petitoris, iubetur poſſeſſor eam rem præciſè reddere, id eſt, ita vt nihil aliud habeat quod præſtare poſſit ad hoc vt arbitrio paruiſſe videatur. In hypothecaria verò non magis præciſè iuberi poteſt is qui pignus poſſideat vt id reſtituat, quàm vt pecuniam debitam ſoluat, ſed ſub ea conditione, niſi pignus luere malit & quicquid debetur creditori offerre: habet enim hypothecaria actio perpetuas ſuas conditiones & exceptiones (nihil enim aliud eſt exceptio quàm conditio, *lege exceptio D. de exception.*) ſi ſoluatur aut aliter ſatisfiat, quibus demum ceſſantibus tenet *l. grege 15. §. etiam, Digeſt. de pignor.* Vindicatio autem dominij conditiones nullas habet, quia non eſt cogendus dominus rem ſuam iuſto pretio vendere, ſed omnimodo habere eam debet. Et ex hac
differentia naſcitur illa † etiam, quòd in dominij vindi- 8
catione ſi arbitrio non pareatur, non alia ſequi poteſt condemnatio quàm quanti petitor in litem iurauerit. Nam cùm nulla omnino præcedat obligatio cuius poteſtate condemnari præciſè poſſit is qui poſſidet vt rem reſtituat ad quod nec poſſit adigi ſine vi & impreſſione quam ciuilis legiſlator numquam admittit, neceſſe eſt pecuniariam ferri condemnationem ob contumaciam poſſeſſoris parêre nolentis quaſi ea cõtumacia pro obligatione ſit ad inducendam condemnationem. Abſurdum enim eſſet, ob id quòd reus arbitrio non paruerit condemnari eum poſteà vt pareat: neque maior cauſſa ſubeſt irrogandæ neceſſitatis parendi poſt contumaciam quàm antè fuerit. Porrò pecuniaria condemnatio ferri non poteſt, quin aut ex rei veritate, aut ex adfectione res petita æſtimetur. Ex rei veritate communique hominum exiſtimatione pretiũ ſtatui iniquum eſſet, quoniam ita fieret vt ex dolo poſſeſſoris rem ſuam iuſto pretio vendere dominus cogeretur. Conſequens igitur eſt vt ex petitoris adfectione rem æſtimari oporteat, id eſt, per iuſiurandum in litem. At in hypothecaria ſatisfit abundè petitori, ſi præſtetur ei quanti eius reuera intereſt, quia non rem ſuam perſequitur, ſed alienam, nec aliam agendi cauſſam habet niſi vt conſequatur quantum ſibi debetur, aut quantum præterea debitori actione pignoratitia reſtituere tenebitur ſi rem habeat cum tertio poſſeſſore. Tanti igitur litem æſtimare iudex debebit, non quanti actor in litem iurauerit, ſed quanti actor ſua intereſſe probauerit, *d. l. inter 21. §. vltim. De pignor.*
Quod cùm ita ſit, non igitur ipſa † pignoris reſtitutio 9
aut in petitionem, aut in condemnationem deducenda eſt, vt interpretes & pragmatici exiſtimant, ſed ius pignoris in actione inſtituenda proponendum & vindicandum eſt vt pronuntietur rem eſſe pignori obligatam: ſententia verò ſic concipienda vt poſſeſſor ſiue tertius ille ſit, ſiue debitor ipſe ad præſtandam litis æſtimationem condemnetur, id eſt, ad id omne quod re vera intereſt creditoris, ſiue pluris interſit quàm debeatur, ſiue non pluris. Vtique enim minoris intereſſe nũquam poteſt. Apparet autem ex ſuperioribus quantum etiam
diſcrepet à iuris ratione † noua illa hypothecariæ inſti- 10
tuendæ ratio quæ à pragmaticis noſtris frequentiſſimo vſu inducta receptaque eſt. Solent enim hypothecarij creditores oblato libello rectà petere vt ſibi liceat res quas pignori obligatas dicunt diſtrahere, pretiúmque quod ex diſtractione redigi poterit ad eam vſque quantitatem retinere quæ debetur tam acceſſionũ, quàm ſortis nomine. Nam præter id quod inciuile eſt, & contra iuris regulas vt ab executione incipiatur, fieri nullo modo poteſt vt pignoris diſtractionem pati poſſeſſor debeat priuſquàm lis æſtimata ſit, nec rurſus vt lis æſtimetur ante condemnationem, nec denique vt condemnatio ſequatur quin arbitrium præcedat: quod ipſum porrò vt poſſit præcedere, neceſſe eſt priùs pronuntiari rem de qua agitur pignoris vinculo teneri. Nec ſanè alius inſtituendæ hypothecariæ ritus probari poteſt, niſi fortè pragmaticorum errori tantum autoritatis tribuamus, vt facere potuerit, ne hypothecaria actio ampliùs ſit arbitraria qualis olim fuit, eritque quandiu prudentum reſponſis, iurique rationi ſua fides & autoritas conſtabit.

ERROR IV.

De arbitrariis actionibus.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum de duplici ſententia definitiua, quam ferri volunt in actionibus arbitrariis.*

2 In

2 *In actionibus arbitrariis qualis pronuntiatio iudicis præcedere debeat.*

3 *Pronuntiationem iudicis arbitrium ſequi debet, quo reus iubeatur reſtituere actori rem quæ eius eſt, aut ei obligata eſt.*

4 *Si arbitrio non pareatur tum demum ſequi debet condemnatio rei, quanti actor ſua intereſſe probauerit.*

5 *Sententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionem, vel condemnationem continet.*

6 *In actionibus arbitrariis eo tantum caſu ſequi poteſt condemnatio, quo parêre arbitrio reus noluerit: & num. 8.*

7 *ICti pronuntiationem quæ procedit de dominio, aut iure pignoris, non ſententiam, ſed adiudicationem appellant.*

9 *Arbitrium iudicis de re reſtituenda pro ſententia definitiua perperam accipi ab interpretibus.*

10 *Error eorum reprehenſus qui arbitrarias actiones inde dictas putant, quod in illis nonniſi arbitrio iudicis condemnatio infligatur.*

1 IN arbitrariis † actionibus definiendis per-
petuus grauiſſimúſque interpretum no-
ſtrorum & pragmaticorum error eſt, quòd
exiſtimant duas in iis ferri ſententias,
vnam per quam reus rem petitam reſtituere aut quid
aliud facere iubeatur, alteram per quam ob non factum
id quod facere debuit in ampliorem quantitatem con-
demnetur. Vtramque verò ſententiam definitiuam eſſe
volunt, ſed eam præſertim quæ prior redditur, adeò vt
poſteriorem ſic accipiant, quaſi in iudicati executione
reddita videatur. Quod ſi ita eſt, non duas tantùm ſed
ſemper tres ſententias in actionibus arbitrariis ferri de-
bere dicendum erit. Primùm enim neceſſe eſt ante om-
2 nia † iudicem pronuntiare rem de qua agitur eſſe peti-
toris, vt in vindicatione, aut petitori obligatam vt in
hypothecaria, aut per vim vel dolum extortam, vt in
actionibus *De eo quod met. cauſſ.* aut *de dolo*, & ſimiliter
in cæteris, quæ pronuntiatio in vindicatione & hypo-
thecaria, dominij & hypothecæ adiudicatio dicitur §. 1.
Inſt. de offic. iud. l. ſi fundus 16. §. creditor. D. de pign. Ea
3 verò pronuntiatione † facta ſequi debet arbitrium iu-
dicis vt eam rem quæ petitoris eſt aut petitori obligata
reus reſtituere iubeatur, ſecundùm eam tamen diſtin-
ctionem quæ à nobis ſuperiore capite tradita eſt vindi-
cationis & hypothecariæ actionis *d. §. 1. de officio iudic.*
4 Si arbitrio † non pareatur, tum demum ſequitur con-
demnatio, tantique reus condemnatur quanti actor ſua
intereſſe probauerit, vt in hypothecaria & actione *de
dolo*, aut in litem iurauerit vt in vindicatione, aut in
quadruplum, vt in actione. *Quod met. cauſſ.* aut in aliam
pœnam pro actionis propoſitæ conditione & qualitate.
Tres igitur ſententias in huiuſmodi actionibus ferri di-
cendum eſſet, ſi quælibet vox & interlocutio iudicis
pro ſententia acciperetur. Sed non ita eſt. Neque enim
5 ſententia † dici poteſt niſi quæ vel abſolutionem con-
tinet, vel condemnationem. Atqui non ex eo ſolo quod
pronuntiatum eſt rem eſſe petitoris, aut obligatam pe-
titori, condemnatus reus dicitur, imò quod magis eſt, ne
condemnandus quidem, quia ſi poſtmodum eam rem
reſtituere iuſſus pareat arbitrio & præcepto iudicis ab-
ſolui debet non ſecus acſi pronuntiatum eſſet contra
6 petitorem. Denique non niſi vno † illo caſu ſequi po-
teſt condemnatio quo parére arbitrio reus noluerit, &
ſine cauſſa recuſauerit vel diſtulerit, vt Iuſtinianus &
apertè & eleganter declarat in §. *præterea. Inſtitut. de
action.* poſt Vlpianum in *l. ſi item cum 14. §. hæc autem
actio. D. quod met. cauſſ.* Indéque nimirum fit vt quam-
uis iudex poſteaquàm ſemel ſententiam dixit, officio
functus intelligatur, nec amplius quicquam pronuntia-
re poſſit, *l. iudex poſteaquam 55. D. de re iudic.* non eo mi-
nùs tamen iudex maneat, quod rem controuerſam peti-
toris eſſe aut petitori obligatam pronuntiauerit, adeó-
que actori reſtitui iuſſerit, quòd vtique non obtineret
ſi aut hæc, aut illa interlocutio ſententiæ præſertim diſ-
finitiuæ, vt interpretes putant, iure cenſeretur. Qua de
cauſſa numquam videas Iureconſultos † tam impro- 7
priè & abuſiuè loqui vt eam pronuntiationem quæ
præcedit de dominio aut iure pignoris ſententiam ap-
pellent, ſed adiudicationem dicunt rei aut hypothecæ,
dict. §. creditori. Sicut & præceptum illud iuſſúmque
quod ſequi ſolet de re reſtituenda, non ſententiam, ſed
arbitrium ſemper vocant, cui ſi non pareatur † tum de- 8
mum ſequi volunt condemnationem *d. §. hæc autē actio*,
qui locus in hanc rem omnium apertiſſimus & elegan-
tiſſimus eſt, *lege arbitrio 18. in princ. & §. 1. D. de dolo, l.
qui reſtituere 68. D. de rei vindic.* vbi ſcriptum eſt non
ſolùm poſtquàm alienæ rei poſſeſſor rem reſtituere iuſ-
ſus eſt, ſed etiam poſt ablatam ab eo poſſeſſionem & in
actorem tranſlatam manu militari, debere nihilominus
ſequi condemnationem, fructuum totiúſque cauſſæ no-
mine: fructuum, inquam, lite pendente perceptorum.
De iis enim neceſſariò intelligi is locus debet, vt docui-
mus *lib. 16. Coniect. cap. 17.* Quis autem, inquam, dixit
poſt latam de principali negotio ſententiam ſupereſſe
iudici facultatem pronuntiandi rurſum de fructibus?
Sanè iuris ratio repugnat *leg. terminato 3. cum ſeq. C. de
fructib. & lit. expenſ.* Atqui ſi verum eſſet quod interpre-
tes ſomniant arbitrium † iudicis de re reſtituenda pro 9
ſententia diffinitiua accipi oportere, ſequeretur non ſo-
lùm poſt diffinitiuam ſententiam, verùm etiam, quod
eſſet multò abſurdius poſt ſententiæ diffinitiuæ execu-
tionem quæ per manum militarem facta eſſet, nouæ
condemnationis ferendæ ius ſupereſſe. Quid enim aliud
eſt ablatio illa & poſſeſſionis tranſlatio per manum mi-
litarem, de qua in *d. l. qui reſtituere*, niſi executio arbitrij
de re reſtituenda? quod & Accurſius fatetur. Et certè
dici non poteſt quo iure aut qua ratione in arbitrariis
actionibus poſſit ferri ſententia quin priùs arbitrium
reddi neceſſe ſit, quandoquidem iis caſibus in quibus
arbitraria actio competit nulla obligatio eſt quæ præce-
dat, quam tamen præcedere neceſſe eſt vt quis condem-
netur. Qui enim rem alienam aut alteri obligatam poſ-
ſidet, is neque ex contractu vel quaſi obligatus eſt, ne-
que ex delicto vel quaſi, ne tum quidem cùm pronun-
tiatum eſt rem eſſe petitoris, aut obligatam petitori quo-
niam ea pronuntiatio rem ipſam afficit non perſonam
poſſidentis, de quo aut in quem nihil pronuntiatur.
Quid ergo? Facit duntaxat ea pronuntiatio vt arbitrium
induci poſſit. Nam cùm bonus iudex boni viri officio
partibúſque fungi debeat: quid aliud, obſecro, facere
poteſt vbi cognouit & pronuntiauit rem ad petitorem
pertinere, quàm vt eam reſtitui iubeat? Idem enim &
alius quiſque vir bonus arbitraretur: quòd nemini li-
ceat alienam rem nullo iure retinere præſertim domi-
no inuito. Poſteà verò quàm iuſſus reus rem reſtituere
non vult parére, tum verò incipit contumax fieri, eaque
contumacia iuſtam cauſſam præbet condemnationi. Ita-
que arbitrium illud iudicis poſt rei adiudicationem
loco iuſtæ obligationis eſt ad inducendam condemna-
tionem, quæ alioqui proculdubio induci nulla poſſet.
Ridiculè igitur interpretes & pragmatici arbitrium il-
lud pro condemnatione habent, cùm dicere nequeant
quo iure aduerſus non obligatam ea ſequi poſſit con-
demnatio. Nec ſubtiliores ij qui arbitrarias † actiones ex 10
eo arbitrarias dictas volunt, quòd in illis non niſi arbi-
trio iudicis condemnatio infligatur. Nam imò verò quo-
quot ſunt arbitrariæ actiones, propriam certamque ha-
bent neceſſariæ condemnationis irrogandæ rationem
quæ non patiatur vt liceat iudici aliam pœnam, quàm
quæ legibus conſtituta eſt irrogare. Exemplum eſto in
directa rei vindicatione. Nam ſi reus rem reſtituere iuſ-
ſus non pareat, nihil aliud hodie facere iudex poteſt, niſi

vt

vt vel manu militari poſſeſſionem rei adiudicatæ auferat poſſeſſori, transferatque in petitorem, ſi reus poſſideat, vel ſi dolo deſierit poſſidere, condemnet eum quanti actor ſine vlla exceptione iurauerit. Ea namque condemnationis forma expreſſim diſertéque præſcripta eſt in *dict. l. qui reſtituere*. In actione hypothecaria ſi neque rei obligatæ poſſeſſio tradatur, neque pecunia debita ſoluatur, nihil aliud facere iudex olim potuit, niſi vt poſſeſſorem condemnaret ad præſtandam litis æſtimationem, id eſt, quanti creditoris intereſſet, *l. ſi inter* 21. §. *vlt. D. de pignor.* Hodie iuſiurandum in litem neceſſariò deferendum erit in eo caſu quem Tribonianus ſub Marciani nomine expreſſit in *dict. l. ſi fundus* 16. §. *in vendicat. eod.* In actione quod metus cauſſa non poterat olim condemnatio alia eſſe quàm quadrupli, in actione de dolo eius quod actoris intereſſet, *dicta l. item ſi cum* 14. §. *quatenus & paſſim. De eo quod metus cauſſ. dicta leg. arbitrio, in princip. De dolo.* Hodie in vtraque iurabitur in litem poſt corruptum à Triboniano Pauli reſponſum in *dicta l. arbitrio*, §. 1. Denique nullum in arbitrariis actionibus arbitrium iudicis verſatur quod ad infligendam condemnationem: ſed tantùm ad litem in eum ſtatum deducendam, vt ſi non parebitur ſequi poſſit condemnatio. Sed neque arbitrium illud quod præcedere debet condemnationem, ſic accipiendum eſt, quaſi poſſit iudex pro arbitrio hoc aut illud iubere, ſed ita potiùs vt omnimodo cogatur iudex arbitrari, rem reſtitui debere, quoniam & alius vir bonus quilibet ſic arbitraretur. Fuit autem hic error non modò interpretum imperitiorum, ſed etiam Triboniani, ni fallor in *l. videamus* 4. §. *iurare D. de in lit. iurand.* vt probauimus *dicto cap.* 17. *lib.* 6. *Conect.* Ex quo loco & alia pleráque peti volumus quæ hic tractari commodè poſſent. Sed iſta dixiſſe ſufficiat vt arbitrariarum actionum ius & natura intelligatur.

ERROR V.

De actionibus arbitrariis hodie ſublatis.

SVMMARIA.

1 *Actiones quæ olim arbitrariæ dictæ, cur hodie nullo modo arbitrariæ dici queant, & num.* 9.
2 *Quàm à iuris ratione ſit alienum quod ſcribit Tribonianus ſub Vlpiani nomine, in l. qui reſtituere.* 63. *D. de rei vindic. de poſſeſſione per manum militarem auferenda.*
3 *Iuſiurandum in litem cur inductum.*
4 *Triboniani inſcitia, & incogitantia, n.* 6. 7.
5 *Eſt contra iuris rationem vt in interdictis iuretur in litem.*
8 *Tribonianus corrupit omnes ferè iuris antiqui locos qui de in litem iurando tractabant.*

NEmo ante nos dixit quod aduerſus interpretum, & pragmaticorum omnium errorem nos probandum nunc ſuſcipimus, arbitrarias actiones hodie omnes ſublatas eſſe: non eo quidem ſenſu quaſi vindicatio hypothecaria, actiones, Quod metus cauſſa, De dolo, & ad exhibendum, aliæque huiuſmodi arbitrariæ in vſu ampliùs
1 non ſint, ſed vt † quæ olim arbitrariæ fuerunt, dici hodie arbitrariæ nullomodo poſſint. Moueor ex eo quòd actiones iſtas arbitrarias iuris noſtri autores non ex alio æſtimabant quàm ex arbitrio illo iudicis quod præcedere neceſſe erat vt ſequi poſſet condemnatio: propterea quòd arbitrium illud eſſet vice & loco iuſtæ obligationis, quam condemnationis cuiuſlibet matrem eſſe non malè quis dixerit. Condemnationi enim cauſſam præbebat contumacia poſſeſſoris rem reſtituere & arbitrio parére nolentis. Atqui hodie nulla in huiuſmodi actionibus fertur condemnatio. Extat enim Triboniani, & quod idem eſt, Iuſtiniani ſententia ſub Vlpiani nomine prodita in *l. qui reſtituere* 63. *D. de rei vendic.* [illegible] is qui reſtituere iuſſus eſt non pareat iudici, manu militari auferendam ab eo poſſeſſionem, & in petitorem transferendam, nimirum cùm eam reus poſſidet, eiuſque reſtituendæ habet facultatem. Proinde cùm non poſſit hodie reus non parére arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis, quandoquidem manu militari executio fit, conſequens eſt vt irrogandæ condemnationi locus nullus relinquatur, quam illud vnum poſſet inducere ſi non arbitrio pareretur. Et verò poſtquàm petitori res ſua reſtituta eſt, ſiue manu militari, ſiue aliter executio facta ſit, quænam, obſecro, ſupereſſe poteſt ferenda condemnatio? Niſi fortè fructuum nomine, vt additum eſt in *d. l. qui reſtituere.* Ex eóque nimirum apparet quàm ſit † alie- 2
num à iuris ratione, & conſequenter Triboniano potiùs quàm Vlpiano adſcribendum quod ſcriptum eſt in *d. l. qui reſtituere*, de poſſeſſione per manum militarem auferenda. Quid enim abſurdius quàm executionem fieri, adeóque manu militari, priùs quàm perueniatur ad condemnationem? Aut quid inciuilius, quàm manum militarem adhibere, non dicam in executione iudicati quàm per apparitores, & magiſtratuum miniſtros fieri honeſtius & melius ſemper habitum eſt, ſed in eum qui nondum iudicatus ſit? Præſertim cùm aduerſus eum alia ratione non modò ciuiliore, ſed etiam actori commodiore peragi iudicium poſſit, ordine iuris non turbato. Seruata ſcilicet ea forma quam vetus iuriſprudentia induxerat, vt ſi arbitrio parére reus nollet, condemnaretur quanti actor in litem iuraſſet. Nam ſi nec Tribonianus ipſe negat, actori permittendum eſſe vt in litem iuret, & quidem ſine taxatione quoties reus dolo deſiit poſſidere, quia eo caſu cùm non habeat rei reſtituendæ facultatem fruſtra petitor manum imploret militarem. Quidni etiam iurabitur in litem aduerſus poſſeſſorem qui inuito domino rem alienam retinere velit? An dignus eſt cum quo mitiùs agatur qui rei quam poſſidet reſtitutionem dolo malo recuſat, quàm qui dolo malo deſiit poſſidere? An verò duriùs plectitur is à quo per manum militarem res auferetur, quàm qui in tantam quantitatem damnatur quanti actor ſine vlla taxatione iurauerit? Imò multò mitius, & conſequenter durior fit conditio actoris ſi iuſiurandũ in litem ſibi deferri quàm rem ſuam ſibi reſtitui malit. Et verò ſi ita iuris veteris ratio tuliſſet vt aduerſus iniuſtum alienæ rei poſſeſſorem executio per manum militarem fieri, ab eóque poſſeſſio in actorem transferri debuiſſet, nulla fuiſſet neceſſitas inducendæ delationis iuriſiurandi, niſi vno illo caſu quem Tribonianus intactum reliquit, ſi poſſeſſor eam rem alienam dolo malo poſſidere deſiiſſet, *dict. l. qui reſtituere.* Conſtat enim nunquam niſi ex iuris neceſſitate in litem iurari: *l. vltim. D. de in lit. iurand.* Neceſſitas porrò nulla eſt cùm manu militari domino, qui in vindicatione obtinuit ſuccurri poteſt vt rei ſuæ poſſeſſionem nanciſcatur. Atqui certum eſt vel hanc vnam maximè ob cauſſam inductum fuiſſe à prudentibus iuſiu-
randum † in litem, ne cui liceret alienam rem inuito 3
domino retinere, *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *D. ſolut. matrimon.* ac proinde eo potiſſimùm caſu quo rei poſſeſſio penes reum eſſet, non quo is dolo malo poſſidere deſiiſſet. Quamquam enim eum quoque qui dolo malo poſſidere deſiit pro poſſeſſore habemus, quia dolus pro poſſeſſione eſt, præſertim ſi verus poſſeſſor ignoretur, nemo tamen dixerit rem alienam retineri ab eo qui dolo malo deſiit illam poſſidere. Retentio enim nulla eſſe poteſt, niſi vbi realis veraque, non ficta poſſeſſio eſt. In eo igitur elucebat vis & poteſtas actionis arbitrariæ: quòd ſi poſt adiudicationem dominij vel hypothecæ poſſeſſor rem reſtituere iuſſus non parebat,

condem

condemnatio ſequebatur quanti actor in litem iuraſ-
ſet: nulla alia parendi neceſſitate iniuncta niſi metu
futuræ eiuſmodi condemnationis, ad quam vſque libe-
rum erat reo parére & effugere condemnationem. *l. item
ſi cum* 14. §. *hæc autem actio. D. de eo quod met. cauſſ.* De
manu militari adhibenda numquam prudentes tracta-
bant ne quidem, in exequendo iudicato, ac multò minùs
contra non condemnatum. Eſt enim id ſanè alienum à
publica honeſtate legúmque autoritate, *l. 1. §. 2. D. ſi
ventr. nomin. mul. in poſſeſſ. miſſ. l. 1. Cod. de offic. milit. iu-*
4 *dic.* Triboniani † verò inſcitiam illud apertiùs detegit
quòd in cæteris omnibus tā in perſonā quàm in rē actio-
nibus ex quibus quid nō reſtituitur arbitrio iudicis idē
omnino iuris conſtitutum voluit quod in *vindicatione
dict. lege qui reſtituere.* Sic enim in fine legis ſcribit. *Hæc
ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta, ſiue
actiones in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu
iudicis qui reſtituitur locum habet.* Et tamen defendi ex
5 iuris † ratione nullomodo poteſt iurari in litem in in-
terdictis, in quibus ſcilicet nō de dominio agitur, ſed de
ſola poſſeſſione, ſicut in actionibus *De eo quod met. cauſ.*
& *De dolo*, quæ arbitrariæ ſunt: vt in ſequentibus dice-
6 mus. Sed & idem Tribonianus † in *l. ſi fundus* 16. §. *in
vindicatione. De pignor.* (nam & locus ille totus Tri-
boniani eſt, aut ſaltem à Triboniano corruptus, vt pro-
bauimus *ſup. cap. 1.*) ſui erroris immemor admittit, ſi
poſſeſſor hypothecaria conuentus cùm poſſideat nolit
reſtituere condemnari eum debere, nec de auocanda
transferendáque per manum militarem ab eo poſſeſſio-
ne, verbum vllum. At neque de iureiurando in litem
niſi vno illo caſu quo poſſeſſor non ſolùm dolo malo
deſiit poſſidere, ſed etiam quod eſt abſurdius, ſumma
ope niſus reſtituere, tamen non potuit: in quo euiden-
ter deteriorem facit conditionem eius qui poſt amiſſam
dolo malo poſſeſſionem, fecit quantum in ſe fuit vt eam
recuperaret ac reſtitueret, quàm illius qui poſſeſſionem
nunquam amiſit, eamque etiamnum retinet non ſolùm
poſt hypothecæ adiudicationem, ſed etiam poſt arbitri-
um latum de ea poſſeſſione reſtituenda. Cùm ex cōtrario
in omni parte iuris dolus poſſidentis & eius qui reſtitu-
endæ rei habeat facultatem longè magis coercendus
ſit. Nam nec aduerſus eum qui dolo malo poſſidere de-
ſiit aliam ob cauſſam iurari ſolet quàm quia is pro poſ-
7 ſeſſore habeatur. Sed & in eo ſe ſui † immemorem præ-
ſtat Tribonianus, quod cùm in directa dominij vindica-
tione tanti condemnari reum velit qui dolo deſiit poſ-
ſidere, quanti actor ſine vlla taxatione in litem iuraue-
rit, *dict. lege qui reſtituere.* Idem tamen Tribonianus
alio in loco, is eſt in *lege arbitrio* 18. *D. de dolo*, vult in
actionibus *De dolo* & *Quòd metus cauſſa* iurari quidem
in litem poſſe, ſed ita tamen vt non niſi ad certam vſ-
que quantitatem à iudice taxandam. Ita fit vt peruerſa
8 iuris ratione corruptiſque † omnibus ferè iuris antiqui
locis qui de in litem iurando tractabant, vix hodie certi
quicquam in toto hoc tractatu habeamus: quod & ex
aliis quæ ſubiiciemus clariùs intelligetur. Illud nunc
9 concludimus, ſi vindicationis & arbitrariarum † actio-
num omnium idem ius eſt, vt manu militari cogatur re-
us arbitrio parere, nec vlla ſequi debeat poſſitve con-
demnatio niſi fructuum nomine & acceſſionum, arbi-
trarias actiones hodie nullas eſſe: quia licèt arbitrium
illud ſublatum non ſit, tamen non tam ex eo arbitrio
æſtimantur & arbitrariæ appellantur, quàm quòd ſi arbi-
trio non pareatur, infligenda ſit condemnatio §. *præterea.
Inſtit. de action* niſi quis dicat arbitrium illud hodie
conuerſum eſſe transfusúmque in condemnationem:
Quod ſi ita eſt multò minùs igitur arbitrariæ dici pote-
runt ſublato arbitrij non ſolùm nomine, ſed etiam iure.
Sic enim comparatæ ſunt vt in ijs non minùs neceſſe
ſit arbitrium præcedere quàm ſequi condemnationem:
neque fieri vllomodo poteſt vt eadem vox & pronun-
tiatio iudicis & arbitrij, & condemnationis iure cenſea-
tur, quando nec arbitrium neceſſarium eſt niſi ad indu-
cendam condemnationem, nec condemnatio irroganda
niſi ad coercendam eius contumaciam qui arbitrio pa-
rere cùm poſſet & deberet, ſine cauſſa recuſauit. De cete-
ris actionibus arbitrariis iam videamus.

ERROR VI.

De in litem iurando in actionibus De dolo & Quod metus cauſſa.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum in litem qua de cauſa inductum.*
2 *Iurari in actione de dolo & de eo quod metus cauſa non oportet.*
3 *In actionibus de dolo & de eo quod metus cauſſa qua condemnatio fieri debeat, ex edicto prætoris & nu. 7.*
4 *Conuenientia & differentia inter actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſſa.*
5 *Nulla actio eſt prætoria, in qua iuretur in litem, excepta Publiciana.*
6 *Iuſiurandum in litem eſt auxilium iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus non aliter, aut melius vindicari poteſt.*
8 *Quomodo quadrupli pœnam irrogari ei qui vim aut metum intulit velint veteres gloſſatores, quos ſecutus eſt Cuiacius: & ſententia quæ Cuiacio placuit refutatio. num. 9.*
10 *Error Bartoli & ſequacium qui putant in actoris electione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in litem velit, an quadrupli pœnam perſequi.*

SI verum eſt quod quoties inculcauimus,
iuſiurandum † in litem non alia de cauſſa 1
deferri poſſe quàm ne quis inuitus & ad-
uerſarij dolo cogatur re ſua carere, eamque
iuſto pretio vendere, *l. ſi filiofamilias* 2. §. 1. *D. ſolut. matr.
l. non enim.* 9. *D. rer. amot. l. tutor* 8. *D. de in lit. iurand.* niſi
cùm facti neceſſitas eò adigit iudicem vel inuitum vt
iuſiurandum deferre cogatur, quod euenit quoties ſine
delatione iuriſiurandi æſtimare nō poteſt rē, quæ nō ex-
tat *l. in actionibus* §. *plane. D. eod.* facilè percipere & in-
ferri quiuis poteſt, iurari † ergo in actionibus *De dolo*, 2
& de eo *quod metus cauſſa* non oportere. Neque enim
dubium eſt quin ex venditione aut alia qualibet aliena-
tione per vim aut metum, aut dolun exorta dominium
transferatur, nec priùs vindicatio competat veteri do-
mino quàm reſciſſa ſit alienatio ex edicto *l. metum* 9. §.
licèt, & §. volenti Digeſt. de eo quod met. cauſſ. l. ſi dolo 5.
C. de reſcind. vendit. Proinde cùm is qui agit ex edicto
Quod met. cauſ. aut *de dolo* non tam rem ſuam petat
quàm alienam, nec neceſſitas vlla ſit propter quam iu-
rari in litem oporteat, apparet nullum ex iuris ratione
aut æquitate in his actionibus iuriiurando locum eſſe.
Habet enim edictum prætoris ſuas certaſque pœnas &
condemnationes in vtraque † actione conſtitutas, ſci- 3
licet vt qui vim vel metum intulit condemnetur in
quadruplum *l. item ſi cum* 14. §. 1. *D. quod met. cauſſ.*
qui verò dolum in omne id quod re vera intereſt
actoris *l. arbitrio* 18. *in princip. & paſſ. D. de dolo.*
Nec quod ad iuſiurandum in litem pertinet, differen-
tia vlla eſſe poteſt inter hanc & illam actionem. Vtra-
que † enim actio arbitraria eſt. Vtraque in perſo- 4
nam, tametſi actio quod metus cauſſa in rem ſcripta ſit,
actio de dolo non item. Itaque cùm tot & tam multi in
toto iure noſtro ſint loci qui de actionibus tractant,
nullibi tamen reperies iuriſiurandi mentionem fieri,
præterquàm

præterquàm in *dict. lege arbitrio* 18. §. 1. cùm tamen vel id maximè exprimi debuiſſet, adeoque verbis ipſis edicti ſi verè & ex iuris ratione dici potuiſſet. Neque ſanè videre poſſum quomodo ea actio quæ ex prætoris edicto comparata eſt, alias pœnas & condemnationes capere poſſit, quàm quæ edicto ipſo ſunt conſtitutæ: Neque
5 rurſum memini actionem † vllam eſſe prætoriam in qua iuretur in litem, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, excepta fortaſſis publiciana, quoniam illa ad exemplum vindicationis datur, & eo colore quaſi actor dominium nactus ſit & iam vſucapionem compleuerit, quam tamen re vera nondum compleuit: Vnde illud fit vt eadem omnia in Publiciana actione obtineant, quæ obtinent in directa rei vindicatione, quia ad proprietatem reſpicit non ad poſſeſſionem, *lege ſed etſi res* 7. *alias, lege cum qui §. publiciana actio. & §. in publiciana D. de publician. in rem action.* Et verò dubitari, meo iudicio, non poteſt,
6 quin iuſiurandum † in litem auxilium ſit iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus non aliter aut melius vindicari poſſe videbatur: Cuius auxilij nulla porrò neceſſitas ex iis caſibus quibus ex iuriſdictione prætoris alia ratione & tutiùs & commodiùs prouideri poſſe viſum eſt. An non enim ſatis plectitur is qui propter vim illatam aut metum ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis non pareat, in quadruplum
7 † condemnatus? Humaniter ſanè & clementer cum eo prætor agit, qui liberum illi eſſe vult vt ad ſententiam vſque poſſit pœnam euitare ſi arbitrio parere, rémque cum omni cauſſa reſtituere malit *d. l. ſi cum* §. 1. Sed ſi pergat eſſe cótumax in non reſtituendo, grauiſſima pœna eſt quadrupli, qua nec grauior vlla alia eſt in toto iure ſiue ciuili ſiue prætorio. *§. omnes autem. Inſtitut. de*
8 *action.* Scio fuiſſe † ex veteribus gloſſatoribus qui putarunt ſententiam edicti *Quod metus cauſſa*, hanc eſſe vt quadrupli quidē pœna irrogetur ei qui vim aut metum intulit ſi arbitrio parēre noſit, ſed ita tamen vt ſimplum illud quod quadruplandum eſt, & ex cuius comparatione quadrupli rationem poni oportet, per actoris iuſiurandum in litem æſtimetur. Quam interpretationem ex recentioribus quoque vir doctiſſimus Iacobus cuiacius, cùm meliùs nihil haberet quod diceret in ſuis ad eum titulum commentariis ſecutus eſt. Sed diſplicuit
9 † ea interpretatio *Accurſio, Bartolo* ceteriſq; melioris notæ interpretibus, nec immeritò: cùm neq; in edicto, neq; in edicti interpretatione mentio vlla facta ſit huiuſmodi iuriſiurandi Imò ex contrario ſcriptum eſt in *dict. leg. item ſi cùm. §. quadruplatur*, quadruplari quanti res eſt cum fructibus & omni cauſſa, id eſt omne id quod ex arbitrio iudicis reſtitui oportuit. Non igitur quanti actor in litem iurauerit, ſed quanti re vera ipſius interfuerit. Nam præter id quod ſunt iſta non modo diuerſa, ſed etiam pugnantia, condemnari reum quanti actoris interſit, & condemnari quanti actor in litem iurauerit, *l. qui reſtituere* 63. *D. de rei vendicat. dict. lege, tutor* 8. *de in lit. iurand. leg. ſemper* 15. *§. hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Nemo vnquam dixit, in hac actione *quod metus cauſſa* iudicis arbitrio contineri debere, vt qui conuenitur iubeatur reſtituere quanti actor ſua intereſſe in litem iurauerit. Solet enim iuſiurandum in litem ex eo potiſſimùm induci, quòd arbitrio iudicis non pareatur. Atqui idipſum quadruplandum eſt, quod ex arbitrio reſtitui debuit: Ergo neque in ſimplo, neque in quadruplo conſtituendo iurari in litem poteſt, præſertim cùm fructuum quoque & totius cauſſæ æſtimatio quadrupletur, quo nomine iuſiurandum deferri pror-
10 ſus inauditum eſt. Neq; tamen felicior † *Bartolus*, & qui Bartolum ſecuti ſunt interpretes cæteri, exiſtimantes in actoris electione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in litem velit, an quadrupli pœnam potiùs perſequi. Nam cùm actio *quod metus cauſſa* tota ſit prætoria, nec niſi ex edicto competat, qui fieri obſecro poteſt, vt aduerſus edicti formam detur? Aut quis vnquàm audiit iurari vllo caſu in litem poſſe, cum actori abundè commodeque conſuli aliter poteſt? Aut denique cur non liberabitur is qui vim fecit, aut metum ſi eam pœnam præſtare paratus ſit, quæ edicto conſtituta eſt, id eſt quadruplum? Idem ferè in actione *de dolo* tractari poteſt. Nam vt iam diximus ex edicto quoque *De dolo* certa pœna conſtituta eſt aduerſus doloſum non parentem arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis. Nimirum vt quanti ea res eſt, id eſt quanti actoris re vera intereſt, condemnetur: *dict. lege arbitrio. in princip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quando talis caſus contingat in quo non poſſit arbitrio locus eſſe, vt puta ſi certum ſit rem reſtitui ampliùs non poſſe, fortè quòd extare deſierit, rectà perueniri poſſit ad eam condemnationem *d. l. arbitrio. §. non tamen.* Ex quibus apparet † non poſſe Iure- 11
conſulto tribui quod in *d. l. arbitrio* ſcriptum eſt in hæc verba, *Ideo autem hic & in metus cauſſa actione certa quantitas non adijcitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrenari.* Nihil enim dici potuit aut falſius aut ineptius: Cùm in actione quod metus cauſſa quantitas certa adiecta ſit, quadrupli ſcilicet vt probauimus, quæ proinde nullum delationi iuriſiurandi locum relinquit. In actione autem de dolo etſi certa quantitas adiecta non eſt, non tamen ideò id fit vt liberum ſit iudici deferre iuſiurandum, ſed quia eius quod re vera intereſt quantitas ſemper eſt incerta, quandoquidem quatenus cuiuſque inteſit, in facto non in iure conſiſtit. *l. quatenus* 24. *de regul. iur.* Neque enim æquum viſum eſt tam grauiter puniri eum qui nihil niſi dolum admiſit, quàm eum qui vim quoque aut metum intulit: cùm vis non poſſit eſſe ſine dolo, & ſit pluſquàm dolus, *l. 1. D. quod met. cauſſ.* Eſt igitur Triboniani tota illa clauſula, quæ huic tam craſſo errori cauſſam ſola dedit. Eſt enim merum Triboniani inuentum & commentum illud vt in actionibus omnibus arbitrariis ſiue in rem ſiue in perſonam ſint, iuretur in litem, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindicat.* quod à nobis iam ſatis ſuperque in ſuperioribus comprobatum eſt. Sed in eo tamen ſui immemor Tribonianus fuit, quod in *d. l. arbitrio* ſcripſit in vtraque actione De eo quod metus cauſſa, & de dolo refrænandū eſſe, vt ille loquitur, iuſiurandum taxatione officio iudicis. Nam in *d. l. qui reſtituere*, idem Tribonianus magis probat vt tanti reus condemnetur quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit. Equamuis lex illa ſit de directa rei vendicatione, ſequitur tamen in eadem lege, ſententiam illius legis generalem eſſe ad omnes actiones, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus non reſtituitur id quod arbitrio iudicis reſtitui videtur. Itaque vel falſum eſt quod ait ea lex, vel quod Tribonianus in *dict. l. arbitrio* iuſiurandum in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* officio iudicis reſtenandum eſſet per taxationem. Nec ſanè verum puto taxationem iuriſiurandi vllo caſu fieri à iudice debere, preterquàm in ſpecie, *l. ſi quando* 9. *Cod. unde vi*, vt in ſequentibus dicemus. Atqui, inquies, Triboniani errores hi omnes ſunt quos tota hac Decade & ſuperiore refutauimus, non interpretum aut pragmaticorum. Ego verò Tribonianum † pro inter- 12
prete habeo & quidem ſatis malo & imperito, non pro iuris autore: Neque tamen interpretes alios excuſo, qui ſi omnia, vt par erat, ex iuris ratione æſtimare didiciſſent, facillimè, vt à nobis factum eſt. Triboniani inſcitiam & audaciam detexiſſent. Sed & in eo videtur 13
mihi parum ſibi † conſtare Tribonianus, quod in *dict. l. arbitrio.* vult indiſtinctè iurari in litem in actionibus *Quod metus cauſſa, & de dolo:* id eſt non adhibita ea diſtinctione, an ipſius rei reſtituendæ facultatem reus habeat, necne. Quæ tamen diſtinctio prorſus neceſſaria eſt ſi in cæteris omnibus arbitrariis actionibus

actionibus idem iuris eſt quod in vindicatione, vt ait *dict. l. qui reſtituere.* Nam qui reſtituere iuſſus iudici non paret, ſi habeat poſſeſſionem & reſtituendæ rei facultatem, cogendus eſt manu militari vt eam poſſeſſionem à ſe auocari & in aduerſarium transferri patiatur, ſi Triboniano credimus in *dict. l. qui reſtituere.* Quidni enim idem obtinebit in actione quod metus cauſa, quæ & concurrere poteſt cum vtili in rem actione *dict. l. metum. § licet & §. volenti D. quod met. cauſ.* Sed cùm neque in tit. *Quod met. cauſſ.* neque alio vllo iuris loco ſcriptum reperiamus tam inciuiliter agi cum eo qui vim aut metum intulit, vt per manum militarem poſſeſſio ei auferatur, vel ex eo maximè intelligimus nullo caſu eam extorquendæ poſſeſſionis rationem prudentibus placuiſſe. Nam ſi quando manus illa militaris permittenda eſſet tùm certè id obtineret cùm aduerſus violentum doloſúmque poſſeſſorem ageret, cuius cauſſam vtique nemo negauerit odioſiorem eſſe quàm eius qui bona fide iuſtóque titulo poſſeſſionem rei alienæ nactus directa rei vindicatione cõuenitur. Qui plura hac de re ſcire volet legat quæ ſcripſimus *lib. 16. cap. 18.*

ERROR VII.

De in litem iurando in interdictis.

SVMMARIA.

1 *Ex iuris ratione fieri nequit vt in interdictis vllo caſu iuretur in litem.*
2 *Superioris pronuntiati ratio prima.*
3 *Secunda.*
4 *Si quo caſu ex cauſa interdicti iurari in litem poſſet, iuraretur maximè in interdicto, vnde vi, quod tamen iure Pandectarum non fit.*
5 *Vnde colligant interpretes & pragmatici in interdictis iurari in litem.*
6 *L. ſemper 15. §. ſed quod interfuit. D. quod vi aut clam à Triboniano interpolatam eſſe.*

PRoderunt quæ proximo capite diſputa-
1 uimus, vt facilè quiuis poſſit intelligere, fieri nullo modo poſſe † ex iuris ratione
2 vt in interdictis vllo caſu in litem iuretur. Primùm quia interdicta † omnia ſunt ex edicto & iuriſdictione prætoris comparata, ac proinde ex ipſis edicti verbis apparet in quam rem competant, & quid venire debeat in condemnationem. Vt pluſimùm autem ſolet prætor interdictorum formulas ſic concipere, vt condemnatio fiat quanti res eſt, id eſt, in id quod intereſt actoris vt ex interdictorum omnium inſpectione & enumeratione cõprobari poteſt. At de iureiurãdo in litẽ deferẽdo nulla edicti prætorij parte cautũ eſt, multò minus verò in ea quæ pertinet ad interdicta. Cur ergo aut quo iure licebit iudici de interdicti iure cognoſcenti deferre iuſiurandum, & ab ea condemnatione irroganda diſcedere, quæ edicti verbis certa iuſtáque conſtituta eſt? illud enim pro certo & explorato ſemper habendum eſt quod toties monuimus, Iuſiurandum in litem auxilium eſſe iuris ciuilis, eo demum caſu inducendum quo alia ratione proſpici non poſſit actoris indemnitati, *l. vltim. D. de in lit. iur.* Nam & inde fit neque in legis Aquiliæ actione, tametſi ex dolo malo occiſus ſeruus proponatur, neque in alia vlla ciuili actione quæ ſuam certamque pœnam habeat in
3 litem vnquam iuretur. Alia † ratio eſt propter quam in interdictis iurari nunquam oportet, quia nunquam in interdictis de proprietate diſputatur, ſed ſemper de poſſeſſione. Sunt enim omnia interdicta aut adipiſcendæ aut retinendæ, aut recuperandæ poſſeſſionis: Et cùm dicimus tanti reum condemnari quanti res eſt in interdicto, non ad proprietatis & dominij, ſed ad ſolius poſſeſſionis æſtimationem reſpicimus, vt contra Seruium Vlpianus iam olim diſputauit in *l. 3. §. vltim. D. vti poſſidet.* Hoc nimirum ſenſu vt tanti condemnetur reus quanti interſit actoris poſſidere, quemadmodum Paulus loquitur in *l. interdicto 6. vnd. vi* licèt vt ibidem Paulus ſubiicit, euenire facilè poſſit vt pluris interſit actoris quàm quanti ipſa rei proprietas eſt. Vtputa ſi quæſtionis habendæ aut rei probandæ, aut hereditatis gratia interſit actoris ſeruum à ſe poſſideri. Atqui iam ſæpiùs illud quoque diximus iuriſiurandi in litem deferendi potiſſimam cauſſam vel hanc vnam eſſe ne dominus inuitus re ſua carere eamque iuſto pretio vendere compellatur, *leg. tutor. 8. D. de in lit. iur. l. ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr. l. non enim 9. D. de rer. amot.* quæ ratio non poteſt locum habere cùm non de dominio quæritur, ſed de poſſeſſione. Nihil ergo cauſſæ eſt, cur ei qui interdicto experitur, iuſiurandum in litem deferri debeat, cùm ſi ſit dominus, nihilomagis prohibendus ſit vindicationem exercere quòd interdicto priùs egerit, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione, vt in hunc ipſum ſenſum ab Vlpiano ſcriptum eſt in *l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquir. poſſeſſ.* Satiſque actori in eo conſultum eſt quod ſi interdicto vincat, tantum conſequitur, quanti ſua intereſt. Et verò ſi quo † caſu ex cauſſa interdicti iurari in litem poſſet, iuraretur maximè in 4
interdicto *vnde vi.* Eſt enim illud omnium pleniſſimum, habetque vberrimas præſtationes, quia nec vllius poſſeſſionis fauor tantus eſt, quantus recuperandæ illius, quæ per vim aduerſarij extorta eſt, vt ex eo coniici poteſt quod tandem hoc caſu factum eſt ex Zenonis conſtitutione in *l. ſi quando S. C. vnde vi*, vt in litem iurari poſſit. At toto Pandectarum iure nulli vnquam ex prudentibus in mentem venerat vt diceret iurari in hoc interdicto debere, ſed placuit omnibus edictum prætoris, quod datur actio quanti res eſt, id eſt quanti actoris intereſt, habere poſſeſſionem de qua contenditur, *l. 1. dict. l. in interdicto 6. & paſſ. D. vnde vi.* Neque igitur credendum eſt admiſiſſe eos vt in alio vllo interdicto iuraretur. Et tamen in omnibus iurari poſſe vulgò ab interpretibus & pragmaticis † 5
creditum eſt, hac vna ratione quod in interdicto, *Quod vi, aut clam*, idipſum diſertè ſcriptum reperiatur in *l. ſemper 15. §. ſed quod interfuit. D. quod vi aut clam. Sed quod interfuit*, inquit lex, *aut per iuſiurandum in litem quod actor iurauerit aut ſi iurare non poſſit iudicis officio æſtimandum eſt.* Cur enim in eo interdicto magis quàm in interdicto, *vnde vi*, aut in alio quolibet iuraretur? Nec ſanè mala ratiocinatio eſt, ſed quæ meo iudicio concludere potiùs debeat. Non poſſe igitur verum eſſe quo volunt, in interdicto, *Quod vi aut clam*, iurari, quia nec in cæteris vnquam iurari poteſt extra caſum Zenonianæ conſtitutionis. Quid ergo ad verba illa quæ proximè retulimus, reſpondebimus? Hoc vnum, meo iudicio, † Triboniani 6
eſſe non Vlpiani. Quis enim Iuriſconſultorum ſic vnquam locutus eſt? *Iuſiurandum quod in litem actor iurauerit.* Aut quis vnquam dixit iudicem æſtimare debere quod actoris intereſt per ipſius actoris iuſiurandum in litem ſi actor iurare poſſit, aut ſi iurare nequeat, officio iudicis eam æſtimationem fieri debere? Quid enim tam à iuris ratione alienum quàm per iuſiurandum in litem fieri æſtimationem quæ officio iudicis ſine delatione iuriſiurandi æquè commodè fieri poſſit? Imò verò ſic prudentes conſtituere ſolent, vt æſtimatio quæ per iudicem fieri poteſt nunquam fiat per iuſiurandum actoris, ſed ita demùm ſi iudex ipſe eam aliter æſtimare non poſſit, vt cùm agitur de ſpecie debita,

poſt moram & ante litis conteſtationem perempta, vt in *lege in actionibus, quinta, §. planè. D. de in lit. iurand.* Atquin idem Vlpianus in *eadem leg. ſemper. §. hoc interdicto*, qui proximè præcedit, dixerat, in interdicto *Quod vi aut clam* tanti litem æſtimandam eſſe quanti intereſt actoris id opus factum non eſſe, & iudicis officio ita fieri reſtitutionem oportere, vt in omnibus eadem conditio ſit actoris, quæ eſſet futura ſi id opus, de quo actum eſt, neque vi, neque clam factum eſſet, quibus verbis an non apertè iuriſiurandi in litem deferendi poteſtas excluditur? Cùm enim iuratur, fieri certè nequit quin ex iurantis adfectione pluris res æſtimetur, quàm re vera ſit *l. 1. D. de in lit. iur.* quia neceſſariò indulgendum aliquid eſt adfectioni iurantis, de cuius periurio non facilè quæri ſolet, *l. vlt. eod.* Quid enim prodeſſet iurare in litem ſi nullo modo adfectioni indulgeretur, tum etiam cùm neque dolus, neque contumacia vlla eſt quæ venire poſſit in æſtimationem? Enimuerò Prætor cùm interdicit de opere quod vi aut clam factum eſt reſtituendo, id tantùm agit vt nullo damno afficiatur is contra quem opus vi aut clam factum eſt, non etiam vt ex eo opere lucrum & commodum aliquod conſequatur: Alioqui non ad id quod actoris intereſſet, daretur interdictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet quod nunquam fit. Sed cùm ita Tribonianus ſcriberet, ac elegantem verámque Vlpiani ſententiam corrumperet, meminerat præclaræ, ſi diis placet, illius ſententiæ, quam ſub eiuſdem Vlpiani nomine intruſerat in *l. qui reſtituere. 62. de rei vindicat.* vbi ſcriptum eſt in interdictis omnibus, ex quibus non reſtituitur id quod reſtitui iubetur perinde ac in vindicatione iurari in litem oportere: quaſi verò nihil hac parte interſit an vindicatione quis experiatur, an interdicto, & an de proprietate, an de poſſeſſione. Quod tamen etiamſi ita eſſet, facere deberet vt aliud iuris in interdicto Quod vi aut clam conſtituendum eſſet, quam quod in *d. §. ſed quod interfuit* conſtituatur. Permittendum namque eſſet actori vt manu militari operis per vim aut clam facti reſtitutionem vrgeret, ſi per rerum naturam fieri id poſſet, quia & in vindicatione idem ſeruatur, cùm poſſeſſor habet rei reſtituendæ facultatem, *d. l. qui reſtituere.* Sed & diſtinguẽdum eſſet, ſi opus in priſtinum ſtatum non reſtitueretur, an id eueniret dolo malo eius qui opus vi aut clam feciſſet, an ſine dolo, nec aliter contra eum in litem iurari oportere quàm ſi dolo malo feciſſet, ne in priſtinum & integrum ſtatum omnia poſſent reſtitui, quoniam & in vindicatione eadem diſtinctio à Triboniano adhibetur in *d. l. qui reſtituere.* Sed & illud exprimere Tribonianus debuerat, An iuſiurandum illud quod in eo interdicto vult poſſe deferri, taxatione aliqua refrænandum ſit, vt idem Tribonianus loquitur in *l. arbitrio 18. in princip. D. de dolo,* an verò tanti condemnandus ſit reus qui opus vi aut clam fecit quanti actor ſua intereſſe ſine vlla taxatione iurauerit, vt in *d. l. qui reſtituere.* Neque enim ſciri poteſt vtrum probabilius Triboniano fuerit, qui nec hoc, nec illud exprimere potuit, quin ſecum pugnaret: adeò verum eſt quod vulgò dici ſolet, mendacem memorem eſſe oportere. Cætera quæ ad totam hanc quæſtionem pertinent, petenda erunt ex iis quæ fuſiùs ſcripſimus *lib. 16. coniect. cap. vlt.*

ERROR VIII

De iureiurando Zenoniano.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum Zenonianum quodnam ſit, & quando ei ſit locus & n. 4.*

2 *In quo Zenonis conſtitutio in l. ſi quando 9. C. vnde vi. nouum ius fecerit.*

3 *Iuſiurandum Zenonianum neceſſitatis potiùs quàm veritatis dici debet.*

5 *Iuſiurandum Zenonianum vt differat à ceteris: & nu. 6.*

IVſiurandum † Zenonianum voco quod 1
toti iuriſprudentiæ veteri incognitum à Zenone primùm introductum eſt in *l. ſi quando 9 C. vnde vi.* Cui tum demum locus eſt cùm quis per vim inuaſit poſſeſſionem fundi, in quo plures res fuerint, quarum non modò æſtimatio, ſed etiam quantitatis ignoretur, ita vt aliter quàm per iuſiurandum probari nullomodo poſſit. Sic enim fuerunt verba cõſtitutionis: Hoc certè ſenſu ſunt accipienda. Nam ſi appareat quid & quantum fuerit ſubtractum, ratio nulla eſt propter quam actori permittendum ſit, vt in litem iuret, cùm ex verbis edicti agens interdicto *vnde vi* conſequi poſſit quanti ſua intereſt ratione poſſeſſionis, in quo fieri poteſt vt plus etiam quàm quãti re vera res eſt contineatur, *l. in interdicto 6. D. vnde vi.* Nec difficilis huius æſtimationis ineundæ ratio eſt non ſolùm ſi res extent quæ ſubtractæ fuerunt, ſed etſi extare deſierint, quo tamen caſu fieri nequit vt competat interdictum: quippe quod non competit niſi ratione poſſeſſionis, quæ porrò rei peremptæ nec ampliùs extantis nulla eſſe poteſt. Cùm verò res extant quæ ſubtractæ ſunt licèt earum reſtitutio per dolum & contumaciam violenti inuaſoris recuſetur, nulla tamen iurandi neceſſitas eſt cùm æſtimari commodè poſſint ſine delatiõe iuriſiurandi. Debétque ſibi actor imputare cur de dominio non agat propoſita rei vindicatione, aut *præparatoria* actione ad exhibendum, in quo actionum genere vtique iurare poſſet, ne alioqui re ſua careret, eamque iuſto pretio vendere cogeretur, *lege in actionibus 5. lege tutor. D. de in lit. iur. l. non enim 9. D. rer. amot lege ſi filiofamilias 25. §. 1. D. ſolut. matrim.* At cùm neſcitur quantitas rerum ſubtractarum fruſtrà quæratur de iis aut iureiurando actoris, aut iudicis officio æſtimandis, quin priùs de ea quantitate cognitum, certique aliquid conſtitutum ſit. In eóque nimirum † Zenonis conſtitutio 2
nouum ius fecit, ſic enim vetus proculdubio comparatum erat, vt actorem aliter quàm proprio iureiurando eam quantitatem probare oporteret, alioqui condemnaretur, deficiente ſcilicet non tam iure, quàm probatione. Competebat quidem interdictum inuaſis ædibus etiam earum rerum nomine quæ in ædibus tunc fuiſſet, licèt non niſi pro rebus immobilibus dari ſoleret, l. 1. §. *illud vtique. D. de vi & vi armat.* ſed ita tamen vt quænam & quales eæ res eſſent probari ante omnia oporteret. Zeno primus fuit qui, nec iniquè, durum putauit exigere reum ab actore probationes quarum habendarum facultatem ipſe facto ſuo actori præripuiſſet. Itaque conſtituit vt ea quantitas per actoris iuſiurandum probari poſſet, nimirum ſi alia eius probandæ ratio nulla ſupereſſet. Vt non malè iuſiurandum † hoc, ſi quod vnquam aliud neceſſitatis dici debeat potiùs quàm veritatis vt interpretes appellant. Quamquam enim non alia mente defertur, quàm vt ſciri poſſit quid reuera ſubtractum ſit, attamen vt ſuprà monuimus fieri nũquam poteſt, vt in litem iuretur, quin iurantis adfectioni aliquomodo indulgeatur, tũ maximè cùm de periurio quæri nullomodo poteſt in mera probandæ veritatis impoſſibilitate. Quoties autem actori permittitur vt iuret de vera rerum ſubtractarum quantitate, illud etiam ei permitti neceſſe eſt vt iuret de ipſarum æſtimatione: Quis enim alius æſtimare poſſit rem quæ non extat? *d. l. in actionibus §. Planè de in lit. iur.* Cæterum ſi apparere aliunde poſſit quid & quantum ſubtractum fuerit, non eſt ferendum vt de ſola æſtimatione actori

iuraſſe concedatur, nec ſanè ad hunc caſum Zenoniana conſtitutio pertinet. Quemadmodum neque ſola illa probandæ quantitatis impoſſibilitas ſufficeret ad inducendum iuſiurandum ſi cum alio quam cum violento inuaſore ageretur. Nititur enim illa conſtitutio potiſſi-
4 mum odio violenti inuaſoris. Omnia igitur iſta † concurrere neceſſe eſt vt nouæ conſtitutioni locus fiat, primùm vt contra violentum poſſeſſorem agatur. Deinde vt rerum ſubtractarum quantitas ignoretur. Tertiò, quod eſt conſequens, vt ſine delatione iuriſiurandi eas res iudex æſtimare non poſſit. Denique hic vnus in toto iure noſtro caſus eſt in quo iuratur in litem non ſolùm de æſtimatione, ſed etiam de exiſtentia, vt ita dicam, rei æſtimandæ. In quo quia maximum periculum verſatur tam ex parte actoris ne oblata propter probationum impoſſibilitatem iurandi occaſione abutatur ad peierandum, quàm ex parte poſſeſſoris, ne ex periurio aduerſarij de quo non facilè poſteà quæri poſſit, maximo damno & incommodo afficiatur, æquiſſimè & prudentiſſimè
5 prouiſum eſt à Zenone vt hoc caſu † ante delationem iuriſiurandi certam quantitatem taxare iudex debeat ad quam vſque & intra quam iuretur, ita vt neque actor ſupra eam quantitatem iurare, neque iudex de ea quantitate quæ in iuſiurandum deducta eſt, quicquam detrahere poſſit. Quod in cæteris omnibus cauſſis diuerſum ſanè eſt in quibus iurare in infinitum licet, ac ſine vlla taxatione, quemadmodum ſequenti capite oſtendemus. Sicut autem hoc genus iuriſiurandi in litem hac parte
6 differt à cæteris, ita & in eo quod neceſſe eſt vt † condemnationem præcedat, quia & omnino neceſſe eſt ſciri quid illud ſit de quo diſputatur priùs quàm ad condemnationem perueniatur, aliter autem quàm per iuſiurandum id ſciri, vt diximus, non poteſt. At iuſiurandum quod de ſola æſtimatione præſtatur neceſſe eſt vt ſequatur condemnationem. Tanti enim reus condemnari ſolet quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, quandoquidem nec iurare actor poteſt, niſi iudice deferente, nec iudex deferre quin hoc ipſo condemnet. Proinde cum in litem iuratur nihil niſi condemnationis executio illa eſt ac veluti quædam taxatio, vt loquitur *l. ſi traditi 4. Cod. de action. empt.* Hæc verò omnia vulgò interpretes noſtri & pragmatici malè explicant, iuſiurandum hoc Zenonianum appellantes iuſiurandum veritatis, quaſi nihil diſtet ab eo de quo tractatur in *l. 3. & in d. §. planè l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* aut quaſi Zenonis conſtitutio mera veraque iuris ratione nitatur, nec contineat ius nouum odio violenti inuaſoris extremaque probationum inopia, magis quàm vllo iuris colore inductum.

ERROR IX.

De iureiurando in litem à iudice ante vel poſteà quàm præſtitum eſt, taxando.

SVMMARIA.

1 *Mos iudicum taxandi in delatione iuriſiurandi in litem, certam quantitatem intra quam iuretur, & vnde ortus ſit.*

2 *Morem relatum à iuris ratione alienum eſſe.*

3 *Diſtinctio ab interpretibus allata inter taxationem quæ fit à lege, & quæ fit à iudice, & eius reiectio.*

4 *Alia diſtinctio interpretum inter rei vindicationem, & alias actiones arbitrarias, ratione taxationis iuriſiurandi, & eius refutatio.*

5 *Triboniani incogitantia notata in corrumpendis locis quæ extabant de iureiurando in litem: vbi demonſtratur iudicem taxare non poſſe quantitatem intra quam iuretur.*

6 *Aliud eſſe iurare in infinitum, aliud in immenſum.*

7 *Poteſt quæri de periurio ſi in immenſum iuretur.*

8 *Ratio quæ mouit Tribonianum vt ſtatueret iudici licere taxationem iureiurando inijcere & eius abſurditas.*

9 *Arbitrariæ actiones cur ſic dictæ.*

10 *A Zenone primum inductum, vt iudex certam quantitatem iurtauro præſtitueret, & cur.*

SOlent † iudices quoties iuſiurandum in 1
litem deferunt taxare certam quantitatem intra quam iuretur, & quam excedere is qui iurat nullomodo poſſit, ne alioqui eueniat, inquiunt, vt in infinitum immenſúmque iuretur. Ex *l. in actionibus 5. §. 1. & l. præced. l. iurare D. de in lit. iur. l. arbitrio 18. D. de dolo*, quibus locis hoc ipſum apertè ſcriptum eſt in arbitrio iudicis eſſe vt iuſiurandum in litem taxet ſiue antè ſiue poſteà quàm iuratum eſt, quia & ab initio, inquit lex, in iudicis arbitrio fuit an iuſiurandum deferret néc ne. Ego verò ſen-
tentiam hanc duram & à iuris † ratione quàm maximè 2
alienam eſſe ſemper exiſtimaui. Video enim ſcriptum eſſe ab Vlpiano *in dict. §. iurare*, in litem iurare licet in infinitum: quod quid aliud eſt, obſecro, niſi quod volo iurari poſſe ſine vlla præfinitione & taxatione? Idque apertiùs etiam ſcriptum eſt in *leg. qui reſtituere 63. D. de rei vindicat.* in illis verbis *tanti reus condemnandus eſt quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit*, ſiue verba illa Triboniani eſſe velis, cuius totam legem eſſe nos in ſuperioribus probauimus, ſiue Vlpiani, vt ex legis inſcriptione decepti interpretes vulgò arbitrantur. Nam quod iidem interpretes diſtinguunt † dupli- 3
cem taxationem, vnam quæ fiat à lege, aliam quæ à iudice, vt legem illam cum aliis concilient quæ alioquin obſtarent, ego ſanè cuiuſmodi ſit non facilè poſſum intelligere: nullum enim exemplum proferre poſſint taxationis iuriſiurandi quæ fiat per legem, & ea verba quæ retulimus, non niſi de iudiciali taxatione intelligenda eſſe ex eo apparet, quod non ita ſimpliciter ſcriptum eſt permittendum eſſe domino qui in vindicationis iudicio obtinuit, vt iuret in infinitum, ſed tanti condemnandum eſſe reum quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit. Ita enim fit, vt ſicut iuſiurandum, ita & condemnatio nullam habeat taxationem, niſi eam quæ ab ipſo iurante facta ſit. Alioqui ſecum ipſe pugnaret iudex, ſuamque conuelleret ſententiam ſi condemnato iam reo quanti actor ſine vlla taxatione in litem iurauerit, taxationem poſt iuſiurandum interpoſitum aliquam adhiberet. Neque † rurſus 4
poſſis dicere tractari eo loco de rei vindicatione: In aliis autem locis de cæteris actionibus arbitrariis, quarum hac parte diſſimilis minúſque fauorabilis cauſa videri fortaſſe poteſt. Nam præter id quod diſſimilitudinis ratio nulla probabilis reddi queat cùm rei vindicatio ſit actio arbitraria. Obſtat etiam huic interpretationi quod in eadem ipſa *lege qui reſtituere* apertiſſimis verbis expreſſum eſt, legis illius ſententiam generalem eſſe ad omnes actiones ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, adeóque ad interdicta omnia ex quibus arbitratu iudicis non reſtituitur, quod reſtitui iubetur. Sicut & è contrario quod in *dict. §. iurare* & in *dict. lege in actionibus* ſcriptum eſt de iureiurando à iudice taxando ſiue antè ſiue poſteà quàm iuratum ſit, generale eſt ad actiones omnes præſertim arbitrarias, inter quas vindicationem eſſe, vt dixi, nemo ambigit. Aut igitur prudentes ipſi hac in quæſtione inuicem diſſenſerunt, adeóque quod eſt improbabilius, ſecum ipſe Vlpianus, cuius ſunt duo illi loci *dict. leg. qui reſtituere*, & *dict. paragrapho iurare*, aut quod magis puto, ſui immemor † Tribonianus fuit, qui ve- 5
tera illa ferè omnia iura quæ extabant de iureiurando in-

in litem pro arbitrio corrupit. Nam ſi veram rectámque iuris rationem ſpectes, fieri nullomodo poteſt vt iudex probam iuſtamque taxationem adhibeat, ſiue de eo iureiurando tractes, de quo Marcianus in *d.l.in actionibus*, §.*planè*, cui tum demum locus eſt, cùm ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, ſiue de eo quod non aliam ob cauſſam defertur quàm vt aduerſarij dolus ſupra verum rei pretium æſtimetur. Nam priore caſu, quo prorſus impoſſibile eſt, vt per iudicem æſtimetur res quæ perépta eſt poſt moram & antem litem conteſtatam, quid, rogo, eſt quod iudex taxare poſſit? An non ea æſtimationis taxatio æſtimatio eſſet? Atqui ſi qua ratione fieri poſſet vt iudex ſine delatione iuriſiurandi eam rem peremptam æſtimaret, iuſiurandum proculdubio deferendum non eſſet, quia nec niſi ex mera facti neceſſitate defertur contra iuris communis regulas, quæ non patiuntur vt in iudiciis ſtrictis in litem iuretur, maximè aduerſus eum qui in dolo non eſt, licèt in mora & culpa ſit, quando nec in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur, niſi ob dolum *d.l.in action*. Poſteriore verò caſu, id eſt, cùm iuris ratio & æquitas facit vt ad coercendum æſtimandúmque aduerſarij dolũ adfectioni iurantis indulgeri oporteat, an non fiat iniuria actori qui per dolum poſſeſſoris re ſua inuitus carere cogitur, ſi rem ſuam pro arbitrio æſtimare prohibeatur? Aut quis admittat cogi quem dolo aduerſarij vt rem ſuam vendat eo pretio quod à iudice fuerit conſtitutum? Imò verò ſi hoc admitteremus, vt liceret iudici quantitatem certam præſcribere quã in re ſua æſtimanda prætergredi actor iurando non poſſet, dicendum eſſet nec ei permiſſum iri iuſiurandum in litem deferre, quia nec iuſiurandum hoc aliter deferri poteſt quàm ex neceſſitate iuris, id eſt, cùm iuris rationi aut æquitati aliter ſatisfieri nullomodo poteſt. At non eſſet difficilius iudici ab initio rem æſtimare ſine delatione iuriſiurandi, quàm præſcribere & taxare quantitatem ad quam vſque iuretur, cùm, vt iam dixi, ea æſtimationis taxatio nihil aliud quàm æſtimatio ſit. Et verò vſu quotidiano compertum eſt, quoties à iudice certa quantitas præſcribitur iuranti, ſolere actorem eam ipſam quantitatem in iuſiurandum deducere, quæ à iudice præſcripta eſt, non minorem quia non vult, nec maiorem quia nec poteſt. Vt proinde ſi effectum inſpicias, dici verè poſſit non tam ab actore iurãte quàm à iudice fieri æſtimationem. An ergo, inquies, actori cui iuſiurandum deferendum eſt, permittendum etiam erit vt inde peierandi arrepta occaſione in immenſum iuret? Atque hoc ſanè eſt quod fefellit Tribonianum exiſtimantem nihil referre an cui
6 permittatur iurare † in infinitũ, an in immenſum. Quod non ita eſt. Cùm enim dicimus permittendum actori cui iuſiurandum in litem à iudice delatum eſt, vt iuret in infinitum, nihil aliud ſignificamus, niſi licere ei vt iuret ſine vlla præfinitione & taxatione, non illud etiam vt iuret in immenſum, vt in *l.ſi cui 9.D.de ſeruit.* in infinito, id eſt, per quamlibet fundi partem. Etſi enim verum eſt quod ait *lex vltim. de in lit. iurand.* de periurio eius qui ex iuris neceſſitate iurauit non facilè quæri ſolere, hoc ipſo tamen intelligimus de periurio quæri interdum poſſe ex magna cauſſa, quæ porrò alia eſſe nulla
7 poteſt quàm † ſi in immenſum iuretur, vt puta ſi quis rem viginti dignam mille aureis æſtimare velit. Itaque præter id quod iuriſiurandi contempta religio ſatis Deũ vltorem habet, *l.1.C.de reb.cred.& iureiur.* poteſt etiam immodica iurantis adfectio coerceri, ne in immenſum peierandi licentiam ſibi arroget, ſciens futurum vt de periurio quæſtionem patiatur, ſi tam euidenter & impudenter peieret. Quæ me res magis mouet, vt exiſtimem iuſiurandum ſine taxatione vlla deferri à iudice oportere. Nam ſi in iudicis arbitrio & poteſtate eſſet quantitatem taxare intra quam iuraretur, ſiue ante ſiue poſt præſtitum iuſiurandum, non facilè dici poſſet quonam demum caſu de periurio quæri oporteret. Facta ſiquidem taxatione per iudicem non poſſet videri peieraſſe qui ad permiſſam vſque quantitatem iuraſſet, nulla autem facta taxatione imputari potiùs iudici poſſet, cur quantitatem non taxaſſet, ne qua aut peierandi aut de periurio quærendi occaſio relinqueretur. Illa † verò Tri- 8
boniani ratio longè inſulſior eſt qua probat iudici licere taxationem iuriiurando iniicere, quòd, inquit, in iudicis arbitrio fuerit ab initio, vt iuſiurandum deferret aut non deferret. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod toties diximus, numquam niſi ex iuris neceſſitate deferri iuſiurandum debere, id eſt, cùm pœna alia nulla eſt quam iudex irrogare poſſit, vt actori ſatisfiat, prorſus conſequens ſit vt quibus caſibus in litem iurari poteſt, neceſſe habeat iudex deferre iuſiurandum, aut nullam omnino infligere condemnationem. Decepit Tribonianum quod exiſtimauit in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, in quibus iurari ſolet condemnationem in arbitrio iudicis poſitam eſſe: quod falſiſſimum eſt. Nam nec arbitrariæ † ob 9
id dicuntur, quod ex arbitrio iudicis pendeat condemnatio, ſed quia iudicis arbitrium præcedere neceſſe ſit de re reſtituenda vt ſi non pareatur, ſequi poſſit condemnatio. Nec rurſus arbitrium illud quod præcedere oportet, eo ſenſu arbitrium dicitur quaſi in iudicis poteſtate & electione ſit vt hoc vel illud arbitretur (cogitur enim id omnimodo arbitrari quod vir quilibet bonus arbitraretur) ſed quia in eo actionum genere nulla præcedente obligatione ex qua poſſit ſequi condemnatio, non poteſt ea iudicis pronunciatio de re exhibenda vel reſtituenda ſententiæ nomen habere, nec aliud vllum elegantius quàm arbitrij, vt pluribus à nobis ſuprà tractatum eſt *ca.4.& 5.* Videtur etiam deceptus Tribonianus ex illa Zenonis conſtitutione, de qua proximè diximus in *l.ſi quando 9.C. vnde vi*, qua primùm † inductum eſt 10
vt iudex debeat certam quantitatem præſtituere & definire intra quam permittendum ſit ei qui vim paſſus eſt iurare aduerſus violentum inuaſorem. Sed obſeruare debuit aliam rationem eſſe illius iuriſiurandi quod nos Zenonianum appellamus, aliam eius, quod in actionibus bonæ fidei & arbitrariis iure ciuili locũ habet, quia Zenoni placuit permittendum eſſe ei qui rerum ſuarum iacturã per vim paſſus eſt, vt iuret non ſolùm de æſtimatione, ſed quod magis eſt de quantitate rerum ſubtractarum. In quo iuriſiurandi genere quia periculoſiſſimum eſt, & vel ſola ipſa peierandi facilitate odioſum, bene à Zenone prouiſum eſt, vt non aliter iudici liceat iuſiurandum illud deferre, quàm ſi ab initio taxet quantitatem quam excedere actor non poſſit, ne oblata periurij quod detegi non poſſet impunitas, facilè alioqui pelliciat actorem ad peierandum: quod in cæteris caſibus non ſimiliter dici poteſt, in quibus ſcilicet non de incertorum corporum ſubſtantia & quantitate iuratur, ſed de ſola æſtimatione: De qua ſi in immenſum iuratũ ſit, facillimè periurium detegi, ac ſubinde de periurio quæri poſſit. Denique liberum fuit Zenoni nouum iuriſiurandi genus inducenti qualem voluit legẽ & conditionem eiuſmodi iuriiurando adſcribere. Sed non perinde Triboniano liberũ eſſe debuit ex nouo illo iure argumentũ aut occaſionem ſumere totius iuris veteris contorquendi, & malè ſuo more corrumpendi. Non eadẽ ſcilicet in aliis caſibus obtinente iuris aut æquitatis ratione. Quòd ſi cui minùs ſufficere videbuntur quæ nos contra tã inueteratũ errorẽ Triboniani & interpretũ omnium hoc capite diſputauimus, legat cætera quæ in hãc eandẽ ſententiã à nobis copioſiùs tractata ſunt *lib.16.coniect.c.17.*

ERROR X.

De re poſt moram perempta, quæ penes actorem fuit æquè peritura.

SVMMARIA.

1 *Refertur diſtinctio ab interpretibus adhiberi ſolita ad quæſtionem de ſpecie debita poſt debitoris moram perempta.*

perempta, an res illa æquè penes actorem fuerit periturа, nécne, vt hoc caſu teneatur, illo non item.

2 *Proculianorum & Sabinianorum diſſenſus.*

3 *Probatur ab autore ſententia quæ debitorem ſpeciei poſt moram perempta indiſtinctè teneri vult.*

4 *Ratio d. ſententiæ.*

5 *Declaratio l. vlt. §. ſi ea conditione. D. ad l. Rhod. de iactu, & de dictæ l. ratione cum Accurſio diſputatio.*

6 *Sententia l. ſi alius. 7. §. eſt & alia. D. quod vi aut clam.*

7 *Veteres ICti in eo conuenerunt vt debitori mora non noceat, ſi res æquè fuit omnimodo peritura.*

8 *In quo diſſenſerint veteres ICti quod ad quæſtionem propoſitam attinet.*

1 DIſtinctio vulgaris eſt & interpretum multo-
rum & pragmaticorum omnium, cùm de
ſpecie debita poſt debitoris moram per-
empta tractatur, an res illa æquè penes acto-
rem fuerit peritura nécne, vt eo demum caſu teneatur
quod non fuerit æquè peritura: cuius diſtinctionis
extant ſanè veſtigia nonnulla in libris noſtris, vt *l. item
ſi cum 14. §. quatenus D. quod met. cau. l. ſi alius 7. §. eſt &
alia D. quod vi aut clam. l. vl. §. ſi ea conditione D. ad l.
Rhod. de iact.* videtúrque de eo non ſatis conſtitiſſe in-
2 ter † Iureconſultos Proculianos & Sabinianos quéad-
modum conijcere licet ex *l. ſi plures 14. §. ſine autem. D.
3 depoſ.* Mihi tamen † probabilior ſemper viſa eſt ſenten-
tia exiſtimantium debitorem ſpeciei poſt moram perem-
ptæ teneri indiſtinctè. i. ſiue res fato ſuo, ſiue propter
moram & culpam perierit, quia mora perpetuat obliga-
tionem, facitque vt res etiam poſteaquam perempta eſt,
extare adhuc exiſtimetur, *l. ſi ex legati 23. D. l. ſi ſeruum
91. §. ſequitur & §. vlt D. de verb. obl.* Longéque plures in
iure noſtro loci ſunt ex quibus ſententia hæc compro-
bari poſſit, vt non malè ſuſpicari liceat ſententiam hanc
magis communiter prudentibus placuiſſe. Sic. n. ab iis
reſponſum video *in l. item ſi verberatum 15. §. vlt. D. de
rei vind. l. cum ſeruus 39. alias l. apud Iulia. §. ipſius quo-
4 que rei l. cùm res 47. §. vl. de lega.* 1. quibus locis ratio †
etiam redditur ſanè perelegans & vera, quòd ſi creditor
in ea re moram paſſus non fuiſſet, vtique rem illam
vendere pretiúmque lucrari potuiſſet. Scio euenire ali-
quando, vt qui ob rem in vnum caſum peremptam alio-
quin teneretur, excuſetur tamen ob id quod in alium
5 caſum æquè res fuit peritura, vt in † ſpecie, *l. vl. §. ſi ea
conditione. D. ad l. Rho. de iac.* vbi cùm ex Labeone pro-
poſitum eſſet, ſi ea conditione nauem conduxiſti vt ea
merces tuæ portarentur, eáſque merces nauta neceſſitate
nulla coactus in nauem deteriorem, cum ſciret id te fieri
nolle, tranſtulit, & merces tuæ cum ea naue perierint, in
qua nouiſſimè vectæ ſunt, habere te ex conducto locato
cum priore nauta actionem, Paulus notat imò contrà
eſſe ſi modò ea nauigatione vtraque nauis perierit cùm
id ſine dolo & culpa nautarum factum eſſet. Sed ad pro-
poſitam diſputationem ea ſpecies non pertinet. An
quòd aliud ſit mora, aliud culpa vt ſimpliciter Accurſ.
contra Martinum ad eum locum pro Ioanne vetere
gloſſatore reſpondet, qui eandem Proculianorum ſen-
tentiam ſequebatur quam & nos probamus? Minimè.
Nam præter id quod vix eſt vt mora contrahatur ſine
culpa cum ſpecies debetur, ſi quicquam hac parte in-
tereſt inter moram & culpam in eo maximè differentia
eſt, quod culpa plus eſt quam mora, proinde re poſt cul-
pam perempta non minus dicendum eſſet teneri debi-
torem indiſtinctè, ſiue res æquè fuiſſet peritura ſiue
non, atque ſi poſt moram perempta proponeretur. Sed
reſpondendum eſt in ea ſpecie illud facere pro nauta,
quod etiamſi in ea ipſa naui quæ conducta fuerat mer-
ces vectæ fuiſſent omnimodo tamen æquè perituræ
fuiſſent cùm eam quoque nauim ponamus eadem naui-
gatione periiſſe: nec quemadmodum in eo caſu quem
tractamus, dici poteſt te eas merces fuiſſe alteri vendi-
turum, ſi culpa nulla nautæ interueniſſet. Feréque ſimile
eſt, quod † in *leg. ſi alius 7. §. eſt & alia. D. quod vi aut* 6
clam. Vlp. tractat, ſi incendij arcendi cauſſa vicini ædes
interciderint, & ignis eò vſque peruenerit, abſolui me
oportere, ſine interdicto *Quod vi aut clam* contra me
agatur, ſiue de damno iniuria dato: *quoniam*, inquit, *nul-
lam iniuriam aut damnum dare videor æquè perituris ædi-
bus.* Sed illud tamen notatu & obſeruatione dignum eſt
quod apud eundem Vlpianum ſtatim ſequitur. *Quod ſi
nullo incendio id fecerit, deinde poſtea incendium ortum
fuerit, non idem erit dicendum.* Id eſt non erit abſoluen-
dus qui vicini ædes intercidit, etiamſi ad eas vſque ignis
peruenerit, *quia*, inquit, *non ex poſt facto, ſed ex præſenti
ſtatu damnum factum fuerit nécne æſtimari oportere La-
beo ait.* Eodem igitur exemplo deferendi poteſt ſi eo
tempore quo in ſoluendo homine debito mora per de-
bitorem contracta fuit, iam detinebatur ſeruus ea vale-
tudine ex qua certum eſſet conualeſcere non poſſe, &
quæ impediret ne emptorem reperire ille poſſet, abſol-
uendum eſſe debitorem licèt homo ille poſt moram pe-
rierit. Non tamen, meo iudicio perinde illud etiam dici
poſſit, ſi moræ contractæ tempore homo ſanus fuit, &
eadem die aut ipſa etiam fortaſſis hora ſubito correptus
morbo aut caſu alio fortuito deceſſerit, ita vt medium
nullum tempus interceſſerit quo potuerit creditor eum
diſtrahere ſi moram paſſus non eſſet, condemnari nihi-
lominùs debitorem oportere. Neque. n. per ſolam debi-
toris moram damnum pati creditor intelligitur, niſi de-
mum eo caſu quo mora fecerit vt non potuerit ille lu-
crum & commodum ex obligatione ſentire, quòd porrò
nullum in propoſito ſenſiſſet, qui etiamſi hominem tum
accepiſſet, cùm interpellatio facta eſt, nihilo ditior fa-
ctus fuiſſet, ſed hoc tantùm aſſecutus vt ſibi tanquam
domino faciliùs & certiùs poſtmodum res periiſſet. Et
hoc ſanè conſequens eſt ei rationi qua prudentes ſu-
pradictis locis mouentur, cum debitorem perempta re
poſt moram teneri volunt, vt poſſeſſorem conuentum
rei vindicatione ob hoc maximè quòd ſi petitor aut cre-
ditor eam rem habuiſſet diſtraxiſſet. Ita proculdubio in-
uentes, ſi certum ſit non fuiſſe petitorem aut credito-
rem diſtracturum aliud iuris conſtitui debere, vt rei in-
teritu etiam poſt moram contingente liberetur. Dices,
nullam ergo in hac quæſtione diſſenſionem inter Iure-
conſultos fuiſſe, ſed omnes † in eo conueniſſe vt debi- 7
tori mora non noceat ſi res æquè fuit omnimodo peri-
tura. Ego verò fateor cum hac adiectione *omnimodo*, in
eóque à Ioanne & interpretibus qui Ioannem ſecuti
ſunt diſſentio. Illi. n. putant debitorem poſt moram om-
nimodo teneri licèt res æquè fuerit penes actorem om-
nimodo peritura. Sed diſſenſio † in eo erat quòd quo- 8
tieſcunque res fato ſuo perempta eſſet, exiſtimabant Sa-
biniani parcendum debitori quantumlibet moroſo, hoc
vno contenti quòd æquè ſuo fato res penes actorem
periiſſet: quæ tamen haud dubiè non fuerat penes eum
peritura, ſi ea ſcilicet nactus diſtrahere ſtatim potuiſſet.
Idque apparet euidenter ex *d. l. ſi plures 14. §. ſine autem.
D. depoſ.* ſiue dicas quod vulgò creditur Sabini & Caſſij
ſententiam eo loco à Caio probari, ſiue quod magis pu-
to, referri duntaxat non etiam probari, niſi malis quod
& ego probabilius arbitror, à Triboniano corruptū eſſe
locum illum, itémque *§. quatenus d. l. itē ſi eum 14. D. quod
met. cauſſ.* Nec de eo quiſquam, vt puto dubitabit qui le-
gerit quæ in hanc ſententiā ſcripſimus *lib. 16 coniec. c. 19.*
Vnde & alia pleraque peti potuerūt, quæ alioqui ad hu-
ius quæſtionis accuratā tractationē hîc adijci oporteret,

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimanona.

ERROR PRIMVS.

De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo.

SVMMARIA.

1 *Actore non probante abſolui reus debet, etiamſi nihil præſtet, niſi præſumptio ſit pro actore, quo caſu reus iurare debet vt abſoluatur.*
2 *Reo non probante exceptiones ſuas, ſententia fertur pro actore qui ſuam probauit intentionem.*
3 *Niſi exceptio fuerit iuris, & actioni inſita.*
4 *Ei qui nonniſi ſemiplenam probationem affert ſolet vulgò iuſiurandum ſuppletiuum deferri.*
5 *Sed ſine lege, primùm quoniam paſſim ſcriptum eſt, abſoluendum reum, in probatione ſi actor deficiat.*
6 *Deinde quia in iure nulla ſit mentio iuriſiurandi ſuppletiui.*
7 *De quo iureiurando loquitur Caius in l. 1. D. de iureiurand.*
8 *Itémque in l. admonendi, 31. eod.*
9 *Nec non Impp. in l. 3. C. de iureiurand.*
10 *Tertia ratio autoris contra iuſiurandum ſuppletiuum.*
11 *Quarta deprompta ex l. generaliter. C. de reb. cred. & iureiur.*

1 VLGATVM eſt actore † non probante abſolui reum debere, etiamſi nihil præſtet, id eſt, quamuis nec probet quicquam nec iuret, *l. qui accuſare. 4. C. de eden. l. 2. l. actor. 23. & paſſ. C. de probat.* niſi præſumptio aliqua ſit pro actore, quo caſu reum iurare æquum eſt vt abſoluatur,
2 *cap. vlt. in fin. extr. De iureiur.* Idémque in † reo viciſſim obſeruatur ſi probata actoris intentione deficiat ille in probandis exceptionibus, putà ſi quam creditor probauit deberi ſibi pecuniam debitor ſolutam eſſe dicat, nec probet *l. 1. C. de probat.* Siquidem in exceptionibus actoris vice fungitur reus *l. ab ea parte 5. l. ſi pactum 9. l. quingenta 12. l. quoties 18. §. qui dolo l. in exceptionibus 19. D. eod.* Semper enim ei incumbit probatio qui dicit non qui negat *l. 2. l. non eſt neceſſe 11. l. ante omnia 23. eod.* Sed hoc ita tamen accipiendum eſt ſi exceptiones ſint facti, nec præſumptio ſit pro reo *d. l. ſi pactum.* Nam cum
3 exceptio † iuris eſt, & ipſi, vt ita dicam, inſita actioni, non ſunt excipienti neceſſariæ vllæ probationes, putà ſi quis agat ex contractu vltrò citróque obligatorio, cui priùs à ſe ſatisfactum non probet *l. Iulianus 13. §. offerri de act. empt. l. ſi ſeruus 57. D. de ædili. edict.* Aut ſi impugnat inſtrumentum iureiurando ſubnixum non impetrata abſolutione, aut agat ex contractu ante quadraginta annos inito cui poſſit obiici exceptio longiſſimi temporis. Nec alij plerique caſus deſunt ſuperioribus perſimiles. Quid ergo ſi qui probare debuerat in probatione defecerit, nec niſi ſemiplenam, vt noſtri loquuntur,
4 probationem attulerit? Placet † noſtris non idcirco ſtatim condemnari eum oportere, ſed deferendum illi eſſe iuſiurandum à iudice ſupplementum probationis, quod ideò ſuppletiuum vulgò vocant, itémque neceſſarium ſiue quod ad id deferendum iudex nonniſi ex neceſſitate & inopia probationum adigatur *l. admonendi 31. D. de iureiur. l. 3. C. eod.* ſiue quòd niſi ex magna & iuſta cauſſa recuſari non poſſit *dicto capit. vltim. in princip. Extr. eod.* Quod etſi ab omnibus ferè ſupremis Curiis, & frequentiſſimis pragmaticorum omnium ſuffragiis receptum video, mihi tamen probari nunquam potuit.
Primùm † quia innumeris iuris noſtri locis ſcriptum 5
eſt abſoluendum eſſe reum non ſolùm ſi actor ceſſet in probatione, hoc eſt, ſi nihil omnino probet *d. l. 4. C. eod. l. 2. C. de probat.* ſed etiamſi deficiat, id eſt, ſi minùs plenè probet, adeò vt hoc caſu nulla reo neceſſaria ſit exceptio, quæ vtique neceſſaria eſt quoties probationibus vincere actor poteſt, *l. ſiquidem 9. C. de except.* Id enim eſt quod dici ſolet actorem ſi intentionem ſuam non impleat, condemnandum eſſe *d. l. ante omnia, d. l. 1. C. de probat. l. negantes 9. C. de obligat. & action.* quod etiam de reo proditum eſt *d. l. in exceptionibus.* Quis verò dixerit impletam ab eo intentionem qui non niſi ſemiplenè probauerit? Nam & ſemiplena probatio eſſe creditur ſi vnius teſtis dummodo integri teſtimonium proferatur. Atqui conſtat non ſolùm vnius hominis teſtationi credendum non eſſe, ſed neque licere iudici vnius hominis reſponſionem audire in quacumque cauſſa, vt Conſtantini verbis vtar in *l. iuriſiurandi 6. C. de teſtib.* etiamſi, inquit, præclaræ Curiæ honore præfulgeat. In quo obſeruandum eſt quod lex ait, iam anteà conſtitutum fuiſſe vt in quacumque cauſſa non facilè vnus teſtis admitteretur. Nunc verò conſtitui vt omnino non audiatur, id eſt, nullomodo, nullóque caſu, ac proinde nec ſi probationem ſuam iureiurando implere actor velit, nec ſi cauſſa ſit leuior. Nam ſi is qui vno tantùm teſte nititur, petere à iudice non poteſt, vt teſtis ille audiatur, quantò minùs petere poteſt, vt vel teſti credatur, vel ſibi ipſi ad corroborandum teſtimonium iuſiurandum deferatur? Mouet † me ſecundò quòd cùm in libris noſtris 6
tot extent Iureconſultorum reſponſa, & Imperatorum reſcripta. De iureiurando & probationibus, nuſquam huiuſmodi iuriſiurandi ſuppletiui mentio ſit, cuius tamen ſicut vſus hodie frequentiſſimus eſt, ita tractatus omnium vtiliſſimus fuiſſet. Nam quod † in *l. 1. D. de iu-* 7
reiur. Caius ſcribit per iuſiurandum decidi controuerſias vel ex pactione ipſorum litigatorum, vel ex iudiciali autoritate, ad voluntarium duntaxat pertinet, & ad iudiciale, hoc eſt, quod non à iudice, ſed à parte parti defertur in iudicio, iudiciſque autoritate approbatur.
Quod autem idem Caius † mouet in *d. l. admonendi* ſo- 8
lere iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando ſecundùm eum pronuntiare qui iurauerit (quo vno maximè loco moueri interpretes & pragmatici ſolent) longè aliam habet ſententiam quàm vulgò exiſtimetur. Dubias namque cauſſas non eas intelligere debemus in quibus actor minùs plenas probationes habeat, vt illi interpretantur (nec enim dubia cauſſa eſt in qua conſtat abſolui reum oportere, vt diximus) ſed quæ propter paritatem probationum eò redigunt iudicem vt hæſitet in vtram partem propendere debeat, quam probationum inopiam videntur dixiſſe Imperatores in *l. 3. C. de reb. credit.* quòd quamuis per ſe ſint plenæ, vt ex iis poſſet ſequi condemnatio ſi nihil ex aduerſo probatum eſſet, fiant tamen inopes obiectu contrariarum probationum.

Quod

Quod & iampridem ante nos docuit non inſubtiliter
Franciſc. Duran. lib. 2. Diſp. cap. 33. Sed & auſim dicere
quod *Duarenus* non dixit totam eam legem Tribo-
niani eſſe potiùs quàm Caij deſumptámque ex Iuſti-
niani conſtitutione in *l. generaliter C. de reb. credit. & iu-
reiur.* de qua ſequenti capite dicemus idque apparebit
etiam euidentiùs ex iis quæ diſputaturi ſumus *infra*
9 *cap.* 5. Nec magis ad rem facit † quod in *d. l.* 3. *C. eod.* à
Diocletiano & Maximiano reſcriptum legimus, in bonæ
fidei contractibus, cæteriſque cauſſis inopia probatio-
num per iudicem iureiurando cauſsâ incognitâ res de-
cidi oportere. Nam præter id quod verba illa *inopia pro-
bationum* eam interpretationem commodè admittunt,
quam nos ſupra retulimus, nihil etiam vetat Imperato-
res de iudiciali iureiurando intelligi, quod certum eſt
non niſi probationum inopia deferri ſolere *l. tutor.* 35.
D. de iureiur. Nec ſanè de iureiurando per iudicem
exacto lex loquitur, & ſi loqueretur, de alio tamen
quàm de iſtiuſmodi ſuppletiuo accipi deberet, De eo
10 ſcilicet de quo in *d. l. generaliter.* Mouet † me tertiò
quod in *l.* 1. *C. eo tit.* vbi pro regula traditur, Cauſſam
iureiurando deciſam non poſſe ſub prætextu periurij
tractari, De voluntario tantùm & iudiciali agitur, De
neceſſario autem nullomodo, quod tamen ſi iam tum
aliquod tale in vſu fuiſſet, non debuerat prætermitti
cùm in eo quoque noſtri admittant idem hac parte iu-
ris eſſe regulariter, præterquàm in eo caſu qui conſti-
tutionibus Principum nominatim exceptus ſit in *d. l.*
11 *admonendi.* Poſtremò † & omnium maximè mouet me
quod in *d. l. generaliter*, Iuſtinianus profitetur, de om-
nibus iuramentis generaliter quæ in litibus offeruntur
vel à iudice vel à partibus, ea conſtitutione definiri, nec
tamen de ſuppletiuo, aut, vt alij vocant, ſuppletorio,
verbum vllum. In quo ſanè deceptos fuiſſe omnes quot-
quot videre licuit interpretes, mirandum eſt. Fateor
tractari ea lege de iureiurando non ſolùm à parte, ſed
etiam à iudice deferendo, ſed nego fuiſſe illam iuriſiu-
randi ſpeciem veteribus iuris autoribus cognitam: ne-
go fuiſſe vlla iuris ratione ſubnixam, ſed quadam po-
tiùs iudiciorum conſuetudine inductam. Nego deni-
que ei qui intentionem ſuam ſemiplenè tantùm pro-
bauerit iuſiurandum illud in ſupplementum probatio-
num deferri poſſe aut olim potuiſſe. Quæ omnia ſi
probauero, conſequens erit nec Caij eſſe quod in *d. l.
admonendi* ſcriptum eſt, præſertim ab illis verbis, *ſed
hæ conſtitutiones*, quin potiùs Triboniani vt iam mo-
nuimus, nec Imperatores in *d. l.* 3. de iureiurando ne-
ceſſario ſenſiſſe, ſed tantùm de iudiciali, nec denique
admitti vnquam debuiſſe, vt qui in probatione defice-
ret, præſertim actor iureiurando proprio litis victoriam
ſibi compararet. Igitur de ſententia *dictæ legis Genera-
liter*, videamus.

ERROR II.

De iureiurando Iuſtinianeo ad l. generaliter 12. C. de reb. cred. & iureiur.

SVMMARIA.

1 *Ad quæuis iuramenta quæ in litibus offeruntur perti-
nere l. generaliter. 12. C. de reb. credit. & iureiur.
quæ explicanda proponitur.*
2 *Vnde inductum vt à iudice paulò ante definitiuam
ſententiam iuſiurandum deferretur tempore Iuſti-
niani.*
3 *Suppletorium eſſe iuſiurandum Iuſtinianeum vnde per-
peram crediderint interpretes.*
4 *Remedium d. conſtitutionis cur duxerit Iuſtinianus
neceſſarium.*
5 *D. conſtitutionem tam ad iudiciale quàm ad neceſſa-
rium iuſiurandum pertinere.*
6 *Iuſiurandum quod à iudice defertur vni ex partibus,
referri poteſt, contra pragmaticos.*
7 *Delato iuramento quis litigantium poſſet appellare,
ibi num.* 9.
8 *Differentia inter iuſiurandum delatum à parte, & id
quod defertur à iudice.*
10 *D. Conſtitutione inducta eſſe multa quæ veteribus le-
gibus erant incognita.*

PRæfatur † initio huius legis Iuſtinianus, 1
generaliter de iuramentis omnibus quæ
in litibus offeruntur vel à parte vel à iu-
dice ea conſtitutione definiri. Ait autem,
*cùm enim iam increbuit iudices in pleniſſi-
ma definitione ſacramentum imponere.* Innuit ergo nec
iuris ratione vlla id † inductum, quæ ipſos iuris auto- 2
res mouere potuerit vt id inducerent, nec priſca aliqua
ſed recenti conſuetudine receptum. Cui conuenit quod
in *l. admonendi* 31. *D. de iureiur.* ſcriptum eſt in hæc
verba, *ſolent enim iudices in dubiis cauſſis iureiurando ſe-
cundum eum iudicare qui iurauerit*, vt in vtroque loco
eadem Triboniani & manu & ſententia facilè poſſis
agnoſcere: vbi tamen obſeruandum eſt ſcriptum eſſe,
Iudices ita facere ſolere, non etiam debere quaſi cogen-
te iure. Adhæc quod Iuſtianus ait *ſacramentum impo-
nere*, innuit ſatis iuſiurandum illud quod in dubiis
cauſſis ſolebant iudices deferre in pleniſſima definitio-
ne, id eſt paulo ante definitiuam ſententiam, vt ſe-
quentia explicant, tale fuiſſe vt ei cui deferebatur, one-
roſum potiùs, quam fauorabile crederetur. Propter
quam cauſſam exigi dicebatur ſicut & quod pars parti
defert *l. in duobus* 28. *§. exceptio. l. eum qui* 30. *§. in popu-
laribus. & d. l. admonendi. D. eo.* quaſi quod vel ab inuito
extorqueatur. Nec ad rem facit † quod ſolebant iudices 3
ſecundum eum pronuntiare qui iurauerat *d. l. admo-
nendi*: quæ ſola res tam grandi grauique noſtrorum
errori cauſſam dedit vt hoc iuriſiurandi genus non ſo-
lùm iudiciale, ſed etiam ſuppletorium eſſe crediderint.
Nam neque id erat perpetuum, ſed etiam poſt præſti-
tum iuſiurandum totius negotij ſumma examinanda
erat *d. l. generaliter §. ſi autem is cui*, illis verbis, *& ita
cætera ſiue capitula, ſiue totius negotij ſumma examinen-
tur.* Nec eo minùs fiebat vt onerari videretur is cui iu-
randum erat ſi fortè & citra iuſiurandum victoriam ſpe-
raret ex propriis probationibus, aut etiam ex ſola ad-
uerſarij probationum inopia. Indeque nimirum eue-
niebat vt ab eiuſmodi delatione plerumque appellaret
is cui deferebatur. Quod Iuſtinianus ſignificat cùm
ſubiungit, *euenit vt prouocatione lite ſuſpenſa.* Non enim
tractari eo loco de appellatione per illum interpoſita
contra quem iurandum eſſet, apparet ex ſequentibus,
*hi quidem qui iuſiurandum præſtare iuſſi ſunt, ab hac fortè
luce ſubtrahantur, probationes autem rerum cadant.* Quaſi
† dicat nouæ illius conſtitutionis remedium ideo ne- 4
ceſſarium fuiſſe quòd delato iureiurando per iudicem
vni ex litigatoribus qui ab ea delatione prouocaſſet,
eueniebat vt ſi idem ille pendente appellatione more-
retur, probationes intercederent. Quænam verò proba-
tiones? non ipſius, ſed aduerſarij: Nam ſi de appellan-
tis probationibus ageretur, quid obſecro incommodi
aut abſurdi eſſet perire eas propter appellationem quam
ille ipſe interpoſuiſſet? De quo enim niſi de ſeipſo
queri deberet is qui perperam appellaſſet, ſibique pro-
bationis facultatem quam iudex conceſſerat eripuiſſet?
At eam appellationem fruſtrandi cauſſa interpoſitam
aduerſario nocere æquum non erat, qui ex appellantis
iureiurando per iudicem delato non ſecus acſi is ipſo
detuliſſet, probationem captabat. Cùm eſſet veriſimile
non ita facilè peieraturum reum, tametſi actor in pro-
batione deficeret, ſed vt relaturum iuſiurandum, vel

ab improba lite diſceſſurum. Nec ad rem pertinebat,
quòd non tantùm litigatoribus, ſed eorum quoque he-
redibus id iuſiurandum deferre iudices ſolerent, *cum
multum*, inquit Iuſtinianus, *diſcrepet iuramentum here-
ditarium à principali ſacramento.* Siquidem de facto de-
functi præcisè iurare heres non cogitur *l. Marcellus* 15.
§. iurare. D. de rer. amot. vt nec alius quilibet de facto
alieno *l. iuſiurandum* 34. *§. procurator. D. de iureiur. l. vi-
deamus* 4. *De in lit. iur.* ſed tantùm ex animi ſui ſcientia,
vel vt Cujacius legit & rectiùs, *ſententia. l. 2. §. quod ob-
ſeruari. C. de iureiur. propt. calum. dand.* id eſt, non credere
ſe quòd litem iniuſtam defunctus ſit proſecutus, vt in
lib. 2. feud. tit. 58. qui eſt vltimus *De not. feudor. §. cùm
datur.* Itaque iuſiurandum hoc præſtare heres poteſt
ferè ſemper abſque periurij metu, & longè faciliùs quàm
defunctus potuiſſet, niſi ponas communem fuiſſe de-
functi & heredis ſcientiam ac malam fidem: quod cùm
accidit, nulla ſanè eſt inter iuſiurandum hereditarium
& principale, quomodo Iuſtinianus loquitur, differen-
tia. Sed extra eum caſus quemadmodum facilius heredi
eſt iurare, ita maius ex eo damnum aduerſarius patitur,
qui ſcilicet ſperare vix poſſit futurum vt periurij metu
ſibi heres iuſiurandum referat quòd eo intuitu fortaſſe
defunctus retuliſſet. *Neceſſitate itaque rerum coacti &
probationibus pinguius ſubuenientes ad huiuſmodi*, inquit
Iuſtinianus, *venimus ſanctionem*, Id eſt, ne tam facilè
pereant probationes, quas ex iuriſiurandi delatione ap-
pellant facta ſperabat ii, qui non appellauit. Nec ſanè
poteſt hucuſq; textus de alio iureiurãdo intelligi quàm
quod à iudice parti deferatur. Sequitur verò conſtitutio
5 † ad vtrumque tam iudiciale quàm neceſſarium perti-
nens *Omne igitur iuramentum ſiue à iudice, ſiue partibus
illatum vel in principio litis, vel in medio, vel in definitiua
ſententia ſub ipſo iudice detur, non expectata vel vltima
definitione, vel prouocationis formidine.* Quibus verbis
oſtenditur nihil hac parte iuſiurandum neceſſarium à
iudiciali differre, & vtrique commune illud eſſe vt ſta-
tim atque delatum eſt præſtari debeat ſiue illico appel-
letur, ſiue in eo res ſit vt appellari poſſit. Cuinam verò
periculum afferre queat aut formidinem iniicere appel-
latio niſi ei aduerſus quem fuit interpoſita? Illi ergo
conſulere Iuſtinianus voluit contra quem appellatur,
non ei qui appellat, ac proinde cùm is demum appellet,
cui iurandi neceſſitas imponitur, conſequens eſt vt fa-
teamur voluiſſe Iuſtinianum ſubuenire probationibus
eius contra quem eſt appellatum. Quod ſi ita eſt, illud
quoque fateri nos oportet, non eam eſſe Iuſtiniani
mentem vt à iudice deferatur iuſiurandum ei qui in
probatione deficit, ſed aduerſario, licèt ad implendas
deficientis probationes. Nam & in iudiciali iureiuran-
do idem obſeruatur, vt nimirum non iuretur, ſed defe-
ratur iuſiurandum ab eo qui probationum inopia la-
borat. Idipſum verò apertiùs demonſtrant ſequentia
illa conſtitutionis, *ſed iuramento illato cùm hoc à parte
factum fuerit, & à iudice approbatum, vel ex autoritate
iudicis cuicunque parti illatum, ſiquidem is cui imponitur
ſacramentum nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præſtetur
vel referatur.* Diſtinguit Iuſtinianus, an is cui delatum
eſt iuſiurandum ſiue à parte, ſiue à iudice, à parte, in-
quam, cuius factum iudex approbauerit, prouocet à de-
latione nécne. Si non prouocet, non quidem cogitur
præcisè iurare, ſed electionem habet an iurare malit, an
referre. Alterutrum ſanè facere compellitur, ex quo
6 apparet, etiam quod à iudice † defertur vni ex litigato-
ribus referri poſſe non ſecus ac iudiciale, quamuis de
eo contra apertiſſima legis verba dubitet Accurſius, cu-
ius dubitatio tandem in errorem deflexit, exiſtimanti-
bus noſtris poſt *gloſſ. in cap. vltim. extr. de iureiur.* in iu-
reiurando neceſſario nullum eſſe relationi locum, quod
certè falſiſſimum eſt. Apparet etiam ex iiſdem verbis,
7 ſolitas † interponi appellationes ab illis quibus ſacra-
mentum imponebatur, non contra quos iurandum erat,
quod ex ſequentibus quoque ſit apertius. *Neceſſitate
ei imponenda cui iure refertur, relationis ſacramentum ſu-
bire, vel ſi hoc recuſauerit quaſi illato ſacramento præſtito,
cauſſa vel capitulum decidatur, nullo loco prouocationi re-
linquendo. Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens
auxilium in his quæ ipſe facienda procurauit?* Senſus eſt,
eum cui iuſiurandum defertur, ſiue iudiciale, ſiue ne-
ceſſarium, omnimodo iurare cogendum, aut ſi nolit,
perinde condemnandum acſi aduerſarius qui iurare
etiam noluit, ex delatione iuraſſet: Neque hic diſtin-
guendum eſſe an à relatione appellet necne, quomodo
diſtinguendum diximus, in eo cui primùm defertur.
Non enim appellare eum poſſe qui ipſe nouerit iudi-
cem vt parti iuſiurandum deferret, aut qui ipſe detu-
lerit. Etſi quidem ipſe detulit, licèt de referendo
iureiurando nihil dixerit, ſciuit tamen aut ſcire debuit,
non poſſe ſe iuſiurandum deferre aduerſario niſi ea lege
vt ſibi viciſſim referre aduerſario liceret. Ideóque ta-
metſi iurare ipſe debeat de calumnia, non poteſt ta-
men ab aduerſario referente idem iuſiurandum exigere
dict. l. iuſiurandum 34. *§. datur. D. de iureiur.* Proinde ſi à
relatione quam pars fecit & iudex adprobauit, appel-
laret, de proprio ille ſuo potiùs quàm de partis aut iu-
dicis facto quæreretur, *dict. l. generaliter. verſic. ſine au-
tem illatum*, qui de iudiciali iureiurando nominatim
loquitur. Sin autem iudex ipſe aduerſario detulit,
quamuis ita fecerit ex officio, nec petente eo cui poſteà
relatum eſt, perinde tamen denegari debet appellatio-
nis beneficium ei qui relatum recuſat acſi ipſe detuliſ-
ſet. Nempè quoniam & per eum, & pro eo factum eſt
vt iuſiurandum à iudice deferretur, nimirum ad ſup-
plendas ipſius probationes. Quamquam videri poſſit
locus hic innuere, moris olim fuiſſe vt qui nudis pro-
bationibus vincere non poterat, poſtularet à iudice
iuſiurandum aduerſario deferri, ſed non ita eſt, *Hoc*
ipſo enim deferre crederetur qui deferri poſtularet,
cùm quicquid iudex facit parte requirente pars ipſa fa-
cere videatur: *l. 1. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit l. ſi ob
cauſſam* 28. *C. de evict.* Multúmque intererat quod ad
partis commodum ſpectabat, an à parte, an à iudice de-
ferretur. Delatum enim † à parte erat vt & hodie eſt 8
litis deciſorium, *d. l. 1. D. de iureiur. d. l. 1. C. eod.* atque
adeò præcedentium probationum omnium quas habere
deferens poterat, vim & poteſtatem extinguebat: quod
verò à iudice deferebatur, non item. Sed & facilè con-
tingere poterat, vt actor vel reus probationes ſuas ſuf-
ficientes & plenas crederet, ob ídque iuſiurandum de-
ferre nollet, iudex verò contra putans aut propter op-
poſitas aduerſarij probationes dubius conſtitutus ne-
ceſſariam exiſtimaret iuriſiurandi delationem, *d. l. gene-
raliter* ibi *ſi hoc omnimodo præſtandum exiſtimauerit.*
Quod cùm accidebat, neceſſe erat vt iudex idipſum ex
officio faceret, non expectata eius contra quem iuran-
dum erat petitione, tametſi id fieri quàm maximè ipſius
intereſſet. Vnde † illud etiam manabat vt qui exacto 9
judiciali iureiurando condemnatus eſſet, à ſententia
appellare non poſſet, qui verò per delatum à iudice
iuſiurandum, poſſet: ſi fortè non obſtante eo iureiu-
rando, vincere tamen debuerat ex plenis probationi-
bus ante delationem factis. Nec eſt contrarium, quod
proximè diximus, ab interlocutione iudicis qui iuſiu-
randum detulerit vni ex litigatoribus appellari non
poſſe per eum contra quem deferatur. Huic enim non
in ipſa delatione fit iniuria cùm poſſit commodo eius
cedere, ſi aduerſarius fortè referre malit, quàm iurare,
ſed in condemnatione quæ delationem ſequitur, ſi
propter aduerſarij iuſiurandum, quod ſolus iudex de-
tulerat victus ſit qui pleniſſimè ſuam probauerat in-
tentionem *dict. l. generaliter. §. 2.* iis verbis, *habeat ſibi
in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Neque ta-
men inficior poſſe appellare eum contra quem iuſiu-
randum deferatur, etiam non expectata definitiua ſen-

tentia

tentia ſi ante delationem pleniſſimas iudici probationes exhibeat: Nempè quoniam hoc caſu fieri nequeat vt ipſi proſit delatio ſiue ſuſcipiatur iuſiurandum, ſiue referatur, cùm nec ipſe iurare cogi poſſit, nec ſi conſuetudo aliqua in contrarium proponatur *cap. ſicut conſuetudo 2. extr. de probat.* Ob eámque cauſſam tota *d. l. generaliter*, ſic Iuſtinianus loquitur vt oſtendat non debere iudicem huiuſmodi iuſiurandum deferre niſi ad ſupplendas probationes eius contra quem deferatur: quo obſeruato nulla ſanè ratio eſt vt ei liceat appellare. Sequitur apud Iuſtinianum, *ſin autem is cui ſacramentum eſt illatum vel à parte vel à iudice hoc ſubire minimè voluerit, licentiam quidem habeat ſacramentum recuſare, iudex autem ſi hoc omnimodo præſtandum exiſtimauerit, ſic cauſſam dirimat quaſi volente eo ſacramentum ſit recuſatum.* Id eſt, vt ego interpretor, quaſi delationi quidem ille conſenſerit, ſed tamen iurare ille noluerit nec referre. Aut ſi mauis, Quaſi non ſolùm ipſe noluerit iurare, ſed etiam conſenſerit vt neque aduerſarius iurare cogeretur. Quemadmodum enim iuriſiurandi gratiam facere poteſt qui detulit, *l. remittit 6. D. de iureiurand.* ita & qui retulit aut ex neceſſitate referre debuit. Itaque in præiudicium eius qui ſibi delatum ſiue à parte ſiue à iudice iuſiurandum ſubire non vult, placet Iuſtiniano perinde iudicandum eſſe, acſi aduerſario relatum eſſet iuſiurandum & poſteà remiſſum. Ob idque neceſſe eſt vt *ipſe qui ſacramentum ſibi illatum dare recuſauerit, vel hoc atteſtetur, vel ſi fortè non audeat, habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Tutius igitur ei erit vt appellet. Quamuis enim Iuſtin. conſtituat vt non obſtante appellatione diffinitiua ferri poſſit ſententia, non adeò tamen appellatio reiicitur, quam ſi ex poſtfacto iuſtam fuiſſe apparebit, vult Iuſtinianus emendari ſententiam quæ quaſi ex recuſato ſacramento præceſſerat, perindéque obſeruari omnia acſi nec delatum fuiſſet iuſiurandum quod non fuerat deferendum. Sin ex contrario iuſtè delatum & iniuſtè recuſatum videbitur, rata haberi omnia, quæ ob malè recuſatum iuſiurandum iudex decreuerit. Et hoc eſt quod ait conſtitutio à verſicul. *& ſi iudex* vſque ad verſic. *ſiue autem illatum.* In quo negatur eum qui iuſiurandum aduerſario detulit poſſe appellare à iudice qui delationem confirmauit. Quod & per ſe apertiſſimum eſt, & iam in præcedentibus dictum fuerat §. 1. vbi tam de neceſſario, quàm de iudiciali iureiurando tractatur. Quæ ſequuntur explicant quid agendum ſit ſi abſenti deferatur vel referatur. Quod quia ad rem noſtram non pertinet, id vnum obſeruari volumus quod in fine legis ſcriptum eſt, *non enim vt aliquid derogetur antiquioribus legibus hæc prolata ſunt, ſed vt ſi quid eis deeſſe videatur,*
10 *hoc repleatur.* His enim verbis † non obſcurè meo iudicio innuitur veteribus legibus incognita fuiſſe multa, quæ conſtitutione illa inducuntur. Quæ porrò alia eſſe non poſſunt, quàm quæ ad neceſſarium iuſiurandum pertineant. De iudiciali ſiquidem iam pleraque iuris authores tradiderant, quibus non video quid Iuſtinianus addiderit niſi vt non obſtante appellatione, vel ſuſcipiendum ſit, vel referendum.

ERROR III.

De differentia iuriſiurandi Iuſtinianei & vulgaris quod ſuppletiuum vocant.

SVMMARIA.

1 *Inter Iuſtinianeum & vulgare iuſiurandum conuenientiæ duæ.*

2 *Inter eadem differentia prima, quòd vulgare defertur ei qui in probatione deficit: Iuſtinianeum verò eius aduerſario.*

3 *Secunda, quòd Iuſtinianeum non tantùm parti, ſed eius quoque heredi: vulgare parti, non etiam heredi defertur.*

4 *Tertia, quòd Iuſtinianeum defertur à iudice etiamſi non petatur, vulgare nonniſi petenti dari ſolet.*

5 *Quarta differentia.*

6 *Quinta.*

7 *Sexta.*

8 *Septima.*

9 *Octaua.*

10 *Nona.*

11 *Decima.*

SVperiora omnia eò pertinent, vt intelligamus iuſiurandum illud neceſſarium de quo agitur in *d. l. generaliter*, longè aliud eſſe quàm quod interpretes ibi comminiſcuntur.
Vtrumque † ſanè à iudice defertur, & quòd noſtros fe- 1
fellit, vtrumque ad ſupplendas probationes, ſed non vtrumque eidem nec eodem modo Iuſtinianeum (ſic enim appellare poſſumus ad differentiam vulgaris, quod ſuppletiuum dicunt) non † defertur ei qui in 2
probatione deficiat, ſed eius aduerſario, qui, vt diximus, etiam citra iuſiurandum vincere deberet ſummo iure. Vulgare verò ei ipſi qui in probatione deficit, vt probationem quam filij ſui aut alterius domeſtici teſtis fide implere non poſſet proprio teſtimonio ſuppleat, contra vulgatas iuris regulas quæ habent neminem ſibi in cauſſa propria idoneum teſtem eſſe poſſe: *l. etiam 3. l. omnibus 10. C. de teſtib.* Iuſtinianeum † non tantùm 3
parti defertur, ſed eius quoque heredi licèt aliter atque aliter. Vulgare ſic accipitur, vt non heredi, ſed parti tantùm deferatur. Quomodo enim ſuppleri poſſit imperfecta probatio ex iureiurando heredis qui de alieni facti veritate iurare cogi nequeat, ſed tantùm de animi ſui ſententia, vt ait *lege 2. Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* Iuſtinianeum † defertur à iudice ex officio etiamſi 4
non petatur, imò verò etiamſi recuſetur. Vulgare verò non niſi petenti dari ſolet. Sic enim *Bart. ad l. admonendi 31. num. 60. D. de iureiur.* quod & de conſuetudine obſeruari teſtatur *Ferrar. in form. reſponſ. rei in verb. iuriſiurandi.* Et eo iure Senatus noſter paſſim vtitur. Certè inuito defertur nunquam. Ex quo apparet quàm ſit in ciuile iurique noſtro contrarium. Qui enim ante delationem tam facilis & procliuis eſt ad iurandum, hoc ipſo ſanè ſuſpectus fit vt eius quod iurauerit ratio nulla haberi debeat. Sibi enim iurauit, inquit, *l. 3. in prin. D. de iureiur.* Iuſtinianeum † ſi deferatur, appellare à dela- 5
tione is tantùm poteſt cui defertur, non etiam is aduerſus quem iurandum eſt. At in vulgari ex contrario non ei, cui, ſed contra quem delatum eſt appellare permittitur. Iuſtinianeum enim, onus eſt eius cui defertur reſpicitque fauorem illius contra quem defertur. Nimirum quia tametſi euenire ſoleat vt pro eo iudicetur qui iurauerit, id tamen nec iuranti prodeſt, qui in eo erat vt etiamſi non iuraſſet, vincere nihilominùs propter inopiam probationum aduerſarij debuiſſet: Nec condemnato nocet, qui in eo erat, vt nullo quoque præſtito iureiurando vinci debuiſſet, propter defectum probationum. At ex contrario delatio iſta quæ ei cui fit, prodeſſe nunquam poteſt, prodeſſe aliquando poteſt ei contra quem iuſiurandum defertur. Cuius ſcilicet aduerſarium in eam neceſſitatem redigat, vt vel iurare illum oporteat vel referre. Quid enim ſi conſcientia ductus aut ſuperſtitione iurare noluerit? Faciet relatio vt iurare tùm poſſit conſentiente aduerſario, atque ita vincere qui anteà probationes plenas non habebat. Propter quam cauſſam dicitur iuſiurandum hoc inductū in ſupplementum probationum, non quidem rectà via, ſed per medium, vt ita dicam, relationes, quomodo & quod pars parti defert ſiue in iudicio, ſiue ex litigatorum pactione extra iudicium. Porrò nil neceſſe eſſet deferri

deferri ei cui fauere iudex nolit contra eum de cuius probationibus implendis agitur, ſi iuris ratio pati poſſet vt illi ipſi qui minùs plenas probationes habeat, deferri deberet. At quoniam ea delatio ex qua ius partis tantoperè lædatur, non niſi à parte ipſa fieri poteſt, pars verò quæ ad litis victoriam aſſequendam nullo iureiurando indiget, nullam deferendi cauſſam habet niſi iudicis præcepto vrgeatur, vrgeri porrò non poteſt vt deferat, ſed tantum vt referat (deferre enim ſemper voluntarium eſt, referre neceſſarium) nec denique vt referat quin prius illi ipſi deferatur. Conſequens fit, vt quantumuis iudex deficientibus actoris probationibus ſubuenire velit, cogatur tamen vel inuitus iuſiurandum
6 reo deferre. In quo alia etiam differentia † cernitur inter neceſſarium iuſiurandum, quod nos Iuſtinianeum dicimus & vulgare pragmaticorum. Iuſtinianeum enim referri poteſt, adeóque debet ſi non iurare velit is cui delatum eſt à iudice. Vulgare verò nec referri debet, nec poteſt. Imò ſi talis caſus contingeret in quo is cui delatio eſſet, iurare nollet, vtique condemnandus eſſet, quippe qui nec plenas probationes haberet, nec eas proprio iureiurando implere amplius poſſet, arg. *d. l. re-*
7 *mittit 6. De iureiur.* Nam quemadmodum is cui † vulgare hoc iuſiurandum defertur, ſi iuret ſemper vincit, ita ſi iurare nolit, ſemper vincitur. Quod in Iuſtinianeo ſecus eſt. Nihil enim vetat eum contra quem iuratum ſit, vincere, ſi poſt præſtitum fortè iuſiurandum nouas probationes ante ſententiam nanciſcatur, cùm & poſt redditam ſententiam idem poſſet contingere *d. l. admo-*
8 *nendi.* Iuſtinianeum † videtur iuſiurandum purgationis, potiùs quàm deciſionis. Vulgare contrà, deciſionis
9 potiùs quàm purgationis. Iuſtinianeum † deferri poteſt in litis principio, medio & fine. Vulgare autem non niſi poſt apertas teſtationes, & in procinctu definitiuæ
10 ſententiæ. Iuſtinianeum † defertur reo qui & citra iuſiurandum abſolui deberet, cùm pro actore in probationibus deficiente aliqua præſumptio eſt *cap. vlt. §. fin. extr. de iureiur.* Quod ego intelligo etiamſi non adſit ſemiplena probatio. Poteſt enim etiam citrà ſemiplenam probationem præſumptio aliqua eſſe, quæ iudicem dubium conſtituat, quod vnum ad iuriſiurandi huius delationem ſufficit *d. l. admonendi,* propter quam cauſſam nec in *d. l. admonendi*, nec in *l. 3. aut pen. C. de reb. credi.* aut alio vllo iuris loco videas mentionem fieri ſemiplenæ illius probationis quam noſtri requirunt. Vulgare verò, nec ſi noſtris credamus, deferri vnquam poteſt quin adſit ſemiplena ſaltem probatio. Eadem
11 verò ratione fatendum etiam eſt Iuſtinianeum † deferri interdum actori, etiamſi plenè probauerit, ſi modò præſumptio aliqua ſit pro reo. Nam cùm in *d. l. pen.* ſcriptum ſit poſſe cuicunque parti deferri, ac proinde etiam actori, & ad ſupplendas duntaxat partis contra quam defertur probationes, actor verò qui ſuam intentionem impleuit, cogendus non ſit regulariter vt iuret nec ſi conſuetudo ſit in contrarium *d. cap. 2 extr. de probat.* Exceptionem hanc omnino ſubiici neceſſe eſt, niſi præſumptio aliqua ſit pro reo, ſiue quòd defenſionis ſuæ cauſſas ſemiplenè probauerit, ſiue quòd aliud quidpiam ſit ex quo lis dubia conſtituatur. Alioqui eſſet actor fauorabilior reo, quòd abſurdum quoque eſſet vulg. *l. Arianus 41. de oblig. & act. l. fauorabiliores. de reg. iur.* Nec ad rem facit quòd actor qui ſolus plenè probauit, debeat obtinere. Nam & pari argumentatione poſſis concludere nec cogendum vnquam reum iurare, tametſi præſumptio aliqua ſit pro actore contra *d. cap. vlti.* cum etiamſi nihil probet, obtinere tamen debeat eo caſu quo actor minùs plenè probauerit, ſed & quod magis mirum eſt, poteſt interdum actori ipſi qui probatione deficit, iuſiurandum hoc deferri, ſed perrarò & ex cauſſarum ac perſonarum qualitate *d. c. vlt. §. fin.* Puta ſi rei perſona vſque adeò vilis ſit & infamis vt deferri ei iuſiurandum ſine magno & euidenti periculo non poſſit. Quod cùm accidit prudentis iudicis officio incumbit vt neque periurij occaſionem præbeat, neque patiatur eo deterius fieri ius actoris qui maximas pro ſe habeat præſumptiones. Finge rurſus tractari de feudi inueſtitura inter dominum & vaſallum qui ſit reus idémque poſſeſſor feudi. Si dominus idémque actor deficiat in probatione & longa ſit vaſſalli poſſeſſio, iuſiurandum vaſſallo deferendum eſt. Sin noua eius poſſeſſio eſt, iuſiurandum deferri domino debet quamuis actori niſi aliud ſit quod vrgeat pro poſſidente *lib. 2. feudor. tit. 33. De conſuet. rect. feud. §. vlt.* Nempe quia pro eo præſumptio eſt propter naturam feudi *lib. 1. feudor. tit. 26. ſi de inueſtit. int. domin. & vaſſall. lis oriat.* Adde quod *tit. 4.* eiuſdem libri ſcriptum eſt. *Si de inueſtit. feud. controuerſia fuer.* Et *tit. 10. De content. int. domin. & fidel. de inueſtit. feud.* quibus in locis videas ſolitum fuiſſe olim & in feudis iuſiurandum hoc regulariter deferri non actori qui in probatione defeciſſet, quamuis eſſet ille feudi dominus, ſed reo eidémque poſſeſſori. Quod & in cæteris cauſſis ſimiliter obtinuiſſe, hoc eſt vt frequentiùs deferretur reo quàm actori (licèt actori quoque deferri aliquando poſſet) Tribonianus docuit ſatis in *d. l. admonendi*, iis verbis. *Sed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere cùm à iudice aliquis abſolutus fuerit.* Quibus verbis nihil ſanè aliud ſignificare voluit, quàm eas conſtitutiones, de quibus hoc loco tractatur, non niſi ad neceſſarium iuſiurandum pertinere. Quaſi ſæpiùs eueniat vt ex neceſſario iureiurando quis abſoluatur, quod tamen nonniſi reo conuenit. Actor enim cùm vincit non abſolui dicitur, ſed obtinere. Sed tamen negari non poteſt, quin actori quoque interdum deferretur, non ad ſupplendas ipſius probationes, præterquàm ſuperioribus caſibus aliiſque ſimilibus ſi qui ſunt, ſed ad ſupplendas probationes rei, ſi fortè, vt ſuprà dixi, actor quidem plenè probaſſet, ſed contra eum tamen aliqua pro reo præſumptio vrgeret.

ERROR IV.

De caſibus in quibus Iuſtinianeum iuſiurandum deferri poteſt.

SVMMARIA.

1. *Iuſiurandum Iuſtinianeum quando deferri non poſſit.*
2. *Quibus caſibus deferatur, & num. 3.*
4. *Quando locum habeat.*
5. *Senatus Pariſienſis iuramento ſuppletiuo cur non vtatur.*
6. *Iuramentum ſuppletiuum quando alij admittant.*
7. *In quibus cauſis locum non habeat ex Accurſij & Bartoli ſententia.*
8. *Senatus Sabaudicus iuramentum ſuppletiuum quando admittat.*
9. *Item quando iuſiurandum Iuſtinianeum.*

APparet ex ſuperioribus nec † ſemper, nec 1
omnibus deferri poſſe iuſiurandum hoc quod nos Iuſtinianeum appellamus. Quid enim ſi actor nihil omnino probauerit, vt nulla pro eo ſubſit præſumptio? Non erit reus onerandus iureiurando. *cap. vlt. §. vlt. à contr. ſenſ. extr. de iureiur.* Quid ſi intentionem ſuam pleniſſimè reus probauerit? Multò minùs onerandus erit, quamuis præſumptio aliqua faciat pro actore *cap. 2. extr. de probat.* Idémque admittendum putarem, ſi minùs plenas quidem haberet probationes, ſed quæ tamen contrariam præſumptionem qua actor nitebatur eliderent. Præſumptio namque leuior eliditur per grauiorem, ſicut & minùs plena probatio per pleniorem. Quid rurſum

ex

ex parte actoris ſi is intentionem ſuam minùs plenè probauerit? Non erit ei permittendum vt iuret quamuis nihil prorſus à reo probatum ſit, quoniam hoc ipſo vinci debet quod intentionem ſuam non impleuerit, ſatiſque ei indulgetur, quod propter præſumptionem quam pro ſe habet iurare cogitur reus, iam alioqui de litis victoria ſatis ſecurus. Quid ſi plenè probauerit? Diſtinguendum eſt an reus quoque pleniſſimè probauerit an non. Poſte-
2 riore caſu † æquũ non eſt deferri iuſiurandũ reo qui ſit condemnandus, ſed actori potiùs; quia vbi ſuam ille intentionem probauit, fauorabilior eſt reo qui in ſuarum exceptionum probatione defecit. Nec obſtat quod ſuprà diximus, eum qui ſuam intentionem pleniſſimè probauerit non eſſe cogendum iurare, *dict. cap. 2. de probat.* Id enim facit præſumptio, quæ eſt pro reo. Neque rurſus obſtat quod proximè negauimus iurare debere reum qui pleniſſimas ſuæ exceptionis habeat probationes, Nam obſeruandum eſt hac parte fauorabiliorem eſſe reum actore in eo quòd actorem qui plenè non probauit duplici iure poteſt vincere, & quia reus eſt, eique ſufficit nihil aut minùs probaſſe actorem (cùm ex contrario actor qui vel nihil prorſus vel minùs plenè probauit, nunquam poſſit vincere) & quia plenioribus nitatur probationibus, quæ etiamſi pares eſſent, actoris tamen probationes ſuperarent. Actor verò cùm nunquam vincat tanquam actor, cuius ſcilicet cauſſa hac parte minùs fauorabilis eſt, vno tantùm caſu poteſt vincere, videlicet ſi plenas habeat probationes: ac proinde hoc vno caſu æquum eſt iurare eum ſi aliqua ſit pro reo præſumptio, ne alioqui nullo caſu iuret, indéque eueniat vt dum cauemus ne duriorem actoris quàm rei conditionem efficiamus hoc ipſo duriorem conſtituamus cauſſam rei quàm actoris. Siquidem illo etiam caſu quo abſolui reus deberet citra iuſiurandum propter deficientes actoris probationes, iurare tamen eum cogimus ſi modò aliqua ſit pro actore præſumptio. Nec inutile erit iuſiurandum hoc quod actori deferendum eſſe dicimus, cùm ſi referatur reo, futurum ſit vt vincat ille, & propter autoritatem delati ſibi à parte iuriſiurandi, & quia actor etiamſi pleniſſimas habeat probationes, vinci adhuc poteſt, nimirum ſi reus quoque plenè probauerit. At ex contrario reus qui plenè probauit vinci numquam poteſt, quia cæteris paribus potiorem habet ad vincendum cauſſam. Itaque vt poſteriorem diſtinctionis partem tractemus, ſi vterque pleniſſimè probauerit ita vt ex
3 conflictu & paritate probationum cauſſa ſit dubia, dico † deferendum eſſe iuſiurandum reo, non actori, hac vna ratione quòd cæteris paribus maior ſemper eſt pro reo, quàm pro actore præſumptio vt vincere debeat. Illud autem perpetuum eſt vt iuſiurandum hoc neceſſarium quod purgationis eſſe diximus, ei deferatur cui minùs neceſſe ſit iurare ad victoriam defendam. In eóque nimirum verſatur maximè, ni fallor, illa cauſſæ cognitio quę requiritur in *d. l. 3. C. de reb. cred.* Quamuis non probem *Franciſ. Duar. lib. 2. Diſp. cap. 33.* qui ad hunc vnũ caſum coarctauit vſum iuſiurandi huius neceſſarij. Habet
4 enim locum † quoties pro eo contra quem iuratur, aliqua præſumptio eſt quæ partis aduerſæ probationibus, vt dictum eſt, non elidatur. Apparet igitur ex communi interpretum noſtrorum errore potiùs quàm ex aliqua ratione profectum ius illud quo paſſim hodie vtimur vt ei qui ſemiplenè probauit, ſiue actor ſit, ſiue reus: iuſiurandum hoc neceſſarium deferatur. Atque ideò quod
5 notandum † magis quàm mirandum eſt, non ſolet Senatus Pariſienſis eo iure vti, ſi *Papenio* credimus in *Syntagmat. Arreſtorum*, & *Rebuff. in præfat. ad conſtit. reg.* ſiue quòd iniuſtum abſurdúmque id viſum ſit, ſiue quod rerum magiſter vſus docuerit quàm faciles ſint plerique hominum ad peierandum, vel pro re quæ ſit minimi mo-
6 menti. Alij † quib. maior religio, aut potiùs ſuperſtitio fuit tot tantorúmque interpretum ſententiam corrigere, leniorem duntaxat interpretationi, dubiamque cauſſam dixerunt in qua is qui minus plenè probauit, habeat tamen plus quàm ſemiplenam probationem: puta teſtẽ vnum integrũ, ac prætereà aliũ minùs integrũ aut alia quędã indicia. Quod à Senatu Burdegalenſi obſeruari ſolitũ teſtatur ſupradicto loco idẽ *Papomus Arreſt. 9.* Alij
† denique addiderunt, in eóque omnes conueniunt non eſſe iuſiurandum hoc deferendum in cauſis arduis, puta ſi de matrimonio agatur, aut de crimine, ſed tantùm in ciuilibus cauſſis leuioribus. Poſt *Accurſium* & *Bart. in l. 3. §. quacumque de iureiur.* Pro qua ſententia facit non malè *text. cap. ex inſinuatione. Extr. de procurat.* vbi reuocatio mandati quæ coram duobus teſtibus facta eſſe dicebatur, per vnum teſtem probatur iuncto reuocantis iureiurando, nimirum, vt puto, quòd, nulla ex eo ſequatur condemnatio, ſed tantùm vt appareat falſum procuratorem fuiſſe eum qui ſe vinci paſſus fuerat. Quæ res quoniam non tollit ius partis videtur modici eſſe præiudicij. Niſi probabilius quis putet ei reſcripto pontificio cauſſam dediſſe vulgatem interpretum errorem, qui iam tum increbuerat, vt & illud quod de duplicis quartæ deductione ſcriptũ eſt in *cap. Raynutius, & cap. Raynaldus. Extr. de teſtam.* Senatus † noſter ex receptiſſima interpretum ſententia iuſiurandum hoc paſſim admittit, ſi modò ſemiplena ſit probatio, quæ præſumptionem facere poſſit, hoc eſt, quæ contraria probatione non ſit labefactata, aut niſi eius qui in probatione deficit, perſona talis ſit, cui propter infamiam iuſiurandum deferri oporteat: ſemiplenam verò probationem intelligimus ſi vel vnus teſtis adſit, dummodo integer, omniique vt loquimur, maior exceptione, ſi quid enim ſit, vel minimum quod eius fidei detrahat, iuſiurandum non defertur, ſicut nec ſi cauſſa ſit ardua & magni momenti, niſi hoc caſu adſit plus quàm ſemiplena probatio, vt Aymo Crauet. reſpondit conſil. 198. num. 10. Quænam autem dicenda ſit cauſſa ardua, vel leuior, quænam rurſus dubia aut certa, nullis regulis definiri poteſt, ſed facti quæſtionem habet, quæ ex perſonarum & rei de qua agitur qualitate, arbitrio iudicis diiudicanda eſt. Sanè & quoties † æquitas poſtulat, iuſiurandum illud Iuſtinianeum & purgationis, de quo diximus, Senatus noſter deferre ſolet, ei videlicet quem alioqui conſtet debere vincere: ita tamen vt non eo minùs liceat aduerſario noua inſtrumenta, adeóque nouas quaſlibet probationes adferre, quibus fretus poſſit eum qui iurauerit ſuperare. Sic enim ex tempore pronuntiatum memini 3. Id. Fel. 1589. ex *d. l. admonendi* quæ hoc potiſſimùm caſu procedit. Tametſi cùm is qui iureiurando exacto condemnatus eſt, non niſi nouis inſtrumentis nititur, quæ poſt iuſiurandum præſtitum à ſe inuenta profiteatur: nulla, vt puto, hac parte differentia ſit inter iuſiurandum hoc purgationis, & cætera, quemadmodum ex ſequentibus clariùs intelligetur.

ERROR V.

De lite post iuſiurandum præſtitum ex nouis inſtrumentis retractanda.

SVMMARIA.

1 *Deciſam iureiurando controuerſiam ſub prætextu periurij, aut inſtrumentorum poſtea repertorum retractari non poſſe vulgò creditur. & nu. 3.*

2 *Iuſiurandum comparatur rei iudicatæ, imò maiorem habet autoritatem.*

4 *An qui legatum ſibi aut fideicommiſſum deberi ex teſtamento nondum reperto deferente herede iurauit & obtinuit, debeat illud habere ſi ex teſtamenti tabulis poſtea appareat nihil ei relictum fuiſſe*

fuiſſe à teſtatore.
5 *Deciſio Iuſtiniani in l. vlt.C.de reb.cred.& iureiur.& deciſionis ratio vera.*
6 *Iuſtiniani conſtitutionem ad alias quoque ſpecies quibus accommodari poteſt ratio deciſionis, pertinere. & ſeqq.*
7 *Expenditur exceptio addita l.1.C. de reb. cred.& iureiur.*
8 *l.Admonendi.31. D.de iureiur. Triboniani magnam partem eſſe,non Caij ICti.*
9 *Quæ requirantur vt de periurio agi poſſit,poſt deciſam iureiurando controuerſiam.*
10 *Iuſtiniani conſtitutio ad quos caſus pertineat.*
11 *Expenditur comparatio iuſiurandi, tranſactionis & rei iudicatæ.*
12 *Præter æquitatem neceſſariæ fuerunt conſtitutiones Principum,vt de periurio quæreretur.*
13 *dd.Conſtitutiones non minus de iudiciali,quàm de neceſſario iureiurando intelligi debuiſſe,contra Tribonianum.*
14 *Tribonianum interpolaſſe l.1. C.de reb.cred.& iureiurand.*

POſt deciſam † iureiurando controuerſiam,
1 nec de periurio ſupereſſe quæſtio poteſt,
nec periurio præiudicium vllum fieri *l.1.l.*
in duobus 28 §.vlt.& paſſ.D.de iureiur. l.1.
C.eod.l. quod ſi deferente 21. Cum ſeq.D.de
dolo. Iuſiurandum enim ſiue voluntarium ſit, ſiue iudiciale
tranſactioni cõparatur. *l.2.D.de iureiur,* Tranſactio
autem ſub prætextu inſtrumentorum licèt poſteà repertorum
irrita fieri non poteſt *l.ſub prætextu 19.C.de tranſact.*
ſicut nec ſub prætextu ſpecierum, hoc eſt rerum
quæ tranſactionis tempore ignorabantur,ſi modò comprehendi
poſſint illæ ſub earum genere, de quibus generali
tranſactione actum eſt (nam ad eas,de quibus cogitatum
non fuit extendi tranſactio alioqui non poſſet
l.ſi de certa re 31.C.eod.l.cùm Aquiliana 4.D.eod.) Quæ
ſententia eſt *l.ſub prætextu ſpecierum 29. C. eod.* in qua
malè vulgò *ſpecierum* interpretantur *inſtrumentorum.*
Comparatur etiam iuſiurandum rei † iudicatæ,adeóque
2 maiorem habere dicitur autoritatem quàm res iudicata
d.l.D.de iureiur. Nempe quoniam & poſt rem iudicatam
appellatio interponi poteſt *l.& poſt rem 7.l.poſt rem*
11.D.de tranſact. At à iuriſiurandi præſtatione nec is
appellare poteſt qui detulit, nec qui iurauit *l.generaliter.
pen.§. 1.C.de reb. credit. & iureiur.* Porrò nec res iudicata
reſcindi poteſt ſub obtentu inſtrumentorum poſteà
repertorum, *l.ſub ſpecie.C.de re iudic. l.imperatores*
31.D.eod. lege cùm de hoc 27. D.de except.rei iudicat.
Ergo neque iuſiurandum. † Idque eſt quod ait *l.1.C.de*
3 *reb.credit.&.iureiur.* nec prætextu periurij retractari poſſe
cauſſam quæ iureiurando aut voluntario aut iudiciali
deciſa ſit,id eſt,ne quidem prætextu inſtrumentorum aut
aliarum probationum, ex quibus doceri poſſit de periurio,
imò nec ſi alia ſpecies actionis ex eadem tamen cauſſa
proponatur *d.l.in duobus.§. exceptio.& §.quæ iurauit.*
D.eodem. illo enim duntaxat quærendum eſt an iuratum
ſit: nec audire iudex debet eum qui tentare velit an
periurium probare poſſit, *l. ſi duo 3.§.idem Iulianus. in*
4 *fine.D. eodem,* Quid ergo ſi quis legatum † fortaſſe vel
fideicommiſſum petens ex teſtamento nondum reperto,
aut quod amiſſum putabatur, iurauerit deferente herede
ſibi relictum eſſe quod petit, atque ita obtinuerit,
cùm ex teſtamenti tabulis poſteà repertis appareat nihil
prorſus ei datum fuiſſe à teſtatore? annon iniquiſſimum
ſit, adeóque ridiculum retinere eum legati vel fideicommiſſi
iure quod nec ciuilibus nec precariis verbis
relictum fuit, ob hoc ſolùm quòd impudenter peierauerit?
Ita ſanè eſt. Ob eamque cauſſam cùm hæc quæſtio
apud veteres iuris autores controuerſa eſſe, nonnullis
plus periurio iuriſque rigori quàm æquitati tribuentibus,
placuit † Iuſtiniano in *l.vltima. C. de reb.* 5
credit.& iureiur. vt quod ex periurio ſuo actor conſecutus
fuerit, reſtituere tanquam, indebitum compellatur,
an fortaſſis fauore vltimarum voluntatum? Sic equidem
nonnulli exiſtimant. Quaſi in iis, quæ pendent ex teſtamento,
quod nec viſum, nec lectum ſit, minor eſſe
debeat iuriſiurandi poteſtas. Exemplo etiam tranſactionis,
quæ ſi fiat non lectis verbis teſtamenti,hoc ipſo nulla
eſt *l.1.§.1.D.de teſtament.quemadmod.inſpic.l.de his 6.*
D.de tranſact. adeóque ex codicillis poſteà repertis facilè
fit irrita *l.3.§. cùm tranſactio. l.non eſt ferendus 12.D.*
eod. Sed videamus ne non ſatis rectè hoc dicatur. Nam
cùm neſcitur vbi ſcriptura teſtamenti ſit, & de legato
nihilominùs contenditur, quod facto per nuncupationem
teſtamento probari per teſtes poteſt, fieri certè nequit
vt de lite tranſigatur cognitis perſpectiſque verbis
teſtamenti. Ideóque caſu iſto admittendum eſt vel non
eſſe locum ſupradictæ regulæ, vel quòd ſit longè improbabilius,
de huiuſmodi controuerſia tranſigi nullomodo
poſſe. Sed & obſeruandum illud eſt non negare Iuſtinianum
quin valuerit ab initio iuſiurandum ſuper legato
interpoſitum priùs quàm de teſtamento conſtaret,
ſed illud tantùm conſtituere, vt ſi contra teſtamenti veritatem
iuratum fuiſſe ex poſtfacto appareat, non proſit
victori peieraſſe. *Ne cui,* inquit, *ex delicto impium ſibi*
lucrum adferre legibus noſtris concedatur. Quæ ratio † ſi- 6
cuti generalis eſt, ita & ad cæteras quoque ſpecies omnes
quibus conuenit, accommodari debet ea Iuſtiniani
conſtitutio. arg. *l.illud 32.D.ead.leg. Aquil.l.3.§.vnde.*
D.de iniuſt.rupt. Finge enim cùm à te peterem centum,
quæ tibi à patre meo aut alio cuius heres extiterim,credita
dicebam, iuraſſe te ſiue ex conuentione, ſiue deferente
me in iudicio non fuiſſe tibi credita,nec quicquam
te patri meo vnquam debuiſſe, atque ita ſecuram abſolutionem.
Si poſtea repertum chirographum exhibeam,
aut inſtrumentum creditæ pecuniæ publica etiam fide
ſubnixum, quis tam euidenti periurio tuo vſque adeò
fruendum exiſtimet, vt neget permittendum mihi eſſe
cauſſam ex integro agere, centúmque illa petere? Idémque
ex contrario tractari poteſt ſi iuraueris debere me
tibi centum quæ patri meo credideris, & poſt factam ex
cauſſa iuriſiurandi, ſecutique iudicati ſolutionem, apocham
nactus ſim quam tu paucis fortaſſe ante menſibus
vel annis patri meo, abſente & ignorante me, tradideras.
Cum enim pecuniam meam ex falſa peierati mutui
cauſſà retinere tibi liceat, quam ſi tibi ſoluta eſſet tanquam
legata poſt iuſiurandum à te præſtitum retinere
nullomodo poſſes? Mouet † me prætereà quod in *dict.l.* 7
1.C.de reb. credit. & iureiur. quæ cauſſam iureiurando
voluntario aut iudiciali deciſam prætextu periurij reſtaurandam
eſſe negat, exceptionem hanc Imperator
Antonius ſubiecit, *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur.* Quænam
enim,obſecro, alia exceptio ad eam regulam iuſtior
& ſanctior eſſe potuit? Niſi fortè quis putet verba illa
Triboniani eſſe reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem
in *dict.l.vlt.* Quod etſi nec nouum fuerit, nec improbabile,
vt ad finem capitis dicemus, ſi tamen contendas eſſe
Antonini,planè non video quã poſſint habere interpretationem,
ſi noſtra reiiciatur. Nam ſi dicas exceptum intelligi,
iuſiurandum neceſſarium quod à ſolo iudice in
dubiis cauſſis defertur citra petitionem & voluntatem
eius contra quem iuratur *l.3. C.eod.* in quo genere iuriſiurandi
receptum eſt, vt propter noua inſtrumenta ex
integro agi cauſſa poſſit *d.l.admonendi 31. D.eod.* non erit
exceptio accommodata ad regulam, quæ non eſt de iureiurando
neceſſario, ſed de voluntario tantùm & iudiciali.
Sed mouet me non parum, quod in *dicta l.admonendi*
traditur. Interdum etiam poſt exactum iuſiurandum
permitti conſtitutionibus Principum de integro
cauſſam agere, nimirum ſi quis noua inſtrumenta
ſe inueniſſe dicat, quibus ſolis nunc vſurus ſit Quod
enim ibidem ſequitur, eas conſtitutiones tunc videri
locum

locum habere, cùm aliquis à iudice abſolutus fuerit
poſt præſtitum iuſiurandum neceſſarium, ſed ſi aliàs in-
ter eos iureiurando tranſactum ſit negotium non con-
8 cedi eandem cauſſam retractare. Ego non dubito † quin
Triboniani inſcitiam prodat magis quàm Caij elegan-
tiam, non ſolùm ſi verborum contextum intueare, ſed
etiam ſi ſententiam. Apparet enim iis verbis interpre-
tationem fieri conſtitutionum, Conſtitutiones autem
de cauſſa per iuſiurandum deciſa indiſtinctè locutas
fuiſſe, alioqui non erat cur ita ſcriberetur, *ſed hæ con-
ſtitutiones tunc videntur locum habere*, ſi nominatim de
iureiurando neceſſario Principes reſcripſiſſent. Porrò
facta ſimpliciter iuriſiurandi mentione non intelligo
cur ad tertiam & poſtremam eius ſpeciem coangustari
debeant, cùm duabus aliis ſpeciebus æquè propriè
conueniat iuriſiurandi appellatio. Eóque accommoda-
tiùs in propoſito, quòd vix alio vllo Pandectarum loco
reperias mentionem factam iuriſiurandi neceſſarij à iu-
dice deferendi. Multóque minùs traditum, licèt verum
ſit quod de voluntario & iudiciali paſſim ſcriptum eſt,
poſt exactum iuſiurãdum neceſſarium de periurio quæ-
rendum non eſſe. Sed nec credibile eſt adeò dubiè ſcri-
ptum fuiſſe Caium, ſed multò certiore iuris ſcientia
ſic potiùs *hæ conſtitutiones tunc locum habent*. Adde quòd
& ſequentia illa prorſus inepta ſunt *cùm à iudice quis
abſolutus fuerit*, ſi de neceſſario tantùm iureiurando ge-
nerales Principum conſtitutiones intelligere Caius vo-
luit. Nam & exacto iudiciali iureiurando idem accidit
vt à iudice abſoluatur qui deferente aduerſario iurauit
ſe non debere. At neque neceſſariò ſemper conueniunt.
Quid enim ſi non reo ſed actori delatum ſit, iſque iu-
rauerit? Non de abſolutione tractandum erit, ſed de con-
demnatione actoriſque victoria *l. 2. D. de re iudic*. Se-
quitur enim ſolere ſæpe iudices in dubiis cauſſis exacto
iureiurando ſecundùm eum iudicare qui iurauerit, ac
proinde non ſemper ſecundùm reum, ſed plerumque
etiam pro actore ſi ei potiùs quàm reo deferendum iuſ-
iurandum videatur, quod in cauſſæ cognitione poſitum
eſt *d. l. 3. C. eod. tit*. Rurſus quod ſubiicitur *quod ſi aliàs
inter ipſos iureiurando tranſactum ſit negotium*, non ſatis
exprimit an de voluntario tantùm an de iudiciali quo-
que idipſum intelligi debeat. Cùm enim iudiciale in-
teruenit, tranſactum quidem dicitur negotium, at non
inter litigatores, vt cùm ex ipſorum pactione, ſed ex au-
toritate iudicis *l. 1. D. eod*. In qua obſeruandum eſt du-
plicis duntaxat iuriſiurandi habitam mentionem, non
etiam tertij quod neceſſarium appellamus, niſi ſub iudi-
cialis quoque nomine velis contineri ob id quod à iu-
dice deferatur. Poſtremò verba illa legis vltima *non con-
ceditur eandem cauſſam retractare*, legum Codicis & Iu-
ſtiniani præſertim, potiùs quam vllius ex Iureconſultis
elegantiam ſapiunt, cùm ſit poſita pro eo quod in prin-
cipio legis ſcriptum eſt *cauſſam ex integro agere*. Itaque
niſi me valdè fallo, tota hæc interpretatio, vt iam in ſu-
perioribus præmonui, Triboniani eſt, non Caij, qui non
abs re admonendos nos putauit, interdum etiam poſt
exactum iuſiurandum permitti conſtitutionibus Princi-
pum ex integro cauſſam agere ne generalis regula quæ
in contrarium extat, incautum quem deciperet. In his
enim quæ ſunt ex bono & æquo contra receptas iuris
regulas iudicanda plerumque ſub autoritate iuris ſcien-
tiæ perniciosè erratur, *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. de verbor.
obligat*. Quiſnam verò caſus ille ſit ſubinde Caius expo-
nit: *ſi quis* inquit, *noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, qui-
9 bus nunc ſolis vſurus ſit*. Primùm ergo requiritur † vt in-
ſtrumentis non teſtibus periurium probetur, credo, ne
alioqui facile ſit condemnato teſtibus hinc inde con-
quiſitis & pecunia quave alia arte redemptis periurij
probationem comminiſci, atque ita probi fortaſſis viri
qui iurauerit religionem famamque præſtringere. Et in
hoc errans iam olim Labeo qui periurij probationes
qualcumque admittebat vt contra peierantẽ daret actio-
nem de dolo, à cæteris meritò notatus eſt *d. l. quod ſi de-
ferente 21. D. de dolo*. Alterum eſt vt inſtrumenta ſint
noua, hoc eſt poſt præſtitum iuſiurandum reperta, idque
dicat ipſe qui cauſſam vult ex integro agere. Dicat autẽ
non verbotenus, ſed ex animo & bona fide. Etenim quid
ſi is qui inſtrumentum habebat ex quo decidi ſtatim
controuerſia poterat, non ſolùm exhibitionem dolo
malo diſtulerit, ſed etiam iuſiurandum ea mente detule-
rit vt certum periurij crimen aduerſarius incurreret? An
nõ ſit improbiſſimus & dignus qui hoc ipſo litis iactu-
ram in perpetuum patiatur? Ergo ne delinquẽdi occaſio
detur, commodiſſimum erit id obſeruari, vt qui ſe noua
inſtrumenta inueniſſe dicit, iuret ita eſſe, purgétque ſe
de dolo malo, quod noſtri iuſiurandum purgationis ap-
pellant. Sic enim & *Bartolus* ipſe tradidit ad *d. l. admo-
nendi* quem ſequitur *Guid. Pap. q. 243. n. 3*. Tertium eſt
vt victus proteſtetur iis ſolis inſtrumentis ſe vſurum,
quæ noua inuenerit. Ex quo apparet debere inſtru-
menta eſſe eiuſmodi ex quorum ſola exhibitione per-
iurium probari poſſit. Nam ſiue alias probationes con-
currere neceſſe ſit quæ non ita ſint in promptu, ſiue
præcedentes ex quibus poſſit nouis inſtrumentis admi-
niculum aliquod accedere, non eſt audiendus qui quæ-
rere vult de periurio. Exemplum autem apertiſſimum
ſumi poteſt ex *dict. l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur.* & aliis
caſibus quos ſuprà retulimus. Quibus omnibus com-
mune illud eſt vt ex ſola inſtrumenti vnius editione de
periurio euidentiſſimè appareat: quod ipſum tamen eò
pertinet, non vt qui malè iurauit de periurio condem-
netur, ſed vt perinde acſi non iuraſſet vincatur. Nec
diuerſum erit ſi in eandem rem plura inſtrumenta ex-
hibeantur. An finge, Cùm à te centum peterem quaſi
tibi à patre meo credita non tantùm iuraſſe te non fuiſ-
ſe tibi credita, ſed etiam quod plus eſt nihil te mihi
debere, delato ſcilicet de ea te iureiurando. Si proferam
inſtrumentum creditæ pecuniæ, non idcirco mihi cauſ-
ſam ex integro agere permittendum erit, quia cùm eo
ſolo vti debeam, fieri non poteſt vt proſit mihi ad vi-
ctoriam. Siquidem non probat centum te nunc debe-
re, ſed aliquando debuiſſe. Atqui fieri poteſt vt debue-
ris & ſolueris. Etſi autem ſolutio quæ facti eſt non præ-
ſumitur niſi probetur *l. conſilio 7. §. vltim. D. de curat.
furioſ.* quia tamen hæc facti quæſtio ex ſolo inſtrumen-
to decidi non poteſt, conſequens eſt vt ſub prætextu
eius inſtrumenti periurio tuo præiudicium mihi facere
non liceat. Idémque ſimilium eſto iudicium: quam-
obrem attentè hîc conſiderare iudex debet quibus ver-
bis delatum ſit iuſiurandum & præſtitum, vt ſciat an
ſuper tota cauſſa debiti iuratum ſit nécne, *dict. l. ſi duo
13. §. idem Iulianus. & §. ſi quis iurauerit, dict. l. in duo-
bus 29. §. ſi ei qui & §. igitur ſi quis iurauit l. ſi actor. 36.
l. iuſiurandum à debitore 40. D. de iureiur*. Alioqui ſi
quoties dolo malo iurantis aliquid factum eſſet, lice-
ret cauſſam ex integro agere, vtique de periurio quæ-
ſtio ſemper ſupereſſet, cùm ſemper dolo faciat qui
peierat, & periurij reus ille demùm ſit qui ſciens fallit,
ſecundum veterem iuriſiurandi formulam à *Iacobo Cu-
jacio* relatam *lib. 1. Obſeru. cap. 21*. Propter quod nec
peierare pupillus, dicitur quia ſciens fallere non videatur
l. qui iuraſſe 27. eod. nec contra peierantem dabat Labeo
aliam actionem quàm de dolo *dict. l. quod ſi 21. de dolo*.
Et tamen negari non poteſt quin Iuſtiniani † conſti- 10
tutio in *dict. l. vltim. C. eod.* ſuis circumſcripta ſit li-
mitibus, non vt ad vltimarum duntaxat voluntatum
fauorem reſpiciat vt vulgò interpretes & pragmatici
malè ſentiunt, ſed vt ad eos tantum caſus pertineat
in quibus vt in illo qui proponebatur, tota periurij
probatio nouorum inſtrumentorum fide concludatur.
Ita enim fiet vt de periurio non facile quidem quæ-
ratur *l. vltim. D. de in lit. iur.* ſed tamen quæratur ali-
quando, id eſt cùm euidens æquitas ſuggerit *dict. l. ad-
monendi, & dict. l. 1. & vltim. C. de reb. credit. & iureiur.*

11 Neque eo minùs ſubſiſtit † comparatio illa quam ini-
tiò admiſimus iuriſiurandi, tranſactionis & rei iudi-
catæ. Imò verò iuriſiurando longè plus quàm cæteris
tribuimus. Non enim ob dolum quemlibet de periurio
quæri poſſe volumus: cùm tamen dolus quilibet ſi mo-
dò ſit ex propoſito, vt noſtri loquuntur, iuſtam cauſſam
præbeat reſcindendæ tranſactionis. Nam eas demùm
tranſactiones ratas lex habet, quæ non per vim vel per
dolum, ſed bona fide interpoſitæ ſint *dicta l. ſub præ-
textu. l. interpoſitas 23. & paſſim C. de tranſaction.* Sicut
& aduerſus rem iudicatam nihil prohibet dari reſtitu-
tionem negotij ex cauſſa & permittente Principe ſub
obtentu præſertim nouorum inſtrumentorum, non
tantùm in negotio reipublicæ *dicta l. Imperatores 35.
de re iudic. aut pupilli l. 3. C. de iur. reipublic. lib. 1.* quibus
eccleſiam quoque noſtri comparant poſt *Baldum in d. l.
ſub prætextu.* ſed etiamſi inter priuatos agatur, adeóque
tametſi noua inſtrumenta nulla ſint ſi dolo victoris
circumuentam iudicantis religionem probetur *l. Diuus
33. D. de re iudicat. l. prætor. 65. verſ. Marcellus notat D.
de iudic.* Eóque iure paſſim vtimur. Cæterùm non ita
12 facilè induci potuiſſe † vt quantumuis æquitas ſugge-
reret de periurio vllo caſu quæreretur, ex eo intelligi-
mus quòd neceſſariæ in eam rem fuerunt conſtitutio-
nes Principum, quas Caius refert in *d. l. admonendi.*
Itémque *dicta lex vltim. C. eod.* denique legis autoritas,
13 vt loquitur *d. lex 1. eod.* Eas porrò conſtitutiones † non
minùs de iudiciali quàm de neceſſario iureiurando in-
telligi debuiſſe quicquid Tribonianus ſcripſerit ex illo
conſtat, quòd non ſit minùs fauorabilis qui iurat de-
ferente iudice, quàm qui deferente aduerſario. Imò
fauorabilior hoc ipſo quòd aliis probationibus nititur,
ideóque, ſi pragmaticis credimus, litis expenſas obti-
net, quas deferente aduerſario iurans non obtineret,
vt ſequenti capite dicemus. Taceo quod dici ſolet in
iudiciis quaſi contrahi *l. 5. §. idem ſcribit. D. de pecul.* &
quod à iudice fit à parte perſæpe factum videri *l. 1. C. ſi
in cauſ. iudic. pign. capt. ſit l. ſi ob cauſſam 15. C. de euict.*
Denique ſi ponas tam ab actore quam à reo plenè pro-
batam cuiuſque intentionem, vt fit interdum, maximè
ſi teſtibus conferre debeat ex *dicta l. admonendi.* Quæro
quomodo fieri queat vt poſt exactum iuſiurandum
noua inſtrumenta victus proferat, quibus ſolis vtendo
poſſit vincere? Siquidem probationibus reiectis relin-
quetur neceſſariò, vt qui antè iurauit & vicit, iterum
vincere debeat etiam citra iuſiurandum, quippe qui
probationes plenas habeat nulla contrariarum compa-
ratione labefactatas: aut ſi contingat ex nouis inſtru-
mentis liquidò quoque probatam victi intentionem,
non ideo tamen fiet vt qui ex altera etiam parte plenè
probauit, vinci debeat. Quid ergo facere iudex poſſit
in cauſſa iterum dubia, niſi vt rurſus deferat iuſiuran-
dum? Cui verò? an illi qui iurauerit? Minimè. An ei
contra quem iuratum fuerat? Multò minus. Hoc enim
ne in iudiciali quidem iureiurando obtinere poteſt, vt
iuſiurandum vnius periurio alterius præiudicium faciat
d. l. in duobus 28. §. vltim. Ergo vel hoc ſaltem caſu fa-
tendum eſt non poſſe verum eſſe quod de iureiurando
neceſſario traditum legimus in *dict. l. admonendi*, &
conſequenter Triboniano potiùs quàm Caio adſcri-
14 bendum eſſe. Quamuis † nec ſibi Tribonianus ipſe
conſtiterit qui in *d. l. 1. C. de reb. & iureiur.* vbi agitur
tantùm de iureiurando iudiciali & voluntario, de ſuo
adiecerit exceptionem, quæ ſanè ab Imp. Antonino
adiici non potuerat *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur*
cùm nulla adhuc tum lege exceptum quicquam eſſet.

ERROR VI.

De ſumptibus litis iureiurando iudiciali deciſa.

SVMMARIA.

1 *Victus victori in expenſas litis regulariter condemna-
tus eſt.*
2 *Exceptiones.*
3 *An qui aduerſario inficianti iurare permiſit, & eo iu-
rante victus eſt, in expenſas debeat condemnari?*
4 *Accurſij ſententia affirmans.*
5 *In oppoſitum autoris aſſertio Senatui Sabaudico pro-
bata.*
6 *Qui iuramentum retulit deferenti, ſi ob id victus ſit,
non ideo tamen in expenſas condemnandus eſt.*
7 *Quibus finibus coarctandum ſit quod de remittenda
expenſarum condemnatione cùm lis per iuſiuran-
dum deciſa eſt, dictum fuit.*

REgula † iuris eſt frequentiſſimè in iudiciis 1
vſurpata, victum victori in expenſas litis
condemnandum eſſe, *l. eum quem temerè
79. D. de iudic. l. properandum 13. §. ſiue au-
tem alterutra. C. eod.* Nec alias ferè admittit † exceptio- 2
nes quàm ſi vel mutua fuerit colligantium victoria,
quæ proinde expenſarum compenſationi locum faciat,
*arg. l. fin. § pen. D. de eo per quem fact. erit. l. ſi duo. 36. D. de
dolo. l. domum. 57. §. vlt. de contr. empt. l. viro 39. D. ſolut.
matrim.* vel iuſtam litigandi cauſſam habuiſſe videatur
is qui victus eſt, quod plerunque & ex variis cauſſis po-
teſt contingere, *l. qui ſolidum 78. §. etiam. vbi Bartolus &
cæteri, de legat. 2.* Sed obſeruandum tamen eſt eo caſu
non debere iudicem pronuntiare compenſandas eſſe ex-
penſas, in quo plerique iudices per imperitiam errant,
At potiùs nullum expenſarum condemnationi locum
eſſe, quod vulgò dicimus *ſans deſpens.* Quid ergo ſi quis
aduerſario † inficianti (nam adfirmanti qui quod aſſeue- 3
rat probare omnino debeat, vix eſt vt niſi per iuris im-
peritiam nimiámque ſtoliditatem iuſiurandum quis de-
ferre velit, vt in *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l. 5. D. eod.
l. poſtquam. 5. §. ſi dies. D. vt legat. nomin. caueat.*) iurare
permiſerit, eóque iurante victus fuerit? Placuit nonnul-
lis † poſt *Accurſ. in l. generaliter. penult. §. his de præſenti-* 4
bus. ver. an ab altera. C. de reb. credit. hoc etiam caſu lo-
cum eſſe regulæ, quaſi imputare ſibi debeat & facilitati
ſuæ expenſum ferre qui iuſiurandum vltrò detulit, *arg.
l. ſi ſeruus iurauerit 27. D. de iureiur.* Sed diſplicuit † hæc 5
ſententia Senatui. Nec immeritò. Abunde enim ſuffi-
cere victori debet quod probandi neceſſitate in totum
exoneretur, vt in quæſtione non valde diſſimili Paulus
tractat in *l. eum qui. 10. eod.* quódque in cauſſa ſua veluti
iudex fuerit conſtitutus *l. 1. & 2. l. non erit. 5. §. dato. &
paſſ. eo. tit.* Expenſarum enim condemnatio non propter
lucrum vincentis, ſed in pœnam temerè litigantis infli-
gitur *d. l. eum quem temerè. §. hæc autē Inſt. de pœna temer.
liti.* Nemo autem dixerit temerè litigaſſe eum qui non
niſi per aduerſarij iuſiurandum victus ſit cùm fieri poſ-
ſit vt qui iurauit peierauerit, nec eò minùs tamen vice-
rit. Nimirum quia poſtea quam ſolenniter, & ritè iura-
tum eſt, de periurio quærendum non eſt, ſed de illo dū-
taxat an iuratum ſit *l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* con-
temptáque ſacroſancti iuriſiurandi religio Deum ſolum
vltorem habet, *l. 2. eod.* vbi quod ſcriptum eſt *ſatis Deum
vltorem habet*, ſic accipi debet, vt & ſolum eum vlto-
rem habeat. Quòd ſi victus ſit † non qui iuſiuran- 6
dum detulit, ſed qui retulit deferenti, multò magis
admittendum eſt ſumptuum condemnationem fieri
nullam oportere. Nam præter id quod relatio ipſa
delatio eſt, videri etiam poteſt fauorabilior qui re-
fert.

fert, vel ôb hoc maximè quod iuſiurandum delatum
referre vt plurimùm illi ſoleant, qui diuini numinis
metu ad ſuperſtitionem vſque ſunt timidiores, quem-
admodum Vlpianus ſcribit in *l. qui ſub conditione* 8. *De
condit. inſtit.* In quam tamen partem peccare longè tu-
tius eſt ac modeſtius, & Chriſtiano præſertim homine
dignius, quàm religionis contemptu facilitatem iurandi
præ ſe ferre *l. illud* 25. §. 1. *D. de conſtit. pecun.* Propter
quam cauſſam & neceſſarium dici non malè poteſt iuſ-
iurandum huiuſmodi quod refertur, quoniam & ab
inuito eo qui iurare non vult deferendum eſt, *l. mani-
feſta* 38. *D. de iureiur. l. delata* 3. *C. eod.* & ab inuito eo,
qui prior detulerat ſuſcipiendum *l. iuſiurandum* 34. §.
datur autem. D. eod. Cùm ex contrario quòd primùm de-
fertur, ſit voluntarium, quia nec niſi à volente defertur,
nec niſi volenti, in cuius nimirum poteſtate eſt recuſare
ſi modò referre malit *d. l. iuſiurandum in prin. d. l. genera-
liter* 12. §. 1. *C. eo.* quamuis vtrumque noſtri iudiciale vo-
cent, voluntarium appellantes magis propriè quod ex
conuentione deſcendit, & de conſenſu vtriuſque partis
extra iudicium præſtatur, de quo *in l. 1. eo. l. 1.* & aliis
7 pleriſque locis. *D. eo.* Cauendum † tamen diligenter eſt,
ne cum vulgaribus pragmaticis erremus, ſi quod dixi-
mus de remittenda expenſarum condemnatione cum
lis per iuſiurandum deciſa eſt, tam generaliter & indi-
ſtinctè accipiamus, vt non certis veluti finibus coarcte-
mus. Toties enim id obtinet quoties non aliam vincendi
cauſſam habuit qui iurauit, quàm quòd iurauerit. Cæte-
rùm ſi ſuam intentionem aliunde fundatam habuit, ini-
quiſſimum ſane futurum ſit, & comminiſcendis fraudi-
bus aptiſſimum, ſi temerario & improbo litigatori ad
euitandam expenſarum condemnationem velut remedij
loco liceat poſt varios fortaſſe litium anfractus iuſiu-
randum deferre. Finge eum qui ex proprio chirographo
aut ex inſtrumento publico & garentigiato, vt aiunt,
conueniatur, poſt pleraſque friuolas exceptiones oppo-
ſitas in ipſo procinctu condemnationis obiicere exce-
ptionem factæ ſolutionis, cuius nullas prorſus habeat
probationes, ex eáque cauſſa delatum fuiſſe actori iuſ-
iurandum. Si actor iurauerit nihil ſibi ſolutum fuiſſe,
non eo minùs expenſas litis conſequetur, quia etiam
citra iuſiurandum in eo fuit vt vincere debuerit, niſi
fortè proponas ante contractam in iudicio moram, nul-
líſque præcedentibus tergiuerſationibus delationem
iuriſiurandi ſuper exceptione ſolutionis factam eſſe:
Finge rurſum diuerſis à reo obiectis exceptionibus ſu-
per quibuſdam iuraſſe actorem, ſuper aliis, nec delatum
fuiſſe iuſiurandum, tandémque ſecutam rei condemna-
tionem. Perinde ad omnes expenſas reus condemnabi-
tur acſi nihil iuratum eſſet, idémque multò magis tra-
ctari poteſt contra actorem, ſi is per viam replicationis
iuſiurandum reo detulerit qui aliis quoque fretus exce-
ptionibus actorem ſuperarit. Nam neque iurare cogitur
qui alia ratione litis victoriam poteſt ſibi comparare.
Eo demum igitur caſu delatio præſtatióque iuriſiurandi
inducet expenſarum compenſationem, quo ſolum iuſ-
iurandum victoriam pepererit, nec alia de cauſſa ſiue
actor, ſiue reus victor euaſerit quàm quia iurauit. Atque
hoc iure paſſim Senatus noſter vtitur.

ERROR VII.

De ſumptibus litis per iuſiurandum, vt vocant, ſuppletiuum deciſæ.

SVMMARIA.

1 *An ſumptus vlli debeantur victori litis per iuſiuran-
dum ſuppletiuum deciſæ?*
2 *Baldi ſententia negans, & eius fulcimentum.*
3 *Pragmaticorum contraria aſſertio & eius ratio.*
4 *Baldi ſententia ab autore probatur, & n. 6.*
5 *Limitatio ſententiæ pragmaticorum.*

AT ſi de iureiurando † nec voluntario, nec 1
iudiciali, ſed neceſſario, &, vt vocant, ſup-
pletiuo tractetur, alia maiórque dubitatio
eſt, an victori ſumptus litis vlli debeantur.
Dubitandi autem ratio † illa eſt, quòd hoc quoque caſu 2
perinde dici poſſit ſufficere debere victori quòd proban-
di neceſſitate exoneratus ſit *l. eum qui D. de iureiurand.*
quódque vicerit ex probatione, vt loquuntur priuile-
giata. Cùm ſit perpetuum vt citra iuriſiurandi præſta-
tionem condemnandus ſit is qui ad implendam proba-
tionum fidem iuſiurandum ſuſcipit. Nam ſi plenæ pro-
bationes ſuppetant, iniquè decernit iudex ſi vltrò nul-
láque cogente ratione improbi fortaſſe hominis reli-
gionem lubrico periurij velit credere, aut probum, ſed
modeſtum & religioſum virum cui litis iacturam multò
libentiùs paſſurus ſit quàm iuraturus, iurandi neceſſi-
tate obſtringere. Atque ita *Baldus* ſenſit ad *Auth. gene-
raliter Cod. de epiſcop. & cleric.* eum qui ex iureiurando
huiuſmodi ſuppletiuo victus ſit, ſumptuum nomine
condemnari non oportere. Sed alio † iure pragmatici 3
noſtri vtuntur. Ea ratione quod non ex ſolo victoris iu-
reiurando ſequatur hoc caſu vt ſuperiore condemnatio,
ſed ex probationibus quoque præcedentibus, quæ licet
minus integræ, non vſque adeò tamen tam parui ſunt
momenti, quin veritatis præſumptionem inducant, ſine
qua nec volens iudex deferre iuſiurandum poſſet ex *lege
admonendi* 31. cuius hanc volunt eſſe *ſententiam D. de
iureiurand.* Hancque ſententiam contra *Baldi* traditio-
nem in ſupremis Galliarum curiis paſſim receptam eſſe
teſtatur *Rebuffus* diligentiſſimus Gallorum pragmaticus
in tractat. De expenſ. damn. & intereſſ. & à Senatu noſtro
quàm ſæpiſſimè probatam fuiſſe ſcio, Me tamen pro
Baldo reluctante. Tantum enim † abeſt vt eum contra 4
quem iuſiurandum hoc ſuppletiuum defertur præſta-
túrque, in vllas litis expenſas condemnandum eſſe pu-
tem, vt nec mihi perſuadere vllomodo poſſim, iuſiu-
randum hoc deferri vnquam debere; cùm quiſquis in
probanda ſua intentione mancus eſt, ſiue actor ſiue
reus ille ſit hoc ipſo ſuccumbere debeat, adeóque in
litis ſumptus omnes condemnari ſi iuris rationem pru-
dentúmque ſententias interpretum traditionibus præ-
feramus, vt prioribus huius Decadis capitibus à nobis
fuſiùs diſputatum eſt. Etſi autem non ignoro quæſtio-
nem hanc ex earum numero eſſe in quibus communis
error ius facit, nihilque in foro noſtro eſſe receptius,
quàm vt ei qui nonniſi ſemiplenè probauerit ſiue actor
ſiue reus ſit iuſiurandum hoc deferatur, mihi tamen
videretur error ille coarctandus eſſe potiùs quàm dif-
fundendus. Hactenus ſaltem vt is qui ex proprio iure-
iurando & teſtimonio contra manifeſtiſſimam iuris ra-
tionem litis victoriam ſibi peperiſſet, à petenda expen-
ſarum condemnatione abſtinere, litíſque cuius iactu-
ram facere debuerat lucro contentus eſſe iuberetur.
Maiórque ſanè ratio ſuaderet vt cùm ex iureiurando
iudiciali & deciſorio lis deciſa eſt, expenſarum con-
demnationem pateretur is qui detuliſſet; quod nos
tamen ſuperiore capite negauimus. Imputari enim
poteſt ei qui iuſiurandum detulit cur detulerit ſi alia
ratione intentionem ſuam probare potuit: quod ſi non
potuit, eſt quod tantò faciliùs expenſarum condem-
nationem patiatur, quam vtique perinde incurſurus
erat etiamſi iuſiurandum non detuliſſet. At ei contra
quem iuſiurandum ſuppletiuum præſtatur nihil impu-
tari poteſt, cùm & aduerſus inuitum, & vltrò petenti
per iudicem deferatur. Illud ſanè minùs diſplicet † 5
quod pragmatici fatentur, Non aliter ſumptuum
condemnatione mulctandum eſſe eum, contra quem
iuſiurandum ſuppletiuum præſtatur, quàm ſi factum,

de quo probando agitur, tale ſit cuius veritatem proba-
biliter ignorare non potuerit. Quid enim ſi tanquam
hæres quis conueniatur ex pacto de retrouendendo
quod à defuncto ante multos annos conuentum pro-
ponatur? Admittunt non eſſe hunc in expenſas litis
condemnandum niſi quæ factæ ſint poſt apertas teſta-
tiones, quod nos dicimus, *apres les enqueſtes ouuertes & publiées*. quia nec ſi pleniſſimæ probationes eſſent, con-
demnaretur vt hac parte vtroque caſu paria ſint omnia.
Eſt enim alieni facti ignorantia ſemper probabilis *l. vlt. D. pro ſuo*. Ab eo autem tempore quo apertæ ſunt teſta-
tiones ceſſante alieni facti ignoratione quæ in eum vſ-
que diem probabilis fuerat, bonam fidem agnoſcere, in-
quiunt, debuit hic qui ſcire cœpit, quid è defuncto
6 conuentum promiſſumque eſſet. Ego verò ne † harum
quidem expenſarum condemnationem iuſtam eſſe ad-
mitto. Nam qui ex apertis teſtationibus didicit non niſi
ſemiplenè probatam fuiſſe actoris intentionem, tantò
minùs improbè litigaſſe credendus eſt ſi in lite perſeue-
rauerit, ratus fore vt actor qui in probationibus ſuis
deficeret condemnari ipſe ex iuris ratione deberet, niſi
velis ei imputare quòd neſcierit, aut non crediderit fu-
turum, vt apud probos doctóſque iudices communis in-
terpretum error ius facere vnquam poſſet.

ERROR VIII.

De iuriſiurandi delati relatione.

SVMMARIA.

1 *Non eſſe perpetuum quod dicitur manifeſtæ eſſe turpi-tudinis & confeſſionis, nolle nec iurare, nec iuſiuran-dum deferre.*
2 *Non cogetur iurare reus, ſi deferat iuſiurandum is qui deferendi ius non habet, puta pupillus, aut procura-tor cui mandatum duntaxat fuerat vt petat.*
3 *Idem iuris eſt, ſi aut pupillo, aut procuratori qui non ſpeciale in eam rem mandatum habeat, iuſiuran-dum delatum ſit.*
4 *Item ſi deferatur tibi iuſiurandum in eo loco vbi iudi-cium accipere cogi non poſſis.*
5 *Quartus caſus quo non cogitur iurare is cui defertur iuſiurandum.*
6 *Quintus caſus.*
7 *Error interpretum & pragmaticorum.*

1 MAnifeſtæ † quidem turpitudinis eſt, & con-
feſſionis, non iurare nec iuſiurandum defer-
re, *l. manifeſtæ 38. D. de iureiur. l. dilata 9. C.
eod.* Sed non eſt tamen hoc perpetuum, Quid
2 enim ſi deferat is, qui † deferendi ius non habet? puta
pupillus cui data non eſt rerum ſuarum adminiſtratio,
aut procurator cui mandatum duntaxat fuerat vt pete-
ret, non etiam vt iuſiurandum deferret? Non cogetur
reus iurare, niſi ponas procuratorem hunc habuiſſe bo-
norum vniuerſorum adminiſtrationem aut in rem ſuam
procuratorem conſtitutum, qui ipſe domini loco ha-
beatur *l. ſed ſi tantùm 13. §. 1. D. de pact.* Alioqui man-
datum ſpeciale requiritur *l. iuſiurandum quod ex conuen-
tione 17. §. 1. & vlt. cum ll. ſeqq. D. de iur.* Mandato ſiqui-
dem generali nunquam cenſetur data tranſigendi, deci-
dendique negotij poteſtas, *l. mandato 60. D. de procurat.*
Idcóque nec is cui mandata eſt cauſſæ actio tranſigere
poterit aut iuſiurandum deferre, quia inter cauſſæ actio-
nem & litis deciſionem permultum intereſt *l. tranſactio-
nis 7. C. de tranſact.* ſicut nec ei ſolui poteſt, nec habet
ille iudicati actionem *l. hoc iure 86. D. de ſolut.* quamuis
dici ſoleat fieri eum dominum litis à tempore conteſta-
tionis *l. ab executore 4. §. vltim. D. de appellation. lege pro-
curatoribus 22. & l. ſequens, Cod. de Procurat.* Aliud enim
eſt dominum eſſe litis quæ alieno nomine exercetur,
aliud dominum eſſe rei, de qua litis pendeat. Quid ex
contrario † ſi aut pupillo aut procuratori qui non ſpe- 3
ciale in eam rem mandatum habeat, iuſiurandum dela-
tum ſit? Non ſunt cogendi iurare *l. iuſiurandum & ad
pecunias 34. § pupillo cum ſeq. D. De iureiuran.* quia nec
de alieno facto iurare quiſquam compellitur *l. Marcel-
lus 11. §. iurare. D. rer. amot.* nec ſub alieni compendij
emolumento anceps periurium ſubire, *l. videamus 4. D.
de in lit. iur.* quamuis nihil vetet procuratorem, ſi velit
iurare tanquam dominum litis, in eius tamen commo-
dum cuius nomine litem conteſtatur *l. vulgo 7. D. de eod.*
imputétque ſibi qui ei detulit cum domino deferre de-
beret. Quod ſi factum eſſet, vtique non magis procura-
tori liceret iurare quàm iuſiurandum deferre, adeóque
nec ſi ſpecialiter id ipſi mandatum proponeres. Iurare
enim per ſe non per alium debet quiſquis delatum iuſ-
iurandum ſuſcipit. Quod ſi valetudine aut qua alia
cauſſa impediatur, ne ad iudicem venire poſſit, permit-
tendum ei eſt vt iuret, in qua degit prouincia, dum-
modo præſente aduerſario, vel ipſius procuratore, *l. ge-
neraliter 12. §. his præſentibus. C. de reb. credit. & iureiu-
rand.* quod & in iureiurando de calumnia olim obtine-
bat, *l. 2. §. ſin autem abſuerit. C. de iureiur. propt. calumn.
dand.* Quod rurſum † ſi deferatur tibi iuſiurandum eo 4
loco in quo iudicium accipere cogi non poſſis? Nec
iurare cogeris, nec referre, *lege tutor. 33. §. vlt. de iureiur.*
Quod interpretes plerique protrahunt ad omnes eos
qui fori exceptionem habent, vt neque partis interro-
gationibus, nec poſitionibus reſpondere compellantur.
Quid † ſi cùm exceptionem non numeratæ pecuniæ 5
obiicere non poſſes, vel ab initio, vel poſt elapſa tem-
pora, iuſiurandum deferas? Non potes *l. in contractibus
14. §. videlicet. C. de non numer. pecun.* eóque iure vtimur,
licèt in Pariſienſi Senatu contrà iudicatum referat *Pa-
ponius in Syntagmate illo Arreſtorum.* Quid ſi ſpatium
aliquod dandum ſit vt certioretur is cui iuſiurandum
defertur, ſicque poſteà iuret? Non eſt intereà vrgendus
& præcipitandus *d. l. iuſiurandum 34. in princip. D. de
iureiur.* Itaque ſupradictis omnibus caſibus & aliis non-
nullis quos noſtri poſt *Bartolum* congerunt ad *d. l. ma-
nifeſtæ*, apparet non ſemper turpitudinis eſſe aut confeſ-
ſionis nolle iurare, nec iuſiurandum deferre. Addo † 6
aliam exceptionem ſi is cui iuſiurandum defertur para-
tum ſe dicat ea omnia probare ſiue inſtrumentis ſiue te-
ſtibus quæ ad litis victoriam poſſint ſufficere. Cur enim
aut iurare cogatur qui per modeſtiam, & religione ma-
gis quàm conſcientia ductus iurare nolit? *lege illud aut
illud 25. §. 1. D. de conſtit. pecun. legéque ſub conditione 8.
D. de condit. inſtit.* aut iuſiurandum referre qui ex liqui-
dis probationibus quas iam in manu habeat, certam
victoriam ſibi comparare poſſit. Siquidem vix eſt vt
niſi deficientibus cæteris probationibus omnibus iuſiu-
randum vnquam deferatur. Tametſi non negem poſſe
& ab eo deferri cui aliæ ſuppetant probationes, niſi tu-
torem fortè proponas qui pupilli nomine deferat iuſ-
iurandum *dict. l. tutor. 35. de iureiur.* Idque eſt fortaſſe
quod in *l. 3. C. eod.* ſcriptum legimus, in bonæ fidei con-
tractibus necnon in cæteris cauſſis inopiâ probationum
per iudicem iureiurando cauſſa cognitâ rem decidi opor-
tere. Etſi enim non ignoro interpretes noſtros ad iuſiu-
randum neceſſarium, quod ſuppletiuum vocant, hoc
ipſum accommodare: Attamen vt cætera taceam quæ
in hanc ſententiam ſuprà diſputauimus, illud ſaltem fa-
tendum eſt conuenire etiam iuramento iudiciali, &, vt
loquuntur, litis deciſorio, quod, vt diximus, inopiâ
quoque probationum deferri ſolet. Nec ad rem per-
tinet quod à parte non à iudice deferatur. Etenim
non eo minùs deciſa cenſetur per iudicem controuerſia,
& quia delationem iuriſiurandi ab eo adprobatam eſſe
neceſſe eſt, *d. l. generaliter. § 1.* & quia poſt exactum

iuſiurandum ſententiam iudicis interuenire oportet ad condemnandum eum contra quem iuratum eſt, *dict. l. generaliter. in princip.* iis verbis *non expectata vltima definitione.* Et ſanè cùm relatio ipſa iuriſiurandi delatio ſit, æquiſſimum eſt vt quemadmodum inuitus deferre non cogitur, qui ſuam intentionem aliter probare mauult, adeóque delatum iam iuſiurandum reuocare poteſt *l. ſi quis iuſiurandum* 11. *C. eo.* ita nec referre compellatur qui teſtibus aut inſtrumentis poteſt vincere, ſiue ante delatum iuſiurandum factæ ſint probationes, in quo omnes conueniunt teſte Paponio ſupradicto *tit. Arreſt.* 5. ſiue poſteà fieri poſſint. Facit *tit.* 4. *feudor. lib.* 1. *ſi de inueſt. cont. fuer.* in illis verbis *ſi autem non fuerit in poſſeſſione nec ſupra dictis modis poteris probare.* Atque ita Senatus noſter paſſim pronunciat improbans quod in contrariam partem iudicari ſolitum refert idem *Ioannes Paponius eodem loco.* pòſt *Bart. in l. fin. D. de in lit. iurand.*

7 Sed & in eo videntur mihi † errare plerique ex interpretibus quos pragmatici noſtri ſequuntur, quòd exiſtimant, Tum etiam cùm ei qui iuſiurandum defert referri id non poteſt, cogendum tamen iurare eum cui defertur, ſi modò facti veritatem compertam habeat, adeóque quod magis eſt ſuper credulitate, vt loquuntur, ſi rem vti geſta eſt exactè neſciat. Sic enim *Aymo Crauet.* paſſim à noſtris receptus *conſ.* 103. & omnino malè, ni fallor. Nunquam enim arctandus quis præciſè eſt vt iuret, ſed indulgendum ſemper ei cui iuſiurandum defertur vt referre poſſit. Alioqui nec audiri debet qui tale iuſiurandum defert quod aduerſario recuſante & referente non poſſit ipſe ſuſcipere. Propter quam cauſſam non ſic concepta lex eſt, vt dicat manifeſtæ turpitudinis eſſe nolle iurare, ſed cum adiectione *nec iuſiurandum referre*, vt intelligamus non poſſe recuſanti obiici conſcientiam ſi modò iuſiurandum ſibi delatum referre ſit paratus: quod porrò non aliter facere poteſt, quàm ſi deferens talis ſit qui iuſiurandum ſibi relatum poſſit ſuſcipere. Exceptio tamen ſubiicienda eſt, niſi ex perſona eius cui iuſiurandum defertur, fiat ne referri poſſit, vt puta ſi filiofamilias aut ſeruo delatum ſit, aut in actione rerum amotarum. Tunc enim non eo minùs iurandum eſt, quòd is cui iuſiurandum defertur referre id non poſſit.

ERROR IX.

De iureiurando iudiciali per eum delato qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit.

SVMMARIA.

1 *An iudiciale iuſiurandum deferre is poſſit qui à probanda intentione ſua iam excluſus eſt.*
2 *Interpretum ſententia affirmans.*
3 *Relata ſententiæ ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Improbabilis ſententia Senatus Pedemontani putantis ſi actor ſuis diffidens probationibus deferat iuſiurandum reo volenti ſuam intentionem probare per teſtes, cogendum eſſe reum vt vel iuret, vel referat.*

FRequenter hæc quæſtio in iudiciis occurrit,
1 an † qui ad intentionem ſuam per omne probationis genus, vt fieri ſolet, comprobandam admiſſus eſt data in eam rem dilatione, poſt eius dilationis tempora iuſiurandum deferre poſſit ſiue probationes alias nullas proferat, nullis fortaſſe auditis teſtibus, ſiue teſtes aliqui auditi ſint, quorum teſtationes iam didiſcitæ ſint, aut nondum
2 apertæ. In qua quæſtione receptior † interpretum ſententia eſt, iuriſiurandi delationem ſemper & in quacunque litis parte admittendam eſſe, adeóque poſteà quàm

concluſum iam fuit in cauſſa, & poſt apertas teſtationes ex quibus apparuerit nihil ab actore probatum fuiſſe. Sic enim ex *Bartolo, Baldo, Caſtrenſi, Boërio, Cagnolo,* & aliis quàm plurimis tractat *Anton. Teſſaur. deciſ. Pedemont.* 93. Cuius ſententiæ † præcipua illa ratio eſſe videtur 3
quòd nulla dici poſſit iniuria fieri ei qui iurare cogitur aut referre, cùm in cauſſa ſua iudex conſtituatur. Sed mihi neque ſententia, † neque ratio hæc probari vn- 4
quam potuit. Nam cùm iuſiurandum hoc probationis ſpecies quædam ſit, & quidem efficaciſſima, quomodo fieri, obſecro, poteſt vt is cui probandi via omnino præcluſa eſt, ad iuriſiurandi delationem admittatur? facit *l. contractus §. illo. Cod. de non nu. pecun.* Aut quis neget intereſſe quàm maximè eius cui iuſiurandum defertur ne vel iurare cogatur vel referre? Præſertim cui iam parta ſit certa ſpes victoriæ ex eo quòd aduerſarius in ſuis probationibus neceſſariis defecerit. Iam enim ſæpius diximus permultos eſſe, qui non improbabili religionis veneratione prohibeantur ne iurare velint de iis quoque rebus quas alioqui certiſſimas habeant, & exploratas, quíque litis iacturam fortaſſe libentiùs facturi ſint quàm iuraturi. Quòd ſi dicas in eorum fore poteſtate vt iuſiurandum aduerſario referant, ſi iurare ipſi nolint, tantò grauiorem ſanè iis iniuriam inferas, quos cogas bonæ certæque litis victoriam aduerſarij periurio committere, quem ſciant non niſi cum periurio iurare poſſe, nec eo minùs iuraturum qui ſub ſpe elationis iuſiurandum detulerit. Eſtque in hanc rem, ni fallor, textus nec inelegans nec obſcurus, *in l. ſi quis iuſiurandum* 11. *C de rebus cred. & iureiur. Satis enim abſurdum eſt,* inquit lex, *redire ad hoc cui renuntiandum putauit, & cùm deſperauit aliam probationem, tunc denuo ad religionem conuolare.* Etſi enim tractat eo loco Iuſtinianus de eo qui primùm detulerit iuſiurandum, & nondum eo præſtito, vtpote nouis probationibus emergentibus id reuocauerit, vt iterum ad ſacramentum recurrere non poſſit, tamen non facilè video quid interſit inter eum qui iuriſiurandi delationi iam factæ renuntiauit, vt intentionem ſuam aliis rationibus comprobaret, & eum qui paſſus ſit labi tempora intra quæ iuſiurandum deferre potuit, nec detulit, teſtibúſque aut aliis inſtrumentis cauſſam ſuam munire maluit. Plus quàm enim deſperauit hic de ſuis probationibus qui probandi viam omnẽ ſibi præcludi conſenſit, aut ex teſtationibus apertis comperit nihil ſe per teſtes probare potuiſſe. Fateor ſanè non eſſe prohibendum eum qui per teſtes intentionem ſuam probare voluit, quominus mutato conſilio aliam probandi rationem eligat, in eámque rem iuſiurandum deferat dummodò tempora largiantur, ſiue teſtes aliqui iam auditi ſint, ſiue nulli, dum ne ſecreta teſtationum didiſcita proponantur. Eſſet enim certè perquàm durum ſola electione vnius generis probationis, à cæteris excludi eum qui ad omne genus probationis ſit admiſſus: Nec fauor probationum patitur vt ei qui per teſtes probare cœpit obiici debeat vulgare illud dictum, *Pateat tibi via quam elegiſti.* Sed poſt deſperatas, aut quod magis eſt, excluſas omnes probationes admitti delationem iuriſiurandi, id verò durius longè eſſet ac iniquius. Illud autem prorſus
intolerabile † quod Teſſaurus ſupradicto loco probat & 5
à Senatu Pedemontano deciſum teſtatur, Si actor ſuis diffidens probationibus quas iã produxerit, deferat iuſiurandũ reo volenti ſuam intentionẽ probare per teſtes, cogendũ eſſe reum vt vel iuret, vel referat. Facit enim hæc ſententia duplicem iniuriam reo: Priorem in eo, quòd actorẽ poſt deſperatas alias probationes, elapſaque probãdi tempora admittit ad iuriſiurandi delationem, quod nos fieri debere iam negauimus, alteram in eo, quòd reo adimit probationis per teſtes faciendæ facultatem vt illum adigat inuitum ad iuramentum ſuſcipiendum aut referendum: quod etiam à iuris ratione abhorrere diximus in ſuperioribus. Illud verò temperamentum quod Teſſauro placet, vt teſtationes à Senatu inſpi-

ciantur,&,ſi appareat plenè probatam actoris intentionem, vno demùm illo caſu actor iuſiurandum deferens non audiatur, oſtendit euidentiùs ſententiæ huius iniquitatem. Cur enim magis faueamus actori qui minùs probauerit? Aut cur periurij probationem pertimeſcamus cùm aduerſus eum qui iurauit, nunquam de periurio quæratur, maximè ſi per teſtes non per inſtrumenta periurium probare velit is, qui victus fuit, *l. vlt. D. de in lit. iur. l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.*

ERROR X.

De iureiurando delato quod habetur pro præſtito aut pro relato.

SVMMARIA.

1 *An habendum ſit iuſiurandum pro præſtito quod delatum eſt à iudice in ſupplementum probationum cum ab ea delatione prouocauit aduerſarius, & interim mortuus eſt qui iurare debuit.*

2 *Sententia pragmaticorum affirmantium habendum pro præſtito, ſi quandoque iniuſta appellatio pronuntietur.*

3 *In oppoſitum autoris diſputatio.*

4 *An iuſiurandum pro relato præſtitóque haberi debeat ſi aduerſarius cui delatum fuerat nolit iurare.*

1 SI iuſiurandum † neceſſarium, & vt vocant, ſuppletiuum delatum ſit à iudice in ſupplementum probationum,& ab ea delatione aduerſarius prouocauerit, tum pendente appellatione nec dum præſtito iureiurando deceſſerit is qui iurare debuit, quæri inter pragmaticos ſolet an iuſiurandum pro præſtito habendum ſit, néc ne: Cuius quæſtionis effectus magnus in eo eſt quod ſi pro præſtito habeatur, certam victoriæ ſpē tranſmittit in heredem qui alioquin eſſet condemnandus ſi pro præſtito non haberetur, quando nec heredi permittendum eſt vt iuret de facto defuncti, niſi cuius fortaſſe particeps,& conſcius eſſe proponatur. Noſtrorū
2 verò † pragmaticorum ſententia eſt, iuſiurandum pro præſtito habendum eſſe, ſi quandocumque iniuſta appellatio pronuntietur, quoniam æquum non ſit ei qui temerè & ſine cauſſa appellauerit ſuam fruſtrationem prodeſſe, ſed potius in eius præiudicium pro facto haberi, quod ne factum ſit per eum ſtetit, arg. *l. tutor. 4. D. de vſur.* iunct. *l. iure ciuili 86. de cond. & demonſt.* Me in
3 contrarium † illud mouet, quòd fieri potuit vt in ipſo etiam procinctu iurandi religione aut conſcientia impediretur is qui iurare debuit ne iurare vellet: aut ſi omnimodò iuraturus fuit imputari ei poteſt cur poſt interpoſitam ab aduerſario appellationem non petierit vt ſaluo iure appellationis iurare ſibi liceret. Hoc enim veluti auxilium propoſitum eſt ei quem iudex ad iurandum admiſit ne admittendæ probationis periculum incurrat ſi fortè inter appellationis moras decedat, *l. generaliter 12. §. 1. Cod. de rebus credit. & iureiurand.* vbi Iuſtinianus ob hanc ipſam cauſſam conſtituit, vt non obſtante appellatione præſtari poſſit iuſiurādum, ne forte, inquit probationes intercidant, ſi fortè interim is cui iuſiurandum delatum eſt, ab hac luce ſubtrahatur. Quid autem, obſecro, cauſſæ erat, cur ita Iuſtinianus conſtitueret, ſi iuris ratio pati poſſet vt iuſiurandum cuius præſtationi iniuſta appellatio moram inieciſſet pro præſtito haberetur? Etſi verò non in ea ſum opinione, vt illam Iuſtiniani conſtitutionem ad hoc iuriſiurandi genus pertinere exiſtimem, ſed ad illud duntaxat quod in dubiis cauſis ſolebant iudices ei deferre qui potiore iure niteretur, quemadmodum ſuprà tractauimus, poſteà quàm tamen placuit interpretibus de ſuppletiuo quoque iureiurando eam legem intelligi debere (nam & vtrunque neceſſarium appellatur) non poſſunt illi recuſare quominùs ex illo loco argumentū ſumatur, ad errorem hunc, quem nos refellimus, impugnandum. Nam & multò maior ratio eſſet cur iuſiurandum illud Iuſtinianeum pro præſtito haberi deberet defuncto poſt interpoſitam appellationem eo, qui iurare debuerat, quàm ſuppletiuum iſtud quod interpretes, & pragmatici noſtri comminiſcuntur. Eſt enim illud longè fauorabilius, quippe quod ei deferatur, qui etiam citra iuſiurandum vincere deberet: Hoc verò ei duntaxat, qui ſi non iuret omnimodo condemnari debeat propter defectum probationum. Proinde non facit pro pragmaticis noſtris ratio illa qua mouentur quòd per appellantem ſteterit ne iuſiurandum præſtitum ſit, cùm non potuerit appellatio facere quominùs iuraretur ſi iurare victor voluiſſet. At finge eum qui iuſiurandum detulerat, cùm ei referri poſſet, priùs deceſſiſſe quàm aduerſarius aut iuraret aut referret, ſiue ante, ſiue poſt agnitam conditionem delati iuriſiurandi aut à iudice admiſſam. Eadem dubitatio eſſe
poteſt, an iuſiurandum † pro relato, præſtitóque haberi 4
debeat, ſi fortè aduerſarius cui delatum fuerat, nolit iurare. Certum enim eſt nec heredi referre poſſe, ne alioqui cogatur heres iurare de facto defuncti. Planè ſi iurare velit etiam poſt mortem eius qui iuſiurandum detulit, dubitari non poteſt quin ſit audiendus. Pragmatici noſtri putant iuſiurandum hoc caſu pro relato præſtitóque haberi oportere, nec ei cui delatum eſt proſit quod perperam, & ſine cauſſa iurare vel referre diſtulerit. Nec inuitus probo ſententiam, ſi qua mora contracta ſit per eum qui vel iurare debuerit, vel referre. Sed ſi mora nulla præceſſerit, aut ſi ea quæ præceſſerat purgata ſit, ſiue per interlocutionem iudicis, ſiue qua alia ratione, iniquum ſanè fuerit ob hoc fieri duriorem conditionem eius cui delatum eſt iuſiurandum quòd aduerſarius ante præſtationem, relationémque deceſſerit, qui ſi viueret, ex relatione iurare fortaſſis recuſaret.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſima.

ERROR PRIMVS.

De anatociſmo & vſuris fructuū ac ſumptuū litis.

SVMMARIA.

1 *Anatociſmus quid.*

2 *Anatociſmus à Iuſtiniano prohibitus.*

3 *Vſura vſuræ interdicta eſt, ſicut & alia quæuis acceſſio acceſſionis.*

4 *Caſus quo fructuum ſeu vſurarum vſuras deberi volunt pragmatici.*

5 *Diſputatio autoris contra pragmaticorum ſententiam, & num. 8.*

6 *Pecunia credita vſuras nullas deberi ex mora, imò neque ex litis conteſtatione, contra pragmaticos.*

7 Quibus

7 *Quibus caſibus debiti ſors incipiunt fieri qua fuerant antea vſura ; vſura vſurarum debentur.*

1 ANatociſmus † fit quoties vſura ſorti con-
iungitur & in ſortem redigitur vt nouas
2 pariat vſuras. Id verò ne † vllomodo vlló-
que caſu fieri poſſit diſtrictè prohibitum
eſt Iuſtiniani conſtitutione in *l.vlt.Cod.de vſur.*cùm jam
ante Iuſtinianum vſuræ vſurarum eſſent prohibitæ *l. ſi*
non ſortem 26.§.11.*D.de condict.indeb.l.improbum* 20.*C.*
3 *de his qui notant. infam.* Nec tantùm vſuræ † vſura in-
terdicta eſt , ſed & alia quælibet acceſſio acceſſionis, vt
puta vſuræ fructuum quantumlibet mala fide & poſt li-
tem conteſ a am perceptorum *l. heres furioſi* 51.§.1.*D.*
de petit. hered. leg. neque eorum fructuum 25. *D. de vſur.*
Quod quanquam ita eſt,alio tamen iure pragmatici no-
4 ſtri paſſim vtuntur. Nam † ſi facta fructuum aut vſura-
rum condemnatione taxatio ſecuta ſit , iuſſúſque debi-
tor taxatam quantitatem ſoluere non ſatisfaciat , Pra-
gmaticis placet ab eo tempore totius eius quantitatis
quaſi in ſortem redactæ vſuras deberi quincunces ; non
ſecus,inquiunt,acſi ea pecunia ſoluta,rurſumque eidem
debitori ſub vſuris numerata proponeretur, quaſi breui
5 manu idipſum ita geſtum eſſe videatur. In quo † ſanè
vim & fraudem apertè faciũt Iuſtinianeæ conſtitutioni,
quandoquidem taxatio ſola hæc fructuum aut vſurarum
facere non poteſt quominus verum ſit iure fructuum &
vſurarum deberi eam quantitatem quæ deducta eſt in
condemnationis taxationem. Nec quod in eius quanti-
tatis ſolutione noua mora contracta ſit , ad rem facit.
Non enim fieri vllo modo poteſt vt ex mora debeantur
vſuræ quæ ex conuentione deberi non poſſint. Nam
quæ lex facit vt ex mora vſuræ debeantur , etiam citra
conuentionem , eã ipſa lex prohibet ne vſurarum , aut
fructuum aliarumve acceſſionum vſuræ vllæ deberi exi-
gique poſſint. Neque verò fictio illa breuis manus ,
quam pragmatici hoc caſu inducunt , locum habere
meo iudicio poſſet : ne alioqui eueniat vt eodem in-
ſtanti & obligatio & mora in ſoluendo contracta eſſe
intelligatur. Nulla enim conuentione intercedente de
ſoluendis vſuris, alia ratio ſubeſſe nequit propter quam
præſtari debeant quàm propter moram. Atqui ſi con-
demnatus debitor , & poſt factam taxationem interpel-
latus ſoluiſſet , eidémque ſubinde ſtatim eadem pecu-
nia rurſus credita & numerata fuiſſet , non vtique
confeſtim mora per debitorem contracta videri potuiſ-
ſet , ſed medium aliquod tempus intercedere oporte-
ret , vt moræ locus fieri aliquis poſſet , *lege promiſſor*
Stichi 21.§. *D. de conſtitut. pecun.* Neque rurſum ve-
rum eſt quod illi pro vero & explorato ponunt , pe-
6 cuniæ † creditæ vſuras vllas deberi ex mora,imò neque
ex litis conteſtatione : Debentur enim ex ſtipulatione
duntaxat ſi qua interuenerit *l.3. C.de vſur. l.Titius* 24.
D. de preſcript. verb. Propriúmque ius eſt actionum
bonæ fidei vt ex iis vſuræ ob ſolam moram debeantur
l.3. l. mora 31.§. *in bonæ fidei. D. de vſur.* Fateor deberi
etiam ex iudicato poſt elapſa tempora intra quæ iudi-
cato ſatisfieri oportuit *l.vlt.C.de vſur.rei iudic.* Sed dico
ad vſuras ſortis duntaxat id pertinere,non etiam ad vſu-
ras fructuum aut vſurarum aliarúmque acceſſionum.
Sunt enim vſuræ illæ iudicati legales,vt ita dicam, hoc
eſt , ſola legis poteſtate & conſtitutione debitæ, lex au-
tem ſeipſam deſtrueret ſi ob moram in iudicati execu-
tione commiſſam vſurarum vſuras induceret quas nul-
7 lo prorſus caſu induci patitur : præterquàm † ſi mutata
conditione perſonarum aut debiti fieri ſors incipiant
quæ anteà fuerant vſuræ & acceſſiones , vt euenit cùm
vſuras exactas tutor vel curator ſibi ſuiſque vſibus reti-
nuerunt, *l.tutor qui repertorium* 7.§.*ſi vſuras exactas, D.*
de adminiſt. & peri. tutor. Aut cùm ex duobus tutoribus
pupilli , altero defuncto adhuc impubere pupillo , qui
ſupererat ex perſona pupilli iudice accepto, conſecutus
eſt cum vſuris , quantum ex tutela peruenerat ad tuto-
rem defunctum, *l. qui negotiationem* 58.§. *ex duobus eo-*
dem , vbi ratio redditur *cùm id quod ab alio debitore no-*
mine vſurarum cum ſorte datur ei qui accipit totum ſortis
vice fungitur, vel fungi debet. Idémque eſt ſi vſuræ pu-
pillaris pecuniæ quas tutores debuerunt ad curatorem
transferantur.Conuertuntur enim in ſortem,& vniuer-
ſæ ſummæ vſuras debere curator incipit,*d.l.qui negotia-*
*tionem,§.vltim.quia,*inquit lex,*omnis ſors efficitur.* Simi-
liter ſi quis ex cauſſa mandati vel negotiorum geſtorum
pro alio non ſolùm ſortem debitam ſoluerit , ſed etiam
eius ſortis vſuras , nemo dubitat quin mandati aut ne-
gotiorum geſtorum iudicio conſequi debeat vſuras non
tantùm ſortis , ſed etiam vſurarum , quoniam mutata
conditio perſonarum & debiti facit, vt quæ in perſona
primi creditoris fuerunt vſuræ , cœperint locum ſortis
obtinere in perſona eius qui pro alio ſoluit. Sed extra
hos caſus & alios ſi qui ſunt ſimiles , contendo fieri
numquam poſſe vt vſuræ aliæve acceſſiones in ſortem
redigantur ad vſuras nouas inducendas. Quid ergo , † 8
inquies,An permittendum erit condemnato,vt taxatam
fructuum aut vſurarum quantitatem etiam poſt moram
impunè retineat ? Imò,inquam, imputet ſibi victor qui
non vrgeat diligentiùs iudicati executionem,vt ſibi de-
bitam pecuniam à condemnato extorqueat,vel ex iudi-
ciali pignorum diſtractione ſibi conficiat. De vſuris
ſumptuum litis minor dubitatio eſt. Neque enim ſunt
acceſſiones acceſſionis,licèt ſumptus ſint acceſſiones li-
tis. Itaque ab eo tempore quo mora in iudicati execu-
tione commiſſa eſt , vſuras quoque ſumptuum litis ta-
xatorum præſtari æquum eſt.

ERROR II.

De alienatione fideicommiſſi ab aſcendente relicti , ex cauſſa dotis, aut ante nuptias donationis, aut legitima portionis.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum bona fideicommiſſo ſubiecta poſſunt ex cauſſa dotis aut donationis propter nuptias alienari.*
2 *Quàm iniqua ſit relata ſententia : & num.* 11.
3 *In legitima portione liberi non poſſunt grauari.*
4 *Qua ſit mens & ſanctio Iuſtiniani in Nou.* 39. *de reſtit.& ea qua par.*
5 *Olim potuit filia in dote grauari,itémque filius in donatione propter nuptias.*
6 *Quod ius ſublatum eſt à Iuſtiniano in Nou.*39.
7 *d.Nou.*39.*non fauere interpretum errori.*
8 *In d. Nou. Iuſtinianus quatenus velit dotem reſtitui mulieri qua dotem dedit marito cui fideicommiſſum iniunctum erat.*
9 *Irnerij inſcitiam errori interpretum cauſſam dediſſe.*
10 *Ex ſtatuto Sabaudia etiam ex bonis feudalibus dotes deducuntur.*
11 *Limitationes ſententia num.*1. *propoſita qua ab interpretibus offeruntur.*

IVſtiniani † Nouella conſtitutio. *De reſt.&* 1
ea qua parit. vnd. menſ. ex qua *Irnerius* de-
ſumpſit *Auth. res qua. C. commu. de legat.*
quæ dotis aut donationis propter nuptias
potiorem,quàm fideicommiſſi cauſſam eſſe voluit,ſic ab
interpretibus ferè omnibus accepta eſt , vt bona fidei-
commiſſo ſubiecta poſſint ex ea cauſſa non ſolùm obli-
gari, ſed etiam quod eſt conſequens, alienari, adeóque
totum fideicommiſſum in dotem dari ſi aliter fieri non

 poſſit

poſſit vt perſona grauata matrimonium ineat æqualibus conditionibus. Itaque non diſtingunt noſtri, An de dote vel donatione propter nuptias conſtituenda agatur, aut de reſtituenda, nec rurſum an ea perſona cui fideicommiſſum iniunctum eſt idipſum pro ſe velit diminuere, an pro aliquo ex ſuis liberis, dummodò ſint illi ex deſcendentibus teſtatoris qui fideicommiſit, id eſt, ex iis perſonis quibus teſtator ipſe ſi viueret dotem vel donationem propter nuptias ex officio conſtituere teneretur. 2 Quæ ſententia † licèt æquitatis & humanitatis colorem habere videatur, euidenter tamen iniqua eſt. Quid enim abſurdius quàm in fraudem fideicommiſſi & ex alienis bonis ſibi quem aut alteri dotem conſtituere vel donationem propter nuptias, ſiue ab aſcendente, ſiue ab extraneo, aut quod hac parte idem eſt à collaterali iniunctum proponatur? Præſertim cùm alio interpretum noſtrorum errore illud quoque iam obtinuerit, vt fideicommiſſum liberis indictum, per duplicis portionis legitimariæ ſcilicet, & Trebellianicæ ac integrorum vtriuſque portionis fructuum detractionem minuatur. Ex *cap. Raynutius, & cap. Raynaldus Extr. de teſtam.* ſcilicet in liberis primi gradus ex *l. iubemus 6. C. ad S.C. Trebell.* Sed & cùm de ſequentium graduum liberis tractatur, conſtat legitimam portionem non 3 ſolùm iis deberi, ſed etiam ita deberi † vt in ea grauari nullomodo poſſint, *l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam.* quod vtique iure vetere diuerſum erat, *l. coheredi 41. §. cum filia, de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Proinde quod olim Vlpianus reſponderat in filia quæ à patre totam hereditatem reſtituere rogata dotem ex fideicommiſſo dederat, non videri in euerſionem fideicommiſſi factum eſſe quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat *l. mulier 22. §. cùm proponeretur D. ad S.C. Trebell.* hodie locum habere non poteſt, cùm legitima filiæ debeatur, & quidem immunis ab onere fideicommiſſi, ex qua vtique dotem habere poteſt. Nec quòd ea legitima parui pretij ſit ſi fortè tenuium facultatum pater fuit, fideicommiſſario nocere debet, ſed filiæ potiùs quæ patrem habuit & inopem, & minùs beneuolum. Neque verò aliam 4 Iuſtiniani † mentem fuiſſe credendum eſt: cuius verba non obſcura id tantùm conſtitui præ ſe ferunt, vt ſi is qui coniugi donauit propter nuptias poſt factam à ſe donationem grauatus ſit fideicommiſſo à patre, non noceat ea res mulieri, quominùs etiam de bonis fideicommiſſo ſubiectis ſolui donatio debeat, itémque dos reſtitui, quam aut maritus ille aut pater eius acceperat. Et viciſſim vt ſi mulier ipſa quæ viro dotem dedit, rogata ſit à patre hereditatem reſtituere, non ſolùm non cenſeatur rogata reddere dotem, quæ veluti proprium ipſius patrimonium eſt *l. 3. §. ſed vtrum in fin. D. de minor.* ſed etiamſi expreſſim rogata ſit, fideicommiſſum quod ad hoc attinet, non valeat, ſed perinde acſi rogata non eſſet poſſit maritus eam dotis partem lucrari, quam in pactum deduxerat, dummodò in pactis nuptialibus honeſtus modus ſeruatus ſit pro perſonarum facultatibus & qualitate. Itaque non de dote poſt iniunctum fideicommiſſum conſtituenda Iuſtinianus tractat, ſed de ea re quæ ante fideicommiſſum inductum conſtituta ſit, quam nec aliter de fideicommiſſo detrahi poſſe vult, quàm ſi honeſta ſint pacta & congrua. Ex quo apparet non tam ad id reſpexiſſe Iuſtinianum, quo noſtri potiſſimùm mouentur, nè propter fideicommiſſum filia maneat indotata (non enim poteſt eſſe indotata quæ vel inuito patre legitimam habere debet, æſtimandam ex paternis facultatibus, ſiue pauperiorem, ſiue ditiorem ſuum habuerit) quàm ad id potius, ne ex tali fideicommiſſo decipiatur maritus, qui vel antè fideicommiſſum contraxerat, vel poſt iniunctum quidem fideicommiſſum, ſed eo tempore quo fideicommiſſum probabiliter ignorabat, ſicut & quod in præiudicium fideicommiſſi à marito relicti Iuſtinianus conſtituit, non ad mariti fauorem reſpicit, ſed ad commodum mulieris, ne aut propria dote aut ſibi facta per maritum propter nuptias donatione priuetur. Dicat aliquis, inutilem fore Iuſtiniani conſtitutionem ſi ſic intelligatur, vt potior ſit cauſſa dotis aut donationis propter nuptias ante fideicommiſſum conſtitutæ quàm ſit ipſius fideicommiſſi. Quis enim dubitet iura anteriora per ſubſequens fideicommiſſum extingui non poſſe? Sed reſpondendum eſt iam olim ita ius fuiſſe vt dos vel donatio propter nuptias à patre profecta defuncto filio aut filia ſine liberis ad patrem reuerteretur, *lege dos à patre 4. C. ſolut. matrimon.* (licèt miſerationis potiùs quàm æquitatis ratione *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.*) ſiue in poteſtate filius aut filia retenti fuiſſent, ſiue emancipati. Cum etiam cùm reddendæ dotis ſtipulatio nulla interueniſſet, multò magis ſi qua interuenerat, vt interuenire moris erat. Quo etiamnum iure vtimur. Ideóque in patris † poteſtate 5 fuiſſe, filiam in dote grauare, itémque filium in donatione propter nuptias, non quidem in præiudicium generi, aut nurus, conſtante matrimonio, ſed in eum caſum quo matrimonium alterutrius morte ſolueretur, ſalua filio aut filiæ querela inofficioſi teſtamenti, ſi aliunde non haberet omnimodo quantum ſatis eſſet ad legitimam & legitimæ fructus. Hoc verò cùm eueniebat, ſi qua fortè pacta nuptialia initio parente ſiue contracto iam matrimonio, ſiue ſponſaliorum tempore filius aut filia præſertim emancipati contraxiſſent, ea fieri irrita neceſſe erat ante Iuſtiniani conſtitutionem, atque ita decipi eum ex coniugibus non qui grauatus eſſet, ſed qui ex bonis grauati tantam portionem ſperabat, quantam ipſe de bonis propriis in contrarium euentum præſtare grauato debuiſſet. Id verò Iuſtinianus † æquiſſimè 6 correxit, conſtituens vt pater ſicut grauare liberos in legitima non poteſt, ita nec poſſit in ea portione quæ præter legitimam neceſſaria eſt ad quantitatem dotis aut donationis propter nuptias, vt ea quantitas iuris interpretatione ſubducatur è fideicommiſſo *ſi contraria* non appareat voluntas patris, aut ſi tam aperta ſit ea voluntas, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla eius voluntatis habeatur ratio, ſed perinde acſi nullum fideicommiſſum eſſet, ſeruentur pacta nuptialia, ſi modò æqua ſint & conuenientia honeſtati ac dignitati perſonarum. Et verò non cogitaſſe † Iuſtinianum 7 de ſubducendis ex fideicommiſſo dotibus poſt iniunctum fideicommiſſum conſtitutis, vel ex eo maximè apparet, quod ſuam legem locum habere prohibet iis caſibus quibus dotes aut nuptiales donationes augentur, quæ iam antea factæ eſſent, quòd augmentum illud in fraudem & euerſionem fideicommiſſi prætextu nouæ conſtitutionis captatum videretur. Quod autem ad dotes † reſtituendas pertinet de iis agit in prima 8 conſtitutionis parte, ſed ita vt alteram quandam conſtitutionem de ea re factam referat, quæ in libris noſtris non extat. Cuius tamen illam innuit fuiſſe ſententiam, vt mulieri quæ ignorans fideicommiſſum marito iniunctum dotem dedit, non noceat quòd poſterior ſit onere fideicommiſſi, ſed perinde dotem illa ſuam recuperet, nec aliter fideicommiſſarius ei præferatur quàm ſi probet ſcientem eam grauato viro dotem dediſſe. Quod ſi ita eſt, conſequens ſit vt nec pro dote repetenda præferatur mulier in præiudicium fideicommiſſi quod ipſa ſciuerit. Tantum abeſt vt quæ ſcit fideicommiſſum à ſe relictum, poſſit ex eo quicquam detrahere ſupra legitimam & Trebellianicam ad dotem ſibi ipſi conſtituendam, at ſi dotem ſibi ipſi ex fideicommiſſo conſtituere non poteſt, multò minùs alij quis conſtituere poterit, etiamſi perſona talis ſit, quam ex officio dotare compellatur. Eſt enim longè fauorabilior dotis reſtitutio quàm conſtitutio, & inter dotes conſtituendas ea quam ſibi quis conſtituit, quàm quæ alij datur. Sed quamquam hæc ita ſunt, frequentiſſimis tamen interpretum & pragmaticorum ſententiis error ille inualuit, vt ex fideicommiſſo quod ab aliquo ex aſcendentibus iniunctum ſit,

ſit, & dotes & nuptiales donationes, & liberorum legi-
9 timæ portiones detrahi poſſe exiſtimentur. Cui errori † cauſam proculdubio dedit inſcitia Irnerij in concipiendo contextu *Authentic. res quæ. C. commun. de legat.* Plus enim eius autoritati tribuendum putarunt interpretes quàm Iuſtinianeæ conſtitutioni, cuius ille mentem non bene perceperat. Quamquam nec Irnerij verba prorſus repugnant quominus eandem admittant interpretationem quam nos ad Iuſtinianum adhibuimus. Ex-
10 tat ſanè apud nos ſtatutum † de dotibus etiam ex feudis, licèt fideicommiſſo ſubiecta ſint deducendis. Sed ex ſtatuti verbis apparet non tam id egiſſe Principem vt quod ad fideicommiſſa pertineret ius nouum conſtitueret, quam vt id quod ex iure communi in bonis omnibus fideicommiſſo ſubiectis obtinere credebatur, ad feudalia quoque bona protraheret, non ſecus ac quod de duplicis quartæ detractione conſtitutum eſt in *d. ca. Raynutius, & ca. Raynaldus. Extr. de teſt.* magis ex interpretum vulgari errore profectum videri debet, quàm quod ea Pontificum voluntas fuerit vt nouum ius conſtituerent, à ciuilis iuris ratione alienum. Et ſanè ita po-
11 ſito † iure, vt ex fideicommiſſo deduci poſſint dotes & legitimæ portiones deſcendentium omnium, facilè continget, vt multiplicatis deſcendentium perſonis totum fideicommiſſum tandem abſorbeatur: quod tamen quàm abſurdum futurũ ſit, vel ex eo maximè intelligi poteſt, quòd ne id vnquam eueniat diſtrictè obſeruari ſolet, vt ſemel detracta legitima aut Trebellianica, numquàm
12 poſteà detrahatur. Sanè nec † pragmatici negant tandiu fideicommiſſum illibatum integrúmque manere debere quandiu ex aliis bonis ſatisfieri poteſt doti aut ante nuptias donationi. Illud etiam crebrioribus eorum ſuffragiis receptum eſt, vt ſi fideicommiſſum ab extraneo, aut quod hac parte idem eſt, à tranſuerſalis gradus agnato cognatóue relictum proponatur, nullus huic ſententiæ de dote aut donatione nuptiali ex fideicommiſſo deducenda locus ſit, quod tamen an generaliter & indiſtinctè admitti debeat, paulò diligentiùs examinandum eſt.

ERROR III.

De fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione ſi ſine liberis.

SVMMARIA.

1 *Hodie frequentiſſima ſunt ea fideicommiſſa quæ relinquuntur ſub ea conditione, ſi is qui rogatus eſt ſine liberis decedat.*

2 *Ex ſententia interpp. & pragmaticorum bona huiuſmodi fideicommiſſo ſubiecta pro dote aut ante nuptias donatione, alienari aut obligari nequeunt ſi ab extraneo aut cognato tranſuerſali relicta ſint.*

3 *Quàm dura ſit hæc ſententia, & à iure aliena.*

4 *Ex quibus fideicommiſſis non liceat dotem aut donationem propter nuptias deducere.*

5 *Pro quibus perſonis non licet quicquam ſub prætextu dotis aut donationis ex fideicommiſſo deducere.*

6 *Fideicommiſſi diminutio quatenus permiſſa.*

Etſi fideicommiſſa tam vniuerſalia quàm ſingularia & purè & in diem delinqui poſſunt, itémque ſub conditione qualibet præterquam ſi qua legibus improbata, hodie
1 tamen frequentiſſimus † eorum fideicommiſſorum vſus eſt, quæ relinquuntur ſub ea conditione, ſi is qui roga-
2 tus eſt ſine liberis deceſſerit. In qua fideicommiſſi † ſpecie dura mihi ſemper viſa eſt ſententia interpretum & pragmaticorum noſtrorum, exiſtimantium bona fideicommiſſo ſubiecta pro dote aut ante nuptias donatione, neque alienari, neque obligari vllo modo poſſe ſi ab extraneo, aut quod hac parte idem eſt, ab agnato vel cognato tranſuerſali fideicommiſſum tale relictum proponatur, neque enim dubitari † poteſt quin teſtatoris 3
qui fideicommiſſum reliquit ſub huiuſmodi conditione, voluntas illa fuerit vt heres grauatus vxorem ſibi quæreret, ex qua ſuſcipere poſſet liberos naturales, & legitimos, quales alioqui ſuſcipere nullos poſſet. Atqui fieri nequit vt vxorem inuenire poſſit qui nihil ei donare aut poſſit aut velit, nec rurſum vt facilè quis obuiam vxorem ducere velit ſine dote ex qua oneribus matrimonij ſubuenire queat. Igitur in neceſſarium antecedens illud quoque ex teſtatoris voluntate eſſe fatendum eſt, vt pro ea dote vel donatione propter nuptias obligari adeoque alienari poſſint bona fideicommiſſo obnoxia, ſi aliter is qui rogatus eſt vxorem habere non poſſit. Alioqui facias ridiculum teſtatorem, qui fideicommiſſo eam conditionem adſcripſerit quam noluerit fideicommiſſarij damno & periculo euenire. Mihique ſemper viſum eſt in hanc ſententiam accommodatiſſimum reſponſum illud elegans Vlpiani quod extat in *§. cum proponeretur, l. mulier 22. D. ad S.C. Trebell.* vbi cùm filia à patre inſtituta rogatáque hereditatem reſtituere, dotem ex bonis fideicommiſſariis dediſſet, placet Vlpiano non videri in euictionem fideicommiſſi factum quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat. Quamquam enim locus ille eſt de fideicommiſſo relicto a patre non à tranſuerſali agnato aut cognato (quod interpretes fefellit) ratio tamen qua Vlpianus mouetur generalis eſt, & iis omnibus caſibus aptanda in quibus fideicommiſſi alienatio fit ob nuptias quæ ex teſtatoris voto contrahantur, ſiue fiat alienatio illa pro dote, ſiue pro donatione propter nuptias. Cuiuſmodi votum teſtatoris proculdubio ſemper ſubeſt, quoties heredem rogat de reſtituenda hereditate ſub ea conditione *ſi ſine liberis.* Siue ex aſcendentibus, ſiue ex tranſuerſalibus teſtator eſſe dicatur. Nec eſt contrarium quod proximo capite diſputauimus, tum etiam cùm fideicommiſſum ab vno ex aſcendentibus iniunctum eſt, non eſſe permittendum, vt ex fideicommiſſo dotes & legitimæ portiones deſcendentibus debitæ detrahantur. Id † 4
enim (quod ad eas perſonas attinet quæ ſuo commodo dotem aut donationem propter nuptias ex fideicommiſſo deducunt) ad ea demum fideicommiſſa pertinere volumus, quæ vel purè vel in diem, aut ſub alia quàm liberorum conditione relinquuntur. Etſi non ignoro tacitè conditionem illam liberorum ſubintelligi in fideicommiſſis omnibus, ex coniectura pietatis quæ Papinianum mouit in *l. cum auus 102. De condic. & demonſtr.* Quod ad eas verò perſonas, † quæ nec rogatæ 5
ſunt, nec ſubſtitutæ, nec proinde fideicommiſſario obſtant, generaliter defendo nihil pro iis ex fideicommiſſo deduci poſſe ſub prætextu dotis aut ante nuptias donationis, vtputa ſi quis rogatus eſt ſub ea conditione *ſi ſine liberis maſculis deceſſerit* dotare filias ſuas velit ex bonis fideicommiſſariis, alia fortaſſis nulla habens, ex quibus paternum officium implere poſſit. Non enim quæ voluntatis ratio & coniectura facit, vt liceat ei ex fideicommiſſo tantum detrahere quantum neceſſe habeat ad quærendos liberos, ſuadet etiam vt pro notandis aut legitimandis filiabus idem admittatur, de quibus ſcilicet teſtator non cogitauit, niſi ad eas excludendas hoc ipſo quod ſolos maſculos poſuit in conditione, per quos fideicommiſſarius excludi poſſet. Itaque non facio meliorem conditionem tranſuerſalium quàm deſcendentium, quòd ſanè abſurdum eſſet, ſed eius demum cuius nuptias teſtator prænidit & in votis habuit quam cæterorum, de quorum liberis nullomodo cogitauerit. Nam nec de illorum nuptiis cogitaſſe videri po-
teſt. Sanè quod Iuſtiniani † conſtitutio *Nouella de re-* 6
ſtit. & ea quæ parit vndec. menſ. præcipit vt ea fideicommiſſa

miſſi diminutio quæ fit pro dote aut donatione ante
nuptias certo modo coanguſtetur pro perſonarum di-
gnitate & qualitate. Videtur mihi in omnibus iſtis
cauſſis diſtrictè obſeruandum ne qua fideicommiſſo
fraus fiat, ſicut & quod Vlpiano placet in *d. §. cùm pro-
poneretur*, nihil ex fideicommiſſo deducendum eſſe ſi ex
fructibus pendente fideicommiſſi conditione perceptis
non incommodè potuerit confici ea ſumma, quam ex
fideicommiſſo detrahere licuit ad dotem vel donatio-
nem propter nuptias conſtituendam. Nam etſi aliunde
quàm ex bonis fideicommiſſo ſubiectis ea quantitas
confici poſſet, nihil certè de fideicommiſſo diminuen-
do tractari oporteret.

ERROR IV.

*De conſeruandis legatis & fideicommiſſis ex te-
ſtamento quod nullum & iniuſtum eſt
ratione præteritionis paternæ.*

SVMMARIA.

1 *Ex cauſſa præteritionis vel exheredationis irrito facto teſtamento ſolas inſtitutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere à Iuſtiniano conſtitutum eſt.*

2 *An ea conſtitutio locum habeat in præteritione qualibet, variæ interpretum ſententiæ.*

3 *De præteritione paterna non poſſe d. conſtitutionem intelligi contra interpp. & pragmatic.*

4 *Diſtinctio exheredationis à Bartolo propoſita exploditur.*

5 *L. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. in præteritione materna locum non habere, contra pragmaticos.*

1 EX cauſſa † præteritionis vel exheredatio-
nis irrito facto teſtamento ſolas inſtitu-
tiones vitiari, cætera autem omnia firma
permanere placuit Iuſtiniano in *Nouell.*
115. *Vt cùm de appellat. cognoſcit. §. aliud quoque capitu-
lum, & ſeqq.* ex quo loco deprompſit *Irnerius Authent.
ex cauſſa C. de liber. præter.* Quæſtio autem magna eſt in-
2 ter iuris noſtri interpretes, an ea † conſtitutio locum
habeat in præteritione qualibet, id eſt, etiam paterna.
Non enim defuerunt iam olim qui dicerent præterito
per patrem filio qui fuit in poteſtate non magis legata
quàm inſtitutiones conſeruari poſſe, vt *Bartolus* refert.
Sed tamen contraria ſententia quæ ipſius quoque *Bar-
toli* fuit non modò ab interpretibus ferè cæteris omni-
bus ſed etiam & pragmaticis magis probata eſt, vt hac
parte nihil interſit de paterna, an de materna præteri-
tione tractetur: omnique caſu corruant inſtitutiones,
legata autem & fideicommiſſa cæteraque huiuſmodi de-
fendantur: Teſte *Guidone Papio* præcipui apud nos no-
3 minis pragmatico, *quæſt.* 426. Quæ ſententia † mihi
ſemper adeò abſurda & improbabilis eſſe viſa eſt, vt vix
putem dici poſſe quicquam abſurdius. Nam præter id
quod iuris ratio euidentiſſimè repugnat, quæ non patitur
vt ex teſtamento quod ab initio nullum & iniu-
ſtum fuit, nec vnquam valuit, aliquid debeatur, vt pluri-
bus à nobis diſputatum eſt ad *l. filio præterito* 17. *D. de
iniuſt. & irrit. fact. teſtament. lib. 9. Coniect. cap.* 14. Illud
etiam manifeſtiſſimum eſt totam eam Iuſtiniani conſti-
tutionem illò pertinere, vt ea demùm teſtamenta hodie
fiant irrita ex cauſſa præteritionis vel exheredationis,
quæ vetere iure inſpecto eſſent valitura, nec niſi per
querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſent. In
quorum numero ea proculdubio non ſunt in quibus
præteritus fuit filius in poteſtate. Numquam enim nul-
loque iure teſtamenta eiuſmodi valuerunt. Et quamuis
negari non poſſit Iuſtinianum in nouo illo iure indu-
cendo non ſolùm ad fauorem liberorum reſpexiſſe, ne
tam facilè & ſine cauſſæ inſertione iuſta probataque ex-
heredari poſſent liberi, ſiue à patre, ſiue à matre aut ab
alio ex aſcendentibus, vt nec contra aſcendentes à deſ-
cendentibus, ſed etiam ad fauorem teſtamentorum, vt
non per querelam inofficioſi teſtamenti, ſed nouo quo-
dam iure reſcinderentur, ita vt legata nihilominùs & fi-
deicommiſſa conſeruarentur. Attamen illud etiam fa-
tendum eſt non aliis teſtamentis fauere Iuſtinianum vo-
luiſſe, quàm iis de quibus reſcindendis tractauit, & con-
ſequenter non illis quæ ab initio nulla fuerunt, de
quorum ſcilicet reſciſſione, nec tractari poteſt, cùm fieri
nequeat, vt quod nullum ſemper fuit ex poſtfacto rum-
patur, aut irritum fiat, aut reſcindatur, *l. nam etſi* 5. *D.
de iniuſt. rupt.* Fateor Iuſtinianum ea conſtitutione fre-
quentem facere mentionem præteritionis ſicut & ex-
heredationis, quæ res *Bartolum*, cæteróſque vulgares
interpretes fefellit: ſed quid apertiùs quàm de ea præ-
teritione intelligi id debere quæ ſit loco exheredatio-
nis? Eandem enim vbique rationem Iuſtinianus conſti-
tuit præteritionis & exheredationis: quod vtique pa-
ternæ præteritioni conuenire non poteſt, quæ ſemper
pro præteritione habetur, nunquam pro exheredatio-
ne. Sicut nec illud paternæ præteritioni congruit, quod
tamen potiſſimum ea Iuſtiniani lege inducitur vti ne
poſſit fieri præteritio niſi inſerta cauſſa. Quantumcun-
que enim pater cauſſam inſerat præteritioni dato for-
taſſis legato duntaxat ei quem neque inſtituit, neque
exheredauit, nunquam faciat vt eo meliùs aut ſecuriùs
teſtamentum condidiſſe videatur. At conueniunt illa
omnia optimè præteritioni maternæ, non minùs quàm
exheredationi, quoniam & in omnibus habetur pro ex-
heredatione, & conſequenter eaſdem ipſas conditiones
& adiectiones omnes recipit, quas exheredatio recipere
poſſet. Neque verò vt videtur *Irnerius* hoc ignoraſſe
qui Authenticam ſic concepit *ex cauſſa exheredationis
vel præteritionis irrito facto teſtamento.* Neque enim irri-
tum fit ex cauſſa præteritionis paternæ cùm ab initio vt
iam dictum eſt, nullum ſit & iniuſtum. Priùs enim eſt vt
teſtamentum aliquando valuerit, quàm vt in irritum
deduci poſſit. Vnde illud eſt quod *tit. De liber. & poſth.*
ſeparatus eſt à *tit. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſtam.* pri-
móque ordine collocatus. Suauis verò eſt Bartolus, † 4
qui vt patris præteritionem habere poſſit pro exhere-
datione diſtinguit tres exheredationis gradus & ſpe-
cies, vnam quæ propriè, alteram quæ largè, tertiam quæ
largiſſimè exheredatio appelletur, largam exheredatio-
nem vocans eam quæ fit tacita & ex tacito teſtantis iu-
dicio inducatur, cuiuſmodi, inquit, illa eſt quæ ineſt
præteritioni non minùs paternæ quàm maternæ, quam
pro exheredatione haberi debere probat exemplo mili-
tis, cuius priuilegium, inquit, non in eo eſt vt filium,
quem in poteſtate habet prætereundo cenſeatur eum
exheredare, ſed vt ea exheredatio tacita valeat & ſuffi-
ciat, quæ in pagano nec ſufficeret nec valeret. In quo
ſanè fallitur. Neque enim ſic Iureconſulti loquuntur, vt
præteritionem à milite aut à matre factam exheredatio-
nem vocent (nunquam enim confundunt iura & no-
mina præteritionis & exheredationis) ſed hoc tantùm
dicunt habendam eam eſſe pro exheredatione. Idque
ſanè ex priuilegio quod ad militem pertinet, quod verò
ad matrem, iure conſtituto, quia nec neceſſe eſt ad vali-
dandum teſtamentum vt filium illa inſtituat vel exhe-
redet, cùm non habeat liberos in poteſtate, *l. 4. §. ad teſt.
D. de bonor. poſſ. contra tabul.* Ergo in patre non milite
qui neque vllum priuilegium habet, neque prætereun-
di filij poteſtatem, contra dicendum erit vt ſi eum præ-
terierit, eiuſmodi præteritio, ſicuti exheredatio nullo-
modo eſt, ita neque pro exheredatione habeatur, & con-
ſequenter ad hanc præteritionem non pertinebit Iuſti-
niani conſtitutio, quæ tota eſt de liberis aut parentibus

ſine cauſſa exheredatis ad coanguſtandam nimiam illam exheredandi licentiam quam ius vetus indulgebat: non etiam ad indulgendum patri vt liberos, quos in poteſtate habet, præterire poſſit dummodò incerta præteritionis cauſſa, quos anteà omnimodo inſtituere vel exheredare cogebatur. Æquè verò inepta eſt alia pragmaticorum dubitatio, an *lex filio præterito* 17. *D. de iniuſt. rupt.* quæ de paterna præteritione loquitur, habeat locum etiam in materna. Illud autem multò ineptius quod concludunt habere. Sic enim *Guido Papius dicta q.* 426. Quaſi verò Papinianus eo loco ſentiat, ex teſtamento quod per præteritionem filij in poteſtate conſtituti nullum ſit & iniuſtum, legata nihilominùs & fideicommiſſa & libertates conſeruari ſi filius præteritus non conqueratur. Quod ſi ita eſſet, faterer vtique multò magis idem in filio à matre præterito admittendum fore, quia præteritio materna cùm pro exheredatione habeatur, vt diximus, non facit teſtamentum nullum & iniuſtum, aut qua alia ratione vlla vitioſum. Proinde multò maior ratio eſt, vt ex teſtamento materno quàm vt ex paterno in quo filius præteritus ſit præſtentur omnia quæcunque eo teſtamento relicta fuerunt. Sed cùm ex contrario Papiniani ſententia illa ſit in *d. l. filio præterito*, vt quamuis teſtamentum patris per ſui heredis præteritionem nullum & iniuſtum ſit, legata tamen & libertates debeantur ab inteſtato ex ſumma æquitate cùm filius præteritus partem fratribus inſtitutis non auocauit, quia hoc caſu perinde fruuntur heredes inſtituti pleniſſima voluntate patris ac ſi teſtamentum valeret, quemadmodum interpretati ſumus in ſuperioribus. Apparet nihil eſſe quod in teſtamento matris quæ filium præterijt ſimiliter tractari poſſit. Valent enim legata, fideicommiſſa, libertates & cætera omnia quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, debentúrque, ſiue filius præteritus partem fratribus inſtitutis auocauerit ſiue non. Et quidem ex teſtamento non ab inteſtato, quia & teſtamentum ipſum valet. Nec proinde dubitandi cauſſa vlla eſt cur non ex teſtamento ſolenni debeantur omnia, quæ ab herede præſtari teſtatrix voluit.

ERROR V.

De teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo. Et de clauſula omni meliori modo.

SVMMARIA.

1 *Erronea ſententia interpretum & pragmaticorum aientium teſtamentum alias nullum & iniuſtum, ſeu ruptum & irritum defendi per clauſulam codicillarem.*
2 *In quo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris.*
3 *Effectus clauſulæ codicillaris.*
4 *Auxilium clauſulæ codicillaris vt differat ab auxilio Iuſtinianeæ conſtitutionis in Nou.* 115.
5 *Teſtamentum à teſtatoris voluntate diſtinguendum eſſe, contra pragmaticos.*
6 *Errare in nomine quando periculoſum.*
7 *Error pragmaticorum de effectu* clauſulæ, omni meliori modo.

NOn poſſum mihi temperare quin rideam
1 nudis dentibus, quoties pragmaticos † & interpretes noſtros ſic loqui audio, vt dicant teſtamentum quod alioqui nullum & iniuſtum, aut ruptum irritúmve proponatur, defendi per clauſulam codicillarem, quaſi in eo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris vt teſtamentum iam col-
2 lapſum reſtituat, ac non potiùs † vt eam teſtantis voluntatem, quæ teſtamento minùs ſolenni aut rupto irritóve declarata eſt, inteſtati iure tueatur. Aut quaſi nihil interſit an voluntas teſtatoris ex teſtamento ipſo exitum, effectumque ſortiatur, an ab inteſtato. Inter quæ tamen quantum interſit non eſt vel ex ipſis pragmaticis qui ignoret. Sicut enim id quod ex teſtamento debetur ab inteſtato peti nequit, ita nec dubitari poteſt quin malè agat ob ídque ſuccumbere debeat, quiſquis ea quæ teſtamento nullo aut rupto vel irrito facto relicta ſunt, petit ex teſtamento, cùm non niſi ab inteſtato debeantur. Effectus † igitur clauſulæ codicillaris hic tantùm 3
eſt vt inſtitutionem directam quæ iure inſtitutionis valere non poteſt (inſtitutio enim ipſa eſt quæ teſtamentum conſtituit, & ex qua teſtamenti ius viciſſimque ipſam ex teſtamenti iure pendere neceſſe ſit) flectat ad cauſſam fideicommiſſi, ad obligandum inteſtati ſucceſſorem vt heredibus inſtitutis hereditatem ab inteſtato reſtituat: poſteaquàm placuit ab inteſtato quoque non minùs quàm ex teſtamento fideicommiſſa relinqui poſſe *l. 3. l. conficiuntur* 8. *D. de iur. Codicill. l. quærebatur. D. de teſtam. milit.* Vnde fit vt heres inſtitutus qui ſi ex teſtamento ſuccederet non modò totius hereditatis dominium, ſed etiam poſſeſſionem illam conſuetudinariam qua omnes ferè gentes hodie vtuntur, ſibi adſerere poſſet, cogatur vtrunque petere à legitimo herede, paríque detractionem falcidiæ, non ſecus ac ſi legitimus heres teſtamento ipſó inſtitutus, déque hereditate reſtituenda rogatus proponeretur. In eóque nimirum differt † 4
auxilium clauſulæ codicillaris ab auxilio Iuſtinianeæ illius conſtitutionis, de qua proximo capite diſputauimus, & ex qua ſumpſit *Irnerius Authent. ex cauſſa. C. de liber. præter.* Fecit enim Iuſtinianus pro ſuo imperio & inuita ipſa iuriſprudentia vt quamuis ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habenda ſit ruptum irritúmve factum fuerit teſtamentum, ſiue ob non inſertam exheredationis cauſſam iuſtam à teſtatore, ſiue ob non probatam ab herede eam quam teſtator inſeruit, legata nihilominùs & fideicommiſſa, & libertates, cæteráque omnia eo teſtamento relicta ſolis inſtitutionibus vniuerſalibus & particularibus (non dico *ſingularibus*) exceptis ex ipſo teſtamento debeantur, perindéque teſtamenti iure peti poſſint ac ſi teſtamentum valeret, neque ruptum aut irritum factum fuiſſet. At codicillaris clauſula ſicuti ex iure communi teſtantíſque voluntate dependet, ita facere non poteſt vt quicquam debeatur ex teſtamento quod non valet, quia nec in teſtantis arbitrio & poteſtate eſt facere quominus leges locum habeant in ſuo teſtamento. Quinimò habet neceſſariò eam conditionem ſiue expreſſam ſiue tacitam *ſi teſtamentum non valebit*. Quomodo igitur fieri obſecro poteſt vt teſtamentum tueatur? Tuetur ſanè voluntatem teſtatoris. Ex eóque pragmaticis nata eſt errandi occaſio, non diſtinguentibus teſtamentum à teſtatoris voluntate: Cùm tamen † diſtingui debere ex eo 5
appareat, quod teſtamentum non ex qualibet teſtatoris voluntate æſtimatur, & conſtituitur, ſed ex ea demùm quæ iuſta ſit & ſolennis. Quare nec voluntatem teſtatoris conſeruat clauſula codicillaris eo ipſo modo quo teſtator voluit, ſed eo demum quo lex patitur eam voluntatem ſubſiſtere. Tranſlata ſcilicet cauſſa inſtitutionis ad cauſſam fideicommiſſi, traductóque iure legatorum ad ius fideicommiſſorum, quia iuris ratio non patitur vt ab inteſtato legata tanquam legata debeantur, & à legitimo herede quicquam directis verbis relinquatur. Dices fortaſſe verborum errorem hunc eſſe non rerum. Ego verò iam oſtendi quàm periculoſum † ſit er- 6
rare in nomine cùm diuerſitas nominis inducit diuerſitatem iuris, & æquè indignus ſanè vterque error eſt quem iuriſprudentes ferre debeant, quibus nihil antiquius eſſe debet quàm vt partitè diſtinctéque loquantur. Igitur nec illud ferendum eſt † quod pra- 7
gmatici paſſim iactitant eundem eſſe debere effectum

clauſulæ *omni meliori modo* qui eſt clauſulæ codicillaris, ſi forte omiſſa clauſula codicillari, teſtator, vt plerumque fit, teſtamentum ſuum omni meliori modo valere præceperit. Scilicet vt ab inteſtato quoque & ex fideicommiſſo admittatur heres inſtitutus perinde acſi codicillaris clauſula adſcripta eſſet. Quis enim vnquam prudentum dixit aut à prudentibus audiit teſtamentum valere poſſe ab inteſtato? An non prorſus pugnantia & contradictoria hæc ſunt, Valere teſtamentum, & valere ab inteſtato? Itaque quiſquis teſtamentum ſuum valere vult omni meliori modo, illud tantùm præcipere intelligendus eſt vt valeat teſtamentum omni meliori modo quo fieri poteſt vt valeat, tanquam teſtamentum, id eſt aut iure teſtamenti in ſcriptis, aut iure nuncupatiui. Alias enim teſtamentorum formas & ſpecies nullas habemus. Cui conſequens eſt vt ſi neutro iure teſtamentum valere poſſit, inutilis ſit ea clauſula & ſine effectu. Aliud ſanè eſt ſi ſic concepta proponatur vt teſtator ſuã voluntatem omni meliori modo valere iuſſerit. Poſſunt enim commodè verba illa hanc admittere interpretationem vt voluntas quæ iure teſtamenti valere nullomodo poteſt defendatur iure voluntatis inteſtati, adeóque ſi cætera congruant quæ ad mortis cauſſa donationem requiruntur, iure donationis cauſſa mortis. Eritque hoc caſu maioris effectus huius clauſulæ *omni meliori modo* quàm codicillaris. Neque enim clauſula codicillaris inducere vnquam poteſt donationem cauſſa mortis, ſed tantùm ius fideicommiſſi tanquam ab inteſtato relicti. Neque verò nouum eſt vt ad voluntatem teſtatoris quocunque iure tuendam alia verba accommodentur, quàm quibus codicillaris clauſula vulgò concipi ſolet: Nam & ſufficeret iis verbis vſum eſſe teſtatorem quibus apud Scæuolam Lucius ille Titius, de quo in *l. Lucius* 88. §. *vlt. de legat. Si quid minùs ritè legitiméque fecero pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

ERROR. VI.

De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis aut futuri.

SVMMARIA.

1 *Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur.*
2 *Quantum referri putent pragmatici an clauſula codicillaris ſit concepta per verba præſentis, an per futuri temporis.*
3 *Quàm improbabilis ſit Bartoli & aliorum pragmaticorum diſtinctio.*

1 CLauſula † codicillaris quæ in teſtamentis ferè omnibus hodie inſeri ſolet non iiſdem ſemper verbis concipitur, ſed nunc iis quæ ad præſens tantùm tempus, nunc iis quæ etiam ad futurum referantur. Prioris conceptionis formula hæc eſt, *ſi teſtamentum meum non valet, volo defendi voluntatem meam ab inteſtato iure codicillorum.* Poſterioris illa *ſi teſtamentum meum non valet aut valebit.* Multum † autem referre interpretes & pragmatici vul-
2 gò putant vtro modo concepta ea clauſula proponatur. Nam priore caſu non aliter vim & effectum habere, quàm ſi iam inde ab eo tempore quo teſtamentum fit incipiat non valere. Poſteriore verò nihil prorſus intereſſe an teſtamentum ab initio valuerit, an poſtfacto ruptum irritúmue factum ſit. Vtrumque, inquiunt, propter verba conditionis quæ aliter atque aliter concepta aliam atque aliam teſtantis voluntatem demonſtrant. Sic enim *Bartolus* hac in re ſi qua vnquam in alia adprobatus in *l. 1. D. de iur. codicill.* Quæ tamen diſtinctio
3 † ne mihi ſimiliter probari vnquam potuerit illud facit, quòd teſtamentum etſi ex eo potiſſimùm tempore quo fit vires accipere debet, quia ex futuri temporis euentu pendere nunquam poteſt, non aliter tamen valere dici poteſt, quàm ſi eo quoque tempore valeat, quo teſtator moritur, ſi pura inſtitutio fuit, aut quo exiſtit conditio ſi ſub conditione ſcriptus heres proponatur. Quin & aditæ hereditatis tempus ſpectamus, ſi de extraneo non etiam de ſuo herede agatur. Id enim eſt quod dici ſolet, in extraneis heredibus tria tempora ſpectari *l. ſi alienus* 40. §. *in extraneis. D. de hered. inſtit.* Quod cùm ita ſit, dico prorſus conſequens eſſe vt eo quoq; caſu quo clauſula codicillaris per verba illa præſentis tẽporis concepta fuerit *ſi teſtamentum meum non valet*, perinde effectum ſuum operari debeat, acſi futuri etiam temporis verba illa eſſent adiecta *aut non valebit.* Cùm vtroque caſu perinde verum ſit non valere teſtamentum eo tempore quo de viribus eius quæri poteſt, id eſt poſt mortem teſtatoris, licèt anteà & ab initio valuerit. Sicut enim ſola teſtatoris morte teſtamentum confirmatur, & in id demum tempus tota vis effectúſque teſtamenti confertur, vt ex eo apparet quod teſtamentum diffinimus iuſtam cuiuſque ſententiam de eo quod poſt mortem ſuam fieri velit, ita dubitari meo iudicio non poteſt quin teſtator cùm ita loquitur, *ſi teſtamentũ meũ non valet*, quãuis non adiiciat *aut valebit*, de eo quoque tempore ſentiat quod poſt teſtamentum conditum adeóque poſt mortem ſuam futurum eſt, quia nec prius quærendum eſt an valeat necne, tametſi iam inde ab initio, vt dictum eſt, valere ſuiſque viribus conſtare debuerit, nihilque prodeſt quod eo tempore valuerit quo factum fuit, ſi poſtea deſierit valere antequam morte adeóque aditione, vt loquar generaliùs adquiſitione hereditatis confirmetur, non magis quàm ſi nullo vnquam tempore valuiſſet. Quid enim teſtatoris intereſt an teſtamentum nunquam valuerit, an verò valere deſierit, cùm perinde hoc atque illo caſu faciat ipſe exitum inteſtati? An non ea voluntas eſt eius qui adſcribit clauſulam codicillarem, vt ſi ex teſtamento ſuccedi non poterit codicillos ab inteſtato feciſſe exiſtimetur? Atqui ab inteſtato vnus tantum caſus eſt, inquit *l. ab inteſtato* 16. *D. de iur. codicill.* nec quod teſtamentum ab initio fuerit nullum & iniuſtum facere poteſt vt ideo magis ab inteſtato ſuccedatur, quàm ſi ex poſtfacto ruptum irritúmve factum proponeretur. Et ſanè quis credat teſtatorem, qui prudentiſſimo conſilio ſibi prouidere voluerit in vtrumque euentum teſtamentariæ & legitimæ ſucceſſionis, caſum aliquem relictum voluiſſe in quo neque ex teſtamento, neque ab inteſtato voluntas ſua exitum ſortiri poſſet? Aut ſi admittas quod negare non poſſis, id animo agitaſſe teſtatorem vt ſibi in omnem caſum conſuleret, quis patiatur tam improbè circumueniri fraudarique prudentis hominis conſilium, vt perinde voluntas eius rupto irritóvè facto teſtamento intercidat, acſi nullam penitus in caſum ſucceſſionis inteſtati cautionem adhibuiſſet? Sic enim fit vt deterioris conditionis ſit voluntas teſtatoris qui ab initio vtiliter teſtatus eſt, quàm futura eſſet ſi perperam ac contra leges teſtatus fuiſſet: Quod tamen quàm abſurdum ſit facilè æſtimare poteſt quiſquis rationem habere velit pro iure. Quare nec habent interpretes, & pragmatici quod pro commentitia huiuſmodi diſtinctione tuenda, ex prudentum reſponſis aut Imperatorum reſcriptis adferant, aut ex ipſa denique iuris ratione, ſed nituntur ſola illa ſcrupuloſa verborum obſeruatione quam ij ipſi tam ſæpe aliàs ridere ſolent, tùm etiam cùm ridere non deberent. Quid ergo ſi teſtator non præſentis aut futuri temporis verbo vſus ſit, ſed infinitiuo & indefinito, puta ſi dixerit *volo hoc meum teſtamentum valere iure codicillorum?* Placet *Bartolo* & interpretibus poſſe verba illa ſufficere vt is quoque caſus tuendæ ab inteſtato voluntatis comprehendantur quo teſtamentum ab initio validum ex poſtfacto deſierit valere, quoniam verborum ſenſus

nullius

nullius certi temporis adiectione finitus hanc interpre-
tationem & extenſionem facilè patiatur. Quid ſi clau-
ſula ſic concepta fuerit *ſi teſtamentum hoc valere non po-
teſt?* Idem *Bartolus* putat, quia, inquit, verbum *poteſt*
extenſiuum quoque eſt vt etiam futurum tempus com-
prehendat. Verumque rectè ſi errorem illum tollas quem
proximo capite refutauimus, quod teſtamentum à te-
ſtantis voluntate non ſeparans, putat fieri poſſe per clau-
ſulam codicillarem vt teſtamentum ab inteſtato defen-
datur. Sed hoc vnum malè quod non idem admittit aliis
omnibus caſibus, id eſt, quibuſcunque tandem verbis
concepta fuerit clauſula codicillaris. Neque enim vo-
luntas teſtatoris patitur, vt hac parte aliquis ſupradictæ
diſtinctioni locus relinquatur.

ERROR VII.

De poſthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clauſulam adſcripſit.

SVMMARIA.

1 *Nato poſthumo qui præteritus fuit rumpitur teſtam.*
2 *Quæ ſit vis & poteſtas clauſulæ codicillaris in teſtamento in quo poſthumus eſt præteritus, ex Bartoli ſententia.*
3 *Bartoli obſtringentis fideicommiſſo poſthumum ſcienter præteritum non item rationes ſi ignoranter.*
4 *Aliorum ſubdiſtinctio.*
5 *De propoſita quæſtione & ad eam interpretum diſtinctionem autoris ſententia.*
6 *Codicillis ab inteſtato ſcriptis, natus poſthumus quem teſtator ignorauerat, fideicōmiſſum præſtare tenetur.*
7 *Sententia l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.*
8 *Rupto teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatem, valent omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit, eaque à poſthumo præſtanda ſunt.*
9 *Clauſula codicillaris quibuſcumque verbis concepta non minùs afficit poſthumum, quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem.*
10 *Reiicitur eorum ſententia qui poſthumum ignoranter præteritum fideicommiſſo ita obſtrictum putant, vt poſſit duplicem quartam detrahere.*

1 ETſi non dubitatur quin nato † poſthumo qui
præteritus fuit rumpatur teſtamentum ſiue poſt
teſtamentum natus fuerit, ſiue poſt mortem patris qui
eum habiturus erat in poteſtate, itémque ſiue ſcienter,
ſiue ignoranter præteritus proponatur, tamen cùm quæ-
ritur de vi & poteſtate clauſulæ codicillaris in eo teſta-
2 mento adiectæ frequentior interpretum ſententia eſt †
quæ *Bartoli* primùm fuit ad *Auth. ex cauſſa Cod. de liber.
præter.* diſtinguendum eſſe an ſcienter præteritus fuerit,
an ignoranter. Priore caſu fatentur poſſe clauſulam co-
dicillarem facere vt poſthumus ab inteſtato ſuccedens
rogatus videatur de hereditate tanquam ex fideicom-
miſſo reſtituenda ei qui teſtamento heres inſtitutus fuit,
non ſolùm ſi filius alius teſtatoris iam natus, ſed etſi ne-
pos aliúſve in gradu remotior adeóque extraneus fuerit
inſtitutus, ſi modò inquiunt, concepta ſit clauſula per
verba quæ non præſentis tantùm temporis ſint, ſed
etiam futuri, aut quæ ſaltem per interpretationem ad fu-
turum quoque tempus extendi poſſint. Poſteriore verò
caſu negant clauſulæ codicillaris quibuſcunque tandem
verbis concepta ſit tantam poteſtatem eſſe debere: ſed
perinde acſi adiecta non eſſet, poſthumum de quo te-
ſtator non cogitauit ab inteſtato ſuccedere ſine onere
vllo fideicommiſſi. Quanquam autem non deſunt qui
adfirment contrariam ſententiam quæ poſthumum ig-
noranter quoque præteritum fideicommiſſo puro ob-
ſtringit, ſi clauſula codicillaris concepta ſit per verba
futuri temporis, non ſolùm veriorem eſſe, ſed etiam re-
ceptiorem, vt videre eſt apud *Teſſaurum Deciſ. Pede-
mont.* 141. & *Borgninum Caualcanum Deciſ.* 24. *part.* 3.
pragmaticis tamen noſtris magis placet diſtinctio *Bar-
toli* vt quæ ſit æquior hoc ipſo quòd fauet filio eidém-
que poſthumo de quo excludendo teſtator nullomodo
cogitarit. Mouentur † autem ex eo potiſſimùm quòd 3
cùm totus effectus clauſulæ codicillaris ex teſtatoris
mente ac voluntate pendeat, qui vtique eam clauſulam
adſcribendo id agere intelligitur vt ſucceſſor inteſtati
de hereditate ſcripto heredi reſtituenda rogatus videa-
tur, ferendū non eſt vt vllo vnquam caſu operetur con-
tra voluntatem: quod ipſum tamen, inquiunt, eueniret
ſi prodeſſet heredi ſcripto ad cauſſam fideicommiſſi ab
inteſtato petendis cōtra poſthumum de quo pater non
cogitauit. Prius enim eſt vt de ea perſona cui fideicom-
miſſi onus iniungitur, cogitatum ſit quàm vt ei fidei-
commiſſum iniunctum fuiſſe videri poſſit. Etſi enim ig-
noranti perinde ac ſcienti fideicommiſſum & dari & in-
iungi poteſt, nemo tamen ignorans fideicommittit. Sunt
tamen † qui adhuc ſubdiſtinguendum exiſtiment, an 4
heres ſcriptus eo teſtamento quod poſthumi agnatione
ruptum fuit, ex teſtatoris deſcendentibus ſit, an non, vt
ſi ſit ex deſcendentibus, fideicommiſſum petere poſſit
ex clauſula codicillari, ſin ſecus, non poſſit. Cuius ſub-
diſtinctionis ratio illa affertur, quòd multò fauorabilior
ſit filius quàm extraneus, & dignior cuius gratia fiat ea
interpretatio quæ à iuris ratione minùs aliena eſſe videa-
tur: ſicut & fauorabilior eſt filius iam natus, & teſtatori
cognitus, quàm poſthumus qui tantùm abeſt vt teſtatori
cognitus fuerit, vt de eo pater nequidem cogitarit. Illa
denique diſtinctio pleriſque placet, an poſthumus ig-
noranter præteritus natus ſit viuo adhuc teſtatore qui
teſtamentum mutare potuerit, nec mutauerit, an poſt
mortem teſtatoris, aut viuo quidem eo, ſed ita tamen vt
non habuerit pater facultatē mutandi teſtamenti. Priore
caſu admittunt poſſe clauſulam codicillarem operari
contra poſthumum etiā extraneo herede inſtituto. Quaſi
negari non poſſit quin ſaltem generaliter de poſthumo
cogitatum ſit, eúmque ab inteſtato grauatum pater vo-
luerit, qui cùm aliud teſtamentum facere poſſet, in cō-
que poſthumum abſque onere fideicommiſſi inſtituere,
maluit tamen decedere cū priore teſtamento, rupto qui-
dem, ſed tamen clauſulam codicillarē habente: non item
ſi teſtamentum mutari non potuit, quia non poteſt capi
voluntatis coniectura ex eo quòd teſtamentum muta-
tum non ſit ab eo qui mutare non potuit, tametſi mu-
tandi voluntatem quam maximè habuerit. Diſplicet ta-
men coniectura hæc pleriſque exiſtimantibus patremfa-
milias qui teſtamentum mutare potuit, nec voluit, tantò
magis hoc ipſo declaraſſe inteſtatum velle ſe decedere,
quippe cùm ſciuerit aut ſcire debuerit teſtamentum ru-
ptum eſſe apertámque viam legitimæ ſucceſſioni. Ego † 5
non ſolùm ſupradictas omnes diſtinctiones ſuperuacuas
& improbabiles eſſe arbitror, ſed & quæſtionem ipſam
otioſam ſi iure & legibus non interpretum nugis aga-
tur. Nam vt taceam quod iam ſuperiore capite diſputa-
ui nihil prorſus intereſſe quibuſnam verbis concepta
ſit clauſula codicillaris, an iis quæ præſens dūtaxat tem-
pus an quæ etiam futurum demonſtrent, mihi videntur
interpretes omnes in eo errare, quòd aliam cauſſam con-
ſtituunt codicillaris clauſulæ, aliam codicillorum ab in-
teſtato ſcriptorum. Si enim † proponeres nullo facto te- 6
ſtamento codicillos tantùm ab inteſtato ſcriptos eſſe,
iiſque rogatum legitimum ſucceſſorem vt hereditatem
Sempronio reſtitueret, ac ſubinde poſt patris mortē na-
tum poſthumum quem teſtator codicillorum tempore
ignorauerat, non puto eſſe ex interpretibus aut pragma-
ticis qui negare auſit, obligatū ex codicillis poſthumum
vt fideicommiſſum præſtare teneatur quod alius quili-
bet inteſtati ſucceſſor præſtare teneretur. Id enim eſt

7 quod eleganter † Paulus ſcribit *in l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* Ab inteſtato factis codicillis relicta debere eum qui poſtea quoque natus ſit, & quicunque ab inteſtato ſucceſſerit codicillos locum habere, quoniam, inquit, ab inteſtato vnus tãtùm caſus eſt, nec agnatione poſthumi codicillos euanuiſſe dici poteſt. Senſus eſt multum referre hac parte an teſtamentũ aliquod factum ſit, néc ne. Teſtamento enim facto duplex caſus eſt: Vnus ſi teſtamentum & vires & effectum habeat, & ex teſtamento ſuccedatur. Alter ſi teſtamento vel iniuſto, vel rupto aut irrito poſtea facto perinde ſuccedatur ab inteſtato, acſi teſtamentum penitus nullum factum fuiſſet. Proinde qui in priorẽ caſum vocatus aut oneratus fuit, non ſtatim conſequens eſt vt in alterum quoque vel vocatus vel oneratus intelligatur. Nihil enim commune habet voluntas teſtati cum voluntate inteſtati, ſicuti nec cauſſa teſtamentariæ hereditatis cum legitima ſucceſſione. At cùm decedit quis ab inteſtato, vnus tantùm caſus eſt, nec fieri poteſt vt vel ex teſtamento, vel magis minúſve ab inteſtato ſuccedatur. Itaque fruſtra quæras quiſnam ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, an filius iam natus, an poſthumus, an alius agnatus cognatúſve. Aut an is quem teſtator ſibi ſucceſſurum ſciuerit, an quem ignorauerit, & de quo cogitare nõ potuerit. Quicunque enim ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, eodem iure ſuccedit, legitimúſque ſucceſſor eſt, & quidem ex voluntate teſtatoris qui ſicut heredẽ ab inteſtato habere omnimodo voluit, ita de omnibus iis proculdubio cogitauit quibus lex hereditatem delatura eſſet, nec de hoc aut illo cogitandũ habuit, cùm ad cauſſam ſucceſſionis inteſtati nihil pertinuerit an hic aut ille ad ſuccedendum proximior futurus eſſet. Neque ſanè vllo iuris loco reperias prudentes hanc diſtinctionem admittere. An is ab inteſtato ſuccedat quem teſtator ſucceſſurum ſperauit, an alius, niſi cùm agitur de fideicommiſſis ab eo nominatim relictis, qui codicillorum tempore ſucceſſurus credebatur, vt in *l. pen. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exi-*

8 *ſtim. de legat. 2.* At rupto † teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatem generaliter & indiſtinctè valere omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit, & à poſthumo perinde atque ab alio quolibet herede præſtanda eſſe apertè ſcriptum eſt in *l. general. 24. §. e. : teſt. D. de fideic. libert.* ita vt pro ſententia noſtra aduerſus commentitias illas interpretum & pragmaticorũ diſtinctiones nihil ſcribi potuerit apertius. Tractat enim eo loco Vlpianus non de codicillis ab inteſtato factis, ſed quod ad rem noſtram magis pertinet de codicillari clauſula adſcripta in teſtamento, quod poſthumi præteriti agnatione ruptum proponebatur: vt intelligamus contrà quàm interpretes, & pragmatici noſtri ſentiant, nihil inter hos caſus intereſſe. Nam qui in teſtamento adſcribit clauſulam codicillarem, licèt non ea primùm mente ſit vt inteſtatus moriatur, quia tamẽ cogitat fieri aliquo caſu, aut aliqua de cauſſa poſſe vt faciat exitum inteſtati, prouidet etiam quantum poteſt in vtrunque euentũ, vt etiam ſi inteſtato eum mori cõtingeret, voluntas tamen eius effectum ſortiatur. Eum ſcilicet ipſum, quem ſortiretur ſi nullo teſtamento facto codicillis duntaxat ab inteſtato ſcriptis iudicium ſuum aperuiſſet. Itaque non minùs ridiculum eſt dicere patrem qui de inteſtati ſucceſſione cogitauit cùm clauſulam codicillarem adſcriberet, non cogitaſſe de poſthumo quem tum ignorabat, quàm ſi quis idipſum diceret eo caſu quo teſtamentum nullum factum fuiſſet. Cogitauit enim de habendo eo herede quem datura ſibi eſſet, quiſquis tãdem ille foret, & conſequẽter de poſthumo ſi quem vnquàm ſibi agnaſci cõtingeret, æquè ac de alio quolibet. Verius igitur

9 eſt quod nos voluimus clauſulam † codicillarẽ quibuſcunque verbis conceptam non minùs afficere poſthumum ſiue ſcienter, ſiue ignoranter præteritum, quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem, ſiue filius ſiue extraneus teſtamento heres ſcriptus ſit, qui tanquam ex fideicommiſſo hereditatem ſibi ab inteſtato reſtitui poſtulet. Quod autem quidam remedij & æquiſſimi tẽperamenti loco induxerunt, vt poſthumus † ignoranter 10
præteritus fideicommiſſo quidẽ obſtrictus intelligatur, ſed tamen duplicem portionem ex fideicommiſſo detrahat, ſcilicet legitimam & Trebellianicam, multò ineptiùs eſt. Conſentiunt enim interpretes & pragmatici quotquot ſunt, fideicommiſſum, huiuſmodi quod ex vi clauſulæ codicillaris à legitimo ſucceſſore datum intelligitur purum eſſe non in diem aut conditionale. Cui conſequens eſt ex iiſdem interpretum traditionibus vt duplex detractio fieri non debeat, ſed legitimæ ſolius: quod vtrunque probatur optimè ex *l. 33. §. 1. D. de iur. codicill.* De quo quia iam ſatis multa & ex profeſſo ſcripſimus in ſuperioribus, *Decad. 11. c. 7.* hîc non repetemus. Hoc tamen addemus, ſicuti eorum ſententiam non probamus qui duplicem illam detractionem vllo caſu admittunt, ita non poſſe nos non probare, quod quidam adnotarũt, multò minùs poſſe huic duplici detractioni locum fieri ſi is qui præteritus fuit tantundem conſequatur ab inteſtato, aut etiã plus quàm ex legitimæ & Trebellianicæ detractione conſecutus eſſet. Quod etſi in poſthumo primi gradus ignoranter præterito contingere non poteſt, facilè tamen contingat in poſthumo ſecũdi gradus, adeoque in nepote iam nato tempore teſtamenti, ſed qui poſtea primum in aui familia gradum tenere cœperit quem teſtamenti tempore non tenebat. Finge patremfamiliâs cùm duos liberos haberet Titiũ & Sempronium, eos ex inæqualibus portionibus inſtituiſſet, Titium ex beſſe, Sempronium ex triente aut vtrumque quidem ex ſemiſſe, ſed prælegatis, Titio ad beſſem vſque, Sempronio autem non niſi ad trientem relictis. Nepotes verò quos ex Sempronio filio, vel iam tum habebat, vel habere aliquando poterat, ſiue conſultò, ſiue ignoranter præteriiſſe, nec eo minùs tamen clauſulam codicillarem adſcripſiſſe. Si poſtmodum Sempronius viuo patre decedat ſuperſtitibus liberis, nemo dubitat, quin quaſi agnatione ſui heredis teſtamentum ruptum ſit, ob non inſtitutos ex præſcripto legis Velleæ nepotes: quos tamen propter clauſulam codicillarem haberi oporteat pro rogatis vt hereditatem quam ab inteſtato percipiunt Titio patruo reſtituant iure fideicommiſſi. Neque enim meliores hac parte cõditionis eſſe poſſunt, quàm poſthumus præteritus ignoranter, cùm & ipſi poſthumorum loco eſſe dicãtur *l. poſthumorum 14. D. de iniuſt. rupt.* Sed an totam patrisfamilias hereditatem reſtituent? Interpretes negãt. Recténe an ſecus videbimus in ſequentibus. Ergo ſi interpretibus credimus, eam ſolam portionem Titio patruo nepotes reſtituent ex qua Titius fuerat inſtitutus. Ita fiet vt trientem in quo Sempronius pater ſcriptus erat retineãt, nec proinde ex portione Titio reſtituenda quicquam deducant, quia quod ex perſona Sempronij patris ſui ab inteſtato percipiunt, ad trientem vſque primi aſſis, æquat ſemiſſem beſſis reſtituendi Titio, qui ſemis alioqui nepotibus pro legitima & Trebellianica deberetur. Proinde nihil cauſſæ eſt cur duplex illa detractio nepotibus hoc caſu permittenda ſit in eoque cum interpretibus ſentio. Sed quod volunt nullam prorſus detractionem fieri ne falcidiæ quidem, & vt loquuntur, Trebellianicæ iure mihi æquè non probatur. Et de eo nobis paulò diſtinctiùs tractandum eſt.

ERROR VIII.

De iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuerit.

SVMMARIA.

1 *Nihil intereſt cùm de clauſula codicillaris poteſtate quæritur, an poſthumus an alius ex ſuis heredibus*

bus ignoranter præteritus proponatur.

2 *Varij caſus quibus fieri poteſt vt teſtator de liberis iam natis non cogitet.*

3 *An fieri vllo caſu poſſit vti ne totam hereditatem aut legitimam portionem reſtituat is, qui præter ſpem & voluntatem teſtatoris ab inteſtato ſuccedit.*

4 *Species facti.*

5 *Pragmaticorum ad quæſtionem reſponſio.*

6 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

1 IAm diximus nihil intereſſe † cùm de clauſulæ
codicillaris vi & poteſtate quæritur, an poſt-
humus, an alius ex ſuis heredibus ſiue primi,
ſiue ſecundi, aut etiam vlterioris gradus ignoranter
præteritus proponatur, niſi quod difficilius eſt, vt de fi-
lio aut nepote iam nato non cogitauerit teſtator ſal-
tem in genere, quàm vt de poſthumo, de quo fortaſſis
teſtamenti tempore nihildum ſperabat. Sed tamen po-
2 teſt variis † de cauſſis ſimiliter contingere vt nec de iis
cogitauerit qui iam tùm nati fuerunt. Finge natos in
alia prouincia, aut etiam in domo ipſa teſtatoris abſente
fortaſſis & ignorante patre, vt in *l. Titius* 25. §. *Lucius.*
D. de liber. & poſthum. Finge præmortuum filium, qui
fuerat inſtitutus, & ſuperſtitem ex eo nepotem præteri-
tum, de quo inſtituendo, vel exheredando auus non co-
gitauerat, quia nec cogitare debuerat, cùm nepos à filio
anteuerteretur, vt in ea ſpecie quam ad ſuperioris capi-
tis finem tractabamus. His ſanè caſibus, & aliis, ſi qui
ſunt ſimiles, non alia ratio haberi poteſt filij aut nepo-
tis iam nati, quàm poſthumi ignoranter præteriti, ſem-
pérque & indiſtinctè verum eſt clauſulam codicillarem
quibuſcumque verbis conceptam facere debere, vt quiſ-
quis ab inteſtato ſuccedit, de hereditate tanquam ex fi-
deicommiſſo reſtituenda rogatus intelligatur. Sed ele-
gans dubitatio illa eſt, quam nos ſuperiore capite attigi-
3 mus, An † fieri vllo caſu poſſit, vti ne totam hereditatem
aut legitimam portionem ſuam reſtituat is, qui præter
ſpem & voluntatem teſtatoris ſuccedit ab inteſtato.
Species quam ſuperiore capite tractabamus in hanc rem
4 omnium accommodatiſſima eſt. Pone † patrem qui duos
habebat filios Titium & Sempronium, & ex Sempronio
iam natos nepotes (quamquam etſi poſteà nati ſint
dummodò viuo auo concepti, nihil refert) Titium he-
redem inſtituiſſe ex ſemiſſe adſcriptis ei ampliſſimis
prælegatis, aut etiam, vt ponebamus ſi voles, ex beſſe,
Sempronium ex reliqua hereditate, nepotes verò ex
Sempronio præteriiſſe : adiecta tamen clauſula codicil-
lari rogatiſque per eam legitimis ſucceſſoribus, vt vo-
luntatem ſuam ab inteſtato quoque tuerentur : ſubinde
mortuum Sempronium viuo adhuc patre liberiſque
ſuis ſuperſtitibus. Conſtat ruptum eſſe teſtamentum
quaſi agnatione, aut, quod idem eſt, ſucceſſione ſui he-
redis. Proinde ab inteſtato diuidi hereditatem ex ſemiſ-
ſibus inter Titium patruum & liberos Sempronij, ita
tamen vt propter adiectam clauſulam codicillarem cen-
ſeantur rogati nepotes illi ex Sempronio de reſtituenda
Titio hereditate, quærimus an totum illum ſemiſſem
quem inani hereditate ab inteſtato percipiunt reſtitue-
re debeant, an verò eam duntaxat portionem quam ha-
biturus erat Titius ex teſtamento, ſi Sempronio fratre,
eodémque coherede ſuperſtite teſtamentum valuiſſet,
nec ruptum vnquam fuiſſet. Quæſtio in eo eſt, an ius ad-
creſcendi quod Titius habiturus fuit fratre abſtinente,
& teſtamento ſubſiſtente, ſaluum ei eſſe debeat iure fi-
deicommiſſi ab inteſtato præſtandi, non ſecus acſi ſolus
Titius heres inſtitutus fuiſſet, Sempronio fratre exhe-
redato. Ius enim adcreſcendi facit, vt qui ex parte tan-
tùm heres ſcriptus eſt dato coherede, ex toto aſſe ſcri-
ptus intelligatur coherede ſe abſtinente aut repudian-
5 te. Pragmatici † noſtri putant non eſſe cogendos Sem-
pronij liberos vt patruo quicquam reſtituant ſupra eam
portionem quæ teſtamento relicta eſt, hac vna moti ra-
tione quòd ius adcreſcendi non poſſit competere ex te-
ſtamento quod agnatione aut quaſi agnatione ruptum
eſt, non magis quàm ſi ab initio nullum & iniuſtum
fuiſſet. Sic enim vulgò noſtri ad *Auth. ex cauſſa. C. de li-
ber. præter.* quos refert, & ſequitur Iulius Clarus in §. *te-
ſtam. qu. 46. verſ. & hæc concl. & qu. 5. & 54.* Ego contrà
ſentio. Nam † etſi non nego ius adcreſcendi ex teſta- 6
mento nullo & iniuſto, aut rupto irritóve facto compe-
tere nullomodo poſſe, quia appendix quædam eſt præ-
cedentis inſtitutionis. Inſtitutiones autem omnes cor-
ruunt etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in
dict. Auth. ex cauſſa. Videre tamen non poſſum cur non
etiam ab inteſtato ſaluum eſſe debeat iure fideicommiſ-
ſi, perinde ac reliqua omnis voluntas teſtatoris, ne alio-
qui eueniat vt voluntatis aut clauſulæ codicillaris di-
uiſio inducatur : quod vtrumque ſanè perabſurdum eſ-
ſet. Clauſula enim codicillaris facit vt voluntas teſtato-
ris, quæ ſupremis tabulis declarata effectum habere ex
teſtamento non potuit, defendatur ab inteſtato quan-
tum fieri poteſt iure fideicommiſſi *l. 3. §. 1. l. cōficiuntur. 8.
D. de iur. codicill. l. generaliter 24. §. ex teſtam. D. de fideic.
libert.* Atqui ius adcreſcendi quod legis poteſtate inter
coheredes inducitur, pendet proculdubio & proficiſci-
tur ex tacita teſtatoris voluntate, cùm nihil aliud ſit niſi
tacita quædam ſubſtitutio, vt eleganter ſcriptum eſt in
l. ſi Titio 61. §. Iulianus, de legat. 2. Quidni ergo per co-
dicillarem clauſulam conſeruabitur? Nam & ſi poneres
Titium & Sempronium fratres eoſdémque coheredes in
caſum vulgarem inuicem ſubſtitutos, vtique fatendum
eſſet clauſulæ codicillaris eam vim fore, vt ſubſtitutio-
nem illam vulgarem quæ nihil niſi ſecunda inſtitutio
eſt, perinde ac primam inſtitutionem in fideicommiſſi
cauſſam deduceret. Neque enim hoc illo difficilius eſt.
Quod verò refert cum agitur de conſeruanda quoquo-
modo voluntate teſtatoris, an ſubſtitutio expreſſa ſit an
tacita, quandoquidem vtraque eſt ex teſtatoris iudicio,
vt diximus, & voluntate; Pragmaticorum error hac in
quæſtione ex eo naſcitur, quòd non diſtingunt auxi-
lium Iuſtinianeæ conſtitutionis, de qua in *dict. Auth. ex
cauſſa*, ab auxilio clauſulæ codicillaris, quaſi vtriuſque
beneficio & legata & fideicommiſſa eodem modo con-
ſeruentur. Nec animaduertunt quod nos ſuprà docui-
mus *cap. 5.* in eo hæc auxilia differre, quòd per Iuſtinia-
ni legem rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa ex-
heredationis vel præteritionis conſeruantur legata &
fideicommiſſa tanquam ex teſtamento : per clauſulam
verò codicillarem ab inteſtato : item quòd Iuſtiniani
conſtitutio ad præteritionem paternam nil pertinet,
clauſula verò codicillaris cùm nonniſi in euentum ſuc-
ceſſionis inteſtati adſcribatur, æquè omni caſu locum
habet, nec diſtinctio neceſſaria eſt, qua de cauſſa inteſta-
ti ſucceſſio deferatur. Fateor quod interpretes volunt
rupto, vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredatio-
nis vel præteritionis quæ pro exheredatione habeatur,
ſicut inſtitutiones omnes, ita & ſubſtitutiones directas
corruere & conſequenter ius quoque adcreſcendi. Nec
aliud iuris eſſe, quinimò idem multò magis probandum
ſi ex cauſſa præteritionis paternæ teſtamentum nullum
ab initio iniuſtúmque proponatur. Sed adſcripta clau-
ſula codicillari quæ totam defuncti voluntatem ab in-
teſtato iure fideicommiſſi tueatur, nego idem iuris con-
ſtitui debere. Quid enim attinet dicere teſtamentum nul-
lum eſſe aut ruptum aut irritum, vt adcreſcendi ius ex-
cludamus, cùm de teſtatoris voluntate non ex teſta-
mento, ſed ab inteſtato tuenda diſputamus? Igitur in
propoſita ſpecie dicendum eſt teſtatoris nepotes ex
Sempronio rogatos videri vt eam quoque portionem
ex qua Sempronius pater fuerat inſtitutus Titio patruo
reſtituant ex cauſſa fideicommiſſi, ſalua tamen falcidia,
id eſt, ea portione quæ ex Trebelliano Senatuſconſulto
retineri poteſt quarta ſcilicet ſemiſſis reſtituendi.

ERROR IX.

De diſtinctione filij ſcienter & ignoranter præteriti cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuſtiniani lege conſeruandis.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio filij ſcienter & ignoranter præteriti à Bartolo & aliis etiam adhibetur, cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuſtiniani Nou.115.conſeruandis.*
2 *Quàm ſit inepta Bartoli diſtinctio.*
3 *Caſus quo filius à matre præteritus pro inſtituto habendus eſt.*
4 *Declaratur ſententia l.vlt.D.de hered.inſtit.*
5 *Item l.cùm mater.28.D.de inoff.teſtam.*
6 *Ratio Bartoli & eius refutatio.*

1 QVam diſtinctionem † ſupra diximus *à Bartolo* cæteriſque interpretibus, & pragmaticis adhiberi ſolitam eſſe,cùm de voluntate teſtatoris per clauſulam codicillarem defendenda quæritur, filio ſiue iam nato, ſiue poſthumo præterito, nimirum ſcientérne ſit præteritus an ignoranter, eandem illi ipſi adhibent cùm agitur de legatis & fideicommiſſis conſeruandis ex teſtamento per Iuſtiniani conſtitutionem nouellam 115.cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat.cognoſc.§.aliud quoque capitulum*, vnde ſumpta eſt *Auth.ex cauſſa C.de liber. præter.* Nam ſi filius ſiue iam natus, ſiue poſthumus præteritus ſit à ſciente, non dubitant quin locus ſit conſtitutioni, & quidem indiſtinctè, id eſt, ſiue paterna,ſiue materna præteritio eſſe proponatur. Sed ab ignorante negant conſeruari debere legata & fideicommiſſa quaſi quæ veriſimile ſit non fuiſſe parentem relicturum ſi de filio aut poſthumo quem præteriit, cogitaſſet. Benignè namque,inquiunt,de parentum erga liberos voluntate quantum fieri poteſt ſemper ſuſpicandum,& præſumendum eſt, ne pater aut mater filium vel auus nepotem facilè onerare voluiſſe exiſtimetur.Qua ratione moti plerique etiam ex iis quibus ſupradicta diſtinctio minùs placet, fatentur tamen non debere filium præteritum ea legata,quæ tam ampla ſint, vt veriſimiliter non fuerit teſtator ea relicturus, ſi de liberis,quos præteriit,cogitaſſet.Sed quàm ſit inepta
2 †nulliúſque momẽti ea diſtinctio,ex illo apparet,quòd, vt à nobis ſuprà diſputatum probatúmque eſt, Iuſtiniani conſtitutio ad præteritionem paternam nihil pertinet,ſed ad eam tantùm quæ à matre facta ſit, aut ab aliis huiuſmodi perſonis,quarum præteritio habenda ſit pro exheredatione. Id enim, ſi ita eſt, vt certè eſt,fit omnino conſequens, vt in fauorem filij, qui pro exheredato haberi debeat, interpretatio fauorabilis capi non poſſit, quaſi non fuerit mater filium præteritum tot legatis & fideicommiſſis grauatura, ſi eum ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Quidni enim credamus multò magis ab eo fuiſſe legaturam aut fideicommiſſuram quem exheredauit aut pro exheredato habuerit? Siquidem longè plus eſt hereditatem in totum adimere,quàm legatis aut fideicommiſſis delibare: nec qui exheredatus eſt aut pro exheredato habendus fauore vllo dignus videri poteſt ad huiuſmodi interpretationem extorquendam. Atque hoc quidem expeditiſſimum eſt,apud ipſos quoque, ni fallor,interpretes,habétque naturalem intellectum ſi de expreſſa exheredatione tractetur, ſiue à patre,ſiue à matre facta proponatur.Sed in filio præterito difficilius id admitti poſſe creditur,quòd non tam ex teſtantis matris voluntate quàm ex lege pro exheredato habeatur, cùm is eſt de quo mater teſtamenti tempore non cogitauit largè ſcilicet ſumpto exheredationis nomine pro excluſione illius qui neque inſtitutus fuit, neque verbis expreſſis aut ex tacita teſtantis voluntate exheredatus. In quo tamen ſi quid mei iudicij eſt, tantò apertiùs & interpretes & pragmatici falluntur,quantò ſubtiliores videri volunt. Potiùs enim iſta ratiocinatione probarent filium à matre ignorante præteritum pro exheredato haberi non oportere,quàm efficere poſſint,vt pro exheredato habitus legata & fideicommiſſa non debeat, quæ relicta ſunt ab inſtituto. Nam ſi is quoque quem mater tam dilexit, vt heredé eum inſtituerit, ſiue filius is fuit, ſiue extraneus legata omnia & fideicommiſſa eo teſtamento relicta debiturus fuit ſi teſtamentum ruptum irritúmve factum non fuiſſet, qua fronte obſecro, negare poſſit is qui ſe pro exheredato habendum eſſe intelligit,ea omnia ſe debere ex matris voluntate quæ inſtitutus debuiſſet? Dico *ex matris voluntate*,quoniam ex vera rectaque iuris ratione poſſet ſanè contendere nihil ſe debere ex eo teſtamento quod ruptum irritúmve factum eſt,ſi Iuſtiniani noua conſtitutio non obſtaret.Sed cùm ita Iuſtiniano placuerit, vt quamuis rupto ex cauſa exheredationis vel præteritionis, irritóve facto teſtamento, legata nihilominùs & fideicommiſſa omnia conſeruentur, nihil ſupereſt quod filium ignoranter à matre præteritum ab hoc onere immunem præſtare poſſit,niſi obtendat non eam fuiſſe matris voluntatem, quæ de eo non cogitauerit. Hoc verò eſt quod ego ferre non poſſum, vt ſe habeat pro exonerato qui ſe vel inuitum ſcit habendum pro exheredato.Illud enim multò minùs dici poteſt ex præteritione ignoranter facta coniecturam voluntatis ſumi debere vt habeatur potiùs pro inſtituto.Nullo ſiquidem caſu reperias filium à matre præteritum pro inſtituto habendum eſſe,præter quàm † in ſpecie illa ſingulari *l.3.C.de inoff.teſtam.* quæ proculdubio nouum ius facit, imperatorij reſcripti autoritate non minùs quàm euidentiſſima rei æquitate ſubnixum.Quis enim prudentem citra eam conſtitutionem ſic reſpondere potuiſſet? Cùm verò Imperatores quorum ea lex eſt ad conſeruandi teſtamenti fauorem reſpexerint potiùs quàm ad perſonam filij præteriti cui vtique commodius eſſet ab inteſtato ſuccedere rupto per querelam teſtamento,vt docuimus *lib.9.Coniect.cap.15.*apparet ne eo quidem caſu quo filius præteritus habeatur pro inſtituto immunem eum eſſe ab onere præſtandorum legatorum & fideicommiſſorum ab inſtituto relictorum. Eſſet enim id multò abſurdius & iniquius, ſubſiſtente teſtamento corruere legata & fideicommiſſa quæ in eo relicta ſunt quàm quod in contrarium Iuſtinianus conſtituit *dict. Nouell.* 115. vt rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione ſit, legata nihilominùs & fideicommiſſa conſeruentur.Quòd ſi filius præteritus tum etiam cùm pro inſtituto habetur ea omnia debet quæ teſtamento relicta ſunt, licèt de eò mater teſtamenti tempore non cogitauerit, quantò magis ea debebit filius qui propter præteritionem quantumuis ignoranter factam habendus ſit pro exheredato? Nimirum ſi, vt dixi, non tam iuris rationem quàm matris mentem filiíque fauorem reſpicias.Neque enim dici poteſt tam benignè præſumendum eſſe de voluntate matris erga filium qui pro exheredato habetur, vt cum minùs oneratum voluiſſe exiſtimetur, quàm ſi pro inſtituto haberetur, cæteris paribus, id eſt, præteritione in vtroque caſu ignoranter facta. Illud certè dici non poteſt filium à matre ignoranter præteritum, neque pro inſtituto neque pro exheredato, ſed pro præterito habendum eſſe. Nam licèt in eo diuerſum ius ſit patris & matris, quòd non ſicut pater, ita & mater nominatim filium inſtituere vel exheredare cogitur, quia fœminæ non habent ſuos heredes: non tamen vſque adeò matribus indultum eſt, vt liberos neque inſtituere neque exheredare cogantur. Cur enim matres, quæ

quæ & parentes ſunt extraneis omnino ſimiles faciamus? Alioqui nec ferendum eſſet, vt de inofficioſo matris teſtamento queri poſſet filius præteritus, ſi præteritus pro præterito haberi, nec omnimodo aut inſtitui aut exheredari deberet. Non enim alio iure querela filio à matre præterito accommodatur, quàm quaſi immerenter exheredato, & eo colore tanquam furioſa, nec ſanæ mentis fuerit mater quæ filium inſtituere omnino debuerat, aut non niſi merentem exheredare. Proinde cum præteritio à matre facta quantumlibet ignoranter, pro nuda præteritione haberi non poſſit, ſed omnimodo pro exheredatione, adeóque inuita etiam matre quæ ſcilicet facere non poſſit quominùs leges in teſtamento ſuo locum habeant, nulla prorſus ratio eſt, vt propter eam matris ignorantiam filius qui non eo minùs habetur pro exheredato, pro exonerato habeatur. Quam in rem textus eſt & elegans & apertus, in *l. ſi inſtituta 27. §. vlt. & in l. ſeq. D. de inoff. teſt.* In filio à patre præterito alius tractatus eſſet, ſi ad paternam quoque præteritionem Iuſtiniani conſtitutio traheretur. Præteritio enim paterna pro præteritione eſt, non pro exheredatione. Eáque res interpretibus errandi cauſam fortaſſe præbuit: exiſtimantibus Iuſtinianæ conſtitutionis ſententiam generalem eſſe ad quamlibet præteritionem. Poteſt verò non malè ad propoſitam quæſtionem & ſententiæ noſtræ
4 confirmationem accommodari quod ſcriptum eſt † in *l. vlt. D. de hered. inſtit.* Nam cùm Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni Pactumeius Androſtenes heredem ex aſſe ſcripſiſſet, eique patrem eius ſubſtituiſſet, ac Pactumeio Magno occiſo, rumoréque perlato quaſi filia quoque ipſius mortua eſſet, mutaſſet teſtamentum, Nouiúmque Rufum heredem inſtituiſſet hac præfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui, Nouius Rufus heres eſto:* refert Paulus ſupplicatione Imperatori facta ſuſceptáque cognitione viſum eſſe Imperatori ex voluntate teſtatoris Pactumeiæ Magnæ ſubueniendum, & hereditatem ad eam pertinere Sed tamen legata ex poſteriore teſtamento præſtare eam debere, perinde atque ſi in poſterioribus tabulis ipſa fuiſſet heres ſcripta. An quod de ea legatis onerandâ teſtator poſteriore teſtamento ſenſiſſet? Minimè verò. Neque enim de ea cogitauerat, qui ſi cogitaſſet poſterius teſtamentum non feciſſet vt ex præfatione conſtabat. Neque rurſum voluntas teſtatoris obſcura eſt, quòd noluerit Pactumeiam Magnam priore teſtamento ſcriptam legatis oneratam intelligi, quippe à qua eo teſtamento nulla legata reliquerat. Ratio igitur propter quam viſum eſt debere eam omnia quæ poſterioribus tabulis fuerant relicta, non alia reddi poteſt quàm quòd poſterius teſtamentum valeat, cui ſcilicet falſus modus, vt lex ait, non ſolet obeſſe, quamuis hereditas auferatur poſteriori heredi qui non habet voluntatem, vt priori deferatur ex mente teſtatoris. Subſiſtente autem teſtamento nihil attinet quærere an teſtator qui eo teſtamento legata & fideicommiſſa reliquit de illo herede onerando cogitauerit néne, cùm fieri nequeat vt non ex eo teſtamento quod valet omnia quæcunque in illo relicta ſunt, debeantur, licèt appareat non fuiſſe teſtatorem ea relicturum, ſi talem ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Atqui in eo caſu de quo tractamus, ſimiliter euenit vt non valeat quidem teſtamentum quod ad heredis inſtitutionem, ſed tamen perinde valeat quod ad legata & fideicommiſſa acſi nullomodo ruptum proponeretur, ita conſtituto per Iuſtinianum iure, licèt inuita & reluctante iuris ratione, quamuis non ſine exemplo. Idem
5 enimiam olim † Hadrianus conſtituerat in teſtamento matris, quæ cùm filium militem falsò audiſſet deceſſiſſe, alios teſtamento inſtituerat heredes, *l. cùm mater 28. D. de inoff. teſt.* vbi quod additur *hic illud adnotatum quod de libertatibus & legatis adiicitur, nam cum inofficioſum teſt. arguitur, nihil ex eo teſtam. valet,* non eo pertinet vt Hadriani conſtitutio corrigatur, ſed vt intelligamus multum intereſſe an ſola inſtitutio euertatur ex defectu voluntatis, an verò totum teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Hoc enim caſu etiam legata & fideicommiſſa corruunt, adeò vt nec ab inteſtato debeantur, *l. Titia 13. eod.* Idem ergo iuris obtinere debet vt quamuis mater de filio quem ignoranter præterit non cogitauerit. (Dicam amplius) quamuis nihil ab eo fuerit relictura ſi de ipſo cogitaſſet, perinde tamen legata & fideicommiſſa omnia præſtare debeat, acſi ex eo teſtamento hereditatem obtineret. Nam quod Bartolus reſpondet tractari eo loco de præteritione quæ teſtamentum nec nullum nec ruptum aut irritum faciebat, ad rem non pertinet. Tractatur enim de ademptione quæ plus quàm præteritio eſt, de ademptione inquam ei facta, cui tamen non fuerat teſtator adempturus ſi putaſſet poſſe ſe habere eum heredem quem priore teſtamento inſtituerat. Et conſequenter quæ ex defectu voluntatis non poterat valere, nec priorem inſtitutionem euertere, non magis quàm præteritio poſthumi de quo præſertim pater non cogitauit, excludere poſthumum à legitima inteſtati ſucceſſione. Contra enim prior inſtitutio euertit poſteriorem, ſicut ius poſthumi ab inteſtato ſuccedentis euertit rumpitque teſtamentum in quo præteritus fuit, quia eodem inſtanti poſthumus præteritus & rumpit & ſuccedit, *l. 5. de iniuſt. rupt.* Atqui non eo minùs prior inſtitutus qui ſuccedit ex inſtitutione nullis legatis grauata præſtat ea legata quæ poſteriore teſtamento fuerunt relicti, nimirum quia poſterius illud teſtamentum quod ad legata valet, neque euertitur ex defectu voluntatis niſi quod ad inſtitutionem, aut potiùs quod ad perſonam inſtituti, qui licèt poſterioribus tabulis ſcriptus ſit, non tamen habet pro ſe defuncti voluntatem. Recta igitur ratiocinatio eſt ab illa ſpecie ad hanc de qua nunc tractamus, in qua præteritio per matrem facta, ſolam inſtitutionem afficit non etiam legata, vt quamuis de filio legatis onerando mater non cogitauerit quæ nec de filio quidem ipſo cogitauit, perinde tamen filius legata omnia præſtet acſi ex eo teſtamento ſuccederet, quia & perinde valet teſtamentum quod ad legata ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi neque quod ad inſtitutionem ruptum eſſet. Imò hoc plus eſt in ſpecie *d. l. vlt. de hered. inſtit.* quod legatorum præſtatione oneratur is à quo nihil teſtatorem legare voluiſſe conſtabat, qui ſcilicet nullis adſcriptis legatis fuerat inſtitutus. At præterito filio de quo mater non cogitauit, ſi neges debere eum legata teſtamento relicta, non poſſis æquè dicere in aperto eſſe quod noluerit mater eum onerare ſed hoc tantùm quod aiunt interpretes, non eſſe veriſimile quod eum grauatura fuerit mater ſi de ipſo cogitaſſet. Quæ præſumptio tantùm eſt non probatio voluntatis. Facilius igitur eſt vt contra eam præſumptionem reſpondeamus pro conſeruatione legatorum relictorum in teſtamento quod hac parte vitiatum non eſt, pro qua reſponſum eſt in ſpecie *d. l. vlt.* id eſt, tum etiam cùm conſtat & in aperto eſt non fuiſſe teſtatorem eiuſmodi legata relicturum ſi ſperaſſet fore ſibi heredem eum quem prioribus tabulis ſine onere legatorum ſcriptum voluiſſet. Minùs verò vrget ratio † alia qua Bartolus mo- 6
uetur vt filium de quo teſtator non cogitauit, liberet à præſtatione legatorum, ſumpto ſcilicet argumento à donatione inter viuos, quæ, inquit, licèt ſit multò fortior quàm legata vt iam facilè reuocari non poſſit, reuocatur tamen ſi poſt factam donationem agnaſcantur donatori liberi de quibus ipſo donationis tempore non fuerit cogitatum ex *l. ſi vnquam 9. C. de reuoc. donat.* Nempe ex coniectura illa pietatis de qua Papinianus *l. cùm auus 102. De condic. & demonſtr.* quòd non ſit veriſimile patrem aut matrem alienam ſucceſſionem propriæ ſoboli antepoſiturum fuiſſe ſi de propria ſobole cogitaſſet, quemadmodum Papiniani ratiocinationem interpretatur Iuſtinianus in *leg. cum acutiſſimi 30. C. de fideic.* Primùm enim reſponderi poſſet quod nos docuimus & proba

probauimus *lib. 7. Conictur. cap.* 14. falſum eſſe quod
Bartolus cæteríque interpretes vulgò exiſtimant dona-
tionem inter viuos ex ſola liberorum ſuperuenientia
reuocari. Speciale namque ius illud eſt contra iuris ra-
tionem inductum ex lege Conſtantini ad eas duntaxat
donationes pertinens quæ à patrono in libertum colla-
tæ ſint, non ad cæteras in quibus perſona donantis non
tanto fauore digna eſt cui aduerſus donatarium ſuccur-
ratur. Sed etſi generalis eſſet ea lex generalitérque in-
telligenda, quod numquam admittam, tamen cùm no-
uum ius contineat à vera rectáque iuris ratione alie-
num (ſolus enim *Carolus Molineus* ex omnibus quot-
quot vnquam fuerunt interpretibus ſcripſit idem iam
olim obtinuiſſe) non video cur ex noua lege argumen-
tum ſumi debeat potiùs quàm ex iuris ratione ad alias
iuris partes interpretandas: Vulgatum enim eſt, quod
contra iuris rationem inductum primùm aut conſtitu-
tum fuit, ad conſequentias protrahi non debere. At ne-
que recta eſſe poteſt hæc donationis & teſtamenti com-
paratio. Non enim ſicut donationi inter viuos factæ
ineſt tacita illa conditio inter interpretes *ſi nulli adnaſ-
centur liberi*, ita & legatis etiam ineſſe dici poteſt aut
teſtamento. Alioqui dicendum eſſet ex tacita teſtantis
voluntate rumpi teſtamentum agnatione poſthumi
præteriti, qui tamen rumpit proculdubio contra volun-
tatem ſiue de eo fuerit cogitatum ſiue non. Ob idque
nimirum tametſi ſcienter præteritus ſit, tamen rumpit
& quidem in totum, quod ſecus eſt in donatione cuius
tempore donator cogitauerit de excludendis liberis
quandocunque naſcituris. Sed de coniectura illa pieta-
tis de qua in *d. l. cùm auus, & d. l. cùm acutiſſimi*, dicen-
dum aliquid nobis eſt, quoniam ea quoque videtur mi-
hi non modò ab interpretibus & pragmaticis, ſed ab
ipſo etiam Iuſtiniano malè accepta.

ERROR X.

De coniectura illa pietatis de qua in lege cum auus 102. De condic. & demonſtr.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpp. de coniectura pietatis, de qua Papinianus in l. cum auus 102. de condic. & dem.*
2 *Sententia d. l. & interpretũ opinationis confutatio. & 4.*
3 *Reuocatur ſententia ab autore in coniecturis promulgata.*

1 HAbent † frequenter in ore interpretes &
pragmatici noſtri coniecturam illam pie-
tatis de qua Papinianus in *leg. cum auus*
102. *de condic. & demonſtr.* ſicque paſſim
eam interpretantur, vt dicant, non eſſe ve-
riſimile teſtatorem alienam ſobolem propriæ antepone-
re voluiſſe. Sic enim & Iuſtinianus ipſe interpretatus
eſt in *l. cùm acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* vbi perelegans illud
Papiniani reſponſum refert, ac quam maximè commen-
2 dat. Quæ tamen interpretatio † quàm aliena ſit à Papi-
niani mente apparet ex eo quod in ſpecie de qua Papi-
nianus reſpondit, non aliena ſoboles per fideicommiſ-
ſum ſubſtituta fuerat, ſed filius ipſe teſtatoris vno gra-
du proximior quàm nepos qui grauatus erat, duobus
verò gradibus proximior pronepote, quem vult Papi-
nianus in tacita conditione poſitum intelligi ad fidei-
commiſſarium excludendum. Itaque ſi nihil aliud præ-
ter ius & coniunctionem ſanguinis Papinianus reſpe-
xiſſet: ex eáque coniunctione pietatis coniecturam æ-
ſtimaſſet, proculdubio pro filio primi gradus eodémque
per fideicommiſſum expreſſim ſubſtituto contra prone-
potem reſpondiſſet. At vt pronepoti magis quàm filio
in nepotis grauati portione fauendum eſſe putauerit, ex
eo factum eſt, quòd impia videatur futura illa interpre-
tatio per quam liberi à parentis inteſtati portione ex-
cludantur, vt ea portio alij ex fideicommiſſo reſtituatur,
ſiue teſtatori proximior ſiue ab eo remotior proponatur.
Quemadmodum enim impius eſſe creditur pater qui
ſine cauſſa hereditatem ſuam filio adimit vt alium ſibi
eligat ſucceſſorem, ob eámque cauſſam dicimus teſta-
mentum eo caſu vel nullum eſſe & iniuſtum, vel per
querelam inofficioſi teſtamenti aliamve iuris viam reſ-
cindendum, ita & impietati quodammodo fauere velle
videatur is, qui heredis grauati liberis ereptam velit
portionem patris quam alij reſtitui iuſſit. Proinde con-
iectura pietatis æſtimanda non tam ex teſtatoris animo
quàm ex officio patris erga liberos, facit vt potiùs cre-
dendus ſit teſtator heredem grauatum non aliter cogen-
dum hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, quàm ſi
ſine liberis moriatur, quaſi plus dixerit & minùs ſcri-
pſerit. Quòd ſi ita eſt, conſequens fiet nihil intereſſe an
teſtator ſit ex aſcendentibus, an extraneus. Omni enim
caſu eadem vrget coniectura pietatis, ſi ea coniectura ex
patris grauati non etiam ex teſtatoris pietate & officio 3
depromatur. Atque ita mihi aliquando videbatur, ſcri-
pſique *lib. 7. Coniect. cap.* 14. Sed me nunc † in contra-
riam ſententiam illud vocat quòd video Papinianum
in *d. l. cum auus*, non ſine cauſſa de auo teſtatore loqui,
nimirum vt intelligamus non idem illum ſenſiſſe in
extraneo: Cuius ſanè diſpar in eo ratio eſt quod pieta-
tem nullam debet heredis grauati liberis, quam procul-
dubio debet auus pronepoti. Non enim quòd habeat fi-
lium duplici gradu proximiorem, facere poteſt vt pro-
nepoti ex alio filio nepotéque præmortuo atque adeò
cæteris in infinitum deſcendentibus omnibus cuiuſ-
cunque gradus ſint, minore pietatis officio obſtrictus
videri debeat, quod ad eam ſcilicet portionem quam fi-
lio ſuo eidémque pronepotis huius auo reliquiſſet, ſi te-
ſtamenti tempore viuum habuiſſet. Habet enim habuít-
que ſemper locum ius repræſentationis in infinitum in
deſcendentibus, etiam quod ad ius ſuccedendi *§. cum fi-
lius inſtit. de heredit. quæ ab inteſtat. defer.* multo igitur
magis quod ad ius & officium pietatis, quæ nonnullis
caſibus etiam poſt amiſſum ius ſuccedendi eadem ma-
net, neque ex ſuccedendi iure vnquam æſtimatur, *l. nam* 4
etſi 17. *D. de inoffic. teſtam. l. ſcripto §. vlt. D. vnd. liber.* Ac-
cedit † quod ita Papinianus loquitur, *quod plus dictum
minùs ſcriptum inueniatur:* quæ verba haud dubiè ad te-
ſtatorem referuntur. Ad eum igitur coniectura quoque
illa referenda eſt qua Papinianus mouetur; & conſe-
quenter in fideicommiſſo quod extraneus reliquerit,
non ſimiliter intelligetur tacita illa conditio *ſi ſine libe-
ris* quæ in aui teſtamento ſubintelligitur. Cæterùm nũ-
quàm facere poſſit, vt ex eo Papiniani reſponſo probetur
quod aiunt interpretes, non eſſe veriſimile teſtatorem
propriæ ſoboli alienam ſucceſſionẽ anteponere voluiſſe,
vt Iuſtinianus loquitur in *d. l. cùm acutiſſimi.* Multóque
minus aſſequeris vt Papinianus eorum ſententiam adiu-
uet qui putant filium ignoranter præteritum, ſiue ſucce-
dat ex teſtamento per *Auth. ex cauſſa. C. de liber. præt.* ſiue
ab inteſtato propter clauſulam codicillarem, ea legata
non debere quæ teſtamento relicta extraneis fuerunt.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaprima.

ERROR PRIMVS.

De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus.

SVMMARIA.

1 *Lex commiſſoriæ quid.*
2 *In venditionibus olim vt adhiberetur.*
3 *Titulus D. de lege commiſſoria pertinet tantùm ad eam legis commiſſoriæ ſpeciem quæ venditionibus accommodatur.*
4 *Quomodo in pignoribus lex commiſſoria olim adhiberetur.*
5 *Quodnam contractus genus eſſet fiducia.*
6 *Quantum differret lex commiſſoria quæ in venditionibus adhibebatur ab ea quæ in pignoribus.*
7 *Fiduciæ primarius effectus quis.*
8 *Rei per fideicommiſſum relictæ dominium in fideicommiſſarium per traditionem cur olim non transferretur.*
9 *Lex commiſſoria in pignoribus adhiberi ſolita fauorem debitoris ſolius vt reſpexerit.*
10 *Legem commiſſoriam in pignoribus adhiberi ſolitam, cur ſuſtulerit Conſtantinus Imp. & n. 19.*
11 *Fiducia non ſolùm poſſeſſionem, ſed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat.*
12 *Errare pragmaticos & interpretes iuris cùm pactum legis commiſſoriæ ducunt, & n. 14.*
13 *Error Franciſci Hotomanni legem commiſſoriam putantis aliquam fuiſſe ex legibus populi Romani.*
15 *Error pragmat. & interpp. de conceptione & effectu legis commiſſoriæ in pignoribus adhiberi ſolitæ, & n. 17.*
16 *Mancipatio plus eſt quàm traditio.*
18 *Alius interpp. & pragmaticorum error de lege commiſſoria.*
20 *Pactum de retrouendendo non valde diſſimile eſt legi commiſſoriæ quæ in pignoribus adhibebatur.*

1
LEx commiſſoria † nihil aliud quàm
pactum eſt, adhiberi ſolitum olim non
in venditionibus duntaxat, ſed etiam
2 in pignoribus, ſed aliter in his, quàm
in illis. Nam † in venditionibus ſic adhibebatur, vt ſi pretium ſua die ſolutum non eſſet, res fieret inempta, quo caſu non tam ſub
conditione contracta venditio quàm ſub conditione re-
3 ſoluenda dicebatur *l. 1. D. de leg. commiſſ.* qui titulus † li-
cèt ſit generalibus verbis cõceptus, non tamẽ adeò gene-
ralis eſt, vt ad quamlibet ſpeciem legis cõmiſſoriæ perti-
neat, ſed ad eam duntaxat quæ venditionibus accom-
4 modatur. In pignoribus † verò non ſic ſimpliciter ad-
hibebatur, vt ſi pecunia pro qua pignus datum erat ſua
die ſoluta non eſſet, pignus ipſum creditori acquiſitum
intelligeretur, quomodo non pragmaticos tantum, ſed
pleroſque etiam doctiores ſentire video. Sed ita demùm
5 ſi contracta eſſet fiducia, † quæ ipſa nihil aliud erat
quàm lex commiſſaria in pignore, cùm pignus creditori
mancipabatur, aut in iure cedebatur ea lege, vt ſoluta
ad diem pecunia remanciparetur, non ſolutâ creditori
pleno iure committeretur. Quod genus contractus ſpeciali nomine Fiducia dicebatur, non tam à pignoris
contractu aut genere, aut ſpecie diſcrepans, quàm
pignoris ſpeciem quandam conſtituens, vt ex eo apparet quòd diſtractis à creditore fiduciis, de ſuperfluo
aduerſus eum debitor habebat actionem, vt eſt apud
Paulum *lib. 2. ſent. tit. 13. §. 1.* non ſecus acſi nudum
pignus contractum fuiſſet, *l. eleganter 22. §. ſi vendiderit de pign. act.* Itémque ex aliis locis in hanc rem citatis
per And. Tiraqu. *in præf. de retract. conuen. in fin.* Sic enim
pignus contrahi neceſſe erat vt vel manciparetur, aut
quod effectu idem erat, cederetur in iure creditori per
debitorem ad transferendum dominium in creditorem,
vel ſimpliciter conſtitueretur, id eſt ita vt res quidem
creditori obligaretur, ſed tamen proprietas maneret penes debitorem. Prior ſpecies pignoris fiduciæ nomen
ſumebat. Poſterior nomen generis retinebat, vt ſimpliciter pignus diceretur. Cæterùm vterque contractus
erat bonæ fidei, quia vterque erat pignoratitius, vt ex
Iſidoro & Cicerone in Officiis probat Iacob. Cujacius
ad Paulum ſupradicto tit. 13. qui inſcriptus eſt *de lege
commiſſoria*, nec tamen ad eam legem commiſſoriam vlla
ex parte pertinet, quæ in venditionibus adhibebatur, ſed
ad hanc duntaxat quæ in pignoribus. Illi non ſolùm † 6
diſſimilem, ſed etiam penè contrariam, quia quæ in venditionibus adhibetur, eò ſpectat vt dominium quod
emptori ex pura venditione acquiſitum erit eidem ſub
conditione auferatur, ſcilicet ſi pecunia de qua pretij
nomine conuenit, intra dictã diem ſoluta non erit. Quæ
verò in pignoribus adhiberi ſolita erat, potiùs eò pertinebat vt dominium per mancipationem, aut in iure ceſſionem acquiſitum creditori penes ipſum maneret pleno
iure in eum caſum, quo pecunia debita ſuo die ſoluta
non fuiſſet. Quanquam ſi contrario euentu pecunia ſuo
die ſoluta eſſet, faciebat pactio commiſſoria vt dominiũ
pignoris debitori reſtitui oporteret. Per contrariam ſcilicet remancipationem, qui ſanè præcipuus † fiduciæ 7
effectus erat. Vt enim dominium quod per mancipationem aut ceſſionem in iure creditori quæſitum eſſet, nũquam ab eo diſcedere poſſet, nulla pactione opus erat.
Sufficiebat enim ſemel tranſlatum fuiſſe à debitore in
creditorem, vt perpetuò penes creditorem remaneret,
cùm ratio iuris non patiatur vt vel ad tempus dominium
transferatur, vel quod alicuius eſſe cœpit inuito ei auferatur, *l. ſi ego. 9. §. 1. D. de iur. dot. & vulg. l. id quod noſtrum 1. de reg. iur.* At vt dominium quod per mancipationem
aut ceſſionem in iure amiſſum fuiſſet à debitore ad eum
nihilominùs recurreret, pactio erat neceſſaria, nec pactio
tantùm, ſed etiam remancipatio aut retroceſſio in iure,
quia non nudis pactionibus rerum dominia transferuntur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* adeóque nec nudis traditionibus, id eſt quæ iuſtam & legitimam cauſam nullam habeant, *l. nunquam nuda traditio 31. D. de acquir. rer. dom.* Qualis proculdubio illa fuiſſet ſi creditor per
mãcipationem aut ceſſionem in iure pignoris dominus
effectus, accepta poſtmodum à debitore pecunia pignus
ei reddidiſſet. Non. n. dominij transferendi cauſa iuſta eſt
illa ſi ex vna parte pecunia numeretur, ex alia verò res
aliqua tradatur, niſi ea numeratio, & viciſſim traditio fiat

ex eo iure quod & legibus ſit cognitum, & pro idoneo habitum vt transferendi dominij cauſam præbere poſſit. Vnde illud etiam olim fiebat quod multò magis mi-
8 rum eſt, nec niſi à paucis animaduerſum, vt ſi † res à teſtatore per fideicōmiſſum relicta ab herede tradita eſſet, adeóque ex cauſſa illa fideicommiſſi quantumuis vtiliter relicti, dominium tamen per eiuſmodi traditionē in fideicommiſſarium transferri non poſſet, *l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Nimirum, quia cùm eſſent fideicommiſſa iuri ciuili prorſus incognita, nec niſi ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione penderent, non poterat cauſſa illa fideicōmiſſi iuſta videri & legitima, nec proinde facere vt dominium transferri poſſet per ſubſecutam traditionem quæ iuſtam & legitimam cauſſam non haberet. In propoſito igitur, id eſt contracta fiducia, pignoriſque proprietate per mancipationem aut ceſſionem in iure alienata, & in creditorem tranſlata, non potuiſſet nuda pignoris retrotraditio dominiū debitori reddere, ſed mancipatio aut retroceſſio neceſſaria erat, quia nonniſi ſex erant iuſti modi transferendi olim iure Quiritium dominij, vt Vlpianus refert in Titulis, *tit. 19. de adquiſ. rer.* Inter quos ſicuti iuſta traditio fuit, ita & mancipatio,
9 & ceſſio in iure. Ex quo apparet legem † illam commiſſoriam in pignoribus apponi ſolitam debitoris ſolius, non etiam creditoris fauorem reſpexiſſe, cùm non aliam ob cauſam adhiberetur, quàm vt admiſſam proprietatem debitor recuperare aliquando poſſet, quaſi quam nec fuerat alienaturus, ſi non eius quandoque recuperandæ fiduciam contraxiſſet. Sed tamen dabat ea res fraudis dolique materiā fœneratoribus, qui vt plurimùm pro ære modico fiducias magni valoris accipiebant. Indéque
10 tandem † factum eſt creſcente in dies legis commiſſoriæ aſperitate in pignoribus, vt infirmari eam omnémque in poſterum eius memoriam aboleri Conſtantinus Imp. voluerit in *l. vlt. C. de pact. pign.* Quæ res fecit vt nullam huiuſmodi contractus mentionem aut in Digeſtis, aut in Codice nobis Iuſtinianus reliquerit. Extant tamē eius veſtigia quædam pleriſque locis quibus videas tractari de pignore ſic dato vt proprietas maneat penes debitorem: quemadmodum in *l. cum & ſortis 35. §. vlt. D. de pignor. act.* Pignus, inquit Florentinus, *manente proprietate debitoris ſolam poſſeſsionem transfert ad credito-*
11 *rem*, ad differentiam ſcilicet fiduciæ † quæ non modò poſſeſſionem, ſed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat. Quæ cùm ita ſint apparet non ſolùm pragmaticos, ſed ipſos etiā interpretes quoties de pacto legis commiſſoriæ loquuntur, in multis errare. In eo pri-
12 mùm † & abſurdiſſimè quòd *pactum legis commiſſoriæ* dicunt. Nam cùm lex ipſa commiſſoria nihil aliud ſit, quàm pactum, vt diximus, perinde eſt acſi pactum pacti cōmiſſorij appellarent. Niſi fortè ineptiore errore legem
13 commiſſoriam ſic intelligunt quaſi † aliqua ſit ex legibus populi Romani, vt à Franciſco Hotomano traditum eſt. Legem enim hîc cùm dicimus, pactionē intelligimus, quam idcirco legem appellamus quia iuſtæ conuentionis cuiuſlibet ius hoc eſt, vt legem det contractui *lege 1. §. ſi conuenit 6. D. depoſit. l. contractus 23. D. de regul. iur. l. legem 10. C. de pact.* quam & formam vocat Vlpianus in
14 *l. in conuentionalibus 52. D. de verb. oblig.* Ergo legem † commiſſoriam dicere ſemper debemus, nūquam pactum legis commiſſoriæ, licèt non ignorem ita etiam dici ab Innocentio in *cap. ſignificante, Extr. de pign.* ſecuto videlicet interpretum errorem, vt aliis pleriſque locis à reſcriptorum Pontificiorū compoſitoribus factum eſt. De quo dicemus *inf. Err. 8.* Errant etiam in eo noſtri, quòd
15 legem † & pactionem iſtam cōmiſſoriam in pignoribus ita concipi ſolitam eſſe putant, vt ſi pecunia pro qua pignus obligatum eſt, intra certam diem non ſoluetur, dominium pignoris acquiratur creditori, ſique non vulgarium duntaxat, ſed politiorū quoque interpretum error eſt: cùm tamen appareat ex ſuperioribus legis commiſſoriæ poteſtatem non in eo elucere vt in caſum non ſolutæ pecuniæ acquiratur dominium creditori, ſed ex cōtrario potiùs in eo, vt dominium creditori iam acquiſitum per mancipationem reddat debitori, & quidem per remancipationem, in eum caſum quo debitor pecuniam creditori poſteà ſoluerit. Nuſquam enim repertas fieri per conuentionem potuiſſe, ne quidem ante tempora Conſtantini, vt in caſum vllum pignoris dominium acquireretur creditori, niſi mancipatio ſecuta, & fiducia contracta eſſet, nempè quia non eſt pignoris titulus habilis ad inducendam dominij tranſlationem, etiam ſecuta traditione, quandoquidem qui ſimpliciter dat rem pignori, hoc tantum agit vt eam obliget, non vt alienet.
Mancipatio † plus quàm traditio eſt. Inducit enim ſem- 16
per tranſlationem & alienationem dominij, vnde & nomen habet. Nam & inde differentia illa eſt rerum mancipi, & nec mancipi apud Vlpianum in Titulis. At traditio omnis alienatio quidem eſt, at non ſemper dominij,
ſed interdum etiā ſolius poſſeſſionis. Porrò facta † man- 17
cipatione ſuperuacua eſt pactio quæ adhibeatur fauore creditoris, cui iam plus quàm ſatis per mancipationem proſpectū eſt, ſed proſpicere debitor ſibi debet vt quandocunque pecuniā ſolutā rem ſuam recuperare poſſit, remedium verò in eam rem aliud nullum eſt, quàm vt ab initio nonniſi contractā fiduciā mancipet: quod cùm fit, tùm verò commiſſoria lex adhibetur. Atque hinc quo-
que alius † & is tertius noſtrorum error eſt, quod legem 18
commiſſoriam odioſam eſſe aiunt, quaſi quæ ſupra modum faueat creditoribus, cuius tamen nullus niſi contra creditores vſus eſt in fauorem debitorum. Dicere potiùs
debuerunt ideò abolitam à Conſtantino † legis com- 19
miſſoriæ in pignoribus memoriam, quòd non alio caſu poſſet vſui eſſe, quàm quo fiducia contracta proponeretur, nec rurſus fiducia contrahi, niſi eo demum caſu quo pignoris mancipatio & conſequenter alienatio facta eſſet: qui pignoris dandi modus ſanè odioſus *eſſe cœpit*, ex quo fœneratores hanc opprimendorum debitorum rationem optimam crediderunt, accipientes pro ære modico fiducias magni valoris, vt ſuprà diximus. Itaque non fiduciæ contractæ, id eſt, legis commiſſoriæ odium vllum fuit, ſed mancipationis, quæ tamen ſicut non fiebat niſi contracta per legis commiſſoriæ adiectionem fiducia, ideóque non mancipationis quod erat generale nomen, ſed fiduciæ contractus dicebatur, ita nec potuit in futurum prohiberi quin reliqua etiam pars contractus quantumlibet fauorabilis debitori prohiberetur. Iſque proculdubio ſenſus eſt Conſtantinianæ legis in verbis illis, *creſcente legis commiſſoriæ aſperitate.* Non enim de aſperitate intelligit, quæ fuerit in formula & vſu legis commiſſoriæ, ſed de ea quam creditores exercebant in huiuſmodi mancipationibus pignorū ineundis, quæ non niſi prætextu contractæ fiduciæ tolerabantur. Illud ſanè verum eſt odio creditorum factum eſſe vt legis commiſſoriæ vſus ſit antiquatus in pignoribus. Proptereà quòd ſublata fiducia, pignoris mancipatio nulla fieri poſſit, cùm ſi qua fiat, pignus eſſe deſinat quod ſic alienatur, vt eius redhibendi nulla ſpes ſuperſit. Et vero nihil erat creditori facilius ad pelliciendum debitorem, vt rem magni pretij pro exiguo debito manciparet, quàm obiecto fiduciæ remedio, quo deceptus debitor facilè ſibi perſuaderet parum ſua intereſſe, pluriſne an minoris pignus eſſet, quippe quod tantò faciliùs redhibitum iri ſperaret, quantò minor foret pecuniæ quantitas pro qua pignus datum fuiſſet. Quomodo etiamnum vſuuenire ſolet cùm quid venditur ſub pacto
de retrouendendo. Eſt enim hæc † conuentio non valdè 20
diſſimilis legi commiſſoriæ, quæ in pignoribus adhibebatur, licèt differat in multis, vt ex ſequentibus intelligetur. Sed priuſquam ad alia veniamur, addendi ſunt & refellendi quamplures alij pragmaticorum & interpretum errores circa hunc tractatum De pacto, vt ipſi loquuntur, legis commiſſoriæ.

ERROR

ERROR II.

De lege commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta.

SVMMARIA.

1 *Placet pragmaticis & interpretibus legem commiſſoriam in pignoribus tum demum valere ſi ex interuallo pactum initum ſit, & quæ eius placiti ratio.*
2 *Expenditur ratio pragmaticorum.*
3 *Quomodo concipienda eſſet quæſtio ſuppoſita vera de legis commiſſoriæ natura ſententia.*
4 *Ex l. ſi fundus 16. §. vlt. D. de pignorib. colligi olim non valuiſſe pactionem quâ pignus in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori pro debiti quantitate emptum intelligeretur.*
5 *Cur pactio de qua n. 4. inutilis eſſet, & n. 7.*
6 *Diſcrimen inter pignoris dationem & venditionem.*
8 *Caſus quo & contractum pignus & venditio conditionalis facta eſſe exiſtimatur, & n. 10.*
9 *Si ſic datum ſit pignus vt ſi 100. quæ debentur ſuo die ſoluta non erunt, creditori emptum illud ſit pretio 200. an valeat conuentio iure conditionalis venditionis.*
11 *Pignus non poteſt ſic contrahi, vt venditio ſimul contracta eſſe intelligatur.*
12 *Si ex interuallo poſteaquam conuenit de pignore, paciſcantur creditor & debitor, vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatum pro 100. aureis emptum ſit creditori pro 200. valet conuentio.*
13 *Non valet pactio vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptum ſit creditori pro ea quantitate quæ debetur, ne quidem ſi ex interuallo fiat pactio.*
14 *Vera ſententia l. Titius 34. D. de pignor. act.*
15 *Bartolum abuti l. Calippo. 45 D. de ſolut. ad pragmaticorum errorem ſtabiliendum.*

ETSI legem commiſſoriam in pignoribus
odioſam & conſequenter improbatam eſſe
pragmatici poſt interpretes volunt, tamen
admittunt aliquos caſus eſſe in quibus ea
1 conuentio valere poſſit, Inter quos † vnus ille eſt, ſi
fiat ex interuallo poſt contractum pignus. Sic enim
exiſtimant minùs odioſum ſuſpectumve eſſe creditorem,
quàm poſt iam acquiſitum ſibi ius pignoris paciſcitur
cum debitore, vt ſi pecunia debita intra certum
tempus non ſoluetur, res eo pretio empta ſit, quia ſcilicet
non tam faciles eſſe debitores ſoleant ad indulgendum
creditori quicquid is voluerit, vbi iam ſub pignore
2 pecuniam acceperunt. Quæ ratio † ſi recta eſt, parum,
meo iudicio refert, an in continenti cùm pignus
acceptum eſt, an longo poſteà interuallo lex commiſſoria
adhibita ſit. Sed illa potiùs diſtinctio probanda
eſt, An de pignore tunc conuenerit, cùm pecunia debitori
numerata fuit, an ex poſtfacto. Nam cùm pignus
quandocunque dari poſſit poſt contractam ſortis obligationem,
nec vt in continenti detur neceſſe ſit, non
magis verendum eſt ne inopem debitorem ad iniquas
conuentiones inuitum adigat creditor qui ex interuallo
poſt numeratam pecuniam ſic paciſcitur de pignore, vt
legem commiſſoriam incontinenti adhibeat, quàm ſi
numerationis tempore pignoris conuentio interpoſita,
deinde ex interuallo lex commiſſoria ſubiecta fuiſſet.
Sola enim conquirendæ pecuniæ neceſſitas, & corradendæ
auiditas illa eſt quæ efficit vt nihil non largiturus
ſit debitor creditori, quantumuis iniqua pactio ſit
quam extorquere à debitore creditor velit. Illud autem
obſeruari volumus, nos cùm de commiſſoria lege hic
tractamus, legem eam ſic interpretari, quomodo ab interpretibus
& pragmaticis vulgò accipi poſteà monuimus,
cùm pignus datur aut retinetur ea lege vt ſi intra
certum diem pecunia non ſoluetur, maneat pro debito
emptum creditori. Alioqui † ſecundùm eam ſen- 3
tentiam quæ magis à nobis probata eſt, non de lege
commiſſoria ex interuallo adiecta quærendum eſſet,
ſed ſic potiùs concipienda quæſtio, An valeret conuentio
de pignore ita conſtituto vt ob non factam ſua die
ſolutionem creditori emptum eſſet, ſiue in continenti
ſiue ex interuallo poſt datum pignus ea conuentio facta
proponeretur: quæ conuentio prorſus aliena eſt à formula
legis commiſſoriæ, quam in emptionibus & venditionibus
primùm vſurpatam, deinde ad cauſam pignoris
fiduciarij tranſlatam fuiſſe certum eſt & conſequenter
non diſſimilem verborum conceptionem hoc
& illo caſu habuiſſe. Iam autem monuimus. In emptione
& venditione ſic concipi legem commiſſoriam, vt ſi
ad dictam diem pretium non ſoluetur, fundus ſit inemptus,
l. 1. 2. 3. & paſſ. D. de leg. commiſ. Cur ergo ſic eam
ex contrario in pignore concipiamus, vt ſi pecunia ad
diem non ſoluetur res obligata ſit empta: Imò verò
tum cùm lex commiſſoria in pignore adhibita intelligetur,
cùm conuenerit vt res non tantum obligata, ſed
etiam mancipata & alienata remancipetur debitori, &
ad eum redeat ſi ad diem pecunia ſoluetur. Proinde ſublato
vſu mancipationis illius fiduciariæ, vt proximo
capite dicebamus, nihil amplius eſt quod de lege commiſſoria
in pignoribus tractari poſſit, ſiue incontinenti,
ſiue ex interuallo ea pactio adiecta ſit de qua diſputamus.
Sed vt cum pragmaticis & interpretibus certare
liceat, loquamur obſecro eorum verbis, & quæramus,
an valeat eiuſmodi conuentio quam illi legem commiſſoriam
appellant. Priùs autem de illo videamus, an valeat
ſi incontinenti facta ſit, mox inueſtigaturi quid ſi
ex interuallo. Et quidem extat † elegans nec obſcura 4
Marciani ſententia in *l. ſi fundus 16. §. vlt. D. de pign.*
Poſſe ita fieri pignoris hypothecæve donationem, vt ſi
intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure emptoris
poſſideat creditor rem iuſto pretio tunc æſtimandam:
Eo namque caſu videri quodammodo conditionalem
eſſe venditionem, & ita Diuos Seuerum & Antoninum
reſcripſiſſe. Quibus verbis non obſcurè innuit Marcianus,
iam olim ita ius fuiſſe, vt non valeret ea pactio
qua pignus in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori
pro ipſius debiti quantitate emptum intelligeretur.
Alioqui quid attinebat de ea conuentione tractare,
quæ & iuſti pretij mentionem adderet, & illam iuſti
pretij definitionem in id tempus conferret, quo ſolui
pecunia debuiſſet? An verò † pactionem iſtam omni 5
tempore idcirco inutilem fuiſſe dicemus quòd contineat
legem commiſſoriam, vt vulgò creditum eſt? Minimè
verò. Nam Marciani temporibus nondum antiquata
erat lex commiſſoria pignoribus quam primus
antiquauit Conſtantinus, qui multis poſt Seueri & Antonini
ætatem ſæculis imperauit. Sed veteris huiuſmodi
iuris ratio illa fuit, quòd fieri non potuerit vt in eundem
caſum idémque tempus & pignus contractum, & venditio
pignoris facta videretur. Sunt enim contractus iſti
diſparati, &, vt loquuntur, incompatibiles, quoniam
qui pignus † dat ſimpliciter, id eſt, neque mancipa- 6
tione interueniente, neque fiducia, id omnimodo agit
vt rei proprietatem ſibi retineat, ſolam verò poſſeſſionem
transferat in creditorem, *l. cum & ſortis 35. §. vlt.
D. de pign. act.* Qui verò vendit licèt ad hoc præciſè
non ſit obligatus vt rei venditæ dominium transferat
in emptorem, ſed tantùm vt rem tradat (finge enim
alienam rem eſſe venditam cuius proinde dominium à
non domino transferri nequeat, non eo minùs venditio
valebit, *l. rem alienam. 28. de contr. empt. l. ex empto 11.
& paſſ. D. de pact. empt.*) id tamen omnino agere cogitur
vt quicquid iuris habet transferat in emptorem.

Ergo

Ergo & dominium, ſi dominus ipſe proponatur, *d. l. ex empto.§.1. l. ſi quis alienam. 46. eod.* Atqui pignus in eum præcipuè caſum datur, quo ſoluta creditori ſua die non erit pecunia. Caſus enim ille eſt in quem ſibi cautum & proſpectum vult creditor, qui pignus accipit, licet ſtatim atque conuenit de pignore, & priùs etiam quàm ſolutionis dies venerit, pignus contractum in-
7 telligatur. Conſequens † igitur eſt, vt in eum ipſum caſum eiuſdem pignoris venditio contrahi non poſſit, quod tamen eueniret, ſi pignus ſic dari poſſet vt in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori emptum eſſet, debitaque quantitas cederet in pretij locum. Ita enim fieret vt eadem pecuniæ quantitas, & pignoris cauſam induceret, & faceret pretium emptionis, quòd ſanè fieri non magis poteſt, quàm vt pignus quodlibet emptionis nomine iuréque cenſeatur. Non idem eſt ſi
8 conuenerit, † vt ob non ſolutam ſua die pecuniam retineat creditor iure emptoris rem obligatam tunc iuſto pretio æſtimandam. Adiecta enim iuſti pretij mentio facit vt appareat, id actum eſſe inter debitorem & creditorem vt pecunia debita pretij loco non eſſet, quæ nec ſanè iuſtum pretium efficere vnquam poteſt, cùm vix ſit vt non multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur. Proinde nihil obſtat quominùs & contractum pignus, & venditio conditionalis facta eſſe exiſtimetur. Conditionalis, inquam, non tam ob eam pactionis conditionem *ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit* (eſt enim illa naturalis tacitáque pignoris non venditionis conditio, *l. grege 13.§.etiam. D. de pign.* quàm ob collatam in alienum arbitrium pretij taxationem, *l. hæc venditio. 7. D. de contr. empt. l. vlt. C. eod.* Itaque pone ſic datum †
9 eſſe pignus, vt ſi centum quæ debentur ſuo die ſoluta non erunt, creditori emptum illud ſit pretio ducentorum, An dicemus valere conuentionem iure conditionalis venditionis? Vtique enim nemo dixerit purè contractam venditionem ab eo qui de pignore purè contrahendo cogitauit. Et non puto poſſe defendi tanquam venditionem, ne quidem conditionalem: quia ſeipſam deſtruit conuentio quæ eodem tempore & pignus facit & venditionem. Nec quod venditio in certum duntaxat caſum fiat, ad rem pertinet. Idem enim ille caſus eſt in quem tota pignoris vtilitas confertur, cùm neque poſſit vtile videri pignus quod diſtrahi nequit, *l. ſi conuenit. 4. & ſeqq. D. de pign. act.* neque priùs ad pignoris diſtractionem perueniri quàm dies præterierit intra quam ſolui omnino debuit, *l. cum ſoluendæ 4.*
10 *D. de diſtract. pign.* Quod diuerſum eſt, cum pretij † conuentio in id tempus dilata fuit, quo pignus ob non ſolutam ſua die pecuniam à creditore diſtrahi iure creditoris etiam citra conuentionem poſſet. Non enim eo caſu poteſt videri eodem tempore contracta venditio quo & pignus, quandoquidem ante pretij conuentionem nulla emptio contracta videri poteſt, at ne quidem obligatio vlla ex qua poſſit agi vt conditionalis venditionis conditio impleatur, *l. cum ab eo 41. D. de contr. empt.* At neque debitoris quicquam intereſt vtrum poſt diem ſolutioni dictam pignus in eo ſit, vt boni viri arbitrio æſtimandum ſit iuſto pretio ad perficiendam conditionalem venditionem, An in eo vt poſſit illud creditor proprio iure diſtrahere, nulla quoque præcedente de diſtrahendo conuentione. Neque tamen conſequens fiet, vt inutilis ob eam cauſam videri debeat pignoris conuentio quaſi ſola conditionali venditione facta. Nam cùm priuſquam de pretio conuenerit nulla dum emptio eſſe intelligatur, vt diximus, pignus interea eſſe & manere neceſſe eſt: cuius commodum & vtilitas in hoc verſabitur, vt retineri interim poſſit adeóque etiamſi pecunia debita, dummodò non niſi poſt diem, offeratur, nimirum vt cogatur debitor conuentioni ſatisfacere, & venditionis conditionem implere, ad quod alioquin cogi non potuiſſet. *d. l. cùm ab eo.* Quidni verò ad conditionalis venditionis conuentionem implendam pignus retineri poterit, quod etiam ob chirographariam pecuniam quamlibet retineri poſſet? Denique non poteſt pignus † ſic contrahi, vt ven- 11
ditio vlla ſiue pura ſiue conditionalis ſimul contracta eſſe intelligatur, ſi iam tum cùm pignus dabatur de pretio conuenerit: quoniam pignus & venditio, vt diximus, ſe inuicem non compatiuntur. Dilata verò in aliud tempus conuentione pretij nihil vetat, pignus ita contrahi vt ex eo tempore obligetur debitor ad vendendum pignus ſub ea conditione, ſi vir bonus, aut quod ferè idem eſt, ſi viri boni arbitrio contrahentes pignus æſtimauerint, Qua etiam ratione admittam non illibenter, ſi ex interuallo † poſteaquam conuenit de 12
pignore, paciſcantur debitor & creditor vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatum pro centum aureis emptum ſit creditori pro ducentis, valere conuentionem & ex eo iam tempore contractam intelligi venditionem conditionalem, quia licèt pignus ſic dari non poſſit vt perfecta conditionalis venditio ſimul contrahatur, rem tamen ipſam quæ iam obligata eſt nihil vetat vendi ſiue purè, ſiue ſub conditione, nec minùs creditori quàm alij cuilibet: cùm creditor hoc caſu non tanquam creditor contraxiſſe intelligatur, ſed tanquam quilibet alius. Neque verò id Marcianus negat in *d. l. ſi fundus. 16.§.vlt. D. de pign.* Tractat enim caſum illum quo pignus ſic datum ſit, vt de ipſius quoque venditione ſimul actum fuerit. In quem demum, vt diximus, caſum illa cadit diſtinctio, an de pignoratæ rei pretio ſimul & ſemel conueniat néc ne, vt priore caſu non valeat pactio, valeat poſteriore. Etſi namque fatendum eſt vtramque conditionalem eſſe venditionem ſiue in id tempus quo ſoluta eſſe debuit pecunia, æſtimatio conferatur, ſiue ab initio pignus æſtimetur vt emptum maneat illo duntaxat caſu ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit, hoc tamen intereſt, quòd cum ab initio conuenit de pretio pignoris, emptio iam tum contracta, factáque intelligitur, licèt non omnino perfecta propter adiectam conditionem: cùm verò in aliud tempus collata pretij conuentio eſt, nulla prorſus emptio facta intelligi poteſt ne quidem ſub conditione, ſi quidem venditio tota ex pretij conuentione æſtimatur. In eo quoque intereſt, quòd cùm ab initio de pignoris pretio conuenit, id certè agitur vt creditor pignoratitius, quatenùs non ſolùm creditor, ſed etiam pignoratitius eſt, eodem inſtanti fiat emptor licèt ſub conditione, quòd non magis fieri poteſt quàm vt purè; quandoquidem conuentiones omnes etiam conditionales ex præſenti tempore vires accipiunt, ita vt ſi quærantur, an valere poſſint néc ne, non aliud tempus ſpectandum ſit quàm quo initæ fuerunt. *l. ſi filiusfamilias 76. D. de ver. oblig. l. vlt. D. de ſtipul. ſeruor.* Cùm verò pretij conuentio fit ex interuallo, ſiue ob pactionem quæ in ipſa pignoris datione interuenerit, ſiue ex poſtfacto quoque conuenerit de vendendo, non id agitur vt creditor fiat emptor tanquam creditor, ſed tanquam alius quilibet: in eo autem ipſius duriorem quam alterius cuiuſlibet conditionem eſſe vt non poſſit emere à volente debitore eam rem quam ipſo etiam inuito alij diſtrahere quandoque poſſit, durum certè ac inciuile eſſet. *l. reſcriptum. 12. D. de diſtract. pignor.* An ergo ſimiliter admittemus, quod interpretes & pragmatici volunt, valere † pactio- 13
nem iſtam vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptum ſit creditori pro ea quantitate quæ debetur, dummodo fiat pactio ex interuallo? minimè. Obſtat enim eadem ratio, quæ obſtaret ſi incontinenti talis pactio adhibita proponeretur. Illa nimirum quam diximus, quòd fieri nequeat vt eiuſdem conuentionis poteſtate, eadem pecuniæ quantitas, & contrahendo pignori & ineundæ venditioni ſubſeruiat, id eſt, vt creditor pignoratitius, quatenus creditor pignoratitius ſimul & ſemel fiat emptor ſiue purè, ſiue ſub conditione. Atqui quòd huiuſmodi pactio ex interuallo

poſt

poſt contractum pignus adhibita ſit, non facit quominùs idem & creditor, & emptor fieri ſimul velit, quandiu id agitur vt eadem pecuniæ quantitas pro qua pignus datum eſt, manente ſemper pignore, in pretium quoque cedat. Illud ergo ad conditionalem venditionem vtiliter contrahendam omnino neceſſe eſt, vt & ex interuallo, & mutata pretij quantitate fiat ea pactio, aut, quod non valdè diſſimile eſt, vt ſi incontinenti fiat, conferatur tamen ipſa conuentio pretij in aliud tempus, tametſi nihil prohibeat ex alio tempore pretium tale conſtitui quod non excedat debitam quantitatem. Sufficit enim non ex præcedentis conuentionis poteſtate id fieri, ſed vel qua alia ratione, vel caſu. Iſque meo iudicio Marciani ſenſus eſt in *d. §. vlt. ſi fundus*. Nec pragmaticos, & interpretes iuuare
14 poteſt quod Marcellus † tractat in *l. Titius 34. D. de pign. act.* valere pactum inter debitorem & creditorem initum, quo conuenit vt fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non ſolutam ſua die pecuniam diſtrahere pignus poſſet. Non enim de caſuali, aut quod hac parte idem eſt, conditionali pignoris venditione lex illa eſt, ſed de pura datione in ſolutum aut venditione tunc facta cum iam in ſoluendo moram debitor contraxerat. Quæ ſpecies longè differt ab illa, de qua diſputamus. Nemo ſiquidem negauit vnquam valere conuentionem ſi pro debito, purè vendatur res, quæ antea obligata tantùm erat *d. l. reſcriptum. 12. D. de diſt. pign. l. cùm dominam. 13. C. de pignor. l. in numerationibus. 44. de ſolut.* Nos verò illud negamus, valere conuentionem licèt ex interuallo factam, qua id agatur vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit pignus certo pretio iam tum conuento emptum ſit creditori. Bart. autem etſi horum caſuum diuerſitatem & diſtinctionem non obſeruauit, fatetur tamen hoc quod interpretibus placet, valere pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ quoties ex interuallo adiectum eſt, hactenus verum eſſe vt vtile ſit ad excipiendum, non etiam ad agendum. Motus
15 nimirum † ex eo quòd Vlpianus Calippo reſpondit *l. Calippo 45. alias. l. quamuis. D. eod. titul. de ſolut.* Quamuis ſtipulanti vxori vir ſpoponderit, dirempto matrimonio prædia quæ doti erant obligata in ſolutum dare, tamen ſatis eſſe offerri dotis quantitatem. Qui tamen locus ſi verum amamus, quam maximè alienus eſt à propoſita diſputatione. Nec enim ad pignoris venditionem aut dationem in ſolutum pertinet, ſed tantum ad promiſſionem de dando in ſolutum, quæ ab ipſa datione multum diſtat, ſicut & longè aliud eſt ſi quis vendat aut donet. Aliud verò ſi promittat ſe venditurum aut donaturum, quemadmodum idem Bart. tractat *ad l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Quanquam & illud multò facilius eſt, vt ex promiſſione de vendendo obligetur quis ad vendendum, quam vt ex promiſſione de dando in ſolutum dare poſteà teneatur. Habet enim omnis eiuſmodi promiſſio De in ſolutum dando, tacitam conditionem neceſſariam & inſeparabilem, ſi debitum manebit, quæ conditio deficit oblata quandocunque ea pecuniæ quantitate quæ debetur. Adeò enim non valet datio in ſolutum ſi nihil debeatur, vt etiſi per errorem facta ſit pro maiori quantitate quàm quæ re vera deberetur, nulla ex parte valeat, ne quidem ad inducendam pro eo quod re vera debetur liberationem, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. vbi & Bart. tractat. D. de condict. indeb.*

* * *

ERROR III.

De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam.

SVMMARIA.

1 *Non valet pactio vt ob non ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum intelligatur.*
2 *Quo caſu valet datio pignoris, ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur, an eodem valitura ſit datio in ſolutum?*
3 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
4 *Autoris ſententia negans & eius confirmatio.*
5 *Quæſtio & eius deciſio.*

IN eo ſanè cum interpretibus ſentio, quod aiunt, non magis † valere pactionem vt ob non ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum, quàm vt pro debiti quantitate venditum intelligatur, quoniam datio in ſolutum venditioni ſimillima eſt, eodémque ferè in omnibus iure cenſetur. Præſertim cùm vtrique commune illud ſit, vt ſiue pignus vendatur, ſiue in ſolutum detur, non tantùm debiti, ſed, quod omnino conſequens eſt, etiam pignoris obligatio tollatur, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. de cond. indeb. l. in numerationibus 44. de ſolut.* Inde namque fit, vt non magis pignus cum datione in ſolutum concurrere poſſit quàm cum venditione. An ergo ſimiliter dicemus, quo † caſu valeret datio pignoris ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur quemadmodum in ſpecie *d. l. ſi fundus 16. §. vlt. de pignor.* eodem caſu valituram in ſolutum dationem? Ita pragmatici † putant, nullam prorſus hac parte differentiam agnoſcentes inter venditionem & dationem in ſolutum. Sed nos negamus, † quoniam in venditione illud vtilem facit pactionem, quòd pretij conuentio in aliud tempus confertur, ita vt neque venditio pignus impediat, neque à pignore impediatur. At in datione in ſolutum nihil eſt quod in aliud tempus conferri poſſit, quoniam in ea pretium nullum interuenit. Aut ſi quod interuenire intelligitur vt venditioni ſimilis videri poſſit, aliud eſſe id non poteſt quàm idipſum quod debetur: Alioqui ſi addas quid vel minimum aut detrahas, veram venditionem efficies, non dationem in ſolutum, eſſetque hoc caſu datio in ſolutum perſimilis venditioni conditionali ſic initæ vt ab initio tamen de pretio conueniſſet, quam nos ſuprà negauimus valere, tùm etiam cùm alia pretij quam debiti ratio in quantitate conſtituta eſt. Quanto minus igitur valebit datio in ſolutum, quæ, vt diximus, non niſi pro ea ipſa quantitate quæ debetur, fieri poteſt? Dices fortaſſe, Rationi huic conſequens potius videri vt pactum, quod vocant, legis commiſſoriæ, in datione in ſolutum non improbetur, quandoquidem eadem pecuniæ quantitas & pignori ſubſeruit, & dationi in ſolutum, quod in venditione diximus eſſe diuerſum. Reſpondeo non eſſe rectam conſecutionem, quia licèt ea ipſa quantitas quæ debetur, & pro qua pignus datum fuit conueniat dationi in ſolutum, nihilomagis tamen pignus & datio in ſolutum ſe inuicem compatiuntur, imò tantò minus, quantò facilius eſt vt pignoris datio euadat in donationem in ſolutum quàm in venditionem, cùm & ſolo etiam conſenſu perficiatur, præſertim poſſeſſione pignoris quod in ſolutum datur, penes creditorem iam conſtituta: nec vllam requirat pretij conuentionem. Nam ſtatim atque datio in ſolutum perfecta eſt, nemo dixerit ſupereſſe obligationem debiti quod vtique pro iam ſoluto habetur *d. §. ſi centum.* Et quamuis eadem ſit quantitas pro qua

qua & pignus datur, & in ſolutum datio fit, alio tamen iure cenſetur quod ad cauſam pignoris attinet, alio quod ad dationem in ſolutum. Siquidem in pignore ſpectatur tanquam debita, in datione verò in ſolutum tanquam quæ deberi deſinat, ſunt autem iſta prorſus contradictoria, vt eadem pecuniæ quantitas quaſi debita, & quaſi indebita conſideretur in eadem pactione. Idémque eſt ſiue in ipſa pignoris datione, ſiue ex interuallo conueniat de datione in ſolutum: ſecundùm ea quæ nos in ſuperioribus de venditione diſpu-
5 tauimus. At quid † ſi crediderim tibi centum, & priuſquàm de pignore vllo inter nos conueniret, id egerimus, vt ſi pecuniam ſua die non ſolueres, fundus Titianus mihi eo pretio emptus eſſet? Conditionalis emptio contracta videbitur, & ideò valebit, ſicut & datio in ſolutum ſi qua eodem modo facta proponatur *arg. l. vlt. D. de contr. empt.* Nec ad rem pertinebit quod poſteà & in eodem ferè inſtrumento conueniat de pignore ad contractum, vt fit, confirmandum. Alia namque ratio eſt pignoris, quod pro debito datur, alia eius quod ad venditionis ſiue puræ ſiue conditionalis contractum confirmandum adhibetur. Illud cum venditione aut donatione in ſolutum ſimul ſtare vt diximus non poteſt. Hoc poteſt & quidem commodiſſimè, tanquam acceſſorium, eaſdem ſcilicet, quas ipſa venditio admittens conditiones. Ita fit vt ordo ſcripturæ ſpectandus ſit vt aliàs plerunque euenit, quoties nimirum inducit diuerſitatem iuris & voluntatis, *l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. l. quoties 32. D. de vſuf. l. generaliter 24. §. quid ergo ſi plures de fideic. libert.* Atque ita Senatum noſtrum, cùm ex facto quæſtio incidiſſet, nonnullis licèt reluctantibus, aliquando pronuntiaſſe ſcio.

ERROR IV.

De lege commiſſoria concepta per clauſulam, Ex nunc provt ex tunc & contrà, *in pignore.*

SVMMARIA.

1 *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus valet ex ſententia pragmaticorum, ſi ſit adiecta clauſula,* ex nunc provt ex tunc, & contra.
2 *D. ſententia refutatio, & quæ ſit vis dicta clauſula, & ſeqq.*
3 *Particula illa* tunc *extremi temporis tempus ſignificat.*
4 *In quibus artibus d. clauſula vſurpari ſoleat.*
5 *Diſcrimen inter conditiones merè caſuales, mixtas, & poteſtatiuas.*

QVod interpretibus & pragmaticis noſtris placet pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ in pignoribus quoque valere ſi ex interuallo initum proponatur, facit vt
1 non dubitent quin valeat, † tum etiam cùm ab initio interponitur, ſi modò adiecta ſit vulgaris illa clauſula, notariis noſtris frequentiſſima *ex nunc provt ex tunc, & contra.* Sic enim exiſtimant, clauſulæ huius vim illam eſſe, vt ſufficiat vtrouis tempore fieri, quod ita fit vno tempore, vt in aliud tempus conferatur dummodo alterutro fieri poſſit. Ergo verò ſicuti non dubito, quin pactum huiuſmodi ſit fueritque ſemper inutile in pignoribus, ſiue incontinenti adhibitum ſiue ex interuallo; vt in ſuperioribus diſputatum eſt, ita
2 nec hanc † clauſulam *ex nunc provt ex tunc* facere poſſe arbitror, vt ea pactio defendatur, quæ neque nunc, neque tunc fieri poſſit. Plus puto, nec quicquam onerari poſſe imò nocere potius illo etiam caſu quo alioqui valitura pactio eſſet, collata in aliud tempus pretij conuentione. Vt puta ſi conuenerit in dando pignore, vt ob non ſolutam ſua die pecuniam poſſit creditor ſibi retinere emptoris iure rem obligatam iuſto pretio ex nunc prout ex tunc, & ex tunc prout ex nunc æſtimandam. Nego enim valere pactionem, quæ tamen vulgari illa clauſula non adiecta, proculdubio valeret, ſi Marciano credimus *in l. ſi fundus 16. §. vlt. De pign.* vbi quod ait *iuſto pretio tunc æſtimandam* oſtendit ſatis, non aliter poſſe defendi eiuſmodi conuentioné, quã ſi æſtimatio illa iuſto pretio facienda, non in eum duntaxat caſum, quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, ſed in id etiam tempus expreſſim conferatur. Tritum enim eſt, articulo illo *tunc* † extremi temporis tempus ſignificari, vt Pomponius ait *in l ſi his legatum 4. in fin. De condic. & demonſtr.* Cùm verò eius articuli adiectio idcirco neceſſaria ſit, quòd alioqui conuentio implicatura eſſet contradictionem ſi id ageretur vt ſubſiſtente adhuc pignoris obligatione venditio pignoris ſiue pura ſiue conditionalis iam facta perfectaque intelligeretur, vt docuimus in ſuperioribus, planè conſequens eſt, vt neque valeat conuentio hæc de qua agimus, ſi articulus ille *tunc* ſit omiſſus, neque rurſum ſi articulus contrarius *nunc,* ſit adiectus, qui vtique nõ poteſt non adiici in clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, & contra* Quoties enim de ea re agitur, quæ non niſi certo tempore fieri poteſt, ea ſi alio & proinde alieno tempore fiat, valere nullomodo poteſt. Exemplum eſto in formula illa ſolenni quam Gallus Aquilius tam ſubtiliter excogitauit ad faciendam vtilem poſthumi nepotis Aquiliani inſtitutionem, *Si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos, heres eſto.* Neque enim aliter fieri poteſt illa inſtitutio, quàm ſi adiectus ſit articulus *tunc* propter eas rationes quas in hanc rem nec inſubtiles nec inelegantes attulimus *lib. 9. Coniect. cap. 1.* Niſi quod poſtquàm ſciri cœpit quomodo poſthumus is Aquilianus inſtitui poſſet, viſum eſt ſufficere ſic factam inſtitutionem verbis generalibus vt in caſum vtilem valere queat, dummodo caſus ille ex verbis concipi poſſit, vt Scæuola monet *in l. Gallus 29. §. quidam rectè. De liber. & poſthum.* Finge autem ſic locutum fuiſſe teſtatorem, *ſi filius meus me viuo morietur, ex tunc provt ex nunc, & ex nunc provt ex tunc, qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos heres eſto.* An videbitur nepos vtiliter inſtitutus? Minimè verò. Adiectus namque articulus *nunc* facit omnino vt inſtitutionis tempore inſpecto alienus poſthumus inſtitutus fuerit, quem conſtat iure vetere inſtitui nullo caſu nullóque modo potuiſſe. Nec quòd articulus contrarius *tunc* non ſit omiſſus qui omnimodo addi deſtitutum nepotem auus voluit. Atqui ex nunc inſtituere non potuit. Ergo neque ex tunc benè inſtitutus videri poteſt. Alioqui non eſſet inſtitutus ex tunc provt ex nunc & contrà. Cúmque inſtitutiones omnes, itémque ſimiliter conuentiones, quod ad formam & ſolennitatem attinet indiuiduæ ſint, neceſſariò euenire oportet vt quod alioqui vtile futurum erat, per id quod inutile eſt vitietur. Poſſentque alia eiuſmodi exempla penè innumera proferri ex iis rebus petita, quæ quoniam præſenti tempore fieri non poſſunt in aliud tempus ſunt conferendæ. Nihílque igitur proderit clauſulam illam *ex nunc provt ex tunc & contra* adiectam fuiſſe? Nihil prorſus, quinimo, vt iam dictum eſt, nocebit potiùs in iis actibus, qui nonniſi alterutro tempore fieri potuerunt. Sanè ſi vtroque tempore expediri res poſſit, nihil omnino intererit an nunc fiat, an tunc: nec proinde an ex nunc provt ex tunc, aut contra ex tunc prove ex nunc. Itaque ſicuti clauſulæ illius adiectio hoc caſu non nocebit, ita nec proderit quicquam. Nam cùm in actibus † potiſſimùm conditionalibus vſurpari hæc 4
clauſula ſoleat, vt exiſtente quandocunque conditione perinde

perinde habeantur ac ſi purè & ex contractus tempore facti eſſent, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſi, apparet clauſulæ huius adiectionem ſicuti non impedit, quominus conditionem expectari, tandemque exiſtere oporteat, ita nec facere poſſe vt impleta quandocunque conditione aliquid egiſſe videatur, liquidè ea quoque non adiecta perinde ex præſenti tempore vires acceptura eſſet conuentio, & eodem prorſus in omnibus iure cenſenda, quo ſi purè facta eſſet, quia nec exiſtens quandoque conditio aliud adfert, niſi vt purè factum intelligatur, quod reuera factũ eſt ſub conditione *l. potior. 11. §. videamus. D. qui potior. in pign. hab.* De quo plura ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 6. & 7.* vbi etiam monuimus diſtinguendas eſſe hac parte conditiones, † quæ aut merè caſuales aut mixtæ ſunt, ab iis quas poteſtatiuas noſtri appellant, quòd earum implementum ſit in poteſtate debitoris, & ex eius voluntate pendeat. Nam in caſualibus & mixtis id demũ obtinet generaliter & indiſtinctè, quod diximus earum euentu & implemento fieri vt purè factum videatur quod non niſi ſub conditione factum fuerat, adeo vt eorum qui medio tempore cum eodem debitore purè contraxerunt, non idcirco potior cauſa haberi poſſit, *l. qui balneum 9. eod. tit. qui potior. in pignor. hab.* in poteſtatiuis vero contrà ſeruatur, vt in debitoris duntaxat odium & incommodum puta exiſtimetur conuentio, quæ primum fuit conditionalis, non etiam in odium cæterorum qui medio tempore, id eſt poſt initam conuentionem, & ante impletam conditionem cum eodem debitore contraxerunt, *d. l. qui balneum l. 1. in princip. eod. tit. l. pen. D. quæ res pignor. obligar. poſſ.* Sed neque hoc caſu diuerſum ius inducetur ex eo ſolum quod in conuentione conditionali adiecta proponatur clauſula illa *ex nunc, prout ex tunc. & contra,* vt ſecundi creditoris qui nondum impleta conditione contraxit purè, cum eodem debitore durior cauſa conſtituatur. Eadem enim ratio ſemper vrget, quod in poteſtate debitoris eſſe non debeat vt creditori ſuo iam quæſitum ius auferre poſſit. Quæ ratio cùm non modo ex mera ſubtilique ratione iuris, ſed ex ſumma æquitate proficiſcatur, abſurdum ſanè fuerit, ſi quis putet huius vel illius clauſulæ commento elidi eam, & obliterari poſſe. Planè cùm de illo duntaxat quæritur, An valeat cõuentio quæ ſub conditione facta eſt, ac proinde quod ad ſolius debitoris perſonam attinet, non quod ad cæteros, indiſtinctè verum eſt quòd caſualis, ſiue poteſtatiua, ſiue mixta conditio fuit, inſpiciendum eſſe tempus conuentionis, vt ex eo die vires habeat conuentio *leg. ſi filiusfamilias 76. D. de verb. obligat. leg. vlt. D. de ſtipulat. ſeruor.* Proinde clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, vel contra* nihil vt diximus, illo caſu operatur.

ERROR V.

Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoriæ in pignore factum ſit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum valet pactum legis commiſſoriæ in pignore factum in tertij vtilitatem: & vnde hanc ſententiam probent.*

2 *Vera ſententia l. vlt. D. de contrah. empt. aduerſus interpretes aſſerta.*

3 *Quo caſu putent pragmatici locum habere pronunciatum nu. 1. propoſitum.*

4 *Lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis eſt debitori, damnoſa creditori: contra pragmat.*

5 *Fiducia cur abrogata.*

AD eam interpretum & pragmaticorum traditionem quæ habet, Pactum, quod vocant legis commiſſoriæ in pignoribus non valere, ſolennis illa exceptio adhiberi ſolet, niſi 1
† in fauorem tertij, vt puta fideiuſſoris factum proponatur. Cuius exceptionis & probationem & exemplum deſumunt *ex l. vlt. D. de contr. empt.* vbi proponebatur Titius cùm mutuos acciperet tot aureos ſub vſuris, dediſſe pignori ſiue hypothecæ prædio, & fideiuſſorem Lucium: eidemque Lucio promiſiſſe, intra triennium proximum ſe eum liberaturum. Quod ſi id non feciſſet die ſupraſcripta, & ſoluiſſet debitum fideiuſſor creditori, iuſſiſſe vt prædia fideiuſſori empta eſſent quæ creditoribus obligauerat. Quærit enim Scæuola, Cum non eſſet liberatio Lucius fideiuſſor à Titio, an ſi ſoluiſſet creditori, empta haberet prædia in conuentionem deducta. Reſpondet autem ſi non vt in cauſam obligationis, ſed vt empta haberet, ſub conditione factam emptionem eſſe, & contractam obligationem. Quibus † 2
tamen verbis ſi benè inſpicias, tam aperte Scæuola conuincit errorem hunc interpretum & pragmaticorum, vt non potuerit apertius. Fatetur enim, ſi inter fideiuſſorẽ & debitorem id actum proponeretur, vt ob non ſolutam creditori pecuniam fideiuſſor pignora haberet in cauſſam obligationis, id eſt pignoris, nullius momenti futuram eſſe conuentionem, neque ex ea vllam contractam iri obligationem. Hoc ipſum verò cur ita? Niſi quoniam eo caſu interueniret pactio illa implicans contradictionem, quæ & pignoris, & emptionis ſimul obligationem induceret, quod interpretes & pragmatici noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ. Ineptè vt docui in ſuperioribus, & abſurde tum quia legem commiſſoriam Iureconſulti dicunt, non autem pactum legis commiſſoriæ, non magis quam pactum pacti, tum etiam quia conuentio hæc fit in euentum ei ex diametro contrarium qui lege commiſſoria continetur, nimirum vt fundus ſit emptus, qui ex natura & poteſtate legis cõmiſſoriç inemptus fieri deberet. Illud ergo vult Scæuola inter debitorem & fideiuſſorem actum eſſe, vt ſub ea conditione ſi à debitore pecunia debita non ſolueretur, empta fideiuſſor haberet prædia creditori obligata, non etiam vt ea in cauſam obligationis & pignoris acciperet: ob eámque cauſam ponit quidem obligata fuiſſe prædia, ſed creditori non fideiuſſori, contractam autem conditionalem venditionem cum fideiuſſore, non etiam cum creditore. Porro interpretes ipſi cùm improbant pactum legis commiſſoriæ in pignore, ponunt initum eſſe pactum cum eo ipſo cui pignus datum fuerit: Et conſequenter † cùm exceptionem hanc 3
adſtruunt, vt valeat huiuſmodi pactum in fauorem tertij, non de alio caſu poſſunt intelligere, quam quo tertius ille pignus quoque acceperit: Alioqui non eſſet exceptio ad regulam accommodata: neque dici poſſet cur in tertio potius quam in ipſo creditore ſententiam hanc admitterent. Nam & ſi ponas conueniſſe inter debitorem, & creditorem, vt ſi pecunia debita creditori ſua die non ſoluetur, habeat creditor emptoris iure fundum Cornelianum, iam diximus *ſup. cap. 3.* valere conuentionem, hactenus vt conditionalis emptio contracta intelligatur, dummodo, fundus ille Cornelianus non fuerit creditori obligatus. Quid ergo intereſſe hac parte poteſt inter fideiuſſorem & creditorẽ? Nam & fideiuſſor ex fideiuſſore fit creditor, ſcilicet ex cauſa mandati cum eam quantitatem ſoluere cogitur, quam pro alio promiſit. Atque ita ſane videntur interpretes noſtri ſenſiſſe, nullam ſcilicet inter creditorem & fideiuſſorẽ differentiam eſſe, cum fideiuſſori obligata ſunt ea ipſa prędia quę & creditori quia nec poteſt ille hoc caſu dici tertius, ſed tunc demum cum idem fundus qui creditori obligatus tantum fuit, fideiuſſori non obligatur, ſed ſub conditione venditur. Poteſt enim ſecundum hanc interpretationem exceptio accommodata eſſe, ad

regulam, ſi regula concipiatur de lege commiſſoria, vt loquuntur, in pignoribus improbanda, exceptio autem de lege commiſſoria illo etiam caſu admittenda quo conuenerit de pignore, ſed cum fideiuſſore, non cum creditore. Sed tamen pragmatici noſtri longè aliter vulgò intelligunt, eo nimirum ſenſu vt quamuis de pignore conuenerit cum fideiuſſore, nihilominus valeat in eius fauorem pactio commiſſoria, quæ in fauorem pignoratitij creditoris nullomodo valeret. Hac vna moti ratione quòd non ſicut creditoris ita & fideiuſſoris cauſa odioſa videri poſſit, qui licèt pro debitore ſoluens fiat ipſius creditor, tamen neceſſarius eſt non voluntarius, ob idque dignior cui faueatur, & de quo nihil malè præſumatur. Quaſi verò non aliam rationem quàm odium creditoris habeat regula quæ legem commiſſoriam in pignoribus improbauit. Imò verò vt docuimus,
4 ſi legem commiſſoriam † propriè accipias, id eſt, vt explicauimus in præcedentibus, pro ea conuentione, quæ fiduciæ contractum perficiebat, tota eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori. Perinde namque contra creditorem exercetur à debitore, atque in emptionibus exercetur contra emptorem duntaxat à venditore, quia nec adiicitur niſi pro venditore, qui ob hanc cauſam neque inuitus eam cogitur exercere *l. 3. D. de leg. commiſſ.* Sed
5 tamen quia fiduciæ † nec commodum nec vſus vllus erat niſi facta priùs pignoris mancipatione per quam dominium pignoris purè ſtatimque transferebatur in creditorem, ſæpiùs autem accidebat vt intra conſtitutam diem non valente debitore pecuniam explicare ſuæ conuentionis fructu priuaretur, nec quicquam ei prodeſſet, quod fiduciam contraxiſſet, non ſine magno debitorum incommodo qui maioris valoris pignora ſub prætextu contrahendæ fiduciæ non illibenter mancipabant, viſum eſt tandem abrogandum hoc contractus genus tanquam odioſum, nimiſque aſperum debitoribus non propter fiduciam contractam legémque commiſſoriam adhibitam, ſed propter mancipationem quæ fiduciæ contrahendæ legiſque commiſſoriæ adhibendæ neceſſitatem inducebat. Itaque tolle vſum & poteſtatem mancipationis, nullum odium ſupereſt, aut potiùs nulla odij cauſa aduerſus creditorem: ſicut nec vlla neceſſitas contrahendæ fiduciæ, aut vſus vllus legis commiſſoriæ in pignore, quæ ſcilicet eò tantùm pertinebat vt res debita is quæ creditori acquiſita eſſet in debitoris dominium recurreret eo demum caſu quo intra dictam diem pecunia ſoluta eſſet. Proinde cum ex caſu pignoris dominium in creditorem non transferatur, apparet fieri nullomodo poſſe vt lex commiſſoria in pignore adhibeatur, aut vt odio vllo dignus videri debeat creditor, qui pignus accipiendo nihil aliud agit niſi vt ſibi conſulat, iuſtique debiti nomine caueat. Quòd ſi ex contrario non prudentum ſed interpretum more legem commiſſoriam ſic intelligas, vt fundus obligatus qui ex empto fieri deberet inemptus, ſolutâ ſuo die pecuniâ, fiat ex inempto emptus ob non ſolutam ſua die pecuniam, non magis odio creditoris improbari pactio poteſt quàm ſi nullo præcedente pignore adhibita eſſet. Nec enim eo minùs verè eſſet creditor quod non eſſet pignoratitius, nec conſequenter minore odio dignus, ſi nudum creditoris nomen ſufficeret ad odium conciliandum. Et tamen dubitari non poteſt quin eo caſu valeat conuentio, tanquam conditionali duntaxat venditione contracta: non ſecus acſi cum fideiuſſore iuſta eſſet, cum quo priùs de pignore nullomodo conueniſſet, tametſi de re quæ iam creditori obligata fuiſſet, neque enim fideiuſſori datum intelligitur pignus, quod datum eſt creditori, licèt perinde fiat ille ex fideiuſſore creditor, ex quo hodie pecuniam debitam ſoluit creditori pro debitore, acſi eam primùm ipſe credidiſſet. Illud ergo ſupereſt vt conuentio illa per quam fundus pignoratus fiat emptus creditori propter non ſolutam ſua die pecuniam, non alia ratione improbetur, fueritque iam olim ſemper improbatum, quàm quòd & pignoris obligationem inducat, & conditionalem ſimul pignoris venditionem eodem inſtanti perfectam, quæ tamen ſimul fieri perficique non potuit. Quæ ratio non minùs vtique locum habet in perſona fideiuſſoris qui eandem rem pignori acceperit, quàm in perſona creditoris. Non enim fideiuſſoris fauor perſonáque facere poteſt, vt eo magis pignus & venditio ſe inuicem compatiantur. Proinde non fideiuſſor à creditore hac parte ſeparandus eſt, ſed is tantùm qui ante initam conuentionem de fundo emptionis iure retinendo pignus accepit ab eo qui non accepit, ſiue creditor ille ſit, ſiue fideiuſſor.

ERROR VI.

De lege commiſſoria in venditionibus.

SVMMARIA.

1 *Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit, interpretum ſententia.*
2 *De quæſtione propoſita autoris ſententia.*
3 *Cur lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis olim habita.*
4 *Quæ lex commiſſoria abrogata ſit.*

VT legem commiſſoriam in pignoribus odioſam eſſe interpretes, & pragmatici noſtri crediderint, illud maximè effecit, quòd in † emptionibus quoque iam olim odioſam eam fuiſſe vident. 1 Sic enim Paulus refert in *l. Æmilius Larianus* 38. *D. de minor.* legem commiſſoriam Imperatori diſplicuiſſe. Nam quis neget multò fauorabiliorem eſſe venditorem pro quo vno, vt iam diximus, ea lex adhibetur, quàm creditorem? Creditores ſiquidem vt plurimùm ob id maximè in creditum iri ſolent, vt vel vſuras vel quid aliud in vicem vſurarum conſequantur, tùm præſertim cùm pignus accipiunt, quo caſu placet etiã ſi gratuita pecunia fuerit, tacitam nihilominus antichreſim contractam videri vt fructus pignoris lucro cedant creditoris, *l. cùm debitor 8. D. in quib. cauſ. pign. vel hypot. tacit. contr.* quam nos fuſiùs explicauimus *Decade 9. Err. 5.* At venditores ferè omnes egeſtas compellit, aut inuitat ſanè ad vendendum: ideóque digniores proculdubio videri debent quibus ſuccurratur, ac multò magis quibus concedatur vt iuſta, nec illicita conuentione ſibi proſpiciant. Ergo ſi in venditionibus quoque lex commiſſoria odioſa eſſe creditur, quantò minùs fauorabilis videri debet in pignoribus? Atque ita interpretes & pragmatici noſtri, vt diximus, paſſim ratiocinantur, ſed omnino vt apparebit imperitè, proptereà quòd non magis intellexerunt cur odioſa eſſet lex commiſſoria in venditionibus quàm quid illa eſſet in pignoribus. Fuit certè odioſa † in venditionibus *d. l. Æmilius.* Indéque nimirum fiebat vt poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum ſi venditor vel minimam pretij partem acciperet, adeóque duntaxat peteret, legi commiſſoriæ renuntiaſſe videretur, nec poſtmodum variare, & ad eam redire poſſet *l. de l. 6. §. vlt. & l. ſeq. D. de leg. commiſſ.* At non odio venditoris, vt iſti putant, ſed odio conuentionis cuius poteſtas ea eſſet, vt bona fide contractam perfectamque venditionem ipſo iure diſſolueret, faceretque inemptum fundum qui re vera emptus fuiſſet. Nam ſicuti nihil fauorabilius eſt venditione ſi modò bona fide inita ſit, quoniam eo potiſſimùm contractus genere ſocietatis humanæ commercia conſtare neceſſe eſt, ita conſequens eſt odioſam videri debere pactionem per quam venditio iuſta perfectáque in irritum deducatur. Eadem porrò ratio, inquies, facere etiam debuiſſet, vt perinde odioſa videri deberet lex cõmiſſoria in pignoribus: cuius ſcilicet poteſtate 2

poteſtate ſimiliter eueniebat vt iuſta licitaque mãcipatio diſſolueretur. Etſi enim minùs frequens aut neceſſarius, & conſequenter minus fauorabilis videbatur actus mancipationis, quam venditionis, non poterat tamen non eſſe fauorabilis qui iuſtus erat, id eſt iure Quiritium inſtitutus, & ad dominium transferendum æquè ac traditio ex emptionis cauſa comparatus, vt Vlpianus in Titulis refert *tit. 19. de acquiſ. rer.* Verum reſpondeo † duabus potiſſimum de cauſis legem commiſſoriam
5 in pignoribus fauorabilem potius, quàm odioſam videri debuiſſe: quarum vna illa fuit, quod cùm ea lex adhibebatur, id eſt cum fiducia contrahebatur, mancipatio quidem quàm prius interuenire neceſſe erat, diſſoluebatur, at non ſola legis commiſſoriæ poteſtate vt in venditionibus, ſed per remancipationem, id eſt contrariam mancipationem, quam à creditore debitori fieri oportebat vt dominium à debitore tranſlatum in creditorem, à creditore viciſſim eodem tranſlationis modo ad debitorem recurreret. Itaque cùm non tam lex commiſſoria quàm ſecuta remancipatio mancipationem diſſolueret, non poterat ex ea cauſa dici odioſa lex commiſſoria in pignoribus, quamuis eius poteſtate fieret vt creditor dominus pignoris per mancipationem effectus, remancipare cogeretur. Sicut & in venditione vſuuenit, vt ſi qua contracta ſit ſub pacto de retrouendendo, ea finiatur pe ſecutam retrouenditionem, nec eo tamen magis odioſum illud pactum exiſtimetur: quia ſcilicet non ſola pacti poteſtate venditio prior diſſoluitur, ſed poteſtate retrouenditionis quam, licèt ex pacti viribus, neceſſariò ſubſequi oportet, adeoque retrotraditionem vt dominium per traditionem tranſlatum contraria traditione reſtituatur, *l. ab emptione 58. D. de pact.* Alia etiam ratio fuit quæ legem commiſſoriã in pignoribus fauorabiliorem efficere deberet. Ea ipſa nimirum propter quam interpretes & pragmatici putant odioſam videri debuiſſe: Odium creditoris, contra quem vnum lex illa adhiberi poterat & exerceri. Tota enim reſpiciebat fauorem debitoris, qui ſi hac lege omiſſa, id eſt nulla contracta fiducia pignus mancipaſſet, nulla poſtea ratione id redhibere potuiſſet, nec ſi millies pecuniã debitam ſoluere paratus fuiſſet. Itaque quamuis per remancipationem illam diſſolueretur mancipatio quæ priùs facta fuerat, nihil tamen cauſſæ erat, cur odio dignus videri deberet debitor qui id agebat vt rem quondam ſuam recuperaret, præſertim à creditore qui ab initio non tam id egerat, vt alienæ rei dominium ſibi pleno iure compararet, quàm vt pecuniæ ſuæ nomine ſibi caueret. Falſum igitur eſt, nec vlla lege probari poteſt, odioſam vnquam fuiſſe legem commiſſoriam in pignoribus, tametſi odioſa fuerit in venditionibus. Nec illud ergo admitti debet quod vulgò creditur, abrogatam & improbatam eam eſſe odio creditorum. Non inficior pactionem illam quam noſtri ridicule pro lege commiſſoria accipiunt, reſpicere fauorem creditoris, cùm eò ſpectet vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, fundus ſit emptus creditori, cui fuit & pignoratus. Sed quemadmodum nego eam eſſe legem commiſſoriam, quæ vnquam in pignori-
4 bus recepta probataque fuerit, ita nego † eam eſſe quæ Conſtantini lege abrogata ſit. Nego etiam conſequenter eam eſſe quæ prohibita eſt & improbata. Siquidem non alia eſt lex commiſſoria prohibita & improbata, quàm quæ abrogata, nec alia rurſus abrogata, quàm quæ aliquando in vſu fuit. Fateor tamen eſſe hanc quoque conuentionem & ſemper fuiſſe improbatam. Extra eum caſum quo pretij taxatio in alind tempus collata eſſet, at non odio creditoris, vt vulgo autumant, vel odio conuentionis, quemadmodum euenire diximus in lege commiſſoria quæ ad venditiones pertineat, ſed tantum propter implicitam contradictionem, quòd fieri nequeat vt eadem conuentio & pignoris obligationem conſtituat, & venditionem ſimul ſiue puram ſiue conditionalem, quemadmodum in ſuperioribus ſæpius à nobis dictum eſt. Vnde & illud fieri monuimus, vt etiamſi cum fideiuſſore cuius cauſa fauorabilior, quæ creditoris eſſe exiſtimatur, eiuſmodi conuentio inita ſit, non eo magis tamen valeat, ſi cum eodem fideiuſſore conuenerit de pignore. Et ex contrario defendatur iure conditionalis venditionis ſi cum ipſo quoque creditore facta ſit, dum ne vlla pignoris obligatio præceſſerit, *l. vlt. D. de contr. empt.* Quamquam non ignoro pragmaticos pleroſque in contraria eſſe ſententia, ſecutos Guid. Pap. *quæſtio. ſexta*, vbi negat conuentionem hanc valere ſi cum ipſo creditore facta proponatur, quaſi vſurariam aut certe ſuſpectam: Cuius tamen probandi cauſa neque legem habet quam proferat, neque rationem.

ERROR VII.

Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum & pragmaticorum valet conuentio legis commiſſoriæ in pignoribus ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur.*
2 *Quæ ſit de ſententia pragmat. ratio.*
3 *De ratione à pragmaticis allata autoris ſententia: & improbatio concluſionis pragmaticorum.*
4 *L. ſi fundus. 16. §. vlt. D. de pignoribus corruptam & interpolatam eſſe.*

INter cæteros caſus, quibus interpretes volunt, itémque pragmatici, valere conuentionem † illam quam ipſi vocant pactum 1 legis commiſſoriæ in pignoribus, hic vnus eſt, ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur, illa potiſſimum, vt puto ratione † quod tranſactionum 2 omnium, dummodo bona fide initæ fuerint, maximus fauor ſit, vel ob hoc ipſum vt à lite diſcedatur, à qua non eſſet alioquin diſceſſurus creditor, qui non aliter quàm adiecta in pignore commiſſoria lege ſibi ſatis cautum eſſe putat. Quaſi cùm hîc duplex odium verſetur, vnum litis, alterum creditoris, potentius eſſe debeat odium litis ad validandam tranſactionem, quàm creditoris ad conuentionem infirmandam. Ego vero rationem † hanc 3 non inuitus probarem, ſi admittere poſſem, quod illi pro vero habent, pactionem iſtam quam illi legis commiſſoriæ nomine donarunt, non alia de cauſa quàm creditoris odio improbatam eſſe. Sed cùm eius improbandæ ratio tota illa ſit, quòd implicet contradictionem vt eadem conuentione, & contractum pignus, & eiuſdem pignoris venditio, ſiue pura, ſiue conditionalis exinde facta eſſe intelligatur, quemadmodum docuimus in ſuperioribus, plane non video quid attineat de fauore tranſactionis, aut de odio litis diſputare, vt defendatur ea pactio quæ ipſam deſtruit, nec minùs à ſe ipſa quàm à iuris ratione infirmatur. Fac enim quantum voles, vt creditor qui de pignore conuenit ſiue in ipſa tranſactione, ſiue iam ante tranſactionem, poſt à tranſigendo paciſcatur de pignore illo emptionis iure retinẽdo, ſi ſua die non erit ſoluta pecunia quæ ſub pignore debetur, non poteris aſſequi vt eo minus creditor & pignus, & conditionalem venditionem contrahere voluerit. Si pignus, ergo, non acquirere ſibi dominium quod ſcilicet nunquam ex cauſa pignoris transfertur, *l. cum & ſortis 34. §. vlt. D. de pignor. act.* licet contracta pignoris obligatio ius præbere poſſit dominij quandoque impetrandi *tot. titul. Cod. de iure. domin. impetr.* Si conditionalem venditionem, ergo ſibi acquirere dominium quod venditionis tempore ſit penes venditorem.

l. ex empto 11. §. 1. *D. de action. empt.* Vtrumque igitur voluit creditor pignoratitius qui pactionem hanc adhibuit, & acquirere ſibi doninium, & non acquirere: quæ tamen inuicem contradictoria ſunt, nec ſe vllomodo compatiuntur, nec magis ſi in tranſactione, quàm ſi extra tranſactionem ea pactio adhibeatur: ſunt quædam pactiones quæ impoſſibiles dicuntur, vt in *lege non impoſſibile* 50. *l. ab emptione* 58. *D. de pact. lege ex empto.* 11. *§. vlt. lege bona fides.* 50. *D. de action. empt.* quia natura negotij in quo adhibentur, eas pati & admittere nullomodo poteſt, Nec eſt quod dicas, poſſe diuerſis reſpectibus contrahi eiuſdem rei & pignus & venditionem, pignus nimirum purè, venditionem verò ſub conditione ſi pignoratitia pecunia ſuo die ſoluta non erit. Iam enim monuimus in ſuperioribus, venditionem quantumuis conditionalem ex eo tempore factam intelligi quo de pretio conuenit, licèt effectus venditionis conditione aliqua nondum impleta ſuſpendatur. Proinde cùm pignoris venditio facta eſt, quamuis ſub ea conditione, ſi ad diem pecunia ſoluta non erit fatendum eſt impleta quandocunque conditione iam inde ab eo tempore quo inita conuentio fuit, dominium emptori, eidemque creditori an ex cauſa acquiſitum intelligi. *l. 4. D. ad leg. Falcid.* Nec eo minus tamen contractum fuiſſe pignus, quod vtique contractum eſſet & debitor & creditor voluerunt, in id præſertim vſque tempus quo pecunia ſoluta eſſe debuiſſet, nec fuiſſet. Itaque conſequens fiet vt pignoris dominium & acquiſitum ſit creditori, & non ſit acquiſitum, hoc quidem quoniam pignus fuit, illud verò, quia fuit etiam venditio. Semperque abſurdum hoc aderit, niſi ponas ſic conceptam pactionem vt pretij conuentio ſine qua nec pura nec conditionalis venditio vlla eſſe poteſt, collata ſit in certum tempus vt in ſpecie illa *l. ſi fundus* 6. *§. vlt. D. de pignor.* quod cum ſit, pignus quidem contractum dicimus & venditionem, at non vtrumque ſimul & eodem tempore, ſed pignus ab initio, & in eum vſque diem quo pretium conuentum, taxatúmque ſit, venditionem verò ex eo tempore duntaxat. Facere enim nunquam poſſis, vt conditionalis venditio retrotrahatur ad id tempus quo pacto interpoſita eſt ſi nihil tum de pretio adhuc conuenerit, quia nec poteſt incipere niſi à pretij conuentione. Qua de cauſa poſſit quis non malè dicere, ſic inita conuentione, vt liceat creditori ſi ad diem pecunia non ſoluetur, retinere rem obligatam emptoris iure certo iuſtoque pretio tunc æſtimandam ex tempore magis quam ſub conditione contractam videri venditionem. Conditio námque illa *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit,* non poteſt facere conditionalem venditionem, cùm impleri eam neceſſe ſit diémque veniſſe intra quam ſolui debuit, nec ſolutum fuit, priuſquàm de venditione tractari poſſit, id eſt, de certo pretio conſtituto, at ne quidem de conſtituendo. Certum autem eſt deſinere conditionem eſſe, ex quo impleta eſt. Idcóque fortaſſis Marcianus in *dict. §. vlt. lege ſi fundus*, dictionem *quodammodo* quæ improprietatis nota dicitur, adiecit, in illis verbis, *hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* Niſi quis † dicat quod ego
4 certè probabilius arbitror, licet dicere nondum ſim auſus, verſiculum illum aut interpretis parum acuti eſſe aut Triboniani, quem fefellerit elegans illud reſponſum Scæuolæ quod extat in *lege vlt. de contr. empt.* vbi tractatur de ſpecie non valde diſſimili ab ea de qua in *d. §. vlt.* ſed diſſimili tamen in eo quod nihil apud Scæuolam de contracto pignore proponebatur, nec rurſus de collata pretij taxatione & conſequenter venditione
ipſa in aliud tempus. Nec pro tuenda Triboniani aut interpretis illius imperitia poſſis dicere, ſublata quoque conditione illa, *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit,* tacitam nihilominus conditionem adhuc ineſſe intelligi, propterea quòd in arbitrium boni viri collata pretij conuentio videatur, ac proinde conditionem illam habere, *ſi vir bonus arbitrabitur*, vt dici ſolet, cùm ſic facta venditio eſt, *quanti Titius æſtimauerit. leg. hæc venditio.* 7. *D. de contr. empt. l. vlt. C. eod.* Illam enim venditionem, *quanti Titius aut alius vir bonus quilibet arbitrabitur.* ideo conditionalem appellamus, quod nihil prohibeat quin ſtatim arbitrium fieri poſſit, & venditionis conditio impleatur. At conuentione pignoris ſic facta, vt ſi pecunia ad diem ſoluta non erit, creditor eam rem ſibi habeat emptoris iure certo pretio tunc æſtimandam, articulus *tunc* impedit omnino ne ante id tempus de pretio tractari oporteat, & conſequenter ne vllum venditioni datum fuiſſe initium videri poſſit, quandiu conditio impleta non eſt, quam impleri contrahentes voluerunt, priuſquam de emptione aut venditione etiã conditionali contrahenda cogitarent. Proinde nulla eo caſu emptio contracta dici poteſt, ne conditionalis quidem. Et ſane ridicula eſt ea loquendi formula, qua Marcianus vſus creditur in *d. §. vlt. Poteſt.* inquit *ita fieri pignoris datio hypothecave, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure temporis poſſideat rem iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* Annon enim perinde hoc eſt acſi quis diceret, Poſſe ita fieri pignoris dationẽ vt ſimul & ſemel cõditionalis quoque venditio contracta eſſe intelligatur? Atqui hoc ipſum eſt quod nos iam ſæpius diximus implicare contradictionem, Triboniani vero adiectionem illam eſſe potius quam interpretis facile ſibi perſuadebit quiſquis fatebitur in eadem lege multa alia eſſe ab eodem Triboniano contra iuris rationem immutata. Præſertim in *§. in vindicatione* de quo ſcripſimus *lib. 16. Coniectur.* & in *§. ſi. pluris*, de quo etiam ſcripſimus eod. libr. quibus etiam addendum eſt, ni fallor quod in eadem lege ſcriptum legimus in *§. ſi duo*, de duobus pariter de hypotheca paciſcentibus. Tota enim diſtinctio illa eſt inepta, vt in ſequentibus dicemus, ſi prius ea abſoluerimus quæ ad inſtitutum *De lege Commiſſoria* tractatum pertinent. Maneat igitur ſatis ſupérque probatum ex ſuperioribus, non valere pactionem de pignore ob non ſolutam ſua die pecuniam emptionis iure retimendo, etiamſi in tranſactione facta ſit, eadem ſcilicet ratione hoc caſu, qua cæteris omnibus, obſtante.

ERROR VIII.

De iurato pacto legis Commiſſoriæ in pignoribus.

SVMMARIA.

1 *Iuriſiurandi vis quanta in conuentionibus Iure ciuili & Pontificio.*

2 *Quandoque conuentio alioquin nulla iureiurando confirmatur: interdum verò iuſiurandum periurij tantum exceptionem inducit.*

3 *Qui ſint effectus proximè allatæ diſtinctionis.*

4 *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus iureiurando non confirmatur, valet tamen iuſiurandum ex ſententia pragmaticorum.*

5 *d. Sententiæ refutatio, quod ad poſtremam partem attinet.*

6 *Reſcriptum Pontificium in cap. ſignificante. ext. de pignoribus pragmaticis non fauere.*

7 *Qualia ſint plerumque Pontificia reſcripta.*

Magnam ad conuentiones † nominum
firmandas præcipuamque iuriſiurandi vim 1
eſſe tam ciuili quam Pontificio iure, inter omnes conſtat, ſed non tamen tantam iure ciuili, vt ſi quid contra leges factum ſit, iuriſiurandi religione

ligionæ confirmari id poſſit. Extat enim aperta in eam rem conſtitutio Impp. Theodoſij & valentiniani in *lege non dubium. 5. C. de legib.* Id namque potiſſimum agit ciuilis legiſlator, vt ſua ſemper legibus poteſtas & autoritas conſtet, nec niſi publicam vtilitatem intuetur, quæ ex publica legum obſeruatione tota æſtimanda eſt, non ex huius aut illius hominis religione. Quare nec ſi filiusfamilias contra Senatuſconſultum Macedonianũ pecuniæ mutuæ nomine ſe obligauerit, nec ſi mulier contra Velleiani prohibitionem interceſſerit, aut aduerſus legem Iuliam & Iuſtinianeam fundum dotalem alienauerit, aut alienationi per maritum factæ conſenſerit, adhibita iuriſiurandi religio facere poterit vt obligatio vlla contracta videatur, quoniam huiuſmodi pactiones omnes legibus aduerſantur, & conſequenter à legibus improbantur, quæ ſeipſas vtique deſtruerent, ſi tãtam iuramento poteſtatem darent: Quandoquidem non aliunde quàm ex legibus proficiſci poteſt, vt plus virium habeat pactio quæ iurata eſt quam quæ non iurata. Excipiendi tamen ſunt certi caſus in quibus viſum eſt ex iuſta cauſa plus iuramento tribuendum eſſe, quàm contractui aut antiqno iuri, vt in *Auth. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vendit.* At iure pontificio ſanè aliud eſt. Nam quemadmodum ſacroſanctis Pontificibus vnum illud propoſitum fuit vt animarum ſaluti proſpicerent, nihil publice aut priuatim vtile exiſtimantes, quod non ad eam rem maxime pertineret, ita conſtituendum putarunt, vt quoties iuratũ eſt déque eo diſputatur an iuſiurandum ſeruari debeat, néc ne, hoc vnum inſpici & inueſtigari oporteat, an ſine diſpendio & detrimento ſalutis æternæ ſeruari poſſit, aut non, vt ſi poſſit omnimodo ſeruandum ſit, etiamſi de ea re interpoſitũ fuerit, quæ legibus non probetur, itaque conuentiones illas omnes quas contra ſenatuſconſulti Macedoniani aut Velleiani, aut legis Iuliæ prohibitionem factas, & alias huiuſmodi ſexcentas à iure ciuili improbatas ius Pontificiũ paſſim tuetur, ratione illa generali quod huiuſmodi iuramenta non vi, non dolo ſed ſponte præſtita, nec in alterius præiudicium redundent, nec obſeruata vergant in diſpendium ſalutis æternæ, vt ab Innocentio proditum eſt in *cap. cum contingat 28. in fin. Extr. De iureiur.* Quod quanquam ita eſt, rectè tamen interpretes obſeruant non eandem ſemper & in omnibus iuriſiurandi vim eſſe. Ali-
2 quando † enim accidit vt conuentio alioquin nulla & illegitima iureiurando confirmetur, vt in fundi dotalis obligatione aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d. cap. cum contingat*, itemque in pacto de non ſuccedendo, De quo in *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* Aliquando autem in id tantum prodeſt iuſiurandum vt periurij exceptionem inducat, non etiam vt contractum odioſum legibuſque improbatum confirmet quod pleriſque caſibus euenire omnes fatentur. Huius porrò di-
3 ſtinctionis præcipui effectus duo ſunt. Prior † ille quod cùm iuſiurandum ſuper illegitimo contractu adhibitum valet quidem, ſed ita vt non tam contractum firmet, quàm inducat periurij exceptionem ſi contra factum ſit, nulla ad contractum reſcindendum opus eſt in integrum reſtitutione, nempe quia quod nullum prorſus eſt reſcindi nullomodo poteſt, *l. 5. §. 1. D. de iniuſt. rupt. l. 2. C. de præd. minor.* Sed ſufficit impetrari abſolutionem à vinculo iuriſiurandi, quæ & concedi ſolet ab epiſcopo aut eius vicario facillimè, nec citata parte, nec adhibita vlla cauſæ cognitione, ſaltem ad fines agendi, vt pragmatici pontificij loquuntur, quod non ſimiliter obſeruaretur, ſi religio iuriſiurandi contractum alioquin illegitimum confirmaret, Neque enim tunc obſolutionem impetratam eſſe ſufficeret, ſed neceſſarium eſſet auxilium in integrum reſtitutionis, ad contractum reſcindendum, quæ ipſa tamẽ nũquã niſi cauſa cognita vocatiſq; omnibus quorũ intereſt cõcedi poteſt. Alius ſupradictæ diſtinctionis effectus ille eſt, quod ſi iureiurãdo cõfirmatus ſit contractus qui alioquin non valeret, non tantũ is qui iurauit tenetur ex eo contractu, ſed ipſius quoque heredes & ſucceſſores: quos tamen non teneri conſtaret, ſi iuſiurandum non niſi ad periurij exceptionem inducendam prodeſſet, quia iuriſiurandi vinculum merè perſonale eſt ex parte iurantis, nec niſi iurantem obligat, vt ſi contra faciat periurus eſſe videatur: at vinculum contractus eſt reale, proindeque obligat omnes qui in contrahentis iura ſucceſſerunt, ſemélque iuratus iureiurando contractus, & vtilis conſtitutus, non ob id ſolùm irritus fieri poſteà poteſt, quod deceſſerit is qui iurauit. Sed totus ille De iureiurando tractatus ampliorem locum integraſque Decades deſiderat. Adeò multa ſunt in quibus peccant interpretes & pragmatici noſtri cùm de iuramenti priuilegiis diſputant. Itaque de eo alias iam ad rem. Si pacto † conuenerit vt rem pignoratam poſſit 3
creditor emptoris iure pro debito retinere, in eum caſum quo ſua die non erit ſoluta pecunia de que ea re iuſiurandum adhibuerit debitor, conſentiens ferè omnium interpretum & pragmaticorum vox eſt, valere quidem iuſiurandum & omnimodo ſeruandum eſſe ad periurij crimen euitandum niſi impetrata ſit abſolutio, ſed tamen non eum magis pactum valere, quippe quod odio, inquiunt, creditoris & vſurarum ſit prohibitum, nec proinde iureiurando debitoris confirmari poſſit. Ita Bart. ad *l. quamuis 45. D. de ſolut. & ad l. ſi quis pro eo 56. D. de fideiuſſ.* Guid. Pap. *quæſt. 6.* Ego vero ſentio † illud non poſ- 4
ſum vt iuriſiurandi aliqua ſit hoc caſu autoritas ne quidem ad inducendam periurij exceptionem. An quia ſeruari non poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ? Minimè verò. Sed quia nec ſi velis cum diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poſſit: Vtpote interpoſitum ſuper ea conuentione quæ vt in præcedentibus diximus, implicat cõtradictionem: cùm improbandę huius pactionis ratio alia non ſit, quàm quod fieri nequeat vt eiuſdem rei pignus & venditio ſimul contrahatur, aut contracta vnquam intelligatur. Nemo autem dixerit iureiurando poſſe fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, in quo numero ſunt omnia quæ implicant contradictionem: Et vt non inſulse quidam ſcripſit, Iuramentum quamuis multa poſſit, non eſt tamen omnipotens vt omnia poſſit quaſi alter Deus. Quanquam & ab ipſius Dei Opt. Max, omnipotentia Theologi alienum eſſe fatentur, vt ea facere poſſit quæ ſine implicita contradictione fieri nullomodo poſſunt. Quod ſi communi hominum omnium ſenſu nulla impoſſibilium obligatio eſt, non poteſt ſanè accedens iuriſiurandi autoritas facere vt ex contradictoria pactione obligatio aliqua nata videri poſſit. Neque obſtat Innocentij Pontificis reſcriptum, quo potiſſimùm interpretes mouentur, † in 5
cap. ſignificante. Extr. de pignor. Etſi enim tractatur eo loco de pacto legis commiſſoriæ in pignore, & de adhibito in eam rem iureiurando. cui ſatisfacere debitor voluerat, nihil tamen eſt ex quo poſſit colligi eam ſummi Pontificis mentem eſſe vt plus poſſit illo caſu iuſiurandum quàm pactum. Vtriuſque enim cauſam eandem conſtitui vt ſimul vtrumque reiiciatur, illis poſtremis verbis, *pacto tali vel iuramento nequaquam obſtante.* Nam ſi quis cum interpretibus dicat iuſiurandi rationem in ea ſpecie nullam idcirco haberi, quod per debitorẽ non ſtetiſſet quominus intra dictã diem pecuniã ſoluiſſet, quã perfido nuncio dederat perferendã, quaſi iuramento habendo ex ea cauſa pro impleto, vt verba illa innuere videntur, *& prædictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleuit.* Reſpondebo non ea tantùm ratione niti pontificium reſcriptum, ſed illa etiam quæ & priore loco ponitur, quòd pactum legis commiſſoriæ, vt loquitur Innocentius, ſit in pginoribus improbatum. Alioqui ſi pactum valuiſſet, etiãſi iuriſiurandi religio non acceſſiſſet, debitori ius nullum ſupereſſet redimẽdi poſt dictam diem pignoris quod ante diem redimi debuiſſet. Nec ei prodeſſe deberet quod certo, & vt videbatur, fideli nuncio pecuniam ſat citò numeraſſet vt ad creditorem

perferretur. Eſſet enim quod ſibi potius deberet imputare cur certiorem, & fideliorem nunci non elegiſſet, potius quàm vt ex eius nuncij perfidia ius creditoris immunutum dici poſſet. Ergo nec adhibitum hoc caſu iuſiurandum proderit ad inducendam periurij exceptionem: Alioqui dicendum eſſet iuriſiurandi vinculum eo ſaltem caſu debere obſtrictum tenere iurantem, quo obſtrictus ille eſſet ex pacto, ſi pactum valeret, nec poteſt videri iuriſiurandi debitum adimpleuiſſe, qui contractum ipſum ſuper quo iuratum eſt, ſi veleret, impleuiſſe non crederetur. Quanquam, vt liberè dicam quod ſentio, parum me hac in re Pontificij reſcripti autoritas
6 mouet. Video enim † pontificiorum reſcriptorum & conditores & interpretes hac parte, vt aliàs plerumque interpretum iuris ciuilis errorem ſecutos, neque quid in pignoribus lex commiſſoria eſſet intellexiſſe, neque rurſum qua ratione improbata ſit ea pactio, de qua diſputamus quam illi pactum legis commiſſoriȩ appellant, quæ tamen nihil minùs quàm lex commiſſoria eſt, ſecundùm ea quæ veriſſima iuris ratione à nobis diſputata ſunt in ſuperioribus. Nam ſi pactionem iſtam qua de agimus, nihil aliud odioſam faceret præterquàm odium creditoris, vt Innocentuis poſt interpretes ſenſiſſe videtur, faterer ſanè non illibenter, eam iuriſiurandi futuram autoritatam vt pactum hoc ſeruari deberet periurij metu. Quandoquidem & vſuras ipſas quibus nihil odioſius eſt, ſi tamen cum iureiurando promiſſæ ſint omnimodo ſoluendas eſſe placuit, licet poſtmodum reſtituendas, ne iuriſiurandi religio contempta eſſe videatur, *cap. debitores 6. Extr. De iureiur.* Itaque non eſt improbabile Innocentium Pontificem qui vulgatem interpretum errorem ſecutus pactionem iſtam nullo vnquam iure aut tempore probatam pro lege commiſſoria accepit, eámque non niſi creditoris odio improbatam eſſe exiſtimauit, in ea etiam fuiſſe ſententia, vt putauerit, accedente iuriſiurandi religione ſeruari eam debere: quod proculdubio non putaſſet, ſi ratione illa conueptionem hanc improbatam eſſe ſciuiſſet, quòd ſit de re impoſſibili & implicante contradictionem. Eumque Innocentij errorem illud apertius detegit, quod [illegible]cum interpretibus legem commiſſoriam appellat pactum legis commiſſoriæ; æquè eleganter, acſi diceret *pactum pacti commiſſorij*, cùm in hoc tractatu, nihil aliud lex ſignificet quàm pactum: vt docuimus cap. huius Decadis primo. Nos verò cùm aduerſus interpretes & pragmaticos diſputamus, non id agimus, non vt autoritate, ſed vt ratione vincamus.

ERROR IX.

De duobus pariter eam rem pignori accipientibus.

SVMMARIA.

1 *Res duobus pariter pignori data quatenus vtrique obligata cenſeatur: Martiani, vt creditum eſt, ſententia in l. ſi fundus. 16. §. ſi duo D. de pignor.*

2 *In d. l. queſtionem à Triboniano eius interpolatore ineptè proponi. & nu.* 10.

3 *Si pluribus eadem res ſimul pignori data ſit, æqualis erit omnium cauſa, & viriles partes fient.*

4 *Si pluribus eadem res ſeparatim oppignorata ſit, ei ſoli in ſolidum obligata erit, qui prior contraxit.*

5 *Fieri non poteſt vt eadem res vni iam in ſolidum obligata rurſus alteri aut in ſolidum, aut pro parte obligetur: contra Accurſ. & Bar. & nu. 9.*

6 *Eadem re pluribus obligata, ſi anterior creditor ex poſterioris pecunia dimiſſus ſit, pignus poſterioris ipſo iure confirmatur.*

7 *Aliud eſſe pignori ſeu hypotheca dari, aliud reuera & vtiliter obligari.*

8 *Qui res ſuas iam obligatas ſecundo creditori obligant, ſi creditorem non præmoneant incidunt in ſtellionatum.*

11 *Examinatur reſponſio Triboniani ad queſtionem in d. l. ſi fundus propoſitam: & d. l. exponitur.*

PRoponitur hæc quæſtio † de duobus pa- 1
riter eandem rem pignori accipientibus in *l. ſi fundus 16. §. ſi duo. D. de pign.* Si duo, inquit Marcianus, pariter de hypotheca paciſcantur, inquantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. Et magis eſt vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum, Sed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum; Vtrum de parte quiſque, an de toto, quaſi vtrique in ſolidum res obligata ſit? Quod erit dicendum ſi vtrique eodem die pignus datum erit ſeparatim: ſed ſi ſimul illi & illi, ſi hoc actum eſt, vterque rectè in ſolidum aget, ſi minùs, vnuſquiſque pro parte. Atque ita interpretes & pragmatici omnes ſentiunt. Qaid enim aliud poſſint dicere quàm ad quæſtionem à Marciano propoſitam iiſdem ipſis Marciani verbis reſpondere? Et ſanè fatendum eſt vel non errare illos, vel ſi errant, dignos eſſe quorum miſereamur potiùs quàm quibus ſuccenſeamus. Ego ſi quid mei iudicij eſt, errare eos contendo, at ita tamen vt non ipſis ſuccenſeam, ſed Triboniano qui more ſuo ſub Iureconſulti nomine & ineptam quæſtionem proponit, & ineptiore diſtinctione certiſſimam iuris rationem planè conturbat. Quæſtio † ipſa ſic con- 2
cepta eſt, Si duo pariter de hypotheca paciſcantur, in quantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrũ pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis? In quo primùm illud obſeruandum eſt dictionem *pariter* qua Tribonianus vtitur, ambiguam eſſe, vt & ſubiecta diſtinctio demonſtrat. Poteſt enim ſic intelligi vt duo ſimul & coniunctim, id eſt vna eademque conuentione pignus acceperint. & vt Bart. poſt Accurſium loquitur eodem momento. Poteſt ſic etiã, vt acceperint ſimiliter, ſed ſeparatim, id eſt ſimili, ſed non eadem conuentione, ſiue eodẽ, ſiue alio die. Vtrouis ſenſu inepta quæſtio eſt,
&, vt dici ſolet de indubitabili. Nam ſi pluribus † eadem 3
res ſimul pignori data ſit, conſtat æqualem omnium cauſam eſſe vt Paulus diſertè ſcribit, in *l. aliena res 20. §. 1. D. de pign. act.* id eſt vt ego interpretor, vnicuique pro virili parte eum obligatam intelligi, licet vni plus, alteri minùs debeatur, & ſiue pluris, ſiue maioris ſit cuiuſque pars illa virilis, quàm ſingulis debeatur. Non. n. quantitas debiti ea eſt, quæ facit vt ex conuentione pignoris ius aliquod creditoribus acquiratur, ſed ipſa conuentio, quam portò ſingulis æquè prodeſſe neceſſe eſt, qui ſimul paciſcuntur. Ergo in viriles non in ſolidum. Nam & eo caſu quo in ſolidum in ſingulis acquiri poſſet ius obligationis, in dubio, tamen diuideretur obligatio in viriles, vt cùm agitur de obligatione aduerſus plures acquirenda per vnicam ſtipulationem, ex qua plures debendi correos fieri nihil prohiberet ſi id ageretur, *l. reos 11. §. cum tabulis. D. de duobus reis.* Quantò igitur magis dicendum erit viriles fieri in ea conuentione interpretanda ex qua ſingulis in ſolidum acquiri non poſſit? Atqui non poteſt eadem res pluribus ſimul in ſolidum eſſe obligata, non magis quàm dominij iure ad plures pertinere, vt mox probabimus. Conſequens igitur eſt, vt pluribus ſimul de eodem pignore paciſcentibus, æqualis ſit omnium cauſa, & viriles partes fiant nec debiti quantitas in diuidendo conuentionis emo-
lumento attendatur. Quòd ſi plures † pariter quidem, 4
id eſt, ſimiliter, ſed ſeparatim eandem rem pignori acceperint,

perint, nihil ſanè apertius eſt, quàm ei ſoli obligatam
eſſe rem in ſolidum, qui, prior contraxit, ſiue eodem,
ſiue alio die poſterior contraxerit: quia fieri nullomodo
poteſt vt concurrat in expreſſo præſentique pignore is
qui contrahit poſterior. Addo in *expreſſo præſentique*
pignore vt cum caſum excipiam quo tractetur de futuro-
rum bonorum ſiue expreſſa, ſiue tacita obligatione, quæ
quoniam habet tacitam conditionem, ſi quando bona
illa debitori acquirentur, facilè admittit, vt poſſit inter-
dum vincere tanquam anterioris, qui & tacitam dun-
taxat hypothecam habuit & poſterior contraxit, & in
eleganti illa ſpecie apud Papinianum in *l. ſi is mihi* 28.
D. de iur. fiſc. de qua ſcripſimus *lib.* 2. *Coniect.* Et qui-
dem quod ad eum qui & ſolus & prior pignus accepit,
aut ad hypothecam conſtituendam de pignore tantùm
conuenit, quin rem in ſolidum obligatam habeat, dubi-
tare nemo poteſt. Hoc autem admiſſo, quòd apud om-
nes in confeſſo eſt, dico fieri † non poſſe, vt eadem res
vni iam in ſolidum obligata rurſum alteri aut in ſolidum
5 aut pro parte obligetur. In eóque non ſolum à Tribo-
niano diſſenſio, ſed etiam à Bartolo cæteriſque omnibus
fortaſſe interpretibus, quibus nihil certius videtur, quàm
vt diſtingui oporteat cauſam dominij à cauſa pignoris,
in eo videlicet, quod quamuis eadem res in plurium
dominio eodem tempore in ſolidum eſſe nequeat, pluri-
bus tamen obligata in ſolidum eſſe poſſit. Quod quàm
falſum ſit, ex eo iſanè apparet, quòd vt res aliqua pignori
vtiliter obligar poſſit, eam neceſſe eſt non ſolùm in
pleno debitoris dominio eſſe, ſed etiam adeo pleno &
libero iure vt nihil ſit quod prohibere poſſit quominus
pro arbitrio eam obliget. Etſi enim dici ſolet cauſam
dominij nihil cum iure pignoris habere commune, *l.* 1.
de pignorib. id tamen eò pertinet vt extincto debitoris
dominio ſiue per alienationem, ſiue per vſucapionem,
non idcirco pignus quod ſemel contractum vtiliter fuit,
extinguatur. Cæterùm adeò pendet ius pignoris ex iure
dominij vt niſi dominus ſit debitor, aut domini conſen-
ſum habeat, alienam rem obligare non poſſit. Inde au-
tem infero, quòd quamuis debitor qui rem ſuam pignori
dedit, eius dominium nihilominùs retineat, *l. cum &*
ſortis 34. §. *vlt. D. de pignor. act.* Eandem tamen rem alij
priùs obligare non poteſt, quàm prioris ius & vinculum
diſſoluerit, quia dominium quod nunc habet, non eſt
ei liberum, cum ſit iam alij obligatum, & in eo vt cre-
ditor pignoratitius quandocumque volet id pro ſuo iu-
re diſtrahere poſſit, & conſequenter impedire ne alius
creditor diſtrahat, quandiu prioris pignoris vinculum
ſubſiſtit. Quod certiſſimum argumentum eſt poſterioris
pignoris inutiliter contracti. Veriſſimum enim eſt quod
& vulgò iactatur, inutile pignus eſſe quod diſtrahi ne-
queat. *l.* 4. *D. de pign. act.* Cúmque is qui comparauit à
creditore iure ſuo diſtrahente, non ſolùm ius pignoris
quod creditor habuit ſibi acquirat, ſed etiam ius domi-
nij & proprietatis, *qui à creditore. C. de diſt. pig.* & adeò
ſit ſecutus vt neque à debitore ipſo, neque à poſteriorib.
debitoris creditoribus inquietari vnquam poſſit, nec ſi
totum id quod priori creditori debitum fuit, aut etiam
vēditionis preciū offeratur *l.* 1. *& tot. tit. C. ſi antiq. cred.*
pign. vendid. planè non video quem effectum, quàmve
vtilitatem habere poſſit ea ſententia, quæ velit eandem
rem vni iam in ſolidum obligatam, alteri quoque in
ſolidum obligari potuiſſe. Siquidem pignoris ſemel
vtiliter contracti vis & poteſtas illa eſt vt nunquam niſi
ſoluto debito, aut conſolidato dominio extinguatur,
imò vt dominij conſolidatione extinctum ablato ſubin-
de creditori dominio reſtauretur, & vt ita dicam reſſuſ-
citetur, quandiu verum eſt pecuniam quæ fuit debita ſo-
lutam non eſſe *l. ex ſextante* §. 1. *D. de except. rei indic.*
l. debitor 59. *D. ad S.C. Trebell. l. grege* 13. §. *etiam, D. de*
pignor. Proinde ſi verum eſſet eandem rem pluribus in
ſolidum ſeparatim obligari poſſe, fatendum eſſet aliena-
to per anteriorem creditorem pignore, non minùs in
poſterioris futurum poteſtate vt oblato ſaltem vendi-
tionis pretio pignus euinceret emptori, ſuumque ius
omnimodo tueretur, niſi paratus eſſet emptor ei offer-
re: qui tamen offerre nunquam cogitur, nequidem,
quod magis mirum eſt, ſi dolo creditoris facta ven-
ditio ſit, niſi dolum emptor quoque participauerit,
& illud prætereà concurrat vt creditor qui vendidit,
non ſit ſoluendo *l. vlt. C. ſi vendit. pign. agat.* Indeque
nimirum illud eſt, quod Iureconſulti noſtri, quibus
locis tractant de eadem re pluribus obligata, ſic loqui
ſolent, vt poſterioris creditoris ius omne in eo con-
ſiſtat, quod anteriori offerre, atque ita dimiſſo illo
& extincta prioris pignoris obligatione pignus ſuum
confirmare poſſit, *tot. tit. Qui potior. in pignor. hab.* Vt
intelligamus poſterioris creditoris ius, nec vllum eſſe
antequàm confirmatum ſit, nec confirmari poſſe, niſi
dimiſſo anteriore creditore. Illud ſanè verum eſt, quod
Bartolum & cæteros fefellit, Eadem † re pluribus obli- 6
gata ſi anterior ex poſterioris pecunia dimiſſus ſit, con-
firmari pignus poſterioris ipſo iure, id eſt, non eſſe ne-
ceſſariam nouam conuentionem de pignore, vt pigno-
ris vinculum quaſi nondum contractum nunc demum
contrahatur. Sufficit enim vt de pignore iam antè ali-
quando conuentum ſit, licet eo tempore quo pignus
contrahi vtiliter non potuit, quia cùm pignoris obliga-
tio (hypothecam intelligo non pignus propriè quod
traditione duntaxat contrahitur) nudo conſenſu conſti-
tuatur, fruſtra requiras nouam conuentionem vt indu-
cas hypothecam quæ vires ſuas exerat ſublato quando-
cumque impedimento quod ex prioris potiore iure naſ-
cebatur. Verum namque eſt cōuentum fuiſſe de pignore,
licet pignoris vinculum nullum contrahi tunc potue-
rit, niſi ſub tacita quodammodo conditione. ſi quan-
doque prioris pignoris vinculum diſſolueretur, quod
poſteriorem conuentionem inutilem faciebat. Itaque
videas apud iuris autores tractari paſſim de eadem re
pluribus pignori data, neque tamen vſquam ſcriptum
repertas, in eadem duplex vinculum pignoris eodem
tempore conſiſtere potuiſſe. Aliud † namque eſt pigno- 7
ri aut hypothecæ dari, aliud re vera & vtiliter obligari.
Datur hypothecæ nuda conuentione, quæ ſi aliqua
ratione impediatur ne effectum habere poſſit, facilè in
id tempus differre poteſt obligationem quo ſublatum
erit impedimentum. Satis enim eſt, & materiam & for-
mā adeſſe ex qua pignoris obligatio æſtimanda ſit, debi-
tum & conſenſum. At non contrahitur hypotheca aut
pignoris obligatio priuſquam res quæ iam vni eſt obli-
gata in eum ſtatum reducta ſit vt alteri obligari poſſit,
id eſt, priuſquam ſit à priore creditore liberata. Ex quo
illud etiam eſt, quod qui † res ſuas iam obligatas ſecun-
do creditori obligant ſi non præmoneant ſecundum 8
creditorem, perinde incidunt in ſtellionatum acſi rem
vni venditam alij venderent aut obligarent *l.* 3. *D. de*
crim. ſtellion. Ob idque vt periculum illud effugiant
prædicere ſolent alij nulli rem eſſe obligatam, quàm
fortè Lucio Titio, vt in id quod excedit prioré obliga-
tioné res ſit obligata, id eſt, vt ſit pignori hypothecæve id
quod pluris eſt, aut ſolidū cū primo debito libera res fue-
rit, inquit Caius in *l. & quæ nondum* 15. §. *qui res ſuas. De*
pignor. Quibus verbis † an non apertiſſimè ſignificat 9
fieri non poſſe, vt res quæ iam pignori data eſt, quandiu
primo illo debito libera non fuerit, alteri vlli ſit in ſoli-
dum obligata? Sed adhuc apertius iis verbis quæ ſequun-
tur. Sic enim habent, *De quo videndum eſt vtrum ſe ita*
hoc habeat, ſi & conueniat, an & ſi ſimpliciter conuenerit
de eo quod excedit vt ſit hypotheca. Et ſolida res ineſſe
conuentioni videtur, cùm à primo creditore fuerit liberata,
an adhuc pars. Sed illud magis eſt quod prius diximus. Igi-
tur ſolida res ineſſe conuentioni, & pignori data eſſe
intelligitur, ſecundo creditori ſed eo demum tempore
quo à primo creditore liberata fuerit, non anteà. Et ve-
rò ſi vinculum pignoris in ſeruo quem verus dominus

vel pro minima ſumma obligauerit impedit dationem libertatis *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo pignerato. D. de fideic. libert.* nec directam duntaxat, ſed etiam fideicommiſſariam, vt contra Tribonianum à nobis diſputatum eſt *lib. 15. Coniectur.* quanto magis impediet, ne qua pignoris noua obligato contrahatur? Apparet † itaque ex ſuperioribus non potuiſſe vlli ex prudentibus in mentem venire vt dubitaret, duobus de hypotheca pariter paciſcentibus inquantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro partibus dimidiis, an pro debiti quantitate. Semper enim conſtitit, vel ſingulis in viriles acquiri obligationem pignori ſi vna eademque conuentione ſibi omnes proſpexerunt, vel primo creditori inſolidum, licèt nonniſi pro debiti quantitate, poſteriori vero nulla prorſus ex parte, ne quidem in id quod priorem obligationem excederet, quandiu prioris pignoris vinculum duraret. Nam cùm expreſſim adhibetur conuentio illa de qua Caius in *d. §. qui res ſuas,* vt in id duntaxat quod excedit priorem obligationem, res ſit poſteriori obligata, non eum conuentionis effectum eſſe exiſtimandum eſt vt aliqua ex parte rem obligatam habeat poſterior creditor quandiu pignus anterioris durat, ſed illum duntaxat ne poſſit ſecundus creditor conqueri ſe deceptum à debitore, & vt intelligat non aliam ſe ex pignoris conuentione vtilitatem ſperare poſſe, quàm vt dimiſſo propriis ſi volet numis anteriore creditore pignus ſuum confirmet, ita vt ſolidam quidem rem exinde obligatam habeat, ſed tamen ex noua cauſa præſtitæ litis æſtimationis, potius quàm conuentionis ſuæ poteſtate, præterquàm pro ea quantitate quæ priorem excedit obligationem. Pro ea ſiquidem quantitate poſterior creditor pignoris ſui ius acceptum ferre debet non præſtitæ litis æſtimationi, ſed propriæ conuentioni, habito ſcilicèt reſpectu non tam ad ius pignoris quàm ad effectum. Ius namque pignoris ſanè non niſi ob præſtitam anteriori creditori litis æſtimationem, nec niſi ex eo tempore poſteriori acquiritur, quo tamen facto, res eò recidit vt perinde ſit acſi priori creditori obligatum pignus fuiſſet, ad eam vſque duntaxat æſtimationem quæ quantitati debitæ reſponderet. Hæc cùm
11 ita ſint, videamus iam quid ad propoſitam quæſtionem † Tribonianus contra reſpondeat, *Et magis eſt,* inquit, *vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum,* Ergo ſi pro centum aureis obligatus ſit fundus dignus ducentis anteriori creditori, poſteriori verò pro quinquaginta, erit pars dimidia tantùm eius fundi obligata anteriori, poſteriori verò quarta, reliqua proinde quarta pars nulli. Hoc enim non minùs conſequens eſt, quàm ridiculum, & ineptum. Conſtat ſiquidem pignoris obligationem indiuiduam eſſe, tùm etiam cùm hypothecaria aduerſus tertios poſſeſſores exercetur, *l. rem hereditariam 65. D. de euict.* ac multo maiori ratione ſi contra ipſum debitorem, quem nos caſum tractamus. Sequitur enim, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum?* Nam ſi Tribonianum ſic intelligas, vt ſolida quidem res ſit anteriori creditori obligata, ſed ita tamen vt non niſi ad eam vſque quantitatem quæ debetur ei offerri oporteat, facias ſanè magis ridiculum qui id moneat de quo ne anus quidem dubitaret. Quis enim neſciat ſolui vinculum pignoris oblata ea quantitate quæ debetur, licèt multò pluris eſſe proponatur? Deinde hoc ipſum quod dicimus obligatum eſſe pignus pro debiti quantitate, quid aliud eſt quàm eſſe obligatum in ſolidum? Atqui iam probauimus eandem rem pluribus eodem tempore in ſolidum obligatam eſſe non poſſe. Tum verò quid ſi non pluris res ſit quàm vni ex creditoribus debeatur? Quomodo fieri poterit vt vnuſquiſque pro quantitate debiti pignus habeat obligatum? An alterutter debiti ſui iacturam, patietur? Vter verò? An potius pro rata portione de vtriuſque debito diminuetur. Hoc enim omnino explicandum erat: Sed neque diſtinctio illa prætermittenda quam Tribonianus neceſſariam putauit cùm agitur aduerſus tertium poſſeſſorem an pignus eodem die vtrique datum ſit ſeparatim, an ſimul & ſemel. Taceo quod locutio illa quam nos ex Triboniani potius quàm ex noſtra ſententia vſurpamus parum elegans eſt dignaque Iureconſulto, vt pignus obligatum dicatur. Pignus enim cùm dicimus, iam ipſam quoque obligationem ſignificamus, ob idque ſolent Iureconſulti dicere *pignus datum* aut *pignori rem obligatam,* non autem *pignus obligatum.* Ferèque ſimilis hic error eſt ei quem in ſuperioribus obſeruauimus De lege commiſſoria quam noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ, eodem prorſus & perinde inepto loquendi modo, acſi dicerent *pactum pacti commiſſorij.* Nã & ſimiliter in propoſito qui pignus obligatũ dicit, æquè ſtolidus eſt acſi diceret *obligatam rẽ obligatã.* cùm pignus nihil niſi rem obligatam ſignificet. Sequitur apud Tribonianum, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum?* viden. Triboniani conciſam eloquentiam? *vtrum de parte quiſque, an de toto quaſi vtrique in ſolidum res obligata ſit?* Abſurda etiam & otioſa quæſtio. Contractum enim cum debitore vinculum pignoris cur diuerſo iure cenſeatur ſi contra poſſeſſorem quàm ſi contra debitorem ipſum agatur? Aut quis vnquam audiit ob alienation pëignoris à debitore factam meliorẽ effici vel deteriorẽ creditorũ conditionẽ? Fateor aliter æſtimari litẽ, cũ hypothecaria exercetur contra debitorem ipſũ quàm ſi contra poſſeſſorem, vt nos docuimus *lib. 15. Coniect.* ex Vlpiano in *l. ſi inter 2. §. vlt. eod. tit. De pignor.* quæ res ſanè Tribonianum fefellit, vt & in *§. in vindicatione eiuſdẽ. leg. ſi fundus.* De quo ſcripſimus *lib. eod. 15. coniect.* Sed aliud eſt de hypothecariæ litis æſtimatione, aliud de iure & vinculo pignoris quærere: ſiue namque vnus ſiue duo pluresue de pignore aut pariter aut ſeparatim paciſcantur, ius pignoris ab initio tale contrahi neceſſe eſt, quale in perpetuum & aduerſus quoſcunque vnquam futurum ſit: nimirum quia totum pendet ex conuentione iuriſque poteſtate quæ non niſi vna eſt, & ſemel tantum interuenire poteſt Quod verò ad ineptam quæſtionem Tribonianus reſpondet, *quod erit dicendum ſi pignus eodem die vtrique datum eſt ſeparatim,* multo eſt ineptius. Quæſtio enim concepta erat de pignore duobus pariter dato. Reſponſio autem quæ ad quæſtionem accommodata eſſe debuit, de pignore eſt quod duobus datum ſit ſeparatim. Nam quod additur *eodem die* Triboniani inſcitiam apertiùs detegit. Quaſi vero pignus vtrique pariter datum eſſe intelligatur cùm datum eſt ſeparatim ſi modò eodem die. Id enim eſt quod ex hoc loco Bartolus notat, Simul fieri dicenda ea, quæ fiunt eodem die, licèt diuerſis momentis: quo quid falſius? Imò verò cùm creditorum pignoratitiorum ius & ordinem ex contracti pignoris tempore æſtimamus, inſpiciendum tempus eſt de momento in momentum, vt qui vel momento vno ſi ſciri poſſet, prior conuenit de pignore potior etiam ſit iure. Tantum abeſt vt nihil interſit an eodẽ momento an eodem die pignus datum ſit pluribus ſeparatim Planè ſi neſciatur quis anterior ſit, licèt certum ſit datum fuiſſe ſeparatim, aliud nihil eſt quod miliùs dici poſſit quàm vt ambo concurrant in pignore, vt in *l. idémque 7. D. qui potior. in pign. hab.* non autem, quod Batolus credidit, vt melior ſit conditio occupantis. Nemo enim in pignoris ſui ius ob id tantum amittere poteſt quòd de pignore agat tardiùs. Sed hoc ita accipiendum eſt ſi ambo ſimul agat hypothecaria ſiue contra debitorem ipſum ſiue contra tertium poſſeſſorem. Nam ſi alter tantum agat, non poteſt debitor ipſe aut alius quilibet poſſeſſor eum vindicantem pignus in ſolidum repellere pro parte, quaſi non habeat creditor rem illam niſi pro parte duntaxat obligatam. Non enim fiunt hæ partes niſi concurſu plurium creditorum, & quemadmodum is quoque qui poſteriore loco pignus accepit ſi anteriore creditore tacente hypothecariam exerceat non malè agere creditur eique omnimodo

offerendum

offerendum eſt, ſi non tertius poſſeſſor ille ſit qui in anterioris creditoris iura ſucceſſerit, *l.* 1. *& tot. tit. C. de his qui in prior. credit. iur. ſucceſſ.* Ita & multo magis fatendum eſt non habere reum, quiſquis tandem ille ſit, ius excludendæ pro parte hypothecariæ quæ in ſolidum exercetur ab eo qui pignus ſic accepit vt neſciri poſſit priorne an poſterior acceperit. Plus enim iuris habet ille, quàm ſi conſtaret poſteriorem eſſe: certe non minus. Neque tamen ea res faciet vt alius creditor, de quo ſimiliter ignoratur an prior an poſterior prius acceperit, ius ſuum exequi prohibeatur. Habebit enim ille fundatam intentionem docendo ſe pignoratitium creditorem, nec poterit tanquam poſterior repelli ab eo qui ſe anteriorem probare non poſſit. Ita fiet vt tum demum concurrant in viriles & æquales partes, perinde acſi ſimul & coniunctim pignus accepiſſent, vt in *dict. l. aliena res* 20. §. *De pignorat. act.* Niſi forte quis probabilius eſſe putet vt qui pignora perſequitur aduerſus tertium poſſeſſorem eundemque hypothecarium creditorem, non aliter videri debeat habere fundatam intentionem ad auferendam reo poſſeſſionem, quam ſi ſe anteriorem eſſe probet. Quo enim alio iure euincat, in eoque poſſeſſionis commodum aliquod eſſe debere videtur, licèt alioqui differat pignus à dominio in eo quod non ſicut inter emptores ita & inter creditores pignoratitios præfertur is cui prius tradita poſſeſſio eſt, *l. quoties* 15. *C. de rei vindic.* ſed is demum qui prior de pignore conuenit, tametſi pignoris, aut vt melius loquar, hypothecæ poſſeſſionem nunquam acceperit. *l.* 1. *& paſſ. qui potior. in pign. hab. D. & C.* ſecundum quam ſententiam quæ proculdubio nobis magis probatur, verum erit quod Bartolus voluit, meliorem fore occupantis conditionem, ſed alia & meliore ratione quam ipſe exiſtimauerit, imo & alio ſenſu. Occupantem enim ipſe intelligit eum qui prior agat, ego verò eum qui prior poſſeſſionem pignoris & hypothecæ nactus ſit, dum ne eo tempore quo iam alius agere cœperit. Neque enim poteſt quicquã imputari ei qui non eſt negligens in agendo, licèt per debitoris aut poſſeſſoris tergiuerſationem fiat vt poſſeſſionem tam cito nanciſci nõ poſſit. Subiicit Tribon. *Sed ſi ſimul illi, & illi ſi hoc actũ eſt vterque rectè in ſolidum aget, ſi minus vnuſquiſque pro parte.* Hoc verò etiam falſum eſt: Poſſe vtrumque recte in ſolidum agere de pignore, tametſi ponas hoc actum eſſe vt vtrique pignus in ſolidum teneretur, quia neque hoc agi poteſt, cum fieri nequeat vt duobus ſimul eadem res in ſolidum ſit obligata, ita vt poſſit vterque recte in ſolidum agere. Nam ſi quo caſu fieri id poſſet, tunc maxime id fieret cùm duo rei credendi conſtituti eſſent, in quorum ſcilicet perſonis ſingulis conſtat obligationem totam, agendique in ſolidum ius conſiſtere *l.* 2. *D. de duob. reis.* Obligatio namque pignoris ſequitur naturam & conditionem obligationis perſonalis, atqui fieri nunquam poteſt vt pluribus reis ſtipulandi in ſolidum ſimul agere ſingulis permittatur, quia occupanti totius iuris exercitio ſoli acquiritur, adeò vt ſi ſemel vnus ex iis egerit, alteri promiſſor offerendo pecuniam nihil agat *l. ex duobus* 16. *eod.* perinde acſi ita ſtipulati eſſent *ſi illi non dederis, mihi dabis:* vt in *l. ſi Titius* 9. *D. de verb. oblig.* Multo minùs igitur fieri poteſt vt ambo ſimul agant rectè in ſolidum de pignore. Et conſequenter diſtinguere Tribonianus debuit, cùm ſimul illi & illi pignus datum eſt an facti ſint ij correi credendi, an non: vt priore caſu in ſolidum quidem pignus ſingulis obligatum ſit, ſed ita tamen vt occupantis futura ſit tota actio, nec ſimul recte in ſolidum agere ſinguli vnquam poſſint, poſteriore verò caſu non niſi pro virili parte agere ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim quiſque poſſit, *d. l. reos.* 12. §. *cum tabulis. De duob. reis.* Quæ cùm ita ſint quis non Triboniano potius quàm Marciano tribuat totam hanc diſtinctionem, quæ à vera rectaque iuris ratione tantopere abhorreat? Quo admiſſo illud etiam facile ſibi omnes perſuadebunt, cætera quæ nos tota ea lege à Triboniano corrupta & immutata diximus, neque Marciani elegantiæ, neque iuris rationi conuenire. Sed illud præſertim quod docuimus ſupr. cap. 7. ad §. *vlt. d. l. ſi fundus*, de verbis illis delendis, *Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.*

ERROR X.

De hyperocha quam, vulgo pluriſualentiam appellant.

SVMMARIA.

1 *Hyperocha nomen Græcum veteribus interpretibus, ipſi quoque Haloandro incognitum fuiſſe*
2 *Similiter & antichreſis vocabulum.*
3 *Hyperocha quid ſit ex Cuiacio: quid item ex autoris ſententia, nu. 4. & 5.*
6 *Error pragmaticorum de pluriſualentia, ſeu hyperocha.*

HYperochæ † nomen elegans ſicut græcũ eſt,
aut ex græco latinũ factum, ita veteribus in- 1
terpretibus quibus ſollenne erat dicere *græ-
cum eſt, non legitur*, prorſus incognitum fuit.
Imo &, quod magis mirum eſt, Haloandro in græca licèt
lingua, melius ſanè quàm in iuriſprudentia, verſato,
qui apud Tryphoninum in *l. quærebatur* 20. *D. qui potior. in pignor. hab.* vbi duobus locis hyperochæ mentio
fit, pro hyperocha hypothecam poſuit, quaſi vitioſa eſſet
lectio Florentina: quomodo & veteres omnes gloſſatores legerunt, nihil in eo abſurdi eſſe exiſtimantes ſi quis
dicat *hypothecam obligari* aut *hypothecam pignoris* acſi
non idem eſſet pignus, quod hypotheca ſi ipſius rei &
actionis hypothecariæ effectus ſpectetur, Eadem illis
errandi cauſa fuit quod ad antichreſim † attinet. Nam
& quid antichreſis eſſet, quia græcum nomen fuit, pe- 2
nitus ignorarunt, neque dubitarunt legere *antiphonam*
pro *antichreſi* in *leg. ſi is qui* 1. §. *ſi ἀντιχ(ρησις). D. de pignor. in* eàqua *antiphonæ* dictione explicanda non parum
inſudat eo loco Bartolus vt ſubtilem agere videatur,
ſumpta ex antiphonis quæ ante pſalmos Dauidicos in
ſacroſancta Dei eccleſia cantari ſolent interpretatione.
Primus Andræas Alciatus fuit, qui vtrumque nomen iã
penè interpretum barbarie obliteratum reſtituit, & quid
antichreſis, quid hypotheca eſſet, ex græci ſermonis,
ſimúlque iuncta Romani iuris ratione, feliciter non minùs quàm eruditè explicauit. Sed de antichreſi quidẽ, iam
ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus. Nonnulla etiã fortaſſis in ſequentibus, ſi quid occurret, adiecturi. De hyperocha † nunc aliquid dicendum nobis eſt.
Eam poſt Alciatum definit Iacob. Cuiacius *lib.* 4. *obſeru.* 3
cap. 25. vt nihil aliud ſit quàm id quod plus eſt in pretio fundi quàm in credito prioris creditoris. Non malè, ſi pignoris duntaxat hyperocham definire velis, de
qua in *d. l. quærebatur*, & in *l. & quæ nondum* 15. §. *qui res ſuas. D. de pignor.* Verùm tamen † patet latiùs hyperochæ nomen quàm vt ad cauſam pignoris coanguſtari 4
debeat: Nam & eius rei quæ nullo pignoris vinculo tenetur, hyperocham dicimus, ſi qua fortè res vendita ſit
viliore pretio ſiue ſub pacto de retrouendendo, quod ab
antiquis illis fiduciis quas in pignorum mancipationibus frequentari ſolitas fuiſſe ſuprà diximus originem,
traxiſſe videtur, ſiue tanta interueniente in pretio læſione vt ex ea cauſa reſcindi venditio poſſit emptorique,
ni quod iuſto deeſt pretio ſuppleat, res auferri. Quamquam hoc ſenſu vix ſane eſt vt hyperochæ nomen à
prudentibus vſurpatum reperias, quibus ſcilicet inauditum fuit ius illud quod ex tempore latæ à Diocletiano & Maximiano conſtitutionis quæ extat in *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* tam frequens eſt vt nullũ aliud frequentius. De reſcindenda venditione quoties vltra dimidiam

iuſti

iuſti pretij venditor læſus proponitur. Sicut nec pacti
de retrouendendo mentio vlla eſt in prudentum reſ-
ponſis, non quod fuerit vnquam iure ciuili improba-
tum, vt conſtat ex *l.2. C.de pact. int. empt. & vendit.* &
l.1.C.quand.decret. opus non eſt. Sed ideo, ni fallor, quod
proxime accedat venditio quæ fit ſub pacto illo ad na-
turam pignoris fiduciarij quod per mancipationem con-
trahebatur, vt docuimus in præcedentibus ,& quarum
olim frequentiſſimum vſum fuiſſe conſtat non ſolum ex
Pauli ſententiis ſub *tit. D.pignor. & De le. commiſſ.* ſed
ex ipſa etiam Conſtantini lege quæ fiducias iſtas omnes
antiquauit, adeoque omnem earum memoriam deleuit,
vt loquitur *l.vlt.C.de pact. pignor.* non alia ratione , vt
conſtitutio ipſa præ ſe fert, quam quod ſub fiduciæ ob-
tentu creſceret in dies magis ac magis aſperitas legis cō-
miſſoriæ, id eſt, vt interpretati ſumus , mancipationis
pignorum in qua lex commiſſoria adhibebatur, creditori-
bus nimirum facilitate & inopia debitorum ad impij lu-
cri captandi occaſionem abutentibus. Videbatur enim
ea contrahendi ratio expeditior fœneratoribus, qui non
tam id agebant vt ſibi rem alienam acquirerent quàm vt
pecunias ſuas ſub grauiſſimo fœnore in contractus li-
citi ſpeciem collocarent. Vnde & illud fit quod inter-
pretibus placet, venditionem factam ſub pacto de retro-
uendendo, ſi immodica læſio interuenerit, & accedat fœ-
nerandi conſuetudo in emptore ſimulatā videri , & pro
contractu pignoratitio potius quàm pro emptione ha-
bendam eſſe. Quamquam hæc ſententia non omnino à
nobis probatur, ſed eo demum caſu quo emptor eiuſ-
modi contractus quàm plures fœnerandi gratia inire ſo-
litus eſſe proponatur, & probetur , quemadmodum ſuo
loco diſputauimus. Cæterum ne ab inſtituto de hypero-
cha tractatu longius aberremus, cùm nihil aliud ſit hy-
perocha quam quod Latini aut potius barbari *pluriſua-
lentiam*, Galli, *pluſualue ou preualence* appellant , nemo
dubitat quin extra cauſam pignoris hyperochæ vſus quā
plurimus eſſe poſſit. Itaque rectius, † meo iudicio & 5
generalius hyperocham ſic definieris, vt ſit id quo pluris
res eſt ſiue obligata, ſiue vendita, aut in ſolutum data ſit.
In eo autem pragmatici errant quod pluriſualentiam † 6
hanc (ſic enim cum iis loquendum eſt, quia quid hype-
rocha ſit, non intelligunt) ſeparant à re ipſa , quaſi ali-
quid ſit diſtinctū, & in iure potius quàm ipſa in re con-
ſiſtens, ita vt eius qui hyperochā vel emerit, vel pignori
acceperit, longè aliam fere in omnibus rationem conſti-
tuant, quàm ſi rem totam aut emiſſet aut pignori accepiſ-
ſet. Ego verò didici nihil aliud eſſe hyperochā quàm rem
ipſam cuius hyperocha eſt, ſed cum hac tamen adiectio-
ne, poſtquam ius omne poſſeſſoris in ea ipſa re conſti-
tutum penitus ſublatum, & extinctum fuerit. Nam quē-
admodum proximè diſputabamus , fieri non poteſt vt
non ſit creditori obligata in ſolidum ea res quæ tota
obligata eſt, licet multo pluris ſit, quam illud eſt quod
debetur: Nec ſimiliter vt non ſit emptori in ſolidum ac-
quiſita ea res, quæ tota vendita fuit quantacunque læſio
interuenerit: nimirum, quia differt omnino pretium rei à
re ipſa, nec cum ea quicquam hac parte commune habet,
adeo vt tum etiam cùm res venditur , pretium non tam
ex re, quàm ex negotiatione ipſa percipi exiſtimetur *l.
venditor.21.D.de hered.vel action. vendit* Proinde quan-
diu poſſeſſoris ius durat non poteſt videri quicquam iu-
ris in re habere is qui hyperochā duntaxat habet, ſed ad
rem duntaxat, vt poſſeſſorits ius oblato omni eo quod
ei debetur, poſſit diſſoluere: quo demū diſſoluto non iam
de hyperocha quærendum eſt, ſed de re tota, nō ſecus ac ſi
tota in obligationem & conuentionem deducta eſſet.
Quam in ſententiam textus eſt & apertiſſimus , & ac-
commodatiſſimus in *d. leg. & quæ nondum 5. §. qui res
ſuas. D. de pignor.* vbi Caius ſcribit hoc ipſum quod
nos volumus hyperocha pignori data videri ſolidam
rem ineſſe conuentioni cùm à primo creditore fuerit li-
berata.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaſecunda.

ERROR PRIMVS.

De differentia addictionis in diem, & venditionis facta ſub acto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Quam affines conuentiones putent pragmatici venditionem factam ſub pacto de retrouendendo & addictionem in diem.*
2 *Venditio quæ ſub pacto retrouendendi contracta eſt, quatenus propius accedere videatur ad addictionem in diem, quam ad legem commiſſoriam.*
3 *Quantum dictæ conuentiones inter ſe differant, autoris ſententia. & ſeqq.*
4 *Reſoluta venditione facta ſub pacto commiſſorio aut addictionis in diem , dominium ipſo iure redit ad venditorem: ſecus cùm venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo.*
5 *Alia inter dictas conuentiones differentia.*
6 *Venditio ſub pacto de retrouendendo quatenus ſimilis fiduciæ, quatenus diſſimilis.*
7 *Error Budæi.*

DIXIMVS ſuperiore Decade de pacto le-
gis commiſſoriæ tā in pignoribus quàm
in venditionibus Dicendū nunc aliquid
eſt de pacto addictionis in diem, itemque de venditione facta ſub pacto de
retrouendendo: qui tractatus in foro frequentiſſimus
eſt, ſicut & hoc genus venditionis. Sunt autem inter †
pragmaticos non pauci , qui conuentiones iſtas vſque 1
adeo affines eſſe putant vt venditionem quæ facta ſit ſub
pacto de retrouendendo non dubitent addictionem in
diem appllare , inſpecto , inquiunt , euentu & effectu
conuentionis, quia ſi intra præſtitutum diem pretium
venditionis reſtituatur, perinde ab emptione receditur,
reditque dominium ad venditorem, ac ſi fundus, in diem
addictus, & intra eam diem melior conditio allata eſſet.
Vtroque ſiquidem caſu precium emptori redditur , ſed
cum addictio in diem facta eſt, non aliter quàm ſi melior
conditio ab alio offeratur. Cum verò venditio pactum
habet de retrouendendo, illud ſolum inſpicitur an ven-
ditor pecuniam pretij habeat quam poſſit reddere. non
etiam à quo eam habuerit. Et ſane venditio † quæ ſub 2
pacto retrouendendi contracta eſt propius accedere vi-
detur ad addictionem in diem quàm ad legem commiſ-
ſoriam. Quia licet venditio facta ſub pacto commiſſo-
rio perinde ac ea quæ fit ſub pacto addictionis in diem
purè

Digitized by Google

purè contracta intelligatur, perfectáque(quoniam ſolo
conſenſu, pretiique conuentione perficitur) non tamen
impleta dici poteſt ex parte emptoris qui pretium nun-
quam perſoluit. Implementum namque venditionis ex
latere venditoris in eo conſiſtit, vt rem tradat eiuſque
dominium quod habet transferat in emptorem. Ex par-
te verò emptoris vt pretium det venditori *l. ex empto 1.*
l. ſi quis alienam 46. D. de action. empt. Porro legis com-
miſſoriæ in venditionibus formula illa eſt, vt ſi ad di-
ctam diem pretium venditionis ſolutum non erit res ſit
inempta. Ideoque minus durum eſt reſolui venditionem
licèt bona fide contractam, priuſquam omni ex parte
ſit impleta. At venditio quæ fit ſub pacto addictionis in
diem, non tantùm pura eſſe conſenſuque perfecta dici-
tur, ſed etiam impleta per traditionem rei venditæ ex
parte venditoris, & ſolutionem pretij ex parte emptoris,
priuſquàm ob allatam meliorem conditionem reſolua-
tur: non quod neceſſe ſit reſolui pretium à priore em-
ptore (verba enim conuentionis faciunt potius, vt vix
ante diem ſoluere prior emptor debeat) ſed quia nihil
prohibet quominus pretium etiam in ipſo venditionis
exordio ſoluatur, vt Pap. ait in *l. vlt. ill. tit. de in diem*
addic. Idem contingit in venditione facta ſub pacto de
retrouendendo. Prius enim impletur quàm reſoluatur,
nec tam facilè in hanc ſpeciem cadit dubitatio illa quæ
in pacto legis commiſſoriæ aut addictionis in diem oc-
currit, an venditio ſub condictione facta videri debeat,
an pure potius, ſed quæ tamen reſoluatur ſub conditio-
ne, quo prudentes diſputant in *l. 2. D. de in diem addic.*
& *legi 1. de leg. comm.* & quid inter contrahentes actum
ſit, inſpici volunt. Neque enim formula conuentionis
repugnat quominus vtrauis interpretatio capi poſſit,
licet in eam ſententiam procliuiores ſint vt purè con-
tracta venditio intelligatur, & poſtea ſub conditione
reſoluatur. Denique qui ſuam vendit ſub pacto de
retrouendendo certa die in eam rem conſtituta, videtur
quodammodo in diem ſi non addicere, ſaltem alienare.
Mihi tamen quàm maxima inter huiuſmodi conuen-
tiones differentia eſſe ſemper viſa eſt. Nam ex lege com-
miſſoria aut ex pacto addictionis in diem, ſiue puram
ſiue conditionalem vēditionem initam eſſe dicas, reſol-
uitur venditio in ſuo caſu ſola pacti poteſtate, nec in
eā rē noua conuentione aut traditione vlla opus eſt: quia
huiuſmodi conuentionum formula eò pertinet vt fun-
dus inemptus fiat, id eſt nunquam emptus, nunquam
venditus: Ob idque nimirum hæ conuentiones parum
fauorabiles exiſtimantur, quod venditionem cui adhi-
bentur deſtruant, quam perficere potiùs deberent: quòd-
que dominiū emptori quæſitum ei auferant nullo ipſius
facto intercedente: quia nec niſi ea lege dominium rei
ſuæ in emptorem transferre venditor voluit. Perpetuum
enim eſt vt cuilibet liceat cùm rem ſuam alienat, legem
alienationi quam velit dicere, imo illam etiam quæ inu-
tilis futura eſſet, *l. ei fund. 19. D. de ſer. l. venditor. 13. D.*
com. præd. At cùm venditio fit ſub pacto de retrouenden-
do non ſolùm pura venditio contrahitur, ſed ita vt nec
vnquam ſub conditione reſoluatur: quod pauci, vt
puto, crediderint, nemo certè in hunc vſque diem dixit,
aut animaduertit, ſiquidem retrouenditio illa quam ex
conuentione fieri neceſſe eſt, non tam prioris vendi-
tionis reſolutio quàm ſecunda venditio eſt atque ita
prioris potius quædam confirmatio. Nam cum huiuſ-
modi pacto id omnino agatur vt per retrouenditionem
dominium rei venditæ quod à venditore tranſlatum
fuerat in emptorem recurrat ab emptore ad venditorem,
non tanquam ab emptore, ſed tanquam à nouo vendi-
tore, qui per traditionem dominus effectus alium domi-
num facere poſſit, prorſus neceſſarium antecedens illud
eſt, vt prioris venditionis ſalua poteſtas maneat, ſine
qua non niſi fruſtra de transferendo per retrouenditio-
nem dominio is ageret qui ex reſoluta aut reſoluenda
venditione plenum ſibi dominium non quæſiuiſſet.

Quod in lege commiſſoria, & pacto addictionis in diem
diuerſum eſt, quibus ſcilicet id quidem agitur vt domi-
nium quod fuit quæſitum emptori redeat ad vendito-
rem, at non tanquam ab emptore rurſus tranſlatum in
venditorem, ſed potius quaſi nunquam factum empto-
ris ob reſolutam pacti poteſtate venditionem. Inde verò
differentiæ aliæ quàm plurimæ naſcuntur, ſed præcipuæ
duæ, quarum vna & prima illa eſt, quòd reſoluta † ven- 4
ditione quæ facta fuerat ſub pacto commiſſorio aut ad-
dictionis in diem, ſiue ob non ſolutum ſua die pretium,
ſiue ob allatam intra diem præſtitutum meliorem con-
ditionem, dominium ipſo iure redit ad venditorem. i.
ita vt nullo facto nullaque retrotraditione opus ſit, *l. vbi*
autem 4. § ſed & Marcellus, & paſſ. de in diem addi. l. ſi
fundus 4. & ſeq. de leg. comm. Quod ſane mirum videri
poſſit cum dici ſoleat dominia traditionibus transferri
non pactionibus. *l. traditionib. 20. C. de pac.* traditionem
verò facti eſſe, ideoque nec conuentione vlla fieri poſ-
ſe, vt quod factum pro infecto habeatur. Sed ratio eſt
quia non omnis traditio transfert dominium, ſed ea de-
mum quæ non eſt nuda, id eſt quæ cauſam habet, & qui-
dem iuſtam ac legitimam, qualis illa eſt quæ fit ex titulo
emptionis. *l. nunquam nuda 20. D. de acqui. rer. dom.* Pro-
inde tandiu duntaxat poteſt ea traditio prodeſſe ad do-
minium transferendum quandiu emptio ſubſiſtit. Nam
ſtatim atque finitur emptio quod ab ea diſceſſum ſit ex
partium conuentione, deſinit cauſam habere traditio, nec
videtur vnquā habuiſſe, cum fundus licèt reuera emptus
in eā cauſam deducatur, vt haberi debeat pro inēpto ſci-
licet propter conuentionem quæ non poſt contractam
perfectamque venditionem, ſecutamque traditionem fa-
cta ſit: nam niſi integris aut in integrum reſtitutis om-
nibus ab emptione diſcedi nō poteſt, ne mutuo quo qui-
dem conſenſu, *l. ab empt. 58. D. de pact.* ſed in ipſa ven-
ditione ineunda, & eo tempore quo legem venditio-
ni dicere contrahentes potuerunt, qualem voluerunt.
Ac cum venditio fit ſub pacto de retrouendendo, id eſt
cum hoc actum fuit vt quod iam ego tibi præſtiti, tu cō-
tra præſtare mihi cogaris, non tam hoc agitur vt à pri-
ſtino negotio diſcedatur, quàm vt nouæ quædam obli-
gationes conſtituantur, inquit Nera. in *d. l. empt. in fi.*
vbi addit, conuentione quæ pertineat ad reſoluendum
id quod actum eſt, perfici hoc nullomodo poſſe, vt quod
ego tibi iam tradidi, tu contra mihi tradere tenearis.
Reſolui enim contractus dicitur cum in eum ſtatum res
deuenit vt contractus nullus vnquam initus eſſe videa-
tur. Atqui retrouenditio, ſiue facta, ſiue facienda ſit non
efficit vt prior venditio pro non facta habeatur, ſed
contrà potius vt factam eam eſſe neceſſe ſit, adeoque
ſubſiſtere ad hoc vt retrouenditioni locus fiat Et conſe-
quenter ſicuti venditio nuda, id eſt, quæ traditionis ad-
miniculo deſtituta eſſet, transferre dominium in empto-
rem non poſſet, ita neque dominium quod ex vtili &
nunquam finita venditione emptori acquiſitum fuit, ad
venditorem recurrere vllomodo poteſt, niſi per mediam
retrotraditionem per quam ſcilicet ſecunda venditio
perinde impleatur, atque propria impleta fuit. Denique
per pactum de retrouendendo id agitur, vt qui nunc
emptor eſt fiat aliquando vetus venditor, non vt deſi-
nat eſſe emptor, itémque vt viciſſim fiat emptor qui nec
eſt venditor, nec idcircò tamen venditor eſſe deſinat,
quia cum duplex venditio ſit, non implicant iſta con- 5
tradictionem. Alia † differentia eſt quod ad rei venditæ
fructus attinet. Nam cùm venditio purè facta eſt, reſol-
uenda tamen ſub conditione legis commiſſoriæ aut ad-
dictionis in diem, conſtat fructus omnes medio tem-
pore perceptos ad emptorem pertinere, ſed ita tamen vt
reſoluta venditione, ſiue ob non ſolutum pretium, ſiue
ob allatam meliorem conditionem omnes eos, & inte-
gros venditori reſtitui oporteat *l. 1. § vlt. l. 4 § 1. & §.*
idem Iulian. 2. l. item quod dictum 6. de in diem addi. d.
l. 4. de leg. comm. Idque aperta ſanè rectaque ratione.

Cum

Cum enim reſolui venditionem nihil aliud ſit quam pro eo haberi aci nuquam facta fuiſſet, dici non poſſet, quo iure emptor fructus iſtos retineret quos nullo iure aut titulo percepiſſe exiſtimetur. Solent namque fructus tanquam acceſſiones naturales ſequi cauſam dominij, & conſequenter ad venditorem recurrere eos neceſſe eſt ad quem dominium fundi venditi recurrit ipſo iure, & ipſius poteſtate pacti, in ea venditione adhibiti, quæ ſola fructibus percipiendis cauſam dedit, & dare potuit. A cum venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo, quamuis retrouenditio ſecuta ſit, non tamen fructus omnes emptor reſtituit venditori, ſed ſibi retinet ſaltem pro rata temporis quo venditio ſtetit ſecundum receptiorem interpretum & pragmaticorum ſententiam. Nos enim omnes omnino fructus, quos emptor ſuo iure id eſt tanquam dominus perceperit ei relinquendos eſſe, nullaque ex parte reſtituendos arbitramur: vt fuſius diſputauimus in *Err. 2. Decad.* 10. Et ratio eſt, quam, vt diximus, retrouenditio non facit quominus prior venditio facta eſſe intelligatur quam ex contrario ſubſiſtere & pro facta haberi neceſſe eſt vt retrouenditio vtilis ſequi poſſit. Ex quibus apparet hu-
6 iuſmodi venditiones factas ſub pacto de retrouendendo nihil commune habere aut ſimile cum pacto legis commiſſ. aut addict. in diem. Dixerim † potius quod ſuperioris *Dec.e vlt.* iam attigi, ſimiles eas eſſe fiduciis quæ olim contrahebantur per mancipationem ſub ea lege factam, vt ſi intra conſtitutum diem pecunia debita ſolueretur, remancipatio fieret per creditorem debitori. Nã & ex ea cauſa transferebatur in creditorem dominiũ rei mancipatæ, nec niſi per contrariam mancipationem redibat ad debitorem. Hæc tamen erat differentia quod diſtractis à creditore fiduciis debitor habebat contra eum de ſuperfluo actioné, vt Paul. ſcribit *lib. 2 ſent. t.* 13. §. 1. non ſecus aci pignus contractũ fuiſſet, pluriſq; venditũ à creditore quàm illud eſſet quod deberetur, *l. eleganter.* 24. *§. ſi vendiderit. D. de pig. act.* Nimirum quoniam ea contractus ſpecies quæ fiducia dicebatur, etſi à contractu pignoris differebat, in multis tamen ad pignoris naturam & conditionem proximè accedebat, nec creditorib. vtilior quàm pignus erat, niſi quod ad fructus vt eos creditor ſuos faceret, nec in ſortem imputare cogeretur, itemque vt poſt diem ſoluendæ pecuniæ dictam ſi diſtrahere fiduciam creditor nollet, nulla in eum debitori actio執 ſupereſſet, neque ad remancipandum, neque ad hyperocham fiduciæ æſtimandam præſtandamque, quippe quod per mancipationem creditor iure Quiritium dominus effectus eſſet, non ſecus aci ex cauſa emptionis traditam rem accepiſſet. At qui emit ſub pacto de retrouendendo intra certum tempus, poſt effluxum id tempus liberam habet eius rei vendendæ poteſtatem, ita vt quamuis multo maiore pretio diſtrahat, nulla tamen ob id actione venditori ſuo teneatur, quia verus emptor eſt, nec fuit vnquam creditor, niſi proponas ſimulatæ emptionis colorem quæſitum, vt in fraudem legis & legitimarum vſurarum fœnus improbũ
7 creditor exerceret. Idque apud omnes in confeſſo eſt. Ex quo † conſtat non ſatis cautè Budæum in Pandectas ſcripſiſſe, conuentionem de retrouendendo, eam ipſam eſſe omnino, quam veteres fiduciam appellabant.

ERROR II.

De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat.

SVMMARIA.

1 *Ita contrahi poteſt venditio, vt ſi venditor pretium quod ab emptore accepit intra certum diem reddiderit, res inempta fiat.*
2 *Dicta conuentio vt à lege commiſſoria & pacto de retrouendendo differat.*
3 *Quomodo item differat à conuentione, qua agitur, vt quod tibi praſtiti, tu viciſſim mihi praſtes.*
4 *d. Conuentionẽ proxime accedere ad legem cõmiſſoriam.*
5 *Quando conuenit vt reſtituto pretio fundus inemptus fiat fructus anni quo reſtitutum eſt pretium an ſint diuidendi inter emptorem & venditorem diſputatio contra pragmaticos.*
6 *Contracta emptione etiam citra conuentionem & moram debentur venditori vſura pretij ab emptore qui rei vendita fructus percepit: ſicut & fructus res vendita emptori qui vſuras pretij perſoluit.*
7 *Reſoluta ex pacto venditione, inemptoq; cõſtituto fundo non ſequitur vſuras pretij ſoluendas eſſe emptori, ob id ſolum quod fructus à ſe perceptos venditori reddere compellatur.*
8 *In iudiciis bona fidei propter quid vſura debeantur.*

Qvæ ratio facit vt pura venditio contrahi poſſit ſub pacto addictionis in diem aut ſub lege
commiſſ. cuius poteſtate venditio ipſa ſub 1
conditione reſoluatur, quoniam, vt in ſuperiorib. diximus, poteſt quiſquis rem ſuam alienat, quã vult legem alienationi dicere, dum ne implicet contradictionem aut alia ratione impoſſibilis videri debeat. Eadem efficit
ſuadetque ita contrahi † poſſe venditionem vt ſi vendi- 2
tor pretium quod ab emptore accepit intra certum diem reddiderit, fundus ineptus fiat, vt in ſingulari ſpecie *l. ſi*
à te 7. *C. de pac. int. empt. & vend.* quæ conuentio † dif- 3
fert ſanè à lege commiſſoria, adeoque quod pragmatici non putant, & ipſi quoque interpretes ignoraſſe videntur à pacto de retrouendendo. A lege quidem *commiſſ.* quoniam concipitur illa in eum caſum quo pretium venditioni dictum ad conſtitutam diem ſolutum ab emptore non fuerit, hic aut ponimus ſolutum fuiſſe ab emptore, ſed eidem à venditore reddendum intra certum diem. A pacto autem de retrouendendo, quia per hanc conuentionem fit, vt fundus venditus ſit ipſo iure inemptus, nec proinde retrouenditione vlla opus ſit, at neque retrotraditione vt dominium rei venditæ quod emptori ex cauſa venditionis ſecutæque traditionis acquiſitum fuerat, ad venditorem reuertat: cùm tamen ſi venditio facta ſit ſub pacto de retrouendendo, non ſolum venditio ſecunda, ſed etiam retrotraditio neceſſaria ſit ad hoc vt rurſum dominus fieri poſſit venditor, qui ſemel dominus eſſe deſiit. Cui non eſt contrarium quod nos in ſuperioribus docuimus conuentione quæ ad reſoluendũ hoc quod actum eſt pertineat, fieri nullomodo poſſe, vt quod ego tibi præſtiti, tu contra mihi præſtare tenearis, *ex l. ab empt.* 38. *D. de pac.* Aliud. n. eſt id agi vt quod tibi præſtiti, tu viciſſim mihi præſtes, quæ res ſanè ad nouas obligationes conſtituendas reſpicit, potius quàm ad reſoluendum id quod actum eſt, aliud verò id agi, vt ſi tibi intra certum tempus reddidero quod à te acceperam, nihil inter nos actum eſſe videatur, quoniam hoc caſu non de noua vlla obligatione contrahenda tractatur, ſed quod eſt omnino conſequens de ea tantum quæ contracta fuerat, diſſoluenda Et quamuis vtriuſque conuentionis idem reipſa effectus eſſe videatur, longe tamen diuerſa ratio eſt huius & illius ineundæ: ex quo potiſſimũ conuentiones omnes æſtimandæ ſunt, *l. ſi procuratorem.* 8. *D. mandat.* Effectus quidem vtriuſque conuentionis in eo idem eſt, quod venditor rem à ſe venditam, emptor vero pretium à ſe ſolutum perinde habet aci nulla venditio, nulla emptio contracta eſſet: ſed tamen alio atque alio modo, nimirum in ſpecie *d. l. ſi à te*, ſola conuentionis poteſtate, interpoſito aut pacto de retrouendendo, non niſi per mediam retrouenditioné, quam etiam retrotraditio ſequatur. In ſpecie *d. l. ſi à te*, ſi ad dictam diem pretium emptori redditum ſit, aut accipere

cipere nolenti oblatum & obſignatum (quæ obſignatio
rite facta vim ſolutionis obtinet) in eum ſtatum redu-
cuntur omnia vt nulla venditio vnquam inita exiſtime-
tur. In ea verò venditione quæ facta ſit ſub pacto de re-
trouendendo, ſi pacti executio ſecuta ſit, tantum abeſt vt
nihil vnquam actum videatur, vt ex contrario duplicis
venditionis integra vis & poteſtas eluceſcat. Vnde illud
etiam fieri neceſſe eſt, vt in ſpecie *d.l.ſi à te*, fructus om-
nes quoſquos emptor ante redditum ſibi pretium per-
ceperit, venditori reddere teneatur, ſicut eueniret con-
tracta emptione ſub pacto legis commiſſ. aut addict. in
diem, quia quoties fundus qui fuerat venditus in eam
cauſam deducitur, vt inemptus fiat ex ipſa venditionis
lege, dici nõ poteſt quo iure fructus perceperit emptor,
vt ſibi eos retinere poſſit. Poteſtas enim conuentionis
tollit effectum venditionis, & quemadmodum emptio
nulla præceſſiſſe intelligitur, ita neque ius vllum perci-
piendorum fructuum, qui non niſi emptionis iure per-
cipi potuerunt. Denique quamuis differat hæc conuen-
tio, vt diximus, à lege commiſſ. & à pacto addictionis in
4 diem, proximè tamen accedit † ad legem commiſſ. non
in eo ſolum quòd per vtramque fundus qui reuera fuit
emptus, inemptus conſtituitur, ſed in illo etiam quòd
reſoluendæ venditionis vtroque caſu eadem ratio &
æquitas eſt, ne emptor & rem vẽditam ſimul & pretium
habeat, quod nec bona fides pati poſſet, *l. bona fides* 50.
D. de act. empt. Quid enim refert quod ad hanc rem per-
tinet an emptor ideò pretium habeat, quod nunquam
illud ſoluerit, vt fit in caſu legis commiſſ. an ideo potiùs,
quod iam à ſe ſolutum venditori poſtmodum ab eodem
venditore redditũ acceperit? An non enim vtroque caſu
perinde euenit, vt & rem habeat & pretium? Dices for-
taſſe, imò verò inter hos caſus quàm plurimum intereſſe
præſertim quod ad fructuũ cauſam ſpectat, quia in caſu
legis commiſſ. emptori poteſt imputari cur ad dictam
diem non ſoluerit pretium, maximè verò traditione ſe-
cuta ex parte venditoris. At in ſpecie *d.l.ſi à te*, nihil eſt
quod videatur imputari poſſe emptori, qui & accipien-
do rem venditam pretium eius perſoluit, & cùm accepit
pretium, non potuit recuſare quominus legem vendi-
tionis venditor exerceret. Proinde ratio iuris & æquita-
tis ſuadere videretur, vt interim perceptos fructus ſuos
faceret, nec reſtituere vllos teneretur, ſaltem pro ea tem-
poris parte, quo venditio conſtitiſſet, ne dum id agimus
ne emptor & rem & pretium habeat, contrario errore cu-
remus, vt venditor & re & pretio ſimul fruitus eſſe vi-
deatur. Nec ſanè magno æquitatis prætextu caret hæc
ſententia quam à pragmaticis omnibus probatam video
& in tribunalibus paſſim receptam. Et verò ſi admittas,
5 quod † illi volunt tum etiam cùm facta eſt venditio ſub
pacto de retrouendendo, ſecutúmque pacti implemen-
tum fructus vltimi anni (de reliquis enim nec dubitatio,
nec dubitandi cauſa vlla eſt) inter emptorem & vendito-
rem pro rata temporis diuidi oportere, multò magis aut
ſaltem æquè facilè admittere illud debeas, Diuidi etiam
illo caſu debere, quo pretium a venditore emptori reſti-
tutum ſit, & factus ex cauſa inemptus fundus. Non enim
maiorem hoc caſu facias iniuriam venditori cui nos fru-
ctus omnes reſtituendos eſſe contendimus, quam illo
caſu emptori ad quem fructuum omnium commodum,
quos ante retrouenditionem perceperit, ſpectare debere
ſuo loco probauimus. Sed tamen ſi propiùs intueare, iuris
ratio non patitur, vt in ea ſpecie de qua tractamus ea fru-
ctuum diuiſio admittatur. Implicat enim contradictio-
nẽ, vt fundus inemptus fiat, & tamẽ fructus ab emptore
percepti emptionis iure retineãtur. Quòd ſi nõ emptio-
nis iure, quo igitur alio? Taceo quod imputari poteſt
emptori, cur ita contraxerit, nec meliùs ſibi proſpexerit,
ne & fructuum, & vſurarum iacturam ſentiret. Quanquã
nec vlla conuentione fieri poſſe arbitror, vt fructus
emptor lucretur, in eum caſum quo fundus inemptus
fiat, ſecundum id quod à nobis in ſuperioribus ſæpiùs
inculcatum eſt, conuentione fieri non poſſe ea quæ ſunt
impoſſibilia, in quorum genere potiſſimũ illa ſunt, quæ
implicant contradictionem. Nullane igitur ratione huic
iniquitati proſpici poterit ne venditor eodem tempore
& re & pretio fruitus eſſe videatur? Imò verò facilè ſibi
proſpexerit emptor, ſi velit. Nimirum adhibita conuen-
tione non de fructibus lucrandis, quod ſanè fieri nullo-
modo poteſt, ſed de pretij vſuris ſimul cum pretio ipſo
reſtituendis, in eum caſum quo inemptum fundum fa-
cere vẽditor volet. Nihil enim eſt, quod hanc impugnet
conuentionem, idóque ſi omiſſa ea ſit, tantò magis de ſe
cõqueri emptor debet, quod cautiùs non ſit negotiatus:
quódque pecunia ſua tantillo tempore carere tanti æſti-
mauerit, vt acquirendæ pleno iure rei venditæ ſpem ſibi
compararet. Nemo enim dixerit deberi poſſe vſuras citra
conuentionem ex ſola æquitate contractus qui fuerit
reſolutus. In quo vſurarũ cauſam minùs fauorabilẽ eſſe
quàm fructuum iam ſæpiùs à nobis traditum eſt, quòd
non, ſicut fructus, acceſſiones naturales ſint, ſed quæ
magis ex iure & negotiatione proficiſcuntur, *l. ſi cauis*
62. D. de rei vend. l. vſura pecuniæ 121. *D. de verb. ſignific.*
Neque verò ſi quis ab alio pecuniam acceperit, eamque
per aliquod tẽpus retinuerit, ſtatim conſequens eſt quòd
ea vſus fuerit, & ex vſu ac negotiatione cõmodum ſen-
ſerit. Potuit enim otioſam habere, aut damnoſam nego-
tiationem feciſſe, aut ſibi aduerſus imminens damnum
proſpexiſſe, potiùs quàm lucrũ ſenſiſſe, vt proinde nihil
cauſæ ſit cur eripiendi commodi gratia debeat in vſuras
condemnari. Aliud enim eſt fieri quem locupletiorem,
aliud non fieri pauperiorem. Scio contracta † emptione 6
& quandiu bonæ fidei contractus ſubſiſtit, æquitatem
iudicij facere vt etiã citra conuentionem, adeóque quod
magis eſt, citra moram debeãtur vſuræ pretij ab emptore
qui rei venditæ fructus percepit *l. curabit* 5. *C. de action.*
empt. & viciſſim fructus rei venditæ emptori qui vſuras
pretij perſoluerit. Sicut è contrario dicimus iniquum
eſſe vſuras ab eo exigi, qui fructus non percepiſſet, *l. li-*
beralitatis 17. §. 1 *D. de vſur.* Nimirum quia in hoc iudi-
cio empti & venditi, non propter moram, ſed propter
fructus & in eorum quodammodo vicem ac compenſa-
tionem præſtãtur vſuræ, & ſimiliter fructus propter vſu-
ras, vtrúmque ſic ferente natura negotij, quod geritur
inter emptorem & venditorem. Sed † non inde poſſis in- 7
ferre, reſoluta ex pacto venditione, inemptóque conſti-
tuto fundo vſuras pretij ſoluẽdas eſſe emptori, ob id ſo-
lùm quòd fructus à ſe perceptos venditori reddere com-
pellatur. Neque enim pares eſſe poſſunt præſtationes
eius venditionis, quæ reſoluta eſt, & eius quæ ſubſiſtit:
Et in propoſito, vt alia fructuum alia vſurarum ratio eſſe
debeat, illud facit quod cùm fructus ab emptore ſint per-
cepti, eóſque nullo iure perceptos fuiſſe appareat reſo-
luta demum vẽditione, nulla fit iniuria emptori ſi ad eo-
rum reſtitutionẽ condemnetur. Fieret autem iniuria ven-
ditori ſi condemnaretur ſimiliter ad præſtationem vſu-
rarum, quas nullas percepiſſet. Denique ſeparanda eſt
præſtatio à reſtitutione: Durior eſt cauſa præſtationis:
fauorabilior reſtitutionis, quoniam ei qui præſtare iube-
tur, damnum infligitur: ei verò cui reſtitutionis neceſ-
ſitas irrogatur lucrum duntaxat eripitur, quod retineret, ſi
nihil reſtituere cogeretur: Nec quod interim venditor
qui pretiũ accepit, pecunia emptoris vſus fuerit, ad rem
facit. Nunquã enim † propter vſum ſolũ vſuræ debentur, 8
ne quidem in bonæ fidei iudiciis, ſed vel propter morã, *l.*
cum quidam 17. §. *ſi pupillo, de vſur.* vel propter aliã ratio-
nem quæ ex bona fide proficiſcatur, vt in *dict. l. curabit.*
Textus elegans eſt apud Papinianum in *l. Lucius* 24. &
l. ſequenti. §. 1. *D. depoſit.* Neque tamen ignoro reſcriptis
Imperatorum Antonini & Seueri factum eſſe, vt eo
quoque caſu quo reſoluta eſt venditio ex pacto in ipſa
venditione appoſito venditi actio competat non ſolùm
ad rem venditam recuperandam, ſed etiam ad fructus
quos ex ea re emptor perceperit, *l. ſi fundus* 4. *D. de leg.*
commiſſ.

commiſſ. quaſi tam facilè poſſit actio ex vendito competere poſt reſolutam venditionem, atque interdum competit ad ipſam quoque venditionem reſoluendam, & diſtrahendam, *l. ex empto* 11. §. *is qui vina. D. de action. empt.* Sed non inde conſequens eſt eaſdem eſſe debere præſtationes huius actionis ex vendito competentis poſt reſolutam ipſo iure venditionem, quæ eſſent ſi adhuc venditionis cauſa ſubſiſteret: minúſque illud mirum eſt fructuum eandem conſtitui rationem, quæ ipſius rei venditæ conſtituitur, ſcilicet vt ſimul cum re ipſa reddantur venditori, cùm ſint acceſſiones naturales quas etiam ex ſtricto condictionum omnium iudicio reddi oporteret, *l. indebiti* 15. *D. de condict. indeb. l. videamus* 38. §. 1. *D. de vſur.* quàm ſi illud etiam admitteremus vt vſuras pretij quod venditori ſolutum eſſet ſimul cum ipſo pretio à venditore reſtitui oporteret. Non enim ſicut fructus, ita & vſuræ acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt id iam ſæpiùs diximus, induſtriales, & vt quidam loquuntur, negotiales.

ERROR III.

De poteſtate obſignationis factæ ex cauſa pacti de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Obſignationis rectè factæ eadem eſt vis quæ futura eſſet veræ ſolutionis.*

2 *Venditione facta ſub pacto de retrouendendo, ſi ſuo tempore & loco pretij reſtitutionem offerat venditor, & emptore nolente accipere, conſignet, fructus poſt obſignationem percepti, ab emptore reſtituendi ſunt ex pragmaticorum ſententia.*

3 *Sententiam pragmaticorum falſam eſſe, nec probari ex l. 2. C. de pact. int. empt. & debit.*

4 *Quantum differant hæ pactiones, ſi conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat, & ſi redditum ſit intra certa tempora pretium fundus venditori reſtituatur.*

5 *Sic inita expreſſim conuentione, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, reſoluta venditione fructus omnes reſtituendi ſunt, ſecus ſi de fundo duntaxat reſtituendo conuenerit.*

6 *Multa ſunt quæ ſi in pactionem deducantur, bona fides vult ſeruari, quæ ipſa tamen ex bona fide præſtanda non eſſent, ſi de iis pactio non præceſſiſſet.*

7 *Verbum Reſtituendi an ad fructus præciſè pertineat.*

8 *Qualis ſit pactio de qua Impp. in l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. & n. 10.*

9 *Qua actione agendum ſit aduerſus emptorem qui recuſat retrouendere, & quid petendum.*

11 *Idem quæritur eo caſu quo contracta eſt venditio ſub pacto de reſtituendo de quo in d. l. 2.*

1 OBſignationis † quæ ritè rectéque facta ſit, id eſt poſt oblatam congruo loco & tempore, recuſatamque ſine cauſa ſolutionem, eam vim & poteſtatem eſſe conſtat, quæ futura eſſet veræ ſolutionis, quia licèt non ſit vera ſolutio, tamen ſolutionis vicem & locum obtinet, tantumdémque prodeſt non ſolùm ad ſiſtendum curſum vſurarum, *l. acceptam,* 19. *C. de vſur.* ſed etiam ad pleniſſimam debiti liberationem inducendam, *lege obſignatione* 9. *C. de ſolut. lege qui mutuam* 56. §. 1. *D. mandat.* Inde nimirũ
2 pragmatici † omnes adeóque interpretes noſtri inferũt, ſi quis fundum vendiderit ea lege vt ſi intra certũ diem pretium redditum ſit emptori, eundẽ fundum retrouendere emptor teneatur, tum venditor ſuo loco & tempore offerat pretij reſtitutionẽ, nolentéque accipere emptore obſignet, condemnandum eſſe emptorem vt fructus omnes quos ab eo obſignationis tempore percepit, reſtituat tanquam perceptos non ſolùm poſt moram, ſed etiam aduerſus conuentionem, &, quod eſt conſequens, contra bonam fidem. Eiúſque ſententiæ argumẽtum & quidem, vt ipſi putant, fortiſſimum præbet reſcriptum Imperatoris Alexandri in *lege* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit. Si fundum,* inquit lex, *parentes tui ea lege vendiderũt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eorum emptori pecuniam quandocunque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere cõditioni dictæ heres emptoris non pares, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Non eſt enim ex interpretibus qui legem illam non accipiat de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Eúmque errorem nos etiam ſecuti ſumus, cùm ſcripſimus *Decad.* 10. *Err.* 2. vnicũ in toto iure textum eum eſſe, qui ad pactum de retrouendendo pertineat. Etſi autem non meminit lex obſignationis, ſed tantùm oblatæ ſolutionis, ſic tamen ab omnibus accipitur vt oblationẽ ſecuta fuerit obſignatio: quòd alioqui æquũ non fuerit ei fructus reddi qui pretium retinuerit, ſibique habuerit, ne ſic eueniat vt eodem tẽpore & re ſimul, & pretio fruitus quis eſſe videatur. Ego † verò ſicuti 3
pragmaticorum ſententiã falſam eſſe arbitror, ita neque ex eo loco probari poſſe contendo. Longè namque diuerſa eſt pactio de retrouendendo, ab illa de qua cõſultus Imperator fuit, per quam conuenerat vt ſi pretium venditionis quandocunque aut intra certa tempora redditum eſſet emptori, fundus ſimiliter ab emptore reſtitueretur, ſi vera ſunt quæ nos in ſuperioribus De pacto de retrouendendo ſcripſimus, & vt nobis videmur, non malè comprobauimus, contracta ſcilicet venditione ſub pacto De retrouendendo, nõ aliam huius pacti vim eſſe, quàm vt emptor oblato ſibi pretio retrouẽdere cogatur, non etiam vt citra retrouenditionem dominium ad venditorem reuertatur. Proinde finge quantum voles oblatam emptori fuiſſe à venditore quantitatem pretij, & recuſante emptore obſignatam. Nihil aliud aſſequeris, niſi vt pretium illud pro ſoluto & reſtituto habeatur, ſed nõ illud quoque vt & retrouenditio, & quæ etiam neceſſaria eſt retrotraditio ſecuta eſſe exiſtimetur: nam & retrouendere, & retrotradere facti eſt, *l. conſilio* 9. §. *vltimo. D. de curat. fur.* In quo rerũ genere non poteſt interueniens iuris fictio & autoritas facere, vt quod infectum eſt pro facto, non magis quàm vt quod factum eſt infectum eſſe videatur *l. denique* 19. *D. ex quibus cauſ. maior. l. in bello* 12. §. *facta. D. de captiu. & poſtlim.* Ergo quamuis in mora ſit emptor qui ritè rectéque oblatum pretium recuſat, nec vult retrouendere, fructuum tamen cõdemnationem pati non poteſt, quos ex re ſua, nec à ſe vnquam vendita percepérit. Prius enim eſt ordine iuris & naturæ, vt quis vendiderit, quàm vt ex cauſa venditi fructus vllos præſtare teneatur. Neque enim veniunt fructus in actione empti, niſi tanquam acceſſiones rei venditæ, *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt.* Non dico tanquam acceſſiones dominij (venditor namque etiã poſt perfectam cõſenſu venditionem quandiu rem nõ tradidit dominus manet, nec eò minùs tamen fructus præſtare cogitur, §. *vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.*) ſed tanquam acceſſiones venditionis, quia licèt non ſint venditi, tamen rem venditã ſequuntur, & ex bona fide, vt ex quo die perfecta venditio eſt, omnia rei venditæ cõmoda ſicut & incõmoda ad emptorẽ transferantur, iudicio empti aduerſus venditorem in id cõparato. Porrò empti actio non niſi emptori accõmodari poteſt, venditori nunquã. Neceſſe igitur eſt eum qui vẽdidit ſub pacto de retrouẽdendo ex venditore fieri emptorem priuſquàm iudicio empti fructus vllos petere poſſit: nemo autẽ dixerit, ob id ſolùm quod emptor ſit in mora retrouendendi, pro emptione haberi debere venditorem, vt ſequenti capite fuſiùs dicemus. Nec quod venditori interdum detur actio ex vendito ad fructus ab emptore conſequendos, ad rem noſtram facit. Idem ad eum caſum pertinet, quo venditio per pactum in ipſa appoſitum reſoluta ſit ipſo iure, vt cùm facta eſt ſub

lege

Digitized by Google

lege commiſſoria, *l. quarta, Digeſt. de leg. commiſ.* aut ſub
eo pacto quod à lege commiſſoria non valdè abhorreat,
de quo in *l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* hoc
eſt, ea lege vt ſi intra certum tempus pretium à vendi-
tore redditum fuerit emptori fundus fiat inemptus. Cui
ſanè perſimilis, nec ferè niſi verborum ſono diſcrepans
illa eſſe videtur, de qua in *d. l. 2. C. eod.* & quam nunc
tractamus, cùm conuenit vt ſi pretium quandocumque
aut intra certam diem à venditore reſtitutum erit, ei
viciſſim res empta reſtituatur. Quid enim aliud eſt rem
venditam reſtitui citra retrouenditionem, quàm haberi
eam pro non vendita, pro non empta? Nam ſi haberetur
adhuc pro vendita, non poſſet ſanè pactio efficere vt
eius dominium rediret ad venditorem ſine traditione,
neque verò per traditionem ſine retrouenditione præce-
denti, *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Sed ta-
men cauendum hîc diligenter nobis eſt ne pactionum
4 affinitate & ſimilitudine decipiamur. Multum † nam-
que intereſt etiam quod ad effectum, quibus verbis
concepta pactio proponatur. Nam ſi conuenerit vt red-
dito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat,
quemadmodum in *dict. l. ſi à te,* iam diximus in ſuperio-
ribus impleta conditione pretióque reſtituto vſque
adeò inemptum fieri fundum, vt fructus omnes quoſ-
quos & quotquot emptor perceperit reſtituere debeat
venditori, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, ſicut
eueniret in lege commiſſoria. Id enim facit vis & pote-
ſtas illius conuentionis per quam fundus fit inemptus,
ſibique imputare debet emptor cur ea lege comparaue-
rit, nec ſibi melius de fructibus proſpexerit. At cùm ſic
inita conuentio eſt, vt reddito quandocumque vel intra
certa tempora pretio fundus venditori reſtituatur, vt in
ſpecie *d. l. 2.* mitiùs agi videtur cum emptore, vt ſiue le-
gem contractus impleat, & fundum reſtituat, ſiue ſit in
mora reſtituendi, nihil tamen reſtituere debeat ex fructi-
bus interim & ante moram perceptis. Id enim apertiſ-
ſimè probant verba illa, *habita ratione eorum quæ poſt
oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduerſarium
peruenerunt.* Atqui dicat aliquis, ſi conuentionis huius
poteſtas illa eſt vt fundus inemptus fiat, ideóque nec
retrouenditio vlla neceſſaria ſit ad reddendum vendi-
tori dominium, quod ab eo per venditionem abſceſſe-
rat, an non illud omnino conſequens eſt vt fructus om-
nes tanquam nullo iure perceptos ab emptore reſtitui
5 oporteat? Reſpondeo ſic inita † expreſſim conuentio-
ne, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, neque in-
terpretationi neque dubitationi locum vllum relinqui
quin fructus omnes reſtitui debeant reſoluta demum
venditione, ſi nihil de fructibus in contrarium conue-
nerit. Cùm verò pactum eſt de fundo reſtituendo dun-
taxat, id eſt nulla inempti facta mentione, conuentio
quæ non eſt adeò præciſa commodam recipit interpre-
tationem, & quidem ex bona fide, cùm in bonæ fidei
contractu adhibita ſit. Bona autem fides facile non ſo-
lùm admittit, ſed etiam ſuadet, vt qui ex cauſa emptio-
nis pecunia ſua caruit, fructus lucretur quos toto eo
tempore ex re vendita percepit, quippe quos non poſ-
ſit videri ſine cauſa percepiſſe, cùm eos conſtante adhuc
venditione perceperit, & pretio iam ſoluto. Nec quic-
quam abſurdi eſt, ſic accipi conuentionem vt quod ad
fundum ipſum attinet, habeatur ille pro inempto, nec
tamen fructus vlli reſtituantur. Non enim ideò ab
emptore retinentur, quaſi fundus ratione fructuum
non habeatur ſimiliter pro inempto, ſed quòd ex bona
fide ſit vt emptor qui pretium ſoluit venditori fructus
lucretur rei venditæ ſi verba conuentionis non obſtent:
quomodo obſtant proculdubio cùm expreſſim conue-
nit vt fundus ſit inemptus. Quid enim poſſit venditor
apertiùs dicere, vt emptor intelligat in eum caſum quo
reſoluta erit venditio imminere ſibi reſtituendorum
fructuum omnium neceſſitatem? Itaque licèt eadem
bonæ fidei ratio vrgere videatur, aliud tamen iuris con-
ſtituimus, quia illud potiſſimùm & ante omnia ex bona
fide eſt vt conuentioni ſtetur, ſi non talis conuentio ſit
cui bona fides ex diametro repugnet, qualis illa eſſet ſi
conueniret vt vel emptor vel venditor & rem ſimul &
pretium retineret, *d. l. ex empto §. vlt. l. bona fides 50. eod.
tit. De action. empt.* Multa † verò ſunt quæ ſi in pactio- 6
nem deducta ſint, bona fides vult ſeruari, quæ ipſa ta-
men ex bona fide præſtanda non eſſent ſi de iis pactio
nulla præceſſiſſet: Alioqui euenire neceſſe eſſet vt in
contractibus bonæ fidei inutiles viderentur pactiones
omnes à contrahentibus adhibitæ, ſiue de ea re factæ
eſſent, quæ iudicio bonæ fidei tacitè ineſſet, ſiue de ea
quæ non ineſſet: quod ſanè falſum eſt & abſurdum.
Nam & bonæ fidei contractus ſicut & cæteri, imò multò
magis quàm cæteri legem accipiunt ex conuentione *l. 1.
§. ſi conuenerit. D. depoſit.* Etſi verò † *reſtituendi* verbum 7
pleniſſimam habet ſignificationem, vt & omnem cau-
ſam & fructus complectatur *l. pius eſt 22. l. reſtituere 35.
D. de verb. ſignific.* non tamen adeo præcisè, diſertéque
fructus exprimit, vt non facile conuentio eam admittat
interpretationem quæ fructuum cauſam ſeparet à fun-
do, vt quamuis fundus reuera fiat inemptus, fructus
tamen ab emptore retineantur. Quanquam illud quo-
que dici poteſt & veriùs ni fallor, non haberi fundum
pro inempto, qui ex pacto reſtituendus eſt, cùm reſtitui
eum neceſſe ſit & retrotradi, licet non retrouendi, vt
poſſit dominium eius redire ad venditorem: Cui inte-
rim nec condictio datur, nec vindicatio, quæ haud du-
biè daretur ſi fundus fieret inemptus ipſo iure. Ex quo
apparet pactionem † hanc de qua in *d. l. 2* neque legem
commiſſoriam eſſe, neque legi commiſſoriæ ſimilem,
quomodo ſimilis illa eſt, de qua in *d. l. ſi à te.* Quòd ſi
venditio facta ſit ea lege vt reddito quandocunque vel
intra certa tempora pretio fundus retrouendatur, tùm
verò fructus omnes quos emptor ante retrouenditio-
nem perceperit, licet poſt moram in retrouendendo
contractam, ab emptore retineri poſſe, nulloſque ven-
ditori reſtitui debere contendo, quia vt dixi, nulla dum
venditio eſt ex qua fructus iudicio empti peti poſſint:
Prior autem venditio cùm ſubſiſtat, non poteſt parére
venditi actionem in vtilitatem venditoris ad auferen-
dos emptori fructus, quos ex iuſtæ emptionis cauſa &
iure perceperit. An ergo † impunè moram faciet, fru-
ctuſque poſt moram perceptos omnino emptor lucra-
bitur, qui retrouendere ſine cauſa recuſauit? Minimè
verò, Suam enim moram & fruſtrationem ei prodeſſe
non oportet *l. hominem 37. D. mandat.* Quid igitur?
Actione in perſonam ſiue præſcriptis verbis illa erit,
ſiue ex vendito (vtraque enim competit, vt & in ſpecie
d. l. 2.) vrgendus emptor eſt & condemnandus vt retro-
uendat, & ex eiuſmodi retrouenditionis cauſa rem tra-
dat, ac præterea præſtet venditori quanti eius intereſt
retrouenditionem ſuo tempore factam fuiſſe. In quo
etiam fructuum poſt moram perceptorum æſtimatio
proculdubio continebitur, quos vtique percepiſſet ven-
ditor ſi moram paſſus non fuiſſet. At non fructuum
iure, ſed eius quod intereſt, cuius nimirum præſtatio &
condemnatio facilior eſt quàm fructuum, vt ex eo appa-
ret quòd actio præſcriptis verbis eandem hac parte vim
& poteſtatem habere creditur, quam actio venditi: neque
tamen vnquam proditum eſt actionem præſcriptis ver-
bis dari ad fructus perceptos ex re quæ petitur, ſed tan-
tùm ad id quod intereſt aut ad dati repetitionem *l. 1. C.
de rer. permut. l. cùm mota 6. C. de tranſact.* Qua ratione
moueor etiam vt putem in ſpecie *dict. l. 2. C. de pact. int.
empt. & vendit.* id eſt contracta † venditione ſub pacto 8
non de retrouendendo, ſed de reſtituendo, ſi emptor
morā cōtrahat in ſatisfaciendo ex parte ſua poſt oblatam
à venditore obſignatámque pretij quantitatem, cōdem-
nari eum debere, nō vt fructus quos poſt morā percepit,
reſtituat, ſed vt præſtet quanti intereſt venditoris, &
conſequenter fructuum poſt moram perceptorum æſti-

mationem. Nam vt reſtituere debeat fructus quos dominij iure percepit, ratio iuris pati non poteſt, præſertim cùm eius pactionis non tanta ſit vis & poteſtas vt fructuum ante moram perceptorum reſtitutionem inducere vllomodo poſſit, nec rurſus actionis præſcriptis verbis, quam actioni ex vendito ea lex comparat vt ad fructus detur. Quare nec ſic lex loquitur, vt dicat condemnari emptorem debere ad fructuum reſtitutionem, ſed tantùm dandam in eum actionem præſcriptis verbis vel ex vendito vt contractus fides ſeruetur, *habita* inquit *ratione fructuum*. Aliud verò eſt deduci fructus in condemnationem, aliud ſic fieri condemnationem, vt fructuum quoque ratio in eo ſcilicet quod intereſt æſtimando habeatur. Quod tamen à pragmaticis & interpretibus æquè ignoratum eſt, ſed non poſſunt hæc quæ nos de fructibus diſputamus benè intelligi quin de illo priùs conſtet, an qui emit ſub pacto de retrouendendo ad id præciſè condemnari & cogi poſſit vt retrouendat, an verò eius quod intereſt præſtatione liberetur. De quo iam videamus.

ERROR IV.

De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum venditor, qui tradendæ rei facultatem habet, non præciſè cogendus eſt ad tradendum, ſed ad id quod emptoris intereſt, condemnandus.*

2 *Diſcrepantes interpretum ſententiæ de deciſione quæſtionis, an qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit.*

3 *Emptorem qui non vult retrouendere ad aliud non teneri niſi quanti intereſt venditoris, contra Pinellum, & alios.*

4 *Venditorem tamen qui rem vendidit quam tradere poteſt, ad hoc præciſè obligatum eſſe vt tradat, & quæ ſit ratio differentiæ.*

5 *Differentia inter venditionem & promiſſionem de vendendo.*

6 *Quis ſit ſenſus illius propoſitionis, obligatum eſſe venditorem præciſè vt rem tradat.*

7 *Pactum de vendendo vt differat à pacto de retrouendendo.*

1 QVæri ſolet inter noſtros, an † venditor qui tradendæ rei facultatem habet, ſi tradere nolit, cogi præciſè poſſit, vt tradat, an eius quod intereſt præſtatione liberetur. Et magis eſſe putant vt tradere non cogatur, ſed ad id potiùs quod emptoris intereſt ob non traditam rem condemnari debeat ex *l. 1. D. de action. empt.* Iidem diſputant an
2 † qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit. Et quamuis alij aliter ſentiant, exiſtimantibus pleriſque ſimiliter condemnari eum debere in id quod intereſt emptoris. Non deſunt tamen qui putent cogendum eſſe vt retrouendat & tradat, quaſi fauorabilior ſit is, qui certat de re quæ aliquando ſua fuit redhibenda & recuperanda, quàm qui rem alienam à ſe nunc primùm emptam perſequitur. Quam ſententiam tuetur Arius Pinellus in commentariis illis non inelegantibus ad *l. 2. C. de reſcind. vendit.* nec iuri tantùm, ſed etiam interpretum traditionibus magis conſentaneam eſſe defendit contra Cagnolum, qui aliter ſcripſerat, ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ego tamen Coniecturarum cap. 17. lib. 6. docui ex ſententiis Iulij Pauli, non liberari venditorem offerentem id omne quod intereſt emptoris, ſi rem ipſam tradere poſſit, nec tradat. Sed de emptore † qui retrouendere 3
promiſit, nondum dixi quod nunc probabo, non ad aliud eum teneri niſi vt ob non impletam à ſe contractus legem teneatur, quanti intereſt venditoris. Moueor ex eo quòd non poteſt eadem videri vis & poteſtas pacti de retrouendendo, quæ venditionis, non quòd differre putem retrouenditionem à venditione (nihil enim aliud retrouenditio eſt, quàm ſecunda venditio) ſed quia multùm diſtat, an quis vendiderit, an pactus duntaxat ſit de vendendo, quod & Bart. fatetur ad *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Etſi enim venditio non minùs perficitur nudo conſenſu quàm pactum nudum, conſenſum tamen illum & præſentem eſſe oportet, & de negotio ſtatim perficiendo, non de eo in aliud tempus conferendo: id eſt, venditorem neceſſe eſt præſenti tempore vendere, non promittere ſe venditurum: emptorem emere, non paciſci ſe empturum. Nam etſi venditio quoque facta eſſet ſub conditione, quæ ex alterutrius contrahentium voluntate penderet, non poſſet ex ea venditione quamuis conſenſu perfecta in id agi vt conditio impleretur, quia conditioné venditionis impletam eſſe neceſſe eſt, priuſquàm agi ex ea poſſit: neque enim ex conditionali venditione ad hoc ipſum agi poteſt vt conditio impleatur *l. cum ab eo 41. D. de contr. empt.* Multò minùs igitur ex promiſſione de vendendo cogi promiſſor poterit, vt præciſè rem vendat & tradat, neque in eam rem ſumi argumentum poteſt ex eo quòd nos fatemur, & aduerſus multorum interpretum ſententiam contendimus eum qui † vendidit rem quam tradere poſſit, ad hoc præciſè 4
obligatum eſſe vt tradat, nec liberari ſi quanti emptoris intereſt præſtare malit. Id enim fit propter bonam fidem quæ non patitur vt contractu iam perfecto in poteſtate ſit alterutrius contrahentium non implere contractum quem implere commodè poſſit. Separo contractum perfectum ab impleto. Perficitur emptio ſolo conſenſu. Sed non impletur niſi ſecuta traditione per quam non ſolùm poſſeſſio, ſed etiam dominium rei venditæ, ſi quod penes venditorem fuit aut nunc eſt, in emptorem transferetur, *l. ſi quis alienam 46. D. de action. empt.* At cùm quis obligatus eſt vt vendat vel retrouendat, nondum perfecta venditio eſt, at ne quidem inchoata, cur ergo eam implere promiſſor cogatur? An non priùs illud eſt vt venditio contrahatur, & perficiatur, quàm vt impleatur? Siquidem non quemadmodum venditio, ita & promiſſio de vendendo bonæ fidei eſt, cùm neque ſit contractus, ſed pactum nudum ex quo perinde agi nullomodo poteſt, niſi proponas interueniſſe ſtipulationem, quæ ipſa contractus eſt ſtricti iuris & ſtrictiſſimi, *ſi quis vſquam alius*. Qua interueniente, fateor equidem poſſe agi ex promiſſione de vendendo ad hoc vt res vendatur, tùm tradatur. Sed nego eius conuentionis, & actionis vim illam eſſe poſſe vt cogatur promiſſor rem præciſè tradere, quam nondum vendidit, aut vendere ſi nolit, cùm venditio ſit facti, vt proximo cap. dicebamus ex *l. conſilio 9. §. vlt. D. de curat. furioſ.* nemo auté præciſè cogi vnquam poſſit ad factum, quia non poſſet id fieri ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habuit legiſlator. Vnde illud iure ciuili cõparatum eſt, vt in omnibus faciendi obligationibus ſi non fiat id quod promiſſum eſt in locum facti, ſuccedat obligatio eius quod intereſt, *l. ſi quis ab alio. 13. §. vlt. D. de re iudic.* Dices traditioné quoque facti eſſe nõ minùs quàm venditionem, neque tamé eò minùs cogi venditoré præciſè vt rem tradat. Sed iam monuimus aliam & duriorem eſſe cauſam eius † qui iam 5
vendidit quàm eſſe debeat illius qui promiſit duntaxat ſe venditurum. Ille enim qui vendidit iam obligatus eſt ex contractu perfecto, eóque bonæ fidei, vt diximus. Hic ex nullo niſi fortaſſis ex ſtipulatione, tum verò quod dicimus † obligatum eſſe venditorem præciſè vt rem tradat, non hunc ſenſum habet, vt ſi per contumaciam nolet vnquam tradere, adigendus ſit per vim & meram

Digitized by Google

meſam coactionem ad tradendum, ſed vti ne liberetur præſtatione eius quod reuera intereſt emptoris, debeatque prætereà dolus eius æſtimari non quidem per iuſiurandum in litem, ſed officio iudicis, à nobis probatum eſt *d. cap. 17. lib. 6. Coniectur. ex l. ſi traditio 4. C. de act. empt. iunct. l. ſi cùm fundum 68. §. 1. D. de contr. empt.* quæ tamen doli æſtimatio non poteſt cadere in promiſſionem de vendendo, ſiue pactum nudum, ſiue ſtipulatio interuenerit, quia neutro caſu obligatio vlla eſt, cuius poteſtatem & præſtationem ex bona fide æſtimari oporteat. Sed illa rurſus hîc incurrit hæſitatio, quòd quamuis inter venditionem & retrouenditionem differentia nulla ſit, vt diximus, negari tamen non poteſt quin differat pactum de vendendo à pacto de retrouendendo de
7 quo diſputamus. Pactum † namque de vendendo idcirco inutile & inefficax eſt ad cogendum promiſſorem vt vendat & tradat, quod vel nudum id eſſe neceſſe ſit, vel per ſtipulationem initum. Nos autem diſputamus de pacto de retrouendendo in ipſa venditione adhibito, quod cùm non ſit nudum, ſed venditionis iam contractæ cohærentia veſtitum, adeóque contractus pars quædam eſſe exiſtimetur, non poteſt non efficax eſſe ad agendum, & quidem ex bona fide, quia contractus cui cohæret, bonæ fidei eſt. Nemo enim dixerit neceſſariam eſſe ſtipulationem, ad hoc vt ex huiuſmodi pacto agi poſſit, niſi fortè ex interuallo initum proponatur: quo caſu videri non poteſt inhærere contractui, *l. iuriſgentium 7. §. quinimo. D. de pact.* Et ſanè videtur hæc potiſſimùm ratio interpretes noſtros decepiſſe. Durum enim videtur adeóque iniquum, venditorem qui nonniſi hac lege rem ſuam venditurus fuerit, priuari commodo ſuæ conuentionis, & pro re ſua pecuniam accipere compelli, quæ noua quodammodo eſſe venditio videretur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Conſtat enim pactiones omnes valere, quas quis adhibet in rei ſuæ alienatione *l. vlt. C. de rer. permut.* adeóque illas quæ alioqui valere non poſſent, quia credendum eſt venditorem non aliter fuiſſe alienaturum, *l. ex fundo 19. De ſeruit. l. venditor 13. D. commun. præd.* Sed tamen facilis reſponſio eſt, vtilem quidem eſſe pactionem vt ex ea agi poſſit nulla etiam interueniente ſtipulatione, verum enimverò non inde ſtatim conſequens fieri vt qui promiſit ſe retrouenditurum, retrouendere præcisè compellatur, non magis quàm ſi extra contractum bonæ fidei per nudam ſtipulationem ita conueniſſet, quia pacti vtilitas illa ſufficit vt ex eo competat actio præſcriptis verbis, aut ex contractu ipſo ad id quod intereſt quæ alioqui ex pacto nudo competere nulla poſſet: Nec quod in bonæ fidei contractu ea pactio adhibita ſit facere poteſt, vt venditio promiſſa pro perfecta haberi debeat, ſed tantùm vt perfici debeat, id ni fiat, emptor qui ad retrouendendum obligatus eſt, in omne id quod venditoris ex ea cauſa intererit, condemnetur. In quo, vt proximo capite diſputauimus, ſanè fructus continebuntur, quia ſi retrouenditio facta eſſet, venditor eos ſuo iure percepiſſet: ſed tamen non ſic ferri ſententia poterit, vt fructus vlli in condemnationem deducantur, ſed ita vt ad id duntaxat quod intereſt fiat condemnatio, in eo ipſo autem taxando fructuum quoque ratio habeatur, at non omnium, quemadmodum ſi conuentionis poteſtate fundus fieret inemptus, ſed eorum tantùm qui poſt moram in retrouendendo contractam percepti fuerint. Mora verò contracta intelligitur, ſi à venditore oblatam congruo loco & tempore quantitatem emptor accipere ſine cauſa recuſauerit, aut, quod effectu idem eſt, diſtulerit. An tamen ad conſtituendum in mora emptorem neceſſaria ſit ex parte venditoris obſignatio, noſtri diſputant, de quo etiam videndum eſt.

ERROR V.

De nudæ oblationis, & obſignationis poteſtate.

SVMMARIA.

1 *Nudæ oblationis vt ſit minor vis quàm obſignationis, & quis eius ſit effectus, & n. 3.*
2 *Quæ ſit inducendæ tum impediendæ moræ tam ex parte creditoris, quàm debitoris conditio.*
3 *Congrua oblatio pignoratitiam actionem inducit.*
4 *Debitor non eſt præcisè cogendus vt obſignet pecuniam, quam accipere creditor renuit, licèt tutius facturus ſit ſi obſignet.*
5 *Multum differre an ſolutio ſit in ſimplici conditione, an etiam in diſpoſitione.*
6 *Oblatio ritè facta conſtituit creditorem in mora, non facit tamen vt debitor pro liberato habeatur.*
7 *Obſignatio non eſt quidem vera ſolutio, pro ſolutione tamen habetur.*
8 *Quas vſuras nuda inhibeat oblatio.*
9 *Declaratur l. tutor pro pupillo. 28. §. 1. D. de adm. & per tut. docetúrque eam à Triboniano interpolatam eſſe, ſicut & l. ſi reus 73. D. de procuratorib.*
10 *Vſurarum curſus quas præſtare tenetur venditori emptor, qui non perſoluit pretium, nonniſi obſignatione inhibetur, aut ſolutione.*

OBlationis † nudæ, id eſt quæ ſolutionem 1
aut obſignationem comitem non habeat, minor vis & poteſtas eſſe ſolet quàm obſignationis. Obſignatio enim ſi modò ritè facta ſit, id eſt, vt iam ſupra interpretati ſumus poſt oblatam congruo loco & tempore pecuniam, recuſatamque ſine cauſa ſolutionem, ſolutionis inſtar obtinet: oblatio autem nuda quantumuis congruo loco & tempore facta, nunquam habetur pro ſolutione, quia cùm oblatio nudis verbis contenta ſit, ſolutio factum ipſum requirit, id eſt numerationem. Sed tamen non ideò fit vt ſit inutilis oblatio quæ nec ſolutionem comitem habeat, nec obſignationem. Etſi enim ſolutionis loco nunquam eſt, aliquando tamen prodeſt, ſiue ad conſtituendum in mora eum cui offertur, ſiue ad impediendam moram ex parte eius, qui offert: nec minoris hac parte effectus eſt quàm obſignatio, adeò vt pignoratitiam quoque actionem inducat, *l. ſi rem 13. §. vlt. D. de pignor. act.* licèt pignoratitia eam conditionem habeat ſi pecunia ſoluta erit, aut aliter eo nomine ſatisfactum, *d. l. ſi rem. §. omnis & paſſ. eod. tit. l. acceptam 19. C. de vſur.* Hæc cur tam varie? Quia mora omnis conditionem admixtam habet, nec niſi per conditionem, aut ſi mauis ſub conditione vel contrahitur, vel impeditur. Inducendæ
† moræ conditio ea eſt ex parte debitoris, ſi oblatam 2
congruo loco & tempore pecuniam creditor ſine cauſa recuſabit. Impediendæ illa, ſi petitam à creditore pecuniam congruo loco & tempore debitor offeret. Ex parte verò creditoris impediendæ moræ conditio hæc eſt, ſi oblatam congruo loco & tempore pecuniam aut ſolutionem accipere paratus erit, inducendæ illa contraria, ſi petitam congruo loco & tempore pecuniam debitor ſine cauſa recuſabit. Porrò non recuſat qui offert. Itaque tam ex parte creditoris, † quàm ex parte debi- 3
toris mora vt inducatur vel impediatur oblationem ſolam requirit, non etiam ſolutionem. Solutio enim cùm fit, inducit pleniſſimam liberationem, tollítque omnem obligationem, quia nec fieri poteſt à debitore quin accipiatur à creditore, ideóque nihil ſupereſt propter quod de mora tractari aut poſſit, aut oporteat, cùm facta ſolutio fuit. Nec conſequenter ſi obſignatio ſecuta

Digitized by Google

ſit obligationem, quandoquidem, vt diximus, nihil
prorſus effectu diſtat ritè facta obſignatio à ſolutione.
Sed etſi poneres moræ ſiue inducendæ ſiue impediendæ
conditionem illam potiùs eſſe, *ſi pecunia debita ſoluetur*
aut *ſi non ſoluetur*, quaſi ad ſolutionem magis quàm ad
oblationem referatur, efficere tamen non poſſes quin
oblatio ſufficere deberet ad moram aut inducendam aut
impediendam: quia cùm iure ciuili ſic comparatum ſit
vt conditio quæ ante omnia implenda eſt, pro impleta
habeatur quoties per aduerſarium ſtat ne impleri poſſit.
*l. iure ciuili 24. D. condit. & demonſtr. l. iure ciuili 161. De
regul. iur.* apparet ſolutionem quæ in conditione tantùm
poſita ſit pro facta haberi debere quoties per creditorem
ſtat ne fiat, cùm ſit hæc conditio ex earum genere quæ
inuito aduerſario impleri non poſſunt, ſiquidem, vt
diximus, fieri nequit ſolutio ex parte debitoris, quin
accipiatur ex parte creditoris. Indéque illud eſt quod
4 diximus pignoratitiam † naſci in debitoris commodum
ſtatim atque pecuniam ritè rectéque obtulit creditori,
quamuis necdum ſoluerit nec obſignauerit: neque ſo-
lùm ſi ea oblatio in iudicio facta ſit, vt vulgò creditum
eſt, ſed etſi extra iudicium, quia ſolutio quæ ad indu-
cendam pignoratitiam facienda eſt, in conditione tan-
tùm eſt, id eſt, eam conditionem habet actio pignorati-
tia ſi pecunia debita ſoluta erit; proinde haberi eam hac
parte pro ſoluta cõuenit ſi per creditorem ſtet ne ſolua-
tur, quòd euenit quoties oblatam ſibi congruo loco &
tempore pecuniam accipere ſine cauſa recuſat, *d. l. acce-
ptam 29. C. de vſur.* Nec eſt quod quis dicat, imò verò
poſſe conditionem hanc impleri per debitorem, inuito
etiam creditore, vt inferri poſſit, non igitur haberi eam
debere pro impleta, nimirum ſi debitum non modò offe-
ratur, ſed etiam obſignetur, cùm obſignatio, vt dixi, pro
5 vera ſolutione habeatur. Nam reſpondeo, † meliùs qui-
dem & cautiùs facturum debitorem ſi pecuniam obla-
tam recuſante creditore obſignet, vel ob hoc ipſum ne
poſteà quæri oporteat an oblatio ſola ſufficere potuerit,
nécne: ſed tamen non eſſe cogendum debitorem vt ob-
ſignet ad implendam per æquipollens, quod aiunt, con-
ditionem quam in forma ſpecifica implere paratus ſit.
Illud enim ſaltem fatendum eſt ſolutionis faciendæ
conditionem in forma ſpecifica impleri non poſſe inui-
to creditore, id eſt, ſi ſolutionem accipere nolit. Nam
cùm fit obſignatio, non impletur conditio ſolutionis in
forma ſpecifica, ſed per æquipollens, ſiquidem obſigna-
tio reuera ſolutio non eſt, ſed ſolutionis locum & inſtar
obtinet. Ergo illud etiam conſequens eſt, vt quoties per
creditorem ſtat ne conditionis faciendæ ſolutionis im-
pleri poſſit in forma ſpecifica, vt noſtrorum verbis vtar,
haberi debeat pro impleta in ea ipſa forma: Quod ſi ita
eſt, vt iam habeas eam pro impleta in forma ſpecifica,
cur illud prætereà requiras vt impleatur per æquipol-
lens? Neque enim per rerum naturam fieri poteſt vt
conditio quæ non niſi vna numero eſt ſæpius implea-
tur, quia ex quo impleta eſt, deſinit eſſe conditio, multò
minùs autem illud etiam induci, vt quæ iam impleta eſt
in forma ſpecifica iterum per æquipollens impleatur.
Quod enim aliquando euenit vt per æquipollens fieri
quid ſufficiat & neceſſe ſit, non aliam ob cauſam fit
quam vt ei faueamus qui aliter, id eſt, in forma ſpeci-
fica idipſum facere nequeat quod facere debet, vt vel
lucrum aliquod conſequatur, vel damnum deuitet: non
etiam vt melior conditio fiat eius per quem ſtat ne in
forma ſpecifica fieri id poſſit, vt eleganter Marcellus
tractat in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* Et verò
quis iudex propitiis auribus debeat audire creditorem,
qui poſt recuſatam ſine cauſa ſolutionem quam debitor
congruo loco & tempore obtulerat, imputare velit de-
bitori cur eam pecuniam non obſignauerit? Imò impu-
tet ſibi priùs, cur oblatam non acceperit, cùm recuſan-
dæ ſolutionis iuſtam cauſam nullam haberet. Multum
6 igitur refert † an ſolutio ſit in ſimplici conditione, an
ſit etiam in diſpoſitione. Cùm in ſimplici conditione
eſt, oblatio ſola ſufficit ſine obſignatione, quia condi-
tio habetur pro impleta ex mora & contumacia credi-
toris, & pro impleta quidem in forma, vt diximus ſpe-
cifica, nec proinde neceſſe, at ne quidem poſſibile eſt vt
iterum per æquipollens impleatur facta obſignatione.
At cùm in diſpoſitione ſolutio eſt, id eſt cùm ſolutio
ob id facienda eſt, non vt conditio aliqua impleatur,
ſed vt contracta obligatio tollatur, oblatio ſola num-
quam ſufficit, ſed obſignatio prætereà requiritur, quia
numquam oblatio ſolutio eſt, nec ſolutionis inſtar ob-
tinet, ne tum quidem cùm efficit vt ſolutio pro facta
habeatur, quoniam, quod ſummopere notandum eſt,
non fit id ex poteſtate oblationis immediatè, ſed ex mo-
ra creditoris, licèt mora illa non aliunde quàm ex obla-
tione debitoris proficiſcatur. Oblatio † ritè facta conſti- 7
tuit creditorem in mora, mora verò creditoris per quam
fit ne conditio impleri poſſit per veram ſolutionem,
efficit vt conditio habeatur pro impleta, id eſt vt ſolu-
tio verè facta quod ad implementum conditionis exiſti-
metur. An etiam vt debitor pro liberato habeatur? Mi-
nimè verò. Nihil enim commune habet ius impletæ
conditionis cum iure acquiſitæ liberationis. Implemen-
tum ſiquidem conditionis eò tantùm pertinet vt agere
poſſit debitor aut cætera facere quæ poſſet ſi impleta
conditio eſſet, & quæ alioqui non niſi impleta demum
conditione facere poſſet, cùm is vnus conditionis cu-
iuſlibet effectus ſit vt actum ſuſpendat, & agendi tan-
quam ex actu puro poteſtatem præripiat. Ius verò *libe-
rationis*, non niſi per veram ſolutionem acquiritur, aut
per eum modum qui ſolutionis vice eſſe poſſit, vt puta
per obſignationem. Huiúſque iuris ratio illa eſt, quia
obligationes ſicuti certis tantùm modis iure ciuili con-
trahuntur, ita nec niſi certis modis in eam rem compa-
ratis diſſoluuntur. Inter quos non eſt mora creditoris,
nec oblatio debitoris: At ne quidem obſignatio, † cùm 8
non ſit vera ſolutio, niſi iuris arte & fictione inductum
eſſet, vt quamuis obſignatio non ſit ſolutio, tamen pro
ſolutione habeatur, ne alioqui foret in poteſtate credi-
toris moroſi & contumacis, facere ne obligationem
exuere ſéque liberare debitor vnquam poſſet. Inde eſt,
quod videas paſſim Iureconſultos quibus locis tractant
de mora vel inducenda vel impedienda, nonniſi de obla-
tione tractare, nec obſignationem requirere niſi cùm
diſputant de tollenda prorſus & perimenda obligatio-
ne, vt in *l. qui Romæ 122. in princip. & §. Seia in fin. De
verb. obligat. l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignor. act. l. ac-
ceptam 19. C. de vſur. l. obſignatione 9. C. de ſolut.* Et cùm
de vſuris † agitur illa proculdubio adhibenda eſt diſtin- 9
ctio an de iis vſuris quæratur, quæ ex conuentione de-
bentur, an de iis quæ ex mora: vt priorum curſum ſola
oblatio non inhibeat ſine obſignatione, quò pertinet *l.
debitor. 7. D. de vſur.* (quæ nominatim loquitur de debi-
tore vſurario, non aliam ob cauſam quàm vt intelliga-
mus in debitore non vſurario, id eſt qui de vſuris nihil
conuenerit aliud iuris eſſe) poſteriorũ verò curſum ſiſtat
ſola oblatio etiam citra obſignationem, quia & impedit
moram ne contrahatur, adeóque cõtractam purgat *l. qui
decem 72. in princip. D. de ſolut.* Quam ob cauſam mirari
† ſæpe mihi contigit quod ad Marcellũ Vlpianus notat 10
in *l. tutor pro pupillo 28. §. 1. D. de admin. & peric. tutor.*
Tutori qui poſt pubertatem pupilli negotiorum eius ad-
miniſtratione abſtinuit non ſufficere vt obtulerit pecu-
niam quã pupillo debet ne vſuras debeat, ſed illud præ-
tereà requiri, vt depoſuerit obſignatã tuto in loco. Lon-
géque verior mihi ſemper viſa eſt Marcelli ſentẽtia qui
putabat non debere tutorem vſuras præſtare ex quo pe-
cuniam obtulit, quinetiam iuſtius eſſe eum per quem
non ſtetit quominùs conuentus reſtitueret tutelam ad
præſtationem vſurarum non compelli: maximéque vt
in *l. ſeq.* ex eodem Marcello ſcriptum eſt, heredẽ tutoris.
Periniquum enim eſt, cum cui forte poſt viginti annos

vel

vel amplius in mentem venit tutelam repoſcere, etiam vſuras poſtulare. Vſuræ enim quæ ex iudicio tutelæ debentur ex quo tempore tutor finita iam per pubertatem tutela abſtinuit ſe ab adminiſtratione non ex conuentione debentur, at ne quidem tam fauore pupilli qui iam deſiit impubes eſſe quàm propter moram. Neque verò video quomodo fieri poſſit vt pecuniam obſignet tutor, qui tutelam nondum reſtituit. Nam & de illo Marcellus poſtremo loco tractauerat iis verbis, *per quem non ſtetit quominus conuentus reſtitueret tutelam.* Nec enim ſciri poteſt ante reſtitutam tutelam quid & quantum ex cauſa debeatur: nec proinde vlla obſignatio fieri, quæ ſcilicet non niſi certæ & exploratæ quantitatis eſſe poteſt: In quo ſanè differt obſignatio à nuda oblatione. Siquidem nihil prohibet oblationem fieri quantitatis incertæ, cùm quis paratum ſe dicit ſoluere quicquid debitum eſſe aliquando apparebit, ſi non recuſet ea facere per quæ tandem apparere poſſit quid & quantum debeatur. Qui ſollennis tutorum & cæterorum id genus adminiſtratorum mos eſt, ne quandiu rationes redditæ non ſunt, in mora vlla eſſe videantur. Itaque, ni fallor, nota illa quæ ſub Vlpiani nomine extat in *d. l. tutor.* §. 1. Triboniano potiùs quàm Vlpiano tribuenda eſt: nam & in *l. ſi reus* 73. *D. de procurat.* video eundem Tribonianum ſub Pauli nomine, quemadmodum docui *lib. 2. Coniect. cap.* 16. requirere perabſurdè vt pecunia in æde ſacra deponatur, & illud etiam addere, quod magis me mouet, *hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis*, quod tamen, ſi hanc Vlpiani notam deleas, nullo alio iuris loco ſcriptum eſt. Quanquam nec de pupillaribus vſuris Marcellus tractat, ſed de iis quæ pro eo tempore quo iam finita tutela ſit, petantur, quas conſtat nec pupillares eſſe, nec tam fauorabiles quàm ſi eſſent pupillares, propter eam rationem quæ ponitur in *l. ſeq.* quæ ſicut non minùs tutori ipſi quam eius heredi conuenit, ita nec ad pupillares vſuras ſatis aptè accommodari poteſt, quæ licèt vigeſimo quoque poſt pubertatem anno petantur, non grauiores tamen petuntur quàm ſi in pupillari ætate petita fuiſſent, quia eædem ipſæ & pro iiſdem annis, id eſt, pro pupillaribus petun-
11 tur. Planè quod ad eas vſuras pertinet † quas præſtare venditori emptor debet ob non ſolutum pretium ex quo die res vendita emptori tradita probatur, conſtat non aliter earum curſum inhiberi poſſe, quàm ſi fuerit pretium obſignatum, adeóque quod magis mirum eſt, licet venditor etiam incerto herede & ſucceſſore deceſſerit, vt à Papiniano reſponſum eſt *l. emptis* 18. §. 1. *D. de vſur.* Singulari vtique quodam iure: quia tametſi non debeantur ex conuentione, tamen neque ex mora debentur, ſed mera iudicij æquitate in vicem & compenſationem fructuum ab emptore ex re vendita & tradita perceptorum: Ne alioqui eueniat, vt eodem tempore & rem & pretium emptor habeat, venditor verò & re & pretio ſimul careat, quod vtrumque perinde abſurdum eſt, *l. liberalitatis* 17. §. 1. *eod. l. curabit* 5. *C. de action. empt.* Idque omnino conſequens eſt ei diſtinctioni quam nos probamus. Pretium etiam quod emptor venditori debet non in conditione eſt, ſed in obligatione. Ideóque non prius poteſt deſinere deberi quàm ſolutum fuerit aut pro ſoluto habendum, id eſt, obſignatum. Porrò quandiu debetur, abſurdum fuerit & iniquum non deberi vſuras ab eo qui fructuum lucrum ſentiat. Idem, meo iudicio, in lege commiſſoria venditioni adiecta tractari poteſt. Nam ſi emptor intra dictam diem pecuniam pretij ſoluere velit ne fundus inemptus fiat, venditor verò aut nolit accipere, aut non adſit vt poſſit, non aliter videri poteſt emptor ſatisfeciſſe conuentioni, & legis commiſſoriæ periculum effugiſſe quàm ſi eam pecuniam non ſolùm obtulerit, ſed etiam obſignauerit, quia per legem commiſſoriam non id agitur tantùm ne mora per emptorem in ſoluendo fiat, ſed vt fundus ſit maneatque emptus, qui alioquin fieret inemptus: imò verò ne qua ſuperſit venditori poſt diem actio venditi ad pretium petendum ſi legem commiſſoriam is exercere volet: Ob idque neceſſaria eſt ſolutio aut in vicem ſolutionis obſignatio, nec nuda oblatio ſufficit, *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* quia non poteſt venditi obligatio perimi, quin pretium ſit reuera ſolutum, aut pro re vera ſoluto habendum: quod per nullam oblationem non contingit. Et hæc quidem de oblatione & obſignatione longè aliter quàm à vulgaribus interpretibus & pragmaticis tractari ſolitum ſit ſcripſiſſe ſufficiat. Redeamus iam ad inſtitutam de retrouendendi pacto diſputationem.

ERROR VI.

Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit.

SVMMARIA.

1 *Venditore qui agit ex pacto de retrouendendo pecuniam offerente etiam ſine obſignatione in mora conſtituitur emptor qui recuſat retrouendere.*
2 *Eius verò moræ effectus eſt, vt etiam poſt tempus intra quod debuit fieri retrouenditio, duret ius venditoris.*
3 *Moræ proprium eſt vt perpetuet obligationem.*
4 *Ex pragmaticorum & interpretum erronea ſententia venditor poſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audiendus eſt, quàm ſi intra tempus non modò obtulerit, ſed etiam conſignauerit pecuniam.*
5 *d. Sententiæ refutatio.*
6 *Etiam verbalem oblationem ſufficere ad conſtituendum in mora emptorem, ſi venditor aut nihil reſpondeat, aut oblationem reiiciat, negétque ſe retrouendere velle aut debere.*
7 *Oblatio ſiue re ſiue verbo fiat, retrouenditionem non facit.*
8 *Conditionis & conuentionis differentia.*
9 *Aduerſus emptorem qui in retrouendendi mora eſt, non poteſt ſic ſententia ferri vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex iudicio empti condemnetur.*
10 *Mora emptoris qui retrouendere recuſauit, quomodo puniatur.*
11 *Quomodo ratio vſurarum habenda ſit, cùm venditor pecuniam obtulit tantum, non etiam obſignauit.*
12 *Conſultius eſſe vt venditor pecuniam non ſolum offerat, ſed etiam obſignet.*

HIs ita conſtitutis quæ de oblationis nudæ
& obſignationis poteſtate proximè diſ-
putauimus, apparet iam quid iuris conſti-
tuendum eſſe arbitremur, ſi venditor † 1
agens ex pacto de retrouendendo pecu-
niam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. Scilicet, non
eo minùs in mora conſtitutum videri emptorem, qui
retrouendere recuſauit, ſi iuſtam recuſandi cauſam nul-
lam habuit. Cuius moræ † effectus ille erit, vt etiamſi 2
poſtmodum tempora præterierint, intra quæ retrouen-
ditio fieri ex pacto debuit, ius venditoris nihilominùs
duret vt retrouenditionem quandocunque vrgere poſ-
ſit perinde acſi tempora largirentur. Id enim † moræ 3
proprium eſt vt perpetuet obligationem in id etiam
tempus quo res perierit & deſierit poſſe præſtari, nec
tantum in bonæ fidei contractibus (nam & hoc quoque
ex bona fide eſt) ſed etiam in ſtrictis, *l. ſi ex legati* 21.
l. ſi ſeruum 91. §. *ſequitur.* & §. *vlt. de verb. obligat.* In
eóque errant ſanè pragmatici noſtri qui † venditorem 4

poſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audien-
dum eſſe putant, quàm ſi intra dictam diem pretium
venditionis non modò obtuliſſe, ſed etiam obſignaſſe
proponatur. Interpretes noſtros ſecuti, quorum vulga-
5 ris ea ſententia, & receptior eſt. Ego verò moueor †
quòd hoc caſu ſolutio pretij non in obligatione ſit
quemadmodum eſſet ſi retrouenditionem iam contra-
ctam poneremus, ſed tantum in conditione. Ideo enim
pretium emptori à venditore offerendum eſt, vt cogere
poſſit emptorem propoſita in eam rem actione præſcri-
ptis verbis vel ex vendito ad retrouendendum qui alio-
qui rem ſibi iam pleno dominij iure quæſitam vendere
non magis cogi poſſet, quàm ſi ab alio venditore eam
comparaſſet, aut alio quàm emptionis iure ſibi illam ac-
quiſiuiſſet. Obligatio namque emptoris ad retrouen-
dendum expreſſam illam conditionem habet, quæ
etiamſi expreſſa non eſſet, tacitè tamen ineſſet, *ſi pre-
tium emptori reddetur quod ille ex cauſa venditionis iam
venditori perſoluerit*, vt & in ſpecie *d. l. ſi à te 7. & l. 2.
C. de pact. int. empt. & vendit.* Et quemadmodum of-
ferri pretium ab emptore debet cùm ex empto ille ad
rem tradendam, *lege Iulianus 13. §. offerri. D. de act.
empt.* ita & multò magis à venditore ad poſtulandam
retrouenditionem. Plus enim iuris habet emptor iam
contracta emptione, licèt nondum ſoluerit pretium,
quàm venditor nondum ſecuta retrouenditione: ac
proinde ſi venditori conceditur quandiu pretium ven-
ditionis ſolutum non eſt vt quaſi pignus retinere poſ-
ſit eam rem quam ipſe vendidit vt ſcriptum eſt in *d. §.
offerri*, quantò magis concedendum erit emptori vt eam
rem quam comparauit, & cuius pretium iam perſoluit
non tanquam pignoris iure, ſed quaſi ſuam retineat
quandiu pretij reſtitutio non offertur per venditorem?
Eodem igitur exemplo dicendum eſt, quemadmodum
emptor agere ex empto poteſt ad rem tradendam ſtatim
atque pretium venditori obtulit, quamuis necdum ſol-
uerit nec obſignauerit (ſolam enim oblationem non
etiam obſignationem Vlpianus requirit in *d. §. offerri*)
ita & ſufficere venditori ad adigendum emptorem vt re-
trouendat quod venditionis pretium emptori obtule-
rit congruo loco & tempore, licèt obſignatio nulla fa-
cta ſit. Neque enim contracta venditione ſub pacto de
retrouendendo, venditor vllomodo obligatus eſt vt pre-
tium reddat emptori quod ſuo iure habet, iuſtáque ex
cauſa propter venditam à ſe traditam rem quæ nunc ſit
penes emptorem: ſed ea pretij ſolutio quæ dicenda
potiùs reſtitutio eſt, in conditione tantum, vt diximus,
poſita videri debet, vt emptor intelligatur obligatus re-
trouendere ſub ea conditione ſi intra conſtituta tem-
pora pretium reſtituetur. In quo genere conditiona-
lium obligationum, ſiue ex cauſa emptionis, ſiue ex
alia qualibet ita ius comparatum eſt, vt ſicuti ante im-
pletam cõditionem agi nullomodo poteſt, *l. cedere diem
213. de verb. ſignif. cum ſimilib.* Ita conditio pro impleta
habeatur ſtatim atque per aduerſarium ſtetit aut factum
eſt, quo minus verè, & vt oportuit, impleta ſit, ne alio-
qui in poteſtate fuerit eius qui ſub cõditione obligatus
eſt ne vnquã ex obligatione ſua conueniri poſſit: quod
non magis fieri queat quã vt in meram eius voluntatem
obligationis contrahendæ ius conferatur, *l. ſub hac con-
ditione 8. D. de oblig. & action.* Plus dico, non eam dun-
6 taxat obligationem † quæ ob id nuda dicatur, quod ne-
que ſolutionem neque obſignationem comitem ha-
beat, ſed illa etiam quæ adeò nuda ſit, vt ne quidem ex-
hibeat pecuniam ſufficere poſſe venditori ad conſti-
tuendum in mora emptorem, ſi nihil ille ad verbalem
huiuſmodi oblationem reſpondeat, ac multò magis ſi
oblationem prorſus reiiciat, negétque retrouendere ſe
velle aut debere. Id enim omnino præſtare ſemper debet
is cui offertur, ſiue emptor ille ſit, ſiue alius quilibet
vt appareat per eum non ſtare quominùs ſtatim ſolua-
tur, id quod cùm ſolui debeat, tamen offertur duntaxat.
Hoc ipſum verò faciliimè nullóque negotio aſſequetur
ſi ad verbalem illam oblationem reſpondeat paratum ſe
eſſe id accipere quod verbo tenus offertur ſi re ipſa offe-
ratur. Sic enim fiet vt oblatio non niſi verbis facta, ver-
bis quoque eludatur. Alioqui ſi appareat per emptorem
ſtetiſſe quominùs pecuniam acciperet, nihil omnino
eſt quod venditori poſſit imputari, tametſi reuera nihil,
ſi modò quantum debuit, verbo, obtulerit. Qua enim
fronte velit emptor imputare venditori, cur pecuniam
pretij non numerauerit, quam etiamſi non ſolùm nume-
rata, ſed etiam obſignata eſſet, accipere ipſe noluiſſet?
Neque tamen † hoc ita accipi volo, vt oblatio hæc nu- 7
da, ſiue verbo tantum, ſiue re ipſa facta ſit, quæ poteſt ef-
ficere, vt conditio ſub qua emptor obligatus fuit ad re-
trouendendum, pro impleta habeatur, faciat etiam re-
trouenditionem, id eſt, vt perinde omnia obſeruentur,
ac ſi retrouenditio facta eſſet. Id enim iam non ad con-
ditionis duntaxat, ſed ad ipſius quoque obligationis
ſubſtantiam pertinet, de qua tamen quoties tractatur,
iam diximus nunquam oblationem ſolam quantumli-
bet realem facere poſſe vt ſolutum videatur id quod
non niſi oblatum fuit. Nam ex quo effectum eſt per
congruam pretij oblationem ex parte venditoris, vt
emptoris obligatio quæ primum conditionalis tantùm
fuerat, pura fiat, & inueniatur emptor purè obligatus ad
retrouendendum, incipit venditor, non quidem obli-
gatus, ſed obligandus eſſe ad ſoluendum pretium em-
ptori quandocunque retrouendenti & eo demùm tem-
pore obligabitur quo emptor retrouendet. Eáque obli-
gatio non naſcitur ante factam oblationem, imò nec
ante retrouenditionem, quia prius eſt contractam eſſe
venditionem, quàm vt de pretio ſoluendo aut debito
quæri poſſit, ita neque poteſt ſublata videri per obla-
tionem præcedentem: At neque per obſignationem, ſi
qua facta proponeretur, quoniam neque rerum natura,
neque iuris ratio patitur vt ſolutione, aut quo alio mo-
do tollatur obligatio quæ nondum eſt nata. Nec rurſus
poſſis dicere, hanc retrouenditionem pro facta haberi
debere in odium emptoris per quem ſtat quominus fiat.
In eo namque diſpar ratio † conditionis & conuentio- 8
nis. Conditio nihil eſt, quia nihil niſi priuatio eſt, aut
ſi quid eſt, impedimentum duntaxat eſt ad faciendum
ne obligatio pura dici poſſit. Ideóque facilè & ex ſum-
ma non tantùm æquitatis, ſed etiam iuris ratione ita
comparatum eſt vt habeatur pro impleta quoad eum
per quem ſtat quominùs impleatur. At conuentio facti
eſt, & ponit in re aliquid quod anteà non fuit, ſiue con-
ſenſu, ſiue re perficiatur. Non poteſt igitur iuris fictio
facere vt conuentio quæ nulla interceſſit, interceſſiſſe
aliqua intelligatur. Solúſque Iuſtinianus nedum pri-
mus auſus eſt has fingere chimæras, inuita etiam iuriſ-
prudentia, vt prodere tacita credatur interpoſita ſtipu-
latio quæ reuera interpoſita nulla fuit, *l. vnic. C. de rei
vxor. action.* Porrò iam diximus in ſuperioribus aliam
eſſe conuentionem de vendendo, aliam verò eam per
quam venditio contrahatur. Proinde quamuis in priore
venditione pactum adhibitum ſit de retrouendendo, &
per ſolum emptorem ſtet ne retrouendat, non poſſis ta-
men aſſequi vt retrouenditio ob eam cauſam pro facta
haberi debeat, quam factam eſſe neceſſe eſt vt empti &
venditi obligationes naſcantur. Obligationes enim ex
conuentionibus & contractibus naſcuntur, ſicut ex
ipſis obligationibus actiones. Cui conſequens eſt, quod
nos iam ſuprà monuimus & probauimus, aduerſus † 9
emptorem qui in retrouendendi mora eſt, non poſſe ſic
ferri ſententiam, vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex
iudicio empti condemnetur. Quodnam enim iudicium
empti eſſe poteſt ob retrouenditionem quæ nec ſecuta
ſit reuera, nec pro ſecuta factaque habeatur? Aut quo
iure fructus peti poſſunt per venditorem quos emptor
ex re ſua dominiique titulo perceperit? An ergo † im- 10
punita erit mora & cõtumacia emptoris, qui contractus
fidem

fidem implere nolit? Si verò ita eſt quem effectum habebit hoc quod dicimus oblationem venditoris facere vt conditio ſub qua obligatus erat emptor vt retrouenderet pro impleta habeatur? An illum duntaxat vt agere venditor poſſit ad retrouendendum perſonali actione ex contractu, per quam tamen nequeat conſequi reſtitutionem fructuum, quos ſi retrouenditio ex bona fide facta eſſet vtique percepiſſet? Secundùm quam ſententiam euenit proculdubio vt emptori fruſtratio ſua proſit, quod cùm in actione quoque ex ſtipulatu non ſit admittendum ſi Africano credimus in *l. hominem* 37. *D. mandat.* multò minùs ferendum eſt ſi ex bonæ fidei contractu agatur, vt putà ex venditione, aut quod hac parte idem eſt, ex pacto quod in ipſa venditione adhibitum fuerit, aut incontinenti poſt contractam venditionem. Reſpondeo poſſe vtraque ex parte rationi iuris commodè ſatisfieri, vt neque condemnetur emptor ad fructus quaſi facta retrouenditione quæ nulla facta eſt, neque tamen fructus lucretur quos poſt moram perceperit, quóſque hodie non haberet ſi ex bona fide rem geſſiſſet, ſic nimirum facienda condemnatione vt id omne quod venditoris intererit impletam eſſe contractus fidem, præſtare emptor teneatur, in quo taxando fructuum quoque omnium poſt moram perceptorum ratio habeatur. Nec enim negari poteſt tanti intereſſe venditoris, qui ſi moram paſſus non fuiſſet, eos fructus vtique percepiſſet. Ita fit vt fructus conſequatur venditor acſi retrouenditio, nec tamen retrotraditio facta eſſet. At non tanquam fructus vt eueniret facta retrouenditione, ſed tanquam id quod intereſt. Cuius quàm diuerſa ratio ſit à fructibus ex eo conſtat, quòd tantundem conſecuturus ſit venditor ſi præſcriptis verbis agere malit, quàm ex vendito, *d. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm tamen actio præſcriptis verbis nunquam ad fructus detur, ſed tantùm ad id quod intereſt
11 actoris. Sed hîc ruſus illa occurrit † iniquitas, quòd cùm de eo venditore loquamur, qui venditionis pretium obtulit duntaxat, ſiue re ipſa, ſiue non niſi verbo tenus, nec etiam obſignauit, ita fiet vt venditor fructus conſequatur effectu ipſo, neque tamen eo minùs pretium totum penes ſe habuerit, & quidem impunè. An enim condemnabimus eum viciſſim vt vſuras præſtet emptori? Atqui iam diximus nullam venditi obligationem, aut actionem eſſe quaſi ex retrouenditione, ante quàm retrouenditio vlla facta ſit, vſuræ porrò pretij non niſi venditori, & actione venditi deberi poſſunt, quia nec pretium extra cauſam venditionis vllum eſſe intelligitur. Non enim omnis pecunia quæ pro re datur pretium eſt, ſed ea ſola quæ datur ex cauſa venditionis. Verùm reſponderi etiam nec incommodè poteſt, venditorem quidem condemnari non poſſe ad vſuras eius pecuniæ quam pro retrouenditione ſoluturus fuit, ſi retrouenditio facta eſſet, ſed tamen in æſtimando eo quod ipſius intereſt impletam fuiſſe contractus fidem, non pluris credendum intereſſe ipſius ratione fructuum ab emptore perceptorum, quàm quanti fructus illi ſint deductis vſuris quincuncibus, quas ab eo præſtari oporteret, ſi fructus integros iudicio empti conſequeretur: Vt quemadmodum effectu ipſo fructuum emolumentum venditori acquiritur cui ex pacto retrouendi res debuit, ita vſurarum incommodo venditor perinde grauetur acſi eas præſtaret, quamuis nullas præſtet. Denique vt neque emptoris neque venditoris melior conditio ſit aut deterior quàm ſi retrouenditio ſecuta eſſet: quo caſu nemo dubitaret quin vſurarum habenda ratio eſſet, tametſi oblatum pretium ſi modò non obſignatum fuiſſet, tum etiam cùm defunctus eſſet venditor incerto ſucceſſore, cui proinde offerri nullomodo potuiſſet vt Papinianus reſpondit in *l. euictis* 18. §. 1. *D. de vſur.* Nec quiſquam dixerit, iuxta hanc ſententiam futurum vt nullum ex mora ſua emptor damnum ſentiat, ſi in æſtimandis fructibus quorum ratio habetur in taxando eo quod intereſt, vſurarum quoque quantitas deducatur. Nam cùm vix vnquam accidat, vt iuſto pretio vendatur quid ſub pacto de retrouendendo, propter onus illud retrouendendi, quod partem pretij, vt diximus, conſtituit, illud etiam euenire neceſſe eſt vt pluris ſint fructus ab emptore percepti, quàm ſint vſuræ quincunces ad quarum vſque modum diminuitur æſtimatio eius quod intereſt venditoris. Itaque vt concludamus, cautiùs & conſultiùs † faciet venditor ſi pecuniam retro- 12
uenditioni extorquendæ neceſſariam non ſolùm offerat, ſed etiam obſignet. Non vt in mora conſtituat emptorem, aut vt eum obliget ad retrouendendum, præſtandúmve quanti eo nomine ſua intererit (quam in rem ſanè oblatio ſola ſufficere poteſt) nec ruſum vt retrouenditio pro facta habeatur, fructuúmque condemnatio inducatur (quod ne quidem per obſignationem fieri poteſt) ſed vt ex condemnatione eius quod ſua intererit, maius emolumentum conſequatur, poſſitque dicere pluris ſua intereſſe quòd non re tantùm vendita, ſed etiam pecunia caruerit, quàm emptori vt retrouenderet præſtare paratus fuit.

ERROR VII.

De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmat. & interpp. ſententia, Res quæ vendita eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs irreuocabiliter emptori acquiſita intelligitur, quàm tempus retrouenditionis præterierit.*

2 *Relata ſententia vt erronea refutatio, & ſeqq.*

3 *Qui obligatus eſt ad retrouendendum non cogitur præciſè vt retrouendat, ſed liberatur præſtatione eius quod intereſt habita ratione fructuum poſt moram perceptorum.*

4 *Noua eſt alienatio quæ fit per retrouenditionem & retrotraditionem, licèt ſit eiuſdem rei.*

5 *Aliud quoque eſt dominium quod per retrouenditionem & retrotraditionem ab emptore redit ad venditorem.*

6 *In ſpecie l. ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit. dominium non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitum emptori.*

7 *Aliud eſt irreuocabiliter quæſitum eſſe dominium: aliud inalienabiliter.*

8 *Aliud item reuocari dominium rei venditæ, aliud recuperari.*

9 *Ratio qua mouentur interpretes vt ſtatuant primum venditorem irreuocabiliter non alienaſſe, & eius refutatio.*

10 *Multùm referre quibus verbis concepta ſit pactio venditioni adhibita.*

11 *Summa diſputationis autoris contra ſententiam pragmaticorum.*

NOn eſt difficile ex ſuperioribus intelligere quàm falſum & ineptum ſit, quod interpretes & pragmatici omnes, vt video & audio, paſſim iactitant, Rem † quæ vendita 1
eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs irreuocabiliter emptori acquiſitam intelligi, quàm tempus præterierit intra quod retrouenditio peti poſſit. Nam † ſi ve- 2
rum eſt quod nos probauimus. Eum † qui obligatus eſt 3
ad retrouendendum non cogi præciſè vt retrouendat, ſed liberari præſtatione eius quod intereſt habita ratione fructuum poſt moram perceptorum, *arg. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* iunct. *l.* 1. *D. de act. empt. l. ſi*

traditio 4. C. eod. non poteſt pactum de retrouendendo facere vt eò minùs dominium rei venditæ & traditæ acquiratur irreuocabiliter emptori ex cauſa iuſtæ, perfectæ, impletæque venditionis. Quid enim cum dominio commune habet actio perſonalis de eo quod intereſt venditoris, ſiue ex vendito illa ſit, ſiue præſcriptis verbis? Illud ſiquidem certiſſimi iuris eſt, in actionibus perſonalibus non de iure dominij, ſed de perſonali tantùm obligatione diſputari, neque verò pertinere illas ad cauſam repetendi dominij præterquàm ſi condictione agatur. Sed etſi admitterem, præcisè ad hoc obligatum eſſe emptorem vt retrouendat, nec audiri debeat, ſi malit præſtare quanti intereſt venditoris, nihilomagis tamen faterer irreuocabilem non fuiſſe dominij acquiſitionem quæ ex cauſa venditionis in perſona emptoris ſemel conſtiterit. Semper enim illud verum eſſet, neceſſariam eſſe retrouenditionem ad dominium in venditorem transferendum, & cum retrouenditione etiam retrotraditionem, vt omnes fatentur, ideóque † noua
4 alienatio eſt quæ fit ab emptore in venditorem, & conſequenter, licèt dominium ſit eiuſdem rei quod per retrotraditionem transfertur, aliud tamen dominium eſt quàm quod priùs tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, ſicut & in iis condictionibus euenit, per quas repetimus dominium eius rei quæ aliquando noſtra fuit, vt non illud ipſum dominium repetamus quod antea fuit noſtrum, quemadmodum vindicantibus contingeret, ſed illud quod nunc ſit poſſeſſoris, *l. videamus 38. §. ſi actionem. D. de vſur.* Id enim eſt, quod dici ſolet neminem condicere rem ſuam niſi à fure, *l. vlt. D. de vſufr. quemad. caueat. §. ſic itaque. Inſtit. de action.* At verò ſi admittas quod negare non poſſis, aliud eſſe do-
5 minium † quod per retrouenditionem ſecuta etiam retrotraditione redit ab emptore ad venditorem, quàm quod per primam venditionem tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, illud ſtatim conſequens fiet, fuiſſe rem illam ex prima venditione irreuocabiliter acquiſitam emptori. Alioqui noua alienatione opus non eſſet, vt nec opus eſt cum per legem commiſſoriam fundus fit inemptus, aut per eam conuentionem commiſſoriæ legi ſimilem, de qua in *l. ſi à te 7. C. de pact. int.*
6 *empt. & vendit.* quo demum caſu † ſanè dici poteſt non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitum dominium emptori, qui ſola conuentionis poteſtate ex emptore fit non emptor; ita vt non tam redeat dominium ab emptore ad venditorem, quàm perpetuò manſiſſe intelligatur penes venditorem vt probant verba illa *d. l. ſi à te. Vt iure dominij eandem rem retineat.* Innuunt enim non antè videri in illa ſpecie dominium rei venditæ acquiſitum emptori quam deſierit fundus venditus fieri poſſe inemptus: quod tunc euenit cum elapſa ſunt tempora intra quæ poterat venditionis pretium reddi, vt fundus inemptus conſtitueretur ex lege venditioni dicta. Et
7 ſanè aliud eſt irreuocabiliter † quæſitum eſſe dominium, aliud inalienabiliter. Irreuocabiliter transfertur dominium rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ſed non inalienabiliter, quia in eo eſt res vendita vt alienari quandoque poſſit & debeat in eum ipſum venditorem à quo priùs fuerat alienata, aut in eius heredem. Quem-
8 admodum & longè aliud eſt reuocari † dominium rei venditæ, aliud recuperari. Reuocationis effectus ille eſt vt nunquam tranſlatum eſſe videatur. Recuperationis contrà ille, vt eius aliquando fuerit à quo venditor recuperat, qui nec alioquin recuperare ab eo poſſet. Atque hoc nimirum eſt in quo pragmatici omnes & interpretes falluntur, putantes non videri alienatum irreuocabiliter dominium, quod redire aliquando ad venditorem poſſit, licèt rediturum ſit ex noua cauſa poſterioris venditionis. Quod ſi rectè diceretur, fatendum eſſe nullam vnquam irreuocabilem futuram eſſe dominij acquiſitionem, nec ſi facta eſſet venditio nullo ſubiecto pacto de retrouendendo. An non enim perinde fieri poſſet vt eadem res ab emptore rurſum eidem ipſi venditori venderetur? Aut quid eſt quod ita alienari queat, vt hoc ipſo fiat inalienabile? Niſi proponas talem fortaſſe emptorem, cui bonorum ſuorum alienatio interdicta ſit, puta pupillum, aut Eccleſiam, aut vniuerſitatem. Atqui, inquies, † multum intereſt an ſecunda 9
hæc venditio fiat ex mera & ſpontanea emptoris voluntate, an ex neceſſitate præcedentis conuentionis: quia cùm habet dependentiam, vt noſtri loquuntur, à prima venditione ferè eſt vt noluerit primus venditor cum vendidit abiicere ſpem rei ſuæ quandoque reuocandæ, nec proinde irreuocabiliter eam alienare. Imò, inquam, nihil prorſus hac parte intereſt, cum de irreuocabili acquiſitione dominij diſputatur: quia æquè vtroque caſu ſpontanea retrouenditio eſt, quam emptor facere ſi nollet non cogeretur, id eſt, ſi mallet præſtare quanti venditoris ſui intereſſet, quæ res eximeret eum ab obligatione, nec tamen dominium ei auferret. Illa ergo dominij tranſlatio licèt cum fit, fiat ex neceſſitate præcedentis obligationis, pro ſpontanea tamen haberi debet, quia in poteſtate emptoris eſt vt non retrouendat, quamuis non item vt non ſit obligatus ad præſtandum quanti venditoris intereſt ob non factam retrouenditionem. Ex eóque apparet clariùs, quàm verum ſit quod nos toties ſuprà inculcauimus, multum referre, † quibus verbis concepta ſit pactio venditioni 10
adhibita, an per formulam legis commiſſoriæ, an per eam quæ ſit ſimilis legi commiſſoriæ de qua in *d. l. ſi à te* (per vtramque enim fit res inempta ipſo iure) an per ea verba quæ extant in *dict. leg. 2. eod. tit. de pact. int. empt. & vend.* an denique conuenerit de retrouendendo. Alia namque & alia omnium harum conuentionum poteſtas eſt, ſed nulla emptori fauorabilior ad dominium retinendum, quàm quæ obligat eum vt retrouendere teneatur. Hoc enim caſu non aliter dominium reuertitur ad venditorem, quàm & conuentionem ſecuta ſit retrouenditio, & traditio quoque retrouenditionem, cùm tamen aliis caſibus ſufficere poſſit vel impletam eſſe conditionem, quæ fundum ipſo iure inemptum fecerit, vel reſtitutum eſſe fundum emptori nulla intercedente retrouenditione, ita ſcilicet ferente conuentionis natura & poteſtate, quæ ex ineundi modo ſemper æſtimanda, & metienda eſt, *l. ſi procuratorem, 8. D. mandat. l. naturalis 5. §. 1. & paſſ. de præſc. verb.* Quod tamen pragmatici noſtri non obſeruant. Sic enim totam rem hanc tractant quaſi nihil penitus interſit an quis vendat fundum ſub pacto de retrouendendo, an ita fundus ſit venditus niſi pretium intra certum tempus reſtituetur. Cùm tamen inter has conuentiones differentia euidens illa ſit, quòd hoc poſteriore caſu pretio intra præfixum tempus reſtituto, fundus ſic inemptus conſtituitur, vt nunquam venditus dici poſſit, impleta nimirum conditione ſub qua conuenerat ne venditus videretur, *l. 2. D. de in diem addic.* vbi Vlpianus ſcribit in ſpecie non diſſimili conditionalem factam intelligi venditionem, quæ ſicut ante impletam conditionem nulla eſſe creditur ita nec habilis eſſe poteſt ad dominium interim transferendum. At priore caſu, id eſt, inita venditione ſub pacto de retrouendendo pura venditio eſt, & quidem adeò pura vt non ſolum non contrahatur ſub conditione, ſed nec reſoluatur, quoniam vt iam alibi diximus, retrouenditio ſecuta licèt ex neceſſitate pacti de non petendo non prioris venditionis reſolutio eſt, ſed noua venditio, quæ tantum abeſt vt priorem deſtruat, vt nec aliter valere, effectúmque habere poſſit, quàm ſi priorem ſubſiſtere & valere patiatur. Quomodo enim retrouendere atque ita dominium transferre poſſet is, qui prior dominus factus non eſſet? *l. ab emptione 58.* vbi eſt textus elegans *D. de pact.* Verum † igi- 11
tur eſt quod nos volumus emptorem qui pactus eſt de retrouendendo non eò minùs dominium irreuocabiliter acquiſiuiſſe intelligi, ſed tantum perſonali obliga-

tione teneri ad retrouendendum, & quidem ſub conditione ſi venditor intra conſtitutum tempus reſtituet pretium venditionis. Proinde ſi venditor ex parte ſua conditionem illam non impleuerit, nihil aliud iuris acquiritur emptori quàm vt deſinat eſſe vllo modo obligatus, quia & deſinit poſſe impleri vnquam conditio ſub qua fuerat obligatus, cum venditor qui intra certam dictamque diem pretium reddere aut ſaltem offerre debuit, ſi poſt diem offerre velit non ſit audiendus. Nam nec fauore libertatis ea moræ purgatio aduerſus diei lapſum admitteretur, *l. Thais 41. §. intra certa tempora, D. de fideic. lib.* Cæterùm quod ad dominij cauſam pertinet, neque magis dominus fieri poteſt emptor qui iam ex cauſa venditionis factus erat per traditionem verus dominus, quia quod meum eſt magis meum fieri non poteſt, vt habet iuris regula, neque irreuocabilem dominij acquiſitionem nanciſci, qui iam ſic dominium nactus fuerat, vt ab inuito eo, neque ipſo iure & ſola conuentionis poteſtate, neque per extorquendam retrouenditionem auocari vnquam potuiſſet. Textus eſt pro ſententia noſtra valdè accommodatus in *lege non ideò minus 66. D. de rei vindicat.* Quantùm verò illud etiam interſit, an ex venditione facta ſub pacto de retrouendendo intelligatur dominium emptori acquiſitum reuocabiliter, an irreuocabiliter, & quos effectus ea diſtinctio pariat, ex ſequentibus apparebit.

ERROR VIII.

Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Quum is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio inuentarij, an poſſit agere venditor contra heredem vt retrouendat. an verò ſit remittendus ad bonorum diſcuſſionem.*

2 *Dictæ quæſtionis vis in quo conſiſtat, & quæ ſit eius in vtramque partem ratio.*

3 *Ex ſententia pragmaticorum venditor poteſt contra heredem experiri, eúmque vrgere vt retrouendat.*

4 *Pragmaticorum ſententiam falſam eſſe.*

5 *Venditor qui agit ex pacto de retrouendendo nullum habet priuilegium prælationis.*

6 *Nequidem ſi emptoris bona fuerint pignoris conuentione generali venditori obligata.*

IAm frequens hodie quæſtio hæc eſt in tribunalibus, quàm frequenter vſuuenire cernimus, vt ij quibus hereditates, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato deferuntur, non niſi cum beneficio legis & inuentarij heredes eſſe velint. De illo autem quæſtio † eſſe ſolet, an ſi is qui emerat ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante factam retrouenditionem, nec heredem reliquerit niſi cum beneficio legis, & inuentarij, poſſit venditor propria & ſeparata actione contra heredem agere vt retrouendat, an verò cum cæteris creditoribus hereditariis remittendus ſit ad inſtantiam generalis, vt vocant, bonorum diſcuſſionis. Quæſtionem † in eo plerique eſſe putant, vtrum ex conuentione illa iuſta & legitima de retrouendendo detur actio contra emptorem eiúſue heredem in id præciſè vt res retrouendatur, an in id potiùs quod venditoris intereſt contractus fidem impleri ſi per emptorem ſtet quominùs impleatur. Nam ſi quis admittat hanc actionem in id præciſè dari, vt retrouenditio fiat, conſequens ſanè videtur vt ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remitti venditorem non oporteat: quoniam in ea inſtantia non niſi de creditorum iuribus & ordine diſputatur, & hactenus quidem vt tractetur de bonis defuncti autoritate iudicis poſſidendis, vel venundandis, in propoſito autem nec poſſideri nec venundari venditor vult eam rem quam intendat ſibi reſtitui oportere, precio à ſe viciſſim reſtituto, ex quo tanquam hereditario & in ipſius rei locū ſubſtituto creditoribus ſatisfieri poſſit. Idem enim iuris fore fatentur omnes, ſi qua aduerſus heredem cum beneficio legis & inuentarij proponenda eſſet vindicatio, ſiue dominij, ſiue poſſeſſionis, neque actor eo caſu de iure ſuo cum cæteris creditoribus in generali diſcuſſionis inſtantia contendere cogeretur. Nec dixerit quiſpiam parum intereſſe actoris an ad hanc aut ad illam inſtantiam remittatur. Nemo enim neſcit quantas, quamque inexplicabiles moras ſecum trahere ſoleat diſcuſſio hereditatis, quámque longe expeditius actori fuerit cum aduerſario vnico, id eſt, cum herede quàm cum tot creditoribus litigare: Non quòd ſi iis intereſſe cæteri creditores velint, prohibendi ſint ne fortè inter actorem & heredem in cæterorum necem colludatur, tantoque pauperior fiat hereditas quæ iam ſuſpecta ſit, ſed vt ſi cum herede ſolo actum ſit, & contra eum pronunciatum, non poſſint cæteri creditores authoritatem rei iudicatæ eludere hoc vno prætextu quod ipſis inauditis de retrouendendi iure cognitum fuerit. Sufficit enim litem cum legitimo contradictore & inſtitutam & peractam eſſe, legitimus porrò contradictor aduerſus venditorem alius eſſe non poteſt quàm emptor aut qui in emptoris iura omnia ſucceſſerit, id eſt, heres eius, non etiam reliqui creditores, niſi cùm venditoris eadem conditio eſt quæ cæterorum creditorum, vt de omnium ſimul iure & ordine in eadem diſcuſſionis inſtantia diſceptetur. Pragmaticorum † autem ſententia eſt, eáque in iudicando & conſulendo etiam apud peritiores receptiſſima, non eſſe cogendum venditorem vt in diſcuſſionis inſtantia poſtulet retrouenditionem: ſed poſſe illum ſi malit ſeparato in hanc rem iudicio heredem vrgere, vt retrouendat. 3
Mouentur ex eo quod non dubitant, quin ex pacto de retrouendendo competat actio venditori non ſolùm perſonalis ad hoc præciſè vt emptoris heres qualiſcunque ille ſit retrouendere teneatur, ſed etiam in rem & vindicatio ſaltem vtilis ex ea Pauli Caſtr. traditione quam vulgo interpretes probare ſolent, *ad l. ſi cum venderet D. de pign. actor.* Ego verò auſim † dicere non minùs falſam eſſe pragmaticorum ſententiam, quàm falſa & abſurda ratio illa eſt qua mouentur. 4
Ac de Caſtrenſis quidem opinione quibus rationibus nobis non probetur, ſequenti cap. dicemus: Sed quod ad propoſitam quæſtionem attinet dico ſuperioribus conſequens eſſe vt priuilegium inter creditores hac parte nullum habere debeat, qui agit ex pacto de retrouendendo. Si enim non niſi perſonalem actionem habet, eámque non ad id præciſè vt res retrouendatur, ſed ad id tantùm vt vel contractus fides impleatur, vel ob eam non impletam id quod intereſt præſtetur, cur habeat ille plus iuris, quàm ſi ad id duntaxat quod ſua intereſſet præciſam haberet actionem? Sed etſi venditori actio competeret ex pacto præciſè ad retrouendendum, cùm tamen non niſi perſonalis quoque actio illa futura eſſet, cur aliam venditoris huius rationem conſtituamus, quàm cæterorum creditorum perſonalem duntaxat actionem habentium? Poſſet fortaſſe huius creditoris fauor aliquis in eo eſſe quòd eam rem repoſceret, quæ aliquando fuiſſet ſua, quámque non aliter fuerat venditurus quam ſibi retrouenditum illam iri ſperaſſet. Poſſétque rurſum fauor ille inducere priuilegium prælationis, vt in ea ſaltem re venditor hic cæteris creditoribus præferretur. Sed vt ut ita eſſet, nihilomagis tamen conſequens fieret quod pragmatici volunt non eſſe cogendum eum de

iure

iure ſuo cum cæteris creditoribus in diſcuſſionis inſtantia diſputare. Nihil enim vetat inter chirographarios quoque creditores aliquos eſſe priuilegiarios quorum potior cauſa eſſe debeat, licèt tempore ſint poſteriores. Tritum namque eſt, priuilegia perſonalium actionum non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa *l. priuilegia* 32. *De bon. autor. iudic. poſſ. vel venund.* quomodo inter cæteras cauſas dotis, depoſiti, funeraria, & aliæ nonnullæ priuilegium habere exiſtimantur. Sed tamen ſi verum
5 amamus, nec illud admitti poteſt vt † prælationis priuilegium habeat venditor qui agit ex pacto de retrouendendo. Nam ſi verum eſt, quod neque pragmatici ipſi diffitentur, venditorem qui rei à ſe venditæ pretium conſecutus non eſt, ſi pretium illud petat, & cum cæteris creditoribus concurrat, priuilegium nullum habere, nec ſi in rem ipſam venditam agere velit, quia neque tacitam hypothecam vllam habere intelligatur, neque cùm habet expreſſam, habeat etiam ius prælationis in quo deterioris conditionis eſt quàm qui pecuniam credidit ad emendum, *l. licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant*, quantò minùs aut hypothecæ tacitæ aut prælationis ius habere is debebit, qui & vendidit, & venditionis pretium conſecutus eſt, licèt vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ſi poſteà nolit emptor retrouendere? Hic enim vtique multò minùs iuris habet in rem venditam, quàm is cui pretium nondum fuerit ſolutum: quem conſtat poſſe velut taciti pignoris iure rem retinere donec pretium ſoluatur, *l. Iulianus 13. §. offerri, de action. empt.* At is qui & vendidit, & iam tradidit, adeóque pretium conſecutus eſt, omne ius non ſolùm dominij, ſed etiam poſſeſſionis à ſe abdicauit, nec proinde aut retinendo aut qua alia ratione proſpicere ſibi poteſt, præterquàm agendo, ſi vendiderit ſub pacto de retro-
6 uendendo. Quid verò ſi emptoris † bona omnia generali conuentione pignoris venditori ſint obligata, & conſequenter ea ipſa res vendita? Non poteſt pignoris conuentio aliam actionem inducere quàm hypothecariam, & quaſi Seruianam, quam porrò in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia exerceri nihil vetat, cùm ſit ea inſtantia communis creditorum omnium non ſolùm chirographariorum ſed etiam hypothecariorum. Sed an faciet hypotheca vt in ea ſaltem re præferatur venditor cæteris creditoribus, ſicut dici ſolet in eo qui de re aliqua tecum pactus eſt, ne alij eam quàm ſibi vendas? Hunc enim, ſi cauerit ſibi de pignore atque ita ius ſibi acquiſierit non ſolùm in rem, ſed etiam in re ipſa, vulgò creditum eſt præferendum eſſe non modò aliis creditoribus, ſed etiam cuilibet emptori: ac multò magis ſi eam ipſam rem ſpecialiter pignori acceperit, ex *l. ſi debitor 7. §. vlt. D. de diſtract. pignor.* Verùm ſunt iſta longè diſſimilia, vt ego quidem exiſtimo. Nam etſi maximè vera eſſet ea ſententia quæ potiorem vult eſſe cauſam pactionis de non alienando accedente vinculo pignoris quàm alienationis, de quo alibi & ſeparatim tractandum erit, longo tamen interuallo differt pactio de non alienando à pactione De retrouendendo, quæ ipſa in contrarium, De alienando eſt. Facilius enim eſt vt alienare quis prohibeatur, quàm vt alienare cogatur, & ius quod quis ſibi in re aut acquiſiit aut retinuit, potentius eſt ad inhibendam alienationem, quæ in alium fieri poſſet, quàm ad eam ab inuito extorquendam, quia quo magis valeat alienatio, eo pleniorem & liberiorem eſſe neceſſe eſt in alienatione alienandi facultatem: Proinde pactum de retrouendendo tametſi maximè adiunctam habeat pignoris conuentionem, numquam facere poteſt quominùs plenum dominij ius tranſeat in emptorem, & conſequenter non prodeſt venditori ad hoc vt in ipſam rem venditam agere poſſit ad retrouenditionem obtinendam. Neque enim res ipſa eſt quæ retrouendere debet, ſed perſona emptoris, nec quemadmodum per rem ipſam interdum fit ne valeat alienatio, nimirum cùm res ipſa facta eſt inalienabilis ſiue per conuentionem, ſiue qua alia ratione: ita ſimiliter poſſis dicere per rem ipſam fieri vt retrouendi omnimodo debeat, aut quòd adhuc difficilius eſt, vt pro retrouendita habeatur. Siquidem in retrouendendo factum verſatur. Ergo perſonæ, In non alienando, non factum in quo, id eſt, vt ne quid fiat, perſonam aliquam interuenire neceſſe non eſt, potéſtque pactio ſufficere quæ rem ipſam afficiat, & inalienabilem reddat.

ERROR IX.

De ſpecie & ſententia l. ſi cùm venderet 13. D. de pignor. action.

SVMMARIA.

1 *Ex ſtatuto eſt apud Sabaudos, quod datur venditori ſub pacto de retrouendendo actio non tantùm aduerſus emptorem, ſed etiam aduerſus tertium poſſeſſorem.*
2 *Vnde prædictum ius deducat Paulus Caſtr.*
3 *à Triboniano adiectam integram clauſulam l. ſi cùm venderet. 13. D. de pignor. act. qua nititur Caſtrenſis.*
4 *Inauditum eſt prudentibus vt creditori qui pignus ſuo iure ritè diſtraxerit, competat vindicatio contra emptorem.*
5 *Caſtrenſis ratiocinatio reprobata.*
6 *Eiuſdem Caſtrenſis plures errores notati.*
7 *Diſputatio contra Tribonianum d. l. 13. corruptore, qua docetur vindicationem debitori non competere aduerſus emptorem pignoris.*
8 *Nulla vindicatio contra dominum datur.*
9 *In ſpecie d. l. ſi cùm venderet. 13. poteſtatem conuentionis non facere vt pignus quod venditum fuit oblato poſtea per debitorem pretio pro non vendito habeatur.*
10 *Actionem in factum debitori aduerſus emptorem pignoris competere non poſſe.*
11 *Quo caſu verum ſit quod ſcribit Vlpianus in d. l. 13. teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito præſtet debitori.*

INterpretum error iſte eſt verius quàm pragmaticorum noſtrorum, nam ius quo paſſim hac in re vtimur, vt † ex pacto de 1
retrouendendo agere venditor poſſit, non tantùm aduerſus emptorem, ſed etiam aduerſus tertium quemlibet poſſeſſorem veteris ſtatuti autoritate nititur, quo idipſum disertè conſtitutum eſt in cap. ex frequentibus, lib. 2. Sed ſtatuto cauſam dedit procul dubio error interpretum, quorum pleriſque viſum eſt hoc ipſum ex æquiſſima & veriſſima iuris ratione dici poſſe.
Eiúſque ſententiæ † autor vulgò laudatur Paulus Ca- 2
ſtrenſis ad *l. ſi cùm venderet 13. D. de pignor. actor.* vbi quod lex ait de pacto interpoſito à creditore pignus diſtrahente, vt debitori quandocunque pretium offerenti emptor id reſtituere teneretur, dandam ſcilicet debitori actionem non ſolùm pignoratitiam aduerſus creditorem vt cedat ea actione quam ex pacto ſibi quæſiit contra emptorem, ſed etiam ex pacto ipſo aduerſus emptorem in factum actionem, adeóque vtilem rei vindicationem, idipſum producit Caſtrenſis ad eum caſum quo quis vendiderit ſub pacto de retrouendendo eam rem quam poſtmodum emptor in alium alienauerit, ſiue ante, ſiue poſt oblatum à priore venditore pretium, poſterior alienatio facta eſſe proponatur, quaſi pacti de retrouendendo ea vis & poteſtas eſſe debeat vt vtilem dominij tranſlationem inducat, in eóque diffe-

rat

rat à lege commiſſoria, & à pacto addictionis in diem,
quod ex pactis illis non vtile duntaxat, ſed etiam dire-
ctum dominium ipſo iure & citra vllam traditionem
transferatur, quia tendunt, inquit ille, ad contractum
reſoluendum ex quo directum illud dominium fuerat
translatum. Neq; dubitat Caſtrenſis, quin alienata re quæ
ex pacto retrouendi debuit tanta pacti vis eſſe debeat cō-
tra ſecundum emptorem, quanta contra primum futura
erat ſi is rem non alienaſſet, propterea quod non potue-
rit alienatio fieri niſi cum ſua cauſa, & vt vulgari noſtro-
rum brocardico iactari ſolet, reſoluto iure datoris reſol-
ui etiam neceſſe ſit ius acceptoris *lege lex vectigali fun-
do 31. D. de pignor. lege debitor 40. §. vlt. D. de pignor. act.*
Quæ tota traditio non plura certe verba continet quam
errata: Vt mirandum ſit tanto poſteriorum interpretum
fere omnium adeóque ſupremorum tribunalium ap-
plauſu receptam eam fuiſſe, niſi forte Triboniano potius
quàm Caſtrenſi aut alij vlli ex interpretibus ſuccenſen-
dum eſt, qui ſanè ſi quid mei iudicij eſt, elegans illud
Vlpiani reſponſum quod extat in *dict. l. ſi cum venderet*,
turpiter fœdauit adiecta de ſuo, vt ſolet, integra illa clau-
ſula quæ vna interpretes fefellit ac tot erroribus cauſam
dedit, *ſed & ipſe debitor aut vendicare rem poterit aut in
factum actione aduerſus emptorē agere*. Nec enim apud me
dubiū eſt quin à certiſſimis & notiſſimis iuris regulis ea
ſententia abhorreat, proindeq; Triboniano adſcribi de-
beat, non Vlpiano. Plus putat Caſtrenſis, in ſpecie illius
legis vindicationem quæ datur debitori contra pignoris
emptorē, nec niſi vtilis eſt in perſona debitoris qui pa-
ctus non fuit, creditori ipſi accommodandam eſſe, vt non
tantum ex pacto agere poſſit aduerſus emptorem pigno-
ris, ſed etiam pignus ipſum oblato emptori pretio ſi ma-
lit, vindicare. Quod ſi ita eſt, non abs re cum eodem
Caſtrenſi dicere iam omnes poſſint textum illum eſſe
ſingularem, nec alia vlla iuris parte alium reperiri quo
id ipſum probari poſſit. Etenim vt hinc noſtra incipiat
non contra Tribonianum, ſed contra Caſtrenſem diſpu-
tatio (nam de actione ex pacto de retrouendendo contra
tertium poſſeſſorem dicemus capite ſequenti) quis vn-
4 quam † ex prudentibus dixit, creditori qui pignus ritè
diſtraxerit ſuo iure & tanquam creditor, competere poſſe
vindicationem aduerſus emptorem? Quid in iure no-
ſtro certius, quam vindicationē non niſi domino dari, &
contra eum qui non dominus ſit, ſed tantum poſſeſſor?
Quid vulgarius, quam creditorem dominum non eſſe
ne tum quidem cùm pignus ſibi traditum adhuc poſſi-
det necdum vendidit? Quanto minus poſt factam à ſe
venditionem? Quid rurſum apertius, quam quod tot lo-
cis ſcriptum eſt creditorem qui pignus ſuo iure diſtraxit
ſeruatis ſolennibus, licet pignoris dominus non fuerit,
dominium transferre in emptorem? Quo admiſſo, quid
iuris poteſt habere ille ad vindicandam rem quam ipſe
alienauerit? Itaque quamuis verum eſſet, quod nos con-
tra Tribonianum mox negabimus, moram faciente em-
ptore in pretio recipiendo quod à debitore ſecundum
creditoris pactionem offeratur, dandam eſſe debitori vin-
dicationem contra emptorem, nulla tamen ratio ſubeſſet,
at nec rationis color vllus vt eadem actio accommodari
deberet creditori. Nam in perſona debitoris poſſit quis
diſputare, quod Tribonianum ſatis incautum & impru-
dentem Iureconſultum fallere potuit oblato emptori
pretio ſi id emptor accipere ſine cauſa recuſet, perinde
habendum eſſe acſi venditio nulla facta fuiſſet, cùm fidē
pactionis in vendendo adhibitæ implere nolit, nec ob
id meliorē eſſe emptoris conditionem oportere quod in
frangenda pacti fide improbe verſetur. Atqui ſi venditio
nulla facta eſſet, nemo dubitaret quin debitori liceret
oblato pretio rē ſuam recuperare, adeóq. quaſi iā ſublato
pignoris vinculo, ſaltē ſecuta obſignatione quæ ſolutio-
nis vice eſſe poſſet, vindicare: quia pignoris dominus ma-
net debitor, neq; vero aliter pignus dare poteſt quam ſi eo
tēpore quo pignus cōſtituitur dominus proponatur, *l. cū
& ſortis 35. §. vlt. D. de pignor. act. l. & quæ nōdū 15. §. quod
dicitur. D. de pignor.* At finge quantū voles ob morā & cō-
tumaciā emptoris nolentis implere fidē venditionis, per-
inde habendam eſſe venditionem acſi facta non fuiſſet
(quod tamen nulla arte nulliſque machinis aſſequi vn-
quam poſſis) quid aliud efficies niſi vt emptor dominus
amplius eſſe non videatur, quippe qui pignoris domi-
nium nec nanciſci nec retinere ſibi potuit, niſi ex cauſa
venditionis? At non illud æque effeceris, vt creditor
ipſe dominus iam eſſe intelligatur, quia neque dominus
erat ante venditionem: alioqui ſola contractus reſolutio
plus iuris adferret, quam ante contractum habuiſſet is
in cuius commodum ea reſolutio fieret, quod tamen ne-
que iuris ratio patitur neque ipſum quidem reſolutionis
nomen. Quid enim aliud eſt reſolui contractum quàm
pro non facto haberi? Cur ergo poſt reſolutam culpa em-
ptoris venditionem quam creditor ipſe fecerit, dabimus
creditori vindicationem, quam nulla facta venditione
non eſſet habiturus? Siquidem iam diximus, ad dandam
vindicationem ſiue directam ſiue vtilem, non illud ſolùm
requiri ex parte poſſeſſoris vt non ſit dominus, ſed etiam
& potiſſimū ex parte actoris, vt ſe dominū probet. Stulta 5
igitur eſt ratiocinatio illa Pauli Caſtrenſis, vt quia vtilem
pignoris vindicationē Tribonianus dat debitori contra
ēptorē, eadē multo magis dāda ſit creditori, cùm diuerſi-
tatem iuris in perſona debitoris & creditoris illud in-
ducat, quod etſi poſt pignoris venditionem ritè factam
neuter ſit dominus, tamen verum eſt debitorem aliquan-
do fuiſſe dominum, ſcilicet ante venditionem, credito-
rem vero nunquam. Feſellit Caſtrenſem † quod putauit 6
vindicationem hanc quam debitori Tribonianus ac-
commodat, non niſi ex perſona creditoris qui pactus
fuerat, poſſe competere, ſicut nec illam in factum actio-
nem, cuius eadem clauſula meminit, quæ cum naſcatur
ex pacto & ſit in perſonam, proculdubio dari non po-
teſt debitori qui pactus non eſt niſi ex perſona credito-
ris qui pactus fuit, ſiue ceſſa ea ſit, ſiue non: Hac ſola
differentia, quod quæ ceſſa eſt, directa eſt cùm ex perſo-
na quoque cedentis exerceatur: quæ vero ceſſa non eſt,
ea ſi qua ſit quæ competat, non niſi vtilis eſſe poteſt. Et
ſanè fieri nequit vt ex alterius perſona poſſit quis exer-
cere actionem, quam alius ille non habeat. Sed negan-
dum eſt quod Caſtrenſis ſupponit pro vero, vindicatio-
nem hanc quam Tribonianus dat debitori contra empto-
rem, dari ex perſona creditoris. Ita enim fiet vt nullo
prætextu poſſis eandem actionem accommodare credi-
tori. Sed & illud negandum † eſt quod Tribonianus 7
vult, vt iam cum Triboniano certemus, dandam debito-
ri vindicationem aduerſus emptorem, imo ne quidem
actionem in factum vtilem ſine ceſſione. Nam quod ad
vindicationem pertinet, ne debitori vllomodo dari poſ-
ſit illud omnino eſt impedimento, quod, vt iam diximus,
creditore pignus vtiliter diſtrahente, id eſt, dum ne quic-
quā ſit quod prohibeat aut vitiet diſtractionē, dominium
pignoris tranſit in emptorē, licet creditor qui alienauit
non fuerit dominus *§. 1. Inſt. quib. alien. licet vel non. l. qui
à creditore 18. C. de pign.* Inauditū verò eſt vt vindicatio † 8
vlla ſiue directa, ſiue vtilis aduerſus dominū detur, cōtra
quem nec Publiciana datur niſi certis caſibus, *l. pen. D. de
publ. in rē act.* quoniā ad inſtar vindicationis eſt. Nec poſ-
ſis dicere pro tuēda Triboniani inſcitia, poteſtatē † con- 9
uētionis facere vt pignus quod vēditū fuit, oblato poſteà
per debitorē pretio pro non vēdito habeatur: vt inferas
perinde igitur dādā debitori vindicationē pignoris, acſi
vēditū pignus nō fuiſſet. Nūquā enim videas Iurecōſul-
tos eā capere interpretationē vt fundus inemptus fiat, niſi
cū id ipſū in cōuētionē expreſſim deductū eſt, vt in lege
cōmiſſoria, in pacto addictionis in diē, aut etiā in ſpecie,
l. ſi à te. C. de pact. int. ēpt. & vēd. At pactio illa de qua in *d.
l. ſi cū vēderet*, vt debitori, quādocunq; pretiū offerēti rem
recipere liceat, longè alia & diſſimilis eſt, nec eò ſpectat
vt fundus inemptus conſtituatur ipſo iure, ſed tantum

quod ad vim & effectum poſtquam conuentioni ſatisfactum erit, non ante. Hoc volo, non poſſe fieri vt iuxta conuentionis formam debitor pretium offerens recipiat à creditore rem pignoratam, quin res illa creditori vendita fiat inempta. Neceſſe enim eſt vt habeatur pro obligata ad hoc vt per debitorem lui poſſit. Luitur ſiquidem pignus, non res vendita, *l. 2.* vbi eſt ſpecies perelegans *D. de pignor. act.* Obligata porro dici non poteſt in manibus emptoris qui neque de pignore conuenit, neque id egit emendo vt ius pignoris, ſed vt dominium ſibi acquireret, quin prius inempta conſtituatur. Sed hoc contendo ſi emptor conuentioni ſatisfacere nolit, ſola conuentionis poteſtate fieri non poſſe vt fundus ſit inemptus, quia cum non ſic concepta pactio ſit, ſed ita potius vt demonſtratæ ſint perſonæ debitoris & emptoris, credendum eſt id potius actum eſſe, vt emptoris perſona ex pacto obligaretur, quàm vt res ipſa vendita afficeretur. Præſertim cum cauſa pignoris nihil commune habeat cum iure dominij. Nec quicquam vetet amiſſo per debitorem dominio ſupereſſe creditori ius pignoris, *l. 1. D. de pignor.* Quidni ergo illud quoque ſimiliter admittemus, vt etiamſi debitor amiſerit dominium pignoris vtiliter diſtracti, ius tamen habeat rei recuperandæ oblato emptori pretio, acſi pignoris tantum non etiam vt dominij iure emptor eam rem poſſideret? Etſi enim non eſt in poteſtate contrahentium facere vt dominium aut acquiratur aut amittatur niſi certis modis iure ciuili conſtitutis, nihil tamen prohibet quominus is etiam qui dominus eſt pactione ſe obliget ad ea facienda, quæ ſi dominus non eſſet, facere & poſſet & deberet. Porro inter modos amittendi dominij non ille eſt, ſi conuentioni tum cùm dominium acquirebatur interpoſitæ ſatisfactum non fuerit, niſi cum illud etiam conuenit vt ob non impletam conuentionem dominium quod alioqui ex contractu ſecutáque traditione tranſlatum eſſet pro non tranſlato habeatur: quo cenſu non tam id agitur vt dominium emptori quæſitum amittatur, quàm vt ne vllo tempore quæſitum eſſe intelligatur. Et hæc quidem quod ad vindicationem pertinet, vt appareat nullomodo poſſe eam competere debitori poſt factam à creditore pignoris diſtractionem, licet conuenerit vt liceret debitori eam rem recipere pretio quandocunque per eum reſtituto.
10 Quod verò ad actionem † in factum pertinet æquè difficile eſt, vt dari poſſit debitori qui non contraxit, aduerſus emptorem qui creditori ſoli promiſerit. Neque enim ratio iuris patitur vt ex conuentione naſcatur actio in perſonam fauore eius qui conuentionem nullam interpoſuerit, cum perſonales obligationes & actiones ex eo æſtimentur, quod ſicuti competunt ex cõtractu vel quaſi, aut ex delicto vel quaſi, ita neque aduerſus alium inducuntur, quàm qui vel contraxerit aut quaſi, vel deliquerit aut quaſi, neque rurſus aliis proſunt quàm cum quibus contractum, vel aduerſus quos delictum commiſſum eſt. Et vero ſi ius ita eſſet vt nulla quoque interueniente ceſſione danda eſſet debitori aut vindicatio aut actio in factum aduerſus emptorem, nihil prorſus debitoris intereſſet fieri ſibi à creditore ceſſionem, niſi forte ad hoc vt directam potius quam vtilem actionem exercere poſſet. Difficilius enim eſt, aut, vt ita dixerim, impoſſibilius, vt ex pacto creditoris directam actionem habeat debitor ſine ceſſione quàm vt vtilem. Sed præter id quod Triboniano iuris rationem omnino negligenti tam facilè fuit directam atque vtilem actionem etiam ſine ceſſione debitori accommodare (nam neque exprimit an actio illa in factum quam dari vult debitori directa ſit an vtilis.) illud etiam conſtat vtilem actionem eiuſdem effectus & poteſtatis eſſe cuius eſſet directa, ideóque nec quicquam intereſſe actoris directáne an vtili actione experiatur, *l. actio 47. D. de negot. geſt.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 5. Coniecturarum*, cúmque ſimiliter locum Triboniani non Pauli magna ex parte eſſe docuimus. Quod ſi admittas nihil prorſus intereſſe debitoris habere ceſſionem, inferam ſtatim, nec igitur dandam illi actionem pignoratitiam aduerſus creditorem vt eiuſmodi actione cedere compellatur. Nam quemadmodum audiendus non eſt creditor qui debitori præſtari nolit id quod ſine vllo diſpendio ſuo præſtare poſſit, vt ait *lex in creditore 38. D. de euict.* ita neque inquietandus pro ea ceſſione facienda quæ debitori neceſſaria non ſit. Eſt enim id perpetuum vt ei cuius nihil omnino intereſt, actio nulla, ac ne quidem exceptio dari debeat, niſi cùm agitur ad pœnam conuentionalem. *lege 3. D. de verb. oblig. l. ille à quo 3. §. ſi de teſtamento. vbi. Alex. D. ad S.C. Trebell.* Præſertim verò in actione pignoratitia certum ius illud eſt, vt ei cuius nihil intereſt nunquam detur *l. aliena res 20. §. vlt. & paſſ. D. de pignor. act.* Qua de cauſa † nec illud 11
malè quis fortaſſe tentauerit, quod Vlpianus ſcribit in ſpecie *d. l. ſi tum venderet*, teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito quam pignoris emptorem habet præſtet debitori, eo demum caſu verum eſſe quo creditor non ſuo iure aut minus ritè pignus vendiderit, puta ſi inter eum & debitorem conuenerat ne poſſet vendere, aut ſi nulla denunciatione præcedente venditio illa facta ſit. Alioqui enim difficile eſt vt quicquam iuſtè videri debeat intereſſe debitoris ob venditum amiſſumque pignus quod ritè diſtractum eſt, aut vt conueniri poſſit creditor ob factum id quod & iure ſuo facere potuit & legitime fecit, niſi reſpondeas quod veriſſimum ſanè eſt. Imo verò teneri omni caſu creditorem actione pignoratitia, vt huiuſmodi actione cedat, non quaſi dolo malo verſatus ſit in re pignorata, quomodo ſi vel conueniſſet de non diſtrahendo pignore, vel ea diſtractio minus ſollenniter facta fuiſſet, ſed potius ex æquitate illa quam idem Vlpianus noſter tantopere commendat in *dict. lege in creditore. 38. D. de euict.* quæ tractat ſimiliter de creditore, & pignoratitia actione, licèt ad aliam quàm ad propoſitam ſpeciem accommodate, *Cui enim*, inquit ille, *non æquum videbitur, vel hoc ſaltem conſequi emptorem quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt?* Nihil enim vetat pignoratitiam actionem ſicut ex diuerſis cauſis, ita & ad alias atque alias præſtationes competere. Eſtque hæc ſententia conuenientior Vlpiani verbis, quæ ſunt generalia ad omnem caſum quo pignoris venditio per creditorem facta eſt, non ad hanc aut ad illam facti ſpeciem coanguſtata. Et ſanè cùm creditorem in re pignorata bonam fidem præſtare oporteat, qua fronte poſſit ille recuſare quominus in debitorem transferat commodum pactionis, quam ille ipſe interpoſitam voluerit fauore debitoris, & ex qua nullum ipſe proprium commodum ſperare vnquam poſſit? Illud planè extorquere volumus, non poſſe ex pacto creditoris agere debitorem contra emptorem ſiue directa ſiue vtili vindicatione aut in factum actione, citra ceſſionem cùm ob hoc ipſum habeat actionem pignoratitiam, contra creditorem, vt cedat actione ex vendito, quod eam habere ſua intereſt. Neque enim, vt diximus, quicquam eius intereſſet ſi actionem aliquam ex proprio iure propriaque perſona habere poſſet. Non valde abſimile eiuſdem Triboniani facinus illud eſt, quod in *l. quidam 29. D. ad S. C. Velleian.* corrupto Pauli reſponſo dat ille actionem non ſolum in perſonam aduerſus eum cum quo actor non contraxerat, ſed etiam in rem & hypothecariam pro rebus non obligatis. Eſſe enim totam illam ſententiam Triboniani non Pauli docuimus in noſtris Coniecturarum libris.

ERROR

ERROR X.

De actione ex pactò de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem.

SVMMARIA.

*Error interpretum putantium ex pacto de retrouen-
dendo dari actionem venditori contra tertium poſ-
ſeſſorem.*
2 *Ex l.ſi cùm venderet.13.D.de pign.act.non poſſe dict.
errorem ſtabiliri,contra interpp.*
3 *Falſum eſſe illud Caſtrenſis,ex pacto de retrouenden-
do induci vtilem dominij tranſlationem.*
4 *Lex commiſſoria, pactumque addictionis in diem dire-
ctam dominij tranſlationem non inducunt, aduerſus
eundem.*
5 *Diſtinctio quorundam quæ temperant pronunciatum
num.1 relatum & eius reiectio.*
6 *Quomodo accipiendum illud, alienationem fieri non
poſſe niſi cum ſua cauſa.*
7 *Ratio Caſtrenſis & eius refutatio.*
8 *Diſtinctio quorundam improbata.*

ERrore illo interpretum refutato circa ſpeci-
em,& ſententiam *l.ſi cum venderet* 13.*D.de
pignor.act.* cum inter creditorem & empto-
rem pignoris conuenit,& debitori quando-
cumque liceat oblato debito cum acceſſionibus rem obli-
1 gatam recuperare,alius refutãdus ſupereſt,circa † actio-
nem quam pragmatici noſtri poſt interpretes dari volunt
ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem.
In quo tamen, vt iam ſuperioris capitis initio ſum præ-
fatus, pragmaticorum noſtrorum error inculpatus eſt,
quos ſtatuti autoritas cogit ita ſentire & iudicare. Quid
enim aliud facere poſſint in ea re quæ certum ius habeat
& conſtitutum? Sed non perinde excuſandi ſunt inter-
pretes, quorum error ſtatuto cauſam proculdubio dedit.
Ne autem ea repetamus,quæ proxime contra Triboni-
anum & Caſtrenſem diſputauimus de ſpecie & ſententia
2 *d.l.ſi cum venderet*, nunc id tantum agimus, † vt probe-
mus etiamſi maximè vera eſſent ea omnia quæ Tribonia-
nus eo loco aduerſus rationem iuris effudit, quod per-
tinet ad pactionem illam inter creditorem & empto-
rem, vt ex eiuſmodi pactione competat debitori actio
contra emptorem,non idem tamen iuris conſtituendum
fore in danda actione ſiue in rem, ſiue in perſonam ex
pacto de retrouendendo aduerſus tertium poſſeſſorem.
Larga namque inter huiuſmodi conuentiones differen-
tia eſt, ſiue rationem ineundi ſpectes ſiue vtriuſque vim
& effectum. Conuentio illa quæ fit inter creditorem pi-
gnus diſtrahentem & emptorem, vt liceat debitori rem
recipere quandocunque pretium offerenti, non tantùm
perſonam emptoris afficere videtur, ſed etiam penè rem
ipſam, vt quæ per venditionem à creditore iure factam
ſic alienata eſt vt nullum re vera ſuperſit vinculum pi-
gnoris, quippe quod & ipſius venditionis poteſtate, &
pretij ſolutione extinctum fuerit,perinde tamen habea-
tur acſi maneret adhuc obligata. Quomodo enim fieri
poſſit vt eius recuperandæ ius ſaluum habeat debitor,
niſi hoc colore & prætextu quod aliquando eam obli-
gauerit? Nam vt proximo capite dicebamus ex *l.2.D.de
pignor.act.* non dicitur luis res vendita,ſed ea demum quæ
pignori fuit obligata. Porro quæ iam ritè rectéque ven-
dita eſt non prius videri poteſt in priſtinam obligatio-
nem recidiſſe, quam effectu ipſo fieri cœperit inempta,
aut ſaltem ſic habenda acſi nunquam per creditorem
vendita fuiſſet, vel acſi creditor pignoris ſui duntaxat
non etiam dominij ius vendidiſſet: Quaſi eo acto inter
creditorem & emptorem vt eodem iure eſſet res illa pe-
nes emptorem quo erat penes creditorem, non equidem
ratione dominij quod vtique per vẽditionem ritè factam
in emptorem tranſlatum eſſe negari non poteſt,ſed quod
ad ius luendi pertinet, vt ſaluum eſſet. Etſi enim con-
uentio hæc ſatis aliena videtur à natura venditionis per
quam dominium ſecuta ſcilicet traditione transferatur,
attamen iam ſæpius monuimus, conuentiones omnes,
quæ in traditionibus & alienationibus rerum adhi-
bentur, ſeruandas eſſe, etiam eas quæ alioqui non
valerent,*lege in traditionibus. D.de pact.lege ei fundo* 17.
D.de ſeruit. lege venditor 13.*D. commun. præd.* At cùm
inter emptorem & venditorem conuenit vt eandem rem
venditori quandocunque aut intra certa tempora pre-
tium reſtituenti retrouendere emptorem oporteat,neque
formula neque poteſtas conuentionis facit, vt res ipſa
affecta dici poſſit, inemptaque haberi debeat,ne quidem
in ipſa & effectu.Id enim tãtùm agitur huiuſmodi pacto,
vt emptoris perſona obligetur ad retrouendendum, ac
proinde vt tanto magis venditio prior ſubſiſtat nec reſol-
uatur, aut pro reſoluto habeatur, quemadmodum latiùs
à nobis in ſuperioribus diſputatum eſt. Proinde nullo
iuris colore defendi poteſt quod † Caſtrenſis tradidit 3
ad *d.l.ſi cum venderet*,ex pacto de retrouendendo induci
vtilẽ dominij tranſlationem. Quomodo enim inducere-
tur ex pacto de retrouendendo quæ nec induci poſſet ex
ipſa retrouenditione niſi ſecuta traditione? Id enim eſt
quod toties diximus, traditionibus non nudis conuen-
tionibus dominia rerum transferri ex *lege traditionibus*
20. *C. de pact.* Nec ſimile eſt quod tractat ille in lege
commiſſoria aut de pacto addictionis in diem,ex quibus,
inquit ipſe, directum quoq; dominium ipſo iure trans-
fertur. Quaſi pactionis de retrouendendo minor pote-
ſtas in eo tantum eſſe debeat, quod per eam non directũ
ſed vtile duntaxat dominium transferatur. Nam legis
commiſſoriæ itémque pacti quo res addicitur in diem,
poteſtas illa eſt vt venditio alioqui pura & perfecta reſol-
uatur ſub conditione, & quidem ipſo iure.Vnde illud
etiam fit vt dominium nunquam à venditore abſceſſiſſe
intelligatur, deficiente ſcilicet titulo venditionis qui
ſolus facere poterat ne traditio nuda videri deberet.Iſque
interpretum ſane omnium vulgaris error eſt, exiſtiman-
tium clauſulæ, vt vocant, reſolutiuæ contractus vim illã
eſſe vt dominium transferat ipſo iure, cum tamen dicere
potius debuerint clauſulas huiuſmodi reſolutorias facere
ne dominium vnquã acquiſitum videatur ex contractu
reſoluto, quod alioqui in eo erat, vt nõ tam acquiren-
dum quàm acquiſitum iam eſſet.Sunt autem hæc longè
differentia,præſertim quod ad inſtitutam diſputationem
pertinet, dominium transferri ab emptore in vendito-
rem & dominium à venditore nunquam abſceſſiſſe.Non
enim efficere vnquam poſſis vt ab emptore tranſeat in
venditorem dominium quod nunquam emptoris fuiſſe
intelligatur. Atqui † lex commiſſoria, pactúmque ad- 4
dictionis in diem facit vt exiſtente conditione fundus
fiat inemptus, ideoque in venditoris dominio ſemper
manſiſſe exiſtimetur. Tantum igitur abeſt vt inducant
hæ pactiones directam dominij tranſlationem, vt imò
verò impediant ne ſit in poteſtate emptoris dominium
aut directum aut vtile transferre ne quidem per traditio-
nem.Quo enim iure poſſit trãsferre dominiũ,quod nun-
quam habuerit? At per pactum de retrouendendo non
reſoluitur venditio prior vt dominium nunquam in
emptorem tranſlatum videatur, ſed poſterioris extor-
quendæ ius acquiritur actione perſonali ex contractu in
eam rem comparata. Cui conſequens eſt, vt ea re quæ
ex pacto retrouendi debuit, medio tempore alienata, &
in ſecundum emptorem translata non poſſit vlla ratione
competere vindicatio, ſiue directa, ſiue vtilis vendito-
ri primo aduerſus ſecundum emptorem,quam nec habe-
re poſſet aduerſus primum, nec primus quoque contra
ſecundum, *lege cum precibus quarta C. de rer. permut.*
Nec illa etiam diſtinctio † curanda eſt quam à pleriſ- 5
que probatam video vt Caſtrenſis ſẽtentiam temperent.

An ſecunda vendi io facta ſit ante moram à primo emptore in retrouendendo admiſſam, an poſt moram, quaſi facilius hoc caſu quàm illo danda ſit actio primo venditori contra ſecundum emptorem. Vtroque enim caſu verum eſt, tranſlatum eſſe dominium à primo venditore in primum emptorem, rurſúmque à primo emptore in ſecundum, nec à ſecundo emptore ad primum venditorem vnquā rediiſſe: nec proinde ei qui dominus non ſit cōpetere poſſe vendicationem. Neq; enim mora, adeoq; nec dolus eius, qui rē ex pacto retrouēdere debuit, facere poteſt, vt & retrouenditio, & retrotraditio quam vtramque interuenire neceſſe fuit ad dominium in primum venditorem transferendum, pro facta impletaque habeatur. Itaque ſiue mora primi emptoris aliqua interuenerit, ſiue nulla, idem omnino iuris eſt nec tantum quod ad vindicationem attinet, ſed etiam quod ad actionem in perſonam, quæ nunquam certe ſequitur ſingularem ſucceſſorem, *l. vlt. D. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres. D. ad. S. C. Trebell.* Mora namque vnius efficere nequit vt contractus à perſona eius cum quo initus eſt in perſonam alterius trāsferatur. Ergo neque illud faciet vt perſonalis obligatio, quæ primum emptorem obſtrinxit ad ſecundum emptorem eodem vinculo obſtringendum extendatur. Cur enim noceat ſecundo emptori mora ſui venditoris, cum etiamſi venditor ille eandem rem retrouendidiſſet primo venditori, necdum tamen tradidiſſet, potior in cauſa dominij haberetur ſecundus emptor cui priori tradita res fuiſſet ex *reg. vulg. l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Nemo autem dixerit plus iuris habere debere primum venditorem ob moram à primo emptore in retrouendendo commiſſam, quam ſi retrouenditio ipſa facta eſſet. Iam verò quod idem Caſtrenſis obiicit
6 † alienationem fieri non poſſe, niſi cum ſua cauſa ex *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* (quæ etiam ſtatuti noſtri ratio expreſſa eſt) alienius eſt quam vt iure mouere quemquam poſſit. Nam vt docuimus in *Decad. 7. error. 3. in fin.* debet regula illa intelligi de ea demum cauſa quæ rem ipſam afficiat, vt puta ſi res fuit obligata aut legata ſub conditione ante alienationem. Atqui pactum de retrouendendo non rem ipſam afficit, ſed perſonam emptoris. Quod nos nondum perceperamus, cum *dict. error.* 3. ſcribebamus, Poſſe accommodatum exemplum dari ad *d. l. alienatio*, de re quæ vendita eſſet ea lege vt retrouenderetur. Fallebatque nos proculdubio quod Tribonianus de ſuo addidit ad Vlpianum in *dict. l. ſi cùm venderet*, Paulique Caſtrenſis autoritas & interpretatio ad eum locum. Alioqui poſſis eadem ratione concludere, ſi eadem res pluribus ſeparatim, & quod eſt conſequens diuerſis temporibus vendita ſit, præferendum ſemper priorem emptorem, quamuis poſteriori prius tradita proponatur, quoniam in ea cauſa fuit res penes venditorem poſt primam & ante ſecundam venditionem vt eam venditor tradere primo emptori deberet, &, vt dicam generalius, ſi recta eſſet hæc ratiocinatio, ſemper obligatio perſonalis ſequeretur ſingularem ſucceſſorem, quod tamen quàm falſum ſit, nec imperitiores quidem pragmatici ignorant. Nunquam etiam locus eſſet edicto prætoris de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, cui locum facit ſola illa ratio, quod durior plerumque conſtituatur actoris conditio ex perſona eius in quem facta eſt alienatio, quam futura eſſet nulla facta alienatione *l. 1. l. 3. §. 1. paſſ. ill. tit. de alien. indic. mut. cauſ. fact.* Æque inepta eſt ratio † illa Caſtren-
7 ſis quod reſoluto iure datoris, reſoluatur etiam ius acceptoris, *ex vulg. l. lex vectigali. 31. D. de pignor. l. debitor 40. §. vlt. de pign. act.* ſupponit enim pro vero quod nos falſiſſimum eſſe docuimus, pacti de retrouendendo poteſtatem illam eſſe vt contractam venditionem reſoluat, exemplo legis commiſſoriæ aut addictionis in diem. Imò verò nouam potius vendendi obligationem inducit, quæ res à cauſa ſolutionis contractus omnino abhorret, eique ex diametro aduerſatur ſi Iureconſulto credimus in *l. ab emptione 59. in fin. D. de pact.* Cúmque emptoris ius illud fuerit quod rei venditæ plenum dominium ſibi acquiſiit, fieri certe nequit vt ius ipſius aliter reſolutum videatur, quàm ſi nunquam dominus fuiſſe credatur, quod tamen per ſolum pactum de retrouendendo fieri nequit, cùm nec aliter poſſit vtilis retrouenditio fieri, quàm ſi prior venditio teneat, & ſubſiſtat. Et quamuis ſecuta retrouenditione itemque retrotraditione dominus iterum fiat is ipſe qui iam anteà fuerat, aliud tamen dominium eſt, alia acquiſitio dominij, alia cauſa dominij acquirendi: quorum omnium nihil dici poſſet ſi poteſtate ſolius pacti de retrouendendo prior venditio, reſoluta diceretur. Illud magis ad rem facere videtur, quod à ſtatuti conditoribus non inſubtiliter cautum eſt, vt ei qui ex pacto de retrouendendo ſe obligauit, alienatio eius rei prohibeatur, certum enim eſt prohibitionem legis facere ne dominium transferri poſſit in ſecundum emptorem, necne plus iuris habere ſecundus emptor poſſit, quam primus, *l. vl. C. de reb. alien. non alienand.* Qua ratione monuimus in ſuperioribus prudenter facere eos, qui vendunt ſub pacto de retrouendendo, ſi per conuentionem ſibi proſpiciant *ne res* illa poſſit alienari, vt non alio iure poſſit res eſſe penes ſecundum emptorem, quàm quo penes primum futura eſſet. Sed tamen quantumuis prohibita ſit alienatio, ſiue à lege, ſiue ab homine, fieri certè nullomodo poteſt vt eo magis dari poſſit contra tertium poſſeſſorem vindicatio primo venditori qui dominus amplius non *ſit*, aut actio in perſonam aduerſus eum cum quo non contraxerit, obſtantibus ſemper iiſdem iuris regulis, quæ obſtarent ſi ſecunda venditio licitè facta proponeretur. Nec ſanè quicquam eſt quod vtilem facere poſſit hanc actionem quam ſtatutum dat primo venditori contra tertium poſſeſſorem, præterquam ipſius ſtatuti autoritas, ideóque non male quis dixerit eſſe hanc conditionem ex lege & conſtitutione principali, *l. 1. D. de condict. ex leg.* Niſi quod cum conditiones omnes ſint ſtricti iuris, eiuſdem tamen ſtatuti authoritate fit vt actio hæc quæ contra tertium poſſeſſorem datur, perinde ſit bonæ fidei, acſi contra primum emptorem exerceretur, eaſdemque habeat præſtationes. Sed & eodem ſtatuto contra iuris rationem factum eſt vt ex pacto de retrouendendo habeat primus venditor actionem in rem etiam contra tertium poſſeſſorem, quam alioqui non eſſet habiturus, ne quidem contra primum emptorem: vtique tam primus quam ſecundus emptor cogi præciſè poſſit ad retrouendendum, quod ex iuris ratione, vt probauimus, vtrique diuerſum eſſet. Nec illa denique diſtinctio † à nobis probari poteſt, quam nonnulli probant 8
an ſecundus emptor pactum illud de retrouendendo cum primo emptore initū ſciuerit an ignorauerit. Quid enim commune habet illius ſcientia cum iure dominij aut actionis perſonalis? An eo minus verum eſt tranſlatum eſſe à primo venditore dominium, pactumque de retrouendendo cum primo emptore ſolo interceſſiſſe? Pertinet illa diſtinctio ad cauſam reſtitutionis, & quidem minorum duntaxat, ſecundum eam ſententiam & interpretationem quæ à nobis allata eſt in *error. 1. 2. & 3. Dec. 7.* vnde peti volumus alia multa quæ huc tranſcribi poſſent.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimatertia.

ERROR PRIMVS.

De facto per emptorem oppignoratione rei emptæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Emptor ſub pacto de retrouendendo rem quæ retrouendi debet obligando vel alienando non nocet venditori, ex interpretum & pragmaticorum ſententia.*

2 *Cùm quid fit in conſequentiam præcedentis conuentionis, ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, temporis ratio habenda eſt, quo conuentio facta eſt, non quo effectum & complementum habere cœperit.*

3 *Ex qua lege probent interpp. & pragmatici pronuntiatum nu. 1. relatum.*

4 *Quod dicitur in iure de venditione facta ſub pacto addictionis in diem, malè transferri ab interpretibus ad venditionem quæ fit ſub retrouendendi pacto: & quomodo intr ſe conueniant, ac differant.*

5 *Venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, contra pragmaticos.*

6 *Retrouenditionem quæ fit ex pacto de retrouendendo non fieri ex neceſſitate, vt volunt pragmatici.*

7 *Emptor non poteſt cogi præcisè & abſolutè vt retrouendat eam rem, quam emit ſub pacto de retrouendendo, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur contra Pinellum.*

8 *Si præſtando intereſſe liberetur emptor qui rem retrouendendam medio tempore alienauit, idem quoque iuris obtinere debet, ſi eam pignori dederit.*

9 *Licet ſtatuto prohibitum ſit, ne rem venditam ſub pacto de retrouendendo alteri vendere emptor poſſit, non tamen prohibetur oppignorare, & nu. 12.*

10 *Sententia l. in diem. 8. D. de aqu. pluu. arcend.*

11 *Ad quas res pertineat regula protrita, Eam rem quam quis emere non poſſit, nec pignori accipere poſſe.*

12 *Quicquid emptionem venditionemque recipit, recipere etiam poteſt oppignorationem.*

13 *In re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui pignus ab emptore.*

14 *Qua ratione poſſit efficere dominus qui rem ſuam alienat quam aliquando recuperare cupit, ne in ea re pignoris aut ſeruitutis ius ab emptore conſtituatur.*

EST hic pragmaticorum & interpretum noſtrorum error conſequens, ſuperioribus proxima Decade confutatis. Nam quemadmodum putant illi ius tale eſſe, vt ex pacto de retrouendendo naſcatur actio non ſolum contra primum emptorem, ſed etiam contra tertium quemlibet poſſeſſorem, & quidem ad id præcisè vt fiat retrouenditio, nec tantùm actio in perſonam, verum etiam vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis illa ſit, ita exiſtimant † ſi quid medio tempo-
1 re geſtum ſit ab emptore aut obligante aut alienante rē quæ aliquando retrouendi debeat, non poſſe id nocere venditori, qui & anteriore &, quod conſequens eſt, potiore iure nitatur. Sic enim ſentiunt, retrouenditionem hanc quæ fit ex neceſſitate vtilis pacti præcedentis, neceſſariam videri debere, non voluntariam, eiuſque poteſtatem illam eſſe, vt tunc ſaltem cùm ſecuta eſt, prior venditio quæ in eum vſque diem ſubſtiterat, reſoluatur, & pro nunquam facta habeatur. Quod ſi verum eſſet, illud quoque fateri certè oporteret, irritas fieri conuentiones omnes medio tempore initas per emptorem, non quidem ad liberandam emptoris perſonam quominus iis teneatur cum quibus contraxiſſet, ſed hactenus nimirum ne venditoris conditio durior & deterior ab emptore fieri potuiſſet. Eſt enim generalis propoſitio illa
iuris ciuilis, cùm quid † fit in conſequentiam præceden- 2
tis alicuius conuentionis ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, prioris rationem habendam eſſe quo conuentio facta eſt, non quo effectum & implementum habere cœperit, *l. 1. D. qui potior in pignor. hab.* In eamque † rem
afferri vulgo ſolet quod ſcriptum eſt ab Vlpiano in *l.* 3
vbi autem 4. alias l. ſi ex duobus. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addiction. Purè venditio & in diem addicto fundo, ſi melior conditio allata ſit, rem deſinere pignori eſſe ſi emptor eum fundum pignori dediſſet, quamuis medio tempore dominus fuerit, alioquin, inquit, nec pignus teneret, Eámque ſententiam Bartolus tuetur ad *l. in diem 8. D. de aqua pluu. arcend.* & ceteri interpretes non inuiti ſequuntur. Mihi verò contrà videtur. Stulta
† enim eſt, vt toties inculcauimus comparatio venditio- 4
nis factæ ſub pacto de retrouendendo. Eſt quidem illud vtrique commune quod per vtramque emptor fit verè dominus ſecuta traditione quæ res Bartolum & cæteros fefellit, ſed differētia in eo eſt quàm maxima quod venditio facta ſub pacto addictionis in diem ipſo iure reſoluitur, fitque inemptus fundus oblata intra diem meliore conditione: Ideoque locum hîc omnino habet ea iuris regula quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris, *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. action. l. ex vectigali 31. D. de pignor.* Nec enim fieri poteſt vt pignus ab emptore conſtitutū duret ac ſubſiſtat, cùm res in eam cauſam deducitur vt nunquam vendita nunquam empta fuiſſe videatur: quandoquidem ad pignus conſtituendū illud ſemper requiritur vt dominus ſit is qui pignus cōſtituit. *l. 2. D. de pignor. action.* Etſi autem reuera dominus fuit pignoris conſtituti tempore is qui emerat ſub pacto addictionis in diem, ob idque ex eo tempore pignoris datio tenuit in eum vſque diem quo reſoluta vēditio fuit, tamen ex die ipſo reſolutæ venditionis, ſicuti dominium incipit videri nunquam fuiſſe acquiſitum, ita & pignus in eam cauſam deducitur vt à non domino datum eſſe intelligatur, ergo inutiliter datum eſſe videbitur, quia ad eum caſum peruenit, à quo nec incipere potuit, *argum. lege quia in eum caſum 16. D. ad leg. Aquil.*
At venditio, † quæ fit ſub pacto de retrouendendo nun- 5
quam reſoluitur, in quo decipi video pragmaticos & interpretes omnes quotquot hanc quæſtionem tractant, nec ſolum non reſoluitur ipſo iure, at ne facto quidem, id eſt, ſecuta retrouenditione. Retrouenditio enim non priorem venditionem reſoluit, ſed nouam inducit, vt Iureconſul. loquitur in *l. ab emptione 58. D. de pact.* Nouam porro venditionem inducere non aliter poteſt, quàm ſi prior teneat & ſubſiſtat, Quomodo enim facere poſſis vt per retrouenditionem ab emptore factam

dominium in venditorem qui nouus emptor eſt trans-
latum eſſe intelligatur, quia priorem venditionem ſub-
ſiſtere patiaris ex qua dominium fuerit emptori acquiſi-
tum, vel ob hoc ipſum vt venditorem ſuum rurſus do-
minum facere poſſet? Proinde ridiculi ſunt qui ad hunc
quoque caſum accommodant vulgare illud brocardi-
cum, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris: ridi-
culus Bartol. qui ex eo iure quod de pacto addictionis in
diem conſtitutum eſt, ſumit argumentum, vt in pacto
de retrouendendo idem iuris conſtituendum eſſe probet,
ridiculus denique Cagnolus qui ad *l. 1. C. de pact. inter
empt. & vendit.* vt contra Bartolum agat ſubtilem, reſ-
pondet ad § *ſed & Marcellus. & ad l. lex vectigali.* Re-
ſolui quidem venditionem per pactum de retrouenden-
do ſecuta ſaltem retrouenditione, ſed effectu potius &
per conſequentiam, quàm quòd pactum in eam rem di-
rectè, vt loquitur ſit ordinatum. Debuit potius dicere
quod nos dicimus, Per pactum de retrouendendo non
reſolui priorem venditionem, at ne quidem per ipſam
retrouenditionem, ſed nouam induci, quæ priorem non
ſolùm ſupponit, ſed etiam confirmat, ſiue pacti vim in-
ſpicias, ſiue effectum rei. Sed illud multò inſubtilius
eſt, quod interpretes & pragmatici pro vero habent, re-
6 trouenditionē † quæ fit ex pacto de retrouendendo fieri
ex neceſſitate, cùm nihil ſit aut verius, aut apertius quàm
fieri eā ex voluntate emptoris qui ſi retrouendere nollet,
quantumuis millies ſi velles ad præciſè retrouendendum
condemnatus, nūquam tamen retrouendidiſſe videretur,
id eſt nunquam retrouenditio pro facta haberetur, quæ
re vera nunquam facta fuiſſet, ſi quidem facta eſt, nec
vllam admittit iuris fictionem: neque aliud ius venditori
ſupereſſet, niſi vt pecuniariam vrgeret condemnatio-
nem, & ex condemnatione quanti ſua intereſſet, conſe-
queretur, vt & Cagnolus ipſe fatetur. In eo tamen cæ-
cutiens quod vt Bartolum defendat, neceſſitatem dupli-
cem inducit, Præciſam vnam, alteram vocat, cauſatiuam,
qualis inquit, hæc eſt quæ emptorem obligat cogitque
ad retrouendendum, niſi malit præſtare quanti intereſt
venditoris: quaſi verò neceſſitas hæc dici poſſit quæ li-
berum non parendi arbitrium relinquit emptori. Imò ve-
rò non poteſt dici coactus qui id fecit quod maluit, li-
cet neceſſe habuerit, vt alterutrum vellet, *l. ſi patre cogen-
te, 22. D. de rit. nupt.* Denique cùm ſit in poteſtate em-
ptoris facere ne res quam emit ſub pacto de retrouen-
dendo vnquam redeat ad venditorem, nimirum ſi para-
tus ſit præſtare quanti intereſt venditoris. Cur ei per-
tamus vt alteram obligationis partem eligendo, id eſt
retrouendendo, deteriorem faciat creditoris ſui conditio-
nem cui medio tempore eandem rem pignori obligaue-
rat? Scio eſſe qui putent contrà quàm Cagnolus ſentiat
7 cogendum † emptorem præciſè vt retrouendat eam rem,
quam emit ſub pacto de retrouendendo, nec præſtatio-
ne eius quod intereſt liberetur: Quam ſententiam mor-
dicus defendit Arius Penullus ad *leg. 2. Codice de reſ-
cind. vendit.* Nihil tamen reſpondens ad eam ratio-
nem quæ in contrarium præcipue nos mouet, quod co-
gi præciſè nemo poſſit ad factum ſine aperta vi & im-
preſſione, quam legiſlator ferre nunquam poteſt, ſucce-
dente ob eā cauſam in omnibus faciendi obligationibus
præſtatione eius quod intereſt in locum facti, *l. ſi quis ab
alio 13. §. vlt. D. de re iudic*, Neque vlla iuris fictione
fieri queat vt retrouenditio, quæ reuera facta non eſt pro
facta habeatur. Sed tamen illi ipſi qui emptorem præciſè
obligatum volunt ad retrouendendū, non negant recur-
rendum neceſſario eſſe ad præſtationem eius quod inter-
eſt, ſi quid ſit quod retrouenditionem inpediat, vt putà
ſi ea res quæ retrouendi debet medio tempore alienata
proponatur. Quid enim aliud poſſint dicere? Atqui tan-
tumdem iuris quod ad cauſam pignoris habet creditor
cui eam emptor medio tempore pignori dedit, quantum
haberet ratione dominij, ſi eam rem non pignoris, ſed
emptionis iure accepiſſet. Neque maiorem venditori
ſuo iniuriam fecit emptor, qui rem retrouendendam
obligat creditori, quàm ſi eam purè alienaret, imo tanto
minorē quanto facilius eſt vt poſt conſtitutum pignus
ſatisfaciat nihilominus conuentioni & rem retrouendat,
quæ ſi alienata eſſet, retrouendi iam non poſſet. Aliena-
tio enim obſtat retrouenditioni, Pignoris datio non ob-
ſtat, quia nihil commune habet cauſa pignoris cum
cauſa dominij, niſi hactenus vti ne conſtitui poſſit ius
pignoris ab eo qui dominus non ſit *l. 1. D. de pignor.* Cur
ergo deteriorem faciamus conditionem creditoris, vt ob
pactum de retrouendendo pignoris ſui iure cadat quàm
emptoris, cui nil obſtante eo pacto dominij ius inte-
grum & ſaluum relinquimus? Nec vero Cagnolus ipſe
quamuis Doctor, meo iudicio, parum ſubtilis, rationem
hanc facilè obuiam ignorauit: Sed non eo minus Bartoli
ſententiam ſequitur, quam & receptiorem eſſe ait, licèt
nihil afferat quod reſponderi commodè poſſit, niſi quod
facilius eam apud nos defendi poſſe ait propter autho-
ritatem ſtatuti quo diſtrictè prohibitum eſt ne rem ven-
ditam ſub pacto de retrouendendo alteri vendere em-
ptor poſſit. Quod tamen à propoſita diſputatione pror-
ſus alienum eſt. Non † enim hac parte eadem ratio eſt 9
oppignorationis quæ venditionis. Nec quod prohibea-
tur emptor rem vendere, facere debet vt prohibitus in-
telligatur oppignorare, ob eam diuerſitatis rationem
quam proximè attulimus, quod alienatio impediat po-
teſtatem, & executionem pacti de retrouendendo, *oppi-
gnoratio* non item. Nam ſi obiiciat ius pignoris in ea
re conſtitui facere vt ad alienationem perueniri quan-
doq; poſſit, cum alioqui inutile futurum ſit pignus, quod
diſtrahi nequeat, *l. 4. D. de pignor. action.* Reſpondebo
futuram eam voluntariam reſpectu venditoris, in cuius
ſcilicet arbitrio & poteſtate erit poſt factam retrouendi-
tionem impedire ne pignus diſtrahere creditor *poſſit*,
oblata nimirum ei ſorte cum acceſſionibus, repetenda
poſtmodum aduerſus emptorem qui rem illam pignori
dedit. Ita fiet vt neque creditor damnum ſentiat cui ni-
hil imputari poteſt, quique pignus ab eo accepit quem
ſciuit verum dominum. Neque venditor cui ſalua ma-
net indemnitatis ſuæ perſecutio contra emptorem, cuius
ſanè incommodo & diſpendio totum hoc quicquid eſt
damni, & incommodi cedere debet, qui ex creditoris
ſui pecunia ſolus lucrum ſenſit. Etſi enim licuit ei rem
retrouendendam tanquam ſuam obligare, ſciuit tamen
aut ſcire debuit facere id ſe non poſſe in necem ven-
ditoris, qui iure ſuo retrouenditonem quandoque
poſtulaturus erat. Nec tamen ſimiliter poſſis impu-
tare creditori ſi pactum de retrouendendo non *igno-
rauit*, cur eam rem pignori acceperit, quam ſciuit in eo
eſſe vt ad venditorem aliquando redire deberet. Sciuit
enim etiam fieri poſſe, & fortaſſis euenturum eſſe vt
nunquam rediret, ſi forrè aut venditor redimere, aut
emptor retrouendere nunquam vellet, malletque aut
venditor conſequi aut emptor præſtare quanti ob eam
rem intereſſet. Nam quod ſcriptum † eſt in *l. in diem 8.* 10
de aqu. pluu. arcend. in concedendo iure aquæ ducendæ
tam venditoris quàm emptoris voluntatem exquiren-
dam eſſe, ad eum caſum pertinet quo prædium fuerit ad-
dictum in diem: ac proinde quo non emptor ſed vendi-
tor fuiſſe videatur dominus tempore conceſſionis ſi
intra diem allata meliore conditione venditionem re-
ſolui contigerit, fundumque fieri inemptum. Id
enim eſt quod lex ait, *vt ſiue remanſerit penes empto-
rem, ſiue receſſerit, certum ſit voluntate domini factam
aquæ ceſſionem.* Cui nec illud diſſimile eſt, quod in eiuſ-
dem legis fine Paulus ait. *non ſolius eius ad quem ius
aqua pertinebit voluntatem exigi in aqua ceſſione, ſed
etiam domini locorum etſi dominus vti ea aqua non poſ-
ſit, quia recidere ius ſolidum ad eum poteſt.* Nam cùm
eorum omnium voluntatem & conſenſum exquiri
oporteat, quorum ius minuitur, vt Vlpianus ſcripſe-
rat in lege præcedenti, negari non poteſt quin habenda

ſit

ſit ratio eius, qui loci dominus iam tum eſt, cùm aqua
ceditur, licèt eo tempore non habeat ius aquæ: Nos
verò cum caſum tractamus quo venditor neque iuris
quicquam habeat in re obligata eo tempore quo pignus
conſtituitur, id eſt, ante factam retrouenditionem, ne-
que tunc habuiſſe videri vnquam poſſit, id eſt, ne ſecuta
quidem retrouenditione. Non enim facit retrouendi-
tio vt dominium penes venditorem ſemper manſiſſe in-
telligatur, ſed è contrario vt emptori quæſitum illud
fuiſſe neceſſe ſit ad hoc vt per retrouenditionem potue-
rit ab eo redire ad venditorem. Cur ergo voluntatem
venditoris exquirere debeat creditor, accipiens pignori
eam rem quæ tum pleno iure ſit emptoris? Nec eſt quod
quis dicat, eam rem quam quis emere non poſſit, nec
pignori accipere poſſe, *l. 1. §. eam rem. D. quæ res pignor.*
11 Neq; enim tam generaliter & indiſtincte id accipiendum
eſt, ſed ad eas res coanguſtandum quas ideò quis emere
non poſſit quòd earum non ſit commercium, vt eadem
lex ait. Ex qua fit vt prædium litigioſum quod vẽdi non
poteſt, pignori capi poſſit, nec niſi nobilis rei litigioſæ
oppignoratio prohibita ſit, vt ex Scæuola Marcianus
ſubiicit, nimirum quia in rebus mobilibus duntaxat,
quæ facilè occultari poſſunt, poteſt oppignoratio diffi-
ciliorem facere vindicationem. Sic dicimus, in quorum
finibus emere quis prohibetur pignus accipere, non
prohiberi, *l. in quorum 24. D. de pignor.* Licet contraria
propoſitio affirmatiua generaliter vera ſit, quicquid em-
12 ptionem † venditionemque recipit, recipere etiam poſ-
ſe pignorationem, *l. ſed & quod 9. §. 1.* atqui ſtatutum
quod prohibet alienationem rei emptæ ſub pacto de re-
trouendendo, non idcirco facit vt ea res non ſit in com-
mercio: ſed tantum vt ſalua poſſit eſſe venditori actio ad
petendam retrouenditionem, quæ alioqui poſt factam
alienationem peti amplius non poſſet. Non ergo poteſt
videri prohibita oppignoratio, quæ ſcilicet nihil com-
mune habet cum iure petendæ, ac faciendæ retrouendi-
tionis, vt diximus. Et ſanè abſurdum eſſet, adeóque ini-
quum & à publica vtilitate alienum ſi non liceret em-
ptori ea re frui quam ſub huiuſmodi pacto comparaſſet.
Atqui fructus rei eſt pignori dare licere, *l. vlt. D. de vſur.*
13 Quod autem † de conſtituto pignore diximus, ſimili-
ter obtinet ſi quæratur de iure conſtitutæ ſeruitutis.
Quidni enim liceat emptori ſeruitutem conſtituere præ-
dio cuius ipſe dominus verè ſit, & pleno iure? Sed tamen
indemnitas venditori præſtanda eſt, vt emptor condem-
nandus quanti venditoris intereſt liberam rem retro-
uendi, quæ libera fuerat vendita: non ſecus quàm ſi
eam rem pignori dediſſet. Nullane igitur prudenti †
14 patrifamilias ratio ſupererit, ſic paciſcendi cum rem ſu-
am alienat quam aliquando recuperare volet, vt neque
pignoris, neque ſeruitutis ius vllum in ea re conſtitui
ab emptore poſſit? Imò quàm optima & expedita: nem-
pe ſic inita conuentione, non vt res retrouendatur aut
reſtituatur, ſed vt oblato intra dictam diem pretio fun-
dus inemptus fiat, vt in ſpecie *l. ſi à te 7. C. de pact. inter
empt. & vendit.* Huius enim conuentionis poteſtas illa
eſt, vt ſatisfaciente ex parte ſua venditore, reſolua-
tur ipſo iure venditio & conſequenter nunquam domi-
nus emptor fuiſſe videatur, nec proinde ius habuiſſe
conſtituendi pignoris, aut imponendæ ſeruitutis, quo-
niam neutrum fieri poteſt ab eo qui non ſit dominus.
Quo magis æqua videri debet ſententia noſtra quę em-
ptori emptoriſque creditorib. fauet ſoliuſque vendito-
ris vtilitatem impugnat, cui ſane imputari poteſt cur
vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ac non potiùs
eam conuentionem adhibuerit, cuius poteſtate venditio
reſolui quandoque poſſet: quo caſu nec venditori neceſ-
ſaria eſſet autoritas ſtatuti ad agendum contra tertium
poſſeſſorem, non quidem ex pacto, ſed directa dominij
vindicatione, acſi nulla vnquam venditio facta eſſet.

ERROR II.

De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione læſio immodica & enormis interuenit.

SVMMARIA.

1 *An valeat oppignoratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſa petita propter immodicam læſionem reſtitutionis.*
2 *Bartoli ſententia affirmans autori probata.*
3 *Bartoli ſententia negans à Pinello defenſa.*
4 *Hanc ſententiam male inde firmari, quod reſoluto iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui ius acceptoris, & nu. 26.*
5 *Male quoque ſtatuminari ex l. 31. D. de pignor. vbi vectigali, fundo oppignerato, & emphyteuta canonem non ſoluente, fundus ad dominum redit, ipſo iure ac pignus euaneſcit.*
6 *Plus iuris habet dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit.*
7 *Error Baldi & ſequacium.*
8 *Quo ſenſu dicatur conſolidari dominium vtile cùm directo.*
9 *Cur finiatur ius ſeruitutis ſeu pignoris ab emphyteuta conſtituti, eo canonem non ſoluente.*
10 *Quod de reſolutione pignoris in fundo vectigali conſtituti dictum eſt, non poſſe locum habere in venditione, quæ propter immodicam læſionem reſcinditur.*
11 *Error Bartoli, Baldi & aliorum de cardine quæſtionis.*
12 *Venditio propter immodicam læſionem non dicitur reſolui, ſed reſcindi & nu. 20.*
13 *Reſolutio quæ fit ex lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus etiam neceſſaria.*
14 *Caſus quo reſolutio venditionis eſt merè voluntaria.*
15 *Quamuis in nudam emptoris voluntatem conferri poſſit reſolutio venditionis, non tamen poteſt in eiuſdem voluntatem conferri ius pignoris, quod emptor ipſe conſtituiſſet in re cuius tunc vere dominus erat.*
16 *Error Bartoli in aſſignanda cauſa propter quam in l. 4. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addict. finitur pignus*
17 *Lapſus Emanuelis Soarez.*
18 *Vnde æſtimanda ſit voluntaria aut neceſſaria reſtitutio rei emptæ ſub pacto addictionis in diem, aut legis commiſſoriæ.*
19 *In ſpecie l. 4. §. ſed & Marcellus. D. De in diem add. venditionem reſolui: in ſpecie verò l. 2. C. de reſc. vendit. reſcindi,*
20 *Error Pinelli reſciſſionis & reſolutionis nomina confundentis.*
21 *In ſpecie l. lex vectigali. 31. D. de pignorib. nullam eſſe obligationem perſonalem cuius poteſtate contractus reſcindatur, aduerſus Pinellum.*
22 *Aliud eſſe diſſolui pignus, aliud finiri.*
23 *Obiectio Pinelli. & eius dilutio.*
24 *Qui alienare poteſt, multo magis & obligare poterit.*
25 *Exceptio.*
26 *Varij errores Pinelli exploſi.*

1 COGIT nos vtilitas huius quæſtionis, † &
quæ illi eſt affinitas cum ſuperiore, vt in-
ſtitutum tractatum de venditone facta ſub
pacto de retrouendendo aliquantulum in-
terrumpamus. Etſi enim ſatis liquet ex ſuperioribus,
quid nos ad hanc quoque quæſtionem ex vera rectaque
2 que iuris ratione reſpondendum arbitremur, valere †
ſcilicet oppignerationem rei quæ poſtmodum redeat ad
venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſio-
nem reſtitutionis, nec ob id ſolum pignus intercidere,
quod ab emptore qui rem pignori dederat ea res auoce-
tur, quod & Bartolus ſenſit ad *legem* 4. *§. ſed & Marcel-
lus D. de in diem addict. ad l. ſi res* 3. *D. quib. mod. pign.
vel hypoth. ſoluit.* & ad *l. in diem* 8. *D. de aqua pluu. arc.*
cuius ſententiam magis communiter receptam eſſe te-
ſtatur Boerius *deciſ.* 181. *num.* 10. Video tamen contrari-
3 am † opinionem quę Baldi primum fuit ad *legem* 2. *quæ-
ſtion.* 13. *C. de reſcind. vendit.* à recentioribus interpre-
tibus, & à pragmaticis noſtris magis probatam, quam
& veriorem eſſe defendit Arius Pinellus Doctor ſanè
alioqui non inſubtilis in ſuis *d. l.* 2. commentariis *cap.*
3. *part.* 2. *numer.* 11. *& ſeqq.* vbi præfatur ob varietatem
Doctorum & conflictum rationum egere quæſtionem
hanc regia deciſione. Illud vero non poſſum non mirari
tam improbabilem ſententiam tot tantóſque aſſertores
habere potuiſſe, quibus ad eam comprobandam, nec ra-
4 tio † alia meliorve occurrit, quam quod reſoluto, in-
quiunt, iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui etiam ius
acceptoris, *ex lege lex vectigali* 31. *D. de pignor. lege de-
bitor.* 40. *§. vltim. D. de pignor. act.* Quam tamen ratio-
nem iam olim Bartolus non male confutauit, obſeruans
5 † in ſpecie *dict. l. lex vectigali*, auocari rem præciſè abſ-
que vllo conſenſu eius qui rem obligauit, in propoſita
vero quæſtione non auocari niſi interueniente facto &
voluntate emptoris, id eſt nolente illo iuſtum pretium
ſupplere. Nam quod Baldus replicat vt obiectionem
ſuam tueatur Ex facto debitoris non ſoluentis canonem
domino directo, conſolidari dominium vtile cum dire-
cto, cum ſoluendo canonem vitaret ille commiſſum: nec
eo minus tamen reſcindi hypothecam ab emphyteuta
conſtitutam, remque ad dominium liberam redire, nec
Pinellus ipſe probare poteſt qui argumentum hoc à re-
motis eſſe ait, neque reſpicere tempus auocationis. De-
buit potius dicere longè diuerſum eſſe caſum illum ab
eo quem nos tractamus. Nam licèt in emphyteutæ pote-
ſtate ſit vt canonem ſoluat atque ita commiſſi pœnam
effugiat, ſi tamen in ſoluendo negligens ſit & contu-
max, cadit à iure ſuo ex lege & conuentione emphyteu-
ſis ab initio dicta cuius poteſtate contractus emphyteu-
ticarius ipſo iure reſoluitur, ita vt nullum emphyteutæ
factum interuenire neceſſe ſit ſufficiente ipſo non fa-
cto, quemadmodum in lege commiſſoria, & pacto addi-
ctionis in diem, aliiſque ſimilibus contingeret, *lege* 2.
6 *& vlt. Cod. de iur. emphyt.* Imò verò plus iuris † habet
dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege
commiſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit,
quod quandiu venditionis reſolutio eſt in pendenti,
emptor ſolus eſt dominus, nec quicquam iuris habet
venditor in ea re cuius plenum dominium tranſtulit in
emptorem, niſi quod euenire poteſt vt res fiat inempta
ſi pacti conditio extiterit *dict. §. ſed & Marcellus.* At
tum etiam cum emphyteuta dominus eſt rei emphyteu-
ticæ & quandiu contractus emphyteuticarius ſubſiſtit,
ius dominij directi penes eum eſt, qui fundum in em-
phyteuſim dedit. Nec enim dominium vtile vllum eſſe,
aut intelligi poteſt niſi ex comparatione directi, quia
per ſolam à directo ſeparationem conſtituitur. Proinde
facilius eſt vt dominium vtile cum directo conſolide-
tur, quàm vt dominus fiat is qui anteà per aliquod
tempus dominij ius nullum habuerit. In eoque magnus
7 † certe Baldi error eſt & pragmaticorum omnium exiſti-
mantium cadente emphyteuta à iure ſuo ob factam in
ſolutione canonis ceſſationem redire rem ad dominium
directum, quaſi dominium illud vtile quod in eum vſ-
que diem fuerat penes emphyteutam exinde acquiratur
domino directo. Neque enim poteſt videri redire do-
minium ad eum à quo nunquam abſceſſerit ſi de directo
intelligas, ſin de vtili, fuit quidem illud emphyteutæ
quandiu contractus emphyteuticus ſubſiſtit, ſed ita ta-
men vt amiſſum ab emphyteuta non potuerit recurrere
ad dominium directum, quia nunquam dominium vtile
concurrere poteſt cum directo in vna eademque perſo-
na. Et cum dicimus conſolidari dominium † vtile cum
directo, non illud ſignificamus quod vulgo pragmatici
putant, incipere dominium directum vtile quoque do-
minium habere, ſed illud potius vtile dominium finiri
& extingui conſolidatione, quomodo etiam dicimus
finiri vſumfructum. Nam quemadmodum vſusfructus
nullus eſt qui ſit cum proprietate coniunctus vt à no-
bis pluribus ſcriptum & comprobatum eſt *lib.* 15. *Con-
iect. cap.* 18. ſed conſtituitur per ſeparationem à pro-
prietate, ita nec dominium vtile vllum eſt quod cum di-
recto poſſit eſſe coniunctum, ſed ſit vtile per diſtinctio-
nem & ſeparationem à directo. Rurſum ſicuti vſusfru-
ctus finitur conſolidatione, ſed ita tamen vt non idcir-
co acquiratur proprietario, ita & dominium vtile extin-
guitur per conſolidationem, nec ob id tamen acquiri-
tur domino directo, cui nimirum ſatis eſt quòd dominus
directus ſit, dum nec alius quiſquam ſit vtilis. Itaq; cũ *per
commiſſum* † nihil iuris acquiratur domino directo, ſed
tantum cadat dominus vtilis à iure ſuo per eã quæ ipſo
iure ſit contractus reſolutionem, mirum non eſt finiri ius
pignoris aut ſeruitutis, ſi quod ab emphyteuta medio
tempore fuerat conſtitutũ, quaſi ab eo conſtitutum, qui
licèt vtilis dominij ius tum habuerit, cœpit tamẽ poſteà
in eo eſſe, vt nec dominiũ, nec aliud ius vllum in ea re
vnquã habuiſſe videatur. Quod in † vẽditione quæ pro- 10
pter enormem & immodicam lęſionem reſcinditur, pror-
ſus diuerſũ eſt. Nã ſiue huiuſmodi venditionem reſcindi
dicas officio iudicis, vt nos quidem dicendum arbitra-
mur, ſiue impetrata, vt vulgò creditur, in integrum re-
ſtitutione, de quo ſcripſimus *Decad.* 7. *cap.* 7. non po-
teſt ea reſciſſio facere vt emptor qui per traditionem ex
cauſa venditionis factam plenum rei venditæ dominium
nactus eſt, nunquàm dominus fuiſſe exiſtimetur nec
proinde vt dici poſſit nullo iure pignus aut ſeruitutem
conſtituiſſe, ſi fortè eam rem pignori dederit, aut ei ſer-
uitutem impoſuerit. Reſciſſio namque ſupponit con-
tractum tenere, cùm alioqui fieri nequeat vt id quod
nullum eſt reſcindatur, ſicut in ſuperioribus diximus
pactum de retrouendendo adeóque ipſam retrouendi-
tionem ſupponere præcedentem, eámque validam ven-
ditionem: nec ferre poſſum quod pragmatici noſtri &
ipſi quoque interpretes pro vero habent vt contractus
reſciſſio & reſolutio pro eodem accipiantur, eiuſdem-
que hac parte momenti ſint & effectus. Et in hoc ſanè
verſatur cardo totius huius quæſtionis. Nam ſi ex bene-
ficio *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* venditio propter immodi-
cam læſionem reſolueretur, dici fortaſſis poſſet reſoluto
iure datoris reſolui ius acceptoris, aut ſaltem de eo quæ-
ri oporteret, quiſnam eius regulæ rectus ſenſus eſſet.
Sed cùm venditio tantùm reſcindatur, non reſoluatur,
ſoláque reſolutio non etiam reſciſſio facere poſſit vt in-
empta res fiat, plane non video quam rationem habeat
quod iſti volunt, reſciſſa venditione ex huiuſmodi cauſa
finiri ius pignoris aut ſeruitutis, quod ab emptore eo-
demque tunc vero domino fuerit conſtitutum. Et in
hoc ſanè fatendum † eſt non modo Baldum & quotquot 11
illius opinionem ſequuntur, ſed ipſum etiam Bartolum
erraſſe, ob non benè perceptam verborum ſignificatio-
nem. In eo namque conſiſtere quæſtionem Bartolus
putat, An reſolutio iſta quam fieri putat per venditionis
reſciſſionem voluntaria ſit, an neceſſaria, nec in alio la-
borat, niſi vt probet eſſe voluntariam, quaſi aliud fuerit
exiſtimaturus

exiſtimaturus ſi neceſſaria probaretur. Ob idque qui con-
tra Baldum ſentiunt, omnes argumentorum ſuorum ma-
chinas eò conuertunt vt probent reſolutionem hanc
neceſſariam eſſe, non voluntariam. Huc enim pertinet
quod poſt alios Pinellus pro Baldo obiicit rei reſtitutio-
nem quæ fit ex remedio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* fieri ex
actione, iudicio, & ſententia, quæ omnia redduntur
in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Item-
que quod addit non dici actum voluntarium in quo da-
tur neceſſitas, etiamſi ex duobus alternatiuè debitis ele-
ctio côuento detur ex *l. illud* 25. §. 1. *D. de conſtit. pecun.*
& l. quæ ſub conditione 8. §. *ſi quis. D. de condic. inſtit.* Egò
vero ridiculam quæſtionem hanc eſſe arbitror, an reſo-
lutio huiuſmodi voluntaria ſit an neceſſaria, quia nego
12 eſſe reſolutionem, † dico eſſe reſciſſionem. Si eſſet re-
ſolutio venditionis, dicerem intrepidè cum Baldo, reſo-
luto iure emptoris reſolui debere ius creditoris & alte-
rius cuiuſlibet qui cum emptore contraxerit. Nec valdè
laborandum putarem an reſolutio voluntaria an neceſ-
ſaria dici deberet. Id eſt an ex ipſius emptoris, an ex al-
terius tertij voluntate penderet, dum ne in meram em-
ptoris voluntatem collata eſſet. In quo rurſum diſſen-
timus à Bartolo non minus quam à Baldo. Neque enim
13 negari poteſt reſolutionem quæ † fit ex vi legis com-
miſſoriæ aut pacti addictionis in diem voluntariam eſſe
magis quam neceſſariam, ſi ad id reſpicias quod in em-
ptoris poteſtate eſt vt pretium ſoluat intra dictam diem,
atque ita impediat ne lex committatur aut vt meliorem
afferat conditionem, nec ſuperuenientis alterius empto-
ris licitatione & adiectione vinci ſe patiatur *l. licet 7 cum*
l. ſeq. D. de in diem addict. l. vlt. & paſſ. D. de leg. commiſſ.
Sed tamen non inde poſſis inferre adeo voluntariam eſſe
hanc reſolutionem, vt non ſit aliquatenus etiam neceſ-
ſaria, quandoquidem in nudam & ſimplicem emptoris
voluntatem collata non eſt. Fit enim emptore inuito,
vt reſoluatur venditio ſi pretium ad diem ſolutum non
ſuerit, aut ſi intra dictam diem melior conditio allata
ſit, licèt ab initio facere ille potuerit ne lex committe-
retur ſi aut pretium ſoluiſſet, aut licitatione ſuperaſſet.
14 Aliud erit ſi ponas † diſtractam rem fuiſſe hac lege adie-
cta, *niſi emptori diſplicuiſſet*, vt in *l. 3. in fin. D. quib. mod.*
pign. vel hypoth. ſoluit. Non enim dici vllomodo poteſt
reſolui hanc venditionem inuito emptore quæ non
alia de cauſa reſoluitur, quàm quia res vendita diſplicet
emptori: Et quamuis perinde fieri poſſit vt facta vendi-
tione ſub lege commiſſoria, aut pacto addictionis in di-
em emptor ideo rem inemptam fieri patiatur, quod ei
diſpliceat res vendita, cuius pretium alioqui intra diem
dictam ſoluturus fuiſſet, vel acturus, non tamen perinde
haberi venditio debet acſi facta eſſet ſub ea lege *niſi em-*
ptori res diſplicuiſſet, ſiue quod nouum non ſit, vt quod
eſt in iuris regula, expreſſa noceant, quæ non expreſſa
non nocerent, vt & in *l. ſi ita legatum 65. §. De legat.* 1.
ſiue potius quod è contrario fieri etiam poſſit, & verò
plerumque fiat vt etiamſi maxime emptor velit, pretium
tamen ad dictam diem ſoluere, vel augere non poſſit,
præ anguſtia rei familiaris aut qua alia ratione. Quo
tamen caſu non minus cômittitur lex venditionis, quia
ſufficit pretium ſolutum, vel auctum non fuiſſe, ſiue vo-
lente ſiue inuito emptore acciderit vt legi quæ vendi-
tionis reſolutionem impedire poterat ſatisfactum non
15 ſit. Et ſanè quamuis abſurdum non ſit † in nudam me-
rámque emptoris voluntatem conferri reſolutionem
venditionis (tametſi in eiuſdem voluntatem contrahenda
venditio côferri nô poſſet, quia non ſicut obligatio quæ
contrahitur, ita & quæ reſoluitur vinculum vllum ha-
bet, dandique aut faciendi aliquã neceſſitatem) abſurdum
tamen eſſet, ac iniquum in emptoris voluntatem con-
ferri ius pignoris quod emptor ipſe conſtituiſſet in ea re
cuius tùm dominus vere fuiſſet. Quid enim poſſit ven-
ditor imputare creditori cum vero domino contrahenti?
Aut cur grauiter ferat, reſoluta quoque venditione pi-
gnus tamen ab emptore conſtitutum ſubſiſtere, qui in
mera eiuſdem emptoris voluntate poſitum voluit an res
maneret empta, an verò fieret inempta? Nam cùm dubi-
tare non poſſet quin emptori obligare pignori eam rem
liceret, cuius dominium ex iuſta emptione acquiſiuiſſet,
an non ſciuit, aut ſcire debuit, fore vt pignus quod vti-
liter contractum ſemel eſſet, ſola debitoris voluntate
poſteà diſſolui, aut quod non omnino idem eſt, finiri
non poſſet? Eaque proculdubio ſententia & ratio eſt *d. l.*
ſi res 3. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſol. nec à Bartolo.
nec ab alio fortaſſe vllo antehac intellecta. Sed & in eo
Bartolus † errat quod in ſpecie *d. l. 4. § ſed & Marcellus.* 16
D. de in diem addict. id eſt facta venditione ſub pacto
addictionis in diem, réque vendita interim per empto-
rem obligata, ſi alius meliorem conditionem attulerit,
pignus ideo finiri putat, quòd rem ipſam hoc caſu præ-
ciſè reſtituere emptor teneatur. Etenim vt non malè Pi-
nellus argumentatur, non poteſt dici præciſa reſtitutio,
inſpecto ſaltem tempore pignoris conſtituti, cùm in
poteſtate emptoris tunc fuerit efficere ne rem illam vn-
quam reſtituere teneretur, nimirum ſi tunc pretium
ſoluere vel poſtmodum ad noui emptoris licitationem
adiicere voluiſſet. Quamquam in pacto addictionis
in diem difficilius hoc eſt quàm in lege commiſſoria, ſi-
quidem euenit ſæpius vt qui licitatione vincere maximè
vellet, inuitus ab alio ſuperetur: creſcente per alternam
inuidiam pluris licitandi calore. Nam quod Emanuel † 17
Soarez ad Pinellum adnotauit, emptorem, cui in diem
addicta res fuit, poſſe pro eodem pretio quod alius offe-
rat eandem rem retinere, ridiculum eſt, & iis ipſis legibus
quas Pinellus adducit contrarium. Idque vel nomen ip-
ſum adiectionis & licitationis oſtendit. Neque ad rem
facit quod ſcriptum eſt in *l. ſi emptionem 35. D de minor.*
qua Soarez mouetur: Habet enim lex illa ſpecialem ra-
tionem, quam nos ſequenti capite proponemus. Poſſit
tamen quis pro Bartolo contra Pinellum reſpondere,
quod Pinellus ipſe contrà Baldum reſpondit nimis à
remotis petitum eſſe argumentum, ſi in æſtimando † an 18
voluntaria an neceſſaria & præciſa ſit rei reſtitutio, aliud
quàm ipſum auocationis tempus inſpiciatur. Nam cùm
omnibus conuentionibus illud commune ſit vt ſint vo-
luntariæ *l. ſicut 4. C. de oblig. & act.* conſequens eſſet,
inſpecto initio voluntariam dicendam fore illam quo-
que reſtitutionem quæ fieret ex conuentionis neceſſita-
te. Porro auocationis tempore inſpecto, negari non po-
teſt quin præciſa & neceſſaria reſtitutio ſit quæ fit poſt
venditionem ex lege commiſſoria aut pacto in diem ad-
dictionis reſolutam, quia exinde non fuit in emptoris
poteſtate vt aliud quàm rem ipſam reſtitueret, licet ab
initio facere potuerit ne venditio reſolueretur. Sed tamé
ſi aliud nihil pro Bartolo reſponderi poſſet, vrgere ad-
huc liceret pro Baldo, idem euenire cùm reſciſſa vendi-
tione in cuius pretio immodica læſio interuenit res ab
emptore auocatur per venditorem. Etſi enim ab initio
adeoque poſt condemnationem habet emptor electio-
nem vtrum rem ipſam reddere pretio quod dederat re-
cepto an iuſtum pretium ſupplere malit, ſi tamen in fa-
cienda electione, aut electa pretij ſuppletione, in eo
ſoluendo moram committat, non aliæ iudicis partes eſſe
poſſunt, quàm vt ei præſtituat diem intra quam eligere,
aut ſi iam id elegerit iuſtum pretium ſupplere iubeatur,
id ni faciat res ipſa præciſe ab eo auocetur. Quo caſu ne-
mo non videt poſt elapſam diem incipere reſtitutionem
& auocationem rei eſſe præciſam quæ primum fuerat
voluntaria. Itaque pro Bartolo † ea potius reſponſio pro- 19
banda eſt quam attulimus, quod in ſpecie *d. §. ſed &*
Marcellus, Venditio facta ſub pacto addictionis in diem
reſoluatur ſola pacti poteſtate, in ſpecie autem *d. l. 2. C. de*
reſcind. vendit. venditio propter immodicam læſionem
non reſoluitur, ſed reſcinditur, tantum abeſt vt ea dici
poſſit reſolutio neceſſaria, licet auocatio poſſit eſſe neceſ-
ſaria & præciſa, emptore ſcilicet vel eligere, vel electam
iuſti

iuſti pretij ſuppletionem facere nolente aut diutius cun-
ctante. Et ridicule Pinellus vt Baldum tueatur, confun-
dit iura † & nomina *reſolutionis* & *reſciſſionis*. Non in eo 20
ſolum quod reſciſſionem quæ fit ex cauſa immodicę læ-
ſionis reſolutionem vocat, ſed in eo etiam & multo ine-
ptius,† quod in ſpecie *l.lex vectigali*, tractari ait de obli- 21
gatione perſonali ratione rei per quam obligationem
ius debitoris, inquit, in eadem re reſcindatur,& con-
ſequenter hypotheca interim contracta. Nam imo vero
in ea ſpecie dicendum eſt, reſolutionem contractus fieri
non reſciſſionem, negandumque obligationem perſona-
lem vllam eſſe quæ ius debitoris poſſit extinguere. Lex
enim vectigali fundo dicta proponebatur vt ſi poſt cer-
tum tempus vectigal ſolutum non eſſet,is fundus ad do-
minum rediret, id eſt nunquam vectigalis fuiſſe videre-
tur, quæ conuentio haud dubiè contractus reſolutoria
eſt. Nam quod conuentio ſic habet vt fundus ad domi-
num redeat non ſic accipi debet quaſi dominium vtile
fundi quod acquiſitori fuerat quæſitum transferatur
rurſum in concedentem qui ſanè dominus ſemper man-
ſit. Vectigales enim agri vocantur qui in perpetuum lo-
cantur *l.1.in princip.D.ſi ager vectig.* id eſt *empht.petat.*
Locatio autem quantumuis perpetua dominium trans-
ferre nunquam poteſt, quamuis placuerit conductori
dandam eſſe in rem actionem non ſolùm aduerſus quem-
libet poſſeſſorem, ſed & aduerſus ipſum concedentem,
ita tamen ſi vectigal ſoluatur, vt eadem lex ait. Itaque
conuentionis poteſtas in eo tantum elucet, vt quandiu
pro eo fundo vectigal pendatur, tandiu neque ipſi qui
conduxit, neque his qui in locum eius ſucceſſerunt au-
ferre eum liceat, contra vero ſi vectigal non pendetur,
auferre licet ſcilicet poſſeſſionem, non dominium fun-
di: Ex quo apparet in vectigalis fundi conceſſione non
tam id agi vt perſonalis aliqua obligatio contrahatur,
quam vt fundi poſſeſſio in accipientem transferatur cer-
ta lege, cui ſi non parebitur, tum demum res auocari &
auferri poſſit. Etſi non nego locatorem ſi malit agere
ad vectigalis ſolutionem, habere in eam rem paratam ex
locato actionem quæ merè perſonalis eſt, neque cogen-
dum vt contractus ſui legem inuitus exerceat ſicut nec
venditor legem commiſſoriam exercere cogitur ſi nolit
l.3.D.de leg.commiſſ. quia ſicut lex illa in fauorem ven-
ditoris,ita hæc ſolius locatoris commodo adiecta intel-
ligi debet.Sed hoc tamen contendo aduerſus Pinellum,
nullam hic obligationem perſonalem eſſe cuius poteſta-
te contractus reſcindatur, quoniam vel iure ſuo vti, &
contractus legem exercere locator volet, vel nolet.Si vo-
let,nulla perſonalis eo caſu obligatio eſt quam propone-
re aut poſſit aut debeat, ſufficitque impletam eſſe con-
ditionem ad contractum reſoluendum: Reſolutio enim
non obligationis, ſed conuentionis ſolius & conditio-
nis poteſtate fit:Cur namque obligationem perſonalem
inducamus ad hoc vt contractus ipſo iure reſoluatur,id
eſt vt ne quidem vlla ex eo vnquam nata obligatio eſſe
intelligatur? Implicat ſcilicet contradictionē vt compe-
tat obligatio aliqua ex contractu qui non amplius re-
ſoluendus ſit, ſed iam ipſo iure reſolutus. Si verò lo-
cationis perpetuæ legem exercere locator nolet, &
vectigalis ſolutionem vrgere malet, ſupererit qui-
dem perſonalis obligatio ex iuſto contractu profecta,
ſed quæ tantum abeſt vt contractum reſciſſura ſit, vt
nec aliam ob cauſam ſuperſit quam quòd contractus
ſubſiſtat,ita volente locatore,ac moræ purgationem quæ
alioqui nulla fieri poſſet vltrò admittente. Proinde
quis iam miretur reſoluto iure conductoris perpetui,
reſolui quoque & finiri pignus quod à conductore fue-
rat conſtitutum? Aut quis ex eo inferat, ſimiliter reſolui
& finiri debere pignus ab emptore datum, ob id ſolum
quod venditio reſciſſa ſit ex cauſa immodicæ læſionis?
Nemo prorſus niſi qui cum Pinello & aliis interpretibus
confundere velit non tantum nomina, ſed etiam iura
reſolutionis & reſciſſionis. Sicut autem inter reſolutio-
nem & reſciſſionem contractus quam maxime intereſt,
ita & illud obſeruandum eſt quod nos ſupra iam attigi-
mus, longe aliud eſſe † ſi quis pignus diſſolui dicat, 22
aliud ſi finiri. Diſſoluitur pignus & vero diſſoluendum
neceſſariò eſt quod ita datum fuit,vt aliquando tenuerit,
nec in eo vſquam ſit, vt nunquam datum fuiſſe videa-
tur. Finitur verò quod deſinit pignus eſſe:Cúmque fieri
nequeat, vt pignori eſſe deſinat ea res, quæ ſemel rectè
& vtiliter obligata fuit, quin creditori ſolutum aut ali-
ter eo nomine ſatisfactum fuerit, apparet nec illud fieri
poſſe vt finiatur pignus niſi quod reſoluitur, id eſt in
eum ſtatum deducitur, vt nunquam contractum fuiſſe
exiſtimetur:quod ipſum non alio caſu euenit quam quo
vel contractus ipſe in quo de pignore conuenit reſol-
uatur, vel alius ex quo ius dandi pignoris nactus ſit is
qui pignus dedit. Itaque reſolui & finiri pignus pene
idem eſt, diſſolui verò diuerſum. Diſſoluendum enim
pignus illud eſt quod alioqui duraret, non quod ipſo
iure finitum ſit, & reſolutum. Iam verò quod Pinellus
† poſt Tiraquellum obiicit, ita poſito iure vt etiam poſt 23
reſciſſam ex cauſa immodicæ læſionis venditionem du-
ret pignus quod ab emptore intereà conſtitutum fuit,
euenturum facile vt æquitas *lege 2. Cod. de reſcind.ven-
dit. eludatur*, ſcilicet ære alieno per emptorem onerata
re vendita, prorſus ridiculum eſt. Cum venditoris in-
demnitati cõmodiſſime poſſit conſuli, emptore in omne
id condemnando quod hanc ob cauſam poteſt intereſſe
venditoris. Neque enim æquum eſſet venditoris damno
& incommodo cedere pecuniam emptori creditam, &
cuius lucrum ac commodum emptor ipſe percepiſſet
Nec quod emptor pignus dando iure ſuo vſus ſit, face-
re poteſt ne reſciſſa venditione indemnitatem illam præ-
ſtare teneatur,maxime ſi cum pragmaticis noſtris putes
reſciſſionem hanc fieri beneficio reſtitutionis, quia ne-
que in integrum reſtituta omnia dici poſſent,ſi deterio-
re conditione res nunc eſſet penes venditorem, quam
futura erat ſi venditio facta non fuiſſet. Præſertim cum
poſſit imputari emptori,cur non potius iuſti pretij ſup-
pletionē elegerit, quo tamen caſu nemo nō videt futurū
vt pignus quod ipſe conſtituiſſet luere etiam ipſe non
venditor deberet. Ergo ſi rem reſtituere malit, cur non
perinde condemnabitur venditori in id omne quod ven-
ditor ob ipſius factum præſtare cogendus ſit creditori?
Alioqui ſane legis æquitas circumueniretur, eligente
ſemper emptore reſtitutionem rei, nunquam verò iuſti
pretij ſuppletionem, vt venditoris ſui incommodo ce-
deret pignoris datio, non ſuo. Neque vero aliter aut
Bartolum aut alios ſenſiſſe credendum eſt.Nam & ſi em-
ptor hic rem ſibi venditam non ſolum obligaſſet, ſed
etiam in ſecundum emptorem alienaſſet, fatentur om-
nes, quod nec Pinellus negat, dari actionem ad pretium
aduerſus emptorem qui vendidit, quidni ergo & ad in-
demnitatem ſi non vendidit ſed obligauit? Ita enim fit
vt eadem ſit ratio partis pro parte, quæ totius pro toto,
nec in eo ſolum quod emptor qui rem obligauit æquè
condemnatur indemnitatis nomine,atque condemnare-
tur ad totum pretium ſi rem alienaſſet, ſed in illo etiam,
quod quemadmodum permittimus emptori vt eam rem
in qua vēditor immodice læſus fuit alienet, ita & multo
magis, vt eam rem obliget. Inauditum enim eſt vt cui
plus licet, non liceat quod eſt minus, vtque obligandi
† ius non habeat qui habet ius alienandi, ſi maritum 24
excipias † cui lex Iulia permiſit vt fundum dotalem 25
conſentiente muliere poſſet vendere, oppignerare non
item §.1 *Inſtit.quibus alien.licet vel non*, ſpeciali ratione,
& dotium fauore, quod oppignerationi facilius quam
alienationi conſenſura mulier videretur Nec video cui
placere poſſit diſſimilitudinis ratio illa, quam Pinellus 26
† adfert, quod cùm primus emptor rem alienauit, nulla
competat actio venditori niſi ad pretium, nec proinde
queri poſſit de reſoluendo iure ſecundi emptoris cum
per auocationem quæ nulla ſit, ne quidem primi empto-

ris

ris ius reſoluitur: quod, inquit, diuerſum eſt, ea re pignori tantum data, quoniam oppignoratio non impedit auocationem, cuius poteſtate putat ille fieri venditionis reſolutionem. Nam in eo ſemper errat & cæcutit Pinellus quòd auocationem hanc ſic fieri putat, vt venditio reſoluatur, quæ tamen vt probauimus, non reſoluitur, ſed reſcinditur: Ideoque non magis cum res auocatur quam cum non auocatur locus eſſe poteſt regulæ quæ habet, Reſoluto iure datoris reſolui quoque ius acceptoris. Sicut è contrario perinde vtroque caſu reſcindi venditionem neceſſe eſt, vt alienata re per primum emptorem poſſit venditor aduerſus eum agere ad pretium iuſtum & verum: quod ſane priore venditione ſalua & ſubſiſtente deberi non poſſet. Falſum igitur eſt, quod ſupradicto loco Pinellus concludit *numero duodecimonono*, limitari hoc caſu vulgatem illam regulam de toto ad partem *leg. qua de tota* 17. *D. de rei vindic.* Nam aut limitatio illa quærenda, aut prorſus nulla eſt.

ERROR III.

De ſpecie & ſententia l. ſi in emptionem 35. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Facta venditione ſub pacto addictionis in diem non poteſt emptor pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem retinere.*
2 *In oppoſitum Emanuelis Soarez ſententia.*
3 *Soarez abuti leg. ſi in emptionem 35. D. de minorib. cuius ſpecies ſententia & ratio declarantur.*

PERTINEBIT hoc caput ad ea quæ de in diem addictione proximè diſputauimus. Separandum enim fuit, ne quod multi faciunt, propoſitam quæſtionem ſatis alioqui difficilem & obſcuram, confuſis & implicitis aliis & difficiliorem & longiore tractatu obſcuriorem redderemus. Diximus obiter 1 facta venditione † ſub pacto addictionis in diem non eſſe permittendum emptori, vt aucto per alium pretio eam rem pro eodem pretio retinere poſſit, ni augere & adiicere ipſe etiam velit: quod ſane apertiſſimis verbis ſcriptum eſt in *leg. licet ſeptima, cum ſeq. D. de in diem addict.* Et tamen non deſunt ex pra- 2 gmaticis † noſtris qui contra putent, decepti, vt video, autoritate Emanuelis Soarez, qui in ſuis ad Pinellum annotatiunculis eo ipſo loco quem nos proxime agitauimus, & primus, quod ſciam defendit audacter, audiendum eſſe emptorem ſi idem pretium offerat quod alius obtulit, & non maius. *Ex leg. ſi in emptionem 35. D. de minor.* vbi Hermogenianus 3 † ſcribit, ſi in emptionem penes ſe collocatam minor adiectione ab alio ſuperetur, inplorantem eum in integrum reſtitutionem audiri debere, ſi probet ſua intereſſe rem illam emptam fuiſſe, veluti quod maiorum eius fuiſſet ſed ita tamen, inquit lex, vt quod ex licitatione acceſſit, offerat venditori. Mihi verò ea lex videtur propriam & ſpecialem habere rationem in cauſa reſtitutionis in integrum quæ minori datur. Non quod hac parte minor ſit fauorabilior maiore vt pro eodem pretio poſſit vincere collicitantem, quandiu tempora adiectionem patiuntur. ſed quia poſt elapſum licitandi & adiiciendi tempus, ſi in hoc ipſo læſus fuerit, quod ſe vinci paſſus eſt, reſtitui in integrum poteſt beneficio ætatis, qui ſi maior eſſet, reſtitui nullomodo poſſet. Cúmque ea reſtitutio non niſi poſt addictionis in diem impetretur (quia nec ante læſus minor videri deberet, qui ſi pluris licitari vellet, vinceret) non aliud ſane pretium offerre minor cogendus eſt, quam quod ab emptore eodemque victore oblatum fuerit, & conſtitutum. Nam cùm venditori pretium illud offerendum ſit, vt lex ait, non poteſt vtique pluris intereſſe venditoris, qui non niſi tanti æſtimauit re ſua carere. Videri poſſet intereſſe potius emptoris, eo ſaltem caſu, quo pretium adhuc augere vllet, eundemque minorem licitatione rurſum ſuperare. Ne alioqui eueniat, vt per impetratam reſtitutionem melior ſit conditio minoris, quàm futura eſſet rebus omnibus integris, quod vel ab ipſo in integrum reſtitutionis nomine abhorret. Alioqui facile fuerit minori fraudem comminiſci, & aſſequi ſi prima vel vnius nummi adiectione vinci ſe patiatur, vt poſtmodum petita reſtitutione pro eodem pretio vicerit, qui nec ſi duplum tunc obtuliſſet, vincere tamen fortaſſis potuiſſet. Verum non ita eſt, minorique hac in re magis fauemus quàm emptori, dum ne tamen fraudis conſilium vllum probetur (hoc enim pro excepto ſemper haberi debet, præſertim cum tractatur de reſtitutionibus in integrum, quas ſola æquitate niti conſtat) quia conuentionis, id eſt, addictionis quæ in diem facta fuerat, verba non patiuntur vt poſt eam diem adiectio aliqua recipiatur: nouaque in eam rem conuentione ad nouum diem dicendum opus eſſet, quam porro minor vt ineat, cogi nullomodo poteſt, licet quam maxime actor ſit, & quidem voluntarius, in petenda reſtitutione. Ex quo maximum certè argumentum ſumi poteſt aduerſus eos, qui minori ſubueniendum putant contra lapſum temporis conuentionalis, vt tantumdem temporis ei reſtituatur ad faciendum id quod intra tempus illud facere & potuit & debuit. Nam in ſpecie *d. legis. ſi emptionem*, reſtituitur minor non aduerſus lapſum temporis, ſed aduerſus omiſſam adiectionem. Alioquin ſi tempus in quod addictio facta fuerat reſtitueretur, non niſi cum ſua cauſa reſtitueretur: id eſt ita vt cogendus eſſet minor adiicere ad emptoris adiectionem, rurſuſque aliam eiuſdem adeoque alterius cuiuſlibet emptoris ad licitationem accedentis, adiectionem admittere, non ſecus ac ſi addictionis tempora nondum elapſa eſſent, vt contingeret, ſi aduerſus lapſum temporis legalis, vt ita dicam, reſtitutio impetraretur. In quo reſtitutionis genere dici ſolet, tantundem reddere reſtitutionem quantum læſio abſtulerat. *leg. ſed etſi vigeſimaſexta, §. ſi feria, cum ſeq. l. nec non vigeſimaoctaua, §. ſiquis ſæpius. D. quib. ex cauſ. maior.* Sed de tota illa quæſtione dicendum nobis erit fuſius alio loco. Hæc obiter & ferè extra rem dicta ſint.

ERROR IV.

De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, ſi poſt oppignorationem donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Pinelli, ſi donatarius rem donatã oppignorauerit, deinde donatio ex cauſa ingratitudinis reuocetur, reſcinditur hypotheca: non item alienatio, ſi res alienata proponatur.*
2 *Quam diuerſitatis rationem afferat Pinellus.*
3 *In oppoſitum autoris ſententia.*

4 Quantum

4 *Quantum interſit inter reuocationem donationis & reſolutionem.*
5 *Non poteſt reſolui pignus quod donatarius dedit ante donationis reuocationem.*
6 *Si donatario ingrato liceat rem donatam alienare, multò magis obligare.*
7 *Reuocatio donationis eſt noua dominij acquiſitio.*
8 *Differentia inter has conditiones ſi volet, & niſi nolet ratione reſolutionis conuentionis.*
9 *Quomodo ſibi cauere poſſit donator aduerſus alienationes & oppignorationes quæ à donatario fieri poſſunt.*
10 *Molinæus notatur.*

IN hac quoque quæſtione quæ nobiliores iuris interpretes diſſentientes habuit, diſputandum nobis eſt aduerſus Arium Pinellum qui ad *leg.* 2. *C. de reſcind. vendit.* & eo ipſo capite quod à nobis citatum eſt in ſuperioribus à pertinaciter defendit, ſi donatarius † rem ſibi donatam pignori dederit, deinde donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit, reſcindi vt ipſe loquitur, hypothecam, licèt fateatur, ſi quod magis eſt, alienatio aliqua per donatarium facta ſit, reſcindi eam non debere, quod & à Conſtantino expreſſim cautum eſt in *leg. his ſolis matribus* 7. *C. de reuoc. donat.* Quaſi abſurdum non ſit in hoc ſeparari hypothecam ab alienatione, *arg. leg. in quorum* 24. *D. de pignor.* Hac
2 vna diuerſitatis ratione, † quod cùm res donata eſt, tametſi poſteà reuocetur donatio propter ingratitudinem, nulla tamen actio donatori competit aduerſus tertium poſſeſſorem, ad rem auocandam, nec proinde donatio ipſa hac parte reſcinditur, quomodo reſcinditur, cùm donatione reuocata res ipſa quæ penes donatarium manſit, aut in eius ſaltem dominio & iure per donatorem auocatur. Ideóque putant noſtri poſteriore hoc caſu non etiam priore locum eſſe regulæ quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris ex *leg. lex vectigalis* 31. *D. de pignor* Sic enim Tiraq. in *leg. ſi vnquam.* in verb. *reuertatur. numer.* 172. *C. de reuocand. donat.* poſt alios congerit, præſertim Rip. in *leg. fin. quæſtione*
3 41. *C. eod.* ego vero † vt contra ſentiam ex eo moueor quod donatio ex cauſa ingratitudinis reuocatur quidem ipſo iure, ſed tamen non reſoluitur, vt res quæ donata eſt pro eo haberi debeat acſi nunquam donata eſſet. Neceſſaria enim eſt donatoris querimonia, & voluntatis declaratio, quod ex ea cauſa reuocatam donationem velit: Alioqui non ſolum non habetur donatio pro reuocata ipſo iure, ſed neque per donatoris heredes reuocari poteſt, ſicut neque ingratitudo obiici quam defunctus donator nunquam obiecit, vt habet expreſſa in eam rem Iuſtiniani conſtitutio in *d. leg. fin.* Ex quo apparet quantum interſit inter reuocationem
4 † donationis & reſolutionem. Reſolui enim donationem cùm dicimus illud ſignificamus haberi eam pro non facta, & rem donatam pro non donata, quemadmodum venditionem reſolui dicimus, cum res empta ſit inempta poteſtate legis commiſſoriæ aut pacti addictionis in diem. Quo exemplo poſſis dicere vix alio vllo caſu donationis reſolutionem fieri poſſe, quàm quo conuenerit diſertis verbis, vt ſi donatarium ingratum fieri, vel quod parum diſtat, conuentionibus donationi adſcriptis non ſatisfacere contigerit, donatio pro nunquam facta habeatur. Neque enim nouum eſt maiorem vim eſſe expreſſi quam taciti. Quanquam & ita, vti diximus, concepta conuentione non poteſt videri expreſſum id eſſe quod alioquin ineſſet, quia illud quidem tacite ineſt etiamſi expreſſum non ſit, vt ex cauſa ingratitudinis donatio reuocari poſſit, adeóque reuocetur ipſo iure, ſi donator id velit, ſed non illud etiam vt donatio reſoluatur, & nunquam facta exiſtimetur. Et ſanè vel ipſum *reuocationis* nomen demonſtrat & præ ſe fert factum aliquod hominis reuocantis. Contra verò *reſolutionis* nomen nihil niſi poteſtatem iuris reſoluentis. Nam quemadmodum contracta obligatio iuris vinculum eſt non hominis, ita obligationis reſolutio tota ex iure eſt non ab homine. Auocatur quidem res ab homine tum etiam cum contractus reſoluitur: ſed auocatio illa ſequitur reſolutionem, magiſque effectus & ſequela reſolutionis, quam reſolutio ipſa dicenda eſt. Cæterum reſolutionis ſolius poteſtas illa eſt, vt ſi res quæ fuerat acquiſita, medio tempore fuerit obligata, pignus euaneſcat, quod alioqui poteſtate reuocationis non magis poteſt euaneſcere, quam ſi vel officio iudicis, vel per in integrum reſtitutionem contractus reſcinderetur. Itaque omnia ea quæ in ſuperioribus diſputauimus aduerſus illorum ſententiam, qui putant reſciſſa venditione ex cauſa immodicæ læſionis reſcindi quoque ius hypothecæ per emptorem interim conſtitutæ, ad hunc etiam tractatum perinde accommodari poſ-
ſunt, vt probemus non poſſe reſolui † pignus, quod 5
donatarius dederit ante donationis reuocationem, ſiue iam tum cum pignus dabatur ingratitudinis cauſa aliqua commiſſa eſſet, ſiue nulla. Quin & in donationibus multo certius hoc ius eſt, propter apertam illam Conſtantini legem in *d. l. his ſolis*, quæ poſt reuocatas etiam donationes, nihilominus valere vult, & ſubſiſtere alienationes quas medio tempore donatarius fecerit: nam quicquid Pinellus poſt alios cauſetur, quid abſurdius
dici poteſt, quàm vt donatario † etiam ingrato li- 6
ceat rem donatam alienare, non liceat obligare? Quod enim Pinellus reſpondet, alienationem facere, non etiam oppignorationem, vt auocari res non poſſit à donatario, ac proinde vt neque reſolui debeat alienatio, quam donatarius fecerit, tanto apertius offendit, ex cauſa ingratitudinis non fieri donationis reſolutionem: quæ ſi fieret, non prohiberetur vtique donator rem ſuam quæ pro nunquam donata haberetur, à poſſeſſore quolibet vindicare: ſicut euenit cùm is qui rem emit ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem, ante diem alij eam alienauit. Cùm enim his caſibus fundus inemptus fiat, quo iure obſecro, aut quo colore liceat poſſeſſori ſuam rem dicere & retinere, quam à non domino acquiſiuiſſe reperiatur? Denique ſola illa iuris fictio quæ per ſolam reſolutionem inducitur, vt nunquam dominus fuiſſe videatur, qui re vera dominus aliquando fuit, efficere illud poteſt, vt irrita fiant ea omnia quæ tanquam à domino facta ſunt, nec niſi à vero domino fieri potuerunt, eiuſmodi eſt ius pignoris, alienationis, ſeruitutis, & alia, ſi qua ſunt ſimilia. Quandiu enim verum eſt dominum fuiſſe eum qui alienauit, aut pignori dedit, aut ſeruitutem impoſuit, nec pro non domino habendum, ratio iuris pati non poteſt, vt alienatio illa vel pignoris, aut ſeruitutis conſtitutio in irritum deducatur. Neque quòd ea res, quandiu alienata non eſt reuocari poſſit, ad rem pertinet. Reuocatur enim cum ſua cauſa, ſicut nec niſi cum ſua cauſa alienari poſſet, *leg. alienatio* 67. *D. de contr.*
empt. Nam & reuocatio † illa haud dubiè alienatio eſt, 7
cùm dominium quod à donatore per traditioné abſceſſerat, & in donatarium fuerat tranſlatum, redeat ad donatorem ipſo iure, ſi modo reuocatam donationem donator velit: Aliudque numero dominium eſt quam quod prius fuerat penes donatorem cùm alia quoque & noua cauſa ſit eius acquirendi, nec prior illa domini tranſlatio pro non facta vnquam habeatur. Neque eſt quod quis dicat, idem euenire in venditione facta ſub lege commiſſoria, aut ſub pacto addictionis in diem, vt venditionis legem exercere venditor poſſit ſi velit, non etiam cogatur inuitus, *dict. leg.* 3. *De leg.*

leg.commiſſ. Non enim ob incertam illam venditoris voluntatem, vtrum reſolutam venditionem velit, nécne, in
ſuſpenſo manet reſolutio venditionis: ſed cùm ipſo iure
& ſola pacti poteſtate reſoluatur, in venditoris tamen
poteſtate eſt, ſi velit non vti ne reſoluantur, quod fit ipſo
iure, ſed vt pro non reſoluta habeatur, ne conuentionem quam ſui ſolius fauore, non etiam pro emptore adhibuit, inuitus exercere compellatur. Sunt autem iſta
longè differentia, non ſolùm an quis dicat reſolui con-
8 tractum an reſcindi, ſed etiam † vtrum reſolutio ipſa
fiat ſub ea conditione, ſi volet is cuius intereſt reſolui,
an ſub ea potiùs *niſi nolet*. Illa namque conditio *ſi volet*,
ſuſpendit reſolutionem in id vſque tempus quo declarata ſit voluntas, & prorſus conditionalem facit reſolutionem: Illa verò, *niſi nolet* non ſuſpendit reſolutionem,
ſed ipſam potiùs reſolutionem, vt ita dixerim, reſolutio-
9 nem, *argum. l. 1. D. de in diem addict.* Itaque optimum †
pro donatione conſilium eſt, vt ſibi non ſolùm aduerſus alienationes aût oppignerationes quæ à donatario
fieri medio tempore poſſent, ſed etiam contra dubij iuris euentum proſpiciat, eam expreſſim conuentionem
in donatione adiicere, vt ſiue ingratus erit donatarius,
ſiue pactis conuentis ſatisfacere nolet, donatio ipſo iure
reſoluatur, & quod effectu prorſus idem eſt, pro non
facta habeatur: ſic enim aſſequetur vt dubitatio nulla
ſupereſſe poſſit, quin reſoluta quandocunque donatione pignus quoque quod à donatario interim conſtitutum fuerit euaneſcat ex *regul. dict. l. vectigal.* imò & alienatio ſi quam interim donatarius fecerit. Nec enim ad
hunc caſum pertinet lex Conſtantini, ſed ad illum duntaxat, quo abſolutè facta ſit donatio, nullóque de eius
reſolutione pacto ſubſecuto: ſicut à nobis traditum eſt
cùm de pacto retrouendendi tractaremus, longè conſultiùs facturum venditorem qui rem à ſe venditam recuperare liberam aliquando velit, ſi paciſcatur, vt quotieſcunque pretium à ſe reſtitutum erit, res ſit inempta, vt
in ſpecie, *l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* quàm
ſi vt vulgò fit, pactione ſolaque perſonali obligatione
emptorem obſtringat ad retrouendendum. Facere verò
non poſſum quin cum Pinello mirer ingenium Caroli
10 Molinæi † qui cùm in ea ſit opinione, §. 22. *in conſuetud.
Pariſ. num. 45.* vt reſciſſa propter immodicam læſionem
venditione euaneſcere ius pignoris ab emptore interim
conſtituti, aliud tamen iuris eſſe exiſtimat in donatione
propter ingratitudinem reuocata. Nam ſi ex eo motus eſt
quòd hoc caſu lex Conſtantini confirmet alienationes
quas donatarius medio tempore fecerit, illud etiam animaduertere debuit, quod ſanè non ignorauit. In alia
quoque ſpecie cùm venditio ex cauſa immodicæ læſionis reſcinditur, ſi res ab emptore in alium tranſlata &
alienata reperiatur, nihilomagis rem ipſam auocari poſſe, nec nouæ legis beneficium aut in integrum reſtitutionem dari contra tertium poſſeſſorem qui non contraxerit. Proinde non debere minùs iuris habere creditorem, cui res illa obligata eſt, quàm habiturus eſſet emptor, ſi eandem rem comparaſſet. Ac ſanè vtroque caſu
æquè abſurdum eſt, ſi dicamus non licere emptori aut
donatario rem obligare: quam ſi volet etiam alienare
poſſit. Præſertim cùm donatori imputandum ſit cur donauerit, ſicut & venditori cur vendiderit, non
etiam creditori cur à donatario aut emptore
pignus acceperit, quem eo tempore
dominum ſciuit.

* * *

ERROR V.

De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita.*
2 *Sententia pragmaticorum.*
3 *Probatur pragmaticorum placitum in eo quòd ius ſeruitutis per retrouenditionem reſolui negant.*
4 *Emptori qui ſeruitutem acquiſiit non tantùm indemnitatem ſed etiam ſeruitutis pretium præſtare teneri venditorem, contra pragmat.*
5 *Ἄλογον eſſe illud interpretum ſi venditor ſeruitutem retinere nolit, eum non eſſe ad pretij reſtitutionem condemnandum, ſed emptori licere de ea ſeruitute pro arbitrio diſponere.*
6 *Refellitur Cagnoli ſimilitudo petita à ſeruitute per vaſallum feudo acquiſita.*
7 *Summa ſententia autoris.*

DOcuimus in ſuperioribus quid iuris ſit cùm
aliqua ſeruitus per emptorem interpoſita eſt
prædio quod venditum fuerat ſub pacto de
retrouendendo. Videamus iam vt inſtitutam
tractationem perſequamur, quid contrà dici debeat ſi
ſeruitus † eidem prædio acquiſita ſit ab emptore. Video 1
autem interpretibus noſtris & pragmaticis magis place-
re, vt non † reſoluatur ius ſeruitutis, ſed perinde ſaluum 2
ſit & vtile venditori poſt retrouenditionem, atque eſſet
emptori ſi retrouenditio nulla facta fuiſſet, ita tamen vt
ex ea cauſa venditor emptori præſtare indemnitatem teneatur, id eſt, pretium quod pro ſeruitutis acquiſitione
emptor dederat ei reddere, nimirum ſi venditor ius illud ſeruitutis prædio ſuo acquiſitum manere velit. Nam
ſi nolit, non putant cogi eum debere vt pretium ſoluat,
qui nullam ex eo percipere velit vtilitatem. Planè nec
dubitant quin hoc caſu poſſit emptor pro arbitrio de ipſius ſeruitutis iure diſponere, quia cùm augmentum
iſtud & facto hominis acceſſerit & cum impenſa, non
poteſt in eo ius vllum quæſitum eſſe venditori inuito
emptore. Sic Hieronym. Cagnol. ex aliorum non minùs
quàm ex ſua ſententia ad *l. 2. Cod. de pact. int. empt. &
vendit. quæſt. 28. num. 156.* vbi citat *§. ſi vaſſallus, in
Tit. Hic finitur lex, in vſib. feudor.* in quo loco ſcriptum eſt, ſi vaſſallus in feudo aliquod ædificium fecerit,
vel ipſum ſua pecunia meliorauerit, & contigerit poſteà
vt vaſſallus ſine filio maſculo decedat, pati dominum
debere vt ædificium auferatur, vel ſoluere pretium meliorationis. Idémque eſſe ſi pretio ſeruitutem fundo acquiſierit, licèt quidam alij dicant omnino ad dominum
pertinere. Quod aiunt, non reſolui † ius ſeruitutis per 3
emptorem acquiſitæ, laudo ego & probo. Cur enim reſolueretur quod vtiliter conſtitutum & acquiſitum fuit,
cùm nec ius ipſum emptoris qui ſeruitutem acquiſiit,
reſoluatur? Nam ſi ius illud dominij reſolueretur, quod
in eo fundo emptor habuit, vtique fatendum eſſet reſolutum etiam iri ius ſeruitutis per emptorem acquiſitæ,
quia per eum reperiretur acquiſita, quia nunquam dominus fuiſſe videretur. Siquidem veriſſimum illud eſt,
quod nos in ſuperioribus toties inculcauimus, reſolui
venditionem nihil aliud eſſe quàm fieri rem inemptam,
& in eum ſtatum deduci venditionem, vt nunquam
facta exiſtimetur. Conſtat autem ſicut ſeruitus prædio
imponi non poteſt, niſi per eum qui dominus ſit prædij ſeruitutem debituri, & quidem in ſolidum. Ita vt
vnus ex ſociis fundi communis permittendo ire agere
nihil agat, *l. vnus ex ſociis 34. D. de ſeruit. ruſtic. præd.*

Sic nec ab alio quàm à vero domino ſeruitutem acquiri
poſſe prædio dominanti. Id enim eſt quod dici ſolet alie-
nis ædibus ſeruitutem nec imponi nec acquiri poſſe, *l. ſi
cum duas 8. D. commun. præd.* Itaque vel hinc maximè
argumentum pro ſententia noſtra fortiſſimum contra
pragmaticos ſumi poteſt, vt fateri cogantur, neque
pacti de retrouendendo, neque ſecutæ retrouenditio-
nis poteſtatem illam eſſe, vt præcedens venditio reſol-
uatur. Quod ſi ita eſt, illud quoque conſequens vide-
tur, niſi me fallo, vt emptori † qui ſeruitutem illam ac-
4 quiſiit, non tantùm indemnitatem, quod pragmatici
admittunt, ſed ipſum ſeruitutis pretium omnimodo
præſtare venditor teneatur. Quid enim ſi nullo pretio,
ſed ex mera imponentis liberalitate ſeruitus illa per
emptorem acquiſita ſit? Nam nec quiſquam dubitat,
quin ex cauſa donationis ſicut & ex alia quâlibet iuſta
conuentione ſeruitus acquiri poſſit. Cur dicamus nihil
ideò à venditore conſequi emptorem debere, quod ſuo
nihil dederit donatori? An non ita fiet vt liberalitas
quam non niſi ad emptorem pertinere donator voluit
ad venditorem protrahatur, adeóque, quod magis mi-
rum eſt, ei ſoli ſit profutura? Hoc verò an non perinde
abſurdum eſt, acſi pretium ab emptore ſolutum aliquod
eſſet, quod ei reddere venditor nollet? Vtique ſanè *arg.
l. 1. §. inde Neratius ad S. C. Trebell.* Non enim videri
poteſt nihil prorſus abeſſe emptori qui donationem ac-
cipiendo ſe hoc ipſo ad ἀντίδωρα obligauit, ſi non ciui-
liter, ſaltem naturaliter, ne inciuilis videatur, *leg. ſed etſi
lege 25. §. conſuluit. D. de petit. hered.* Sed & cùm em-
ptor pretio ſeruitutem acquiſiit, ſi fortè minore quàm
quod iuſtum videri debeat, ex facilitate forſitan eius
qui ſeruitutem vendidit, & libertatem ex parte in em-
ptorem conferre voluit: Cur cogamus emptorem vt eo
ipſo pretio contentus ſit quod dedit, nec quanti reuera
ſeruitus illa eſt petere poſſit? An non ita fiat vt priue-
tur fructu & commodo ſuæ conuentionis? Aut cur eius
qui ſeruitutem minimo vendidit, ſiue liberalitatem, ſiue
ſtultitiam alij prodeſſe velimus, quàm illi ipſi qui cum
eo contraxerit? *argum. l. 3. & l. alienus 61. D. ad leg.
Falcid.* Niſi fortaſſis ei velimus imputare, cur non ma-
iore veróque pretio emerit ſeruitutem: quod ſi factum
eſſet, nec venditor ipſe fundi negaret tantundem à ſe
emptori reſtitui oportere. Neque ſanè video qua ratio-
ne poſſit indemnis ſeruari emptor, ſi minore ſumma
contentus eſſe cogatur, quàm quæ ſufficiat ad veram
iuſtámque acquiſitæ ſeruitutis æſtimationem. Pretium
namque ita demum rei loco ſubſtitutum videri poteſt
ſi iuſtum ſit, non etiam ſi minùs iuſto, ſatiſque iam in
eo fauêmus venditori retrouenditionem vrgenti, quòd
cùm alioqui nemo cogi poſſit vt rem ſuam vendat, *leg.
nec emere 16. Cod. de iur. delib.* ſaltèm iuſto pretio, *l. non
enim 9. D. de rer. amot.* emptorem tamen hîc adigimus
vt ſeruitutem quam ſibi iuſtè quæſiuerat iuſto pretio
vendere compellatur. Et verò quidni ſufficiat venditori
ſi indemnis ſeruetur? Atqui indemnis eſt ſi modò ni-
hil emptori præſtet ſupra iuſtum pretium ſeruitutis,
licèt plus præſtet quam emptor ſoluerit pro acquiren-
da ſeruitute: Alioqui certat ſanè de lucro captando,
non de damno vitando qui rem viliſſimo pretio compa-
ratam pro eodem habere velit, non pro iuſto. Neque
poteſt conqueri venditor deteriorem ſuam conditio-
nem factam eſſe per emptorem, cùm eam rem cuius re-
trouenditionem poſtulat, tantò pretioſiorem habiturus
ſit acceſſione ſeruitutis. Planè ſi in modico pretio ea
ſeruitutis per emptorem acquiſita proponatur, & tam
magnus exceſſus ſit, vt emptoris ſtultitiæ poſſit impu-
tari, cur tanti emerit ſeruitutem quam prudens & dili-
gens paterfamilias iuſto pretio comparare potuiſſet,
non dubito quin venditori agenti parcendum ſit, vt
iuſtum verúmque pretium dando liberetur, ne aliter
poſito iure accidat vt alienæ ſtultitiæ pœnas luat, & in
emptoris poteſtate ſit dolo malo verſari circa rem quam
ſcit à ſe aliquando retrouendendam eſſe, vt venditorem
ſuum grauiori oneret pretij reſtitutione, *argument. d. l.
alienus, & l. non dubium. 4. §. vlt. de legat. 3.* Magnum
tamen exceſſum requiro, quia ſi nihil ab emptore dolo
malo aut per ſtultitiam factum ſit in comparanda ſerui-
tute, quam nec iuſto pretio quiſquam alius à difficili
venditore comparaturus fuerit, nec eius tanto pretio ac-
quirendæ occaſionem prætermiſſurus, nunquam patiar
in dando morari emptorem cui nihil imputari poteſt,
quique iure ſuo vſus proculdubio eſt, cum ſeruitutem
quo potuit pretio acquiſiit ei fundo, quem licèt præ-
uidere debuit aliquando retrouenditum iri oportere,
cogitare tamen potuit nunquam ſe fortaſſis retrouen-
diturum. Quid enim ſi pretium reſtituere, & ita retro-
uenditionem poſtulare venditor nunquam vellet, aut
poſſet? An incertus ille futuræ retrouenditionis euen-
tus emptori vſque adeò nocere debebit, vt prohibeatur
quibuſcunque poſſit modis meliorem facere rem quam
ſciat eſſe ſuam, nec vnquam fortaſſis fore alienam? Ma-
ximè verò, cum venditori potiùs imputandum ſit cur
in vendendo eam rem de qua ſibi retrouendenda pactus
eſt, non dixerit legem apertiùs, expreſſa conuentione
adhibita, ne liceret emptori ſe inſcio vel inuito ſerui-
tutem aliquam acquirere, aut ædificia conſtruere, aut de-
nique aliud quicquam in ea re moliri, quod redem-
ptionis cautam poſſet facere difficiliorem. Nam ſi con-
uentio hæc adiecta eſſet, quam nec hodiè diligentes
venditores prætermittere ſolent, dubitari non poſſet
quin ſeruari eam oporteret, tametſi damnum inde ma-
ximum emptor ſenſurus eſſet, quia neque damnum vl-
lum ſentire videretur, quod ex culpa ſua ſentiret. Quæ-
cunque enim lex à venditore rem ſuam alienante, dicta
eſt, ea certè omnimodo ſeruanda eſt. Hinc porrò intel-
ligimus, quàm multò improbabilius illud ſit, quod in-
terpretibus placet. Si venditor † ſeruitutem ab empto- 5
re acquiſitam retinere nolit, non eſſe eum condemnan-
dum ad vllius pretij reſtitutionem, ſed hactenus tan-
tùm emptori ſuccurrendum eſſe, vt de ea ſeruitute pro
arbitrio poſſit diſponere. Quomodo enim diſponat aut
ex ſeruitutis acquiſitione commodum vllum retineat
amiſſo prædio cui ſeruitus quæſita fuit? Conſtat nam-
que ſeruitutem prædialem, quia prædio non perſonæ
debetur, nec ſine prædio retineri poſſe nec in alium
ſine prædio transferri. Illud igitur duntaxat miſero em-
ptori ſupereſt velut remedij loco, vt ante factam retro-
uenditionem, & quandiu prædij dominantis dominus
eſt, ſeruitutem extinguat, eius ſolius commodo qui do-
minus ſit fundi ſeruientis. Quid verò ſi nolit ille ſer-
uitutem redimere non habens fortè pecuniam in nume-
rato? Aut quid ſi non niſi viliſſimum pretium offerat ei
quem videt, nec alij poſſe ſeruitutem vendere quàm
ſibi, nec rurſum poſſe non vendere, vti ne prorſus ac-
quiſitæ ſeruitutis emolumento defraudetur? Solent
enim emptores eo vilius offerre pretium quo maiore
vendendi neceſſitate obſtrictum vident venditorem.
An non verò iniuria fiat emptori, qui & in re ſua &
bona fide verſatus eſt, ſi non indemnis omnimodo
ſeruetur? Aut cur venditorem ex emptoris pecunia,
& cum emptoris iniuria locupletari patiemur? Neque
† ſimile eſt quod obiicit Cagnolus poſt alios de ſerui- 6
tute per vaſſallum feudo acquiſita. Feudi enim na-
tura & conditio illa eſt vt quibus caſibus ad dominum
ex conceſſionis lege ab initio dicta reuertitur, feudi
conceſſio reſoluatur, perindéque ſint omnia acſi feu-
di conceſſio nulla vnquam facta fuiſſet. Quæ res facit
vt domini directi conditio durior fieri nullomodo po-
tuerit per vaſſalum, ſicut nec per emphyteutam, ideó-
que & in quæſtione illa, an re feudali aut emphyteu-
ticaria ad dominum redeunte reſoluantur obligatio-
nes omnes quæ à vaſallo vel emphyteuta fuerant
conſtitutæ in ipſius rei onus & incommodum, di-
ſtingui ſolet an res ad dominum redeat ex lege,

&

& natura feudi, an ex nouo iure, vt priore caſu redeat ſine onere, Poſteriore caſu non item, de quo fortaſſe latiùs ſuo loco tractandum erit. Neque tamen ſimiliter poſſis dicere quod nos in propoſita quæſtione ſuprà diximus, non ergo poſſe domino etiam volenti acquiri ſeruitutem quam vaſſallus emerit, quaſi ab eo emptam qui nunquam dominus fuiſſe intelligatur. Plus enim iuris habet is qui feudum dedit, etiam priuſquàm feudum ad eum redierit, quàm habeat ille qui rem vendidit ſub pacto de retrouendendo, quia nihilominus interim dominus directus manet, ac conſequenter iam inde à quo inſtanti ſeruitus acquiſita eſt, profuit ei acquiſitio ſeruitutis, quam ideo abſurdum eſſet tunc intercidere cum plus iuris in ea re habere inciperet, facta dominij vtilis cum directo conſolidatione. Itaque † concludendum
7 dum eſt quod nos volumus, ſicut ſeruitus ab emptore impoſita non reſoluitur per ſecutam retrouenditionem, quia eo tempore emptor dominus fuit, fuiſſéque ſemper intelligatur, licet indemnem eo nomine venditorem ſeruare debeat, ſic è contrario ſeruitutem ab emptore acquiſitam ita ſaluam manere vel inuito venditore vt tamen indemnem à venditore emptorem ſeruari prorſus neceſſe ſit.

ERROR VI.

De vitio litigioſi ob motam litem ex pacto de retrouendendo.

BIBLIOTECA ROMA VITTORIO EMANUELE

SVMMARIA.

1 *An vitium litigioſi contrahatur ob motam litem ex pacto de retrouendendo.*
2 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
3 *Contraria autoris ſententia: & ſeqq.*
4 *Quæ lis ſiue quæſtio litigioſam rem faciat.*
5 *Ratio pro pragmaticorum errore, & eius refutatio.*

1 SI ob pactum † de retrouendendo in venditione appoſitum agat venditor aduerſus emptorem, ſiue actione ex vendito, ſiue præſcriptis verbis (vtraque enim competit, vt diximus in ſuperioribus ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.*) quæri ſolet an ex ea cauſa vitium litigioſi contrahatur. Id enim ſciri ſanè quàm maximè intereſt, vt ſciatur an poſſit res alienari nécne. Certi ſiquidem iuris eſt, litigioſi vitium facere vt inalienabilis res ſit quæ alioquin alie-
2 nari poſſet, *l. 1. & vlt. & tot. tit. C. de litig.* Putant autem † pragmatici rem fieri litigioſam ex eo ſolùm quòd inter venditorem & emptorem lis pendeat de pacto retrouendendi, ſiue de veritate, ſiue de validitate & poteſtate pacti controuertatur. Nimirum, quia huius pacti vim illam eſſe volunt, vt ex eo præciſe obligetur emptor ad rem retrouendendam, tradendámque, & vt non tantùm perſonalis actio venditori competat aduerſus emptorem, ſed etiam vindicatio vtilis contra quemlibet poſſeſſorem, ex ſententia illa & traditione Pauli Caſtr. ad *l. ſi cùm venderet 13. D. de pign. act.* quam nos iam toties
3 refutauimus. Ego † contrà nihil abſurdius dici poſſe exi-
4 ſtimo. Litigioſam † enim rem facit non quælibet incidens de ea lis & quæſtio, ſed illa demum quæ fit de cauſa dominij & proprietatis, *d. l. 1. iunct. Auth. litigioſa. C. de litigioſ.* Vnde illud eſt quod & pragmatici ipſi fatentur, litem quæ ſuper hypothecaria tantùm actione moueatur, non facere vt res idcirco litigioſa videri debeat, quæ dicitur ſolùm obligata. Atqui ex pacto de retrouendendo, nemo vnquam dixit transferri dominium ipſo iure ab emptore in venditorem, aut impediri tranſlationem dominij, ne fieri poſſit à venditore primo in emptorem, ſed naſcitur ex eo perſonalis tantùm actio, aut venditi, aut præſcriptis verbis, cuius poteſtate intendit venditor ſe ex noua venditione nouaque traditione dominum rurſus fieri oportere, quod & pluribus à nobis ſupra comprobatum eſt. Non ergo præſentis, ſed futuri dominij cauſam reſpicit lis eo nomine inſtituta per venditorem. Proinde nec videri poteſt rem facere litigioſam. Fit quidem ipſa actio litigioſa, ob ídque nec alienari poteſt, ex *l. 2. eod. tit. C. de litig.* Sed aliud eſt rem fieri litigioſam, aliud actionem, ſicut & aliud eſt actionem ipſam, aliud verò rem alienari non poſſe, cuius nomine actio exercetur. Actio enim ad venditorem pertinet qui ipſe litigioſam eam fecit, lite inſtituta. Res verò ipſa pertinet ad emptorem & quidem pleno iure, cui non poteſt imputari cur eam non vendiderit ante motam litem, quandoquidem in eius poteſtate non eſt, ne quandoque inſtitutam à venditore litem ſuſcipere compellatur. Satiſque illi eſt quod ſciat fieri nullo caſu poſſe, vt de proprietate controuerſiam patiatur à ſuo venditore quem de euictione habet obligatum ex *reg. l. vindicantem, 17. D. de euict.* Poſſit tamen quis fortaſſe pragmaticorum † noſtrorum errorem ex eo defendere, quod ſta- 5
tuti noſtri autoritate factum eſt, ne res vendita ſub pacto de retrouendendo alienari vllomodo poſſit ab emptore, quandiu venditoris ius ſaluum manet, vt ad retrouendendum agere poſſit. Inde namque proculdubio fit vt qui litem de huiuſmodi pacto inſtituit, hoc ipſum in iudicium deducere videatur an alienari res poſſit, nécne. Nam ſi ex iudicij euentu apparebit ſic factam venditionem fuiſſe vt retrouendere emptor cogeretur, illud etiam conſtabit, vendi ab emptore rem illam non potuiſſe. Sed tamen non eo magis rem litigioſam fieri arbitror. Statuti enim poteſtas, & autoritas nulla eſt ad faciendam rem inalienabilem, niſi cùm pactum de retrouendendo ritè rectéque interpoſitum proponitur, nec quicquam eſt quod poteſtatem eius impedire poſſit. Nos verò de illo tantùm quærimus, an ob ſolam litem de huiuſmodi pacto inſtitutam, vitium litigioſi contrahatur, quod ſanè longè diuerſum eſt. Nam ſi contraheretur, ſufficeret litem de eo inſtitutam eſſe, quantumuis per calumniam & nullo iure, quemadmodum euenit cùm inter actorem & poſſeſſorem de dominio diſputatur. Siue enim dominus reuera ſit is qui agit, ſiue non ſit, ſufficit ad rem vitio litigioſi labefactandam, quod de dominio tractetur. Finge nullum pactum de retrouendendo reuera interueniſſe, aut ita interueniſſe vt ab initio fuerit inefficax ad agendum, puta quoniam nudum fuit & ex interuallo appoſitum, nec vlla ſtipulatione vallatum, aut elapſa eſſe tempora quæ petendæ retrouenditioni fuerant pacto præſtituta. Quærimus an his caſibus & aliis ſi qui ſunt ſimiles ob ſolam litem de retrouendendo inſtitutam, inalienabilis res fiat, de qua retrouendenda contenditur. Alioqui ſi ponas pactum de retrouendendo iuſtum & legitimum interceſſiſſe nec quicquam obſtare quominùs ex eo ritè agatur fruſtra quæras an vitium litigioſi faciat rem inalienabilem, quæ licèt nulla dum lis penderet, iam inalienabilis eſſet per ſtatutum. Cæterùm non eò vſque ſtatuti autoritas porrigi poteſt vt hoc ſolo fiat inalienabilis, quòd an alienabilis ſit diſputetur. Nec rurſum litigioſi vitium commune quicquam habet cum eo quod alienabile quid dicitur vel negatur. Nam ſi expreſſa quoque conuentione inter emptorem & venditorem id actum proponeretur, ne rem illam alij quàm venditori reuendere & alienare vnquam emptor poſſet, conſtituta in eam rem expreſſim hypotheca, fieret quidem res inalienabilis ſecundùm eam interpretum ſententiam, quam nos tamen ſuo loco refellemus. Sed non idcirco fieret litigioſa, quia non ad dominij, ſed ad venditionis extorquendæ cauſam lis illa pertineret: eſſétque actio mere in perſonam non in rem, niſi fortè hypothecaria, quæ, vt diximus, nunquam facit rem litigioſam.

Digitized b

ERROR VII.

Si pactum de retrouendendo adhibitum ſit ex interuallo, ſiue nudum ſiue adiuncta ſtipulatione.

SVMMARIA.

1 *Quibus modis pactum de retrouendendo adhiberi poſſit.*
2 *Cùm pactum adhibetur in ipſo venditionis contractu, aut in continenti poſt contractum, illud eſt vtile & efficax ad agendum: & cur. nu. 6.*
3 *Differentia inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris ratione pactorum quæ ipſis in continenti adiiciuntur.*
4 *Ex pacto de retrouendendo aut in ipſo contractu aut incontinenti poſt contractum adhibito oritur duplex actio. 1. vend. 2. præſcriptis verbis.*
5 *Actiones præſcriptis verbis ſunt ſtrictæ, & cur.*
7 *Cum ex interuallo conuenit de retrouendendo, an poſſit ex eo pacto venditor agere aduerſus emptorem, & retrouenditionem poſtulare.*
8 *Ex ſententia pragmaticorum agi poteſt ad obſeruandum pacti officio iudicis implorato, aut adito Principe.*
9 *Sententiæ relatæ confutatio.*
10 *Si pactum de retrouendendo adhibeatur ex interuallo ſtipulatione interueniente venditori actio ex ſtipulatu competit.*
11 *Quatenus vtilius ſit venditori pactum de retrouendendo ex interuallo adhibitum adiecta ſtipulatione, quàm appoſitum in continenti: & n. 13.*
12 *Ridiculum eſſe quod fieri aſſolet vt venditio pura conſcribatur, mox ſeparato inſtrumento pactum ſubiiciatur.*

1 SOlet † in venditionibus pactum de retrouendendo aliter atque aliter adhiberi, vno modo ita vt in ipſo venditionis contractu fiat, aut incontinenti poſt contractum: quod non ſolùm effectu, ſed etiam iuris intellectu idem eſt, quia quæ incontinenti fiunt, ineſſe dicuntur, *leg. iuriſgentium 7. §. quinimò. D. de pact. l. lecta. 41. D. de reb. credit.* Altero modo, ſeparatim à contractu, ſed hoc rurſus dupliciter, vel ita vt pactum ſit omnino nudum, vel ita vt ſubiecta ſtipulatione ſit vallatum. Primo modo du-
2 bitari non poteſt quin pactum † vtile & efficax ad agendum, actione ſcilicet ex vendito quæ ex ipſo venditionis contractu competit ad id quoque porrigenda quod pacto comprehenſum eſt, quia venditioni cum pacto commune illud eſt vt conſenſu perficiatur: quamuis poſſit etiam pactum producere actionem propriam, quæ in factum aut præſcriptis verbis appellatur, *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. ſi vir. 12. D. de præſcript. verb.* quam produceret etiamſi ad ſtricti iuris contractum aliquem adhibitum proponeretur, vt in *l. cùm mota. 6. C. de tranſact.* Neque enim contractuum bonæ fidei & ſtricti iuris differentia hac parte in eo eſt, vt plerique putant, quòd pacta incontinenti poſt contractum ſtricti iuris adhibita non poſſint ineſſe ex parte actoris, hoc eſt ita vt pariant actionem, ſed in eo potiùs, quòd
3 contractibus † bonæ fidei ſic inſunt vt actionem ex ipſo contractu forment, id facilè ferente & admittente natura actionis quæ bonæ fidei eſt, in ſtrictis verò inſunt quidem, ſed non formant actionem, quæ quoniam ſtricta eſt extendi ad pactum nullomodo poteſt, niſi cùm ſtipulationis contractus eſt, vt in ſpecie *d. l. lecta*, quoniam pactum à ſtipulatione nonniſi paciſcendi aut ſtipulandi animo differt, vt docuimus in Errorem ſecundum Decadis primæ ex *d. l. iuris gentium. §. quod ferè. D. de pact. l. 1. §. cum qui. D. de conſtit. pecun.* Itaque quoties
pactum † de retrouendendo aut in ipſo contractu, aut 4
incontinenti poſt contractum adhibetur, duplex ſtatim naſcitur actio, vna ex ipſo contractu quæ non poteſt non eſſe bonæ fidei, cùm ſit actio venditi, altera ſtricti iuris, quæ perinde competit ac ſi contractus ſtrictus eſſet, ne alioqui eueniat vt minoris poteſtatis eſſe videatur, ob id ſolùm quòd bonæ fidei contractus præceſſerit.
Omnes enim actiones, † quas præſcriptis verbis appel- 5
lamus, ſemper ſtrictę ſunt, nulla vſquam bonæ fidei: quia ex ſola verborum conceptione magis quàm ex negotij
natura æſtimantur. Ideò autem pactum † in contractu 6
ipſo aut poſt contractum incontinenti appoſitum vtile eſt ad agendum, quia contractui cauſam dediſſe creditur, & probabile eſt, eum qui certa lege contraxit, non aliter fuiſſe contracturum: Maximè verò ſi in alicuius rei traditione & alienatione adiectum proponatur. Eſt enim generale & perpetuum vt in rerum traditionibus initas pactiones, ſi neque contra leges, neque contra bonos mores ſint, omnimodo ſeruari oporteat, *l. in traditionibus 48. D de pact.* neque hæc diſtinctionis noſtræ pars
vllam admittit dubitationẽ. At cùm ex interuallo † poſt 7
factam venditionem conuenit de retrouendendo, quæ poſterior diſtinctionis pars eſt, dubitari ſolet an ex eiuſmodi pacto poſſit venditor agere aduerſus emptorem, & retrouenditionem poſtulare. Quamquam autem non eſt ex interpretibus aut pragmaticis tam imperitus quiſquam, qui neſciat ex pacto nudo agi nunquam poſſe, ſed tantùm exceptione & æquitate pacti iuuandum eſſe eum qui contra pacti fidem conuenïatur *d. l. iuriſgentium. §. igitur nuda. de pact.* Sic tamen vulgò creditum
† eſt, agi adhuc poſſe ad obſeruantiam pacti, non aliqua 8
ex contractu aut ex pacto actione, ſed officio iudicis implorato, aut adito Principe qui omne id quod conuenit obſeruari præcipiat. Vt concludit Hieron. Cagnol. ad *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* poſt Socinum ad *l. legem C. de pact.* & Iaſ. in *§. ſed cùm nulla. d. l. iuriſgẽtium.*
Modern. in *rubr. De verb. oblig.* Quod mihi videtur † non 9
ſolùm à iuris ratione, ſed à publica etiam vtilitate abhorrere. Nihil enim dici aut conſtitui poſſit iniquius, quàm vt ad ea quæ quis nudo pacto promiſerit pręſtanda ſiue actionis iure, ſiue officio iudicis, ſiue Principis imperio compellatur. Quis enim ita poſito iure litium finis futurus eſſet? Aut quonam obſecro iuris loco ſcriptum eſt, implorari in hanc rem officium iudicis, aut Principis iuſſa requiri oportere. Niſi fortè illorum errorem ſequi volumus, qui putant iure pontificio etiam ex nudo pacto agi poſſe, *arg c. 1. Extr. de pact.* quod tamen quàm abſurdè ab ipſis dicatur, iam alio loco ſcripſimus pluribus, tamque apertum eſt vt in eo nunc immorari nil ſit neceſſe. Sed neque ſecundùm hanc ſententiam aut de officio iudicis, aut de Principis imperio tractari oporteret, quia ſufficeret competere poſſe actionẽ quam iſti ex pacto dari volunt. Proinde qui de iudicis officio implorando, aut de Principis iuſſu extorquendo hîc diſputant, fatentur hoc ipſo nullam ex pacto nudo actionem naſci poſſe. Qua ceſſante quid ſupereſt niſi vt inutile pactum ſit ad producendam actionem? Conſtat ſiquidem obligationes omnes quæ ab initio inutiles ſunt & inefficaces, neque officio iudicis neque Principis imperio, nec qua denique alia actione confirmari poſſe, vt ad agendum proſint, *l. obligationes 27. D. de obligat. & action.* Perrarum tamen eſt vt tale pactum ex interuallo adhibeatur citra vinculum ſtipulationis, quæ & in eum præcipuè finem iure ciuili comparata eſt, vt pacto veſtiat & confirmet, quoties putat quis ſua intereſſe vt actionem habeat de eo quod in pactionem deductum fuit, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. De verb. obligat.* Stipula-
tione † verò interueniente, quæ ſecunda ſupradictæ 10
ſubdiſtinctionis pars eſt, nemo quidem dubitat quin venditori actio danda ſit, adeóque ſi poſt ſtipulationem

de

de alia re interpoſitam idipſum conuenerit pacto nudo, incontinenti tamen appoſito. Actio, inquam, non præſcriptis verbis, ſed vtroque caſu, vt ego quidem arbitror, ex ſtipulatu, quia cùm ſtipulationi pacta inſint quæ incontinenti fiunt, vt ſuprà diximus, ipſaque ſtipulatio nihil niſi verborum obligatio ſit, fruſtrà præſcriptis verbis actionem inducamus, cùm ex ipſa verborum conceptione & obligatione alia competit actio, quæ ex ſtipulatu appellatur. Semper enim actio præſcriptis verbis quæ & in factum dicitur ſiue ciuilis illa ſit, ſiue prætoria, ſubſidiaria eſt, nec vnquam inducitur niſi deficiente iure & nomine alterius actionis, *l. 1. 2. 3. & paſſ. D. de præſcript. verb.* quamuis in bonæ fidei contractibus, qui pleniorem, & vt ita dixerim, largiorem naturam habent, facilius fit vt actio præſcriptis verbis quæ ex pacto incontinenti adiecto naſceretur etiamſi contractus ſtrictus eſſet, concurrat cum alia actione ex ipſo contractu competente ne alioqui noceat paciſcenti quòd bonæ fidei contractum inierit potiùs quàm ſtrictum, vt in *d. l. 1. C. de pact. int. empt. & vend.* Illud
11 ſanè interpretibus † noſtris & pragmaticis vulgò magis probatur pactum de retrouendendo ſi ex interuallo adhibitum ſit adiecta ſtipulatione vtilius eſſe & commodius venditori, quàm ſi appoſitum eſſet incontinenti, hactenus nimirum vt venditionis contractus minùs ſuſpectus ſit, nec tam facilè ſimulationis præſumptio capiatur, vt non tam venditio quàm pignus reuera ſub emptionis nomine contractum exiſtimetur. Sic enim Cagnolus ſupradicto loco poſt Alex. *conſ. 19. col. fin. vol. 4.* In eóque cum pragmaticis & interpretibus ſentio, niſi fortè conſilio fraudis comminiſcendæ ab initio conuenerit vt ex interuallo pactum illud adhiberetur, quò faciliùs ea fraus occultaretur quam legitimis vſuris facere emptor vellet. Quid enim intereſt an pactum hoc incontinenti adiiciatur, an verò ex interuallo quidem, ſed ita tamen vt ab initio conuenerit de eo quandoque adiiciendo? Imò verò tantò videri odioſior debet emptor, quantò fuit ad fraudem comminiſcendam
12 ſubtilior. Planè, quod fieri † hodie aſſolet, vt venditio pura conſcribatur, mox ſeparato contractu & inſtrumento pactum de retrouendendo coram eodem notario iiſdémque teſtibus ſubiiciatur, ridiculum eſt, & iudicio meo longè magis ſuſpectum quàm ſi eodem inſtrumento & venditio & retrouendendi promiſſio contineretur. Neque enim negari poteſt ſimulationem hîc aliquam ſubeſſe & quidem euidentem, cùm id agatur vt venditio purè, id eſt, non tantùm ſine conditione, ſed etiam ſine retrouendendi onere contracta, videatur, quæ tamen retrouendendi onus re vera & ab initio adnexum habuit. Etſi autem non ad pignoris contracti cauſam ea ſimulatio pertinet, facilius tamen eſt, vt in contractu, qui iam aliqua ex parte ſimulatus reperitur, alia quælibet ſimulationis maioris præſumptio inducatur, quàm ſi nullo prorſus ſimulationis vitio laboraret. Nam quæ ratio emptores, vt ita faciant, mouere ſolet, nempe vt elapſo tempore quod ad retrouenditionem faciendam præſtitutum fuit, quomodo præſtitui moris eſt, habeat emptor penes ſe inſtrumentum venditionis nullo retrouendendi onere affectæ, nullius certè momenti nullíuſque effectus eſt: cùm æquè ſecurus ſit emptor qui emit ſub pacto de retrouendendo poſt elapſa petendæ retrouenditionis tempora, atque ſi nunquam ſe ad retrouendendum obligaſſet, vt ex iis quæ vigeſimaquinta Decade dicturi ſumus apparebit. Sed & ob-
13 ſeruandum eſt, † quod diximus emptori conſultius eſſe pactum de retrouendendo facere ex interuallo quàm incontinenti, eò tantùm pertinere, vt ſi grandis & immodica læſio in venditione interuenerit, non eo magis contractus pignoratitius & vſurarius videri debeat quàm ſi tale pactum nullum vnquam interueniſſet: Cæterùm poteſt id conſilium emptori damnoſum eſſe, quod ad hoc, vt pactum huiuſmodi pars pretij eſſe videatur. Ea namque demum pacta in venditione partem pretij faciunt, quæ in ipſa venditione appoſita ſunt, aut ſaltem incontinenti poſt initam venditionem, vt videri poſſint ineſſe, & cauſam contrahendi dediſſe aut venditori, aut emptori, qui alioquin vel nullomodo, vel maiore pretio vendíturus fuerit, vel viliore empturus, vt in *l. fundi partem 79. D. de contr. empt. l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. export.* Non enim poteſt contractui cauſam dediſſe videri pactum de quo contrahentes ab initio non cogitarunt, quódque non niſi poſt contractum perfectum & ex interuallo adiectum fuit. Ex interuallo autem adiectum interpretor, non quod poſt triduum, vt quidam putant, aut vt alij, ſequenti die adiectum ſit, ſed quod vel eo ipſo die, dummodo poſteà quàm ad alia negotia contrahentes diuerterunt, dum ne quid per fraudem & dolo malo geſtam probetur *arg. l. heredes palam 21. §. vlt. qui teſtam. facer. poſſ.*

ERROR VIII.

De eo, qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit.

SVMMARIA.

1 *An qui promiſit facere pactum de retrouendendo nec fecit, poſſit præciſè cogi ad retrouendendum.*
2 *Purpurati & aliorum ſententia affirmans.*
3 *Cagnoli ſententia negans.*
4 *Quibus caſibus Purpurati opinionem locum habere putet Cagnolus.*
5 *Examen eorum quæ à Cagnolo allata ſunt.*
6 *Reiiciuntur caſus illi duo quibus Purpurati ſententia obtinere vult Cagnolus.*
7 *Qui promiſit facere pactum de retrouendendo, ex ea promiſſione conueniri nequit vt retrouendat aduerſus Purpuratum.*
8 *Reiicitur illud Ioannis Andreæ, qui promiſit ſe obligare in decem, tametſi nunquam ſe obligauerit, tamen ad ea decem ſoluenda conueniri poſſe.*
9 *Quò pertineant quæ de vitando circuitu ſcripta ſunt in l. dominus 53. D. de cond. indeb.*

SVperioribus quæ diximus de retrouendendi pacto nudo, finitima hæc quæſtio
eſt, de eo † qui promiſit facere pactum de 1
retrouendendo, nec fecit. De quo & interpretes plerique tractant, non quòd dubitent, quin promiſſio valeat quam ponunt factam eſſe per ſtipulationem (alioqui ridicula ſanè eſſet quæſtio nec vllius dubitationis) ſed vt inueſtigent, an qui ea promiſſione ſe obſtrinxit, cogi præcisè poſſit ad retrouendendum, nullo etiam pacto intercedente. Putant † autem poſſe 2
huiuſmodi promiſſionem ſufficere ad hoc vt præcisè retrouenditio peti poſſit, vt inutilis circuitus vitetur, inquit, Purpuratus ad *l. cùm fundus. in §. ſeruum tuum imprudens, in 1. notab. D. ſi cert. pet.* vbi & ita iudicatum fuiſſe refert, ex *l. dominus teſtamento 53. D. de condict. indeb.* Etſi enim dici ſolet pacti tenorem obſeruandum eſſe *leg. placet 3. Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* ſufficere tamen videtur vt quod ad effectum ſeruetur, licet non quod ad verba. Nam & illud vulgò receptum eſt eum qui promiſit ſe mihi obligare in decem, poſſe recta conueniri in decem acſi iam eſſet obligatus, quamuis nunquam ſe obligauerit, quam ſententiam primus induxit Ioann. Andr. ad Speculat. in *titul. De obligat. & ſolut.* aliique poſteà interpretes ſecuti ſunt, inter quos Alex. & Iaſ. in *dict. §. ſeruum tuum*, itémque
Boer. *quæſt. 3.* Cagnolus † tamen in ſecreto iuris, vt ipſe 3
loquitur,

loquitur, ſupradictam Purpurati opinionem defendi poſſe negat, quia, inquit, aliud eſt facere promiſſionem de retrouendendo, aliud retrouendere. Ex promiſſione ſiquidem de retrouendendo datur ſolùm actio perſonalis, & competit ius ſtipulatori aut paciſcenti non in re, ſed ad rem, quod eſt debilius, ſecùs ex retrouenditione, citátque Angelum *conſ.* 189. incip. *ex forma.* & Iaſ. in *l. in bonæ fidei. col.* 2. *De eo quod cert. loc.* Non ſolet autem præcedere argumentum de inutili circuitu vitando quoties magna differentia & vtilitas eſt vt vnus potiùs quàm alius actus fiat. Addit, nec quemquam compelli præcisè ad retrouendendum, ſed liberari ſi id quod venditoris intereſt, præſtare malit, quod & nos in ſuperioribus probauimus non ſemel. Subiicit
4 † tamen ſaluari poſſe opinionem Purpurati duobus caſibus: Vno, ſi vt apud nos ſtatutum aliquod ſit quod ex pacto de retrouendendo actionem det in rem & aduerſus quemlibet poſſeſſorem, quaſi iam facta retrouenditione. Altero, ſi iuramentum emptoris acceſſerit per quod ſcilicet obligatur ille præcisè vt retrouendere compellatur. Ita Cagnol. in *d. l.* 2. *Cod. de pact. int. empt.*
5 *& vendit. quæſt.* 6. *num.* 104. Parum ſubtiliter, † vt mihi quidem videtur in omnibus. Prior enim illa ratio qua mouetur contra Purpuratum, eo tantùm pertinet vt appareat aliud eſſe ſi quis retrouendat, aliud verò ſi tantùm ſe obliget de retrouendendo. Id verò Purpuratus non negat: ſed contendit nihil referre an quis pactum ineat de retrouendendo, an promittat ſolùm tale pactum ſe initurum. Quam ſententiam ex eo refellere non poſſis quòd minor ſit, & vt ille ait, debilior poteſtas huius pacti quàm illius. Conſtat enim ſiue quis pactum fecerit de retrouendendo, ſiue dixerit ſe facturum; ius in re nullum naſci venditori, imò ne quidem ad rem, ſed tantùm in perſonam emptoris, vt vel pacto ſatisfacere, vel ni faciat quanti ex ea cauſa venditoris intereſt præſtare teneatur. Itaque vel ex ipſa Cagnoli reſponſione conſequens fit vt hoc caſu locus eſſe debeat regulæ de circuitu vitando, niſi fortè in ea Cagnolus fuit ſententia vt putaret nihil intereſſe an pactum de retrouendendo initum ſit, an verò ipſa etiam retrouenditio fuerit ſecuta: quo tamen abſurdius dici nihil poſſet. Fruſtra enim ex pacto de retrouendendo daretur actio ad petendam retrouenditionem ſi ea iam pro facta haberetur. At neque illud verum eſt quod Cagnolus putat, ex retrouenditione acquiri ius in re non ad rem ſolùm. Nam ex retrouenditione ſicut & ex venditione prima non aliud ius acquiritur emptori quàm vt agere poſſit in perſonam venditoris, ſicut & ſi pactum ſolummodo de vendendo aut retrouendendo interueniſſet. Hac ſola differentia, quòd ex pacto de retrouendendo actio in id competit vt res retrouendatur: ex ipſa verò ſiue venditione ſiue retrouenditione vt res tradatur. Cæterùm ſi res neque vendatur, neque tradatur, idem vtriuſque actionis effectus eſt vt reus in id omne quod ex ea cauſa actoris intereſt, condemnetur. Tanti autem certè vno caſu intereſt quanti alio venditionem ſcilicet aut retrouenditionem factam eſſe. Quod verò idem
6 Cagnolus ſubiungit, † poſſe opinionem Purpurati apud nos obtinere propter ſtatuti quo vtimur autoritatem, magis ridiculum eſt. Nam, vt docuimus in *Err.* 10. *Decadis præcedentis*, non illud ſtatuto factum eſt, vt retrouenditio per pactum promiſſa pro facta habeatur, aut vt vtilis vindicatio ante factam retrouenditionem competat venditori contra tertium poſſeſſorem, quæ nec competeret aduerſus primum emptorem eundémque paciſcentem: Sed illud duntaxat vt ex pacto de retrouendendo vtili & ad agendum efficaci perinde conueniri poſſit is qui à primo emptore cauſam habet, atque emptor ipſe qui pactus fuit, ergo non niſi perſonali actione. Cúmque ſtatuti verba cum disertè caſum demonſtrent, quo pactum interceſſerit de retrouendendo, nihil ſanè cauſæ eſt cur pro eo præſertim iure inducendo, quod à iuris ratione tantopere abhorreat, ampliari debeat ſtatuti poteſtas, & ad eum quoque caſum extendi quo pactum de retrouendendo nullum initum ſit, ſed de eo tantùm ineundo conuentum. Nihil enim certius eſt, quàm quod ipſi quoque interpretes & pragmatici toties in ore habent, Statuta omnia non niſi ſtrictam recipere interpretationem, ſed ea præcipuè quæ magis alienata ſunt, & vt loquuntur, quæ exorbitant à iure communi. Nec illud rurſum aut verius, aut ſubtilius eſt, quod Cagnolus fatetur Purpurati ſententiæ locum eſſe, ſi emptor qui promiſit ſe pactum initurum de retrouendendo, in eam rem, quod fieri ſolet, iuſiurandum adhibuerit. Nam quod vulgò creditur, iuriſiurandi eam vim eſſe vt iurantem præcisè obliget ad dandum vel faciendum id quod dari fierive conuenit, non alium effectum habere poteſt, quàm vt ſi non det vel faciat, periurus hoc ipſo fiat, nec ad vitandum periurium ei proſit quod præſtare malit quanti intereſt actoris, quamuis ſi iuriſiurandi religio non interueniret, ſatisfeciſſe obligationi diceretur qui quod actoris intereſſet, aut præſtitiſſet, aut obtuliſſet. Alioqui ſi periurus eſſe quis velit, non poteſt iuſiurandum efficere quominùs periurus eſſe prohibeatur, ſiue periurium hoc legibus vindicari velis, ſiue Deum ſolum vltorem relinquere, vt habet *l.* 1. *Cod. de reb. credit. & iureiur.* Concludendum igitur eſt nullo caſu verum eſſe quod voluit Purpura-
tus, eum † qui promiſerit facere pactum de retrouen- 7
dendo, ex ea promiſſione conueniri poſſe vt *retrouendat*. Pactum enim præcedere neceſſe eſt vt ex pacto agi poſſet. Nam nec ſufficeret fingere pactum interueniſſe quod reuera nullum interuenerit, niſi illud etiam fingeres, vtiliter interueniſſe. Quid enim ſi pactum quidem emptor feciſſet, ſed nudum, id eſt, neque contractus, vt loquuntur, coherentia, neque ſtipulatione veſtitum? An non promiſſioni ſuæ ſatisfeciſſet? Vtique, nec tamen poſſet pactum illud non eſſe nudum quod factum eſſet ex interuallo. Qui enim ſe obligat ad pactum eiuſmodi faciendum licèt ſe obliget in ipſo ſi voles contractu venditionis, non ideò tamen perinde cenſendus eſt acſi eo ipſo inſtanti pactum feciſſet, quia ſecuto pacto non ex promiſſione illa conueniri amplius poteſt cui iam ſatisfecerit, ſed aut nullomodo, aut ex pacto ipſo quod de retrouendendo ſubſecutum eſt, conueniri debet: Proinde non eo minùs pactum nudum videri debet, non ſecus acſi de eo ineundo nulla promiſſio præceſſiſſet. Promiſſio namque facit, vt pactum illud quandoque fieri oporteat, non etiam vt quandocunque ſecutum, iam inde ab initio & ab ipſo contractus tempore factum eſſe intelligatur. Nec ad rem pertinet, ſi quis obiiciat, Pactum hoc quandocunque ſecutum partem pretij, facere vt tantò pluris res vænuſſe exiſtimetur ſecundùm ea quæ diſputauimus *Dec.* 9. *Error. vlt.* Id enim negandum eſt, & ſeparandum hac etiam in re vt in cæteris omnibus pactum ipſum à promiſſione de paciſcendo. Fateor promiſſionem illam paciſcendi de retrouendendo ſi incontinenti facta ſit non minùs pretij partem facere quàm ſi pactum de retrouendendo iam tùm iniretur. Verum enim eſt neque aliter vendīturum fuiſſe venditorem, neque tam paruo pretio comparaturum emptorem ſi de retrouendendi onere cogitatum nihil fuiſſet. Sed non ideò conſequens eſt vt pactum quoque de retrouendendo videri debeat pars contractus, ſi fortè poſt dies & menſes aliquot initum proponatur. Sed & finge promiſſionem hanc de qua tractamus paciſcendi de retrouendendo non incontinenti factam eſſe, ſed aliquo poſt contractum interuallo, interpoſita tamen, vt fieri eo caſu neceſſe eſſet, ſtipulatione. Quis dicat incontinenti factam videri pactionem quæ ſecuta ſit ex promiſſione non incontinenti adhibita, ſed ex interuallo? Aut ob id magis agi poſſe ex huiuſmodi pacto nudo, quod interpoſitum fuerit in conſequentiam vtilis promiſſionis, ex qua potuit

poruit emptor conueniri vt ita paciſceretur ? Hoc verò
ſi ita eſt, vt ex præcedentis ſtipulationis viribus non
poſſit vires ſumere, & efficax fieri pactum quod per ſe
nudum eſt, cur aliud probabimus in pacto, cui non
ſtipulatio cauſam dederit, ſed pactum anterius licèt
adhibitum in ipſa venditione, aut incontinenti poſt
initam venditionem? At nec illud facilè probare poſſum
8 quod ex † Ioannis Andreæ ſententia tanto interpre-
tum conſenſu receptum video, vt qui promiſit ſe obli-
gare in decem, tametſi nunquam ſe obligauerit tamen
ad ea decem ſoluenda vtiliter conueniri poſſit. Quo-
modo enim fieri queat, vt priùs quis conueniatur quàm
ſit obligatus? An non perpetuò verum eſt, quod & in-
terpretes iactitant obligationem eſſe matrem actionis?
ex *l. licet 43. §. ex obligatio. De procurat.* Imò verò, inquies,
iam obligatus eſt qui promiſit ſe in decem obligare ſi
per ſtipulationem promiſerit. At non ad decem, in-
quam, ſed ad hoc ſolùm vt in decem ſe obliget: quæ
obligatio nullius momenti eſſet & inutilis, ſi hoc ipſo
pro iam obligato haberetur, cur enim ſe magis obliga-
ret, qui iam ſatis obligatus eſſet? Rurſum quomodo
poteſt obligatio inutilis vtilem producere actionem?
9 Nam quod affertur de circuitu † vitando ex *d. l. dominus
teſtamento 53. De condict. indeb.* ad propoſitam ſpeciem
accommodari non poteſt, in qua agitur non de danda
actione, ſed de inducenda obligatione. Faciliùs datur
actio ex iam nata obligatione, quàm obligatio induca-
tur, quia naſcitur actio ex obligatione ſola iuris pote-
ſtate, quia obligatio iuris quoque eſt cùm iuris vincu-
lum diffiniatur. At obligatio non naſcitur niſi ex facto,
factum autem lex nunquam ſupplet, vt vbi non inter-
uenit, interueniſſe videatur. In actionibus quæ iuris
ſunt, euenit aliquando vt earum inter ſe coniungen-
darum celeritate altera occultetur, quemadmodum ait
l. 3 §. penult. D. de donat. int. vir. & uxor. In obligationi-
bus nunquam: quia prius eſt vt obligatio ſit quàm vt
occultetur. Vt taceam quod docui *lib. 6. Coniect. iur. ciuil.*
Triboniani eſſe potiùs quàm Iureconſulti quod in *d. l.
dominus*, de vitando circuitu ſcriptum eſt. Qua de re
plura ideò hic non ſcribemus.

ERROR IX.

De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contra.

SVMMARIA.

1 *An cenſeatur in venditorem tranſlatum dominium, fructúſque ad eum pertineant, cùm emptor ad retrouendendum obligatus rem reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit.*
2 *Iaſonis ſententia negans.*
3 *Purpurati & Cagnoli ſententiæ affirmans.*
4 *Rationes pro Iaſone.*
5 *Purpurati ſententia ab autore præfertur.*
6 *Non ſufficit venditori ad dominij ius conſequendum cum fructibus vt emptor retrouendiderit: ſi non retrotradiderit.*

1 HÆc quoque quæſtio † ab interpretibus
noſtris tractata eſt, adeò ſunt illi diligen-
tes in caſibus ferè omnibus qui ex facto
incidere poſſunt perquirendis. Vtinam in
perſcrutanda aut repetenda iuris ratione eſſent adeò
perſpicaces. Quæſtionis autem vtilitas † duplex potiſ-
ſimùm eſt, vna ſi de rei dominio, altera ſi de fructibus
quæratur. Nam cùm emptor qui ad retrouendendum
obligatus erat rem ipſam reſtituit venditori, & retro-
tradidit, nec tamen retrouendidit, poteſt de dominio
incidere quæſtio non ſolùm inter emptorem ipſum &
venditorem, quod ſanè difficilius fuerit, ſed etiam in-
ter venditorem qui fortè poſſeſſionem amiſerit, &
alium quemlibet factum poſſeſſorem, ſi rem illam à
nouo poſſeſſore vendicare venditor velit. Tritum enim
illud eſt, Aduerſus extraneos, id eſt qui domini non
ſint, etiam vicioſam poſſeſſionem prodeſſe *l. vlt. D. de
acquir. poſſ.* præſertim verò aduerſus vindicantes, cùm
non alius vindicare rem poſſit, quàm qui dominum ſe
probet, licèt is qui poſſidet nullo iure poſſideat *l. vlt.
C. de rei vindicat.* Quæſtio igitur in eo eſt, an ex illa
reſtitutione, & retrotraditione quam emptor fecerit,
tranſlatum ſit dominium in venditorem, etiamſi re-
trouenditio nulla præceſſerit. Nam ſi tranſlatum eſt,
habebit venditor ius rei à poſſeſſore quodlibet vindi-
candæ, ſi minùs, non habebit. Idémque de fructibus
iuris eſt: quia cùm non ſeminis, ſed ſoli iure percipian-
tur, vt ait Iulianus in *l. qui ſcit 25. § 1. D. de vſur.* do-
minij cauſam omnimodo ſequuntur, tanquam acceſſio-
nes naturales, quæ idcirco & cauſæ appellatione con-
tinentur, ita vt ſi ab eo percepti ſint qui dominus fuit,
non poſſint ad eum non pertinere. Habuit autem hæc
quæſtio, cùm aliquando ex facto incidiſſet, diſſentien-
tes grauiſſimos viros, & primi tùm in Italia nominis
Iureconſultos Iaſonem & Purpuratum, vt Cagnolus
refert ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Iaſon † nega- 2
bat perceptos à venditore fructus ad eum pertinere
poſſe, quaſi in quem dominium tranſlatum non fuiſſet.
Purpuratus † contra affirmabat ſatisfactum conuentioni 3
ab emptore, qui rem à ſe emptam ſub pacto de retro-
uendendo venditori ſuo reſtituiſſet, & nulla etiam præ-
cedente retrouenditione tradidiſſet. Quam ſententiam
vti veriorem ſequitur Cagnolus, eamque in tribunali-
bus receptiorem eſſe teſtatur. Pro Iaſone † illa potiſſi- 4
mùm ratio vrget, quòd cùm per venditionem licèt ſub
retrouendendi onere initam, dominium rei venditæ
tranſlatum fuerit in emptorem, adeoque vt probaui-
mus in ſuperioribus, irreuocabiliter, & pleno iure,
non aliter videatur dominium illud redire poſſe ab
emptore ad venditorem, quàm ſi nunquàm fuiſſet ven-
ditoris, quia licèt ſecunda non prima venditio ſit, adeó-
que in conſequentiam prioris fiat, tamen noua vendi-
tio eſt, iiſdémque ad transferendum dominium legi-
bus & ſolennitatibus omnino perficienda. Atqui con-
ſtat ita ius eſſe, vt ex ſola traditione quamuis à vero
domino facta transferri dominium non poſſit, nec ſi
dominus habuerit animum transferendi, niſi adſit etiam
iuſta cauſa, hoc eſt titulus aliquis qui iure ciuili ad
transferendum dominium habilis, & iuſtus exiſtimetur,
qualis eſt venditionis, Alioqui nuda dicitur eſſe tradi-
tio, ex qua proinde transferri dominium nunquam po-
teſt *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Neque
verò ſufficeret præceſſiſſe pactum de vendendo ſi ante
traditionem venditio nulla ſecuta eſſet: quia non ſicut
venditio, ita & pactum de vendendo iuſta cauſa eſt
transferendi dominij. Iuſtam ſiquidem cauſam appella-
mus, quæ iure ciuili cognita ſit & probata. Ius autem
ciuile pacta nuda non agnoſcit, quorum tuitio tota eſt
ex iuriſdictione prætoris. Nam & inde fit quod nos
non vno Coniecturarum noſtrarum loco monuimus,
vt ſi heres fundum alicui tradiderit ex cauſa fideicom-
miſſi, non idcirco tamen dominium in fideicommiſſa-
rium transtuliſſe dici poſſit, quia nec fideicommiſſa
iure ciuili cognita ſunt, ſed pendent ex Prætoris fidei-
commiſſarij iuriſdictione *l. 3. D. ſi vſufr. petat.* Cur ergo
ſufficiet pactum de retrouendendo, nulla ſecuta re-
trouenditione? Quò etiam pertinet, quòd cùm ex-
ceptio rei venditæ & traditæ emptori accommodari ſo-
leat, *tot. tit. de except. rei vendit. & trad.* exceptio tamen
rei traditæ quæ vendita non ſit, nulla eſt, quia non

magis retinendi quàm petendi ius præbere poteſt traditio quæ cauſam non habet. Plus dico etiam pecuniam quis ab alio acceperit, eique viciſſim rem aliquam tradiderit, nulla expreſſa cauſa, nullóque ineundæ venditionis tractatu præcedente, nullam tamen dominij translationem fieri, ſi non alia iuſta contrahendi cauſa fuit, puta ineundi contractus innominati, do vt des, qui à venditione multùm diſtat, tum etiam cùm datur pecunia vt res accipiatur *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 6. Coniect.* Tunc enim venditio contracta intelligi debet cùm pro re datur pecunia pretij nomine, & conſequenter cùm venditionis tractatus aliquis præceſſit, quandoquidem extra cauſam emptionis de pretio tractari nunquam poteſt *l. 1. D. de rer. permut.* Atque ita proculdubio accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. naturalis 4. §. D. de præſcript. verb.* contractam intelligi venditionem & emptionem ſi pecunia pro re detur.
5 Sed tamen Purpurati † ſententia verior ſanè eſt, neque dubito quin potentius ſit pactum de retrouendendo ad transferendum per ſolam traditionem ſine retrouenditione dominium, quàm pactum de vendendo nulla ſecuta venditione. Illud enim ſemper obſeruandum eſt, cùm pactum de retrouendendo dicimus de eo nos intelligere quod vel in ipſa venditione adhibitum ſit, vel incontinenti poſt perfectam venditionem, alioqui eſſet inutile & inefficax ad agendum. Porrò, cùm in ipſa rei alienatione pactum tale factum eſt de retrouendendo, negari non poteſt quin retrouenditionis tractatus præceſſerit, & quidem eiuſmodi qui cauſam dederit ineundæ venditioni, quam alioquin venditor non fuerat contracturus. Quidni ergo ſufficiens erit cauſa illa dominij transferendi ſi retrotraditio ex placiti fide poſtmodum ſit ſecuta? Non enim pactum nudum eſt quod contractus cohærentia veſtitur, nec proinde iure ciuili incognitum, quod pars eſt eius contractus quem ius ciuile agnoſcit & probat. Ergo neque nuda traditio eſt, quæ iuſtam hanc cauſam habet. Quod ſi non nuda, Ergo vtilis & efficax ad dominium transferendum: & conſequenter nil neceſſe eſt interdicere retrouenditionem, quæ etiamſi facta eſſet, efficere tamen non poſſet vt tantò maior aut iuſtior transferendi dominij cauſa videri deberet. Quæ enim iuſta eſt non poteſt magis fieri iuſta, aut quæ habilis eſt magis habilis, ſicut nec magis meum quod iam eſt meum. Idque ita eſſe ex eo quoque apparet, quòd ſi pactum ita conceptum eſſet, vt reſtituto quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus reſtitueretur, nulla retrouenditionis facta mentione, dubitari non oporteret, quin citra retrouenditionem dominium ex ſola traditione transferretur, Cur enim retrouenditionem requireremus, quam contrahentes neceſſariam eſſe noluiſſent? At cur non redeat dominium ea ipſa lege quæ dicta eſt à venditore alienante? Denique ſufficit traditionem non eſſe nudam, vt ex ea dominium transferri poſſit, vt verò nuda non ſit, ſufficit quòd cauſam habeat à contractu iuſto & legitimo ſiue venditionis contractus ille ſit, ſiue retrouenditionis: vt probatur non malè ex *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* quæ de pacto eſt de reſtituendo, non de retrouendendo. Neque aliud videri debet ſi promiſſa ſit retrouenditio per ſtipulationem licèt adhibitam ex interuallo: nam & ſtipulatio ſi modò iuſtam ipſa cauſam habeat, iuſta cauſa eſt dominij transferendi *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Et ſanè, ſi quo vnquam caſu locum habere poteſt, quod interpretes tractant de circuitu vitando, obtinere hîc debet, vt qui ex lege venditioni dicta retrouendere & retrotradere obligatus eſt, ſola retrotraditione vtrumque explere intelligatur. Fructus igitur quos ex eo tempore venditor perceperit, ad ipſum vtique pertinebunt, quandoquidem etiamſi dominium per traditionem tranſlatum non eſſet, fructuum tamen rationem exinde haberi oporteret, tanquam ex die moræ *d. l. 2.* cùm is qui & retrouendere & reſtituere debuit, ſi duntaxat reſtituerit, hoc ipſo in mora ſit retrouendendi iure ita per ſuppoſitionem conſtituto, vt non ſufficeret citra retrouenditionem reſtituiſſe. Itaque fructus qui venditoris facti non eſſent ſola perceptione, fierent eius omnimodo conſumptione, quia nunquam eſſent reſtituendi: Ex iuris regula, quæ habet, dolo facere eum qui petat, quod illi ipſi à quo petit ſtatim eſſet reſtituturus, *l. ſi ſocer 43. §. Lucius. D. ſolut. mat.* An ergo ſimiliter dicemus, ſufficere † poſſe 6
venditori quòd emptor retrouendiderit ſi retrotraditio nulla ſit ſecuta? Minime verò. Nam traditio illa eſt, quæ dominium transfert, non conuentio, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Cúmque in propoſita ſpecie duplicem cauſam habeat traditione ſit nuda, vnam quæ ex ipſo contractu venditionis, alteram quæ ex retrouenditione pendeat, facilius eſt vt ad transferendum per traditionem dominium alterutra ſufficiat, quàm vt vtraque concurrente, traditio ob eam cauſam minùs neceſſaria videri poſſit. Totus enim effectus tranſlati dominij traditioni accepto ferendus eſt, non cauſæ ex qua tranſlatum eſt dominium, quam nec requirimus niſi ad traditionem confirmandam. Traditionem igitur interuenire prorſus neceſſe eſt, aut quid aliud quod vice traditionis eſſe poſſit, vt puta ſi paſſus ſit emptor vt fundi retrouenditi poſſeſſionem venditor propria autoritate acceperit, fructúſque ex eo perceperit. Cæterùm ſi ſola retrouenditione venditor nitatur, dominiúmque vindicet, non poteſt meo iudicio non vinci, ſiue contra emptorem ipſum agat, ſiue contra extraneum poſſeſſorem, ſed multò magis ſi contra extraneum. Planè ſi venditor ipſe poſſideat, & dominij quæſtionem ab emptore patiatur, quaſi non potuerit retrouenditio ſufficere ſine traditione ad dominium transferendum, non inutiliter ſe tuebitur pacti & doli exceptione cùm ex pacto non ſolùm retrouendere, ſed etiam retrotradere emptor debeat, dolóque malo idem emptor faciat qui ius aliquod ſibi quæſitum velit ex eo ſolùm, quod non fecerit, quicquid ex iuſta conuentione facere eum oportuit. Potiùs enim pro facto in eius præiudicium haberi id debet, nec iuſtè poſſumus exceptionem & retentionem ei denegare, cui daremus etiam actionem.

ERROR X.

De vſufructu ei debito qui proprietatem emptam ſub pacto de retrouendendo poſtea retrouendit.

SVMMARIA.

1 *Vſufructuario proprietatem acquirente vſusfructus per conſolidationem amittitur: etiamſi emerit ſub pacto de retrouendendo n. 3.*
2 *Nullus eſt vſusfructus cauſalis, aduerſus interpretes.*
4 *Non reuiuiſcit vſusfructus per retrouenditionem rei in qua verior emptor habebat vſumfructum.*
5 *Pauli Caſtrenſis & aliorum ſententia affirmans.*
6 *d. Sententiam malè firmari ex l. dominus. D. de vſufruct. cuius verus ſenſus explicatur.*
7 *In propoſita ſpecie extinctum vſumfructum ex cauſſa ſecuta retrouenditionis non reuiuiſcere; & quatenus conſuli poſſit indemnitati emptoris.*

CVm vſufructuarius † acquirit proprietatem 1
eius rei in qua vſumfructum habet, nemo dubitat quin vſusfructus per conſolidationem amittatur, quia non magis poteſt quis vti frui re

ſua

ſua eo iure quod vſumfructum conſtituat quam illud
induci, vt domino ſua res ſeruiat, *l. vti frui 5. D. ſi
vſuſfr. pet.* Nec quod vulgò fit ab interpretibus, diſtin-
2 guendus eſt vſuſfructus cauſalis à formali. Cauſalis †
enim quem illi appellant, id eſt qui cum proprietate
coniunctus ſit, nullus omnino eſt, quandoquidem
nec conſtitui aut intelligi poteſt, niſi per ſeparationem
à proprietate: & qui adnexam habet proprietatem non
vſuſfructus, ſed plena proprietas dici debet, vt docui-
mus *lib. 15. Coniect. cap. 8.* Inde fit, vt ſi fructuarius †
3 emerit proprietatem eius rei in qua priùs habebat
vſumfructum, proculdubio vſuſfructus amittatur, li-
cèt emerit ſub pacto de retrouendendo. Nam & hoc
caſu perinde dominium acquiritur emptori, & quidem
irreuocabiliter & pleno iure, acſi pactum eiuſmodi nul-
lum interueniſſet, quemadmodum à nobis probatum
eſt *cap. 7. Decad. ſuperioris.* Illa igitur incurrit dubita-
4 tio, † ſi poſtmodum ea res per emptorem retrouenda-
tur, atque ita ius conſolidationis quod vſumfructum
extinxerat extinguatur, an vſuſfructus reuiuiſcat, &
ipſo iure reſtituatur. In qua dubitatione illud ſtatim
occurrit quod reſpondeas, ius quod ſemel extinctum
ſit poſteà reſuſcitari & reuiuiſcere nunquam poſſe, *ex
l. qui res 98. §. aream. D. de ſolut.* Sed tamen aliud
vulgò probatum eſt, vſumfructum qui periiſſe videba-
tur, reuiuiſcere, ſtatim atque rei venditæ dominium
ad venditorem à quo abſceſſerat, recurrit. Sic enim Pau-
5 lus † Caſtrenſ. conſuluit *lib. 1.* cuius ſententiam velut
veram & ſine controuerſia receptam refert ſequitúrque
Cagnolus ad *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. ex l. domi-
nus. D. de vſufr.* vbi Papinianus ſcribit, Si dominus pro-
prietatem fructuario legauerit in teſtamento, quod
poſt agnitum legatum per inofficioſi querelam ruptum
proponatur apparere ex poſtfacto non fuiſſe amiſſum
vſumfructum qui per conſolidationem amiſſus videba-
tur. Videamus tamen ne non ſint iſta ſimilia. Nam
6 apud Papinianum † ius vſuſfructus non tam reuiuiſcere
poſt extinctionem, quam nullo vnquam tempore ex-
tinctum finitúmque eſſe intelligitur: quia nec eius ex-
tinguendi ratio alia fuit quàm quòd ex teſtamento quæ-
ſita eſſet vſufructuario proprietas iure legati, idem
verò & proprietarius & fructuarius eſſe non poſſet.
Rupto autem poſteà teſtamento per inofficioſi quere-
lam quæ omnia reuocat ad cauſam inteſtati, apparet
teſtamentum nullum ſupereſſe, nec proinde legatum
vllum ex quo proprietas acquiri potuerit, quia ex teſta-
mento tandem rupto licèt aliquando tenuerit & value-
rit, legata tamen neque vlla debentur, neque vllo
vnquam tempore debita fuiſſe videri poſſunt, niſi ſi
qua repetita ſint à ſucceſſoribus inteſtati, *l. generaliter.
24. §. ex teſtamento. D. de fideic. lib.* Maximè verò ſi teſta-
mentum ruptum ſit per querelam. Nam cùm querela
eo colore proponatur, quaſi demens & inſanus fuerit
teſtator eo tempore quo ſuprema ordinabat *l. 2. D. de
inoff. teſt.* conſtat non poſſe à demente & inſano ho-
mine aut teſtamentum fieri aut legata relinqui, *l. Pa-
pinianus 8. §. pen. & vlt. cum l ſeq. l. qui repudiantis 17.
in fi. l. cum mater 28. D. eo.* de quo ſcripſimus *eod. lib. 5.
Coniect. cap. 18.* Nec quod teſtamentum aliquando va-
luerit, ideóque per querelam reſcindi & potuerit & de-
buerit, ad rem facit. Nam ſtatim atque teſtator rupto
quandocunque teſtamento inteſtati exitum facere cœ-
pit, perinde habendus eſt, acſi nunquam teſtatus fuiſ-
ſet, ne alioqui euenturum illud ſit, vt pro parte tem-
poris teſtatus, pro parte inteſtatus videatur: quod ſanè
abhorret à vera vulgatáque iuris ratione. Etſi enim
querelæ ius ſingulare eſt, vt ex poſtfacto facere poſſit
teſtatorem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum, *l.
circa 18. eod. tit.* Id tamen ad partem bonorum referen-
dum eſt, ſi fortè plures ſint heredes, quorum vnus in
ea lite vicerit, alter ſuccubuerit, non autem ad partem
temporis, quia difficilius eſt vt pro parte temporis
quàm vt pro parte bonorum teſtatus quis ſit, & pro alia
parte inteſtatus, quoniam reſciſſio quæ fit per quere-
lam, quatenus reſpicit tempus, tota dirigitur in id
tempus quo factum eſt teſtamentum, cum dirigatur in
ipſum teſtatorem, vt non ſatis ſuæ mentis fuiſſe exiſti-
metur. Itaque pati non poteſt vt vel minimo temporis
momento teſtamentum valuiſſe dici poſſit. At quate-
nus reſpicit bona, non afficit vniuerſitatem bonorum,
quia neque in bona ipſa datur, neque contra lignum vt
bonorum poſſeſſio contra tabulas id eſt, contra teſta-
mentum, ex cuius iure pendet ipſum quoque ius vni-
uerſitatis bonorum, quæ defuncti fuerunt, ſed contra
heredem, ergo pro ea duntaxat bonorum parte, ex qua
heres ille eſt qui condemnatus fuit, aut ex qua heres
ab inteſtato eſſe poſſit is qui conqueritur, ſi fortè alius
ſit in eodem & conquerendi iure, & ſuccedendi gradu.
Rupto igitur per querelam inofficioſo teſtamento, illud
conſequens eſt, vt legata nullo modo valeant, quæ in
eo relicta fuerunt, licèt agnita iam præſtitaque propo-
nantur. Nec proinde mirum eſt in ea ſpecie quam Pap.
tractat, fructuario qui proprietatem ex legato acceperat,
& per aliquod tempus retinuerat ſaluum eſſe vſumfru-
ctum, quaſi nunquam conſolidatum, quia neque pro-
prietas vllo vnquam tempore fructuarij fuiſſe intelligi-
tur. Idque eſt quod Pap. ait, *apparere ex poſtfacto non
fuiſſe amiſſum vſumfructum.* Non ait fuiſſe amiſſum, ſed
tamen amiſſa poſtmodum proprietate reſtituendum eſſe
aut reſuſcitandum, vt de iure pignoris ſcriptum eſt in
l. ex ſextante §. vlt. D. de except. rei iud. Negat amiſſum
fuiſſe idque ex poſtfacto apparere ait, quia quandiu
teſtamentum per querelam ruptum & reſciſſum non eſt,
videtur ſanè amiſſus, quandoquidem tamdiu teſtamen-
tum valet, re vera tamen in ſuſpenſo eſt, ſicut & teſta-
mentum ipſum in pendenti eſt, non an valeat ſed an
futurum ſit vt nunquam valuiſſe exiſtimetur, quod in
eo eſt vt rumpi adhuc poſſit: quemadmodum dici ſolet
de eo qui captus eſt ab hoſtibus, quamdiu in ciuitatem
redire poteſt iura eius non tam abrupta eſſe, quàm ex
poſtliminij conſtitutione ſuſpenſa intelligi debere *l.
illa 32. §. 1. D. de her. inſtit.* licèt verum ſit interim eum
eſſe in ſeruitute, *l. pen. D. de ſuis & legit.* At in ea ſpecie
de qua tractamus, id eſt, cùm fundus in quo vſuſ-
fructus alienus erat, venditus eſt fructuario à domino
proprietatis, ſub pacto de retrouendendo, licèt in
pendenti ſit an emptor retrouenditurus ſit, nécne, ta-
men neque emptoris ius idcirco dici poteſt eſſe in ſuſ-
penſo, neque ſecuta etiam retrouenditione & retro-
traditione, in eum ſtatum rem deduci, vt nunquam
emptoris fuiſſe videatur. Nam vt toties diximus in præ-
cedentibus, neque pactum de retrouendendo, neque
retrouenditio ipſa impedit quominus id quod hac lege
venditum eſt, acquiratur emptori irreuocabiliter &
pleno iure, multò minùs verò facit vt ex quo tempore
res retrouendita eſt, nunquam emptoris fuiſſe intelli-
gatur: quia retrouenditio quæ nihil niſi ſecunda ven-
ditio eſt neque reſoluit, neque reſcindit primam, ſed
eam potiùs in neceſſarium antecedens ſupponit. Prio-
rem enim ſubſiſtere, ſempérque ſubſtitiſſe neceſſe eſt
vt poſterior habilis ſit & efficax ad dominium transfe-
rendum in venditorem. Nec quod per retrouenditio-
nem iterum dominus fit venditor, qui per primam
venditionem eſſe deſierat, aliud quicquam poteſt in-
ducere, niſi vt eodem tempore deſinat emptor domi-
nus eſſe, qui in illum vſque diem fuit: non etiam vt
deſinat fuiſſe, quomodo contingeret vendita re ſub
lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem.
Semper igitur verum eſt ab eo inſtanti quo fructuarius,
idémque emptor factus eſt dominus proprietatis, con-
ſolidatum fuiſſe vſumfructum cum proprietate, eám-
que conſolidationem ſemper manſiſſe, neque ex poſt-
facto magis quàm ab initio quicquam emergere, quod
effectum illum conſolidationis inanem & irritum effi-
cere

cere queat ad vſumfructum emptori reſtituendum. Quod cùm ita ſit, concludendum eſt aduerſus Caſtrenſem & Cagnolum, amiſſum † in propoſita ſpecie vſumfructum & per conſolidationem extinctum, ex cauſa
7 ſecutæ retrouenditionis reſſuſcitari & reuiuiſcere nunquam poſſe, non magis quam ſi retrouenditio illa eſſet merè voluntaria, non facta ex præcedentis conuentionis neceſſitate. An ergo eiuſmodi iactura emptorem affici patiemur, qui neceſſe habet retrouendere? Illud quidem fortaſſe quis tentare poſſet, imputare emptorem ſibi debere, non cur pactus ſit de retrouendendo, ſed cur eam rem emerit, in qua iam vſumfructum habebat, & quam ſciuit ſaluo vſuſfructu ſuam fieri non poſſe. Sed tamen cùm tantò pluris res vendita videatur, eáque vſusfructus amiſſio partem pretij efficiat, quia tantumdem abeſt emptori ex cauſa emptionis, iniquum ſanè fuerit morari eum in damno, cùm neque in culpa vlla ſit, niſi fortè venditor ei vult imputare, cur tanti emerit rem quam eodem pretio idem venditor ſibi retrouendi voluerit. Videturque hæc res expeditum habere tractatum, ſi conuenerit ſimpliciter, id eſt, nulla pretij taxatione facta vt eodem pretio fundus retrouenderetur. In pretio enim eſſe intelligetur, non ea ſolùm pecunia quæ ob venditionem numerata fuerit ab emptore, ſed quanti etiam vſusfructus eo tempore æſtimari potuit arbitrio boni viri, nec proinde aliter audiendus erit venditor petens retrouenditionem quam ſi cum pretio conuento offerat etiam æſtimationem vſusfructus, ſi non paratus ſit conſentire vt ex retrouenditione vſusfructus qualis quantúſque fuerat reſtituatur, & reſtauretur. Non enim videri poteſt dolo malo facere emptor, qui retrouenditionem recuſat, ex qua damnum ſenſurus ſit iniuſtum & ſine cauſa. Itaque vel indemnitas ei præſtanda eſt, vel de ea quandocumque præſtanda caueri & ſatiſdari oportet, vt & in ſpecie *l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell.* de qua ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 7.* Satiſque fauemus venditori in eo, quòd electionem illi damus, an vſumfructum reſtaurari an æſtimari malit. Sed ſi conuentio illa fuit vt fundus centum aureis fructuario venditus eodem pretio centum aureorum venditori retrouenderetur, cùm tam aperta & præciſa ſint conuentionis verba, vt de vſuſfructu, ſiue reſtaurando, ſiue æſtimando nullam admittant interpretationem, nihil aliud ſupereſt quod pro emptore dici poſſit quominus ſui vſusfructus iacturam ſentire debeat qui ea lege non coactus, ſed ſponte acceſſit ad emptionem, licet inuitus retrouendat. Imputare namque ſibi debet cur tanti æſtimauerit rem illam habere, quam putauit fortaſſe nunquam ſe retrouenditurum, cùm multa incidere poſſint quæ faciant ne vlla vnquam retrouenditio ſequatur, vt putà ſi redimere venditor nolet, aut non poterit, fortaſſe non habens in numerato quantum ſatis ſit ad emptori offerendum, aut ſi præſtituta redemptioni tempora priùs effluent quàm redimendi facultas adſit, quod iis ferè omnibus euenit, qui à redimendi iure temporis præſcriptione ſummouentur.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De hypotheca rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda.

SVMMARIA.

1 *Hypothecam rei venditæ ſub pacto de retrouendendo ex ſolo ipſo pacto induci pro venditore placet pragmaticis.*
2 *Relatam ſententiam falſam eſſe.*
3 *Pragmaticos ineptè colligere pactum de retrouendendo inducere hypothecam ex l. poſt diuiſionem. 3. D. qui potior. in pignor. hab. cuius vera ſententia declaratur.*
4 *Perperam idem adſtruere pragmaticos ex l. creditores. 3. C. de pignorib.*

1 Neceſſaria interdum hæc quæſtio eſt, an † is qui rem emit ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo eam venditori obligare, in eáque hypothecam conſtituere intelligatur, ſi forte emptor eam rem alienauerit, & aduerſus poſſeſſorem agere venditor malit ad rem auocandam, quàm aduerſus emptorem ad indemnitatem præſtandam. Magis autem probatum video, nec vllo ferè diſcrepare, huiuſmodi conuentionis poteſtate hypothecam induci ſiue expreſſam illam eſſe, ſiue tacitam vocare velis. Quam ſententiam Bartol. Baldúſque priores induxerunt ad *l. 3. § poſt diuiſionem. D. qui potior in pignor. hab. & ex l. creditores. 3. C. de pign.* Nec dubitat, quin vera ſit, Andr. Tiraq. *de retract. conuent. § 3. num 9. gloſſ. vnic.* Ego
contrà, falſam † eſſe contendo. Quid enim eſt in pacto 2
de retrouendendo, ſiue conuentionis verba ſpectemus, ſiue mentem paciſcentium quod hypothecam poſſit inducere, quæ nec ex retrouenditione ipſa induceretur? Nemo ſiquidem negauerit plus eſſe ſi quis retrouendat, quàm ſi ſe obliget ad retrouendendum: nec poſſis reſpondere quod pragmaticus quidam aliquando reſpondebat, per retrouenditionem pignus non contrahi, quia dominium in venditorem eundémque nouum emptorem transfertur, eadem autem res quæ alienatur, obligata nouo domino eſſe non poſſit. Falſum enim eſt per retrouenditionem dominium transferri, quod ſanè per traditionem ſolam transfertur, vt docuimus in *Error. 9. Decad. ſuperioris.* Itaque quandiu res retrouendita nondum eſt in dominio venditoris, nihil vetaret obligari eam pignori, vt ſi fortè poſtmodum alienaretur, poſſet venditor actione in rem propoſita ipſam auocare, ſi retrouenditio ſufficere in id poſſet, quomodo dicimus venditorem, qui totum pretium nondum accepit, ſi vrgeatur ab emptore ad rem tradendam, velut taciti pignoris iure poſſe rem quam vendidit, retinere, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de action. empt.* licèt quod magis eſt, non eò minùs maneat dominus, quandiu ex venditionis cauſa rem nondum tradidit, *§. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* Neque ſanè dici poteſt quid aliud iuris ex huiuſmodi pacto acquiri poſſit venditori præterquàm in perſonam emptoris, vt obligatum eum habeat de retrouendendo quem alioqui non haberet. Cúmque

Cúmque nos de eo pacto loquamur quod in ipſo venditionis contractu adhibetur ne ſit nudum, dominium autem ex ſola venditione non transferatur ante traditionem, apparet nec ſi emptoris voluntas illa ſit, vt per pactum pignus contrahatur, poſſe tamen pignus ab eo conſtitui in re quæ nondum ſit ſua, *l.* 2. *D. de pignor. act.* Neceſſe enim eſſet ad vtilem pignoris conſtitutionem, vt in id ſaltem tempus conferretur quo dominium emptori quæſitum eſſet, quod non fit per pactum de retrouendendo. Etſi enim huius pacti verba futurum tempus demonſtrant non præſens quod ad retrouendendum pertinet, futurum tamen tempus non illud eſt quo dominium erit quæſitum emptori, ſed quo venditio perfecta erit, quæ porrò perficitur etiam priùs quàm dominij translatio inducatur per ſubſecutam traditionem. Itaque ſi poneres eum qui ſub hoc pacto emiſſet, ſtatim poſt perfectam emptionem & ante traditionem retrouendidiſſe, dubitari non oporteret, quin pacto abundè ſatisfeciſſet, tametſi dominus rei venditæ nunquam fuiſſet, nec vllum proinde dominium in venditorem ſuum transtuliſſet. Quid enim aliud ab eo exigimus, niſi vt quicquid iuris ex emptione nactus eſt, venditori ſuo retrouendat? Aut cur requiramus, vt transferat dominium quod nondum habet, aut vt priùs nanciſcatur dominium quod in eum ipſum venditorem mox ſit translaturus? Præſertim cùm nihil prohibeat alienam quoque rem vendi poſſe, *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* Sitque extra naturam venditionis vt dominium rei venditæ transferatur in emptorem, niſi quòd id fit per conſequentias cùm venditor dominus fuit. Quis verò dixerit hoc ſaltem caſu quo emptor nunquam fuerit dominus rei emptæ ſub pacto de retrouendendo, fuiſſe rem illam venditori obligatam, vt retrouendi aliquando deberet? Quòd ſi hoc caſu pignus non contrahitur, an tunc potius contraheretur, cùm ex cauſa venditionis ſecuta erit traditio, translatumque rei venditæ dominium in emptorem? Quis neſcit pignoris obligationem & conſtitutionem totam ex conuentione æſtimari, non ex eo quod poſt conuentionem poſſit emergere: Sunt au-
3 tem ſuaues mehercule pragmatici, † qui vt probent pactum de retrouendendo inducere hypothecam, adferunt Papiniani reſponſum in *d. l.* 3. *poſt diuiſionem. D. qui potior. in pign. hab.* probántque ex eo loco pactum de vendendo eiuſdem eſſe poteſtatis vt pignoris conuentionem & obligationem per æquipollentia verba inducat. Quod omnino falſum eſt, & à Papiniani ſententia & ſubtilitate prorſus alienum. Pactum enim de vendendo, de quo Papinianus eo loco tractat, non illud eſt quo quis promittat, ſe alteri venditurum, ſed quo quis alteri permittat, vt ipſius permittentis rem diſtrahat: quæ promiſſio quantum à promiſſione diſtet, ex eo apparet, quod promiſſio perſonam promittentis obligat, promiſſio verò non tam perſonam afficit, quàm rem ipſam cuius diſtrahendæ ius creditor nanciſcitur. Quo enim iure creditor alienam rem diſtrahere poſſet, ſi non ius neceſſarium antecedens pignus contractum intelligeretur? Non poſſet ſanè nomen ſolum iúſque creditoris in eam rem ſufficere, vt ex eo conſtat, quod tum etiam cùm debitor iam condemnatus eſt, non priùs tamen eius bona in iudicati executione diſtrahi poſſunt quàm in iis ius pignoris conſtitutum ſit per capionem iudiciali autoritate factam, *tot. l. à Diuo Pio* 15. *D. de re iudic.* Et verò ſi pactum ſimplex de vendendo, id eſt quo quis promiſiſſet ſe alteri venditurum, ſufficere poſſet ad inducendam hypothecam, conſequens fieret, vt inutile dici non poſſet quantumuis nudum eſſet: quia nudum de hypotheca pactum ſufficit ad inducendam hypothecariam, propterea quod hypothecæ obligatio non principalis, ſed acceſſoria tantùm eſt. Proinde haberet creditor actionem in rem ad auocandam hypothecam, qui tamen in aduerſarium ipſum cuius res eſſet, nullam prorſus ex pacto nudo actionem habere poſſet. Sic eueniret vt eadem pactio per eadem verba & obligationem perſonalem induceret & hypothecariam, quod tamen non magis fieri poteſt quàm vt eadem principalis obligatio ſit, quæ acceſſoria, & contrà. non ignoro, naturali obligationi qualis illa eſt quæ ex pacto nudo contrahitur accedere poſſe hypothecam ſicut & fideiuſſorem, *l. Græcè* 8. *§. adhiberi. D. de fideiuſſ.* quia licèt obligatio acceſſoria non poſſit eſſe plenior aut durior quàm principalis, nihil tamen vetat, quin ſit efficacior ad agendum. Neque illud rurſum neſcio fieri facilè poſſe & verò vſuuenire quotidie vt eodem contextu verborum, & principalis obligatio & hypotheca contrahatur, id eſt, eodem contractu, & in eodem inſtrumento. Sed hoc contendo, non poſſe vtrumque fieri iiſdem verbis, vt & principalis obligatio & hypotheca inducatur. Aliis enim verbis opus eſt ad perſonam: aliis ad rem obligandam. Atqui cùm quis ita paciſcitur vt promittat ſe alteri venditurum, de ſe tantùm, non de re ipſa paciſcitur, ſuamque duntaxat perſonam afficit vt aut naturaliter tantum obligetur, ſi pactum nudum fuit, aut etiam ciuiliter, ſi vel contractus cohærentia vel ſtipulatione veſtitum proponatur. Quis ergo admittat vt iis ipſis verbis hypotheca inducatur? Nam neque iuris ratio, aut naturæ ordo pati poteſt, vt contrahatur obligatio pignoris aut hypothecæ quin ſubſit iam, præcedatque principalis obligatio, quæ porrò fieri non poteſt vt præcedat tempore, ſi iiſdem ipſis verbis quibus & hypotheca contrahatur. Nec ſanè apud Papinianum perinde poſſis dicere obligationem principalem & hypothecariam iiſdem verbis conſtitutam videri. Nam principalem obligationem liberandi pretij quod vnus ex fratribus pro indiuiſo obligauerat inducebat pactum diuiſionis, mutuis traditionibus ſubſecutis confirmatum, cùm ex facto fratris rem communem pro debito proprio in ſolidum obligatis, ius alterius fratris ignorantis lædi, ipſiuſque portionem pignoris inutiliter contracti vinculo & incommodo affici non oporteret: hypothecam verò inducebat pactum illud quo conuenerat, vt ſi frater ille qui rem obligauerat, pignus non liberaſſet, liceret alteri partem vendere partis ex diuiſione quæſitæ. Propter quam cauſam non inſubtiliter Papinianus reſpondet creditorem priorem cui alter ex fratribus altero inſcio rem communem obligauerat, non eſſe ſecundo potiorem, quia ſecundum pignus ad eam partem directum erat, quam ſocius ignorante ſocio non potuerat vtiliter obligare. In quo illud etiam obſeruandum eſt non ita loqui Papinianum vt dicat ſecundum creditorem eſſe potiorem, ſed ita vt priorem potiorem eſſe neget, quia ſecundus in propoſita ſpecie non tam potior quàm ſolus inuenitur, vt in alio caſu quamuis diſſimili eleganter idem Papinianus reſpondit in *l.* 2. *D. eod. tit. qui potior in pign. hab.* Cæterùm ſi verum illud eſt quod probauimus, ex pacto quo quis promittat ſe alteri venditurum, hypothecam nullam naſci, a quo fatendum eſt, nec ex pacto de retrouendendo vllam naſci poſſe. Similiter enim ſe habent, vt & pragmatici ipſi fatentur. Quod verò iidem obiiciunt ex *l. creditores* 3. *C. de pignor.* minùs ad rem facit. Quid enim aut commune aut ſimile habet pactum de retrouendendo, cum pacto quo conuenit vt creditor ingredi poſſit propria autoritate poſſeſſionem bonorum debitoris? Illud in perſonam, hoc verò in rem conceptum eſt: nec proinde mirum videri debet ex hoc pacto hypothecam induci, non etiam ex illo. Cur enim creditori licere debeat ingredi poſſeſſionem bonorum debitoris, ſi non priùs ea bona habeat obligata? Quamquam & circa illius legis ſententiam pactíque de quo ibi agitur interpretationem, pragmatici & interpretes multa peccant, de quibus alio loco fuſiùs & commodiùs diſſeremus.

ERROR

ERROR II.

De expreſſa obligatione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ne in alium, quam venditorem alienari poſſit.

SVMMARIA.

1 *Error Andreæ Tiraquelli.*
2 *Ius pignoris ita rem afficere nequit vt alienationem impedire queat.*
3 *Emptor qui contra conuentionem de non alienanda re (quam emit ſub pacto de retrouendendo, & venditori expreſsè oppignerauit) alteri rem vendidit, ad quid teneatur, aut condemnandus ſit.*
4 *Pactionis de non alienando quis effectus, & cui prodeſſe debeat.*
5 *Oſtenditur Tribonianiſmus in l. ſi creditor 7. §. vlt. D. de distract. pignor.*

1 SVuitet Andreas † Tiraquellus in illo ipſo loco quem nos proximè citauimus, ex eo quod dixerat rem venditam ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo intelligi obligatam, concludit, tantò magis verum eſſe quod idem ille dixerat in præcedentibus, ſi ea res alienata ſit, dandam eo nomine venditori actionem non tantùm in perſonam emptoris, ſed etiam in rem ipſam, & conſequenter aduerſus tertium quemlibet poſſeſſorem. Quaſi verò
2 ius † pignoris ita rem afficere poſſit vt impedire debeat alienationem, Quod certè quàm falſum ſit, ex eo conſtare poteſt, quod nos in ſuperioribus diſputauimus, eum qui promiſit retrouendere, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa venditione adhibitum, non vſque adeò præciſè obligari ad retrouendendum, quin præſtatione eius quod venditoris intereſt liberetur, ſi eam condemnationem ſubire malit. Cùm enim ita fiat vt tota huius pacti vtilitas pecuniario commodo æſtimetur, non etiam vt rei alienatio prohibeatur, quin aliud adferre poteſt ſubiecta conuentio expreſſa pignoris, niſi vt venditori liceat rem perſequi ad eam tandiu retinendam quandiu obligationi retrouendendi ſatiſfactum non erit? Siquidem ea pignoris cuiuſlibet natura & conditio eſt vt lui quandocumque poſſit oblato præſtitóque omni eo quod debetur. Indéque nimirum euenire neceſſe eſt, vt nunquam cauſa pignoris impedire poſſit alienationem proprietatis, quia proprietatis acquiſitæ ius perpetuum eſt, non ſicut pignoris temporale, neque rurſum ob id quòd is qui pignus conſtituerat dominus eſſe deſierit, vinculum pignoris diſſoluitur quod vtiliter contractum ſemel fuit. Quòd ſi ponas hoc ipſum etiam nominatim conueniſſe, ne res vendita ſub pacto de retrouendendo in alium transferri & alienari per emptorem poſſet, eíque conuentioni ſubiunctam expreſſam eius rei hypothecam, idem tamen iuris eſſe contendam, vt non eo magis alienatio
3 impediatur. An igitur † inutilis erit conuentio de non alienando, inutilis quoque conuentio hypothecæ. Neutra ſanè. Imò vtraque vtilis hactenus, vt emptor qui contra fidem conuentionis alteri vendidit, condemnandus ſit actione in perſonam propoſita quanti ex cauſa intereſt venditoris, *l. 21. § ſi tibi D. de act. empt.* Tum ſi iudicato non ſatisfaciat detur actio hypothecaria venditori ad auocandam rem à tertio poſſeſſore ſi non hypothecam luere poſſeſſor malit. Cæterùm ſi paratus ille ſit oblata pecunia indemnitatem præſtare vēditori, nihil cauſæ eſt cur vel ab eo res auocetur, vel alienatio impediatur, *l. ſi debitor 12. C. de diſtract. pignor.* Nam etſi admitteremus eam pacti de non alienando vim eſſe ſubiuncta hypotheca, vt impediretur alienatio, nihil tamen ex eo inferri poſſet, niſi hoc vnum vt in eo ſtatu res ſit in quo eſſet, ſi alienatio nulla facta fuiſſet: atqui nulla facta alienatione, non idcirco res retrouendenda pertineret ad venditorem, ſed ad emptorem, quem prior venditio, ſecutáque traditio dominum feciſſet, quique ſuſcepta actione ex pacto ſi retrouendere numquam vellet, non ad aliud tamen condemnari poſſet, quàm quanti venditoris intereſſet. Cur ergo pactioni de non alienando ſubiecta hypotheca faciet, vt eo minùs alienari poſſit res quæ vendita fuerat ſub pacto de retrouendendo? Proinde otioſa videri debet quæſtio illa quam noſtri ſubnectunt, an neceſſe ſit hoc caſu interuenire ſpecialem hypothecam rei venditæ, an verò ſufficiat generalis omnium bonorum: de qua Tiraq. poſt alios quos citat *d. §. 3. De retract. conuent. gloſſ. vnic. num.* 8. Quamquam illud multò minùs ferendum eſt vt ſpeciali hypothecæ plus iuris hac parte tribuatur quàm generali, vt ſcripſimus *in errorem 4. Decadis* 6. Fateor quidem huiuſmodi pactionis † de non alienando effectum illum 4
eſſe debere, quoties adiunctam habet hypothecam vt non deteriore conditione ſit is qui per conuentionem pignoris ſibi proſpexit, quàm ſi alienata res non eſſet, atque ita accipi oportere quod ſcriptum eſt in *l. ſi creditor. 7. §. fin. D. de diſtract. pignor.* nullam eſſe venditionem vt pactioni ſtetur: ſed hoc contendo, ſiue debitor ipſe, ſiue is qui à debitore comparauit, offerat creditori, non habere creditorem quod conqueratur, aut cur alienationem irritam eſſe velit: nec eò minus competituram emptori tanquam domino rei vindicationem, ſi fortè poſſeſſionem ſuam amittat & aduerſus nouum poſſeſſorem quiſquis ille ſit agere ei ſit neceſſe, quæ tamen competere non poſſet, ſi per conuentionem de non alienando, alienatio ſimpliciter & abſolutè prohiberetur. Neque ſanè æquum eſt pactionem de non alienando alij prodeſſe quàm cui facta ſit, vt nec alia pacta inter alios facta aliis prodeſſe ſolent. Prodeſt autem quantum ſatis eſt ſi faciat vt eodem iure ſit res penes emptorem, quo erat penes debitorem, nec ob id melior ſit cor d tio tertij poſſeſſoris, quòd tertius poſſeſſor ſit, neque pactū ipſe fecerit, quia cùm pactio adnexam habet hypothecam non tantùm perſonam debitoris paciſcentis afficit, ſed etiam rem ipſam, & conſequenter quemlibet eius rei poſſeſſorem. Nec eſt quod quis dicat ita futurum vt inutilis ſit pactio de non alienando, cùm etiamſi nulla interpoſita eſſet, haberet tamen creditor hypothecarius actionem in rem aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſaluo poſſeſſori iure offerendi. Nam reſpondeo poſſe multa interuenire, quæ facerent vt creditoris actio contra poſſeſſorem durior eſſet ac difficilior quàm contra ipſum debitorem ſi pactionis huius poteſtate non fieret vt eadem huius noui poſſeſſoris, quæ debitoris alienantis conditio in omnibus eſſe deberet. Vt puta ſi de ordinis & non factæ diſcuſſionis exceptione agatur, aut de actione quæ actori competit per temporis præſcriptionem ſummouenda. Decennio ſcilicet aut ad ſummum vicennio perimitur actio competens aduerſus tertium poſſeſſorem, quæ in perſonam paciſcentis eſſet, perpetua, & ſaltem ad trigeſimum vſque annum extenderetur, vt in ſequentibus dicemus. Sed & quamuis admitterem, Pactionis de non alienando eam vim eſſe poſſe, propter adnexam hypothecam vt impediret alienationem, non tamen ſtatim conſequens fieret eandem eſſe debere vim pacti de retrouēdendo, quia nihil commune aut ſimile habet pactū hoc de retrouendendo cum pacto de non alienando, ſiue verba pacti inſpicias ſiue effectū, niſi cùm ſtatuti aut legis municipalis autoritas accedit quæ prohibeat rei venditæ ſub pacto de retrouendendo alienationem. Denique nec illud nouum aut mirum eſt, non valere pactionē per quam quis præreptam ſibi velit, rei ſuæ alio inuito alienandæ facultatem *l. penult. D. de pact.* Nimirum niſi quatenus intereſt illius, cum quo pactum initum fuit, quomodo certè intereſt eius qui

acquiſiuit

acquiſiuit ſibi ius pignoris in re aliena, ad eam vſque quantitatem quæ debetur, & pro qua pignus vendi poteſt. Quamquam, vt dicam liberè quod ſentio de † ſententia *d.§.vlt.l.ſi creditor 7. De diſtract.pignor.* mihi ſemper locus ille ſuſpectus viſus eſt, & Triboniano dignior quàm Iureconſulto. Eſt enim prorſus odioſa, & ridicula quæſtio an valeat pactio inter debitorem & creditorem hypothecarium facta ne liceat debitori vendere hypothecam, ſicut nec vllius effectus ea pactio eſt. Quid enim creditoris intereſſe poteſt an valeat venditio necne? Aut cur debitori qui rei ſuæ dominus manet alienandi facultatem eripiamus, cùm ea venditio quantumlibet vtilis non adimat creditori actionem hypothecariam, ſicut nec extinguit hypothecam? Poteſt fortaſſis hodie videri intereſſe ob eam cauſam, quòd hypothecæ alienatio duriorem faciat conditionem creditoris, propter inductam iure nouo in fauorem tertij poſſeſſoris, vt diximus, excuſſionis non factæ exceptionem: quæ à debitore ipſo illiúſve herede opponi numquam poteſt: nec improbabile eſt ad id reſpexiſſe Tribonianum ſi quæſtionem hanc nullo vſquam loco à prudentibus tractatam ſubtilitate ſua dignam exiſtimauit. Sed cogitare debuit non poſſe quæſtionem conuenire reſponſis prudentum, quorum temporibus incognita erat necdum inducta exceptio ordinis aduerſus hypothecarios creditores: Nec quenquam ex prudentibus vnquam dubitaſſe quin liceret debitori non ſolùm inſcio, ſed etiam inuito creditore pignus vendere & hypothecam, vt tot iuris noſtri locis ſcriptum eſt, non alia ratione quàm quod viderent nihil planè creditoris intereſſe: cuius quippe ius etiam poſt alienationem durat, adeóque tametſi alienationem ſcierit neque contradixerit, dummodò nec expreſſim conſenſerit *l. ſicut 8 §. non videtur D. quib. mod. pign vel hypoth. ſoluit.* Et verò quemadmodum non poteſt fieri per pactum vt ex ſola domini voluntate dominiũ transferatur in alium, ſi traditio nulla ſequatur, quia traditionibus non nudis pactis ſoliſve conuentionibus dominia transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* quamuis dici ſoleat nihil tam naturale eſſe quàm voluntatem domini res ſuas transire volentis ratam haberi *l. adeo* 7. §. *qua ratione. De acquir. rer. domin.* Itaque neque fieri poſſe credendum eſt, vt in poteſtate cuiuſquam ſit facere per pactum, ne rem ſuam tradendo poſſit dominium transferre in eum, quem traditionis tempore dominum facere velit. Quæcunque enim traditio ex iuſta cauſa fit à domino, ad dominium transferendum, ea proculdubio & neceſſariò dominium transfert, niſi cùm aut ob vitium ipſius rei quæ traditur, aut ob perſonam tradentis vel accipientis euenit vt lex ſit impedimento ne transferri dominium poſſit, vt ſi de religioſa agatur, vel de prædio minoris. Lex enim ſola illa eſt cuius poteſtate & autoritate inducitur tranſlatio dominij, ac proinde quæ tranſlationem illam impedire poteſt, non pactio inter alios facta quæ præceſſerit traditionem, *d. l. penult. de pact.* Itaque non abs re interpretes noſtri textum illum quem nos Triboniano totum adſcribimus, ſingularem eſſe dicunt, quia non ſolùm nullo alio iuris loco, ſed nec ratione aliqua probari poſſit ea ſententia, quæ tamen, vt memorant, tantas olim inter Bartolum & Baldum lites & diſſenſiones excitauit, cùm diſputarent an legendum eſſet *nullam* an potiùs *vllam eſſe venditionem:* Etſi nos Bartoli ſententiam magis probauimus *d. Err. 4 Decad. 6.* cùm quid iam tum nobis videretur apertè ſcribere non omnino auderemus. Coniecturam noſtram iuuat quod in eadem *lege qu. § præcedit,* eiuſdem Triboniani proculdubio eſt, vt ſuo loco docebimus: item quòd totus ille titulus tam in Digeſtis quàm in Codice de ea diſtractione eſt, quæ fiat non per debitorem, ſed per creditorem iure creditoris, vt à nobis in prima Decade ſæpiùs ac ſæpiùs inculcatum eſt.

ERROR III.

De locatione facta per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An poſt factam retrouenditionem teneatur venditor ſtare locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo.*

2 *Baldi & aliorum interpretum ſententia affirmans: & quibus rationibus ab iis firmetur.*

3 *Contraria autoris ſententia.*

4 *Rationis Baldi refutatio.*

Qværunt etiam interpretes, an poſt † factam retrouenditionem teneatur venditor ſtare locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo. In quoque, vt video, omnes conſentiunt, quòd exiſtimant reſpondendum eſſe † pro conductore vt inuitus à venditore expelli non poſſit. Quæ primùm fuit ſententia Baldi in *l. 1. ad fin. C. de iur. fiſc. lib.* 10. vbi & ſententiæ ſuæ rationem illam adfert, quòd quandiu venditor non redimit rem quam ex pacto redimere quandocunque poſſet, videatur emptor interim frui re vendita ex voluntate venditoris, quia ſcilicet redimendo impediret eum vti frui ex *l. ſi vir vxori* 12. *D. de praeſcript. verb.* Qua ex ratione poſteriores interpretes, quos refert ſequitúrque Andr. Tiraq. *De retract. conuent.* §. 3. *gloſſ. vnic. num.* 14. axioma illud induxerunt, vt quoties eo tempore quo facultas locandi ad te pertinet, tu locas, ſi tacitè vel expreſsè huic locationi conſentio, licèt poſteà pendente ipſius locationis tempore ea locandi facultas in me transferatur, teneat tamen ſtare locationi. Quod & Hieron. Cagnol. probat ad *l. 1. quaeſt. 12. C. de pact. int. empt. & vendit.* Addunt aliam veluti generalem quoque regulam, quod ſingularis ſucceſſor neceſſarius quilibet, id eſt, vt illi ipſi interpretantur, in quem cogitur quis dominium transferre, tenetur locationi ſtare quam alius fecerit, in cuius iura ipſe ſuccedit, ex gloſſ. quam Bart. Bal. Imol. Alex. aliique omnes probant in *l. diuortio alias l. fructus* 7. §. *Papinianus D. ſolut. matr.* Inde namque inferunt mulierem cui fundus dotalis poſt diuortium, aut mariti mortem reſtituitur, cogi ſtare locationi quam in quinquennium maritus fecerat ex *l. ſi filiofamilias* 25. §. *ſi vir in quinquennium D. ſolut. matr.* quoniam ea reſtitutio neceſſaria eſt. Itemque fideicommiſſarium locationi per heredem factæ, de quo Alber. poſt Ray. in *l. poſtulante* 44. §. 1. *D. ad S.C. Trebell.* & creditorem locationi quàm debitor anteà fecerit bona fide *l. in venditionem* 8. §. 1. *De bon. autor. iudic. poſſid.* Me in † contrarium illud mouet, quantum ad eum pertinet qui vendiderat ſub pacto de retrouendendo, quod poſt retrouenditionem perinde nouus emptor eſt acſi nunquam vendidiſſet. Cur non ergo & eo iure vtetur, quo cæteri emptores vti ſolent vt colono ſui venditoris ſtare non teneatur *l. emptorem 6. C. de locat.* Eorum duntaxat, qui à fiſco emerunt, aliud ius eſt vt colonum expellere non poſſint, ne fiſcus colono de indemnitate præſtanda obligetur *l. vlt. D. de iur. fiſc.* perinde, inquit lex acſi nominatim de eo in venditione conueniſſet, vt intelligamus regulariter ita ius conſtitutum eſſe, vt ſi pactio nulla interuenerit colonum venditoris expellere emptor poſſit. Nam ſi reſpondeas quod interpretes & pragmatici reſpondent emptorem hunc qui prius vendiderat ſub pacto retrouendendi neceſſarium eſſe ſucceſſorē, id ego primùm negabo. Potuit enim non emere ſi redimere noluiſſet.

luiſſet. Poterat etiam emptor non vendere, ſi quanti vẽditoris ſui ex ea cauſa intereſſet, præſtare maluiſſet, vt diximus in ſuperioribus. Deinde ſi neceſſarius emptor eſt, non aliam ob cauſam neceſſarius dici poteſt, quàm quod pactum de retrouendendo iam ab initio & in prima ipſa venditione initum eſſet, tantò minùs igitur arctandus eſt vt ſtet colono emptoris, cùm pactum illud præceſſerit locationem, eúmque fundum ſuo iure venditor redimat, nec proinde minùs iuris in eo habere debeat, ob id ſolùm quòd aliquando fuerit ipſius. Solet enim melior eius conditio eſſe qui petit rem quæ aliquando fuit ſua *l. videamus* 36. *ſi actionem D. de vſur.*

4 Quod verò Baldus † dicebat in poteſtate venditoris fuiſſe vt fundum redimeret antequam per emptorem locaretur, atque ideò videri ex eius voluntate factam locationem, prorſus ridiculum eſt. Quid enim ſi eo tempore non habuit venditor pecuniam in numerato ad oſtendendum emptori? aut quam habuit, in alios vſus, magis fortaſſe neceſſarios expendere coactus fuit? Cur ei imputabimus quòd non citiùs redemerit, dummodò poſteà redimat intra ea tempora quæ fuerant per pactionem conſtituta? Aut cur, obſecro, habeamus pro conſentiente, eum, qui contradicere non potuit, tametſi maximè contradicere voluiſſet? Nemo ſiquidem dixerit in venditoris arbitrio & poteſtate eſſe vt impediat ne is qui fundum emit, licet ſub pacto de retrouendendo, locet fundum cui, & qua lege & conditione velit: cùm facere pactum illud nequeat vt non ſit dominus irreuocabiliter & pleno iure, æquè acſi de retrouendendo pactum nullum interceſſiſſet. Non igitur contradicere venditor poteſt etiamſi maximè velit, nec conſequenter pro conſentiente habendus eſt, ob id ſolùm quod non contradixerit, ſicut nec ob id quod iam tum non redemerit. Sciuit enim ius ſuũ durare vt de eo creditore dici ſolet qui ſciuit vendi pignus à debitore, *l. ſicut* 8. §. *non videtur D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Et ſanè ſi ratio illa Baldi recta eſſet, conſequens fieret oppignerationes omnes rei ſub huiuſmodi pacto venditæ factas ab emptore venditori poſt retrouenditionem nocere debere, tanquam ex eius voluntate factas, quod tamen ipſi etiam interpretes negant, exiſtimantes per retrouenditionem reſolui ius emptoris, & per conſequentias reſolui etiam iura omnia, quæ fuerint ab emptore conſtituta. Nos verò etſi negamus eam retrouenditionis vim eſſe vt priorem venditionem reſoluat, ſed tantùm vt ſecundam nouámque inducat, hactenus tamen fauemus venditori vt indemnitatem ab emptore conſequi debeat, ſi fortè deterior res retrouendatur quàm prioris venditionis tempore fuiſſet: quomodo certè deterior retrouenditur quæ obligata retrouenditur, cùm priùs libera vendita fuiſſet. Quam porrò de indemnitate actionem quis putaret venditori dandam eſſe ſi ex eius voluntate oppigneratio ab emptore facta proponeretur? Nam nec alio colore datur, quàm quòd inſcij & ignorantis venditoris conditio durior fieri non potuerit per emptorem: vt à nobis diſputatum eſt in *Erro* 1. *Decadis ſuperioris.*

ERROR IV.

De fundi dotalis locatione à marito facta.

SVMMARIA.

1 *Ex eo quòd locationi à marito facta mulier ſoluto matrimonio ſtare cogitur, non ſequi venditorem teneri ſtare locationi ab emptore factæ.*
2 *Non ſimpliciter veram eſſe illud, locationi à marito facta mulierem ſoluto matrimonio ſtare compelli.*
3 *Error Cujacij in interpretatione l. ſi filiofam. 25. §. vlt. D. ſolut. matr.*
4 *Differentia inter vſumfructum & dotem.*
5 *Quid noui induxerit Iuſtinianus in l. in rebus 30. C. de iur. dot.*
6 *Quid ſentiendum ſit de propoſitione ſuprà num. 2. propoſita.*
7 *Alius error Cujacij ad d. l. ſi filiofam.*
8 *Venditor ſub pacto de retrouendendo, non cogendus eſt ſtare locationi quam fecit emptor ante retrouenditionem contra pragmat.*
9 *Nec eſt cogendus emptori retrouendenti cauere de indemnitate.*
10 *Pupillus cur teneatur ſtare locationi quam tutor fecerit.*
11 *Idem cur non obtineat in ſingularibus tantùm ſucceſſoribus.*

NEque verò ſimile eſt quod de fundo dotali ab interpretibus affertur. Locationi † enim à marito factæ mulier ſoluto ma- 1 trimonio idcirco ſtare cogitur, quia licuit marito tanquam marito, id eſt non ſuo tantùm, ſed etiam coniugis nomine fundum dotalem locare, quoniam dos vſque adeò non eſt in bonis mariti vt non ſit etiam mulieris *l. quamuis* 75. *D. de iur. dot. l.* 1. *in rebus* 30. *C. eod.* At fundus venditus licèt ſubiecto pacto de retrouendendo ita eſt emptoris & quidem pleno iure vt nullum in eo ius ſit venditori. Proinde ſi eum emptor locet, non poteſt dici tam venditoris quàm emptoris nomine factam eſſe locationem. Quanquam ſi verum amamus, nec illud † ve- 2 rum eſt quod pro vero obiicitur, ex locatione fundi dotalis à marito facta obligari mulierem, vt etiam poſt ſolutum matrimonium colono ſtare compellatur, quamuis ita ſentiat Carol. Molin. in conſuet. Pariſ. §. 30. *quæſt.* 21. Apertè enim Paulus ſcribit in *l. ſi filiofamilias* 25. §. *vlt. D. ſolut. matr.* Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum fortè annum diuortium interuenerit, non alias fundum mulieri reddi oportere, quàm ſi cauerit, ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtiturum. Cur enim ea cautio à muliere præſtanda eſſet, ſi nec volens colonum poſſet expellere? Aut cur vereretur maritus ne conductori damnaretur ſi mulierem vincere conductor ſuo iure poſſet? Atque ita Cujacius quoque in Commentariis ad Paulum benè explicauit. Sed non illud † æquè bene meo iudicio, quod diſtin- 3 guit caſum diuortij à caſu mortis, nec dubitat quin locationem fundi dotalis à marito factam mariti heres ſeruare non teneatur: Non magis, inquit, quàm ſi ab vſufructuario facta eſſet, quaſi in re dotali maritus fructuarij potiùs quàm domini & proprietarij iure cenſendus ſit, in quo ſanè fallitur. Maritus enim verè dominus eſt fundi dotalis quamdiu conſtat matrimonium & quidem pleno iure, licet poſſit fieri vt dotem aliquando reſtituere debeat actione de dote, ideóque habet ſolus vindicationem, *l. doce ancillam* 9. *C. de rei vindic.* cæteráque omnia facere poteſt, quæ dominis facere licet, niſi quod fundum dotalem alienare non poteſt, idque tamen non defectu iuris, ſed propter legis Iuliæ prohibitionem, §. 1. *Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Neque rurſum aliqua inter diuortij & mortis caſum diuerſitatis ratio reddi poteſt. Nam ſicut diuortio facto æquè fundus deſinit eſſe dotalis atque morte mariti, ita ſoluto per mortem mariti matrimonio perinde poteſt imputari eius heredi cur ſine cautione fundum mulieri reſtituerit, atque marito viuenti hoc ipſum imputaretur, ſi matrimonium diuortio ſolutum eſſet, aut etiam per mulieris mortem. Quidni enim à mulieris herede præſtanda eſſet ea cautio quam mulier ipſa ſi viueret

præſtare

præſtare teneretur? Denique quomodo plus iuris habet maritus qui interim dominus & proprietarius eſt quàm fructuarius, ita & qui à marito conduxit fundum dotalem plus iuris habere debet, quàm qui ab vſufructuario conduxit fundum fructuarium, non quidem reſpectu mulieris, quominùs conductorem vtroque caſu æquè facilè expellere poſſit, in quo mihi conuenit cum Cujacio, ſed in eo nimirum vt mariti heredem ex cauſa locationis obligatum habeat, qui heredem fructuarij ſimiliter obligatum non haberet, *lege ſi quis domum 9. §. 1. D. locat.* Ei namque qui cum fructuario contraxit poteſt imputari, cur cum eo contraxerit, quem ſciuit dominum non eſſe, nec aliud iuris in ea re habere niſi quod per mortem extinguendum eſſe, debuítque proſpicere, vt lex ait, Poſſe euenire vt ante finitum conductionis tempus decederet fructuarius, ideóque nulla cauſa eſt, propter quam aduerſus fructuarij heredem ei ſuccurrere debeamus ſi fortè à proprietario expellatur. At ei qui cum marito contraxit, fundúmque dotalem ab eo conduxit, non ſimiliter poſſis imputare, cur cum eo contraxerit quem ſciuit & dominum eſſe, & locandi ſaltem in quinquennium fundi dotalis ius habere: Aut cur non cogitauerit euenire poſſe vt intra quinquennium maritus moreretur. Sciuit enim futurum, vt eo caſu poſſet ipſius heres aduerſus mulierem ſibi proſpicere per cautionem quæ indemnitatem pleniſſimam eſſet allatura: cuius tamen cautionis ab vſufructuarij heredibus præſtandæ cauſa nulla eſt, non magis quàm ſi ad ſuam duntaxat vitam fructuarius locaſſet. Nihil enim refert an vſufructuarius fundum ſimpliciter locauerit, an ad vitam, cùm ius omne ipſius morte finiatur. In eóque negari non poteſt differre dotem ab vſufructu.
4 Vſusfructus † enim fructuarij morte ſic finitur, vt nihil prorſus iuris heres fructuarij habeat in ea re in qua defunctus habuit vſumfructum. Dos verò ſic marito per conſtitutionem acquiritur, vt quamuis defunctus ſit, ius tamen aliquod heredis ſuperſit, aduerſus quem ideo agere de dote neceſſe eſt, vt dominium marito acquiſitum reſtituere compellatur. Alioqui haberet mulier ius vindicandorum bonorum dotalium & poſſeſſionis eorum adprehendendæ propria autoritate, quod falſum eſt, *l. dotis actione 9. C. ſolut. matr.* quamquam magna hac parte iuri veteri plaga illata fuit per eam Iu-
5 ſtiniani conſtitutionem quæ extat † in *d. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* quæ dotis vindicationem ſoluto matrimonio mulieri dedit, quaſi non niſi iuris fictione maritus dominus fuerit conſtante matrimonio, quem tamen verè dominum fuiſſe nemo ex prudentibus vnquam negaſſet. Indéque nimirum fit vt à muliere inuita poſſit maritus eiúſve heres extorquere cautionem illam, de qua in *d. §. ſi vir in quinquennium*, quam ſanè per retentionem extorquere non poſſet, ſi matrimonio quomodocunque ſoluto, dominium rei dotalis ipſo iure ad mulierem recurreret. Quanquam non puto nouam Iuſtiniani legem quæ mulieri, vt diximus, vindicationem dedit vſque adeò extendendam contra iuris veteris rationem, vti ne hodie cauere marito eiúſve heredi mulier debeat, indemnem eum ex cauſa locationis præſtitutum iri. Nam cùm Iuſtiniani propoſitum illud duntaxat fuerit vt dotis repetitionem mulieri expeditiorem faceret, non etiam vt læderet ius mariti viuentis, eueniret ex contrario vt longè minùs quam olim iuris haberet maritus in fundo dotali quem in quinquennium locare ſi vellet, periculum incurreret futuræ condemnationis in eum caſum quo ante quinquennij finem matrimonium ſolueretur. Nec paruum incommodum ei futurum eſt ſi hoc metu deterreatur ab ineunda in tempus quinquennij locatione: cùm fructus rei ſit locare licere ſicut & pignori dare, *l. vlt. D. de vſur.* neque tam facilè inueniantur qui in annum vnum aut biennium conducere fundos velint, eaſdem ſaltem mercede annua, quam offerrent ſi fundus in quinquennium locaretur. Niſi fortè quis putet ex eadem Iuſtiniani conſtitutione inferendum eſſe vt conductori quem mulier ſuo iure expulſura ſit, maritus maritive heres nullomodo ex locatione teneatur. De quo certè Iuſtinianus non cogitauit. Quod etſi conſtitutum eſſet, non eo minùs tamen damno maritorum res cederet, quibus fundum dotalem locare volentibus, tanto difficilius eſſet inuenire conductorem, qui nullum ſperans regreſſum, aduerſus locatorem tanti conducere rem vellet, quanti eſſet conducturus ſi ſciret, futurum vt ſoluto ante quinquennij finem matrimonio, maritum eiúſve heredem haberet obligatum. Appa-
tet † ergo ex ſuperioribus ad quæſtionem illam vtrum 6
locationi per maritum factæ mulier ſoluto matrimonio ſtare compellatur, non ſatis benè reſpondere eos qui ſimpliciter & abſolutè affirmant, compelli, nec illos rurſus qui abſolutè negant. Non enim compellitur, ſi fundum dotalem maritus ei reddiderit nulla extorta cautione, quia plenum rei ſuæ dominium nanciſcitur, licet maritus (quæ Molinæi ratio eſt) non ſolum tanquam dominus, ſed etiam tanquam maritus locauerit, plenamque habuerit adminiſtrationem. Compellitur autem ſi fundum dotalem maritus nolet reddere, niſi præſtita ſibi priùs cautione de indemnitate, quia ſi non licet mulieri propria autoritate ingredi poſſeſſionem fundi dotalis quamuis defuncto iam marito, multò minùs permittendum ei eſt vt expellat conductorem. Cæterum ſi cautio præſtita ſit, atque ita fundus dotalis mulieri redditus, dubitandum non eſt quin poſſit illa ſuo iure conductorem expellere, ſi malit mariti heredibus indemnitatem præſtare: quia cautio non obligat mulierem conductori, ſed marito aut eius heredibus, & quidem in eum duntaxat caſum quo nollet illa ſtare colono, tantum abeſt vt verum ſit quod vulgò putant, ideò cogi eam cauere quòd ſtare colono neceſſe habeat. Sed
& in eo videtur mihi † valde errasse Cujacius in Com- 7.
mentariis illis ad Paulum, quòd ſcripſit ſicut marito aut eius heredibus cauendum eſt à muliere fundum dotalem repetente, ita & aliis omnibus proprietariis qui iure ſuo fundum locarunt caueri ab iis oportere quibus dominium acquiritur ante finitam conductionem, quaſi eadem illa æquitas vrgeat in cæteris omnibus quæ in marito. Cur enim venditori cogatur cauere emptor de conductore non expellendo cui venditor locauerat, aut de indemnitate venditori præſtanda ſi de eo nihil dictũ, nihil exceptum ſit in ipſa venditione? An non fiat iniuria emptori cui iam quæſitum ſit ius coloni quandocunque expellendi impunè, quíque non tanti fortaſſe empturus fuit ſi venditionis tempore cautionem eiuſmodi ab eo extorquere venditor voluiſſet? Itaque de eo tum cauendum eſt cùm venditio fit, & vt Caius ſcribit in *l. ſi merces 25. §. 1. D. locat. eadem pactione*, quod & latis ſignificat *l. emptorem 9. C. eod.* iis verbis, *niſi ea lege emit*, itémque *lex Arbores 59. §. 1. D. de vſufr.* iis verbis *niſi fuerint ſpecialiter excepta.* Fateor, poſſe ſufficere vt ex internallo emptor locationi qualiter qualiter conſentiat *d. l. emptorem*, ſed ſi conſentire nullomodo velit, nego cautioné ab eo inuito extorqueri vllam poſſe. Idémque iuris eſt ſi fundum locatum quis legauerit. Nam cum legatarius ex legato fiat dominus, conductorem expellere ſuo iure poteſt, nec audiendus eſt heres ſi legatarium adigere velit ad præſtandam cautionem, cuius præſtandæ onus teſtator non irrogauit. Tantò enim minùs eſſet legatum quod onus cautionis admixtum haberet, ſicut è contrario tantò plenius eſt quod legatario affert liberã re legata vtendi & diſponendi facultatẽ, *l. qui fundum 32. D. locat.* Idem ergo admittendum eſt illo etiam caſu, quo is qui fundũ locauit, eum fundũ alteri ſtipulanti promiſerit. Nã & ex ſtipulatione illa *fundũ dari* conſtat obligari promiſſoré vt fundi plenum dominium in ſtipulatorem transferre teneatur, *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* Cur nõ ergo ſatisfacere cogatur, aut cur ei demus exceptionem prætextu cautionis de qua nihil conuenerit per

Digitized by

ſtipulationem ? Nam & inauditum eſt vt agentem ex ſtipulatu cauere vlla de cauſa oporteat, ſi ſtipulationis verba de cauendo nulla ſint, cùm ſtipulatio tota ex verbis æſtimetur, *l. quicquid 99. D. eo.* eſtque ius illud ſingulare contractuum bonæ fidei vt ex iis cautio exigi aliquando poſſit ſola iudicij æquitate quoties iuſta cauendi cauſa intercedit, vt in *l. in omnibus 41. D. de iudic.* Indéque nimirum fit vt marito aut mariti heredi qui iudicio de dote conuenitur, quod omnium maximè bonæ fidei eſt, cauere mulierem oporteat, quia ſcilicet æquum non eſſet maritum eiúſve heredem ſentire damnum ex locatione quam conſtante matrimonio fecerit & ſuo iure, & bona fide. Nam ſicut ex dote lucrum nullum debet remanere penes maritum ſoluto matrimonio niſi quantum ex dotis fructibus potuit ſibi comparare pro eo tempore quo matrimonium ſtetit, ita neque damno affici debet ob eam rem quam iure mariti geſſerit, *l. quoties 16. D. de iur. dot.* Quæ tamen ratio inter eos duntaxat obtinet, qui coniuges fuerunt, inter quos iudicium bonæ fidei exercetur, non etiam quod ad eum qui à marito conduxit, vt vel à muliere expelli non poſſit, vel nullam contra maritum habere debeat actionem. Nam imò verò & expelli à muliere poteſt, licèt conduxerit ab eo qui non tantùm iure domini locauerat, ſed etiam iure mariti, quia nouum dominium eſt quod mulieri per dotis reſtitutionem acquiritur, dominium inquam pleniſſimum, quod proinde liberum adfert arbitrium coloni expellendi ſi mulier iure ſuo vti volet, & conſequenter obligatur maritus eiúſve heres vt conductori à muliere expulſo indemnitatem præſtet. Ideóque cauere ſibi contra mulierem debet interpoſita ſtipulatione, vt ipſe quoque à muliere indemnis præſtetur. Etſi verò iudicium empti venditi bonæ fidei eſt, ſicut & actio de dote: aliud tamen iuris conſtituendum eſſe diximus, vt venditori ab emptore non caueatur neque de colono non expellendo, neque de indemnitate præſtanda, quoniam ipſa iudicij æquitas repugnat, ne duriori lege obſtringatur emptor quàm qua ſe obſtringi voluit in emendo. Idémque in actione ex teſtamento obſeruatur, quæ licèt bonæ fidei non ſit, tamen actionum bonæ fidei naturam in omnibus ferè imitatur. Eodem igitur exemplo dicendum eſt, vt ad inſtitutam diſ-
8 putationem reuertamur, de eo † qui vendidit ſub pacto de retrouendendo, non eſſe cogendum ſtare locationi quam emptor fecerit ante retrouenditionem, cùm ſuo iure plenum dominium recuperet, atque ita vel inuitus expellendi quandocumque coloni poteſtatem nanciſcatur, ſi non eam ſibi præreptam voluerit propria pactione. Cur enim minùs iuris habeat, quàm fructuarius, quem conſtat cogendum non eſſe vt ſtet locationi à proprietario factæ *d. l. arbores 59. §. 1. D. de vſufr.* Sed an
9 cogendus † erit venditor exemplo mulieris fundum dotalem repetentis vt emptori retrouendenti caueat de indemnitate ? Ita Cujacius putaret. Ego non puto, quia non, ſicut diximus, maritum in dote ita verſari debere vt neque lucrum, neque damnum ex dote ſentiat, ſimiliter poſſit quis dicere neque lucrum neque damnum vllum ex emptione penes eum remanere oportere qui emerit ſub pacto de retrouendendo. Nihil enim vetat magnum ex fructibus lucrum ei reliquum eſſe ſi fortè rem pretioſam & magni redditus viliſſimo pretio, vt plerunque fit, ſub eo pacto comparauerit, nec proinde abſurdi quicquam eſt vt pro indemnitate conductori ſuo præſtanda damnum ſentiat. Præſertim cùm ſibi debeat imputare cur in ineundo pacto retrouendendi, ex quo totum hoc ius retrouenditionis poſteà faciendæ æſtimandum eſt, melius ſibi non proſpexerit, hoc nominatim excepto ne facta quandocunque retrouenditione conductorem quem conſtituiſſet, expellere venditor poſſet. Illud ſanè prorſus diſſimile eſt, quod qui-
10 dam obiiciunt, Pupillum † teneri ſtare locationi, quam tutor fecerit. Id enim fit, quia tutor domini loco eſt, *l. tutor 27. D. de adminiſtr. tutor.* & pupilli locum obtinet, cuius intereſt ſeruari ea omnia quæ tutor bona fide adminiſtrauit, vt & Cujac. ſupradicto loco monet ex *l. cum plures 12. §. 1. eo.* Cæterum verò qui ſingulares † tantùm 11
ſucceſſores ſunt (heredes enim ſemper excipio quibus ratio illa conuenit quæ & pupillis quòd eadem cum locatore perſona heredis eſſe exiſtimetur) nihil prorſus intereſt ſeruari locationem quam alius fecerit, niſi quod mulierum certè intereſt indemnes ſeruari maritos pro iis omnibus quæ in re dotali geſſerint bona fide, ne alioqui tantò difficiliùs inueniant illæ maritos, quantò periculoſior aut ſtrictior futura ſit bonorum dotalium adminiſtratio. Ideóque nimirum cautionem indemnitatis ab iis exigimus, quam nullo alio caſu lex exigit à ſingulari ſucceſſore.

ERROR V.

De facta per vaſſallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat.

SVMMARIA.

1 *An dominus ſtare teneatur locationi rei quæ ad ipſum redit facta per vaſſallum aut emphyteutam.*

2 *Sententia Molinæi.*

3 *Autoris ad quæſtionem reſponſio.*

4 *Finito ſiue commiſſo feudo, in totum reſoluitur ius vaſſalli, ac conſequenter qui ab eo conduxit ſiue in decennium, ſiue ſub hypotheca nullum ius in re ex vaſſalli perſona habere poteſt, & n. 7.*

5 *Si res feudalis ad dominum redeat ex cauſa noua & voluntaria, conductoris conditio non poteſt fieri durior, ſed locationi ſtare dominus tenetur.*

6 *Error Molinæi.*

8 *Proprietarius non tenetur ſtare locationi per fructuarium inita.*

9 *Diſtinctio, an res feudalis ad dominum redeat ex cauſa fatali, an ex facto ſeu delicto vaſſalli, nihil facit ad quæſtionem, n. 1. propoſitam.*

10 *Reuocatio donationis quæ fit ex cauſa ingratitudinis non extinguit alienationem à donatario factam, imò nequidem obligationes, & cur in reuocatione feudi res aliter ſe habeat.*

11 *Cum reſoluitur ius vaſſalli vel emphyteutæ, etiam cæterorum omnium qui ab hiſce cauſam habent iura reſoluuntur.*

12 *Molinæi diſtinctio exploſa.*

NOn poſſum facere quin hanc quæſtionem † 1
interſeram, quoniam licèt aliena ſit ab inſtituto tractatu De pacto retrouendendi, tamen & ſuperiori quæſtioni finitima eſt, & in iudiciis frequenter occurrit. Tractat eam Molinæus cum apparatu in *Conſuet. Pariſ. tit. 1. De mat. feud. §. 30. quæſt. 22.* Diſtinguit † autem an locatio facta ſit in lon- 2
gum tempus, id eſt in decennium, an verò in aliud quod breuius ſit decennio, & hoc rurſum caſu an de pignore aut hypotheca conuenerit an non, vt ſi vel in longum tempus vel ſub hypotheca proponatur facta locatio, dominus directus ei ſtare teneatur, ſi minùs non teneatur. Eiúſque diſtinctionis rationem illam adfert, quòd prioribus caſibus quæſitum ſit conductori ius in re quod ab eo inuito auferri non poſſit, quia res feudalis aut emphyteuticaria talis ad dominum redit, qualis eſt eo tempore quo redit. Poſteriore verò caſu nullum conductor ius habet in re ipſa, ſed tantùm perſonalem ex conducto actionem, quæ cùm ex contractu competat, non aduerſus ſingularem ſucceſſorem dirigenda eſt, qui non contraxit, ſed

3 aduerſus locatorem Ego † verò longè aliter diſtinguen-
dum eſſe exiſtimo, nempe quomodo ſuprà diſtinximus
in alia quæſtione, De oppigneratione rei feudalis vel
emphyteuticariæ per vaſallum aut emphyteutam facta,
vtrum res ad dominum redeat ex lege & conuentione
ab initio dicta, an ex cauſa noua planéque voluntaria.
Priore caſu dico non eſſe cogendum dominum directum
vt ſtet colono, ſi iure ſuo vti malit. Hîc enim ratio illa
generalis & perpetua obtinet, quæ reſoluto iure dato-
ris, reſolui vult ius acceptoris, *l. lex vectigali fundo* 31.
D. de pignor. Nec proinde quæſtioni aut diſtinctioni lo-
cus vllus relinquitur, an conductor ius aliquod in re
habuerit, nécnè, quandoquidem etiamſi maximè habue-
rit, nunc tamen nullum habere ampliùs poteſt reſoluto
omni eius iure, qui ius hoc in re conſtituerat. Eſtque
ſanè vt antiquius ita & potentius ius domini directi
eam ipſam legem exercentis, quam in feudi vel emphy-
teuſeos conceſſione dixerat, & ſine qua non fuerat con-
ceſſurus. Nec quod hodie feuda redacta ſint ad inſtar
patrimoniorum, ad rem quicquam facit, licèt hac vna
potiſſimum ratione Molinæus moueatur. Id enim eò
dumtaxat pertinet, vt liberum ſit vaſallo de re feudali
quomodocumque voluerit diſponendi arbitrium, quan-
diu feudum durat, nec domini conſenſum & volunta-
tem paſſim exquiri oporteat. Non etiam vt vaſallo im-
punè liceat eam legem negligere quæ conceſſioni ab
initio dicta fuit. Nam & in alia cuiuſlibet res patrimo-
nialis alienatione idem ſeruari oporteret, vt quæ aliena-
tioni ab initio dicta lex eſſet, ea ſeruaretur *d. l. lex vecti-*
4 *gali*. Itaque † ſiue feudum finitum ſit, putà non niſi ad
certum tempus conceſſum (quo caſu nobiſcum ſentit
Molinæus cuiuſlibet conductoris ius etiam omne finiri)
ſiue commiſſum ob impletas, &, vt loquuntur, purifi-
catas committendi feudi conditiones, dico in totum
reſolui ius vaſſalli, nec conſequenter fieri poſſe vt qui
ab eo conduxit, ſiue in decennium, ſiue ſub hypotheca
ius aliquod in re ex eius perſona habere poſſit. Quod
in fundo emphyteuticario apertius eſt, quia emphyteu-
ſes redactæ non ſunt ad inſtar allodialium patrimonio-
rum: licèt circa ius emphyteuticum multa ſint immu-
5 tata. Poſteriore verò caſu, id eſt, ſi res feudalis † vel
emphyteuticaria ex cauſa noua planéque voluntaria
domino directo acquiratur, tum demum Molinæi diſtin-
ctionem admitto, vt conductoris ius in re habentis
non magis poſſit durior conditio fieri ex perſona do-
mini directi, quàm ſi in alium quemlibet extraneum
alienatio facta proponeretur, cum hac parte dominus di-
rectus extranei iure cenſeatur. Et verò quoties alienatio
fit, eam cum ſua cauſa fieri neceſſe eſt, ac proinde cum
omnibus oneribus realibus, quæ iura in re appellamus,
l. alienatio 67. de contr. empt. At cùm res feudalis vel
emphyteuticaria ad dominum priſtino iure redit, non
tam alienatio fit, aut acquiſitio aliqua iuris noui in per-
ſona domini directi, quàm extinctio iuris quod in eum
vſque diem vaſallus vel emphyteuta in ea re habuerat,
non aliter quàm cùm vſusfructus morte fructuarij fini-
6 tur. In eóque ſanè errauit † Molinæus, qui etſi non
ignorauit ius domini directi cæteris omnibus antiquius
& potentius eſſe debere, nec aliter ſaluum & integrum
fieri poſſe, quàm ſi ea res ad dominum libera redeat, nul-
liúſque noui oneris incommodo diminuta, vt ex iis ap-
paret quæ idem ille tractat, *d. §. 30. quæſt*. 20. Contendit
tamen in ea quæſtione quam nos agitamus tranſlatio-
nem aliquam fieri à vaſallo vel emphyteuta in domi-
num vt inferat, ſi aliquod ius in re fuit, quandiu vaſal-
lus aut emphyteuta rem tenuit, non niſi cum eo ipſo
iure ad dominum rem redire. Imò verò fatendum eſt,
quod nec ille prorſus negare auſit, dominum eo caſu
non tam vaſallo aut emphyteutæ quàm ſibi ipſi ſucce-
dere, nec niſi pleniorem & liberiorem rei ſuæ admini-
ſtrationem nanciſci, vt de ſuis heredibus ſcriptum eſt in
l. in ſuis 11. *D. de liber. & poſthum*. Aut ſi vaſſallo vel
emphyteutæ ſuccedat, per modum tantùm priuationis
& negationis ſuccedere, vt Molin. loquitur, non etiam
per modum acquiſitionis. Quod cùm ita ſit, quî † dica- 7
mus cogendum eum ſtare colono quem vaſſallus vel
emphyteuta conſtituerat, licèt vel in longum tempus
vel ſub expreſſa hypotheca locatio facta proponatur?
Quidni potius eandem illius cauſſam faciemus, quæ eſt
proprietarij, cùm ad eum res redit finito per vſufructua-
rij mortem vſufructu? Conſtat autem non eſſe cogen-
dum proprietarium vt ſtet locationi per † fructuarium 8
initæ *l. ſi quis domum 9 §. 1. D. locat*. nempè quia proprie-
tarius vſufructuarij ſucceſſor dici nullomodo poteſt,
neque ſingularis, neque neceſſarius, ſed cùm rem recu-
perat, hoc tantùm intendit, finitum eſſe ius omne vſu-
fructuarij, nec vllum ei amplius ſupereſſe. Neque diſtin-
guendum † eſt, meo iudicio, an res feudalis vel emphy- 9
teuticaria ad dominum redeat ex ea cauſa quæ magis à
caſu quàm à vaſſalli vel emphyteutæ voluntate pendeat,
an ex ea potiùs quam vaſſallus vel emphyteuta impedire
potuerit, ſi voluiſſet, vt puta ob feloniam & ingratitu-
dinem admiſſam. Etſi enim durius videtur vt factum &
voluntas vaſſalli vel emphyteutæ, quàm vt fatum caſuſ-
ve noceat ei qui cum vaſſallo vel emphyteuta contraxit
bona fide (quæ Molineo familiaris, nec tamen perpetua
ratio eſt.) Attamen quod ad dominum directum perti-
net, nihil planè ipſius intereſt, cùm vtroque caſu tan-
tundem iuris habeat ad rem ſuam æquè ſuo iure recu-
perandam, nec niſi contractus ſui legem exerceat, quæ
vaſſalli vel emphyteutæ ius totum extinxit, qualiſcun-
que tandem cauſa fuerit eius extinguendi. Debétque
ſibi imputare qui cum vaſſallo vel emphyteuta ſciens
contraxit, aut qui eius cum quo contrahebat conditio-
nem ignorauit. Quid enim poſſis imputare domino, qui
non priùs legem contractus ſui exercere potuit, neque
proinde impedire quominus vaſſallus vel emphyteuta
eum fundum locaret, ſed ita tamen vt dominij directi
ius anterius non eo minùs ſaluum & integrum mane-
ret. Longéque alia ratio eſt eius iuris quod in reuocatis
propter ingratitudinem donationibus conſtitutum fuit
in *l. his ſolis 7. C. de reuoc. donat*. Reuocatio † enim præ- 10
ſertim quæ fit ex cauſa ingratitudinis licèt fiat ipſo iu-
re, non tamen afficit aut extinguet alienationes à dona-
tario anteà bona fide factas, at ne quidem obligationes,
vt pro Molinæo aduerſus Arium Pinellum diſputauí-
mus in *Error. 3. Decadis præcedentis*, quia reſcindit po-
tiùs quàm reſoluit donationem: verúmque eſt à domino
factas eſſe alienationes illas & obligationes, ab eo, in-
quam, qui tum dominus non ſolùm fuerit, ſed etiam
ſemper fuiſſe intelligatur, poteſtque donatori imputari
cur non eam potiùs legem donationi adſcripſerit, quæ
in eum caſum qui euenit ius donationis omnino poſſet
reſoluere, vt eorum quoque omnium qui cum donata-
rio interim contraxiſſent ius omne per conſequentias
reſolutum videri poſſet. At nihil eſt quod poſſis impu-
tare domino directo, qui licèt cum vaſſallo vel emphy-
teuta contraxerit, ſic tamen contraxit vt proſpexerit ne
vllo domini vtilis facto ius ſuum lædi poſſet, ſi quando
eueniret, vt ex contractus lege ad eum res rediret. In
eámque rem textus eſt omnium optimus & apertiſſimus
in *d. l. lex vectigali fundo. D. de pignor*. ad quam nec Mo-
linæus reſpondet, nec alius quiſquam pro Molinæo
reſpondere poſſit. Nam cùm omnes fateantur, quoties
† ad dominum res redit iure feudi vel emphyteuſeos re- 11
ſolui ius vaſſalli vel emphyteutæ, An non prorſus con-
ſequens eſt vt cæterorum etiam omnium qui à vaſallo
vel emphyteuta cauſam habent, ius reſoluatur? Alioqui
poſſet quis ſimiliter dicere in ſpecie *d. l. lex vectigali*,
non eſſe ferendum vt creditoris qui bona fide cum
emphyteuta contraxit, ius extinguatur, ob id ſolùm
quod emphyteuta canonem annuum non ſoluerit, cùm
fuerit in eius poteſtate vt ſolueret, atque ita face-
ret ne res ad dominum rediret. Et ſanè fatendum eſt

in ea ſpecie fieri ius creditoris deterius ex facto, aut potius ex non facto poſſeſſoris, & ex ipſius poſſeſſoris voluntate, inſcio etiam adeóque inuito creditore: neque tamen id abſurdum aut iniquum creditur, quia ſic ab initio lex dicta erat, ſufficitque nihil niſi ſuo iure facere dominum qui contractum dicit eſſe ipſo iure reſolutum. Nimiſque ſubtilis, ne dicam ſtolida eſt illa di-
11 ſtinctio † quam Molinæus probat, an feudum vel emphyteoſis finiatur, an committatur, cùm poſteriore hoc caſu æquè ac priore ſi commiſſo cauſam det lex contractus, omne ius vaſalli vel emphyteutæ reſoluatur ipſo iure, habeátque dominus ius rei propria authoritate prehendendæ, quod vtique non haberet ſi qua iurium tranſlatio à vaſallo vel emphyteuta in eum fieri deberet nouáque retrotraditione opus eſſet. Ergo quemadmodum finito feudo vel emphyteutico iure fatetur Molinæus rem ad dominum redire liberam ab iis quoque iuribus quę in re ipſa fuerant conſtituta, quidni idem admittimus eo ipſo iure quomodolibet reſoluto? Sed & in eo Molinæus labitur, facitque iniuriam domino directo, dum ei fauere vult, quod ait rem feudalem vel emphyteuticariam obligatam eſſe domino, & vt loquitur, hypothecatam, pro iuribus omnibus feudalibus & emphyteuticariis. Plus enim multò quàm hypothecam habet is qui dominus directus eſt, nec fieri poteſt vt ei res ſua ſit obligata, præſertim eo tempore quo dominium illud vtile quod penes vaſallum vel emphyteutam fuerat, quódque pignoris conuentionem admittere videbatur, per conſolidationem extinctum eſt ſolo directo penes dominum remanente.

ERROR VI.

De locatione facta per prælatum Eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *An prælatus ſtare debeat locationi per deceſſorem initæ.*
2 *Pragmaticorum ſententia negans.*
3 *Molinæi reſponſio per diſtinctionem, & reſponſionis ratio.*
4 *Mulier ſoluto matrimonio non tenetur ſtare locationi à marito factæ, contra Molineum.*
5 *Nec Prælatus locationi à deceſſore initæ inuitus ſtare cogendus eſt, contra eundem.*
6 *Colonus à nouo prælato ante finita conductionis tempora expulſus, nullam contra defuncti heredes actionem habet.*
7 *Locatione per eum facta qui heres inſtitutus eſt, & de reſtituenda poſt diem vel ſub conditione hereditate rogatus eſt, an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit.*
8 *Autoris ad quæſtionem reſponſio.*

EVit etiam hæc quæſtio ſubiicienda ne quid prætermiſſum videri poſſet in hoc tractatu de locatione ab alio facta, an & quando ei ſtare ſucceſſor compellatur. Solet enim idipſum de Prælato quæri an ſtare debeat locationi per
2 deceſſorem initæ. Etſi autem vulgò magis placet † non debere, quia voluntarius non neceſſarius ſucceſſor eſt, vt noſtri poſt Baldum tractant ad *l. emptorem 9. C. de*
3 *locat.* aliter tamen viſum eſt Carolo † Molinæo diſtinguenti ad *d §. 30. in Conſuet. Pariſ. num.* 106. An locatio facta ſit ad longum tempus, an ad modicum, vt hoc ſaltem poſteriore caſu locationi à Prælato factæ cogatur ſtare quiſquis in beneficio ſucceſſor eſt. Mouetur hac vna ratione quod quæ per Eccleſiæ prælatum locatio fit, non tanquam à domino fit, ſed tanquam à prælato, & quidem liberam habente & plenam beneficij adminiſtrationem, ac proinde non ſuo ſolùm, ſed ipſius etiam Eccleſiæ nomine, vt eadem ſit ratio prælati quæ mariti, de quo etiam ibidem tractat. Maritus enim ſi fundum dotalem locet, non tanquam dominus locat, ſed tanquam maritus habens liberam plenámque adminiſtrationem fundi dotalis, ſcilicet tanquam alienæ rei non ſuæ, & conſequenter non ſuo duntaxat nomine, ſed etiam vxoris cuius dos eſt. Quámque ideò ex huiuſmodi locatione obligari æquum putat, ſi locatio nonniſi in paucos annos, putà in quinquennium facta proponatur, vt in *l. ſi familias 25. §. vlt. D. ſolut. matrim.* Et verò non abſurda aut improbabilis videri poſſit hæc Prælati maritique comparatio. Neque enim prælatus beneficij dominus eſt, ſed Eccleſia: habet tamen liberam plenámque beneficij adminiſtrationem. Atque ideò quicquid is egerit, Eccleſiæ potiùs quàm proprio ſuo nomine gerere intelligendus eſt. Quo magis æquum videtur obligari ex eius facto ſucceſſorem, in iis ſaltem quæ modici ſunt præiudicij, quæque prælatus facere penè neceſſe habuerit, vt pro ſuo etiam tempore adminiſtrationem liberam exerceret. Magno namque incommodo huius dignitatis homines afficerentur, ſi fundum Eccleſiaſticum locare in quinquennium prohiberentur, aut quod effectu ferè idem eſt, ſi locationi in quinquennium ab iis factæ ſucceſſor ſtare non cogeretur. Multò ſiquidem minori mercede conducere ſolet, quiſquis in annum duntaxat aut in biennium locat, quàm qui in triennium, vel quinquennium: vt quotidiano rerum vſu compertum eſt. At videamus, ne ſi prælati eadem quæ mariti ratio conſtituenda eſt, *falſa* ſit in prælati ſucceſſore hæc Molinæi ſententia, quam nos iam probauimus in muliere falſam eſſe. Etſi enim
† maritus cùm dotalem fundum locat, non tanquam 4
dominus locat, ſed tanquam maritus, id eſt, vt loquar diſtinctiùs, tanquam is qui dominium habeat ex cauſa dotis (nam & maritus tanquam maritus, & hoc ipſo quod maritus eſt, verè dominus eſt) non tamen vxoris nomine rem gerit, ſed ſuo proprio, ideóque nec vxorem aut inuitam aut ignorantem obligare poteſt, vt colono ſtare compellatur, ſi fortè dotem reddiderit mulieri, eiúſve heredi non extorta cautione, de qua in *d. §. vlt.* Nam etſi cautionem illam extorſerit, non idcirco tamen prohibetur mulier aut illius heres expellere colonum ſi marito eiúſve heredi promiſſam indemnitatem præſtare malit. Quod verò ante redditam dotem non perinde coloni expellendi ius habet, minimè ex eo proficiſcitur, quòd à marito facta locatio, mulieri quoque debeat nocere matrimonio quandoque ſoluto, ſed ex eo potiùs quòd dominium dotis quandiu reſtituta non eſt, etiamſi matrimonium fuerit ſolutum penes maritum illiúſve heredes manet, dominij autem ius illud eſt vt colonum ab alio conſtitutum expellere liceat impunè: quemadmodum explicauimus ſup. *Err.* 4. Propter quam cauſam nec dubitandum eſt quin hodie poſt nouam Iuſtiniani legem, quæ mulieri dedit ſoluto matrimonio directa bonorum dotalium vindicatione, *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* poſſit mulier pro arbitrio colonum expellere quantumlibet breue tempus illud ſit quòd locatio facta proponatur, quia non vt olim neceſſaria eſt reſtitutio dotis ad recuperandum dominium quod per traditionem tranſlatum fuerat in maritum, ſoláque iuris poteſtas ſufficit vt tantundem iuris habeat mulier in iis omnibus quæ ad dominij cauſam pertinent, quantum ſi dos ei reſtituta eſſet: licet non eò minùs cogenda ſit cauere marito, eadẽ ſcilicet ſubſiſtẽte æquitatis ratione, quæ iam olim ſuadebat vt eius locationis nomine quam bona fide maritus iniiſſet, indemnitatẽ ei mulier præſtaret. Similiter igitur in locatione à prælato † facta dicendum eſt, non debere illam nocere

ſucceſſori.

ſucceſſori, quia non ſucceſſoris, at ne quidem Eccleſiæ, ſed ipſius prælati nomine facta eſt, vtpote qui re vera fructuum ex beneficio perceptorum & percipiendorum dominus ſit, quandiu viuit. Vnde illud etiam eſt quod vſufructuario comparatur in vita, & vſuario in morte: neque negari poteſt quin eo defuncto quiſquis in beneficio ſucceſſor eſt idem iuris habeat ad colonum veterem expellendum, nouúmque inducendum: ſiue dominij iure prælatum cenſeri velis, ſiue vſufructuarij. Proinde nihil omnino cauſæ eſt cur locationi à deceſſore ſuo factæ inuitus ſtare cogendus ſit: ſiue in longius tempus facta fuerit locatio, ſiue in breuius. Sed &

6 illud auſim dicere, colonum à nouo † prælato ante finita conductionis tempora expulſum, nullam ideo contra defuncti heredes actionem habiturum, ſicut nec haberet contra heredem alterius cuiuſlibet vſufructuarij, *d. l. ſi quis domum 9. §. 1. D. locat.* quia vt in eo qui ab vſufructuario conduxit Iureconſultus eo loco ſcribit, proſpicere potuit & debuit fieri poſſe, vt locatoris ius finiretur ante tempus conditionis impletum, eóque caſu futurum, vt ipſam quoque conductionem finiri neceſſe eſſet. Multóque minùs illud dici poteſt, arctandum eſſe eum qui in beneficio ſuccedit vt vltimi poſſeſſoris heredi caueat de indemnitate, cùm in beneficio aut beneficij fructibus nullum ius heredi reliquum ſit, cuius prætextu poſſit habere retentionem ad eiuſmodi cautionem extorquendam, dominium namque beneficij penes Eccleſiam ſemper manet, libera autem adminiſtratio, iúſque percipiendorum fructuum, ſicut in prælati perſona finitur ipſius morte, ita & nouo ſucceſſori acquiritur ex quo die incipit ius in beneficio habere. Et hæc quidem de prælato contra Molinæum dicta ſint. De

7 locatione † vero per eum facta qui heres inſtitutus, & de reſtituenda hereditate rogatus eſſet, alius tractatus eſt an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit. De quo tractant ex noſtris nonnulli ad *leg. poſtulante §. 1. D. ad S. C. Trebell.* Aptanda autem quæſtio eſt ad eum caſum, quo heres rogatus ſit hereditatem reſtituere non purè, ſed poſt diem vel ſub conditione, vt ante moram locatio per heredem facta reperiatur. Alioqui fideicommiſſario nocere proculdubio non poſſet quod heres poſt moram & nullo iure feciſſet. Ego, vt citiùs expediam ſic

8 ſtatuo, fideicommiſſarium † cui reſtituta eſt ex fideicommiſſo hereditas cùm in omnibus & per omnia heredis dominique loco eſſe intelligatur, cogi non poſſe ab eo qui cum herede contraxit vt ratam faciat locationem. Nam facta reſtitutione hereditatis fideicommiſſariæ, non minùs iuris habeat in rebus omnibus hereditariis, quàm ſi heres ipſe eſſet, cùm ſit heredis loco, nec quicquam impediat quominus heres verè ſit & dicatur, quàm quod fieri nequeat, vt vel qui heres eſt deſinat heres eſſe, vel vni duo in ſolidum ſint heredes. Hoc ipſum verò quod dicimus, eſſe illum heredis loco, non hunc ſenſum habet vt in ipſius heredis locum & iura ſuccedat, ſed ſic potiùs accipiendum eſt, vt acſi heres verè fuiſſet, in omnia defuncti iura ſucceſſiſſe exiſtimetur. Quemadmodum & quod dicimus actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant, transferri ex Trebelliano Senatuſconſulto in fideicommiſſarium, ad hereditarias duntaxat actiones pertinet, non etiam ad eas quas heres ſibi proprias quæſiit facto ſuo poſt aditam hereditatem. Cui conſequens eſt vt actio ex conducto quæ colono dari potuit aduerſus heredem eundémque locatorem, non perinde ipſi danda ſit contra fideicommiſſarium qui neque locauit, neque locationi per heredem initæ aut expreſſim aut tacitè conſenſit. Sed an conductori heres tenebitur? vtique quia licèt potuerit conductor præuidere futurum fortaſſe vt ante finitam locationem reſtituenda eſſet hereditas ab herede, ius tamen heredis non finitur per hereditatis reſtitutionem, cùm nihilominus maneat heres, ideóque nihil imputari ei poteſt qui heredis perſonam bona fide ſecutus ab eo conduxit, præſertim ſi fideicommiſſum ſub ea conditione relictum fuit, quæ ſicut euenire potuerit, ita & non euenire, imò heredi potiùs imputari poteſt cur in tam longum tempus locauerit, aut cur non ſuſpectam dixerit hereditatem: quo caſu haud dubiè non aliter cogi potuiſſet ad reſtituendam hereditatem, quàm ſi priùs ei de indemnitate cautum fuiſſet: *l. debitor 59. D. ad S. C. Trebell.* Nam quemadmodum lucrum nullum ex hereditate manere debet penes eum qui inuitus adiit, ita neque damnum. Quod ſi fideicommiſſum non ſub conditione, ſed in diem certam relictum fuerit imputari magis poteſt heredi cur in id vſque tempus locauerit quod poſt reſtitutionem hereditatis futurum eſſet, niſi proponas conductorem quoque cùm ad conductionem acceſſit fideicommiſſi formam non ignoraſſe. Eſſet enim quod ei potiùs imputaretur cur in tam longum tempus conduxiſſet, nec proinde aduerſus locatorem ſuum regreſſus illi vllus dandus eſſet, *arg. dict. l. ſi quis domum 9. §. 1. D. locat.*

ERROR VII.

De retentione rei locatæ quæ fuit obligata conductori.

SVMMARIA.

1 *Res conductori ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter obligata poteſt ab eo retineri quoad nouus rei dominus indemnitatem ei præſtiterit, ſi eam conſequi quàm in conductione ſtare malit.*

2 *Specialem ad id rei conducta obligationem neceſſariam non eſſe contra Papon. & Imbertum.*

3 *Hypotheca ſiue generaliter ſiue ſpecialiter conſtituta ea vis eſt, vt locationis ab alio factæ ſucceſſor præciſè ſtare compellatur, contra Molinæum.*

4 *An & quatenus lui poſſit pignus rei locatæ ſiue à locatore ſiue ab eius ſucceſſore, & num. 6.*

5 *Pignoris conuentio ſubiecta pacto de non alienando, aut de retrouendendo cur non poſſit impedire alienationem.*

7 *Locationis ius ſingulare.*

8 *Alius Molinæi & pragmaticorum error.*

SÆpius iam à nobis dictum eſt, conductorem † qui cum vero domino contraxit, ſi rem ipſam conductam ſiue ſpeciali, ſiue generali pignoris conuentione obligatam habuerit, non poſſe ab emptore alióue quolibet nouo domino expelli, niſi præſtita priùs per expellentem indemnitate, ſi indemnitatem conſequi quàm in conductione ſtare malit, in eamque rem habere tamdiu ius retentionis. In quo ab iis diſſentimus, † qui putant ſpecialem rei conductæ obligationem neceſſariam eſſe: quam ſententiam ſequitur Paponius in ſyntagmate Areſtorum, & Imbertus in Enchiridio. Cùm enim pignoris conuentio ea tantùm ratione conductorem tueatur quod ei det ius in re ipſa quæ conducta fuit, an non perinde habet ius in re qui generaliter bona debitoris omnia, atque qui ſpecialiter eam rem pignori accepit? Atque in eo ſequimur Caroli Molinæi ſententiam in *Conſuet. Pariſ. tit. 3. §. 30. num. 110.* At non in eo ſimiliter quod idem ille negat eam † hypothecæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter conſtitutæ vim & poteſtatem eſſe debere vt locationi ab alio factæ ſucceſſor præciſè ſtare compellatur, contra quàm reſponderit Socin. *conſ. 90. lib. 4.* Nam quod Molinæus diſputat ex pignoris obligatione, quæ non niſi acceſſoria eſt, principalem obligationem ampliari nullomodo poſſe, ad rem nihil pertinet. Neque enim ampliabitur principalis obligatio, quamuis ita ius conſtitutum ſit, vt hypothecæ adiect-

adiectio præciſam inducat ſeruandæ conductionis neceſſitatem. Siquidem is ipſe qui locauit, & hypothecam conſtituit haud dubiè in id præciſè obligatus eſt, vt locationi à ſe initæ ſtare debeat, nec audiendus ſit ſi quanti conductoris intereſt ei offerre quàm præſtare patientiam malit. Cur non enim contractum à ſe geſtum implere debeat quem ſola patientiæ præſtatione implere poteſt? Aut cur ei contra factum proprium inuito aduerſario venire concedamus? Si aliquid facere cogeretur, poſſes cum Molinæo dicere, in locum obligationis faciendæ ſuccedere præſtationem eius quod intereſt ex *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. de re iudicat.* quam vnam Molinæus adducit, ad pati duntaxat non etiam facere quicquam debet, eaque nimirum præcipua ratio eſt qua moueor vt exiſtimem, ſucceſſorem præciſè cogendum vt ſtet colono, qui rem ipſam conductam habet ſibi obligatam: Nam ius conſtitutæ hypothecæ quod in re ipſa eſt, ſicuti rem ipſam ſequitur quocumque ierit, ita & facere debet vt non alio iure poſſit res eſſe penes nouum ſucceſſorem quàm quo fuit penes locatorem. Idque certè verum eſſe quandiu ius pignoris, & hypothecæ durat nemo negauerit. Sed obiicies fortaſſe pignoris cuiuſlibet naturam & conditionem illam eſſe vt lui quandocunque poſſit oblato omni eo, quod debetur, ſi nihil niſi ipſa pignoris obligatio ſpectetur. Nihil autem aliud eſſe quod ſpectari poſſit quando agitur aduerſus ſucceſſorem, cùm ex propria perſona non ſit ille conductori obligatus. Fateor: ſed hoc contendo † tum etiam 4 cùm agitur contra locatoris ſucceſſorem ſi quæratur de luendo pignore, ac proinde quid & quantum debeatur non aliud in principali obligatione poſitum videri debere, quàm ſi contra locatorem ipſum ageretur. Non enim ex perſona poſſeſſoris immutari poteſt conditio principalis obligationis vt nec ipſius pignoris. Idipſum igitur à locatoris ſucceſſore præſtandum eſt ad luendum pignus, quod ab ipſo locatore præſtari oporteret. Atqui conſtat in perſona locatoris qui ipſe contraxerit, & contrahendo ſe ita obligauerit ad patientiam præſtandam, vt ne quidem pleniſſima eius quod intereſt obligatione poſſit ſe liberare, talę ius eſſe vt luendi pignoris aliud ius nullum habeat, niſi vt conductorem frui patiatur, quandoquidem ea ipſa fruendi patientia, vt diximus, in principali obligatione eſt: Alioqui pignus à locatore datum in vtilitatem & gratiam conductoris, principalem obligationem minueret, quam ſi non augere & ampliare, ſaltem confirmare debuiſſet. Faciet ergo pignus à locatore conſtitutum, vt locatoris ſucceſſor ſingularis, quiſquis ille erit perinde obligetur non perſonali quidem vinculo, ſed tanquam poſſeſſor pignoris ad patientiam præſtandam atque ſi ipſe locaſſet, quia perſonalis obligatio licèt tota ex contractu æſtimetur, nec ſequatur fundi poſſeſſorem *l. vlt. §. 1. D. de cont. empt. l. 1. §. ſi heres. D. ad S.C. Trebell.* tamen dat legem pignori cuius poſſeſſio obligat poſſeſſorem: abſurdum fuerit & aliâ meliore conditione pignus lui poſſe per ſucceſſorem locatoris quàm per ipſum locatorem. Nec eſt contrarium quod ſecundo huius Decadis capite docuimus, 5 pignoris conuentionem † ſubiectam pacto de non alienando, aut de retrouendendo non poſſe impedire alienationem. Id enim ratione illa fieri diximus, quod qui promiſit ſe tibi retrouenditurum aut non alij quàm tibi rem ſuam venditurum, ſi contra faciat non ad aliud teneri poteſt quàm vt præſtet tibi quanti tua intereſt ab eo contrà factum non fuiſſe, cùm non ſit præciſè ad hoc obligatus vt tibi vendat aut retrouendat, quoniam facti obligationes illæ ſunt, in quo obligationum genere, quod iam toties inculcauimus receptum eſt & conſtitutum, vti ne quis præciſè cogi poſſit ad factum quod citra vim & impreſſionem fieri non poſſet, ſed in locum facti ſuccedat præſtatio eius quod intereſt *d. l. ſi quis ab alio 13. §. fin. D. de rei iudic.* Itaque ſi eo caſu tractetur de luendo iure pignoris & hypothecæ ſiue per eum ipſum qui hypothecam conſtituit, ſiue per eius ſucceſſorem, ſoluitur vtique idipſum quod in principali obligatione eſt cùm id quod creditoris hypothecarij intereſt præſtatur: at in propoſita quæſtione de re locata conductori obligata, principalis obligatio non in faciendo verſatur, ſed potiùs in non faciendo, id eſt, in præſtanda patientia, quæ quoniam hoc ipſo præſtatur quod nihil fit contra conuentionem, præciſè ſanè præſtanda eſt, nec † proinde quantacumque pecunia lui poteſt pignus 6 quod in eiuſmodi præciſæ obligationis cauſam datum eſt, ſi conductor locationem ſtare malit, quàm quanti ſua intereſt accipere. In eóque ſingulare † ius eſt loca- 7 tionis, quemadmodum habet illa proprio quodam iure vt locator non ad faciendum aliquid, ſed tantùm ad patientiam præſtandam conductori obligetur, vt ei liceat frui re conducta. Quod cùm ita ſit, multò minùs ferendus eſt alius pragmaticorum error, quem ſupradicto loco idem Molinæus † refert probátque, vt colonus 8 cui obligata res eſt, retentionis ius habeat pro adiudicatione duntaxat eius quod ſua intereſt, non etiam pro liquidatione & refuſione. Cur enim pignoris poſſeſſionem ei auferamus priuſquàm ſolutum ſit omne id quod debetur, aut eo nomine ſatisfactum? An non abhorret id à natura pignoris, itémque à ratione iuris, vt cui damus actionem, denegemus retentionem? Fateor non eſſe æquum, vt prætextu eius quod intereſt longior mora rei reſtituendæ fiat vero domino, ſi fortè colonus tergiuerſando in longiorem diem negotium trahat: eóque caſu auferendam colono poſſeſſionem, præſtita tamen, vt fieri ſolet ſatiſdatione de ſoluenda quantitate quam poſtmodum iudex taxaturus ſit, ſed ſi bona fide rem colonus gerat, nec quicquam ſit quod ei poſſit imputari, nego auferendam ei poſſeſſionem rei obligatæ quandiu pignoris vinculum & obligatio ſubſiſtit.

ERROR VIII.

Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit expellere conductorem iuſtis de cauſis velit.

SVMMARIA.

1 *Non permittendum eſt locatori ante finitum conductionis tempus expellere conductorem quamuis ei offerat quanti ex ea cauſſa poteſt ipſius intereſſe.*

2 *Sententia eorum qui locatorem audiendum putant; eius ratio, & rationis refutatio.*

3 *Facta locatione, in debito locatoris eſt ipſa fruendi patientia.*

4 *Conductor cogitur ſtare conductioni & conuentam mercedem ſoluere, etiamſi nihil interſit locatoris.*

5 *Conductor qui in ſoluenda penſione moram biennalem contraxit, hac ipſa de cauſa impunè expelli poteſt.*

6 *Quibus aliis caſibus conductor impunè expelli poſſit.*

7 *An caſibus enumeratis num. 6. poſſit conductor impunè expelli, ſi pro contractus obſeruatione res locata conductori fuerit obligata.*

8 *Sententia quorundam pragmaticorum negans, vbi vera lectio leg. 1. D. ſi ager. vectig. reſtituitur.*

9 *Oppoſita autoris ſententia.*

10 *Differentia inter fundos vectigales & non vectigales ratione iuris expellendi conductorem qui in longum tempus conduxit.*

11 *Quatenus*

11 *Quatenus plus iuris habeat is qui conduxit in longum tempus, quàm qui in modicum.*

QVod proximo capite diximus, non eſſe per-
1 mittendum locatori vt ante finitum con-
ductionis tempus expellat conductorem
quamuis ei offerat quanti ex ea cauſa poteſt
ipſius intereſſe, veriſſimum quidem eſt, ſed non tamen
apud pragmaticos omnes in confeſſo. Sunt enim qui
2 putent audiendum † eſſe locatorem: ſi paratus ſit præ-
ſtare quanti intereſt conductoris. Illa potiſſimùm ratio-
ne quòd qui pignoris iure rem perſequitur, à rei perſe-
cutione liberatur ſi qualiſcumque poſſeſſor debitum
offerat, *l. Paulus* 13. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.*
Sic enim Roll à Valle *conſ. 6. num.* 10. *& ſeqq. vol.* Sed ad
3 hanc rationem iam reſpondimus, locatione † facta non
quanti conductoris intereſt frui, in debito eſſe, ſed ip-
ſam fruendi paticatiam, vt quod ſine vi & impreſſione
fieri commode poteſt, cogatur præcisè pati locator, vt
conductori liceat frui re conducta. Cur enim ei permit-
tamus, vt ſine cauſa veniat contra proprium contra-
ctum? Fateor poſſe conductorem ſi expellatur, aut quod
idem eſt re conducta frui prohibeatur, agere ex condu-
cto, & agendo conſequi quanti intereſt ſua *l. 1. §. 1. D.
de ſuperfic.* Sed nego cogendum eum pecuniam accipere
ſi ad id potiùs locatorem adigere velit vt locationi ſtetur
præcise ſicut è contrario dicimus inuitum conducto-
4 rem † cogi ſtare conductioni & conuentam mercedem
ſoluere, tametſi poſſit fieri vt nihil interſit locatoris,
forte alio exiſtente, qui aut eadem, aut etiam meliore
conditione ad conductionem accedere velit. Inuitos
enim conductores aut eorum heredes tunc non eſſe re-
tinendos dicimus, cùm locationis tempora iam ſunt im-
pleta *l. inuitos* 11. *C. de locat.* Háncque ſententiam pro-
bat aperte quod ſcriptum eſt in *l. 3. eo.* his verbis, *ædem
quam te conductam habere dicis, ſi penſionem domino in
ſolidum ſoluiſti, inuitum te expelli non oportet.* Nam quod
quidam reſpondent tractari eo loco de conductore qui
iam ſoluerit integram penſionem, quaſi plus iuris ha-
bere is debeat, quàm qui aut nihil aut partem duntaxat
ſoluit, non puto ad rem pertinere. Quid enim referre
poteſt, an conductor penſionem totam ſoluerit, an ſol-
uere ſit paratus? Niſi quod poſt ſolutionem factam nul-
lus ſupereſt de anterioris temporis mora quærendi lo-
cus, de qua tamen quæri poteſt quandiu facta ſolutio
5 non eſt. Conſtat enim conductorem † qui in ſoluenda
penſione moram contraxit, hac ipſa de cauſa impunè
expelli poſſe, tum etiam cùm nominatim conuenit ne
intra locationis tempora expelli conductor poſſit *l. quæ-
ro* 54. *§. 1. D. eod.* moram autem tunc ſaltem contractam
videri, cùm biennio integro ceſſatum fuit *d. §. 1. & leg.
cùm domini* 56. *eod.* licèt cùm de iure emphyteutico agi-
tur triennij ceſſatio requiratur *l. 2. C. de iur. emphyt.* quo-
niam nimium plus iuris habet emphyteuta qui vtilis
dominus eſſe creditur, quàm ſimplex conductor *l. 1. §.
quod ait. D. de ſuperfic. l. 2. §. vlt. D. ſi ager vectigal.* Extra
hanc cauſam moræ & ceſſationis biennalis expelli con-
ductor non poteſt, præterquàm certis caſibus, de qui-
6 bus in *d. l. 3. C. de locat.* id eſt, niſi † dominus rem à ſe lo-
catam propriis vſibus neceſſariam eſſe probauerit, aut
corrigere domum velit, aut in ea re conductor malè ver-
ſari proponatur. His caſibus conſtat inter omnes con-
ductorem expelli poſſe, & quidem impunè, id eſt, ita vt
ne quidem quanti ob eam rem intereſſe conductoris po-
teſt, præſtare teneatur, ſed tantùm pro rata temporis re-
mittere mercedem *l. ſi fundus* 33. *in fin.* iunct. *l. & hac di-
ſtinctio* 35. *D. eod.* Sed dubitatur tamen à pragmaticis, an
7 idem † dicendum ſit, ſi pro contractus obſeruatione, vt
fieri aſſolet, res locata conductori fuerit obligata. Sunt
8 enim † qui ſic ſentiant, ſecuti Raph. Cuman. ad *l. ſi fi-
liafamilias* 25. *§. vlt. D. ſolu. matr.* Diuerſitatis rationem
illam afferentes quòd hoc caſu conductor ius habeat in
re ipſa, proindéque eius retinendæ facultatem quouſ-
que ſaltem pleniſſimam indemnitatem ſit conſecutus:
vnde illud etiam eſt, quòd idem iuris conſtituunt ſi fun-
dus vectigalis & emphyteuticarius eſſe dicatur, id eſt, in
perpetuum locatus ea lege, vt quandiu vectigal pende-
tur, tandiu neque ipſi qui conduxerit, neque illius ſuc-
ceſſori auferri res poſſit *l. 1.* (vbi ſic legendum eſt, reſti-
tutis verbis illis *tandiu & quandiu*, quæ tranſpoſita le-
guntur) *D. ſi ager. vectigal.* Imò etſi fundus non vecti-
galis locatus ſit, dum ne ad modicum tempus, id eſt, vt
vulgò interpretantur, quòd ſit minus decennio. Nam &
ei qui ad longum tempus conduxit, vtilem in rem actio-
nem Prætor dat verbis edicti *De ſuperficiebus d. l. 1. §.
quod ait ill. ti. De ſuperfic.* Sed mihi † ſententia hæc pla- 9
cere nullomodo poteſt. Neque enim conuentio pigno-
ris locationi ſubiecta facere poteſt vt duriùs obligetur
locator quàm ſi rem conductam neque ſpecialiter, ne-
que generaliter obligaſſet: ſed tantùm vt eo magis cau-
tum ſit conductori in eum caſum, quo perſonalem dun-
taxat actionem habiturus eſſet, ſi de pignore non con-
ueniſſet. Atqui non teneretur locator expulſo condu-
ctori vllo ex quatuor ſupradictis caſibus, niſi ad facien-
dam mercedis remiſſionem, vt diximus. Non ergo ma-
gis teneri debet ob id ſolùm quod contractui adiecerit
hypothecam. Alioqui obligatio illa pignoris, quæ non
niſi acceſſoria eſt, plenior eſſet principali, & principa-
lem ampliaret, quod abſurdum docuimus in ſuperiori-
bus. Cùm autem conductori ius aliquod in re tribuimus
non propter conuentionem pignoris, ſed propter factam
in longum tempus locationem, multò minùs dici po-
teſt prohibendum locatorem ne conductorem ſuum
poſſit expellere, ſi fortè re ſua neceſſariò vtendum ha-
beat, aut reficere eam velit, aut impedire ne conductor
ea malè vtatur. Tantò minùs enim fauorabilis eſt locatio
in longum tempus facta quàm quæ in modicum, quan-
tò grauiùs locatori futurum ſit, ſi re ſibi neceſſaria diu-
tiùs carendum habeat, aut domus refectionem in lon-
gius tempus differre, aut pati denique vt in re locata
conductor diutiùs malè verſetur. Itaque nec illud credi-
bile eſt cum qui in longum tempus locauit animo id agi-
taſſe, vt expellendi conductoris facultatem ſibi præripe-
ret iis caſibus quibus alioqui ius haberet ipſius expel-
lendi, ique certiſſimi, iudicio meo, iuris eſt, in fundis † 10
non vectigalibus qui ita colendi dantur vt priuatim
agros noſtros colendos dare ſolemus. Sed in vectigali-
bus facilè admittam aliud iuris eſſe, non ratione illa
quam pragmatici adferunt quod pro iis conductor ius
in re habeat (quæ ratio etiam fundis non vectigalibus
dummodo locatio facta eſſet in longum tempus aut ſub
hypotheca, conueniret) ſed quia huiuſmodi fundorum
proprium ius eſt vt expreſſam habeant conuentionem
de conductore nunquam expellendo, quandiu vectigal
pendetur *d. l. ſi ager vectigal.* Cuius conuentionis pote-
ſtatem totam in eo elucere neceſſe eſt, vt nulla alia de
cauſa expelli conductor poſſit, tametſi alioquin poſſet,
ne aliter poſito iure eueniat vt inutilis ea conuentio ſit,
nec plus operetur expreſſa quàm ſi expreſſa non eſſet.
Siquidem in fundis quoque non vectigalibus ita obti-
nere iam dicimus vt ſi in ſoluenda penſione ceſſatum
ſit, liceat locatori expellere conductorem, ſufficiátque
ceſſatum fuiſſe per biennium, non expectato triennio,
quod in vectigalibus & emphyteuticariis hodie expe-
ctandum eſt poſt *d. l. 2. C. de iur. emphyt.* Nempe, vt lex
ait, cùm ſpecialis conuentio nulla de ea re interceſſerit,
nam ſi conuenerit expreſſim, vt ob non ſolutam penſio-
nem expelli conductor poſſit, ſufficit moram quamlibet
in ſoluendo commiſſam fuiſſe, nec triennium expecta-
tur. Et ſanè qui fundum in perpetuum locant hac lege
vt quandiu vectigal pendetur tandiu conductoribus res
auferri non poſſit, facere non poſſunt quin ſiue ob vſus
neceſſarios, ſiue ad rei refectionem præripiant ſibi expel-
lendi conductoris facultatem. Cur enim locaſſent in
perpetuum

perpetuum ſi in vſus ſuos neceſſarios eam habere aliquando voluiſſent? Planè cùm emphyteuta malè in re emphyteuticaria verſatur, non nego auferri ei rem poſſe etiam citra conuentionem, nimirum ex natura contractus qui nec ob aliam cauſam initus eſſe intelligitur, quàm vt emphyteuta meliorem rem faciat non vt deteriorem: vnde & *meliorationis* contractus à pleriſque
11 appellatur. An non ergo † plus iuris habebit is, qui conduxit in longum tempus quàm qui in modicum? Minimè, quod ad hoc attinet vt à locatore expelli non poſſit. Neuter enim expelli poteſt, niſi ex iuſta cauſa: qua portò interueniente perinde ille atque hic expelli poterit. Sed ſi locator eam rem in alium tranſtulerit ſiue per venditionem, ſiue per aliam quamlibet ſpeciem alienationis, plus vtique iuris habebit qui in decennium, quàm qui in triennium, aut quinquennium conduxit, nimirum, vt non poſſit expelli à ſingulari ſucceſſore, quia cùm ius in re habeat adeò vt in rem quoque actione experiri queat, multò magis danda ei retentio eſt, ex vulgata iuris regula *l. 1. §. is autem. D. de ſuperfic.* Scilicet, niſi ex iis cauſis, ex quibus poſſet expelli ab ipſo locatore, de quibus in *d. l. ade.* Nec enim poteſt durior eſſe conditio ſucceſſoris qui non contraxit, quàm futura eſſet ipſius locatoris qui contraxit. Nihilque hac parte intereſt, an conductor ius in re habeat propter adiectam conuentionem de pignore. An propter factam in longum tempus locationem.

ERROR IX.

Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata.

SVMMARIA.

1 *Singularis ſucceſſor ex iuſta cauſa poteſt expellere conductorem cui res ipſa locata fuit obligata, etiamſi ipſe locator non poſſit, ſi pragmaticis fides.*
2 *Expenditur relata pragmaticorum ſententia.*
3 *Conuentio pignoris non impedit quominus expelli poſſit conductor ab ipſo locatore, ac multò magis à ſingulari eius ſucceſſore, ſi iuſta adſit expellendi cauſa.*
4 *An iuſta illa cauſa æſtimari debeat ex perſona locatoris, an ex perſona ſucceſſoris.*
5 *Quo caſu locus ſit quæſtioni num. 4. propoſita.*
6 *Singulari ſucceſſore vxorem ducente ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes eſſe debent.*

Diuerſus eſt hic tractatus à ſuperiore. Nam ex
1 his ipſis † qui putant non eſſe permittendum locatori qui rem locatam obligauit conductori, vt expellat conductorem, licèt ea cauſa interueniat quæ alioquin ad eum expellendum iuſta videri deberet. Non deſunt qui putent aliud reſpondendum eſſe in perſona eius qui ſingulari iure locatori ſucceſſerit, quaſi fauorabilior illius cauſa videri debeat, vel ob id maximè quòd non contraxit. Quæ ta-
2 men ſententia † vel primo aſpectu ipſo falſa eſt. Si enim ſubiecta pignoris conuentio ſufficiens eſſet ad tuendum conductorem aduerſus locatorem, quidni prodeſſe etiam deberet aduerſus ſingularem quemlibet ſucceſſorem, cùm perinde vtroque caſu ius pignoris & hypothecæ afficiat rem ipſam de qua diſputatur? Siquidem ſemel conſtituto vtiliter pignore, nihil prorſus intereſt creditoris pignus habentis, ad quem aut quonam iure dominium transferatur: veréque tunc obtinet quod dici ſolet, cauſam pignoris cum cauſa dominij nihil habere commune. *l. 1. D. de pignor.* Etſi verò iam diximus, magis probari nobis contrariam ſententiam, vt
conuentio † pignoris non impediat quominùs expelli 3
conductor poſſit etiam ab ipſo locatore, ac multò magis à ſingulari eius ſucceſſore, quoties nullo adhibito pignore iuſta eius expellendi cauſa ſubeſſet, illa tamen
adhuc ſupereſt, nec inelegans dubitatio, an iuſta illa † 4
cauſa ex perſona ipſius locatoris æſtimari debeat, an ex perſona ſucceſſoris. Finge donatarium aut emptorem de ducenda vxore cogitare, ex eáque cauſa locatis ædibus neceſſariò egere, An conductorem expellere poterit, quemadmodum poſſet ſi ipſe locaſſet? An expectandum erit vt locator qui eas ædes donauit aut vendidit, nuptias ineat, vt expellendi conductoris ius præbeat emptori vel donatario, nullum alioquin habituro? Conſequens autem videtur ſuperioribus, vt idem ius obtineat, in perſona ſucceſſoris quod in perſona locatoris, idipſúmque conſtituatur pro ſucceſſore, quod conſtituendum eſſet ſi ipſe locaſſet: cùm non potuerit locatio, quantumuis pignore ſubnixa facere quominùs liberum domino fuerit rem ſuã alienare, ſatiſque conductori eſſe debeat, quod non alia eius conditio ſit propter alienationem à locatore factam, quàm ſi à locatoris ſucceſſore
conduxiſſet. Obſeruandum autem eſt non alio † caſu 5
poſſe huic quæſtioni locum eſſe, quàm quo velit dominus expellere conductorem ob eam cauſam quòd re locata ipſe egeat in neceſſarios vſus. Nam ſi agatur de conductore ob id expellendo, quòd in ſoluenda *penſione* per biennium ceſſauerit, aut quo domus reficienda ſit, aut denique quòd malè conductor verſetur in re locata, nemo dubitat quin nihil prorſus interſit an locator dominus ſit, an alius qui à locatore cauſam habeat, quandoquidem huiuſmodi cauſæ expellendi conductoris aut ex re ipſa, aut ex conductoris perſona proficiſcuntur. Sed cùm in vſus proprios fruendæ rei *neceſſitas* emergit, quemadmodum alia locatoris perſona eſt, alia ſucceſſoris, ita & alia neceſſitas, quæ ex locatoris perſona occurrit, alia quæ ex perſona ſucceſſoris, vt cernere eſt in exemplo illo quod attulimus, De emptore aut donatorio vxorem ducente, cùm fortè locator ipſe aut vxorem iam tum duxiſſet cùm locauerat, aut ducturus nunc non eſſet. Illud autem ſuadere potiſſimum videtur vt locatoris non noui ſucceſſoris perſonam ſpectari oporteat, quod fieri poteſt vt conductor cùm ad ineundam conductionem acceſſit, cogitauerit ſibi rem eſſe cum eo, qui iam tum ducta vxore aut nunquam, aut non tam facilè poſſet in proprios vſus ædibus locatis indigere, quàm ſi nullam dum vxorem eo tempore habuiſſet. Nam quemadmodum is qui iam ipſo locationis tempore vxorem habuit non poteſt prætextu matrimonij conductorem expellere, propterea quòd de nouo cauſam emergere neceſſe eſt, quæ expellendi conductoris ius præbere poſſit *arg. l. pen. D. de iur. dot.* Ita qui cum alio contrahit nullam dum coniugem habente, faciliùs præuidere poteſt & debet, fieri poſſe vt aliquando vxorem ducere locator velit, ex eáque cauſa egeat in proprios vſus re locata. Proinde non eſt quod de alio quàm de ſe ipſo conqueratur ſi hac de cauſa illum expellere locator velit. Quod non ſimiliter dici poteſt, ſi locator qui vxorem habuit, rem ſuam alienauerit in eum qui mox ſibi vxorem quærat. An enim potuit conductor præuidere aut potiùs diuinare hoc futurum? Quid vero abſurdius quàm ſemel conſtitutam obligationem in perſona contrahentis, ex perſona ſucceſſoris poſteà immutari, ſiue vniuerſalis, ſiue ſingularis ſucceſſor proponatur? Atqui multò abſurdius illud fuerit expelli conductorem à locatoris ſucceſſore ob euentum qui in perſona locatoris contigerit, poſt alienatum rei locatæ dominium in eum qui non egeat re conducta in proprios vſus. Cur enim ſpectemus perſonam egentis qui non ſit dominus, aut domini qui re ſua non egeat? Ergo cum vtrumque concurrere neceſſe ſit, concludo quod ante
me fortaſſis nemo dixit, ſingulari † ſucceſſore vxorem 6
ducente,

ducente, ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes eſſe debere, ne alioquin eueniat vt durior facta ſit eius conditio per alienationem rei locatæ, idémque obtinere, etiamſi in perſona locatoris repentinus matrimonij caſus emerſerit, proptereà quòd nihil amplius interſit locatoris alienata re illa qua in proprios vſus alioqui indigere poſſet, ſicut nec intereſt donatarij aut emptoris quòd locator vxorem duxerit. Ergo neque à locatore expelli poterit, neque à ſingulari locatoris ſucceſſore; Nec ſolùm ſi qua hypotheca contracta ſit, ſed etiamſi nulla: quia hypothecæ adiectio non illa eſt quæ expellendi conductoris ius auferre poteſt, ſed bonæ fidei ratio quæ certis caſibus hoc locatori ius tribuit, iis videlicet quibus veriſimile ſit id actum fuiſſe inter contrahentes, bona fide interpretationem hanc ſuggerente. Denique quoties de conductore expellendo, vel non expellendo tractatur, quod ad locatorem pertinet nihil intereſt an de pignore conuenerit, necne: Quod ad ſingularem verò ſucceſſorem, tum demùm intereſt cùm non alia de cauſa colonum expellere vult ſucceſſor, quam quòd alius non ipſe contraxerit: Si enim alia iuſta cauſa ſubſit coloni expellendi, non poteſt fieri aut facta videri durior conditio locatoris, aut alterius cuiuſlibet, qui in locatoris iura ſucceſſerit ob ſolam pignoris conuentionem incertam.

ERROR X.

De eadem re pluribus ſeparatim locata, vel vendita, vel obligata.

SVMMARIA.

1 *Eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius conductoris potior cauſa eſſe debeat, priorisne an poſterioris.*

2 *Varia de propoſita quæſtione pragmaticorum ſententia.*

3 *Si eadem res pluribus ſeparatim vendita ſit, præfertur is cui priori res tradita eſt, licet poſterior emerit.*

4 *Ratio cur præferatur is cui priùs res tradita eſt.*

5 *Locationem conductionem hac in parte malè æquiparari emptioni, venditioni.*

6 *Rectiùs verò comparari pignori & hypothecæ.*

7 *Eadem re pluribus obligata ſeparatim, præferendus eſt is qui prior conuenit de pignore, non cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypotheca vendenda conuenit.*

8 *Ex eo quod etiam cùm venditio à non domino, facta eſt, præfertur ex emptoribus is cui res priùs tradita eſt, non ſequitur, vt præferendus ſit ex conductoribus is cui priùs res tradita fuit, & cur.*

9 *Qui à non domino bona fide emit, Publicianam habet aduerſus extraneum, quemlibet poſſeſſorem; & quis ſit eius actionis effectus.*

10 *Si plures ab eodem non domino pignus acceperint, debet is præferri qui prior factus eſt poſſeſſor.*

11 *Pignoris datione nihil aliud agitur, quam vt res ipſa obligetur, non perſona dantis quæ iam obligata eſt: at in venditione agitur vt perſona venditoris, non vt res ipſa obligetur.*

12 *Si à diuerſis non dominis plures pignus accipiant, melior eſt conditio poſſeſſoris, non eius qui prior conuenit de pignore: in quo differt pignus ab emptione.*

13 *Ratio proximè relatæ inter pignus & emptionem differentiæ.*

14 *Aduerſus extraneos etiam vitioſa poſſeſſio prodeſt.*

15 *Emendatio l. ſi ea res. 31. §. vlt. D. de act. empt.*

16 *Si ex pluribus emptoribus vnus emerit à domino, alius à non domino, indiſtinctè præferendus eſt is qui à domino emit, etiamſi non ſit ei res tradita à venditore.*

17 *Reuocatur quod dictum eſt ab autore in Coniecturis de ſententia clauſulæ d. §. vlt. l. 31. de actor. empt.*

18 *Refellitur ſententia Rolandi à Valle ſtatuentis ita demum præferendum eſſe poſteriorem emptorem cui prius res tradita eſt, ſi venditionem priori factam ignorauerit.*

19 *Errare pragmaticos ſtatuentes præferendum eſſe primum emptorem cui res primum fuit vendita cum hypotheca, etiam ſine traditione.*

20 *In obligatione omnium bonorum venditoris non videri comprehenſam rem quæ vendita eſt, & cur illud.*

21 *Pignore ab initio in re vendita inutiliter conſtituto, non eſt permittendum priori emptori, vt hypothecariam aduerſus poſteriorem exerceat.*

22 *Non eſſe admittendam eorum ſententiam, qui primum conductorem omnimodo præferunt.*

23 *Expenditur exceptio pragmaticorum, qui præferendum aiunt poſteriorem conductorem cui res tradita eſt, niſi obligata fuerit res priori conductori.*

24 *Differentiæ inter venditionem & locationem.*

25 *Reſponſio autoris ad quæſtionem ſuprà num. 1. propoſitam.*

EST quidem hæc quæſtio prorſus aliena ab inſtituto tractatu de pacto retrouendendi, ſed tamen ad proximas quoque quæſtiones pertinens. De colono expellendo, vel retinendo. Poteſt enim fieri vt qui † rem ſuam alteri 1
locauit, eandem poſtmodum non vendat quidem, ſed locet alteri, fortè maiorem penſionem offerenti, quo caſu perinde dubitari poteſt an priorem conductorem expellere poſterior poſſit, an verò potior eius cauſa eſſe debeat qui tempore prior reperitur. Non deſunt † qui 2
pro primo conductore reſpondeant, adeóque tametſi ſecundo tradita res proponatur: inter quos Iaſon eſt ad *l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Non deſunt etiam qui pro ſecundo, poſt Alex. quem refert Cotta in Memorab. in verb. *locatio*, poſterioris huius ſententiæ præcipua, imò tota ratio pendet ex emptionis & conductionis ſimilitudine atque adfinitate. Conſtat enim, iiſdem ferè iuris regulis venditionem & locationem, itémque emptionem & conductionem conſiſtere, vt ait *l. 2. D. locat.* In venditione † autem & emptione ita comparatum 3
eſſe vt ſi eadem res pluribus ſeparatim vendita ſit, præferatur is cui priori tradita eſt, licèt poſterior emerit *d. l. quoties, l. ſine autem 9. §. ſi duobus, D. de Publician. in rem act.* Sed apertiſſima diſſimilitudinis ratio eſt. Nam in vindicatione idcirco conſtitutum eſt, vt is † cui primùm 4
tradita res fuit præferatur, quòd licèt venditio ſolo conſenſu perficiatur, ſicut & locatio, dominium tamen ex ſola venditione non transfertur non magis quàm ex pacto nudo, ſed tantùm per traditionem & illius emptionis & venditionis cauſà ſubſecutam, *§. vendita Inſtit. de rer. diuiſ. l. traditionibus 20. C. de pact.* Proinde † 5
quoties de dominio inter plures emptores qui ſeparatim emerunt contenditur, non poteſt eſſe non potior is cui priùs res tradita eſt, cùm ſolus ille ſit in quem dominium tranſlatum fuit, manente tamen venditore obſtricto emptori non ſolùm crimine ſtellionatus, *l. 3. D. de crimin. ſtellion.* ſed etiam actione ex empto in id omne quod intereſt primi emptoris, cui ex conuentione tradere rem debuerat quam vendidit & tradidit ſecundo. At in locatione & conductione non id agitur vt dominium in conductorem transferatur, nec ſi id expreſſim agatur, fieri tamen vnquam poſſit, quia titulus conductionis non eſt iure ciuili habilis ad dominium transferendum,

Digitized by Google

rendum,& traditio quæ ex ea cauſa fit, quod ad dominij
tranſlationem pertinet, nuda eſt & iniuſta, & conſe-
quenter non poteſt eſſe efficax ad hoc vt dominij tranſ-
latio inducatur, *l. numquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. do-
min.* Quid ergo intereſſe poteſt an conductori primo
aut ſecundo tradita ſit rei poſſeſſio, néene, cùm ſolo con-
ſenſu contractus is perficiatur, neque traditionem vl-
lam requirat ne quidem ad effectum & implementum,
ſed tantùm vt locator præſtet patientiam? Itaque re-
6 ctiùs videatur locatio & conductio † comparari poſſe
pignori & hypothecæ, quia licèt pignus non niſi re &
traditione contrahatur quatenus ab hypotheca diſtin-
guitur, quæ ſolo conſenſu perficitur, tamen ſtatim atque
conuenit de pignore, conſtat obligationem eſſe contra-
ctam, & pignoris vinculo rem obſtringi, vt non tantùm
aduerſus creditorem, ſed etiam aduerſus quemlibet poſ-
ſeſſorem hypothecaria exerceri poſſit. Ob idque nimi-
7 rum placuit eadem re † pluribus ſeparatim obligata
præferendum eſſe eum qui prior conuenit de pignore,
non cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypothe-
ca vendenda conuenerit, *l. creditor* 12. §. *vlt. D. qui po-
tior. in pignor. hab.* Obiicies fortaſſe, ſi pro pragmaticis
ſubtilem agere voles, in venditione quoque perinde
vſuuenire poſſe atque in locatione & pignore, vt de do-
minio transferendo tractari non oporteat, fortè ſi non
dominus eandem rem pluribus vendidiſſe proponatur.
Neque enim dixerit per traditionem à non domino fa-
ctam, dominium transferri poſſe, cùm traditio nihil am-
pliùs transferre debeat, vel poſſit ad eum qui accipit,
quàm ſit apud eum, qui tradit, *l. traditio* 20. *D. de acquir.
rer. domin.* Et tamen certum eſt, illo etiam caſu quo ven-
ditio facta ſit à non domino potiorem eſſe ex emptori-
bus eum cui prius res tradita eſt, *l. ſi ea res* 31. §. *vlt. D. de
action. empt.* Quidni ergo, inquies, idem in locatione &
conductione ſeruabimus, vt quamuis dominium ex ea
cauſa transferri nequeat, is tamen cui priùs tradita res
8 fuerit, alij præferatur? Reſpondeo † hac in re perpetuò
diſſimilem eſſe locationis & venditionis rationem, tùm
etiam cùm venditio à non domino facta eſt: quia quam-
uis hoc caſu non magis ex venditione quàm ex locatio-
ne dominium transferri poſſit, venditionis tamen con-
tractus talis eſt ex quo poſſet dominium tranſire in em-
ptorem, ſi dominus venditor fuiſſet, ac tametſi non id
agi ſoleat inter emptorem & venditorem vt res detur,
hoc eſt, vt rei venditæ dominium omnimodo fiat empto-
ris, ſed tantùm vt vacua rei poſſeſſio tradatur emptori,
quoniam res quoque aliena vendi poteſt *l. rem alienam*
28. *D. de contr. empt.* iunct. *l. ex empto* 11. *De action. empt.*
Agitur tamen per conſequentias vt ſi venditor ſit do-
minus, transferat etiam cum poſſeſſione dominium
quod habet, ideóque quoties emunt plures à non do-
mino quem dominum eſſe arbitrantur, & bona fide ta-
cito iuris facit vt non ſolùm quod ad venditoris perſo-
nam attinet, ſed inter ipſos etiam idem obſeruetur acſi à
domino emiſſent, id eſt, vt ſi fortè eius rei dominium
venditori poſtmodùm acquiratur, non magis dominij
quæſtionem facere emptor poſſit, quàm ſi iam ipſo
venditionis tempore dominus fuiſſet *l. vindicantem* 17.
D. de evict. Imò verò cogatur implere venditionem, vt
Paulus loquitur in *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action. empt.*
id eſt, dominium quod venditionis tempore non ha-
buit, nunc verò habet, transferre in emptorem. Item vt ſi
inter emptores ipſos controuertatur, potior ſit is cui
priùs res tradita eſt, ſiue ab eodem, ſiue à diuerſis vendi-
toribus emerint, quia & præferretur ſi à domino emiſ-
ſent. Quinetiam, quod magis mirum videri debeat, ha-
9 bet † qui à non domino bona fide emit Publicianam ad-
uerſus extraneum quemlibet poſſeſſorem, id eſt, ſolo do-
mino excepto *l. 1. l. penult. & paſſ. D. de public. in rem act.*
quæ actio licèt ſit prætoria, tamen ad inſtar vindicatio-
nis eſt eundémque effectum obtinet, vt qui à non do-
mino emit bona fide, & in eo eſt vt vſucapere poſſit, pro
eo habeatur acſi dominus iam factus eſſet, §. *namque.
Inſtit. de act.* Quo exemplo idem quoque conſtitutum
videmus in pignore, vt quamuis non poſſit pignoris
vinculo res obligari niſi à vero domino, *l. & quæ non-
dum* 15. §. *quod dicitur. D. de pignor.* ſi tamen plures † ab 10
eodem non domino pignus acceperint, debeat is præfer-
ri qui prior conuenit de pignore, non autem is qui
prior factus eſt poſſeſſor *l. ſi non dominus* 14. *D. qui po-
tior. in pignor. habeant.* Nimirum, quia licèt re vera pignus
nullum contractum ſit, neque contrahi potuerit, habet
tamen huiuſmodi falſum pignus veri pignoris imagi-
nem, eodémque proinde iure cenſetur, ſicut & venditio
à non domino facta eius venditionis naturam imitatur,
quæ à vero domino facta eſſet, tanto magis quòd ipſa
quoque vera non falſa venditio eſt, præſertim cùm em-
ptor ab eo quem dominum putabat eſſe, comparauit, etſi
nec aliud eſt ſi quis emerit mala fide ab eo quem domi-
num non eſſe ſciuit, quia perinde venditio valet: quæ
tamen bonæ & malæ fidei diſtinctio vix cadit in perſo-
nam creditoris pignus accipientis. Quis enim tam ſtul-
tus ſit, vt ab eo quem dominum non eſſe ſcit, pignus
accipere, id eſt, nihil prorſus agere velit? Nihil enim
aliud agitur pignoris † datione, niſi vt res ipſa oblige- 11
tur, non vt perſona quæ pignus dat, quæque ipſa iam eſt
obligata, cùm perſonalem obligationem præcedere ne-
ceſſe ſit, vt pignoris quæ acceſſoria eſt, ſequi poſſit: in
venditione autem ex contrario id agitur, *vt perſona*
venditoris, non vt res ipſa obligetur. In eo tamen etiam
quod ad propoſitam quæſtionem pertinet, alia venditio-
nis, alia pignoris ratio eſt: quòd ſi à diuerſis † non do- 12
minis plures pignus accipiant, melior eſt conditio poſ-
ſeſſoris, non eius qui prior conuenit de pignore *d. l. ſi
non dominus.* In emptione verò nihil intereſt an ab eo-
dem domino, an à diuerſis plures emerint, ſed omnimo-
do præfertur is cui priùs tradita res fuit, *d. l. ſi ea res* 31.
§. *vltim. De action. empt.* Hoc ideò quia traditio † illa eſ- 13
ſet, per quam dominium in emptorem transferri de-
buiſſet, ſi dominus venditor fuiſſet, ac quamuis neuter
ſit dominus, plus tamen præſtat venditor qui rem alie-
nam vendit & tradit, quàm qui non tradit, nec cogitur
is, qui poſterior contraxit, & cui priori tradita res eſt vt
primi emptoris intentionem excludat, obiicere de non
dominio venditoris communis, quia etiamſi venditor
verè dominus fuiſſet, non ideò tamen dominium ſine
traditione in primum emptorem tranſtuliſſet. Cùm verò
tractatur de pignore à pluribus non dominis conuento,
ſicuti nulla ex pignoris conuentione naſcitur obliga-
tio, ita neque referre poteſt vter priùs ab hoc aut ab illo
pignus acceperit, parque omnium cauſa eſt, licèt alius
prior, alius poſterior contraxerit, quia præter conuen-
tionem nihil eſt quod creditori ius pignoris tribuere
poſſit, quandoquidem nihil commune habet traditio
cum obligatione pignoris conſtituenda, quod diuerſum
eſt, cùm ab eodem non domino plures pignus accepe-
runt diuerſis temporibus, quia is qui poſterior conuenit
de pignore, licèt ſit etiam poſſeſſor, non poteſt dicere
datum pignus à non domino quin ſe nullo iure pignus
tenere fateatur, & hoc ipſo quod pignoris ius ſibi ad-
ſerit, in eas ſe anguſtias vltro coniicit, vt non alio iure
cenſeri debeat, quàm quo eſſet ſi à vero domino pignus
datum fuiſſet: quo caſu haud dubiè qui prior eſſet tem-
pore, potior eſſet iure. At cùm à diuerſis non dominis
pignus conſtitutum eſt, poteſt quilibet ex creditori-
bus aduerſarij intentionem eo iure elidere, quòd pignus
à non domino non niſi inutiliter conſtitui potuerit, at-
que ita cùm par ſit omnium cauſa, illud vnum relin-
quitur, vt melior ſit conditio poſſeſſoris. Id enim eſt
quod dici ſolet, aduerſus † extraneos, id eſt, qui nullum 14
ius in re aut ad rem habeant etiam vitioſam poſſeſſio-
nem prodeſſe *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſ.* Illud tamen ob-
ſeruandum eſt, corruptum videri contextum † Neratij 15
in *d. l. ſi ea res.* §. *vlt. de act. empt.* in illis verbis, *is ex nobis*

tuendus

tuendus eſt, qui prior ius eius adprehendit. Interpretatio enim ſequitur ſtatum, *hoc eſt cui primùm tradita eſt.* Apparet autem nullum ius in re adprehendere eum, qui emit & rem accipit à non dominó, ne traditio plus iuris in accipientem transferat, quàm fuerit penes tradenté. *d.l.traditio.* Vt taceam non ſatis propriè dici ius adprehendi, vt nec aliud quidpiam quod ſit incorporale. Itaque non dubito quin pro *ius eius* legendum ſit *iuſtius,* vt quod ſequitur *adprehendit* ad poſſeſſionem rei venditæ, non ad ius vllum referatur. Iuſtius enim adpreh*é*dit poſſeſſionem is, cui res traditur ab ipſo venditore, quàm qui propria autoritate eam occupat, licèt dominus non ſit is qui tradit. Cui conuenit quod ſubiicitur *ſi alter ex nobis à domino emiſſet, is omnimodo tuendus eſt.* Sen-
16 ſus enim eſt, ſi ex pluribus † emptoribus vnus emerit à domino, alius à non domino, præferendum indiſtinctè eſſe eum qui à domino emit, id eſt, etiamſi non ſit ei tradita res à vẽditore. Non quod citra traditionẽ dominus fieri poſſit, ſed quia etiamſi dominus non ſit, iuſtiùs habet poſſeſſionem rei emptæ à domino qui eam occupauit propria autoritate, quàm qui traditam accepit à non do-
17 mino venditore. Quod non † ſatis benè à nobis perceptum erat cum aliquo Coniecturarum noſtrarum loco ſcribebamus debere Neratium ita intelligi, vt qui à domino emit, ita demum præferatur, ſi traditio ſit ſubſecuta. Toties enim traditio requirenda eſt, quoties aut de dominio inter emptores contẽditur qui à domino emerint, aut par omnium emptorum cauſa eſt quod à non domino, ſiue eodem, ſiue alio atque alio compara[illegible]r, non etiam cùm à domino vnus emit, alius autem à non domino. Semper enim tuendus eſt, ſcilicet in cauſa poſſeſſionis non dominij is qui à domino emit, licèt non per traditionem ab eodem domino factam, ſed propria autoritate poſſeſſionem nactus ſit, quia iuſtiùs poſſeſſionem adprehendiſſe intelligitur. In cauſa dominij neuter tuendus eſt & præferendus, quia neuter dominus
18 eſt. Sanè quod pragmatici volunt ex pluribus † qui à domino omnes emerint, ita demùm præferendum eſſe poſteriorem cui priùs res tradita eſt, ſi venditionem priori factam ignorauit, quod & Rolland. à Valle reſpondit *conſ.9. num 27. lib.1.* mihi probabile fieri nullomodo poteſt. Non enim ſcientia poſterioris emptoris facere queat ne per traditionem à vero domino factam dominium transferatur in accipientem: quantumuis induceret malam fidem poſterioris emptoris, quia nihil commune habet mala fides cum acquiſitione dominij, niſi cùm per vſucapionem acquiſitio ſit, & mala fides ab initio interuenit. Sed nec inducit hæc ſcientia malam fidem. Solet enim mala fides ex eo æſtimari, quòd quis ſciat rem eſſe alienam *l.bona fidei 109. de verb. ſignifi.* Is autem de quo tractamus licèt ſciat eam rem quam ipſe nunc emit, iam alteri venditam fuiſſe à vero domino, tamen illud etiam ſcit, non eo minùs manere rem in dominio venditoris ſui quamdiu traditio ſecuta non eſt, nec proinde alienam rem ſe comparare quam ab eo accipiat, qui & dominus ſit, & dominium, quod adhuc habet in accipientem transferre velit, ſicuti dicimus non eſſe in mala fide creditorem qui rei ſibi obligatæ alienationem ſcit & patitur, nec quicquam proteſtatur, ſi modò expreſſim non conſentiat, quia ſcimit vtique ius ſuum durare, inquit *l. ſicut 8.§. non videtur. D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit.* Cur ergo poſteriori emptori imputabimus ſcientiam prioris venditionis, vt in mala fide hoc ipſo cõſtitui videatur, cum non eo minùs ſciat durare ius ſui
19 venditoris? Nec minus improbabile illud eſt, quod iidẽ pragmatici vulgò iactitant, præferendum omnimodo eſſe primum emptorem cui res primum fuit vendita cum hypotheca etiam ſine traditione. Secuti Iaſonem *conſ. 5. & 6. lib. 3.* & Thom. Ferrar. *cautel. 48. incip. ſi quis vendi. verſ. ſecundum remedium,* quos refert Tiraq. *de retract. conuent. §.3. gloſſ. vnic. num. 5.* Nam vt idem Tiraquel. diſputat, nihil commune habet cauſa dominij cum iure pignoris & hypothecæ, vt iam toties diximus ex *l. 1. D. de pignor.* nec facere poteſt hypotheca rei venditæ, quominus per eiuſdem rei traditionem, quæ à vero domino facta ſit, dominium in ſecundum emptorem transferatur, quod & nos in ſuperioribus ſatis ſuperque diſputauimus, præſertim in 2. *huius Decadis errorem,* vbi probauimus contra eiuſdem Tiraquelli ſententiam, nihil prorſus hac parte intereſſe, an cum hypotheca interuenerit pactum, De non alienando necne: neutro enim caſu dominij translationem ex eo impediri poſſe. Quamquam non nego alienationem fieri non poſſe, niſi cum ſua cauſa, & conſequenter hypothecaria teneri poſteriorem emptorem rei quæ iam fuerat obligata. Niſi quis tentare velit, quod fortaſſe fuerit non improbabile, licèt à nemine adhuc obſeruatum, in obligatione † generali bonorum omnium venditoris non 20
poſſe comprehendi eam rem quæ vendita eſt, tametſi quandiu non eſt tradita maneat in dominio venditoris, ac proinde obligari ab eo poſſit. Cur ita? Quia nec ſpecialiter obligari poſſet emptori in cauſam eiuſmodi venditionis. Nam ſi dicimus inutile pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt, quantò magis inutile pignus eſt, quod debitor etiamſi maximè velit, creditori tradere nõ poſſit? Hoc autem de quo tractamus tale eſt, quia ſi rem illam venditam & obligatam venditor emptori traderet, dominium in emptorem transferret, atque ita efficeret, ne nouo domino res ſua obligata eſſe poſſet, imò verò per eam traditionem ſatisfactum eſſet obligationi tradendi, pro qua pignus datum fuiſſet. Sed etſi vltrò tradere nunquam vellet, tamen actio hypothecaria non ad aliud dari deberet, quàm ad rem tradendam: qua porrò tradita non tam pignus reſtitutum quàm dominium tranſlatum reperiretur. Nam ſi dicas non omnem traditionem habilem eſſe ad transferendum dominium, ſed eam duntaxat quæ fit animo transferendi dominij, qualis illa non eſt quæ fit ex cauſa pignoris, reſpondebo tantò apertiùs fieri conſequens, quod nos volumus vt à venditore obligari ea res emptori nullomodo poſſit. Ideò namque adhiberi ſolet vinculum pignoris vt principali obligationi omnimodò ſatisfiat, obligatio autem eius qui vendidit alia non eſt quàm vt rem venditam tradat *l. ex empto 11. D de act. empt.* licèt in locum obligationis faciendi, quoniam traditio facti eſt, ſuccedat obligatio eius quod intereſt, *1. eod. l. ſi traditio 4. C. eod.* Proinde fieri non poteſt vt tradat ex cauſa pignoris in venditione adhibiti, quin tradat eo animo, vt obligationi venditi ſatisfaciat, & conſequenter vt dominum faciat emptorem, quandoquidem æquè facilè, & verò commodiùs poteſt traditio in eam cauſam proficere, quàm in pignus. Denique nego fieri poſſe vt venditor tradat emptori ex cauſa pignoris eam rem ipſam quam vendidit, & quam tradere debeat ex cauſa venditionis, cùm pignus non niſi ad venditionem corroborandam adhibitum proponatur. Quòd ſi pi- 21
gnus ab initio in ea re inutiliter conſtitutum fuit, apparet non eſſe permittendum priori emptori vt ſi eadem res alteri ſit vendita, exerceat hypothecariam aduerſus ſecundum emptorem, quam nec aduerſus venditorem exercere poſſet, ne alioquin eueniat vt deterioris conditionis ſit, qui à venditore comparauit quàm ipſe venditor. Etſi enim ratio illa quæ inutilem facit pignoris conuentionem ob perſonam & obligationem venditoris qui tradere tenetur, deſinit locum habere ex quo in alium emptorem translata res eſt, nihilo tamen magis conualeſcere poteſt pignus, quod ab initio non valuit, cùm pignorum maximè conuentiones, & cæteræ omnes ex eo potiſſimum tempore æſtimandæ ſint quo interponuntur. Et hæc quidem de re pluribus obligata vel vendita dixiſſe ſufficiat. Ex quibus apparet quàm diſpar hac parte ſit locatio venditioni, & quàm parum ſubtiliter faciant, qui exẽplo eius iuris quod in emptoribus cõſtitutum eſt, præferunt

primo locatori poſteriorem cui res à locatore priùs tradita probetur. An ergo aliorum ſententiam † ſequemur qui primum conductorem omnimodò præferunt, id eſt, quamuis locator rem locatam priùs tradiderit ſecundo conductori? Multò minùs: quia licèt traditio, quæ fit ex cauſa locationis, neque dominium, neque poſſeſſionem transferat in conductorem, inducit tamen implementum contractus, ſiquidem ad hoc tenetur locator conductori, vt præſtet ei licere vti frui re conducta, id eſt, vt vtendi fruendi patientiam exhibeat, quod vtique non meliùs facere poſſit quàm ſi eam rem ipſe tradat. Itaque quamuis prior contractus locationis ſolo conſenſu perfectus fuerit, poſterior tamen præualet, cuius implementum præceſſit, quoniam fieri amplius non poteſt vt locator patiatur primum conductorem vti frui ea re quàm locator ipſe iam tradiderit ſecundo conductori. Vt verò prætextu perfectæ locationis liceat primo conductori agere contra ſecundùm, & rei locatæ vſum ei prohibere, multò minùs fieri queat, quoniã quòd conſenſu perfecta prior locatio eſt, non ad aliud prodeſſe poteſt primo conductori, quàm vt perſonalem ex conducto habeat actionẽ aduerſus locatorem cum quo contraxit, non etiam vt aduerſus ſecundum conductorem qui negotium ſuum geſſit, quique iure communi vtitur, etiam ſi fortè ſciuerit priorem conductionem, an addemus † exceptionem quam interpretes & pragmatici omnes addunt, niſi proponas obligatam fuiſſe rem illam priori conductori? dubitationem facit, quòd quæ à nobis ſupra ratio allata eſt, ne res vendita poſſit obligari emptori, videtur ſimiliter habere locum in re locata, non quòd æquè per traditionem rei locatæ tranſlatio illa fiat dominij aut veræ poſſeſſionis in conductorem, ſed quia perinde dici poſſit pignus quod in cauſam tuendæ locationis datur, non poſſe tradi à locatore conductori, cùm ſi tradatur hoc ipſo principali obligationi ſatisfiat proindéque pignoris obligatio finiatur. Nam cum nihil niſi patientiã præſtare locator debeat, an non plus quam patientiam præſtat, qui rem ipſam tradit? Hoc verò ſi ita eſt, conſequens fit non tantum otioſas, ſed etiam ridiculas eſſe quæſtiones omnes à nobis ſuprà tractatas, de re locata obligata conductori, quem tamen diximus in eo plus iuris habere, quàm ſi pignus nullum haberet, quod ab emptore expelli nullomodo poteſt. Sed negandum eſt, ſimilem eſſe hac parte conductionem emptioni. Nam cum † locator non ſolum dominus maneat, ſed etiam poſſeſſor, ſiue patientiam nudam conductori præſtiterit, ſiue etiam rem ipſam tradiderit, nihil prohibet quominus eandem rem alij poſteà vendere, aut donare poſſit ſi velit. Quod cum euenit & ab emptore aut donatario colonus expellitur, qui nullum ius in re habet, ſola ei ſupereſſe poteſt ex cõducto actio aduerſus locatorem, cuius proinde obligatio non poteſt videri fuiſſe finita per traditionem rei locatæ antea factam, quoniam obligationis illius poteſtas in eo eſt vt continuam patientiam præſtare locator debeat in totum tempus locationis, quod per vnicam traditionem fieri non poteſt cum per eam nihil de locatoris iure diminuatur. At in venditione & emptione aliud eſt. Cum enim de eo venditore loquamur, qui ſit dominus (alioqui de pignore per eum conſtituto tractari non oporteret) fieri non poteſt vt venditor tradat rem venditam, quin dominium eius transferat in emptorem. Dominio autem tranſlato quænam poteſt venditoris obligatio ſupereſſe, aut nunc extincta rurſum aliquando reuiuiſcere? Deniq; venditio ex parte venditoris qui dominus ſit vnica traditione impletur, & conſequenter tota venditoris obligatio per traditionem diſſoluitur. Qua porrò diſſoluta pignoris obligatio ſupereſſe nulla poteſt emptori, in ea præſertim re quæ ipſi iam ſit acquiſita pleno dominij iure, & in qua nihil omnino iuris reliquũ fuerit venditori, ad turbandum emptorem ex die traditionis. Ergo vt totam † quæſtionem hanc tandem abſoluamus 25 vter ex conductorib. præferetur? Cæteris parib. i. ſi ab eo qui locandi ius habuit, vterq; conduxerit, neutri verò res tradita ſit, necdum aut hic aut ille frui cœperit, præferetur ſine dubio is qui prior contraxit. Idémq; erit ſi ab eo qui neque dominus fuit, neq; locandi ius habuit, vterq; conduxiſſe proponatur. Sed ſi res tradita ſit quamuis poſteriori, ille præferendus erit quia in poſſeſſione eſt, & quidem iuſtè: niſi prior conductor ea re iam frui ſuo iure cœperit, licèt nulla per locatorem facta traditione. Cum enim vt diximus patientiam præſtare duntaxat locatorem oporteat, nec illud etiam exigamus vt *rem tradat* (in quo differt locatio à venditione) perinde credendus eſt locator impleuiſſe contractum ſi paſſus ſit conductorem propria autoritate adprehendere poſſeſſionem rei locatæ, atque ſi eam ipſe tradidiſſet: Ideóque nec ſi poſteà eandem rem alij & poſteriori conductori tradere velit, deteriorem ob id facere poteſt prioris conditionẽ. Neque ad hunc caſum accommodari poteſt *diſtinctio* illa quam in venditione adhibet. Nerat. *in d. l. ſi ea res* 31. *§. vlt. de act. empt.* vter iuſtiùs adprehenderit poſſeſſionẽ, vtque iuſtiùs adprehenſa intelligatur poſſeſſio per eum cui tradita res fuit. Nam æquè iuſtè adprehendit poſſeſſionem conductor qui eam occupat propria autoritate, atque is qui per traditionem factam à locatore. Siquidem obligatus non eſt locator vt tradat, ſed tantùm vt conductorem frui patiatur: quod ipſum vtroque modo præſtat ſimiliter, ex quo demùm tempore cœpit conductor re frui, non anteà. Qua ratione dicendum etiam eſt, ſi poſterior conductor cœperit prior re frui, licèt non ſit ea tradita res à locatore, adhuc tamen præferri eum debere, adeóque tametſi eam rem locator poſtmodùm tradat priori conductori, inſcio aut inuito poſteriore, quia vt poſterior omnimodo tuendus ſit, ſufficit in eius prioris gratiam ſecutum fuiſſe contractus implementum, ſiue per traditionem id factum ſit, ſiue per nudam præſtationem patientiæ, quoniam hoc caſu ipſa etiam nuda patientia pro traditione eſt.

(Marginal numbers in left column: 22 at "dita probetur", 23 at "priorem conductionem", 24 at "hac parte conductionem".)

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De prorogando per ſupremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi res debuit.

SVMMARIA.

1 *Quæſt. an ſi quid venditum ſit ſubiecta lege de eo intra certum tempus retrouendendo poſſit reſcripto Principis prorogatio temporis fieri, vt etiam poſt conſtitutum tempus redimere volens venditor audiatur.*

2 *Cagnoli*

Digitized by Google

2 *Cagnoli ſententia affirmans.*

3 *Autoris de Cagnolo iudicium.*

4 *L. quoties 2. de precib. Imp. offer. ad reſcripta moratoria non pertinere, vt voluit Cagnolus.*

5 *Temporis prorogation. vel modic. venditori indulta, grande emptori præiudicium adfert contra Cagnolum.*

6 *Quàm diuerſa ſit ratio reſcriptorum per quæ conſtituti ad redimendum temporis prorogatio inducitur, & eorum quæ debitoribus conceduntur ad differendam ſolutionis exactionem.*

7 *Cum tempus ad redimendum conſtitutum venditor labi patitur, non tam finita tempore obligatio emptoris quàm ex conuentione nunquam nata fuiſſe intelligitur.*

8 *Fieri non poteſt vt huiuſmodi obligatio reſcripto Principis prorogetur, & num. 8.*

9. *Conditionalis ſtipulatio ſiue promiſſio, nihil eſt ante impletam conditionem, imò nec ipſa conditio quicquam eſt.*

10 *Pacto de retrouendendo ita concepto, ſi venditor intra biennium venditionis pretium emptori reſtituet, adiectio certi temporis non pertinet ad ſubſtantiam obligationis, ſed ad formam intrinſecam conditionis.*

11 *Conditionum omnium ea eſt natura indiuidua, & in forma ſpecifica impleri debent: ideóque per prorogationem immutato tempore, mutatur quoque conditio.*

12 *Poteſt Princeps inducere obligationes, non tamen poteſt efficere vt ex contractu obligetur is qui non contraxit, aut ſub alia conditione quam ſub qua obligare ſe voluit, obligetur qui contraxit.*

13 *Per huiuſmodi prorogationem temporis emptori iniuriam fieri, & num. 27.*

14 *Refertur diſtinctio quam adhibent vulgares interpretes in quæſtione, an Princeps ius alteri quæſitum auferre poſſit.*

15 *Reiectio diſtinctionis.*

16 *Facilius admitti poteſt Principem dominium alij quæſitum auferre poſſe, quàm vt queat eum qui non eſt obligatus obligare, aut ſub alia conditione, quàm ſub qua contraxit.*

17 *Error Cagnoli.*

18 *Pactum de retrouendendo non obſtat quominus dominium rei venditæ pleno iure & irreuocabiliter emptori quæſitum ſit.*

19 *Ex pacto de retrouendendo nihil niſi perſonalis obligatio eáque conditionalis naſcitur.*

20 *Cagnolus vere ſtatuit non poſſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentionale iam totum præterierit.*

21 *Non poteſt dici prorogatio, cum vnus ſtatuit terminum, alius vero prorogat, ſed cum idem ſtatuit & prorogat.*

22 *Prorogatio nulla fieri poteſt niſi cum eadem ſolennitate.*

23 *Quale ſit illud vulgo iactatum, Tempus prorogatum dummodo ante finem prioris, idem eſt cum priore.*

24 *Obiectio ex lapſu temporis intra quod venditor redimere potuit, nec redemit: ius acquiri emptori quo nondum quæſito Principem, qui ius quærendum facilius quam quæſitum tollere poteſt, poſſe tempus redimendi prorogare.*

25 *Solutio, nihil acquiri iuris emptori ex eo temporis lapſu.*

26 *Venditorem qui tempus labi patitur, & occaſionem acquirendi omittit, non fieri pauperiorem.*

27 *Reſcripto Principis tempus redimendi non poſſe prorogari probari euidentiſſime ex l. à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit.*

NOn fuit hæc queſtio à prudentibus tractata,
quorum nulli venire in mentem vnquam potuiſſet, vt de ea re dubitaret quæ tam certo
& explorato iure niteretur. Sed pragmaticorum & imperitiorũ interpretũ, ſiue audacia ſiue imprudentia, non ſolum dubitationem nouã, & ad hæc vſque
noſtra tempora ferè inaudita inuexit, verum etiam errorem pernicioſiſſimum iam à nobis, ſi facere poterimus,
profligandum Primus, quod ſciam Hieron. Cagnolus
ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. quæſt.* 34. quæſtionem
propoſuit, an ſi quid † venditum ſit ſubiecta lege de eo 1.
intra certum tempus retrouendendo, poſſit reſcripto
Principis prorogatio temporis fieri, vt etiam poſt conſtitutum tempus redimere volens venditor audiatur.
Proponendæ autem quæſtioni cauſam vel potius occaſionem proculdubio dedit error pragmaticorum, qui iam
tũ inualuerat aqud Pedemontanos, eodẽ Cagnolo teſte,
vt eiuſmodi reſcripta paſſim impetrarentur, & quod
magis mirandum eſt, à ſuprema Pedemontanorum Curia admitterentur. Neque verò Cagnolus † dubitat quin 2
admitti debeant, quaſi nec à iuris aut æquitatis ratione
aliena, ſi modò, inquit ante lapſa redimendi tempora
impetrentur, nec niſi ad modicum tempus, quod ille definit eſſe duorum, triúmve menſiũ, aut ad ſummum ſemeſtre, ſi qua fortè prorogationis indulgendæ cauſa iuſtior interueniat ob repentinam & grandem calamitatẽ,
quæ contigerit venditori. Tota autem Cagnoli ratio illa
eſt, quod ea prorogatio pro tam modico tempore modici ſit præiudicij. In eóque dilationum genere quæ ius
partis aut nihil, aut parum lædunt, liberum ſit arbitrium
Principis ſupremi, an concedere velit, vel denegare ex *l.
quoties 2. C. de precib. Imp. offer.* quam ille vnam adducit, vt
iam improbabilem nouamq; ſententiam tueatur. Fuit ille
vir † minimè malus, nec eorum ſane rudis & imperitus,
quæ vulgares interpretes ſciunt omnes, ſed tamen in iu- 3
ris principiis non ſatis feliciter eruditus, quomodo eſſe
decebat eum qui iuris docendi artem profiteretur. Quod
ait † de *l quoties*, id primum ridiculũ eſt, & ab eius loci 4
ſentẽtia prorſus diſcrepans, vt ex ſequentibus apparebit.
Nõ enim ad reſcripta moratoria, quas vulgò *reſpirationis* literas pragmatici noſtri appellant, ea lex pertinet,
quod vulgò creditum eſt, ſed ad remouendas exceptiones dilatorias, quæ negotij principalis differendi duntaxat, non etiam perimendi vim habent. In quo ſanè vel
nullum vel non niſi permodicum præiudicium eſt
eius contra quem tale reſcriptum impetratur. Sed
illud multò magis ridiculum eſt, quod idem † Cag- 5
nolus contendit, nullius ſimiliter aut perexigui ſaltem eſſe præiudicij emptori qui rem emerat ſub pacto de retrouendendo intra certum tempus ſi eius temporis prorogatio modica venditori indulgeatur. Nam
quod dici ſolet non magnum eſſe damnũ in mora modici temporis. *l. ſi debitori 21. D. de iudic. l. quod dicimus
105. D. de ſolut.* ad hunc caſum non pertinet, in quo
agitur de tollendo iure emptori, quæſito, non ex mora
venditoris, ſed ex propria conuentione, cuius fructu &
emolumento priuari eum inuitum reſcripto Principis
non oportet: ne iniuriæ occaſio inde proficiſcatur, vnde
iura naſcuntur. Cur enim redimendi facultatem illam
pacto conceſſam, certo tempore coarctatam voluerunt
contrahentes, niſi vt appareret poſt id tempus elapſum,
reliquam venditori nullam fore? Ea ſiquidem adiectionis diei vis & poteſtas eſt, vt quod intra certam diem
fieri debuit, poſt diem fieri nullomodo poſſit repugnante ſcilicet lege conuentionis, cui omnimodo ſtandum
eſt cùm ab initio fuit iuſta, idque non ſolùm ea ratione,
quòd ad tempus conceſſa poſt tempus à contrario ſenſu
prohibita cenſeatur, ſed ex natura & præciſa poteſtate
temporis limitati, vt loquitur Andreas Tiraq. *De retract. conuent. §. 1. Gloſſ. 2. a tel temps. numero* 49. poſt
Baldum in *leg. obſeruare. §. proficiſci. D. de Officio.*

Proconſ. per l. ſicut in fi. C. de praſcr. 30. vel 40. annor. l. ſi vnus 27. §. 1. D. de pact. l. ex facto 43. §. itē quæro D. de vulg. & pupill. ſubſtit. Ex quo inferunt illi hanc eandem adiectæ diei vim eſſe, cùm etiam cùm argumentum à contrario ſenſu procedere non poſſet, vt puta, inquiunt, in ſtatuto facto ad correctionem iuris communis. Adeò vt nec fauor libertatis contrariam ſententiam poſſit inducere, licèt nemo ignoret multa in fauorem libertatis contra iuris rationem vel conſtituta eſſe, vel recepta. Nam ſi ſeruo relicta ſit libertas ſub conditione rationum intra certum tempus reddendarum, & per ipſum ſteterit quominùs intra præſcripta tempora pareret conditioni, nō poteſt ad libertatem poſteà peruenire, tametſi rationes reddere ſit paratus *l. Titius 41. §. inter certa tempora. D. de fideic. lib.* facit *l. quod autem 6. §. vxori. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sic dicimus, ſententia per arbitrium dicta, ſi arbiter dari quid iuſſerit, nec tamen tempus præſtituerit, ineſſe quoddam modicum tempus intra quod ſatisfieri poſſit ad euitandam pœnam, niſi iam cœperit aduerſarij intereſſe, ſed intra certum tempus dari arbiter iuſſerit, nec datum erit, licèt poſteà offeratur, attamen ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere, quoniam ſemper verum eſt intra id tempus datum non eſſe *l. quid tamen 2.* alias *l. ſi cum dies. §. vlt. cum duabus ſeq. D. de recept. qui arbitr.* Quod vtique ita accipiendum eſt, etiamſi nihil intereſſit actoris, vt differat caſus hic quo dies certa adiecta eſt ab illo, quo nulla. Nam nec quæri ſolet an interſit ſtipulatoris cùm agitur ad pœnā *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. D. de verb. obligat.* Quanto minùs igitur erit permittendum venditori qui intra certum præſcriptúmque tempus redimere debuit, vt poſt id tempus redimat, cùm iam emptoris cœperit intereſſe? An non enim ipſius quam maximè intereſt vt rem habeat ſine onere retrouendendi, vtq; à perſonali illa obligatione, quæ competit ex pacto de retrouendendo, in plenum liberetur? Atqui liberaretur vltimo ſtatuti temporis momento, ſi tempus illud prorogari nullomodo poſſet. Fit ergo manifeſtè iniuria, ſi contra formam conuentionis inuitus in obligatione retineatur vel minimo temporis inſtanti. Nam cùm hoc caſu computanda ſint tempora de momento in momentum, vt & alias plerumque euenit, puta ſi tractetur de in integrum reſtitutione minorum. *l. 3. §. minorum. D. de minor.* tanta fit iniuria emptori per huiuſmodi prorogationem, quantumlibet modicum tempus ſit quod prorogatione continetur, quanta fieret ſi in longiſſimum diem prorogatio indulgeretur. Vtroque enim caſu idem euenit, vt à conuentionis lege inuito eo cuius maximè intereſt diſcedatur, & quod indignius eſt, emptori quæſitum ius ex contractus ſola Principis voluntate ignoranti eripiatur. Ex
6 quo apparet quàm longè diuerſa ratio † ſit huiuſmodi reſcriptorum, per quæ conſtituti ad redimendum temporis prorogatio inducatur, & eorum quæ miſeris debitoribus concedi ſolent ad differendam ſolutionis duntaxat exactionem, quas literas moratorias pragmatici appellant, noſtri *lettres de reſpit*, vulgò dicunt. His enim, non hoc agitur vt de creditoris iure quicquam detrahatur, ſed tantùm vt debitori qui tam cito ſoluere nequeat longior dubitatio detur ad conquerendā & explicandam pecuniā, quæ res debitori percōmoda, creditori verò non ita damnoſa eſt, præſertim cùm eius temporis quo impeditur exactio, vſuræ præſtandæ ſint vt creditor omnimodo indemnis ſeruetur. Et ratio eſt quoniam hoc caſu tēpus non limitandæ & finiendæ obligationis, ſed ſolutionis tantùm differendæ cauſa adiectum proponitur, Quod cùm ſit non poteſt lapſus die inducere liberationem & facere quominùs poſt diē peti poſſit quòd debitū fuit in diem, quin potiùs vt tantò magis debeatur quod iam ante ſolui debuit, necdum ſolutum eſt ex traditione Bart. ad *l. eum qui ita 56. §. qui ita ſtipulatur. 1. De verb. oblig.* per *l. ſi mandato Titij 59. §. Paulus reſpondit die adiecto. D. mand.* Alioqui mora & fruſtratio debitor ei prodeſſet ad inducendam liberationem, quod abſurdiſſimum ſanè eſſet. Eoque pertinet quod pro iſtis memoratorijs literis tuendis vulgò iactari ſolet, non auferri id quod differtur, vt Rebuff. refert in tractatu illo. *De lit. dilatoriis*, an in propoſito ſi venditori poſt elapſa redimendi tempora ius petendæ redemptionis ex reſcripto ſupereſſet, non tam ius emptoris differretur, quàm ei aufferretur, ius ſcilicet liberationis, quàm ſolus temporis lapſus inducit. Nam ſi quis obiiciat, quod quidam nobis aliquando obiiciebat tempus non eſſe modum tollendæ obligationis vt nec inducendæ ex *l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de oblig. & act.* Reſpondendum eſt quod pragmatici non animaduertunt, non tam † tem- 7
pore quàm ex conuentione finiri obligationem quæ non niſi ad tempus contracta fuerat, & rurſum obligationem hanc de qua tractamus conditionalem eſſe, non puram, conditionem verò ſic conceptam eſſe, vt ſolo temporis lapſu deficere eam ſit neceſſe, quia tempus in conditione poſitum eſt non aliam ob cauſam, quam vti ne poſt tempus impleri aut exiſtere conditio poſſit. Cùm enim venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo, conſtat dominium rei venditæ acquiſitum eſſe emptori, & quidem non ſolùm pleno iure, ſed etiam irreuocabiliter, vt à nobis diſputatum & probatum eſt *Decad. 21. Err. 7.* Nec ad aliud prodeſſe pactum venditori, quàm vt obligatum habeat emptorem ad retrouendendum, obligatum inquam, ſub ea conditione ſi venditor redimere volet, pretiúmque à ſe acceptum reddere cum effectu intra id tempus, quod petendæ magis quàm faciendæ retrouenditioni præſtitutum fuit. Porrò conditionalium ſtipulationum omnium ea natura eſt vt quamuis ex præſenti tempore vires accipiant quod ad inducendum illud vinculum ex quo fit ne ſit in poteſtate promiſſoris vt quandoque exiſtente conditione non teneatur, *l. qui balneum 9. D. qui potior. in pignor. hab. l. filiusfamilias 76. De verb. oblig.* item quod ad ius tranſmiſſionis. *l. is cui 42. D. de oblig. & act. §. ex ex conditionali. Inſtit. de verb. obligat.* nulla tamen ex iis naſcatur obligatio ante conditionis euentum, cuius ſcilicet proprium eſt vt ſuſpendat & impediat natiuitatem obligationis, nec minùs in ſtipulationibus & contractibus, quàm in legatis, vt ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 6. & 7. ex l. cedere diem 213. De verb. ſignif.* aliiſque innumeris iuris locis. Proinde ſi patiatur venditor labi tempora intra quæ conditionem implere debuit id eſt pretium reddere, aut ſaltem offerre ad extorquendam retrouenditionem, non tam finitur tempore obligatio, quàm nata numquam fuiſſe intelligitur, quia ſicuti exiſtens quandocumque conditio ſtipulationis facit vt ſtipulatio ab initio purè fuiſſe exiſtimetur, ita deficiens efficit vt nulla vnquam ſtipulatio impoſita, nullus contractus initus eſſe videatur. Et conſequenter fatendum eſt fieri † nullomodo poſſe vt huiuſmodi obligatio re- 8
ſcripto Principis prorogetur, non magis quàm ſi nulla omnino eſſet. Quod tamen caſu nemo diceret, prorogari poſſe id quod non eſſet, quia exiſtere quid neceſſe eſt vt ſit prorogabile, cùm non entis nullæ ſint qualitates. Et ſanè ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, prorogatio hæc quā pragmatici Pedemontani induxerunt (neque dum enim apud noſtros error hic inualuit, neque vt ſperare me Senatus noſtri æquitas & autoritas iubet, vnquā inualeſcet) non tam obligationē ipſam reſpicit quam obligationis conditionem. In quo illi etiam errant qui alioquin non malè obſeruant aliud eſſe vt iam diximus, ſi ad finiendā & limitandā obligationem, aliud ſi ad differendā duntaxat ſolutionē dies adiciatur: Et illi magis qui quæſtionē hanc in eo verſari putant, vtrum Principi liceat obligationem certo tempore limitatā in longius tempus extēdere, verſatur namque in eo potiùs, An obligationem quæ nec vlla eſt, nec vlla vnquam fuiſſe intelligetur, poſſit Princeps inducere inſcio adeóque inuito eo qui eſt obligādus, Ex quo apparet quàm ſit ſtulta & ridicula.

Quis

Quis enim eam Principi poteſtatem tribuat vt ex nihi-
lo aliquid faciat, vt ei quod non eſt, qualitatem tribuat,
denique vt obligationem inducat ex contractu ſine
contractu, imò aduerſus formam legemque contra-
ctus? Hæc verò tot abſurda omnia ex Cagnoli errore
conſequentia fieri probo ex eo quod non ſolum con-
9 ditionalis † ſtipulatio aut promiſſo ſiue per ſtipula-
tionem, ſiue per pactum inita, nihil eſt ante impletam
conditionem, ſed & conditio ipſa nihil eſſe dici poteſt,
neque quandiu pendet, neque poſteaquam extitit aut
defecit. Nam quandiu pendet, quid aliud conditio eſt
quam priuatio, vt ita dicam obligationis, id eſt efficien-
tiæ ne obligatio vlla ſit? quæ alioquin & aliqua eſſet
& pura? Priuatio autem quid aliud eſt quàm nihil?
Poſteà verò quàm extitit conditio, actus habetur pro
puro, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſus intelligi-
tur, *l. potior. 11. D. qui potior in pignor. hab.* ſicut ex con-
trario ſi conditio defecerit, actus habetur pro non actu,
factum pro infecto. Atqui conditionis intellectus nul-
lus eſt niſi quatenus vel pendet, vel extitit, vel defecit.
Omni ergo caſu conditio nihil eſt. Ergo non proroga-
bilis, quia, vt iam dixi, quod non eſt, prorogabile eſſe,
aut alio modo qualiter ſe habere non poteſt. Sed & ob-
10 ſeruandum eſt, ita concepta ſtipulatione aut pacto † de
retrouendendo, quomodo concipi ſoles, ſi venditor in-
tra biennium venditionis pretium emptori reſtituet,
adiectionem certi temporis non pertinere ad ſubſtan-
tiam obligationis ſed ad formam intrinſecam & ſub-
ſtantialem conditionis, ſi qua eius rei quæ nihil ni-
ſi priuatio eſt, ſubſtantia intelligi poteſt. Etſi enim
differt certa dies à conditione, ſi obligatio in diem
certa inita proponatur, nihil tamen prohibet conditio-
ni certam diem inſeri, quæ conditionis partem conſti-
tuat, eiuſque vim & naturam ſequatur. Cùm autem cer-
11 tiſſimi iuris ſit conditionum † omnium eam naturam
eſſe vt ſint indiuiduæ, *l. cum fundus 56. De condic. & de-
monſtr.* vtque in forma ſpecifica impleri debeant, quo-
modo noſtri loquuntur ex *l. qui heredi 44. & l. Mauius
95. eod.* Dico fieri non poſſe vt tempus illud immutetur,
quomodo admiſſa prorogatione immutari neceſſe eſt,
quin alia conditio ſit, ne numero tantùm, ſed etiam ſpe-
cie differens ab illa quam conuentioni inſertam con-
trahentes voluerunt. Alia namque conditio hæc eſt, ſi
intra biennium venditor redimere & pretium reſtituere
volet, alia hæc, ſi intra triennium, quemadmodum aliud
biennij tempus eſt, aliud triennij, nec in biennio trien-
nium continetur. Atqui nemo dixerit obligationum cõ-
ditiones quæ contrahentibus ſemel placuerint ab aliis
quàm ab iis ipſis immutari poſſe, nec poteſt quicquã ex-
cogitari, fingive abſurdius quã vt iis non ſolum ignorã-
tibus, ſed etiã inuitis ea res arbitrio & poteſtati Principis
permiſſa exiſtimetur. Nã ſi is qui non niſi ſub cõditione
obligatum ſe voluit, nullomodo creditur eſſe obligatus
quandiu cõditio pendet, niſi hactenus vt facere nõ poſſit
ne quandocũque exiſtente cõditione obligatus reperia-
tur, quantò minùs ferendũ eſt vt ab alio, & ſub alia con-
12 ditione obligetur? Fateor poſſe Principẽ † ſupremũ qui
legis condendæ poteſtatẽ habeat, inducere obligationes,
& efficere vt certis de cauſis obligemur, ex quibus alio-
qui non obligaremur. Sed nego poſſe eũ facere vt ex cõ-
tractu obligetur is qui non cõtraxit, aut vt contra formã
conuentionis obligetur quis ex contractu aut pacto cõ-
ditionali ſub alia conditione quàm ſub qua obligare ſe
voluit. Perinde enim eſt acſi quis diceret in Principis eſſe
poteſtate, facere vt qui promiſit Sempronio centum ſub
ea conditione, Si nauis ex Aſia venerit, obligetur ſub
illa, Si Titius Cõſul factus erit. Quod vtique non minùs
difficile videri debeat, quàm vt ex ſtipulatu obligatus in-
telligatur is, qui nihil omnino promiſit. Verum enim eſt
nihil omnino promiſſum eſſe ſub ea conditione, Si Ti-
tius Conſul factus erit licèt promiſſũ ſit ſub illa, Si nauis
13 ex Aſia venerit. Similiter igitur dicendum eſt nimis ✱

magnam fieri iniuriam ei qui promiſit ſe retrouendi-
turum ſub ea conditione, *ſi intra biennium venditor re-
dimere, pretiũmque reſtituere volet*, ſi reſcripto Principis
conditio immutetur, & pro biennij tempore de quo
conuenit, triennium ſubſtituatur, de quo nihil fuit co-
gitatum. Neque ſanè hoc facilius eſt, quàm vt reſcripto
Principis obligetur emptor ad retrouendendum intra
certa tempora, qui emerat nulla pactione ſubiecta De
retrouendendo: quod tamen qui ex pragmaticis dixe-
rit, nemo hucuſque tam ſtolidus fuit. Vtroque enim
caſu perinde abſurdum illud inducitur vt ex contractu
obligetur emptor aliter quàm ipſe contraxerit, & con-
trà quàm obligari voluerit contrahendo. Scio placere 14
interpretibus vulgaribus, in quæſtione † illa de qua ſe-
paratim nobis tractandum erit, an Princeps ius alteri
quæſitum auferre poſſit, diſtinguendum eſſe, vtrum
ius illud quæſitum ſit ex iure naturali aut gentium, an
ex ciuili duntaxat, vt quod ex iure naturali aut gentium
fuit acquiſitum, vt puta ex contractu auferre non poſ-
ſit, niſi de plenitudine poteſtatis, & ita demùm ſi pu-
blica vtilitas ita fieri ſuadeat, hoc etiam addendo, vt in-
demnis omnimodo ſeruetur à Principe is cuius iuri de-
rogatur. Quod verò ex iure ciuili acquiſitum eſt, puta
per vſucapionem, per ſententiam aliòſve actus ſimiles
& ciuiles auferre pro arbitrio Princeps poſſit, tanquam
qui ſupra ius ciuile ſit conſtitutus. Sic enim noſtri tra-
ctant ad *l. vltim. Codice ſi contra ius vel vtilit. public.* Sed 15
† præter id quod recentioribus & politioribus inter-
pretibus longè aliter viſum eſt, ex quibus nonnulli
non infacetè plenitudinem illam poteſtatis plenitudi-
nem tempeſtatis dixerunt, nullam in bono Principe
poteſtatis ordinariæ aut potiùs ordinatæ & abſolutæ
differentiam agnoſcentes, inter quos Did. Couarru.
lib. 3. var. reſolut. cap. 6. numero 8. & Arius Pinell.
ad *lege ſecunda Codice de reſcind. vend.* Multùm in-
tereſt an quis dicat, permittendum eſſe Principi † vt 16
dominium alij quæſitum pro arbitrio auferat, an ve-
rò hoc etiam Principis poteſtati tribuamus, vt eum
qui non eſt obligatus, obliget tanquam ex contractu,
cùm nullus contractus interpoſitus eſt, aut cùm alia
contractus lex aut conditio fuit quàm ſub qua Prin-
ceps obligari vult eum, qui contraxit. Prius admitti fa-
ciliùs poteſt, eo prætextu quòd omnia quæ ſunt in
Principis territorio, ipſius Principis eſſe exiſtimantur.
De quibus ideò poſſe eum pro libito diſponere, ſi mi-
nùs æquum, certè poſſibile eſt. Tametſi Seneca ver-
bum illud vulgare *Omnia ſunt Cæſaris*, ita interpreta-
tus ſit, vt omnia ſint Cæſaris imperio non dominio.
At poſterius admitti nullomodo poteſt, quoniam obli-
gatio ex contractu nulla eſt, cùm aut nullomodo aut
aliter ſaltem contractum fuit, quàm ſub qua conditio-
ne obligationem conſtituere princeps velit. Siquidem
prius eſt vt obligatio aliqua ſit, quàm vt Principi licere
poſſit de ea pro arbitrio diſponere, ſicut nec in Prin-
cipis poteſtate eſt vt vel dominium rei alicuius auferat
ei, qui non habet, vel eius rei quæ in rerum natura non
ſit dominium, alicui tribuat. Iſque præcipuus certè
Cagnoli † error fuit, quòd exiſtimauit, Principe proro- 17
gante tempus conditionis, ſub qua emptor obligatus
eſt ad retrouendendum, nullum aliud emptori præiu-
dicium fieri, niſi quòd irreuocabilis acquiſitio domi-
nij quam ex lapſu temporis conuentionalis emptor
ſperare poterat, in longius tempus differatur: quaſi
res quæ venditæ eſt ſub pacto de retrouendendo non
priùs emptori pleno iure & irreuocabiliter acquiſita vi-
deri debeat, quàm tempus illud prætererit intra quod
retrouenditio peti poſſit. Vnde illud eſt, quod nec ali-
ter huiuſmodi prorogationem ex reſcripto Prin-
cipis admittendam eſſe vult, quàm ſi tempus con-
uentionale nondum elapſum ſit, ne graue nimis dam-
num infligatur emptori, cui ex iuſto contractu iam irre-
uocabiliter fuerit res acquiſita. At nos in ſuperioribus do-

cuimus, quod veriſſimum eſt, pactum de retrouendendo,
licet in ipſa vẽditione interpoſitũ, nihil habere commu-
18 ne cum acquiſitione dominij, nec obſtare † quominus
dominiũ rei venditæ perinde pleno iure ac irreuocabili-
ter emptori quæſitum videri debeat, acſi pactum nullum
interceſſiſſet. Deniq; ex pacto † de retrouendendo nihil
19 niſi perſonalem obligationem naſci, & quidem condi-
tionalem *Si venditor intra definitum tempus rem redime-
re preciúmque reſtituere volet*, & conſequenter nullam, ſi
conditio illa numquã impleatur, venditore intra conſti-
tutum tempus precium non offerente, tametſi vel pri-
mo, ſi voles poſt vltimam diem momento offerre paratus
ſit. Quod cum ita ſit etiam ex ipſius Cagnoli confeſſio-
ne fit conſequens, non eſſe permittendum vt domini-
um quod irreuocabiliter emptori acquiſitum fuit, inuito
ei per reſcriptum Principis auferatur: Illud vero multò
minus, de quo Cagnolus non cogitauit, vt obligationis
conditio immutetur, & qui non niſi ſub hac conditio-
ne obligari voluit, *Si venditor intra biennium redimere
rem volet*, obligetur ſub illa *ſi intra triennium*. Et verò
ſi Cagnolus † fatetur, quod & veriſſimum eſt, non poſ-
20 ſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentio-
nale iam totum præterierit, quòd eo caſu nihil ſuperſi-
quod prorogari poſſit, licèt vel minimum temporis mo-
mentumupereſſe ſufficiat, vt poſt alios tradit Andr.
Tiraq. *De retract. conuent.* §. 1. *gloſſ.* 7. in verbo *ſeront pro-
feres, num.* 24. & 41. ex *l. ſed ſi manentes* 5. *D. de precar.
l. cum ſponſus* 12. §. *vltim. D. de publician. in rem act. cap.
conſuluit Extr. de offic. deleg.* Æquè fatendum eſt non †
21 poſſe dici prorogationem, cum vnus ſtatuit terminum,
& alius prorogat, ſed cùm idem ſtatuit & prorogat, in-
quit Baldus ad *l. ſi à te. C. 7 de pact. int. emp. & vendit.*
Eius namque eſt prorogare qui primus conſtituit, non
alterius, alioqui reformatio & deſtructio contractus di-
cenda eſt, non prorogatio vt idem Bald. loquitur ad *l.
generaliter. C. de epiſc. & cleric.* Nam & interpretes om-
nes fatentur prorogationem nullam † fieri poſſe niſi cum
22 eadem ſolennitate, vt ſupradicto loco tractat Tiraq. *nu.*
36 nec niſi prorogantibus eam, ſi qua facta ſit, nocere
ex *l. ſi cum Hermes* 7. *C. de locat. l. item quaritur* 13. §. *qui
impleto. D. eod.* Idem Tiraq. ibid. *num.* 32. Quomodo igi-
tur fieri poteſt vt tempus ab emptore conſtitutũ, à Prin-
cipe prorogetur? Aut vt ea prorogatio ſolius Principis
imperio facta noceat emptori, non ſolum ignoranti, ſed
etiam inuito: Accedit quod licet dici ſoleat tempus †
23 prorogatum dummodo ante finem prioris, idem tempus
eſſe cum priore, id tamen non vere & proprie dicitur, ſed
improprie abuſiue & ficte, vt ex Cyni, Bartoli, & aliorum
ſententia concludit Tiraq. *dict. glo.* 7. *num.* 30. vbi ex hoc
infert ſtatutum quod loquitur de tempore ad redimen-
dum conceſſo in ipſo contractu aut die ſequenti, debe-
re intelligi haud dubie de primo illo tempore conceſſo
eo die aut ſequenti, non de prorogato, quia in ſtatutis
verba omnia propriè, non abuſiue & fictè ſunt accipien-
da. Quis ergo patiatur conuentionem de iure redimen-
di intra certum tempus, eam recipere interpretationem,
vt perinde locum habeat in tempore, non à contrahen-
tibus, ſed ab ipſo Principe prorogato, ſi tamen ea proro-
24 gatio dicenda eſt, vt iam diximus. Dicat aliquis, † nega-
ri non poſſe, quin ex lapſu temporis intra quod vendi-
tor redimere potuit nec redemit, ius aliquod acquiratur
emptori, ius, inquam ſi non dominij, ſaltem liberationis,
cum eo tempore elapſo futurum ſit, vt nullomodo ſit
obligatus, qui in eum vſque diem obligatus fuit ſaltem
ſub conditione, ideóque minus eſſe mirandum, quod
ante ius emptori quæſitum: Princeps proroget tempus
redimendi. Id enim eſt, quod Cagnolus cæterique non
ſubtiliores pragmatici tractant, facilius reſcripto Princi-
pis tolli poſſe ius quærendum quam quæſitum. Sed reſ-
25 pondendum eſt, imò † verò ſi bene & ſubtiliter intuearis,
nihil prorſus iuris acquiri emptori ex eo temporis lap-
ſu, ne quidem liberationem: quia liberatio in neceſſarium
antecedens ſupponit obligationem: obligatio autem,
vt iam monuimus, nulla eſt eius qui nihil promiſit niſi
ſub conditione quæ poſteà deficiat. Siquidem non ſic
loquimur, vt dicamus ex defectu conditionis extingui
obligationem (quomodo enim extingui poſſet obliga-
tio, quæ nunquam fuiſſet nata? ſed euaneſcere ſtipula-
tionem conditionalem, quæ in eo fuerat vt obligationem
producere potuiſſet ſi conditio extitiſſet. Separamus ſti-
pulationem ab obligatione tanquam cauſam ab effectu.
Stipulatio conditionalis vera ſtipulatio eſt, obligatio
conditionalis nulla obligatio eſt. Conditio impedit na-
tiuitatem obligationis quandiu pendet, non impedit
vires ſtipulationis, quominus valeat, ex quo die inter-
poſita eſt: ſed ſi poſtea deficiat, facit vt euaneſcat ſtipu-
latio, id eſt, vt perinde habeatur acſi nulla vnquam in-
terpoſita fuiſſet, quo tamen caſu, id eſt nulla promiſſio-
ne facta, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa
venditione adhibitum (nihil enim hac parte refert) non
poſſet dici vllam extitiſſe vnquam obligationem, à qua
emptor per lapſum temporis videri deberet liberatus.
Amplius dico, non ſolùm nihil iuris acquiri emptori, qui
intra certum tempus retrouendere ſub conditione pro-
miſerat ſi venditor id tempus labi paſſus ſit, nec ob id
fieri emptorem, locupletiorem, ſed neque pauperiorem
† fieri venditorem, quamuis omittat occaſionem acqui- 26
rendi, *l. quod autem.* 6. *in princip. & verſ. vnde ſi quis. D.
qua in fraud. credit.* Nam cùm is rem ſuam vendendo
licet ſubiecto pacto, aut ſtipulatione de retrouendendo,
dominium rei ſuæ alienauerit in ſolidum & irreuocabi-
liter, vt ſuo loco probauimus, nec aliud ius ex pacto aut
ſtipulatione de retrouendendo nanciſcatur, niſi vt im-
pleta quandocumq. conditione poſſit habere ex pacto
aut ex ſtipulatu actionem, appareт ex ſubſecuto defectu
conditionis nihil aliud euenire niſi vt deſinat habere
poſſe actionem, non quam aliquando *iam habuerit*, ſed
quam habiturus fuiſſet ſi conditionem in poteſtate ſua
poſitam vltrò impleuiſſet. Quod cum ita ſit, quid, obſe-
cro eſt, quod Princeps reſcripto prorogare poſſit ſi tam
ex parte venditoris, quam èx parte emptoris obligatio
illa conditionalis quæ ex ſtipulatione vel pacto de retro-
uendendo inducitur, nihil prorſus eſt? At, inquies, tantò
minor igitur ſit iniuria emptori per eiuſmodi proroga-
tionẽ. Imò inquã tãtò maior, † quantò plenior eſt acqui- 17
ſitio dominij in emptorẽ trãſlati per venditionẽ. Si enim
res empta, licet ſub pacto de retrouendendo vſque adeò
pleno iure emptori acquiſita intelligitur, & irreuocabi-
liter, vt ex lapſu temporis quod ad redimendum fuerat
conſtitutum, nihil prætereà iuris ei acquiratur, niſi quod
deſinit poſſe obligari de ea re nunquam retrouendenda,
an non apertiſſima & maxima ei fiat iniuria, ſi igno-
rans adeóque inuitus in eum ſtatum deducatur, vt per-
inde poſſit adhuc obligari ſub conditione etiam poſt
defectam conditionem, acſi conditio nunquam defe-
ciſſet? Hunc. n. reſcripti principalis effectum eſſe neceſ-
ſe eſt, aut prorſus nullum. Ergò quod pragmatici faten-
tur abſurdum & iniquum fore, vt poſt lapſa redimendi
tempora prorogatio per Principis reſcriptum fiat, per-
inde abſurdum & iniquum videri debet, etiam prius
quam venditor tempore ſit excluſus à redimendi, condi-
tioniſque implendæ facultate: cum vtroque caſu par &
æquale ſit ius emptoris cui nihil lucri ex temporis lapſu
poſſit accedere. Quanquam eo etiam admiſſo vt nihil
emptoris intereſſet, quod falſiſſimum eſt, tamen ad pra-
gmaticorum errorem refellendum ſufficeret prior illa
ratio à nobis allata, quod in propoſita ſpecie nihil ſit
quod prorogari † queat, neque obligatio conditiona- 28
lis quæ hoc ipſo quod conditionalis eſt, nulla eſt, ne-
que conditio, quia nihil eſt, nec denique tempus ipſum
in conuentione adiectum, quia non obligationis ius re-
ſpicit, ſed qualitatem conditionis, cumque conditionis
pars quædã ſit, non poteſt non eodem iure cenſeri quo &
cõditio ipſa quæ tãtum abeſt vt temporis adiectione fiat,
quod

quod ita dixerim, protogabilior, vt è contrario fiat tantò magis ſpecifica, & conſequenter magis indiuidua, minúſue commutabilis. Sed quid pluribus in hanc rem
29 verbis opus eſt; Textus † eſt pro ſententia noſtra aduerſus Cagnolum & pragmaticos manifeſtiſſimus in *d. l. ſi à te 7. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* vbi hoc ipſum quod nos defendimus tam apertè diſertéque ſcriptum eſt, vt non potuerit apertiùs. Legis enim verba hæc ſunt, *ſi à te comparauit is cuius meminiſti, & conuenit vt ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Sed tamen quia de illius quoque loci ſententia & lectione à nonnullis dubitari video, dicendum eſt paullo latiùs, quid nobis videatur.

ERROR II.

De ſententia & lectione l. ſi à te 7. Cod. de pact. int. empt. & vendit.

SVMMARIA.

1 *Quis ſit ſenſus l. ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vend. ex vulgari interpretum ſententia.*
2 *In d. l. non tractari de pacto retrouendendi, contra interpretes.*
3 *Pactum de retrouendendo vt differat à pacto de reſtituendo rem venditam pretio venditori reſtituto: & à pacto vt reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inempta.*
4 *Quod in d. l. ſi à te ſcriptum eſt de pacto per quod res vendita inempta fiat, in pacto de retrouendendo locum quoque habere.*
5 *Lex commiſſoria in venditionibus cur olim odioſa.*
6 *Lege commiſſoria odioſius videri debere pactum, de quo agitur in d. l. 7.*
7 *Bartoli & aliorum poſt Accurſium ad d. l. 7. interpretatio probata.*
8 *Lectio d. l. 7. à quibuſdam non rectè ſollicitata: & eorundem interpretatio reiecta.*
9 *Cur in ſpecie d. l. 7. neceſſaria obſignatio.*
10 *Error Tiraquelli cenſentis etiam cum agitur ex pacto de retrouendendo neceſſariam eſſe obſignationem ad conſtituendum in mora emptorem, ſaltem ad lucrandos fructus.*
11 *Sententia l. 4. §. vlt. D. de lege commiſſor.*
12 *Ex d. l. 7. colligi tempus redimendi reſcripto Principis prorogari non poſſe.*
13 *Quis ſit ſenſus l. 2. C. de precib. imp. off. ex interpretum vulgari explicatione.*
14 *Prima conciliatio Accurſiana d. l. 2. cum d. l. 7. & eiuſdem relectio. n. 15.*
16 *Secunda eáque Bartolo probata, & eius exploſio. 17.*
18 *Quæ ſit Accurſio longioris temporis dilatio.*
19 *Tertia conciliatio Accurſiana omnium ineptiſſima.*
20 *Saliceti probata autori conciliatio.*
21 *Saliceti error.*
22 *Baldi omnium maximè appoſita conciliatio.*
23 *Errores duo Baldi notati.*
24 *Erronea Baldi ſententia de Principis poteſtate.*

S*I à te comparauit is, cuius meminiſti, & conuenit vt ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Inquiunt Imp. Dioclet. & Maximianus in *l. ſi à te 7. C.*
1 *de pact. int. empt. & vendit.* Vulgò accipitur † hæc lex
de pacto redimendi, vt & *l. 2. eod. tit.* ſensúmque hunc
habere creditur, vt ſi is, qui rem ſuam vendidit, ſub pacto de ea intra biennium retrouendenda, petat reſcripto Principis prorogari ſibi facultatem redimendi, vt quæ non niſi in biennium conceſſa fuerat, in triennium
porrigatur, non ſit audiendus. Ego quod aiunt † vtro- 2
que loco tractari de pacto retrouendendi probare non poſſum. Aliud enim pactum eſt de retrouendendo, aliud pactum de reſtituendo rem venditam pretio viciſſim venditori reſtituto, de quo in *d. l. 2.* Aliud denique pactum illud de quo in hac *l. ſi à te*, vt ſi intra certum tempus reddita fuerit data quantitas, ſit res inempta: quemadmodum latiùs à nobis diſputatum eſt *Decade*
22. Pactum † de retrouendendo neque facit rem inem- 3
ptam ipſo iure, neque habile eſt ad transferendum dominium ab emptore in venditorem, niſi ſecuta non ſolùm retrouenditiòne, ſed etiam retrotraditione: Pactum de reſtituendo non facit equidem rem inemptam ipſo iure, ſed tamen habile eſt ad reddendum venditori dominium per ſolam retrotraditionem, nulla etiam intercedente retrouenditione. Pactum verò de quo in *d. l. ſi à te*, id eſt quo id agitur vt reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inempta, cæteris omnibus maius eſt & potentius, facítque vt res vendita ſit inempta ipſo iure, ſi modo intra præſcriptum tempus pretium reſtituatur. Sic enim ferunt verba conuentionis ex quibus ſemper æſtimandum eſt quid actum ſit, & conſequenter quid ratio iuris ſuadeat, quotieſcumque voluntas contrahentium iuris autoritate adiuuatur. Sed tamen quod
d. l. ſi à te, ſcriptum eſt † de pacto per quod res vendita 4
fiat inempta, id ego facilè concedam æquè probandum eſſe in pacto de retrouendendo, vt nihil de partium conuentione reſcripto Principis remitti poſſit. Eſt enim pactum de retrouendendo tantò fauorabilius, quantò
longiùs diſtat à lege commiſſoria, † quam in vendi- 5
tionibus quoque iam olim odioſam fuiſſe conſtat *l. Æmilius 41. D. de minor.* Non alia ratione, quàm quod conſtituendo rem inemptam quæ re vera fuit empta, faciat vt venditio iuſta, perfecta, & inita bona fide, ſola ſui pacti poteſtate reſoluatur. Imò, vt docuimus
ſuo loco, longè odioſius † videri debet pactum illud, 6
de quo in *d. l. ſi à te*, quàm ſit pactum commiſſorium, de quo in *l. commiſſoria. 4. eod. titul. & in tit. de leg. commiſſ.* D. Lex enim commiſſoria vulgaris in venditionibus, afficit venditionem, perfectam quidem, ſed nondum impletam. Habet namque conditionem illam, *Si venditionis precium intra certam diem ab emptore ſolutum non erit.* Certi autem iuris eſt non priùs omni ex parte impletum dici poſſe contractum emptionis & venditionis quàm venditor rem tradiderit, adeóque dominium tranſtulerit ſi dominus ex poſtfacto factus, emptor verò precium totum perſoluerit *l. ex empto 11. l. ſi quis alienam 46. D. de action. empt.* At in ſpecie *d. l ſi à te*, tractatur de emptione, non ſolùm perfecta, quod fit nudo conſenſu, ſtatim atque de pretio conuenit, ſed etiam impleta per traditionem rei factam ex parte venditoris, preciique ſolutionem ex parte emptoris. Porrò ſicut difficilius, ita multò odioſius eſt reſolui ipſo iure venditionem quæ iam impleta ſit quàm ſi nondum impleta eſſet. Et tamen vtrumque ſit æquè facilè ſola pacti poteſtate in ipſa venditione adhibiti, quia cùm neque legibus, neque bonis moribus aduerſetur, eámque legem venditor in rei ſuæ traditione dictam voluerit, non aliter venditurus, haud dubiè pactum ſeruandum eſt. *l. vlt. C. eod. titul. De pact. int.*
empt. & vendit. Quod autem verba † legis de huiuſmo- 7
di pacto non remittendo ſic Bartolus & cæteri interpretantur poſt Accurſium, vt qui ex pacto intra certum tempus precij reſtitutionem offerre debuit, audiri non debeat, ſi petat à Principe vt ſaluam habeat in longius tempus redimendi facultatem, ego quàm maximè probo. Ita namque prima legis verba *ſi à te comparauit*, oſtendunt apertiſſimè reſcriptum fuiſſe ab Imperatoribus ad preces venditoris, cuius porrò intererat non vt pactum prorſus tolleretur, per quod res inem-

pta fieri deberet in caſum pretij reſtituti , quod in per-
petuum potiùs ſaluum eſſe voluiſſet, ſed vt de rigore &
aſperitate illius pacti , quo reſtituendi pretij facultas
anguſtiori tempore coarctabatur, nonnihil relaxaretur.
Quomodo autem niſi prorogata in longius tempus ea
8 facultate ? Quod à quibuſdam † clariſſimus , licet Iu-
reconſultis , mihique amiciſſimis , non obſeruatum,
fecit vt exiſtimauerint corruptam eſſe loci huius lectio-
nem in ſequentibus iis verbis , *non iure petis* legen-
dúmque *petit* pro *petis*. Vt relato verbo illo ad empto-
rem non ad venditorem , ſenſus ſit , audiri emptorem
non debere qui reſcripto Principis aſſequi velit vt ven-
ditori eripiatur commodum pacti quo conuenerat vti
reddito intra certum tempus pretio fundus inemptus
conſtitueretur. Quæ interpretatio non ſolùm ridicu-
los facit Imperatores,qui de tam certo nullámque pror-
ſus dubitandi cauſam admittente iure reſponderint,
tanquam ad preces emptoris cùm ab ipſo venditore
conſulerentur , ſed ex ipſius etiam legis poſteriore par-
te conuincitur , in qua ſic ſcriptum eſt, *Sed ſi ſe ſubtra-
hat, vt iure dominij eandem rem retineat , denuntiationis
& obſignationis depoſitioniſque remedio contra fraudem
potes iuri tuo conſulere.* Inde namque coniici poteſt , ni-
hil in ea ſpecie petiiſſe emptorem , qui ſe ſcilicet per
fraudem ſubtrahebat, vt non exiſtente cui pretium red-
di poſſet intra tempus conſtitutum pacti vis eludere-
tur , atque ita dominij iure rem retineret. Ob eámque
nimirum cauſam anxius venditor, & veritus ne tempus
illud intra quod præciſè parendum erat conditioni vt
fundus inemptus fieret , per emptoris colliditatem in-
terim elaberetur, poſtulabat ab Imperatoribus proroga-
ri ſibi tempus conditionis, eò potiſſimum , vt credibi-
le eſt , colore iuſtam eſſe petitionem ſuam exiſtimans,
quod æquum non eſſet prætextu pacti illius præciſi
damnum ſe ſentire ex fraude & calliditate emptoris.
Sed neque hoc caſu putarunt Imperatores fieri reſcri-
pto poſſe, vt de pacti iure & conditione quicquam re-
mittatur: Tantum abfuit vt aliud reſcripturi fuerint
nullo emptoris dolo interueniente. An quod prætextu
pacti fauere voluerint dolo emptoris ; Minimè, ſed
quoniam alio remedio conſuli venditori poteſt aduer-
ſus eam emptoris fraudem & calliditatem:Facta ſcilicet
denunciatione & obſignatione quæ ſolutionis vim ha-
beat , vt etiam abſente aut cunctante emptore conditio-
ni ſatisfactum eſſe videatur , perinde acſi ſolutio intra
præſtitutum tempus facta fuiſſet. Neceſſaria eſt autem
9 hoc caſu † obſignatio , non ad implendam conditio-
nem (quam in rem ſufficere per aduerſarium ſtetiſſe ne
eſſet impleta , quod fieri poſſet per nudam obligatio-
nem ſine obſignatione) ſed ad inducendam liberatio-
nem , quia fieri nequit vt fundus inemptus dici poſſit
quandiu pretium ex cauſa emptionis remanet penes
venditorem, quemadmodum docuimus *Decade* 22.niſi
conuenerit vt & fundus inemptus fiat , & ſolutam pre-
tij partem emptor amittat *lege* 4. *de leg. commiſſ.* In quo
10 errarunt † pleríque exiſtimantes , etiam cùm agitur ex
pacto de retrouendendo neceſſariam eſſe obſignatio-
nem ex parte venditoris ad conſtituendum in mora em-
ptorem, ſaltem ad lucrandos fructus , quam ſententiam
ſequitur Andr. Tiraq. *De retract. conuent.* §. 4. *gloſſ.*6.
num. 4. motus præcipuè vt & cæteri qui eiuſdem ſunt
opinionis ex *d. l. ſi à te* : Errarunt etiam illi ipſi qui ſolã
oblationem ſufficere ſcripſerunt , non habentes quid
reſpondeant ad *d. l. ſi à te.* niſi quod ex abundanti fa-
cta ſit ab Imperatoribus mentio depoſitionis & obſi-
gnationis,cùm oblationem factam eſſe ſatis eſſet.Quan-
quam dici etiam illud poteſt, neceſſariam eſſe obſigna-
tionem quoties oblatio neceſſaria eſt, nec apparet per-
ſona cui offerri poſſit, vt ſit obſignatio non ſolùm vice
ſolutionis,ſed etiam oblationis loco, quòd alioqui non
poſſit apparere an offerre potuerit aut voluerit is , qui
omnimodo offerre debuit vt ſe conuentionis poteſtate
liberaret , quando quidem nemini obtulit. Eiúſque rei
argumentum non obſcurum præbet quod ſcriptum eſt
in *l.vlt.D.de leg.commiſſ.* iis verbis. *die ſtatuto emptor
teſtatus eſt ſe pecuniam omnem reliquam paratum fuiſſe
ex ſoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorum ſignis ob-
ſignauit,defuiſſe autem venditricem.* Ex quo loco inter-
pretandum † ſanè eſt,quod in *d.l.*4.§.*vlt.eod.tit.* Vlpia- 11
nus ſcripſit , ſecurum eſſe emptorem qui non offert , ſi
non habeat cui offerat,vt ita demum ſit ſecurus ſi appa-
reat per eum non ſtetiſſe quominus obtulerit , ſed per
venditorem duntaxat:quod ipſum tamen vix eſt vt ap-
parere poſſit niſi præcedente denuntiatione aut teſta-
tione & obſignatione.Cur enim ob id ſolum videri de-
beat emptor impleuiſſe conditionem quòd non habue-
rit cui offerret,ſi nec habuit quid offerret ? Prius ſi qui-
dem eſt vt in promptu ſit quod dandum eſt quàm vt in
accipiendo mora aliqua commiſſa eſſe intelligatur:Præ-
ſertim cùm ad impediendam poteſtatem legis commiſ-
ſoriæ non ſufficiat emptorem non eſſe in mora ſoluen-
di pretij,ſed illud præthereà neceſſe ſit venditorem con-
ſtituat in mora accipiendi,vt in eodem §.*vlt.* idem Vlp.
ex Marcello ſcribit. Sed hoc obiter dictum ſit, ne quid
ignoretur eorum quæ pertinent ad *d l.ſi à te* cuius prior
pars ſi ad venditorem vt & poſterior dirigenda eſt , non
ad emptorem , quod ita eſſe probauimus , quid obſecro
pro nobis † contra Cagnolum ſcribi potuit apertius? 12
Volebat venditor prorogari ſibi tempus conditionis.
Allegabat fraudem & calliditatem emptoris. Nec tamen
eo magis putant Imperatores ei indulgendum vt de pa-
cti iure quicquam per reſcriptum remittatur. At obſtat,
inquiunt pragmatici , *lex quoties* 2. *C.de precib. Imper.
offer.*ſi non diſtinctionis fœdere conciliationis ratio ali-
qua teneatur.Sic.n.lex habet *quoties reſcripto noſtro mo-
ratoria præſcriptio permittitur , aditus ſupplicanti panda-
tur.* Quæ verba † interpretes vulgares ſic omnes acci- 13
piunt,vt cùm nihil niſi mora & dilatio petitur , facilè
concedenda ſit ex Principis reſcripto,quaſi in ea re nul-
lum aut permodicum verſetur præiudicium eius aduer-
ſus quem reſcriptum impetratur , ex trito illo brocardi-
co,Quod differtur non aufertur.Indéque nimirum tres
illæ conciliationes & diſtinctiones ab Accurſio excogi-
tatæ quarum prima † illa eſt , multum referre an proro- 14
gatio temporis in conuentionem deducti petatur per
viam actionis , an per viam exceptionis , vt priore caſu
concedi non debeat,eáque ſit ſententia *d.l.ſi à te.*Poſte-
riore verò indulgeri poſſit ex *d. l. quoties.* Quam diſtin-
ctionem illud adiuuat,quod in ſpecie *d.l.ſi à te* , id age-
bat venditor vt rem à ſe venditam afferre poſſet empto-
ri,eidémque poſſeſſori,ac proinde propoſita in eam rem
actione,vt probant verba illa,*ſed ſi te ſubtrahat , vt iure
dominij eandem rem retineat.*Contrà verò in *d.l.*2.tracta-
tur de præſcriptione,quæ cùm nihil niſi exceptio ſit,ſo-
li reo competit, non actori.Sed tamen ridicula † diſtin- 15
ctio eſt quoniam non magis ei qui ex pacto conueni-
tur,quàm ei qui ex pacto agit permittendum eſt , vt ad-
uerſus ea faciat, quæ pacto comprehenſa ſunt. Eademq;
vtroque caſu vrget ratio & iuris & æquitatis, vt pactum
quod iuſtum neq;contra bonos mores aut leges eſt,om-
nino ſeruare oportent. Secunda † Accurſij diſtinctio eſt 26
quã Bartolus magis probat,an prorogatio in longum tẽ-
pus:an in modicum & breue poſtuletur. Hanc concedi
poſſe putat,illam non item , quod in mora modici tem-
poris damnum nullum ſit *l. ſi debitoris* 21. *D. de iudic.*
quod non ſimiliter dici poteſt ſi longioris temporis
dilatio cõcedatur.At neque diſtinctio † hæc legis huius 17
aut illius verbis conuenit. Neutribi enim exprimitur an
de longa an de breui dilatione hîc aut tibi tractetur. Et
quemadmodum moratoria præſcriptio perinde multo-
rum menſium eſſe poteſt atque vnius ita fatendum eſt
non minùs fieri contra pactum ſi vel primo poſt elapſa
reſtituendi pretij tempora momento venditor pretium
reddere velit quàm ſi poſt decennium id offerret, quan-
doquidem

doquidem ſemper verum eſt intra conſtituta tempora pretium redditum non fuiſſe *l. Thais 41. §. intra, D. de fideic. libert.* Sed & vtroque caſu eædem rationes obtinent quas ſuperiore cap. adduximus ad probandum, fieri non poſſe per Principis reſcriptum vt conditionis cōuentionalis tempora inuitis contrahentibus prorogen-
18 tur. Illud tamen ex Accurſij † traditione quantumlibet falſa obſeruandum eſt longioris temporis dilationem Accurſio viſam eſſe eam quæ ſit in annum, ideóque cōcedi nec debere. Ponit enim venditorem qui ex pacto pretium venditionis intra biennium reddere debuerat petiiſſe ab Impp. vt liceret ſibi in alium annum eodem iure vti. Nam ſi anni vnius ſpatium longum eſſe creditur, cùm duntaxat biennium præceſſit, multò magis videri longum debet, ſi pacto ſeptennium aut decennium continebatur: quia quanto longius præceſſit tempus, tantò minùs dignus eſt venditor cui longioris temporis prorogatione ſuccurratur: neque ab hac ſententia Cagnolus abhorret, qui in concipienda quæſt. iſta, vtrū redimendi tempora ex reſcripto Principis prorogari poſſint, non de alio tempore quærit quàm quòd ſit duorū, triumve menſium, ita innuens tempus anni vnius, certè longius eſſe quam vt debeat indulgeri. Nam & eo caſu quo venditor inopinato fortunæ impetu maxima clade effectus probetur, vt ex ea cauſa conditionem implere pretiumque intra conſtituta tempora reddere non potuerit, non putat Cagnolus amplius quàm ſex menſium ad ſummum tempus indulgendum ei eſſe, ſicque perpetuò obſeruatum ſe vidiſſe teſtatur. Tametſi nec Cagnolus nec alius quiſquàm pragmaticus rationem vllam ſatis rectam poſſit reddere, cur poſt elapſa tempora quæ in conuentionem fuerant deducta permittendum ſit vēditori, vt intra duos vel tres vel ſex menſes pretium reddere poſſit ad reſoluendam venditionem potiùs quàm poſt annum, aut cur hoc potiùs quàm illo die, denique qua demum hora ius illud finiri & coarctari debeat reſtituendi pretij, & implendæ conditionis. Sanè modicum tempus à Iureconſultis definitum videtur, quod condēnatis datur *d. l. ſi debitor 21. De iudic.* quod ipſum fuit olim bimeſtre, nunc quadrimeſtre *l. 2. & vlt. C. de vſur.*
19 *rei iudic.* Tertia † poſtremáque Accurſij ſolutio quam elegantiorem eſſe decebat, omnium ineptiſſima eſt. *Hic,* inquit, *Princeps noluit indulgere, ibi voluit.* Verba enim illa legis *remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis,* demonſtrant apertiſſimè non tam ex iniqua Imperatorum voluntate quàm ex mera veráque iuris ratione fieri ne conuentio per reſcriptum remitti poſſit.
20 Longè melius Salicetus † ad *d. l. quoties,* vbi poſtquàm obiecit *dictam l. ſi à te, ſoluo,* inquit, *vt in gloſa.* Tū ſubiicit, verbis quidem parum elegantibus, ſed tamen tantò ſignificatioribus, *Melius dic, quòd ibi non eſt reſcriptum dilatoriæ præſcriptionis excluſiuum, ſed augmentatiuum, & ſic ineptè oppoſuit gloſa ſecundum quoſdam, vel quia non poteſt eſſe argumentum ex parte venditoris vt ibi quin ſit excluſiuum ex parte emptoris. Ideò dic quod illa augmētatio temporis habet naturam peremptoriæ conceſſa quæ emptori abſorbet id quod poſt tempus conuentum eſſet irreuocabile, ideo nō valet vt hic in fine.* Quibus verbis ſignificat non modò non pugnare ſecum leges illas, quæ cōtrariæ videntur, ſed conſentire. Nam in ea ipſa *l. quoties,* poſt verba illa quæ iam retulimus, & quibus potiſſimùm Cagnolus mouetur, ſequitur ſtatim, *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit, ſine graui alterius partis diſpendio conuelli non poteſt, nec præſcriptionis igitur peremptoriæ relaxatio petatur.* Certum autem eſt reſcriptum Principis per quod prorogatur tempus, conditionis implendæ ad extorquendam retrouenditionem ab emptore eius naturæ & conditionis eſſe, vt totius negotij cognitionem tollat, & vires principalis negotij exhauriat. Facit enim vt priuetur emptor commodo ſuæ conuentionis perindéque admittatur venditor ad implendam conditionem quæ iam defecta ſit acſi nondum defecta eſſet.
Quamquam in eo perpetuus Saliceti † & aliorum error 21
eſt, quòd exiſtimant ius emptoris quod huiuſmodi prorogationis reſcripto abſorbeatur, non niſi poſt tempus conuentum eſſe irreuocabile quaſi non fuerit antea. Nam, vt docuimus in ſuperioribus, ius dominij quod emptor habet in re empta ſub pacto de retrouendendo, iam quæſitum eſt in plenum & irreuocabiliter ex die venditionis perfectæ & per traditionem impletæ, licèt habeat venditor, ius redimendi, aut potiùs implendæ conditionis ad petendam retrouenditionem, quoniam obligatio illa retrouendendi tota conditionalis eſt, & conſequenter nulla ante impletam conditionem. Et quantumuis pura eſſet, nihil tamen haberet commune cum acquiſitione dominij, ſiquidem per conditionis implementum non aliud iuris acquiritur venditori, niſi vt exinde nata ſit obligatio, cuius poteſtate liceat ei agere contra emptorem ad retrouendendum? quòd cùm ſit, non tamen præciſe cogitur emptor retrouendere, ſed liberatur præſtando id quod intereſt, ac tametſi præciſè retrouendere cogeretur, aliud tamen dominium eſſet quod ab emptore in venditorem transferretur, aliáque cauſa dominij transferendi ſcilicet ex noua & ſecunda venditione: nec proinde eo minùs dominium ex prima venditione irreuocabiliter emptori acquiſitum intelligeretur. Neque ad rem pertinet, quod elapſis temporibus intra quæ conditio impleri potuit, ius illud emptori acquiritur, vt deſignat poſſe obligari vnquam ex eo pacto ad retrouendendum. Nihilomagis enim irreuocabiliter acquiritur res emptori, cui iam fuerat irreuocabiliter acquiſita. Illud verò ius per quod deſinat poſſe obligari defecta conditione, tale eſt quod ante lapſum tempus, defectámque conditionem, nullomodo emptori fuerat quæſitum, id eſt, ne irreuocabiliter quidem. Quod ipſum tamen ius cùm totum in priuatione & negatione conſiſtat, re vera nihil eſt, neque ius liberationis dici poteſt, cùm ante impletam conditionem nulla ſit amptoris obligatio à qua liberari poſſit. Et quemadmodum in *l. conditionibus 5. D. de cond. & demonſtr.* non ineleganter Paulus ſcribit, Pupillum etiam ſine tutoris autoritate conditionibus parere poſſe, quia quamuis expleta conditione poſſit aliquando heres eſſe neceſſarius, tamen id fit iure poteſtatis, non conditionis expletæ: cùm conditionis implementum nihil aliud inducat, niſi vt inſtitutio quæ conditionalis fuerat, pura reperiatur *l. ei qui ita 13. D. de condic. inſtit.* Ita ex contrario in propoſita quæſtione dici poteſt, defecta conditione, ſub qua promiſerat emptor ſe retrouenditurum, liberum quidem omnino eſſe emptorem ab onere retrouendendi, & irreuocabiliter dominium remanere, ſed id fieri non tam vi & poteſtate defectæ conditionis, quàm ex cauſa & iure emptionis, quæ pura fuit, perfecta, & impleta, licèt quandiu pependit conditio, fuerat emptor in eo, vt intra conditionis tempora res auocari ab eo poſſet, idque tamen ſi non mallet indemnitatem pleniſſimam præſtare venditori. Mihi autem videtur Bal-
dus † omnium optimè & aptiſſimè totam rem iſtam ex- 22
plicaſſe ad *d. l. quoties,* in quam ſic ſcribit: *Oppono ad primum d. l. antepen. C. de pact. int. empt. & vendit. quæ incipit, ſi à te ſolutio aut dilatio includit in ſe negot. principale, & eſt prohibita impetratio, vt ibi Auth. non includit in ſe negotium principale, ſed ſolius dilationis, & tunc non eſt prohibita vt hic.* Subiicit, *Dices tu, quomodo hoc cognoſcam; ſi ex tempore,* inquit, *pendet exitus controuerſiæ, vt dict. l. antepen. Sed quando ex tempore non pendet abſolutio vel condemnatio, tunc apparet quòd tempus ſit quiddam accidentale, non ſubſtantiale.* Quid enim potuit magnus ille vir, & ſi quid me iudicij eſt, Bortolo longè præſtantior, ſcribere apertiùs vt doceret quantum interſit, an reſcripto Principis prorogetur tempus conditionis implendæ ad petendam retrouenditionem

an

an verò moratoriæ literæ concedantur? vulgò literas *reſpirationis* vocant ad quas pertinere omnes putant quod in *d.l. quoties* ſcriptum eſt de moratoria præſcriptione. Nam cùm quis obligauit ſe ad decem ſoluenda intra menſes tres, duo vtique promiſit, ſcilicet ſi ſoluturum & intra id tempus ſoluturum. Prior pars reſpicit cauſam obligationis in fauorem creditoris, vt habeat ex promiſſione actionem. Poſterior reſpicit cauſam ſolutionis in id vſque tempus dilatæ fauore debitoris, ne ante id tempus conueniri & vrgeri poſſit, ſed tùm demùm duntaxat, cùm totum id tempus præteritum erit *l. qui hoc anno* 41. *De verb. oblig.* Itáque non poteſt dici tempus eo caſu adiectum limitandæ & finiendæ obligationis gratia, cùm è contrario non niſi eo tempore elapſo incipiat debitor poſſe conueniri: tantùm abeſt vt ex ſolo temporis lapſu liberetur. Proinde, vt Baldi verbis vtar, non pendet exitus controuerſiæ ex tempore, ſed tantò magis debitor apparet is cuius obligationis dies qui anteà tantùm ceſſerat, tandem venit. Ita fit vt ſi debitori qui intra menſes tres ſoluere debuit, Princeps indulgeat dilationem ne niſi poſt annum inquietetur, ea dilatio non includat in ſe negotium principale, quemadmodum idem Baldus loquitur, quoniam principale negotium conſiſtit in obligatione, cum qua nihil commune habet tempus ſolutionis, cùm ſiue vlteriore, ſiue citeriore die ſoluendum ſit, ſemper debitor maneat obligatus. At verò cùm quis promiſit ſe retrouenditurum, ſi intra menſes tres venditor redimere, pretiúmque reſtituere volet, non duæ ſunt promiſſionis partes, ſed vna eſt promiſſio, ſicut & vna conditio quæ ſuum tempus habet, vt tantò ſtrictiùs obliget venditorem, cuius oneri conditionis implementum incumbit, ne poſt id tempus eam implere poſſit. Veréque dici hoc caſu poteſt ex tempore pendere exitum controuerſiæ, quia finito tempore intra quod pecunia in cauſam redemptionis reddi debuit, nulla ſupereſt quæſtio de retrouendendo, non tamen quaſi finita obligatione quomodo illi putant qui tempus hoc caſu finiendæ & limitandæ obligationis gratià adiectum eſſe arbitrantur (quandoquidem ex promiſſione conditionali ante conditionem impletam nulla obligatio naſcitur, quæ iam finiri poſſit) ſed quaſi finita & limitata obligationis conditione, quæ perpetua eſſet, emptorémque perpetuò admitteret ad redimendum ſi non certo vllo tempore coarctaretur. Sic euenit, vt dilatio quam Princeps concedere velit ad prorogandam in longius tempus redimendi facultatem, proculdubio includat in ſe negotium principale, totúmque emptoris ius abſorbeat, cùm efficiat vt promiſſio illa conditionalis quæ alioqui ex lapſu temporis propter conditionis defectum euanuiſſet, perinde adhuc ſubſiſtere intelligatur, acſi ſub alia conditione longiorem diem habente facta fuiſſet. Quæ
23 quamquam ita ſunt, in duobus † tamen Baldus fallitur: in eo primùm quòd moratorias illas literas, quas praxis noſtra tam facilè admittit, iuri conſentaneas eſſe arbitratur, probátque ex *d.l. quoties*, de cuius lectione & ſententia ideo ſequenti capite nobis dicendum erit. Deinde in eo quod notat ad *d. l. ſi à te*. reſcriptum Principis de prorogando tempore ad redimendum dato ita demùm non valere ſi in forma communi impetretur, ita innuens, vt videtur, poſſe valere ſi non in forma communi & de poteſtate, vt loquuntur, ordinaria concedatur, ſed de plenitudine poteſtatis & adiecta clauſula quæ non niſi de plenitudine poteſtatis adiici poteſt, *non obſtante lege & pacto*. Is enim conſtantiſſimus
24 † Baldi, vt & aliorum omnium veterum interpretum error fuit, quod exiſtimauit, poſſe Principem, ſi pleniſſima illa poteſtate vti velit iuris tertij, ſiue ex ciuili tantùm ſiue etiam ex naturali & gentium iure quæſitum ſit, derogare. Etſi in eo quoque ferè omnes conſentiunt nullum huius pleniſſimæ poteſtatis vſum eſſe debere, niſi vrgente aliqua iuſta cauſa, eáque ad publicam duntaxat, non ad priuatam huius vel illius vtilitatem pertinente. Ego verò, non modò ridiculam, & iniquam traditionem illam eſſe arbitror, ſed etiamſi fateter veram eſſe, tamen à propoſita quæſtione alienam putarem. Nam, vt iam ſuprà diximus, non in eo verſatur hæc dubitatio, an rem emptori acquiſitam Princeps emptori auferre poſſit, ſed an in Principis poteſtate ſit facere vt ex promiſſione conditionali in caſum defectæ conditionis emptor obligetur, & ex conuentione contrà quàm conuentionis verba patiantur. Quæ omnia cùm implicent contradictionem, non magis ex pleniſſima & abſoluta, quàm ex ordinaria Principis poteſtate fieri poſſunt, ſicut nec vt ex contractu obligetur is qui nullomodo contraxit.

ERROR III.

De lectione & ſententia l.quoties 2. C. de precib. Imper. offer.

SVMMARIA.

1. *Literæ moratoriæ, quas vulgo* reſpirationis *appellant, qua de cauſa concedi ſoleant.*
2. *Literæ moratoriæ aut vnius anni ſunt, aut quinquennij.*
3. *Ex quibus iuris textibus à pragmaticis probetur dilatio quæ literis moratoriis à Principe debitori indulgetur.*
4. *Non probari ex l. vlt. C. qui bon. ced. poſſ. inuito creditore quinquennales inducias Principem debitori concedere poſſe, contra pragmaticos.*
5. *Ad quas dilationes pertineat l. vniuerſa. 4. C. de precib. Imp. offer.*
6. *Vt probent pragmatici ſuum errorem de literis moratoriis ex l. quoties. 2. C. de precib. Imp. off.*
7. *Vera lectio d.l. reſtituta.*
8. *D.l. interpretatio Accurſij ſecunda Cuiacio probata.*
9. *Præſcriptionem, quæ competit ex pacto, ne intra certum tempus petatur, non eſſe moratoriam, ſed peremptoriam, contra Cuiac. & Accurſ.*
10. *Caium ICtum in l. 3. D. de except. minùs peritè locutum eſſe.*
11. *Vera ſententia d.l. quoties.*
12. *Cur reſcripto Principis faciliùs remittatur dilatoria præſcriptio, quàm peremptoria.*
13. *Ex d.l. quoties, Cagnolum & alios ineptè probare reſcripto Principis tempora redimendi venditori ſub pacto de retrouendendo, prorogari poſſe.*
14. *D.l. quoties, non repugnare l. ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.*
15. *D.l. ſi à te 7. ſententiam Cagnoli ſubuertere.*
16. *Sententiam Cagnoli publicæ vtilitati aduerſari.*
17. *Etiam ex prorogatione modici temporis magnum damnum emptorem ſentire contra Cagnol.*
18. *Cùm pactum de retrouendendo ſit pars pretij, non poteſt prorogari aut minui tempus conditionis implendæ, quin pretium quoque mutetur.*
19. *Non poteſt reſcripto Principis prorogari tempus, quin ipſe contractus immutetur.*
20. *Obiectio pro pragmaticis, & eius dilutio.*
21. *Dilationem temporis ad redimendum conſtituti malè conferri à Cagnolo cum dilatione debitori data ad ſoluendum.*
22. *Dies quatenus cenſeatur ſtipulationi pro reo adiecta.*
23. *Sicut Princeps non poteſt coarctare & abbreuiare tempus in gratiam emptoris: ita neque prorogare in gratiam venditoris.*
24. *Princeps inuitum & ignorantem ſubditum non poteſt obligare.*

FRequentius in praxi nihil eſt, iis literis
moratoriis, de quibus iam aliquid ſuprà
diximus, & quas vulgò *literas reſpiratio-*
1 *nis* appellant. Eas concedere † Princeps
ſolet egenis debitoribus, quos anguſtia rei familiaris
ad dictam diem ſoluere non facilè patiatur: ac proinde
non tam iuris quàm miſerationis ratione. Præſertim ſi
nouus aliquis caſus ſuperuenerit, qui debitori fortaſſis
anteà locupleti inopinatam attulerit egeſtatem, cuius
nullam haberi rationem certè inhumanum eſſet cùm
dici ſoleat id quod differtur non auferri, nec magnum
damnum eſſe in mora modici temporis *l. ſi debitori* 21.
D. de iudic. Nam & medij temporis vſuras poſteà exi-
gere creditor poteſt ne damnoſum ei ſit beneficium
Principis à debitore impetratum. Solent verò huiuſmo-
2 di dilationes † apud nos aut anni vnius eſſe aut quin-
quennij. Quæ anni vnius ſunt, quia & minoris ſunt
præiudicij, faciliùs à iudicibus admittuntur, & nulla niſi
iuratoria cautione præſtita, ſi nęget debitor aliter ſe ca-
uere poſſe. Quæ autem quinquennij, ſicuti grauius
damnum aut ſaltem incommodum adferunt creditori,
ita non tam facilè aut à Principe concedi, aut à iudici-
bus admitti ſolent, ſed ita demùm ſi iuſta cauſa allege-
tur & probetur, ac prætereà idoneis fideiuſſoribus aut
pignoribus, indemnitati creditorum proſpiciatur. De
qua re ampliſſimus tractatus extat apud Petr. Rebuff. *de
liter. dilat.* & nos etiam in Codice Sabaudico ſcribe-
3 mus. Huius iuris † probationem noſtri ſumunt ex *l.
vniuerſa* 4. *C. de prec. Imp. offer.* in qua diſertis verbis
agitur de reſcriptis quæ in debitorum cauſis ſuper præ-
ſtandis dilationibus promulgantur, cauetúrque ne ali-
ter valeant quam ſi fideiuſſio idonea ſuper debiti ſolu-
tione præbeatur. Item ex *l. vlt. Cod. qui bon. ceder. poſſ.*
quæ de induciis quinquennalibus tractat. Verùm ita
4 tractat † vt innuere videatur ex creditorum voluntate
magis quàm ex Principis arbitrio pendere an inducias
tam longas debitoribus concedi oporteat. Sic enim Iu-
ſtinianus eo loco loquitur, quaſi ſolitus mos eſſet, vt
implorato per debitores miſerabili auxilio ceſſionis, bo-
norum electio daretur creditoribus, ex Principis reſcri-
pto, an quinquennale ſpatium eis indulgere mallent, an
potiùs bonorum ceſſionem accipere, vt appareret, poſ-
ſe quidem Principem admittere debitorem ad miſera-
bile beneficium ceſſionis etiam inuitis creditoribus, ſed
non ſimiliter niſi volentibus ipſis & eligentibus debi-
tori inducias ad ſoluendum indulgere. Neque ſanè
credibile eſt, iam tum obtinuiſſe, quod nunc obti-
net, vt inuito creditore, imò quod magis eſt, inui-
tis creditoribus omnibus quinquennales inducias de-
bitori concedere Princeps poſſet, ſi mallent illi
debitorem inuitum adigere ad ſoluendum, aut ad ceſ-
ſionis beneficium implorandum. Nimis enim longum
illud tempus eſt quin quennij, & creditoribus incom-
modum ac oneroſum, quantumlibet iis per debitorem
cautum proponatur. Neque verò vllus in toto iure lo-
cus eſt quo quis poſſit vſum probare huius modi re-
ſcriptorum de quinquennalibus induciis, at nec de an-
5 nalibus concedendis. Nam † quod in *d. l. ſi vniuerſa* ſcri-
ptum eſt de dilationibus præſtandis, ad eas dilationes
procul dubio pertinet, quæ ſunt modici temporis, de
quibus in *d. l. ſi debitori* 21. *& l. interdum* 36. *D. de iudic.*
non ad quinquennales de quibus in *d. l. vlt. C. qui bon.
ceder. poſ.* Vix autem eſt vt hac parte modicum tempus
dici poſſit, quod ſit vnius anni: tantum abeſt vt modi-
cum videri debeat quod ſit biennij aut quinquennij.
6 Mouentur † tamen pragmatici omnes, vt receptiſſimum
errorem hunc tueantur, ex *l. quoties* 2. *C. eod. tit. De
precib. Imper. offer.* in primis illis verbis, *quoties reſcripto
noſtro moratoria præſcriptio permittitur, aditus ſupplicanti
pandatur.* Quæ ſententia cùm ſit generalis, pertinere vi-
detur ad reſcripta omnia, quibus moratoria exceptio
concedatur, id eſt ad moram duntaxat ſolutioni facien-
dam, vt omnimodo admittenda ſint, nec de eorum viri-
bus dubitari oporteat. Sed non ita eſt, multóque pro-
babilius tentari poteſt † corruptam ac vitioſam vulga- 7
rem lectionem, & pro *permittitur* legendum eſſe *remitti-
tur*, quomodo legiſſe videtur Accurſ. in ſecunda legis
interpretatione, itémque Iacob. Cujacius *lib. 2. obſeru. 4.
cap.* 10. vbi & ſecundam illam Accurſij interpretatio-
nem probat, quæ † illa eſt, vt ſi debitori competat ex- 8
ceptio dilatoria vel moratoria, vt puta pacti conuenti,
ne intra quinquennium petatur, hæc creditori ſuum
perſequenti ante quinquennium remitti & relaxari poſ-
ſit: Peremptoria verò non item, vt puta pacti conuenti,
ne vnquam petatur. Sequitur namque in ſecunda legis
parte præſcriptionis peremptoriæ relaxationem ex re-
ſcripto peti non poſſe, ratione illa, quoniam id quod
totius negotij cognitionem tollit, & principalis ne-
gotij vires exhaurit, ſine graui alterius partis diſpendio
conuelli non poſſet. Vnde apparet priorem quoque le-
gis partem de præſcriptionis relaxatione, non conceſ-
ſione intelligi debere. Alioqui, quod Iacobus Cuja-
cius ſubtiliter obſeruat, abſurdum illud ſequetur, vt
ſic accipi legem oporteat, ac ſi ſcriptum eſſet, mora-
toriam præſcriptionem remitti, id eſt concedi poſſe,
Peremptoriam verò conuelli & relaxari, id eſt, conce-
di non poſſe: qua interpretatione nihil vtique eſſet ab-
ſurdius. † Quanquam nec illud probare vllomodo poſ- 9
ſum, quod idem vir doctiſſimus poſt Accurſium mora-
toriam præſcriptionem interpretatur eam quæ compe-
tat ex pacto ſic inito, ne intra certum tempus petatur.
Omnes enim pactorum exceptiones peremptoriæ ſunt,
cùm ex Prætoris edicto inducantur & confirmentur,
non in alium finem, quàm vt actionem perimant, non
ipſo quidem iure, ſed in effectu, quia vis & poteſtas
actionis iure ciuili competentis per iuſti pacti exce-
ptionem eliditur, ſi non in perpetuum, cùm pactum fuit
temporale, ſaltem in id vſque tempus quod pacto com-
prehenſum eſt, licèt reſpectu perpetuarum dicantur
etiam dilatoriæ, quia ſunt temporales. In quo videtur † 10
mihi non ſatis partitè locutus Caius in *l.* 3. *C. de except.*
vbi temporales exceptiones à dilatoriis non diſtinguit,
nec perpetuas à peremptoriis. Nam nec iuſtius aut for-
tius pactum vllum eſt, quàm quod eſt De non petendo
ſiue conuenerit ne vnquam petatur, ſiue ne intra hoc
aut illud tempus petatur. Proinde non minor fit iniu-
ria paciſcenti qui ex eiuſmodi pacto temporalem exce-
ptionem habuit, ſi ea exceptio ipſi adimatur, quàm ſi
exceptionem perpetuam habuiſſet. Imò tantò maior
quantò facilius eſt creditori, vt à petendo abſtineat per
aliquod tempus ne iuſto pacto vim faciat, quàm vt in
perpetuum petere prohibeatur. Itaque, † niſi me fallo, 11
illius loci longè alia ſententia eſt, ad eas ſoleas exce-
ptiones pertinens, quas vulgò dilatorias appellamus:
quales ſunt eæ omnes quæ non ad ipſam cauſam ſpe-
ctant, ſed perſonas eorum ſine quibus iudicium con-
ſiſtere non poteſt, puta iudicis, actoris, procuratoris,
quæque non ad conſtituti, ſed ad conſtituendi iudicij
cauſam referuntur, ſicut è contrario quæ ſunt perem-
ptoriæ ad cauſam ipſam pertinent, non ad perſonas, &
ad iudicium conſtitutum non ad conſtituendum: vnde
illud eſt quod exceptiones dilatorias opponi neceſſe eſt
ante litem conteſtatam, peremptorias verò quandocum-
que ante ſententiam oppoſitas eſſe ſufficit, *l. exceptio-
nem* 19. *Codice de probat. leg. præſcriptionem octaua, &
leg. pen. Codice de except.* Adeóque etiam poſt ſenten-
tiam ſi non impugnent iudicatum, cuiuſmodi eſt ex-
ceptio ſolutionis, & quæ ab ea non longè diſtat pacti
de non petendo, de qua nunc tractamus, licèt ad hanc
attinet, pragmaticos pleroſque contrà ſentire non igno-
rem: quorum error alio loco fortaſſe à nobis refel-
letur. Facilè autem eſt intelligere, cur faciliùs † re- 12
ſcripto Principis dilatoriam præſcriptionem remitte-
re quàm peremptoriam, quia ſcilicet multò minoris
præiudicij

præiudicij eſt, ſi cui dilatoria, quàm ſi peremptoria
exceptio eripiatur: cùm remiſſa dilatoria nihil de aduer-
ſarij iure detrahatur, ſed iudicij tantùm ordinandi ratio
immutetur. Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt parum ſub-
tiliter eos facere, qui ex *d. l. quoties*, probant vſum lite-
rarum moratoriarum: ſed illos multò ſtolidiùs, qui
13 Cagnolum ſecuti, probare † volunt ex eo loco, fieri poſ-
ſe per reſcriptum Principis, vt venditori, qui intra cer-
tum tempus ad rem redimendam implere conditionem
pretiúmque reddere debuit, conditionis implendæ ius
in longius tempus prorogetur, nam etſi ſecundam il-
lam Accurſij interpretationem quam Cuiacius laudat,
ſequi velles, fatendum tamen eſſet, huiuſmodi promiſ-
ſione retrouendendi ſub ea conditione ſi pecunia intra
biennium reſtituetur, includi à contrario ſenſu pa-
ctum de nunquam petenda retrouenditione, ſi intra
biennium pretium non reſtituetur. In quo differt pro-
miſſio hæc ab obligatione ſoluendi intra certum tem-
pus, qua nemo dixerit includi pactum contrarium, De
nunquam ſoluendo poſt id tempus, quia cùm ea empto-
ris adiectio, non ad legem obligationi dandam, ſed
tantùm ad differendam ſolutionem facta ſit, prodeſſe
non poteſt ad inducendam vllo caſu liberationem. At
potiùs, vt debitor qui videt ſe propter illam adiectio-
nem ante conuentum tempus conueniri non poſſe, in-
telligat futurum poſt id tempus vt conueniri poſſit.
14 Quare nec quicquam cauſæ eſt, cur † *d. l. quoties* obii-
ciatur *lex ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vend.* de qua
ſcripſimus cap. ſuperiore. Nam vt Cuiac. ſupradicto
loco non minùs apertè quàm appoſitè reſpondet, ven-
ditor qui poſtulat vt ſibi poſt conſtitutum diem offer-
re pretium emptori & venditionem vt ille loquitur, re-
ſoluere liceat, iam non dilatoriam, ſed peremptoriam
præſcriptionem remitti poſtulat, quandoquidem ven-
ditori poſt diem offerenti rectè præſcribere emptor po-
teſt nullum amplius offerendi ius ſupereſſe. Illud ve-
15 rò multò magis mirandum eſt Cagnolum, † Antonium,
Solam, alióſque pragmaticos qui nihil habent quod
pro tuenda ſententia ſua proferant præter *dictam l.
quoties. C. de precib. Imp. offer.* nihil reſpondere ad *d. l.
ſi à te.* cuius verba tam aperta ſunt aduerſus hunc erro-
rem vt non poſſint fingi apertiora. Niſi quod Cagnol.
queſt. 35. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. ſic eam
legem intelligere videtur, vt procedat cum Princeps in
totum vellet derogare pacto de retrouendendo. Pror-
ſus ridiculè. Non enim fieri poteſt vt venditor poſtu-
let diſcedi à toto eo pacto, cuius contra intereſſet redi-
mendi facultatem habere perpetuam, nec certo vllo
tempore coanguſtatam. Atqui in ſpecie *d. l. ſi à te* con-
ſulebantur Imperatores à venditore non ab emptore,
petebátque venditor remitti pactum vt proximo errore
probauimus. Non igitur petebat in totum remitti, ſed
tantùm ex ea parte qua cogebatur ille pecuniam redde-
re intra certum tempus, quod in eo erat vt ante imple-
tam conditionem lapſum iri videretur. Itaque cùm Ca-
gnoli & aliorum eiuſdem ponderis pragmaticorum
autoritas, ſi qua eſt, non ſolùm euidentiſſimi iuris ra-
tione, ſed ipſius etiam legis autoritate conuincatur, ne
Baldos, Salicetos & Cuiacios obiiciam planè non vi-
deo, cur non tantus error hic à Senatu noſtro hucuſ-
que exploſus, ad autores fautoréſque ſuos in perpetuum
relegandus ſit, tanquam reipublicæ quoque pernicio-
16 ſiſſimus. Impugnat † enim ſanè publicam vtilitatem,
nec facilè reperientur qui velint emere ſub hac lege
pactoque De retrouendendo, ſi ius ita conſtituatur, vt
conditionis quæ ſuum certúmque tempus habuit ex
conuentione paciſcentium, tempora præſcripta ex ſo-
lo Principis reſcripto prorogari poſſint inſcio adeóque
inuito emptore, qui non niſi ſub ea conditione obli-
gatum ſe voluit ad retrouendendum. Quænam enim
commerciorum & pactorum fides poſthac erit, ſi quæ
inter contrahentes iuſtè placuerunt iis ignorantibus &
inuitis pro Principis arbitrio immutentur? Nec enim
poſſis hoc † caſu idipſum vſurpare, quod in moratoriis 17
literis vſurpari ſolere diximus, damnum nullum eſſe in
mora modici temporis, cùm in actibus momentaneis
qualis hic eſt redimendæ rei venditæ, non minùs dam-
num ſentiat emptor ex prorogatione vel vnius horæ
quàm ſi prorogatio fieret in mille annos, ſiquidem ea
ipſa hora redimere venditor poterit, qui alioquin redi-
mendi ius nullum amplius vnquam habuiſſet. Nam &
ob eam cauſam ſolent in huiuſmodi cauſis imputari
tempora de momento in momentum, vt appareat ne
vel vno quidem poſt præteritum tempus momento li-
cere quod antè licebat. Et verò cùm negari non poſſit
quod nos toties diximus, non minùs ex pragmaticorum
quàm ex noſtra ſententia, ſolo Pinello excepto ad *l. 2. C.
de reſcind. vendit.* Pactum † de retrouendendo partem 18
eſſe pretij, ſicut & cætera pacta omnia, quæ in venditio-
nibus adhibentur *l. fundi partem 79. D de contr. empt. l. ſi
venditor 6. §. vlt. De ſeruis export.* Illud etiam fatendum
eſt, non poſſe prorogari aut minui tempus conditionis
implendæ, quin venditionis quoque pretium vel auge-
ri vel imminui videatur, quoniam vtique vel pluris
vel minoris empturus fuit emptor ſi tempus illud vel
longius vel breuius conuentum fuiſſet. Atqui quantu-
lacumque mutatio fiat pretij vel vno tantùm, ſi voles,
denario addito vel detracto, venditionem quoque im-
mutari & aliam fieri neceſſe eſt, quia emptionis ſubſtan-
tia conſiſtit ex pretio, inquit Paulus in *l. pacta conuen-
ta 72. D. de contr. empt.* Subſtantia autem cuiuſlibet
contractus indiuidua eſt. Vnde illud fit vt ſi ex ea cauſa
permittatur aliquando recedere à contractu, vt puta
beneficio in integrum reſtitutionis non ſit audiendus
is qui non niſi pro parte recedere vult, ſed vel in to-
tum, vel nulla prorſus ex parte ab eo recedi oporteat *l.
tutor. 47. §. curator. D. de minor. l. ſi quis aliam 46. D de ſo-
lut.* Non magis ergo fieri poteſt per reſcriptum † Princi- 19
pis, vt tempora conditionis conuentionalis ad amplian-
dã aut reſtringendam redimendi facultatem aut proro-
gentur aut minuantur, quàm vt citrà contractus reſciſ-
ſionem à toto contractu diſcedatur, &, quod difficilius
eſt, nouus contractus ipſis quoque contrahentibus in-
uitis ineatur. Nec ſanè vlli vnquam venit in mentem
vt diceret, reſcripto Principis fieri poſſe, vt venditor
qui ex conuentione pretium reddere poſſit intra bien-
nium, cogatur reddere intra biennium, nec poſt bien-
nium offerens admittatur. Cur verò difficilius illud re-
cipietur, quàm vt ex contrario venditori qui intra bien-
nium ex conuentione pretium reddere debuit, ad trien-
nium vſque offerendi ius ſuperſit? Aut quid inter hæc
diuerſum eſt, niſi quod hoc caſu iniuria fit emptori, il-
lo venditori? Dices † fortaſſe vt pro pragmaticis ſubti- 20
lem agas, facilius eſſe vt conditionis tempora proro-
gentur, quàm vt reſtringantur, quia dies in ſtipulatio-
nibus adiici ſolet pro promiſſore, non pro ſtipulatore
*l. quod quis 50. D. de oblig. & action. l. eum qui Calen-
dis 41. §. quoties. De verb. oblig l. cùm tempus 17. De re-
gul. iur.* Sed reſpondeo, hanc rationem pro noſtra po-
tiùs facere ſententia, quoniam is demùm dies pro pro-
miſſore & debitore adiicitur, qui differendæ tantùm exa-
ctionis & ſolutionis gratia adiicitur: quod euenit in
omnibus in diem obligationibus, quarum diem con-
ſtat non minùs ſtatim cedere, licèt non priùs veniſſe
intelligatur quàm totum illud tempus prætererit,
quod in conuentionem deductum fuit, ex quibus
proinde confeſtim agi poſſet, tanquam ex puris, ſi
non adiectione diei ius illud agendi ſuſpenderetur
leg. cedere diem 213. De verb. ſignific. Quæ res fa-
cit vt ſi in diem debitor ante diem ſoluerit etiam per
errorem, non poſſit repetere, quia verè debitor fuit *l. in
diem 10. D. de condict. indeb.* At cùm obligatio non in
diem concepta fuit, ſed ſub conditione, conditioni autẽ
inſertum eſt tempus ad limitandam & coanguſtandam
conditionis

conditionis implendæ facultatem, quemadmodum euenit in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt, promiſſa per emptorem retrouenditione ſub hac conditione. Si venditor intra biennium pecuniam reddet, dico adiectionem diei non pro eo eſſe qui pecuniam debet, id eſt, pro venditore, ſed omnino contra eum pro quo adpoſita conditio eſt, id eſt, qui conditionem implere poſſit, & eam implendo comparare ſibi actionem, cùm ſi dies nulla eſſet, poſſet ille quandocumque ſaltem ad triginta vſque annos implere conditionem. Ergo contra debitorem adiectio illa diei eſt, non contra emptorem, tametſi pecuniam illam quæ conditionis implendæ cauſa data eſt venditor debere videatur, non emptor. Quamquam ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, emptor potiùs quam venditor in propoſito debitor dici debet, vt ſemper verum ſit diei adiectionem eſſe pro debitore. Eſt enim debitor retrouenditionis, nimirum ſub conditione illa. Si venditor intra biennium pecuniam reddat, ſiue ſtipulatio, ſiue pactum de retrouendendo in ipſa venditione interuenerit. Venditor autem nullomodo debitor eſt, ne quidem pecuniæ (in quo decipi omnes video quotquot hanc quæſtionem tractant) quia vt pecuniam reddat non eſt poſitum in obligatione ſiue pura, ſiue in diem, ſiue conditionali, quæ omnes ſunt omnium obligationum ſpecies, ſed in conditione duntaxat, ideóque nullo vnquam tempore, nec vllo vnquam caſu fieri poteſt vt actio competat debitori aduerſus venditorem, per quam cogatur venditor rem redimere & pretium reſtituere ſi nolit. Nec ad rem pertinet quod ſi venditor eam pecuniam emptori ſoluerit, repetere non poteſt, cuius tamen repetendæ ius videretur ſaluum ei eſſe debere ſi pecuniam nullomodo debuiſſet. Non enim repetitionis impediendæ ratio illa eſt, quòd pecunia illa ante ſolutionem aliquomodo deberetur, ſed quia licèt omnino eſſet indebita, non tamen ſoluta videri poteſt ſine cauſa quæ conditionis implendæ gratia ſoluta eſt. Itaque retineri per emptorem optimo iure poteſt non obligationis iure, ſed expletæ conditionis. Et quemadmodum dicimus, ſi legatus ſit fundus aut relicta hereditas Titio ſub conditione dandorum decem Sempronio, Sempronium ea decem capere non legati, at ne quidem teſtamenti iure, ſed tantùm conditionis impletæ cauſa *l. ſi is qui ſub conditione* 8. *D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* nec ideò tamen repetitio dari Titio debet, quia iuſtam habuit cauſam dandi, quamuis nullam Sempronius accipiendi, ſic dicendum eſt, pecuniam quam venditor emptori nullomodo debuit, ſed quam tamen implendæ conditionis cauſa pro redemptione omnimodo ſolui oportuit, ſi ſoluta ſit repeti non poſſe, nec eò minùs tamen verum eſſe antequàm ſolueretur prorſus indebitam eam fuiſſe. Ex quo apparet euidentiùs, quàm ineptè faciant pragmatici, qui poſt
21 Cagnolum † huiuſmodi prorogationes aſſimilant dilationibus quæ reſcripto Principis debitoribus ad ſoluendum dantur, de venditore ſic tractantes tanquam de debitore, & contrà de emptore tanquam de creditore: cùm tamen neque debitor vllomodo ille ſit, neque hic vllomodo creditor, ſed ille potiùs creditor conditionalis cui actio competitura eſt ad petendam retrouenditionem, dummodò impleta priùs conditione, hîc potiùs debitor ex promiſſione facta de retrouendendo, ſed ſub ea conditione. Si pecunia pretij per venditorem intra conſtitutum tempus reſtituetur. Et tamen etiamſi admitteremus rectam eſſe venditoris & debitoris comparationem hactenus vt venditorem qui ius redimendi haberet, debitorem emptoris dici oporteret, & diei adiectionem in propoſita ſpecie pro venditore eſſe debere potiùs quàm pro emptore: quod falſiſſimum eſt, tentari adhuc poſſet debere Principi perinde licere diem ſolutioni dictam coarctare, atque differre, cùm vtroque caſu perinde faciat aduerſus conuentionem, nec grauius aut intolerabilius damnum patiatur debitor ex repræſentatione paucorum dierum, quàm creditor ex mora modici temporis. Nam quod dicimus diei † adiectionem pro 22
reo eſſe, non pro ſtipulatore, non aliam rationem habet, quàm quia diei adiectio facit ne poſſit debitor ante diem conueniri, qui alioquin non inutiliter ſtatim conueniretur. Cæterùm vbi venit dies, nullus ſupereſt fauor debitoris, non magis quàm ſi obligatio purè concepta eſſet, ideóque protinus conueniri & vrgeri poteſt, non quòd ex eo tempore dies pro creditore & ſtipulatore adiecta videri debeat, vt quidam putant, ſed quia ſublato per aduentum diei impedimento quod exactionem remorabatur, obligatio remanet pura, incipitque creditor obligatus eſſe purè non ob adiectam, ſed ob præteritam diem. Nihil igitur cauſæ eſt cur maior eſſe debeat poteſtas Principis in prorogando quàm in repræſentando tempore ſolutionis, præſertim quando neque nouum illud eſt vt ex obligationibus in diem conceptis aliquando etiam ante diem agatur, non quidem ad ſolutionem, ſed ad præſtandam cautionem, ſcilicet ſi ex bonæ fidei iudicio debeatur, & iuſta ſit cauſa interponendæ cautionis, vt Papinianus ſcribit in *l. omnibus* 41. *De iudic.* Nam ſi id fieri poteſt per iudicem cuius officium duntaxat imploratum ſit, quidni poterit Princeps ex iuſta cauſa iubere repræſentari ſolutionem, pro modico ſaltem tempore? Eadem igitur ratione dicendum eſſet, Si liceat Principi † tempus conditionis 23
quæ ad redimendum implenda eſt, pro menſibus aliquot prorogare, æquè ipſi licere debere, vt idem tempus ſaltem pro aliquot diebus coarctet & abbreuiet in fauorem emptoris. Atqui nemo vnquam opinionem tam improbabilem aut inuexit, aut inuecturus eſt. Neque ergo illi ferendi ſunt, qui prorogandi arbitrium pro tempore quantumlibet modico Principi permittunt. Quid enim aliud faciunt, niſi vt in Principis poteſtate ſit efficere, vti pro arbitrio venditoris emptor obligetur qui alioquin nullomodo eſſet obligatus? Nam cùm illa conditio ſub qua promittitur retrouenditio, ſit ex earum genere, quas interpretes poteſtatiuas vocant (ſiquidem in venditoris poteſtate eſt, an pretium venditionis velit emptori reddere néne) nec obligetur emptor niſi poſtquàm venditor impleuit conditionem, apparet Principem cùm tempus conditionis prorogat, hoc ipſo in manu & arbitrio venditoris ponere an emptorem ſibi obligatum velit, poſt illud etiam tempus, quo præterito ſtipulationis conditionalis tota vis ſpéſque alioquin euanuiſſet. Quid verò dici poteſt † abſurdius, quàm vt 24
ex vnius voluntate pendeat, an alius obligetur ignorans, adeóque inuitus? Tribue ſupremo Principi quantum voles poteſtatem. Separa plenitudinem poteſtatis abſolutæ à poteſtate ordinaria & bene ordinata. Fac omnia eſſe Cæſaris, non imperio duntaxat, ſed etiam dominio. Aſſequeris ſanè vt rei meæ dominium mihi eripere poſſit etiam ſine cauſa, ſed non item, vt poſſit me obligare, nunc primùm, aut iam liberatum rurſus reuocare in obſignationem (quod adhuc difficilius eſt) tanquam ex conuentione ſub ea conditione ſub qua nihil promiſerim: quia præter id quòd ea res implicat contradictionem, pendet etiam ex animi mei ſententia & voluntate, ad quam vſque non poteſt Principis quantumlibet ſupremi poteſtas ſiue iuſta, ſiue iniuſta pertingere.

Denique placet digna Principe vox illa Impp. Honorij & Theodoſij in *l. omnium* 19. *C. de teſt.* Voluntates hominum, inquiunt illi, audire volumus, non iubere.

* * *

ERROR IV.

De prorogando per tutorem, aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem.

SVMMARIA.

1 *An liceat tutori, aut curatori, aut procuratori, aliive adminiſtratori prorogare tempus conditionis ſub qua emptor retrouenditionem promiſit.*
2 *Cagnoli & ſequacium ſententia affirmans.*
3 *Limitatio ſententia Cagnoli.*
4 *Error pragmaticorum.*
5 *Sententia Cagnoli refutatio & ſeqq.*
6 *Qua ſit vis pacti de retrouendendo.*
7 *Reiicitur limitatio num. 3 propoſita.*
8 *Non eſt ſimilis ratio prorogationis que differt tempus ſolutionis, & eius qua differt tempus redemptionis.*
9 *Perſona enumerata nu. 1 non poſſunt prorogare tempus ſolutioni dictum: contra Cagnol.*
10 *Quo caſu admittenda putet autor Principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata.*
11 *Reiicitur ratio Tiraquelli negantis valere prorogationem temporis ad redimendum dati factam à tutore vel curatore, propterea quod contineat alienationem.*
12 *Vera ratio propter quam huiuſmodi prorogatio valere nequit.*
13 *Qua de re propriè quaratur, cùm diſputatur an tutor pro pupillo poſſit prorogare tempus redimendi: & quomodo ad queſtionem reſpondendum.*
14 *Tutor pupillum quatenus obligare queat.*
15 *Princeps ſubditum inuitum aut ignorantem obligare nequit.*
16 *Redimendi ius à Principe prorogatum conuentionale dici nequit.*
17 *Curator minorem obligare nequit.*
18 *Procurator dominum an & quando obligare poſſit.*
19 *Quando non ſit permittendum tutori, vt proroget venditori tempus redimendi.*
20 *Caſus quo poteſt tutor tempus prorogare.*
21 *Alius caſus quo tandem poteſtas tutori tribuitur.*
22 *Caſus quo poteſt tutor prædium pupilli ſine decreto alienare.*
23 *Que ſit cauſa decreti quod in alienatione rerum minoris exigit oratio Seueri.*
24 *Si fundus non ſit minoris, ſed in dominio alterius, licet minori obligatus, decretum nullum neceſſarium eſt.*

QVi ex pragmaticis putant, reſcripto Principis prorogari poſſe tempus conditionis per venditorem implendæ ad extorquendam retrouenditionem, iidem diſputant,
1 vtrum † tutori aut curatori, aut procuratori aliive adminiſtratori liceat ſimiliter idem illud tempus proroga-
2 re. Neque cunctantur quin † eodem Cagnolo duce, quem ſuperioris erroris autorem habent ad *l. 2. Cod. de pact. inter empt. & vendit. quæſtion.* 34. reſpondendum etiam arbitrentur, prorogationem hanc omnibus iis permiſſam eſſe, qui generalem habent & liberam bonorum adminiſtrationem. Sic enim idem Cagnolus *d. l. 2.* eandem ſibi fingens errandi cauſam in vtraque quæſtione, nimirum quod prorogationem hanc ſimilem eſſe putet dilationi quæ debitoribus ad ſoluendum detur: quam ſicut ex reſcripto Principis egeno & miſero debitori dandam eſſe non dubitauit, ita & à tutore, curatore, generali procuratore, aliiſque huiuſmodi perſonis indulgeri poſſe contendit: quaſi vrgente vtrobique eadem iuris ratione, quòd vel nullum, vel non niſi modicum damnum ſit in mora modici temporis, ex *l. ſi debitori* 21. *D. de iudic. & ex notat.* per Bart. in *l. qui Romæ* 122. *§. Callimachus. De verb. obligat.* In quo tamen
obſeruandum eſt eo demùm caſu ſic ſentire † Cagno- 3
lum quo huiuſmodi prorogatio facta ſit ante finitum tempus, quod fuerat in conuentionem deductum. Alioqui iam finito eo fatentur omnes non poſſe locum eſſe prorogationi, ſiue quia tempus quod nullum ſupereſt prorogari nequeat, vt Tiraquellus diſputat *De retract. conuent. §. 1. gloſ.* 7. in verb. *ſeront preferéz. numer.* 24. Siue quòd ea prorogatio poſt tempus iam elapſum facta, ſpecies quædam eſſet alienationis rei iam irreuocabiliter acquiſitæ, quemadmodum idem Tiraq. ratiocinatur ad finem *dict. tit. De retract. conuent. numer.* 17. Is námque † conſtans & perpetuus pragmaticorum error eſt, quòd exiſtimant rem venditam ſub pacto de retrouendendo, non videri alienatam irreuocabiliter à venditore, nec proinde irreuocabiliter acquiſitam ab emptore, quandiu tempora largiuntur vt peti retrouen-
ditio poſſit. Itaque † neceſſe eſt vt ſe victos agnoſcant, 5
ſtatim atque probatum eſt à nobis pactum de retrouendendo nihil obſtare, quominus dominij acquiſitio irreuocabiliter facta eſſe videatur. Omnes ſiquidem admittunt non licere tutori aut curatori, vt neque procuratori liberam adminiſtrationem non habenti, vt rem domini præſertim pupilli aut minoris, & immobilem alienet ſine decreto. Atqui nihil, meo iudicio, dici poteſt apertius, quàm quod in ſuperioribus tam ſæpe incul-
cauimus, & ni fallimur, probauimus. Pacti † de retro- 6
uendendo non eam vim eſſe, vt vel impediat alienationem, vel faciat reuocabilem, ſed tantùm vt obliget emptorem ad retrouendendum ſub ea conditione, Si intra præſcripta tempora pretium à venditore reſtituetur. Cuius obligationis conditionalis effectus ille eſt, vt ſi impleta ſit conditio, adigendus ſit emptor ad faciendam retrouenditionem, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris, ſin defecta ſit conditio, nulla vnquam promiſſio facta eſſe intelligatur, maneátque res emptori purè irreuocabiliter acquiſita, non propter defectam conditionem, ſed propter perfectam impletámque venditionem. Nullo igitur caſu permittendum eſt iſtis perſonis de quibus tractamus, vt prorogent tempus inſertum conditioni pacti
de retrouendendo. Nec † magis antequàm finitum ſit 7
tempus illud, quàm ſi iam finitum eſſet, ſi hoc vnum inſpiciendum eſt quod pragmatici inſpici volunt, an rei dominium ſit irreuocabiliter acquiſitum. Quod ſi verum eſt prorogationem hanc temporis in retrouendendi pacto expreſſi, meram continere alienationem ſi poſt præteritum tempus fiat, conſequens eſt vt æquè contineat illa quæ fit ante id tempus finitum. Qua ratione non inſubtiliter mouetur Tiraquellus vbi ſupr. *num.* 18. vt contra Cagnolum ſentiat, nec patiatur ſimilem conſtitui rationem prorogationis, quæ duntaxat differat tempus ſolutionis, & iſtius de qua diſputa-
mus, *per quam*, inquit, *immobilia alienantur.* Nam † in 8
ſimplici prorogatione temporis ſoluendi multò faciliùs admitti illud poteſt, vt tempus prorogare tutor poſſit, quòd adferat modicum præiudicij, quia quod differtur non auffertur, *§. libertas. Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict.* At proprietatis & dominij alienatio non poteſt non magni eſſe præiudicij, ſi quid
aliud in hominum commercio tale eſt. Neque tamen † 9
admittere Tiraq. poteſt, quod pro certo Cagnolus potuit vſque adeò tribuendum eſſe autoritati tutoris vel curatoris, vel procuratoris generalis, vt tempus ſolutioni dictum prorogare poſſint. Etſi enim ita ſenſiſſe videtur Bar. ad *d. §. Callimachus*, diſtinguens procuratorem, qui ad vniuerſalem ſolutionem deputatus eſt ab eo qui ad vnicam duntaxat, contraria tamen ſententia magis communiter recepta eſt, quæ & probatur ex *d. §. Callimachus,*

lima-bus eòque iure nos vti teſtatur Carolus Molin. in *Conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 27. qu. 2. num. 4.* Et rectè. Nam quemadmodum plus ſoluere intelligitur qui ante diē ſoluit *l. Iauolenus 15. alias l. eum qui de annuis legat.* ita & minùs qui ſoluit poſt diem, vnde illud induci neceſſe fuit vt ex eo die ſi quid inter ſit ſtipulatoris totum id à promiſſore præſtari debeat, itémque fructus, & vſuræ *l. ſi Calendis 11. D. de re iudic. l. ſi fundum certo die 114. D. verb. obligat.* non tanquam ex mora, vt vulgò creditur, (cuius ſcilicet nullam in ſtricti iuris iudicio rationem haberi oporteret) ſed tanquam ex principali obligatione, cuius pars quædam dies eſt, non aliam ob cauſam adiecta quàm vt intelligeret promiſſor futurum vt non aliter ſatisfacere poſſet conuentioni, quàm ſi ſatisfaceret intra præſcriptam diem. Itaque non poteſt concedi dilatio illa ad ſoluendum in longiorem diem, quin diminutio quædam debiti fiat, quantulumcunque tempus illud ſit in quod ſolutio differatur. Atqui nihil omnino ne tantillum quidem ex bonis pupilli diminuere tutor poteſt, aut ex adulti bonis curator: quia domini loco non habentur niſi quantum neceſſe eſt ad tuendum conſeruandúmque patrimonium non ad diminuendum, *l. qui fundum 7. §. ſi tutor. D. pro emptor.* Non ergo permittendum iis eſt, qui alieni patrimonij diminuendi ius non habent, vt huiuſmodi dilationem concedant. Ergo nec principi, ſaltem de poteſtate, vt loquuntur, & ordinaria, & ordinata. Qua ratione magis moueor, vt verum eſſe putem, quod in ſuperioribus diſputaui, non
10 alio † caſu admittenda eſſe principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata, quàm quo nolit creditor annales, aut quinquennales ad ſummum inducias indulgere debitori, quem Princeps ex reſcripto ad miſerabilem bonorum ceſſionem faciendam admiſerit, *leg. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* atque ita eſſe interpretandum, quod de huiuſmodi reſcriptis proditum eſt in *l. vniuerſa 4. C. de precib. Imper. offer.* Quòd ſi in ea quoque dilatione & prorogatione quæ ad ſolutionem tantùm pertinet, falſa ex ſententia Cagnoli & aliorum exiſtimantium poſſe eam fieri per tutorem, aut curatorem, aut Principem, quantò magis falſa erit, ex qua parte volunt redimendi tempora per has perſonas poſſe pro-
11 rogari? Quamquam non placet mihi ratio † illa Tiraquelli, negantis valere huiuſmodi prorogationem, quæ à tutore vel curatore facta ſit, propterea quod contineat alienationem. Nam ſi pactum ipſum de retrouendendo alienatio non eſt, multò minùs alienare videri debet is, qui redimendi tempus prorogat, ſiue antequàm finitum ſit, ſiue poſteà. Quid igitur? Alienandi cauſam duntaxat præbet qui ſe obligat ad retrouendendum, quoniam ita facit vt ex obligatione quæ tum demum ſub conditione poteſtatiua contrahitur, cogi poſſit ad rem retrouendendam, & retrotradendam venditori intra præſcriptum tempus ſiue ab initio conſtitutum ſiue ex poſtfacto prorogatum conditionem adimplenti, preciíque reſtitutionem offerenti, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris, hanc enim electionem emptori dandam eſſe iam ſæpiùs diximus. Ex quo apparet, per pactum de retrouendendo, & conſequenter per prorogationem temporis ad redimendum dati, non ſolùm alienationem nullam fieri, ſed neque alienandi cauſam præciſè præberi, ſed alternatiuè tantùm. Quod ſi ita eſt, non poteſt ea ratio impedire prorogationem quam tutor vel curator fecerit, quòd neque tutori liceat alienare prædium pupillare, neque curatori prædium minoris. Non enim prohibentur hæ perſonæ pupillum aut adultum obligare, licèt ea obligatio cauſam alienationis præbere aliquando poſſit. Tum verò, quid ſi non de prædio agatur, ſed de re mobili, cuius alienatio neque tutori interdicta ſit, neque curatori? An eò magis admittemus valere factam ab iis prorogationem temporis intra quod venditor redimere debuerat? Minimè verò: vt ego quidem

exiſtimo. Illa igitur ratio † & generalior & accommodatior à Tiraquello adferri debuit, quòd huiuſmodi 12
prorogatio fieri nunquam poſſit quin obligationis conditio immutetur, ac proinde quin obligatio noua contrahatur, cùm venditore intra priora tempora non offerente prior illa promiſſio euaneſcat ob defectam conditionem, atque ita euenire neceſſe ſit, vt prorogetur id quod non eſt, ſi non niſi prorogationis iure hæc conuentio cenſeatur. Vnde illud etiam fieri conſequens eſt, vt non alius prorogare poſſit, quàm qui ipſe primùm ſe ſub ea conditione obligauit, aut qui emptorem emptoríſve heredem ſub eadem conditionis ſpecie obligare nunc primùm poſſet. Hoc ego contendo, non eſſe difficilius, vt rem à pupilli patre emptam ſine onere retrouendendi, tutor pupilli nomine promittat retrouendere ſub ea conditione, ſi intra certum tempus pecunia à venditore reſtituetur, quàm vt tempus quod pater conſtituerat, & poſuerat in conditione & promiſſione retrouenditionis faciendæ, proroget venditori. Itaque cùm quærimus,
† an tutor pro pupillo poſſit prorogare tempus redi- 13
mendi, non de illo diſputamus, an rem pupilli ſiue mobilem ſiue immobilem alienare poſſit, ſed an pupillum obligare ſub conditione, quæ in ſtipulatoris poteſtate futura ſit, vt rem ſuam vendat: rem, inquam, quæ à patre pupilli empta fuerit ſine vllo pacto de retrouendendo. Etſi enim ponimus eiuſmodi pactum in emptione per patrem facta interueniſſe, non tamen maiorem illius rationem habere poſſumus quod attinet ad prorogandi licentiam tutori indulgendam, quàm ſi nullum interueniſſet, cùm prorogatio facere non poſſit vt eo minùs euaneſcat conditionalis illa ſtipulatio quæ cum pupilli patre interpoſita fuerat, quia non primam conditionem extendit (quod per pactum non magis fieri poteſt quàm vt longius tempus in breuiore contineatur) ſed nouam inducit, & per conſequentias nouam obligationem conditionalem, cum obligationis conditionalis ſubſtantia, ſi qua eſt, & vt ita dicam identitas, tota ex conditione æſtimetur. Iiſdem ergo diſtinctionibus expedienda res eſt, quibus vtendum eſſet ſi quæreretur an
tutori pupillum obligare liceat: nimirum † valere obli- 14
gationem, dicendum eſt, ſi pupillo vtilis proponatur, qui fortaſſe ob eam cauſam maius quidpiam aliud fuerit conſecutus, ſi minùs, non valere. Solemus enim ex pupilli vtilitate æſtimare omnia quæ in re pupilli tutor geſſerit. Quæ tamen diſtinctio non ſimiliter cadere poteſt in eam prorogationem, quam Princeps venditori liberaliter indulſerit, neſcio vel inuito emptore. Nūquam
enim in Principis poteſtate † eſt vt ſubditum ſuum ig- 15
norantem aut inuitum obliget, ſaltem quaſi ex conuentione, ne quidem de plenitudine poteſtatis, quia non ſicut tutor pupilli perſonam repræſentat, ita & Princeps ſubditi ſui, vt eadem cum ipſo perſona eſſe exiſtimetur: prorſúſque implicat contradictionem vt redimendi ius tanquam ex conuentione & contractu competat intra tempus prorogatum aduerſus eum qui neque ipſe prorogauit, neque prorogationi à Principe factæ vnquam conſenſit. Quod ſi conuentionale non eſt, quæro à pragmaticis, an municipale dicendum erit an principale, aut quo alio nouo nomine donandum? Reſpondebunt
† omnes, eſſe conuentionale. Sed qua ratione poſſit dici 16
conuentionale, quod ex mera Principis voluntate non ſolùm citra, ſed etiam contra expreſſam conuentionem inducitur: numquam certè explicabunt. Vellem vt ſaltem erubeſcerent, cùm obmuteſcunt. Quod de tutore diximus, non ſimiliter de curatore dici poteſt. Cùm
enim curator † etiam generalis non perſonæ detur, ſed 17
rebus, indéque fiat vt curator nunquam adulti perſonam repræſentet ſi eum excipias qui furioſo aut prodigo datur (hic enim datur etiam perſonæ) nunquam permittimus curatori vt minorem obliget ignorantem aut inuitum, ne tum quidem cùm obligatio illa

minori vtilis eſſe poteſt, ſed tantùm vt minori ſeipſum
18 obliganti autoritatem præſtet. Plus iuris habet † procurator generalis. Hic enim in iis omnibus de quibus mandatum habet, domini vice fungitur eiúſque perſonam repræſentat, vt quicquid à procuratore fit, ab ipſo domino, qui mandatum dedit factum eſſe videatur. Quare nec de eo quiſquam dubitat quin huic procuratori liceat dominum obligare, bona ipſius alienare, denique patrimonium eius diminuere, præſertim ſi ex mandato pleniſſimam & liberam habeat bonorum domini adminiſtrationem. Solent enim noſtri diſtinguere an procurator quis conſtitutus ſit cum libera, vt loquuntur, an ſimpliciter. De qua tamen diſtinctione alio loco fuſiùs tractandum nobis erit. Illud hîc monuiſſe ſufficiet, quoties de procuratore, ſiue generali, ſiue ſpeciali tractatur, id vnum inſpici debere, quid mandato expreſſim contineatur, quid etiam tacitè & veriſimiliter contineri, aut non contineri videatur. Apparet autem
19 ex ſuperioribus non ſemper † verum eſſe quod dicimus, tutori permittendum non eſſe vt proroget venditori tempus redimendi, ſed eo duntaxat caſu quo prorogatio illa fieri non poſſit, quin noua obligatio conditionalis ſub noua conditione contrahatur. Quid enim
20 ſi contractus † emptionis à pupilli patre initus fuit ſimulatus & pignoratitius? Finge cum pacto de retrouendendo interueniſſe immodicam læſionem in pretio, ac prætereà, ne quid deſit ex iis quæ interpretes & pragmatici requirunt, conſuetudinem fœnerandi. Placet omnibus non tam emptionem quam ſimulatè ſub emptionis nomine pignus fœnúſque improbum contractum eſſe: vt ſcripſimus in *Error. 9. Decad. 9.* qui conſequenter admittunt, quod & veriſſimum eſt, luendi pignoris ius perpetuum hoc caſu venditori ſupereſſe haud ſecus acſi pignus aperta, expreſſáque conuentione contractum fuiſſet. Ne alioqui proſit callido fœneratori, quòd ſubdolè ac ſimulatè contraxerit in fraudem legitimarum vſurarum. Neque enim lapſus temporis intra quod retrouenditio peti ex pacto potuit, efficere vnquam poteſt vt dominium rei venditæ quæ re vera obligata tantùm eſt, transeat in emptorem ſi non ipſo venditionis & traditionis inſtanti transferri potuerit, quia vt in præcedentibus docuimus, nihil aliud adfert lapſus temporis præter defectum conditionis ſub qua emptor ſe obligauerat de retrouendendo, vt euaneſcat, non tam obligatio ipſa conditionalis, quæ poſt defectam conditionem nulla vnquam fuiſſe intelligitur, quàm ſtipulatio aut pactum cui conditio illa inſerta fuit. Denique pignus quod ab initio re vera pignus fuit, ſemper pignus manet, nec poteſt euadere in emptionem, tametſi millies ponas defeciſſe conditionem promiſſæ retrouenditionis, quoniam abſurdum eſſet & contradictorium, pignus in emptionem conuerti ſola poteſtate conuentionis, per quam ex contrario appareat id egiſſe contrahentes vt pignus non emptio contraheretur: Et quemadmodum tota emptio eo caſu ſimulata eſt, ita in neceſſariam conſequentiam pactum de retrouendendo ſimulatum eſſe neceſſe eſt, cùm ſit pars conuentionis ſimulatæ: neque verò vlla conuentione fieri poteſt vt non liceat creditori poſt hoc aut illud tempus luere pignus quandiu pignus manet, ſolúmque remedium illud ſupereſt creditori qui ſe emptorem dixit, ſi luendi ius debitori volet eripere, vt vel pignus diſtrahat ſiue iure creditoris, ſiue ex perſona debitoris ſub haſta publica, vel dominij ius impetret ex Iuſtiniani conſtitutione in *lege vltim. Codic. de iur. domin. impet.* Proinde ſi emptor hic falſus & ſimulatus deceſſerit relicto herede pupillo, cuius tutor (ſiue ante ſiue poſt finita tempora intra quæ redemptio fieri ex pacto debuiſſet ſi vera emptio fuiſſet) prorogauerit venditori eidémque vero debitori tempus redemptionis, quidni valebit prorogatio, cùm & citra prorogationem debitor ille non ſolùm redimendi, ſed quod amplius eſt, luendi pignoris ius perpetuum habiturus fuiſſet? Nam ius redimendi ſupponit translationem dominij factam ex cauſa præcedentis veræ emptionis, ius verò luendi demonſtrat retentam eſſe proprietatem. Itaque nihil eſt quod talem prorogationem inutilem facere poſſit, niſi hoc ipſum, quòd cùm non eſſet neceſſaria, effectum nullum habere poteſt, nec quicquam addere ei iuri quod haberet falſus venditor idémque verus debitor, etiamſi prorogatio nulla facta eſſet. Nec ad rem pertinet quòd pupillus ſit is, qui falſo emptori ſucceſſit. Tritum enim eſt ex perſona heredis non immutari conditionem obligationis *lege 2. §. ex his, D. de verb. obligat.* neque eo minùs fundum intelligi pignoratum quod fœneratori qui pignus acceperat, pupillus heres extiterit. Quare & eum fundum vendere etiam ſine decreto tutor poteſt ſi velit, & pupillo ita expedire arbitretur, quandiu pupilli nomine ius dominij impetratum non eſt, quia non pupillaris fundus eſt, ſed alienus qui tantùm pigneratus eſt, *lege magis puto 5. §. ſi fundus pupillo. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed etſi ponas, † emptionem factam ſub pacto de retrouendendo accedente immodica læſione non vſque adeò ſimulatam eſſe, vt nudi pignoris iure cenſeri debeat, ſed tamen tantam læſionem interueniſſe, vt conditio pacti de retrouendendo, quæ ex conuentione temporalis fuit, perpetua videri poſſit (quomodo perpetua eſſe creditur quoties læſio in pretio excedit beſſem, idque ſacroſancti Senatus noſtri decretis innumeris comprobatum eſt) quis neget debere tutori licere, vt non ſolùm ante præteritum tempus intra quod redimi res potuit, ſed etiam poſt id elapſum & finitum, proroget venditori facultatem redimendi? Eadem *enim hoc caſu* ratio obtinet, quæ & in ſuperiore à *nobis vſurpata eſt*, quòd etiam citra prorogationem ius illud redimendi tanquam perpetuum competeret venditori, adeóque imputarentur emptori eiúſque heredi licèt impuberi fructus quos ille ex re empta percepiſſet, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, in eo ſaltem quòd quincuncium vſurarum modum excederent. Nam ſi ex interpretum & pragmaticorum ſententia ius illud venditori ſemel quæſitum fuit vt nil obſtante limitata conditione pacti de retrouendendo emptorem quandocunque vrgere poſſet ad retrouendendum, ſaltem in annum vſque trigeſimum, atque adeo ad fructus omnes ſuperfluos aut reſtituendos, aut quod effectu idem eſt in pretij reſtituendi cauſam imputandos. Cur dicamus alio iure emptorem cenſeri debere, alio heredem emptoris impuberem? Aut deteriorem fieri conditionem venditoris ex ſuperueniente perſona pupilli cum quo nihil contraxerit? Nec proinde dubitandum puto, quin tutori † liceat ſi velit rem ita venditam quamuis immobilem retrouendere ſine decreto, etiam poſt elapſa tempora quæ per conuentionem præſtituta fuerant petendæ retrouëditioni. Eſt enim caſus hic ex eorū numero in quibus decreto nullo opus eſt ad alienandum prædium pupillare *l. 1. C. quand. decret. opus non eſt.* Nam quid, obſecro, intereſt, an tempus quod conuentione præſtitutum fuerat nondum præterierit, an verò ita præterierit, vt non eo minùs redimendi facultas ſuperſit ex iuris poteſtate? Aut quænam iniuria fit pupillo, quidue ipſius intereſt, ſi tutor nomine pupilli retrouendat rem, quam vt retrouenderet inuitus cogi potuit, ſiue ex conuentione, nondum ſcilicet tranſacto tempore intra quod retrouenditio fieri debuit, ſiue ex lege, quæ conditionem temporalem in perpetuū tempus extendat? Finge ex pupilli vtilitate negotium tranſactum eſſe, tutoremque cùm videret in eo eſſe rem, vt ſi iudicio experiendum eſſet, condemnari pupillum oporteret non ſolùm ad retrouenditionem faciendam, ſed etiam ad fructus iam perceptos ac fortaſſis malè conſumptos aut reſtituēdos, aut in ſortem imputandos 21 22

imputandos ſaltem pro ea quantitate quæ vſurarum quincuncium modum excederet, ſi tráſegiſſet cum venditore vt integro pretio recepto fundum retrouenderet, cur non boni conſulere pupillus debeat quod bona fide tutor geſſerit? Aut cur ei permittatur vt impugnet retrouenditionem illam quaſi contra leges factam, ob id ſolùm quòd ſine decreto facta ſit, quam tamen ſi tunc à tutore facta non eſſet, nunc ſaltem à minore etiam inuito fieri oporteret, & quidem cum damno & reſtitutione fructuum quos ex pacto & tranſactione tutoris ſaluos habeat? An eo iure quod in pupillorum minorúmque omnium fauorem & vtilitatem conſtitutum eſt, in ipſorum necem abutemur? Dices fortaſſe, vel eo ſaltem nomine decretum eſſe neceſſarium & cauſæ cognitionem vt ſciatur an emptionis contractus verus ſit, an ſimulatus & fœneratitius. Ego verò hoc nego. Decretum
23 † enim illud quod Seueri oratio exigit in alienatione rerum minoris, eam duntaxat cauſam habet ne bona minoris immobilia quæ ipſi ſalua conſeruari quàm maximè intereſt, ſine cauſa alienentur, eáque prorſus neceſſaria, id eſt, ad alienum æs exſoluendum. Cui conſe-
24 quens eſt, vt ſi fundus † non ſit minoris, ſed in dominio alterius licèt minori obligatus, decretum nullum neceſſarium ſit, quia nec quicquam eſt quod impediat, vel remoretur retrouenditionem, quæ cùm ſit rei alienæ, nullam prorſus alienationem inducit. Fateor non poſſe ſine cauſæ cognitione diſcerni, an emptio fuerit an pignus, & an ſimulatio aliqua interuenerit necne. Sed eam cognitionem dico poſſe quandocunque adhiberi, id eſt, longo etiam poſt factam retrouenditionem interuallo, qui neceſſe non eſt præcedat, cùm non ob eam cauſam fiat vt retrouenditio valeat, ſed vt ex poſtfacto appareat iam ab initio valuiſſe. Non enim quod poſt decennium pronuntiatur contractum eſſe pignoratitium, facit eum talem ex die tantùm ſententiæ, ſed qualis iam inde ab initio fuerit declarat: ſicut generaliter in ſententiis omnibus vſuuenit, vt non ius nouum tribuant, ſed id quod iam eſt demonſtrent & probent. Denique ſufficit id à tutore factum eſſe, quod ſi factum non eſſet nunc à minore ipſo vel inuito fieri oporteret, ſicque rem geſtam eſſe, vt ex tutoris facto plus lucri pupillus ſenſerit, quàm ex ſuo proprio ſperare ex iuris ratione debuiſſet. Hoc enim caſu, etiam cum ipſo pupillo contractum videtur *l. apud Iulianum* 3. *§. contractum, in fin. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

ERROR V.

De in integrum reſtitutione pupillo vel minori concedenda aduerſus lapſum temporis conuentionalis.

SVMMARIA.

1 *An pupillo vel minori concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum defuncto parenti dati.*
2 *Species l. Æmilius* 38. *D. de minorib. vbi ſimilis quæſtio proponitur.*
3 *Pauli in d. l. deciſio.*
4 *Sententia Bartoli & aliorum de reſtitutione pupillæ & cauſa reſtitutionis in d. l. Æmilius.*
5 *Contraria ſententia Franciſci Curtij ſenioris.*
6 *Prima ratio contra ſententiam Bartoli.*
7 *Baldi diſtinctio in quæſtione de reſtitutione pupillæ.*
8 *Accommodatio rationis & diſtinctionis Baldi ad quæſtionem num. 1. propoſitam.*
9 *Cur aduerſus legalem temporis præſcriptionem minori reſtitutio detur, non etiam aduerſus conuentionalem.*
10 *Actiones quædam cur temporales dictæ.*
11 *Prætor quatenus reſtituere poſſit aduerſus lapſa tempora conditionis.*
12 *Baldi diſtinctio num. 7. propoſita ex qua parte reprehendenda, & num. 14.*
13 *Interpolatam eſſe legem, ſi fundus 4. §. ſed quod. D. de leg. commiſſ.*
15 *Diſtinctio pragmaticorum abſurda.*

CVm is qui rem vendiderat ea lege, vt ſi intra biennium reſtitueret pretium emptori, viciſſim emptor eam rem retrouendere cogeretur, deceſſit ante finitum biennium relicto herede impubere aut minore, euenit plerumque vt redimendi tempus elabatur, ſiue ignoratione pacti à defuncto interpoſiti, ſiue vitio ætatis quæ rebus ſuis commodè & diligenter proſpicere non ſatis poteſt. Inde verò emergit quæſtio ab interpretibus & pragmaticis frequentiſſimè tractata, an pupillo † vel minori 1
concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis, ſiue ex capite edicti de minoribus, ſiue ex generali clauſula edicti, ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, vt perinde admittendus ſit pupillus aut minor ad petendam retrouenditionem, acſi tempus illud quod conuentione præſcriptum fuerat, nondum elapſum eſſet. Quæ quæſtio à Iulio Paulo Iureconſulto primùm tractata eſt, licèt in ſpecie non prorſus ſimili in † *l. Æ-* 2
milius Larianus 38. *D. de minor.* Æmilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commiſſoria emerat data parte pecuniæ, ita vt ſi intra duos menſes ab emptione reliqui pretij partem dimidiam non ſoluiſſet, fundus inemptus eſſet, item ſi intra alios duos menſes reliquum pretium non numeraſſet, ſimiliter eſſet inemptus. Intra priores duos menſes Lariano defuncto, Rutiliana pupillaris ætatis ſucceſſerat, cuius tutores in ſolutione ceſſauerant. Venditor denuntiationibus tutoribus ſæpe datis poſt annum eãdem poſſeſſionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum reſtitui deſiderabat. Victa tam apud Prætorem quàm apud Præfectum vrbi prouocauerat. *Putabam*, † inquit Pau- 3
lus, *bene iudicatum quod pater eius, non ipſa contraxerat.* Neque tamen diffitetur aliter viſum eſſe Imperatori, ea potiſſimùm ratione, *quòd dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet, eáque res feciſſet ne pareretur legi venditionis.* Sed rationem hanc ſubinde impugnat Paulus iis verbis, *non me moueri, quòd dies poſtea tranſiſſet, non magis quam ſi creditor pignus diſtraxiſſet poſt mortem debitoris die ſolutionis finita.* Quare nec dubitant interpretes in hoc opinionum conflictu quin Pauli ſententia verior ſit, & iuris rationi magis conſentanea, quod ad theſim illam attinet, an pupillo ſuccurrendum ſit per in integrum reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis, licèt in ea hypotheſi ſententiam Imperatoris ipſe quoque Paulus fere probet, ſed alia ratione quàm qua mouebatur Imperator. *Dicebam*, inquit, *poſſe magis ea ratione reſtitui eam, quod venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo receſſiſſe à lege ſua videretur.* Sed & alias rationes duas ſubiungit, quæ Imperatorem in eam mouerunt ſententiam, vt pronuntiaret pupillam in integrum reſtituendam, quarum prior hæc fuit, quòd lex commiſſoria ei diſplicebat. Altera illa, *quòd priores tutores, qui non reſtitui deſideraſſent, ſuſpecti pronuntiati erant.* Ex quibus rationibus apparet extra illum caſum, id eſt, ſi neque de lege commiſſoria tractatum eſſet, neque tutores ſuſpecti pronuntiati fuiſſent, aliud ſanè decreturum fuiſſe Imperatorem, & reſtitutionem in integrum pupillæ denegaturum. Sed tamen interpretes † & pragmatici ferè omnes, duce Bartolo, 4
id ita intelligunt, vt cùm reſtituenda non fuerit pupilla tanquam minor & ſolo fauore ætatis ex edicto De minoribus, reſtitui tamen debuerit ex generali

illa clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, de qua in *l.1.D.ex quib.cauſ.maior.* ac proinde tanquam maior, & propter iuſtam illam ignorantiam quam obtendere probabiliter poteſt, quiſquis in alterius locum & ius ſuccedit *vulg. l. qui in alterius 49. De regul.iur.l vlt.D. pro ſuo*, maximè verò pupillus, cuius ætas, illa etiam omnia, quæ videt, ignorat, vt ait *l. vnic. C. de falſ. monet.* Eáque ſententia vſque adeò in tribunalibus omnibus recepta eſt, vt non deſint qui ſcribant eam eſſe canonizatam,admirantes ſubtilitatem Bartoli,cui primùm in mentem venerit vt induceret tam probabilem & æquam diſtinctionem. Contra quam tamen inuenio reſ-
5 ponſum † & diſputatum fuiſſe per Franciſcum Curtium ſeniorem *conſ.58.* aliàs *59.* incip. *Chriſti*. Tam copiosè & ſubtiliter ſanè, vt ad eas rationes quas adducit, non putem fieri poſſe vt quiſquam pro Bartolo bene
6 reſpondeat. Illa † autem potiſſima eſt, qua & Paulus mouetur in *d. l. Æmilius* quòd nihil cauſæ ſit cur pupillo ſuccurri debeat in ea re de qua pater eius non ipſe contraxerit. Quid enim abſurdius aut iniquius dici poteſt quàm vt is qui cum pupillo nullum geſſit negotium, cogatur expectare pupilli pubertatem? quemadmodum ex Marcello Vlp. ſcribit in *l. apud Iulianum 3. D.ex quib.cauſ. in poſſ. eat.* vbi per hanc rationem infert ille in hæc verba, *ideóque cùm ex perſona patris contractus deſcendat, dicendum erit non eſſe expectandam pupilli pubertatem.* Quoties enim pupillus aut minor in integrum reſtitui vult ob ætatem, neceſſe eſt vt probet ſe læſum, nec ſufficit probari ætatem *leg. nam poſteaquam 9.§. ſi minor. D. de iureiur.l.quòd ſi minor 24.§.non ſemper D. de minor.* Fieri autem non poteſt vt propter lubricum ætatis minor læſus ſit, ſi nihil ipſe contraxerit, ſed pater eius, tametſi patris heres ipſe proponatur. Qua de cauſa ſic concepta ſunt verba edicti *De minoribus. Quod cum minore quam 25.annis natu geſtum eſſe dicetur, vti quæque res erit, animaduertam. l.1.§.1.l.ait Prætor 7. eod.* vt intelligamus ſi nihil omnino geſtum ſit cum minore, ſiue pupillus, ſiue adultus ille ſit, (neque enim Prætor diſtinguit) nullam ſubeſſe cauſam indulgendæ reſtitutionis. Nimirum ſi, quomodo in propoſita ſpecie, contractus cum defuncto initus ſic perfectus fuit & impletus eo adhuc viuo, vt nihil omnino ſuperfuerit gerendum cum pupillo. Fateor non inuitus, ſi is contractus fuit cuius implendi gratia pupillum aliúmve minorem maiori, qui contraxerat ſuccedentem aliquid facere neceſſe ſit, poſſe pupillum, & minorem quemlibet in integrum reſtitui ſi damnum ſenſerit ob non factum id quod facere debuit: quaſi hoc ipſo aliquid facere videatur, & quidem id quod non debet, quod ea non faciat,quæ facere deberet. Sed ſi in maiori perſona contractus omnino impletus fuit,nego ſuccurrendum eſſe minori contra lapſum temporis ob hoc ſolùm, quòd tempus elabi paſſus ſit ex eóque damnum
7 ſenſerit.Quæ fuit Baldi ſententia & diſtinctio † ad *d. l. Æmilius, & ad l.2.Cod.ſi aduerſ.vendit. pignor.* Diſtinguit enim, an damnum illud emergat pupillo ex ſolo lapſu temporis, vt eo caſu poſſit reſtitui aduerſus præſcriptionem quam vocat conuentionalem licèt cœperit in perſona maioris, an verò damnum pupillus ſentiat ex contractu inito cum maiore,licèt ob lapſum temporis in conuentione adhibiti, vt nulla tunc ſubſit cauſa concedendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis aduerſus lapſum temporis,non magis quàm aduerſus contractum ipſum,cuius pars quædam tempus eſt,quia non poteſt hoc caſu pupillus conqueri de lapſu temporis, quin de contractu ipſo conqueratur. De quo tamen conquerendi ius nullum habere poteſt, cùm non ipſe, ſed maior contraxerit. Quanquam idem Baldus ſubdiſtinguit, an quod intra conuentum tempus factum non fuit, tenderet ad obſeruantiam & approbationem contractus à maiore initi, an verò ad eius deſtructionem & reſolutionem, aut vt loquuntur, annullationem. Poſteriore hoc caſu admittit in integrum reſtitui poſſe minorem,veluti, inquit,ſi ob non ſolutum canonem annuum heres emphyteutæ pupillus aut minor à ſuo iure cecidiſſe dicatur, quoniam licèt ius domini directi ex eo contractu totum pendeat, qui fuit geſtus cum emphyteuta maiore, nec aliud interuenire neceſſe ſit ex parte pupilli, quàm vt non fecerit, quod intra præſtitutum tempus facere debuit, tamen ceſſatio illa in ſolutione canonis annui eò pertinet, vt contractus emphyteuticarius reſoluatur, & pro non facto habeatur. Priore verò caſu non dubitat Baldus, quin omnino deneganda ſit minori reſtitutio, quia ex lapſu temporis non alius effectus inducitur, quàm confirmatio contractus, qui non ſolùm à maiore factus fuit,ſed etiam in maioris perſona impletus & perfectus. Itaque licèt lapſus temporis, ex quo effectus ille inducitur, incidat in tempus pupillaris aut minoris ætatis, nihil tamen ea res pupillo prodeſt, quia nihil noui ex eo inducitur, ſed contractus duntaxat iam alioqui perfectus,viuo maiore,cui pupillus ſucceſſit, tantò magis confirmatur. Eiuſmodi verò eſt † 8
contractus ille de quo diſputauimus,cùm inter maiores facta venditio eſt ſub hac lege,vt ſi intra biennium venditor emptori pecuniam reſtituet, emptor viciſſim retrouendere teneatur. Nam, vt in ſuperioribus tam ſæpe à nobis diſputatum eſt, venditio hæc perinde abſoluta & perfecta eſt, etiam priuſquàm biennium præterierit, acſi pactum de retrouendendo nullum ſubiectum eſſet: & æquè dominium transfertur in emptorem ſecuta traditione, adeóque irreuocabiliter, quamuis non inalienabiliter. Nec ad aliud prodeſt pactum additum de retrouendendo niſi ad inducendam obligationem retrouendendi ſub conditione ſi venditionis pretium reſtituetur. Et conſequenter ex lapſu biennij nullum acquiritur ius emptori, vt eò magis aut irreuocabiliùs fiat dominus poſt biennium, qui iam ante biennium vero ac pleno iure dominus fuit, nec rurſus vt liberetur ab obligatione conditionali, quæ quandiu conditio pependit, nulla fuit, defecta verò conditione prorſus euanuit. Sed tantùm vt deſinat poſſe vnquam ne ſub conditione quidem obligari ex ea cauſa, acſi nullum de retrouendendo pactum, nulla ſtipulatio vnquam interueniſſet. Venditor autem vel pupillus qui in venditoris iura ſucceſſerit, non aliud amittit ex lapſu vllo temporis, niſi ſpem illam obligationis perſonalis quam in eum vſque diem habere potuerat ex pacto vel ſtipulatione conuentionali ad extorquendam ab inuito emptore retrouenditionem, aut quanti ob eam cauſam ſua intereſſet. Cuius tamen ſpei ne ratio vlla haberi poſſit, illud facit, quòd defecta tandem pacti conditione propter lapſum temporis in conditione poſiti, ſicuti nullum pactum nulláque promiſſio retrouendendi vnquam præceſſiſſe intelligitur, ita neque ſpes vlla ex eo pacto vnquam competiiſſe videri poteſt, non magis quàm ex eo pacto quod nunquam fuiſſet, quia actus conditionalis licèt pendente conditione non omnino nullus ſit propter ſpem exituræ quandoque conditionis, tamen defecta quandocunque conditione non tam nullus, quam prorſus nihil eſt, & tale quid quod ſemper nihil fuit. Itaque ſi pupillo, & minori ex hac cauſa prætor per in integrum reſtitutionem ſuccurreret, vt etiam poſt lapſa conditionis implendæ tempora eum admitteret ad conditionem implendam, petendámque retrouenditionem, faceret reſtitutio vt non ſolùm plus iuris haberet pupillus aut minor quàm anteà habuiſſet, ſed etiam vt aliquid iuris nunc haberet ille, qui nihil prorſus anteà habuiſſe videri poſſet. Plus enim iuris habet qui intra triennium poteſt implere conditionem, quàm qui intra biennium, nec præterito biennio dici poteſt ius aliquod vnquam habuiſſe ex actu conditionali cum qui intra biennium implere quidem potuit conditionem, ſed non impleuit. Atqui abhorret hoc à natura reſtitutionis

ſtitutionis in integrum vt plus iuris tribuat ei qui in integrum reſtituitur quàm habuerit anteà. Satis enim eſt vt tribuat tantundem, nec plus nec minùs vt omnia in integrum, id eſt, in priſtinum ſtatum reſtituantur. Ergo quemadmodum prætor facere non poteſt, vt biennium quod effluxit, non effluxerit, aut vt in biennio triennium contineatur. Itaque neque aduerſus lapſum biennij concedere reſtitutionem ad hoc vt conditio quæ intra biennium impleri debuit, ad triennium vſque impleri poſſit. Præſertim cùm vel minima in tempore conditionis mutatio conditionem mutet, aliamque faciat quàm ſub qua emptor promiſerat retrouenditionem. Proinde prætor ſi huiuſmodi reſtitutionem indulgeret, non ſolum nouam conditionem induceret ſed etiam nouam obligationem, & quæ nunquã fuiſſet, quod ſanè non magis facere poteſt quam Princeps, de cuius in hanc rem poteſtate tam fusè à nobis ſuprà diſputatum eſt. Prætor enim cùm aduerſus extinctam obligationem in integrum reſtituit, id tantum agit vt veterem obligationem reſtituat, & conſequenter ſub iiſdem qualitatibus & conditionibus, non etiam vt nouam inducat. Dices, ſecundum hanc rationem ſi recta eſſet, dicendum fore, nunquam prætorem poſſe minori dare reſtitutionem in integrum aduerſus lapſum temporis, ne quidem legalis, quia non magis in legali quàm in conuentionali biennio triennium contineri poteſt. Et tamen nemo dubitat quin aduerſus legalem temporis præſcriptionem reſtitutio minori danda ſit à prætore *l. ſicut 3. C de præſcr. 30. vel 40. annor. l. vlt. C. in quib. cauſ.*
9 *reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* Reſpondeo † multum differre hac parte tempus quod à lege præſcribitur, ab eo quod ex contrahentium voluntate expreſsáque conuentione: quia lex nihil niſi quantitatẽ temporis intuetur, non hanc aut illam præciſè diem à qua incipere præſcriptionem velit, aut qua finiri. Exempli cauſa ſi de annali aut biennali præſcriptione quæratur, non curat lex an incipiat annus ex Cal. Septembr. an ex Octobribus. Et quamuis eadem lex conſtituat annum incipere ex quo die hoc vel illud factum fuerit non tamen curat an hoc vel illud fiat Calend. Septembribus an Octobribus. Itaque facilè prætor in huiuſmodi cauſis reſtitutionem concedere poteſt tanquam interpres legis, non vt pro biennio ſubſtituat triennium, ſed vt pro die diem, pro menſe menſem, pro anno annum, *l. ſed etſi 26 §. quoties D. ex quib. cauſ. maior.* vt tantundem reddat reſtitutio quantum abſtulit læſio. Neque in eo cuiquam facit prætor iniuriam, ne legibus quidem, quarum ſcilicet ex æquitate temperandarum adeóque corrigendarum ius habet. At cùm ab ipſis contrahentibus ſtatutum tempus eſt, intra quod aliquid fieri, præſertim verò conditionem impleri oportuerit, non poteſt Prætor aduerſus lapſum temporis concedere in integrum reſtitutionem, quin faciat iniuriam ei qui eo tempore conuenerat, non alias neque ſub alia conditione contracturus. Hoc ipſo enim quod aduerſus lapſum temporis in conditione poſiti reſtitutio daretur, noua quoque conditio induceretur, & quidem conuentionalis, quæ tamen à prætore ſolo formam acciperet, nec ſolùm citra, ſed etiam contra ipſam conuentionem quæ à contrahentibus facta eſſet. Quod vtique nemo dixerit debere in prætoris eſſe poteſtate, niſi qui & ſtipulationes prætorias eaſdem cum conuentionalibus eſſe dixerit. Multóque facilius eſt vt poſſit in integrum reſtituere aduerſus elapſa tempora proponendæ actionis quæ iam aliquando competierit, quam vt nouam ipſe actionem inducat, adeóque quod magis eſt, nouam obligationem, qualis proculdubio illa eſſet, quam induceret noua inducta conditione. Actio enim quæ ſemel competiit, nunquam tempore finiri poteſt ipſo iure, cùm tempus non ſit modus tollendæ, ſicut nec inducendæ obligationis *vulg. l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de obligat. &*
10 *action.* Et cùm dicimus actiones † quaſdam eſſe temporales ad earum differentiam quæ ſunt perpetuæ, *tit. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* non ad ius ipſum actionis reſpicimus, quaſi tempore vllo finiatur, ſed ad ius exceptionis quæ ex tempore inducitur, quam & temporis præſcriptionem dicere ſolemus, vnde & *tit.* ille in *Pand. de diuerſ. tempor. præſcript.* pro quo extant in Codice tot alij. *De long. temp. præſcript. de quadr. præſcript. De præſcript. 30. vlt. 40. annor.* Præſcriptio enim prudentibus noſtris nihil niſi exceptio eſt, quæ omnimodo ſupponit præcedentem actionem, cùm nihil aliud exceptio ſit, quàm actionis excluſio, *l. 1. 2. & paſſ. D. de exception.* Itaque Prætor cùm in integrum reſtituit actorem aduerſus elapſa tempora actionis temporalis, nihil efficit niſi vt erepto exceptionis commodo ei qui conuenitur, ſaluam det actori facultatem agendi, perinde ac ſi tempora nondum elapſa eſſent. Sed etſi actio ipſa per lapſum temporis non modò excluſa, ſed prorſus etiam extincta proponeretur, facilius tamen eſt prætori per in integrum reſtitutionem, facere vt vetus actio qualis fuit reſtituatur, quàm vt noua inducatur. Maximè cùm fieri nequeat vt noua illa veteri perſimilis ſit, quandoquidem naſcitur ex noua obligatione, quam nouam facit noua conditio propter innouatam conuenti temporis quantitatem. Obiicies fortaſſe, nec illud nouum eſſe, vt Prætor in integrum reſtituat aduerſus lapſa tempora conditionis, ſicut & aduerſus lapſum temporis intra quod actio proponi debuit. Nam ſi minor quis fuerit heres inſtitutus aut legatum acceperit ſub ea conditione, *ſi intra centum dies fuerit à patre emancipatus*, nec intra id tempus ſit emancipatus, ob id ſolùm quòd non certiorauerit patrem qui eum fuerat emancipaturus, ſi conditionem ſciuiſſet, conſtat poſſe minorem in integrum reſtitui aduerſus lapſa tempora conditionis, etiam ad lucrum ex teſtamento captandum, ſi modò paratus ſit pater eum emancipare, *l. 3. §. & ſi heres. D. de minor.* Nam ſi ad lucrum captandum hæc reſtitutio minori datur, quantò magis dabitur ad damnum vitandum? Reſpondeo, multùm † etiam hac parte differre temporalem conditionem 11 teſtamentariam à conuentionali, quia teſtator qui inſtitutioni aut legato conditionem illam adſcripſit, *ſi intra dies centum à patre fuerit emancipatus*, licèt tempus certum adiiciat, non tamen præciſè rationem habuit huius vel illius diei, id eſt an intra Calendas Septembres an Octobres ea conditio impleri omnimodo deberet, quia neque ſcire illud potuerit quo demùm tẽpore centeſimus ille dies futurus eſſet, non magis quàm quo die eſſet ipſe moriturus, cùm certi iuris ſit, eos centum dies incipere currere ex tempore mortis teſtatoris, adeóque ex quo adiri poſſit hereditas, *l ſi Titio 23. §. 1. D. quand. dies legat. ced.* Proinde nihil fit contra voluntatem teſtatoris, neque noua conditio per prætorem inducitur, cùm poſt elapſos centum dies minor reſtituitur ad hereditatem adeundam petendumve legatum, parato patre eum emancipare. Præciſa enim dies illa eſt, quæ facit vt quantulacumque temporis immutatione, ipſa quoque conditio immutetur. Imò tantò magis defuncti voluntas conſeruatur, quam credibile non eſt eum fuiſſe, vt ſolo lapſu temporis inſtitutio intercideret ante declaratam à patre voluntatem, in cuius poteſtate eſſet implere conditionem, quamuis ſi filius ille maior eſſet, nullo iure ſe reſtitui poſtularet, præſertim aduerſus amiſſam lucri conſequendi occaſionem. Minorum enim priuilegium illud eſt vt iis etiam in lucro ſuccurratur. Aut minori irrogatam, quàm ſi à maiore cui minor ſucceſſiſſet ea conditio impleri iam potuiſſet, quoniam, vt in ſuperioribus diſputauimus, numquam ex perſona heredis obligationis ſubſtantia & conditio, aut ipſius conditionis forma immutatur. In eóque fortaſſe reprehendenda † eſt ſupradicta Baldi diſtinctio, ex ea parte quæ habet 12 concedendam minori reſtitutionem aduerſus lapſum tẽporis conuentionalis, quoties ob non factum id quod fieri debuit, contractus à maiore initus reſoluitur, & annulla

annullatur, non etiam ſi tantò magis confirmetur, &
impleatur. Nam & in ſpecie *d.l. Æmilius* proponebatur
ea conuentio facta inter maiores, vt fundus qui emptus
fuerat, inemptus fieret, ſi pretium intra certa tempora ſo-
lutum non eſſet: quæ poteſtas eſt legis commiſſoriæ vt
ipſo iure reſoluat venditionem, nec eo magis tamen
Paulus credidit extra ordinem iuuari debuiſſe pupillam
per in integrum reſtitutionem, tametſi lex illa commiſ-
ſoria in venditionibus odioſa putaretur: non illa tan-
tùm ratione, quam attulimus *Decade* 21. quòd bona fide
initam venditionem reſoluat, ſed etiam in pleriſque cre-
dimus, quòd emptori, qui partem pretij ſoluit, damnum
inferat vt eam quantitatem quæ ſoluta eſt amittat, *l. ſi
fundus* 4. *§. ſed quod ait Neratius, D. de leg. commiſſ.* vbi
Neratij ſententia laudatur exiſtimantis emptorem hoc
caſu lucrari debere fructus quos ex re empta inemptá-
que perceperit, quos alioqui actione ex vendito reſti-
tuere deberet quaſi nullo iure perceptos Niſi quis dicat,
quod ego probabilius arbitror, eo demùm caſu pretium
amitti quo idipſum conuenerit inter emptorem & ven-
ditorem. Nam & de arris quarum amiſſio facilior & tole-
rabilior eſt, conſtat frequentem fuiſſe conuentionem, vt
eas emptor amitteret ſi pretium non ſolueret intra tem-
pus præſtitutum, *l. vlt. D. eod. l.* 1 *C. de pact. int. empt. &
vendit.* Cur verò ea conuentio adhiberetur, ſi etiam nulla
adhibita ius ita eſſet vt arras perdere emptor deberet?
Aut ſi nequidem arras perdit, cur amittet pretium? Quod
enim legis commiſſoriæ poteſtate venditio reſoluitur,
fundúſque inemptus ſit, ſuadet potiùs vt venditor qui
contractus legem exercet, pretium à ſe acceptum red-
dere debeat, quaſi quod ſine cauſa penes eum eſſe inci-
piat, quod ex cauſa emptionis amplius eſſe non poteſt.
13 Quod ſi ita eſt, vereor † ne ſit interpretis tota illa clau-
ſula & illatio quæ eſt in *d. §. ſed quod ait, Igitur ſententia
Neratij tunc habet locum quæ eſt humana quando emptor
aliquam partem pretij dedit.* Non enim ſic Neratius lo-
cutus fuerat aut Vlpianus ex Neratio *cum pretium emptor
dedit*, ſed longè aliter, *cùm pretium quod numerauit, per-
didit.* Ita potiùs innuens, non omne quod numeratum
eſt perditum etiam eſſe, ſed certo duntaxat caſu, puta ſi
ita conuenerit Et verò ſecundùm hanc clauſulam dicen-
dum eſſet, ſoluta quoque per commiſſoriam legem ven-
ditione, non alio tamen caſu emptorem fructus à ſe per-
ceptos reſtituere debere, quàm quo nullam pretij par-
tem ſoluiſſet, ſiquidem ſoluto integro pretio, de lege
commiſſoria quæri non oporteret, cuius ea conditio eſt.
Si intra certum tempus pretium totum non fuerit exſo-
lutum. Atqui etiam ceſſante legis commiſſoriæ poteſtate,
non deberet emptor fructus vllos lucrari, qui nullam
omnino pretij partem ſoluiſſet, quemadmodum ex con-
trario dicimus, iniquum eſſe vſuras ab eo exigi, qui fru-
ctus non perceperit *l. liberalitatis* §. 1. *D. de vſur.* Ergo
cùm ob non ſolutum pretium fundus inemptus factus
eſt, debet emptor fructus omnes reddere, tametſi partem
pretij intulerit, non tam ratione non ſoluti pretij, quàm
poteſtate pacti per quod reſoluta venditio eſt, alioqui
eueniret vt qui vel vnum ſoluiſſet nummum, fructus in-
tegros retinendi ius haberet, quod tam abſurdum eſt, vt
nec aliter Neratij ſententiæ locum eſſe putem interpo-
ſita etiam pactione *De ſoluto pretio perdendo*, quàm ſi ea
pars pretij quæ ſoluta eſt, fructuum quantitati & æſti-
mationi reſpondeat. Quo demùm caſu æquum videtur
emptorem lucrari fructus, & quidem omnes & totos, id
eſt non ad ratam vſque ſoluti pretij duntaxat, quia non
in vicem vſurarũ eos lucratur, ſed in vicem ſortis pretij,
quæ tota emptori ex pacto amiſſa remanet penes vendi-
torem. Sed hoc obiter. Ad id enim redeundum eſt, quod
14 † contra Baldum diſputabamus, non eò magis eſſe ſuc-
currendum pupillæ aduerſus lapſum temporis conuen-
tionalis, quòd ex non facto pupillæ deſtruatur, & annul-
letur contractus qui fuerat initus cum maiore, ne tum
quidem cum pactio inter maiores facta odioſa eſt. Sic
enim Paulus in quæſtione *De lege commiſſoria* reſpõdit.
d. l. Æmilius, niſi fortè quis putet malè Paulum reſpon-
diſſe, ac meliùs Imperatorem decreuiſſe: quod tamen ex
interpretibus nemo putat, præſertim ſi ponas ceſſare ra-
tiones cæteras præter odium legis commiſſoriæ quibus
motus eſt Imperator vt in ea ſpecie reſtitutionem in in-
tegrum pupillæ indulgeret. Id eſt, quod & venditor pre-
tium petendo poſt diem legi commiſſoriæ renuntiaſſe
videbatur, & tutores qui in ſolutione ceſſauerãt, ſuſpecti
pronunciati erant. Quantò minùs igitur danda erit mi-
nori reſtitutio aduerſus lapſa tempora pacti de retrouen-
dendo, quod non ſicut pactum commiſſorium odioſum
eſt, ſed fauorabile? Atqui, inquit Baldus, ſi emphyteutæ
heres minor ceſſauerit in canonis annui ſolutione, du-
bitandum non eſt, quin aduerſus commiſſam legem cõ-
tractus reſtitui in integrum poſſit, & debeat. Fateor. Sed
nego id fieri ob eam cauſam, vt Baldus putat, quòd ea
ceſſatio tendat ad reſolutionem & annullationem con-
tractus. At quia inter dominum directum & emphyteu-
tam non id agitur, vt ſi ſua præciſè die penſio nõ ſolue-
tur, contractus pro infecto habeatur, ſed potiùs vt quan-
diu penſio ſoluetur, expelli emphyteuta non poſſit *l.* 1.
D. ſi ager vectigal. id eſt *emphyt. eſſ. dicet.* Eſt enim ex
conuentionis interpretatione à contrario ſenſu, potiùs
quàm ex conuentione expreſſa, vt ſi penſio non ſolue-
tur, emphyteuta expellatur. Quod ipſum tamen, id eſt
emphyteutam expelli, longè minùs eſt quàm ſi emphy-
teuſis pro non facta haberetur. Sicut & conuentio illa, vt
ſi pretium emptionis intra dictam diem ſolutum non
erit, fundus ad venditorem reuertatur, multo minoris eſt
poteſtatis & efficaciæ, quàm ſi lex commiſſoria, quæ in
eum ipſum caſum facit fundum inemptum, vt ex eo ap-
paret, quod illo caſu etiam impleta conditione non ha-
bet venditor rei vindicationem, ſi modò iam anteà tran-
ſtulerit poſſeſſionem non precariam in emptorem, ſed
agere tantùm poteſt ex vendito, *l.* 3. *C de pact. inter empt.
& vend.* Cùm verò legis commiſſoriæ poteſtas exerce-
tur, nihil eſt quod venditori obſtet quominùs fundum
à ſe venditum traditúmque vendicare poſſit, haud ſecus
acſi eum nulla tradendi cauſa præcedẽte tradidiſſet, cùm
ex ea lege inemptus fiat, proindéque remaneat nuda tra-
ditio, ex qua dominium neque transferri poteſt, neque
videri vnquam fuiſſe tranſlatum, vt abundè à nobis di-
ſputatum eſt Decade 21. Quid enim refert an conuenerit
vt fundus inemptus fiat, an vt dominium pertineat ad
venditorem, quemadmodum in ſpecie *l.* 1. *eod.* quo caſu
vtique nemo negauerit dandam venditori tanquam do-
mino vindicationem, alioqui lex contractus non omni-
modo ſeruatur, quam ſeruandam eſſe conſtat *l. vlt. eod.
tit.* licèt non ignorem ei qui ſub commiſſoria lege ven-
didit dandam quoque actionem ex vendito, ex reſcriptis
Imperatorum Antonini & Seueri, de quibus in *leg.* 4. *de
leg. commiſſ.* quòd ea actio ſit commodior, & expeditior
quàm vindicatio, ſiue quòd dominij probatio difficilior
eſſe ſoleat, ſiue quòd fieri poſſit vt venditor non ſit do-
minus, cui proinde vindicatio dari nequeat, quem ta-
men non eo minùs æquum ſit frui commodo iuſtæ con-
uentionis, poſteaquàm placuit etiam alienam rem vendi
poſſe. Similiter qui fundum dedit in emphyteuſim, ſi
penſio ad diem non ſoluatur, habet actionem ex con-
tractu ad expellendum emphyteutam, & præterea vindi-
cationem iure dominij directi: ſed non ideò poteſt di-
cere contractum ipſo iure reſolutum, & pro infecto ha-
bendum eſſe, ſi non expreſſim ea lex contractui dicta
proponatur, quia ceſſatio illa in ſolutione canonis annui
non tam reſolutionem inducit, quàm moram, quæ ipſa
etiam purgari poteſt adeóque inter maiores, vt vulgò, &
rectè ab interpretibus traditum eſt *l. vlt. C. de iur. emphyt.*
quanto magis igitur permittendum erit minori vt ex
hac cauſa impetret in integrum reſtitutionem, ſi fortè
negligens fuerit non ſolùm in ſoluendo canone, ſed
etiam in purganda mora? Nam nec penſio illa annua

pretij

pretij loco eſt, at ne quidem mercedis, niſi tanta ſit, vt appareat habitum fuiſſe reſpectum ad quantitatem fructuum, ſed tantùm in recognitionem dominij directi debetur: quam in rem ſola debiti profeſſio ſufficere poteſt citra ſolutionem, non ad liberandum emphyteutam, eundémque debitorem, ſed vt appareat nihil cauſæ eſſe, cur ideò contractum ipſo iure reſolui, aut pro reſoluto haberi oporteat. Ergo, vt concludamus, non debuit Bald. diſtinguere, an ob non factum à minore id quod fieri debuit intra certam diem, contractus à maiore initus confirmetur, an verò annulletur, ſed omnimodò & indiſtinctè debuit dicere, quod nos contendimus, lapſum temporis poſiti in conditione conuentionis inter maiores factæ, perinde minori nocere, adeóque pupillo, atque noceret maiori vt conuentio effectum ſuum ſortiatur ex *d. l. Æmilius.*
5 Illud verò multo abſurdius † eſt, quod per Bart. pragmatici tam obſtinatè defendunt, ita denegandam reſtitutionem minori ex capite minoris ætatis, vt tamen eam concedant tanquam maiori ex capite iuſtæ ignorantiæ, & ex clauſula illa edicti, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Etſi enim fatentur, quod & verum eſt, multum intereſſe an minori reſtitutio detur tanquam minori, an verò tanquam maiori, vt ex iis apparebit quæ ſequenti cap. dicturi ſumus, effectu tamen ipſo æque accidit vtroque caſu, vt conuentionis ſuæ fructu, & emolumento propter perſonam minoris priuetur is qui cum maiore non cum minore contraxerat. Siue enim reſtituatur minor tanquam minor, ſiue tanquam maior, illud conſequitur vt perinde audiendus ſit poſt lapſa tempora, acſi lapſa non eſſent, qui tamen ſi maior eſſet nullomodo audiretur: atque ita ſemper fit, vt noceat ei ætas illius cum quo non contraxerit, & de quo non potuerit contractus tempore cogitare. An enim cum maiore contrahens diuinare debuit futurum, vt maior ille ante lapſa conuentionis tempora moriturus eſſet, pupillúmque aut maiorem heredem relicturus? Imò verò ſicut ignorantia heredis vita defuncti non excludit, vt Iuriſc. ſcribit in *l. cùm heredes 11. D. de diuerſ. temp. præſcrip.* Ita dicendum eſt magis debere heredi etiam pupillo nocere ſcientiam defuncti, quàm ignorationem propriam prodeſſe, ne ex capite ignorantiæ reſtituatur aduerſus conuentionem à maiori factam. Nec ſanè vllo iuris loco reperias plus faueri ignorantiæ quàm pupillaritati, vt qui tanquam minor reſtitui non poteſt, cùm ſit minor, reſtitui poſſit tanquam maior ex iuſta ignorantia. Quænam enim poteſt iuſta cauſa eſſe indulgendæ reſtitutionis pupillo, ſi pupillaritas iuſta non eſt? Aut cur, obſecro, propoſitum fuit edictum à Prætore *Ex quibus cauſis maior.* niſi vt maioribus ſuccurreret ex iis ipſis cauſis, ex quibus multò magis ſuccurſurus eſſet minoribus tanquam minoribus, ſi minor ætas interueniret? Nam quemadmodum ſi minor furioſus ſit, aut prodigus, dat ei Prætor curatorem non tanquam furioſo aut prodigo, quomodo maiori daret, ſed tanquam minori, quaſi ætatis vitium illud ſit non hominis, *l. 3. §. quia autem. D. de tutel.* Ita ſi minori danda ſit reſtitutio ex ea cauſa, ex qua etiam maiori ſuccurreretur, reſtituere eum Prætor debet, tanquam minorem, non tanquam maiorem. Ergo ſi verum eſt quod nec Bartolus ipſe negat, tempus præſcriptum ex conuentione inter maiores facta currere minori, & quidem cum effectu, id eſt ſine ſpe reſtitutionis ex edicto *De minoribus.* Illud quoque admittendum eſt, non poſſe reſtitui eum quaſi maiorem, alioqui non curreret tempus minori cum effectu: implicátque contradictionem, vt tempus currat minori cum effectu, & vt reſtitui poſſit tanquam maior.

ERROR VI.

De ſententia §. illud l. ſi creditor 7. D. de diſtr. pignor. & de lectione l. Æmilius 38. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Proponitur excutienda ſententia l. ſi creditor. 7. § illud D. de diſtr. pignor.*
2 *d. §. Triboniani eſſe, non Marciani.*
3 *Sententia l. 1. C. ſi aduerſ. vendit.*
4 *In l. Æmilius 38. D. de minor. mendum ſubeſſe.*
5 *Ex d. l. Æmilius colligi non eſſe in Principis poteſtate, vt tempus conditionis à contrahentibus præſcriptum proroget, ne quidem ex cauſa pupillaris ætatis.*

VNus tantùm iuris locus eſt, qui pro minoribus facere videatur. Is eſt in *l. ſi creditor 7. §. illud inſpiciendum eſt. D. de diſtract. pign.* vbi † 1
quæritur, an liceat debitori, ſi hypotheca vænierit, ſoluta pecuniâ eam recuperare. Reſpondetur autem cum diſtinctione, vt ſiquidem ita vænierit, vt ſi intra certum tempus à debitore pecunia ſoluta fuerit, emptio reſcindatur, intra illud tempus pecuniâ ſolutâ recipiat hypothecam: ſi verò tempus prætereierit, aut ſi non eo pacto res vænierit, non poſſit reſcindi venditio, *niſi,* inquit, *minor ſit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublica cauſa abſens, vel in aliqua earum cauſarum erit, ex quibus edicto ſuccurritur.* Sed iam præmonui † in 2
ſuperioribus, cùm tractaui de ſentẽtia & lectione *l. ſi cum venderet 13. D. de pign. act.* locum illum mihi ſuſpectum eſſe, & Triboniano digniorem videri quàm Iureconſulto, ſiue quæſtionem ipſam conſidero, ſiue reſponſionem. Quæſtio enim ridicula eſt, & quam nemo ex prudẽtibus vnquam propoſuiſſet, an ſi pignus diſtractum ſit vel hypotheca, liceat debitori ſoluta pecunia eam recuperare. Nam prudentibus omnibus certiſſimi iuris ſemper fuit, rectè & legitimè diſtracto pignore nullum debitori ſupereſſe ius offerendi, ſiue emptori offerre velit, ſiue creditori, *l. 2. C. ſi antiq. credit. pign. vend.* & ſexcentis aliis iuris locis. Sed & ita concipi quæſtio debuerat, an debitori liceret offerendo pecuniam emptori aut creditori pignus recuperare, non autem an recuperare poſſit *ſolutâ* vt textus habet, *pecuniâ.* Non enim ponere poſſis ſolutam à debitore pecuniam quin ponas acceptam ab emptore: quin tamen conſtat hoc ipſo quo pecuniam accipit à debitore, obligare ſe vt pignus reddat, etiamſi millies prætererit tempus intra quod ſolui pecunia debuerat. Sed Triboniano familiare fuit, ablatiuis iſtis abſolutis vti ſæpiſſimè, quaſi pro genitiuis græcis, itémque ſolutionis & oblationis nomina & iura, vt cætera ferè omnia confundere. Reſponſio autem & diſtinctio ſupradicta prorſus inepta eſt. Nam & ratione iuris illud abhorret, vt ex pacto, quod creditor adhibuerit in pignoris venditione, actio perſonalis debitori detur cõtra emptorem, niſi impetrata priùs ceſſione per debitorem, cui nimirum in eam rem pignoratitia actio accommodari ſolet & debet, quemadmodum ab Vlpiano reſponſum eſt in *d. l. ſi cùm venderet.* Deinde quod exceptionis loco ſubiicitur, *niſi minor ſit annis viginti quinque debitor aut pupillus,* prorſus abſurdum eſt. Quid enim attinebat verba illa addere *aut pupillus* cùm iam de minore annis viginti quinque dictum eſſet? An verebatur Tribon. ne quis fortè dubitaret vtrum pupilli deterior quàm adoleſcentis conditio eſſe deberet, vel, an minor eſſet annis viginti quinque qui eſſet pupillus? Tum verò quis vnquã dixit minorem aut abſentem reipublicæ cauſa reſtitui poſſe ex edicto ob id tantùm quod non egerit ex aliena conuentione? Prius namque erat vt diceret Tribonianus

& probaret ex pacto creditoris pignus diſtrahentis competere actionem debitori quàm vt de ea ex edicto reſtituenda tractaret. Non enim alia edicti poteſtas eſt, niſi vt amiſſa actio reſtituatur. Amiſſa porrò eſſe non poteſt, quæ nunquam competit. Sed etſi admitterem quod ſemper negabo, ex pacto creditoris pignus diſtrahentis dandam eſſe actionem debitori intra id tempus quod in conuentionem deductum ſit, non tamen æquè admittere illud poſſem, dandam ei aduerſus lapſum temporis in integrum reſtitutionem, ſiue ex capite pupillaris aut minoris ætatis, ſiue ob abſentiam, quæ reipublicæ cauſa contigerit. Cur enim hac parte plus iuris habeat is qui non contraxit, quique ex alterius perſona ius nanciſcitur, quàm is ipſe qui contraxit? Atqui non poſſet in integrum reſtitui creditor, non ſolùm quòd neque minor eſſet, neque abſens fuiſſet, verùm etiam quia nihil omnino ipſius intereſſet. Non enim ad aliud teneri poteſt pignoratitia actione, niſi vt quas ex vendito actiones aduerſus emptorem habet, eas præſter, cedátque debitori *d. l. ſi cùm venderet*. Nullas autē habet poſt elapſum tempus, quod fuerat conuentione præfinitum. Neque verò ratio vlla eſt cur emptor qui ea lege acceſſit ad emptionem pignoris vt ſi intra certum tempus pecuniam debitor redderet, emptio reſcinderetur, poſt tempus illud cogatur rem reſtituere, ſiue vi & poteſtate reſtitutionis in integrum, ſiue quo alio iure, cùm non alia lege fuerit empturus, eáque temporis immutatio quantulacumque ſit & vndecumque tandem emergat, pretij quoque diuerſitatem inducat (ſiquidem pactum illud pars pretij eſt, vt toties diximus.) Pretij verò diuerſitas poſt perfectam exceptionem induci nunquam poteſt, quin alia quoque venditio fieri videatur *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Quid autem abſurdius, quàm vt venditio per creditorem facta immutetur, & alia fiat ex perſona & conditione minoris aut abſentis reipublicæ cauſa, qui nihil contraxerit? Nam & ſi pignus à maiore datum proponeretur ea lege vt non aliter pignus diſtrahere creditor poſſet quàm ſi intra certum tempus ſoluta pecunia non eſſet, mortuo interim debitore cui pupillus ſucceſſerit, conſtat non eò minùs poſſe creditorem pignus vendere ſuo iure poſt diem, acſi debitor adhuc viueret, aliúſve maior annis viginti quinque debitori heres extitiſſet, vt apertiſſimè Paulus tractat, & tanquam de iure indubitato in *d. l. Æmilius*, verſ. *Non me moneri*, tametſi verum ſit ante diſtractionem factum eſſe pupillare prædium quod anteà pupillare non erat, in eámque proinde cauſam deueniſſe, vt alienari poſſe deſierit, ſi vel minimo pupilli facto aut conſenſu ad faciendam alienationem opus eſſet. Quænam igitur ratio afferri poteſt, ob quam reſtitui pupillus debeat aduerſus lapſum temporis adhibiti in conuentione, quam non ipſe pupillus, nec alius in cuius locum ſucceſſerit, ſed creditor ipſe fecerit & quam pro arbitrio facere potuit, & ſuo iure? Quamquam etſi Marciani quis eſſe volet textum illum quem nos Triboniano adſcribimus in *d. §. illud*, facilis reſponſio eſt ne aduerſus ſententiā noſtram Marcianus reſpondiſſe videatur. Tractat enim locus ille de minore, qui ſit ipſe debitor, non qui ſucceſſerit debitori, & conſequenter de pignore quod ab ipſo minore conſtitutum ſit aut etiam à iudice in odium minoris, fortaſſe ex cauſa iudicati, vt in *l. ſi ex cauſa 9. D de minor.* quo caſu conſtat ſuccurrendum eſſe minori aduerſus venditionem pignoris, quantumlibet ritè ac legitimè factam, non quidem facilè & indiſtinctè ſed ita demum ſi grande damnum ſit minoris, vt Vlpianus loquitur in *d. l. ſi ex cauſa*. Cui conuenit quod ab Impp. Diocletiano
3 & Maximiano reſcriptum † eſt in *l. 1. C. ſi aduerſ. vendit. pignor.* etiam aduerſus venditiones pignorum quæ à creditoribus fiunt minoribus ſubueniri, ſi tamen, inquit lex magno detrimento afficiantur, Nimirum ſi pignora de quorum venditione reſcindenda agitur ab ipſis minoribus aut contra eos à iudicibus conſtituta proponantur. Nam ſi ab eo cui minor ſucceſſit pignus datum fuerit, ſiue pater is fuit, ſiue extraneus quilibet, non habet rationem deſiderium minoris ſi ob ætatem ſuam velit reſcindi venditionem quam creditor fecerit rei ab alio ſibi obligatæ, quemadmodum iidem Impp. reſcripſerunt in *l. 2. eo tit.* quæ niſi hac adhibita diſtinctione cum præcedente conciliari nullo modo poteſt: & in qua notatu dignum illud eſt, quod ne tum quidem cùm creditor doloſè verſatus eſt in diſtractione pignoris ab alio quàm à minore accepti, minori tamen ſuccurri patitur aduerſus emptorem, ſed tantùm aduerſus creditorem ipſum, qui dolum admiſit, aut aduerſus minoris tutores vel curatores qui venditionem quam impedire poterant permiſerint, ſi modò ritè diſtractæ ſint. Si quid enim minus ritè factum ſit, non poteſt ſecurus eſſe emptor cuius titulus iuris ſolennitate deſtituatur, vt Paulus docet *lib. 1. Sentent. tit. 9. §. vlt.* Eundémque ſenſum habet quod in *d. §. illud* ſcriptum eſt de abſente reipubl. cauſa, vt ſcilicet reſtitui poſſit aduerſus venditionem pignoris, quod ipſe dederit, non quod ab alio datum ſit cui ipſe ſucceſſerit. Quod vereor ne non ſatis bene perceptum ſit à noſtris interpretibus, vt nec ab Andr. Tiraq. *de retr. conuent. §. 1. gloſſ. 2. num. 59.* Quod autem in hoc loco Triboniani manum indicamus, fiet probabilius, ſi ea coniungantur quæ ſcripſimus in ſuperioribus *De ſententia §. vlt. eiuſdem legis*, quem §. Triboniani etiam eſſe probauimus, & à iuris ratione omnino abhorret. Illud † etiam à nobis docendum ſupereſt quod 4
pertinet ad *d. l. Æmilius 38. D. de minor.* ſubeſſe in ea mendum à nemine, quod miror, adhuc animaduerſum, ſed quod tamē imperito interpreti malim tribuere quàm Triboniano, mēdum eſt in illa poſtrema clauſula, *Monuit etiā Imperatorē quod priores tutores, qui nō reſtitui deſideraſſent, ſuſpecti pronuntiati erant*. Dico ea verba delenda eſſe *qui non reſtitui deſideraſſent*. Non enim illa Imperatoris ſententia fuit, vt prioribus tutoribus imputandum putaret, cur non petiiſſent in integrum reſtitutionem nomine pupillæ, cùm de hoc ipſo apud Imperatorē quæreretur, an reſtitui pupilla poſſet necne, ſed potiùs cur venditori poſt diē denuncianti vt ſoluerent, nō ſoluiſſent: quo facto legis cōmiſſoriæ poteſtatē effugiſſent, pupillæque redhibendi fundi iura integra conſeruaſſent. Quod ab iis factum non eſſe credibile erat mala mente, & dolo malo, cùm aliunde ſuſpecti poſteà pronunciati eſſent: Ex dolo autem ipſarum emergere damnum pupillæ durum certè videbatur. Etſi neque ratio hæc Paulum mouere potuiſſet. Si enim tutoris dolus prodeſſe pupillo non poteſt ad reſcindendam venditionem pignoris eo tempore diſtracti quo fundus cœperat eſſe pupillaris, ſi pignus fuerat datum à maiore, præſertim quandiu creditor ipſe aut tutor eſt ſoluendo, *d. l. 1. C. ſi aduerſ. vendit. pignor.* (hoc enim caſu nunquam emptor inquietandus eſt, ne tum quidem cum fraudem participauit *l. 1. & pen. C. ſi vendit. pign. agat.*) Cur prodерit pupillo ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ ſub qua non pupillus ipſe, ſed pater eius emerat? Nam & fieri facile poteſt vt ſuſpectus tutor fuerit dolóque malo ceſſauerit in pretij ſolutione, vt in necem pupilli lex venditionis committeretur, neque tamen venditor fraudem & dolum participauerit. Cæterùm ex eo quod † Paulus in *d. l. Æmi-* 5
lius, tam diligenter hac de re diſputat an pupilla aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtitui deberet, déque eo tam accuratè apud ipſum quoque Imperatorem, & tantis conuentionibus diſputatum fuiſſe refert, apparet manifeſtè quàm verum ſit, quod tota hac Decade diſputauimus, non eſſe in ſupremi Principis arbitrio & poteſtate, vt tempus conditionis à contrahentibus præſcriptum proroget, ne quidem ex cauſa pupillaris ætatis ſi non aduerſarius conſentiat. Cur enim de reſtitutione in integrum quærendum fuiſſet, ſi ea prorogatio ab Imperatore concedi potuiſſet?

tuiſſet? Aut quo vnquam caſu concedenda erit prorogatio, ſi non illo concedi debuit, quo tot rationibus Imperator vt pupillæ ſuccurreret, mouebatur; maximè verò propter denunciationes etiam poſt diem à venditore factas, quarum poteſtate ab ipſo penè venditore prorogatio facta videri debuiſſet. Et verò longè expeditius futurum eſſet remedium illud prorogationis quàm reſtitutionis ſi iuſtum eſſet: quia quotieſcunque iuſta prorogatio eſt, idem numero contractus qui anteà fuit, manere intelligitur, proptereà quòd tempus prorogatum idem cum priore, ſaltem iuris fictione eſſe exiſtimetur, vt ſuprà diximus ex Tiraquello. Reſtitutionis verò in integrum remedium eſt omnino extraordinarium, ideóque odioſum, nec vnquam concedendum quandiu aliud ſupereſt quod vel ordinarium ſit, vel minùs ſaltem extraordinarium *l. in cauſa 16. D. de minor.* Ergo cùm reſtituendam eſſe pupillam Imperator ſiue iuſtè ſiue iniuſtè pronunciauerit, ſatis hoc ipſo declarauit, ſi tamen de tam improbabili & inſulſa quæſtione cogitare potuit, alio illo prorogationis remedio indemnitati pupillæ conſuli nunquam poſſe inuito & contradicente eo, qui ius habet contradicendi: Magiſque extraordinarium & à iuris ratione alienum eſſe auxilium prorogationis (quamuis & prudentibus & Imperatoribus incognitum) quàm in integrum reſtitutionis: Ac proinde in hac ſpecie ſi quando vnquam aliàs locum habere debet quod Titus Antonius reſcripſiſſe dicitur in *l. ſed cùm ab herede 12. D. ad SC. Trebell.* pupillum extra ordinem non eſſe iuuandum ſi nouum beneficium cum alterius iniuria poſtuletur.

ERROR VII.

Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ, agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut procuratorem.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum impugnandus.*

2 *Interpretum diſtinctio aduerſus errorem pragmaticorum inducta.*

3 *l. Qui in alterius 42. D. de reg. Iur. Tribonianiſmum ſapere.*

4 *Quæ ſit germana ratio regulæ l. 42. D. de reg. Iur.*

5 *Quæ ſit ſententia l. cùm filiusfam. §. In hac D. de verb. oblig.*

6 *Reiicitur iactatum apud pragmaticos effatum, Reſtitutionem in integrum ſi à reo imploretur per viam exceptionis impetrari poſſe ex capite ignorantiæ, etiam poſt tempora reſtitutioni præſtituta.*

7 *Error multiplex eorum qui pupillum tanquam maiorem reſtitui volunt, ex capite iuſtæ ignorantiæ.*

8 *Quàm ineptè quidam Imperatoris & Pauli ſententias repugnantes in l. Æmilius 38. D. de minorib. concilient.*

9 *Error pragmaticorum de electione quam pupillo dant, an reſtitui malit, an agere contra tutorem, & eius refutatio.*

10 *Ex ſententia interpretum tutoris ſententia ſufficere poteſt, vt impediat ne pupillus ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior reſtituatur.*

11 *Num idem dici debeat vbi mater quaſi tutrix negotia pupilli adminiſtrauit, & n. 13.*

12 *Quid ſi fuerit falſus tutor.*

13 *Quomodo accipiendum illud, in his quæ tutores vel curatores malè geſſere, licet perſonali actione minores ius ſuum ab illis conſequi poſſint; in integrum tamen reſtitutionem minoribus dandam.*

15 *Quando pupillus neque tutorem habet, neque alium qui pro tutore negotia gerat, an ſit reſtituendus aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*

INterpretum eſt magis quàm pragmaticorum error ille quem nunc refutauimus De pupillo aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtituendo, ex capite ignorantiæ ac tanquam maiore. Sed pragmaticorum noſtrorum proprius hic erit quem nunc refutabimus, à quibus error ille interpretum peius certè quàm debuit acceptus fuit. Putant enim generaliter † & indiſtinctè verum hoc eſſe, vt iuſta pupilli & alterius 1 minoris cuiuſlibet ignorantia iuſtam præbeat materiam reſtitutionis ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Nec rurſus dubitant, quin pupillo aut minori electio danda ſit, an contra tutorem vel curatorem agere malit, an in integrum reſtitutionem aduerſus eum cum quo non contraxerit poſtulare. In vtroque autem euidenter falluntur non ſolùm ſi Iureconſultos, rectámque iuris rationem, ſed & ſi interpretes ipſos conſulamus. Nam quod † ad primum attinet, ſolent interpretes diſtinguere, an 2 pupillus minórve qui in integrum reſtitui vult, ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior conueniatur ab alio, an ipſe agat: nec niſi priore caſu admittunt dandam ei reſtitutionem, id eſt cùm ab alio conueniatur vt in *l. Æmilius 38. D. de minor.* non etiam ſi agat: quoniam prorſus nouum & inauditum eſt vt quis ex propria ignorantia ſibi comparet actionem: ſatíſque ac plus quàm ſatis fauetur ignorantiæ in eo, quòd creditur iuſtam præbere excuſationem, quæ conuento reo auxilium adferre poſſit quaſi per viam exceptionis, vt non inſubtiliter Caſtrenſis diſputat ad *l. cum filiusfamilias 49. §. in hac De verb. obligat. ex l. qui in alterius 42. De regul. iur.* vbi Caius ſcribit, eos quidem qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habere cauſam ignorantiæ vtrum id quod petitur debeatur, ſed ita demum in herede id obtinere ſi cum eo agatur, non etiam ſi agat. Nam planè, inquit, qui agit certus eſſe debet, cùm ſit in poteſtate eius quando velit, experiri: ex quo illud etiam euenit, licèt à tractatu noſtro alienius ſit vt temporalia ſint ad agendum quæ perpetua ſunt ad excipiendum *l. purè 5. §. vlt. D. de dol. mal. except.* Quamquam quod † ſequitur in *d. l. qui in alterius & antè debet rem diligenter explorare, &* 3 *tunc ad agendum procedere,* vereor ne Triboniani ſit potiùs quàm Iureconſulti, ſi bene ſtylum agnoſco, imò & totam illam poſtremam clauſulam, *Hac ita de herede dicta ſunt* ad finem vſque legis. Non enim niſi valde ineptè ſubiici poterat à Caio ea clauſula & diſtinctio, cùm iam ex præcedentibus appareat non de aliis heredibus conceptam eſſe regulam quàm qui conuenirentur. Sic namque concepta eſt regula, *Qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habent cauſam ignorantiæ an id quod peteretur, deberetur.* Ergo de reis non de actoribus. Siquidem actores petunt, non rei. Petitur autem à reis non ab actoribus. Quid verò ſtultius quam ſi quis moneat regulam quæ manifeſtiſſimis verbis de reo tantum concepta ſit, ita demum obtinere ſi is conueniatur, non item ſi agat? Sed & in actore locum habere poteſt ſi quis fortè ex chirographo hereditario & in hereditate reperto agat, ignorans apocham quam defunctus conſcripſerat. Iuſtá. n. habet

Digitized by Google

habet ignorantiæ cauſam heres hic quia in ius alterius ſuccedit, licèt idem actor ſit, ideóque nec in expenſas vllas condemnandus eſt ſi poſt viſam apocham liti ſtatim cedat. Quo etiam iure Senatus noſter vtitur. Indéque apparet regulam illam generalem eſſe & cum ad heredes & ſucceſſores omnes pertineat, ſiue actores ſint, ſiue rei, male Tribonianum ad reos illam coanguſtaſſe. Sed & Triboniani inſcitiam detegunt verba illa *Hac de herede.* Vnica enim præcedebat clauſula & ſententia, non plures, de heredibus verò, & ſucceſſoribus, non de herede. Itaque ſcribendum potius erat ſi verum amamus, *Hoc de heredibus*, quomodo Iuriſcon-

4 ſultus vtique ſcripſiſſet. Neque vero germana † huius regulæ ratio illa eſſet, propter quam in reo locum habere deberet, non in actore, quod non ſit in poteſtate rei quando conueniatur, quomodo in actoris poteſtate eſt vt agat quando velit, de eóque certus hic eſſe debeat de iure ſuo non etiam reus (pertinet enim hæc ratio tantùm ad ſumptus litis, de quibus ſi quæratur, illud vnum inſpici ſolet an temerè actor litem inſtituiſſe aut reus ſuſcepiſſe videatur) ſed quia, vt diximus, ignorantia quantumlibet iuſta actionem producere nunquam poteſt, parit enim duntaxat probabilem excuſationem excuſatio autem præbet exceptionem tantum, non actionem, exceptionem in quam, ad effugiendam condemnationem ſumptuum litis, vt dixi, ſed non ad faciendum, quominus id quod petitur, reuera debeatur, vt conſtat ex *d. §. in*

5 *hac. l. cùm filiusfamilias,* vbi Paulus † ſcribit, in hac ſtipulatione, *Neque per te neque per heredem tuum fieri* per heredem videri fieri non faciat quod ex ſtipulatu fieri oportet, quamuis abſit & ignoret. Eſt enim locus ille, vt apparet, de promiſſoris herede qui conuenitur ex ſtipulatione, nec tamen eo minùs illum teneri vult Paulus, quod ignoret quid ſtipulatione contineatur. Quod proculdubio ſic accipiendum eſt vt cùm effectu teneatur. i. non ſolum mero iure ſed etiam ex æquitate, & ita vt aduerſus commiſſam ſtipulationem reſtitutio nulla dari poſſit. Etſi non ignoro interpretes vulgò contrà putare, quibus videtur nimis durum vt conueniatur quis ob id quod non fecerit ea quę facere debuit ex ſtipulatione quam ignorauit *arg. d. l. qui in alterius.* Cùm tamen nihil in eo abſurdi ſit aut iniqui, quoties ſtipulationis initium & poteſtas ex eius perſona vires accipit, cui heres hic ſucceſſerit. Sed illud magis mirum videri debet, quod in *d. §. in hac*, idem Paulus ſubiicit, *non videri per pupillum ſtetiſſe ex ſupraſcripta ſtipulatione, ſi pupillus heres erit.* Quid enim amplius facere poteſt pupillaritas, niſi vt pupillus & abſens & ignorans habeatur? Atqui heredes cæteri etiam abſentes, & ignorantes tenentur. Quidni ergo pupillus tenebitur? Verum reſponderi poteſt fauorabiliorem hac parte cauſam pupilli eſſe, quam alterius heredis cuiuſlibet, etiam abſentis & ignorantis, quia pupillus ſic abeſt, vt nunquam poſſit adeſſe, ita ignorat vt nunquam ſcire. Nimirum etiam cùm adeſt, abeſt, quæ ſcit & videt ignorat: quod in cæteris heredibus diuerſum eſt etiam minoribus annis 25. dum ne pupillis (alioqui cur de pupillo lex loqueretur?) qui licet ſemper adfuerint, & ignorauerint, tamen & adeſſe & ſcire potuerunt, ideóque per eos factum videri poteſt quominus ſtipulationi paruerint, tum etiam cùm ſtipulationem ignorarunt. Ex eóque maximè loco refellendi ſunt interpretes & pragmatici noſtri, qui in propoſita quæſtione non ſeparant pupillum à minore. Porrò ſi debitoris ignorantia facere non poteſt, quominus id quod petitur re vera debeatur, multo magis admittendum eſt, ignorantiam actoris facere non debere vt habeat actionem quam alioqui non eſſet habiturus. Quare nec facilè

6 poſſum concoquere † quod pragmatici paſſim iactitant, reſtitutionem in integrum ſi à reo imploretur per viam, vt loquuntur, exceptionis impetrari quandocumque poſſe, præſertim ex capite ignorantiæ, etiam poſt tempora concedendæ reſtitutioni à lege præſtituta. Omnis enim reſtitutio in integrum actio eſt, licet ab eo petatur, qui conuenitur. Et à Paulo in ſententiis definitur, *redintegrandæ rei, vel cauſæ actio.* nec ſanè fieri poteſt, vt per viam exceptionis vnquam petatur, ne quidem à reo: quia nullam exceptionem habere videri poteſt, qui reſtitutione indiget, vt aliquo iure niti videatur, & vt Paulus loquitur in *d. leg. exceptiones 7. in fin. De except.* nullum ipſe habet auxilium, antequam fuerit reſtitutus. Fateor poſſe fieri, vt petendæ reſtitutionis cauſam det reo inſtrumentum aliquod ab actore editum, quod in illum vſque diem reus ignorauerit. Sed dico non eo minus actionis iure cenſeri debere reſtitutionem in integrum, quam hoc caſu reus impetrat, nec proinde permittendum ei eſſe vt impetret poſt elapſa tempora intra quæ reſtitutionem peti neceſſe eſt: nec ad rem pertinebit, ſi obiiciat non potuiſſe ſe citius petere reſtitutionem, ob id quod in ſua poteſtate non fuerit, quando conueniretur. Neque enim expectare debuerat vt conueniretur, ſi conuentus nihil iuris habiturus erat niſi petita prius reſtitutione: Quam ſi non prius petere potuit, propterea quòd futuri aduerſarij ius ignoraret, nihilo plus iuris habere debet, quia non poteſt imputari actori, cur non citius egerit, & intra tempora, intra quæ reus in integrum reſtitutionem petere potuiſſet. An enim diuinare potuit aut debuit futurum vt aduerſarius vellet reſtitui? Aut an non ſatis ei fuit habere ius quæſitum, quod non niſi in caſum & in certum euentum petendæ in integrum reſtitutionis poſſet amittere? Quare nec aliud dicendum arbitror, tametſi diſtulerit editionem inſtrumenti, ea mente vt interim petendæ reſtitutionis tempora laberentur. Quanquam enim ita ius eſſe ſcio, vt is etiam, qui iuſtam habet exceptionem, ſi eam opponat tardius vt tanto maioribus litis ſumptibus actorem oneret, condemnari debeat in ſumptus omnes quos actor fecerit in illum vſque diem. Ex cap. *exceptionem*, vbi Felin. not. *Extr. de probat.* meliorem tamen puto eſſe debere conditionem actoris tardius agentis, quia non ſicuti actionem excipere & ſi quas exceptiones habet reus proponere cogitur, vt ſcire poſſit actor an pertinacius contendere debeat, an cedere: ſimiliter dici poteſt cogendum eum, qui agere poteſt vt ſtatim agat, & citius quam velit, ob hoc ſolùm vt ſcire poſſit reus an in integrum reſtitutionem impetrare debeat, necne: quoniam vt reſtitutio impetretur poſt actionem propoſitam, & exhibita actoris inſtrumenta, fit per occaſionem potiùs, quàm ex cauſa, vel in conſequentiam propoſitæ actionis: Vnde illud eſt quod *incertum reſtitutionis* dixit Papinianus in *l. ſi Titius 48. §. 1. De fideiuſſ.* propterea quòd ante impetratam reſtitutionem duplex incertitudo ſemper eſt, vna facti, an qui reſtitui poteſt eam impetraturus ſit, cũ multa poſſint cõtingere quæ faciant ne impetrare velit aut poſſit. Altera iuris, an ea reſtitutio ſi petita fuerit concedenda ſit ea iuris æquitate. Quę omnia 7

eò pertinent, vt appareat duplicem † illorum errorem eſſe, qui pupillum tanquam maiorem reſtitui volunt ex capite ignorantiæ, non ſolùm ad excipiendum ſi conueniatur, ſed etiam ad agendum. Errant enim primùm in eo quòd cum interpretibus non diſtinguunt, an pupillo agat an conueniatur, cùm tamen ei ſoli, qui conuenitur, putent interpretes ſuccurri ex hac cauſa oportere. Sed errant rurſum in eo quòd cum interpretibus dant reſtitutionem pupillos tan-

tanquam

quam maiori, quam tamen dare non deberent, ne quidem eo caſu quo pupillus conueniatur: cùm hoc ipſo ex reo actor fiat quiſquis petit reſtitutionem vt diximus. Sed & quod magis eſt, ac obſeruatione dignius in propoſita quæſtione cùm diſputamus an pupillus reſtitui poſſit in integrum aduerſus lapſa tempora retrouenditionis, non de illo tantùm quærimus, an ignorantia pupilli actionem ei parare poſſit, ſed de illo potiſſimùm, an ea pupilli ignorantia facere debeat, vt emptor citra conuentionem vllam obligetur ad retrouendendum. Secundum id quod in ſuperioribus probauimus, promiſſionem retrouendendi nihil aliud inducere, niſi vt emptor ad retrouenditionem obligetur ſub ea conditione, ſi intra certum tempus venditor ei pecuniam reſtituet, quo tẽpore elapſo, ſicut omnino deficit conditio, quam certum eſſe incipit numquam extituram, ita & promiſſio euaneſcit, nec vlla vnquam facta eſſe intelligitur. Itaque ſiue per decretum Principis prorogetur tẽpus conditionis, ſiue per in integrum reſtitutionem ea prorogatio fiat, fatendum eſt nouam obligationem contrahi ſub noua conditione. Proinde qui dicunt pupillum hoc caſu reſtitui debere tanquam maiorẽ ex capite ignorantiæ, effectu ipſo dicunt, poſſe ignorantiam pupilli facere vt & ignorans & inuitus obligetur emptor ad retrouẽdendum qui alioquin non obligaretur. Quod tamen quis vnquam dicere vel ſentire ſciens prudénſque auſus eſt? Nam ſi abſurdum eſt quemadmodum eſſe iam diximus, vt qui ex ignorantia ſua ſibi compareт actionem, an non multò difficilius eſt vt ex vnius ignorantia ignorans alius obligetur? In eóque certè differt ſpecies hæc quam tractamus, ab illa de qua Paulus in *d. l. Æmilius*, ibi enim ignorantia pupilli etiamſi, quod interpretes volunt & nos negamus, ſufficere poſſet ad inducendam in integrum reſtitutionẽ, non idcirco tamen pupillo prodeſſet ad inducendã obligationem vel actionẽ, ſed tantùm ad impediendam reſolutionem vẽditionis, ne fundus qui re vera emptus fuit, inemptus fieret ex legis commiſſoriæ poteſtate. Hoc verò multò facilius eſt, quàm vt ex pupilli ignorantia emptor obligetur ad retrouendendum, ſicut & fauorabilius eſt vt contractus ſemel perfectus ex bona fide initus teneat & ſubſiſtat quàm vt reſoluatur. Itaq; faciunt valdè meo iudicio imperitè, qui ex eo quod Imperat. in illa ſpecie pronuntiauit pupillam in integrum reſtituendam eſſe, inferunt, ſimiliter in propoſita quæſtione reſtitutioni locum eſſe oportere: quaſi nihil interſit, an per reſtitutionem venditionis reſolutio impediatur. An noua obligatio ad venditionem nouam

8 faciendam inducatur. Sed illi multò imperitiùs † qui pugnantes Imperatoris & Pauli ſentẽtias ſic conciliant vt pupillus tanquam pupillus & minor reſtitui non poſſit, tanquã maior poſſit. Nam quod Imperator pronunciauit pupillam in integrum reſtituendam, ſic haud dubie accipiendum eſt, vt reſtituendam putauerit ex edicto *De minoribus*. Mouebatur. n. illa potiſſimum ratione, *quòd dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet, eáque res effeciſſet ne pareretur legi venditionis.* Idque manifeſtiùs apparet ex Pauli diſputatione, qui vt cõtrà ſentiat non ex alio mouetur quàm *quod pater pupillæ non ipſa contraxerat*. Quæ ratio prorſus ridicula eſſet ſi de eo quæreretur an pupilla non tanquam minor poſſet reſtitui, ſed tanquã maior. Quod verò iidem pragmatici

9 noſtri pupillo non ſolum reſtitutionem † dandam eſſe putant tanquam maiori, ſed etiam electionẽ an reſtitui malit contra emptorem ob elapſa in pupillaritate temporа conuentionalis cõditionis, an agere contra tutorem qui intra tẽpora non paruerit conditioni. Abhorret ſanè non tantùm à iuris ratione, ſed ab ipſis quoque interpretum traditionibus. Sic enim vulgò ſentiunt, & rectè, reſtitutionẽ hanc quam pupillo dari, volunt tanquam maiori, cùm detur aduerſus eum qui nihil cum pupillo contraxit, nec niſi ex æquitate illa generali, ne pupillus ex ignorantia ſua cui ſola ætas cauſam dederit, periclitetur, non aliter dandam eſſe quàm ſi ab ipſo tutore qui intra tempus emptori offerre debuerat indemnis ſeruari pupillus nequeat. Nam cùm hoc ipſum imputari poſſit tutori cur tempus cõditionis elabi paſſus ſit, nemo dubitat quin tutor ex hac cauſa condemnari poſſit & debeat vt indemnitatem pupillo præſtet, nec proinde æquitatis ratio vlla eſt, quæ ſuadeat, vt ſecuto pupillo, nec damnum vllum metuenti ſuccurri oporteat non modò contra bonæ fidei emptorem cui nihil poſſis imputare, quique cum pupilli patre non cum pupillo ipſo contraxerit, ſed etiam aduerſus manifeſtiſſimam iuris certiſſimi rationem. Denique volunt interpretes reſtitutionem hanc quæ pupillo tanquam maiori datur ob iuſtam ignorantiam ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, non niſi ſubſidiariam eſſe, id eſt ita demum accommodari debere, ſi aliter indemnitatem conſequi pupillus nequeat, fortè quia tutores nullos habuit, aut eos habuit qui nõ ſunt ſoluendo: vt tradit Franciſc. Turzan. in *communibus opinionib. q. 125.* incip. *præſcriptio.* ex Paulo Caſtr. in *l. properãdum §. vlt. C. de iudic.* & Franciſc. Bald. in 1 *parte quinta partis princip. n. 4. in 6. quæſt.* Adde Carolum Ruinum *col. 119. conſ. penult. vol. 5.* & Roland. à Valle *conſ. 10. n. 8. verſ. verùm quia opinio vol. 2.* Imò & quod amplius eſt, fatentur interpretes, quod pragmatici ignorãt, tutori † ſcientiam ſufficere poſſe, vt impediat ne pu- 10
pillus quandoque ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior reſtituatur. Sic enim eleganter & verè Paulus Caſtrenſis ad *d. §. in hac l. 4. De verb. obligat.* Quod proculdubio ita accipiendum eſt etiamſi tutor non ſit ſoluendo. Tutor enim domini loco eſt, pupillique perſonam repræſentat, adeò vt etiam de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat, *l. apud Celſum 4. §. illa etiam quæſt. D. de dol. mal. except.* Vbi addit Vlpianus generaliter id verum eſſe, neque diſtinguendũ eſſe an pupillo cautum ſit, an non, tutórne ſoluendo ſit, an non. Denique pupillus tutorem habens neque pro abſente haberi poteſt, cùm tutor adeſt, neque pro ignorante, cùm tutor ſcit id quod pupillus ipſe ſcire non poteſt. Quid ergo † ſi tutor verus & legitimus non ſit, 11
ſed is tamen, qui pro tutore omnia pupilli negotia gerat, neque ex mala fide, ſed fideliter & diligenter. Finge matrem, quæ cùm tutorem pupillo intra annum petere deberet, nullum petiit, ſed tamen vniuerſum pupilli patrimonium haud aliter, quàm ſi tutrix fuiſſet adminiſtrauit. Non puto poſſe aut debere ſcientiam eius nocere pupillo quia cùm reuera tutrix nõ ſit quod neque à patre data fuerit, neque à iudice, non habet legitimam perſonã quæ pupillum vſque adeò repræſentare poſſit, vt eadem cum pupillo perſona eſſe exiſtimetur. Itaque ſi verum crederem, quod interpretes ſomniant, reſtitui debere pupillum ex cauſa iuſtæ ignorantiæ tanquã maiorem, minime dubitarem, quin hic pupillus qui matrẽ duntaxat habuiſſet reſtitui deberet, tametſi mater pro tutrice omnia geſſiſſet, totamque rem ſciuiſſet, ſed ita tamen ſi ſoluendo non eſſe proponeretur. Nam quod proximè diximus ex eorundem interpretum ſententia, hanc in integrum reſtitutionem non niſi ſubſidiariam eſſe ne pupillus damnum ſentiat, ideóque denegãdam eſſe ſi pupillus indemnitatem conſequi poſſit à tutore, qui ſit ſoluendo, æquè hoc caſu locum habere arbitror, id eſt cùm quis pro tutore geſſit & ſoluendo eſt ad indemnitatem pupillo præſtandam non minùs quàm ſi tutor verè fuiſſet. Nihil enim prorſus intereſt pupilli quod ad hoc vt indemnitatem conſequatur, cùm eius qui pro tutore gerit bona omnia perinde ſint tacitè obligata pupillo pro adminiſtratis & neglectis, atque ipſius tutoris: ex Accurſij ſententia receptiſſima ad *l. pro officio 20. Cod. de adminiſt. tutor.* Quæ ſententia ſi

quo vnquam caſu vera eſt, tunc maximè obtinere debet, cùm mater ipſa eſt, quæ pro tutrice geſſit, quoniam ad eius officium pertinebat vt tutorem pupillo peteret intra annum ſi tutrix eſſe nollet: nihilque probabilius eſt, quàm vt vulgò tutrix exiſtimetur mater quæ pupilli negotia gerit, alio tutore nullo exiſtente. Separandúſque eſt hac parte is, qui pro tutore gerit
12 cùm tutor non ſit, à falſo tutore. Falſum † enim tutorem intelligo, eum qui prudens ſciénſque mentitur ſe tutorem vt graſſetur in re pupillari, cuius bona cùm nullomodo ſint obligata pupillo, quia non tam ex quaſi contractu obligatur, id eſt ex cauſa tutelæ, quàm ex edicto tanquam fur & prædo, conſequens eſt, vt quantumlibet ſoluendo ſit, non debeat ea res nocere pupillo, quominùs ex capite ignorantiæ reſtitui poſſit, acſi neque verum, neque falſum tutorem vllum habuiſſet, quia nec vllum habere intelligitur, qui non niſi falſum habet. Et in eo ſanè pragmatici paſſim errãt, non diſtinguentes falſum tutorem ab illegitimo aut ab eo qui pro tutore negotia pupilli gerit ex bona fide: cùm tamen ſeparatam eſſe huius & illius rationem, vel ex eo appareat quòd in Pandectis ſeparati ſunt tituli *De eo qui pro tutor.* &, *quod falſ. tutor. autor.* Etſi enim pro tutore negotia gerere dicitur, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, ſiue ſe putet tutorem, ſiue ſciat non eſſe, fingat tamen eſſe, *lege 1. §. pro tutore. D. de eo qui pro tutor.* Attamen falſus tutor magis propriè dicitur, quod ad edictum prætoris attinet, qui dolo malo & decipiendi animo mentitur ſe tutorem, id eſt qui & mala fide & malo animo tutelam ſibi adrogat, *l. falſus tutor 11. in princ. & §. 1. D. quod falſ. tutor.* Qui autem pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam præſtat, quam tutor præſtaret, *l.*
13 *penult. D. de eo qui pro tutor.* Ergo ſi quis, † præſertim verò ſi mater pro tutore negotia geſſerit, & ſoluendo ſit, eadem ipſius ratio in omnibus conſtitui debet quæ veri tutoris conſtitueretur vt tam perſonali pro tutelæ actione quàm hypothecaria teneatur, ad hoc vt pupillus omnino indemnis ſeruetur, & conſequenter non magis hoc caſu permittendum eſt pupillo, vt tanquam maior ex capite iuſtæ ignorantiæ reſtituatur in integrum aduerſus emptorem ad petendam poſt tempora retrouenditionem, quàm ſi matrem verè tutricem, aliúmve tutorem verum habuiſſet, vrgente nimirum vtroque caſu eadem æquitatis & iuris ratione, vt pupillus indemnis quidem ſeruetur, ne ex ignorantia ſua damnum ſentiat, ſed eam indemnitatem à tutore vel pro tutore conſequatur, quem habet ex quaſi contractu obligatum, potiùs quàm ab eo cum quo neque contraxerit, neque quaſi contraxerit, quique nec fecit quicquã nec nõ fecit. Pragmaticos noſtros illud fallit,
14 quod dici ſolet, etiam in his † quæ minorum tutores vel curatores malè geſſiſſe probari poſſunt, licèt perſonali actione à tutore vel curatore ius ſuum conſequi poſſint, in integrum tamen reſtitutionis auxilium minoribus dãdum eſſe *l. etiam 3. & tot. tit. C. ſi tutor vel curat. interuen.* Sed animaduertere deberent, id verè tum dici cùm pupillus in integrum reſtitui poteſt tanquam pupillus, aut minor tanquam minor, ex edicto *De minoribus*, non autem cùm reſtituitur ex edicto *De minoribus:* quomodo eam reſtitui volunt interpretes ob iuſtam ignorantiam. Et diſſimilitudinis ratio euidens illa eſt quòd ex edicto *De minoribus*, nunquam ſuccurritur pupillo aut minori per in integrum reſtitutionem, niſi aduerſus eum cum quo negotium aliquod geſtum ſit, vt probauimus in ſuperioribus ex verbis illis edicti, de quibus in *l. 1. §. 1. & l. ait Prætor 7. in princip. D. de minor.* Proinde nulla fit iniuria ei contra quem pupillus, aut minor reſtituitur, ſi prior ipſe inquietetur, licèt tutor aut curator ſit ſoluendo, quia eſt quod imputari poſſit ei cur cum pupillo aut minore contraxerit. At cùm aduerſus lapſum temporis appoſiti in conuentione facta inter maiores pupillus minórve alius reſtituitur tanquam maior, & ex eo edicto *De maioribus* vult ſibi ſubueniri pro ſua indemnitate aduerſus eum qui nullum prorſus ſecum geſſit negotium, & cui nihil imputare poſſis, ſiquidem non incidit in eum pupillus, ſed ipſe in pupillum. Quidni ergo æquum ſit priorem conueniri tutorem aut curatorem, qui & ex quaſi contractu obligatus eſt, & eam indemnitatem quæ pupillo, aut minori præſtanda eſt, æquè commodè præſtare poteſt? Quid igitur ſi pupillus † neque tutorem habeat, neque alium qui pro tutore negotia gerat? 15
Hoc nimirum caſu clamabunt pragmatici poſt Bartolum concedendam reſtitutionem pupillo, non tanquam pupillo, ſed tanquam maiori, vt admitti poſſit etiam poſt lapſa tempora ad offerendum emptori pretium quod intra præſcriptum tempus offerri debuerat ad extorquendam retrouenditionem. Ego contra negabo, nec vnquam patiar vt deterior fiat conditio emptoris qui ſibi diligenter proſpexerat, ob hoc ſolùm quòd venditori pupillus ſucceſſerit, cùm ſi, quod magis eſt, ſine vllo herede venditor deceſſiſſet, non eo minùs conditionis tempora elaberentur ſine ſpe reſtitutionis, quomodo dicimus, Pecunia ad diem promiſſa ſub pœna, & ante diem mortuo promiſſore committi pœnam licèt hereditas eius adita non ſit, *l. ad diem 77. de verb. oblig.* & quidem ita committi vt reſtitutio in integrum hic dari nulla poſſit. Nam contra pœnã conuentionalem nunquam datur reſtitutio, licèt contra legalem detur, vt tractat Tiraq. *De retract. conuent. §. 1. gloſ. 2. num. 58.* Atqui nemo dixerit maiorem eſſe rationem, vt conditionis tempora currant cum effectu & ſine ſpe reſtitutionis iacente hereditate, quàm cùm pupillus heres eſt, quia iacente hereditate nullus heres eſt, pupillus autem non poteſt quid minus eſſe, quam ſi omnino nullus eſſet. Quòd ſi hereditate iacente tempus currit, ſine ſpe reſtitutionis, quia hereditas perſonam defuncti repræſentat: cur non idem admittemus pupillo herede exiſtente? Nã & pupillus ex quo heres eſt, perſonã defuncti ſuſtinet, vt & alius heres quilibet: proindéque non magis venire poteſt quàm ſi maior eſſet, contra factum defuncti, & aduerſus contractum, qui ante mortem defuncti nõ ſolùm perfectionem habuerit, ſed etiam ſuam executionem. Quid enim exequendũ ſupereſt emptori qui rem ſibi traditam ex cauſa emptionis accepit, nec ſub alia conditione ſe obligauit ad retrouendendum, niſi ſi intra biennium ſibi pretium à venditore reſtitueretur? Aut quid ipſius intereſſe poteſt an pupillus tutorem habeat, nécne? Alioqui dicendum erit, emptorem hoc caſu obligatum eſſe, vt quaſi pupilli procurator poſtulet ei tutorem dari. Quod fuerit profectò ridiculum, quandoquidem non ſolùm nihil cum pupillo vnquam geſſit, ſed neque gerendũ habet, aut aliud quicquã curãdum, niſi vt perfecti impletique contractus ſui ius ſaluum & integrũ tueatur. Cur enim curet, an quiſquam ſit, qui redimere aut poſſit, aut velit? aut an venditoris heres impubes ſit an pubes? aut an tutorẽ aliquem habeat, an non? aut denique an omnino heres aliquis ſit, nécne? nempe his omnibus caſib. idem iuris eſt, vt perinde conditionis implendæ tempora elabantur cum effectu & ſine ſpe reſtitutionis. Hac ſola differentia quòd ſi pupillus tutorẽ non habuit, nullam pro indemnitate ſua actionem habet, neque auxilio reſtitutionis in integrum, neque alio vllo iure: niſi fortè contra matrẽ, quæ tutorem petere debuit neque petiit, licèt alia ei pœna ex hac cauſa legibus ſit conſtituta. Si verò tutorem habuit, agere contra eum poteſt pro cõſequenda indemnitate, quia debet tutor præſtare periculum conditionis non impletæ quam implere debuit, vt actio pupillo quæreretur *l. pupillorum 21. C. de admin. tut.* qui textus ad propoſitam quæſtionem pro ſententia noſtra omnium maximè videtur accõmodatus. Sic enim habet, Pupillorum ſeu minorum defenſores ſi per eos

donationum

donationum conditio neglecta ſit, rei amiſſæ periculum præſtare, vt intelligamus, etiamſi per tutoris negligentiam vel dolum factum ſit quominùs impleta fuerit conditio donationis, non eo minùs amitti donationem pupillo, quam lucraturus erat ſi conditio illa per tutorem impleta fuiſſet. Porrò nihil prorſus refert vtrum donationis aut venditionis conditio illa ſit, quæ per tutorem pupilli nomine debuit impleri: & omni caſu res amittitur ſi conditio non impleatur, quæ tamen ſi intra tempus conſtitutum impleta non ſit, poſtea impleri nunquam poteſt, quandoquidem mutatione temporis in conditione appoſiti conditio ipſa tota immutaretur, planéque alia ſpecie ac numero differens efficeretur.

ERROR VIII.

Si reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium reſcripto Principis in annum prorogari poſſe venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore liberaliter fuerat prorogatum.*

2 *Refutatio propoſiti erroris ex Cagnolo.*

3 *Prorogationis à Principe concedendæ modus minus iniurioſus à Cagnolo relatus.*

4 *Emptor qui promiſit prorogare tempus retrouenditionis; ſemel tantum prorogare tenetur.*

5 *Ratio propter quam tempus iam ab emptore prorogatum non poſſit iterum à Principe prorogari.*

6 *Impropriè dici tempus prorogari, ac tempus prorogatum pro eodem tempore haberi non poſſe, quod primùm fuerat conſtitutum.*

7 *Alia ratio cur tempus redimendi iterum à Principe prorogari nequeat.*

8 *Retrouenditio facta in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſita, nulla parit laudimia, ſecus ſi retrouenditio ſecuta ſit ex cauſa factæ prorogationis.*

9 *Si compromiſſum factum ſit in diem & ſub pœna dato etiam fideiuſſore, & compromiſſum prorogatum ſit à partibus inſcio fideiuſſore, pœna prioris compromiſſi ab hoc exigi nequit, ſi qui fideiuſſorem dederat ſententia arbitri ſtare nolit.*

10 *Pro penſionibus temporis conductionis prorogati fideiuſſor non tenetur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit.*

11 *Quo caſu fideiuſſor maneat obligatus poſt factam prorogationem temporis.*

12 *Cùm fundus venditus eſt ſubiecto pacto de retrouendendo ſub ea conditione, ſi intra biennium pretium reſtituetur, tempus certum conditioni cur cenſeatur adiectum.*

13 *Nequidem pupillo ſiue minori prorogari poſſe à Principe tempus retrouenditionis quod iam ab ipſo emptore prorogatum eſt, an verò reſtitui poterit pupillus?*

14 *Reſtitutionis auxilium multo fauorabilius eſt, quàm prorogationis.*

15 *Facultatibus lapſum eſſe non eſt ſufficiens cauſa ad impetrandum prorogationis beneficium.*

16 *Alia prorogationis cauſa ſpuria.*

17 *Alia eiuſdem cauſa improbabilis.*

18 *Quòd Princeps pecuniam venditori debeat, nec velit, aut poſſit commodè ſoluere, non eſt iuſta concedendæ prorogationis cauſa.*

19 *Alius prorogationis irritus prætextus.*

20 *Alia cauſa prorogationis reiicienda.*

DIſputauimus hucuſque contra Hieronymum Cagnolum inter pragmaticorũ Principes non ignobilem Doctorẽ, de eo quod primus ille auſus eſt ſcribere, permittendum eſſe ſupremo Principi vt proroget tempus conditionis appoſitæ in promiſſione quam emptor venditori fecerit de retrouendendo. Nunc ex Cagnolo ipſo contra pragmaticos noſtros diſputandum nobis eſt, qui magiſtri errorem dilatant quantum poſſunt, vt faciant ampliorem. Nam † ſi is qui fundum à te emerat ſub pacto de retrouendendo, ſi intra biennium ſibi pretium reſtitueretur, ante finitum biennium prorogauerit tempus conditionis, tibique pro biennio triennium indulſerit liberaliter, nullaque alia de cauſa quàm vt beneficium in te conferret, non deſunt ex pragmaticis noſtris, qui putent perinde permittendum eſſe Principi vt tempus iam prorogatum ruſus proroget, atque ſi nulladum prorogatio præceſſiſſet. Quam in ſententiam ex eo tantùm mouentur quòd vtroque caſu par ſit ſupremi Principis poteſtas, nec magno incommodo afficiatur emptor contra quem eiuſmodi prorogatio in alium ſaltem annum indulgetur. Contra quos, † ſi pro me vel vnus Cagnolus certare velit, is non tantùm autoritate, ſed etiam ratione ſtatim vicerit. 2 Nam & cùm quæſtionem ipſam proponit, an Principi liceat huiuſmodi tempus prorogare, ne minus abſurdam quæſtionem mouere videatur, quam nemo anteà mouerat, non de longiori tempore quæ ere auſus eſt, quam quòd ſit duorum vel trium menſium. Sic enim quæſtionem concipit ad *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. quæſt.* 34. An Princeps redimendi tempus prorogare poſſit per duos aut tres menſes: vt appareret nec dubitare illum quin ſi in annum prorogare princeps vellet, id ei licere non deberet. Quod apertius ſignificat in ſequentibus, cùm quærit, An fieri poſſit ea prorogatio poſt iam elapſum tempus intra quod debuerat conditio impleri, pretiúmque reſtitui ad retrouenditionem poſtulandam: negat autem poſſe, niſi, inquit, magnam & inſignem cladem fortunis venditoris contigiſſe probetur, quæ fecerit ne tam citò & intra præſcriptum tempus potuerit parere conditioni: quo caſu vult quidem ei ſubueniendum eſſe commiſerationis potiùs quàm iuris aliqua ratione: ſed ita tamen vt prorogatio illa non niſi ſex ad ſummum ſit menſium: ita innuens nullo caſu ſe admittere, vt prorogatio ſit anni vnius, ne tum quidem cum ab emptore ipſo nulla prorogatio facta eſt. Quis ergo ferat vt prorogatio per Principem fiat in annum, ſi iam conuentionalis alia prorogatio anni vnius, aut fortaſſis etiam biennij præceſſerat? Præſertim verò ſi præcedentem illam prorogationem ignorauit Princeps eo tempore quo nouam indulſit, calliditate ſcilicet impetrantis, qui nullam in precibus mentionem fecerit prorogationis illius conuentionalis, vt Principis religionem circumueniret, tantóque faciliùs iniquam prorogationem alteram extorqueret. Neque enim negari poteſt quin ex tacita illa veritate obreptum fuerit Principi, qui ſi rem geſtam, & liberalem emptoris vrbanitatem ſciniſſet, vtique non tam facilè in eius iniuriam, nouum iniuſtúmque beneficium venditori conceſſiſſet. Nam quod pragmaticos iam replicare audio, nõ eo minùs licere Principi ſaltem de plenitudine poteſtatis, vt loquũtur, prorogationem aliam dare inuito etiam emptore quòd iam vna præceſſerit ab ipſo emptore liberaliter data, prorſus ad rem

non pertinet. Ita enim eſto: quod tamen mox negaturi ſumus. Nihilominus vitiũ obreptionis ſubeſt, quoties tacitum illud eſt, quod ſi expreſſum fuiſſet difficiliorem potuit reddere impetrationem, licèt æquè fuerit tandem Princeps conceſſurus, dum æquè facilè. Nemo autem dixerit, non difficiliorem eſſe debere Principem in ſecunda prorogatione indulgenda, maximè verò inuito emptore, quàm ſi nullam dum emptor liberali-
3 ter conceſſiſſet. Nam & Cagnolus † ipſe fatetur ita ſolitum hac in re obſeruari à Principe quoties huiuſmodi prorogatio poſtulatur, vt ante omnia Princeps ad emptorem ſcribat, rogétque vt liberaliter & humaniter petitam prorogationẽ indulgeat, vt ſi fieri poterit nihil niſi volente & conſentiente emptore decernatur, ſin preces iuſſáve Principis vſque adeò emptor negligat, vt de iure ſuo nihil omnino velit remittere, tum demũ quaſi in pœnam pertinacioris contumaciæ Princeps autoritatem ſuam interponat. Qui ſanè multò ciuilior eſt prorogationis à Principe cõcedendæ modus, quàm ſi rectà, & inaudito emptore venditori faueretur. Nam quemadmodum eſſet iniurioſius ignoranti quàm pertinaci emptori damnum infligere, ita vix de alio quàm de ſe quæri emptor poteſt qui à Principe ſuo rogatus, cui omnia debeat, noluerit ei complacere, vt Cagnolus loquitur, nec eas tamen rationes æquitatis adferre potuerit, quæ Principem mouere debuerint, ne concederet eiuſmodi prorogationem. At ſi emptor ad Principis literas reſcriberet, ſemel iam à ſe prorogatum liberaliter tempus conditionis conuentionalis, nec per vnum aut alterum diem vel menſem, ſed annum vel biennium, eáque de cauſa ſupplex peteret à Principe, ne quam ſibi alterius prorogationis indulgendæ neceſſitatem imperaret, credibile eſt bonum Principem non tam facilè iuſſurum emptori vt iterum proroget, nec proinde relu-
4 ctante eo prorogaturum. Nam etſi in pacto † ipſo de retrouẽdendo intra certa tempora conueniſſet, vt tempus illud venditori prorogare emptor cogeretur non ad aliud teneri emptor poſſet, quàm vt ſemel non etiã vt bis aut ſæpius prorogaret. Verificatur enim promiſſio, vt noſtri loquuntur, in primo actu, quod in propoſito *De prorogatione*, nominatim tradit Andr. Tiraq. ad *l. boues § hoc ſermone de verb ſignific.* Cur non ergo vnica prorogatione contentus eſſe cogatur venditor aut vẽditoris heres quiſquis ille ſit, cui nulla prorſus ex contractu debebatur? An emptoris vrbanitas ei nocere debebit, vt ob id ſolum quòd prorogationem vnam libenter & liberaliter indulſerit, aliam quoque concedere debeat, aut æquo animo ferre, vt ſe ignorãte aut inuito à Principe concedatur? Itaque, vt iam dixi, pro nobis contra pragmaticos pugnabit haud dubiè Cagnolus ſi in auxilium aduocetur. Sed adſit ille, ſi volet, ſuis pragmaticis: Auſim ego dicere, etiamſi maximè verum eſſet quod Cagnolus induxit vt huiuſmodi prorogatio reſcripto Principis concedi queat, non tamen ſimiliter illud admittendum fore, vt tempus iam ab emptore prorogatum iterum à Principe prorogari poſſit: non illa ſolùm ratione quam attigi, quòd non debeat Princeps duriorem facere emptoris conditionem in prorogandi temporis neceſſitate ipſi imponenda, quàm ſi expreſſa conuentione eſſet emptor ad id obligatus: quo caſu vnica prorogatione, vt diximus, promiſſioni abun-
5 dè ſatisfeciſſet. Verùm etiam, quia † plus iuris aut æquitatis præ ſe ferre videtur prorogatio temporis, quod in ipſa venditione adhibitum ſit, quàm eius quod iam ſemel fuerit prorogatum: quoniam tempus illud de quo conuenit inter cõtrahentes in ipſo contractu pars quædam pretij & contractus eſt, nec minùs ex parte venditoris, quàm ex parte emptoris, ideóque quandiu tẽpus durat, neque omnino elapſum eſt, poteſt venditor aut eius heres dicere ſe non alia lege fuiſſe alienaturum, quàm ſub pacto de retrouendendo, & conſequenter petere vt ſibi ſaluum ſit, & integrum: Quamquam non aliud hæc ratio concludit, niſi vt intra conſtituta tempora redimendi ius venditori eripi non debeat, non etiam vt poſt ea tempora idem iuris habere illum oporteat inuito emptore, qui ſimiliter dicere poteſt non aliter ſe empturum fuiſſe quàm ſi præſcripto illo tẽpore, ius redimendi, quod venditor ſibi exceperat, reſtrictum fuiſſet. At cùm eius temporis in conuentionem deducti prorogatio iam vna facta eſt, & quidem vltrò & liberalitate emptoris, nullus omnino ex parte venditoris ſubeſt color petendæ prorogationis, quia tempus hoc de quo nunc prorogando agitur, non illud eſt quod dici poſſit vnquam fuiſſe pars pretij aut contractus, ſed tempus aliud & nouum quia prorogatum: de quo nec à contrahentibus fuerat contractus tempore cogitatum, imò verò, quod alterius temporis expreſſione omnino fuerat excluſum. Qui enim paciſcitur de retrouendendo ſub ea conditione, ſi intra Calendas Quintiles pretiũ reſtituetur, hoc ipſo certè paciſcitur ne poſt Quintiles retrouendere teneatur, ne quidem intra Sextiles. Tantum abeſt, vt quo longior eſt dilatio quæ confertur in Calendas Sextiles quàm quæ in Quintiles, eo pluris vel minoris venditor vendidiſſe, aut emptor comparaſſe dici poſſit. Neque eſt quod quis dicat tempus prorogatum vnum & idem tempus eſſe videri cum priore, *l. ſed ſi manente 5. D. de precar.* Nam, vt iam ex Tiraquello monuimus alio huius Decadis loco, non propriè id dicitur & verè, ſed fictè & abuſiuè, quandoquidem aliud tempus eſt quod prorogatur, quàm quod ab initio præſcriptum fuit. Neque verò Pomponius in *d. l. ſi manente* ſic loquitur, vt dicat idem tempus eſſe, quod vtique non modò abſurdum eſſet, verùm etiam impoſſibile, *ſed idem precarium eandémque cauſam precarij.* Et ſanè † 6
impropriè loquitur quiſquis dicit *tempus prorogari.* Non enim tempus, ſed actus *ipſe* qui intra certum tempus fieri debuit, in longius tempus prorogatur. Sed etſi idem tempus dici poſſet fictitiè & abſolutè, quomodo loquitur Tiraquellus, nihilo magis tamen fieri poſſet vt ea prorogatio aliam admitteret prorogationem, quia non poteſt vna fictio aliam recipere actionem, quandoquidem fictio ipſa cùm nihil ſit, nequit eſſe ſubiectum accidentis. Ergo cùm non alio colore prorogationem ex reſcripto Principis admitti velint pragmatici, quàm quia tempus prorogatum pro eodem tempore habeant, quod primum fuerat præſtitutum, conſequens vt fateri eos neceſſe ſit, id tempus quod iam prorogatum ſit, vt loquuntur, iterum prorogari nullomodo poſſe, maximè verò ignorante eo, qui iam ſemel prorogauerit, idque, vt diximus, liberaliter, & ſine vlla noua cauſa. Nihil enim iuris habere poteſt vẽditor ratione temporis prorogati, niſi quãtum voluit is ipſe qui prorogauit, cùmque in eo tempore, de quo in ipſa venditione conuenerat vtriuſque contrahentium voluntas ſpectanda ſit, quoniam in eo præſcribendo vtriuſque conſenſus interuenit, in hoc tamen quod prorogatum eſt, ſolam prorogantis voluntatem intueri poſſumus, ex cuius ſola profectum eſt liberalitate. Quis enim ferat vt in re mea ſit alius me ipſo liberalior? Fateor donationes largiſſimam recipere interpretationem aduerſus donatorem: ſed id tamen ita intelligendum eſſe conſtat, ſi modò nihil fiat contra donatoris voluntatem, & contrà quàm verbis donationis diſertè expreſſum ſit. Neque enim eum qui non niſi centum donauerit, ducenta debere quiſquam dixerit. Cur ergo eum qui redimendi ius in annum prorogauerit liberaliter, & animo donandi, obligatum dicemus vt nouam in longius tempus prorogationem etiam ab alio fieri inuitus patiatur? Sed & vulgaris † noſtrorum traditio eſt, actus 7
merè voluntarios nunquam extendi, ne quidem per interpretationem, niſi quatenus infertur ex neceſſitate.

Quid

Digitized by Google

Quid autem magis voluntarium quàm quod ex mera liberalitate fit, & animo donandi? Igitur nulla ratio reddi poteſt cur emptor, qui vt in venditorem eſſet munificus, prorogauit in Calendas vſque Sextiles ius redimendi quod intra Quintiles exerceri ex mutua conuentione debuerat nouam prorogationem inuitus facere, aut ab alio factam pati cogatur. Non enim ea ſecunda prorogatio inferri vllo modo poteſt ex neceſſitate præcedentis, ſed tota quanta eſt, & ſiue iuſta, ſiue iniuſta, pendet ex voluntate ſecundi prorogantis. Neque eſt quod quis dicat, huiuſmodi prorogationes tum etiam cùm liberaliter & gratis ab emptoribus fiunt, eam vtplurimùm habere cauſam ſolere, ne venditor tam citò redimat, qui fortè eo ipſo die alioqui redempturus erat, pecuniam habens in numerato: atque ita non eſſe id accepto ferendum meræ liberalitati emptoris, qui ex prorogatione lucrum fructuum ſperauerit, & ſibi compararit. Nam præter id quod è contrario fieri etiam poteſt vt mera fuerit emptoris liberalitas, non habente venditore vnde pecuniam explicaret ad offerendum venditori intra tempus præfixum, dico, tum etiam cùm proximæ redemptionis metu prorogatio ab emptore facta eſt, non eò minùs prorogationem prorſus voluntariam cenſeri debere, vt defendit Carolus Molinæus in Conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 23. quæſt. 14. num. 47. vbi & ex hac ratione infert, Si ex cauſa huiuſmodi prorogationis ſecuta ſit retrouenditio, deberi noua laudimia à venditore qui ex retrouenditione nouus emptor fit, nouúſque dominus, qui tamen nulla deberet ſi ex vi & poteſtate pacti de retrouendendo in ipſa venditione adhibiti, id eſt, ſi intra tempora eo pacto præſtituta retrouenditio facta fuiſſet. Etſi enim omni caſu retrouenditio noua alienatio eſt, nouámque dominij tranſlationem inducit, ex qua laudimij præſtandi obligatio naſci ſolet, tamen cùm fit †
8 in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſitæ, nulla parit laudimia, quaſi pars tantùm & executio quædam ſit prioris contractus, pro quo iam ſemel laudimium ſolutum fuit, quod non perinde dici poteſt, cùm retrouenditio ſecuta eſt ex cauſa factæ prorogationis. Nouus enim contractus re vera ille eſt, qui à priore illo cuius tempora breuiora fuerunt, nullam dependentiam, vt ita loquar, habet, ſi non priore illo contractu id expreſſim actum erat, vt emptor ius redimendi in longius aliquod tempus prorogare teneretur: quemadmodum ſupradicto loco Molinæus tractat. Cui non diſſimile illud eſt, quod vulgò interpretibus
9 noſtris placere video, & rectè, ſi † compromiſſum factum ſit vt fieri neceſſe eſt in diem & ſub pœna dato prætereà fideiuſſore, nec intra illam diem pronuntiauerit arbiter, ſed compromiſſi prorogatio in longius tempus facta ſit mutua contrahentium voluntate, inſcio tamen & abſente fideiuſſore, non poſſe pœnam prioris compromiſſi à fideiuſſore exigi ſi fortè is qui fideiuſſorem dederat ſententiæ arbitri ſtare nolit, quia non pro hoc compromiſſo quod per prorogationem nouum aliúdque factum eſſe intelligitur, fideiuſſor acceptus fuerat, ſed pro primo illo quod finito tempore intra quod ſententia ferri debuerat finitum etiam fuit, cùm non alia de cauſa tempus certum præfixúmque compromiſſo adiectum fuiſſe videri poſſit, quàm vt iis veluti finibus obligatio compromiſſi tam principalis quàm acceſſoria terminaretur & limitaretur. Sed etſi is
10 qui in triennium † conduxerat fundum, & conductionis fideiuſſorem dederat, poſteà impetrauerit à locatore vt conductionis tempus ſibi in longius tempus prorogaretur, non dubitant interpretes quin pro penſionibus temporis prorogati fideiuſſor nullomodo teneatur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit, quia hoc etiam caſu tempus conductioni inſertum fuerat limitandæ & finiendæ obligationis gratia, ideóque non debet ignoranti fideiuſſori nocere prorogatio inter alios facta, quæ tempus immutando, ſubſtantiam quoque obligationis quæ ex ipſo partim tempore æſtimabatur immutaſſe, aliúmque contractum feciſſe credenda eſt. Sic enim ex communi aliorum ſententia diſputat Didacus Couarr. in *init. 2. part. elect. cap. quamuis pactum, de pact. in 6. num. 6. per tot.* diſtinguens hoc vnum duntaxat, an tempus inſertum obligationi pro qua fideiuſſor interuenit adiectum ſit ad finiendam & limitandam obligationem, vt in ſuperioribus duobus caſibus, an ad ſolutionem tantùm & exactionem differendam: quod euenit cùm quis ſe hoc aut illo anno ſoluturum promiſit, in eamque rem fideiuſſorem dedit. Quo demùm caſu † admittit ille, & verum eſt, perinde 11
obligatum manere fideiuſſorē poſt factā, te licèt inſcio, prorogationē, atque ſi prorogationi conſenſiſſet, nimirū quia prorogatio hæc ei prodeſt potiùs quàm nocet, cùm non alium effectum habeat, niſi vt debiti exactio quæ ſtatim fieri poterat, in longius tempus differatur. Neque enim videri poteſt obligari, aut obligatus manere fideiuſſor ob id tantùm quod prorogatio iſta facta ſit, ſed quia prior obligatio pro qua interceſſit adhuc ſubſiſtit, ſubſiſtétque etiam poſt finitum tempus prorogationis, quandiu per ſolutionem aut quem alium legitimum modum non fuerit diſſoluta. In propoſita verò quæſtione, cùm fundus † venditus 12
eſt ſubiecto pacto *De retrouendendo* ſub ea conditione, Si intra biennium pretium reſtituetur, certiſſimum eſt quod nos ſæpiùs repetere coacti ſumus, non aliam ob cauſam tempus certum huic conditioni adiectum eſſe, quàm vt eo tempore finiretur, non quidem obligatio ipſa, quæ ex promiſſione conditionali ante conditionis euentum prorſus nulla eſt, ſed conditio obligationis, ne qua poſt id tempus futuræ obligationis ſpes aut præteritæ ſtipulationis memoria ſupereſſet non magis quàm ſi nulla vnquam interpoſita fuiſſet. Inde igitur fieri fatendum eſt, admiſſo etiam eo, quod nos prorſus impoſſibile eſſe contendimus, vt non entis, id eſt conditionis prorogatio aliqua fieri poſſit in longius tempus, ſi ea prorogatio facta ſit à cōtrahentibus ipſis (quo caſu innouata & immutata potiùs quàm prorogata conditio dici, meo iudicio, deberet.) Nouum contractum eſſe, nouamque promiſſionem illam, quæ per eiuſmodi prorogationem inducitur, ideóque nullam omnino videri debet habere dependentiam à primo illo pacto de retrouendendo, quod mutuo contrahentium conſenſu initum fuerat, cùm poſterius hoc merè gratuitum ſit, & ex mera prorogantis emptoris liberalitate profectum. Proinde nec fieri poteſt, vt tempus prorogationis re vera ſit id ipſum tempus, quod priore pacto continebatur, nec conſequenter eo colore admitti prorogatio facta per Principem, quaſi non ſit tam inhumaniter agendum cum venditore, vt tam facilè & ex ſolo lapſu temporis conuenti, priuandus ſit commodo pacti *De retrouendendo*, ſine quo non fuerat venditurus, nec aliud eſſe exiſtimandum eſt, etiamſi venditoris heres pupillus proponatur. Iā enim ſuprà diximus, & probauimus pupillarem ætatem nihil hîc facere, & rationes omnes quas proximè attulimus, vt appareat † tempus redi- 13
mendi, præſertim quod iam prorogatum ſit ab emptore, poſteà inuito eo iterum prorogari non poſſe, æquè locum habent in pupillo atque in maiore: & æquè in herede venditoris quolibet, atque in ipſo venditore. Quòd ſi quis dicat, meliorem eſſe debere hac parte conditionem pupilli aut minoris quàm aliorum, proptereà quòd ea ætas faciat, vt reſtitui minor debeat contra lapſum temporis tanquam maior, & ex capite iuſtæ ignorantiæ, ſecundùm eam Bartoli & interpretum traditionem, quam nos iam refutauimus, tanquam nihil interſit emptoris vtromodo minori vendi-

Digitized by Google

toris heredi ſuccurratur, an per in integrum reſtitutionem, an per prorogationem is proculdubio errauerit. Nam neque admitto poſſe pupillum reſtitui in integrum aduerſus lapſum temporis prorogati liberaliter, tametſi admitterem quod ſemper negabo, ſententiam Bartoli in tempore conuentionali veram eſſe: & quamuis in vtroque tempore vera eſſet, non tamen placeret argumentum à reſtitutione ad prorogationem, cùm longè alius effectus ſit reſtitutionis, alius prorogationis. Prorogatio enim ſi valeret, liberam daret pupillo facultatem redimendi in vltimum vſque inſtans temporis prorogati, reſtitutio verò in integrum etiamſi concedenda eſſet, non tamen eum effectum habere deberet, vt pupillo dandum eſſet exinde tantum temporis ad implendam venditionem, quantum per ignorantiam fruſtra tranſactum fuiſſet: alioqui eueniret, vt defuncto venditore altero poſt contractum die relicto anniculo, qui ex conuentione intra decennium redimere rem debuiſſet: & impetrata per minorem reſtitutione vltimo vigeſimiquinti anni die, decennium adhuc penè integrum ei dari oporteret ad implendam conditionem, petendámque retrouenditionem: quod quam abſurdum ſit, nemo non videt. Imò etiam poſt triennium ab impleto anno vigeſimo quinto computandum, eam reſtitutionem adhuc competere dicendum eſſet ſi quando ex capite ignorantiæ competiiſſet, quia quadriennium illud Iuſtinianeum quod in locum anni vtilis in petendis reſtitutionibus ſubſtitutum eſt, *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* licèt ex poſt facto continuum ſit, tamen ab initio vtile eſt, nec currit ignoranti, ſed tantùm ex die ſcientiæ, ſi verum eſt, quod in eam legem hac de re interpretes tractant. Neque enim ex eo quod pupillus, minórque annis vigintiquinque poſteà maior effectus ſit, conſequens eſt vt ex primo anni vigeſimiſexti die cœperit ea ſcire quæ pupillus ignorabat, ſi non probetur ſuperueniſſe ſcientia. Nam etſi iam tum cùm venditor moreretur, qui intra decennium redimendi facultatem ſibi exceperat, heres hic maior fuiſſet annis vigintiquinque, tamen iuſtam alieni facti ignorantiam poſſet obtendere tanquam heres, *l. qui in alterius* 49. *De reg. iur.* Cùm igitur etiam poſt vigeſimum quintum annum heres maneat, eademque proinde ſubſit ignorantiæ cauſa, non eſt quod eum pro ſciente habeamus, aut eò minùs reſtitutionem in integrum ex capite ignorantiæ ipſi denegemus. Aliáque cauſa eſt mora, vt vocant, irregularis, quæ ſolo minoris ætatis fauore & priuilegio contracta finitur cùm ætate, *l. Titia Seio* 87. §. *vſuras de leg.* 2. Hìc enim etiam poſt finitam ætatem ſupereſt qualitas heredis quæ præteriti temporis ignorantiam ſemper retinet fouétque. Proinde admiſſo illo abſurdo, vt hoc caſu poſſit pupillus aliúſve minor quilibet reſtitui tanquam maior ob iuſtam ignorantiam, illud omnino conſequi neceſſe eſt, vt etiam poſt centum annos ſi tam longo tempore poſſit viuere, admitti deberet, niſi medio tempore pactum de retrouendendo ab ipſo venditore interpoſitum reſciuiſſe probaretur. Sed & eadem prorſus ratione dicendum eſſet maiori quoque dandam reſtitutionem ex eadem cauſa iuſtæ ignorantiæ quam prætendere poteſt tanquam heres, ſi quælibet ignorantia locum facere poſſet reſtitutioni, ac non potiùs ea tantùm quæ ex iuſta abſentia puta reipublicæ aut ſtudiorum cauſa induceretur *tot. tit. Ex quib. cauſ. maior.* Cæterùm vtcumque ſit, fieri non poteſt vt venditoris heres idémque pupillus reſtituatur in integrum aduerſus lapſum temporis conuẽtionalis ex cauſa ſola iuſtæ ignorantiæ quin eo ipſo ſe obliget ad pecuniam, quæ faciendæ redemptioni neceſſaria eſt, ſtatim offerendam, cùm petendo reſtitutionem ſe ius ſuum ſcire fateatur. Alioqui quòd intra dictam diem non ſoluerit, ex eo potiùs profectum videri debet quòd pecuniam non haberet ad ſoluendum, quàm quòd ius ſuum ignoraret, ſi ne quidem nunc offert cùm petit reſtitutionem. Qui enim reſtitui vult propter iuſtam ignorantiam, hoc vnum contendit ſe ex ignorantia læſum fuiſſe, quia ſi ſciuiſſet, ius ſuum exequi potuiſſet, ob idque probare debet ſe habuiſſe otioſam pecuniam in numerato, aut ſaltem eius explicandæ rationem aliquam ad offerendum emptori, ſi ius ſuum non ignoraſſet, vt appareat ex ſola ignorantia, non etiam ex inopia damnum contigiſſe. Multò igitur magis cogendus eſt cùm petit reſtitutionem vt tunc ſaltem pecuniam offerat, quàm ſi neget ſe in promptu habere, fatetur vtique hoc ipſo aduerſus nummorum pecuniam, non aduerſus ignorantiam reſtitui ſe debuiſſe. Ex quo inferri poteſt, ſi prorogationem Princeps conceſſerit ex iis cauſis quæ reſtitutionem pupilli ex capite ignorantiæ excludere potiùs quàm inducere deberent, tantò minùs admittendum eſſe vt ea prorogatio fiat inuito emptore. Finge petendæ prorogationis cauſam illam allegari, quòd non habuerit pupillus, nec etiamnum habeat quantum ſatis eſt pecuniarum ad extorquendam retrouenditionẽ. Nõ eſſet cauſa illa iuſta petẽdæ reſtitutionis ex capite ignorantiæ, quin potiùs excluderet beneficium reſtitutionis, quam fatentur omnes in propoſita ſpecie non ex alia quàm iuſtæ ignorantiæ cauſa etiam pupillo cõcedi oportere. Excludere igitur debet eadem ratione auxilium prorogationis, quæ ſi vllo vnquam caſu, illo certè vno & ſolo concedi deberet, quo reſtitutionis beneficium concedi poſſet: quamquam illud etiam verum eſt, quod iam dixi, reſtitutionis auxilium † multò fauo- 14
rabilius eſſe, minúſque odioſum, quàm prorogationis, quoniam reſtitutionis iudicium vt & aliud quodlibet etiam in inuitum exercetur *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *De verb. oblig.* Prorogatio autem non fit niſi inter conſentientes, nec aliis nocet quàm qui prorogationi cõſenſerunt. Vt proinde dici verè poſſit nullomodo nulláque vnquam caſu admittendas eſſe huiuſmodi prorogationes: ſiue reſtitutio competat, ſiue non. Sed & finge, Principem vt prorogationis † beneficium indul- 15
geret, ex eo præcipuè motũ fuiſſe, quòd venditor eiúſve heres facultatibus lapſus proponeretur. Emptorẽ verò cõtra quem beneficium illud impetratum ſit, æquè miſerum & afflictum eſſe, dignúmque cuius perinde miſereri æquum ſit, quis admittat ſuccurri venditori aut heredi venditoris aduerſus emptorem? Nam nec locus eſſe poſſet hoc caſu literis illis moratoriis, quas *reſpirationis* vocant, quæ tamen facilè & ſine cauſæ cognitione concedi ſolent, tanquam quæ vel nullius vel permodici ſint præiudicij. Rebuff. *De lit. dilat. art. 1 gloſ. 1. n. 25.* poſt Matth. de Afflict. *q.* 377. Finge impetratam prorogationem in annum vnum quod tempus longius eſſe nec Cagnolus ipſe diffitetur. Non debet valere prorogatio, ne quidẽ pro vno aut altero mẽſe, poſito etiam ita iure, vt in duos vel tres vſque menſes ea prorogatio cõcedi potuiſſet, exemplo eius quod dicimus, Moratorias literas ſi in decennium differant, exactionẽ ne quidem pro quinquennio valere, quamuis pro quinquennio tantùm impetratæ valituræ eſſent. Sic enim idem Rebuff. *dict. gloſ. 1. n. 6. arg. cap. cui de non ſacerdotali. De preb. in 6. l. ſi ſponſus, §. generaliter. de donat. inter vir. & vxor.* Finge expoſitum † fuiſſe Principi per venditorem 16
eiúſve heredes quod prorogati tẽporis redimendi nihil intereſſet emptoris, quippe qui receptis quandoque numis ſuis nullam poſſit videri paſſus iniuriam *arg. l. cum te fundum 6. in fin. C. de pact. int. empt. & vendit.* Aperta obreptio & ſubreptio eſt. An non enim emptoris intereſt ne inſcius ignoránſque obligetur ab alio per prorogationem, quæ ſi nulla fieret nullomodo eſſet ille obligatus finito quandocumque tempore, ne quidem ſub conditione? An non etiam intereſt illius vt

rem

rem à ſe emptam ſibique pleno iure & irreuocabiliter acquiſitam retinere poſſit, potiùs quàm datam à ſe pro pretio pecuniam recipere, ſi fortè quod ſemper euenit longè pluris res ſit quàm quanti fuit vendita ſub pacto de retrouendendo? Cur ergo pecuniam pro re accipere cogetur, præſertim ſi non ei pleniſſima indemnitas offeratur. Nam & moratoriis tantùm literis impetratis omnimodo hanc præſtari oporteret. Alioqui facile erit venditori fraudem comminiſci, & petere prorogationem eo fortaſſis tempore quo fructus nullos ſperare poſſit ex reuendita, puta hoſtibus occupata, malitque pecuniam retinere quæ neceſſaria eſſet ad redimendum, oblaturus eam poſteà cùm liberata res erit, & fructuoſa, vt toties medij temporis & fructuum & vſurarum commodum ita emptori auferat, quem vtique æquum eſt pro eo damno quod ſentit ex amiſſis rei fructibus omne ſibi lucrum retinere quod ex iuſto contractu iuréque gentium ſibi quæſiuerit. Quid

17 rurſum ſi prorogationis † conceſſio cauſam illam habeat quòd non potuerit venditor eiúſve heres exigere à ſuis debitoribus, atque inde pecunias comparare ad offerendum intra tempus præſtitutum? Non eſt cauſa probabilis. Neque enim fraudi eſſe debet ea res emptori, cui non poteſt imputari, quòd venditori debitores inopes ſint & egeni. Multò minùs, quòd non poſſint tam citò conueniri ob impetratas per eos à Principe literas moratorias, & annalis dilationis. Nam ſi iure impetratæ ſint, non habet venditor idémque creditor quod conqueratur, niſi proponas ab ipſo emptore, qui idem debitor ſit fuiſſe impetratas. Tunc enim per emptorem factum videretur, quominùs intra præfixum tempus conditio impleri per venditorem potuiſſet, ideóque proprium factum ei nocere deberet. Sin per iniuriam & ſine cauſa impetratæ dicantur, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem contingere *l. ſi per imprudentiam* 51. §. *D. de euict.* Præſertim cùm difficultas ſoluendi nihil commune habeat cum iure obligationis, nec excuſetur debitor à mora ob non impletam conditionem quæ in dando erat, tametſi per egeſtatem ſuam dare non potuerit, quia cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, vt Venuleius loquitur in *l. continuus* 137. §. *illud De verb. oblig.* Sed etſi non tam difficultas quàm impoſſibilitas in huiuſmodi conditione implenda verſaretur, cùm tamen ex alterius quàm emptoris facto ea impoſſibilitas proficiſceretur, non poſſet facere vt conditio haberi deberet pro impleta in præiudicium emptoris, per quem non ſtaret quominùs verè impleretur, ſiue conditio in dando conſiſteret, ſiue in faciendo. Nec aliud remedium impedito competere poteſt, quàm vt de indemnitate ſua agat aduerſus eum qui impedimentum attulit, maximè verò ſi ſit ille ſoluendo, vt tractat Bart ad *l. in teſtamento ita erat ſcriptum* 31. *D. de condic. & demonſtr.*

18 Quid item ſi Princeps † ipſe pecuniam debeat venditori nec velit aut commodè poſſit ſoluere? An iuſta illa cauſa erit concedendæ prorogationis? Minimè. Princeps enim quatenus priuatus priuatique debitor eſt cæterorum priuatorum iure vtitur, nec proprij lucri occaſionem captare ſolet ex alieno damno. Idémque dilemma locum hic habere poteſt, quod in cæteris debitoribus venditoribus qui annalis dilationis literas impetrarint. Aut enim iuſtè fit vt Princeps differat ſolutionem eius quantitatis quam debet venditori, aut iniuſtè. Si iuſtè, nullam querelæ occaſionem habet venditor, nec eo magis tamen poteſt intendere prorogandum ſibi tempus redemptionis in necem emptoris, cui non æque iuſtè ſuum ius auferri poſſit. Si iniuſtè, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem afficere. Quid ſi Princeps ideò differat ſolutionem à ſe debitæ quantitatis quòd in cauſam belli publici erogandum ſit quicquid pecuniarum vndequaque congerere poſſit? Nam hoc caſu receptum eſt vt propter publicam vtilitatem liceat Principi de plenitudine poteſtatis dominium auferre quod alteri etiam ex iure gentium iam quæſitum ſit. Sed ſiue ius dicendum illud eſt ſiue iniuria, non debet egredi perſonam venditoris, de cuius iure, & patrimonio diſputatur, alioqui abibit res in infinitum, ſi eo publicæ vtilitatis prætextu iniuria venditori facta ad emptoris incommodum trahatur, iſque emptor habeat etiam creditores aduerſus quos idem auxilium poſtulet prorogationis. Quid enim ſi creditores illi alios quoque creditores habeant? Cur feramus vt non iis æquè noceat iniuria, quæ publicæ vtilitatis cauſam pro iure habet, atque noceret emptori, ſi à venditore progredi poſſet ad emptorem vſque? Atqui nemo dixerit debere eam rem nocere creditoribus creditorum emptoris. Ergo nec emptori ipſi nocere debebit. Quod item ſi venditor, † 19

qui poſtulat prorogationem, cauſetur, non potuiſſe ſe tam facilè & intra redimendi tempora reperire emptorem hyperochæ, & vt loquuntur, pluriſualentiæ, fortaſſis propter belli in eo loco graſſantis incommoda? Non eſt audiendus. Nec enim arctari debet emptor vt quærat alium qui velit hyperocham emere eius rei quam ille ſibi iam acquiſitam habeat pleno iure. Præter id quod non ſatis certi apud me iuris eſt, quod interpretibus & pragmaticis placet, ius implendæ conditionis cedi poſſe, cùm omnium conditionum ea natura ſit, vt in forma, quod aiunt, ſpecifica debeant impleri. De quo tamen alibi dicemus. Quid denique ſi † 20

venditor aut venditoris heres fortaſſis etiam pupillus redimendi ius ſibi prorogari poſtulet ex ea cauſa quòd viliore pretio res vendita fuerit, atque ita futurum ſit vt grandi damno afficiatur pupillus ſi à redimendi iure tam breuis temporis præſcriptione excludatur? Ne quidem hæc iuſta petendæ prorogationis cauſa eſt, quia licuit emptori cùm emeret decipere in pretio venditorem *l. in cauſa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minor.* nec remedium aliud vllum ſupereſt venditori læſo, niſi vt imploret beneficium *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſum ſe conqueratur. Quo caſu ſiue condictionis ex lege, ſiue vt vulgò pragmatici putant, in integrum reſtitutionis nomine actio illa donanda ſit, nihil cauſæ eſt cur contra tam manifeſtas iuris regulas prorogatio temporis conuentionalis ei dari debeat, cui alio commodiore & ciuiliore remedio ſuccurri poteſt. Idémque obtinet, etiamſi læſio non enormis tantùm, ſed etiam enormiſſima, vt vocant, id eſt, vltra pretij beſſem interuenerit in venditione. Quod enim pragmatici poſt interpretes tradunt fieri ex hac cauſa perpetuum ius redimendi quod ex conuentione fuerat temporale, tantò magis ſuadet, ne prorogationibus iſtis locus aliquis relinqui debeat, cùm etiam poſt finitum tempus & citra prorogationem futurum ſit vt liceat venditori ſuo iure vrgere retrouenditionem. Nec in hoc caſu, id eſt, cùm læſio in pretio allegatur, ad impetrandam prorogationem aut reſtitutionem in integrum aduerſus lapſum temporis conuentionalis, ſeparandus eſt pupillus à maiore. Quandoquidem placet interpretibus non eſſe illum adiuuandum, niſi tanquam maiorem: nec ad aliud ei prodeſſe pupillaritatem, niſi vt pro ignorante habeatur, ex eóque capite iuſtæ ignorantiæ reſtitui poſſit quaſi maior. Inde namque fit vt non alterius læſionis allegatio ei prodeſſe debeat, quàm quæ poſſit maiori prodeſſe, id eſt, quæ ſit vltra dimidium, licèt in cæteris cauſis, hoc eſt, cùm reſtitutio imploratur ex edicto *De minoribus*, qualiſcunque læſio dum ne prorſus minima ſufficere poſſit ad inducendam reſtitutionem *l. nam poſteaquam* 9. §. *ſi minor. D. de interitur. & paſſ. eo. tit. De minor.* Ex iis igitur quæ toto hoc capite tam

multa diximus, concludere licet, ni fallimur, nullam ſatis iuſtam cauſam excogitari poſſe ob quam permittendum ſit venditori aut eius heredi quiſquis ille ſit, impetrare à Principe, vt redimendi ius quod iuſta conuentione intra certum præfixumque tempus exerceri debuit, in longiorem diem prorogetur.

ERROR IX.

Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ab emptore intra tempora petenda retrouenditionis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio quæ ab interpretibus & pragmaticis affertur ad propoſitionem quam inuexere, Reſtitui poteſt pupillus ſiue minor aduerſus lapſum temporis conuentionalis non tanquam pupillus, ſed tanquam maior.*
2 *Bartoli diſtinctio communiter probata.*
3 *Exceptio interpp. quàm improbabilis.*
4 *Vera ſententia l. Æmilius. 36. de minor aduerſus Bartol. & alios defenſa.*
5 *Expenditur ratio Pauli Iuriſconſulti in d. l. Æmilius.*
6 *Minor non reſtituitur aduerſus lapſum temporis legalis aut municipalis, cùm de retractu agitur.*
7 *Nec reſtituendus eſt aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*
8 *Papony ſententia de reſtitutione pupilli aduerſus retractum conuentionalem expoſita.*
9 *Quando pupillus reſtituatur aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*
10 *Non poteſt reſtitui pupillus aduerſus lapſa redimendi tempora, ſi pactum de retrouendendo à patre initum ſit, & num. 14.*
11 *Ampliatio concluſionis, quæ pupillo denegat beneficium reſtitutionis.*
12 *In acquirendis tutor poteſt præiudicare pupillis, ſicut & prælatus Eccleſiæ.*
13 *Si cenſuarius ſit pupillus etiam omnino indefenſus, nihilominus poteſt aduerſus ipſum fieri executio.*

VVlgares interpretes & pragmatici qui Bartolum ducem ſecuti, vt iam diximus, volunt
reſtitui poſſe pupillum, aliúmve minorem quemlibet aduerſus lapſum temporis conuentionalis non tanquam pupillum, ſed quaſi maio-
1 rem, ſolent ſubiicere exceptionem, † ſi modo nihil
prorſus cum eo geſtum ſit: Alioqui ſi vel minimum quid geſtum proponatur, clamant omnes fieri locum reſtitutioni ex edicto *De minoribus*. In eámque ſententiam potiſſimùm mouentur ex Pauli reſponſo illo de quo tam multa iam ſcripſimus in ſuperioribus in *lege Æmilius*. 8. *D. de minorib.* vbi Iureconſ. quamuis neget debuiſſe pupillam ab Imperatore reſtitui, propterea quòd pater eius non ipſa contraxerat, innuit tamen potuiſſe Imperatorem non improbabiliter moueri ad concedendam reſtitutionem ex eo, quòd tutoribus pupillæ in pretij ſolutione ceſſantibus emptor denuntiauerat vt ſoluerent, ideóque cum pupilla ipſa aliquid geſſiſſe videbatur. Eſtque id conſequens ei quod ſuprà docuimus non poſſe in propoſita ſpecie tractari de in integrum reſtitutione ex edicto *De minoribus*, quia edictum ad ea tantùm reſcindenda pertinet, quæ geſta ſunt cum minore, nihil autem geſtum dici poteſt cum herede venditoris, ſiue pupillus, ſiue alius heres ille ſit, licèt redimendi tempus inciderit in ætatem pupillarem. Inde ſiquidem videtur inferri poſſe à contrario ſenſu, ſi quid igitur cum pupillo vel alio minore geſtum ſit, dandam eſſe ex minoris ætatis
cauſa in integrum reſtitutionem. Hinc illa Bartoli † 2
diſtinctio ad *d. l. Æmilius*, communiter probata, vtrum denuntiatio illa tutori facta ſit ad pupillum interpellandum, & in mora conſtituendum, an verò iure proteſtationis, vt vocat, certificatoriæ, vt priore caſu noceat emptori denuntiatio, proſítque pupillo ad obtinendam reſtitutionem, poſteriore verò non noceat emptori, ſed proſit potiùs, ad hoc ne pupillus quandoque poſſit dicere ignoratum à ſe fuiſſe id quod tutor
ſuus ſciuerit. Mihi verò traditio † hæc probari nullo- 3
modo poteſt, non enim ſi quid geſtum ſit cum minore, facere poteſt vt minori concedenda ſit in integrum reſtitutio niſi hactenus vt id ipſum duntaxat reſcindatur, quod geſtum eſt, nec præterea quicquam: vt quod in noſtrorum brocardico eſt, Limitata cauſa limitatum producat effectum. Cur enim prætextu minimi fortaſſe negotij quod cum pupillo geſtum ſit, patiamur reſtitui pupillum aduerſus illa etiam, quæ non pupillus ipſe, ſed pater eius geſſerit? Itaque ſi ponas interpellatos fuiſſe ab emptore tutores pupilli vt in mora pupillus conſtitueretur, fatebor equidem poſſe reſtitui pupillum aduerſus eam moram contractam per interpellationem ſi quid ex ea iuris ſibi adrogare emptor velit: quia verum eſt hac parte aliquid geſtum eſſe cum pupillo, ſed non feram vt eo magis reſtituendum dicas pupillum aduerſus lapſum temporis in eam conuentionem deducti, quam pater fecerat, & qua continebatur vt ſi intra biennium reſtitueret pretium venditionis, fundus ſibi ab emptore retrouenderetur: quoniam interpellatio illa facere nequit, vt conuentio hæc cum pupillo inita eſſe videatur. Cùm igitur neque interpellatio, neque mora vlla neceſſaria ſit ad hoc vt redimendi ius quod non niſi conditionale, & temporale fuit, intercidat, ſolúſque temporis lapſus in hanc rem ſufficiat, dico reſciſſa etiam interpellatione, ſaluam tamen ſupereſſe conuentionem cum pupilli patre initam, quæ facere debeat vt pupillus nulla ratione reſtitui poſſit, neque tanquam pupillus, neque tanquam maior, ſicut nec pater eius ſi viueret reſtitui vnquam poſſet. Exemplo eius quòd licèt in diſſimili ſpecie Iulianus ſcribit in *leg. cùm is* 32. *§. mulier. de condict. indeb.* mulierem quæ in ea opinione ſit vt credat ſe pro dote obligatam, ſi quid dotis nomine dederit, repetere non poſſe, *quia*, inquit, *ſublata falſa opinione relinquitur pietatis cauſa ex qua ſolutum repeti non poteſt*. Sic enim & in propoſita quæſtione dici poteſt, ſublato per in integrum reſtitutionem omni eo quod geſtum eſt cum minore, ſupereſſe conuentionem factam à maiore contra quam nullus ſubſit color dandæ reſtitutionis. Reſcinde enim quantum voles interpellationem quæ pupilli tutoribus facta fuit ab emptore: Numquam tamen aſſequeris vt peior eſſe debeat conditio emptoris quàm ſi nulla interpellatio facta eſſet: quo caſu haud dubiè conditionis implendæ tempus pupillo cucurriſſet, & quidem cum effectu ac ſine ſpe reſtitutionis non quaſi mora per lapſum temporis contracta, quemadmodum vulgò creditur, (quia, vt ſuo loco diſputauimus, non poteſt mora contrahi ſine obligatione *l. ſi pupillus* 27. *De verb. obligat.* obligatio autem hîc nulla eſt offerendæ pecuniæ ex parte venditoris, cum nihil omnino emptori debeat, neque purè, neque in diem, neque ſub conditione) ſed propter defectam conditionem, quæ poſt elapſa tempora intra quæ oblatio poſita in conditione fieri debuerat, impleri amplius numquam poteſt. Itaque denegabimus pupillo beneficium reſtitutionis non quaſi interpellato & in mora conſtituto, ſed tanquam

tanquam ei qui citra interpellationem & moram ſolo lapſu temporis excluſus ſit à iure redimendi ex verbis & ſententia conuentionis factæ inter maiores. Neque
4 verò alia † Pauli ſententia eſt in *d. l. Æmilius.* Nam quod ait de repetitis denuntiationibus per emptorem factis ad extorquendam ſolutionem, non eò pertinet, vt ob eam cauſam faciliùs reſtitui pupillam debere exiſtimet, ſed vt habent verba ipſa legis, quòd venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo, receſſiſſe à lege ſua videretur. Id enim generaliter verum eſt in tractatu *De lege commiſſoria*, vt poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum ſi venditor pretium petat legi commiſſoriæ renuntiaſſe videatur, nec poſteà variare & ad hanc redire poſſit *l. poſt diem 7. & §. vlt. leg. preced. De leg. commiſſ. l. commiſſoria 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Et certè magna valdéque efficax hæc ratio eſt, & ad quam vix ſcio quid pro emptore reſponderi commodè poſſit. Etſi enim conſtat, ita demum nocere venditori quòd poſt diem pretium petat, ſi pretium ſoluere emptor velit, non etiam ſi in mora perſeueret: tamen cùm ea mora non niſi per tutores contracta eſſet, quibus denuntiatum fuerat vt ſoluerent, quique poſtmodum ſuſpecti pronuntiati erant, præbebat ea res materiam in integrum reſtitutionis, ne ſublata extinctáque per denuntiationes illas poſt diem factas legis commiſſoriæ poteſtate, damnum pupilla ſentiat ex facto tutorum magis quàm ex facto patris, qui contraxerat. Neque eſt quod poſt Bartolum quis dicat, non potuiſſe denuntiationes illas venditori nocere tanquam factas extra iudicium & ante litem conteſtatam. Nam cùm lex commiſſoria proculdubio ſit odioſa, vt & aliæ pactiones omnes quæ bonæ fidei contractum iam perfectum reſoluunt ipſo iure, non eſt dubitandum quin ei renuntiaſſe videri debeat venditor, ſibique variandi facultatem ademiſſe ex quo pretium petiit, licèt extra iudicium, & ante litem conteſtatam, quia hoc ipſo ſatis voluntatem ſuam declarauit, ſi modò tunc ſaltem cùm de illo quæritur, an poſſit variare, offerat emptor pretium, nec diutiùs cunctetur. Abſurdum namque fuerit eam pro emptore interpretationem capere, quæ tueatur venditionem, cui etiamnum parere emptor nolit. Ex qua ratione apparet, quod ab Imperat. decretum eſt in *d. l. Æmilius*, dandam pupillæ reſtitutionem ſic accipi oportere, ſi pupilla ſtatim offerat pretium emptionis, nec aliud tempus ei dandum eſſe intra quod ſoluat, cùm iam præterierit dies intra quem ſolui omnino debuerat, ſi venditor à lege ſua non receſſiſſet.
5 Neque tamen ratio † iſta Paulo probari poteſt, ideò fortaſſe (neque enim aperit quid ad eam reſponderi poſſit) quod in tutorum poteſtate fuerit, quandiu ſuſpecti pronuntiati non fuerunt, deteriorem facere conditionem pupillæ in acquirendis, licèt non ſimiliter in acquiſitis, vt tractat Molin. in *conſuet. Pariſ. §. 13. gloſ. 2. num. 2.* In acquirendorum autem numero hoc ius eſt, quòd emptori poſt commiſſam venditionis legem ex pretij petitione acquiritur, vt à lege commiſſoria receſſum eſſe videatur. Tunc enim per huiuſmodi petitionem ius acquiritur emptori cùm ſatisfacere venditioni, pretiúmque ſtatim ſoluere emptor paratus eſt, aut is qui emptoris perſonam ſuſtinet, qualis tutor eſt, ex cuius perſona ſicuti lucrum ſentire vult pupillus ob denuntiationes ipſi tutori factas, ita factum & contumaciam eius præſtare debet, aut potiùs ſibi imputare, vt mora quæ per tutorem, in ſoluendo contracta eſt, per ipſum pupillum contracta exiſtimetur. Fieri enim nequit vt eundem actum, qui cum tutore geſtus ſit, pupillus pro parte probet, pro parte improbet, ſed aut in totum agnoſcere debet, aut à toto recedere *l. cùm quæritur 10. D. de adminiſtr. tutor.* Præſertim cùm in hac ſpecie ius venditoris aut eius qui à venditore ſecundus emerat, non ex tutoris facto & contumacia proficiſceretur, ſed ex conuentione facta inter maiores. Illa namque tutoris in ſoluendo negligentia, & contumacia non ad fundandam venditoris intentionem alleganda eſt, ſed potiùs ad fundandam replicationem, elidendámque exceptionem illam *ſi non à lege commiſſoria venditor petendo pretium receſſiſſet.* Itaque ſublata per iuſtam replicationem exceptione, quæ in venditoris facto poterat obiici aduerſus conuentionem, quam pupillæ pater fecerat, ſola remanet conuentio, quæ haud dubiè ſi rectam veramque iuris rationem & æquitatem reſpicias, periculo reſtitutionis obnoxia eſſe non poteſt: quemadmodum dicimus iudicium bonæ fidei quod per exceptionem pacti deſtruebatur, reſtitui per doli replicationem per quam exceptio ipſa perimatur *l. 3. C. de except.* Sublata enim exceptione per replicationem, ſola ſupereſt actio qualis primùm & ſui natura fuit, & conſequenter bonæ fidei ſi talis antea erat, vt explicauimus *lib. 4. Coniectur. cap. 18. & 19.* Cæterùm, ratio illa vel potiùs dubitatio Iureconſulti *quod venditor denuntiando poſt diem, quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo à lege ſua receſſiſſe videretur*, oſtendit manifeſtè non eandem dubitandi rationem futuram Paulo fuiſſe ſi ante diem commiſſoriæ legi præſtitutum denuntiationes illæ centies factæ fuiſſent, etiamſi ad tutores interpellandos pupillúmque in mora conſtituendum. Quid enim poſſis imputare venditori, quaſi negotium aliquod cum pupillo gerere velit, ob id ſolùm quòd tutoribus denuntiauerit, vt ſatisfacerent conuentioni iam factæ cum maiore? Fateor non fuiſſe neceſſariam denuntiationem ad hoc vt legi commiſſoriæ locus fieri poſſet, cùm totam vim ſuam & poteſtatem capiat ex venditione, quæ facta fuit inter maiores, neque ad reſoluendam ipſo iure venditionem ob pretium non ſolutum mortuo intra diem emptore neceſſarium eſt pupillo tutorem dari vt per denuntiationem tutori faciendam poſſit pupillus ſcire ea quæ geſta ſunt cum minore, quia nec illud neceſſe eſt vt pupillus ſciat, imò ne quidem vt pupillus aliúſve vllus heres ſit emptori, qui ſub lege commiſſoria contraxit, quemadmodum in ſuperioribus à nobis diſputatum eſt. Sed tamen ſi denuntiatio ad abundantem, vt loquuntur, cautelam facta ſit ne pupillus ignorantiam ſuam, licèt fruſtrà & iniuſtè poſſet quandoque prætendere, dico non debere id nocere venditori, vt ob eam duntaxat cauſam reſtitui pupillus poſſit tanquam pupillus, quòd deſinat poſſe reſtitui tanquam maior, cùm non aliam cauſam adferre interpretes poſſint, cur eum reſtituendum putent tanquam maiorem, quàm quòd non poſſit reſtitui tanquam pupillus. Denique hoc contendo, nullo prorſus caſu fieri poſſe vt pupillus ſiue tanquam pupillus, ſiue tanquam maior in integrum reſtitui debeat aduerſus lapſum temporis conuentionalis intra quod agi poterat ex pacto
ad retrouendendum. Nam neque reſtituendus † vllo- 6
modo eſſet aduerſus lapſum temporis legalis aut municipalis ſi de retractu legali aut municipali ageretur, vt pragmatici Galli atteſtantur, præſertim Molinæus *ſupra d. §. 13. gloſ. 2. num. 3.* Lucius in Placitis, Cur. Pariſ. *Tit. De gentilit. redhib.* Ioannes Paponius in ſyntagmate *eod. tit.* Et ratio punctualis, quomodo Molinæus loquitur, & quam ille ſupradicto loco adfert, illa eſt quòd facultas retrahendi non fuit adinuenta, nec conceſſa per legem aut conſuetudinem, niſi ad limites modi & temporis in ea expreſſi. Vnde hi limites pariter reſpiciunt, & afficiunt minores & abſentes, & quoſcunque alios. Nec poteſt quis vti ea lege & conſuetudine niſi ad eius limites, & ſtatutis modis & temporibus ab ea requiſitis. Verba ſunt Molinæi ſupradicto loco, niſi quòd de conſuetudine nominatim loquitur non de lege, cuius tamen quin eadem ratio ſit dubitari non poteſt cùm nihil aliud conſuetudo, quàm lex non ſcripta, ſiue in ſcriptum redacta fuerit, ſiue non. Multò magis
autem in retractu † conuentionali eadem ratio locum 7
habere debet, quia difficilius prætor ſe interponit vt aduerſus

aduerſus iuſtam conuentionem inter maiores factam
reſtituat in integrum, quàm vt aduerſus legis ſcriptæ
vel non ſcriptæ aſperitatem, quia nec potentior aut
fauorabilior lex vlla eſt quàm quæ à contrahentibus
ipſis dicta fuit & conſtituta. Idque & Molinæus quo-
que ſupradicto loco inſinuat non obſcurè, *num.* 1. *ad
fin.* in verſ. *Etſi vlterius obiiciatur*, quamuis in eo erret
cum cæteris quòd putat ſi quid vel minimum geſtum
ſit cum minore dandam ei reſtitutionem aduerſus la-
pſum temporis conuentionalis inter ipſos etiam ma-
iores conſtituti, ex *d. l. Æmilius* perperam ab omnibus,
vt nunc omnes fatebuntur, intellecta. Nec eſt contra-
8 rium quod Paponius † eo ipſo loco quem citauimus
diſtinguit apertiſſimè retractum legalem aut municipa-
lem à conuentionali, aitque denegandam pupillo reſti-
tutionem aduerſus retractum illum legalem aut muni-
cipalem, ſed concedendam aduerſus conuentionalem
ex *cap. conſtitutus Extr. de in integr. reſtit.* Indéque ex
pragmaticis noſtris pleroſque errandi occaſionem ſum-
pſiſſe ſcio, vt putent aduerſus lapſum temporis con-
uentionalis reſtitui pupillum oportere. Omnino impe-
ritè. Non enim de eo retractu Paponius intelligit, qui
deſcendat ex conuentione à pupilli aut alterius cuiuſ-
libet minoris patre vel alio ipſius tutore facta, ſed de
illo cui cauſam dederit contractus à pupilli tutore aut
ab ipſo minore initus, De quo & in *dict. cap. conſtitu-
9 tus.* Quo caſu nemo dubitat quin pupillo † & minori
cuilibet danda ſit reſtitutio, vt & aliis omnibus in caſi-
bus quibus aliquid geſtum ſit à tutore vel minore, quod
pupillo aut minori damnum adferat. Sed obſeruandum
tamen illud eſt quod pauci obſeruant, reſtitutionem
hoc caſu dari non contra lapſum temporis conuentio-
nalis, quod fieri per ipſam quoque rerum naturam im-
poſſibile eſt, ſed contra propriam conuentionem, cuius
pars quædam fuit adiectio illa certi temporis & limita-
ti. Ex quo fit tanto clarius, quod nos volumus, ſi pa-
10 ctum † de retrouendendo ſub conditione illa reſtituen-
di intra certum tempus pretij inter maiores factum ſit,
non magis admitti poſſe vt pupillus ſiue tutorem ha-
bens, ſiue non habens reſtituatur aduerſus lapſa redi-
mendi tempora, ſiue tanquam minor, ſiue tanquam ma-
ior, quàm vt contra ipſam conuentionem à patre fa-
ctam reſtituatur, contra quam tamen qui eum ob pu-
pillaritatem reſtituendum putarit, ſiue tanquam pupil-
lum ex edicto *De minoribus*, ſiue tanquam ignorantem
ex edicto *De maioribus*, nemo hucuſque tam ignorans,
ignarúſve fuit. Sed & illud ſummoperè à pragmaticis
noſtris obſeruari velim quod ſupradicto loco Molinæus
11 ſuam illam, noſtrámque concluſionem, † quæ pupillo
denegat beneficium reſtitutionis etiam aduerſus retra-
ctum legalem & municipalem, ampliat indubitanter vt
procedat etiamſi pupillus non poſſit habere efficacem
regreſſum ad intereſſe contra tutorem qui non eſt ſol-
uendo. Quid enim referre poteſt eius qui non cum pu-
pillo aut eius tutore, ſed cum patre contraxit, an pupilli
tutor de quo tum neç cogitabat adhuc nec cogitare po-
terat, futurus eſſet ſoluendo nécne. Nam etſi cum ipſo
tutore contractum ſit, & dolo quid tutor fecerit, non
ſemper diſtinguimus an cautum ſit pupillo an non, &
an tutor ſoluendo ſit an non, dummodò rem admini-
ſtret, inquit Vlpianus in *l. apud Celſum* 4. §. *illa etiam
quæſtio. De dol. except. Vnde enim*, inquit, *diuinat is qui
cum tutore contrahit?* Quam verò difficilius diuinare is
potuit, qui non cum tutore contraxit, ſed cum patre?
12 Placet etiam ratio illa Molinæi, quòd in acquirendis †
tutor prælatus, & ſimiles poſſunt præiudicare minori-
bus, vel Eccleſiæ. Hîc autem tractari de iure acquiren-
do impuberi non etiam de iure iam quæſito, ex eo ap-
paret, quòd pupillus, ſiue prorogationem iuris redi-
mendi poſtulet in longius tempus, ſiue in integrum re-
ſtitutionem poſt elapſum tempus, non aliud agit, niſi
vt acquirat ſibi obligationem & actionem aduerſus em-
ptorem, id eſt, vt emptorem ſibi obliget ad retrouen-
dendum ſub conditione, & quidem ſub alia conditio-
ne, quàm quæ deducta fuerat in conuentionem: quod
ſine noua conditione quæ veterem reformet aut potiùs
deſtruat, certè fieri nullomodo poteſt. Neque valdè diſ-
ſimile eſt quod idem Molinæus tractat in *lib.* 2. *Conſuet.
Pariſ.* §. 52. *gloſ.* 1. *num.* 76. Si cenſuarius † ſit pupil- 13
lus etiam tutore carens, & omnino indefenſus, qui
proinde neque interpellari, neque in mora conſtitui
vlla ratione poſſit, non eo minùs contra eum fieri im-
pedimentum & executionem, de qua ibi agitur, *quia*,
inquit, *huiuſmodi impedimentum fit propter onus reale in
rem non in perſonam & eſt quadam manus iniectio non lu-
cratoria, ſed impeditiua duntaxat in conceſſione rei reten-
ta, nec cenſetur aliquod negotium cum perſona geri*, &c.
Quantò magis igitur dicendum eſt, pupillo † ſuccurri 14
nullomodo debere vt poſt tempus ex patris conuentio-
ne præſtitutum admittatur ad petendam retrouenditio-
nem? Hîc enim plus eſt quàm in caſu illo Molinæi,
quod nihil fit, neque in rem, neque in perſonam pu-
pilli, neque hic lapſus temporis lucratorius eſt, vt cum
Molinæo loquar, ſed impeditiuus duntaxat, & in ipſa
rei acquiſitione retentus ne amplius vnquam poſſit exi-
ſtere conditio, ſub qua fuerat retrouenditio promiſſa:
neque rurſum aliquod negotium cum perſona geri in-
telligitur, ſed tantùm finitur ex vtraque parte tempus
elabi, quod retinere, & ne elaberetur prohibere, etiamſi
maximè vellent, quibus tamen machinis poſſent? Sed
& in caſu Molinæi, requiritur interpellatio aut ſaltem
notificatio facienda cenſuario ad efficaciam illius im-
pedimenti vt idem ille diſputat ibi *num.* 74. quæ porrò
fieri nulla poteſt pupillo tutorem non habenti & inde-
fenſo. In propoſito autem nulla denuntiatione aut in-
terpellatione opus eſt, ad hoc vt poſt tempus paterna
conuentione præſtitutum euaneſcat ſtipulatio aliáve
promiſſio de retrouendendo facta ſub conditione quæ
intra tempus illud impleri debuerat, quæque iam im-
pleri nunquam poſſit. Id enim fit ex vi & poteſtate ſola
conuentionis iuſtæ quæ in perſona maioris, non modò
initium ſumpſit, ſed etiam pleniſſimam perfectionem
habuit, licet non niſi ſuo deſtinatóque tempore effe-
ctum habere potuerit. Sed de tota quæſtione iſta iam ni-
mis multa. Subiiciamus aliam diſputationem primám-
que Decadum noſtrarum partem cum hac Decade felici-
ter Deo fauente abſoluamus.

ERROR X.

*De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut
curatoris procuratori ſolutum eſt pretium
rei immobilis, quam tutor vel curator
vendiderat, aut retrouendiderat
ſine decreto.*

SVMMARIA.

1 *Species facti controuerſi inter tutorem & minorem cui tanquam matris adminiſtratricis procuratori ſoluerat pretium fundi quem mater retrouendiderat autori ſine decreto.*

2 *Competieritne minori iam minori facto ius vindicandi fundum autori à matre retrouenditum.*

3 *Ratio prima pragmaticorum affirmantium, quòd irreuocabiliter pupillo fundus eſſet quæſitus, idéoque nec alienandus ſine decreto.*

4 *Secunda ratio, quòd mater legitima tutrix non fuiſſet.*

5 *Tertia, quod profeſſio pretij accepti, non ſecuta vera numeratione autorem non liberaret.*

6 *Reſponſio autoris ad primam aduerſariorum rationem,*
qua

qua docetur actorem fundi dominium ſibi iniuſtè vindicare; quod nec Sempronij eius parentis vnquam fuerit.

7 *Simulatio venditionis ex quibus arguatur.*

8 *Oratio Seueri de prædiis minorum, ſine decreto non alienandis non habet locum in fundo qui pupillo, aut eius patri fuerat pignoratus.*

9 *Traditio non transfert dominium ſine iuſta & legitima tradendi cauſa.*

10 *Actio pupillo integra manet ſi prædij pupillaris, aut quaſi pupillaris venditio per tutorem facta ſit ſine decreto.*

11 *Ex pacto de retrouendendo non poteſt abſolutè inferri dominium à venditore in emptorem tranſlatum eſſe.*

12 *In propoſito caſu non fuiſſe neceſſarium decretum iudicis ad retrouendendum.*

13 *In propoſita ſpecie enormiſſimam læſionem reddere ipſam venditionem nullam.*

14 *Ex venditione nulla nec dominium transfertur, nec debentur laudemia.*

15 *Etiam doli exceptione actorem repelli poſſe.*

16 *In propoſito redimendi ius quod ex conuentione erat temporale factum fuiſſe perpetuum propter immodicam læſionem.*

17 *Nec fuiſſe neceſſe vt ob id præcederet declaratoria ſententia.*

18 *Reſponſio autoris ad ſecundam aduerſarij rationem ſupra nu. 4. propoſitam. & ſeqq.*

19 *Mater quæ teſtamento tutrix data eſt, iudicis confirmatione non indiget: hac ſatiſdationem præſtare tenetur.*

20 *Vt iurare debeat.*

21 *Si inuentarij confectionem omittat nunquid pro tutrice habenda ſit.*

22 *Reſponſio ad tertiam aduerſarij rationem: & ſeq.*

23 *Neque pupillo, neque minori bene ſoluitur ſine tutoris aut curatoris autoritate.*

24 *Imberti diſtinctio reiecta.*

25 *Solutionem factam minori ad pleniſſimam liberationem autori prodeſſe, primò quòd ei ſoluerit tanquam matris procuratori.*

26 *Minor tanquam procurator maioris negotium alienum geſſit in quo aliqua læſio interuenit, in integrum reſtitui nequit.*

27 *Impubes ad negotia, non item ad lites procurator conſtitui poteſt.*

28 *Solutio tutori facta pupilli nomine parit ſoluenti liberationem ſiue pecunia in rem pupilli verſa ſit, ſiue non.*

29 *Solutio facta falſo tutori quando pariat liberationem.*

30 *Solutionem controuerſam eo ipſo rectè factam eſſe, quòd acceſſerit iuſiurandum minoris de nunquam petendo.*

31 *Qui rei ſuæ ab alio venditæ pretium petit, licet tanquam procurator venditoris, hoc ipſo ratam habet venditionem, nec eam poſtea impugnare poteſt.*

32 *Venditio prædij pupillaris ab initio malè facta ob omiſſam decreti ſolennitatem, poteſt à maiore rata haberi, ac irreuocabiliter confirmari.*

33 *Iniquè rem petit minor, qui pretij quod accepit reſtitutionem non offert.*

34 *Minor qui curatorem habet quatenus pupillo comparandus.*

35 *Mater quæ pupilli tutrix fuit, quandiu periculo adminiſtrationis obnoxia remaneat.*

36 *In propoſita ſpecie non eſſe quærendum, an pecunia in rem minoris verſa ſit, nécne: ſed de pretio retrouenditionis ſoluto.*

37 *Minori denegatur in integrum reſtitutio quando id facit volens, quod & maior & inuitus facere cogeretur, ſi tanquam minor reſtitui velit*

38 *Sententia l. in pupillo 47. D. de ſolut.*

39 *Locupletior intelligitur factus pupillus qui rem eam retrouendidit, quam pater ſi viueret retrouendere omnimodo deberet.*

40 *Qui rem ſub pacto de retrouendendo patri pupilli vendidit etiamſi pupillo tanquam perdituro pecuniam ſoluat, ſecurus eſt, & cur.*

41 *Obſignato pretio ac poſtea vi maiore deperdito actio ſalua eſt venditori ſub pacto de retrouendendo, etiamſi nullusdum heres temporis obſignationis appareat.*

42 *Etiam in pupilli & ſerui perſona conditio vtiliter impleri poteſt etiam ſine domini vel tutoris autoritate.*

43 *In conditionibus implendis factum duntaxat, non etiam ius conſideratur.*

44 *Licet pupillo implere conditionem etiam ſine tutoris autoritate.*

45 *Emptor quando teneatur facere pretium accipientis.*

46 *Quando ſit in electione pupilli an contra tutorem agere velit, an contra eum potiùs cum quo tutore autore contraxit.*

47 *Nihil eſſe cur minori in caſu ab initio propoſito ſuccurri debeat.*

48 *Pretio retrouenditionis in aduerſarij vtilitatem conuerſo, non eſſe cur debeat illi ſuccurri.*

49 *Vltima ratio aduerſarij, & eius refutatio,*

Titius fundum Tuſculanum quadringentis
dignum vendiderat Sempronio aureis centum, interpoſito pacto de retrouendendo
ſub ea conditione, ſi intra triennium ea pecunia cum legitimis acceſſionibus Sempronio reſtitueretur. Cum Titio abſente cauſa Reipublicæ non modò
triennium illud effluxiſſet, ſed etiam decennium penè
integrum, atque interim Sempronius deceſſiſſet inſtituto herede filio impubere, eiúſque tutela & bonorum
omnium adminiſtratione matri patruóque ſimul mandata, reuerſus poſtmodum Titius eundem fundum mihi
vendiderat, quaſi redimendi ius ſaluum haberet, ex cauſa tam immodicæ læſionis, petita ſaltem in integrum
reſtitutione aduerſus damnum quod ex lapſu temporis
per abſentiam ſuam paſſus fuiſſet, in eamque rem iuribus ſuis omnibus mihi ceſſerat, adeóque auxilio competentis in integrum reſtitutionis, aut obiiciendæ ſimulationis, ſi ea mihi via magis placeret vt Sempronij
heres fructus omnes, quos & ipſe, & pater eius percepiſſet, tanquam ex pignore potiùs quàm iuſtæ emptionis titulo perceptos aut reſtituere aut in ſortem imputare cogeretur. Ego cum pupilli Semproniani † matre 1
tanquam cum tutrice (quòd ſola rem adminiſtraret, abſente ſcilicet contutore teſtamentario qui in alia degebat prouincia) interuenientibus tamen adfinibus &
agnatis pleriſque bona fide tranſegeram nulladum mota
lite: conuenerámque vt fundus ille Tuſculanus eo ipſo
pretio reſtituto quod Sempronius dederat, mihi retrouenderetur, ſubſecuta ſtatim non ſolùm retrouenditione, ſed etiam retrotraditione. Mater quæ ſe tutricem &
teſtamento datam à patre, & à iudice confirmatam affirmabat, fide habita de pretio totum ſibi perſolutum
fuiſſe profeſſa erat, accepto tamen à me chirographo,
& in publici inſtrumenti fidem tranſlato de pecunia illa
ſub vſuris certo die ſoluenda. Subinde ſolueram heredi, pupillares quidem annos egreſſo, ſed minori tamen
annis vigintiquinque, quem mater nulliſdum redditis tutelæ rationibus, retentáque vniuerſorum bonorum adminiſtratione, procuratorem fecerat ad petendam accipiendámque ſolutionem. Is procuratorio nomine ſolutionem & petierat, & acceperat, adhibito
quoque iureiurando pactóque de nunquam contraueniendo.

Digitized by Google

niendo. Poſt annos aliquot maior factus, & intra tem-
pora quidem petendæ reſtitutionis ex capite minoris
ætatis, ſed nulla tamen poſtulata, vindicabat fundum
tanquam ſuum, vrgebatque fructuum condemnatio-
nem ex die occupationis indebitæ, vt pragmatici lo-
quuntur, nec pretij à ſe accepti reſtitutionem vllam of-
ferebat, propterea quod contenderet nulla id ex parte in
2 rem ſuam verſum fuiſſe. Quærebatur † apud Senatum
noſtrum, an iure id ageret. Non deerant ex pragmaticis
noſtris, qui iuſtam putarent, ritéque inſtitutam actio-
nem. Rationes quibus potiſſimùm moueri ſe dicerent,
3 hæ adferebantur: quod † is fundus ex cauſa hereditaria
pupillo acquiſitus irreuocabiliter per elapſa tempora in-
tra quæ retrouenditio peti potuerat, alienari à matre
aliòve tutore ſine decreto iudicis non potuiſſet, obſtan-
te oratione Seueri de qua in *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui ſub tutel. vel curat. ſunt, ſine decret. non alien.* non ma-
gis, quàm ſi pater eam rem ſine retrouendendi pacto &
onere comparaſſet. Nam ſi neque tutori neque curatori
permittendum eſt vt redimendi tempus à pupilli patre
præſtitutum proroget, quòd ea prorogatio quædam ve-
luti alienatio ſit, vt ex Tiraq. diximus in quartum hu-
ius Decadis errorem, quantò minùs ferendum eſt vt hu-
iuſmodi pactionis prætextu elapſis iam temporibus pe-
tendæ retrouenditionis, liceat tutori vel curatori retro-
uendere nulla cauſæ cognitione, nullóque decreto præ-
cedente? Nec quòd tranſactionis color quæſitus eſſet
ad rem facere videbatur: quandoquidem vſque adeò
interdicta eſt prædiorum pupillarium alienatio, vt non
faciliùs per tranſactionem permitti poſſit quàm ſi alia
quælibet contractus ſpecies proponeretur *leg. non ſolum 4. C. de præd. minor.* Hactenus enim tutoribus &
curatoribus conceſſum eſt vt de pupillorum vel adulto-
rum ſuorum rebus bona fide tranſigant, ſi earum rerum
poſſeſſionem quam iam habent retineant, aut quam
habent omittant, non etiam ſi quam habent amittant,
& in alium transferant. Cui conſequens erat vt heredi
Sempronij eadem actio maneret, quæ manſura erat ſi re-
trouenditio nulla facta fuiſſet, *dict. l. 1. §. 1. leg. magis puto 5. §. penultim. de rebus eorum qui ſub tutel.* Ergo
etiam vindicatio, & in rem ipſam, non ſolùm in perſo-
4 nam, vt ſcriptum eſt in *d. §. pen.* Secunda † ratio erat,
quòd mater quæ ſe tutricem dixerat, neque tutelam
apud iudicem ſuſcepiſſe, neque iuraſſe, aut Velleiano,
& ſecundis nuptiis renuntiaſſe, neque ſatiſdediſſe, nec
denique ſollenne inuentarium feciſſe probabatur. Quæ
omnia matri tutelam gerere volenti ex officio incum-
bere conſtat ex Iuſtiniani *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 5. §. ex his autem.* Capic. *deciſ. 50. incip. in cauſa Iacobi.* Dec. in *l. fœminæ. num. 18. de reg. iur.* Ac proinde omiſſis & neglectis iis, cum non poſſit
videri mater legitima tutrix fuiſſe, conſentaneum re-
linquebatur, vt quæ per eam geſta eſſent nullo iure
conſiſterent, præſertim quod ad damnum & incommo-
dum pupilli, quamuis eius commodo & fauore ſi vellet
ille, defendi poſſent, vt tractat Afflict. *Deciſ. 262. poſt.*
5 *Alex. conſ. 129. ponderatis, vol. 1.* Tertiam rationem †
aduerſarius afferebat, quòd etiamſi mater re vera tutrix
fuiſſet, profeſſio tamen illa pretij accepti ſufficere non
poſſet ad acquirendam mihi liberationem non ſecuta
vera numeratione, vt ex communi interpretum tradi-
tione defendit Andr. Tiraq. *De retract. conuent. §. 4. gloſ. num. 32. & ſeq.* Secuta autem numeratio, quæ non tu-
trici facta eſſet, ſed minori ipſi quem & eo tempore pu-
pillum fuiſſe aduerſarius contendebat, multò minùs
poterat parere liberationem, cùm neque tutoris vel
curatoris autoritas in ipſo negotio & actu numeratio-
nis interueniſſet (quomodo interuenire debuerat vt
vtiliter interpoſita videretur, *l. obligari 9. §. tutor ſtatim. D. de autor. & conſ. tutor. l. ſi quis mihi 25. §. ipſum D. de acquir. hered.*) neque pecunia in rem mino-
ris verſa probaretur *§. vltim. Inſtitut. quib. alienat. licet*
vel non, leg. contra 28. D. de pact. leg. pupillo ſolui 15. D. de ſolut. iunct. leg. ſancimus 25. Cod. de adminiſtr. tutor. Mihi tamen & doctioribus pleriſque quibuſcum
de iure meo contuleram, longè aliter videbatur. Nam
primùm, † quòd ad inſtitutæ actionis ius pertineret, 6
dicebam, quod iuris eſt notiſſimi, vindicationem do-
minij de qua tractabamus (eſt enim pignoris quoque
vindicatio, ſed quæ tamen abſolutè vindicatio dicen-
da non eſt *leg. ſi fundus decima ſexta, paragrapho, in vindicatione. D. de pignor.*) non alij poſſe vnquam dari,
quàm qui ſit dominus iure gentium aut ciuili *leg. in rem 23. D. de rei vindic.* In propoſito autem non pote-
rat actor ſe dominum dicere, non tam propter factam
à matre eadémque tutrice retrouenditionem, ſecuta
etiam traditione, quàm illa potiſſimùm ratione, quòd
eius pater Sempronius numquam huius fundi domi-
nus extitiſſet. Contractum enim illum, licèt venditio-
nis titulo donatum, tamen ſimulatum & pignoratitium
fuiſſe apparebat ex eo quòd omnia illa concurrebant
ex quibus interpretes pragmaticique omnes vno ore ar-
guendam exiſtimant † ſimulationem venditionis, pa- 7
ctum ſcilicet de retrouendendo, modicitas pretij, & in
perſona emptoris conſuetudo fœnerandi ſub eo vſura-
rum modo, cui fructuum ex fundo perceptorum mo-
dus & quantitas reſpondeat. Sic enim ex aliis quos penè
innumeros congerit Andr. Tiraq. *in præf. de retr. conuent. numer. 5.* Ac de pacto quidem retrouendendi ex
ſcripto & inſtrumento conſtabat, de modicitate verò
pretij ex locationum tabulis, quæ probabant eo ipſo
tempore quo facta venditio fuerat, penſionis pro fru-
ctibus debitæ modum illum fuiſſe, vt ad deunces etiam
vſuras aſcenderet, cùm tamen fundus nobiliſſimus &
dignitatis non mediocris titulo inſignitus ex vſurarum
duntaxat ſextantium comparatione æſtimari iuſtè de-
buiſſet. Ea namque ferè certior & expeditior probandæ
æſtimationis ratio eſſe ſolet ex fructuum quantitate &
valore *l. ſi fundus 13. in princ. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. ſi fundum per fideicommiſſum 92. de leg. 1.* Fructuum
autem quantitas pro fundi aut regionis dignitate ma-
iorem facere ſolet æſtimationem. Fœnerandi verò con-
ſuetudo (cuius tamen probationem hac parte neceſſa-
riam non eſſe multi defenderunt) partim per teſtes,
partim per inſtrumenta probari tam apertè poterat vt
de ea dubitari non oporteret. Hoc verò ita conſtituto
vt pignoris potiùs quàm emptionis contractus initus
videretur, apparebat ex contractu pignoratitio domi-
nium neque tranſlatum fuiſſe in Sempronium, neque
transferri vnquam potuiſſe *l. cum & ſortis 35. §. vlt. D. de pign. act.* Proinde nec factum eſſe hereditarium de-
functo Sempronio, nec pupillarem: quia & heredita-
rius & pupillaris ille eſt qui mortis tempore in defun-
cti hereditate, id eſt, dominio reperitur, hereditatem
enim dixerunt veteres pro dominio, ſicut & heredem
pro domino *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. idem Pomponius. D. de minor. l. de hereditate 19. §. pater. verſ. non tamen. D. de caſtr. pecul.* Alioqui plus iu-
ris à defuncto in heredem tranſlatum eſſet, quàm de-
functus habuiſſet, quod iuris regulæ non patiuntur, nec
conſequenter ad hunc caſum pertinere poteſt oratio Se-
ueri † De prædiis minorum ſine decreto non alienan- 8
dis, quam conſtat non habere locum in fundo, qui vel
pupillo, vel quod idem eſt, eius patri fuerit pignoratus,
niſi eo demum caſu quo rei pignoratæ dominium iam
fuerit à defuncto, aut à tutore pupilli nomine impetra-
tum *d. l. magis puto 5. §. ſi fundus pupillo pignoratus, ill. tit. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nec quod is fundus re vera
Sempronio traditus fuerat, ad rem facit. Non enim ſola
† nudáque traditio dominium transfert ſi tradendi cau- 9
ſa nulla ſit, quam nec aliquam ſubeſſe ſufficit, ſi non ſit
iuſta & legitima, id eſt, quæ iure noſtro habilis exiſtime-
tur ad dominium transferendum, *l. numquam nuda. 31. D. de acq. rer. dom. l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* qualis proculdubio

eſt

eſt cauſa emptionis veræ & iuſtæ *l.ex empto 11.D.de act.*
empt. Pignoris non item, *l.pignori.13.D.de vſur.* Ex quo
facilè eſt intelligere quàm parum aptè obiiceret aduer-
ſarius quod ſuprà diximus manere † actionem pupillo
integrã quoties prædij venditio per tutorẽ facta eſt ſine
decreto ex *d.l.1.& d.l.magis puto.§.pen.de reb.cor.* Id enim
tum verè dicitur cum pupillaris fundus diſtractus fuit:
Fundus autem pupillaris vt iam diximus, hic eſſe nõ po-
teſt, qui nũquam fuit in dominio pupilli. Fateor ſuffice-
re vt ſit quaſi pupillaris ad hoc vt non magis ſine decre-
to diſtrahi poſſit quã ſi eſſet pupillaris, vt putà ſi cũ pu-
pilli pater aut tutor emerat bona fide quaſi eſſet vẽdito-
ris, cũ tamen re vera eſſet alienus. *d.l.magis puto §.1.* Nam
& pro huiuſmodi fundo publicianam habere pupillus
poſſet aduerſus omnes præterquam aduerſus dominum,
tanquam ſi iam eſſet vſucaptus *l.1.& tot.tt.D.de public.*
in rẽ act.§.namque.Inſtit.de act. Sed nego pupillarem aut
quaſi pupillarem dici debere cũ quem pupilli pater ſub
emptionis titulo ficto & ſimulato reuera in pignus ac-
ceperit, de quo retrouendendo, nec agi poteſt, cũ retro-
uenditio ſupponat præcedentẽ actionẽ, ſed de pignoris
tantũ iure luendo, quod ne fieri quandocũque poſſit, ſal-
tem ad trigeſimum vſque annũ, nemo vnquã dubitauit,
d.l.pignori, vbi Bart. & alij tractant. Atqui, inquies, pactũ
interceſſit de retrouendendo vt appareat neceſſariã fore
retrouenditionem, & quod eſt antecedens, tranſlatum
fuiſſe dominiũ à venditore in emptorẽ, *arg.l.ab emptio-*
11 *ne 58.D.de pact.* Ego verò conſecutionẽ nego † cum pa-
ctum ipſum de retrouendendo ſit etiam ſimulatũ, quip-
pe quod pars quædã ſit vẽditionis, quæ ipſa, vt diximus,
tota eſt ſimulata. Imò vel ob hoc maximè ſimulatũ vi-
deri debet pactum hoc de retrouendendo, quod in cauſa
præcipue ſit, vt vẽditionem dicamus ſimulatã: nec enim
ſola modicitas pretij licèt fœnerandi conſuetudine ac-
cedente induceret ſimulationis præſumptionem ſi pa-
ctum de retrouendendo nullum interceſſiſſet. Philoſo-
phorũ autẽ catholicũ illud eſt, nec prudẽtibus ipſis in-
cognitũ propter quod vnum quodq; tale eſt, & illud eſſe
magis tale, Quemadmodum nec quiſquã dubitat quin
plus valeat ſemper quod agitur quàm quod ſimulate cõ-
cipitur, vt eſt in *rubr C.* parumque prodeſt ſuppoſititiũ
nomen emptionis ſi re vera pignus cõtrahatur, *l.emptio-*
ne 3.ill.tit l.ſi ex pretio 6.C.ſi cert.pet. Inſtabis fortaſſe,
neceſſarium fuiſſe decretũ iudicis, & pleniſſimã cauſæ
cognitionem adhiberi debuiſſe antequàm hic fundus à
tutrice retrouenderetur, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſet
an contractus emptionis in Sempronij perſona verus
12 fuiſſet, an ſimulatus. Sed iam ſupra diximus † in quar-
tum huius Decad. errorẽ, nihil id commune habere cum
decreto quod ex oratione Seueri exigitur ad prædia mi-
norum vtiliter diſtrahenda. In eo namque verſatur in-
terpoſitio illius decreti, & cauſæ cognitio, vt ſciatur, an
vrgeat æs alienum, cuius exſoluendi neceſſitate, tandem
eò veniendum ſit vt prædium diſtrahi oporteat, *d.l.ma-*
gis puto.§.non paſſim. Cæterùm ſi prædium neque reuera
pupillare fuit, neque quaſi pupillare; ſufficit quandocũ-
que cognoſci & apparere de ſimulatione, quia non ex
eo demum tempore incipit emptio eſſe ſimulata quo ſi-
mulata pronunciatur, ſed per ſententiã quandocunque
ſecutam, qualis ab initio fuerit emptio, declaratur: ac
proinde nihil eſt quod obſtet quominùs ab initio etiam
ſine decreto facta valuerit ſemper venditio eius prædij
quod nunquam fuerit pupillare. Accedebat in propoſita
ſpecie, quòd etiamſi emptio illa ſimulata non fuiſſet, id
eſt quàuis neque pactum de retrouendendo, neque fœ-
nerandi conſuetudo interueniſſet, tamen ex enormiſſi-
13 ma † illa læſione quæ iuſti pretij non modò beſſem ſed
etiam dodrantem excedebat nulla prorſus & iniuſta vi-
deri debebat venditio, quaſi quæ contineret dolum in
re ipſa dolo ex propoſito cõparandum, iuxta eã interpre-
tũ receptiſſimam ſententiam quæ tradi ſolet ad *l.ſi quis*
cum aliter 36.de verb.obl. & quam Senatus noſtri decre-
tis innumeris confirmatam fuiſſe certiſſimum eſt. Sic
enim vulgò exiſtimant, ex cauſa huius doli qui in re
ipſa eſſe creditur, non ſolùm reſcindendam eſſe vendi-
tionem, ſed pro nulla prorſus habendam reducto titulo
ad non titulum, adeò vt ad fructuum omnium quaſi nul-
lo iure perceptorum reſtitutionem condemnari empto-
rem debere non dubitent, ſalua ei vſurarum quincun-
cium pro rata ſoluti pretij vel petitione vel imputatio-
ne. Atqui ex venditione † nulla dominium non trans- 14
fertur *d.l.numquam nuda*, quoniam emptio quæ nulla
eſt, emptionis nomen non meretur. *l.cum vir.42. D.de*
vſucap.l.cum lex 46. D.de fideiuſſ. vnde illud eſt quod
neque laudimium ex ea vllum debetur, cùm laudimij
obligatio inducitur ex tranſlatione illa dominij quæ fit
per alienationem *l.vlt.vbi not.C.de iur.emph.* nec niſi
de poſſeſſione inter noſtros hoc caſu controuerti ſolet
quàm quia facti magis eſt, quàm iuris, facilius eſt etiam
ex nullo contractu transferri in accipientem, de quo
noſtri tractant ad *l.1.§.ſi vir vxori. D.de acq.poſſ.* Ve-
rum igitur eſt hoc caſu nunquam competiſſe Sempro-
nio vindicationem, nec proinde ipſius heredi compe-
tere poſſe qui vtique plus iuris habere ex cauſa heredi-
taria nec poteſt nec debet, cùm ſuccedat in vitia defun-
cti, etiam ignorans, *l.cum heres 11. De diuerſ. temp.*
præſcr. ac multo magis ipſi nocere debeat vitium con-
tractus, quod non tantùm contrahentis perſonam affi-
cit, ſed ipſum etiam contractum. Obſtabat † quoque 15
vindicanti aduerſario, vt ſaltem doli exceptione repel-
li deberet, quamuis ſine decreto adeóque ſine cauſa
fundus pupillaris contra leges diſtractus proponere-
tur, quod pretij reſtitutionem nullam omnino afferre-
bat, cùm tamen non modò aliqua ex parte, ſed totum
etiam pretium in rem pupilli verſum eſſe probaretur, *d.*
l.ſi fundus 13.§.quamquã autem D.de reb.cor.qui ſub.tut.
vbi exceptionis huius concedendæ rationem æquiſſimã
Paulus illam affert quòd non ſit permittendum pupillo
vt lucrũ captet ex alieno damno. Plus dicẽdũ, tametſi em-
ptio illa neq; ſimulata neque prorſus nulla fuiſſet, tamẽ
læſionis † tam immodicæ effectum futurum illum fuiſſe 16
vt redimendi ius quod ex conuentione temporale erat
concluſúmque triennio, perpetuum fieri debuiſſet ha-
ctenus ſaltẽ vt in trigeſimum vſque annum extendere-
tur. Nam & hæc receptiſſima noſtrorum traditio eſt à Se-
natu quoq; noſtro ſæpiùs ac ſæpius approbata, quam &
Pariſ. Curiæ placuiſſe maximè in contractibus ſuſpectis
refert And. Tiraq. *de retr.conuent.§.1.gl.2.n.55.* referens
etiam, probánſque Bart. Chaſſan. qui in *Conſuet. Burgũd.*
ita ſcripſit *Ti. De rentes vendues à r'achapt.§.1.col.4.n.2.*
itémque in *Tit.de retraicts §.10.* in verbo *a fait diligen-*
ce, in fi. vt in hoc ſaltem, inquit Tiraq. rationem quandã
habeamus opinionis illorum, qui ex modicitate pretij &
pacto de retrouendendo reprobant contractum. Satis.n.
ſupérque fauemus emptori, ſi dicamus, ex his duobus
non probari quidem contractum, ſed tamen reſcindi, vt
ille loquitur, reſtituto quandocunque pretio ſine vlla
fructuum deductione. Et verò parum intereſt emptoris
an emptio reſcindatur ex cauſa enormis & immodicæ
læſionis, beneficio *l.2.C.de reſcind.vend.* an potiùs redi-
mendi ius alioqui temporale perpetuetur, cum vtroque
caſu idem eueniat, vt res emptori auferatur, & pretium
ei reſtituatur, niſi quòd fauorabilior & expeditior vide-
tur ratio illa perpetuandi iuris ad redimendum compe-
tentis, per quam ſc. venditio tota conſeruatur integra,
cuius reſciſſio non poteſt eſſe non odioſa: quamuis Ti-
raq. reſcindi eam dicat hoc ipſo quòd ius redimendi
perpetuatur contrà quàm in vendendo conueniſſet.
Ergo quemadmodum ſi retrouenditio facta eſſet intra
triennium quod venditionis lege fuerat præſtitutum,
dubitari non poſſet, quin liceret tutori fundum illum
quantumlibet pupillarem retrouendere etiam ſine de-
creto, quia hic caſus ex eorum numero eſt in quibus
decreto nullo eſt opus, *l.2.Cod.quand.decr.opus non eſt.*

Digitized

ita & fateri cogimur nullum hîc fuiſſe neceſſarium de-
cretum:non magis,quàm ſi pupillus ipſe vellet ſine de-
creto fundum reddere quem pater ſtipulanti ſpopon-
diſſet,aut inconſulto prætore peragere cætera venditio-
nis,quam pater feciſſet *d l.magis puto 5.§. ſi pupillus. &*
17 *ſeq.de reb.eor.qui ſub tutel.* Nam ſi quis tentare velit de-
buiſſe præcedere declaratoriam , vt pragmatici loquun-
tur,de perpetuando iure redimendi, antequam tutor id
pro perpetuo aut perpetuato habere potuiſſet , is pro-
culdubio errauerit.Si.n.tutor ſibi conſcius ſit,& iuris &
facti. i. ſi tam enormem & immodicam læſionem eſſe
ſciat vt in dubium eam reuocare non poſſit, ſciat etiam
ex peritiorum conſilio ita iudicari à Senatu ſolitum eſſe,
vt ex cauſa redimendi ius fiat perpetuum, aut vt aduer-
ſus damnum,quod ex lapſu temporis contigit,reſtitutio
in integrum dari poſſit ei qui abfuit Reip.cauſa, *l. 1. &
tot.ti.ex quib.cauſ.maior.* Rogo cur iniuſtam pupilli no-
mine litem ſuſcipere , & inanibus ſumptibus pupillum
diuexari patiatur:Neque enim bonam fidem etiam ex-
tra iudicium agnoſcere tutor prohibetur *l. quoties tutor
9.§.ſicut autem*,vbi eſt textus perelegans. *D. de admin.
tuto.* Præſertim verò ſi ex litis euentu maius damnum
pupillo timere debuit:quod hic euenit.Nam ſi hoc caſu
pupillus ſententiam iudicis expectaret,haud dubiè pro-
bata tam enormi læſione condemnandus eſſet non tan-
tùm ad retrouenditionem faciendam , ſed etiam ad fru-
ctus omnes quos & ipſe & pater eius percepiſſet aut
percipere potuiſſet , quaſi nullo iure perceptos omni-
modo reſtituendos,aut,quod effectu idem futurum erat,
in ſortem imputandos,atque ita eueniret vt pro centum
aureis , quos Sempronius Titio numeraſſet non niſi
quinquaginta pupillo reſtituerentur , qui ex fundo illo
per decennium integrum centum aureorum fructus
percepiſſet : iuxta eam ſententiam quam & à pragmati-
cis inductam,& in tribunalibus receptam eſſe diximus
Decade 9. Error. 9. Neque enim eſt quod quis nuge-
tur , pupillum ſuccurrendum eſſe propter ætatem vt
cum eo mitiùs agatur ne cogendus ſit pati reſtitutionẽ
illam fructuum aut immutationem. Nam cùm hæc ſiue
reſtitutio,ſiue imputatio proficiſcatur ex vitio contra-
ctus,cui dolus defuncti ſiue verus,ſiue præſumptus,ſiue
ex propoſito,ſiue in re ipſa , cauſam dederit, vt contra
pragmaticos ex ipſorum pragmaticorum traditionibus
diſputemus,quis admittat fieri poſſe , vt pupilli ætas &
fauor qualitatem contractus immutet ? Non magis vti-
que quàm vt alterius cuiuſlibet heredis ignoratio vitia
defuncti excludat *d.l.cùm heres 11. D. de diuerſ.tempor.
præſcript.* Itaque negari non poteſt quin pupilli nego-
tium vtiliter geſſerit mater quæ fundum hunc mihi re-
trouendidit eodem pretio quod pater pupilli numera-
uerat,centum aureorum,nulla fructuum aut reſtitutio-
ne aut imputatione diminuto. Et verò quid intereſt an
redimendi ius perpetuum fuerit ex conuentione , an ex
legis poteſtate , vt mater , quæ retrouendidit maximè
bono illo conſilio, vt à fructuum reſtitutione vel impu-
tatione pupillum ſuum liberaret , nihil contra filij vti-
litatem , nihil etiam contra leges feciſſe videatur ; Hinc
18 autem † inferri etiam poterat , quàm inanis & futilis
eſſet ratio illa , quæ contra me afferebatur , quòd ma-
ter tutrix non fuiſſet , propterea quòd neque confir-
mata eſſet à iudice , neque iuraſſet , neque ſollenne
inuentarium feciſſet , nec denique ſatisdediſſet. Nam
etiamſi ea omnia maximè vera fuiſſent quæ ex facto po-
tiùs falſa probabantur , mihi tamen nocere minimè de-
buiſſent , quia quod dici ſolet , non poſſe tutorem ad-
miniſtrare,aut in re pupilli quicquam facere priuſquàm
ea omnia peregerit, quæ ad tutelam ritè ſuſcipiendam
pertinent , niſi ſi quid ſit quod dilationem nec modi-
cam expectare poſſit,vt Vlp.ſcribit in *l. tutor qui reper-
torum 7. D. de adminiſtr. & peric. tut.* tunc locum
non habet cùm in pupilli commodum & vtilitatem
negotium à tutore geſtum eſt, ne aliter poſito iure eue-
niat vt quod fauore pupilli conſtitutum eſt , in eius
odium retorqueatur. Boer. *quæſt.62. in fin.& quæſt.124.*
Aufrer. ad *Deciſ. Capell. Tholoſ. 92.* Guid Pap. *quæſt.*
330.Idémque eſt etiamſi nullum pupillus ex eo tutoris
facto lucrum ſentiat , dum ne quid aliud tutor fecerit,
quàm quod vt vel inuitus facere ex iuris ratione cogi
potuiſſet. Quid enim eſt quod huic tutori poſſis impu-
tare , aut in quo pupillus læſus eſſe videatur ? Nam etſi
pupillus ipſe non ſolùm ſine prætore, ſed etiam ſine tu-
tore quid feciſſet in executionem contractus paterni,
& quod pater ipſe ſi viueret facere deberet , non comi-
nùs ex facto ſuo teneretur , *d.l.magis puto. §. ſi pupillus
& ſeq. De reb. eor. qui ſub tutel.* Sed neque verum eſt
matrem quæ † teſtamento tutrix data ſit , confirmatio- 19
ne vlla indigere,qua nec alius tutor vllus, qui modo be-
ne ritéque datus eſſet, indigeret,vt probauimus in *De-
cad.3.Error.vlt.* Sicut nec ſatiſdare tenetur, cùm habeat
pro ſe iudicium defuncti, quod decreti vice & loco eſſe
poteſt, *l. teſtamento 17. D. de teſtam. tutel. §. 1. Inſtit. de
ſatiſd. tutor.* Neque rurſum † cogitur mater iuſiurã- 20
dum illud interponere , de quo Iuſtinianus in *Nouel.
110.De hæred.ab inteſt.venient.c.*incip.*ex his autem*,quo-
niam ea ſolennitas receſſit ab aula,vt interpretes & pra-
gmatici omnes fatentur. Cogitur ſanè iurare vt & alius
tutor quilibet ſe rem pupilli bene & ex eius vtilitate
adminiſtraturum , ſed non facit illa omiſſio vt ſi benè &
vtiliter adminiſtrauerit , ob id minùs valere debeant
quæ ab eo geſta ſunt , quòd non iurauerit. Plus enim
præſtat qui facit,quàm qui iurat ſe facturum. Inuenta-
rium † autem conficere etſi tutores omnes debent, nec 21
priùs quicquam attingere, ne dolo in litem contra eos
iurari poſſit, *d.l.tutor*,tamen qui non fecit,remouendus
ex ea cauſa potiùs eſt tanquam ſuſpectus , quàm vt re-
ſcindi debeant ea omnia quæ circa pupilli perſonam
aut patrimonium fideliter vtilitérque geſſerit, *vt ſupra-
dicta quæſt.124.*Boërius tractat. Tum verò quid ſi pater
inuentarij confectionem,vt fieri ſolet,adeóque, rationũ
redditionem matri de qua confidebat,remiſerit ? Fateor
non ex eo fieri vt nullum prorſus inuentarium conficere
nullaſque rationes reddere mater debeat,ſed tantùm vt à
ſcrupuloſa redditione liberata intelligatur , ſi non præ-
tereà matri legatum ſit quicquid ex tutelæ cauſa debe-
re poterit, *l. ita autem 5. §. Iulianus , alias l. quidam
decedens. D. eod. l. ſi quis 9. l. Aurelio 20. §. 1. l. Aurelius
28. §. Titius D. de liber. legat.* Sed tamen dico in hoc
caſu matrem quæ patris voluntatem & iudicium ſecuta
ſit,non ob id minùs tutricem fuiſſe videri debere quòd
inuentarium nullum fecerit.Quanquam in ea ſpecie de
qua tractamus proponebatur mater defuncto marito
iudicem adiiſſe , & narrato per ſupplicem libellum te-
ſtamento quo pater matri patruóque ſimul, vt dixi-
mus , tutelam mandauerat , petiiſſe vt dum patrui in
alia prouincia degentis reditus expectabatur , inuen-
tarium conſcriberetur , ne quid ſibi poſſet imputari,
& impetrato in eam rem iudicis reſponſo inuentarium
illud fieri curauerat. Denique ſufficiebat quòd mariti
teſtamento tutrix communium liberorum effecta ſu-
premam defuncti voluntatem precibus iudici oblatis
agnouiſſet, omniáque tanquam tutrix geſſiſſet, ex bona
fide pupillorúmque vtilitate, nec ſolùm extra iudicium,
ſed in iudicio quoque ſiue ageret pupillorum nomine,
ſiue conueniretur. Sola itaque ſupereſſe videbatur † 22
illa quæſtio , an pretium retrouenditionis , ſiue matri,
ſiue filio ipſi ſolutum quod in rem eius verſum non
probaretur, bene rectéque ſolutum videri oporteret, ex
eáque ſolutione mihi liberatio contigiſſet. In qua quæ-
ſtione illud quidem ſtatim occurrebat quod aduerſa-
rij obiiciebant , neque pupillo , † neque minori bene 23
ſolui ſine tutoris aut curatoris autoritate , nec libera-
tionem ex ea ſolutione contingere, niſi quatenus lo-
cupletior pupillus minórve factus eſſe proponatur §.
nũc admonẽdi.Inſt.quib.alien.licet vel non.l ſãcimus.25.l.

conſtitutionem

conſtitutionem 27.*C.de adminiſtr. tut*. Tutoris porrò autoritatem in ipſo negotio & actu interponi neceſſe eſt, *l.obligari* 9.§.*tutor ſtatim.D.de autor. & conſenſ. tutor. l. ſi quis mihi bona* 25.§. *iuſſum. D. de acq. her.* Etſi autem ius hoc diſtinctiones quaſdam recipit in minore, ſi Io.
24 Imberto credimus aliam rationem conſtituenti † eius, qui decimum octauum ætatis annum iam exceſſerit, aliam eius qui nondum attigerit, vt præſumendus hic ſit pecuniam ab alio acceptam malè conſumpſiſſe ille contrà vtiliter & in rem ſuam impendiſſe (quæ tamen diſtinctio ſicuti prudentibus omnibus fuit incognita,ſic nec vllam habet rationem,)in pupillo tamen generaliter & indiſtinctè verum videtur non poſſe ei ſolui ſine tutoris autoritate, viderique perdituro dari pecuniam, quæ pupillo datur,vt proinde ex eiuſmodi ſolutione vix vlla poſſit vnquam liberatio contingere,ſi non probetur
25 pecunia in rem pupilli verſa. Sed reſpondebam, † concurrere hic quàm plura,quæ facerent ne dubitari poſſet, quin ſolutio ſiue minori,ſiue etiam pupillo facta prodeſſe mihi deberet ad pleniſſimam liberationem. Prima illa erat & præcipua,quod ego minori ſolueram tanquã matris ſuæ eiuſdémque tutricis & adminiſtratricis procuratori. Inde namque fiebat vt perinde habenda eſſet ſolutio illa ipſi matrici acſi facta fuiſſet.Quo caſu ſi mater poſteà numos filio impuberi perdẽdos dediſſet,nihil tamen eſſet quod mihi imputari oporteret,ſed matri potiùs quæ minorem,adeóque ſi voles impuberem filium procuratorem conſtituiſſet ad pecuniam exigendam.Factum denique & periculum hac in re matris eſt, nõ pupilli,& conſequenter non magis quærendum erat, an in rem pupilli verſa eſſet pecunia, quàm ſi mater ſolutionem accepiſſet. Vnde illud etiam eſt quod dicimus,mi-
26 norem qui † tanquam procurator maioris negotium alienum geſſerit,in quo aliqua læſio interuenerit, reſtitui in integrum non poſſe quoniam ea ratione non minori,ſed maiori contra prætoris mentẽ edictíque verba ſuccurreretur, cuius damno res ceſſura ſit, præterquam vno illo caſu,ſi euentu damnum minor paſſurus fuerit, quia quod præſtiterit ſeruare ab alio non poſſit,qui fortè non ſit ſoluendo,*l.3.§.vlt.& l.4.l.cùm mandatu* 23.*C.*
27 *de minor*.Scio equidem non poſſe impuberem † conſtitui procuratorem ad lites tractandas:ad negotia verò nõ facilè ſi obtentu ætatis nihil cum eo gerere velit is, ad quem mittitur procurator:quia iudicio caret illa ætas,& ea etiam quæ videt, ignorat. Verùm ſi is qui cũ maiore gerendam rem habeat,pupillum velit admittere procuratorem,præſertim ea in re,in qua ſolo facto, nudóque tradendi aut accipiendi miniſterio magis quàm certo iudicio opus ſit,nihil eſt vtique quod prohibeat quominùs & procurator eſſe ad negotia & ſolutionem accipere poſſit, eritque potiùs quod ei imputetur qui pupillo mandatum dedit,quàm ei qui pupillum procuratorem admiſit, in eámque rem apertiſſimus & accommodatiſſimus textus eſt in *d.§. vlt.tutor. l. 3. De minor.* iunct.*l.1.§.pupillus.*13.*D.de acquir.poſſeſſ.*Atqui conſtat
28 ſolutionem † tutori factam pupilli nomine parere ſoluenti liberationem,& quidem omnimodo,id eſt,ſiue pecunia illa in rem pupilli verſa ſit,ſiue non, & ipſo iure, vt ait Paul.in *l.Lucius* 46.§.*tutela. de adminiſt. & peric. tutor.* Neque enim malè contrahitur cum tutoribus, etiamſi non ſint ſoluendo,inquit,Vlpianus in *l. 4. in fin. de eui&.l. cùm plures*,12.§.1.*D.de admin. tutor.* Quid.n. diuinare poſſit is qui contrahit cum bona fide cum tutore*l. apud Celſum 4.§. illa etiam quæſtio* 23. *D. de doli mal.except.*Aut cur debeat curioſus eſſe vel anxius quam in rem tutor acceptam pecuniam ſit impenſurus? *arg. l.doli exceptio* 19.§. *vlt. de nouat.* Curioſus & anxius is tantùm eſſe debet, qui contrahit cum perſona ſuſpecta, vt puta cum muliere quam ſcit aut ſcire debet non poſſe ita contrahere vt alienam in ſe ſuſcipiat obligationem *l.vir vxori.*17.*in fine princ.D.ad S.C.Vell.*At tutoris perſona ſuſpecta numquam eſſe poteſt ei qui cum pupillo aliquid gerendum habet,imò nec eius qui pro tutore gerat. Sufficit enim vt rem adminiſtret, *d.§. illa etiam*, eandémque fidem & diligentiam præſtet quam tutor verus præſtaret,vt Pompon loquitur in *l. pen. D. de eo qui pro tutor.*Dicam amplius,etiamſi falſo † tutori facta 29
ſolutio ſit,adhuc idẽ eſſe,perindéque liberationem contingere eo nimirum caſu quo illi ipſi falſo tutori nõ alij obligatus debitor fuit. Affl.*Deciſ.*147.qui.ã gerebat ex Bar.in *l.filius.C.de pact.*& in *l.eum qui* §.1.*nu.*2. *de verb. obl.*Cùm verò in propoſita ſpecie Sempronij filium,non pupillum,ſed puberem, licèt minorem ſolutionis tempore fuiſſe contenderem, apparebat minùs dubitandum eſſe de ſolutionis poteſtate, maximè † quod iuſiurandũ 30
interueniſſet *nunquam petendo*.Conſtat enim ex eiuſmodi iureiurando non ſolùm obligari puberem,qui iurauit, ſed etiã confirmari validúmq; fieri contractum qui alioquin propter legis prohibitionem ipſo iure nullus eſſet *vulg. Aut ſacramenta puberum.C.ſi aduerſ.vẽd.* Hactenus ſaltem vt citra auxilium reſtitutionis in integrum audiri non deberet,quátacũq; læſio interueniſſet. Porrò quæſtio illa,an pretium in rẽ minoris verſum eſſet nécne,ad læſionis probandæ vel excludendæ cauſam duntaxat pertinebat,non ad contractus validitatem aut nullitatem inducendam. Id enim eſt quod interpretes tractant ad *l. prædiorum.C.de præd.minor.*in venditione rerum minoris aliquando læſionem interuenire in eo ipſo quòd minor vendiderit rem quam vendere non expediebat,aliquãdo in eo quòd pretium malè conſumpſerit. Ergo ad illum caſum pertinet ea quæſtio quo de iure in integrum reſtitutionis agi oporteat: quæ tamen cùm nulla hîc petita eſſet,neque verò peti poſſet,quia,vt diximus,minor pro matre maiore contraxerat,nihil aliud dicendum ſupererat, niæ vt vindicanti minori ſaltem doli exceptio obiici deberet.Numquam enim præſumptio eſt pro minore,quod pecuniam acceptam perdiderit ad transferendam in aduerſarium probationem vtilis in minoris rem verſionis, niſi cùm ſolutio facta eſt minori ex cauſa contractus inutilis & legibus improbati, *l. patri* 27. *ſi pecuniam & ſeq. D.de minor.* Hîc autem ſolutio bene rectéque facta fuerat, ſaltem ob accedentem interuenientis iuriſiurandi autoritatem. Nam ſi iuſiurandum in vẽditione adhibitum confirmat venditionem,quantò magis confirmabit ſolutionis perceptionem?Minori ſiquidem prohibitum eſt oratione Seueri & Senatuſconſulto quod ad eam factum eſt ne prædia ſua diſtrahat, ne verò ſolutionem accipiat prohibitum non eſt. Idque verum eſt admiſſo etiam eo quod aduerſarius meus vindicandi fundi à tutrice retrouenditi ius habere. Quanquam nec fieri poterat, vt vindicandi ius ei ſupereſſet qui pretium accepiſſet ſubiecta iuratáque pactione de non petendo, cùm ipſam quoque venditionem ratam habuiſſe videretur, non ſecus ac ſi ille ipſe cum iureiurando vendidiſſet. Illud enim conſtat eum,qui † rei ſuæ 31
ab alio venditæ pretium petit, licèt tanquam procurator venditoris,hoc ipſo ratam habere venditionem, nec eam poſteà impugnare poſſe *l.ſeruum Titij* 49.*vbi Bart. notat. D. mandat.* Quid ergo intereſt, an iuſiurandum in apocha & accepti pretij profeſſione adhibitum ſit an in ipſa venditione? Nam ſi non cauillamur, an non magis periurus eſt qui vindicat rem cuius pretium accepit, quod numquam petiturum ſe promiſerat, quàm ſi pretium peteret? Maiorem enim facit iniuriam emptori, qui mallet vtique bis pretium ſoluere quàm ſoluto iam pretio prætereà re carere, atque ita & rem & pretium amittere. Rurſum nihil vetat venditionem † præ- 32
dij pupillaris quæ ab initio malè facta ſit ob omiſſam decreti ſollennitatem, poſteà ratam haberi à maiore atque ita irreuocabiliter confirmari *tot. titul. Codice ſi maior. fact. rat. habuer.* Et *titul. ſi maior. factus alien. ſine decret. fact. rat.hab.* Accedebat, quòd accepti † pre- 33
tij reſtitutionem nullam minor hic offerebat, ne pro ea quidem parte quæ in rem eius verſa probaretur. Dices, non

non eſſe cogendum minorem proprio nomine vindi-
cantem, vt eam pecuniam reſtituat, quam non proprio
ſed procuratorio nomine acceperit. Reſpondeo, imò
verò cogendum eſſe non ſolùm quòd pretium accipien-
do venditionem ipſam, vt iam dictum eſt, ratam fece-
rit (quæ res eum obligat ad illa omnia ad quæ obliga-
tus eſſet ſi ipſe vendidiſſet, quia ratihabitio facit &
conſtituit eius negotium, *l. ſi pupilli 6. §. item quæritur.
9. D. de neg. geſt.*) ſed etiam quia non extranei procu-
rator fuerat, ſed matris eiuſdémque tutricis, & admi-
niſtratricis, quæ ſi ipſa pretiũ accepiſſet, filium vtiq; ſiue
impuberem, ſiue puberẽ, ſed minorem obligaſſet ad pretij
reſtitutionem in caſum petitæ in integrum reſtitutionis:
quia mater quæ filij tutelam aut curam gerit, perſonam
ipſius ſuſtinet ac repræſentat, perindéque ab ipſo mi-
nore geſtum videri debet quod à matre aut ab alio quo-
libet matris nomine geſtum eſt, atque à matre ipſa, quod
eius nomine filius minor tanquam procurator fecerit.
Et, vt dicam apertiùs, eadem prorſus ratio conſtituenda
eſt minoris, qui venditionis per matrem factæ pretium
accepit procuratorio nomine, iurauítque numquam ſe
conuenturum, quæ conſtituenda eſſet, ſi is præſente
matre curatrice cum iureiurando vendidiſſet, niſi
quod priore caſu tutiùs contrahitur cum minore, ne
poſſit ille vnquam in integrum reſtitui, nec ſi læſio, vt
dixi, quantacunque interuenerit, ſi modò indemnita-
tem conſequi poſſit ab eo cuius fuerit procurator, qui
tamen ſi proprio nomine præſente curatore etiam cum
iureiurando vendidiſſet, nihilominùs reſtitueretur,
etiamſi mater quàm maximè ſoluendo eſſet *l. 2. vlt. &
paſſ. C. ſi tut. vel curat. interuen.* Replicabis, Minorem qui
curatorem habeat comparari pupillo ex *l. ſi curatorem
3. C. de in integr. reſtit. minor.* Itaque minorem hoc ipſo
quod ſe tutricis ſuæ procuratorem dicit, fateri ſe quo-
dammodo pupillum, nec proinde ex iureiurando ſuo
efficaciter obligari, cùm noua Friderici conſtitutio ad
puberum duntaxat, non etiam ad impuberum pertineat
34 ſacramenta. Sed iam † probaui non aliam rationem eſſe
pupilli, quàm minoris cuiuſlibet, adeóque maioris cùm
contrahit tanquam procurator, vt nimirum nullo caſu
reſtitui poſſit, ſi non effectu ipſo damnum ſenſurus ſit,
licet iuſiurandum nullum interuenerit *ex d. l. 3. §. vlt.
cum ſeq. & l. cùm mandatu 23. D. de minor.* Deinde pra-
gmaticorum noſtrorum error ille eſt, quòd putant, mi-
norem qui habet curatorem vſque adeò comparandum
pupillo, vt non magis ex iureiurando proprio oblige-
tur, quàm ſi reuera pupillus proponeretur, quem nos
refutauimus *Decad. 6. Err. 9.* Non enim quòd cura-
torem habet, facit eum pupillum, ſed tantùm vt pu-
pillo comparetur, & quidem in quibuſdam, id eſt in
alienatione rerum ſuarum, de qua in *d. l. ſi curatorem*
non etiam in omnibus, vt ex eo conſtat quod puberes
tametſi curatores habeant ſine curatoribus ſuis rectè
obligantur, *l. puberes 101. De verb. obligat.* Impuberes
verò ſine tutoribus non item *l. obligari. 9. D. de autor. tu-
35 tor.* Quòdſi rurſum obiicias, matrem † quæ pupilli tu-
trix fuit deſinere tutricem eſſe filij pubertate, dicam ma-
trem cui pater non ſolùm tutelam, ſed etiam vt in pro-
poſito adminiſtrationem totam mandauerit, curam quo-
que mandaſſe videri poſt finitam pupillarem ætatem
præſertim quandiu tutela per matrem non eſſet reddi-
ta, matérque in adminiſtratione conſentiente filio per-
ſeueraret. Nam & in cæteris tutoribus omnibus etiam
datis à iudice ad tempora vſque pubertatis, idem vſuue-
nit, vt quandiu tutelæ rationes non reddiderunt, peri-
culo adminiſtrationis obnoxij remaneant tã de negle-
ctis, quàm de adminiſtratis, perinde acſi tutores adhuc
eſſent, licèt curatores eſſe nequeant, etiamſi maximè ve-
lint. Id enim eſt quod Calliſtr. ſcribit in *l. à tutoribus 35.
§. . D. de admin. tutor.* officium tutorum curatoribus de-
mùm conſtitutis finem accipere, ex eóque tempore om-
nia negotia quæ à tutoribus inita ſunt ad fidem curato-
rum pertinere: vt intelligamus quandiu curatores nulli
conſtituti ſunt, tutoris & officium & periculum dura-
re: & conſequenter multò magis ex tutore curatorem
fieri eum, cui eodem teſtamento & tutela & cura verbis
expreſſis mandata fuit, aut quod effectu idem eſt, admi-
niſtratio (quo vno nomine non minùs cura quàm tutela
continentur) cùm neque minoris, neque eius qui tutor
fuit, interſit an quaſi tutor conueniatur, an quaſi cura-
tor, vtraque actione eaſdem præſtationes idémque taci-
tæ hypothecæ priuilegium habente vt tractant noſtri
ad *d. l. pro officio 20. C. eod.* Sed & in propoſita † ſpecie di- 36
cebam non eſſe quærendum an in rem minoris verſa
eſſet pecunia néc ne, quoniam non de pecunia credita
tractabatur, in qua ſolet contra creditorem in dubio re-
ſponderi propter odium creditoris, maximè ſi fœnera-
tor fuit *l. 1. . . ſi aduerſ. cred.* (de cuius tamen ſententia
dicemus aliquando, ſi Deus volet) ſed de pretio retro-
uenditionis ſoluto, in quo parciùs & difficiliùs ſuccur-
rendum eſt minori, quia pecuniam minori credere non
eſt neceſſe, at pretium emptionis ſoluere poſtquam
emeris, neceſſe eſt, inquit eleganter Paul. in *l. quod ſi
minor. 24. §. reſtitutio. D. de minor.* Quòd ſi in pura pri-
máque venditione id obtinet, quantò fortiùs obtinere
debet ſi non de venditionis, ſed de retrouenditionis pre-
tio diſputetur? Etſi enim pretium emptionis ſoluere vbi
emeris neceſſe eſt, tamen nec emptori emere, nec mino-
ri neceſſe eſt vendere, *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Po-
téſtque imputari ei qui à minori comparauit, cur à mi-
nore comparauerit & cum eo contraxerit. At facta re-
trouenditione non ſolùm imputari non poteſt vendito-
ri eidémque redimenti cur pretium ſoluerit, quod ne-
ceſſariò ſoluendum habuit vt redimendi iure ſibi iam
quæſito vti poſſet, ſed neque minore ſuccenſendum eſt
quòd vendiderit eam rem quam retrouendere omnimo-
do debuit, ſiue retrouendendi neceſſitatem legis pote-
ſtas induxerit, ſiue æquitas conue[illegible]onis quæ de ea re
non cum ipſo minore, ſed cum eius patre interpoſita
fuerit: quámque retrouendere emptoris heres quilibet
etiam maior omnimodo debuiſſet. Vetat enim minor
iure communi, quoties id facit etiam † volens, quod 37
& maior & inuitus facere cogeretur: eóque caſu tri-
tum eſt denegandam ei in integrum reſtitutionem
ſi tanquam minor reſtitui velit *l. vlt. Codice de in in-
tegr. reſtit. minor. l. verum 12. §. ſciendum, & ſeq. l. in-
ter eos 51. §. cùm inter. D. de fideiuſſ.* quia vt eſt in iuris
regula, non capitur, qui ius publicum ſequitur *l. nihil
conſenſui 116. §. 1. De regul. iur.* Atque in hanc rem te-
tus † omnium accommodatiſſimus eſt in *l. in pupillo* 38
47. D. de ſolut. vbi Marcianus poſtquàm ſcripſit, in pu-
pillo cui ſine tutoris autoritate ſolutum eſt, ſi quæratur
quo tempore ſit locupletior, tempus quo agitur inſpici
oportere, ſubiicit ex Scæuola, planè interdum quaſi lo-
cupletiorem factum intelligi pupillum, etiamſi res pe-
rierit ante litem conteſtatam, id eſt, inquit, ſi neceſſa-
riam ſibi rem emit, quam neceſſariò de ſuo erat emptu-
rus: nam hoc ipſo, ait, quo non eſt pauperior factus,
locupletior eſt. Quo exemplo idem quoque in filiofa-
milias probandum eſſe vult vt Macedonianum ceſſet ſi
in neceſſarias cauſas filius mutuam pecuniam accepe-
rit, quam poſteà perdiderit. Similiter igitur dicendum
eſt, in propoſito locupletiorem † intelligi factum pupil- 39
lum qui rem eam retrouendidit, quam pater ſi viueret
retrouendere omnimodo deberet, hoc ipſo quo paupe-
rior factus non eſt, cùm neceſſariò vendiderit, quia libe-
rauit ſe ab obligatione illa retrouendendi, à qua ſi non
eſſet liberatus, condemnari nunc deberet vt de ſuo
præſtaret quanti ex ea cauſa venditoris intereſſet. Vt
taceam quod iam ſæpiùs repetij locupletiorem pupil-
lum factum eſſe in eo quoque quod venditionis pre-
tium integrum ei reſtitutum eſt, ſine vlla imputatio-
ne fructuum quam alioqui nunc, & re adhuc inte-
gra pati cogeretur. Itaque cùm cauſa retrouendendi
prorſus

prorſus neceſſaria fuerit, vt probauimus, nec negari
poſſit quin is qui retrouendidit ſiue impubes, ſiue pu-
bes, ſiue maior fuerit, hoc ipſo locupletior factus ſit in-
ſpecto tempore retrouenditionis, conſequens eſt vt
quamuis ex poſtfacto pecuniam perdiderit, nihil tamen
debeat euentus ille nocere venditori qui in redimendo
& ſuo & communi iure vſus eſt, eique cum quo con-
traxit, lucri tantùm non etiam damni occaſionem præ-
40 buit. Plus dico, etiamſi is qui † rem ſuam vendiderat
patri pupilli ſub pacto de retrouendendo poſtmodum
pecuniam illam pupillo obtuliſſet, ſoluiſſetque, non
modò tanquam procuratori (qui caſus nullam ſanè
dubitationem admittere ex ſuperioribus poteſt) ſed
etiam tanquam perdituro, non eò minùs tamen ſecu-
rum ipſum fore: quia non debuit pretium pupillo iu-
re obligationis à qua liberationem conſequi debeat, ſed
tantùm, quod ſummopere notandum eſt, ſi pragmati-
ci percipere poterunt, iure implendæ conditionis:
quia ſolutio illa pretij hoc caſu nonniſi in conditione
poſita eſt. Tota enim obligatio verſatur ex parte em-
ptoris, qui retrouenditionem promiſit ſub ea conditio-
ne ſi pretium ſibi reſtituetur: vt pleriſque huius Deca-
dis locis à nobis tractatum probatúmque eſt. Quæ con-
ditio pro impleta habetur, non ſolùm ſi pretium re ve-
ra numeratum ſit, & in rem emptoris, aut eius qui em-
ptori ſucceſſerit vtiliter impenſum, ſed & ſi oblatum
duntaxat fuerit, & per emptorem ſteterit, quominùs
acciperet, *ex l. iure ciuili 24. D. de condic. & demonſtr. l.
Labeo ſcribit 50. D. de contr. empt. l. in illa ſtipulatione
50. l. in executione 8. §. vlt De verb. oblig. & aliis ſex-
centis vulgaribus*. Itaque finge oblatum fuiſſe emptori
pretium ſed ab emptore recuſatum. Perinde tenebitur
emptor ad retrouendendum, quaſi impleta iam condi-
41 tione. Finge cùm † heres nulluſdum appareret obſigna-
tum fuiſſe pretium, vt in *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* po-
ſtreà verò caſu aliquo, aut vi maiore deperditum. Sal-
ua nihilominus erit actio venditori. An quòd obſigna-
tio hoc caſu ſolutionis loco ſit, vt quidam putant? Mi-
nimè. Neque enim potuit ſolui, ſi non erat cui ſolue-
retur: nec poteſt fictio locum habere in eo caſu quo
nec ipſa rei veritas locum habere poſſet ſed quoniam
ad implendam conditionem ſufficit non ſtare per ven-
ditorem quominùs eam impleat: quomodo vtique non
ſtat per eum, qui nemine exiſtente cui offerre poſſit,
obſignat, qui ſi haberet cui offerret, obſignare non co-
geretur. Nec quòd emptor aut emptoris heres pupillus
ſit, ad rem facit: quia conditiones omnes facti ſunt,
non iuris, eorum autem quæ facti ſunt perinde capax
eſt pupillus adeóque ſeruus, alioqui iure ciuili inco-
42 gnitus, atque alius quilibet: vnde illud eſt quod in †
pupilli quoque & ſerui perſona conditio impleri vtili-
ter poteſt, etiam ſine domini vel tutoris autoritate *l.
Stichum 95. §. vſumfructum* Vbi DD. notant *D. de ſolut.*
Bart. ad *l. Lucius 46. §. tutela. D. de admin. & peric.
tutor. l. qui heredi 44. D. de condic. & demonſtr. l. Manius
55. eod.* vbi Iauolenus eleganter & ad rem noſtram
accommodate ſcribit, eum cui fundus legatus erat, ſi
Callimacho, cum quo teſtamenti factionem non habe-
bat, ducenta dediſſet, conditioni parere debere & ducen-
ta Callimacho dare vt legatum fundum conſequatur,
licet nummos non faciat accipientis. *Quid enim intereſt,*
inquit, *vtrum tali perſona dare iubeatur, an aliquo loco po-
nere, vel in mare deiicere?* Cui nõ abſimile eſt, quod Scæ-
uola reſpondit in *l. heredibus 77. §. Titius D. ad. S. C. Tre-
bell.* filiam ſuſceptam ex matrimonio cum furioſa con-
tracto perinde facere vt deficiat conditio fideicommiſſi
ſub ea conditione relicti, ſi ſine liberis furioſa morere-
tur, atque ſi legitimum matrimonium contraxiſſet. Ra-
tionem Claudius reddit. qui ad Scæuolam notas ſcri-
pſit, *nam etſi matrimonium cum furioſa non fuit, ſatis ta-
men factum eſt euſmodi conditioni.* Vt intelligamus in
43 condicionibus † implendis factum duntaxat non etiam
ius conſiderari, indéque fieri vt in furioſi & pupil-
li, æquè ac cuiuſlibet alterius perſona conditio imple-
ri poſſit. Nam & ſi pactum de retrouendendo conce-
ptum eſſet ſub ea conditione *ſi intra triennium venditor
pretium venditionis quod ab emptore accepiſſet in mare
proiiceret*, dubitari non oporteret, quin defuncto in-
terea emptore qui pupillum heredem reliquiſſet, con-
ditioni paruiſſe venditor videretur, qui pretium illud
in mare proieciſſet: neque pupilli perſona eſſet impe-
dimento, cum qua neque geſtum fuiſſet quicquam, ne-
que geri debuiſſet, tametſi impleta conditio faceret, vt
maneret ille obligatus pure ad retrouendendum, nul-
la etiam accepta pecunia. Cur enim aliud pretium re-
ſtituere venditor teneretur, qui iam quod reddere de-
buerat, in mare proieciſſet, ex ipſa venditionis lege, &
emptore ipſo ita volente & iubente? Eadémque ratio
facit vt è contrario liceat pupillo † implere conditio- 44
nem ſine tutoris autoritate, tum etiam cùm impleta
conditione reperitur ille obligatus, qui alioquin non
eſſet, *l. conditionibus 5. D. de condic. & demonſtr. l. ſi
pupillus 26. D. de condic. inſtit.* Cur non ergo multò
magis licebit ei, qui non cum pupillo ſed cum pupilli
patre contraxerat, vt in eius perſona impleat conditio-
nem, quamuis ea impleta futurum ſit vt pupillus purè
obligatus appareat ad retrouendendum, præſertim ve-
rò ſi vt in propoſito lucrum ille ſenſerit ex implemen-
to conditionis? Quare nec ad rem pertinet, ſi quis di-
cat obligari emptorem † vt non modò tradat pretium, 45
ſed etiam tradendo faciat accipientis, in eóque diuio-
rem eſſe emptoris cauſam quàm venditoris qui rem tra-
dere duntaxat tenetur, non etiam dare, *l. ex empto 11. in
princip. & §. 1. D. de action. empt.* Id enim tunc verè di-
citur, cùm quis emit, non cùm redimit, quia hoc caſu
rei quæ retrouenditur dominium ad venditorem pri-
mum recurrit, non tanquam ad emptorem, ſed tanquam
ad venditorem, neque tam ex cauſa ſoluti pretij quàm
ob legem venditionis, quæ ab initio talis dicta fuit.
Adeò vt neque de pretij reſtitutione hoc caſu tractan-
dum vllomodo eſſet, ſi non poſita eſſet in conditione,
qua omnimodo & ante omnia impleri neceſſe eſt: deni-
que pretij ſolutio cùm venditio fit tota eſt in obligatio-
ne, emptórque tanquam emptor ad ſoluendum pretium
obligatur: pretij reſtitutio cùm retrouenditio fit non niſi
in conditione eſt, quæ porrò non eò minùs impleta in-
telligitur, quòd ſolutæ pecuniæ dominium non potue-
rit transferri in accipientem, *d. l. Manius 55. De condic.
& demonſtr.* Tantum abeſt vt ſemel impleta bene con-
ditio adeóque tranſlato in pupillum dominio pecuniæ
ſolutæ, ob id ſolùm deſinat haberi pro impleta, aut
potiùs incipiat haberi non impleta, quod eam pecu-
niam ſine tutoris autoritate acceptam pupillus perdide-
rit maléque conſumpſerit: verúmque eſſe quod diximus
venditorem hoc caſu pretium reſtituere non tanquam
emptorem, ſed tanquam venditorem, ex eo apparet quòd
neq; fieri poteſt etiamſi maximè velit vt emptor ſit ante
factam retrouenditionem. quæ porrò neque fieri neque
peti poteſt niſi pretio priùs reſtituto conditionis im-
plendæ cauſa. Hæc verò quæ nos hactenus contra pu-
pillum diſputauimus, cùm omni caſu procedunt, tum
eo maximè quo pupillus efficacem regreſſum habere
poſſit contra tutricem quæ ſit ſoluendo, ad quam pro-
culdubio periculum pertinet pretij quod implendæ cõ-
ditionis cauſa pupillo numeratum eſt ea ſciente & iu-
bente, cùm ad eã ſpectaret vt prouideret ne pretiũ per-
deretur. Sicut ex cõtrario dicimus cogẽdos tutores præ-
ſtare periculum neglectæ conditionis, quam pupilli no-
mine ad actionem aut rem aliam conſequendam imple-
re debuerunt, *l. pupillorum, 21. C. de adm. tutor.* Et quam-
uis † dici ſoleat in arbitrio & electione pupilli eſſe an 46
cõtra tutorẽ agere velit, an cõtra eũ potiùs cũ quo con-
traxit tutore autore, *l. 2. vlt. & paſſ. C. ſi tutor, vel curat. in-
teruen.* Tamẽ id tunc obtinet, cũ pupillus aut minor agit

aduerſus eum cui poteſt imputari cur cum pupillo aut
minore contraxerit, non etiam cùm alia ratio ſuccur-
rendi pupillo vel minori nulla eſt, quam ne pupillus
aut minor in damno moretur, vt euenit quoties non
incidit pupillus aut minor in eum cum quo agit, ſed
is cum quo agit in pupillum aut minorem vt in pro-
poſita ſpecie euenerat. Æquè enim indemnis ſeruatur
vtroque caſu minor, nec tanta fit iniuria ei cui nihil
imputari poteſt ſi non niſi in ſubſidium conueniatur,
vt alio huius Decadis loco docuimus ex Ruino *conſ.*
119. col. pen. vol. 5. & Roland. à Vall. conſ. 10. n. 18. &
ſeq. verſ. verùm quia opinio vol. 2. Atqui in ea ſpecie
quæ tractabatur, defendebam tutricem eſſe ſoluendo:
quæ etiamſi non eſſet, priùs tamen patruum eundem-
que contutorem conueniendum eſſe dicebam, qui pro-
culdubio ex contutricis adminiſtratione ſaltem in ſub-
ſidium tenebatur, quamuis nihil ipſe geſſiſſet, *l. 2 C. de*
diuid. tutel. l. 2. C. ſi tut. vel curat. geſſ. l. cùm interdicta,
6. C. arbitr. tutel. Indéque inferebam, nihil prorſus
47 eſſe, propter quod aduerſario meo † ſuccurri deberet,
tametſi mater ſoluendo non eſſet, quia nimirum con-
tutori huic, quem locupletiſſimum fuiſſe conſtabat
ipſe hæres extiterat, atque ita ſibi ipſi ſoluiſſe videba-
tur quicquid ex cauſa tutelæ ſiue à matre, ſiue à contu-
tore ipſo, alióve contutoris herede petere ipſe potuiſ-
ſet. Creditor enim adeundo hereditatem debitoris in-
telligetur ſecum penſaſſe, tum quoque cum ſoluendo
non eſt hereditas, quando cæteris etiam creditoribus
teneatur, *l. quæ dotis 33. D. ſolut. matr.* Soluendo enim
eſt omnis hereditas quæ inuenit heredem, *l. 3. D. ad leg.*
Falcid. l. libertus, 36. D. de bon. libert. Dices, ſemper in
damno morari minorem hunc, qui, ſi mater ſoluendo
eſſet, tantum locupletiorem haberet patrui heredita-
tem, quæ illo caſu ex ære alieno matris non minuere-
tur. Reſpondeo ad rem hoc non pertinere. Vt enim re-
ſtitutio minori denegetur, præſertim qui tanquam
procurator contraxit, aut qui tanquam pupillus agere
velit aduerſus eum cui nihil imputare poſſis ſufficit poſ-
ſe eum ſeruari indemnem ratione tutelæ aut ſuſcepti
mandati, id eſt vt nullo damno afficiatur ob id quod
vel in tutela fuerit, vel mandatum ſuſceperit *d. l. cum*
mandatũ 23. D. de minor. Quod enim poſteà tantò mi-
norem conſequitur hereditatem eius ex cuius bonis
indemnitatem nanciſcitur, extra damni cauſam eſt,
nec niſi ad lucrum amiſſum pertinet, cuius amittendi
nec alia cauſa eſt quàm quòd ab eo indemnis ſeruari
debuerit, cuius nunc habet hereditatem: quam porrò
ſibi acquirere nullomodo potuit niſi cum ſua cauſa. Ne-
mo autem neſcit longè aliud eſſe ſi quis lucrum amit-
tat, aliud verò ſi damnum ſentiat *l. quod autem 6. in*
48 *princip. & §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Sed & me † om-
nium maximè illud mouebat, quod totum hoc retro-
uenditionis pretium in aduerſarij mei vtilitatem ver-
ſum eſſe conſtabat, impenſúmque iis dimittendis cre-
ditoribus quibus fuerat ille iuſtiſſimis & hereditariis
de cauſis obligatus, & contra quos nullam ipſe petierat
in integrũ reſtitutionem: quam & ſi non modò petiiſſet,
verùm etiam impetraſſet non tamen contra me ex cuius
pecunia dimiſſi erant, ſed contra eos potiùs agere de-
buiſſet, ſi pecuniam illam fuiſſe indebitam probare
vellet. Qui enim creditori pupilli ſoluit, non eo mi-
nùs pupilli negotium vtiliter geſſiſſe videri debet,
quòd aduerſus eum creditorem potuerit pupillus impe-
trare reſtitutionem, præſertim ſi nondum eam impetra-
uit. Verum enim eſt quod Paulus ſcribit in *l. exceptio-*
nes quæ perſona. 7. in fi. De except. Tùm etiam cùm mi-
nor annis vigintiquinque in re ipſa circumſcriptus eſt,
nullum ei dandum eſſe auxilium antequàm fuerit reſti-
tutus. Ideóque negari non poteſt quin tantiſper ſaltem
pupillus factus ſit locupletior, qui à ſuis creditoribus
ex pecunia mea fuerit liberatus, & conſequenter quin
doli exceptione repelli debeat ſi lucrum captet ex dam-
no meo, nulláque pretij reſtitutione oblata pergat vin-
dicare fundum etiam ſine decreto, inutiliter alioquin,
& contra orationem Seueri alienatum *d. l. ſi fundus, 13.*
§. 1. D. de reb. cor. qui ſub tutel. Nam & ſi minor qui à
me pecuniam mutuam accepit eandam poſtmodum alij
egeno debitori crediderit, poteſt quidem contra me re-
ſtitui tanquam læſus propter egeſtatem ſui debitoris,
(ſine qua certè neque læſus neque reſtituendus eſſet)
ſed ita tamen vt quas habet contra debitorem ſuum
actiones præſtare teneatur. *d. l. patri 27. §. ſi pecuniam,*
D. de minor. Quam verò actionem præſtare mihi poſ-
ſet is, qui à ſuis creditoribus ex mea pecunia liberatus
eſſet? Nullam prorſus, ne quidem in integrum reſtitu-
tionem, tametſi ante factam à me ſolutionem aduerſus
eos reſtitui minor potuiſſet, quia ſicuti ſolutione ſubla-
ta eſt omnis obligatio, ita & omnis ſpes & materies re-
ſtitutionis in integrum, cùm obligationem aliquam
ſubeſſe neceſſe ſit aduerſus quã reſtitutio peti poſſit, *arg.*
l. qui contra 11. D. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum
95. §. quod vulgo. de ſolut. de cuius ſententia & lectione
ſcripſimus. *lib. 7. Coniect.* Neque hic qui minoris cre-
ditori ſoluit mandante minore ſimilis eſt ei qui debito-
rem ſuum minorem circumſcriptum delegat ſuo credi-
tori, de quo in *l. doli 19. §. diuerſum. D. de nouat.* Minor
enim illo caſu reſtitui poteſt aduerſus delegationem
perinde ac poterat reſtitui contra me, quia in delegatio-
ne ipſa rurſum circumuenitur, vt eo loco Paul. ſcribit.
At non circumuenitur minor à me cum ex pecunia mea
liberatur ab alio creditore cui efficaciter erat obligatus,
ita vt ab eo conueniri poſſet, quamuis potuiſſet minor
aduerſus eam obligationem petere in integrum reſtitu-
tionem, quia ſufficit quod non fuerit petita reſtitutio
ante ſolutionem, vt appareat ſolutum fuiſſe vero cre-
ditori *d. l. exceptiones.* Eſtque hic caſus ex eorum nu-
mero in quibus minori per in integrum reſtitutionem
ſubuenire impoſſibile eſt quòd res integra eſſe deſierit,
deficiátque materia reſtitutionis, cùm nulla ſupereſt
obligatio quæ per reſtitutionem reſcindi queat, *l. ve-*
rum 11. §. 1 l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola. D. de min. Nam
neque obligati erant creditores quos pecunia mea dimi-
ſerim, cùm non niſi ſuum accepiſſent: neque ego qui
mandante minore eiúſve tutrice aut curatrice ipſis ſol-
ueram. Nemo enim pro alio ſoluendo ſe obligat, ne
tum quidem cùm ſolutio nullam parere poteſt libera-
tionem, ſed acquirit ea res ſoluendi condictionem, *l.*
cum quis 38. §. 1. & §. quis hominem. D. de ſolut. l. Neratius
63. D. de cond. indeb. Planè ſi pecuniam illam quam
pupilli minoriſve creditoribus ſoluiſſem ab eo repo-
ſcere vellem, poſſet fortaſſe quæſtio illa ſupereſſe, an
pupillo contra me reſtitutio in integrum dari deberet,
ne condemnaretur. Sed cùm neque aduerſario eſſem
obligatus, neque ille mihi facta iam retrouenditione
pro qua extorquenda pecuniam numerauieram; appa-
rebat nullam ſubeſſe obligationem, quæ aut petendæ
reſtitutioni; aut proponendæ quæſtioni de in rem ver-
ſa pecunia locũ relinquere poſſet. Obiiciebat † poſtre- 49
mo loco aduerſarius inutilem fuiſſe retrouenditionem
quam mater tutrix feciſſet inſcio & abſente contutore.
Sed leuior erat hæc obiectio quàm vt reſponſionem
mereretur. Conſtat enim pluribus tutoribus ſimul da-
tis, ſiue à teſtatore, ſiue à iudice, ſingulos in ſolidum
& agere & conueniri poſſe, omniáque gerere quæ ad
tutorem pertinent, ſi non diuiſa ſit ab ipſo teſtatore,
vel à iudice adminiſtratio, *d. l. 2. Codice de diui. tutel. l.*
inter tutores 36. vbi eſt Papin. textus perelegans. *De ad-*
min. & peric. tuto. Denique aduerſarium meum ea ſem-
per ratio repellebat, quod retrouenditionem ſi à matre
facta non eſſet, ab ipſo nunc fieri oporteret ex neceſſita-
te obligationis à contractu paterno iuncta legis pote-
ſtate & interpretatione propter læſionem enormiſſimam
deſcendentis: quódque ipſius negotium vtiliter ge-
ſtum fuerat ob remiſſam à ſe fructuum reſtituendorum
imputationem.

imputationem, quàm ſi res adhuc integra eſſet, etiamnum pari aduerſarius cogeretur. Quid Senatus noſter pronnunciaturus ſit, neſcio. Sed tamen dubitare nec poſſum, nec debeo quin pro ſua ſolita grauitate & prudentia æſtimaturus ſit omnia ſuo more, ex vera rectâque certiſſimi iuris ratione: pluſue autoritate prudentum noſtrorum reſponſis, quàm pragmaticorum imperitiæ daturus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaſexta.

ERROR PRIMVS.

De liberis poſitis in conditione.

SVMMARIA.

1 *Exlitem peruulgatæ quæſtionis, An liberi poſiti in conditione cenſeantur etiam in diſpoſitione poſiti.*

2 *Conditio, vtpote priuatio puritatis, ac proinde nihil, diſpoſitionem inducere nequit.*

3 *Fideicommiſſum eſt onus & grauamen; atque ideò in legitima, aut alio patrimonio, quàm quod proprium fuerit fideicommittentis imponi non poteſt.*

4 *Fideicommiſſum eo ipſo odioſum eſt, quòd in dubio non credatur quiſquam eum onerare velle quem honorat.*

5 *In obſcuro pro herede præſumendum eſt.*

6 *Quæuis vltima voluntas fauorabilis, quatenus ſi nihil repugnet omnino ſeruanda eſt.*

7 *Fideicommiſſa non facile inducenda, vbi nullis fideicommiſſorum verbis teſtator vſus eſt.*

8 *Fideicommiſſorum verba olim ſolemnia fuere, quibus deficientibus ad ea inducenda non ſufficiebat prudentum interpretatio.*

9 *In fideicommiſſis ſola teſtatoris voluntas ſpectatur, quum de iis interpretandis, non inducendis agitur.*

10 *Nutu fideicommiſſum relinqui dicitur, quando prolatis fideicommiſſi verbis idoneis teſtator nutu reſponderit.*

11 *Error 1. interpretum exiſtimantium etiam ſine fideicommiſſi verbis ex ſola coniecturâ voluntatis fideicommiſſum induci poſſe.*

12 *Error 2. interpretum ſtatuentium propter coniecturatam teſtatoris voluntatem liberos in conditione poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe.*

13 *Ex Mantica ſententiâ verba illa,* Si ſine liberis Titius deceſſerit, *fideicommiſſum non inducunt.*

14 *Qui vnum tantùm fideicommiſſum adſcripſit, ex erroneâ interpp. ſententiâ, de duobus cogitaſſe ponitur.*

15 *Conditio inſerta fideicommiſſo ne heres omnimodo fideicommiſſo obſtringeretur, ex interpp. erroneo dogmate, efficit vt duplici fideicommiſſo oneratus ſit.*

16 *Conditio in ſolius heredis gratiam adſcripta contra ipſum poſita cenſetur ex interpretatione DD.*

17 *Reſponſio interpretum refertur & refellitur ex eo quòd inducto 2. fideicommiſſo, & heredi & teſtatori iniuria infertur.*

18 *Cur graue parenti hereditatis fideicommiſſum, quàm propriis liberis reſtituere iubetur.*

19 *Modus quo efficere poteſt teſtator, vt liberi heredis quos poſuit in conditione, non cenſeantur ſubſtituti, exploditur.*

20 *Ex eo quod liberi in conditione poſiti præferuntur ſubſtituto ex voluntate teſtatoris, perperam infertur, eos igitur eſſe ſubſtitutos.*

21 *Quas coniecturas requirat Tib. Decianus vt liberi poſiti in conditione cenſeantur ſubſtituti.*

22 *Accurſius rectè obſeruauit liberos poſitos in conditione præferri ſubſtituto ab inteſtato non fideicommiſſi iure.*

NOn id nunc agemus, vt in quæſtione tam
trita, & apud omnes vtriuſque Iuris interpretes
toties, tantiſque contentionibus agitata, noua multa afferamus, ſed errorem
non modo ineptiſſimum, verùm etiam pernicioſiſſimum,
qui iam ferè vbique inualuit, ſi facere poterimus,
explodemus. † Quæſtio de illo eſt, An liberi 1
poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione, id eſt,
an vocati & ſubſtituti videantur, eo nimirum caſu quo
quis fideicommiſſo grauatus eſt ſub ea conditione, *Si
ſine liberis deceſſerit*, quæ frequentiſſima fideicommiſſorum
ferè omnium, quibus hodie vtimur, conditio
eſt, ſiue ab aſcendentibus aut deſcendentibus, ſiue ab
extraneis relinquantur. Vetus certè quæſtio eſt apud
interpretes, ſed quæ tamen prudentibus ipſis prorſus
incognita fuit, & inaudita. In quorum reſponſis cùm
nihil ſit frequentius, quàm vt tractent de fideicommiſſis
ſub huiuſmodi conditione relictis, nuſquam tamen
dubitant, vtrum ex eo quòd liberos in conditione poſuit
teſtator, de iis ipſis vocandis & ſubſtituendis ſenſiſſe
intelligatur. Neque verò dubitandi cauſa vlla vel
minima eſſe potuit magnis illis viris, qui, quid conditio,
quid diſpoſitio & fideicommiſſum eſſet, tam bene
intelligebant, quàm malè percipere ij videntur, qui rem
adeò certi & explorati iuris in dubium deducunt. Nam
ſiue quid † conditio ſit, inſpiciamus, conſtat nihil 2
aliud eam eſſe, quàm priuationem, vt ita dicam, puritatis,
hoc eſt, ſuſpenſionem actus, qui alioquin purus
eſſet, ac proinde nihil, quia & priuatio ipſa quælibet
nihil eſt, licèt tale nihil ſit, quod efficit vt actus conditionalis,
quandiu conditio pendet, pro nulla ſit. Conditione
autem quandoque exiſtente, pro eo habeatur,
acſi ab initio purus fuiſſet, vt explicauimus pluribus
lib. 15. Coniectur. c. 6. & 7. ex l. *cedere diem.* 213. *D.
de verb. ſign. l. grege.* 13. §. *ſi ſub condition. ff. de pig. l. potior.*
11. §. 1. *verſ. cum enim. D. qui potior. in pignor. hab.*
Porrò quod nihil eſt, quomodo diſpoſitionem inducere,
aut effectum aliquem producere poteſt? Siue quid
fideicommiſſum ſit, attendamus, nemo noſcit † fidei- 3
commiſſum eſſe onus & grauamen, obidque nec in legitima
imponi poſſe. l. *quoniam in prioribus* 32. *Cod. de
inoff. teſtam. iunct. l. ſi adrogator.* 22. §. *ſed an impuberi.
D de adopt.* neque in alio patrimonio, quàm quod proprium
fuerit ipſius fideicommittentis, l. *coheredi.* 41.
§. *cùm filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio*
68. *de legat.* 2. ſed & hoc ipſo † eſſe odioſum, quia non 4
facilè & in dubio quiſquam credendus eſt onerare velle
eum quem honorat, præſertim heredem, pro † quo 5

in obſcuro ſemper præſumendum eſt, eique parcendum, vt Proculus loquitur in *l. Sempronius. 47. eod. titul. facit l. vnum ex familia. 67. §. ſi rem eodem.* Etſi enim fideicommiſſa, quæ à defuncto relicta ſunt, fauorabilia
6 creduntur, vt & † cæteræ omnes defuncti hominis voluntates, quas effectum habere publicè intereſt, *l. vel negare. 6. D. teſtam. quemadmod. aper. iunct. §. noſtra Inſt. de legat. & tit. de fideicom. hered. in princip.* nec minùs ſi extraneis, quàm ſi deſcendentibus relicta ſint, quandoquidem vtroque caſu voluntas teſtatoris, ſi nihil repu-
7 gnet, omnimodo ſeruanda eſt, tamen non † vſque adeò fauorabilia videri debent, vt facilè & temerè induci poſſint, id eſt, tametſi nullis fideicommiſſi verbis teſtator vſus ſit, & ad inducendum fideicommiſſum accommo-
8 datis. Fuerunt enim ſemper † fideicommiſſorum verba quædam ſolennia, quæ ſi deeſſent eo caſu, quo tamen manifeſta æquitatis ratio ſuadere deberet vt fideicommiſſum induceretur, opus fuit Imperatorum Conſtitutionibus, aut Senatus authoritate, non ſatis in eam rem ſufficiente prudentũ interpretatione, vt ſcripſimus lib. 14. Coniect. capit. 2. & ſeqq. ex l. *filiusfamilias. 114. §. vt quis heredem. de legat. 1. iuncta l. ex facto. 17. in princip. ad S. C. Trebellia. d. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. de legat. 2. aliiſque eiuſmodi quàm plurimis locis.*
9 Et quod toties à Iureconſultis noſtris proditum eſt, † in fideicommiſſis ſolam teſtatoris voluntatem ſpectari oportere, *l. penult. de leg. 1. l. cùm proponebatur. 64. de leg. 2. l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad S. C. Trebel. l. cùm virum 16. C. de fideicom.* non eum ſenſum habet, quem vulgò interpretes putant, vt ex nuda voluntate fideicommiſſum induci poſſit ſine verbis, ſed ad fideicommiſſorum interpretationem pertinet, vt cùm dubitari non poteſt, quin relicta ſint, tantùm de iis interpretandis controuertitur, id vnum ſpectare potiſſimum debeamus quid teſtator ſenſerit, non quid ſcri-
10 pſerit. Quemadmodum & quod dici ſolet, Etiam † nutu fideicommiſſum relinqui poſſe *l. nutu. 21. de legat. 3. l. & in epiſtola 22. C. de fideicom.* neceſſariò ſic accipiendum eſt, ſi quis cum teſtatore collocutus, fideicommiſſi verba idonea vel dixerit, vel ſcripſerit, ad quæ poſtea nutu teſtator reſponderit. Alioqui fideicommiſſis plenæ erunt omnes omnium hereditates, ſi teſtatoris nutus quilibet pro fideicommiſſo habeatur. Hicque
11 proculdubio primus † interpretum noſtrorum error fuit, qui tam abſurdæ & improbabili quæſtioni cauſam dedit quòd exiſtimarunt, nullis quoque fideicommiſſi verbis interuenientibus, fideicommiſſum ex ſola coniectura voluntatis induci poſſe: quod tamen non magis vllo vel vno iuris loco, quàm ratione aliqua probare poſſint. Inde namque inferunt, In propoſita ſpecie, cùm Titius heres inſtitutus eſt, &, ſi ſine liberis decederet hereditatem reſtituere rogatus, Titij liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, per fideicommiſſum quoque cenſeri vocatos propter voluntatem teſtatoris, quæ illa planè fuit, vt fideicommiſſario non ſolùm Ti-
12 tius, ſed etiam Titij liberi præferrentur: *l. Lucius 85. ad finem. D. de hered. inſtit. l. cùm pater. 77. §. volo. de legat. 2.* ac proinde, inquiunt illi, vt non minùs iuris haberent quàm fideicommiſſarius, quod tamen non aliter euenire poteſt, quàm ſi ſint & ipſi ſubſtituti: ne alioqui in Titij eorum patris poteſtate ſit, bona hereditaria alienando ipſos decipere & eludere, qui tamen fideicommiſſarium ſuo iure ſubnixum, neque per alienationem, neque alia vlla arte decipere potuiſſet. Sic enim ſua, aliorúmque omnium qui hanc ſententiam defendunt opinione, ratiocinatur Franciſc. Mantic. lib. 2. *De coniect. vltim. volunt. cap. 2. num. 8. verſ. vnde ego ſecundo loco.* Non negat ille (vir ſanè magnus, & primi inter doctores Italos nominis, nunc inter celebriores Cardinales, & eruditionis, & meritorum fama celeberrimus) vt nec alius quiſquam ex
13 eiuſdem opinionis aſſertoribus, verba illa, † *Si ſine liberis Titius deceſſerit*, non eſſe verba fideicommiſſi ad Titij liberos vocandos ſatis accommodata (ſunt enim duntaxat verba conditionis, ſub qua Titius fideicommiſſo grauatus eſt) ſed hoc contendunt ij omnes, fideicommiſſum hoc caſu relictum videri Titij liberis ex tacita, & vt loquuntur, coniecturata voluntate teſtantis, quaſi non aliter fieri poſſit, vt fideicommiſſario non ſolùm Titius, ſed ipſius etiam liberi à teſtatore prælati
intelligantur. Ita fit, † non modò vt teſtatorem, qui 14
vnum duntaxat fideicommiſſum adſcripſit, de duplici fideicommiſſo cogitaſſe velint, ſed etiam quod eſt multò abſurdius, vt quæ conditio à teſtatore adſcripta eſt,
& inſerta fideicommiſſo, † ne heres omnimodò fidei- 15
commiſſo illo vnico obſtringeretur, ea ipſa faciat, vt in omnem caſum, dupliciquæ onere fideicommiſſi heres teneatur. Quo quid obſecro dici poteſt abſurdius, & à teſtatoris cuiuſlibet mente alienius? Sic enim eueniet non ſolùm vt ex conditione inducatur diſpoſitio, contrà quam disertè ſcriptum eſt in l. *Si quis ſub conditione 8. D. Si quis omiſſa cauſa teſtam.* verùm etiam † vt 16
conditio & oratio in ſolius heredis grauati commodum & fauorem adſcripta, contra ipſum poſita videatur, improbabili prorſus interpretatione, *l. in ratione, 30. §. tametſi. in fin. D. ad leg. Falcid. legata inutiliter. 4. de adim. legat.* Nam quod reſpondent, † nihil fieri con- 17
tra voluntatem teſtatoris, cùm heres fideicommiſſo grauatus ſub ea conditione, *Si deceſſerit ſine liberis*, altero fideicommiſſo obſtringitur in caſum ſuſceptorum liberorum, dum ne in fauorem eiuſdem ſubſtituti fideicommiſſum hoc ſecundum inducatur, ſed tantùm in fauorem ipſorum liberorum, ego quale ſit, intelligere nullo modo poſſum. Annon enim perinde fit iniuria Titio, cùm ei in vtrumque caſum datur ſubſtitutus ex cauſa vnius fideicommiſſi ſub vna tantùm conditione, & in vnum caſum duntaxat relicti? Annon ſit contra voluntatem teſtatoris, qui, ne heredem ſuum omnimodò grauatum eſſe dici poſſet, conditionem fideicommiſſo inſeruit, ſi ob eam conditionem adſcriptam nouum fideicommiſſum in contrarium caſum inducatur; Inde enim conſequens videtur, vt non ſit iam in poteſtate teſtatoris fideicommiſſum ab herede ſuo relinquere in caſum deficientium aut non exiſtentium liberorum, quin hoc ipſo vel inuitus eundem obliget nouo fideicommiſſo, & quod heredi fortaſſe multò grauius futurum ſit quàm
ſi non propriis liberis, ſed extraneo cuilibet heredita- 18
tem reſtituere iuſſus eſſet.† Etſi namque parentum omnium commune & naturale votum eſt, vt liberis ſuis omnia patent, *l. nam etſi. 15. D. de inoff. teſtamen. l. nihil intereſt. 50. ſed nunquid. D. de bonis libert. l. ſcripto. 7. in fin. D. vnde liberi. l. de emancipatis 13. verſ. cùm enim. C. de legit. hered.* nemo tamen neſcit quantum interſit parentum, non vſque adeo liberos ſibi debitam eorum hereditatem credere, vt non continuis obſequiis putent ſibi eſſe eam promerendam: nec ſanè poteſt negari, quin multùm de reuerentia illa quam parentibus liberi debent, poſſit decedere, ſi filius intelligat futurum vt vel inuito patre habiturus ſit ex fideicommiſſo hereditatem, quam pater rogatus erat alteri reſtituere ſub ea conditione, ſi ſine liberis moreretur. Vnde fieri neceſſe eſt, vt patri, præſertim qui aliquantulum ſuſpectos filij mores haberet, longè durius & intolerabilius onus illud videri debeat, ſi proprio filio, quàm ſi extraneo hereditatem reſtituere iubeatur exemplo eius, quod Iuſtinianus ſcribit in *l. cùm oportet. 6. circa princ. C. de bon. quæ liber.* multis eſſe grauius, ſi bona propriis laboribus per ſe quæſi-
ta, poſtmodum ex perſona patris † videant ad fratres 19
ſuos peruenire, quàm ſi ad extraneos peruenirent. Quanam verò arte, obſecro, prudens teſtator huic malo mederi poſſit, ſi fortè (quod ſaltem ex hypotheſi admitti & euenire poteſt) liberos Titij quos poſuit in conditione, nolit eſſe ſubſtitutos? Nulla prorſus. Niſi vt hoc ipſum expreſſim caueat teſtamento, Nolle ſe liberos Titij

tij

tij ob id ſolùm quòd eos in conditione poſuerit, vi-
deri poſitos in diſpoſitione. At cur à teſtatore hoc exi-
gamus, vt cogatur declarare non eſſe ſe ea voluntate,
quam teſtamenti verbis nullo modo expreſſerit? Aut
quomodo eam cautionem ſibi neceſſariò adhibendam
putabit teſtator, qui ponendo liberos Titij in conditio-
ne, de iis vocandis, patrique ſubſtituendis, nec per
ſomnium quidem cogitauit? Sed & eo ipſo caſu, quo
noluerit ille liberos in conditione poſitos cenſeri per
fideicommiſſum ſubſtitutos, idque expreſſim declarauerit,
an non peræquè verum erit dicere, voluntatem ni-
hilominus teſtatoris eam fuiſſe, vt ſubſtituto non ſo-
lùm Titius, ſed ipſius quoque liberi præferrentur? Vti-
que. Nec enim eò minus excludent illi ſubſtitutum, &
quidem ex voluntate teſtatoris, vt Papinianus loquitur
20 in *d.l.cum pater.§.volo de legat.2.*† Cur ergo ex eo quod
dicimus liberos in conditione poſitos præferri ſubſti-
tuto ex voluntate & iudicio teſtantis, patiemur inferri
quod iſti inferunt, eſſe igitur illos ſubſtitutos? Nam &
ex iis ipſis, qui volunt poſſe coniecturas ſufficere, vt li-
beri in conditione poſiti cenſeantur vocati, plerique ſic
21 exiſtimant, † & rectè, debere eas ſaltem neceſſarias eſſe
& concludentes, aut valdè probabiles, quod diſertè ſcri-
pſit Tiber. Decianus conſ.26.num.87.vol.1.& conſ.86.
num.12.& 13.vol.3.relatus à Mantica d. cap.2. ad fin.
lib.11. Quis autem dicat concludentes eſſe coniecturas,
& neceſſarias, aut admodum probabiles ad inducendum
fideicommiſſum eas, quæ perinde locum habeant, illo
etiam caſu, quo fideicommiſſum tamen induci teſtator
expreſſim prohibuerit? Vulgatum ſiquidem illud eſt
noſtrorum brocardicum, *Non probat hoc eſſe quod ab
hoc contingit abeſſe*, ex *l. neque natales* 10.*C.de probat. l.
non hoc* 4. *C. vnde legit.* Videamus iam quibus legibus
in vtramque huius quæſtionis partem diſputari poſſit.
Qui Accurſij ſententiam ſequuntur, quam nos proba-
mus, & quæ ad hæc vſque tempora, non ſolùm à Bar-
tolo, veteribúſque interpretibus probata fuit, ſed fre-
quentiſſimis omnium ſuffragiis rece[illegible]tiſſima: (primus
22 † enim Accurſius fuit, qui in d.l. *Lucius in verb.prætulit.*
obſeruauit liberos in conditione poſitos prælatos equi-
dem videri ſubſtituto à teſtatore, ſed tamen ab inteſtato,
non ex teſtamento & fideicommiſſi iure) ij quàmplu-
rimis & legibus & rationibus optimis mouentur, ſed
quæ tamen indigent aſſertore vt contrariæ partis reſ-
ponſionibus & obiectionibus vindicentur. Itaque de
ſingulis videndum nobis eſt, & ne caput hoc in tot pa-
ginas exereſcat, ſeparatim de cuiuſque loci interpreta-
tione tractandum.

ERROR II.

De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda.

SVMMARIA.

1 *Ex naturâ conditionis efficit liberos poſitos in conditione non eſſe poſitos in diſpoſitione.*

2 *Verba conditionalia non diſponere, per l. ſi quis 8.D. ſi quis omiſſa cauſ.teſt.*

3 *An ei ſubueniatur in cuius perſona collata eſt conditio, vbi heres inſtitutus omiſſâ causà teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem.*

4 *Deciſio Vlpiani d.l.ſi quis deciſionis ratio, & rationis expoſitio.*

5 *Quæ conditionis implendæ causâ dantur, in Falcidiam cur non imputentur.*

6 *Prima reſponſio Manticæ ad d.l.ſi quis refertur & refellitur.*

7 *Duo ſingularia duáſve fictiones circa idem concurrere non poſſe falſum Dd. Brocardicum.*

8 *Quo iure receptum ſit, vt quum ab inteſtato poſſidetur hereditas, voluntas defuncti conſeruetur.*

9 *Secunda reſponſio Manticæ, Vlpianum loqui in extraneo, expenditur.*

10 *Vbi textus non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus, præſertim ſi generalis ſubiecta ſit ratio.*

11 *Tertia Manticæ reſponſio, loqui tantùm Vlpianum in terminis ſimplicibus, refellitur.*

12 *Qui pecuniam accepit à ſubſtituto ad omittendam hereditatem, an poſſit conueniri à creditoribus hereditariis.*

13 *Non ſuccurritur ei in cuius perſonam collata eſt conditio, etiam ſi fuerit filius aut nepos teſtatoris, heres vero extraneus.*

14 *Ex coniunctione perſonarum plenior voluntatis interpretatio quando fiat.*

15 *Reſpondetur ad l.3.§.vlt. D. de cond.cauſ.dat. ex qua colligunt interpp. quod implenda conditionis cauſa datum eſt, ex voluntate teſtatoris deberi.*

16 *Conditionum verba nunquam diſponere contra Bartol. & alios.*

17 *L. fideicommiſſa 11. §. cùm eſſet D. de legat.3. & l. in ratione, 30 §. tametſi D. ad l. Falcid. nulla conditionalia verba continere.*

18 *Conditionis figurâ expreſſam locutionem differre ab oratione per ablatiuos abſolutos conceptâ.*

19 *Interpretatio & emendatio d.l.30.§. tametſi D. ad l. Falcid.*

20 *Leges à Bartolo & cæteris allata remiſſiuè expenſæ.*

PRimum & maximè vrget pro nobis ratio
illa, quam proximo capite attulimus, † 1
quod à conditionis natura & poteſtate
prorſus abhorreat, vt vnquam diſponat,
cùm nihil ſit niſi priuatio, id eſt nihil.
Hoc enim admiſſo, vel probato, fit neceſſariò conſe-
quens quod volumus, liberos in conditione poſitos,
non poſſe ex eo videri poſitos in diſpoſitione. In eam
verò rem adferri vulgò ſolet textus, † qui omnium ſanè 2
apertiſſimus & elegantiſſimus eſt, *l. ſi quis ſub conditione
8.D. ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.* vbi Vlpianus quærit, ſi quis
ſub conditione dandorum decem, vel qua alia quæ in
dando vel faciendo conſiſtat, heres inſtitutus omiſſa
cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem: An
huic, † in cuius perſonam collata conditio eſt, ſubue- 3
niri debeat, illo ſcilicet prætoris edicto, quod id agit
prætor vt voluntates defunctorum tueatur, & eorum
calliditati occurrat, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab in-
teſtato hereditatem partémve eius poſſident, ad hoc vt
eos circumueniant, quibus aliquid ex iudicio defuncti
deberi potuit, ſi non ab inteſtato hereditas poſſideretur,
vt Vlp. tractat in *l.1.in princ.D.eod.tit.* Reſpondet † ve- 4
rò Vlpianus, magis eſſe vt huic non ſubueniatur, ſub-
indéque rationem reddit, *neque enim hic legatarius eſt.*
Cuius rationis vtique ſenſus ille eſt, hunc, in cuius
perſonam collata conditio fuit, non accipere ex iudicio
defuncti quod implendæ conditionis cauſa ei dandum
eſt, neque ex teſtamento, licet accipiat ob teſtamen-
tum, ideóque non eſſe legatarij, aut fideicommiſſarij
loco habendum, vt ei debeat Prætor ſubuenire, quo-
modo proculdubio ſubueniret, ſi ex voluntate teſtatoris
deberi intelligeretur quod conditionis implendæ cauſa
dandum eſt. Vnde illud etiam fit, vt huiuſmodi, † quæ 5
conditionis implendæ cauſa dantur, ſiue à coherede, ſiue
à legatario, ſiue à ſtatu libero in Falcidiam non impu-
tentur, quia mortis cauſa capiuntur, potiùs quàm ex
iudicio defuncti, *l. id autem 76.D. ad l. Falcid.* At ij qui
contra nos defendunt, liberos in conditione poſitos
cenſeri vocatos: reſpondent † textum illum Vlpiani 6
ſpecialem habere rationem, illam nimirum, inquiunt,
quòd duo ſpecialia non poſſunt circa idem concurrere,
niſi cùm nominatim id legibus expreſſum eſt, ex notat.
in

in *l.1.C.de dot. promiſſ.* Hic autem duo ſpecialia concur-
rerent: Vnum illud, vt deſtituto teſtamento, ſibique
locum vindicante ſucceſſione inteſtati, voluntas nihi-
lominus defuncti conſeruaretur contra meram iuris
ciuilis tationem, *l.ea quam.14.C.de fideicom.l.ſi nemo.9.*
D. de teſtam. tutel. Alterum illud, vt conditio diſpone-
ret, contrà quàm ſoleat regulariter. Quod reſponſio eſt
illuſtriſſimi Franciſci Manticæ lib. 11. *De coniect. vlt.*
volunt. cap.2. num.4. ſed aliena prorſus, vt videre facilè
eſt (quod cum bona tanti viri venia dictum ſit) à verbis
& mente Iuriſconſulti, qui non hanc ſuæ ſententiæ ra-
tionem reddit, ſed longè aliam, quæ non minùs ex te-
ſtatoris voluntate, quàm ex iure ſumitur, *quod hic,* cui
conditionis implendæ cauſa dandum fuit, *non ſit lega-*
tarius: id eſt, quòd nihil ei ex teſtatoris iudicio & vo-
luntate debeatur. Et verò, quemadmodum falſa eſt illa
7 noſtrorum traditio quæ habet, † Duo ſingularia, duáſve
fictiones circa idem concurrere non poſſe, vt alio loco
ſcribemus, quia neque fictiones, neque ſingularia
vnquam inducuntur, niſi manifeſta vrgente vel neceſſi-
tate, vel æquitate, qua porrò interueniente, & mille ſin-
gularium, aut fictionum inductionem ſuadente, toti-
dem vtique induci neceſſe, aut æquum eſſet: ita nec il-
8 lud probari poteſt, † iure ſingulari receptum eſſe, vt
quum ab inteſtato poſſidetur hereditas, defuncti vo-
luntas conſeruetur: quandoquidem id, licet à iuris ciui-
lis ratione abhorreat, in quantum ius ciuile à prætorio
ſepatamus, tamen obtinet iure communi prætorio tem-
perante rigorem iuris ciuilis æquiſſimè pro conſeruan-
da voluntate d. functi, coërcendáque heredis auari frau-
de. Vt proinde verendum non eſſet, ne duo ſingularia
concurrerent, tametſi admitteremus ex verbis condi-
tionalibus diſpoſitionem induci, ſi voluntas teſtatoris
hoc ipſum pati poſſet, quomodo alia pleraque in edicti
illius interpretatione ſingulari iure recepta ſunt, ad
tuendas defunctorum ſupremas voluntates, ex ſenten-
tia Prætoris magis, quàm ex verbis edicti, vt in ſpecie
l.2.l.4.in princip.& §.1.& §.quamquam l.quia autem 6.§.
penult.l.ſi non ſolus 10. *in princip.l.Iulianus 26.cum l.ſeq.*
§.vlt. D.ill.ait. Si quis omiſſa cauſa teſtam. Quare nec ſibi
ſatisfacit vir doctiſſimus Mantica in hac reſponſione,
9 qui ad aliam confugiens † ait Vlpianum in d. l. *Si quis*
ſub conditione, loqui in extraneo, nos autem loqui in
coniunctis maxima ſanguinis coniunctione: quod ta-
men apertè commentitium eſt. Ponit enim Vlpianus
ſimpliciter inſtitutum, quem heredem ſub conditione
dandorum decem, non addito etiam eo cui decem illa
dari debuerint, an coniunctæ perſonæ, an extraneæ,
concipitque generaliter quæſtionem, *An huic, in cuius*
perſonam collata conditio eſt, ſubueniri debeat, vt intelli-
10 gamus nihil prorſus referre quiſnam ille ſit, † nec pro-
inde vbi lex non diſtinguit diſtinguere nos oportere
arg. l. *de pretio 8. D. de public. in rem action.* præſertim
cùm generalis quoque ſit ſubiecta ratio, nec tam de-
ſumpta ex perſona eius cui decem danda ſunt, quàm ex
natura conditionis, & voluntate teſtantis: *Neque enim,*
inquit, *legatarius eſt.* Nec valdè diſſimiliter confutari
poteſt alia poſtremáque eiuſdem viri illuſtriſſimi reſ-
11 ponſio, dicentis † loqui Vlpianum in terminis ſimpli-
cibus, non autem in duplicibus ſeu compoſitis, in qui-
bus ex comparatione ſubſtituti extranei, & liberorum
qui ſunt poſiti in conditione, vehemens oritur con-
iectura pietatis, quia, inquit, ex charitate & coniun-
ctione perſonarum pleniorem interpretationem acci-
pere voluntas teſtatoris ſolet ex *l.ſi ſeruus plurium* 50.*§.*
vlt. de legat. 1. *l. cùm alienam* 10. *C. de legat.* Nam imò
verò Vlpianus ea ſola ratione mouetur, quòd decem
danda conditionis implendæ cauſa nullo modo debean-
tur ex iudicio teſtatoris, ſed mortis potiùs cauſa capian-
tur: quæ ratio generalis eſt, vt diximus, & ex intimis
iuriſprudentiæ medullis deprompta, cui proinde locus
vtique futurus eſt, etiamſi in terminis duplicibus &
compoſitis quæſtio concipiatur. Finge heredem vel
ex aſſe, vel ex parte inſtitutum extraneum, ſub conditio-
ne dandorum decem vni ex liberis, aut nepoti ex filio
teſtatoris: eique datum ſubſtitutum, à quo pecuniam
ille acceperit ad prætermittendam hereditatem, ſubſti-
tutum verò poſtmodum hereditatem dilapidare, aut
vendere, acceptúmque pretium perdere, vt deſierit eſſe
ſoluendo, qui iam fortaſſe pleroſque habebat alios cre-
ditores. Conſtat hoc caſu locum eſſe edicto, *Si quis*
omiſ. cauſ. teſtament. non quidem ex verbis edicti, ſed ex 12
mente & ſententia Prætoris, † ita vt is qui pecuniam
accepit à ſubſtituto ad omittendam hereditatem, per-
inde conueniri poſſit à creditoribus & legatariis ſaltem
in ſubſidium, & poſt ſubſtitutum excuſſum, ac ſi here-
ditatem ipſe poſſideret, *l.2. & l.4. in princip. D. Si quis* 13
omiſſ. cauſ. teſtam. † An verò hinc filio, aut nepoti, cui
decem dari debuerunt conditionis implenda cauſa ideò
magis ſuccurremus, quòd filius ille ſit & nepos teſta-
toris, quódque res ei ſit cum herede extraneo, cuius præ-
terea non poteſt non niſi valdè odioſa eſſe cauſa, propter
fraudem quam voluit comminiſci ad euertenda iudicia
ſui teſtatoris? Id ſanè conſequens eſſet ſententiæ &
reſponſioni ſupradictæ, quia hoc caſu termini, vt ille
loquitur eſſent duplices, & compoſiti in quibus pro-
inde ex comparatione heredis extranei, & filij, aut ne-
potis, vehemens coniectura capi poſſet pro filio aut ne-
pote, vt hoc ſaltem videretur habere ex iudicio patris,
quod ei cõditionis implendæ cauſa dari pater voluiſſet,
arg.l.dotem 6. D.de collat.bonor. Et tamen in Vlpiani reſ-
ponſo illo quod extat in d.l. *Si quis ſub conditione*, nihil
penitus eſt, ne verbum quidem, quod facere poſſit quo-
minus ad hunc quoque caſum id reſponſum accommo-
dari poſſit, neque cur non de caſu iſto æquè ac de alio
vllo videri debeat Vlpianus reſpondiſſe. Cur ergo diuer-
ſitatem iuris ſine lege ac ſine ratione inducemus? Nam
quod ſubiungit Mantica † ex coniunctione perſonarum 14
pleniorem interpretationem fieri oportere, eò pertinet,
vt vel amplietur legatum, vt in *d. l. ſi ſeruus §. vlt. de*
legat. 1. vel defendatur, quod alioqui eſſet inutile, vt in
d. l. *cum alienam*, non etiam, vt quod teſtator non vo-
luit, voluiſſe exiſtimetur. Vnus tantùm iuris locus eſt,
quo maximè nititur ille, & qui certè pro interpretum
errore tuendo parum vrgere videatur. † Is eſt in l.5. 15
§.vlt. *D de condict. cauſ. dat.* vbi ex Vlpiano proponitur,
quamuis permiſſum ſit ſtatu libero, etiam de peculio
dare implendæ conditionis cauſa, tamen ſi vult heres
nummos ſaluos facere, poſſe eum vetare dare: ſic enim
fieri, vt & ſtatu liber perueniat ad libertatem, quaſi im-
pleta conditione, cui parere prohibitus eſt, & nummi
non pereant. Tum ſubiicitur, *Sed is quem teſtator acci-*
pere voluit aduerſus heredem in factum actione agere po-
teſt, vt teſtatori pareatur. Quod ſi ita eſt, conſequens
ſit, vt quod implendæ conditionis cauſa dandum eſt, ex
voluntate teſtatoris debitum intelligatur, adeóque quod
magis eſt, propoſita in factum actione peti poſſit. Sed
memini iampridem à me obſeruatum eſſe, totam illam
additionem Triboniano magis quàm Vlpiano adſcri-
bendam videri, quippe quæ non tantùm à manifeſta iu-
ris ratione diſſentiat, ſed ipſam quoque Vlpiani ſenten-
tiam, cui ſubiecta eſt, euertat. Idque docui pluribus
lib. 8. Coniecturarum iuris ciuilis, cap.7. Alioqui cùm
locus ille non diſtinguat quænam perſona ſit in quam
collata fuit conditio dandæ pecuniæ ſtatu libero adſcri-
pta, futurum eſt, vt perinde poſſis ex eo inferre genera-
liter & indiſtinctè inducendam ex verbis conditionali-
bus diſpoſitionem. Quod tamen falſum eſſe nec illi ipſi
negant, qui eo loco abutuntur diſtinguentes terminos
ſimplices à duplicibus & compoſitis, & coniunctas per-
ſonas ab extraneis. Illud vnum duntaxat diluendum ſu-
pereſt, quod iidem obiiciunt, interdum etiam † condi- 16
tionum verba diſponere, quando ex voluntate eius qui
diſponendi habuit poteſtatem, id cõcipi poteſt. Sic enim
illi

illi poſt Bartolum, cuius iſta traditio eſt, *ad l.2.§.videndum*, qui eſt vlt.D.ad SC. Tertyl. per tex in l. *fideicommiſſa.11.§.cùm eſſet de legat. 3.l. in ratione.30.§.tametſi D. ad leg. Falcid.l.penult.D.de collat.dot.l.denique 8. §. interdum D. de pecul. legat.* At videamus ne non ex iſtis locis, neque ex alio vllo tam improbabilis ſententia
17 comprobetur. Nam quod attinet ad † *§. cùm eſſet & ad §. tametſi*, nulla ibi conditionalia verba proponuntur, ſed præciſa & illa abſoluta, *Acceptis centum aureis à coherede tuo portionem tuam ei reſtituito*, quæ verba à teſtatore prolata inter coheredes ſuos in quos par & æquale ius ac imperium habuit, vt æquè poſſet cogere vnum dare, atque alterum accipere, apta procul dubio ſunt ad inducendum duplex fideicommiſſum, ad quod eſſent vtique inepta, ſi per expreſſam figuram conditionis concepta eſſent, vt Mætianus loquitur in *d. §. tametſi*. Senſus eſt, Huiuſmodi quidem ablatiuis abſolutis vi ipſa & poteſtate verborum conditionem quandam contineri, *l.à teſtatore.109.* vbi noſtri tractant *D.de conditt.*
18 *& demonſtr.* ſed tantum multùm referre † an conditionis figura expreſſa ſit, an non. Si expreſſa ſit, quod fit hoc modo, *Rogo te Titi, vt ſi Sempronius coheres tuus dabit tibi centum, tu ei portionem tuam reſtituas*, certum eſt, neque actionem vllam Titio competituram aduerſus Sempronium, vt det illa centum, neque ſi Sempronius ea centum dederit Titio alio iure videri ea perueniſſe ad Titium, quàm implendæ conditionis cauſa: ob idque nec in Falcidiam legatorum imputari, in quam ſcilicet non imputantur niſi quæ hereditario iure capiuntur. Cùm verò figura conditionis expreſſa non eſt, iuſſo nimirum Titio, acceptis centum à Sempronio coherede portionem ſuam ei reſtituere, non tam conditionis implendæ cauſa, quàm quodammodo pro ſuæ portionis pretio ea centum Titius à Sempronio accepiſſe intelligitur, haud ſecus acſi eo pretio portionem ſuam vendere iuſſus eſſet, ideóque nec dubitant Iuriſconſulti, quin hoc caſu ea pecunia in quartam ſit imputanda. De
19 illa tantùm dubitant, † an duplex hoc caſu fideicommiſſum ſit, an vnicum: magiſque putat Mætianus ne duplex ſit, ſed vnicum duntaxat in fauorem Titij, quòd oratio illa magis pro ipſo, quàm contra ipſum poſita eſſe videatur. Quod tamen vel ita accipiendum eſt, ſi dandæ pecuniæ conditio, in extranei, non in coheredis perſonam collata ſit ne alioqui fatendum ſit Mætianum ab Vlpiano in quæſtione ita diſſenſiſſe, vel Triboniano arbitratu ſuo more agenti adſcribenda eſt tota illa clauſula, *Sed id veriſimile non eſt, cùm talis oratio magis ipſius cauſa, quàm contra ipſum poſita videatur.* Verùm hoc obiter, & pene extra rem dictum ſit. Cætera enim omnia, quæ pertinent ad interpretationem & emendationem d. *§. tametſi* fuſiùs explicauimus lib.6. Coniecturarum. Sufficiat nunc probaſſe, non eam Iureconſultorum ſententiam iis locis fuiſſe, vt verba vnquam conditionalia quicquam diſponant, præſertim ſi expreſſa ſit figura conditionis, quomodo exprimitur, quoties heredi ſub ea conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, fideicommiſſarius
20 ſubſtitutus datur. † Quod verò pertinet ad l. penult. *D. de collat. dot. l.denique §.ſi interdum D.de peculio*, quàm parum ij loci ad rem faciant, docuimus lib.17. Coniecturarum, cap.27. nec hîc repetemus.

ERROR III.

De ſententia l. vel ſingulis 37. D. vulg. & pupill. ſubſtit. & l. cùm proponebatur 64. D.de legat.2.

SVMMARIA.

1 *Plures ll. ad diſputationem, An liberi poſiti & c. remiſſiuè perpenſa.*
2 *Collectio negantium liberos ſubſtitutos petita ex l. vel ſingulis 37.D.de vulg.& pup.ſubſtit.*
3 *Reſponſio Ripæ diſtinguentis inter ſubſtitutionem directam & fidecommiſſariam.*
4 *Collectionis & reſponſionis reprehenſio ab aliis allata.*
5 *Autoris ſententia de tota controuerſia, non tacita, ſed*
6 *Expreſſa conditio intelligenda eſt in quæſtione de liberis poſitis in conditione.*
7 *Non ſemper æqua eſt vis taciti & expreſſi 8. & 10.* 15
Differentia inter liberos poſitos in conditione ſubſtitutionis pupillaris, & poſitos in conditione fideicommiſſi.
9 *Liberi poſiti in conditione fideicomm. cuius reſpectu cenſeantur poſiti in diſpoſitione ex ſententia interpretum.*
11 *Diſtinctio Ripæ inter ſubſtitutionem directam & fideicommiſſariam refellitur.*
12 *In fideicommiſſorum verbis interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris.*
13 *In fideicommiſſis inducendis coniecturata teſtatoris voluntas non ſufficit, niſi expreſſa voluntas aliter ſeruari non poſſit.*
14 *Pupillaris ſubſtitutio ex ſolis coniecturis non inducitur.*
15 *Tacitum illud eſt quod in expreſſo vi ipſa continetur.*
16. & 29. *I.C. munus non eſt vt ſuppleant, ſed tantùm vt interpretentur.*
17 *Ex reſcriptis Impp. certis caſib. fideicommiſſa induci ex ſola coniecturata teſtatoris voluntate.*
18. & 29. *Legiſlatoris & I.Cti diſcrimen.*
19 *Ex quibus legibus colligant interpp. poſſe fideicommiſſum induci ex coniecturis.*
20 *Reſcripta omnia ſuis finib. coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos aut ſaltem perſimiles referenda.*
21 *Extra caſus de quibus Impp. reſcripſerunt, aut per ſimiles, non licet ICtis inducere fideicommiſſa ex ſolis coniecturis.*
22 *Quam pernicioſum ſit Reip. dogma interpp. de inducendis fideicommiſſis ex ſolis coniecturis.*
23 *Vera ſententia l. cùm proponebatur 64.D.de legat.2. aduerſus interpp. defenſa.*
24 & 25. *Differentia inter ſpeciem tractatam à Papiniano in d. l. 64. & caſum quo teſtator liberos heredis ponit in conditione fideicommiſſi.*
26 *Cur Papinianus dixerit*, Coniectura potuit admitti.
27 *Errare eos qui volunt ſubſtitutionem directam & pupillarem, necnon fideicommiſſariam per coniecturas induci poſſe.*
28 *Non tantum nouam ſubſtitutionem, ſed etiam inſtitutionem Imp. inducere poteſt, etiamſi nulla adſint coniectura voluntatis.*

PLerique Iuris loci ſunt, de quorum ſententia & interpretatione tractant noſtri, quum diſputant, vtrum liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione. † Præcipui ſunt in l. *ex facto* 1
17.§.ex facto. D.ad Senatuſconſult. Trebellian. l. generaliter. 6. Codice de inſtitut. & ſubſtitut. l. Lucius 85. D. de heredibus inſtituend. De quibus iam ſatis multa ſcripſimus lib.17. Coniectur. c.18. 19. 20. Sed ſunt alij, de quibus in hac Decade tractandum ſupereſt. Ac primùm de ſententia l. *vel ſingulis 37. D.de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Non quòd valdè neceſſe ſit (iam enim plura ſcripſimus lib. 14. Coniectur. cap. 11 neque verò mihi vnquam viſus eſt hic locus ad inſtitutam diſputationem valde pertinere) ſed vt nequid prætermittamus eorum quæ interpretes adferunt, vt probent liberos in conditione poſitos, vocatos vel eſſe, vel non eſſe. Qui nobiſcum negant vocatos eſſe, moueri etiam ſolent ex eo,

† quod

2 † quod in hac lege Florentinus ſcribit, vel ſingulis li-
beris, vel ei qui nouiſſimus eorum morietur, ſubſtituere
patrem poſſe, ſingulis quidem, ſi neminem eorum inte-
ſtatum decedere velit: nouiſſimo verò ſi ius legitima-
rum hereditatum integrum inter eos conſeruari velit.
Ex eo namque inferunt, teſtatorem, qui liberos poſuit
in conditione fideicommiſſi, credendum eſſe iis reſerua-
tum voluiſſe ius ſuccedendi ab inteſtato, non etiam ac-
quiſitum ius fideicommiſſi in portionibus parentum.
3 Sed qui contra ſentiunt, reſpondent † cum Ripa in l.
centurio. num. 159. *eod.* tractari eo loco de ſubſtitutione
directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate l. *iubemus*
29. *C. de teſtam.* Aliam verò rationem eſſe fideicommiſ-
ſariæ, de qua nos tractamus quòd ea per ſolas coniectu-
ras facilè inducatur ex l. *cum proponebatur* 64. *de legat.* 2.
l. heredes mei 57. *§. cum ita D. ad SC. Trebell.* Alij verò
4 ſicut † obiectionem non probant, ita neque reſponſio-
nem: propterea quòd, inquiunt, etiam pupillaris ſubſti-
tutio inducatur ex veriſimili voluntate, & contra verbo-
rum ſignificationem ex l. *iam hoc iure* 4. *de vul. & pupill.
ſubſtit.* Itaque reſpondent differentiam quæ inter pu-
pillarem & fideicommiſſoriam ſubſtitutionem hac parte
verſatur, in eo conſiſtere, quòd ad conſeruandam de-
functi patris voluntatem, qui bona ſua omnia ad pupil-
lum nouiſſimum voluerit peruenire nil neceſſe eſt in-
ducere tacitam pupillarem, cùm qui priores moriuntur
impuberes, neque teſtando, neque alienando facere
quicquam poſſint, quominus perinde omnia perue-
niant ad nouiſſimum ex ordine ſucceſſionis inteſtati,
atque peruenirent ex teſtamento ſi ſinguli ſingulis
eſſent pupillariter ſubſtituti. Aliud verò eſſe in liberis
poſitis in conditione fideicommiſſi, quia certum eſſe
non poteſt ſucceſſuros eos patri ab inteſtato, cùm in
patris arbitrio & poteſtate ſit, ſiue teſtando, ſiue alienan-
do inter viuos omnia bona, quæ paterfamilias voluit ad
liberos in conditione poſitos peruenire, teſtatoris vo-
luntatem eludere, niſi aduerſus commentum huiuſmodi
fraudis vnico illo remedio conſulatur, vt qui nonniſi in
conditione poſiti ſunt, vocati nihilominus exiſtimen-
5 tur. Ego † neque qualis hæc obiectio ſit, intelligo, ne-
que reprehenſionem hanc magis quàm Ripæ reſpon-
ſionem probo. Primùm enim non video qua ratione dici
poſſit in ſpecie *l. vel ſingulis*, poſitos eſſe impuberes, in
conditione pupillaris ſubſtitutionis, vt quærendum ha-
beamus. An idcircò videantur inuicem ſubſtituti, nécne.
Nam vel ponimus ſingulis impuberibus factam eſſe
ſubſtitutionem pupillarē, vel ſoli nouiſſimo. Si ſingulis,
dubitationem res non habet, neque locus quæſtioni re-
linquitur, quin vocati ſint, qui ſunt expreſſim ſubſti-
tuti: ſin nouiſſimo, apparet priores defunctos impube-
res non magis in conditione poſitos fuiſſe, quàm in
diſpoſitione: niſi fortaſſis de conditione illa tacita ſen-
tire velis, quæ in neceſſarium antecedens ſubintelligi-
tur & inducitur ex facta nouiſſimi morientis mentione,
cùm fieri nequeat, vt nouiſſimus quiſquam ex liberis
moriatur, quin cæteri omnes prædeceſſerint. Itaque
effectu ipſo perinde certè eſt dicere, *Ei qui ex liberis
meis nouiſſimus impubes morietur, ſubſtituo Sempronium,*
acſi pluribus ſcriptum eſſet, *Si liberi mei omnes impube-
res deceſſerint, nouiſſimo Sempronium ſubſtituo.* Sed tamen
multum intereſt, cùm de inducenda ex vi conditionis
ſubſtitutione, ſiue directa, ſiue precaria diſputamus, an
6 conditio † expreſſa ſit, an tacitè tantùm ſubintellecta:
quoniam illi ipſi qui volunt liberos in fideicommiſſi
conditione poſitos vocatos cenſeri, non de aliis intelli-
gunt, quàm qui poſiti ſint in expreſſa fideicommiſſi
conditione. Nec quiſquam adhuc dixit liberos nonniſi
tacitè poſitos in conditione ex coniectura illa pietatis,
de qua Papin. in l. *cum auus* 102. *D. de cond. & demonſtr.*
7 cenſeri debere vocatos: ſiue quòd non ſemper † par &
æqua ſit vis taciti & expreſſi: ſiue quòd non tam facilè
audeant inducere ſubſtitutionē, ſiue directam, ſiue fidei-
commiſſariam, ex coniecturis, niſi tales illæ ſint quæ ex
verbis concipi poſſint, arg. l. *Gallus* 29. *§. quidam rectè D.
de lib. & poſth.* Quare non tam ex poteſtate, quàm ex fi-
gura, verbiſque conditionis, in qua poſiti ſunt expreſſim
liberi heredis rogati, inducunt illi ſubſtitutionem fidei-
commiſſariam fauore liberorum, non inducturi procul-
dubio, ſi cōditio nulla expreſſa eſſet. † Neque verò nouū 8
eſt, aliam, maioremque eſſe poteſtatem conditionis, cu-
ius figura expreſſa ſit, quàm ſit alterius, quæ figurā con-
ditionis non habeat, licet ex teſtamenti verbis colliga-
tur vt cōſtat ex l. *in ratione* 30. *§. tametſi D. ad leg. Falcid.*
Sed etſi poneres nouiſſimo impuberi ſic datum pupilla-
rem ſubſtitutum, vt tamen conditio illa expreſſa eſſet, *ſi
reliqui omnes impuberes præmorerentur*, non tamen eſſet
hæc conditio eiuſmodi, quæ coniecturam vllam præbere
poſſet voluntatis defuncti ad inducendam ſubſtitutio-
nem. Non ob id tantùm quòd eſſet conditio neceſſaria,
& quæ neceſſariò ineſt, cuius expreſſio nihil ſolet ope-
rari, quoties ineſt eo prorſus modo quo exprimitur, *l.
ſeruo* 47. *D. de condit. & demonſt.* Sed ob id etiam, quòd
in propoſita ſpecie ponuntur liberi in conditione tan-
quam mortui, non tanquam ſuperſtites, ac proinde in
eum caſum quo non poſſunt vocari, *l. quidam referunt*
14. *D. de iure codicill.* Et quemadmodum † ij qui liberos 9
in conditione poſitos volunt eſſe vocatos, non in alia
portione fideicommiſſum iſtud tacitum inducſit, quam
in ea quæ fuit patris, ratione illa, quod poſiti ſint in cō-
ditione tanquam liberi, & conſequenter reſpectu eius
ſolius, cuius ſunt liberi, non etiam reſpectu patrui, aut
alterius qui patri coheres datus fuerit. Ita dicendum eſt,
conditionem in quo poſiti ſunt liberi tanquam mortui,
non poſſe inducere diſpoſitionem ex qua vocari videā-
tur, niſi tanquam mortui. Nullam igitur, quandoqui-
dem tanquàm mortui vocari non potuerunt. *Niſi fortè*
quis velit dicere vocatos eos in neceſſarium antecedens
facta ſubſtitutione nouiſſimo impuberi decedenti, ſicut
dici ſolet in fideicommiſſaria ſubſtitutione, *l. Titia Seio*
87. *§. Seia libertis de legat.* 2. ſed hoc falſum eſt, pugnát-
que cum d. l. *vel ſingulis*, quæ oſtendit ſanè pupillarem
ſubſtitutionem hac parte à fideicōmiſſaria differre, pro-
pter eas rationes, quas nos in hanc rem protulimus
lib. 14. Coniecturarum. Ergo quod Florentinus ſcribit
in *d. l. vel ſingulis*, de iure legitimarum hereditatum inter
fratres cōſeruato, nihil commune habet cum quæſtione
noſtra. De liberis poſitis in conditione. Neque dubitari
poteſt, quin multum interſit, † an liberi poſiti ſint in 10
conditione tanquam mortui, vt in d. l. *vel ſingulis*: an
verò in caſum quo ſupereſſent patri, vt in ea ſpecie, de
qua diſputamus, cùm heres inſtitutus hereditatem reſti-
tuere iuſſus eſt ſub ea conditione *ſi ſine liberis moreretur*.
Quod verò Ripa ad obiectionem reſpondet, diſtinguē-
dam eſſe † ſubſtitutionem directam, de qua in d. l. *vel ſin-* 11
gulis, à fideicommiſſaria, quaſi hæc faciliùs ex coniectu-
ris ſolis inducatur quàm illa, mihi videtur prorſus alie-
num à iuris ratione. Etſi enim in fideicōmiſſis, aut quod
idem eſt, in fideicommiſſorum † verbis & conditionibus 12
interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris, ta-
metſi nonniſi ex coniecturis colligatur, l. penult. *de le-
gat.* 1. *l. heredes mei* 57. *§. cum ita D. ad SC. Treb.* tamen ſi
de fideicommiſſo inducēdo quæratur, † non magis ſola 13
voluntas, vt loquuntur, coniecturata ſufficit, quàm ſi de
ſubſtitutione directa quæreretur: niſi cùm vel aliter fieri
non poteſt, vt ea teſtatoris voluntas, quæ expreſſa eſt,
ſeruetur, ſi non in neceſſarium antecedens fideicommiſ-
ſaria ſubſtitutio inducatur, vt in d. §. *Seia libertis*, vel fi-
deicommiſſaria ſubſtitutio per errorem omiſſa dicitur,
probatúrque ex alia teſtamenti parte, in qua iidē pupillo
heredes dati, non tantùm pupillo, ſed inuicem etiā fue-
rint ſubſtituti, vt in ſingulari ſpecie l. *cum proponebatur*
62. *de legat.* 2. Rurſum, quod contra Ripā diſputant alij
† pupillarem quoque ſubſtitutionem ex coniecturis in- 14
duci poſſe, ex d. l. *iam hoc iure* 4. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.*

multò

multò improbabilius eſt. Nam conſtitutio Diui Marci; quæ ius illud primum induxit vt ſubſtitutio directè pupillo facta in vnum caſum trahatur ad alterum, non ad tacitam & coniecturatam patris mentem reſpexit, ſed ad fauorem pupilli, cuius certè intereſt teſtamentarium heredem habere magis quàm legitimũ. *l. Iulian. 2. aliàs. l. ſi pupillus. D. de acquir. hered.* Qua de cauſa non in ſubtiliter Antonius Goueanus, vt & alia pleraque, obſeruauit ſubſtitutionem hanc malè ab interpretibus vulgò dici tacitam, quàm potiùs à lege ſubintellectam dicere 15 debuerunt. † Tacitum enim illud demum eſt quod in expreſſo vi ipſa continetur, *l. cum quid. 3. D. de reb. cred. l. ſi ita legatum 65 §. illi ſi volet. D. de leg. 1. l. ſeruo libertatem. 47. D. de condict. & demonſtr.* Nemo autem dixerit illis verbis, *ſi heres filius non erit.* tacitè contineri caſum prorſus contrarium, *ſi heres erit & in pupillari ætate deceſſerit.* Sunt enim caſus iſti prorſus contrarij, ac proinde quorum expreſſo vno, alter non modò nõ tacitè ſignificatus, ſed potius apertè excluſus videri deberet, ex regula quæ incluſionem vnius vult eſſe excluſionem alterius, ſi Marci conſtitutio teſtamentorum fauore non interueniſſet: nec ſi tota Iuriſprudentia in eam rem conſpiraſſet, id tamen aſſequi vnquam potuiſſet. Reſcripti Imperatorij autoritate opus fuit vt ius illud induceretur, quia ſupplendũ neceſſariò fuit, quod ex verbis con- 16 iici nullo modo poterat. Iuriſconſultorum † autem non illud munus eſt vt ſuppleant, ſed tantum vt interpretentur: vt proinde dubitandum non ſit iis etiam caſibus de quibus extent Imperatorum reſcripta ab ipſis prudentibus approbata, & laudata, nihilominus in contrarium reſponſuros fuiſſe prudentes, ſi reſcripta non habuiſſent, quoniam aliud eſt, ſi quis ex ſe ſupplere velit, quod ſupplere nequeat: aliud verò ſi ſupplectionem ab eo factam, qui ſupplendi ius habeat, laudare velit, & probare. Idque non obſcurè oſtendit Modeſtinus in d. l. 4. *de vulg. & pupill. ſubſt.* in primis illis verbis, *Iam hoc iure vtimur ex Diui Marci & Veri conſtitutione.* Quid enim aliud id eſt, quàm dicere ante eam conſtitutionem aliud ius obtinuiſſe, & etiamnum ſi conſtitutio illa non eſſet alio iure vſuros nos fuiſſe: Sic in ſpecie *l. com[illegible]diſſimè. 10. D. de lib. & poſth.* inſtitutionem poſthumi factam in vnum caſum, nec voluit, nec potuit Pomponius trahere ad caſum contrarium, ne quidem fauore tuendi teſtamẽti, quod tamen à Iuſtiniano poſtea nec iniquè factum eſt in l. vlt. *C. de poſt. hered. inſt.* Sic quod ad rem noſtram 17 magis pertinet, placuit † Imperatorib. induci fideicommiſſa pleriſq. caſibus, in quibus fideicõmiſſorum verba deficiebant. Idque vt hoc etiam largiar, ex veriſimili & coniecturata mente teſtantis, nec diſplicuerunt reſcripta illa prudẽtibus, quibus tamẽ diſplicuiſſet proculdubio audacia Iuriſcõſulti, ſi quis fuiſſet tã ineptus, ſibiq; tam arrogans, vt quod nõniſi Imperatoris reſcripto inducẽdũ erat, propter neceſſariã ſuppletionẽ idipsũ voluiſſet 18 ille inducere propria authoritate. † Nec enim quicquã verè plus licere Imperatori quàm Iuriſcõſulto ſtultúmque videri debere Iuriſconſultum, qui ſine vllius reſcripti aut alterius legis authoritate id velit reſpondere quod ſolus Imperator, aut alius, qui legis cõdendæ ius habeat, poſſit conſtituere, tametſi conſtitutio illa imperatoria ſummam habitura ſit æquitatem, ſiue quod tacita volũtas teſtatoris eiuſmodi reſcriptum exigat, ſiue qua alia ratio interueniat, quæ iuſtum prudentémque Imperatorem mouere poſſit, l. 1. *C. de legib. l. proſpexit. 12. qui, & à quibus manum.* Eóque pertinent † leges illæ omnes, 19 quas noſtri congerunt vt probent, poſſe fideicommiſſum induci ex coniecturis, tum etiam cùm fideicommiſſi verba omnino deficiunt. *l. filiusfam. 114. §. vt quis heredem. de legat. 1. l. cum proponebatur. 64. l. vnũ ex familia. 67. §. vlt. l. peto. 69. in prin. de legat. 2. l. ex facto 17. in princ. l. qui filium. 74. in princ. D. ad S. C. Trebel. facit l. Imperator 50. D. eod. l. poſthumus. 12. D. de iniuſt. rupt. teſt* & aliæ huiuſmodi ſexcentæ. Quemadmodum autem vnum vel alterũ reſcriptũ Imperatoris fideicõmiſſi verba ſupplẽtis ad inducendũ fideicõmiſſum, non potuit facere quominus alia reſcripta eſſent neceſſaria quoties nouus caſus contingeret qui cum iis de quibus antea reſcriptum eſſet, commune nihil haberet (quoniã reſcripta † omnia 20 ſuis finibus coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos, aut ſaltem ad perſimiles referẽda *l. Pannonius, 86. iuncta l. cũ quidã 30. in princ. De acquir. hered. d. l. vnũ ex familia 67 §. vlt. de leg. 2. iuncta l. Pamphilo. 39. in princ. de legat. 3.*) ita & ſatendũ eſt quotquot extãt in libris noſtris reſcripta Imperatorum, & reſpõſa prudentũ eiuſmodi reſcriptorũ authoritate ſuffulta, facere nullo modo poſſe, vt extra eos caſus, † de quibus Imperatores reſcripſerunt, aut 21 ſi qui ſint perſimiles, liceat nobis leguleiis, & vt hodie paſſim fit, imperitiori cuilibet inducere fideicommiſſum ex nudis coniecturis quocunque caſu, nullis licèt verbis idoneis in eã rem interueniẽtibus. Nec quicquã induci potuit toti reipub. † pernicioſius, quàm quod ineptiſ- 22 ſimo iſto interpretum omnium errore inductum eſt, vt ex ſolis coniecturis fideicommiſſa induci poſſint. Inde namque tot hodie, tantæque toto terrarum orbe de fideicommiſſis lites, quibus redundant & æſtuant tribunalia non ſine maximo ampliſſimorum patrimoniorum detrimento, & quas aut planè nullas, aut certè multò pauciores, adeóque faciliores haberemus, ſi iuris ſcripti rationem interpretum traditionibus præferre didiciſſemus. Quare non illud æquè improbo, quod interpretes plerique iactitant, Cæſarea conſtitutione indigere hanc diſputationem. *De liberis in conditione poſitis,* non equidem quomodo illi putant, difficultatis tollendæ gratia, quæ meo iudicio nulla prorſus eſt apud eos, qui vel minimum in iure ſint verſati, ſed ad faciendam Iuriſconſultis noſtri temporis poteſtatem, vt ex coniecturata illa teſtãtis mente, quam ſibi vltrò cõminiſcuntur, poſſint impunè tutaq; cõſcientia cõtra maniſeſtiſſimã iuris rationẽ pro liberis in cõditione poſitis reſpondere, vt hoc ipſo ex fideicõmiſſo vocati & ſubſtituti intelligãtur. Fefellit omnes interpretes Papinian. vt fuit ille omnibus nõ modò interpretibus, ſed etiam iuris autoribus cæteris ſubtilior, † in d. l. *cum proponebatur*, vbi poſt 23 relatum reſcriptum Imperatorũ Marci & Commodi de ſupplenda in fideicommiſſo mutua ſubſtitutione, tanquam omiſſa per errorem, quæ in ſecundis tabulis inter eoſdem fuerat expreſſa, rationem ſubiicit, vt videtur, generalem: *etenim in cauſa fideicommiſſi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti.* Inde namque inferunt, parum referre quòd reſcriptum ſit ſingulare, cùm rationem habeat generalem: ſiquidem ratio illa præcipuè eſt, quæ ſpectari ſemper debet ad ampliandam aut reſtringendam diſpoſitionem. l. *cum pater 77. §. dulciſſimis. eodem titul.* Nam animaduertunt Papiniani ſententiam illam eſſe, vt potuerit coniectura admitti ab Imperatoribus ipſis, qui ſic reſcripſerunt, & qui ex coniectura ſupplere, quod teſtamenti verbis deerat, potuerũt: non etiam vt coniectura quælibet poſſit admitti à Iureconſulto, vel potiùs leguleio quolibet ad inducendum pro arbitrio fideicommiſſum, tum etiam cùm cauſa nulla ſubeſt quærendæ precariæ voluntatis. Nam in ea ſpecie, † quam Papinianus ex Impe- 24 ratorum reſcripto tractat, dicebatur omiſſa per errorem ſubſtitutio in ſcriptura fideicommiſſi pluribus ſub conditione relicti. Eiúſque erroris apertiſſima probatio, & ex eo ſumebatur, quòd iidem illi quibus fideicõmiſſum ſub conditione datũ fuerat, cùm in ſecundis tabulis pupillo heredes dati eſſent fuerant etiã in ea pupillari ſubſtitutione inuicẽ ſubſtituti. Proinde quærebatur volũtas vt reperiretur quod omiſſum dicebatur. Nam nec ſolemus quærere niſi quod vel amiſſum ſit, vel omiſſum † At cùm teſtator ita ſimpliciter ſcripſit, *Si filius meus* 25 *ſine liberis deceſſerit, reſtituat hereditatem meam Sempronio:* quid obſecro eſt quod facere debeat, vt in verbis tam apertis quæras nouam voluntatem tanquam obſcuram &

& latentem, vt ex commentitiis coniecturis inducas fideicommiſſum de quo teſtator nullo modo ne per ſomnium quidem cogitarit? An credendus eſt teſtator per errorem omiſiſſe ſubſtitutionem iſtam fideicommiſſariam, quam interpretes inducunt fauore liberorum? Vnde verò errorem hunc coniicimus? An ex eo quòd liberos tantùm poſuit in conditione? At quid aliud facere potuit, aut debuit prudens auus, qui ne filium ſuum proprio erga nepotes fideicommiſſo obſtringeret, noluit poſitos eſſe illos in diſpoſitione? Cur non ei licuit à filio fideicommiſſum vnum relinquere ſub ea conditione, *ſi ſine liberis decederet?* nec idcircò tamen eum duplici fideicommiſſo in vtrumque euentum onerare? Quòd ſi in verbis nihil obſcurum, nihil omiſſum dici poteſt, quænam rogo cauſa ſubeſt quærendæ precariæ voluntatis, vt coniectura poſſit admitti? Quan-

26 quam non † ſic Papinianus loquitur, *Coniectura poteſt admitti*, ſed *potuit*, vt intelligamus velle eum rationem reddere, propter quam videri debeant Imperatores tam nouum ius non iniqui induxiſſe, non etiam propter quam citra authoritatem vllius reſcripti debeat quis pari audacia coniecturam admittere ad inducendam precariam volun[ta]tem, præſertim quæ ſine cauſa ibi quæratur, vbi nec e[i]us quærendæ locus, aut color vllus eſt. Er-

7 rant igitur † [...] egregiè, qui ſubſtitutionem, ſiue directam, ſiue fideic[o]mmiſſariam induci poſſe volunt per coniecturas, ſ[e]d illi magis qui directam & pupillarem æquè [a]c fideic[o]mmiſſariam. Quod enim Papinianus de pre[caria vol]untate loquitur, in ea ipſa ratione, quam nunc [expl]icamus, non alium ſenſum habere poteſt, quàm [...]c, v[...] t ſi de directa, non de precaria ſubſtitutione tra[ctetur co]niectura admitti non debeat, ne quidem ab Im[...] ſtamen ſi poſſit † Imperator ceſſante omni con-

28 peratoi[...] [v]oluntatis nouam ſubſtitutionem inducere & iectura [...] adeóque, quod magis mirum eſt, inſtitutioſupplere, [...] nem, ſi fot[...] tè alia iuſta cauſa ſit, propter quam id fieri debeat, vt pu[...] ta fauor conſeruandi teſtamenti, vt in ſpecie d. l. iam ho[c] *iure, & dict. l. vlt. C. de poſth. hered. inſt.* Dummodo tam er[...] voluntas teſtatoris non repugnet, inquit, Modeſtin[us] in dicta *l. iam hoc iure.* Id enim non eſſet ſupplere, [...] ed[...] euertere voluntatem, quod non magis Imperator b[...] onus facere poteſt, quàm prudens Iureconſul-

29 tus manc[...] im ſi [ſu]pplere. † Interpretari quilibet Iureconſultus po[...] teſt, in eámque rem coniecturas probabiles admittere, [...] præſert[...] im ſi de fideicommiſſo quæratur: ſupplere nun[...] quam p[o]teſt, nec ſi mille concurrant coniecturæ. I[...] mperator non modò interpretari poteſt legem primam [...] & vltimam *Cod. de legib.* ſed etiam ſupplere, nec tantùm ſi adſint coni[ec]turæ voluntatis, ſed etiamſi nullæ ſint, dum modò non d[eſ]it iuſta alia cauſa. At euertere voluntatem [...] defuncti nec Iureconſultus nec Imperator poteſt. Sole[m]nis enim, & b[...] mo quolibet Principe digna vox illa eſt [...] Honorij & Theo[do]ſij in *l. omnium. 19. C. de teſt.* *voluntates hominum audi[r]e volumus, non iubere.*

ERROR IV.

De ſententia L. filiusfamilias 114. §. cùm erit. 13. ff. de leg. 1.

SVMMARIA.

1 *Colligi ex l. filiusfam. 114. §. cùm erit. 13. D. de legat. 1. liberos in conditione fideic. poſitos, ex fideic. vocatos non eſſe.*
2 *Martiani deciſio in d. §. cum erit.*
3 *Diſputatio de ratione dubitandi d. §.*
4 *Omnes conditiones ſunt implendæ in forma ſpecifica.*
5 *Semel defecta conditione diſpoſitio conditionalis corruit.*
6 *Genuina ratio dubitandi petita ex eo quod liberi poſiti in conditione, videantur ex fideicommiſſo vocati.*
7 *Limitatio quorundam exiſtimantium liberos poſitos in conditione intelligi vocatos, ſi non ſint exheredati à patre, exploditur.*
8 *Exheredatio quibus bonis priuet exheredatum.*
9 *Bona fideicommiſſi ſub conditione Si ſine liberis deceſſerit relicti, ad liberos non aliter perueniunt, quàm ſi ſint heredes patris.*
10 *Ratio decidendi deprompta ex eo quod liberi in conditione poſiti ſint non tam propter ſeipſos, quàm propter grauatum patrem, vt eis fideicommiſſi onere liberarent.*
11 *Grauati ſub hac conditione, ſi ſine liberis decederet collatio cum onerato ſub ea. Si nauis ex Aſia non venerit.*
12 *Socini ſenioris & ſequacium reſponſio ad d. §. cùm erit, exploditur.*
13 *Alia aliorum reſponſio refertur & refellitur.*

Mirum eſt, quàm bene conueniant & conſpirent omnia, ad tuendam veritatem, eámque à mendaciis ac erroribus vindicandam. Hic † alius locus eſt, quo probatur apertiſſimè liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, ex fideicommiſſo vocatos non eſſe. Et tamen adhuc nugantur interpretes, ac quaſi non videant obiectionem, quam videre nolunt, ſibi placent in quibuſdam reſponſionibus, quibus nihil futilius & inanius fingi poteſt. 1

Scribit † Martianus, cùm quis rogatus eſt, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum hereditatem reſtituere, conditionem defeciſſe videri, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec eſſe quærendum an heredes extiterint patri. Quænam verò poterat eſſe ratio dubitandi? † Annon illa conditio *ſi ſine liberis deceſſerit*, ad tempus mortis grauati relata fuit? Proinde an vltra tempus illud extendi & porrigi potuit? Minimè verò. † Sunt enim conditiones omnes implendæ in forma, vt loquuntur, ſpecifica, & eo prorſus modo quo teſtator voluit, *vulg. l. qui heredi 44. l. M[...]ius. 55. de condit. & demonſtr.* Et quemadmodum ſi conditio ita eſſet concepta, *ſi liberos nullos educauerit*, ſufficeret ad excludendum fideicommiſſarium ſuſceptos fuiſſe liberos, & educatos, licèt poſtmodum prædefunctos, quoniam nihil aliud requirerent verba conditionis, *l. heredibus. 77. in princip. ff. ad S. C. Trebell.* ita & collata conditione liberorum in tempus mortis, ſi quæratur an conditio extiterit ad fideicommiſſarium excludendum (id enim ſufficit, cùm non fuerit vocatus niſi ſub conditione) non aliud inſpicere poſſumus, aut debemus, quàm vtrum liberi aliqui ſuperuixerint heredi rogato, néc ne: & conſequenter inſpecto tempore mortis rogati. Tunc enim neceſſe eſt alterutrum verum eſſe, aut ſuperſtites liberos ipſum aliquos reliquiſſe, aut nullos. Si nullos, vtique conditio extitit, & quidem ita vt poſtea deficere nunquam poſſit. Non enim poſt mortem ſuam ſuſcipere liberos poteſt, cùm ſi qui eo viuo concepti ſunt, licet nondum editi, ij pro iam natis & editis haberi debuerint, præſertim ad excludendum fideicommiſſarium, ſi modò poſtea fuerint nati, *l. is cui. 18. ff. quand. dies legat. ced. iunct. l. intelligendus. 153. de verbor. ſign.* Ex contrario, ſi quos liberos ſuperſtites reliquerit, negari non poteſt, quin ipſo mortis inſtanti defecerit conditio, quæ proinde poſtea extare nunquam poſſit. Perpetuum namque eſt, vt † ſemel defecta conditione diſpoſitio conditionalis corruat, nec vnquam facta fuiſſe videatur, ſicut in contrarium dicimus ſemel commiſſam ſtipulationem poſtea reſolui non poſſe, *l. habere 57. §. 1. D. de euict.* Quid ergo attinet quærere, an liberi qui eo mortis tempore fuerunt ſuperſtites, atque ita fecerunt, vt ſemel defecerit conditio fideicommiſſi, poſtea deceſſerint viuo adhuc fideicommiſſario, aut an heredes extiterint patri, necne? An enim 2 3 4 5

enim eo minus verum eſt conditionem defeciſſe? Aut an eò magis verum erit, conditionem quæ ſemel defecerit, poſtea extitiſſe, & impletam eſſe? Quænam ergo apud Mætianum dubitandi ratio eſſe potuit? Ea namque neceſſariò inueſtiganda eſt, vt quid ille ſibi velit, intelligamus.
6 Nulla † prorſus, niſi vna illa, quòd videretur teſtator heredis ſui grauati liberos in conditione poſuiſſe non tam fauore patris, quàm liberorum, vt eorum potior eſſet cauſa, quam fideicommiſſarij. Quæ eadem ipſa huius conditionis interpretatio eſt, quam faciunt ij, qui iuriſprudentiâ inuitâ volunt liberos in conditione fideicommiſſi poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe. Id verò ſi ita eſſet, conſequens videretur, vt ita demum voluiſſet teſtator excludi fideicommiſſarium per liberos heredis rogati, ſi bona illa ad liberos effectu peruenerint. Quid enim referret teſtatoris, an ſuperuixiſſent patris liberi, nécne, ſi illo etiam caſu, quo ſuperuixiſſent, heredes tamen eſſe vel non potuiſſent, quia fortaſſis exheredati, vel noluiſſent, metu fortaſſis onerum hereditariorum abſtinentes ſe à bonis patris? Annon perinde fieret iniuria fideicommiſſario, & voluntati teſtatoris, ſi fideicommiſſarius, quem teſtator non niſi propter heredis liberos in conditione poſitos excluſum voluiſſet, ſola eorum exiſtentia excluderetur, tametſi ad eos bona iſta non perueniſſent. Ita ſanè: eoque pertinent leges omnes quas congerere noſtri ſolent ad *l. Gallus. 29. §. & quid ſi tantùm, de liber. & poſt.* vt probent caſum deportationis trahi ad caſum mortis, & contrà: denique fieri extenſionem de caſu ad caſum, vbi eadem ratio eſt iuris aut voluntatis. Dubitandi ergo cauſam apud Mætianum præbere vnus ille caſus poteſt, ſi liberi in conditione poſiti, non extiterint patri heredes: ſic enim Mætianus apertè loquitur, quaſi nihil intereſſe putet, an dicamus liberos non extitiſſe heredes patri, an verò bona, de quibus reſtituendis rogatus heres fuit ad eius liberos non perueniſſe, ita innuens ſatis apertè, non aliter fieri poſſe, vt bona illa perueniant ad liberos in conditione poſitos quàm ſi ſint heredes patris, eáque reperiant in hereditate. Quod tamen vtique non ſolùm falſò ſed etiam ſtultè diceretur, ſi in ea ſententia eſſet Mætianus, vt putaret liberos in conditione poſitos, etiam eſſe vocatos. Non enim ſcribere debuerat quomodo ſcripſit: *nec quæritur an heredes extiterint*, ſed ita potiùs, *nec quæritur an ex fideicommiſſo ſucceſſerint*. Cur enim cogantur heredes eſſe patris ad ea bona percipienda, quæ pater ex fideicommiſſo iis reſtituere debuerit? Annon perinde voluntati teſtatoris ſatisfactum dici poſſet, ſi ad filios in conditione poſitos bona illa perueniſſent ex fideicommiſſo, atque ſi perueniſſent iure hereditario? An fortè dicemus,
7 † quod quidam putant filios in conditione poſitos intelligi quidem vocatos, ſed ita tamen ſi non ſint exheredati à patre? Ne alioquin taciti huius fideicommiſſi inducendi interpretatio materiam liberis præbeat delinquendi. At hoc dici nullo modo poteſt. Semel enim conſtitutum fideicommiſſum fauore liberorum non ob id minùs debitum videri poſſet, quòd liberi poſtea ingrati fuiſſe probarentur. Hactenus enim is nocere deberet
8 quòd eſſent ingrati, † vt iis omnibus priuandi eſſent per exheredationem, quæ habituri erant ex iudicio & ex bonis patris, non etiam iis quæ aliunde, puta ex iudicio & ex bonis aui, *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et ob id tantò difficilius ad eam interpretationem decurrere debemus, quæ fauore liberorum inducat fideicõmiſſum in odium patris: ne dum liberis nimium prodeſſe volumus, non tantùm parentibus noceamus adempta iis teſtandi facultate, qua ad ingratos liberos exheredandos, vt alioqui poſſent, ſed ipſis quoque liberis, quorum certè intereſt, vt illi ſaltem exheredationis metu, ſi non amore potiùs, in officio, debitáque parentibus pietate retineantur. Ergo vt hanc dubitandi rationem concludamus, cùm nihil referre Marcianus putet, an ſic dicamus: *nec quæritur an heredes extiterint*, an ſic potiùs, *nec quæritur an ad filios ea bona peruenerint*, fatendum neceſſariò eſt, Marcianum id ipſum ſenſiſſe, quod nos contendimus. Bona † quæ per fideicommiſſum fuerant relicta 9
extraneo ſub conditione, & in caſum non ſuperſtitum liberorum, non aliter ad liberos peruenire poſſe, quàm ſi ſint heredes patris, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non igitur iure fideicommiſſi à patre debiti, quod vtique cum patris ſiue teſtati, ſiue inteſtati ſucceſſione nihil commune haberet, quominus etiam repudiata, aut per exheredationem amiſſa patris hereditate fideicommiſſum conſequi deberent, quod non à patre, ſed ab auo, & de bonis aui accepiſſent, aut etiam ab extraneo, ſi teſtator non heredis inſtituti pater, ſed extraneus fuiſſe proponatur. Videamus iam quæ fuerit apud Marcianum ratio decidendi. Nam ex ea quoque magis ac magis ſententia noſtra confirmabitur. Illa vna eſt, ni fallor, quæ ſupradictam dubitandi rationem penitus euertit, † quòd cùm liberi heredis rogati in conditione 10
poſiti ſunt, non tam propter ſeipſos videri debeant poſiti, quàm propter patrem grauatum, vt qui ſub conditione nullorum ſuperſtitum liberorum fideicommiſſo grauatus fuit, in contrarium caſum, id eſt, ſuſceptis liberis qui ſuperuixerint, eo fideicommiſſi onere liberetur, vt ſcilicet & poteſtate ſolius defectus conditionis, ſub qua extraneus fuerat per fideicommiſſum ſubſtitutus. Propterea quòd ſi vel vno inſtanti ſuperuixerint liberi, verum eſt, conditionem illam, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ſemel defeciſſe. Ideóque nec poſtea quærendum eſt quid de liberis contingat, id eſt, an moriantur ante ſubſtitutum, nécne: an ſine liberis, an cum liberis: an patri heredes fuerint, nécne. Quod & Oldradus, vir certè magnus ex hoc potiſſimum loco motus, reſpondit in conſilio illo apud Doctores noſtros celeberrimo, quod eſt 21. incip. *Thema tale eſt*. Proinde ſi Marciano credimus, nihil refert an teſtator heredem ſuum, ſiue filium, † ſiue extraneum grauauerit, ſub ea conditione, 11
ſi ſine liberis decederet an ſub illa, *ſi nauis ex Aſia non veniret*. Vtroque enim caſu idem euenit, vt ſi exiſtat conditio, admittatur ſubſtitutus, ſin deficiat, excludatur. Nec magis credendus eſt teſtator, liberos, quos in conditione poſuit, inuitaſſe ad fideicommiſſum, ſi patri ſupereſſent, quàm nauim ſi ex Aſia veniret. Itaque quid illo Marciani loco dici pro noſtra ſententia vel fingi poteſt apertius? Sed tamen reſpondent quidam poſt † 12
Socinum ſeniorem in *l. cùm auus col. pen. D. de condic. & demonſtr.* ſuauiter mehercule & ſubtiliter, ſi diis placet: imò verò poſſe textum illum contra nos retorqueri, quaſi non alia ratione Marcianus de illo quæri nolit, An liberi heredes extiterint patri, quàm quòd etiamſi non ſint heredes, nihilominus ad eos perueniant bona fideicommiſſaria iure fideicommiſſi tanquam ad vocatos & ſuccedentes ex fideicommiſſo. Quod ſi ita eſt, ridiculus ſanè fuit Marcianus, qui volens ſignificare non eſſe quærendum, An ad liberos in conditione poſitos ea bona peruenerint, nécne, caſum illum ſolum complexus eſt, quo liberi exiſterent, aut non exiſterent heredes patri. Illum verò prætermiſit, qui potiſſimum exprimendus erat, quo bona ad liberos ex fideicommiſſo perueniſſent. Ex quo apparet, neque Socinum ipſum, neque alium quenquam ex interpretibus vim huius obiectionis ſatis percepiſſe. Annon enim æquè fieri poteſt vt liberi in conditione poſiti, etiam ad fideicommiſſum, ex ſuppoſitione, ſint inuitati, nolint tamen ex fideicommiſſo ſuccedere? Quo caſu ſi teſtator nonniſi ipſorum gratia eos in conditione poſuiſſet, cur ex eorum ſuperexiſtentia excluſum voluiſſet? Et tamen non dubitat Martianus quin hoc etiam caſu excludi debeat ſubſtitutus, licet de eo nihil dixerit, quia quod ſcripſit, non eſt quærendum, An liberi heredes extiterint, hoc proculdubio ſenſu ſcripſit, & ea mente, vt ſignificaret, quærendum non eſſe, an ad fideicommiſſi bona peruenerint, quæ vidit vtique non niſi

hereditario iure poſſe ad eos peruenire. Faciunt verò
13 parum † ſubtiliter illi qui improbata illa Socini retor-
quutione, quam nec Socinus ipſe probat, licet probe-
tur à Ripa in *l.centurio nu.159.D.de vulg.& pupil.ſubſt.*
concludunt tandem textum. Hunc Marciani ad propoſi-
tam diſputationem nihil pertinere, in quo ſcilicet non
de illo quæratur, inquit, An liberi ſint per fideicommiſ-
ſum ſubſtituti, nécne, ſed tantùm, An liberi patri ſuper-
ſtites faciant deficere conditionem fideicommiſſi. Quod
Marcianus magis probat vt in hac conditione, quemad-
modum in cæteris non tam effectus iuris, quàm factum
ipſum conſideretur. At nos non illud dicimus à Iuriſ-
conſulto dubitatum aut deciſum eſſe, An liberi poſiti in
conditione ſint in diſpoſitione: de quo, non dicam ex
prudentibus nemo, ſed ne anus quidem prudentum no-
ſtrorum temporibus dubitaſſet, ſed ita loquutum Mar-
cianum, vt dubitari non poſſit, quin pro certo & explo-
rato iure habuerit, quòd ſola interpretum noſtrorum
imperitia fecit controuerſum, adeóque penè falſum li-
beros in conditione tantùm poſitos, neque ex fideicom-
miſſo, neque alio vllo quàm hereditario iure poſſe ſuc-
cedere in iis bonis, quæ, ſi nulli fuiſſent ſuperſtites, ad
ſubſtitutum peruenire debuiſſent. Neque, meo iudicio, ſi
ingenuè agere volumus, effugere hanc obiectionem
poſſunt vlla arte, qui contrà ſentiunt.

ERROR V.

De ſententia §.vlt. l.ſi quis eum.16.D.de vulg. & pup. ſubſt. & de inducenda ex verbis enuntiatiuis diſpoſitione in fauorem liberorum ad leg. pater.17.§.anus.D.de dol.mal.except.

SVMMARIA.

1 *Confici ex l.ſi quis.16.§.vlt.D.de vulg & pup.ſubſtit. liberos poſitos in conditione ſubſtitutos non eſſe.*

2.& 5. *Reſponſio aduerſariorum inter directam inſtitutionem & fideicommiſſum diſtinguentium.*

3 *Couarruuias poſt alios perperam cenſet in directa inſtitutione verba conditionalia quandoque diſponere.*

4 *Ratio Pomponij in d.§.vlt.contra Couarruuiam inducta, filium in conditione poſitum inſtitutum non cenſeri.*

6 *Refutatio Didaci ex l.Gallus.§.in omnib.10.D.de li. & poſt.vbi ex conditione, non inducitur inſtitutio.*

7 *In l.ſi mater.33.§.vulg. D.de vulg. & pup.ſubſ.quâ abutitur Couarruuias expreſſam filij inſtitutionem præcepiſſe.*

8 *Inſtitutio poſthumi alieni olim omni iure prohibita erat.*

9 *Præceſſiſſe filij inſtitutionem in l.37. D.de her. inſtit. quam opponit Couarruuias.*

10 *In omnibus ſpeciebus quæ ad Galli formulam pertinent, in neceſſarium antecedens præceſſiſſe filij ſpecificam inſtitutionem.*

11 *Obiectio Didaci, verba enuntiatiua diſponere fauore liberorum ex l.17.§.1.ff.de dol.except.*

12 *Interpretatio d.§.1.& aſſertionis Didaci confutatio.*

13 *Aliud eſſe ex verbis conditionalibus aut enuntiatiuis inducere exceptionem doli; aliud inducere diſpoſitionem.*

14 *Diſpoſitio nunquam inducitur ſine verbis diſpoſitiuis.*

15 *Exceptio doli facilè inducitur ex quocunque voluntatis indicio.*

16 *Quælibet exceptio nonniſi poſſidenti accommodatur.*

17 *Si verba enuntiatiua non inducant fideicommiſſum in fauorem nepotum, multò minus conditionalia.*

18 *Creditor à debitore ſuo, etiam cui nihil relinquit fideicommiſſum relinquere poteſt.*

19 *Reſponſio ad l.8.§.interdum.D.de pecul.remiſſiuè.*

20 *Si ſubſtitutio ex conditionalibus verbis induci non poteſt vt fatetur Couarr.multò minus directa inſtitutio.*

21 *Etiam inflexis & obliquis verbis directa inſtitutio fieri poteſt.*

22 *Inſtitutionis, ſubſtitutionis directæ & fideicommiſſi conuenientia, quòd ſine verbis induci nequeant.*

23 *Directarum & precariarum ſubſtitutionum antiqua differentia.*

24 *Directa inſtitutio aut ſubſtitutio ex nudis coniecturis induci non poteſt, ideóque nec precaria.*

25 *Inſtituto nepote ſub hac conditione*, ſi filius me viuo morietur, *filius inſtitutus non cenſetur, conſequenter nec nepos ſubſtitutus, ſi filius inſtitutus ſit ſub hac conditione, ſi ſine liberis deceſſeris, Sempronium ſubſtituo.*

26 *Curtij & Didaci ſententia de diſpoſitione futura teſtamenta tollente exploſa.*

27 *Ad habendum heredem teſtamentarium non ſufficit nuda voluntas.*

28 *Clauſula* omni meliori modo, *non poteſt efficere vt quod non eſt teſtamentum, pro teſtamento habeatur.*

29 *Non valet teſtamentum, quo non alius heres inſtituitur, quàm quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt.*

30 *Teſtantis certum debet eſſe iudicium.*

PRobat etiam optimè † hic locus liberos 1
in conditione poſitos non eſſe in diſpo-
ſitione: ſed tamen quia de inſtitutione
loquitur, non de fideicommiſſaria ſubſti-
tutione, facilè ab iis eluditur, qui aliam † 2
directæ ſubſtitutionis & inſtitutionis, aliam fideicom-
miſſi rationem conſtituunt, exiſtimantes poſſe fideicom-
miſſum induci ex nudis coniecturis, & per ſuppletio-
nem citra vllam Imperatoris, aut alterius qui legis con-
cedendæ ius habeat, conſtitutionem. Etſi nec deſunt qui
putent in directa quoque inſtitutione fieri poſſe, vt
verba conditionalia diſponant. Quam ſententiam de-
fendunt omnes qui putant in formula Galli Aquilij fi-
lium, qui non niſi in conditione ponitur, hoc ipſo ha-
bendum pro inſtituto, audaciores Bartolo, qui ad *l.Gal-
lus.29.D.de liber. & poſthum.* ſcripſit ſufficere ad nepo-
tis inſtitutionem, vt filius ſit heres ab inteſtato, quos &
ex recentioribus, quod magis miror, ſequitur Didac. † 3
Couarr. Iuriſconſultus ſanè pereruditus, & in iuris no-
ſtri principiis meliùs verſatus, quàm vt tam abſurdum
& ſupinum errorem probare debuerit, in Comment. ad
cap. *Raynutius §.3.n.9.extr.de teſt.* Quò magis laboran-
dum nobis eſt, vt hic error penitus explodatur, ne tanti
viri authoritate allecti, plerique poſthac in eundem im-
pingant. Non poteſt autem refelli apertiùs, quàm ex hoc
ipſo loco Pomponij, quem in manibus habemus. † Pom-
ponius ita ſcribit, *Si ſuo teſtamento perfecto, alia rurſus* 4
*hora pater filio teſtamentum fecerit, adhibitis legitimis te-
ſtibus, nihilominus id valere, & teſtamentum ratum mane-
re.* Nam *& ſi tibi & filio pater teſtamentum feciſſet, dein-
de tibi tantum, vtrumque ſuperius rumperetur. Sed ſi ſe-
cundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi heredem in-
ſtituat ſub ea conditione, ſi viuo ſe filius decedat, poſſe
dici non rumpi ſuperius teſtamentum, quia, inquit, ſe-
cundum non valet in quo filius præteritus ſit.* Quæ ver-
ba quid aliud ſonant, obſecro, quàm quod volumus
ex illis conditionalibus in inſtitutione poſitis, *ſi fi-
lius meus viuo me decedet*, (quæ formula eſt Galli A-
quilij) non videri filium inſtitutum? Miróque ſanè Di-
dacum, quaſi locum hunc nunquam viderit, nihil prorſ-
ſus ad eum reſpódere, quod nec pro Didaco facere quic-
quam poſſit. Nam qui tentant reſpondere, nihil aliud
reſpondent,

5 reſpondent, niſi quod iam diximus, † agere Pompo-
nium de inſtitutione directâ, quæ non inducitur ex ta-
citâ voluntate, *l. 1. D. ſi tab. teſtam. extab. l. iubemus 29.
C. de teſtam. l. heredes palam 21. D. qui teſtam. fa. poſſ.*
Nos verò loqui de ſubſtitutione fideicommiſſaria, quæ
inducitur etiam per coniecturas ex *l. cùm proponebatur
64. de legat.* 2. Admittentes conſequenter in formulâ
Galli Aquilij, quæ tota ad inſtitutiones, non ad fidei-
commiſſa pertinet, filium in conditione inſtitutionis
nepotis poſitum, pro inſtituto haberi non poſſe. Nam
quod idem ſubiiciunt: In ſpecie à Pomponio tractatâ
filium fuiſſe inſtitutum in primo teſtamento quod ru-
ptum non eſt per poſterius, in quo fuit ille præteritus,
& magis intereſſe filij vt ſuccedat ab inteſtato, vel ex
primo teſtamento, magis confirmat quod nos volumus,
non valere poſterius teſtamentum, tanquam in quo ſit
præteritus filius, quod vtique valeret, adeóque prius
rumperet, ſi ex verbis conditionalibus inſtitutio induci
poſſet. Illud verò non minùs miror eundem Didacum
6 nihil reſpondere † ad §. *in omnibus, d. l. Gallus*, vbi Scæ-
uola diſertè ſcribit, *In omnibus illis ſpeciebus*, de quibus
totâ ea lege dixerat, *illud ſeruandum eſſe, vt filius dun-
taxat qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit heres inſtitu-
tus: diuerſúmque eſſe in nepote & pronepote qui poſſunt
impunè præteriri.* Quid enim neceſſe eſſet in formulâ
Galli Aquilij, quæ conditionem illam neceſſariam, ac
perpetuam habet, *ſi filius meus me viuo morietur*, præ-
mittere filij inſtitutionem, ſi ex hac ipſa conditione in-
ſtitutio induci poſſet? aut quomodo poſſet præteriri
nepos, quem ad vtilem pronepotis inſtitutionem ne-
ceſſe eſt non minùs quàm filium poni in conditione?
7 Neque eſt contrarium † quod in *l. ſi mater 33. §. vlt. D.
de vulg. & pupill. ſubſtit.* Africanus ſcribit, ſi filius & ex
eo nepos ita heredes inſtituantur, vt Gallo Aquilio pla-
cuit, & nepoti ſi heres non eſt, Titius ſubſtituatur, filio
herede exiſtente, Titium omnimodò, id eſt, etiamſi ne-
pos natus non fuerit, excludi. Quo potiſſimum loco
Didacus abutitur, vt probet ſub Galli formula filium
eſſe inſtitutum. Debet enim id neceſſariò ita intelligi, ſi
filij inſtitutio præceſſerit, verbis expreſſis & ciuilibus
directis, concepta, ex conſilio aut potiùs præſcripto
Scæuolæ in *d. §. in omnibus*: quamuis de eo nihil Gal-
lus Aquilius conſtituerit, nec noui quicquam induxe-
rit, propterea quod ius vetus certum & exploratum
eſſet de liberis ſuis heredibus omnimodò inſtituendis
aut exheredandis: neque aliud ignoraretur, niſi quâ ra-
tione inſtitui poſſet nepos poſthumus ex filio ſuperſtite
tempore teſtamenti, quippe qui eo tempore poſthumus
8 alienus videretur, cuius † inſtitutio omni iure prohi-
bita erat, cùm tamen fieri facilè poſſet, vt mortis aui
tempore reperiretur ſuus, atque ita rumperet ſucceſſio-
ne teſtamentum, in quo ſe præteritum inueniret: quem-
admodum à nobis pluribus tractatum eſt lib. 9. Con-
iectur. ex quo peti volumus cætera ad hunc tractatum
pertinentia, ſi quis plura ſcire volet, præſertim quod
ſpectat ad §. *idem credendum d. l. Gallus.* de cuius etiam
ſententiâ neſcio quid ſomniat Didacus, quod nos non
probamus. Quod verò idem Didacus obiicit ex Iuliano
9 in † *l. cum in teſtamento 37. de hered. inſtitut.* cùm in te-
ſtamento ita ſcribitur, *Si filius meus me viuo morietur,
nepos ex eo poſt mortem meam natus heres eſto*: duos eſſe
gradus heredum, quia nullo caſu vterque ad heredita-
tem admittitur, non minus leue eſt. Semper enim me-
miniſſe oportet, quod monet Scæuola in *d. §. in omni-
10 bus* in omnibus ſpeciebus, † quæ ad Galli Aquilij for-
mulam pertinent, ponendum eſſe in neceſſarium ante-
cedens, quòd filij inſtitutio ſpecifica ex formulis præ-
ceſſerit, ſine qua, ſicuti teſtamentum iure notiſſimo va-
lere non poſſet, quòd ſui heredis præteritione prorſus
nullum & iniuſtum eſſet, ita nec inſtitutio poſthumi
nepotis, quæ eo teſtamento contineretur. Sed non pu-
tant Iureconſulti neceſſe, quoties de Galli Aquilij for-
mula tractandum habuerunt, eam filij inſtitutionem ex-
primere, cùm de ea nemo dubitaret, quin & præcedere
deberet, & quibus verbis eam concipi oporteret: neque
verendum exiſtimarent, ne aliquando eueniret, vt qui ſe
prudentes auderent dicere, in ignorationem iuris adeò
craſſam dilaberentur, vt crederent poſſe valere teſtamen-
tum in quo ſuus heres eſſet præteritus, vel poſſe dici fi-
lium inſtitutum, quem teſtator in conditione duntaxat
poſuiſſet. Obiicit idem Didacus, † verba enuntiatiua diſ- 11
ponere fauore liberorum ex eleganti illo reſponſo Scæ-
uolæ in *l. pater 17. §. auus. D. de doli mali except.* vbi cùm
proponeretur auus nepotibus ex filia legaſſe ſingulis
centena, & adieciſſe hæc verba: *Ignoſcite, nam potueram
vobis amplius relinquere, niſi me Fronto pater veſter male
accepiſſet, cui dederam mutua quindecim quæ ab eo acci-
pere non potui.* Placet Scæuolæ, ſi aui heres ab his nepo-
tibus patris ſui heredibus petat quindecim, videri eum
facere contra voluntatem defuncti, atque ideò doli ex-
ceptione ſummoueri poſſe. Sed ego quæro, † An hoc 12
ideò quod verba illa enuntiatiua *potueram vobis amplius
relinquere, &c.* diſponant fauore liberorum, vt putat
Didacus? Minime. Nam ſi diſponerent, dicendum eſſet,
quindecim illa, quæ Fronto teſtatoris generi ſocero de-
buiſſet, ſaltem per fideicommiſſum relicta videri nepo-
tibus, non quidem ab herede aui, ſed à Frontone ipſo pa-
tre, eodémque teſtatoris debitore, poſteaquam Diui Pij
conſtitutione inductum fuit vt à debitore quolibet fi-
deicommiſſum vtiliter relinqui poſſit, *l. ſi pecunia 77. de
legat. 1. l. cum quis decedens 37. §. pater. in fin. de legat. 3.*
Quod ſi ita eſſet, ſequeretur Frontoni ipſi competitu-
ram doli exceptionem aduerſus heredem aui, ſi aduer-
ſus Frontonem heres agere, & quindecim petere vellet.
Id enim vnum eſt quod facit vtile fideicommiſſum à de-
bitore relictum: quòd ſi à creditoris herede poſtea de-
bitor vrgeatur, habet contra eum doli exceptionem, vt
Vlpianus eleganter & apertè ſcribit in *d. l. ſi pecunia*: &
tamen non Frontoni ipſi exceptionem doli accommo-
dat Scæuola, ſed Frontonis liberis, nepotibus teſtatoris
ex filia, iiſque non tanquam fideicommiſſariis, ſed tan-
quam heredibus patris conuentis ad ſoluendi quin-
decim, quæ pater debebat. Accommodat autem Scæuola
exceptionem doli, non quaſi hæc quindecim fuerint ne-
potibus relicta (neque enim potuit relinqui liberatio
iis qui nihil dum eo tempore debebant) ſed quia volun-
tas teſtatoris non obſcura eſt: quòd ſi à Frontone quin-
decim illa ſibi debita conſequutus fuiſſet, aut ſi Fronto-
nem ipſum erga proprios liberos obſtringere fideicom-
miſſo voluiſſet, etiam hæc ipſa quindecim nepotibus
reliquiſſet. Indéque nimirum euenit, vt quamuis heres
aui nihil dolo malo facturus fuiſſet, ſi ea quindecim à
Frontone petiiſſet, quia non fuerat teſtatori ea volunta-
te, vt Frontoni ipſi vllo modo fauere vellet, faciat ta-
men dolo malo & contra voluntatem, ſi à Frontonis
heredibus, iiſdem teſtatoris nepotibus petat, quia cùm
teſtator dixerit ea ſe nepotibus relicturum fuiſſe, ſi ab
eorum patre ſolutionem habere potuiſſet, addita etiam
dictione illa *ignoſcite*, ad enixiſſimam voluntatem de-
monſtrandam, multò magis credendus eſt voluiſſe, vt ſi
quando ab iis peteretur, haberent illi ius retentionis
per exceptionem doli, ne efficaciter vrgeri poſſent. † 13
Cæterum aliud eſt ex verbis conditionalibus aut enun-
tiatiuis inducere exceptionem doli: aliud inducere diſ-
poſitionem, ſiue fideicommiſſariam, ſiue directam. Diſ-
poſitio † nunquam inducitur ſine verbis diſpoſitiuis, 14
licèt aliquando inducatur per interpretationem ver-
borum in alium caſum aut ſenſum, quàm in quem diſ-
poſitum fuit, vt in ſpecie *lege qui filium 74. in prin-
cip. D. ad SC. Trebell. iunct. lege ex facto 17. in prin-
cip. eod. lege filius familias 114. paragrapho, vt quis he-
redem de legat.* 1. At exceptio † doli facilè inducitur ex 15

Digitized by Goog

quocunque indicio voluntatis: & ratio eſt, quoniam
non ſolùm dolo facit, quiſquis heres offendit vel in
minimo teſtatoris ſui voluntatem, quam ex contrario
implere, & cui omninò parere debeat: ſed etiam quia
16 doli exceptio, vt & alia quælibet, † non alij accõmodatur
quam poſſidenti, cuius proinde cauſa hoc ipſo quod
poſſidet, longè fauorabilior videri debet, quam ſi non
poſſideret ſibique per actionem conſulere vellet, quo-
modo ſibi conſulere neceſſe eſt liberos, qui in conditio-
ne politi hoc ipſo velint etiam inuito patre dicere ſe
vocatos. Poſſúntque in hanc rem etiam afferri quæ ſcri-
pſi in *Coniect. lib. 17. cap. 17. de ſententia l. pen. D. collat.
dot.* Nec leue, meo iudicio argumentum ex ſupra dicto
Scæu. reſponſo pro ſententia noſtra ſumi poteſt. Nam ſi
17 in ſpecie *d. §. auus,* † verba enuntiatiua, quæ diſpoſiti-
nis propiùs vtique accedunt, quàm conditionalia, nihi-
lomagis fideicommiſſum inducunt, ne quidem fauore
nepotum, quibus proſpicere auus tanto ſtudio deſide-
rauit, & quorum patrem odio habuerit, aut de quo ſal-
tem iuſtam ſe habere crediderit querelæ cauſam, quis
putet nepotibus in conditione tantùm poſitis vſque
adeò fauere auum voluiſſe, vt eos propriè filio prædile-
cto, & ob eam cauſam inſtituto voluerit per fideicom-
miſſum ſubſtitutos? Præſertim cùm in ſpecie illa quam
Scæuola tractat, nihil interfuerit patris, an ſocero here-
dive ſoceri, cui quindecim debebat, ea quindecim red-
deret, an propriis liberis, quorum equidem debuiſſet
malle eſſe debitor, qui iam omnimodò debitor erat.
18 Vnde illud factum eſt, vt creditor à debitore ſuo, etiam
cui nihil relinquat, fideicommiſſum vtile relinquere
poſſit, *d. l. ſi pecunia 77. de legat. 1.* At in eo caſu quem
tractamus, negari certè non poteſt, quin filij heredis in-
ſtituti rogatique de hereditate, ſi ſine liberis deceſſerit
Sempronio reſtituenda, interſit quàm maximè ne ſuſ-
ceptis ex ſe ſuperſtitibúſque liberis fideicommiſſo vllo
teneatur, cùm alioqui futurum eſſet, vt omni onere fi-
deicommiſſi liberatus foret, haberétque liberam eorum
bonorum adminiſtrationem, quæ in caſum contrarium,
id eſt, ſi ſine liberis deceſſiſſet, Sempronio reſtituere de-
buiſſet. Verùm hæc ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat.
19 Quod verò idem Didacus, † ne quid prætermittamus,
poſt alios obiicit ex *l. denique 8. §. interdum D. de pecul.
legat.* peculium intelligi legatum aliquando in neceſſa-
rium antecedens, tum etiam, cùm re vera legatum non
eſt, vt puta, ſi ſtabiliter conditionis implendæ cauſa
centum ex peculio dare iuſſus ſit, multò minus ad rem
facit. Vt ex iis conſtare poteſt, quæ nos in illius loci ex-
plicationem ſcripſimus *d. cap. 17. lib. 17. coniect.* Neque
enim repetere placet nobis. Illud verò ſatis mirari non
poſſum, virum doctiſſimum in hoc ſuo errore tam per-
tinaciter tuendo, non ſolùm à veteribus illis prudenti-
bus, manifeſtáque iuris ratione, ſed à ſeipſo etiam diſ-
ſentire. Fatetur enim, contenditque toto illo §. 3. libe-
ros in conditione poſitos, non cenſeri vocatos, ne qui-
dem ex fideicommiſſo, nec ſi coniecturæ illæ concur-
rant, quas plerique ex interpretibus ſufficere arbitran-
tur, adeo vt ſi quando, inquit, iudex ab ea communi opi-
nione recedere velit, non temerè id facere debeat, ſed
cautè admodum, & attentè: perpenſis ſcilicet coniectu-
ris ex quibus deprehendi poſſit eam fuiſſe teſtatoris vo-
20 luntatem. † Cur enim verbis conditionalibus induca-
mus directam inſtitutionem potiùs quàm ſubſtitutio-
nem precariam? Pugnat ſanè id cum cæteris omnibus
interpretibus, ex quibus non reperies vel vnum, qui vn-
quam dixerit directam inſtitutionem potiùs quàm fidei-
commiſſum ex conditionalibus verbis induci. Omnes
contrà clamant facilius eſſe vt fideicommiſſum ex eiuſ-
modi verbis conditionalibus inducatur, quòd, vt putant
nudis coniecturis contentum ſit, quàm directa inſtitu-
tio, quæ niſi directis & ciuilibus verbis fieri nunquam
poſſit. Quæ interpretum, præſertim Ripæ, reſponſio eſt
ad eam obiectionem quæ pro nobis fit ex *d. § vlt. l. ſi quis
eum 16. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Quanquam non video
quid facile reſpondere poſſint ad conſtitutionem no-
uam Conſtantini in *l. quoniam indignum 15. C. de teſt.*
quæ induxit, † vt directa quoque heredis inſtitutio non 21
modò directis verbis fieri poſſit, ſed etiam inflexis &
obliquis. Denique quibuſcunque, dum conſtet de men-
te & ſententia teſtatoris. Quæ conſtitutio magnam certè
intulit iuri veteri plagam. Illud enim ipſum eſt quod
olim fideicommiſſis ſolis dicebatur. Non eſſe ſpectanda
verba fideicommiſſi, ſed ſententiam quibuſcunque ver-
bis, dum teſtator ſenſiſſet vt hereditas ſua reſtitueretur.
l. vbi purè. 19. §. 1. D. ad SC. Trebell. ſecundùm emenda-
tionem & interpretationem noſtram, quam ad eum lo-
cum protulimus lib. 4. Coniect. cap. 8. Nam ſi reſpondeas
pro interpretibus hoc etiamnum ex iure vetere ſupereſ-
ſe, vt neque inſtitutio, neque ſubſtitutio directa induci
poſſit ſine verbis & ex nudis coniecturis, quomodo fi-
deicommiſſum induci & olim potuiſſe & hodie poſſe
volunt, † dicam neque ſine verbis induci poſſe fidei- 22
commiſſum, aut olim potuiſſe quantæcunque coniectu-
ræ concurrerent, fuiſſéque non ſolum aliqua verba ne-
ceſſaria, ſed eiuſmodi quoque illa eſſe debuiſſe, vt dubi-
tari non poſſet quin teſtator de hereditate ſua reſti-
tuenda ſenſiſſet vt Paulus loquitur in *d. l. vbi purè. § 1.*
Proinde cùm tota directarum † precariarúmque ſubſti- 23
tutionum differentia in eo conſiſteret, quod directas
verbis directis fieri neceſſe erat, precarias verò inflexis
& obliquis, conſequens videtur vt ſi hodie precaria in-
flexaque verba ſufficere poſſunt ad directam inſtitutio-
nem, aut ſubſtitutionem, nulla ſuperſit differentia in-
ter directas & precarias voluntates. Atque ita paulatim
fiet, vt quâ audaciâ interpretes, tanquam noui quidam
ſupremique Imperatores fideicommiſſum ex nudis con-
iecturis inducunt, nullis licèt diſpoſitiuis verbis inter-
uenientibus, tandem poſſit & debeat quilibet dicere di-
rectam quoque inſtitutionem aut ſubſtitutionem ex
nudis coniecturis & ſine verbis vllis induci oportere.
Quod tamen quàm longè futurum ſit à mente Con-
ſtantini, apparet ex ipſa conſtitutione, quæ non verba
tollit, ſed verborum duntaxat diſtinctionem & ſollen-
nitatem, vt liceat hodiè teſtatoribus vti quibuſlibet
verbis, neque referat an imperatiuis & directis facta ſit
inſtitutio an inflexis. Secundùm quam conſtitutionem
dubitandum non eſt, quin ſi quis teſtamento ita dixerit
aut ſcripſerit, *Volo, aut cupio vt Titius ſit heres meus*, va-
leat inſtitutio, & quidem iure directo, ac tanquam dire-
cta, quæ tamen olim, tanquam facta precariis verbis, eo
iure valere non potuiſſet. Ergo quemadmodum nemo
hucuſque dicere auſus eſt † directam inſtitutionem aut 24
ſubſtitutionem induci poſſe ex nudis coniecturis, ſi ver-
ba diſpoſitiua, ſiue directa, ſiue precaria nulla ſint, (ta-
metſi nihil aliud requirat lex Conſtantini, niſi vt eo lo-
quendi genere formata ſit inſtitutio, per quod liqueat
voluntatis intentio: neque dubitent affirmare interpre-
tes, manifeſtiſſimam quoque videri voluntatem, quæ
non niſi ex indiciis colligatur & ex coniecturis:) Ita ne-
que ferre illos poſſum qui precariam voluntatem ex ſo-
lis coniecturis inducunt, nec illos proinde qui ex ver-
bis conditionalibus fideicommiſſariam ſubſtitutionem
induci volunt, negantes peræquè directam induci poſſe.
A contrario igitur, cùm negari non poſſit, vt ad tuen-
dam obiectionem noſtram redeamus, quin etiam hodie
poſt eam Conſtantini legem verum ſit, quod olim pru-
dentibus placuit, † inſtituto nepote ab auo, ſub hac 25
conditione *ſi filius ſe viuo morietur* non idcirco inſtitu-
tum intelligi filium, ſed præteritum, ita vt nullum ex
eo iniuſtumque fiat teſtamentum, cuius fauor alioqui
contrariam potiùs ſententiam ſuadere deberet, ſi non
nimis euidens iuris ratio obſtaret. Ita & fatendum eſt,
teſtatore ita ſcribente, *ſi filius meus ſine liberis deceſſe-
rit,*

rit, Sempronium ſubſtituo, nepotes in conditione fideicommiſſi Semproniani poſitos, non magis per fideicommiſſum, quàm directò patri ſubſtitutos intelligi oportere. Ex quibus apparet quàm falſum illud etiam ſit (adeo leuior error in grauiorem degenerat) quod reſ-
26 pondit *Curt.iun.conſ.*169.& † Didacus probat d.§.3.n.8. Si quis derogans futuris teſtamentis diſponat, & dicat velle ſe habere ſucceſſores eos qui ab inteſtato à lege vocantur, & addiderit placere ſibi vt valeat ea diſpoſitio omni meliori modo, cenſeri eum inſtituere heredes illos, qui ab inteſtato ſint ſucceſſuri propterea quòd, inquiunt, ea inſtitutio neceſſaria ſit ad tollenda futura teſtamenta, & ex clauſula adiecta colligatur intentio te-
27 ſtantis: Quaſi verò ad † habendum heredem teſtamentarium ſufficiat nuda voluntas, quod nos iam refutauimus: Multóque tolerabilius eſt, vt ſtulta & inanis voluntas intercidat teſtatoris, qui, cùm poſſet ſecundùm leges teſtari, noluit, quàm vt tot monſtris inducendis via pateſiat, vniuerſaque iuris ciuilis ratio pro tuendis interpretum ineptiis conturbetur. Fateor patremfamilias qui ſe teſtamentum facere dixerit, ſi iis verbis vſus ſit, quæ nos retulimus, poſſe fortaſſis videri teſtamentum feciſſe & heredes ſcripſiſſe legitimos ſucceſſores, quia nihil planè refert, an quis heredem ſcribat in ſucceſſorem: & ad hunc præcipuè caſum pertinet ſupradicta lex Conſtantini, quæ tollit penitus momenta & ſcrupuloſas ſolemnitates verborum. Sed vt ea voluntas,
28 † quam teſtator nomine teſtamenti non donauerit, fiat teſtamentum, ob id ſolùm quòd adiecta ſit clauſula, *omni meliori modo*, præſertim ad præripiendam teſtatori alterius teſtamenti faciendi facultatem, nec probare poſſum, nec concoquere. Qui video Bartolum quoque in *l.* 1. *nu.* 21. *D. de iur. codicill.* in ea eſſe ſententia, vt exiſtimet clauſulam illam *omni meliori modo*, in minus ſolenni voluntate appoſitam ius teſtamenti comprehendere nunquam poſſe, tanquam quòd ſit perfectius & maioris ſolennitatis, licèt omnia teſtamenti ſolennia concurrant. Sed etſi verum amamus fieri non po-
29 teſt † vt valeat teſtamentum, quo non alius heres inſtitutus ſit, quàm quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt. Heres enim inſtitui niſi ita, vt certò demonſtretur, nemo poteſt, *l. quoties* 9. §. *heres* 9. *D. hered. inſtit.* quia certum debet eſſe iudicium teſtantis, vt Vlpianus tractat in titulis, Tit. 22. Quid verò incertius, quàm cui ſit ab inteſtato ſucceſſurus? Nec ſimile eſt quod admittimus valere fideicommiſſa ab inteſtato relicta hoc modo, (*Quiſquis mihi heres bonorúmve poſſeſſor erit, eius fidei committo*) *l.* 3. *l. ab inteſtato* 16. *D. de iur. codic.* Etſi namque id illa ratione comparatum eſt, quòd credatur paterfamiliâs ſponte ſua relinquere ſucceſſoribus inteſtati legitimam hereditatem, vt Paulus ſcribit *l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. eod.* Longè tamen aliud eſt teſtari: Aliud verò, non teſtando tacitè ſubſequi legis volunta-
30 tem. Nam eius qui teſtatur, † certum iudicium eſſe debet eo ipſo tempore quo teſtatur, quod tamen tale eſſe nullomodo poteſt ſi non alios ſibi ſucceſſores eligat, quàm quos ei ab inteſtato morienti lex datura eſſet. At legis iudicium ſemper certum eſt, quia nec prius ſe lex interponit quam pater familias moriatur, quo demum inſtanti ſicut certa eſt quis tum ſit proximior, ita & quis ab inteſtato ſit ſucceſſurus: neque rurſum negare ille poteſt, quiſquis tandem ſit, quin ſuccedat ex tacito iudicio defuncti, in cuius ſcilicet poteſtate & arbitrio fuit facere teſtamentum, atque impedire ne quis vnquam ita legitimæ ſucceſſioni locus relinqueretur.

* * *

ERROR VI.

Ad l. 1. *C. de pact. l. heredes mei* 57. §. *cùm ita. l. qui filium* 74. *D. Ad S.C. Trebell. l. iubemus* 6. *C. eod.*

SVMMARIA.

1 *Species leg.* 1. *C. de pact. ex quâ colligitur liberos in conditione poſitos, non eſſe ex fideicommiſſo vocatos.*
2 *Ratio decidendi d. l. quod fuerit in poteſtate patris, vt de bonis, quæ, ſi ſine liberis decederet, reſtituere fratri iuſſus erat, non iniquâ ratione tranſigeret.*
3 *Si liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione, pater non poterit diſponere de bonis relictis in præiudicium liberorum.*
4 *Reſponſio ad l.* 1. *filium ex fideicommiſſo vocatum ideo non audiri, quod patris heres eſſet refellitur.*
5 *Filius licet patris heres poteſt ex propria perſona controuerſiam earum rerum facere, quas defunctus perperam alienauit.*
6 *Alia probatio petita ex l.* 57. §. *cum ita. D. ad SC. Trebell.*
7 *In d.* §. *cum ita, nepotes teſtatoris poni in conditione duplici, & tamen pro vocatis non haberi.*
8 *In d.* §. *duas tantum eſſe ſubſtitutiones, non quatuor, vt ſequitur ex aduerſariorum ſententia.*
9 *Qui liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poni autumant, duplex fideicommiſſum conſtituunt, vnum tacitum, alterum expreſſum.*
10 *Conditio ſemper præcedit diſpoſitionem, eamque ſuſpendit.*
11 *Expoſitio l.* 6. *C. ad S.C. Trebell. quâ auctoris ſententia confirmatur.*
12 *Fideicommiſſum tacitum, quod inducunt interpp. ſi vllum eſſet, purum vtique, non conditionale eſſe deberet.*
13 *An tacita conditio ſiue alia dilatio in fideicommiſſis induci poſſit.*
14 *Expoſitio l. vxorem.* 41. §. *vlt. D. de legat.* 3. *in quâ ex coniecturâ non differtur fideicommiſſum.*
15 *Legatorum & fideicommiſſoris nomine cauendum eſt, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt.*
16 *De præſenti fideicommiſſo quando caueatur.*
17 *In l. Epiſtolam.* 75. §. *vlt. propter verba tractum temporis ſignificantia differri fideicommiſſum in tempus mortis.*
18 *Verba illa ad fideicommiſſorum reſtitutionem pertinentia, cùm illi à te petierint, non ſunt conditionalia.*
19 *Fideicommiſſum illud habendum eſt pro puro, quod nullâ conditione aut die ſuſpenditur.*
20 *Conditio ad extraneum ſubſtitutum pertinens, non debet referri ad liberos heredis.*
21 *Ex Iuſtiniani conſtitutione nihil hodie per filium acquiritur patri extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfructum.*
22 *Differentia interpretum, quod ad conditionem attinet, inter expreſſum & tacitum fideicommiſſum liberis relictum refellitur.*
23 *Quod ſub conditione vni datur, vbi ademptum eſt ſub contraria alteri datum non neceſſario intelligitur.*
24 *Quod prius eſt à poſteriori pendere non poteſt.*
25 *Cum teſtator dicit, ſi ſine liberis deceſſerit, in quâ voce ſit conditio.*
26 *Teſtatorem adſcribendo illam conditionem fideicommiſſo, ſi ſine liberis deceſſerit, heredi ſuo fauere voluiſſe.*

27 *Conditionum quæ in futurum conferuntur triplex natura.*
28 *Fideicommiſſo expreſſo, quo vocatur ſubſtitutus,locum eſſe,ſequi,etiamſi tacitum ceſſerit.*
29 *Tacito fideicommiſſo, quod inducunt interpp. deſtrui expreſſum.*
30 *Reſponſio aduerſariorum,tacitum fideicommiſſum eſſe conditionale,expenditur.*
31 *Conditio in quâ poſiti ſunt liberi, non ſemper tempore mortis attenditur.*
32 *Expoſitio l.qui filium in pr. D.ad SC.Trebell.*
33 *Obiectio aduerſariorum refellitur.*

PRæter eas leges, quas interpretes adferre
ſolent, vt probent liberos in conditione
poſitos non eſſe ex fideicommiſſo vocatos,
de quibus totâ hac decade diximus, ſemper
mihi viſæ ſunt etiam hæ, quas huius capi-
tis inſcriptio præ ſe fert ad rem noſtram maximè perti-
1 nere. *In l.1.C.de pact.*† proponebatur pater quidam in-
ſtitutis duobus filiis Philino & Licinio Frontone, pe-
tiiſſe à Philino vt ſi vita ſine liberis decederet,heredita-
tem, id eſt, portionem ſuam hereditariam Licinio fratri
reſtitueret. Philinus cùm nullóſdum liberos tempore
diuiſionis haberet, ac vereretur ne fideicommiſſi con-
ditio eueniret, quæ in eo erat, vt per ſingula momenta
euenire poſſet, pactum cum fratre fecerat de dando ei
ſextante, vt incertum conditionis euentum redimeret,
ſibique liberam de toto portionis ſuæ reſiduo diſpo-
nendi facultatem compararet. Poſtea filium ſuſceperat,
Philinum etiam nomine, illóque ſuperſtite deceſſerat.
Filius hic de pacto inter patrem & patruum inito con-
querebatur, quaſi ſine cauſa pater patruo ſextantem
portionis ſuæ dediſſet, cùm nihil iuris in Philini por-
tione Licinius vnquam habuiſſet, aut habere potuiſſet,
neque viuo Philino, quia tandiu deficere poterat fidei-
commiſſum, præmortuo fortaſſis Licinio *l. Statius Flo-
rus.48.§.Cornelio Felici.D.de iur.fiſc.* neque eo mortuo,
quòd ſuperſtite filio deceſſiſſet atque ita fideicommiſſi
conditio defeciſſet. Imperatores Seuerus & Antonius
2 negant hunc audiendum, † ratione illa quæ in princi-
pio legis ponitur, quòd conditionis incertum inter
fratres non iniquis rationibus conuentione finitum
videatur. Volunt ergo fuiſſe in patris poteſtate, vt de
bonis, quæ, ſi ſine liberis decederet,reſtituere fratri iuſ-
ſus erat, liberè tranſigeret, eorumque partem alienaret,
tametſi poſteà deceſſerit ſuperſtitibus, quos teſtator
poſuerat in conditione fideicommiſſi. Proinde dici non
poteſt filium illum Philini in conditione poſitum patri
ſuo per fideicommiſſum tacitum fuiſſe ſubſtitutum:
alioqui vel ex ipſis interpretum noſtrorum traditioni-
bus conſequens fieret non valuiſſe pactionem, quam in
præiudicium nepotis tacitè ſubſtituti filius ad ſuum
3 commodum feciſſet, cùm huiuſce quæſtionis, † *An li-
beri poſiti in conditione ſint in diſpoſitione*, totus effectus
ille ſit, vt ſi fateamur eſſe vocatos non potuerit de iis
pater paciſci, aut aliter diſponere in præiudicium libe-
rorum. Nec quod reſpectu patris,cui ſpes fideicommiſſi
remiſſa eſt, iniquum pactum ex euentu videri non po-
teſt, facere deberet, vt eo minùs audiendus eſſet filius,
volens vocare ſextantem illum alienatum à patre, ſi vo-
catum ſe probare poſſet. Non enim ſunt iſta contraria,
Pactum non eſſe iniquum intuitu patris, neque tamen
filio damnoſum eſſe debere, ſi de bonis filij factum fue-
4 rit. Dices fortaſſe, † In ſpecie d. l.1. filium in conditio-
ne poſitum heredem fuiſſe patris qui de fideicommiſſo
pactum fecerat (quo enim alio iure, vel colore de pacti
iniquitate conqueri potuiſſet) proinde mirum non
eſſe ſi alienationem ſextantis à patre factam impugnare
nequeat, licèt ex fideicommiſſo vocatus dici poſſit,
quando tanquam patris heres factum ipſius præſtare
omnimodo teneatur, *l. cùm à matre 14. C. de rei vindi-
cat. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alien. l. ſiue poſ-
ſeſſio 14. C. de rei euict. l. vindicantem 17. l. Seia.73.
D. eo.* Sed reſpondeo, vt maximè verum illud ſit,filium,
eundemque fideicommiſſarium, ſi patris heres ſit, re-
uocare non poſſe alienationem fideicõmiſſi quam pater
fecerit (quod tamen non caret dubitatione apud no-
ſtros interpretes propter nullitatem alienationis factæ
contra legis prohibitionem, & de quo alibi nobis ex
propoſito tractandum erit) nihilominus probari aper-
tiſſimè ex d. l. 1. Philini filium in conditione poſitum,
ex fideicommiſſo vocatum non fuiſſe, quoniam alioqui
non illa tantùm ratione repellendum eum Imperatores
reſcripſiſſent,quòd patris pactum iniquum non fuiſſet,
cùm ea ratio filio ex propria perſona venienti nocere
non potuiſſet, ſed illo potiſſimùm quòd patri heres ex-
titiſſet, ſibique pacti paterni improbandi facultatem
omnem præripuiſſet, vt in *d. l. cùm à matre*, aliiſque ſu-
prà citatis. Sed & obſeruandum eſt,illo,etiam caſu,quo
filius, † idémque patris heres factum ipſius approbare 5
teneatur, non eo minùs tamen poſſe illum ſuo iure, &
ex perſona propria controuerſiam earum rerum facere
quas defunctus perperam alienauerit. Sed tantum ha-
ctenus ei nocere, quòd patris hereditatem agnouerit,vt
vel doli exceptione repelli poſſit, vel iure hereditario
de euictione conueniri, *d. l. vindicantem, & d. l. Seia.*
Itaque vel vtrumque, vel alterutrum ſaltem exprimere
Imperatores debuiſſent, ſi in ea fuiſſent opinione,vt po-
ſitus Philini filius in conditione, quem videbant quaſi
heredem patris conqueri de pactionis iniquitate, ad fi-
deicommiſſum ex propriâ perſonâ deberet admitti. At
contrà, non niſi de pacti æquitate tractant, vt appareat,
ſi pactum initio inſpecto adeò æquum fuit, vt ab ipſo
patre qui pactus eſt, reuocari non potuerit, nihil iuris
habere filium ſuperſtitem ad illud ex propriâ perſonâ
reuocandum, eſſéque illum ipſo iure ſine actione, ita vt
neque de doli exceptione contra ipſum opponenda
tractandum ſit, neque de euictione per ipſum præſtan-
dâ: quomodo tractandum eſſet ſi liberi in fideicommiſſi
conditione poſiti, eſſent in diſpoſitione. Alius locus † 6
qui pro ſententiâ noſtrâ facere maximè videtur contra
liberos in conditione poſitos, eſt apud Papinianum in
l. heredes mei 57. §. cum ita. D. ad SC. Trebell. de cuius
interpretatione ſatis certè obſcurâ & tamen perelegan-
ti, ſcripſimus copioſè lib.13. cap.18. Coniect. dicemus
nunc in tantùm quod ad propoſitam quæſtionem per-
tinebit. Pater ita ſcripſerat: *Fidei filiorum meorum com-
mitto, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit,
partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat. Quod ſi vterque
ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hereditatem ad
neptem meam Claudiam peruenire volo.* In hac ſpecie
cernimus liberos poſitos in conditione, † nec ſub vnâ 7
tantum, ſed (quod multò potentius eſſe creditur ad in-
ducendum ex coniecturâ fideicommiſſum) ſub duplici:
liberos, inquam, non qui ſint extranei teſtatori,ſed qui
ſint ex deſcendentibus, id eſt, nepotes ex filiis, de qui-
bus multò minùs dubitant interpretes, quin vocati vi-
deri debeant, ex leuioribus quoque coniecturis. Cerni-
mus etiam teſtatorem digreſſum fuiſſe ad plures gradus
ſubſtitutionum, iiſdem nepotibus in vtriuſque ſubſti-
tutionis conditione poſitis, ſubſtitutámque vltimo loco
neptem, quæ vtique aut minùs fuerat dilecta aut non
plus certè quàm nepotes in conditione poſiti, per quos
voluit auus eam excludi: Quæ vna etiam eſt ex præci-
puis coniecturis, quibus noſtri volunt bonum iudicem
moueri debere, vt liberos in conditione poſitos habeat
pro vocatis. Et tamen Papinianus qui in eo ipſo. §. ſcri-
bit in fideicommiſſis voluntatem maximè ſpectari
oportere, quique idem ſcripſerat in *l. cum proponeba-
tur. 64. de legat. 2.* in cauſa fideicommiſſi vtcunque
precaria voluntas quæreretur coniecturam ab Impera-
toribus admitti potuiſſe, tot licèt coniecturis hîc con-
currentibus, non dubitat, quin liberi in conditione
poſiti

poſiti non ſint vocati. Supponit enim pro re certa, & de qua dubitare nemo poſſit ſupraſcriptis verbis non niſi
8 duas † ſubſtitutiones fideicommiſſarias contineri. Vnam, quam ille expreſſim & disertè primam vocat in fauorem fratris ſuperſtitis, ſi priorem ſine liberis decedere contingeret. Alteram, eámque ſecundam in Claudiæ neptis commodum, ſi vterque filius ſine liberis moreretur. Sic enim ſcribit, *abſurdum eſſe reſpondi, ceſſante prima ſubſtitutione patris nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet.* Atqui ſecundum eos interpretes, qui putant liberos in conditione poſitos eſſe in diſpoſitione, dicendum eſſet, propoſitis verbis quatuor contineri ſubſtitutiones. Vnam, & quidem primam, in fauorem nepotum ex eo filio qui prior cum liberis diem ſuum obiiſſet: ſecundam, in fauorem fratris ſuperſtitis ſi prior ſine liberis deceſſiſſet: tertiam, in fauorem nepotum, qui ex alio filio nouiſſimo decedente ſupereſſent: quartam & poſtremam, quæ Claudiam teſtatoris neptem ad nouiſſimi ſine liberis defuncti hereditatem inuitaret. Ita namque omnes, qui contra nos ſentiunt, interpretes
9 ratiocinantur, † Teſtatorem, qui ſic loquitur, *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit, reſtituat hereditatem Sempronio*, duplex facere fideicommiſſum, vnum tacitum, idque anterius pro liberis grauati, ſi quos ille moriens ſuperſtites reliquerit, alterum expreſſum, quo in caſum contrarium nullorum ſuperſtitum liberorum Sempronius vocatur: quomodo tractat Illuſtriſſ. Card. Mantica. *lib. 11. De coniect. vlt. volunt. c. 2. n. 7. verſ. ſed ad iſtum in fin.* vbi ſcribit in hæc ipſa verba, *& maximè quia tale fideicommiſſum debet reſtitui à patre, qui primum intelligitur grauatus reſtituere filiis, & ſi ſine filiis deceſſerit, extraneo ſubſtituto.* Et ſanè ſi quis fateatur fideicommiſſum aliquod eſſe inducendum fauore liberorum, quos teſtator poſuerit in conditione, ſiue ſint illi ex deſcendentibus, ſiue non, eum fateri etiam neceſſe eſt, primum illud fideicommiſſum eſſe, non ſecundum, quia licèt prius ſit, vt quis liberos non habeat, quàm vt habeat, tamen ex quo quis liberos habere cœpit, prius eſt vt mori poſſit cum liberis, quàm vt ſine liberis: ac proinde conditio illa tacita, quam interpretes ſibi fingunt, vt fideicommiſſum hoc tacitum comminiſcantur, *ſi decedet cum liberis*, præcedit illam quæ in expreſſo fideicommiſſo expreſſa eſt, *ſi ſine liberis deceſſerit*, cùm vtraque ad mortis tempus referatur. Vt taceam fideicommiſſum hoc tacitum, quod eſt, induci ex ſola conditione expreſſi fideicommiſſi, *ſi ſine liberis deceſſerit*, non etiam ex ſubſequentibus illis verbis diſpoſitiuis, *reſtituat hereditatem Sempronio*, ideó-
10 que non poſſe non præcedere, † cùm conditio ſemper præcedat diſpoſitionem, tùm etiam cùm ordine ſcripturæ poſterior eſt, quia nec aliam ob cauſam adſcribitur, quàm vt diſpoſitionem ſuſpendat, ſiue tacita conditio ſit, ſiue expreſſa, *l. 1. vbi not. & paſſ. D. de condit. & demonſtr.* Falſum igitur eſſet, quod ſcripſit Papin. in d. §. cùm ita primam eſſe ſubſtitutionem illam, quæ facta eſt in fauorem fratris expreſſim ſubſtituti, ſi verum eſſet quod noſtri volunt, tot præſertim coniecturis concurrentibus, quot in Papiniani ſpecie concurrebant, liberos præmorientis in conditione poſitos pro vocatis habendos eſſe. Quod ſi in ea ſpecie non habuit illos Papinianus pro vocatis, rogo, quonam alio demum caſu vocati intelligentur? Indéque nimirum eſt quod Impe-
11 rator Zeno † in *l. iubemus. 6. C. ad SC. Trebell.* poſtquàm eum caſum tractauit, quo pater vel mater filio, ſeu filia, filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus inſtitutis, inuicem ſeu ſimpliciter quoſdam ex his, aut quendam rogauerit, qui prior ſine liberis deceſſerit, partem ſuam ſuperſtiti, ſeu ſuperſtitibus reſtituere, ſubiicit alium caſum tanquam nouum & penitus diuerſum necdum tactum, quo pater vel mater filio ſeu filia inſtitutis, vt in ſuperiore, heredibus, rogauerit eos caſve nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel pronepotibuſue ſuis ac deinceps reſtituere hereditatem. Nam cum vtroque caſu idem prorſus iuris Zeno conſtituat, vt omnimodo ex fideicommiſſo detrahatur Trebellianica, nec per imputationem redituum, vt antea, ſed de rebus ipſis hereditariis, quid attinebat caſum hunc ſubiungere, ſi ita ius erat vt liberi in conditione poſiti hoc ipſo per fideicommiſſum ſubſtituti viderentur? An non poſiti erant in fideicommiſſi extraneo relicti conditione primo caſu? Quid ergo potuit Zeno apertius ſcribere, vt oſtenderent patrem non aliter fideicommiſſo erga proprios liberos obſtrictum videri deberé, tametſi poſiti ſint in conditione, quàm ſi expreſſim ſit rogatus? Et verò ſi ex eo ſolo quòd liberi poſiti ſunt in conditione, cenſeri deberent vocati, dicendum eſſet ſtatim atque rogatus heres liberos ſuſcepiſſet, cogendum eum reſtituere propriis liberis hereditatem tanquam ex puro fideicommiſ-
ſo. Quid enim † poſſis comminiſci vt fideicommiſſum 12
hoc tacitum facias conditionale potiùs quàm purum? Nam cùm inducatur per interpretes ex coniecturata, vt loquuntur, mente teſtantis, qui ponendo liberos in conditione, oſtendit fuiſſe illos ſibi prædilectos: non erit bona conſecutio, ſi ex eo quod fideicommiſſum extraneo relictum fuit conditionale, velis inferre & hoc quoque conditionale eſſe debere. Conditio enim illa eſt quæ facit vt appareat, ſi noſtris credimus, extraneum fuiſſe minus dilectum quam liberos heredis grauati. Cur ergo à minus dilecto ad magis dilectum argumentabitur, vt nonniſi ſub conditione vocatus æque videatur qui magis dilectus fuit? Sed & diuerſitatis ratio manifeſta eſt, quia fideicommiſſum expreſſum conditionem expreſſam habet, *ſi ſine liberis heres deceſſerit*, tacitum verò illud quod ab interpretibus inducitur, nullam conditionem habet, neque expreſſam, cùm ſit ipſum taci-
tum: neque tacitam, cum tacita † conditio in fideicom- 13
miſſis nunquam inducenda ſit, at ne quidem alia dilatio vlla quæ impediat ne fideicommiſſum ſtatim peti poſſit, ſi non ex verbis ipſis teſtamenti inducatur *l. vxorem 45. §. vlt. de legat. 3.* vbi apertiſſimum & elegantiſſimum in
hanc rem extat Scæuolæ reſponſum. † Nam cum here- 14
dis fideicommiſiſſet teſtator, vt Seiæ vxori vniuerſam hereditatem reſtitueret, deinde & ipſius fideicommiſiſſet in hæc verba, *A te, Seia, peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit exceptis his quæ tibi ſuprà legaui, reliquum omne reddas, reſtituas Mæuiæ infanti dulciſſimæ: A qua Seia ſatis exigi veto, cùm ſciam eam potius rem aucturam, quam detrimento futuram*, & quæreretur an ſtatim Mæuia fideicommiſſum à Seia petere poſſet: reſpondit Scæuola, nihil proponi cur non poſſet: tametſi ex verbis illis, quibus prohibebatur exactio cautionis, poſſet capi coniectura non improbabilis dilati in tempus
mortis fideicommiſſi, cùm eorum præcipuè † legatorum 15
& fideicommiſſorum nomine cauendum ſit, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt, *l. 1. & tot. tit. D. vt*
legat. nomin. caueat. licet de præſenti † quoque fidei- 16
commiſſo, ſi non ſtatim præſtetur, cauendum ſit, quoniam moras nonnullas exercitio iudicij habet, vt Paulus ſcribit in *l. etiam 15. eod.* Sed & coniecturam voluntatis non leuem illud præbebat, quòd teſtator ita dixerat, *cum ſciam eam potiùs rem aucturam, quàm detrimento futuram.* Quid enim aut commodi & augmenti ſperare, aut detrimenti timere debeas in bonis fideicommiſſariis ab eo qui ſtatim fideicommiſſum reſtituere cogi poſſit? Sed tamen non eò minus Scæuolæ iudicium eſt, fideicommiſſum purum eſſe, quia iis verbis relictum erat, quibus nihil continebatur per quod videri deberet conditionale, aut in diem. Longéque diuerſa ſpecies eſt, de qua idem
Scæuola reſpondit † in *l. epiſtolam 75. §. vlt. D. ad SC.* 17
Trebell. vbi rogata nurus his verbis, *Rogo te vt id quod ex bonis meis ad te peruenerit, facias peruenire ad filium tuum*, placet Scæuolæ, non ſtatim, & iam nunc debere nurum reſtituere fideicommiſſum, ſed ad tempus quo nurus moreretur, fideicommiſſum aptandum eſſe. Nimi-

rum

rum quia verba illa *facias peruenire*, habent tractum
temporis ſucceſſiui,& ſatisfacit teſtatoris voluntati nu-
rus, quæ facit vt poſt mortem ſuam ea bona peruenire
ad filium ſuum poſſint, niſi quis probabilius putet ea ra-
tione motum Scæuolam, quòd filius, cui fideicommiſ-
ſum præſtare nurus iuſſa erat, in patris ſui poteſtate ad-
huc conſtitutus proponeretur. Nam vbi purè fideicom-
miſſum datum eſt, ſi adiectum ſit, *Rogo des filio tuo, fa-
ciáſque vt ad eum perueniat*, reſcriptum eſt videri in id
tempus dari, quo capere poſſit id, quo ſui iuris fiat, *l. vbi
purè 19. in princip. eod.* Sed & cùm Titia heredis inſtitu-
ti liberos habentis filij fideicommiſiſſet, vti rem ſuam
vniuerſam reſtitueret filiis ipſius heredis, liberiſve eo-
rum cùm ipſi petiiſſent, ſine vlla iuris cauillatione, idem
18 Scæuola noſter reſpondit his † verbis, *cùm illi à te petie-
rint*, conditionem fideicommiſſo adſcriptam non videri,
in l. Titia 86. De condic. & demonſtr. licèt dubitari ſoleat
etiam in ſtipulationibus an ea verba conditionem præ
ſe ferant, *l. ſi decem cum petiero 44. De verb. oblig.* ſubie-
ctáque nepotum poſt filios mentio apud Scæuolam non
parum ſuadere videretur, teſtatricem de eo fideicommiſ-
ſo vtique ſenſiſſe, quod non ſtatim reſtituendum eſſet.
Verùm ea ratio Scæuolam perpetuò mouet, quòd quo-
19 ties inducitur fideicommiſſum, † hæc verba vlla propo-
nuntur, ex quibus conditionale videri debeat, neceſſariò
pro puro habendum eſt. Ita fiet vt ſi quod fideicommiſ-
ſum fauore liberorum inducatur ex illis verbis *ſi ſine li-
beris deceſſerit*, non poſſit illud non eſſe purum, cùm dici
non poſſit, qua conditione, aut qua die ſuſpendatur.
Nam ſi dicas, Imo verò ea ipſa verba ex quibus tu fidei-
commiſſum hoc tacitum inducis, eſſe conditionalia:
20 Reſpondebo eſſe conditionalia, † quod ad extraneum
ſubſtitutum, quem non aliter ad fideicommiſſum ad-
mitti teſtator voluit, quam ſi grauatus heres ſine liberis
moreretur: ſed quod ad liberos pertinet, nullam prorſus
conditionem adſcriptam eſſe, tacitam verò ſubintelligi
nullam poſſe, niſi eam quæ tacitè ineſt, & quæ nonniſi
ridiculè exprimi potuiſſet, *ſi liberi aliqui erunt*. Quomo-
do enim poſſis heredis grauati liberos ex fideicommiſſo
vocare, niſi ſi qui ſint? Ergo qui ex illis verbis, *ſi filius
meus ſine liberis deceſſerit, volo vt reſtituat hereditatem
meam Sempronio*, audent inducere fideicommiſſum pro
nepotibus poſitis in conditione, fateri eos neceſſe eſt
perinde eſſe acſi teſtator dixiſſet, *ſi filius meus liberos ſuſ-
ceperit, volo vt iis reſtituat hereditatem*, quo caſu nemo
dubitaret, quin fideicommiſſum purum eſſet, ſtatimque
reſtituendum petentibus, quandocunque nepotibus,
ſiue pater, idémque heres, ſcriptus paternam heredita-
tem agnoſcere nollet, eludendi fideicommiſſi gratia, *l.
cogi. 16 §. ſi pater, & ſeq. D. ad SC. Trebell.* ſiue vltro ſe im-
21 miſcere vellet, cum nouo iure quo vtimur, † ex Iuſti-
niani conſtitutionibus nihil per filium acquiratur patri
extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfru-
ctum, *l. cum oportet. 6. & vlt. C. de bon. quæ liber.* proindé-
que ceſſet ratio illa quæ olim fideicommiſſi exactionem
in id tempus, differebat, quo filius ſui iuris factus eſſet,
vt diximus ex ſcripto, de quo in *d. l. vbi purè 19. ad SC.
22 Trebell.* Inſtabis fortaſſe, † Multùm intereſſe, an teſtator
ita ſcripſerit, *ſi filius meus liberos ſuſceperit, volo vt iis re-
ſtituat hereditatem*, an verò fauore liberorum poſito-
rum in conditione illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, fideicom-
miſſum tacitum inducamus, propterea quòd prioris ge-
neris fideicommiſſum, vtique purum eſſet, vt diximus,
Poſterius verò non poſſit eſſe non conditionale, quan-
do ex conditione illa inducatur, *ſi ſine liberis deceſſerit*,
in contrarium ſcilicet caſum, & ſub contraria conditio-
ne, *ſi cum liberis deceſſerit*. Et hoc ſanè eſt, in quo inter-
pretes omnes meo iudicio falluntur. Nam animaduer-
tere debuerunt id quod ſub conditione ademptum eſt,
ſub contraria conditione datum, aut ex diuerſo, quod
ſub conditione datum eſt, ſub contraria ademptum in-
telligi, *l. aliquando 107. De condit. & demonſtr.* quod ad
vnam eandémque perſonam attinet. Sed cùm fit tranſi-
tus à perſona in perſonam, † nulla ratio eſt, vt quod ſub 23
vna conditione vni datum fuit, non niſi ſub altera &
contraria datum alteri videatur, cui dari potuit purè. Id-
que tantò magis in propoſito locum habere debet,
quòd, vt ex interpretum ſententia iam diximus, fidei-
commiſſum illud tacitum, quod volunt ipſi inducen-
dum eſſe fauore liberorum, quos teſtator in conditione
poſuit, naturâ prius & anterius eſt eo quod non niſi ſub
conditione relictum extraneo fuit. Proinde nihil cauſæ
eſt cur ob expreſſam illius conditionem debeat ſuſpen-
di, cùm quod † prius eſt, ab eo quod poſterius ſit, pen- 24
dere non poſſit. Sed & obſeruandum eſt, in conditione
illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, conditionem non † eſſe in 25
verbo illo *deceſſerit* (eſſet enim ea conditio mortis om-
nimodo extitura, & conſequenter non faceret fideicom-
miſſum conditionale, aut in diem ſiue certum ſiue in-
certum, quia per modum conditionis adſcripta eſſet,
non etiam per modum diei & temporis, quomodo face-
ret conditionem, diémque incertam ſi teſtator ita ſcri-
pſiſſet, *cum morietur*, vt in *l. 1. §. dies autem, D. de condic.
& demonſtr. iunct. l. quòd ſi 18. D. de condict. indeb.*) ſed in
illis verbis, *ſi ſine liberis*, quia licet certum ſit heredem
aliquando moriturum, incertum tamen eſt, an cum libe-
ris, an ſine liberis ſit moriturus. Contraria igitur condi-
tio non illa videri debet, quam interpretes putant, *ſi cum
liberis deceſſerit*, ſed illa potiùs, *ſi cum liberis vixerit*, quæ
nihil prorſus ab hac diſtat, *ſi liberos ſuſceperit*. Nam &
verbo *deceſſerit* contrarium hoc eſt *vixerit*, tametſi po-
neres eo verbo *deceſſerit*, non tam dilatam in tempus
mortis, quàm expreſſam conceptámque fuiſſe conditio-
nem. Neque rurſus quæ ratio prudentem teſtatorem
mouit, vt conditionem illam *ſi ſine liberis* ad tempus
mortis conferret, eadem facere poteſt, vt contraria con-
ditio *ſi cum liberis*, in idem mortis tempus collata videri
debeat. Voluit enim teſtator, † & debuit conditionem 26
illam *ſi ſine liberis*, ad tempus mortis heredis grauati ac-
commodare, ſi filius is eſſet, ſiue extraneus, vt heredi ſuo
faueret. Et quidem duplici ratione, cogitans nimirum
fieri poſſe, vt heres hic liberos ſuſciperet, quibus eam
ipſam hereditatem, ſi vellet ex teſtamento aut ab inte-
ſtato relinquere, prohibendus non eſſet, aut etiam, vt
quáuis liberos ſuperſtites nullos relinqueret, extraneus
tamen ille per fideicommiſſum ſubſtitutus præmorere-
tur, atque ita grauatus heres fideicommiſſi onere libera-
retur, *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.*
At ſuſceptis ſemel liberis, nihil eſt propter quod moue-
ri teſtator debeat ne purum faciat fideicommiſſum, ſi
quod pro liberis facere velit: quia nunquam contra pa-
rentis votum capienda eſt ominoſa illa interpretatio,
quæ non aliam rationem habeat, quàm quòd liberi ante
patrem mori poſſint, vt eleganter Papinianus reſpon-
dit in *l. cum tale 72. in princip. & §. 1. D. de condit. & de-
monſtr. l. Iulianus 26. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Præ-
ſertim cùm mortuo quoque filio ante patrem, ſiquidem
ſuperſtitibus ex ſe liberis ad eos quoque eandem here-
ditatem peruenire poſſe æquum ſit, & ex aui ipſius voto
l. cum auus 102. D. de condit. & demonſtr. Sin liberis nul-
lis relictis, redeant bona illa ad patrem, à quo per fidei-
commiſſum abſceſſerant, ſic euenit vt nulla fiat iniuria
patri, nulla voluntati teſtatoris, in eo, quòd tacitum hu-
iuſmodi fideicommiſſum pro liberis in conditione po-
ſitis purum conſtituatur, ſi nulla in eo ſit, quòd nullis
fideicommiſſi verbis interuenientibus inducatur. Cúm-
que † conditionum omnium, quæ in futurum confe- 27
runtur, triplex natura ſit: quarundam quæ ad id tem-
pus, quo teſtator adhuc viuat, aliarum, quæ ad id, quo
iam ſit mortuus, nonnullarum etiam quæ ad alterutrum
pertineant, conſtat eas quæ ſunt tertij huius generis, in
quarum numero hæc vtique eſt, *ſi liberos ſuſceperit*, quá-
docunque ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore impleri poſſe,
& impletas prodeſſe *l. conditionem 91. eod. tit.* Quo tamen
admiſſo.

qui huic ipſi heredi, ſi ſine liberis decederet, fuerat per fideicommiſſum ſubſtitutus. Cùm enim non tantùm duo fideicommiſſa ſint, ſed etiam duo gradus fideicommiſſi, conſequens eſt, vt nullo caſu vterque admittatur, quemadmodum de duobus gradibus heredum Iulianus ſcribit in *l. cum in teſtamento 37. de hered. inſtit.* Et tamen
29 non eo minùs verum eſt, † poſterioris fideicommiſſi conditionem exiſtere, grauatumque heredem qui liberos aliquando ſuſceperit, iis tandem præmortuis ſine liberis deceſſerit, *l. ex facto 17. §. ſi quis autem. D. ad SC. Trebell.* Cur ergo fideicommiſſum intercidet cuius conditio extiterit? An non prorſus abſurdum eſt, vt ex fideicommiſſo expreſſo tacitum inducamus per quod deſtruatur expreſſum? An potiùs, ne id inueniat, fideicommiſſum aliud etiam tacitum, tertiumque inducemus, quo rogati intelligantur liberi vt purum illud fideicommiſſum à patre acceptum ſubſtituto reſtituant in eum caſum quo patri prædecedant? At quid ſi rurſum præmortuis liberis, ſubſtitutus quoque extraneus præmoriatur? Cur dicamus rogatos intelligi liberos, vt ei fideicommiſſum reſtituant, qui poſſit & ipſe nunquam admitti? An verò probabilius arbitrabimur, vt bona quæ ex priore fideicommiſſo à patre grauato ad liberos in conditione poſitos peruenerunt, poſtmodum ad patrem ab inteſtato recurrant, vt nouo ſecundi fideicommiſſi onere in fauorem extranei ſubſtituti pater prematur? Iſta verò omnia quàm abſurda ſint, quis non videat? quis non fateatur? Nam ſi dicas huiuſmodi abſurdis om-
30 nibus viam præcluſam iri, ſi fideicommiſſum, † quod interpretes tacitè inducunt pro liberis in conditione poſitis, conditionale non purum eſſe admittamus: conditionem vero illius hanc eſſe, ſi filius, aliúſve, quiſquis ille ſit, heres grauatus ſine liberis deceſſerit, vt mortis tempus proinde expectari oporteat: replicabo abſurdius illud fore, ſi fideicommiſſum iam per ſe commentitium pro conditionali habeamus, nec tamen conditionis verba vlla proferre poſſimus, vt iam probauimus ex *l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3. l. Titia 86. de condit. & demonſtr.* Itémque ſi conditionem fideicommiſſi ad mortis tempus referamus, de quo teſtator in hunc caſum nihil dixerit. Nihil enim prohibet liberos in fideicommiſſi
31 conditione poſitos eſſe, † & ita tamen, vt non idcircò mortis tempus inſpici oporteat, vt in ſpecie *l. heredibus 77. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm teſtator ita ſcripſiſſet, *Voſque liberi chariſſimi, hoc fideicommiſſo inuicem teneri volo, donec binos liberos educaueritis*, id eſt, *ſi binos liberos non educaueritis*: reſpondet Scæuola, fideicommiſſi onere liberatos eſſe heredes filij qui binos liberos procreauerat, licèt ſuperſtites eos non reliquiſſet, quia nimirum conditio in quâ poſiti erant liberi, ſic concepta erat, vt de mortis tempore teſtatorem cogitaſſe dici non poſſet.
32 Sic & in ſpecie, † *l. qui filium 74. in princip. eod. tit.* teſtatore, qui filium & filiam habebat, ad filiam ita locuto, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, licèt imperatori placuerit, quod nulli prudentum placere potuiſſet, fideicommiſſum ex eiuſmodi verbis induci, ac ſi rogata eſſet filia, vt ſi priùs moreretur quàm liberos ſuſciperet, fratrem heredem faceret (quod ipſum ad fideicommiſſi cauſam ſufficere Senatus voluit, *d. l. ex facto. in princip. eod. l. filiuſfamilias 114. §. vt quis heredem de legat. 1.*) nemo tamen hucuſque perinde dixit, filiæ liberos, quos negari non poteſt in conditione poſitos eſſe, ad fideicommiſſum aliquod tacitum inuitatos videri debere, ſiue matri ſuperuixerint, ſiue prædeceſſerint: tametſi certum ſit vtroque caſu, & ex quo nati ſunt, facere illos vt extinguatur fideicommiſſum fratri alioquin debitum à ſorore. Quidni vero ita concepto fideicommiſſo, *reſtituito hereditatem Sempronio, ſi liberos nullos ſuſceperis*, æquè dicemus relictum eſſe ſuſceptis quandocunque liberis tacitum fideicommiſſum, adeóque purum, cum nulla mortis mentio facta ſit, atque inducimus conditionale in caſum & tempus mortis quoties ſic concepta eſt conditio, *ſi ſine liberis deceſſeris*? An non vtroque caſu liberi poſiti ſunt in conditione? An non vtroque caſu, ſi interpretibus credimus, prælati ſunt ſubſtituto, tanquam magis dilecti minùs dilecto? † Nam ſi dicas, 33
quod ſtatim occurrit, fideicommiſſi verba illa fuiſſe, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, ac proinde teſtatorem hoc ipſo teſtandi facultatem permiſiſſe videri in caſum contrarium, quo liberi eſſent: quæ teſtandi facultas expreſſim data fideicommiſſi taciti coniecturam penitus excludit. In promptu reſponſio eſt, argumentum hoc à contrario ſenſu nihil aliud concludere, quàm vt in præiudicium fratris, quem alioqui ſorori ſubſtitutum pater voluerat, poſſet illa teſtari: At non in præiudicium liberorum, ſi qui eſſent tempore mortis & conditi teſtamenti: quibus ſcilicet fideicommiſſum deberetur ſtatim ex quo ſuſcepti eſſent, non expectato tempore teſtamenti aut mortis: quemadmodum enim dubitandum non eſt, quin fideicommiſſum, quod ex eiuſmodi verbis inductum Imperator voluit, finiatur ſtatim atque filiæ nati ſunt liberi, propter verba illa, quæ in eam rem ſunt aperta, *donec liberi tibi ſint*, vt & in *d. l. heredibus*, verba illa, *donec binos liberos educaueritis*, faciunt, vt educati liberi, quamuis prædefuncti efficiant deficere fideicommiſſum, ita & dicendum eſt, finito eo fideicommiſſo aliud incipere, ſi quod fauore liberorum induci poſſit, cùm Paulus ſcribat, placere Imperatori vt ea ſcriptura ſic accipiatur, ac ſi pater filiam rogaſſet vt hereditatem ſuam reſtitueret: nimirum ſi liberos nullos ſuſciperet. Ergo ſicut in ſpecie *d. l. qui filium*, nemo hucuſque dixit liberos in conditione poſitos debere credi vocatos: Ita neque vocati videri debent in ea ſpecie quam nos tractamus, cum quis hereditatem reſtituere rogatus eſt ſub hac conditione, *ſi ſine liberis morietur*.

ERROR VII.

De hereditate delata monacho poſtea mortuo ante aditionem: An poſſit monaſterium eam adire, vt etiam vulgari ſubſtituto præferatur.

SVMMARIA.

1 *[illegible] quæſtionis, An hereditas delata monacho, ſine eius facto (puta monacho ante aditionem mortuo, aut repudiante) acquiratur monaſterio.*
2 *Sententia Iuly Clari propoſitâ quæſtione.*
3 *Sententia Bartoli diſtinguentis caſum quo repudiat monachus ab eo quod decedit ante aditam hereditatem, vt illo admittatur monaſterium, hoc non item.*
4 *Ratio decidendi Bartoli, quod monachus ſit ſimilis filiofam. quo nolente adire pater admittitur, mortuo verò ante hereditatem aditam excluditur.*
5 *Ius nouum à Iuſtiniano contra rationem inductum l. vlt. C. de bon. quæ liber.*
6 *Monachus non habet velle aut nolle, non verum dominium, aut adminiſtrationem, nec ſibi ſed monaſterio acquirit.*
7 *Seruus omnia acquirit domino etiam inuito, nec niſi meri facti voluntatem habet.*
8 *Seruus magis habet neceſſe parere domino, quàm monachus prælato.*
9 *Monachus eam habet voluntatem quæ eſt meri facti.*
10 *Qui iuſſu patris aut domini hereditatem adit, fallens nihil agit.*
11 *Monachus cur non poſſit adire hereditatem ſine ſuperioris autoritate.*
12 *Seruus ex cuius perſonâ habeat teſtamenti factionem.*

13 Factum

13 *Factum ſerui requiritur in adeundo vt per eum acquiratur hereditas ei cuius contemplatione inſtitutus eſt.*
14 *Monachum ſine aditione monaſterio hereditatem non acquirere.*
15 *Exceptio ſuperioris pronuntiati.*
16 *Filiofam. repudiante, an poſsit pater hereditatem adire & ſibi acquirere.*
17 *Monachus an rectius filiofam. comparetur, vt vult Bartolus, quàm ſeruo.*
18 *Filiusfam. & iure veteri & multò magis nouo capax eſt acquiſitionis.*
19 *Filiusf. non ſibi ſed patri acquirit adeundo hereditatem contemplatione patris ſibi relictam.*
20 *Monachus eſt acquiſitionis omnino incapax, in quo eſt ſeruo ſimilis.*
21 *Inſtituto monacho, ſemper monaſterij contemplatione inſtitutus præſumitur.*
22 *In ijs, quæ pertinent ad peculium profectitium, nihil innouauit Iuſtinianus.*
23 *Peculium profectitium quid.*
24 *Sequacium Bartoli reſponſio exploditur.*
25 *Pater ſine filio acquirere ſibi non poteſt hæreditatem filio delatam.*
26 *Color æquitatis non ſufficit, vt ea inducantur, quæ iuri explorato repugnant.*
27 *Ratio Ripæ quâ ineptè adſtruitur eum adire qui expreſsim repudiat.*
28 *Eius eſt adire teſtamentariam hereditatem, cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legem.*
29 *Eſſe heredem iuris eſt, eſſe inſtitutum facti.*
30 *Quæ ſunt facti in alium tranſire non poſſunt.*
31 *Heres inſtitutus cur locupletior factus non cenſeatur, priuſquam hereditatem adierit.*
32 *Ius monaſterij non lædi per monachum inſtitutum & adire recuſantem contra Bartoli aſſeclas.*
33 *Creditor non poteſt conqueri de debitore delatam ſibi hereditatem adire nolente, ex quâ ſuum conſequatur.*
34 *Facto opus eſt ad acquirendam hereditatem.*
35 *Religioſa res eſt iuriſprudentia, vt proinde non ſit temere violanda.*
36 *Conditio vulgaris ſubſtitutionis* Si inſtitutus heres non erit, *quando exiſtat.*
37 *Monachus quandiu adire poſſit.*
38 *Diſtinguentium, an monachus ante aditam hereditatem mortuus ſibi hereditatem delatam, an ignorauerit ſententia exploſa.*
39 *Sine ſcientiâ nulla eſt aditio.*
40 *Hereditas delata non acquiritur aditione.*

1 TRactatur hæc quæſtio † ab vtriuſque iuris interpretibus maxima, non tantùm contentione, ſed etiam opinionum diſſenſione, vt inter cæteros atteſtatur Iulius Clarus in §. *Teſtamentum q.* 30. vbi ait periculoſam eſſe quæſtionē propter tam multa & tā magna argumēta quę in vtrāque partem afferūtur: Canoniſtis defendentibus hereditatē, in qua Monachus ſit inſtitutus, ipſi monaſterio rectè delatam intelligi, vt nullo facto Monachi opus ſit ad eam acquirendam: quam opinionem ſequitur etiam Couarruuias ad *ca.* 1. *num.* 21. *De teſtam.* Legiſtis contrà affirmantibus factum Monachi eſſe neceſſarium, nec niſi eo adeunte hereditatem, Monaſterio acquiri poſſe. Ex qua diſſenſione illa non dubitant Canoniſtæ quin hereditas nihilominus tranſmittatur ad monaſterium in eáque monaſterium ſubſtituto præferatur: indéque diſputant an monaſterium, an verò ſolus Abbas adire poſſit: Legiſtæ verò vtroque caſu excludunt monaſterium, & conſequenter admittunt vulgarem ſubſtitutum. Illam autem quæſtionem, vtrum monaſterium an Abbas adire poſſit, planè otioſam & ineptam arbitrantur. Neque verò facilè poteſt † Clarus decernere vtra opinio 2
præualere debeat, ſed in id tandem incidit, vt putet Canoniſtarum opinionem ſequendam eſſe in foro Eccleſiaſtico, Legiſtarum verò in foro ſæculari. Video tamen
Bartolum † diſtinguentem ad *l.* 1. *num.* 23. *& ſeq. D. de* 3
vulg. & pup. ſubſ. An monachus repudiauerit, an verò deceſſerit ante aditam hereditatē. Monacho ante aditam hereditatem mortuo, negat monaſterium admitti, quia nec pater admitteretur ante aditionem defuncto filiofamiliâs extra caſum, *l. ſi infanti* 18. *C. de iure delibe.* id eſt, præterquam ſi filius familiâs infans proponeretur. Monacho verò repudiante, vult admitti monaſterium, quia, inquit, & pater admitteretur filiofamiliâs repudiante ex *l. vltim.* §. *ſin. autem in ſecunda & ſequentib. Cod. de bon. quæ lib.* Concludit enim † Bartolus *ad d. l.* 1. *nu.* 21. Monachum qui, 4
quòd in Monaſterij iure ac poteſtate ſit, filiofamiliâs aut ſeruo æquiparandus videatur, in hoc tamen magis eſſe ſimilem filio quàm ſeruo, & Monachalem, vt inquit ipſe, ſubiectionem magis eſſe filialem, quàm ſeruilem. Si eſſet comparandus ſeruo, repudiatio ipſius noceret monaſterio, & prodeſſet ſubſtituto. Nam id in ſeruo nolente adire, & cui vulgaris ſubſtitutus datus fuit nominatim, conſtitutum eſt vt eius repudiatio faciat ſubſtituto locum in *l.* 3. *C. de hered. inſtit.* Nec aliud iuris in filiofamilias olim fuiſſe credendum eſt. Sed vt hodie
aliud eſſe Bartolus crediderit, & poſt eum ceteri, fecit † 5
bona conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. vlt. de bon. quæ lib.* quâ inductum eſt contra omnem planè iuris rationem, vt filiofamilias nolente adire eam hereditatem in qua fuerat ipſe inſtitutus, liceat patri adire, per ſe, eámque hereditatem ſibi acquirere, ac ſi fuiſſet ipſe ab initio inſtitutus. Ego verò non poſſum ſatis mirari cur putent noſtri tam difficilem & periculoſam eſſe hanc quæſtionem, de qua ſi veram Iuriſprudentiam conſulamus, ne minimam quidem, niſi me valdè fallo, dubitandi ratio-
nem inueniemus. Eſto enim quod volunt Canoniſtæ, † 6
Monachū neque habere velle, neque nolle, ſed ex imperio ſui ſuperioris ac prælati pēdere: *Can. nolo. & can. non dicatis.* 12. q. 1. *ſi religioſus. De elect. in* 6. nullum rerum dominium eſſe penes Monachum, nullámque adminiſtrationem. §. *illud. Nou. de Monachis.* non ſibi eum, ſed monaſterio acquirere. *c. ſtatutū.* 18. q. 1. Denique ſolius Monaſterij contemplatione in dubio relictum præſumi quidquid Monacho relinquitur: *cap. requiſiuiſti De teſtam.* (nam nec dubitari poteſt quin hæc omnia vera ſint) quænam tamen cauſa eſt, cur ex eo Canoniſtæ inferant monaſterio hereditatem acquiri poſſe nullo facto Monachi intercedente? Aut cur non liceat nobis de ſeruo dicere, non eſſe aditionem ipſius neceſſariam, vt hereditas, quæ ipſi inſtituto delata fuit, domino acquiratur, contrà quam ſcriptum ſit in *d. l.* 3. *C. de hered.*
inſtit. Nam & ſimiliter verum eſt nihil poſſe † ſeruum 7
ſibi acquirere aut proprium habere, ſed acquirere omnia domino, etiam inuito, *l. etiam.* 32. *D. de acq. rer. l. ſeruus vetante* 62. *D. de verb. oblig.* neque voluntatem vllam habere intelligi, niſi quæ ſit meri facti, cùm non
minus neceſſe habeat parere domino, † quàm Mona- 8
chus Prælato, imò multo magis, quia etiamſi quid improbum per ſe ac malum ei imperetur, parere tamen cogitur: ideóque à pœna excuſatur, præterquam ſi tale factum ſit quod in ſe habebat atrocitatem facinoris *l. ſi qui puteum.* 11. §. *an ignoſcitur. D. quod vi aut clam l. ſeruus.* 20. *D. de oblig. & rel.* cùm tamen Prælato mala & improba iubente non cogatur Monachus obedire. Sed & in iis quæ iuſta ſunt & bene imperata, non poteſt negari quin etiam Monachus hác voluntatē retineat quæ eſt facti, & qualem ſeruus quoque habet: alioqui neque obedientiæ votum violare, neque damnationem æternā demereri Monachus vnquam poſſet, ſi volūtatem nullā haberet. Cur enim damnatur quiſquis vnquam ex Monachis niſi quia vult peccare, cum non vult obedire?

Habet igitur † Monachus & voluntatem, & noluntatem
illam quæ eſt meri facti, & quæ tamen vſque adeò requi-
ritur in aditione, cùm etiam cùm filius, aut ſeruus patri
aut domino acquirit hereditatem, vt ſi filius, aut ſeruus
10 iuſſu patris aut domini † adeat quidem hereditatem,
ſed fallens, id eſt, non habens illam adeundi voluntatem
quam fingit ſe habere, nihil agat. *l. qui aliena. 6. §. vltim.*
ad l. cum qui metu verborum. D. de acquir. hered. Illud
11 vtique non nego Monachum † heredem inſtitutum non
poſſe adire hereditatem, niſi cum authoritate & conſen-
ſu ſuperioris, in quo omnes conſentiunt. Sed nego id
fieri eo quod nullam habeat voluntatẽ, vt malè nonnul-
li putant: at ex eo potiùs, quòd cùm Monachus acquirat
omnia monaſterio, ſi poſſet adire ſine authoritate ſupe-
rioris, monaſterium heredem faceret, atque ita ipſum
oneribus hereditariis inuitum & ignorans obligaret:
quod eſſet iniquum, vt de omnibus qui in aliena pote-
ſtate ſunt, ſcriptum eſt in *d. l. qui in aliena in prin.* Nec
turſus ad rem facit quòd quoties Monachus inſtituitur,
non niſi monaſterij contemplatione in dubio inſtitutus
12 intelligitur. Nã & idem in ſeruo dici poteſt; † qui ne-
que vllam teſtamenti factionem ex perſona propria ha-
bere poteſt, ſed tantùm ex perſona illius, cuius contem-
platione ipſe heres inſtituitur, ſi dominus ille ſit &
proprietarius, ſiue vſufructarius, *l. non minus. 31. D. he-
red. inſtit. l. ſi ſeru. 21. & ſeq. D. vſufr.* & tamen non eo
13 minus factum † ſerui in adeundo neceſſarium eſt, vt per
eum acquiratur hereditas ei, cuius contemplatione in-
14 ſtitutus fuit. Idem igitur in Monacho dicendum eſt, †
vt ſine aditione nõ poſſit monaſterio acquirere heredi-
tatem. Et ſanè quid abſurdius eſt, quàm vt qui in aliena
eſt poteſtate, aut alio modo heredẽ alium faciat, quàm
quo poſſet ipſe fieri heres, ſi eſſet ſui iuris. Atqui ſi eſſet
ſui iuris, non fieret heres, niſi adeundo, præterquàm ſi
ſuus & neceſſarius heres proponeretur. Ergo ſi vel filius
familias, vel ſeruus, vel monachus ſit, heredem alium
facere non poterit niſi adeundo, præterquàm ſi agas de
15 hereditate, † quæ ipſi tanquam ſuo & neceſſario heredi
deferatur. Hanc enim certum eſt ipſo iure acquiri, &
citra vllam aditionem, vt per filium poſſit interdum
fieri heres pater, & quidem neceſſarius qui fuerat exhe-
redatus, vt in *d. l. qui in aliena. 6. §. interdum D. de acq.
hered.* idque ſicut in ſeruo expeditũ eſt, & ſine dubita-
tione, ita & in monacho ab omnibus admitteretur, niſi
illi qui pro monaſterio reſpõdent, perſuaſum ſibi habe-
rent, monachũ filio familiâs potiùs quàm ſeruo æqui-
16 parandum eſſe. † Nam in filiofamiliâs diuerſum ius
eſſe putant, vt non ſolùm adeundo, ſed etiam repudian-
do poſſit heredem facere patrem: imò nonniſi repudian-
do, cùm ſi adeat, licèt conſentiente, adeóque iubente
patre, fiat heres ipſe, nec faciat patrem heredem: non
quidem ſi veram iuris rationẽ inſpicias, ſed ſi ius nouum
intueare, quod induxit Iuſtinianus in l. vltima, & in
l. cùm oportet 6. C. de bonis quæ liberis, vbi fecit non ſolùm
vt filius familiâs ab extraneo heres inſtitutus, dummodò
non contemplatione patris poſſit adeundo ſibi heredi-
tatem acquirere, quantum ad proprietatem, ſaluo patri
ſolo vſufructu: ſed etiam, vt filio familiâs nolente adire
iuſſu patris, liceat ipſi patri perinde adire ſuo nomine
& commodo, nec tantùm vſumfructum, verum etiam
proprietatẽ ſibi acquirere ac ſi ſolus ipſe ab initio fuiſ-
ſet inſtitutus. Videamus tamen ne hæc ratiocinatio du-
plici errore labefactetur: Vnus ille eſt, quòd iſti Barto-
lum ſecuti, putant vſque adeo producendam & exten-
dendam eſſe Iuſtiniani conſtitutionem, vt pater præ-
ferri debeat vulgari ſubſtituto, cùm hoc ſolo co-
lore aut exemplo moueantur: vt pro monaſterio iti-
dem contra ſubſtitutum reſpondeant: quod ipſum
tamen quàm falſum ſit, docebimus in errorem
ſeptimum Decadis trigeſimæ tertiæ. Alter in eo eſt,
quòd volunt Monachum filio familiâs comparandum
17 eſſe potiùs, quàm ſeruo, quod æquè falſum eſt. † Etſi
enim fateor non illibenter, quod vult Bartolus, ſubie-
ctionem Monachalem eſſe filialem potius quàm ſerui-
lem, cùm ſit ſubiectio in Domino, qui pro diuina ſua
bonitate nos omnes pro filiis habet, non pro ſeruis,
quantum tamen ad cauſam acquirendi pertinet, non
poteſt dubitari quin Monachus ſeruo rectiùs quàm filio
familiâs comparetur, cùm ſit ille omnino incapax ac-
quiſitionis, quomodo & ſeruus, adeo vt nec mona-
ſterio, vel Abbate conſentiente poſſit proprium quid-
quam habere, non magis quàm ſeruus, niſi eo prorſus
modo, quo etiam ſeruus dicitur impropriè habe-
re, nimirum conniuentibus domini oculis conni-
uentis, quod nec facere, nec permittere poteſt. † At
filius familiâs ſemper fuit capax acquiſitionis inſpecto 18
etiã iure vetere, eo ſcilicet demum caſu, quo pater ſibi
per filium acquiri nollet. Hodie verò hoc ampliùs capax
eſt acquirendi ſibi, etiam inuito patre, niſi cum † heres
inſtitutus fuit, aut aliquid ei relictum ipſius patris con- 19
tẽplatione. Hæc enim diſtinctio non minùs hodie neceſ-
ſaria eſt, quàm olim fuit in iis omnibus quæ filiofami-
liâs relinquuntur, An patris, an filij contemplatione re-
licta ſunt, *l. filio familias 42. D. de cond. & demonſtr.*
quæ diſtinctio in ſeruũ ideò cadere non poteſt, quia eſt
omninò incapax acquiſitionis. An verò in Monachũ † 20
cadere magis poterit, quàm in ſeruum? Nullo modo:
quia etſi vellet quis monachum inſtituere, ipſius, non
monaſterij contemplatione, nihil tamen ageret, quan-
do nihilo magis Monachum acquiſitionis capacem fa-
cere poſſet, nec ſi monaſterium, vt dixi, conſentiret: Cui
conſequens eſt, vt quemadmodum inſtituto ſeruo, in-
diſtinctè verum eſt fuiſſe illum inſtitutum contempla-
tione domini, nec tantùm in dubio, † ſed etiam præciſè
& abſolutè, niſi cum vel plures ſunt domini, vel vnus 21
proprietarius, & alter fructuarius: vt in *dicta l. ſi ſerui*
ita & inſtituto Monacho, qui nec plurium monaſterio-
rũ Monachus, nec in cuiuſquam vſufructu eſſe poteſt,
abſolutè & neceſſariò dicendum ſit, fuiſſe Monachum
monaſterij contemplatione inſtitutum, cum prorſus ne-
ceſſe ſit vel monaſterio acquiri, quod Monacho relictum
eſt, vel nulli. Ex quo illud etiam ſequitur, vt etiamſi
quis admitteret, quod nunquam admittam, filio fami-
liâs magis, quàm ſeruo æquiparari Monachum debere,
non alij tamen filiofamiliâs eſſet comparandus, quàm ei
qui patris contemplatione fuiſſet inſtitutus. Atqui fa-
tentur omnes interpretes, & verè in eo filiofamiliâs †
qui patris ſui contemplatione fuit inſtitutus, nihil à 22
Iuſtiniano innouatum eſſe, vt nec in cæteris quæ ad
profectitij peculij caſum pertinent: (quippe quæ non
minus hodie patri per filium pleno iure acquirantur,
atque olim acquirebantur. Habent enim pro peculio †
profectitio non tantùm id omne quod profectum eſt à 23
patre in filium, ſed etiam ſi quid ab extraneo relictum
ſit filio contemplatione aut occaſione patris, *l. ſed ſi plu-
res 10. §. in adrogato. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutio-
ne.* Ergo etiam retenta mala illa comparatione & Mona-
chi & filiifamiliâs, qua ſola Bartolus mouetur, adhuc
verum eſt, hereditatem Monacho delatam non poſſe
acquiri monaſterio, niſi facto & aditione Monachi in-
tercedente. Neque verò habent quod ad hoc reſpon-
deant † qui hodie Bartolum ſequuntur, niſi quòd co- 24
guntur abſurdius dicere, Monachum non rectè filiofa-
miliâs aut ſeruo comparari, quia neque libertatem amit-
tat, neque patrem nanciſcatur, ſed prælatum & ſupe-
riorem. Quæ tamen ratio nihil aliud concludit, quàm
quod admittam libentiſſimè, Monachum reuera neque
filiumfamiliâs eſſe, neque ſeruum, ſed, non facit ea res
quominus bene cõparetur ſeruo quantũ ad cauſam ac-
quiſitionis, cùm cætera omnia inter eos ſint ſimilia, niſi
quòd neq; ſeruus Monachus eſt, neque Monachus ſer-
uus. Sunt autem iſti mehercule ſuaues, cùm interrogati,
qua ergo ratione velint monaſterio acquiri hereditatem
Monacho delatam ſine vlla aditione, ſi filiifamiliâs &

Monachi comparationem reiiciant. Reſpondent, non ea ſe niti comparatione, neque rurſum Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltima. C. de bonis quæ liberis*, quæ non de Monacho, ſed de filiofamilias loquitur, verùm ea iuris ratione, qua nititur conſtitutio de filiofamilias hereditatem adire recuſante, nimirùm quòd factum filij, qui patri ſubiectus eſt, non debeat iuribus patris præiudicare, nec emolumenti acquiſitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio niti poſſit, vt patre adeunte, nullum ipſe filius præiudicium aut damnum ſentiat. Quaſi verò quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt in *d. l. vlt.* ſit ex aliqua iuris ratione, ac non potius ab omni ea iuriſprudentia, quæ prudentum veterum fuit, omninò alienum. Cùm ergo neque iuris ratio vlla faciat pro Monaſterio, præſertim contra vulgarem ſubſtitutum, neque vlla lex aut conſtitutio ſiue Iuſtiniani, ſiue alterius Imperatoris qui authoritatem habuerit noui iuris conſtituendi, quid aliud ſupereſt, quod dicant iſti, qui pro monaſterio contra ſubſtitutum reſpondent, niſi quod agunt Imperatorem, imò plus quàm Imperatorē, qui ſine ratione, ſine lege & ſine exēplo id noui iuris inducūt in Monacho & monaſterio, cui iuri ſimile nihil vſpiā inueniatur? Nam nec æquitas illa quam iſti pro iuris ratione adferunt, facere
25 poſſet † vt hereditatē filiofamiliâs patris contēplatione delatā poſſet pater ſibi acquirere, filio ipſo recuſāte adire, quia, vt dictū eſt, ea hereditas filio relicta contēplatione patris eſſet peculij profectitij, in quo nihil innouatū voluit Iuſtinianus, & in quo ius vetus tale fuiſſe cōſtat, vt nō magis pater ſine filio acquirere ſibi poſſet hereditatē filio delatam, quàm dominus ſine ſeruo. *l. 55. qui heres. 13. § vltimo. l. ſi quis mihi bona 25. § iuſſum. l. placet. 79. D. de acquirend. hered.* Tametſi nemo dixerit minorē eſſe æquitatem ſuccurrendi patri, cuius filius contemplatione patris inſtitutus eſt, quàm ſi non contemplatione patris inſtitutus eſſet. Minùs namque iniurioſum patri foret, quòd ei noceret repudiatio filij qui propter ſeipſum fuiſſet inſtitutus, quàm illius, qui propter patrem. Cur ergo non permittimus patri, vt filio recuſante adeat hereditatem, quæ ipſi filio fuerat patris contemplatione? Nimirum quia nulla de eo lex lata eſt quæ iuris rationem abroget, iuris autem ratio repugnet. Nec
26 ſufficit vt neſcio quis commentitius color † æquitatis faciat pro patre ad inducenda ea per quæ iuriſprudentia, tota peruertatur, nedum violetur, aut vt cuilibet liceat in quacunque quæſtione abuti ea ſententia qua vſus eſt commodatiſſimè iureconſultus, *in l. ſecunda. item Varus. D. de aqua pluuia arcenda. Hæc æquitas ſuggerit, tametſi iure deficiamur.* Alioquin obſecro, quid erit certi & explorati in toto iure noſtro, aut quod ab iſtiuſmodi æquitatis cerebrinæ audacia poſſit vel Papinianus ipſe rediuiuus vindicare? Nihil prorſus. Non igitur audiendi ſunt iſti qui contra iuris rationem manifeſtam, & ſine authoritate vlla ſiue Pontificiæ, ſiue ciuilis conſtitutionis pro monaſterio, reſpondent, vt hereditatem, in qua non monaſterium, ſed Monachus ſcriptus fuit, poſſit monaſterium per ſe, & ſine Monacho adire, adeò vt, vulgari ſubſtituto ſit præferendum, ſiue Monachus viuat, necdum repudiauerit, ſiue iam repudiauerit, ſiue denique defunctus ſit. Qui tres tātùm caſus ſunt in quibus poteſt eſſe locus quæſtioni: Illa verò ratio in qua ſibi
27 placent, nonnulli poſt Ripam † ad *legem primam, numero. 150. & ſequentibus, de vulgari & pupillari ſubſtituto* quòd Monachus ſit pars monaſterij, ſuámque voluntatem in monaſterium tranſtulerit, vt proinde tum quoque, cùm recuſante Monacho monaſterium adit, videatur nihilominus ipſe Monachus adire ratione maioris partis habita, & communis conſilij ac voluntatis Monachorum: Neſcio an eam nimis ſubtilem, an nimis ineptam debeam dicere. Quid enim ſtultius quàm fictioni tribuere, vt pro adeunte habeatur ille quem ponimus expreſſim repudiare; Quid hoc aliud eſt, quàm facere vt imagine veritas ipſa rei & natura adumbretur? Quod tamen fieri debere negat Papinianus in *l. filio. 13. D. de lib. & poſth.* At neque verum eſt Monachum transferre in monaſterium ſuam illam voluntatem, quam nos ſupra diximus eſſe facti, & neceſſariò requiri ad adeundū. Quanquam nec hoc ſufficeret niſi probaretur etiam tranſtuliſſe propriam inſtitutionem. Eius enim † eſt adire teſtamentariam hereditatem cui ex teſtamento 28
delata fuit hereditas per legē, *l. delata 151. De verb. ſign.* Nō alij autē à lege defertur ex teſtamēto quā ei qui fuit inſtitutus, cùm facto teſtamento exiſtimet ad ſuū officiū pertinere vt teſtatoris voluntatem ſubſequatur. Porrò verum eſt in ea ſpecie quam tractamus non Monaſterium, ſed Monachum inſtitutū fuiſſe, nec fieri vllo modo poteſt vt hoc ipſo monaſterium inſtitutum videatur, quoniam, eſſe quidem heredē † iuris eſt: ideóque facere 29
poteſt ius vt per aliū quis heres fiat, quemadmodū euenit in filiofamiliâs & ſeruo: At eſſe inſtitutum, facti eſt non iuris. Quæ autē ſunt facti, † nec ſolent, nec poſſunt 30
in alium tranſire, ſiue dominus ille ſit, ſiue pater *l. Mænius 44. ff. De cond. & demōſtr.* Neque igitur in monaſterium tranſire poteſt, & ob id nimirum dicitur hereditas deferri Monacho, non monaſterio, in *l. Deo nobis. § 1. C. de epiſc. & cleric.* Indeque etiam illud eſt quod ſcribit Iureconſultus in *l. pretia rerum. 93. D. ad leg. falcid.* † 31
eum qui heres inſtitutus eſt, non idcirco factum eſſe locupletiorem priuſquam hereditatem adierit. Non enim rationem illam hoc habet, quòd ius adeundi non ſit in bonis inſtituti vt vulgò creditur (quomodo enim poſſet adeundo ſibi hereditatem acquirere is, qui ius ipſum adeundi in bonis nunquam habuiſſet, aut quomodo fieri poteſt vt quis habeat ius adeundi, nec habeat in bonis ſuis;) ſed quia ius adeundi nullius vtilitatis eſt, niſi ſecuta demùm aditione per eum ipſum qui ius habet adeundi, cùm in alium transferri nullo caſu nulloque modo poſſit. Secuta verò aditione, non iam de iure adeundi tractandum eſt, ſed de hereditate ipſa adita, cuius aditio ſemper acquiſitio eſt. Non igitur locupletior factus videri poteſt is qui adeundi ius habet, ſed is demum qui adit. Quod cùm ita ſit, multò abſurdius eſt dicere locupletius factū eſſe monaſteriū, ob id ſolū, quod Monachus fuerit inſtitutus, quādiu aditio non eſt ſubſecuta vt ratiocinatur Paulus circa perſonas ſerui heredis inſtituti dominiq; ipſius in *d. l. pretia.* Ex eoque ſumi etiam poteſt reſponſio ad æquitatem illam cōmentitiam, qua diximus moueri hodie illos qui ex recentioribus Bartoli ſententiam defendunt. † Eſſet enim ini- 32
quum lædi ius patris per filiū, ius domini per ſeruū, ius monaſterij per Monachum heredem inſtitutum, & recuſantem adire, ſi ex eo iure adeundi quod habet filius, vel ſeruus, vel Monachus, pater ipſe, aut dominus aut monaſterium iam aliquid acquiſitum habere intelligeretur. Sed cùm non ſolùm pater ipſe non intelligatur factus locupletior antequam filius adierit, nec dominus antequam ſeruus, nec ſimiliter monaſterium antequam Monachus: at neque filius ipſe, vel ſeruus, vel Monachus heres inſtitutus, & cui lex tribuit ius adeundi, nihil certè cauſæ eſt cur conqueratur pater ſibi aliquā iniuriam fieri per filiū, aut dominus per ſeruum, aut monaſteriū per Monachū adire recuſantem, quia non lædit alium is, qui acquirendi occaſionē amittit, niſi per conſequentias, quæ hac in re attendi non debent: Ita vt
nec † creditores ipſi, qui fauorabiliores eſſe ſolent, propter- 33
ea quòd certant de damno vitando, vllam tamen iuſtam cauſam conquerendi habeant aduerſus debitorem qui delatam ſibi hereditatem adire noluit, licèt eo animo, vt creditores ſuos damno adficeret, qui alioqui ex eiuſmodi hereditatis aditione ſuum conſequi potuiſſent *l. quod autem. d. § 1. D. quæ in fraud. cred.* & tamen nemo neſcit edictum illud prætoris, *De reuocandis iis quæ in fraudem creditorum geſta ſunt*, niſi potiſſimùm æquitate, vt & cæteras omnes edicti partes. Fruſtrà igitur faciunt, qui negatoriam iſtam æquitatem implorant contra

contra rationem iuris, vt faueant monaſterio aduerſus
ſubſtitutum. Nam quemadmodum heredis inſtitutio eſt
34 facti, vt diximus: † ita facto opus neceſſariò eſt ad ac-
quirendam hereditatem. Et, vt ait Iulianus in *l. ei qui.* 13.
D. de cond. inſtit. non poteſt acquiri hereditas, niſi id
egerit ſcriptus heres, per quod acquiri hereditas ſolet,
id eſt, niſi hereditatem adierit, vel ſe geſſerit pro herede,
quibus duobus modis declaratur animus acquirendæ
hereditatis. At inquiunt, ea potius ſequenda ſententia
eſt, quæ religioni fauet, cùm ipſi quoque Ethnici ſcri-
pſerint ſummam eſſe rationem quæ religioni fauet. *l.
ſunt perſonæ* 43. *D. de relig. & ſumpt. fun.* Ego verò, ſi du-
bia res eſſet, aut ſi religionis fauor aliquis, aut periculum
in eo verſaretur, libentiſſimè, vt deceret, pro religione
reſponderem. Sed non video, quis in eo ſit fauor religio-
nis, vt hereditas monacho delata acquiratur monaſterio
citra monachi aditionem, an verò facto aliquo monachi
opus ſit & aditione. Videtur autem mihi, ſempérque viſa
35 † eſt religioſa res, iuriſprudentia, quam ideò ab illis qui
religioni, vt par eſt fauent, non tam irreligioſè tractari
conuenit, vt imperito cuique liberum ſit eam violare.
Sum ego certè religioſior, quàm vt id facile ferre poſſim,
ſi modo is eſſem, cui liceret Iuriſprudentiæ dignitatem
aut illæſam tueri, aut læſam vindicare. Iuris porrò ratio-
nem in propoſita ſpecie facere, vt ſubſtitutus vulgaris
monaſterio præferendus ſit omni caſu, quo monachus
heres inſtitutus deſierit velle, aut poſſe adire, puto ex iis
ſatis conſtare quæ hoc capite ſcripſimus, ſi ea præſertim
iungas quæ pro ſubſtituto vulgari, non minùs contra
Bartolum, quàm contra patrem diſputabimus in Erro-
rem 7. Decadis 32. Quorum omnium ſumma illa eſt,
36 quòd † conditio illa vulgaris ſubſtitutionis *ſi inſtitutus
heres non erit*, proculdubio exiſtit monacho repudiante,
aut ante aditam hereditatem decedente, quia ſemper ve-
rum eſt, extraneum inſtitutum (de hoc enim agimus, qui
non adierit, nec adire ampliùs poſſit) neque heredem
eſſe, neque adire ampliùs poſſe. Adiicio, *nec adire ampliùs
poteſt*, quia quandiu in eo eſt inſtitutus, vt adire poſſit
non ſit locus ſubſtituto. Poteſt autem adire monachus,
37 † non ſolùm quandiu non repudiauit, ſed etiam poſt re-
pudiationem, ſi contra vel citra monaſterij, hoc eſt, ſu-
perioris ſui voluntatem repudiauerit, quia repudiatio-
nem illam monaſterio nocere æquum non eſſet, quomo-
do nec filij familiâs, nec ſerui repudiatio nocet patri, aut
domino, quominus poſſit filius aut ſeruus, qui ſolus re-
pudiauit, adhuc adire, iubente quandocunque patre vel
domino, ſi modò velit adire. Si enim perſeueret nolle,
interim excludetur pater, excludetur dominus, exclude-
tur monaſterium, neque tamen ſubſtitutus admittetur,
quandiu poterat adhuc adiri hereditas ex inſtitutione.
Hæc quanquam ſufficere poterant, vt tota hæc quæſtio
ſatis diligenter tractata videretur, cogor tamen addere
miram videri mihi, parúmque probabilem illorum opi-
38 nionem, qui in hac ipſa quæſtione † de monacho ante
aditam hereditatem defuncto, diſtinguunt, An mona-
chus ignorauerit delatam ſibi fuiſſe hereditatem, an ve-
rò ſciuerit: vt, ſi ignorauerit, nihil monaſterio noceat,
quòd viuente monacho adita non fuerit, ſed ad mona-
ſterium pertineat, non tanquam tranſmiſſa, verùm tan-
quam ei acquiſita ipſo monacho adhuc viuente. Si verò
ſciuit, & ante aditionem intra annum deceſſerit, mona-
ſterio annale tempus concedatur: poſt annum verò, illo
defuncto, monaſterium excludatur, *ex l. cum antiquiorib.
19. C. de iure delib.* ſaluo ipſi auxilio in integrum reſtitu-
tionis intra quadriennium, *ex cap. 1. de reſtit. in integr.
innct. cap. 1. eod. tit. in 6.* Quæro enim, cùm Monachus
ignorauit delatam ſibi fuiſſe hereditatem, cur eò magis
videri debeat hereditas monaſterio acquiſita, quàm ſi
Monachus ſciuiſſet? An fortè facilius eſt in extraneo
herede vt ignorans fiat heres, aliúmve faciat heredem
quàm ſciens? At ſi è contrario Monachi neceſſaria eſt
aditio, vt probauimus, quantò magis neceſſaria erit
ipſius ſcientia, † ſine quo nec aditio vlla eſſe poteſt? 39
Rurſus, cùm iidem aiunt, Omnia iura Monachi acquiri
monaſterio, & conſequenter etiam hereditatem Mona-
cho delatam, quæro ab iis, quænam iſta conſecutio ſit?
An fortè hereditas quæ Monacho delata ſolum, necdum
acquiſita fuit, poteſt computari in numero ſiue bonorū,
ſiue iurium, quæ Monachus in monaſterium tranſtule-
rit, religionem profitendo? Aut quænam ratio eſt, vt he-
reditas monacho delata, prius aut facilius acquiratur
monaſterio per monachum, quàm ipſi monacho acquiri
potuiſſet ſi ſui iuris fuiſſet? Atqui non ob id ſolùm,
quòd monacho delata fuiſſet, eam ſibi Monachus acqui-
ſiuiſſet, † niſi ſecuta demum aditione. Ergo neque mo- 40
naſterio per monachum acquiſita dici poteſt ob id tan-
tùm quòd fuerit delata. Præterea quod addunt de iure
deliberandi *ex d. l. cum antiquioribus*, quid obſecro com-
mune habet cum verbis aut ſenſu illius conſtitutionis?
Siquidem id agit conſtitutio, vt ius deliberandi, quod
defuncto competit, tranſmittatur intra annum ad eos
duntaxat, qui ſint heredes tranſmittentis. In quo genere
monaſterium eſſe, nec quiſquam adhuc dixit, nec iſti ipſi
audent affirmare. Poſtremò quod addunt etiam poſt an-
num defuncto monacho ſaluum eſſe monaſterio intra
quadriennium reſtitutionis auxilium: planè non video
quâ ratione verum eſſe poſſit. Nam etiamſi monaſterium
heredis iure cenſeri poſſet: non alia tamen reſtitutio ei
competeret, quàm quæ defuncto competiſſet. Ne plus
iuris tribuamus heredi: quàm defuncto. *l. Pannonius* 86.
D. de acq. hered. l. 1. C. de reſtit. milit. Atqui nulla reſtitu-
tio potuit competere monacho quamdiu vixit, quia li-
berum habuit adire quandocunque monaſterij prælato
iubente: ergo nec poſt ipſius mortem reſtitutio vlla mo-
naſterio competere poterit. Neque verò ad hunc caſum
poteſt vllo modo accommodari quod ſcriptum eſt in *d.
l. Pannonius & in l. cum quidam* 30. *in pr. eod. tit. D. de acq.
hered.* vt conſtabit ex iis, ſi legentur, quæ ſcripſimus 14.
coniect. cap. 1.

ERROR VIII.

De impenſis in alienam rem factis, ſiue à bona fidei poſſeſſore, ſiue à prædone.

SVMMARIA.

1 *Periculoſiores ſunt errores qui in foro, quàm qui in ſcholâ inualeſcunt.*
2 *Qui in alieno ſolo ex ſuâ materiâ ædificat, materiæ dominium amittit, & vindicationem, quæ domino ſoli competere incipit.*
3 *Exceptio doli aduerſus dominum ſoli ædificium vindicantem domino materiæ competit, ſi hic fuerit bonæ fidei poſſeſſor, nec ille impendia in ædificium facta offerat.*
4 *In dolo eſt, nedum in culpâ qui in ſolo quod alienum eſſe nouit, temerè ædificat.*
5 *Exceptio doli cur inducta.*
6 *Prima limitatio pronuntiati propoſiti num. 3. ſi nempè nulla aut inæqualis tantùm fieri poſſit ſumptuum cum fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis compenſatio.*
7 *Qui fructus percepti à bonæ fidei poſſeſſore veniant in vindicationem.*
8 *Compenſantur multa quæ peti non poſſunt.*
9 *Actionis & compenſationis differentia.*
10 *Limitatio 2. pronunciati allegati n. 3. ſi dominus ſoli habeat vnde ſumptus poſſit refundere.*
11 *Sepulchra vendi non poſſunt ſine bonorum vniuerſitate.*
12 *Poſſeſſori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere ædificium, quod in alieno ſolo extruxit.*

13 *Caſus quo bona fidei poſſeſſor non poteſt deducere impen-
ſas in rem alienam factas.*
14 *Malæ fidei poſſeſſor non eſt iuuandus doli exceptione
ad retinendas impenſas quas in rem alienam fecit.*
15 *Qui ſciens in alienam rem impendit donare dicitur.*
16 *Deciſio l. planè 38. D. de petit. heredit.*
17 *Dicta l. planè. Accurſiana interpretatio quâ ſtatui-
tur in petitione hereditatis prædonem voluptuarias
impenſas tollere poſſe, in rei vindicatione non
item.*
18 *Interpretatio Cuiacij diſtinguentis inter iuris rigorem
& æquitatem, vt ſecundum hanc poſſit etiam prædo
in vtroque iudicio quaſuis impenſas tollere, iure
verò ſtricto ne quidem bonæ fidei poſſeſſor vllas de-
ducere queat.*
19 *Cuiacij ſententia quatenus probanda.*
20 *In impenſarum deductione differentiam conſtitui in-
ter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem contra Cu-
iacium.*
21 *Reſponſio Cuiacianorum exploſa.*
22 *Imperatores nunquam reſcribunt de ſummo iure contra
æquitatem.*
23 *In ſumptibus neceſſariis bonæ fidei poſſeſſor à prædone
non eſt ſeparandus, ſed in vtilibus & volu-
ptuariis.*
24 *Neceſſariorum ſumptuum nomine etiam prædoni com-
petit doli mali exceptio.*
25 *Poſſeſſor quando tollere poſſit impenſas quas fecit.*
26 *In vtilibus impenſis bonæ fidei poſſeſſor habet ex-
ceptionem doli ad eas deducendas, etiam in rei vin-
dicatione.*
27 *Malæ fidei poſſeſſor impenſas vtiles deducere non po-
teſt per exceptionem doli, ſed tantum tollere ſine ta-
men rei detrimento.*
28 *Vera ſententia dict. l. planè 38. de petitione hered.*
29 *Via ſeruandorum ſumptuum per exceptionem doli
multò eſt commodior, quàm per poteſtatem tollendo-
rum ſumptuum.*
30 *Bonæ fidei poſſeſſor impenſas deducit etiamſi res in
quam factæ ſunt, non extet: prædo non aliter quam
ſi res extet & melior facta ſit.*
31 *Obiectio ex d. l. planè petita, etiam dari prædoni de-
ductionem impenſarum vtilium.*
31 *Reſponſio quâ docetur quomodo neceſſariæ, quomodo
vtiles impenſæ deducantur à prædone.*
33 *Ratione voluptuariarum impenſarum differre prædo-
nem à bonæ fidei poſſeſſore.*
34 *Voluptuariæ impenſæ faciunt rem pretioſiorem non
meliorem.*
35 *Maritus eſt dominus bonitarius dotis.*

TRactata iam fuit à nobis hæc quæſtio in
Coniecturis, ſed non piget hic retractare,
quia tantò dignior eſt quæ in Chiliadem
1 hanc referatur, quanto perículoſiores † ſunt
errores, qui in foro, quàm qui in ſcholis inualeſcunt,
præſertim quùm interpretum authoritate adiuuantur.
Ait Caius in l. *adeò 7. §. ex diuerſo D. de acquir. rerum
domin.* & poſt eum Iuſtinianus *in §. ex diuerſo Inſtitut.*
2 *de rerum diuiſ.* Si in tuo ſolo † ex mea materia ædifi-
cauerim, non tantùm eſſe te dominum ædificij totius,
ſed etiam dominum materiæ meæ, quippe quam vltro
videor alienaſſe hoc ipſo, quòd ſciens ædificaui in tuo
ſolo, & conſequenter non modò quandiu ædificium
conſtat, vindicatio materiæ mihi non competit, ſed
nec ſi ædificium diruatur: quoniam materia quæ ſemel
mea voluntate deſiit eſſe mea, nunquam poteſt in do-
minium meum reuerti, niſi aliquo ex his modis, qui-
bus dominia iure gentium, aut ciuili acquiruntur: ita
igitur fiet, vt diruto ædificio, quod ego ex mea materia
in tuo ſolo ædificaueram, materiæ vindicatio, quæ mihi
competere non poteſt, tibi competere debeat, tan-
quam domino. Quod ſi ædificium conſtet, multò mi-
nor dubitatio eſt, quin tibi competat vindicatio ædi-
ficij, cùm ſis dominus ſoli: ſed tamen placet dandam
mihi exceptionem doli † ſi ſic vindices, vt neque offe- 3
ras pretium materiæ, neque mercedes fabrorum, &
cætera impendia quæ in ædificium feci. Sed hoc ita, ſi
fuerim bonæ fidei poſſeſſor: id eſt, ſi non tantum
emerim bona fide aream tuam, aut aliter eam acquiſiue-
rim, cùm putarem eam eſſe venditoris mei aut donato-
ris: ſed etiam ſi eadem bona fide durante ædificauerim.
Nihil enim referet an ſciuerim alienam tempore acqui-
ſitionis aut tempore ædificationis. Nam ſi alterutro
tempore ſciuerim alienam, non poſſum obiicere exce-
ptionem doli, cùm ſim ego ipſe in dolo, † nedum in 4
culpa, qui temerè ædificauerim in eo ſolo quod ſciebam
alienum eſſe d. §. *ex diuerſo & l. Iulianus 37. D. de rei
vind.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit, ſi in aliena area
ædificauerim, cuius quidem bonæ fidei emptor fui, ve-
rùm eo tempore ædificaui, quo iam ſciebam alienam,
nihil mihi debere prodeſſe exceptionem, ſcilicet doli
mali, quamuis ſim ſolicitus de damno vitando, & id
ſemper agat legiſlator quantum poteſt, ne quis in damno
moretur. Ratio eſt, quoniam non debui, inquit, iam cer-
tus alienam eſſe aream, in ea ædificium ponere. Sed hoc
mihi concedendum eſt, vt ſine diſpendio tuo tollam
ædificium, quod poſui, id eſt, vt non fiat deterior con-
ditio areæ, quàm eſſet, ſi non ædificatum fuiſſet. In quo
non habet difficultatem, quod dicimus dandam bonæ
fidei poſſeſſori exceptionem doli mali contra dominum
vindicantem ædificium, non oblatis ſumptibus, ſi habeat
ille vnde ſumptus reddere poſſit. Inducta † eſt enim ex- 5
ceptio doli ad hoc ne cui dolus ſuus per occaſionem
iuris ciuilis proſit contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1.
de dol. mal. & met. except.* In propoſito autem id euiden-
ter contingeret, ſi domino rem ſuam vindicare nullis
oblatis ſumptibus permitteretur. Captaret enim dolo
malo exceptionem iuris ciuilis, allegans, ſuperficiem
cedere ſolo, & vindicationem ſuperficiei ei competere,
cui competit vindicatio ſoli, vt conſequeretur lucrum
ex damno poſſeſſoris, quod vtique abhorret à naturali
æquitate *l. nam hoc natura 14. De cond. indeb. l. iure natu-
ra reb. D. de reg. iur.* Sed tamen recipit hæc etiam æquitas
ſuas diſtinctiones, præcipuè verò duas: quarum prior eſt
illa, quòd ſi † qui fructus percepti ſunt à bonæ fidei 6
poſſeſſore, etiam ante litem conteſtatam, compenſandi
ſunt cum ſumptibus, nec retentio competit ædificij, niſi
eorum ſumptuum nomine qui excedunt fructuum per-
ceptorum quantitatem, vt Papin: ſcribit *in l. ſi ſumptus
48 D. de rei vind.* quamuis fructus percepti à bonæ fidei 7
poſſeſſore ante litem conteſtatam non veniant in vindi-
cationem, ſed illi tantùm qui poſt litem conteſtatam per-
cepti ſunt tanquam à malæ fidei poſſeſſore percepti, niſi
qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, ſint extantes,
vt alio loco dicemus, *ex l. certum 22. C. de rei vind.* Aliud
enim eſt reſtitui fructus, aliud compenſari, nec non eſt 8
compenſari multa † quæ peti non poſſunt, vt puta, ſi
quid naturaliter debeatur, *l. etiam 6. de compenſat* Omnis
enim actio † exigit rationem iuris, aut ſaltem æquitatis 9
ciuilis, vel prætoriæ, compenſatio ſola naturali æquitate
contenta eſt. Quæ porrò in propoſita ſpecie non deeſt
ad minuendam ſumptuum, quos bonæ fidei poſſeſſor re-
petere vult, quantitatem: cum non alia ratio ſit (propter
quam permittendum ei ſit repetere ſumptus, retinendo
rem) quàm ne alioqui moretur in damno, eique bona
fides ſua noceat, quod accidere non poteſt, cùm ex
fructibus ab eo perceptis conſulitur ipſius indemnitati.
Altera diſtinctio eſt, an dominus habeat vnde poſſit
ſumptus reſtituere bonæ fidei poſſeſſori, an † non. Si 10
habeat, tunc demum obtinet quod huc vſque dixi-
mus, repellendum eum exceptione doli mali ſi vindicet
ædificium non refuſis ſumptibus. Sed ſi non habeat, ini-
quum eſt cogi eum ob id carere ſua, aut vt eam conſe-

quatur

quatur, carere laribus & ſepulcris auitis, vt loquitur
Celſus in *l. fundo* 38. *D. de rei vind.* id eſt, vniuerſitate
11 cæterorum ſuorum bonorum. Nam ſepulcra † cùm ſint
religioſa, vendi non poſſunt ſine vniuerſitate bonorum,
l. quædam 26. *de acq. rer. dom.* Ergo hoc caſu hactenus
12 duntaxat indulgebimus poſſeſſori † quantumuis bonæ
fidei, vt ei permittatur tollere ea tantùm quæ poſſunt
tolli, dummodò tollendo non faciat deteriorem fundum
quàm ſi in eo non fuiſſet ædificatum, *d. l. in fundo.* Sed
neque hoc ipſum ei permittendum eſt, ſi paratus ſit dominus
tantum ei dare quantum habiturus ille eſt his rebus
ablatis, vt puta, ſi eas niſi ad centum vſque, quamuis
impenderit quingenta, poterit tamen dominus oblatis
centum impedire ne tollantur, & conſequenter, ſi ſublatæ
res illæ nullius omnino vſus futuræ ſunt poſſeſſori,
puta, ſi tectorium induxerit, & picturis corradere
velit, non erit ei permittendum, quia nihil inde laturus
aliud eſſet quam quod domino noceret. Sed & aliquan-
13 do euenire poteſt † vt poſſeſſor quantumuis bonæ fidei
non poſſit deducere impenſas à ſe in alienam rem factas,
ſi fortè tales ſint quæ non poſſint tolli, nec habeat dominus
vnde eas reſtituat, vt accipiendum puto quod
ſcriptum eſt in l. *ſin autem* 27. *in fin. D de rei vind.* vbi
ait Paulus, ſi puerum meum cùm poſſideres, erudiueris,
non idem eſſe obſeruandum, quod obſeruatur in inſulam
ædificaſſes in area mea. Nam quod ædificaſſes pati poſſem
vt tolleres: at fieri nequit vt à puero meo quem
erudiueris, tollas eruditionem, fortè ſi pictorem eum,
aut librarium feceris. Neque tamen debeo cogi carere
ſeruo meo, niſi fortaſſis eum venalem habeam, & plus
conſecuturus ſim propter eius artificium *l. fortè* 28. *cum
l. ſeq. D. de rei vind. iuncta l. ſi ſeruos* 25. vbi eſt textus
elegans *D. de pignor. act. l. velati* 6. *D. de impenſ. in res dot.
fact.* Neque enim vlla mihi fit iniuria, cùm res mea,
quam venalem habeo, remanere iubetur penes poſſeſſorem,
vt indemnitati ipſius conſulatur, dummodò conſulatur
etiam meæ: quod ita demum fit, ſi deducto eo
quo pretioſior res facta, tu mihi ad reliquam æſtimationem
condemneris, vt ſcriptum eſt in *d. l. in fundo* 38. *D.
de rei vind.* à quo nec alienum eſt quod in l. ſeq. Vlpianus
ait redemptores qui ſuis cæmentis ædificant, ſtatim
cæmenta facere eorum in quorum ſolo ædificant, ſtatim,
inquam, id eſt, ſine vlla alia declaratione voluntatis,
quia hoc ipſo quod ex ſua materia in alieno ſolo ædificant,
dominium materiæ quod habẽt vltrò alienant. Sed
14 illud multò difficilius eſt, quod † dicitur malæ fidei
poſſeſſorem non eſſe iuuandum exceptione doli mali
ad retinendas impenſas quas in rem alienam facit, quaſi
poſſit ei culpa obiici cur ſciens in alieno ſolo ædificauerit.
Etſi enim ex mera, iuris ratione id verum eſt, &
ſcriptum quàm plurimis locis, vt in *d. l. Iulianus* 37. *D.
15 de rei vind. l. domum* 5. *C. eod.* adeò vt qui ſciens † in alienam
rem impendit, donare dicatur, *l. ſeruus* 27. *§. ſi
alienam D. ad l. Aquil.* dubitatio tamen ex eo naſcitur,
quod ſcriptum eſt in *l. planè* 38. *D. de pet. hered.*
16 † vbi poſt expreſſam rationem illam iuris, quòd prædo
de ſe queri debeat, qui ſciens in alienam rem impendit,
ſubiicitur ſtatim: *Sed benignius tamen eſt in huius quoque*
ſcilicet prædonis *perſona haberi rationem impenſarum.
Non enim debet*, inquit Paulus, *petitor ex aliena iactura
lucrum facere: & id ipſum officio iudicis continebitur, nec
doli mali exceptio deſideratur.* Qui locus, mirum eſt,
quantas interpretibus noſtris etiam recentioribus tene-
17 bras offuderit. Accurſius, † quem veteres ſequuntur,
putauit diſtinguendam petitionem hereditatis à vindicatione:
itémque bonæ fidei poſſeſſorem à prædone:
Non quidẽ in neceſſariis & vtilibus impenſis (vtraſque
enim in vtraque actione vult deduci poſſe per exceptionem
doli à quolibet poſſeſſore) ſed quantum ad voluptuarias
duntaxat, vt in petitione hereditatis poſſit
etiam prædo voluptuarias tollere, ſi ſine rei detrimento
id poſſit facere, ex l. *vtiles* 39. *D. de pet. hered.* in rei verò
vindicatione non poſſit, *arg. d. l. domum* 5. *in fin.* quæ cùm
loquitur de tollendis impenſis, vtilium duntaxat meminit,
non etiam voluptuariarum. Cujacius † verò 10. 18
obſeru. 1. prorſus contrariam, eámque valde nouam opinionem
primus induxit, vt in hac quæſtione non ſit ſeparanda
petitio hereditatis à vindicatione, neque bonæ
fidei poſſeſſor à prædone, nec denique impenſæ neceſſariæ
& vtiles à voluptuariis, ſed tantùm mera iuris ratio
ab æquitate: vt ſi inſpiciamus meram iuris rationẽ, nullæ
omnino impenſæ in neutra actione tolli poſſint ab
vtrouis poſſeſſore: ſed ſi inſpiciamus æquitatem, omniũ
impenſarum ratio haberi debeat eodem modo in vtroq;
poſſeſſore ex ratione illa generali æquitatis, ne petitor
ex aliena iactura locupletetur, *d. l. planè*, quæ ſola tãtum
virum fefellit. Quod ait ille de mera iuris ratione, † nul- 19
lam habet difficultatẽ, quia ratio non patitur vt debeam
tibi quicquam præſtare pro ea re quæ ſit tota mea, quomodo
certum eſt meam eſſe quæ ſolo cohæret. Rurſus
quòd nullam agnoſcit differentiam inter vindicationem
& petitionem hereditatis mihi ſummopere placet. Nec
enim poſſet quiſquam pro Accurſio probabilem aliquã
adferre diuerſitatis rationem, vt apparebit ex ſequẽtibus
noſtris locis, qui de vtraque actione loquũtur. Sed quod
vult nullam eſſe differentiã inter bonæ fidei poſſeſſorem
& prædonẽ, † tam improbabile eſt, vt putem nihil poſſe 20
dici improbabilius. Video enim differentiam illam perpetuò
obſeruari, nec tantùm à Iureconſultis in *d. l. vtiles*
39. *§. 1. D. de pet. hered. d. l. ſin autẽ* 2. *§. vlt. D. de rei vind.*
in illis verbis, *Per errorem inſulam ædificauit, d. l. Iulianus*
37. vbi ob hanc cauſam lex requirit, vt bona fides emptoris
interuenerit, non tantùm emptionis tempore, ſed etiã
ædificationis *d. l. in fundo* 38. in verbo *imprudens*: quod
nihil aliud eſt, quàm bona fide *dict. l. ſumptus* 48. in illis
verbis, *à bona fidei poſſeſſore factis*, & paſſim eodem *tit. l.
ſi in area* 33 *in fin.* in illis verbis, *ſi quis enim exiſtimans ſe
heredem eſſe D. de cond. indeb. d. l. adeo* 7. *§. ex diuerſo in fin.
D. de acq. rerum domin.* & aliis pleriſque Pand. locis, ſed
etiam in reſcriptis Impp. *in d. l. domum* 5. *& l. ſi ſciens* 11.
C. de rei vind. Quorſum enim tam enixè quærerent illi an
poſſeſſor eſſet bonæ fidei, an prædo, ſi idem ius in omnibus
ſeruari oporteret? Nec poſſes † cum Cujacio reſpõ- 21
dere locos illos pertinere ad ſummum iuris rigorem, nõ
etiam ad æquitatẽ. Nam præter id quod prudentes noſtri
cùm in cæteris omnibus, tum in hac quæſtione nihil aduerſus
æquitatem reſpõderunt, ſed è contrario ad æquitatem
præcipuè reſpexerunt, vt in *d. l. in fundo* 38. *& l.
ſumptus* 48. *de rei vind.* illud etiã conſtat Imperatoribus
† eſſe hoc ſolenne, vt nunquam reſcribant de ſummo 22
iure contra æquitatem, ſed ſemper de æquitate & effectu
rei: alioqui non tam reſcripſiſſent, quàm cõſulentes decepiſſent.
Mea igitur ſententia eſt, ſeparandum eſſe bonæ
fidei poſſeſſorem † à prædone, non in ſumptibus ne- 23
ceſſariis, ſed in vtilibus & voluptuariis Non in neceſſariis,
quia cum neceſſarij dicãtur, qui ſi facti non eſſet, res
aut peritura, aut deterior futura fuiſſet *l. impenſæ* 79. *de
verb. ſig. l. impenſæ* 14. *D. de imp. in res dot fact.* dubitandũ
non eſt quin † eorũ nomine cõpetat doli mali exceptio 24
cuilibet poſſeſſori, ſiue bonæ fidei ille ſit ſiue prædo, *d. l.
domum, & d. l. planè.* Cũ dolo malo ſit dominus qui perſeuerat
rem petere, nõ refuſis impenſis quæ ſi factæ non
eſſent, res ipſa hodie, aut nulla, aut ſaltẽ deterior extaret.
Neque hoc caſu poteſt vſurpari contra prædonem ratio
illa quæ in vtilibus impenſis locum habet, quòd imputare
ſibi debeat prædo, qui in alienam rem vltrò impẽſas
fecerit. Qua enim fronte poſſet dominus hoc imputare,
qui non factis impenſis rem ipſam in totum, aut ſaltem
pro parte amiſiſſet, *arg l. ſi extraneus* 33. *verſ. Nec enim
quiſquam iudex D. de iur. dot.* Nec rurſus remedium illud
poteſt adhiberi, quod adhibetur in vtilibus, vt tollantur,
† quia nunquã permittitur poſſeſſori vt tollat impenſas 25
quas fecit, niſi cùm poteſt eas tollere ſine læſione prioris
ſtatus rei *d. l. domũ in fi. d. l. Iulianus* 37. *cum l. ſeq. D. de rei*

vind. Atqui fieri nequit vt neceſſariæ impenſæ tollan-
tur ſine detrimento rei, cùm, ſi factæ non eſſent, hoc
ipſo res peritura fuiſſet, aut deterior facta. At in vtilibus
impenſis dico meliorem eſſe debere conditionem bonæ
26. fidei poſſeſſoris, † quàm prædonis, nec minùs in peti-
tione hereditatis, quàm vindicatione, vt ſcilicet bonæ
fidei poſſeſſor habeat exceptionem doli ad eas deducen-
das. i. habeat ius retinendæ ipſius rei in quam factæ
ſunt, ac ſi ſua eſſet, quovſque earum impenſarum no-
mine pleniſſimam indemnitatem ſit conſecutus, i. quan-
tum reuera impenderit, quamuis non extet amplius
tota impenſa quam fecit, adeò vt non tantum in vtili-
bus impenſis id locum habeat, ſed etiam, quod magis
eſt, in voluptuariis *d. l. planè in fin. l. ſeq. §. 1. D. de petit.
her.* Qui loci quamquam de petitione hereditatis, non
de vindicatione loquantur, quod vnum decepit Accur-
ſium accommodantem ſuo more iuris rationem ad le-
ges, non vt oportuit, leges ipſas ad iuris rationem, ta-
men ad vindicationem quoque extendi commode poſ-
ſunt, tam ex ea parte qua tractant de bonæ fidei poſſeſ-
ſore, vt conſtat ex *d. l. in fundo* 38. *D. de rei vind.* (vbi
ſicut de bonæ fidei poſſ. agitur, ita & de impenſis
etiam voluptuariis, quamuis nonniſi de tollendis iis lex
tractet, quoniam eum tractat caſum, quo dominus præ
inopia refundere illas non poſſit) quàm ex ea parte qua
27 tractant de malæ fidei poſſeſſ. vt mox dicemus. † At
malæ fidei poſſeſſor impenſas deducere non poteſt per
exceptionem doli mali, ſed tantum tollere ſi ſine rei de-
trimento id facere poſſit, ſiue petitione hereditatis, ſiue
vindicatione conueniantur *d. l. domum, & l. Iulianus, l.
ſumptus* 48. *D. de rei vind. l. ſin autem* 27. *§. vlt. D. eod. l.
adeo §. ex diuerſ.* 12. *verſ. certè D. de acq. rer. dom. d. §. ex
diuerſ. Inſt. de rer. diui. l. in hoc* 14. *§. 1. com. diuid.* & aliis
ſupra citatis locis qui quoties loquuntur de doli mali
exceptione poſſeſſori danda, toties de bonæ fidei poſ-
ſeſſore loquuntur, ad excluſionem prædonis, qui ſanè
nonniſi ridiculè poſſit alij opponere exceptionem doli,
cùm fuerit ipſe prior in dolo præterquam quòd ad ne-
28 ceſſarios ſumptus pertinet, vt ſuprà diximus. † Nec
obſtat Paulus in *d. l. planè*, qui vnus locus eſt, qui Ac-
curſium & Cujacium fefellit. Nec enim Paulus dat ex-
ceptionem doli prædoni ratione vtilium impenſarum,
nec ius aliud deductionis, ſed tantùm ſcribit benignius
eſſe vt in prædonis quoque perſona impenſarum ratio
habeatur: hactenus nimirum, vt eadem lex ſubiicit, ne
petitor ex aliena iactura locupletetur. Quòd ipſum ne
quis putaret ita accipiendum, vt non minus vtilium
quàm neceſſariarum nomine (de vtriſque enim Paulus
eo loco agit) doli exceptionem dandam eſſe poſſeſſori,
monet ille officio iudicis poſſe iſta expediri nec doli
exceptionem deſiderari. Atqui, inquies, eandem con-
ſtituit rationem neceſſariarum & vtilium impenſarum
etiam in prædone, cùm de vtriſque tractans, ait etiam
in prædonis perſonâ omnium quoque rationem ha-
bendam eſſe. Ergo vt pro neceſſariis impenſis damus
etiam prædoni exceptionem doli, ita & pro vtilibus vi-
detur Paulus dare eandem. Sed reſpondeo non eſſe bo-
nam conſecutionem. Eſſe enim ſimilem quidem condi-
tionem neceſſariarum & vtilium impenſarum in eo
quòd omnium ratio haberi debeat, etiam in prædone,
ſed non etiam in eo, vt eodem modo habeatur. Nam in
neceſſariis impenſis ita habetur, vt earum nomine doli
exceptio accommodetur prædoni, in vtilibus verò ha-
ctenus duntaxat, vt quamuis ſummo iure deberet prædo
eas perdidiſſe, quas in alienam rem ſciens feciſſet, po-
teſtas tamen ipſi fiat earum tollendarum, ex ratione illâ
æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ
ratio nullam inducit neceſſitatem concedendæ prædoni
exceptionis doli ad impenſas vtiles deducendas: quan-
do denegata quoque ea exceptione perinde accidat, vt
potior ex aliena iactura non locupletetur, cùm præ-
29 doni poteſtas ſit ſumptuum tollendorum. Quamuis †
ea via ſeruandorum ſumptuum ſit multò minùs com-
moda prædoni, quàm futura eſſet exceptio doli. Siqui-
dem doli exceptio plenam indemnitatem tribuit, & ex-
cludit in totum actionem quovſque refuſi ſint ſumptus
omnes, ſi modò per inopiam domini non fiat quo mi-
nus refundi poſſint. At is qui tollit ædificium quod
conſtruxit, ne quidem ideo remoratur actionem, tan-
tum abeſt vt eam excludat. Nec fieri poteſt vt ea ratione
ſe præſtet indemnem, non ob id ſolum quod materia,
ex qua ædificium conſtructum erat, non poſſit deſtructo
ædificio eſſe æquè pretioſa atque erat antea, ſed etiam
vel hoc ipſo quod ad diruendum ædificium nouo ſum-
ptu opus ſit, de cuius repetitione tractari numquam
poſſit. Et hanc differentiam inter exceptionem doli &
poteſtatem tollendorum ſumptuum apertè expreſſit
Vlpianus in d. l. *Iulianus D. de rei vind. itémque Caius in
d. l. vtiles §. 1. D. de petit. hered.* Nec ſanè id agit Paulus
in d. l. *planè*, vt reſtituatur prædoni quidquid ei abeſt
impenſarum nomine: ſed tantùm euitetur iniquitas
illa, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, vt dicitur
contra omnes illos qui ad rem alienam improbè acceſ-
ſerunt, vt loquitur Iulianus *in l. ſi pupilli* 6. *§. ſed ſi quis*
3. *D. de negot. geſt.* Vnde & illud eſt quod in *d. l. planè*
ſubiicit Paulus, eam inter prædonem & bonæ fidei poſ-
ſeſſorem eſſe differentiam, etiam ex æquitate, † quod 30
bonæ fidei poſſeſſor omnimodo impenſas deducit, &
omni caſu, id eſt, licet res, in quam factæ ſint, non extet:
puta, ſi ea pars domus quam ædificauerat, fuit combuſta:
at prædo non aliter quàm ſi res ipſa extet, & quidem
melior facta per eas impenſas. Nempe, quoniam ſi pro-
pter rem peremptam amitteret bonæ fidei poſſeſſor ex-
ceptionem doli quam erat habiturus re extante, rema-
neret in damno ſine culpa ſua, cùm tamen indemnis
præſtandus ſit: Prædo autem, cùm res extare deſiit, in
quam fecerat expenſas ſiue neceſſarias, ſiue vtiles, etiam
ſi nihil habeat quod poſſit tollere, atque ita omnino
moretur in damno, nihilo tamen plus iuris inde nanciſci
poteſt, quod ex eo prædonis damno non ſit locupletior
petitor, cuius res extare deſiit. Atque ita ceſſat ratio,
quæ faciebat vt ex æquitate naturali ſuccurrendum
eſſet etiam prædoni contra petitorem. Dices fortaſſe, † 31
Paulum in poſtrema parte *d. l. planè*, dare deductionem
impenſarum etiam prædoni, ſi modo extent, ſiue ne-
ceſſariæ ſint, ſiue vtiles, cùm de vtriſque loquatur, nec
vllam videatur agnoſcere differentiam inter bonæ fidei
poſſeſſorem & prædonem, niſi cùm impenſæ non extant.
Sed reſpondendum eſt, quod ibi ait de deductione, ad
neceſſarias quidem & vtiles impenſas referri poſſe, ſed
non promiſcuè, & eodem modo. † Neceſſariæ enim 32
deducuntur etiam à prædone, ſiue per exceptionem
doli, vt ſuprà diximus, ſiue quòd fuerit fortaſſe proba-
bilius, & Pauli verbis conuenientius, per officium iu-
dicis, & quidem omninò, id eſt, non adhibita illa di-
ſtinctione an dominus pati velit vt tollantur nécne,
cùm tolli nequeant ſine rei detrimento. Vtiles verò de-
ducuntur à prædone ita demum, ſi dominus nolit pati
vt tollantur, quod vtique pro ſuo iure poteſt nolle, *d. l.
in fundo verſ. conſtituimus.* Quo demũ caſu, locum habet
ratio illa æquitatis, qua vna mouetur Paulus ne petitor
ex aliena iactura locupletetur, non etiã cùm patitur pe-
titor vt tollantur. Et in hoc fuit mirè prudens Paulus, qui
cùm tractaret de neceſſariis & vtilibus impenſis ſimul,
quarum videbat non poſſe conſtitui eandem rationem
in perſona prædonis, ea verba vſurpauit quæ vtriſque
conuenirent, ſed tamen diuerſo ſenſu. Non enim dixit
in prædonis quoque perſona locum habere doli mali
exceptionem ad impenſas deducendas, vt in bonæ fidei
poſſeſſore, quia licet id de neceſſariis impenſis dici po-
tuiſſet, in vtilibus tamen falſum fuiſſet: nec rurſus dixit
prædoni quoque permittendum tollere impenſas quas
feciſſet: quia id, quamuis de vtilibus impenſis verè dictũ
fuiſſet, tamen neceſſariis nõ conueniſſet, quæ nõ tantùm
tolli,

tolli, ſed etiam retineri ſaltem officio iudicis poſſunt, ſed
illud tantùm dixit, benignius eſſe vt in prædonis quo-
que perſona tam neceſſariarum impenſarum quàm vti-
lium ratio habeatur, relinquens nobis explicandum
ex aliis legibus quomodo habenda ſit ratio harum &
illarum. Adiecta etiam ratione generali, nec petitor ex
aliena iactura locupletetur. Quæ ratio, ſicut inducit re-
tentionem pro neceſſariis impenſis, ita pro vtilibus ni-
33 hil niſi poteſtatem earum tollendarum. Quod verò †
ad voluptuarias pertinet, hanc quoque differentiam
conſtituimus inter bonæ fidei poſſeſſorem, & prædo-
nem: quod bonæ fidei poſſeſſor earum quoque nomine
habeat doli exceptionem tam in petitione hereditatis,
d. l. vtiles. §. 1. D. de petit hered. quàm in vindicatione, vt
conſtat in *d. l. in fundo. 30. D. de rei vindic.* cùm ait red-
dendas eſſe impenſas in quantum pretioſior res facta
34 eſt. Nemo enim dubitat quin voluptuariæ † impenſæ
faciant rem pretioſiorem, quamuis non faciant melio-
rem: pertinent enim ad ornandam ſpeciem, non ad
augendum eius fructum, *l. impenſa. 79. D. de verb. ſignif.*
l. voluptuaria. 7. cum 4. ſeqq D. de imp. in res dot. fact. itém-
que, *d. l. ſumptus. 48 D. de rei vind.* quæ ob eam cauſam,
ſicut tractat de bonæ fidei poſſeſſore, ita & de omnibus
ſumptibus indiſtinctè, vt intelligamus in bonæ fidei
poſſeſſoris perſona eandem eſſe ſumptuum omnium
rationem. At prædo non habet doli mali exceptionem,
nec etiam per officium iudicis retentionem voluptua-
riarum impenſarum nomine, non magis quàm vtilium,
imò multò minus, cum magis ei poſſit imputari cur
ſuperuacuas fecerit, quàm ſi vtiles feciſſet, qui ſenſus eſt
d. l. vtiles. Sed tamen perinde fieri debet poteſtas earum
tollendarum dummodò tolli poſſint ſine rei detrimen-
to, atque ſi eſſent vtiles: quoniam in iis eadem ratio lo-
cum habet ne petitor aliena iactura locupletetur: adeò vt
ſi nolit petitor pati poſſeſſorem eas tollere, debeat ea-
rum pati actionem, ſcilicet per viam retentionis, non
actionis, vt poſtea dicemus, ſi modò recipiant ſepara-
tionem. Nam ſi non recipiant, relinquendæ ſunt, nec
aliter permittendum eſt prædoni auferre ornatum
quem poſuit, quàm ſi futurum ſit eius quod abſtulerit,
vt & de voluptuariis impenſis à marito in re dotali fa-
ctis ſcribit Vlpianus in l. *pro voluptuariis 9. D. eod.* vo-
luptuarias impenſas, nec ſi voluntate mulieris factæ pa-
rere exactionem, cùm nec vtilium deductio aliter fa-
cienda ſit, quàm ſi voluntate mulieris factæ proponan-
tur, *l. vtilium. 8. D. eod.* quamuis multò plus iuris ha-
beat maritus in re dotali, quàm poſſeſſor quilibet in re
35 aliena, cùm † maritus ſit dominus bonitarius dotis, li-
cèt in hoc peioris conditionis quàm bonæ fidei poſſeſ-
ſor, quòd omnino futurum ſit, vt ſoluto matrimonio
dotem reſtituat. Quantò minùs ergo permittendum
erit prædoni, vt poſſit deducere impenſas, etiam vti-
les, ne dicam voluptuarias, quas fecit in rem alienam do-
mino ignorante, & prætextu talis deductionis rem alie-
nam quam dominus vindicet, retinere?

ERROR IX.

De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impenſas quaſcunque repetendas.

SVMMARIA.

1 *Martini & aliorum ſententia actionem etiam prædoni ad impenſas quaſcunque conſequendas dari, putantium legum textibus euertitur.*
2 *Leges allatas ad iuris rigorem, excluſa æquitate, non eſſe referendas, vt volunt aduerſarij.*
Condictio indebiti eſt ex æquitate naturali.
4 *Bonæ fidei iudiciis quomodo ipſo iure inſint doli exceptiones.*
5 *Vtile iudicium quid.*
6 *In l. planè 38. D. de per. her. non dari prædoni actionem ad impenſas petendas, & qui in eius perſona impenſarum ratio habeatur.*
7 *Cur facilius alicui per iudicis officium ſuccurratur quam per actionis inductionem.*
8 *Poteſt ex æquitate retentio, ei competere, cui nonniſi iniquè dari poſſet actio.*
9 *Cur in l. 6. §. 3. D. de neg. geſt. prædoni qui mea negotia geſſit, ſi quid impenderit, contra me detur actio in id quo factus ſum locupletior.*
10 *Negotij geſtio non inducit vllum ius in rem, ſed tantùm in perſonam.*
11 *Non eſt perpetuum, vt cui damus actionem, debeamus etiam retentionem dare.*
12 *Ei qui rem alienam reſtituit, non deductis aut ablatis impenſis, non amplius ſuccurritur.*
13 *L. 32. D. de reb. cred. alienam eſſe à propoſito, quod in ea detur actio illi, qui nunquam habuit retentionem.*
14 *Obiectio aduerſariorum petita ex L. 2. Codice de rei vindic.*
15 *Animus donandi præſumitur in eo qui impēdit in rem alienam quam non poſſidet, ſecus in eo qui poſſidet. & n. 18.*
16 *D. leg. 2. non loqui de eo qui in alieno ſolo ex aliena materia ædificat, vt quidam perperam reſpondent.*
17 *Reſponſio autoris ad d. l. 2.*
18 *Quo titulo alienata cenſeatur materia, ex qua malæ fidei poſſeſſor in alieno ſolo ædificauit.*
19 *Sine voluntate donandi materiam donare non cenſeatur malæ fidei poſſeſſor qui in alieno ſolo ædificat.*
20 *Prædo quis, & quomodo differat à malæ fidei poſſeſſore.*
21 *Malæ fidei poſſeſſor quis.*
22 *Malæ fidei poſſeſſor, quem conſtat habuiſſe animum donandi, nullas impenſas retinere aut tollere poteſt.*
23 *Malæ fidei poſſeſſor, quem conſtat non habuiſſe animum donandi, remanet dominus materiæ, ex qua ædificauit in alieno ſolo.*
24 *Si neſciatur quem animum habuerit malæ fidei poſſeſſor in alieno ſolo ædificans, præſumitur habuiſſe animum donandi.*
25 *In quo ſit deterior conditio malæ fidei poſſeſſoris quàm prædonis.*
26 *Malæ fidei poſſeſſor quomodo probare poſſit ſe donandi animum non habuiſſe.*
27 *Obiectio aduerſariorum petita ex l. 40. §. 1. D. de cond. ind.*
28 *Solutio dict. l. ab inſtituta quæſtione alienam eſſe, vt quæ de malæ fidei poſſeſſore non loquatur.*
29 *Quæ debentur in diem certum, eorum dies ſtatim cedere dicitur, ſecus ſi in incertum.*

EX quo intelligimus quàm improbabilis ſit
ſententia Martini à pragmatico Pariſienſi
noſtris temporibus renouata, vt non tan-
tùm bonæ fidei poſſeſſor, † ſed etiam præ- 1
do & malæ fidei poſſeſſor quilibet, non tantùm reten-
tionem habeat ad retinendas impenſas ſiue neceſſarias,
ſiue vtiles, ſiue voluptuarias, ſed etiam actionem, ſi for-
tè non deductis aut ablatis iis impenſis rem reſtituerit:
Pugnat enim apertè cum *d. l. ſumptus. D. de rei vind.*
vbi negat Papinianus poſſe peti ſumptus etiam à bonæ
fidei poſſeſſore, qui ædificauit in alieno ſolo ex ſua ma-
teria, ſed tantùm per exceptionem doli æquitatis ratio-
ne ſeruari, & ita demum ſi fructuum perceptorum ante

Digitized by Google

litem conteſtatam quantitatem excedant : Item cum
d.§.ex diuerſo. Inſtit.de rer. diuiſ. cum d.l.adeo.7.§.ex di-
uerſo. D.de acq.rer. dom. vbi etiam ſcriptum eſt, non
aliter conſuli bonæ fidei poſſeſſori quàm per exceptio-
nem doli eo caſu quo conſtitutus in poſſeſſione vrgea-
tur à domino ad reſtitutionem rei, nulla ſumptuum re-
ſtitutione oblata : hoc addito, vt ſi fuerit malæ fidei
poſſeſſor neque exceptionem doli habere debeat con-
ſtante ædificio, quod ex ſua materia in alieno ſolo ædi-
ficauerit, neque eo diruto vindicationem materiæ, vt-
pote quam voluntate ſua alienaſſe videtur. Tertiò pu-
gnat cum *l.ſi in area. 33. D. de condict.indeb.* in poſtre-
mis illis verbis : *Et ideo conſtat, Si quis cùm exiſtimaret*
ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet, nullo alio
modo quàm per retentionem impenſas ſeruare poſſe. Nam
cum tractet ibi Iulianus non ſolùm de bonæ fidei poſ-
ſeſſore, ſed etiam, quod magis eſt, de impenſis neceſſa-
riis (collabentem enim domum fulcire neceſſe eſt ne
corruat) quis audeat malæ fidei poſſeſſori dare actio-
nem pro impenſis etiam non neceſſariis ? Quartò pu-
gnat cum *l. in hoc. 14. §. 1. verſ. hoc enim caſu. D. com.*
diuid. vbi Paulus ſcribit : Si in rem tuam aut commu-
nem inter nos aliquid impenderim quaſi in rem meam,
me tantum eo nomine habere retentionem, ſiue per
exceptionem doli mali, ſi rem totam vel pro parte vin-
dices, ſiue æquitate iudicij communi diuidundo, ſi eo
iudicio experiri malis quam rem vindicare, quia, inquit
lex, neminem mihi obligare volui. Regula autem eſt,
actus agentium non operari vltra intentionem agen-
tium, *l.non omnis.19.D.ſi cert. petat.* Aliter atque ſi im-
penderim tanquam in rem alienam, aut communem, li-
cèt in perſona ſocij mei vel domini errauerim, quia tunc
volui aliquem obligare licèt non illum ipſum quẽ mi-
hi obligaui. Quamquam de tota huius loci ſententia
& emendatione videnda ſunt quæ ſcripſimus 3. Con-
iectur.cap.2. Nec reſponderi poteſt quod iſti reſpon-
2 dent, † ſupradictos omnes iuris locos ad iuris rigorem
referendos eſſe, non ad æquitatem. Nam imò verò de
æquitate omnes loquuntur, vt apparet ex *d.l.ſumptus,*
in illis verbis, *æquitatis ratione ſeruantur,* & ex *dd. §§. ex*
diuerſo, cùm in iis agatur de exceptione doli bonæ fidei
poſſeſſoribus accommodanda, quæ non datur niſi ex na-
turali æquitate *l.§.1.D.de doli except.* Rurſum ex *d. l.ſi*
3 *in area.33.* in qua agitur de condictione † indebiti quæ
dicitur eſſe naturalis in *l.indeb.25.D.eod.* id eſt, ex æqui-
tate naturali, aut, quod eſt idem, ex bono & æquo, *l.*
hæc condictio.66.& l.præced.in §. quod ob rem. 4. D. eod.
Deniq. ex *l.in hoc.14.§.1.D.com.diuid.* vbi de hoc ipſo
quæritur, an ex æquitate iudicij communi diuidundo,
quod eſt bonæ fidei, poſſint repeti ſumptus facti in rem
communem, quam vnus ex ſociis ſuam propriam exi-
ſtimabat, quod admittit quidem Iureconſultus, ſed per
viam deductionis, quamuis citra exceptionem doli, quia
4 bonæ † fidei iudiciis exceptiones doli inſunt ipſo iure,
ideſt, non appoſitæ in formula, in qua nimirum ſufficie-
bat poſita eſſe verba illa ſolemnia *Ex bona fide.* At non
per viam actionis, ita vt ex ea cauſa deneget Iurecon-
ſultus non tantùm ſudicium directum communi diui-
dundo, ſed etiam vtile ſi ſecundùm noſtram emendatio-
nem addatur negatio in verſ. *quæ cum ita ſint*, quomo-
do addendam eſſe probauimus cum ea ratione iuris, tum
ex *l. ſi quis cum.29.* vbi eſt textus apertiſſimus. *D.eod.*
5 & tamen conſtat † vtile iudicium nihil aliud eſſe, quàm
quod ceſſante mera iuris ratione ex ſola æquitate indu-
citur. In quo differt à directo. Ergo neque ex æquitate
repeti poſſunt impenſæ quas ſocius fecerit in rem com-
munem, quam ſuam eſſe putabat, quamuis eas fecerit
bona fide, quantò minùs ergo ſi malæ fidei poſſeſſor fuiſ-
ſet. Supereſt vt ad nonnullas leges quæ pro iſtis facere
videntur, reſpondeamus. Primùm autem obiicitur *d. l.*
6 *planè. 38. D.de petit.hered.* Sed iam reſpondimus † Pau-
lum eo loco non dare prædoni exceptionem doli ad
impenſas retinendas, etiam neceſſarias, tantum abeſt vt
fuerit daturus actionem cum iſtis ad voluptuarias etiam
petendas, ſed hoc tantùm dicere, habendam eſſe ratio-
nem impenſarum in prædonis quoque perſona : nimi-
rum vt quamuis ſummo iure poſſit ei imputari cur in
alienam rem ſciens impenderit, ipſi tamen permittatur
ex æquitate impenſas neceſſarias deducere, non quidem
per exceptionem doli, cùm ſit ipſe in dolo, ſed per of-
ficium iudicis. Vtiles verò vt voluptuarias tollere, quæ
tolli poſſunt ſine rei detrimento, & ſi dominus patia-
tur tolli. Sin ſecus, poſſit has quoque prædo eodem iu-
dicis officio deducere, ne alioqui eueniret vt ex ipſius
iactura petitor locupletaretur. Quæ ratio æquitatis
quamuis bona ſit ad inducendam deductionem neceſ-
ſariarum impenſarum per officium iudicis, & poteſta-
tatem tollendarum earum ſi vtiles ſint aut voluptuariæ,
non æquæ tamen ſufficere poteſt ad inducendam actio-
nem : quia multò difficilius eſt † vt actio inducatur, 7
quàm vt actione ab vno propoſita in eodem iudicio alij
per officium iudicis ſuccurratur. Siquidem actiones
nonniſi ex certis modis & principiis naſcuntur, iudi-
cis verò officio ſola æquitas locum facit, quod ipſum,
nullis certis finibus, non magis quàm æquitas ipſa con-
cluditur. Neque verò nouum eſt vt ex æquitate † com- 8
petat retentio alicui, cui tamen nonniſi iniquè poſſit
dari actio, vt conſtat ex *l.quibus.51.D.de condict.indeb.l.*
heres.21.D.ad SC. Trebell. in illis verbis. *Similem eum*
eſſe Ariſto ait illis qui retentiones, quas ſolas habent omit-
tunt. Secundò obiicitur *d.l.ſi pupilli, 6. §. ſed & ſi quis.*
3.D.de neg. geſt. vbi Iulius etiam prædoni, cui depræ-
dandi cauſa ad negotia mea acceſſit, ſi quid tamen im-
penderit, actionem dat contra me in quo locupletior
factus ſum. Reſpondendum † eſt diuerſum eſſe caſum 9
illum ab eo de quo tractamus. Quoniam in illa ſpecie
qui negotia mea geſſit, nullam poteſt habere contra me
retentionem, non ſolùm quia nihil poſſidere proponi-
tur ex rebus meis, ſed etiam quia prædoni non poteſt
dari retentio eius quod ex meo habeat pro impenſis
quas in alias res fecerit, cùm etiam in bonæ fidei geſto-
ris perſona non poſſit geſtio † inducere vllum ius in 10
rem, ſed tantùm in perſonam, *l.pen.C.de neg. geſt.* ſatiſ-
que ei eſſe debet quòd habeat actionem contra me in
quantum factus ſum locupletior : illa enim ratio quòd
non debeo locupletari ex alterius iactura, alterutrum
facere debet, vt habeat ille contra me vel actionem, vel
retentionem, vel etiam poteſtatem ſumptuum quos fe-
cit tollendorum, ſi tibi poſſunt : Sed vt in eodem caſu
habeat & actionem & retentionem, facere non poteſt.
Debet enim de ſe conqueri, non de iuris iniquitate is,
qui cùm alterutro modo ſibi proſpicere poſſet, id tamen
vel facere noluit, vel neſciuit. Nec perpetuum eſt, † 11
quantumuis ſit regulare, vt cui damus actionem, debea-
mus etiam dare retentionem, ſi fortè ratio quæ ſuadet
dari actionem non poſſit porrigi, vt in propoſito ad re-
tentionem. Sed illud eſſet multò abſurdius, ſi cui damus
retentionem, vellemus ſemper dare actionem. Pugnaret
enim cum ſupradictis omnibus iuris locis. At nos de
illo tractamus qui impenſas neceſſarias à ſe factas po-
tuit deducere per officium iudicis, vtiles verò & volu-
ptuarias tollere ante rei reſtitutionem. Sibi ergo † im- 12
putet ſi rem reſtituerit non deductis aut ablatis impen-
ſis, maximè cùm non poſſet dicere id à ſe factum per er-
rorem facti, quia cùm illas impenſas ipſe feciſſet in rem
quam ſciebat alienam, non poteſt proprij facti ignora-
tionem prætendere, vt loquitur Papinianus in *l. quam-*
quam.7.D.ad SC. Velleian.iunct. l. vlt.à contrario ſenſu.
D.pro ſuo. neque rurſus per errorem iuris, qui ſolet ex-
cuſare, cùm agitur de damno vitando, *l. iuris 7. l.ſeq.D.*
de iur.& fact.ignor. Nec enim errat in iure qui putat
perditas à ſe impenſas quas in rem alienam ſciens fece-
rit. Itaque cùm pro eo nihil faciat niſi ratio æquitatis,
ſequitur vt ſi ea vſus non ſit, cùm vti poſſet, id eſt, an-
tequam

requam rem reſtitueret, implorare poſtea eam non poſ-
ſit ad habendam actionem, cùm æquitas non induce-
13 ret niſi retentionem. Obiicitur † tertiò quod ſcriptum
eſt in *l. ſi & me & Titium* 32. *D. de reb. cred.* in generali
illa ratione. *quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à
te reddi bonum & æquum eſt*. Qua lege iam olim nitebatur Caſtrenſis, vt daret impenſarum repetitionem bo-
næ fidei poſſeſſori. Sed malè: quoniam in ea ſpecie is,
cui lex dat actionem, nunquam potuit habere retentio-
nem: nec proinde quidquam ei imputari poteſt ſiue
cur ſibi non proſpexerit, priuſquam rem redderet, ſiue
cur in alienam rem ſciens impenderit, quod vtrumque
tamen probè obiicitur malæ fidei poſſeſſori, ad quem
proinde multò improbabilius accommodes eam legem
cum Pariſienſi, quàm ad bonæ fidei poſſeſſorem cum
14 Caſtrenſi. Quarta † obiectio eſt ex *l. 2. C. de rei vindic.*
vbi ſcriptum eſt, diſſoluto ædificio quod quis alieno in
ſolo ædificauerat, materiam ad priſtinum dominum, ſiue
bona fide, ſiue mala ædificium conſtructum ſit reuerti,
ſi non donandi animo ædificia in alieno ſolo poſita ſint.
Quod eò pertinere videtur, vt cùm in malæ fidei poſ-
ſeſſore non ſit præſumendus animus donandi, qui nec
regulariter præſumi ſolet in aliis perſonis, conſequen-
ter impenſarum repetitio competat: quia is demum re-
petere prohibetur, qui donandi animo impenſas fecit,
15 *l. qui alienam* 14. *D. de donat.* Et quamuis animus † ille
donandi, vel fatente Cuiacio, præſumi debeat in eo qui
impendit in rem alienam, quam non poſſidet, vt in
ſpecie l. *l. ſi ſeruus* 27. §. *ſi oliuam. D. ad l. Aquil.* Aliud
tamen eſſe videtur in eo qui impendit in rem alienam
quam poſſidet, quantumuis ſciat eſſe alienam, quia po-
teſt ſperare futurum, vt cùm rem dominus euincet, re-
tenturus ſit ille ſumptus contra dominum, vel ablatu-
rus, vt ratiocinatur Cuiacius 11. Obſer. cap. 1. Pro quo
facit textus in *l. ſicut. 8. §. non videtur. verſ. cùm ideò. D.
quibus modis pignus vel hypoth. ſolu.* Nec reſpóderi poteſt
16 † quod quidam reſpondent tractari in d. l. 2. de illo qui
ædificauerit in alieno ſolo ex materia aliena. Illo enim
caſu poſſet verum eſſe quod lex ait, diſſoluto ædificio
redire dominium materiæ ad eum quoque qui mala fide
ædificaſſet, ſi dominus ipſe nunquam fuiſſet. Neque
item ad hunc caſum poſſet accommodari illa exceptio,
ſi non donandi animo, cùm animum donandi nonniſi
ridiculè habere poſſit is qui dominus non ſit. Quid er-
17 go reſpondebimus † ad d. l. 2. *C. de rei vind.* nimirum lo-
qui eam de malæ fidei poſſeſſore, qui non ſolum ex ſua
materia in alieno ſolo ſciens ædificauerit, ſed etiam ani-
mo non donandi, ſed repetendi. Is enim ſenſus eſt eo-
rum verborum, *ſi non donandi animo*, &c. vt ſcilicet con-
tineant exceptionem, non quomodo Pariſienſis putat
negatiuam, quaſi ſcriptum ſit, *niſi donandi animo*, ſed af-
firmatiuam, ac ſi retentis iiſdem verbis, ſed tamen aper-
tiùs ſcriptum eſſet, *ſi animo non donandi*, relata negatio-
ne ad verbum ſequens *donandi*, non ad particulam *ſi*.
Quamuis enim animus donandi in malæ fidei poſſeſſo-
re præſumatur hoc ipſo quod voluntate ſua materiam
18 ſuam alienare intelligitur, † ſiquidem nullum hîc alium
titulum alienationis comminiſci poſſumus quàm do-
nationis *l. donari* 29. *D. de donat. l. donari* 82. *l. cuius per
errorem.* 53. *D. de reg. iur.* præſumptio tamen cedit veri-
tati, nec aliter locum habet, quàm ſi de veritate conſta-
re non poſſit, *l. cùm de indebito* 25. *l. præced. & paſſ. D.
19 de probat.* Nec fieri poteſt vt † qui in alieno ſolo ex
ſua materia ædificat, donare illam videatur quantumuis
mala fide ædificet, ſi non habeat animum donandi,
cùm donatio, & alienatio quælibet pendeat ex volunta-
te alienantis, tametſi non ſimiliter pendeat ex volunta-
te ædificantis, vt ædificium eius fiat qui eſt dominus
ſoli, quoniam pendet hoc ex iuris ratione tam natura-
li quàm ciuili, quæ ſuperficiem eius fecit, cuius eſt ſo-
lum: at non ſimiliter materiam, ex qua ſuperficies con-
ſtat, quoniam è ſuperficie differt materia ſuperficiei ſe-
paratim ſumpta, nec eandem ſiue dominij, ſiue poſſeſſio-
nis habet rationem, vt diximus alibi ex l. *cum qui he-
res.* 23. *D. de vſucap. d. l. adeo. §. illud rectè quæritur* 11. *D.
de acq. rer. do.* in eoque obſeruanda differentia eſt, quam
neſcio an adhuc quiſquam obſeruauit inter malæ fidei
poſſeſſorem & prædonem. Nam in prædonem non cadit
diſtinctio illa quam d. l. 2. adhibet in malæ fidei poſſeſ-
ſore, an habuerit animum donandi, necne: cum † præ- 20
do ille ſit qui deprædandi cauſa rem alienam inuadit.
l. etſi pupilli 6. §. *ſed & ſi quis. D. de negot. geſt.* Et qui in-
terrogatus cur poſſideat, nihil aliud reſpondere poteſt,
quàm quia poſſidet, nulla, ne per mendacium quidem,
allata poſſeſſionis ſuæ cauſa. *l. pro herede* 11. *in fin. cum
duabus ſeq. l. etſi* 25. §. *quod autem.* 5. *D. de petit. hered.
l. ſi ex ſtipulatione* 5. *D. de acqu. poſſeſſ.* Quid enim tam
contrarium animo prædandi quàm animus donandi?
Et ob id nimirum leges, quæ dant retentionem impenſa-
rum ſiue neceſſariarum, ſiue vtilium per officium iudi-
cis, aut poteſtatem tollendarum vtilium, aut voluptua-
riarum ei qui ſciens in alieno ſolo ædificauerit, non de
quolibet malæ fidei poſſeſſore loquuntur ſed tantùm
de prædone, vt d. l. *planè* 38. *cum l. ſeq. D. de pet. heredit.
l. domum.* 5. *C. de rei vind.* vbi quòd ponitur domum à
poſſeſſore iniuria occupatam, nihil aliud ſignificat,
quàm poſſeſſorem eam domum per iniuriam & vim in-
uaſiſſe, quod prædonis eſt. Denique quiſquis prædo
eſt, idem etiam eſt malæ fidei poſſeſſor, ſed non è con-
uerſo, quiſquis eſt malæ fidei poſſeſſor, idem prædo eſt.
Nam vt habet regula iuris, Nemo prædo eſt qui pre-
tium numerauit, *l. nemo* 126. *D. de reg. iur. l. nec vllà.*
13. §. *ſi quis ſciens. D. de pet. hered.* ſicut nec qui ex do-
nationis, aut alio titulo rem accepit, quamuis ſciuerit
alienam. At malæ † fidei poſſeſſor eſt quiſquis poſſidet 21
rem quam alienam eſſe ſcit, quantumuis pretium eius
numerauit, *l. quam rem.* 38. *& paſſim. D. de vſuc. l. qui
fundum* 7. § *qui bona fide* 4. *D. pro empto* excepto ſingu-
lari caſu *l. & generaliter.* 28. *D. de noxal. act.* Itaque
cum de malæ fidei poſſeſſore tractamus, qui non ſit
prædo, diſtinguendum eſt, an conſtet illum habuiſſe
animum donandi, an è contrario non habuiſſe, an verò
quem animum habuerit, neſciatur. † Primo caſu nulla 22
eſt dubitatio, quin nullas impenſas retinere aut tollere
poſſit. Nec enim hîc occurrit iniquitas illa quòd futu-
rum ſit vt ex aliena iactura petitor locupletetur, cùm
poſſeſſor impenſas donauerit, quas pro arbitrio ſuo vti-
que donare poterat *d. l. qui alienam.* 14. *D. de donat.* Se-
cundo caſu † certum eſt, manere illum dominium ma- 23
teriæ, quamuis ædificauerit ſciens in alieno ſolo cùm
non habuerit voluntatem eius alienandæ, non magis
quàm vel bonæ fidei poſſeſſor, vel prædo, *d. l. 2. C. de rei
vind.* Tertio caſu † in dubio contra ipſum præſumptio 24
eſt quòd habuerit animum donandi *d. §. ex diuerſo. d. l.
ſi ſeruus.* 27. §. *ſi oliuam.* 25. *D. ad l. Aquil.* & ideo non
putem hoc caſu dandam malæ fidei poſſeſſori vllarum
impenſarum retentionem, aut etiam earum tollenda-
rum facultatem, in quo † ſi quis miretur meliorem 25
eſſe conditionē prædonis quam malæ fidei poſſeſſoris,
cogitare is debet improbitatem malæ fidei poſſeſſoris
hoc odio dignam eſſe, tanquam quæ ſit maior quàm
improbitas prædonis, hoc ipſo, quòd eſt occultior: cùm
is, qui reuera malæ fidei poſſeſſor eſt, mentiatur ſe bo-
næ fidei poſſeſſorem, prætextu tituli quem habet, &
per occaſionem iuris ciuilis, quòd in dubio præſumit
poſſeſſorem quemlibet bonæ fidei potiùs quàm malæ
fidei: vt proinde boni conſulere debeat malæ fidei poſ-
ſeſſor, ſi pro eo commodo quod ſperabat, adrogandi
ſibi ſubdole dominij alieni, ſentiat illud incommodum
vt detecta fraude, & ſua mala fide deterioris conditio-
nis reperiatur quàm prædo. Et quamuis in d. l. 2. non
denegetur niſi vindicatori, qui mala fide & donandi
animo in alieno ædificauerit, vt in dd. §§. ex diuerſo:
dubitari tamen non oportet quin & retentio ſit dene-
gand[a]

ganda, cùm à vindicatione materiæ poſt dirutum ædi-
ficium nihil aliud eum arceat quàm quod mate-
riam ſua voluntate alienaſſe & donaſſe præſuma-
tur. Quo admiſſo, nemo dixerit, eum, qui dona-
uerit, retentionem habere debere magis quàm vindi-
26 cationem, etiamſi poſſideat. Poteſt autem † fieri vt
malæ fidei poſſeſſor facilè probet ſe donandi ani-
mum non habuiſſe: fortaſſis ſi cùm ædificare vellet,
in teſtationem redegiſſet, aut aliter coram teſtibus ex-
poſuiſſet quonam animo id faceret, ædificans fortitan
in ſolo quidem quod alienum eſſe ſciuit, ſed quod ta-
men eius eſſet, qui in longinquum profectus, ibi de-
functus eſſe diceretur, & cui eſſet ille aut ſanguinis,
27 aut teſtamenti iure ſucceſſurus. Poſtrema † obiectio
eſt ex l. *quis exceptionem* 40. §. 1. *D. de condict. indeb.*
vbi Martianus ſcribit, Si pars domus quæ in diem per
fideicommiſſum relicta eſt, arſerit ante diem fideicom-
miſſi cedentem, & eam heres ſua impenſa refecerit,
non ſolùm deducendam eſſe expenſam ex fideicommiſ-
ſo, ſed etiam ſi heres ſine deductione domum tradide-
rit, poſſe eum incerti condicere, quaſi plus debito de-
derit. Pugnare namque id videtur non ſolùm cum eo
quod diximus, impenſas in alienam rem factas per
actionem repeti nunquam poſſe ſed etiam cum d. l. *ſi*
in area. 23. *eod. tit.* vbi apertum eſt ex hac cauſa non
competere indebiti conditionem, quantumuis æqui-
28 tate naturali inductam. Reſpondendum eſt † Iurecon-
ſultum in *d. l. qui exceptionem* 40 §. 1. non tractare
de alienæ rei poſſeſſore ſiue bonæ fidei ſiue malæ: ſed
herede rogato reſtituere rem aliquam hereditariam in
diem, & quidem incertum, qui pro conditione habe-
tur, puta poſt mortem ſuam. *l. talis ſcriptura* 30. §.
ſed et ſi ſub conditione. 4. *cum ſeq. D. de leg.* 1. *leg. dies*
incertus. 75. *& l.* 1. §. *dies. D. de condit. & demonſtr.*
vt ex eo conſtat quod apud Martianum eſt, *ante diem*
29 *fideicommiſſi cedentem.* Neque enim poſſet fieri † vt
dies non ceſſiſſet fideicommiſſi, quod in diem certum
eſſet relictum. Quæ enim debentur in diem certum,
eorum dies ſtatim cedere dicitur, licèt necdum vene-
rit, *leg. cedere diem*, 213. *D. de verb. ſignif.* Porrò pen-
dente die incerto, non ſolùm heres vere dominus
eſt, ſed etiam ita dominus vt incertum ſit an fideicom-
miſſum vnquam ſit debiturus, puta ſi fideicommiſſa-
rius ante diem fideicommiſſi cedentem deceſſerit, *vt*
in leg. Statius 48. §. *Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* &
ideò ſi interim combuſta ſit inſula quæ per fideicom-
miſſum erat reſtituenda, & eam heres ſua impenſa re-
fecerit, quamuis poſtea fideicommiſſi dies & condi-
tio exiſtat, non tamen videri poteſt heres impendiſ-
ſe in rem alienam, qui reuera impendit in ſuam,
quamuis præuideri debuerit fieri poſſe vt eſſet ali-
quando reſtituenda. Cæterùm, vt non poteſt fieri alie-
na, niſi per manus ipſius heredis eam reſtituentis,
ita nec niſi refuſis primùm expenſis, ſi deductione vti
heres velit, aut ſi per facti errorem aliquem id præter-
miſerit, puta, dum exiſtimat alias res eſſe in fidei-
commiſſo, quarum retentione proſpicere ſibi poſ-
ſet, ratio ſanè iuris facit, vt eo nomine debeat ha-
bere indebiti condictionem, quaſi plus debito dederit
qui ſine deductione impenſarum reſtituit fideicom-
miſſum, ex quo deducere illas poterat. Sicut è contra-
rio qui minùs ex fideicommiſſo percepit quàm de-
beat, ipſum adhuc fideicommiſſum petere poteſt,
ac ſi nihil adhuc ſolutum eſſet, quouſque
pleniſſimè fuerit illi ſatisfactum. *leg.*
debitor 59. *verſ. neque fideicommiſ-*
ſum. D. ad SC. Trebell.

ERROR X.

De ſententia *l. qui exceptionem.* 40. §. 1. *D. de cond. indeb. l. heres.* 21. *ad SC. Trebell. l. ſumptus* 48. *D. de rei vind.*

SVMMARIA.

1 *Cur in ſpecie, l.* 40. §. 1. *D. de cond. ind. detur condictio incerti.*
2 *Non dari condictionem incerti, quod condicatur poſſeſſio, quæ eſt incertum quid.*
3 *Vera ſententia l.* 21. *D. ad SC. Trebell.*
4 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum quando poſſit res hereditarias.*
5 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum non deductis impenſis poteſt creditoribus hereditariis denuntiare ne fideicommiſſario ſoluant.*
6 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum quarta non deducta non habet actionem contra fideicommiſſarium ad eam conſequendam & n.* 3.
7 *Diſcrimen inter quartam ex fideicommiſſo deducendam, & quartam Falcidiam.*
8 *Ratio differentiæ.*
9 *Alia differentia inter quartam Pegaſianam, & quartam Falcidiam.*
10 *Dari condictionem incerti in d. l.* 40. *quia datur in id quod heres impendit, quantum verò impenderit incertum eſt.*
11 *Quo alio etiam ſenſu condictio incerti dari dicatur ad condicendum fideicommiſſum.*
12 *Argumentum aduerſus eos qui ſentiunt dari etiam malæ fidei poſſeſſori actionem ad impenſas conſequendas.*
13 *Vbi nulla eſt actio, ibi officio iudicis nullus eſt locus.*
14 *Diſtinctio officij iudicis in nobile & mercenarium ab interpretibus conficta.*
15 *Officium iudicis nobile nullum eſt.*
16 *De reſtitutione in integrum actio interdum dabatur à prætore, interdum verò ipſe cognoſcebat.*
17 *Facta condemnatione ſortis non poteſt amplius propter vſuras actio intendi.*
18 *Officio iudicis locus non eſt eo caſu, quo exceptio aliqua locum habet.*
19 *Officium iudicis circa quæ verſetur, & in quibus iudiciis locum habeat.*
20 *Vindicatio & hypothecaria ſunt ab initio & ſui natura arbitraria.*
21 *Interpretatio Cuiaciana l. ſumptus.* 48. *D. de rei vindic. reiecta & noua eius emendatio ab authore propoſita.*
22 *Furi an reſtituenda neceſſaria impenſa.*
23 *Furis & prædonis differentia.*
24 *Neceſſariarum impenſarum Accurſiana diſtinctio probata.*

ILlud difficile eſt, † cur in d. l. *qui exceptio-* 1
nem 40. §. 1. *D. de cond. indeb.* detur condi-
ctio incerti. Sunt enim qui putent
ideò dari quòd condicatur † poſſeſſio ex l. 2
heres 21. *D. ad SC. Trebell.* quæ poſſeſſio cùm ſit nomen iuris ſignificans eam rem quæ non videatur, non poteſt eſſe niſi quid incertum, licèt quod poſſidetur, certum ſit, & facilè demonſtrari poſſit. Sed non poteſt hæc interpretatio defendi, quia cùm in d. §. agatur de condictione indebiti, & condictio illa, vt & cæteræ omnes, de quibus agitur eo libro Digeſtorum, detur ei tantùm qui deſiit eſſe dominus, excepta ſola condictione furtiua, fatendum eſt, non ſolùm poſſeſſionem domus hereditariæ

hereditariæ condici, ſed & domum ipſam, eiúſque do-
minium, quippe quod per traditionem ab herede fa-
ctam tranſierit in fideicommiſſarium. Dominium, in-
quam, non Quiritiarium & legitimum, vt iam alibi
docuimus ex *l. qui vſumfructum* 3. *D. ſi vſusfructus pet.*
ſed bonitarium, *l. facta* 93. *in prin. D. ad SC. Trebell.* alio-
qui non poſſet habere locum condictio in hac ſpecie,
ſi heres tradendo rem, nihil niſi poſſeſſionem tradidiſ-
ſet, nec aliud quidquam accipientis feciſſet, d. l. *ſi in
area*, 23. *ver. ſed etſi is. D. eod.* Qui locus non alia ra-
3 tione cum hoc conciliari poteſt. Neque † obſtat dicta
lex *heres.* 21. *D. ad SC. Trebell.* vbi dicitur, heredem,
qui debuerat quartam retinere, ſi totam hereditatem
reſtituerit, nec cauerit ſibi ſtipulatione in legatis pro-
poſita ex edicto illo Prætoris, de quo in titulo *D. Si cui
plus quàm per l. Falcid. licet, legatum eſſe dicatur*, poſſe
rerum hereditariarum poſſeſſionem vel repetere, vel
nanciſci, & poſtea vti aduerſus agentem doli mali ex-
ceptione. Id enim non ſic accipi debet, vt poſſit eam
poſſeſſionem repetere per viam condictionis, vel alte-
rius actionis (ſecum enim lex pugnaret, cùm in proxi-
mè præcedentibus hunc heredem dicat ſimilem eſſe il-
lis qui retentiones, quas ſolas habent omittunt, quod
falsò & contradictoriè diceretur, ſi eo nomine haberet
aliquam actionem.) Sed ſenſus eſt, poſſe interdum fie-
ri vt hic heres qui ſolam retentionem habuit, nec actio-
nem vllam habere poteſt, aliqua tamen ratione poſſeſ-
ſionem earundem rerum hereditariarum repetat, vel
nanciſcatur alio ſcilicet iure, quàm prætextu quartæ
non retentæ, dummodò ſine vitio & dolo. Quod vbi
erit aſſequutus, tum verò demum vtatur exceptione ad
retinendam quartam, ſi eaſdem res fideicommiſſarius
petere velit ex fideicommiſſo, nec quartam ex iis detrahi
patiatur. Exemplum autem heredis qui repetierit, vel
nactus ſit poſſeſſionem, eſſe poteſt, ſi forte eaſdem res
emerit bona fide ab eo quem fideicommiſſarij ſucceſſo-
rem, ſiue vniuerſalem, ſiue ſingularem eſſe putabat, cum
non eſſet: aut ſi tanquam heres, ſiue legitimus, ſiue teſta-
mentarius fideicommiſſarij qui falsò defunctus diceba-
tur, earundem rerum poſſeſſionem occupauerit. His
enim caſibus nanciſcitur poſſeſſionem ſine actione: vt
4 verò eam † repetat etiam per actionem ideóque condi-
ctione ex alia tamen cauſa, facilè fieri poteſt, ſi cum ſpe-
cie l. *heres* iungas ſpeciem dictæ legis *qui exceptionem.*
§. 1. ideſt, ſi ponas heredem hunc antequam heredita-
tem reſtituere deberet, multa impendiſſe ad conſeruan-
das res hereditarias, ita vt eo tempore quo fideicommiſ-
ſum reſtituit, ius habuerit duplicis deductionis facien-
dæ, earum ſcilicet impenſarum, & quartæ. Nam ſi è
contrario neutra deductione facta totam hereditatem
reſtituit, non quidem animo donandi, quo caſu non
ſupereſſet locus quæſtioni, ſed per errorem facti, pu-
tans fortè ſatis ſibi cautum eſſe aliis rebus, quas adhuc
penes ſe habebat tanquam hereditarias, & maximi va-
loris, quas tamen ex poſt facto apparuerit fuiſſe alie-
nas, eaque cauſa tandem euictas, certum eſt poſſe illum
condicere res hereditarias, quarum propter impenſas
habuerat retentionem, ob eam cauſam quam ſupra di-
xi. Atque ita poſtquam ea condictione fuerit aſſecutus,
vt rerum hereditariarum poſſeſſionem recuperauit, vte-
tur exceptione doli, non tantùm ad retinendam quar-
tam, quamuis prætextu non retentæ quartæ condictio-
nem rei fuerit habiturus. Et hanc Pomponij ſententiam
5 fuiſſe ex eo apparet, quod ſubiicit tanquam † tertij re-
medij loco, poſſe hunc heredẽ debitoribus hereditariis,
qui nondum ſoluerint, denuntiare ne fideicommiſſario
ſoluant priuſquam ſibi debitam quartam fuerit ipſe
conſecutus. Talis enim denuntiationis faciendæ ius
habet vi actionum directarum, quas penes ſe retinet
etiam poſt reſtitutam hereditatem, l. *ſi heres*, 70. *D. ad
Trebell.* ſicut & poſt reſtitutionem, heres nihilominus
manet, §. *reſtituta. Inſtit. de fideicom. hered.* quarum
actionum directarum poteſtate conſequetur; vt ſi debi-
tores hereditarij poſt denuntiationem ſoluant fideicom-
miſſario, perinde teneantur ipſi heredi ſoluere, ac ſi non
ſoluiſſent tanquam minimè liberati, vt ea ratione extor-
queat quartam. Dices, † futurum hoc caſu vt habeat he- 6
res actionem ad repetendam quartam, quod tamen nos
ſupra negauimus. Sed reſpondendum eſt, imò verò con-
ſequi eum hoc caſu quartam per viam retentionis, non
actionis, quia ſequitur vi directarum actionum quas re-
tinuit, cùm per reſtitutionem non niſi vtiles transfe-
rantur. *l. 1. l. ita tamen.* 27. §. 7. *D. ad SC. Trebell.* ſicut
nec fideicommiſſarius per reſtitutionem fit heres; ſed
tantùm heredis loco: nec ponimus heredem agere con-
tra fideicommiſſarium cui reſtituit hereditatem (hæc
enim actio eſt, quam nos ei denegamus) Sed contra de-
bitores hereditarios, quorum nihil interfuit denuntia-
tionis tempore vtri ſoluerent; an heredi, an fideicom-
miſſario. In eóque obſeruanda eſt differentia † elegans 7
inter quartam, quæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus Se-
natuſconſulti Pegaſiani authoritate deducitur, & eam
quæ per legem Falcidiam, ex legatis. Quartam enim
Falcidiam heres poteſt aut vindicare tanquam domi-
nus, ſi non per traditionem legati dominium transtule-
rit, vt in *l. lineam.* 26. *D. ad l. Falcid.* aut condicere, ſi
fortè ſoluerit per errorem non deducta quarta: per erro-
rem, inquam, non iuris, ſed facti, cùm putaret legi Fal-
cidiæ locum non eſſe, ignorans fortaſſe æs alienum la-
tens quod poſtea emerſit *l. regula.* 9. §. *ſi quis. D. de iur.
& fact. ignor. l.* 1. §. *ſi legatis.* 1. *D. ad l. Falcid.* vbi Paulus
ait, ſi legatarius poſſeſſionem nactus ſit, & quidem ex
voluntate heredis, vt nõ poſſit ei res auocari (alioqui te-
neretur interdicto *quorum legatorum*, ſi ſibi ipſi ius di-
ceret, *l. 1. D. quor. leg.*) dandam eſſe actionem heredi,
ſcilicet condictionem, non vt totum legatum reſtitua-
tur, ſed vt tantùm, quod ſupra dodrantem eſt, auferatur.
Et ratio diuerſitatis eſt, † quoniam alia fuerunt verba 8
ſenatuſconſulti Pegaſiani, alia legis Falcidiæ. Lex enim
Falcidia liberam illa teſtandi facultatem, quam à lege
XII. tabularum primùm inductam lex Furia & Voconia
poſtea reſtrinxerant, ita reſtituit, vt tamen non liceret
cuiquam ciui Romano legare ſupra dodrantẽm, vt ea ra-
tione totius hereditatis quadrans penes heredem in-
tactus remaneret, *d. l. 1. in pr. D. eod.* Senatuſconſultum
verò Pegaſianum non prohibet, ne poſſit quis rogare
heredem de tota hereditate reſtituenda: aut, quod idem
eſt, non permiſit duntaxat vt rogari heres poſſet de re-
ſtituenda hereditate vſque ad dodrantem, ſed tantùm
permiſit heredi vt perinde liceret ei quartam retinere
ex hereditate reſtituenda, atque per legem Falcidiam
ex legatis eam retinere conceditur, §. *ſed quia*, *Inſtit. de
fideicom. hered.* vnde & aliæ differentiæ omnes fluxe-
runt, quæ non paucæ ſunt inter quartam Falcidiam &
& Trebellianam, vt vocant, ſeu rectiùs Pegaſianam *l. in
quartam.* 91. *D. ad l. Falcid.* ſed illa inter ceteras, † quod 9
lex Falcidia minuit ſingula legata ipſo iure pro rata
omnium portione, *l. in quantitate* 83. §. *vlt. D. eod.* id eſt,
facit, vt cui legata ſint centum, non videantur legata niſi
ſeptuaginta quinque, ſi heres non aliter ſit habiturus
quadrantem: ita vt vnius legati Falcidia nunquam ex
alio ſit deducenda, niſi cùm vni perſonæ duo legata reli-
cta ſint, quorum alterum non patitur diuiſionem, nec
conſequenter diminutionem: alterum verò patitur *l. ſi
fundus*, 23. *l. ſi ſeruus.* 133. *cum ſeq. D. eod.* At Pegaſiana
non ex ſingulis rebus hereditariis debetur, ſed ex tota
hereditate: ideóque nihil intereſt vnde detrahatur, dum-
modo heres eam habeat, vt non mirum proinde ſit in
ſpecie *d. l. heres.* 21. retinere eum quartam ex ſolis no-
minibus debitorum hereditariorum, quibus denuntia-
tum fuit vt non ſolueret. Illa igitur dubitatio ſemper
manet, cur in ſpecie *d. l. heres qui exceptionem* 40. §. 1 *de
cond. indeb.* condictio incerti detur, cùm domus ipſa quæ
certa eſt, & in quam impenſa facta fuit condicatur. Re-
ſpondendum

ſpondendum eſt, ipſam quidem domum condici, ſed
non quaſi tota ſit indebita: at eatenus tantùm, quatenus
heres eam reſtituendo plus debito dedit, vt probant ver-
ba illa, *quaſi plus debito dederit*. Atqui non plus debito
heres dedit, niſi quatenus in eam rem impendit, quan-
tum verò impenderit, certò ſciri non poteſt, priuſquam
taxata fuerit impenſa, aut partium conſenſu, aut à iu-
dice, aut à probis viris per iudicem conſtitutis. Nec rur-
ſus de taxatione quæritur, priuſquam heres factus ſit
poſſeſſor, vt impenſam poſſit deducere nec enim de-
ductio alij quàm poſſeſſori datur. Cum ergo nonniſi
indebitum condicatur, nec ſciatur quantum ſit indebi-
tum, conſequens omnino eſt vt hæc indebiti condictio
incerti ſit, non certi. Quod ſi poneres fideicommiſſum,
11 † in quod impenſa facta ſit, non fuiſſe rei certæ, ſed he-
reditatis, quæ cum in iure conſiſtat nihil certi ſignifi-
cat: perinde quidem eſſet locus condictioni incerti ad
deducendam impenſam, ſed alia noua ratione, quia ni-
mirum fideicommiſſum quod deduceretur, incertum
eſſet: totum enim condiceretur tanquam indebitum, vt
è contrario totum fideicommiſſum petitur, quamuis
iam maiori ex parte ſolutum ſit, quamdiu aliquid ſupe-
reſt quod nondum fuerit reſtitutũ, vt in *d. l. debitor. verſ.
neque fideicommiſſum*. Sed contra eam iſtorum ſenten-
12 tiam, quam nos refutamus, illud omnium † fortiſſimè
vrget, quod non poſſunt illi ipſi dicere quænam ſit ea
actio, quam putant accommodandam malæ fidei poſ-
ſeſſori ad deducendas impenſas poſt reſtitutionem, cùm
neque vindicatio eſſe poſſit (quæ ſcilicet non datur niſi
domino, qualis prædo neque eſt, neque vnquam fuit ſi-
cut nec bonæ fidei poſſeſſor vindicationem eadem ratio-
ne habere poteſt.) neque condictio, cùm nihil ille fece-
rit accipientis, quod ad inducendam condictionem ne-
ceſſarium eſt, *d. l. ſi in area. D. de condict. indeb.* Et verò
ſi bonæ fidei poſſeſſor tum quoque cùm rem adhuc ha-
bet, nonniſi per exceptionem doli mali conſulere ſibi
poteſt, prædo autem per officium duntaxat iudicis, *d. l.
planè 38. D. de petit. hered. cum ſimilibus*, ſequitur om-
ninò vt poſt rem domino reſtitutã omni prorſus auxi-
lio deſtituãtur, quia ſicut dominus rei ſuæ poſſeſſor effe-
ctus nulla ampliùs indiget actione, ita nec fieri poteſt,
vt doli mali exceptio locum habeat, (actionẽ enim ali-
quam præcedere neceſſe eſt vt ei poſſit ſubiici exceptio
ſiue doli, ſiue alia quælibet) nec rurſus officium iu-
dicis, cui ſcilicet non aliter locus eſſe non poteſt, quàm
ſi iudex aliquis ſit, neque iudex eſſe, quin prius iudi-
cium & formulam Prætor dictauerit, quam porrò non
dictat, niſi ei cui vel directa actio competat, vel ſaltem
13 vtilis aliqua danda ſit. Itaque ſi nulla † ſit actio quæ vel
domino dari debeat poſt reſtitutionem, vel ei qui ali-
quãdo poſſeſſor fuit, conſequens eſt, vt nec officio iudi-
cis locus eſſe poſſit. Idq; clariùs apparet ex eo quod iis
quoque caſibus, in quibus officio iudicis locus eſſe ali-
quando potuit, ſi tamen obligatio, & quæ ex ea naſce-
batur actio extincta ſit, quæ officium iudicis admittere
poterat, nullus amplius huiuſmodi officio iudicis locus
relinquitur, vt in *l. qui per concluſionem. 46. §. 1. D. de act.
empt.* vbi ſcriptum eſt, ſi emptor qui moram contraxerat
in ſoluendo pretio, ob idque vſuras debere cœperat ex
die moræ ſecundum naturam omnium bonæ fidei iudi-
ciorum, poſtea ſoluerit ſortem pretij ſine vſurarum
acceſſione, vſuras poſtea peti non poſſe, cum hæ, inquit
lex, non ſunt in obligatione, ſed officio iudicis præ-
ſtentur. Senſus eſt, ſolutione pretij ſolutam eſſe actio-
nem ex vendito quæ competebat venditori contra
emptorem ad pretij ſolutionem. Et ideò cum pretium
amplius peti non poſſit, nulláque in eam rem ſuperſit
actio, nec officium iudicis ampliùs vllum ſupereſſe, ex
quo præſtandæ ſint vſuræ, cùm pro vſuris ſolis nec iu-
dex dari poſſit, quia non ſunt illæ in obligatione, quo-
modo erat pretium priuſquàm ſolueretur. Quò etiam
pertinet quod Paulus ſcribit in l. *quaro. in pr. D. locat.*
vſuras in bonæ fidei iudiciis, non tam ex obligatione
proficiſci, quàm officio iudicis applicari. Quibus tamen
locis, quod ſanè mirum eſt, abutuntur interpretes, vt
probent officiũ iudicis non præſupponere obligationem
aut actionem: indéque ſuo more nouam diſtinctionem
inferunt, prudentibus minimè cognitam, † vt duplex 14
conſtituant officium iudicis: vnum, quod nobile vo-
cant: alterum, quod mercenarium, nobile appellantes,
quod ex nulla obligatione & actione pendet: mercena-
rium verò quod actioni propoſitæ ſubſeruit. Neq; tamẽ
officij illius nobilis, † quod reuerà nullum eſt, exem- 15
plum aliquod adferunt, niſi quod ſumunt ex reſtitu-
tionibus in integrum quaſi nulla earum nomine actio
competat, ſed officium ſufficiat iudicis implorare, ex
l. præfecti. 7. & l. quod ſi min. 24. §. vlt. D. de minor. quod
tamen quam falſum ſit conſtat ex ipſa definitione reſti-
tutionis in integrũ, quã Paulus lib. 1. ſententiarũ *tit. 7.*
definit eſſe reintegrãdæ rei vel cauſæ actionem, iis ſcili-
cet caſibus quibus prætor † de reſtitutione in integrum 16
actionẽ & iudicium dabat. Nam cùm tractabatur de re-
ſtitutione minoris, de qua in tit. *D. de minor. & C. eod.*
prætor ipſe cognoſcebat, non iudicem dabat; ideóque
dicebatur pendere ex ſola prætoris cognitione, *l. 1. §. 1. l.
in cauſæ 13. & 16. l. quod ſi minor. §. vlt. D. de mino.* vt
proinde mirum non eſſet actioni eo caſu locum non eſſe,
vt nec officio iudicis locus eſſe poterat, cùm iudex nul-
lus eſſet, quod tamen obiter dictum eſto. Eódem per-
tinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi depoſitio 4. C. depoſ.* ſi is
qui depoſitam pecuniam ſuſcepit, aut ea vſus ſit, non
eſſe dubium quin vſuras quoque præſtare deberet: id
enim eſt ex bona fide, iudicium autem depoſiti bonæ fi-
dei eſt. Sed ſi cùm actor depoſiti actione expertus eſſet, 17
tantummodò ſortis condemnatio facta eſt, non poſſe
illum vltra propter vſuras experiri: non enim duæ actio-
nes ſunt, inquit Imperator, alia ſortis, alia vſurarum, ſed
vna tantùm ſortis, quamuis vſuræ quoque in eam ve-
niant officio iudicis. Ex qua porro actione vnica, vbi
ſemel condemnatio ſecuta eſt, quamuis de ſorte tan-
tùm, nulla vſurarum facta mentione, pronuntiatum
ſit, non poteſt iterari actio prætextu vſurarum, qui rei
iudicatæ exceptione ſummouetur, vt ſemper euenit,
quoties eadem actio, ſuper qua iam ſemel iudicatum
eſt, rurſus in iudicium deducitur, *tot. tit. de except. rei iud.*
vt intelligamus, ſi duæ eſſent obligationes, & actiones,
vna ſortis, & alia vſurarum, fore, vt poſt condemnatio-
nem ſortis factam, ſupereſſet adhuc actio vſurarum ci-
tra periculum exceptionis rei iudicatæ: vt, ſi duæ eſſent
ſtipulationes, vna ſortis, & altera vſurarum. l. *Centum
Capuæ. 8. verſ. neque enim. D. de eo quod cert. loc.* vt è diuer-
ſo, ſi in iudicio actum eſſet de ſolis vſuris, quæ ſcilicet
eſſent in obligatione (alioqui iis ſolis agi non poſſet)
non eſſet verendum, nec rei iudicatæ exceptio noceret
circa ſortis petitionẽ, quia nec competeret, cùm poſſint
quidem vſuræ pendere ex obligatione ſortis, at nunquã
obligatio ſortis ex vſuris, *l. ſi in iudic. 23. D. de except. rei
vend.* vbi addit Vlpian. idẽ eſſe, ſi quis ex bonæ fidei iu-
dicio velit vſuris tantùm perſequi & necdũ petere ſor-
tem, & fuerit condemnatus. Nam nihilominus vſuræ
futuri temporis cedunt, id eſt, incipiunt quoties deberi
non iure obligationis ſed officio iudicis. Quamdiu
enim manet contractus bonæ fidei, tamdiu currunt
vſuræ. Atqui remanet contractus, quãdiu neque ſors ſo-
luta, neque ſuper ſorte pronuntiatum eſt: ergo quam-
uis pro præteriti temporis vſuris actor fuerit condem-
natus, quia tamen ſupereſt actio quæ admittere poſ-
ſit officium iudicis pro futuri temporis vſuris, ſupereſt
etiam earum præſtatio ex officio iudicis, cui tamen
locus eſſe non poſſet, ſi bonæ fidei actio, ſiue propter
ſolutionem ſortis, ſiue propter condemnationem de
ſorte nulla remaneret. Quin imò, quod magis eſt, fieri 18
nequit vt officio † iudicis locus ſit eo caſu, quo ex-
ceptio ſiue doli, ſiue alia locum habeat. Quia cùm exce-
ptiones

Digitized by Google

ptiones ponantur in formula, quã omnimodo ſequi Iu-
dex cogitur, non poteſt iudex regere aut contemnere ex-
ceptionem quam Prætor admiſit: cúmque vel inuitus
cogatur pronuntiare ſecundùm formulam, fruſtra & ri-
diculè reus officium iudicis imploraret, vt exceptio ad-
19 mitteretur. Officiũ † enim iudicis circa ea verſatur, quæ
non alia ratione iudex facere cogitur, quàm quòd ita vir
bonus quilibet eſſet arbitraturus. Vnde eſt quod in iu-
diciis tantùm bonæ fidei locum habet officium iudicis,
& in arbitrariis, quæ ad bonæ fidei iudicia quam pro-
ximè accedunt, *l. quia tantumdem. 7. D. de negot. geſt. leg. 3. §. in his quoque. D. de vſur.* Non etiam in ſtri-
ctis, quæ ita ſunt ſtricta, vt nunquam fieri poſſint arbi-
traria, cuiuſmodi ſunt actio ex ſtipulatu, & condictio
certi ex mutuo. Nam ſi cum interpretibus putes in vin-
dicatione & hypothecaria, † (quod tamen ego nunc non
20 admitto) eſſe illas ab origine ſtrictas vſque ad interpoſi-
tum arbitrium, exinde verò arbitrarias (magis enim pro-
bo eſſe & ab initio & ſui natura arbitrarias, *§. præterea: Inſtit. de action.*) poteſt facile officium iudicis admitti,
priùs etiam quàm ſit arbitraria, quoniam natura eius non
repugnat. Huic tamen, quod dicimus doli exceptionem
non poſſe cum officio iudicis concurrere, valdè obſtare
videtur *l. ſumptus. 48. D. de rei vindic. in illis verbis: Verùm exceptione doli oppoſita, per officium iudicis æquitatis*
21 *ratione ſeruantur.* † Cuiacius 10. *obſeru. c.* 1. fateri cogitur
inconnexum illud & *σκοτεινὸν* dicendi genus eſſe, & ita
accipiendum, vt vel officio iudicis, vel exceptione doli
oppoſita ſumptus ſeruentur, vt & in *l. bonæ fidei. 11. D. de noxal. act.* Sed difficile eſt iis qui Papiniani elegantiã
norunt, tam malè de eo ſentire, vt ſibi vnquam placuerit
in genere dicendi tam inconnexo: eſtque multò proba-
bilius, vt ea verba *per officium iudicis*, adſcribamus impe-
rito interpreti, quem fefellerit *d. l. planè. 38. D. de petit. hered.* non animaduertentem in *d. l. planè*, tractari de præ-
done, cui non poterat ſuccurri niſi per officium iudicis,
cùm exceptionem doli habere non poſſit: at in *d. l. ſumptus*, tractari de bonæ fidei poſſeſſore, cui cùm exceptio
doli mali prodeſſe debeat, officium iudicis neceſſarium
eſſe non poteſt, niſi vno fortaſſis caſu, quo fuerit, omiſſa
illa exceptio in formula prætoris, fortè per incuriã bonæ
fidei poſſeſſoris. Tunc enim ſicut non poſſet iudex ad-
mittere exceptionem quam Prætor non admiſiſſet, ita &
ex officio ſuo cogeretur ſubuenire bonæ fidei poſſeſſori
ne durior eſſet cõditio eius, quàm ſi prædo eſſet, vt quod
omiſſum eſt ſiue à prætore, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore;
non omitteretur religione iudicantis, vt loquitur Papi-
nianus, quamuis in diſſimili ſpecie in *l. quæſitum 13. D. de teſtib. l. ſi res obligata 57. in fin. D. de legat. 1.* obſtare
denique ſuperioribus videtur, *l. 1. C. de infant. expoſ.* vbi
Imperator Alexander reſcribit, ſi inuito vel ignorante
te partus ancillæ tuæ, vel adſcripritiæ expoſitus ſit, repe-
tere te eum non prohiberi, ſed reſtitutionem eius ita fa-
ciendam eſſe, vt ſi qua in alendo, vel ad diſcendum arti-
ficium iuſtè conſumpta fuerint tu poſſeſſori reſtituere
debeas ſi modò non à fure vindicaueris. Quæ exceptio † 22
probat à contrario ſenſu, nullas ergo te impenſas ne ali-
mentorum quidem debere, ſi partum hunc à fure vindi-
ces: cum tamen negari non poſſit quin alimentorum
impenſæ ſint neceſſariæ, quas ſupra diximus ſemper eſſe
reſtituendas etiam prædoni, ex *d. l. planè, d. l. domum 5. C. de rei vind.* Non placet prior reſponſio Accurſij diſtin-
guentis furem à cæteris malæ fidei poſſeſſoribus. Etſi
enim malæ fidei poſſeſſorem à prædone diſtinximus, non
poteſt tamen diſtingui fur à prædone, cùm in nullo alio
differant, † quàm quod fur rei mobilis tantùm eſt, *l. quã* 23
rem. 38. D. de vſuca. Prædo verò magis propriè, non niſi
rei immobilis. Quamuis etiam ad res mobiles poſſit ea
appellatio extendi vt in *l. ſi ex ſtipulat. 6. D. de acq. poſſ.*
Probabilior igitur eſt alia ſolutio † Accur. diſtinguentis 24
impenſas neceſſarias, quæ per rerum naturam ſeparari,
tolli & abradi poſſunt, quamuis non ſine rei detrimen-
to: cuiuſmodi ſunt impenſæ reficiendorum & conſer-
uandorum ædificiorum ab iis, quæ abradi nullo modo
poſſunt, ne quidem cum rei detrimento, quales ſunt im-
penſæ alimentorum. In iis quæ ſunt prioris generis, lo-
cum habet quod hucuſque diximus, reſtitui eas debere,
id ſcilicet ſuadente maxima æquitate, vt hoc incommo-
dum ſubeat dominus pro eo commodo quod ſentit, ne
rei ſuæ detrimentum fiat, dummodò ſcilicet ea res extet,
in quam impenſæ factæ ſunt *d. l. planè in fin.* In aliis verò
quæ abradi nullo modo poſſunt, locum habet quod
ſcriptum eſt in *d. l. 1. Cod. de infant. expoſ.* vt non de-
beant reſtitui furi, neque prædoni, neque alij cuili-
bet malæ fidei poſſeſſori, ne ex æquitate quidem, cùm
earum commodum non poſſit auferri ne quidem vo-
lenti domino. Cæterum probat optimè d. l. 1. quod
nos ſuprà diſputauimus contra Cuiacium, ſeparandum
eſſe omninò hoc iure bonæ fidei poſſeſſorem à fure &
prædone.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaſeptima.

ERROR PRIMVS.

De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an ſtatuto fieri poſſit vt quis heres ſit ad tempus aut ex tempore vbi frequens.*
2 *Ratio negatiuæ partis & n. 7.*
3 *Quæſtionis affirmatio quorũ ſit, & quâ ratione ſubnixa.*
4 *Statutum quid.*
5 *Suppoſitiones affirmantium falſæ.*
6 *Fictio legis, quæ dicitur hereditas, cur inducta.*
7 *Vera ratio cur heres ex die & ad diem fieri non poſſit.*
8 *Tempus nunquam retrotrahitur, ſecus Conditio.*
9 *Cur qui ſemel eſt heres nunquam deſinat eſſe heres.*
10 *Cur hereditas quandocunque adita retrofingatur adita à die mortis.*
11 *Lex eſt quæ heredem & hereditatem facit.*
12 *Lex nihil vnquam facit niſi ex neceſſitate.*
13 *Beneficia legum & Principum perpetua eſſe conuenit.*
14 *Lex cur non poſſit heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres.*
15 *Eiuſdem rei plures in ſolidum domini eſſe non poſſunt.*
16 *Ratio ducta ex lege Ælia Sentia ad probandum heredem ex tempore aut ad tempus lege fieri non poſſe.*
17 *Altera ratio idem probans petita ex SCtis Trebelliano & Pegaſiano.*
18 *Quâ iuris ſpecie heres fieri poſſit aut non poſſit.*
19 *Senatus fecit vt fideicommiſſarius eſſet loco coheredis atque in eum vtiles tantùm transferrentur actiones.*
20 *An minor, qui repudiarat, fiat heres ſi reſtitutus fuerit poſtquam vulgaris ſubſtitutus adiit.*
21 *Diſtinctio Barbatiæ inter ius prætorium & ciuile, quod attinet propoſitam quæſtionem, repudiata.*
22 *Rationes interpretum quibus conficiunt eum qui ſemel eſt heres deſinere heredem eſſe.*

23 *Bartoli ratio refellitur ex eo quod Imperatores sũt ſupra leges, atque ideo facere poſſunt, quod nulla lex poteſt.*
24 *Miles ab inteſtato non poteſt habere heredes ex tempore vel ad tempus.*
25 *Statuta excludentia fœminas propter maſculos pertinent ad cauſam inteſtati.*
26 *Caſus quo illa ipſa ſtatuta ad cauſam teſtati ſpectant.*
27 *Legitima ſiue legitimæ ſupplementum petitur ſolâ actione ex teſtamento.*
28 *Legitima non eſt pars hereditatis, ſed bonorum.*
29 *Hereditas ex quo adita eſt deſinit eſſe hereditas fitque patrimonium heredis.*
30 *Hereditas ab inteſtato per legem ſolam defertur eo ipſo inſtanti quo verum eſt patrem fam. inteſtatum deceſſiſſe.*
31 *Tempus delationis quando pendeat.*
32 *In ſuis & agnatis iure veteri quomodo non eſſet ſucceſſio, nec ſit iure etiam nouo.*
33 *Suus qui dicatur.*
34 *Diſtinctio media Iuriſprudentiæ quoad ius ſuccedẽdi.*
35 *Quomodo maſculis & fœminis ſtatuto proſpici poſſit in cauſa ſuccedendi ſaluâ legum autoritate.*
36 *Miles decedere poteſt cum duobus pluribuſve teſtam.*
37 *Miles qui inſtituit heredem ad tempus, & alium ex tempore, videtur deceſſiſſe cum duobus teſtamentis.*
38 *Nemo poteſt decedere cum duabus hereditatibus ab inteſtato.*

1 Quæſtio celebris eſt, † & frequens in iis regionibus in quibus extant ſtatuta ciuitatum excludentia fœminas à legitima inteſtati ſucceſſione fauore maſculorum, & *quandiu*, aut *quoadusque maſculi ſupererunt*, cuiuſmodi pleraque ſunt in Italia, eorúmque aſſidua mentio apud interpretes noſtros, quod ad hanc quæſtionem reſpondeamus, non poſſe per ſtatutum fieri, vt quis heres ſit ad tempus aut
2 ex tẽpore, † quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari poteſt, *l. hereditas. 34. D. de hered. inſtit.* Conſentiens
3 tamen vox eſt † omnium interpretũ, ſtatuto fieri vtrumque poſſe. Sic enim Bart. ab omnibus approbatus in *l. vlt. §. quando in pendenti. n. 2. D. ad SC. Tertyll.* vti etiã Bald. & *ad l. extraneum. 1. n. 1. C. de her. inſtit.* Ratio quam adferunt, illa eſt, quòd per ſtatutum fieri poſſit, vt qui heres fuit, deſinat eſſe heres, cum poſſint ſtatuto fieri ea omnia
4 quæ fiunt per legem. Quid enim aliud eſt † ſtatutum quàm lex municipalis illius loci, cujus ſtatutum eſt? Sed tamen ratio hæc videtur mihi vitio duplici laborare. Pri-
5 mum illud eſt, † quòd ſupponit, non aliam rationem eſſe cur hereditas, neque ex die, neque ad diem dari poſſit, quàm quia is qui ſemel heres fuit nequeat poſtea deſinere heres eſſe. Alterum eſt, quòd ſupponit etiam pro vero poſſe fieri per legem vt heres eſſe deſinat is qui ſemel fuit. Vtrumque verò falſum eſt. Nam ſi quidem de eo duntaxat quæreremus cur hereditas ad diem & ad tempus dari non poſſit, illa vtique ratio adferri poſſet, quòd qui aliquãdo heres fuit, is neceſſe eſt vt heres eſſe perſeueret, *l. aut prætor. 7. alias l. etſi ſine. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui ſoluendo. 88. ff. de hered. inſtit.* Sed cùm de illo etiam quæramus, cur hereditas non poſſit dari ex tempore, nihil attinet tractare an qui heres fuit, poſſit deſinere heres eſſe, quandoquidem is qui ex tempore heres fieret, ſi modò ſolus eſſet, nunquam antea fuiſſet, nec proinde eſſe deſineret. Neque tamen dubitandum eſt, quin ex eadem ratione profluat vtrumque illud, vt hereditas neque ex die, neque ad diem dari poſ-
6 ſit. Ex eo nimirum, vt puto: quòd cum hereditas † ſit fictio legis non aliam ob cauſam inducta, quàm vt dominium, quod defuncti fuerat, poſſit ab eo continuari in heredem, & vt aliquis iurium omnium, quæ defuncto, & in defunctum competebant, præſertim verò æris alieni ſucceſſor conſtitueretur, in quem creditores agere poſſent, & cuius nomine bona venderentur. Ea verò do-
minij continuatio † & ſucceſſio in vniuerſum ius quod 7
defunctus habuit, fieri non poſſet, ſi vno vel minimo inſtanti interrumperetur, quomodo eam interrumpi neceſſe eſſet, ſi hereditas ex tempore daretur, quia tempus omne, vt ab aliquo inſtanti incipiat, oportet, quod ad præcedentia inſtantia nunquam poſſit recurrere, ſtat
namque in perpetuo fluxu. Vnde eſt quod dici ſolet, † 8
Tempus nunquam retrotrahi, in eóque differre à conditione quæ facilè retrotrahitur quandocunque impleta ſit, ſi noſtris interpretibus hoc largiri volumus, vt retrotrahi dicatur conditio, cuius implementũ facit, ne actus, cui incerta conditio fuerat, conditionalis vnquam fuiſſe videatur. De hoc enim latius tractauimus lib. 15. coniect. cap. 7. & 8. Porrò ſicuti ratio hæc facit vt hereditas ex die dari nequeat, ita facit vt neque ad tempus dari poſſit, quia cùm per eam continuationem dominij, & ſucceſſionem in vniuerſum ius quod defunctus habuit, heredis perſona fiat eadem penè perſona quæ fuerat defuncti, non magis fieri poteſt, vt defuncti perſonam heres exuat, quàm vt ſuam propriam. Nemo enim perſonam ad tempus habere poteſt, ſiue à natura eam habeat, ſiue à lege, quia & lex naturam imitatur, & naturæ imago quædam eſt, *l. adoptio. ibid. de adopt. l. filio. 23. de liber. & poſthum.* Eâque vera † etiam & germana ratio eſt, pro- 9
pter quam is qui ſemel hæres fuit, nunquam poteſt deſinere heres eſſe. Quemadmodum nec aliunde pendet,
quod dici ſolet, † hereditatem quandocunque aditam 10
retrofingi aditam fuiſſe ex die mortis, *l. heres quandocunque. 49. D. de acquir. hered. l. omnia. 131. de regul. iur.* Quod cum ita ſit, conſequens eſt, vt neque lex ipſa poſſit facere, ne, qui ſemel heres fuit, ſemper heres perſeue-
ret. Etſi enim lex † illa eſt quæ & hereditatem & here- 11
dem facit, *l. lege obuenire 130 de verb. ſign. l. filius familias 18. D. ad l. Falcid.* non tamen ex eo inferre poſſis, eſſe igitur in poteſtate legis vt heredem deſtruat quem fecit. Nempe quia non eadem eſt legis in vtroque caſu authoritas & poteſtas, non ſolùm quia facilius eſt, vt quid fiat, quàm vt quod legitimè factum eſt, legitimè deſtruatur: ſed etiam, quia nulla vnquam poteſt ſubeſſe neceſſitas deſtruendi heredis, quomodo ſubeſt faciẽdi. Quid
n. eſt quod impedire poſſit ne qui ſemel heres fuit, per-
petuò heres remaneat? Atqui lex † nihil vnquam facit 12
niſi ex neceſſitate, quoniam nec quicquam facit ſine fictione: quæ cùm à rei veritate abhorreat, non poteſt non eſſe odioſa niſi quatenus eſt neceſſaria. Suberat neceſſitas inducendæ per legem hereditatis, & faciendi heredis ob eas rationes quas diximus. At nulla poteſt neceſſitas cogere vt deſtruatur id quod fieri neceſſe fuit: eſſetque id alienum à maieſtate legis vt heredi beneficium adi-
meret quod ei ſemel dediſſet. Beneficia † namque legum, 13
vt & Principum perpetua eſſe conuenit, ne inconſtantiæ ac leuitatis infamiam potiùs quam liberalitatis laudem & famam attuliſſe videantur. Hoc verò admiſſo, il-
lud etiam admitti neceſſe eſt, vt non poſſit † lex here- 14
dem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius iam fuerit heres, quoniam ita fieret vt deſineret eſſe heres is qui ante fuiſſet, vel quòd eſſet difficilius, vt eodem tempore vni perſonæ duo heredes in ſolidum fuiſſe intelligerentur, quod eſſet multò difficilius & contra regulam iuris, de qua in *l. quod contra 140. §. vni duo. De regul. iur.*
Nec enim eiuſdem † rei plures in ſolidum domini eſſe 15
poſſunt. *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum. D. commod. l. de hered. 19. §. pater. D. de caſtr. pecul.* Heredis autem appellatione, dominus ſignificatur, *§. vlt. Inſt. de her. qualit. & differ.* Sed neque poteſt lex facere vt quis heres ſit ex eo tempore quo nondum alius heres fuerit, quia quem non eſſet neceſſe heredem eſſe ex inſtanti mortis, nec vnquã neceſſe poteſt eſſe vt is heres ſit, cùm neceſſitatem illud vnum inducat, quòd continuatio fieri omnino debet non dominij tantùm, ſed etiam perſonæ, vt nec credatur defũctus fuiſſe, qui defunctus reuera fuit: quæ continuatio impeditur, ſi vel vnico inſtanti, quod

intermedium

Intermedium ſit, perſona heredis à perſona defuncti, & dominium heredis à dominio defuncti diſtinguatur. quod autem dicimus non poſſe per legem fieri vt quis heres ſit ex tempore, vel ad tempus, aut vt qui heres ſemel fuit, deſinat heres eſſe, ſoleo ego duobus potiſſi-
16 mùm argumentis cōprobare. Primū ſumitur † ex lege Ælia Sentia, quæ cum id maximè egerit, quātum potuit, ne valerent libertates quæ in fraudem creditorum datæ probarentur, vno illo caſu excepto, ſi is qui ſoluendo non erat, aliquem ex ſeruis ſuis neceſſarium heredem ſcripſiſſet, nec alius ex eodem teſtamento heres extaret *l. qui ſoluendo 42. l. ſi is qui ſoluendo 57. D. de hered. inſtit.* facere tamen non potuit, vt heres deſineret eſſe ſeruus neceſſarius, qui ſemel heres fuiſſet, tametſi ex eodem teſtamento alius heres eſſe cœpiſſet, vt in ſpecie *dict. l. ei qui ſoluendo. 88 eod tit.* vbi Caius notat caſum velut mirabilem, in quo & ſeruus cum libertate heres exiſtat ei qui ſoluendo non eſt, & alius præterea heres adiciatur, veluti inquit, ſi ſeruo cum libertate herede inſtituto ita adiectum ſit, *ſi mihi Stichus heres erit, tum Titius quoque heres eſto:* nam Titius, antequam Stichus ex teſtamento heres exiſtat, heres eſſe ipſe non poteſt, tanquam qui non ſit inſtitutus, niſi ſub conditione quæ nondum extiterit: Abſurdum ſiquidem eſſet, legem liberaliorem eſſe teſtatore in deferenda ex teſtamento hereditate. Eſſet autem liberalior, ſi hereditatem purè daret ei cui teſtator non dediſſet, niſi ſub conditione, *l. facta 63. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Treb.* cùm autem ſemel heres extiterit, ſeruus nō poteſt adiectus efficere, vt qui ſemel heres extitit, deſinat heres eſſe. Cur verò adiectus hoc facere non poteſt; Nimirum quia neque lex ipſa Ælia Sentia hoc facere poteſt: quæ ſi poſſet, faceret vtique hoc caſu, in quo nulla ſubeſt neceſſitas permittendæ inſtitutionis ſerui neceſſarij cum libertate, cuius datione futurum ſit vt defuncti creditores fraudentur. Ratio enim quæ mouit legem Æliam Sentiam, vt vnius ſerui inſtitutionem cum libertate valere pateretur, etiamſi defunctus ſoluendo non fuiſſet, illa fuit, quòd non aliter poſſet conſuli famæ ciuis Romani, cuius bona ſub ipſius nomine alioquin vendi oportuiſſet. Cui rationi locus nullus relinquitur alio quandocunque ſuperueniente herede, qui hereditatem adierit, cùm eo caſu futurum ſit, vt bonorum venditio, ſi quam fieri oporteat, fieri poſſit ſub nomine heredis, qui imputare ſibi debebit cur damnoſam hereditatem vltrò adierit, quam adire non cogebatur, *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Nam & inde eſt quod dicimus ſoluendo eſſe hereditatē quæcunque inuenit heredē, *l. libertus 36. D. de bon. liber.*
17 † Alterū argumētū ſoleo ſumere ex Senatuſcōſultis Trebelliano & Pegaſiano, quibus licèt effectū ſit, quantum fieri potuit, vt iura omnia hereditaria in fideicōmiſſariū trāſferrentur, ſiue vltro heres adiiſſet hereditatem, eámque ſicut rogatus à teſtatore fuerat, reſtituiſſet, ſiue fideicommiſſario poſtulante per prætorem adire coactus fuiſſet, nunquam tamen fieri potuit vt fideicommiſſarius heres fieret: non quia Senatus heredem facere non potuerit (potuit enim, vt conſtat ex Senatuſconſultis Tertilliano & Orficiano, *l. 1. & tot. tit. D. ad SC. Tertill. & Orfic.* poſſunt ſiquidem fieri heredes non modò per
18 legē, † ſed etiam per quamlibet legi ſimilem conſtitutionem, in quo genere Senatuſcōſulta, plebiſcita, & Principum placita, non etiam Prætorum edicta, prudētūmque reſponſa continentur, *§. quos autem. Inſtit. de bon. poſſ.* (Sed quia neque facere Senatus potuit vt valeret fideicommiſſum, poſſetque per heredem reſtitui hereditas, niſi adita prius ab eo hereditate: neque vt poſteaquā adita eſſet, deſineret per reſtitutionem heres eſſe is, qui ante reſtitutionem fuiſſet: nec denique vt manente herede illo, qui adiiſſet, fideicōmiſſarius heres fieret, neque ita duo eiuſdem hereditatis in ſolidum domini & heredes inducerentur, *§. reſtituta Inſtit. de fideic.*
19 *hered.* Itaque hoc vnum fecit Senatus † quod facere potuit, vt fideicōmiſſarius loco heredis eſſet, nec niſi vtiles actiones in eū transferrentur manentibus directis penes heredem etiam poſt reſtitutionem, ita vt ſiue agere ipſe vellet aduerſus hereditarios debitores, ſiue à creditoribus hereditariis conueniretur, eſſet ei neceſſaria & aduerſus eū exceptio reſtitutæ hereditatis, *l. 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. ſi heres inſtitutus. 70. D. ad SC. Trebell.* Nec diſſimile illud eſt, † quod ſi minore inſtitu- 20
to herede repudiante factus ſit locus vulgari ſubſtituto, iſque adierit hereditatem, mox à prætore in integrum reſtitutus ſit minor aduerſus repudiationem licèt reſtitutionis in integrum effectus ille perpetuus ſit, vt omnia in priſtinum ſtatum reponat, quod nomen ipſum demonſtrat, non tamen poteſt ea reſtitutio facere, vt minor ſiat heres, poſteaquam ſubſtitutus iam heres fuit, ſed tantùm vt ei vtiles actiones dentur, *d. l. ait prætor aliàs l. etſi ſine. §. ſed quod Papinianus, D. de minor.* Quanquam ſi aliam rationem non haberemus, facilè poſſent reſpondere interpretes quod notauit † Andr. Barb. ad 21
Baldum in *l. .. col. penult. C. de liber. prætor.* Eum qui ſemel heres fuit, non poſſe quidem deſinere ſuum heredem eſſe iure prætorio, quia prætor heredis ius & nomen ſicut dare non potuit *d. §. quos autem.* ita neque adimere, ſed non eò minùs verum eſſe vt deſinere poſſit heres eſſe iure ciuili, cuius & in cæteris ferè omnibus maior quàm iuris prætorij authoritas eſſe ſolet, ſed in iis maximè quæ ad hereditates pertinēt, & ad heredes. Sed cùm & lex Ælia Sentia, & Senatuſconſulta, de quibus diximus, non iuris prætorij ſint ſed ciuilis, nec tamen facere potuerint nō magis quam Prætor vt qui ſemel heres fuiſſet deſineret heres eſſe, intelligimus nihil hac parte ius prætorium à ciuili diſcrepare. Quid ergo eſt quod interpretes mouere potuit, vt in iure tam aperto errarēt? † Primum illud quod videretur aliquos eſſe 22
caſus in quibus ita comparatum eſt ex ratione iuris ciuilis vt qui heres fuit, deſinat heres eſſe, de quibus in ſequenti capite latiùs dicendum erit, vt appareat manifeſtiùs quantopere interpretes iis abutātur. Alterum eſt, quod animaduerterunt etiam militibus priuilegium hoc datum eſſe: vt poſſint habere heredem, & ex tempore, & ad tempus, *l. miles ita 40. D. de teſtam. milit.* qua vna lege nititur Bartolus in *dict. §. quando in pendenti*, ad probādum poſſe per ſtatutum fieri, vt quis ſit heres in vita alicui defuncto, & poſtea deſinat eſſe alius poſtea rurſum ſit heres directò. Quaſi non aliunde priuilegium hoc miles habeat, quàm à lege, abſurdum autem ſit exiſtimare, non poſſe legē ipſam facere id, quòd alij, vt faciat, poſſit permittere. Sic etiam Bartolus ratiocinatus fuiſſe videtur, ſicque ratiocinari neceſſe eſt omnes quotquot hanc Bartoli traditionem ſequuntur. Sed omnes malè, ſi ego, quid bene ratiocinari ſit, intelligo, Priuilegiū enim hoc militare datum eſt militibus, non à lege, ſed ab Imperatoribus. *l. 1. l. Diuus. 24. & paſſ. D. eod.*
† Imperatores autem, ſicuti ſunt ſupra leges, ita facere 23
potuerunt & fecerunt hoc caſu, quod nulla lex facere potuiſſet, vt teſtamenta militaria nullis legibus tenerentur, ſed in iis nudam militis voluntatem inſpici & ſequi oporteret, quæ in aliis omnibus ex iure cōmuni iuſta & legitima eſſe debet. *d. l. 1. iunct. l. 1. D qui teſtam. face poſſ.* Itaque ex eo quod milites facere poſſunt, non debet argumentum trahi ad id quod lex ipſa facere poteſt, cùm plus hoc caſu poſſint milites quàm leges, quibus omnibus perpetuum hoc fuit, vt teſtamentorum, & hereditatum iura ſolennia eſſe voluerint, neque ex hominum arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio. 32. D. de hered. inſtitut. leg. nemo poteſt. D. de legat. 1.* tanquam quæ iuris publici ſint, non priuati, *l. 3. D. qui teſtam. facer poſſ.* Sed etſi bona eſſet comparatio militis & legis, itémque legis & ſtatuti, vt interpretes volunt, non aliud tamen poſſet ex eo inferre, quam, poſſe per ſtatutum fieri, vt cuilibet liceat teſtamento ſuo heredem ſibi ſcribere, ex tempore & ad tempus. Nec enim aliud priuilegium milites habent,

bent, quàm vt liceat iis teſtari quomodo poſſint, quo-
modo velint, *d.l.1.& l. Diuus. 24.& paſſ. D. de teſtam. mi-*
24 *lit.* Cæterum non poſſet † miles, etiamſi maximè vellet,
ab inteſtato vnum heredem habere ad tempus & alium
ex tempore, quia militum priuilegia certum eſt non per-
tinere ad cauſam inteſtati. Quare nec aliud erit, etiam
ſi miles dixerit velle ſe habere vnum ex proximis agnatis
heredem ab inteſtato vſque ad biennium, alium verò
poſt biennium, quoniam vel pro teſtamento militari
habendum id erit: quo admiſſo, non poterit ſucceſſioni
inteſtati locus eſſe, vel quod magis puto, non valebit ea
voluntas, neque iure teſtamenti militaris, quia miles
expreſſit velle ſe decedere inteſtatum: actus autem nun-
quàm operantur vltra intentionem agentium: neque
rurſum ab inteſtato, quia iuris communis ratio repugnat
quæ omninò ſequenda eſt, vbi per priuilegium militare
25 non excluditur. At ſtatuta, de † quibus tractant inter-
pretes, cùm excludūt fœminas propter maſculos, vt ma-
ſculi ſint heredes quamdiu viuunt, fœminæ verò poſt
maſculos, non pertinent ad cauſam teſtati. (Vix enim
vnquam prohibent ne poſſit quis fœminas inſtituere
aut cum maſculis, aut ante maſculos, ſi velit (ſed ad
cauſam inteſtati: Quomodo & renunciationes illæ iu-
ratæ, quæ hodie tam frequentes fiunt per filius nubentes
ex authoritate, *ca. quamuis pactum. de pact. in 6.* nunquā
excludunt filias à ſucceſſione teſtati, ſi fortè poſtea in-
ſtitutæ reperiantur, ſed tantùm à ſucceſſione inteſtati,
ſi quando ea deferatur. Habent enim, vt alibi ſcripſi-
mus, tacitam illam conditionem, ſi hereditas ab inteſta-
to deferetur, vt Bart. Caſtrenſ. & alij notant ad *l. qui ſu-*
26 *perſtitis 94. D. de acquir. hered.* † etſi poſſunt etiam vno
caſu pertinere ad caſum teſtati. Non quidem vt impe-
diant, ne filiæ, quæ renuntiauit, aliquid in teſtamento
relinqui poſſit ſiue inſtitutionis, ſiue legati, aut fidei-
commiſſi titulo. Ne alioqui coarctetur facultas teſtandi,
quæ per huiuſmodi renuntiationes potiùs ampliatur,
ſed, vt ſi fortè filia non tantùm ſucceſſioni inteſtati re-
nuntiauerit, ſed etiam petitioni legitimæ portionis, aut
ſupplementi legitimæ, expreſſis verbis (alia enim renun-
ciatio quantumcunque generalis non ſufficeret vt ad
legitimam aut legitimæ ſupplemētum traheretur ſecun-
dùm receptam interpretum ſententiam: quam tamen
nos in primæ Chiliadis noſtræ parte improbauimus)
excludatur ab actione, quam alioquin ex teſtamento ha-
beret ad petendam legitimam, aut ad legitimæ ſupple-
mentum, cui petitioni nunquam locus eſt niſi facto de-
27 mum teſtamento: vnde eſt † quod neque per aliam
actionem petitur legitima aut legitimæ ſupplementū,
quàm ex teſtamento, *l. omnimodo. 30. C. de inoff. teſtam.*
Sed tamen non eſt iſta teſtamentaria ſucceſſio heredi-
28 taria, cùm legitima nō ſit pars hereditatis, † ſed bonorū.
l. Papinianus. §. quarta autem D. eod. potiúſque petitur
ſupplementum legitimæ in caſu teſtati, quàm ex cauſa
teſtamenti, cùm petatur contra teſtatoris voluntatem.
Ergo cùm ſtatuta excludentia fœminas propter maſcu-
los, & quoaduſque maſculi ſupererunt, pertineant ad
caſum inteſtati, fatendum neceſſariò eſt, vel non poſſe
quem ex iis heredem fieri ad tempus, & alium ex tem-
pore: vel maiorem fore huiuſmodi ſtatutorum autho-
ritatem, quàm ſit vel eſſe poſſit priuilegij militaris,
cuius tamen prætextu ſolo interpretes abutuntur. At
neque Imperator quiſquam id vnquam conſtituit, vt
eiuſdem hominis hereditas ab inteſtato pertinere poſ-
ſit ad vnū ex agnatis ad tempus, ex eo verò tempore ad
alium agnatum, quia nec id fieri poſſet quin tota iuris
29 ratio perueerteretur. Non ob id ſolùm † quòd hereditas
ex quo ſemel adita eſt, deſinit eſſe hereditas, ſitque pa-
trimonium heredis, vt proinde iam non ſuperſit vnde
alius poſtea heres fieri poſſit: ſiquidem hereditas ſola
eſt, quæ proximè ac immediatè facit heredem, nec quiſ-
quam heres eſſe poteſt, vbi nulla eſt hereditas: verùm
30 etiam quia cùm ab † inteſtato per legem ſolam defera-
tur, vnde & legitima dicitur, certum eſt legis poteſtatē
vnica eáque prima delatione conſumi. Quoniam eo
demum inſtanti quo verum eſſe incipit, patremfamilias
inteſtatum deceſſiſſe, inteſtati ſucceſſio defertur: itaque
non aliis quàm iis qui illo tempore capaces reperiūtur,
l. 3. 2. & paſſ. D. de ſuis & legit. Et quamuis poſſit tem-
pus illud interdum † pendere ex facti circumſtantiis, 31
puta, ſi vel poſthumus ſperetur, vel heres inſtitutus
deliberet de adeunda hereditate quam poſtea repudiet,
vel interim decedat, vt in *d. l. vlt. §. quando in pendenti.*
D. ad SC. Tertul. l. ſcripto. 7. D vnd. liber. l. ſi quis filio. 6.
D. de iniuſt. nupt. Illud tamen exploratum eſt, nunquam
poſſe pendere, ex quo tempore fuit ſucceſſio ſemel ac-
quiſita, ſicut nec olim pendebat ex quo fuerat delata. Id
enim eſt quod dici ſolebat † in ſuis non eſſe ſucceſſio- 32
nem, *d. l. 1 §. ſciendum. D. de ſuis & legit.* neque in agnatis
§. placebat, Inſt. de legit. ſucceſſ. Nimirum vt qui primo
illo delationis inſtanti non poterat ſuccedere vel tan-
quàm ſuus vel tanquam agnatus, poſtea nunquam poſ-
ſet. Quod etſi à prætoribus primùm, deinde à Iuſtinia-
no pleniùs emendatum eſt, vt poſt excluſum prioris
gradus agnatum cui ſucceſſio priore loco delata fuerat,
ſiue per propriam repudiationem, ſiue alia qualibet ra-
tione excluſus fuerit, ſequentis gradus agnati poſſint
ſuccedere non tantùm prætorio ſed etiam ciuili iure *d. §.*
placebat, illud tamen ex iure vetere manſit inuiolabile,
vt poſt hereditatem nō modò delatā, ſed etiam acquiſi-
tā alicui nulla ſiue gradui, ſiue perſonæ, amplius ſiue in
ſuis ſiue in agnatis ſucceſſio eſſe poſſit: ſed in ſuis multò
minùs quàm in agnatis. Non quòd ſint minùs fauorabi-
les, qui certè ſunt fauorabiliores ſed quia plurium gra-
duū agnati eſſe poſſunt, ſui eſſe nō poſſunt, quando qui-
dē ſuus † ille dicitur, qui non tantùm in patris familiâs 33
poteſtate eſt mortis tēpore, ſed & Primū in ea gradum
obtinet: quantum ad cauſam ſuccedendi, *d. l. ſcripto. 7. D*
vnd. liber. l. ſi filiusfamilias. 33. D. de teſtam. milit Pri-
mum autem gradum mortis tempore ſane non obti-
nuit in cauſa ſuccedendi ille, qui, quoquo modo ex-
cluſus fuit ab hereditate, alio ſuccedente. Nec proinde
fieri poſtea vnquam poteſt vt hic ſuus fiat qui ſemel ab
hereditate excluſus fuit tanquam non ſuus. Agnati verò
plurium graduum eſſe poſſunt, non quidem qui ſint,
proximi, ſed tamen qui ſint agnati. Et ob id Prætor,
cùm olim pro ſua iuriſdictione tēperaſſet partem illam
iuris quæ vetabat ne in agnatis eſſet ſucceſſio, *d. §. place-*
bat, in ſuis tamen heredibus nihil immutauerat, vt nec
Iuſtinianus noſter hac parte quicquam immutauit,
Quod ſi Prætor nihil immutandum putauit eo caſu quo
hereditas proximo agnato non ſolùm delata, ſed etiam
acquiſita fuiſſet, non alia ratione id ab eo fuiſſe creden-
dum eſt, quàm quia nec poteſtas, nec ratio immutandi
vlla erat, cùm hereditatis acquiſitio, ſicut hereditatis
nomen & intellectum tollit, ita nullum alteri eiuſdem
hereditatis acquiſitioni locum relinquat. Eſt autem hu-
ius rei luculentius & ad rem noſtram accommodatius
exemplum in media Iuriſprudentia, † quæ cùm ad con- 34
ſeruandas augendáſque reipublicæ familias induxiſſet
aduerſus legem duodecim tabularum, quæ de ſuis here-
dibus indiſtinctè locuta fuerat, vt inter maſculos & fœ-
minas eſſent aliquæ in ſuccedendo differentiæ, nun-
quam tamen eo temperamento vſa eſt, vt fœminas, ſal-
tem poſt extinctos maſculos, ſuccedere paſſa ſit, ſed eas,
quo caſu ſemel excluſæ eſſent, in perpetuum excluſas
voluit, *l. maximum vitium. 4. C. de liber. præter.* Cùm ta-
men longè æquius fuiſſet ita ius conſtitui, vt non niſi
poſt maſculos fœminæ ſuccederent, ſi qua iuris arte vel
poteſtate id fieri potuiſſet, ne ab eo iure vetere, quod
lex duodecim tabularum introduxerat, tantopere re-
cederetur. Sed neque Iuſtinianus, licèt fœminis ſem-
per plus æquo fauens, temperamentum illud prætermi-
ſiſſet, cum ius vetus legis XII. tab. in vſum reuoca-
uit in *d. l. maximum vitium*, abrogato iure illo quod

per

per tot ſæcula obtinuerat fauore maſculorum, & in excluſionem fœminarum, ſi potuiſſet fœminas excludere ad tépus, id eſt, quamdiu maſculi ſupereſſent, eaſdem verò ex tempore admittere, id eſt, poſt defectum maſculorum, qui aliquando heredes fuiſſent. Quis enim non videt, quàm ſint hac in re maſculi fœminis fauorabiliores, quippe per quos ſolos familiarum dignitas conſeruari poſſit, ex qua ſola reipublicæ quoque ſplendor æſtimatur? ſed cùm videret Iuſtinianus non poſſe propter maſculos excludi fœminas ad tépus, quin eſſet neceſſe illas in perpetuũ excluſas manere, hoc verò nimis durũ, & ab ipſis naturæ legibus alienũ exiſtimaret, coactus fuit eandẽ in omnibus facere cõditionẽ maſculorũ & fœminarum, nullo adhibito temperamento, quia nec potuit vllũ adhiberi. Ergo quod neque media tota Iuriſprudẽtia, quæ cõſtans ex prudẽtũ interpretatione Ius ciuile per emphaſim appellatur in *l. 2. §. his legib. D. de orig. iur.* neque Prætor, neque Imperator vllus fecit aut facere potuit, vt eſſet quis heres ex tempore, aut ad tempus. Cur, aut quomodo per ſtatutum fieri patiemur? Præſertim verò cum alia & multò commodiore ratione poſſit eodem ferè iuris effectu & maſculis proſpici, & fœminis ſalua legum authoritate: nimirum ita condito
35 ſtatuto, † vt ſoli quidem maſculi ab inteſtato ſuccedant, excluſis omnino ab inteſtati ſucceſſione fœminis, ſed cum eo tamen onere, vt cogantur cauere vel ſatiſdatò, vel ſaltem nuda, ſed tamen iurata repromiſſione, *De portionibus hereditariis* quæ ad fœminas, ſi excluſæ non fuiſſent, ab inteſtato peruenturæ fuerant, reſtituendis, aut fœminis ipſis excluſis, aut ipſarum heredibus, quandocunque maſculos omnes contingeret defeciſſe. Ita namque fieret vt tantumdem conſequerentur fœminæ ex eiuſmodi obligatione tanquam ex ſtatutario quodam fideicommiſſo, quantum ſi ab inteſtato ſuccederent poſt maſculos, neque tamen legum authoritas, quæ ſemper ſancta eſſe debet, violaretur. Id niſi factum ſit, defendo conſtãter non valere ſtatutum per quod legitima ſucceſſio inteſtati deferatur fœminis poſt extinctos maſculos, quibus eadem fuerit aliquando non ſolùm delata, ſed etiam acquiſita. Quod enim ſemel cœpit in dominio eſſe maſculorum, quomodo poteſt inuitis iis tranſire ad fœminas tanquam heredes eius perſonæ, quæ iam inde à toto tempore habuerit heredem *arg. l. ſi ego 9. §. ſi res. D. de iur. dot.* Dices: Hoc ipſum tamen euenire in teſtamentaria militis ſucceſſione, ſi miles ſcripſerit heredem Titium vſque ad biẽnium, Sempronium verò poſt biẽnium. Nam poſt biennium hereditas militis, quanquam acquiſita Titio, nihilominus eo inuito acquiritur Sempronio. Verùm præter id quod iam diximus, non eſſe quærendam rationem iuris, aut legum poteſtatem in militaribus teſtamentis, illud etiam obſeruandum eſt, Priuilegium militis inter cætera vnum hoc eſſe,
36 vt poſſit decedere † cum duobus, adeóque pluribus teſtamentis, *l. quærebatur. D. de teſta. milit.* quod cùm euenit tot hereditates reliquiſſe videtur, quot teſtamenta. Hoc enim priuilegium in alterius conſequentia ei acquiri neceſſe eſt, vt pro diuerſitate rerum, de quibus teſtatur, diuerſas quoque hereditates reliquiſſe intelligatur, non ſolùm ſi in diuerſis teſtamentis teſtatus fuerit, vt in *l. 39. §. 1. eodem.* ſed quod magis eſt, etiamſi in vno, eodemque teſtamento, ſi fortè alium heredem ſcripſerit bonorũ caſtrenſium alium cæterorũ, vt in *l. ſi certarum, 17. §. 1. eod.* (nam ſi in eodẽ teſtamento plures certarum rerum, quæ eiuſdem generis ſunt, inſtituerit, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium ruſticorum, alium cæterarum rerum, valebit inſtitutio, tanquam facta non ſolùm in vno teſtamento, ſed etiam in vna hereditate, perindéque habebitur, atque ſi eos ſine partibus heredes inſtituiſſet reſque omnes ſuas per præceptionem cuique legãdo diſtribuiſſet, *d. l. ſi certarum in prin-*
37 *cip.*) In propoſito igitur † cùm miles inſtituit heredem Titium vſque ad biennium, Sempronium verò poſt biẽnium; dico videri militem deceſſiſſe cum duobus teſtamentis, quemadmodum ſi nihil de Sempronio cauiſſet, & ſolum Titium cum eadem adiectione, *vſque ad biennium*, heredem ſcripſiſſet pro parte temporis teſtatus, id eſt, pro biennio dumtaxat, pro reliquo autem toto tempore inteſtatus deceſſiſſe diceretur, *l. ſi miles. 6. d. l. miles ita. 4. eod.* Nam quæ hereditas caderet in cauſa inteſtati poſt biennium, nullo alio ex eo tempore herede ſcripto, eadem cadit in cauſa alterius teſtamenti, ſcripto herede poſt biennium Sempronio: ac proinde quemadmodum alia eſſet hereditas, quæ legitimo heredi deferretur, quàm quæ Titio vſque ad biennium inſtituto delata fuiſſet, quoniam hereditas teſtamentaria tota ſpecie nedum numero differt à legitima: nec fieri poteſt vt eadem ſit numero aut ſpecie, quæ vni acquiſita ſit ex teſtamento, alteri autem ab inteſtato acquiratur: ita & cùm inſtituto ad biennium Titio inſtituitur poſt biennium Sempronius, licèt in iiſdem tabulis aut in eodem puluere, duo tamen teſtamenta ſunt & conſequenter duæ hereditates eſſe intelliguntur, quarum vna Titio ex priore teſtamento, altera Sempronio ex poſteriore deferatur. Nihil enim refert an teſtator ex vna inſtitutione partem aliquam patrimonij ſui, an verò partem temporis ſubtraxerit, & vtroque caſu verum eſt voluiſſe illum decedere, cum duobus teſtamentis, & in neceſſarium antecedens, cum duabus hereditatibus teſtamentariis, non ſecus ac videretur deceſſiſſe cum duabus hereditatibus, ſed vna teſtamentaria, alia legitima, ſi deceſſiſſet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſiue pro parte temporis, ſiue pro parte bonorum. Iam ergo mirum non eſt, ſi poſt biennium ſuccedat Sempronius iure directo, etiam inuito Titio, quandoquidem ſuccedit & ex alio teſtamento, & in alia quauis eiuſdem hominis hereditate. At non, ſicut poteſt miles decedere cum duobus teſtamentis, & cum duabus hereditatibus, ſiue quæ ambæ ſint teſtamentariæ, ſiue quarum altera ſit teſtamentaria, altera legitima: Ita
poſſis dicere, † Poſſe militem, aut alium quempiam bis 38
decedere inteſtatum, aut cum duabus hereditatibus legitimis, & ab inteſtato. Et tamen abſurdum hoc, quo nihil abſurdius, neceſſe eſt induci per iſta ſtatuta, quæ excludunt fœminas fauore maſculorum, vt ſoli maſculi ab inteſtato ſuccedant quandiu viuunt; poſt eos verò extinctos fœminæ ab inteſtato quoque ſuccedant. Vel enim duas hereditates legitimas induci oportet, vt poſſit bis ſuccedi, atque ita patremfamilias dici bis deceſſiſſe inteſtatum: quod ſanè non prius admittam, quàm tu pro interpretibus probaueris poſſe quem bis mori: vel ſi voles hoc inducere ex authoritate ſtatuti, vt in eadem eiuſdem hominis hereditate poſſit maſculus primùm, deinde poſt mortem maſculi fœmina, ambo in ſolidum, & ab inteſtato ſuccedere, hoc ſaltem ero aſſequutus, vt appareat, neque priuilegij militaris neque alio vllo exemplo eam authoritatem ſtatutis tribui poſſe.

ERROR II.

De caſibus in quibus is, qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe.

SVMMARIA.

1 *Tres ſunt caſus, quibus is qui ſemel fuit heres iure ciuili deſinit eſſe heres.*
2 *Primus, cum heres ritè inſtitutus poſt aditam hereditatem in ſeruitutem redigitur.*
3 *Secundus, cum poſt aditam hereditatem teſtamentariam inofficioſi teſtamenti querela proponitur ab*

Digitized by Google

heres vincitur.

4 *Querela inoffícioſi teſtamenti non competit niſi contra heredem teſtamentarium, & adita iam hereditate.*

5 *Plerunque teſtator, cum teſtamentum per inofficioſi querelam impugnatum eſt, decedit pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus.*

6 *Quomodo accipienda regula, quæ vult non poſſe quem in paganis decedere pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum.*

7 *Militis qui partim teſtatus, partim inteſtatus decedit, quotuplex & qualis ſit hereditas.*

8 *Teſtamento per querelam inofficioſi reſciſſo duæ teſtatoris hereditates ex poſt facto conſtituuntur.*

9 *Supradictis duobus caſibus hereditatem ad tempus aut ex tempore datam non cenſeri.*

10 *Differre caſus propoſitos, quòd priori hereditas acquiſita ei, qui deſiit eſſe heres, applicetur fiſco, poſteriori heres ita deſinat eſſe heres, vt tamen alius ex die mortis fuiſſe videatur.*

11 *An reſciſſo per querelam teſtamento duo ſimul heredes fuiſſe videantur.*

12 *Tertius caſus à Iuſtiniano introductus eſt cùm heres etiam à iudice admonitus non ſatisfacit iudicio teſtatoris*

13 *Quàm multa abſurda Conſtitutio Iuſtiniani, quæ ſuperiorem caſum induxit, contineat.*

14 *Filius ex aſſe inſtitutus non poteſt omiſſa hereditate legitimam ſolam petere aut retinere.*

15 *Iuſtinianus concedit filio, qui ob non impletam defuncti voluntatem heres eſſe deſiit, nec habet ius retinendæ quartæ Falcidianæ aut Pegaſianæ, vt quartam legitimariam detrahat.*

16 *Nulla lex patrem cogit, vt inuitus filio legitimam relinquat.*

17 *Ex Iuſtiniani conſtitutione non colligi, legem poſſe facere, vt qui ſemel heres fuit, poſtea deſinat heres eſſe.*

18 *In duobus primis caſibus non legis poteſtatem, ſed impotentiam facere, vt qui ſemel heres eſt, deſinat eſſe heres.*

19 *Qui ſtatuto fieri poſſe aiunt, vt qui heres fuit deſinat eſſe heres, ſtatutorum maiorem quàm legum poteſtatem facere.*

1 TRes tantùm caſus inuenio, in quibus poteſt
fieri, & verò fit iure ciuili, vt contra vulgarem
iuris regulam is, qui ſemel heres fuit,
deſinat eſſe heres: quorum priores duo fue-
runt veteri Iuriſprudentiæ cogniti: tertium Iuſtiniani
2 authoritas introduxit. Primus ille eſt, † quem Paulus
noſter ponit in *l. ex facto. 43. §. vlt. D. de vulg. & pupill.
ſubſt.* ſi heres ritè inſtitutus poſt aditam legitimè here-
ditatem redactus fuerit in ſeruitutem. Hic enim ſicut
deſinit eſſe liber, ita & deſinit heres eſſe: quia heres ne-
mo eſt, aut manere poteſt, qui non ſit & maneat liber:
cùm heredem qui dicit, dicat dominum ex iure Quiri-
tium, id eſt, ex legibus Romanis: cuius tamen iuris non
magis retinendi aut conſeruandi, quàm acquirendi ca-
paces ſunt ſerui, quos nimirum ius ciuile non tam pro
mortuis, quàm pro nullis habet, *l. quod attinet. D. de re-*
3 *gulis iuris.* † Secundus caſus eſt à Iuliano traditus in l.
in ſubſtitutione 31. D eod. tit. de vulgar. ſi poſt aditam ex
teſtamento hereditatem propoſita ſit querela inofficioſi
teſtamenti, eáque obtinuerit. Nam cùm ſit odioſa,
propterea quod ſuprema defuncti hominis iudicia reſ-
cindit, & quidem eo colore, quaſi fuerit ille demens &
inſanus, ideóque non ſit permittenda niſi ex neceſſita-
te, id eſt, cùm alio remedio conſuli non poteſt ei, qui
contra pietatis officium & iniuſtè fuit exheredatus, ap-
4 paret non aliter, nec priùs eam poſſe † competere quàm
adita ſit hereditas per heredem inſtitutum, *l. Papinianus.
8. §. ſi conditioni. D. de inofficioſo teſtamento l. ſi quis filium.
34. in fin. C. eod.* quia quandiu non eſt adita, fieri po-
teſt vt teſtamentum deſtituatur, herede ſiue repudiante,
ſiue dum deliberat, aut etiam poſteaquam deliberauit,
ſed antequam adeat, decedente. Deſtituto autem quam-
docunque & quomodocunque teſtamento, nulla poſſet
querela eſſe neceſſaria ei, qui ſuo iure ab inteſtato eſſet
ſucceſſurus? rurſum vbi adita eſt ab herede ſcripto he-
reditas, ſi querela proponatur, & heres vincatur ſiue in
ſolidum, ſiue pro parte, illud etiam euenire neceſſe eſt,
vt eatenus deſierit eſſe heres is, qui ante fuerat ex eo
teſtamento, quia iuris ratio non patitur, vt ex teſtamen-
to quod ruptum fuit per querelam inofficioſi, he-
reditas retineatur, non magis quàm vt ex teſtamento
iam rupto acquiratur. Vel enim nullus poteſt effectus
eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, vel illi eſſe neceſſariò
debet, vt pro qua parte vicit, redigat teſtatorem ad causã
inteſtati, *l. Titia 13. l. mater decedens. 19. & paſſ. D. eod.*
inde fit, vt † plerumque teſtator, cuius teſtamentum per 5
inofficioſi querelam impugnatum eſt, decedat pro parte
teſtatus, pro parte inteſtatus: quoties nimirum querela
pro parte tantùm mota fuit, & vicit, puta, ſi ex duobus fi-
liis, quorũ alter iniuſtè ac immerenter, alius iuſtè exhere-
datus fuerat, ille ſolus egerit & obtinuerit, quem pater
ſine cauſa exheredauerat: alius verò aut non egerit, aut
ſaltem non obtinuerit: vel ſi duobus heredibus inſtitu-
tis filius exheredatus contra alterutrum duntaxat here-
dum egerit, aut contra vtrumque quidem egerit, ſed con-
tra alterutrum duntaxat obtinuerit, *l. circa. 24. D. eod.*
Nec impedimento † eſt iuris regula, quæ vult non poſ- 6
ſe quem in paganis decedere pro parte teſtatum, & pro
parte inteſtatum. *l. ius noſtrum. 7. de reg. iuris.* id enim
ſic intelligi debet, vt ab initio verum ſit, & eo tempore
quo lex inducit hereditatem, quia nunquam lex indu-
cit eodem tempore duas eiuſdem hominis hereditates,
ſiue quæ ambæ ſint teſtamentariæ, ſiue quæ ambæ legi-
timæ, ſiue quarum altera teſtamentaria ſit, altera legi-
tima: ſed vnam duntaxat, eamque vel teſtamentariam,
vel legitimam, nunquam partim teſtamentariam partim
legitimam: quoniam ea diuiſio in vnam eandemque he-
reditatem cadere non poteſt, nec ſi de militis hereditate
agatur. Sunt enim iſta non modò contraria, ſed etiam
contradictoria: ideóque † non de militis hereditate agi- 7
mus, quem placet poſſe ex priuilegio decedere pro parte
teſtatũ, & pro parte inteſtatũ, quia pro arbitrio, & citra
vllã legum obſeruationẽ teſtandi ius habet, ſi quãdo id
contingat, vt voluerit decedere pro parte teſtatus, & pro
parte inteſtatus, non vnã ipſius hereditatẽ conſtituimus,
quæ ſit partim teſtamentaria, partim legitima: ſed duas,
quarũ vna ſit teſtamentaria, altera tota legitima, vt ſupe-
riore capite dicebamus, ſicut & duas hereditates teſtamẽ-
tarias, ſi miles deceſſerit cum duobus teſtamẽtis, ſiue fa-
cta ſint diuerſis temporibus, & in diuerſis tabulis, ſiue
in iiſdem, puta vno herede ſcripto ad tempus, & alio ex
tempore, *vt in l. miles ita. 41. D. de teſtam milit.* Sed cùm 8
† teſtamentum, quod ab initio totum voluit, poſtea per
querelam inofficioſi teſtamenti pro parte reſcinditur,
neceſſariò euenire oportet, vt ex poſt facto hereditates
duæ conſtituantur, vna teſtamentaria, altera legitima:
quia, ſicuti teſtamentariam, quam ſolam lex induxerat
retineri impoſſibile eſt pro ea parte, pro qua paterfami-
liâs factus fuit inteſtatus: ita legitimam nouámque in-
duci neceſſe eſt, vt filius qui vicit, ſuccedere ab inteſta-
to poſſit, ne alioqui victoria ei non proſit. Quomodo
enim poſſet fieri heres legitimus ſine legitima heredi-
tate; Quare nec pro abſurdo habemus id fieri, quod ita
fieri neceſſariò oportet. Ergo ſupradictis duobus caſibus
deſinit re verâ & iure quoque ciuili heres eſſe is, qui re 9
vera & ex eodem iure ciuili heres fuit. † Sed an ideò
dici poterit hereditatem ad tempus aut ex tempore da-
tam eſſe; Minimè verò. Nam vtroque illo caſu heredi-
tas erat acquiſita heredi eo legis voto, vt penes eum
perpetuo eſſet quia nec præuiſus erat, nec præuidendus

caſus

caſus ille abominabilis, quo hic heres in ſeruitutem re-
digeretur: aut teſtamentum eius Romani per querelam,
quaſi iudicium dementis & inſani hominis, reſcindere-
10 tur. 20. Inter hos † tamen caſus illa differentia eſt, quòd
in priore, id eſt, cùm heres in ſeruitutem redactus fuit:
non idcircò alius poteſt fieri eiuſdem teſtatoris heres,
ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus: ſed hereditas quæ
fuerat heredi acquiſita, & tranſierat in patrimonium ip-
ſius, acquiritur fiſco, vt cætera bona omnia eorum, qui
per ſententiam fiunt ſerui pœnæ. Nec enim ita deſinit
heres eſſe, vt nunquam fuiſſe videatur. Ideoque ſi hic
idem poſtea aduerſus ſententiam reſtitutus ſit, nihilo-
minus perinde poteſt ex pupillari ſubſtitutione ſucce-
dere, ad quam vocatus fuerat, quiſquis patri heres fuiſ-
ſet, ac ſi nunquam heres eſſe deſiſſet, *d. l. ex facto. §. vl.*
quamuis reſtitutio non faciat eum rurſus heredem. In
poſteriore verò ſpecie cùm heres per querelam victus
eſt, ita deſinit eſſe heres, vt tamen alius heres fiat, ſed
non tanquam ex tempore tantùm, at ita, vt ex die mor-
tis heres ab inteſtato fuiſſe videatur. Miles enim pro
parte quidem bonorum poteſt ex poſt facto decedere te-
ſtatus, & pro alia parte inteſtatus, ſed pro parte tempo-
ris nunquam poteſt, ne quidem ex poſt facto: quia he-
redem facto continuatio dominij, quæ nulla eſſet, ſi vel
minimum inſtans intercederet inter defunctum & he-
redem ſiue vacuum fuiſſet illud inſtans, ſiue ab alio he-
rede occupatum. Nec tamen ideò impeditur is, qui per
querelam heres eſſe deſiit, quominus poſſit eſſe heres
ex pupillari ſubſtitutione, quia ſufficit quòd heres fue-
rit quandocunque. Tantum autem abeſt vt querela in-
officioſi teſtamenti tollat intellectum acquiſitæ ex teſta-
mento hereditatis, vt è contrario non poſſit fieri men-
tio querelæ, quin præſupponatur & adeundam, & adi-
11 tam fuiſſe hereditatem ex teſtamento. Ergo, inquies, †
videbuntur fuiſſe duo heredes eodem tempore, ac pro
eadem portione, & qui vicit, & qui victus fuit. Nego
conſecutionem. Nam qui prior fuit, nunquam fuiſſe
intelligitur, ſi iuris rationem & poteſtatem inſpicias,
ideoq; nec legata competunt, nec libertates, ſi intra quin-
quennium actum ſit. *l. Papinianus. 8. §. vlt. & l. ſeq. D. de
inoff. teſtam.* Sed tamen in facto verum eſt heredem eum
fuiſſe aliquando, quod ſufficit, vt cõditio pupillaris ſub-
ſtitutionis cõpleta videatur: quia in conditionibus non
ius ſed factum verſatur. Et hæc vera, quamquam ſatis
obſcura ratio eſt, *d. l. in ſubſtitutione 31. D. de vulg. &
pupill. ſubſt.* vbi, quod ponitur, non niſi pro parte mo-
tam querelam fuiſſe, cauſam illam habet, quia ſi patris
teſtamentum ruptum eſſet per querelam inofficioſi te-
ſtamenti, non poſſet valere pupillare, quod pars eſt &
ſequela paterni: ex quo, tanquam ex eo quod principale
ſit, confirmari, ac vires accipere debet *l. penult. D. de te-
ſtam. quem. aper.* nec dignus eſſet cui permitteretur te-
ſtari pro filio, pater, qui pro ſeipſo nonniſi tanquam
inſanus & demens teſtatus fuiſſet. *l. Papinianus 8. §. ſed
12 nec impuberis, in fin. D. de inoff. teſtam.* † Tertius caſus, in
quo deſinit iure ciuili heres eſſe, qui antea fuerat, ille
eſt, quem Iuſtinianus introduxit. *Nouell. 1. de hered. &
Falcid. cap. 1. §. ſi quis autem.* vbi conſtituit, vt ſi heres
non implens quod diſpoſitum à teſtatore fuit, etiam ex
decreto Iudicis admonitus, annum totum protraxerit à
die admonitionis numerandum, non agens hec quod
præceptum eſt: ac proinde adita iam per eum heredita-
te, deſinat eſſe heres: & ſiquidem erat heres ex parte,
ipſius portio adcreſcat coheredi ſatisfacienti iudicio te-
ſtatoris. Si verò erat in ſolidum heres, permittatur fidei-
commiſſario vniuerſali: aut ſi vel non ſit, vel nolit, le-
gatariis ipſis, vt hereditatem adeant, atque ita heredes
13 fiant. Quæ conſtitutio † ſanè non ſolùm valdè noua
eſt, ſed etiam iudicio meo valdè abſurda & inepta. To-
tam enim non modò Iuriſprudentiam veterem, ſed &
ipſa ferè iuris nomina peruertit, dum facit ex heredibus
non heredes, ex legatariis verò aut fideicommiſſariis he-
redes. Quo enim iuris colore poteſt heres fieri is, quem
teſtator legatarium duntaxat aut commiſſarium eſſe vo-
luit, & cui nunquam hereditatem detulit; E contrario
autem is, quem & teſtator & lex heredem fecerat; cur
priuandus eſt hereditate, ob id ſolùm, quòd non imple-
uerit voluntatem teſtatoris, quam vt etiam inuitus im-
pleat cogi poſſit, aliis tot propoſitis in eam rem iuris
auxiliis, ſiue perſonali, ſiue hypothecaria actione expe-
riri velint ij, qui non tantum heredẽ, ſed ipſas etiam de-
functi res omnes habent obligatas? Quare nec ratio
illa conſtitutionem hanc tueri poteſt, quòd lata videatur
ad conſeruandam defuncti voluntatem, cuius nimirum
conſeruandæ tot alii erant modi multò expeditiores. Ob
id namque dicebat iam olim Papinianus noſter in *l. ſi
patroni 55. §. qui fideicommiſſam ad SC. Trebell.* adita ſe-
mel hereditate totam defuncti voluntatem ratam con-
ſtitui, non quaſi iam ex eo aditionis tempore ſit imple-
ta, ſed quia periculum amplius nullum ſubeſt, ne non
impleatur per heredem teſtamentarium, qui cùm ſucce-
dat ex voluntate, nullam probabilem excuſationem ad-
ferre & cauſari poteſt, cur non in omnibus voluntatem
exequi cogendus ſit. Tametſi eo Papiniani ſæculo non-
dum obtineret, quod idem Iuſtinianus poſtea induxit,
vt pro legatis & fideicommiſſis hypothecaria quoque
exerceri poſſet, *l. 1. C. commun. de legat.* Sed & illud quàm
abſurdum eſt, quod eadem conſtitutio inducit, vt heres
ex aſſe inſtitutus fortaſſis filius, cui alio herede inſtituto
legitima tantùm portio deberetur, hereditatem quidem
amittat, legitimam verò portionem retineat? Quis ferat
legitimam deberi ex aſſe inſtituto? Præſertim ſi ponas
indignum eum fieri, adeò vt hereditas ipſi auferenda ſit?
Annon enim legitima quoq; indignus videri debet, qui
dignus eſt, vt ei hereditas auferatur? Nam etſi † filius ex
aſſe inſtitutus vellet omiſſa hereditate legitimam ſolam 14
petere aut retinere, non eſſet hoc ipſi permittendum, vt
vulgo noſtri tractãt, nec malè poſt Bart. ad *l. 4. D. ad SC.
Trebell.* quia, vt ait Bart. nõ habet filius, quod cõqueratur
de teſtatore, à quo fuit ex aſſe inſtitutus, nec ſi ſub cõdi-
tione, dũmodo poteſtatiua inſtitutus fuerit, ſibiq; potiùs
imputare debet, cur heres eſſe noluerit, cùm poſſet:
Quantò magis hoc ipſum imputari poteſt ei, qui & he-
res ex aſſe aliquando fuit, quo tempore confuſa fuiſſet
petitio legitimæ, etiamſi quę ante aditionem competiſ-
ſet (nec enim eam ſibi ipſi debere filius potuiſſet) &
non niſi ex culpa heres eſſe deſiit ob non impletam,
quam implere & potuit & debuit defuncti voluntatem;
Decepit Iuſtinianum, † quòd hic filius, etiamſi volun- 15
tatem defuncti impleuiſſet, quartam tamen aut Falci-
diam ex legatis, aut Pegaſianum ex fideicommiſſo vni-
uerſali retinuiſſet. Nempe quia heres fuiſſet, heredi au-
tem, qui tanquam heres aut legatis aut fideicommiſſis
oneratus eſt, eiuſmodi quartæ retentio competit, aut
deductio. At cùm ob non impletam defuncti volunta-
tem heres eſſe deſinit ex Iuſtiniani conſtitutione, nul-
lum certè ius habere poteſt quartæ retinendæ. Idque
præſentiens Iuſtinianus, non quartam Falcidianam, aut
Pegaſianam ei dat, ſed legitimariam, quaſi filio, quòd
quamuis deſinat eſſe heres, non tamẽ deſinat eſſe filius.
Sed cogitare debebat, quod nos modò diximus, nec
filio tamquam filio legitimam vllam deberi, cùm ex
aſſe inſtitutus fuit. Quid enim ampliùs à patre potuit
vel ſperare, quàm vt ex toto aſſe inſtitueretur, aut quid
amplius præſtare pater potuit? Et verò cùm † nulla lex 16
ſit, quæ patrem cogat vi inuitus legitimam filio relin-
quat, ſed filio quantumcumque immerenter exheredato
vnicum ſuperſit auxilium in querela inofficioſi teſta-
menti, aduerſus quem, obſecro, aut de quo poſſet queri
de inofficioſo, is, qui ſolus & ex toto aſſe inſtitutus
proponeretur; Iam enim diximus, & notiſſimum eſt,
non competere querelam inofficioſi teſtamenti, niſi
contra heredem teſtamentarium, & adita iam hereditate.
Hæc omnia eò pertinent, vt appareat conſtitutionem

 † illam

17 † illam Iuſtiniani tam eſſe alienam, &, vt loquuntur, exorbitantem à iure communi, vt non ex ea ſumi debeat argumentum ad probandum quod volunt interpretes, Poſſe legem facere, vt qui ſemel heres fuit, poſteà deſinat heres eſſe: quod ſanè falſiſſimum eſt. Probares potiùs, & optimè, poſſe Imperatorem hoc facere: ſed probato etiam ego, quod in præcedentibus diſputaui, hoc poſſe facere Imperatorem, non quia poſſit facere legem, ſed quia ſit ſupra leges. Quis enim niſi ſupra leges poſitus talem legem, qualis eſt ea Iuſtiniani conſtitutio, facere vnquam potuiſſet? In aliis verò ſuperioribus
18 caſibus, † quos veteri iuriſprudentiæ cognitos fuiſſe diximus, non poteſtas, ſed potiùs impotentia legum illa eſt, quæ facit, vt qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat. Nec.n. heres, qui in ſeruitutem redigitur, heres eſſe deſineret, ſi eſſet in poteſtate legis facere, vt ſeruus heres eſſe poſſet. At non poteſt lex hoc facere, quoniam implicat contradictionem, vt idem ſit heres & ſeruus, quemadmodum vt idem ſit & ſeruus & liber, cùm heres nemo eſſe poſſit, niſi qui ſit ciuis Romanus, nec rurſus ciuis Romanus, niſi qui ſit liber. Similiter cum is, qui heres, ex teſtamento fuit victus per querelam inofficioſi teſtamenti, heres eſſe deſinit, non alia ratione id fit, quàm quia non eſt in poteſtate legis facere, vt ex eo teſtamento, quod ruptum & reſciſſum fuit, hereditas aut acquiratur, aut ſi antea fuerat acquiſita, retineatur. Quid enim aliud eſt ruptum eſſe, reſciſſúmque teſtamentum quàm vires ipſius collapſas eſſe, vt perinde iam haberi debeat, ac ſi nunquam factum fuiſſet? Facere autem quod interpretes per ſtatutum fieri poſſe volunt, vt qui heres factus eſt, deſinat eſſe heres ſola legis poteſtate: tametſi nihil impediat quominus in perpetuum heres remaneat, hoc verò eſſet ſummæ ſupremæque poteſtatis, ſed tantæ, quantam nec lex habere poteſt, nec populus ipſe, cuius eſt legem & ſtatuta condere, ſed ſolus ille, qui ſupra leges ideo eſt, quæ eſt etiam ſupra populum, puta imperator Romanus, aut quiſquis alius ſupremam
19 in populos ſuos poteſtatem habet. † Faciunt ergo parem vim ſtatutorum, & conſtitutionum Imperatoriarum, maiorem ſcilicet quàm legum, qui volunt per ſtatutum fieri poſſe vt qui ab inteſtato heres fuit deſinat eſſe heres, quinimò etiamſi nolint, faciunt maiorem. Nullus enim poſſit facere Imperator, vt eiuſdem hominis hereditas tota & ex aſſe bis ab inteſtato deferatur, multò minùs vt bis acquiratur, ne quidem in perſona vnius heredis, quantò minùs in perſonis plurium: Videlicet quòd neque poſſit facere Imperator, vt vnus idemque homo bis moriatur, aut vt eadem hereditas ſit & vna & duplex; quoniam hæc quoque omnia implicant contradictionem. At neque fecit vnquam vllus Imperator, non magis quàm lex vt heres quis ſit ad tempus, & alius ex tempore etiam facto teſtamento extra caſum militaris teſtamenti. Nam in ſupraſcriptis caſibus, in quibus diximus impotentia magis quàm poteſtate legis fieri vt qui heres fuit, deſinat heres eſſe, non ideò tamen fit, vt heres quis ſit ex tempore aut ad tempus, vt neque in caſu conſtitutionis Iuſtiniani. Qui enim poſterior heres eſt, retrofingitur & ſolus & ſemper heres fuiſſe, vt ſupra explicauimus. Ergo hic error interpretum non modò rationem nullam habet, ſed neque exemplum.

ERROR III.

Si pacto conuenerit de ſuccedendo ex tempore & ad tempus.

SVMMARIA.

1 *Per pactum quando detur hereditas ex ſententia pragmaticorum.*
2 *Per pactum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alteri verò ex tempore pragmatici autumant.*
3 *Diſſertatio autoris pro Namurci Duciſſa cum Iureconſultis Italis.*
4 *Quod non ratione ſed errore primùm, deinde conſuetudine obtentum eſt, ne quidem in ſimilibus aliis obtinet.*
5 *Statutorum & pactorum diſcrimen.*
6 *Valet argumentum à ſtatuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad ſtatutum affirmatiuè, non negatiuè.*
7 *Pacta de ſuccedendo aut non ſuccedẽdo quatenus hodie conſuetudine recepta ſint.*
8 *Nulla conſuetudine receptum eſt, vt per pacta poſſint dari hereditates ex tempore aut ad tempus.*
9 *Conſuetudinis de hereditatibus ex pacto deferendis inducenda neceſſitas.*
10 *Vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore nihil erat neceſſe induci, neque poſſibile.*
11 *In hereditatibus quæ per leges deferuntur, non aliud remedium comparatum eſt, quàm fideicommiſſi, vt in alium quàm heredem transferantur.*
12 *In contractibus fieri poteſt ſubſtitutio conuentionalis.*
13 *Fideicommiſſum non facit, vt qui heres fuit, eſſe deſinat, nec vt fideicommiſſarius ſit heres.*
14 *Quoties contrahentes volunt ab vna perſona in aliam transfire hereditatem illis vtendum eſt ſubſtitutione ſeu fideicommiſſo conuentionali.*
15 *Ex Bartoli ſententia pacto non poteſt dari hereditas, ex tempore, vel ad tempus.*
16 *Teſtator non poteſt dare libertatem ad tempus.*
17 *Inſtantia aduerſariorum ex Bartoli verbis petita*
18 *Reſponſio autoris.*
19 *Hereditas nulla eſt niſi hominis iam defuncti.*
20 *Nemo poſt mortem ſuam exheredari aut heres inſtitui poteſt.*
21 *Succeſſio conuentionalis ad tempus & ex tempore induci poteſt.*

QVOD interpretibus & pragmaticis vſuuenire, vt ab errore in errorem decidant, idipſum iis accidit in propoſita quæſtione, De hereditate ex tempore, & ad tempus deferenda. Nam poſteaquàm pro certiſſimo & conſtantiſſimo principio habuerunt, poſſe fieri per ſtatutum, vt heres quis ſit ex tempore & ad tempus, etiam ab inteſtato, ſubinde incipiunt quærere, an idem poſſit fieri per pactum. Iis nimirum caſibus, † quibus obtinuit, ſiue
authoritate iuris pontificii propter religionem adhibiti 1
iuriſiurandi, ſiue potiùs ex conſuetudine iam ferè vbiuis gentiũ recepta contra manifeſtã iuris rationem, vt per pactũ poſſit dari hereditas, præſertim verò in tabulis dotalibus inter Principes aut illuſtres nobiles conſcriptis. De qua conſuetudine Doctores plerique ex Gallis potiſſimùm & Italis atteſtantur. Statim verò pragmaticis occurrit, quòd reſpondeant ex trito illo brocardico, quod habet, Valere argumentũ à ſtatuto ad pactum & contrà: quòd populi & ſubditi qui ſtatutũ approbant, hoc ipſo velut proprio pacto ad obſeruationẽ obligentur. Ideóque non deſunt qui audacter † reſpondeant, non minus 2
per pactum, quàm per ſtatutum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alij verò ex tempore. Quibus ignoſcerem ſi eſſent nudi pragmatici: ſed ſunt etiam ex iſtorum numero plerique, nec ignobiles Iureconſulti, cum quibus mihi longa & magna fuit contentio in Italia dum pro Illuſtriſſ. D. Anna Eſtenſi, Namurci Carnutumque Duciſſa de Alphonſi ſecundi Sereniſſ. Ferrariæ Ducis hereditate contra Sereniſſ. D. Cæſarem Eſtenſem Ducem Mutinæ diſceptaremus. † Erat enim 3
hæc ferè vna certè maxima quæſtio ad litem pertinens. An pacto dotali, quod in D. Annæ fauorem adhibitum fuerat, fieri potuiſſet, vt ipſa hæres eſſet patri & matri

ab

ab inteſtato, poſtea quàm Alphonſus frater, quamdiu
vixerat, hæres ipſius extitiſſet. Volebant enim aduerſa-
rij pactum quod his verbis conceptum erat. *Poſſit ta-
men & valeat ipſa Illuſtriſſ. D. Anna in caſu extinctio-
nis totius ſobolis maſculinæ dicti Herculis patris ſui, &
ſuorum maſculorum deſcendentium per lineam maſculi-
nam ſuccedere in dictis bonis paternis & maternis, quæ re-
manſiſſent in hereditate vltimi eorum morientis*, intelli-
gendum eſſe de ſucceſſione inteſtati, vt inferrent. Facto
igitur per Herculem teſtamento, nihil eam iuris in bo-
nis paternis habere poſſe. At ego contrà dicebam non
poſſe pactionem illam intelligi de ſucceſſione inteſtati
propterea quòd cùm eſſet coarctata ad ea bona paterna
& materna, quæ in vltimi maſculi hereditate reperiren-
tur, apparebat, non de aliis bonis conuentum fuiſſe,
quàm quæ facta fuiſſent fraterna: ac proinde collatam
fuiſſe ſucceſſionem in eum caſum, quo Alphonſus,
aut alius quiſquis eſſet maſculus Herculis, iam Herculi
ſucceſſiſſet. Itaque ſi poſt vltimi illius mortem D. Anna
non niſi ab inteſtato parentibus ſuis ſuccedendi ius ha-
beret, futurum vt Alfonſus, aut alius ille vltimus ma-
ſculus, quandiu vixiſſet, heres fuiſſet ab inteſtato, ſi
parentes ex ſuppoſitione inteſtati deceſſiſſent. Ex eo
verò tempore quo vltimus maſculus deceſſiſſet, D. Anna
heres eſſet ſimiliter ab inteſtato: Ille igitur ad tempus,
iſta ex tempore, quod negabam ego per pactum fieri
potuiſſe, idcircóque defendebam ſic pactum eſſe inter-
pretandum, vt de iure ſuccedendi ex pacto, & tanquam
ex ſubſtitutione conuentionali, non de ſucceſſione ab
inteſtato cogitatum videretur, quam proinde non ma-
gis teſtamenta parentum, quam vltimi maſculi euertere
potuerant in fraudem & diminutionem dotis, quæ par-
tim ex hoc pacto conſtabat. Cùm verò aduerſariis vna
illa replicatio ſupereſſet, vt dicerent: Imò verò etiam
per pactum æquè ac per ſtatutum fieri potuiſſe, vt ma-
ſculi eſſent heredes quandiu viuerent, poſt eos verò ex-
tinctos, D. Anna heres eſſet ab inteſtato, tandem eò
recidebat diſputatio, vt quæri oporteret, An per pa-
ctum hoc fieri, nec ne potuiſſet. Non deerant nobis alia
quamplurima & fortiſſima argumenta, partim ex verbis
contractus, partim ex mente contrahentium: omnia
verò ex iuris ratione deſumpta, quibus ſententiam &
interpretationem noſtram confirmaremus. Sed de iis
nunc dicere nihil attinet, quia melius & commodius
viſum eſt de tota diſceptatione librum conſcribere,
quem breui fortaſſe in lucem daturi ſumus. Digna enim
res eſt, quæ & Dominos ſacri Palatij Apoſtolici, &
quotquot ſunt in toto terrarum orbe, Iureconſultos
præſtantes habeat iudices, & definitores. Sufficiet hîc
paucis errorem iſtum, De faciendo per pactum herede
ex tempore & ad tempus, & indicaſſe, & confutaſſe.
Adferebam pro ſententiæ meæ comprobatione & ipſa
omnia quæ attuli in præcedentibus, contra errorem il-
lum, De ſtatuto faciente heredem ad tempus, & ex
tempore: non quòd putarem poſſe me vnquam ab ad-
uerſariis, aut à iudicibus impetrare, vt faterentur erraſſe
in eo Bartolum, cæteróſque interpretes, quos ſciebam
veteris illius erroris tam pertinaces aſſertores: ſed vt
oſtenderem, ex ea opinione, quæ tam apertè falſa eſſet,
nec niſi vana errantium authoritate niteretur, non de-
bere ſumi argumentum ad alium errorem, qui longè
4 abſurdior foret, inducendum. Nam ſi † quod non ra-
tione, ſed errore primùm, deinde conſuetudine obten-
tum eſt, in aliis etiam ſimilibus non obtinet, vt ait *l.
quod non ratione*. 39. *D. de legib.* quando nec ea quæ à
prudentibus ipſis contra iuris rationem recepta ſunt,
produci debent ad conſequentias, *l. quod vero*. 14. *eod.
tit.* quanto minùs obtinebit in aliis cauſis omninò diſſi-
milibus? Sunt autem † pactiones valdè diſſimiles ſta-
5 tutis, in eo maximè de quo diſputamus. Statuta enim
non ſolùm ius faciunt inter ſubditos ſtatuentibus, ſed
etiam legum vim habere exiſtimantur. Pacta verò cer-
tum eſt legum authoritate non cenſeri, *l. penult. D. de
ſuis & legit. l. pactum quod dotali* 14. *C. de pact.* Itaque
cùm maior ſit authoritas ſtatutorum, quam pactorum,
admittendum quidem eſt, poſſe omnia per ſtatutum
fieri, quæ poſſunt fieri per pactum. Itemque quod per
ſtatutum fieri non poteſt, multò minùs per pactum fieri
poſſe, ſed non è contrario, poſſe per pactum fieri omnia
quæ poſſunt fieri per ſtatutum, aut quod per pactum
fieri nequit, multò minùs fieri poſſe per ſtatutum. Id
enim eſt quod ex interpretibus quoque noſtris peri- 6
tiores ſolent dicere, † Valere argumentum à ſtatuto ad
pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad
ſtatutum affirmatiuè, non etiam negatiuè, quomodo
dicere ſolent logici de omnibus quæ ad inuicem ſe ha-
bent per maius & minus. Nec eſt quod quis dicat etiam
pacta hodie legum authoritate cenſeri, poſtquàm pla-
cuit vt ex pactis ſaltem iuratis & dotalibus deferri poſ-
ſint hereditates. Non enim ſicut generali ferè locorum
omnium conſuetudine receptum † illud eſt, inuita 7
etiam iuriſprudentia, vt valeant pacta tam de ſucce-
dendo quàm de non ſuccedendo, ſi facta ſint ex cauſa
dotis & adhibito iureiurando, immò etiamſi nullum
iuſiurandum interuenerit, ſi modò per actionem indu-
catur æqualitas inter liberos, vt conſtat ex Imperatoris
Leonis conſtitutione 19. cui tit. eſt *de pacto paterno*,
ex æquo hæredem futurum filium ne alioqui decipian-
tur contrahentes matrimonium, qui aliis legibus con-
tracturi non fuiſſent: ita & illud conſuetudine aliqua
receptum eſt, † vt per pacta poſſint dari hereditates ex 8
tempore, aut ad tempus, quia nimirum nec fuit neceſ-
ſarium, nec vllo modo vtile, aut æquum, eam conſue-
tudinem induci, quæ non modò futura eſſet contra le-
ges, ſed etiam maiorem authoritatem datura pactis quàm
legibus, cùm nulla lex poſſit hoc facere, vt heres quis
ſit ex tempore aut ad tempus præſertim ab inteſtato.
Fuerat quodammodo neceſſarium † vt induceretur con- 9
ſuetudo per quam fieret, vt etiam pactis ſaltem iura-
tis, & dotalibus quamuis inæqualitatem inter libe-
ros inducentibus, hereditates deferri poſſent, cùm
ea ratione fiat quotidie, vt multa matrimonia contra-
hantur, quæ alioqui non contraherentur: nemo au-
tem neſcit vtiliſſimum eſſe reipublicæ quicquid inui-
tare poteſt homines ad nuptias contrahendas, aut nu-
ptiis viam ſternere ampliorem & faciliorem. Etſi autem
etiam circa hanc conſuetudinem, & ex iuris ratione po-
terant fieri pactiones, quæ bona paciſcentium obliga-
rent, vt poſt mortem alicuius ea bona ad alium peruc-
nirent, *l. unic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.*
dum ne quid de hæreditariæ ſucceſſionis iure conuen-
tum videretur: non eò minus tamen neceſſaria, aut ſal-
tem vtilis fuit inductio conſuetudinis, De hereditati-
bus ex pacto deferendis, cum hereditates pleniore non
tantùm titulo, & honore, ſed etiam commodo & emolu-
mento deferantur, *l. filius. §. ſed etſi portio. D. de legat.
præſt.* At verò, † vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad 10
tempus, alius autem ex tempore, nil erat neceſſe indu-
ci, neque poſſibile, cum nec leges ipſæ hoc facere poſ-
ſent, ſufficerétque in pactis remedium ſubſtitutionis
cõuentionalis ad obligandum eum, qui ſemel heres fuiſ-
ſet, vt ſiue viuus, ſiue poſt mortem ſuam reſtitueret bo-
na, quæ fuiſſent hereditatis alteri, qui non poſſet fieri
heres in ea hereditate quæ deſiſſet eſſe hereditas: Quê-
admodum & in hereditatibus † quæ per leges, ſiue ex 11
teſtamento, ſiue ab inteſtato acquiruntur, non aliud re-
medium comparatum eſt quàm fideicommiſſi, vt in
alium, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato transferantur.
Nam & in contractibus † fieri poſſe ſubſtitutionem 12
conuentionalem certum eſt, *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.
l. 1. Cod. de donat. cauſ. mort. l. Publia.* 26. *D. depoſit.*
quam interpretes noſtri, licèt minùs appoſitè fideicom-
miſſum conuentionale appellant *l. qui Romæ* 122. §.
coheredes D. de verb. oblig. Atqui fideicommiſſum in
hereditatibus,

13 hereditatibus, quæ per legem deferuntur, † non facit, vt
qui heres fuit, eſſe deſinat, nec vt fideicommiſſarius ex
tẽpore reſtitutionis heres fiat, ſiue ex teſtamẽto, ſiue ab
inteſtato fideicommiſſum relictum ſit, ſed tantùm vt ex-
inde incipiat eſſe loco heredis, *§. reſtituta. Inſti. de fideic.
hered. l. 2. D. ad SC. Trebell.* Ergo & in hereditatibus †
14 quæ per pactum deferuntur idem obſeruandum eſt, vt
ſi ab vna perſona in aliam eas tranſire contrahentes ve-
lint, non alia ratione id aſſequi poſſint, quàm per viam
ſiue ſubſtitutionis, ſiue fideicommiſſi conuentionalis.
Tantò igitur abſurdius fuerit in dubio dicere, cogita-
tum fuiſſe à contrahentibus de faciendo herede vno ad
tẽpus ab inteſtato, & alio herede ex tempore, cùm nulla
mentio facta eſt neque heredis, neque hereditatis, neq;
ſucceſſionis inteſtati, quãdo nec id expreſſim facere cõ-
trahentes potuiſſẽt, tametſi maxime voluiſſẽt. Verũ e-
nim verò parũ nobis rationes iſtæ profuiſſẽt, niſi Bartoli
15 quoq; authoritatẽ in auxiliũ adſciuiſſemus. † Is ad *l. vlt.
§. quando in pendenti. D. ad SC. Tertill.* poſteaquàm errorẽ
illum inuexit, vt poſſit per ſtatutũ hereditas deferri ex
tẽpore & ad tempus, ſubiungit in *verſic. non obſtat lex.*
Imperator verba illa, *tamdiu, quoadusque*, & ſimilia, quæ
operantur extinctionẽ iuris hereditarij in perſonis ma-
ſculorũ poſt eos extinctos, quoties ſtatutum ita loqui-
tur, vt *fœmina dotata non ſuccedat, quouſque ſuperuixerit
aliquis maſculus*: non tamen operari extinctionem li-
bertatis in ſpecie, *l. Imperatores 52. D. de teſtam. man.*
16 quia inquit, † teſtator etiamſi expreſsè vellet dare liber-
tatem ad tempus, tamen non poſſet, *l. libertas ad tem-
pus. 33. eod. tit.* Mox addit, *idem dicerem in hereditate, quæ
non poteſt adiri ad tempus: vt l. hereditas 34. D. de hered.
inſtit.* Ac ne quis putaret eũ pugnantia ſcribere, cùm eo
loco tractaret de hereditate per ſtatutum delata ex tem-
pore, & ad tempus: ſubiicit velut occurrens obiectioni,
ſed hoc, ſcilicet quod volumus hereditatem per ſtatutum
deferri ex tempore & ad tempus poſſe, *fit à lege quod po-
teſt ſicut à milite, vt l. miles ita de teſtam. milit.* quaſi di-
cat, poſſe quidem hoc fieri à lege, & conſequẽter à ſta-
tuto quod legis vim habet, ſed non ab homine, niſi ab
eo qui tantam poteſtatem habeat, quantam lex ipſa,
cuiuſmodi eſt miles ex priuilegio militari. At pacta non
à lege fiunt, ſed ab homine, Apertè igitur ſentit Bart.
aliam hac parte rationem eſſe ſtatuti, aliam pacti. Sic-
que ab omnibus rectè locus ille Bartoli acceptus eſt, vt
apparet ex iis quæ diſputat Carol. Ruin. cõſil. 99. vol. 1.
17 & Crauet. conſil. 127. num. 10. Sed tamen non † pote-
rant aduerſarij noſtri hoc ſibi perſuadere, abutentes eo
quod ibidem paulò ante dixerat Bart. de iis dictionibus,
quamdiu, quouſque, & ſimilibus à lege prolatis, *idem eſſe
ſi proferatur a contrahentibus vel à teſtatore:* nihil proin-
de putans intereſſe an de lege tractemus, an de ſtatuto,
18 an de pacto, an de teſtamento. Et ſanè ita eſt † ſed in iis
demum quæ non minus ab homine quàm à lege poſ-
ſunt fieri ex tempore, & ad tempus. Semper enim ſup-
ponendi ſunt termini habiles, idque apparet ex iis
iuris locis quos citat. Bart. qui hanc ſuam traditionem
probat ex *l. Pater Senerianam 101. in fin. D. de condit. &
demonſtr. l. 1. C. de legat. l. Cato. §. Imperator. de alim. & ci-
bar. legat. l. 3. D. de vſufr. l. ambiguitatẽ. 2. reſp. C. de vſufr.*
in quibus omnibus locis agitur de ea re quæ ad tempus,
dari poſſit, in eo autem numero non eſt hereditas, ſicut
nec libertas vt idem Bart. ſtatim explicat, cùm ſubiicit
traditionem illam non habere locum in libertate, neque
in hereditate, quia neutra ad tempus dari poteſt. Non
ergo ſecum pugnat Bart. neque dubitat quin per pactũ
fieri nequeat vt hereditas ex tempore ad tempus detur,
licèt non dubitet quin per ſtatutum id fieri poſſit. In
propoſito autem caſu illud etiam faciebat, ne poſſet de-
fendi hereditatem inteſtati ex tempore & ad tempus da-
ri potuiſſe, quòd pacto diſertis verbis collata erat, quan-
tum ad ius ſuccedendi acquiſitũ D. Annæ, in id tempus,
non quo vltimus maſculus moreretur, ſed quo ille eſſet
iam mortuus. Collata ſi quidem erat in tempus he-
reditatis vltimi maſculi, cùm conueniſſet vt poſſet ſuc-
cedere in bonis paternis & maternis, quæ in vltimi
maſculi hereditate reperirẽtur. Hereditas † autem nul- 19
la eſt, nec eſſe poteſt niſi hominis iam defuncti *l. 1. d. de
hered. vel act. l. 1. D. pro hered.* Itaque ex verbis & pote-
ſtate huius conuentionis, ſi admitteremus id actum fuiſ-
ſe, vt parentes ab inteſtato heredum primum haberent
maſculum, deinde poſt mortem maſculi filiam, ex quo
tempore maſculus heres eſſe deſiiſſet, ſequeretur id e-
tiam agi potuiſſe & debuiſſe, vt Alphonſus vltimus ma-
ſculus, non viuus, nec proinde moriens, ſed iam mor-
tuus & poſt mortem ſuam deſineret eſſe heres. Nec. n.
aliter fieri vllo modo poſſet, vt in ipſius hereditate bona
paterna & materna inuenirentur, quia quod moriens
quis amittit, in ipſius hereditatẽ cõfluere nũquã poteſt:
atqui contradictionem implicat, vt quis deſinat heres
eſſe poſt mortem ſuam, cùm non entis nullæ ſint qua-
litates, *vulg. l. eius prouincia 41. D. de reb. credit.* Vnde eſt
quod nemo † poſt mortem ſuam exheredari, vt nec he- 20
res inſtitui poteſt, *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. l. Gallus. 20. §.
in omnibus D. de liber & poſthum. Bald. ad l. extraneum. 1.
circ. princip. C. de hered. inſtit.* Quid enim aliud eſt, ali-
quem exheredari, quàm deſinere heredem eſſe? *l. in ſuis
11. de liber. & poſthum.* Cum igitur in ea ſpecie quam
tractabamus, neque Alfonſus deſiiſſet heres eſſe quam-
diu vixerat, nec proinde ipſo inſtanti mortis, quod vitæ
tribuitur non morti, *l. qui duo. 18. §. 1. D. de manum. teſt. l.
vlt. C. de condic. inſt.* neque tamen potuiſſet deſinere he-
res eſſe poſt mortem ſuam, tametſi conſtaret contrahen-
tes id maximè facere voluiſſe, nec denique fieri poſſet,
vt quamdiu Alfonſus fuiſſet ab inteſtato heres patris ex
aſſe, ſoror etiam pro aliqua parte ſucceſſionis inteſtati
heres eſſet, quin pro ea ſaltem portione duo in ſolidum
heredes inducerentur contra iuris noſtri regulam, *l. quod
contra 141. §. vni duo. de regul. iur.* Relinquebatur vel in-
utilem fuiſſe pactionem, quod tamen in dubio, dici non
poterat niſi per malignam interpretationẽ: vt Paulus
loquitur in *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus. D. de
verb. obligat.* vel nõ eſſe accipiendã de ſucceſſione inte-
ſtati delata maſculis ad tempus, & filiæ ex tempore, ſed
de ſucceſſione cõuentionali, † quam & ex tempore &
ad tempus induci nihil prohibet, cùm non ad ius here-
ditatis referatur quod pendet ex legibus, ſed ad cauſam
acquirendorum ex ſingulari titulo bonorum, quibus le-
gem dare contrahentes & voluerint & potuerint. Et ſanè
ſi quis diceret ex eiuſmodi pactione delatã fuiſſe inte-
ſtatorum parentum ſucceſſionem maſculis, deinde filiæ,
poſtquàm vltimus maſculus heres eſſe deſiiſſet, cùm fa-
teri neceſſe eſſet, non ſolùm plus poſſe ſtatuta, quàm
leges, vt iam probauimus, ſed plus etiam pacta quàm
ſtatuta, quoniam ea ſtatuta (de quibus & Bartol. & cæ-
teri Doctores Itali loquuntur) tractant de maſculis qui
deſinant eſſe heredes quo inſtãti moriũtur, ita vt nihil
prohibeat quominus primo inſtanti poſt ipſorum mor-
tem incipiat parentibus ab inteſtato ſuccedere filia, quæ
viuis maſculis fuerat excluſa. Sed ſi poneres ita concep-
tum fuiſſe ſtatutum, quomodo conceptum erat pactum
noſtrum, vt poſt extinctos maſculos poſſit ſuccedere ab
inteſtato filia in bonis paternis & maternis quæ in vl-
timi maſculi hereditate reperientur: intrepidè dicen-
dum eſſet, etiam admiſſo eo quod vult Bart. per ſtatu-
tum dari poſſe hereditatem ex tempore & ad tempus,
huiuſmodi tamen ſtatutum nullo modo valere poſſe, per
quod ſcilicet fieret non ſolùm vt eſſet vnus heres ad
tempus, & alius ex tempore, ſed illud amplius, vt vel
maſculus vltimus deſineret heres eſſe poſt mortem ſuam
vel eodem tempore plures in ſolidum pro eadem por-
tione heredes inducerentur: quorũ vtrumque non tan-
tùm abſurdum, ſed etiam impoſſibile eſt. Ergo admiſſa
quoque legum & ſtatutorum primùm, denique ſtatuto-
rum & pactorum comparatione, conſequẽs erat in caſu
noſtro,

noſtro, vt per ſtatutũ expreſsũ fieri nõ poſſet, multò minus per pactum fieri potuiſſet, etiamſi de contrahentiũ voluntate conſtaret. Quantò magis probandum erat, cũ nihil de inteſtati ſucceſſione in pacto comprehenſum fuiſſet, non eſſe in dubio capiendam interpretationem, quæ faceret, vt viderentur paciſcẽtes cogitaſſe tacitè de faciẽdo eo quod nec expreſſim facere potuiſſent, id eſt, de habendis ab inteſtato heredibus ex tempore & ad tempus? Sic enim & Bart. noſter ſupra citato loco argumentatur, & rectè. Semper enim ſumenda eſt coniectura eius quod tacitè actum fuit, ex eo quod expreſſum agi & potuit & debuit, exceptis ſolis iis caſibus, in quibus locum ſibi vindicat iuris regula, quæ habet, Expreſſa nocere: non expreſſa, non nocere.

ERROR IV.

De ſuſpendenda per legem, aut per pactum legitimæ hereditatis, delatione.

SVMMARIA.

1 *Quibuſdam caſibus hereditatis legitimæ aditio manet in ſuſpenſo.*
2 *Delatio hereditatis teſtamentaria etiam pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt.*
3 *Conditionum propria natura.*
4 *Delatio hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet.*
5 *Liberi qui ſunt in poteſtate, non poſſunt ſub alia conditione inſtitui quàm poteſtatiua.*
6 *Caſus quo hereditas teſtamentaria manet in ſuſpenſo propter legitimam, adeoque poſt legitimam defertur.*
7 *Patrisfam. inteſtati voluntas tacita quomodo ſubſequatur legis voluntatem, teſtatoris verò voluntatem ſequatur legis voluntas.*
8 *Expreſſa poſthumi alieni inſtitutio iure veteri cur prohibita.*
9 *Legitimæ & teſtamentariæ hereditatis differentia.*
10 *Legitima hereditas cur non ſuſpendatur ab eo tempore, quo per legem deferri poteſt.*
11 *Ex quibus cauſis fiat vt delatio hereditatis legitimæ aliquando maneat in ſuſpenſo.*
12 *Ex facto naturæ ſuſpenditur aditio hereditatis legitimæ, cùm poſthumus ſperatur naſciturus.*
13 *Ex obſtaculo teſtamenti quando ſuſpendatur delatio hereditatis legitimæ.*
14 *Tertius caſus quo in ſuſpenſo manet hereditas legitima.*
15 *Quartus caſus.*
16 *Quintus caſus.*
17 *Pauli & Vlpiani apparens repugnantia.*
18 *Obiectio contra Vlpiani ſententiam de hereditate vni perſonæ acquirenda, poſtquam alteri delata, etiam acquiſita fuerat.*
19 *Sententia pragmaticorum de ſuſpenſione legitimæ hereditatis per ſtatutum refellitur.*
20 *De hereditatis legitimæ ſuſpenſa per pactum delatione pragmaticorum placitum exploditur.*

1 CAſus quidam ſunt, † quamquam perpauci, in quibus ratio iuris non ſolum patitur, ſed etiam facit, vt delationem hereditatis legitimæ & ab inteſtato neceſſe ſit manere in ſuſpenſo: ſed quibus tamen interpretes noſtri paſſim abutuntur, vt id ipſum ad alios pleroſque diſſimiles caſus trahant: nec abſurdum putent: vt hereditatis delatio ab eo quoque tempore, quo per legem fieri potuit,
nihilominus ſtatuti alicuius vel pacti poteſtate ſuſpendatur. Illud verò primùm obſeruandum eſt, tractare nos de hereditate legitima & ab inteſtato, quia in teſtamentariis hereditatibus res non habet dubitationem, quin
† earum delatio ſuſpendi poſſit, non ſolùm poteſtate
legis, & iis ipſis caſibus quibus inteſtati ſucceſſio ſu- 2
ſpenderetur, quos enumerabimus poſtea, ſed etiam pro arbitrio & voluntate teſtatoris, ſi velit ille inſtituti conditionem iniicere: ſiue caſualem, ſiue poteſtatiuam, ſiue
mixtam, *tot. tit. de condit. inſtit.* Conditionum † enim 3
omnium propria natura illa eſt, vt ſuſpendant actum cui adhibentur, quouſque vel impleatur conditio (quòd cum euenit, perinde habetur ac ſi purus ab initio fuiſſet) vel deficiat, quo caſu reducitur actus ad non actum, quaſi nunquam factum fuerit quod factum ſub huiuſmodi conditione, *l. potior.* 11. *D. qui potior. in pign. habeant. l. ſi quis ita.* 33. *D. hered. inſtit. l. cedere diem*
213. *de verb. ſignific.* Adeo autem verum eſt, † condi- 4
tionali facta inſtitutione pendere delationem hereditatis teſtamentariæ, vt quamuis dici ſoleat, liberos, qui ſunt in poteſtate, ſi heredes ſcripti ſint, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, & ipſo iure, nec quicquam facere quòd poſſint ſe abſtinere, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſa. teſtam.* ſi tamen inſtituti ſint ſub conditione, dummodo tali, quæ ſit in eorum poteſta-
te (ſub † alia namque inſtitui non poſſent) non priùs, 5
nec aliter ſint heredes, quàm conditionem impleuerint, *l. ſuus quoque* 4 *D. de hered. inſtit. l. verba hæc.* 12. *D. de condit. inſtit.* Immò, quod magis eſt, facere inſtitu-
tionis conditio poteſt vt hereditatis teſtamentariæ † 6
delatio pendeat in id vſque tempus, quo legitima hereditas agnato proximo iam fuerit delata: quamuis verum ſit legitimæ ſucceſſioni locum nullum eſſe quandiu ſperatur teſtamentaria, *l. quandiu.* 39. *D. de acq. hered.* Nempe vno illo caſu valdè ſingulari, quo heres quis ſcriptus ſit ſub ea conditione, ſi legitimus vindicare hereditatem nolet, *l. ſi ita quis.* 82. *D. de hered. inſtit.* Nam cùm heres ſub conditione ſcriptus non aliter heres eſſe poſſit, quàm ſi conditio impleta ſit, priùs eſt vt appareat legitimum heredem in ea ſpecie nolle vindicare hereditatem ab inteſtato, quàm dici poſſit ſcripto heredi delatam eam fuiſſe ex teſtamento, ſiue à lege, ſiue à teſtatore. Porrò non poteſt, in perſona legitimi heredis conditio illa exiſtere, vt nolit vindicare legitimam hereditatem, quin fuerit ei prius delata: vindicationem enim acquiſitio, acquiſitionem autem delatio neceſſariò præcedit. *l. delata.* 151. *D. de verb. ſignific.* Euenit igitur hoc caſu neceſſariò, vt non ſolùm teſtamentaria hæreditas maneat in ſuſpenſo propter legitimam, ſed, quod eſt mirabilius, vt legitima ante teſtamentariam deferatur. Eiúſque rei ratio non
obſcura illa eſt, quia quemadmodum † patrisfamiliâs 7
inteſtati decedentis voluntas tacita ſubſequitur voluntatem legis, ad quam neceſſe eſt vt ſe accommodet, nec alios heredes ſperet, quàm quos lex ei datura eſt, qui teſtari vel non vult, vel non poteſt: ita è contrario quoties teſtamentum ritè ac ſolenniter conditum eſt, lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, eamque ſibi legem dici patitur, quam teſtator præſcripſerit, dum nequid dixerit contra leges, quia & voluntatem illam teſtatoris pro lege habet *l. verbis legis.* 120. *eod. tit. de verb. ſignific. iunct. l. qui in teſtamento* 14. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* Vnde ſoleo etiam petere rationem eius, quod Paulus ſcribit in *l. penul. de legat.* 1 obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoque poſthumos heredes nobis legitimos fieri cùm tamẽ toto Pandectarũ iure non eſſet eorum inſtitutio iure ciuili permiſſa. Dubitandi enim cauſa illa erat ſi πάρεργον hoc interiicere liceat, quòd cùm legitimi heredes non alio iure ſuccedant, quàm quaſi tacitè inſtituti, *l. ab exheredati.* 126. *eod. tit. l. conficiuntur.* 8. *D. de iur. codicill.* abſurdum videbatur admitti poſthumum alienum iure legitimi heredis tanquam tacitè inſtitutum, qui expreſsè
inſtitui

Digitized by Google

inſtitui non poſſet. At ratio quæ Gallum Aquilium in
contrarium mouit, illa fuit, quòd longè diſpar ſit hac
8 parte cauſa inſtitutionis tacitæ & expreſſæ. Inſtitutio †
expreſſa poſthumi alieni ideo non valet, quòd certum
debeat eſſe iudicium teſtantis, quale tamen non poteſt
illud eſſe quod in perſonam incertam confertur, cuiuſ-
modi eſt perſona poſthumi cuiuſlibet, ſiue ſuus ille ſit,
ſiue alienus, quamuis in ſuo id tandem receptum ſit
propter periculum rumpendi teſtamenti, quod nullum
ſubeſt in poſthumo alieno, vt pluribus à nobis explica-
tum eſt lib. 9. Coniectur. At in tacita inſtitutione cer-
tum eſt iudicium patrisfamiliâs, qui cùm moritur quis
ab inteſtato, legis voluntatem & iudicium ſemper
ſubſequitur: quod iudicium ſemper certum eſt, quia lex
non defert hereditatem poſthumo niſi poſtquàm natus
eſt, & interim retinet omnia in ſuſpenſo. E contrario,
cùm factum eſt teſtamentum, lex ſubſequitur iudicium
teſtatoris, quod porrò ſubſequi nec poteſt, nec debet,
niſi ſit certum. Et hæc quidem de teſtamentariæ ſucceſ-
ſionis ſuſpenſione, eiuſque ratione dicta ſint. Legitimæ
hereditatis alia ratio eſt. Cùm enim à teſtamentaria in
9 eo differat, quòd legitima † per ſolam legem defertur,
teſtamentaria verò, licet per legem quoque deferatur
l. lege obuenire. 130. de verb ſign. ab homine tamen pri-
10 mùm defertur: apparet nullo hominis facto, nullaque
conditione, quæ ex hominis voluntate pendeat, legiti-
mam hereditatem ſuſpendi poſſe à quo tempore per le-
gem deferri queat. Hoc enim addo, quia certi caſus ſunt,
in quibus impeditur poteſtas legis, ne hereditatem ab
inteſtato deferre poſſit: & hi ſunt in quibus dela-
tionem ſuſpendi monuimus in principio capitis.
Sed non ex facto aut voluntate hominis ſolius im-
11 pedimentum illud naſci poteſt, at † ex facto naturæ,
vel ex obſtaculo teſtamenti, vel denique ex eo
quod aliqua ratione euenit, ne adhuc perſona certa ſit
cui ab inteſtato hereditatem deferre lex poſſit. Ad has
enim tres cauſarum ſpecies videntur mihi poſſe referri
caſus omnes, in quibus neceſſe ſit delationem legitimæ
12 hereditatis manere in ſuſpenſo. Ex facto naturæ † im-
pedimentum proficiſcitur in prima ſpecie. *§. quando in
pendenti, l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* ſi filio inteſtato mortuo,
qui matrem ſuperſtitem reliquit, poſthumus ei filius
poſſit naſci. Quamdiu enim poteſt naſci, licèt poſſit etiã
non naſci, aut mortuus edi, lex tamen noua, id eſt, ſena-
tuſcõſultum Tertyllianum non defert matri legitimam
filij iam defuncti hereditatem, ſed eam in pendenti reti-
net, vt ſi caſus tulerit, ne inducantur perſonæ, quæ ſi in-
ductæ eſſent, matri obſtarent, tum demum matri ius ſit
integrum quod medio tempore pependerit, vt eo loco
Pomponius ſcribit. Nam & ante ſenatuſconſultum ſi-
militer vetus lex duodecim tabularum retinebat heredi-
tatem in ſuſpenſo, vt eam agnato proximo non deferret
quandiu poſthumus ſperabatur: idque eſt quod iactari
ſolet, Eos qui in vtero ſunt, pro natis haberi in toto pe-
ne iure ciuili etiam quod ad legitimas hereditates, *l. qui
vtero. 26. D. de ſtat. homin.* non quaſi lex iis deferat here-
ditatẽ antequàm ſint editi (ſic enim fieret, vt iis poſtea,
vel nunquam, vel mortuis editis eadem hereditas agna-
tis proximis ampliùs deferri nunquam poſſet) ſed hacte-
nus vt remorentur inſequentes agnatos, quibus præfe-
rentur cùm erunt editi: item vt partem faciant his qui
in pari gradu ſunt, quomodo bene explicat *Vlp. in l. 3. §.
13 vtique. D. de ſuis & legit.* Ex obſtaculo † teſtamenti ali-
quando, & perſæpe impedimentum naſcitur quoties
aliquod teſtamentum ritè factum eſt, ex quo adiri poſſit
hereditas neque dum tamen adita ſit. Quandiu enim
adita non eſt, tandiu legitima ſucceſſio ſperari & expe-
ctari poteſt, ſed non tamen priùs ei locus eſſe, quàm de-
ſtitutum fuerit teſtamentum, cœperitque certum eſſe,
inteſtatum patremfamilias deceſſiſſe: Vt puta, ſi paterfa-
miliâs teſtamento facto deceſſerit exheredato filio, mox
deliberante herede inſtituto filius deceſſerit, poſtea dein-
de repudiauerit heres inſtitutus. Quia in ſpecie, ſicuti
non priùs ſit inteſtatus paterfamiliâs, quàm repudiata
ſit ex teſtamento hereditas, ita nec alij poteſt legitima
hereditas deferri, quàm illi, qui eo repudiationis tẽpore,
vel ſuus heres, vel proximus agnatus reperitur, *l. 1. §.
ſciendum. l. 2. § proximum. D. de ſuis & legit. l. ſcripto. 7.
D. vnd. liber.* Sed tamen inter hanc ſuſpenſionis ſpeciẽ
& ſuperiorem differentia in eo magna eſt, quòd in ſu-
periore ſuſpenſio ſit delationis hereditatis legitimæ, cui
iã locus eſſe cœperit. Nec enim ſpes natiuitatis poſthu-
mi impedit ne certum ſit patremfamiliâs inteſtatum
deceſſiſſe, & conſequenter legitimæ ſucceſſioni locum
eſſe. Cùm verò teſtamentum factum eſt, nec dum fuit ex
eo adita, vel repudiata hereditas, non tam ſucceſſio ipſa
legitima in ſpecie, quàm ſucceſſio in genere, quæ &
teſtamentariam & legitimam comprehendit, in ſuſpen-
ſo eſſe intelligitur: Aut, vt dicam veriùs ſola teſtamenta-
ria, ſiquidem quãdiu teſtamentariæ locus fieri poteſt, non
modo legitima non defertur, ſed nec vlla penitus eſſe
intelligitur: Tunc enim duntaxat incipit, cùm certum
eſt patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe. Porrò legitima
ſucceſſio, quæ adhuc nulla eſt non magis in ſuſpenſo
retineri, quàm deferri poteſt. Ea namque in pendenti
eſſe dicitur, quæ ſi in pendenti non eſſet, huic aut illi
neceſſariò deferretur. Ad tertiam † verò ſpeciem illud 14
pertinet quod idem Pomponius ſcribit in *d. §. quando in
pendenti*, ſi fortè filius eius qui matrem ſuperſtitem reli-
quit reperiatur mortis tẽpore apud hoſtes: Quãdiu enim
ab hoſtibus reuerti poteſt, neque ipſi, neque ipſi, neque
matri defertur hereditas, nõ ipſi, quoniam interim verè
ſeruus eſt hoſtiũ, ac proinde incapax & habẽdæ heredi-
tatis, & cæterorũ omnium quæ ſunt iuris ciuilis: non
matri, quia ſenatuſcõſultũ Tertyllianũ nõ vocat matrẽ
ad hereditatẽ filij, niſi poſt defunctos liberos, & ita demũ,
ſi filius vel nullos liberos reliquerit, vel eos reliquerit,
qui patris hæreditatẽ ad ſe pertinere nolũt, *l. 2. § liberi. &
§. ſed ſi ſint ſui D. eod. tit. ad SC. Tertyll.* Hereditatẽ igitur
filij in ſuſpenſo interim manere oportet, quamdiu filius
defuncti ab hoſtibus redire poteſt, quandoquidem, ſi re-
diret, ſemper in ciuitate manſiſſe, atque ita patri ſuus he-
res extitiſſe retrofingeretur propter fictionem poſtlimi-
nij. & ſuſpenſi iuris conſtitutionem, vt loquitur Papin.
in *l. penult. D. de ſuis & legit.* Mirum autem, vel abſurdũ
videri non debet, manere hoc caſu legitimam heredita-
tem in ſuſpenſo quandiu poſtliminij fictio facit, vt in-
certa ſit perſona, cui lex inteſtati ſucceſſionem delatura
eſt. Priùs enim ſubeſſe perſonam certam oportet, quàm
vt de iure delationis quæri poſſit, ne antè de iure quàm
de perſona quæratur, *l. quidam referunt. 14 D. de iur. co-
dicill.* Itaque habet hæc ſpecies magnam cum prima af-
finitatẽ, quoniam in vtraque illud euenit, vt lex neſciat
cui deferre debeat hereditatem propter incertitudinem
futuri per rerum naturã euentus, niſi quòd in prima ſpe-
cie ex ſolo naturæ facto ea incertitudo naſcitur: nihil
enim aliud incertũ eſt, niſi an naſciturus ſit poſthumus.
In tertia verò ad incertitudinem facti, quæ in eo verſa-
tur, an captiuus rediturus ſit ab hoſtibus, accedit etiam
poteſtas iuris fictioniſque poſtliminij, quæ ſi non eſſet,
nihil haberet lex quod expectare deberet, cur non ſta-
tim hereditatem matri deferret ex SC. Tertylliano, tan-
quã nullomodo matri obſtante perſona illius, qui verè
hoſtium ſeruus eſſet. Idẽ euenit etiam ſi apud hoſtes il-
le ſit de cuius hereditate tractatur. Nam quamdiu vi-
uit, licèt inſpectò præcisè eo tempore quo ſeruus
hoſtium eſt, non poſſit haberi pro viuo, qui potiùs
habetur pro nullo *l. quod attinet. 29. de regul. iur.* quia
tamen redire ab hoſtibus poteſt, & poſtea in ciuitate
mori, fieri nequit vt ſciatur quis ei ab inteſtato ſuc-
ceſſurus ſit: an qui proximus agnatus eo caſu reperiatur
in ciuitate, an verò is qui proximus fuit tempore ca-
ptiuitatis, cùm ex fictione legis Corneliæ quiſquis mo-
ritur apud hoſtes, fingatur mortuus in ciuitate, id eſt,

ciuis, ex inſtanti captiuitatis, *l. lex Cornelia 28. & ſeq. D. de vul. & pup. ſubſt. l. pater 20. & ſeq. D. de capt. & poſtlim.*
15 Idem denique eſt, † ſi captiui filius moriatur in ciuitate
viuo adhuc apud hoſtes patre. Remanet namque in ſuſ-
penſo, non ſolùm quem heredem habiturus ille ſit, ſed
etiam verum aliquem ſit habiturus, quodque certum ſit
patrem vel ab hoſtibus rediiſſe, vel redire nunquã poſſe,
cùm ſi rediret, nunquam filius ſui iuris fuiſſe, ſed filiuſ-
familiâs & in poteſtate patris deceſſiſſe retrofingeretur,
atque ita nullum heredem habuiſſe, qui nec hereditatem
habere potuiſſet. Si verò pater apud hoſtes moreretur,
contrà dicendum eſſet, habiturum eum heredem quem
mortis ſuæ tempore agnatum proximum reliquiſſet, *D.*
16 *l. penult. D. ad SC. de ſuis & legi.* His caſibus ille † ſimilis
eſt, quẽ tractat Caius in *l. in ſuſpenſo 8. D. ad SC. Tertyl.*
cùm ait in ſuſpenſo eſſe ius matris, ſi filius defuncti
emancipatus deliberet de bonorum poſſeſſione petenda.
Etſi enim videtur huiuſmodi ſuſpenſio iudicij, non tam
ex facto aliquo, aut incerto euentu naturæ, quàm ex vo-
luntate ſolius filij emancipati deliberantis an bonorum
poſſeſſionem petere debeat, nécne: quod pugnare vide-
tur cum iis quæ ſupra diximus. Si tamen propiùs in-
tueare, non tam voluntas & deliberatio filij illa eſt, quæ
hanc ſuſpenſionem inducit quàm poteſtas Senatuſcon-
ſulti Tertylliani, cuius verba non aliter vocant matrem
ad hereditatem filij prædefuncti, quàm ſi prædefunctus
ille nullos habeat liberos, ſiue ſuos, ſiue emancipatos, aut
habeat quidẽ, ſed qui nelint vel heredes eſſe cũ effectu,
vel bonorum poſſeſſores, *d. l. 2. §. liberi, & ſequentib. eod.*
Idque adeò verum eſt, vt ſi poſt acceptam bonorum poſ-
ſeſſionem *Vnde liberi*, filius emancipatus abſtinuerit ſe
ab hereditate per in integrum reſtitutionẽ ex cauſa fortè
minoris ætatis, poſſit quidem mater admitti ex Sena-
tuſconſulto: ſed ſi fuerit rurſum immixtus, rurſus debeat
mater abſtinere, *d. l. 2. §. bonorum.* Verba enim vtriuſque
Senatuſconſulti, & Tertylliani & Orficiani fuerunt ex-
tenſiua, ſi nemo filiorum vellet matris hereditatem ſuſ-
cipere, ſi nemo liberorum illius qui matrem ſuperſtitem
reliquiſſet, hereditatem patris ad ſe pertinere vellet, *l. 1. §. ſi nemo, & ſeq. d. l. 2. §. ſi bonorum l. filij 6. §. 1. eod.* vbi ele-
ganter Paulus ex hoc quòd verba fuerunt extenſiua, in-
fert admittendam igitur eſſe pœnitentiam vſque ad an-
num, vt qui noluit primum adire matris hereditatem
poſtea velle poſſit, ſi mutet voluntatem, dummodò ea
voluntatis mutatio ſuperueniat antequàm adita ſit he-
reditas à conſanguineo, vel ab agnato. Hoc enim diſertè
17 Paulus exigit. In quo † tamen videtur pugnare cum eo
quod Vlpianus ſcribit in *d. l. 1. §. ſi quis adita. eod.* ſi quis
adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem
fuerit abſtentus, ius antiquũ adhuc poſſe locum habere,
vt matri perinde ſuccedere agnatus poſſit, acſi vel nul-
lus filius, vel nullum Senatuſconſultum fuiſſet. Illa enim
verba Senatuſconſulti Orficiani, *volet ad ſe eam heredi-
tatem pertinere*, admittunt, inquit, vt ius antiquum ha-
bere locum poſſit. Nam & hic non vult, etſi aliquando
voluit. Quæ Vlpiani ſententia noua ſanè & valdè mira
eſt, nec ſcio an alius in toto iure locus ſit ex quo ſi-
militer probare poſſis hereditatem legitimam, quæ iam
vi perſonæ, non modo delata, ſed etiam acquiſita fuerit,
rurſus perſonæ, & deferri & acquiri ab inteſtato poſſe,
& quidem tãquam eandem numero hereditatem. Facilè
ego patiar vt videatur hoc pugnare cum iis quæ ſupra
diximus, quia & videtur pugnare cum iuris ratione,
itemque cum Paulo, in *d. l. filij §. 1.* ſed tamẽ poteſt dici,
Vlpianum eo loco neque à Paulo, neque à nobis, vt nec
à iuris ratione diſſentire. Habet enim ille caſus rationẽ
propriam & ſpecialem, ſumptam, vt Vlpianus ipſe pro-
ditum, ex verbis Senatuſconſulti: quæ cùm ſint exten-
ſiua, vt diximus, admittunt pœnitentiam & mutationem
voluntatis, non minùs quando filius qui heres eſſe vo-
luit & fuit, non vult ampliùs heres eſſe, quàm cùm is
qui dixerat ſe nolle hereditatem matris adire, poſtmo-
dùm mutata voluntate eam adire vult. Dices, Imò verò
† magnam eſſe inter hos caſus differentiam, quia cùm 18
filius primùm noluit heres eſſe, & poſtea vult, nihil eſt
quod impediat ne mutari voluntas poſſit, quandiu om-
nia ſunt integra, id eſt, quamdiu hereditas à nemine fuit
adita. At cùm filius primùm heres eſſe voluit, nec ſolùm
voluit, ſed effectu ipſo fuit, & hereditatem adiit, aliquid
eſt quod impedit ne voluntas mutari poſſit, tametſi ver-
ba Senatuſconſulti eam mutationem patiantur: nempè
quòd hereditas ſemel adita, deſierit eſſe hereditas, nec
proinde ab inteſtato deferri ampliùs poſſit, cùm non ma-
gis fieri poſſit vt eadem hereditas bis ab inteſtato defe-
ratur, quàm vt eadem perſona bis moriatur, quemadmo-
dum diſputauimus in præcedentibus. Ergo ſicut apud
Paulum in *d. l. filij, §. 1.* verba Senatuſconſulti Orficiani
quantumuis extenſiua ſint, non poſſunt facere vt poſt
aditam ab alio hereditatem fiat heres filius, qui mater-
nam hereditatem priùs repudiauerat, ita neque apud
Vlpianum facere debuerunt, vt poſt aditam à filio ma-
tris hereditatem, quantumuis poſtea mutet ille volun-
tatem, & abſtineat per in integrum reſtitutionem, alius
tãquam proximus agnatus heres eſſe poſſit. Ardua planè
& difficilis obiectio eſt, quam nec Bartolus diſſoluere
potuit, quem vnus ille Vlpiani locus coëgit, vt dixerit,
poſſe duos eiuſdem hominis heredes eſſe in ſolidum
iure ciuili, *ad l. 1. §. poſt ſuos, D. de ſuis & legit.* quòd
planè ridiculum eſt, vt in ſequenti capite oſtendemus,
dùm hunc modum diſſoluemus. Nam ſufficiat monuiſſe
in omnibus manere in ſuſpenſo delationem legitimæ
hereditatis, non propter ſolam hominis voluntatem, ſed
ex poteſtate verborum Senatuſconſulti, quæ ſunt ex-
tenſiua: ex his infero, errare maximè interpretes noſtros
& pragmaticos, † cùm volunt legitimam hereditatis de- 19
lationem poſſe manere in ſuſpenſo, non ſolùm ſi ſta-
tuto aliquo dictum ſit, vt filia dotata ſit excluſa à ſuc-
ceſſione inteſtati, quoaduſque ſuperfuerit maſculus, vt in
ſtatuto illo Peruſino, de quo Bart. ad *d. §. quando in im-
pendenti, & Bal. ad l. 2. C. de liber. pręt.* Sed etiamſi pacto
conuenerit inter contrahentes, vt filia quæ renuntiauit
paternæ ſucceſſioni propter maſculos, ſuccedat tamen
patri ab inteſtato poſt omnium maſculorum extinctio-
nem, vt in ea ſpecie, de qua reſpondit Crauet. conſ. 127.
num. 7. vbi ait, filiam hoc caſu non videri vnquam fuiſſe
excluſam à ſucceſſione inteſtati ſed tantummodò dila-
tam petitionem in diem vſque obitus vltimi decedentis
ex maſculis. Nam quod ad ſtatutum pertinet, quamuis
ita conceptum ſit, vt quoaduſque maſculi ſupererunt,
fœmina dotata excludatur, tantum abeſt vt poſſit dici
manere in ſuſpenſo delationem legitimæ hereditatis in
perſona filiæ quandiu viuit maſculus, quem certum
eſt interim verè eſſe heredem, quod Bart. & Bal. & cæ-
teri omnes fatentur: vt neque putem poſſe defendi,
quòd iidem volunt excluſionem filiæ hoc caſu non eſſe
niſi temporalem in tempus vſque mortis maſculi. Puto
enim eſſe perpetuam ſtatim atque vel vno inſtanti filius
patri heres fuit, non ſecus acſi ſtatutum ita conceptum
eſſet vt extantibus maſculis filia non ſuccederet, in qua
ſpecie nec Bartolus ipſe diffitetur ad d. *§. quando in pen-
denti, num. 2. in fin.* perpetuam filiæ excluſionem eſſe,
nec minùs mortuis iam, quàm adhuc viuis maſculis.
Nihil enim planè inter hos caſus intereſt, vt poſtea di-
cemus. Neque verò ſtatuti Peruſini verba illa *quoaduſ-
que ſupererit maſculus*, ſunt extenſiua, vel ſuſpenſiua,
niſi quandiu non fuit agitata patris hereditas. Cur ergo,
aut qua ratione poterunt operari, vt poſt extinctos
maſculos, qui heredes fuerint, filia heres eſſe poſſit,
quod nec Paulus noſter admittere voluit interpretatio-
ne Senatuſconſulti Orficiani, cuius tamen verba erant
extenſiua in *d. l. filij 6. §. 1. D. ad SC Tertyll. illo loco, An-
tequam conſanguineus vel agnatus adierit.* Quem textum,
quo aptior nullus ſcribi potuit, nuſpiam video fuiſſe à
Bartolo, aut ab alio vllo ex interpretibus ponderatum.

20 Quod verò ad pactum † attinet, vtique longè abſurdius illud eſt quòd vult Crauetta, ſuſpendi poſſe delationem legitimæ hereditatis in perſona filiæ quæ renuntiauit, vt poſſit illa heres eſſe ab inteſtato poſt mortem maſculi cuius fauore facta fuerit renuntiatio. Nam ſtatim atque ponimus factam fuiſſe à filia renuntiationem validam, hoc eſt, adhibito iureiurando, & ex cauſa acceptæ dotis, nulloque dolo interueniente ſecundum ea, quæ requirit Bonifacij conſtitutio in cap. *quamuis pactum de pact. in 6.* fatendum neceſſariò eſt hoc ipſo excluſam eſſe filiam à ſucceſſione inteſtati, non ſolùm fauore maſculorum, ſed etiam alterius cuiuſlibet legitimi heredis & ſucceſſoris, ſi, vt fieri adſolet, ſtipulatus ſit pater pro ſe & ſuis heredibus ac ſucceſſoribus quibuſcunque: & conſequenter nihil impedire, quominus inteſtato poſteà defuncto patre, ſuperſtitibus maſculis, ſint illi heredes patris ab inteſtato, etiam pro parte, quam habitura eſſet filia, ſi non renuntiaſſet. Hunc enim affectum renuntiationis, aut nullum penitus eſſe neceſſe eſt, cùm huiuſmodi renuntiationes non excludant à ſucceſſione teſtamentaria, ſed tantùm à legitima, quoniam & conditionem illam tacitam habere creduntur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur: quomodo Bart. Bald. Caſtrenſis, & cæteri tractant ad *l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. hered.* Ex quo igitur tempore aliquis ex maſculis heres fuit, fatendum eſt, filiam quæ renuntiauit, quibuſcunque tandem verbis renuntiauerit, & etiamſi expreſſa conuentione ius legitimæ ſucceſſionis ſibi reſeruauerit in caſum deficientium maſculorum, nullo modo ſuccedere ab inteſtato amplius poſſe: cùm fieri nequeat, vt legitima hereditas poſſit videri manere in ſuſpenſo poſtquam fuit agnita: adeò vt neque per legem, neque per ſtatutum fieri hoc poſſet, ne illud quoque protinus induci neceſſe eſſet, vt pro huius filiæ portione duo in ſolidum heredes eſſent, maſculus ſcilicet qui prior heres fuiſſet, nec heres eſſe vnquam deſineret, vel vnus heres ad tempus, nimirum maſculus; alius verò, id eſt filia ex tempore heres induceretur, quorum poſterius quàm abſurdum futurum ſit, iam docuimus in præcedentibus: prius verò quàm ſit non modò abſurdum: ſed etiam impoſſibile, iam contra Bartolum diſputemus.

ERROR V.

De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate SC. Trebelliani.

SVMMARIA.

1 *Vt plures ſint eiuſdem hereditatis domini & heredes in ſolidum nec lex, nec naturalis ratio permittit.*

2 *Fieri non poteſt vt duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores.*

3 *Bartolus exiſtimat de iure ciuili fieri poſſe, vt duo ſint eiuſdem ſimul & in ſolidum heredes.*

4 *Lex quâ monetur Bartolus.*

5 *Exemplum quo nititur Bartolus.*

6 *Axiomatis, Non poſſunt eiuſdem duo pluréſve in ſolidum eſſe heredes, limitatio à Bartolo allatâ.*

7 *Fideicommiſſarium heredem iure ciuili non eſſe, aduerſus Bartolum.*

8 *Ex eo, quod fideicommiſſarius vtiles actiones habet, non poteſt concludi illum eſſe heredem, & n. 12.*

9 *Diſtinctio heredis in directum & vtilem, Bartoli commentum.*

10 *Diſtinctio dominij in directum & vtile ſpuria.*

11 *Fideicommiſſarij & bonorum poſſeſſores ſunt loco heredum, non heredes.*

12 *Bonorum poſſeſſores vtiles actiones habent à prætore; fideicommiſſarij verò à SCto Trebelliano.*

13 *Heredem facere prætor non potuit, Senatus potuit.*
Prætor cur heredem facere in vniuerſum nequeat: Senatus verò fideicommiſſarium heredem facere non potuerit & n. 16.

15 *Maius eſt impedimentum, cui cauſam præbet repugnantia ex parte rei, quàm quod naſcitur ex defectu poteſtatis agentis.*

16 *Nullus eſt omninò caſus, in quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe heredes.*

NOn crederem, ſi non viderem, poſſe fieri, vt
Doctor quiſpiam eſſet, qui admitteret, Plures
eiuſdem hereditatis dominos & heredes
in ſolidum induci poſſe. † Repugnat enim 1
non ſolùm regula Iuris à Paulo propoſita in *l. quod contra 141. §. vni duo. de regul. iuris*, vbi diſertè ſcribit, vni
duos pro ſolido heredes eſſe non poſſe: verùm etiam
ratio manifeſta, quæ licèt nullis niteretur legibus, naturalem tamen intellectum, quòd cùm heredis appellatione nihil niſi dominus ſignificaretur *§. vltimo, Inſtit. de hered. qualit. & diff. l. de hereditate 19. §. pater, verſ. non tamen, D. de caſtrenſ. pecul. l. his verbis, 48. D. de hered. Inſtitut.* non magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem perſonæ heredes in ſolidum, quàm vt penes duos in ſolidum ſit dominium eiuſdem rei, quod fieri poſſe negat
non modò lex, ſed etiam natura, *d. §. pater, & l. ſi certo,*
§. ſi duobus vehiculum. D. commod. ſicut † nec fieri poteſt, 2
vt duo in ſolidum ſint eiuſdem rei poſſeſſores, non magis quàm vt in quo loco ego ſto, vel ſedeo, tu etiam ſtare vel ſedere videaris, *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum 19. de precar.* Induceret enim ea res penetrationem dimenſionum, quam Philoſophi nunquam admitterent. Et eam tamen video non doctorel-
lum, & leguleium aliquem ex pragmaticis, ſed † Barto- 3
lum ipſum in ea eſſe opinione & hereſi, vt non dubitet quin duo de iure ciuili poſſint ſimul & in ſolidum heredes eſſe. Sic enim ille difertis verbis ad *l. 1. §. poſt ſuos, D. de ſuis & legit.* motus non ratione aliqua, ſed ta-
men & lege, & exemplo. Pro lege adfert Vlpiani † reſ- 4
ponſum, de quo præcedenti capite diximus in *l. 1. §. ſi quis adita, D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcribit Vlp. Siquis adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem abſtentus ſit, poſſe ius antiquum habere locum, id eſt, poſſe agnatum matris proximum, & qui ei ſucceſſurus fuerat ante Senatuſconſultum Orficianum, perinde ipſi ſuccedere ex lege duodecim tabularum. Atqui certum eſt per legem duodecim tabularum non bonorum poſſeſſores fieri, ſed heredes, & quidem qui heredes ſunt iure ciuili, cuius primam & potiſſimam partem lex illa duodecim tabularum cõſtituit. Cùm igitur filius qui ſemel hereditatem maternam adeundo heres factus fuit, heres eſſe non deſinat, prorſus neceſſe euenire hoc caſu vt duo ſint eiuſdem hereditatis in ſolidum heredes. Pro
exemplo † autem adfert fideicommiſſarium, cui ex SC. 5
Trebelliano reſtituta fuit hereditas. Hunc enim ait heredem eſſe de iure ciuili, cùm habeat vtiles actiones ex Senatuſconſulto, quod partem etiam facit iuris ciuilis, licèt vtiles tantùm habeat non etiam directas, quoniam nimirum directæ neceſſariò remanent penes heredem inſtitutum, qui ſicut per aditionem heres factus eſt, ita etiam poſt reſtitutionem heres manet, *§. reſtituta, Inſtit. de fideic. hered.* Ad eam verò rationem noſtram, Quòd
non poſſint duo pluréſve in ſolidum heredes eſſe. † 6
Reſpondet Bartolus, Non poſſe quidem eodem iure, & eodem reſpectu, ſed poſſe diuerſis reſpectibus, vnum videlicet directò, alium vtiliter. Eandémque ſententiam tuetur ad *d. §. ſi quis adita*, vbi gloriatur ſe de eo § feciſſe pluries magnum feſtum, ad probandum, quòd ille, qui per reſtitutionem in integrum excluditur ab hereditate, licèt de iure ciuili heres remaneat, non tamen impedit quin alius poſſit heres eſſe de iure ciuili. Quod ait de fideicõmiſſario, vt tam abſurdæ traditionis cõfutationem

hinc

7 hinc exordiamur eſſe † illum heredem iure ciuili, falſiſſimum eſt. Solus enim heres ille eſt & dicitur qui hereditatem reſtituit, is verò, cui reſtituitur, heredis tantùm loco eſt, ideóque aliquando nonniſi legatarij, *d.§. reſtituta & l.2.D.ad SC.Trebell.* Nec quod ex Senatuſ-
8 conſulto vtiles actiones habeat, † ad rem facit. Habet enim non tanquam heres, ſed tanquam fideicommiſſarius,& ob hoc ipſum quòd heres non ſit. Nam quiſquis heres eſt, eum directas actiones habere prorſus neceſſe
9 eſt: & diſtinctio illa † De duplici herede directo & vtili, merum eſt commentum Bartoli, nulli vnquam ex antiquis prudentibus cognitum, ſicut nec diſtinctio illa dominiorum, quam idem Bartolus & cæteri interpretes
10 paſſim habent in ore, vt † dominium aliud directum ſit, aliud vtile. Ex qua diſtinctione haud dubiè illa etiam diſtinctio duplicis heredis fluxit, vtilis & directi. Nam ſicuti omnes ij quos noſtri dominos vtiles vocant, nullomodo ſunt domini, ſed tantùm dominorum loco in pleriſque vt aliquando tractabimus: ita & quos Bartolus heredes vtiles vocat, ſunt illi heredis loco duntaxat, heredes autem nullomodo: Neque verò vſpiam videas Iureconſultos noſtros tam impropriè loqui, vt heredes eos vocent, ſed ita ſemper vt heredum loco eſſe di-
11 cant, † ſiue de fideicommiſſariis, ſiue de bonorum poſſeſſoribus loquantur. Omnium enim iſtorum eadem hac parte ratio eſt, quia & bonorum poſſeſſores æquè ac fideicommiſſarij vtiles actiones habent, hac ſola diffe-
12 rentia, quòd bonorum poſſeſſores † eas habent à ſolo Prætore, fideicommiſſarij verò hereditatis à Senatuſconſulto Trebelliano, quoties reſtituta fuit hereditas ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, *l.1.D.ad SC.Trebell. l.1.2.& 3.D.de bonor.poſſeſſ.* Sed quemadmodum nemo dixerit bonorum poſſeſſorem heredem eſſe iure prætorio, ob id tantùm quod habeat à Prætore vtiles actiones, ita perinde ineptè fecerit, qui dixerit fideicõmiſſarium heredem eſſe iure ciuili ob id quòd vtiles actiones habeat ex Senatuſconſulto. Quamquam enim non ignoro poſſe dici, differentiam illam eſſe inter bonorum poſſeſſorem quem Prætor facit, & fideicommiſſarium quem
13 Senatus tuetur, quòd † heredem facere Prætor non potuit, Senatus potuit, *§. quos autem. Inſt.de bonor.poſſ.* Hoc tamen contendo non minùs fuiſſe difficile adeóque impoſſibile Senatui fideicommiſſarium facere heredem alio herede iam exiſtente, quàm Prætori heredem facere bonorum poſſeſſionem dando, nullo adhuc herede alio exi-
14 ſtente: quia in Prætore, † ne quem poſſit heredem facere, impedimentum non naſcitur niſi ex defectu poteſtatis, quandoquidem ea poteſtas Prætoribus data non eſt, cùm heredes non fiant niſi per legem, aut legi ſimilem conſtitutionem. At in Senatu ne potuerit fideicommiſſario dare ius & nomen heredi, impedimento fuit non defectus poteſtatis (poterat enim Senatus non quidem facere legem, ſed tamen perinde ac lex ipſa facere heredem iure ciuili, vt conſtat ex Senatuſconſultis Tertylliano & Orficiano, quia Senatuſconſulta ſimilia ſunt legibus, & conſtitutiones) ſed repugnantia ex parte rei, quòd impoſſibile eſſet, aut eum qui ſemel heres fuiſſet, heréſque manere poſſet, deſinere eſſe heredem, aut in eiuſdem hominis hereditate duos in ſolidum heredes
15 induci. Porro certum eſt, etiam apud Philoſophos † impedimentum, cui cauſam præbet repugnantia, ex parte rei longè maius eſſe, quàm quod naſcitur ex defectu poteſtatis. Inde namque eſt quod ij volunt, nec Theologi negant ea quæ contradictionem implicant, fieri non poſſe, ne quidem ſupernaturali, diuináque poteſtate, nimirum propter repugnantiam quæ ſubeſt ex parte rei, tametſi non poſſit deficere poteſtas in eo, cui propria & eſſentialis omnipotentia eſt. Ergo quemadmodum Bartolus † fatetur non potuiſſe fieri Senatuſconſulto Trebelliano, adeóque nec Pegaſiano, quod tamen heredi, qui coactus adiit, nihil non ademptum voluit, *l.ita tamen 27.§. qui ſuſpectam, l. ſi patroni 55.§.adeò Senatus, D.ad SC.Trebell.* vt heres inſtitutus hereditate reſtituta heres eſſe deſineret: & ita fateri debuit, nec illud fieri potuiſſe, vt fideicommiſſarius vllo modo heres eſſe poſſet. Nec enim minor repugnantia eſt ex parte rei ad hoc quàm ad illud impediendum: imò maiorem eſſe repugnantiam, nec duo in ſolidum heredes eſſe poſſint, quàm vt qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat: ex eo conſtat quòd aliqui caſus ſunt, in quibus ratio ipſa iuris, aut Imperatoris voluntas facit, vt qui ſemel heres fuit heres eſſe deſinat, quos ſupra explicauimus in Error.
2. At nullus † omnino caſus eſt, in quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe heredes: ne quidem cum illa 17
diſtinctione, quam Bartolus ſomniat, vt vnus ſit heres directò, alius vtiliter, quia nec fieri poteſt vt vllo modo heres ſit, qui directò heres non eſt.

ERROR VI.

De ſententia l.1.§. ſi quis adita, D.ad SC.Tertyll. & l. filij, 6.§.1.eod.

SVMMARIA.

1 *In ſpecie l.1.§.* Si quis adita.D.ad SC.Tertyll. *proximum matris agnatum poſt abſtentionem filij qui adierat, fieri heredem directò & iure ciuili, contra Bartol.& n.20.*

2 *Ex ſpecie* d. §. ſi quis adita. *non confirmari diſtinctionem heredis in directum & vtilem à Bartolo inuectam.*

3 *Quam rationem habeat Vlpiani ſententia in* d. §. ſi quis adita.

4 *Cur Senatus non dixerit,* Si nemo filiorum heres erit antiquum ius eſto.

5 *Verbum* volet *eſt extenſiuum, habétque tractum temporis.*

6 *Differentia inter has formulas,* Si nemo filiorum heres eſſe volet. *&*, Si nemo filiorum eam hereditatem ad ſe pertinere volet.

7 *Quiſquis ſemel heres eſſe voluit, non poteſt poſtea heres eſſe nolle.*

8 *Fieri poteſt vt quis verè & ipſo iure ſit heres, & tamen hereditas ad eum non pertineat.*

9 *Ad nos pertinere, aut nihil pertinere quæ dicantur.*

10 *Licet filius ex SCto matris hereditatem adierit, poteſt tamen fieri, vt matris hereditas ad eum non pertineat.*

11 *Conditio ſub qua SCtum voluit ius antiquum agnato proximo reſeruatum eſſe non deficit, licet filius matris hereditatem adierit.*

12 *Quandiu filius voluntatem mutare potuit, ius & poteſtas aditionis videtur in ſuſpenſo manſiſſe.*

13 *Non quauis aditio hereditatis heredem facit.*

14 *Delatio hereditatis eſt iuris, aditio facti: illâ verò ſublatâ hæc ſimul corruit.*

15 *Filius qui poſt aditionem abſtinuit per in integrum reſtitutionem, nunquam videtur adiiſſe, & cur: n.2.*

16 *Senatus propoſitum in nouo iure condendo de mutua matris & filij ſucceſſione.*

17 *In ſuis & legitimis cur non eſſet olim ſucceſſio.*

18 *Delatio quæ fit matri & liberis differt ab ea quæ fit proximis agnatis.*

19 *SCta Tertyll. & Orphitianum quando non impediant delationem 12.tabul.*

22 *Cur Senatus non fecerit vt filius qui repudiauit matris hereditatem, poſſit eam denuo ſuſcipere ſi adita fuerit per agnatum: ſecus verò ſi necdum adita ſit.*

23 *Regulariter quiſquis vult hereditatem, quam ſemel repudiauit, adire, eget beneficio reſtitutionis, quæ ſolis minoribus indulgetur.*

24 *Si res non ſit amplius integra reſtitutio non datur minori ad hereditatem quam ſemel repudiauit poſtmodum adeundam.*

ETverò ita eſſe intelligimus ex eo ipſo textu qui
Bart. fefellit,i.ex ea ſpecie,quam Vlp.tractat in *d.*
*l.1.§.ſiquis adita.D.ad SC.Tertyll.*Nã † cùm poſt abſten-
1 tionem filij qui matris hereditatẽ adierat,agnatus matris
proximus ſit heres ex iure antiquo i. ex lege 12.tab.nõ
eſt dubitãdum quin fiat ille heres verè,nec tantùm iure
ciuili,ſed etiã directò,vt Bart.verbis vtar,directaſque nõ
vtiles habeat actiones. Inauditũ enim eſt, vt lex 12.tab.
vllo caſu tribuat actiones vtiles, nec fieri poteſt vt alias
det quàm directas. Neque tamen eò minùs verum eſt,ſi
Bartolo credimus, filium, qui prior maternam heredita-
tem adierat, & heredem manere, & actiones directas,
quas ab initio, tanquam ex Senatuſconſulto Orficiano
heres habuit,retinere: cum non fuerit abſtentus niſi per
in integrum reſtitutionem, quæ, quoniam eſt ex iuriſ-
dictione Prætoris,non potuit heredis nomen ei adimere,
quod dare Prætor non potuiſſet, *l. ait Prætor. 7. alias, l.*
etſi ſine, §. ſed quod Papinianus, D. de minor. l.cùm quaſi
30.§.ſed etſi ſuus, D. de fidei. libert. Dices, Tanto igitur
verius erit quod vult Bartolus,poſſe fieri vt vni homini
duo in ſolidum heredes ſint, etiam iure ciuili. Imò in-
quam, vult Bartolus, & nobiſcum fatetur nõ poſſe fieri,
vt duo inſolidum ſint heredes directò. Cùm igitur † in
2 ſpecie *d.§.ſi quis adita*, duo ſint heredes directò, ſi duo
ſunt,in ſolidum,non potuit,nec debuit Bartolus ex illo
textu deducere hanc commentitiam diſtinctionem here-
dis directi & vtilis, adeóque abſurdam traditionẽ iſtam,
De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili admitten-
dis, quorum vnus ſit heres directò, alius vtiliter: ſed
oportuit diligentiùs eum inquirere,quam rationem ha-
beret Vlpiani ſententia in *d. §. ſi quis adita*,aut ſi locus
ille rationem propriam nullam habebat, ex eo igitur in-
ferre, quod tamen nec ſomniare auſus eſt, Poſſe fieri vt
eidem homini duo ſint inſolidum heredes directò. Ra-
3 tio † autem,quam Bartolus nec quæſiit,nec ſi quæſiiſſet,
inuenire fortaſſis potuiſſet, illa meo iudicio eſt, quòd
Senatuſconſulti verba ſic concepta ſunt vt appareat Se-
natum non aliter voluiſſe in fauorem liberorum abro-
gatum eſſe ius antiquum, ex quo agnatus quiſque pro-
ximus matri ſuccedebat excluſis liberis quàm ſi liberi
vellent matris hereditatẽ ad ſe pertinere, hoc expreſſim
conſtituto,vt ſi nemo filiorum eorum quibus ſimul le-
gitima hereditas deferretur,vellet ad ſe eam hereditatem
pertinere, ius antiquum locum haberet *d. l. §. ſi nemo,*
4 non dixit † Senatus, *ſi nemo filiorum heres erit, ius anti-*
quum eſto. Defeciſſet enim conditio illa, ſub quâ iuris
antiqui poteſtas fuiſſet conſeruata,ſtatim atque vel vnus
ex filiis heres fuiſſet,nec proinde vnquam poſtea ex le-
ge 12.tab.ſuccedere agnatus proximus potuiſſet,tametſi
filius mutatâ voluntate maternam hereditatem abiicere
voluiſſet, quia verum extitiſſet aliquem filiorum here-
dem fuiſſe,qui autem ſemel heres fuiſſet, nunquam eſſe
5 deſiiſſet. Quid ergo Senatus dixit? Vſus eſt verbo † *vo-*
let,quod eſt extentiuum, denotatque conſtantem perſe-
uerantiam voluntatis,vt Paulus ait in *d.l.filij 6.§.1.eod.*
habetque tractum temporis, quamdiu viuat filius, *l. fi-*
deicommiſſa 11.§.hoc autem legatum de leg.3. Sufficit er-
go ad ius antiquum agnato proximo reſtituendum, vt
non velit aliquando filius, licèt antea voluerit, nam, *&*
hic non vult, ſi aliquando volunt, inquit Vlpianus in *d.l.§.*
ſi quis adita. Neque tamen hoc ſufficit, niſi præterea ob-
ſerues,quod nemo obſeruat, Senatuſconſultum non ita
6 ſcriptum † eſſe, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, ſed hoc
modo *ſi nemo eam hereditatem ad ſe pertinere volet.* Mul-
tum ſiquidem inter eiuſmodi formulas intereſt, nam ſi
ſic ſcriptum eſſet, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, quan-
tumuis verbũ illud *volet* extenſiuum ſit,& habeat tractũ
temporis in futurum, facere tamen non poſſet vt filio
qui ſemel heres eſſe voluiſſet, poſtea ſe abſtinente,
fieret eò magis locus proximo matris agnato, nempe
quia † quiſquis ſemel heres eſſe voluit, is poſtea non 7
poteſt nolle heres eſſe, alioqui eſſet poſitũ in voluntate
& arbitrio hominis vt heres eſſe deſineret, quod nequi-
dem poſitum eſt in legis poteſtate: & conſequenter ſu-
pradicta formula pœnitentiam & voluntatis mutationẽ
nullo modo admitteret. At verba illa,quibus prudentiſ-
ſimè & conſultiſſimè vſus eſt Senatus, *ſi nemo filiorum*
volet eam hereditatẽ ad ſe pertinere, longè alium ſenſum
habent. Nam fieri facilè poteſt † vt & quis verè ſit heres, 8
& ipſo iure,& tamen hereditas ad eum non pertineat,vt
euenit in ſuis heredibus,qui ſe abſtinuerũt. Sic enim &
Vlpianus ipſe loquitur in *l.2.§.ſed ſi ſint ſui hedes, ve-*
rùm hereditas ad eos pertineat. D. eod. tit. ad SC.Tertyll.
nempe ad nos pertinere dicuntur † ea quæ noſtro com- 9
modo à nobis haberi volumus, & contrà nihil ad nos
pertinere ea,quæ negligimus & abiicimus,tametſi maxi-
mè noſtra ſint,cùm ſic tractemus quaſi nec noſtra eſſent.
Alioqui non poſſet fieri, vt patris hereditas ad ſuos he-
redes non pertineret, ſicut nec illud fieri poteſt, vt ne
ſint ſui heredes etiã poſt abſtentionem,*d.§.ſed etſi ſuus,l.*
cùm quaſi.30.D.de fideic. lib. l. in ſuis.11.de lib. & poſt-
hum.l.1.§.qui ſunt in poteſtate.D.ſi quis omiſſ.cauſa teſta-
menti,l.neceſſariis.57.D.de acquir.hered. Proinde quãuis
filius † ex Senatuſconſulto matris hereditatem adierit, 10
non tamẽ fecit ea res,quominus adhuc verum eſſe poſ-
ſit aliquo caſu,& aliquo tempore,vt matris hereditas ad
eum non pertineat nimirum ſi poſtea cõtingat vt ſe ab-
ſtineat beneficio reſtitutionis in integrum propter æta-
tem (aliter enim fieri non poſſet vt abſtinendi licentiam
haberet is qui vltrò & ſponte hereditatem adiiſſet, *d.§.ſi*
quis adita,& d.l.2.§.ſi bonorum eod. niſi hanc ei conditio-
nem deferrent creditores hereditarij,cæterique omnes ſi
qui eſſent,quorum intereſſet, *l.cùm hereditate 55.D.de*
acq.hered.)& conſequenter non poteſt dici,† ex quo tẽ- 11
pore filius hereditatẽ matris adiit, defeciſſe conditionẽ,
ſub qua Senatuſconſultum voluit ius antiquum agnato
proximo reſeruatum eſſe. Quidni ergo poterit agnatus
proximus heres eſſe ex lege 12.tab.filio ſe abſtinente ab
hereditate matris per in integrum reſtitutionẽ? An quia
filius iam heres fuit. Minime. Quandiu enim filius mu-
tare voluntatem poteſt, ac velle vt bona materna ad ſe
non pertineant,ius antiquum habere locum poteſt,vt ex
lege duodecim tabularum tota ſucceſſio deferatur proxi-
mo agnato. Porrò ius antiquum non poteſt habere locũ,
quin ceſſet nouum: atque ita fatendum eſt non intelligi
filium heredem vnquam fuiſſe,tametſi maternam adierit
hereditatem,† ſed manſiſſe ius & poteſtatem in ſuſpẽſo 12
quandiu filius mutare voluntatẽ potuit, id eſt,quandiu
minor fuit, quia neque aliter potuit matri heres eſſe,
quàm ex SC.Orficiano,neque rurſus SC.Orficiano locũ
eſſe,quandiu ius vetus legis 12.tab. locũ habere potuit.
Ideo.n.neceſſe fuit legem 12.tab.hac parte abrogari per
Senatuſcõſulta Tertyllianum & Orficianum, vt excluſis
proximis agnatis, qui alioquin ſucceſſuri erant, & matri
filius,& filio mater heres eſſe poſſet,quia nõ magis fieri
poterat vt lex. 12. tab. & Senatuſconſulta illa ſimul ſta-
rẽt,quàm vt & agnatus proximus heres in ſolidum eſſet,
& filius,ſi de matris hereditate ageretur,aut mater, ſi de
filij. Et ob eam rurſus cauſam neceſſe fuit,ius illud vetus,
quod per Senatuſconſulta abrogatum fuerat, ab iiſdem
Senatuſconſultis reſtitui, ſed ſub ea conditione, ſi filius
maternam, aut mater filij hereditatem ad ſe pertinere
nollet,ſiue eam ſuam voluntatem, aut potiùs voluntatẽ
declararet ab initio per repudiationem nunquam aditæ
hereditatis, ſiue ex poſtfacto per abſtenſionem, quam
ipſa faceret ab hereditate iam acquiſita, beneficio ſci-
licet reſtitutionis. Nã & æquè fieri poteſt vt mater,quæ
filij hereditatem adiit ex Tertylliano,minor ſit annis vi-
gintiquinque, ac filius qui matris hereditatem adiit ex
Orficiano. Eo igitur caſu quo ius antiquũ legis 12.tab.
locum habere poteſt ex verbis Senatuſconſulti, dico
non

non poſſe fieri vt ſucceſſio delata ſit ex Senatuſconſul-
to, nec proinde vt fuerit acquiſita per præcedentem
13 aditionem hereditatis. Non enim † aditio hereditatis
quælibet facit heredem, ſed ea demum, quam delatio
præcedit, *l. delata 151. de verb. ſignific.* In propoſito au-
tem præcedit quidem delatio, quoniam alioqui filius
minor annis vigintiquinque maternam hereditatem
adire, ſibique acquirere non poſſet ſed ita tamen vt
poſſit facilè redire ad cauſam nunquam factæ delatio-
nis, ſcilicet ſi contingat, vt filius qui matris heredita-
tem adiit, aut mater, quæ filij, nolit eam ad ſe pertinere,
& nolle poſſit, ſicut euenire diximus in præcedentibus,
vt qui heres fuit per aditionem ex eo teſtamento quod
per inofficioſi teſtamenti querelam poſtea euerſum ſit,
deſinat heres eſſe, *l. in ſubſtitutione 31. D. de vulg. &
14 pupill. ſubſtit.* Non quòd aditio † hereditatis, quæ facti
eſt pro infecta haberi poſſit, *l. in bello. 12. §. facti D. de
captiu. & poſtlim.* ſed quoniam delatio ipſa hereditatis,
quæ iuris eſt, facilè redit ad cauſam non delationis, cùm
fieri nequeat, vt ex eo teſtamento quod ruptum tandem
fuit, hereditas vnquam delata fuiſſe intelligatur: ceſſan-
te autem delationis poteſtate, aditionis quoque vim to-
tam extingui neceſſe ſit, quæ tota pendet ex delatione.
Ergo quemadmodum in ſpecie *d. l. in ſubſtitutione*, heres
à patre inſtitutus, in teſtamento inofficioſo reuera heres
eſt, & ipſo iure ante propoſitam querelam, quia verum
eſt, teſtamentum tempore valere atque ita deferri ex
ipſo à lege hereditatem, delatamque acquiri potuiſſe:
poſt querelam verò propoſitam, ſi ea obtinuerit, deſinit
ille heres eſſe ex teſtamento, fitque filius qui obtinuit
heres ab inteſtato, non ex tempore, ſed ita vt ex die
mortis ſolus & ab inteſtato heres fuiſſe retrofingatur, vt
docuimus in Error. 2. Ita & in quem caſum tractamus
15 mortua matre inteſtata, † ſuperſtite filio minore annis
vigintiquinque: aut mortuo filio inteſtato, mater ſimi-
liter ſuperſtite minore, defertur quidem hereditas ſu-
perſtiti ex SC. ſiue Orficiano ſiue Tertylliano, & con-
ſequenter requiritur per aditionem ſubſequentem, ſed
ita & defertur & acquiritur, vt poſſit retrofingi nun-
quam delatam & acquiſitam fuiſſe, nempe caſu illo
eueniente, vt filius vel mater ſuperſtes per auxilium re-
ſtitutionis in integrum conſequatur, vt poſſit nolle ad
ſe pertinere hereditatem quam priùs adierat. Dices, Si ita
eſt, vt filius qui adiit matris hereditatem, poſtea abſti-
nendo videatur nunquam heres fuiſſe, non eſſe igitur ei
neceſſariam in integrum reſtitutionem, quam tamen
Vlpianus omni modo requirit. Verùm reſpondeo, non
idcirco exiſtimandum eſſe iſtis Senatuſconſultis conſti-
tuta fuiſſe pugnantia. Nam cùm Senatus nouum ius fa-
ceret, ac legitimum ius ſucceſſionis antea incognitum
fauore matrum liberorúmque induceret, non ſolùm po-
tuit quam voluit delationi huiuſmodi hereditatis le-
gem & conditionem dicere, ſed etiam prouidere debuit,
ne legis duodecim tabularum authoritatem, & agnati
proximi ius haberet, eo ſaltem caſu quo vel mater, vel
filius beneficium Senatuſconſulti, ſiue ab initio, ſiue ex
16 poſtfacto aſpernaretur. Non enim id Senatus agebat, †
vt noceret agnatis proximis, ſed vt matribus ac liberis
prodeſſet, nec vt veteris delationis poteſtatem extingue-
ret, ſed vt nouam induceret delationem cum iure prœla-
tionis, vt ait *l. 2. §. ſi mater. 20. ad Tertyll.* Alioqui dicen-
dum fuiſſet, ſicut neque in ſuis, neque in agnatis erat
ſucceſſio, *l. 2. §. ſciendum, ff. de ſuis & legit. §. placebat
Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ita etiam futurum, vt quam-
uis neque filius matris, neque mater filij hereditatem
adiiſſet, agnatus tamen proximus excluderetur omni-
modo, neque poſſet ampliùs ei deferri per legem 12. tab.
hereditas, quæ iam ſemel ex alterutro Senatuſconſulto
delata fuiſſet. Quod tamen nec æquum, nec iuſtum vi-
17 deri debuiſſet: ideò enim † neque in ſuis, neque in
agnatis erat ſucceſſio, quoniam neque ſuis neque agna-
tis deferebantur hereditates, niſi ex lege duodecim ta-
bularum cuius tota poteſtas vnica delatione conſume-
batur, quia nec niſi ſemel locuta lex fuerat idque per
verba præciſa, & ad vnicum illud inſtans relata, quo
hereditas deferretur. At poſt Senatuſconſulta Tertyllia-
num & Orficianum alia eſt delatio † & ex alio iure, quæ 18
fit matri, & liberis, quàm quæ fit proximis agnatis.
Matri & liberis defertur hereditas ex Senatuſconſultis,
& nouo iure? agnatis verò proximis ex lege 12. tab. nec
proinde ſimiliter dici poteſt per delationem, quæ facta
ſit ex Senatuſconſulto, conſumptam fuiſſe illam, quæ ſit
ex duodecim tabulis, quoniam alia lex eſt. Quia tamen
faciebant Senatuſconſulta, vt delatio, quam vetus lex in
proximi agnati perſonam collatura erat, impediretur per
nouam delationem, vt ſolent ſemper nouæ leges eſſe
potentiores, idque tamen non odio agnatorum, ſed
mero fauore matrum & liberorum, quorum proinde
nullam rationem haberi æquum erat, ſi nouum Senatuſ-
conſulti beneficium aſpernarentur, ſiue per repudiatio-
nem, ſiue per abſtenſionem contingentem beneficio re-
ſtitutionis poſt aditionem. (Quid enim attinebat iis
fauere, qui rem habere nollent, ſiue aliquando antea,
ſiue nunquam voluiſſent? *d. l. 2. ſed ſi ſint ſui, eod. tit. l. ſi
poſt mortem 15. §. liberi D. de bonor. poſſ. contr. tab.* Inde
namque eſt quod Vlpianus ait in *d. l. §. ſed ſi ſint ſui*, nu-
dum heredis nomen obſtare matri non debere, nudum
porrò heredis nomen habet filius qui ſe abſtinuit poſt
aditionem beneficio reſtitutionis. Prouidendum fuit,
benéque prouiſum iiſdem Senatuſconſultis, † vt ſi 19
quando vel mater, vel liberi hereditatem cum effectu vel
ſibi acquirere, vel acquiſitam retinere nollent, non im-
pediretur delatio legis duodecim tabularum, non modò
per delationem quam Senatuſconſultum feciſſet, atque
per aditionem quæ delationem ſecuta eſſet. Vidit nimi-
rum Senatus ita poſito iure nullam fieri iniuriam matri
aut liberis nolentibus hereditatem ad ſe pertinere. Fieret
verò maxima proximis agnatis, ſi à beneficio legis duo-
decim tabul. arceretur fauore matris aut liberorum, qui
iure ſuo vti nollent. Itaque admittũtur hoc caſu agnati,
† fiúntque verè hedes ex iure ciuili: quia verum eſt, fi- 20
lium, qui poſt aditam matris hereditatem abſtinuit ſe
per reſtitutionem in integrum, deſiiſſe heredem eſſe: † 21
At non ideò quòd ea poſſit eſſe vis abſtentionis aut re-
ſtitutionis, vt heredis ius & nomen auferat, ſed quia
Senatuſconſultum, quod hereditatem matris filio detu-
lerat, ſub ea veluti conditione, ſi eam effectu ipſo acqui-
ſitam conſtanter, & perſeueranter vellet, vſurpatis idcir-
cò verbis extenſiuis, & habentibus tractum temporis,
non habet hunc pro herede poſt abſtentionem: ac ne
quis de eo poſſit dubitare, reſtituit agnatis ius antiquũ
legis 12. tabul. vt poſſint ipſi perinde fieri heredes ex ea
lege acſi matri aut liberis delata hereditas non fuiſſet.
Quos enim Senatus heredes fecit, cur non potuit etiam
facere, vt deſinerent eſſe heredes, ſi deſinerent velle here-
ditatem ad ſe pertinere? At vero ſimiliter fecit Senatus,
aut facere potuit, † vt filius, qui matris hereditatem re- 22
pudiaſſet, poſſet adhuc fieri heres mutata voluntate, ſi ea
hereditas interim adita eſſet per conſanguineum, aut
agnatum *d. l. filij § 1. eod. tit. ad SC. Tertyll.* quoniã hunc
conſanguineũ aut agnatum heredem facit lex 12. tabul.
quæ tamẽ nullo caſu patitur, vt qui per eam ſemel heres
factus eſt, poſtea heres vnquam eſſe deſinat, propterea
quòd in conſtituendis & deferendis hereditatibus ſem-
per vſa eſt verbis præciſis, nunquam extenſiuis. Non
potuit autem Senatus ſe interponere in moderandis iis
hereditatibus, quæ non ex Senatuſconſulto, ſed ex ipſa
lege 12. tab. iam delatæ & acquiſitæ reperirentur. Planè,
quandiu per conſanguineum aut agnatum proximũ non
fuit adita matris hereditas, fecit Senatus, & quidẽ contra
iuris regulas, vt filius etiam poſt repudiatam matris he-
reditatem nihilominus heres fieri poſſet, mutata volun-
tate, ſaltem intra annum, qui datur filio ad petendam
bonorum poſſeſſionem, *d. l. filij §. 1. iunct. l. §. Largius. D. de
ſucceſſ.*

ſucceſſ. edict. Hoc autem fecit Senatus non fauore hereditatis maternæ, vt vult Bartolus. Nam & idem eſt, ſi agatur de filij hereditate, quam mater noluerit primùm, poſtea verò voluerit ad ſe pertinere, ſi non fuerit medio tempore acquiſita ab alio, ſed poteſtate verborum extenſiuorum, quibus vſus eſt, vt Paulus ait, nullo etiam interueniente auxilio reſtitutionis in integrum, & ſiue minor, ſiue maior ſit filius, qui repudiatam matris hereditatem nunc amplecti vult: cùm ta-
23 men extra hunc caſum † quiſquis adire vult hereditatem quam ſemel repudiauit, egeat beneficio reſtitutionis, quæ porrò ſolis minoribus indulgetur *l. 1. & tot. tit. C. ſi vt omiſſ. hered. iunct. l. ſicut. 4 C. de repud. vel abſtin. hered.* Nimirum potuit Senatus hoc facere, quaſi ſæpius & ſingulis momentis deferendo huiuſmodi hereditatem, quandiu medium nullum eſt inhabile, id eſt, quandiu alius nemo intercedit cui iam acquiſita ſit
24 hereditas. Nam nec † reſtitutio in integrum datur minori ad hereditatem, quam ſemel repudiauerit, poſtmodum acquirendam, ſi res non ſit amplius integra: etſi eo caſu interpretamur integram rem non eſſe, non cùm ab alio adita eſt hereditas, vt apud Paulum, ſed cùm diſtractæ iam ſunt res hereditariæ *d. l. ait pretor. §. ſed quod Papinianus, l. quod ſi minor. 42. §. Scæuola. D. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* ſed poſt acquiſitam hereditatem agnato proximo lege duodecim tabularum, quamuis nihil ex hereditate diſtractum ſit, non fecit Senatus poteſtatem filio, qui matris hereditatem primùm repudiauerat, vt heres eſſe poſſit, quia neque hoc facere potuit, vt diximus. Feciſſet enim proculdubio, ſi alterutrum iſtorum facere potuiſſet, vt vel agnatus proximus heres eſſe deſineret, vel duo in ſolidum heredes eſſe poſſent, ſaltem vnus directò, & alius vtiliter, vt Bartolus loquitur.

ERROR VII.

De ſententia & ratione, l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. §. ſed ſi quis §. ſi bonorum & §. vlt. eod. tit. ad SC. Tertyll.

SVMMARIA.

1 *Caſus, quo duo nonnullis videntur eſſe in ſolidum heredes directò, petitus ex l. 2. §. ſed ſi ſint. D. ad SC. Tertyll. exponitur & expenditur.*
2 *Ex teſtamento, vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote herede ſuo, nemo poteſt ab inteſtato heres exiſtere.*
3 *Verba Vlpiani,* matrem venire, in d. §. ſed l. fin. *non ſignificare heredem fieri, ſed venire ad bona, & n. 10.*
4 *Quoties ſuus heres, qui coheredem aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis, tum bona duntaxat perueniunt ad coheredem ſeu ſubſtitutum, non etiam hereditas.*
5 *Ratio Africani & Publicij in d. §. expenditur.*
6 *SCtum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri conferendo, quàm de ipſa ſucceſſione illi tribuenda.*
7 *Ius ſuccedendi matri competens quàm multiplex.*
8 *Deciſio Vlpiani in d. l. 2. §.* Sed ſi quis deceſſiſſet, *& deciſionis ratio.*
9 *Iuliani ſententia ab Vlpiano confutata.*
10 *Quoties lex vel ſenatus defert hereditatem non etiam bonorum poſſeſſionem, nihilominus peti poteſt bonorum poſſeſſio ex capite* Vnde legitimi.
11 *Caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt auxilium bonorum poſſeſſionis.*
12 *Quando verum ſit eum qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem hoc ipſo pro herede gerere videri.*
13 *Qua ratione præter expoſitam capite ſup. ſuccedere poſſit agnatus, ſi filius qui adierat abſtinuerit per in integrum reſtitutionem.*
14 *Species §. ſi bonorum 10. d. l. 2. ad Tertyll. & Vlpiani deciſio.*
15 *Matre, quæ filio impuberi tutorem non petiit excluſà, proximi agnati filio ſuccedunt, ex §. vlt. d. l. 2.*
16 *Ratio dubitandi d. §. vltimi.*
17 *Ratio decidendi.*
18 *Expoſitio vulgaris d. §.* ſed ſi ſint ſui, *exploſa.*
19 *Bartoli traditiones falſæ.*

ILlud difficilius eſt, † quod Vlpianus in 1
d. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui, tum quoque cùm aliqui ſunt ſui heredes, ſi tamen ad eos hereditas non pertineat, nihilominus matrem admitti ex Tertylliano, puta ſi ſe abſtinuerint bonis patris, & ita fiat vt rem non habeant, quamuis retineant nudum nomen ſuorum heredum. Nam cùm ſit veriſſimum, non eſſe ſine herede illum, qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *d. l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus D. de fideicom. libert.* adeò vt iure ciuili perinde ſuus heres creditoribus paternis teneatur, ac ſi ſe non abſtinuiſſet, *d. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* planè fatendum eſt, duos eſſe hoc caſu heredes, nec tantùm in ſolidum, ſed etiam directò, ſi admittamus matrem heredem fieri ex SC. Tertylliano. Et verò quàm ſit hoc nouum, nec facile admittendum tanquam quòd iuris ratione omninò abhorreat, & ex eo apparet quod Vlpianus in eam rem adfert autoritatem duorum prudentum Africani & Publicij, ſed ita tamen quaſi hoc ipſi non tam dixerint affirmatiuè, quàm dicere tentauerint. Sic enim ſcribit, *Africanus & Publicius tentant dicere* audenter ſcilicet, vt loquitur Scæuola in *l. Gallus 29. §. videndum, D. de liber. & poſthum.* & parum religioſa iuris obſeruatione. Nec rurſus audet Vlpianus hanc ſententiam veram dicere, ſed tantùm æquam, & æquiorem ea opinione, quæ aliorum erat, exiſtimantium, vt ea ſola dictio innuit, non eſſe admittendam matrem ex Tertylliano ſuis heredibus exiſtentibus, ne plures in ſolidum heredes inducantur. Quomodo ſolemus dicere ſuis heredibus exiſtentibus nihil pro herede vſucapi poſſe, *l. 1. C. de vſucap. pro hered.* Nam & generaliter proditum eſt in *l. 2. C. vnd. liber.* † Ex teſtamento, vel ab inteſtato exiſtente filio 2
vel nepote ſuo herede, neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere. Atqui exiſtit filius ſuus heres, etiam ſi ſe abſtineat. Mater igitur hoc caſu ex SC. Tertylliano heres exiſtere nullomodo poteſt. Et ſanè obſeruandum eſt, non ita loqui Vlpianum etiam ex Africani & Publicij ſententia, vt dicat matrem heredem eſſe, ſed
multò ſimpliciùs, *matrem venire*, † quod ego ſic acci- 3
piendum puto, non vt veniat ad hereditatem heréſque fiat, ſed vt veniat ad bona, vtiléſque actiones habeat, non tantùm exemplo eius, quod SC. Trebellianum conſtituit in fauorem fideicommiſſarij, ſed etiam exemplo eius quod obtinet in perſona coheredis vel ſubſti-
tuti cuiuſlibet, quoties † ſuus heres qui coheredem, 4
aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis. Tunc enim bona duntaxat perueniunt ad coheredem iure adcreſcendi, aut ad ſubſtitutum iure ſubſtitutionis *l. ex contractu 44. D. de re iudic.* non etiam hereditas, quæ nec in ſuis heredibus vlla vnquam fuiſſe intelligitur, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.* Cur ergo aut quomodo plus iuris habebit mater ex Tertylliano, quàm habebat ex lege duodecim tabularum coheres vel
ſubſtitutus? Nam & ratio illa † qua Africanus & Pu- 5
blicius mouebantur, *ne nudum nomen ſui heredis noceat matri*, ea ipſa ratio eſt, quæ facit pro coherede & pro ſubſtituto, quibus vtique noceret nudum nomen ſui heredis,

Digitized by Google

heredis, ſi ius adcreſcendi & ſubſtitutionis ex eo im-
pediretur, quòd ſuus heres, præſertim qui ſe abſtinuit
poſt immixtionem, vt in illa ſpecie nihilominus rema-
6 neat heres ipſo iure. Neque verò † Senatuſconſultum
adeò curioſum fuit vt matrem heredem faceret, ma-
giſque cogitauit de effectu rei quàm de nomine, vt
ſcilicet ſuo herede abſtinente, mater, etiamſi non poſ-
ſet habere nomen heredis, quod ſuus heres per abſten-
ſionem quoque retineret, haberet tamen rem ipſam
quam ſuus heres habere noluiſſet. Quid enim refert in
effectu, an dicamus heredem fieri matrem, vel aliud
ſucceſſionis nomen induere, vt loquitur Vlp. in *d. l. §.
vlt.* dummodo rem habeat? An non æquè ſatisfit. Se-
natuſconſulto? Idque ita eſſe hoc etiam apparet, quòd
7 ex SC. Tertylliani beneficio poteſt † mater non tantùm
ſuccedere iure ciuili, etiam iis caſibus quibus poteſt
heres eſſe: verùm etiam bonorum poſſeſſionem petere
iure prætorio, adeóque poſt repudiatam bonorum poſ-
ſeſſionem adhuc deliberare de adeunda hereditate *d. l. 2.
§. ſed ſi mater. 21.* Quis enim dixerit fieri heredem ma-
trem, quæ voluerit iure prætorio ſuccedere per bono-
rum poſſeſſionem? vt & in *l. 1. C. de ſucceſſ. edict.* Eaque
8 etiam ratio eſt propter quam in ſpecie † *d. l. 2. §. ſed ſi
quis deceſſiſſet*, id eſt, cùm quis deceſſit relicta filia quam
in adoptionem legitimè dederat, relicta & matre, ait
Vlpianus, matrem, donec filia bonorum poſſeſſionem
petere poteſt, ex capite ſcilicet, Vnde cognati, non
poſſe eam bonorum poſſeſſionem accipere, quia licèt
Diuus Pius in hac ſpecie decreuerit ceſſare Senatuſcon-
ſultum, ſimulque admittendas ad illam bonorum poſ-
ſeſſionem, Vnde cognati, matrem & filiam, ne alioqui
per matrem excluderetur filia, quam certum eſt non
poſſe admitti tanquam filiam, ſed tantùm quaſi cogna-
tam, *§. admonendi 13. Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt.
defer.* Si tamen filia in bonorum poſſeſſione petenda
ceſſauerit, nihil vetat matrem admitti tanquam ma-
trem, & quaſi legitimam ex capite, Vnde legitimi: cer-
tum autem eſt quandiu bonorum poſſeſſio ex capite,
Vnde legitimi deferri poteſt, non deferri Vnde cognati.
l. legitimis 5. vl. D. vnde cognati. In eóque decipiebatur
9 Iulianus, † quem Vlpianus refert, & reprehendit.
Exiſtimabat enim non poſſe matrem ex Senatuſcon-
ſulto admitti ſi filia in bonorum poſſeſſione petenda
ceſſaſſet, quaſi abſurdum videretur deferri hereditatem
tanquam legitimam poſteáquam aperta eſſet via ſuc-
ceſſioni cognatorum. Sed non ita eſt, quia, vt ait Vlp.
mater defuncti ſuccedit filiæ defuncti, vtpote quæ nec
ante filiam admitti poteſt tanquam mater, ne filiam ex-
cludat, nec ſimul cum filia ſuccedere nolente, nec rur-
ſus, ſola quandiu filia poteſt ſuccedere, non quia ex
eodem cognationis gradu & capite vocantur, (ex plu-
ribus enim qui in eodem gradu ſuccedendi ſint, vnum
ſine alio ſuccedere nihil prohibet) ſed quia bonorum
poſſeſſio Vnde cognati, non poteſt competere quandiu
aliquo caſu ſuccedi poteſt Vnde legitimi: tandiu au-
tem poteſt admitti mater ex capite Vnde legitimi, quan-
diu filia non ſucceſſit ex capite Vnde cognati, vt in
ſpecie *§. ſi ſit conſanguinea d. l. 2.* Sequitur vt ſaltem
poſt filiam debeat mater admitti, & quidem non tan-
quam ex capite Vnde cognati, ſed tanquam legitima
ſiue ſuccedere velit & fieri heres ex Tertilliano, cùm
iam verendum non ſit ne faciat iniuriam filiæ cuius ſo-
lius fauore Senatuſconſulti autoritas impediebatur ne
matri legitimam hereditatem deferret: ſiue malit illa
petere bonorum poſſeſſionem ex capite Vnde legitimi,
& ſuccedere iure prætorio. Generaliter enim quotieſ-
10 cunque † vel lex, vel Senatus defert hereditatem, non
etiam bonorum poſſeſſionem, nihilominus peti poteſt
bonorum poſſeſſio ex capite Vnde legitimi, *l. generali-
ter 3. D. vnd. legit.* Indeque apparet tanto manifeſtius
verum eſſe, quod ſupra diximus, cùm exiſtente aliquo
ſuo herede, ac ſe abſtinente mater admittitur ex Tertyl-
liano, non fieri eam heredem, nec venire ad heredita-
tem, ſed venire ad bona iure bonorum poſſeſſionis.
Quid enim neceſſe eſt iuris rationem violare, vt fiat
heres mater alio iam herede exiſtente, cùm in effectu
ſalua iuris ratione tantundem poſſit conſequi beneficio
bonorum poſſeſſionis? Etſi namque bonorum poſſeſſio
ex prætoris iuriſdictione, non ex Senatuſconſulto eſt,
quia non id ſpecialiter Senatus iubet vt bonorum poſ-
ſeſſio matri vllo caſu detur: quod ſi ita eſſet, peti de-
beret ex capite, *Vt ex legibus Senatuſve conſulti bono-
rum poſſeſſio detur l. vnic. D. vt ex leg. Senat. conſ. bon.
poſſ. det.* Non alia tamen ratione dat prætor matri bo-
norum poſſeſſionem, quàm quòd ipſa ex Tertylliano
ad hereditatem vocetur, *d. l. 3. vnd. legit.* Eſtque hic † 11
caſus numerandus inter eos, quibus etiam hodie non
ſolùm vtile, ſed etiam neceſſarium eſt auxilium bono-
rum poſſeſſionis: alioqui nullomodo poſſet admitti
mater ad ſucceſſionem filij, qui ſuum heredem reli-
quiſſet, quamuis ſe abſtinentem: nec obſtat quod dici
ſolet, † eum qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem, hoc 12
ipſo pro herede gerere videri, *l. puberem 22. C. de iur.
delib.* Tunc enim id obtinet, cùm delata ei eſt hereditas,
ita vt iure quoque ciuili heres fieri poſſit, quod hic
non contingit. Sed etſi cui durius videretur, quod
ſupra diximus ad Vlpianum in *dict. l. 1. §. ſi quis adita
D. ad SC. Tertyl.* filium, qui adita ex Senatuſconſulto
Orphiciano matris hereditate, per in integrum reſti-
tutionem abſtentus eſt, deſinere heredem eſſe, vt poſſit
ius antiquum habere locum, & hereditas deferri agnato
proximo ex lege 12. tab. Similiter dicerem, † ſic ſal- 13
tem accipi Vlpianum debere, vt poſt filij abſtenſionem
ius antiquum locum habere incipiat, non vt agnatus
ex lege 12. tab. heres fiat quod prorſus impoſſibile eſt
filio, manente herede, ſed hactenus tantùm, vt ad ma-
tris ſucceſſionem admitti poſſit petita bonorum poſ-
ſeſſione Vnde legitimi, quam vtique non daret ei præ-
tor ſi remoto filio ius antiquum habere locum non
poſſet, *d. l. 1. §. cùm ex lege d. l. 1. D. vnd. legit.* Nec enim
requirit prætor cùm dat eam bonorum poſſeſſionem
Vnde legitimi, vt qui petit, poſſit eo ipſo caſu fieri
heres iure ciuili ſed hoc tantùm inquirit, an ſit ex iis
perſonis quibus lex defert hereditatem, ita vt poſſet
etiam iure ciuili heres fieri ſi aliud nihil impediret.
Alioqui nunquam eſſet vtile auxilium prætoris in
danda bonorum illa poſſeſſione, niſi cùm non eſſet
neceſſarium: neque verò bonorum poſſeſſionis auxi-
lium ideo vnquam excluditur, quòd alius iam heres ſit,
ſi modò alius ille non habeatur à prætore pro herede,
vt in *l. ſiue patronus 11. §. vlt. D. de iure patron. l. etſi ex
medica 6. §. ſi filius D. de boni. libert.* Aliud eſt † in 14
ſpecie, quam idem Vlpianus tractat in *d. l. 2. §. ſi bono-
rum ad Tertyll.* ſi bonorum poſſeſſione accepta filius
emancipatus abſtinuerit ſe hereditate per in integrum
reſtitutionem. Verum enim eſt Senatuſconſultum poſſe
hîc locum habere, non ſolùm hactenus vt bonorum
poſſeſſionem Vnde legitimi matri dare prætor debeat,
ſed etiam vt ex Tertilliano heres fieri mater poſſit, quia
nihil vetat heredem fieri matrem, etiam poſteà quàm
filius bonorum poſſeſſionem accepit, cùm ea bonorum
poſſeſſio non heredem ipſum fecerit, ſed bonorum
poſſeſſorem. Sed ſi fuerit rurſus immixtus filius bene-
ficio alterius reſtitutionis, non ideo quidem deſinet
mater heres eſſe, cùm nec filius rurſum ſe immiſcendo
heres fiat ſed tamen rurſus debebit mater abſtinere,
quoniam non ea mens fuit Senatuſconſulti vt ma-
trem vocaret ad filij hereditatem quandiu aliquis ex
liberis filij heres eſſe vellet & velle poſſet, ſiue ab initio,
ſiue ex poſtfacto, cum eam ob cauſam vſus ſit ſena-
tus verbis extenſiuis. Sic & in *§. vlt. d. l. 2.* vbi idem
Vlpianus quærit, † Matre prohibita ius ſuum vindi- 15
care ob non petitum filio impuberi tutorem, vtrum
cæteros admittamus atque ſi mater non eſſet, an ipſam

dicamus heredem fieri, vel aliud ſucceſſionis nomen
induere, ſed denegemus ei actiones, tanquam indignæ,
atque ita fiſco locum aperiamus. Placet ex reſcripto
Imperatoris Antonini, matre remota eos admitti, qui
venirent, ſi mater non fuiſſet: id eſt, & agnatos & ex-
cluſis agnatis cognatos ſuccedere, aut ſi nemo ſit,
tum demum bona vacare: admitti, inquam ad heredi-
tatem, ita vt fiant heredes iure ciuili, ſi ſint ex iis,
quibus lex 12. tab. defert hereditatem, id eſt, ſi ſint
agnati, aut ad bonorum poſſeſſionem, ita vt fiant bo-
norum poſſeſſores, ſi ſint ex iis qui non vocantur
niſi ex mera indulgentia prætoris, cuiuſmodi ſunt
cognati, *l. 1. D. vnd. cognat.* Cur non enim agnati
poſſint heredes eſſe, cùm, mater nunquam ex Tertyl-
liano heres fuerit? Quomodo namque potuiſſet ex
Tertylliano heres eſſe mater, quam conſtitutio prohi-
bet ius ſuum vindicare? Dices, Quænam igitur eo
16 loco poterat tanta eſſe ratio dubitandi, † vt tam ſo-
lemni Imperatoris reſcripto res egeret. Nimirum, quia
conſtitutionis verba non ſatis exprimebat, verum pro-
hiberetur mater heres eſſe ex Tertylliano, an potiùs
exequi ius ſuum poſtquam heres facta eſſet. Quo
poſteriore ſenſu admiſſo, nullus proximis agnatis
cognatiſve locus relictus eſſe videbatur, ſed bona fieri
vacantia, & fiſcum inuitare, vt in *l. vlt. D. de ſucceſſ.
edict.* Sed & cùm verba illa conſtitutionis, quibus pro-
hibebatur mater ius ſuum vindicare, hoc apertè præ
ſe ferrent, vt non eo minùs ſaltem deferretur matri
hereditas, (alioqui non erat prohibenda ius ſuum
vindicare: quæ ius nullum habuiſſet) videtur hoc
ſufficere ad agnatos excludendos, cùm in agnatis eo
tempore non eſſet iure ciuili ſucceſſio, *d. §. placebat.
Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Verum aliter viſum eſt
17 optimo Imperatori, † ratione illa quam in alio caſu
ſuprà vſurpauimus quòd delatio, quæ fit ex SC. Ter-
tylliano, alia ſit à delatione quæ fit ex lege duodecim
tabularum. Hoc enim cùm euenit, poteſtas vnius le-
gis hereditatem deferentis non poteſt conſumere de-
lationem ex alia lege poſtea faciendam. Cæterum in
omnibus iſtis caſibus perpetuum & ſimile illud eſt,
quòd nec vnquam deſinit heres eſſe is qui ſemel heres
fuit, nec vnquam euenit vt duo ſint eidem perſonæ
in ſolidum heredes. Hæc verò omnia malè noſtri vulgo
18 explicant. Putant † enim, cùm ſuis heredibus exi-
ſtentibus mater admittitur, ſuos heredes non eſſe here-
des, ſed matrem, quæ admittitur ex Tertylliano, quaſi
nudum nomen ſui heredis non magis noceat matri,
quàm ſi heres ille in rerum natura non eſſet. Alioqui
non debuerat Bartolus hoc argumentum prætermit-
tere, quod erat omnium fortiſſimum ad probandum
poſſe duos in ſolidum heredes eſſe. Is ſanè ad d. §. vlt.
ſcribit generaliter, nudum nomen ſui heredis non
ſufficere ad alios excludendos, ita innuens non obſcu-
19 rè, † nihil obſtare ſuos heredes qui ſe abſtinuerunt,
quominus alij non tantùm ad bonorum poſſeſſionem
admitti poſſint, vt fiant bonorum poſſeſſores, ſed
etiam ad hereditatem, vt fiant heredes: quod certè
falſum eſt. Rurſus in ſpecie & quæſtione d. §. vlt. ſic
ille loquitur, quaſi mater ita excludatur à ſucceſſione
filij, vt nec ei deferatur hereditas. Inde nimirum ac-
cepta occaſione diſputandi de ſtatutis excluſiuis fœ-
minarum non extantibus maſculis. Atqui hoc falſum
eſt. Nam tum quoque cùm mater, peccauit ob non
petitum filio tutorem, non eo minùs tamen defertur
illi ex Tertylliano hereditas, ſed tantùm prohibetur
per conſtitutionem ne ius ſuum vindicet, id eſt, ne ſibi
hereditatem acquirere poſſit. Quæ res agnatis cæteris
locum facit, vt docuimus.

ERROR VIII.

De differentia excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de conuenientia excluſionis ſtatutariæ à iure ſuccedendi, & eius quæ per iuratam renuntiationem inducitur, nec non eius quæ per exheredationem.*
2 *Autoris oppoſita aſſertio.*
3 *Exheredatio non poteſt alibi fieri, quàm in teſtamento & quidem valido, adeoque ex quo ſit adita hereditas.*
4 *Excluſio quæ per ſtatutum aut pactum inducitur ab ea quæ per exheredationem fit quì differat.*
5 *Conuenientia excluſionis quæ fit per ſtatutum cum ea quæ fit per pactum.*
6 *Excluſionis quæ fit per pactum propria natura.*
7 *Delatio & acquiſitio hereditatis quomodo differant.*
8 *Delatio hereditatis per pactum impediri non poteſt, acquiſitio poteſt.*
9 *Pactum quo renuntiatur hereditati nihil eſt quod confirmet præter iuriſiurandi religionem.*
10 *Excluſio quæ fit per ſtatutum eſt potentior ea quæ fit per pactum.*
11 *Statuti quæ vis & natura.*
12 *Statutis hereditates deferri poſſunt.*
13 *Statutis & acquiſitio & delatio hereditatis impediri poſſunt.*
14 *Reuocatur ab autore ſententia de vi excluſionis ſtatutariæ in prima parte Err. propoſita.*
15 *Non poteſt impuné à patre prateriri filia quæ nonniſi per renuntiationem excluſa eſt.*
16 *Filia excluſa per renuntiationem malè æquiparatur incapaci à Bartolo.*
17 *Filia, quæ renuntiauit, cogitur abſtinere metu periurij, licet ipſo iure ſit heres.*
18 *Filia excluſa per ſtatutum habetur pro mortua, ac impuné præteritur, & n. 14.*
19 *Filia excluſa per ſtatutum fruſtra renuntiat per pactum.*
20 *Exceptio proņuntiati proximè propoſiti ex ſententia interpretum.*
21 *Autoris ſententia de ipſa exceptione.*

ÆQuiparare ſolent pragmatici † & inter- 1
pretes noſtri excluſionem à iure ſucce-
dendi, quæ inducitur per ſtatutum, &
eam quæ per iuratam renunciationem,
vtramque verò ſimilem facere excluſioni,
quæ fit per exheredationem: Quod his omnibus ca-
ſibus perinde eueniat vt non poſſit ſuccedere perſona
quæ alioqui ſucceſſura eſſet. Sic enim Bart. ad *l. 1. §.
qui habebat. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Indéque
multa inferunt, vt nimirum quicquid vno caſu conſti-
tutum reperitur, ad alios omnes tanquam ſimiles porri-
gatur. Mihi tamen † larga videtur inter iſtas excluſio- 2
nes eſſe differentia: præſertim verò inter eam quæ in-
ducitur per ſtatutum, & eam quæ per iuratam renun-
ciationem, ex autoritate capitis, *quamuis pactum, D.
de pact. in 6.* Nam de exheredatione nunc dicere nihil
attinet, cùm pertineat illa ad cauſam teſtari: Nec enim
† exheredatio alibi poteſt fieri quàm in teſtamento, & 3
quidem valido, adeóque ex quo adita ſit hereditas, *l.
filium 22. D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. ſi patronus 12. §.
ex teſtamento. D. de bon. libert.* Cæteræ † autem exclu- 4
ſiones, quæ vel per ſtatutum, vel per pactum indu-
cuntur,

cuntur, ad cauſam inteſtati tantùm pertinent, ne alio-
qui liberam teſtandi facultatem, quam potiùs ampliare
deberent, conſtringere, ſi non penitus auferre vide-
5 rentur. Et in hoc ſanè conueniunt, † quòd perſonam
excluſam ſubmouent à ſucceſſione inteſtati (quod
vnum interpretes intuentur) ſed tamen ita vt multum
interſit an per ſtatutum, an per pactum quis excludatur.
6 Excluſionem enim † quæ per pactum inducitur, cer-
tum eſt, nec interpretes diffitentur habere tacitam con-
ditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, vt Bart.
Caſtrenſ. & cæteri tractant ad *l. qui ſuperſtitis 94. D. de
acquir. hered.* & nos in Prima Chiliadis noſtræ parte
pluries inculcauimus, quia fieri non poteſt, vt quis ex-
cludatur ab hereditate priùs quàm vlla ſit hereditas,
quæ porro viuentis nulla eſſe vnquam poteſt *l. 1. D de
hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* ita fit vt per hu-
iuſmodi renunciationes iuratas delatio hereditatis non
7 impediatur, ſed tantum acquiſitio. Delatio enim † pen-
det à voluntate legis, *l. lege obuenire 130. de verb. ſignific.*
acquiſitio autem extra cauſam neceſſariorum & ſuorum
heredum à voluntate hominis: *l. delata 151. eod. al. 1.
ficut 4. C. de repud. vel abſtin. hered. l. nec emere 16. C. de
8 iur. delib. l. 4. D. ad SC. Trebell.* Ideóque non poteſt † per
pactum fieri, quantumuis iuratum ſit, vt poteſtas legis
impediatur quominus lex hereditatem deferat ipſi etiã
perſonæ quæ renunciauit, quia ſemper verum eſt quod
Papianus dicebat in *l. penult. D. de ſuis & legit.* priuato-
rum pactiones legum autoritate non cenſeri. Cúmque
9 nihil ſit † quod pacta iſta inuitis legibus confirmet
præter iuriſiurandi religionem, cuius præcipuam auto-
ritatem eſſe ſacroſancti Pontifices voluerunt, ne periu-
rium incurratur, ſi non reſeruetur iuſiurandum quod
ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ, apparet
non poſſe incurri periurium, tametſi perſona, quæ re-
nunciauit, patiatur deferri ſibi hereditatem, quando-
quidem delatio, præſertim quæ fit ex lege 12. tabul. fit
nobis etiam inuitis. Neque verò id agit is qui renuncia-
tionem extorquet per ſtipulationem, vt impediat ne
hereditas renuntianti deferatur, ſed tantùm ne acquira-
tur, vt aliis ab inteſtato ſucceſſuris proſit, non quaſi
mortua iam perſona quæ renuntiauit, vt malè interpre-
tes iactitant, ſed potius iure adcreſcendi, vt fit, quoties
ex alia qualibet cauſa portionẽ ſibi delatam quis agnoſ-
cere vel non vult, vel non poteſt. Impeditur ergo dum-
taxat acquiſitio hereditatis per huiuſmodi renunciatio-
nem vires ſuas exerentem eo ipſo inſtanti quo hereditas
per legem defertur, vt eodem tempore & delatio fiat &
10 excluſio, *arg. l. quoties 14 D. de nouat.* At † excluſio quæ
fit per ſtatutum longè potentior eſt. Nam cùm ſtatuta
11 ius faciant, nec aliud quicquam ſint, † quàm ius ciuile
eius loci, & populi cuius ſtatuta ſunt, habent procul-
dubio eam vim vt ius ciuile Romanorum tollant qua-
tenus ei aduerſantur ac proinde vt impediant, ne qua
lex, ſiue duodecim tabularum illa ſit, ſiue alia, heredita-
tem deferat ei perſonæ quam ſtatutum excludit. Nam &
12 ſtatutis † hereditates deferri poſſe conſtat, vt ex aliis
quibuſuis legibus, ſiue nouas ſucceſſiones inducere ſta-
tuentes velint, ſiue ſucceſſionum ordinem antiquis po-
puli Romani legibus conſtitutum immutare: cùm iura
omnia hereditatum, maximè verò legitimarum ſint ex
legibus, ideóque pro legiſlatoris arbitrio conſtitui &
emendari poſſint. Itaque ſi ponamus ſtatutum tale eſſe,
per quod excludantur fœminæ fauore maſculorum, &
quæras, Extantibus maſculis, & fœminis, hereditas cui
deferatur? Reſpondebo deferri ſolis maſculis, fœminis
autem nullo modo, tanquam quæ excluſæ ſint, non
tantùm ab inquiſitione, ſed etiam à iure ipſo delationis.
13 Non enim poſſis † negare quin ſtatutum hoc facere &
voluerit & potuerit, cùm fœminas excluſit. In eóque
nos ipſi errauimus pragmaticorum errorem ſecuti in
14 Error. 1. Decad. 13. cùm diximus † excluſioni ſtatutariæ
eandem ineſſe tacitam conditionem quæ renuntiationi,

ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Et hac verò differen-
tia, ne ab interpretibus, nec à nobis ante hunc diem
obſeruata, naſcuntur aliæ quàm plures quarum aut ne-
glecta, aut ignorata obſeruatio grauiſſimis erroribus
cauſam dedit. Sed an illa primùm, quòd filia, quæ per
ſtatutum excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, poteſt im-
punè à patre præteriri, nec habet ius decidendi nullum
cum neque ſit ſua res, neque ei deferatur hereditas ab
inteſtato? ita putat Bart. ad l. vlt. §. *quando in pendenti,
num. 5. ad SC. Tertyll.* vbi ait. Eum qui non poteſt ſuc-
cedere poſſe impunè præteriri: ſed non exiſtimo ſen-
tentiam hanc defendi poſſe. Eſt enim filia hæc ſua heres
vtroque tempore, & teſtamenti & mortis, vt defende-
mus in Err. 5. Decad. 39. Illud planè verum eſt, licèt ab
eiuſdem Bartoli & cæterorum interpretum traditioni-
bus alienum: † Non poſſe impunè à patre præteriri fi- 15
liam quæ non ſit excluſa niſi per renunciationem. Hæc
enim non tantùm ſua eſt tempore teſtamenti & mortis
patris, ſed etiam habet ius ſuccedendi, cùm ei deferatur
hereditas per legem ac ſi non renunciaſſet, adeò vt nec
impleta ſit conditio tacita renunciationis, priuſquam ſit
hereditas ipſi delata, quamuis renunciatio faciat vt ius
illud ſuum quod reuera ipſi competit, vindicare pro-
hibeatur: exemplo eius, quod in matre quæ filio ſuo
tutorem intra annum non petiit conſtitutio induxit, vt
quamuis hereditas ei ex Tertylliano deferatur, ius ta-
men non habeat vindicandorum bonorum, *d. l. 2. §. ſi
mater. & 9. vlt. D. ad SC. Tertyl.* Quia ſicuti mater ob id
quod non petiit tutorem, non eo magis deſinit eſſe
mater, nec proinde poteſt ea culpa matris impedire po-
teſtatem Senatuſconſulti quod defert hereditatem matri
tanquam matri, *l. tutelas 7. D. capi. minut.* Ita nec filia
quæ per pactum renunciauit cum iureiurando, deſinit
eſſe filia, adeóque ſua heres, cùm neque deſinat eſſe in
poteſtate, & primum gradum tenere in cauſa ſuccedendi
quantum ad ius delationis. Ex quibus totum ius ſui
heredis æſtimatur, *l. filiusfamilias 33. D. de teſtam. milit.
l. ſcripto 7. vnd. liber.* Cúmque in ſuis heredibus idem ſit
inſtans delationis & acquiſitionis, qui à primo inſtanti
heredes reperiuntur ipſo iure, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate
D. l. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* adeóque etiam viuo adhuc
patre, *l. in ſuis 11. De liber. & poſthum.* poteſt audacter
quidem, ſed verè dici, per renunciationem filiæ non
magis impediri acquiſitionem quàm delationem heredi-
tatis, ob idque neceſſariam eſſe exheredationem ad ex-
cludendam hanc filiam ab hereditate patris, *d. l. in ſuis,*
tantum abeſt vt poſſit impunè præteriri quomodo vo-
lunt interpretes, aut vt æquiparanda † ſit incapaci, quo- 16
modo eam æquiparat Bart. *ad l. 1. §. pen. de contr. tab.* Re-
nunciatio enim iſta maiorem vim habere non poteſt,
quàm vt cogat filiam † ſe abſtinere metu periurij: quan- 17
doquidem licèt in ipſius arbitrio non ſit facere quomi-
minus defuncto patre deferatur ſibi per legem, & acqui-
ratur portio hereditaria, quam effectu quoque ipſo con-
ſequeretur ſi non renuntiaſſet, liberum tamen arbitrium
habet vel immiſcendi, vel abſtinendi, *l. neceſſariis 57. D.
de acquir. hered.* Et idcirco ne periurium incurrat, facere
debet quod in ſe eſt, non ne ſuccedat, quòd facere non
poteſt, ſed vt in effectu pro eo habeatur ac ſi non ſuc-
ceſſiſſet, quod fit per abſtenſionem: quia liberos ſuos
heredes, qui ſe abſtinent, licèt reuera heredes ſint iure
ciuili, heredum tamen loco prætor non habet, *l. ſi filius
12. D. de interrog. act.* Ergo quemadmodum ſuus heres
non eo minùs ſtatim heres eſt & ipſo iure quòd poſſit
abſtinere, *d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ.
teſt.* imò nec ob id quod ſe iam abſtinuerit, *d. l. cum quaſi
30. §. ſed etſi ſuus, D. de fideic. liber.* Ita & filia quæ renun-
ciauit, cùm remaneat ſua, heres, licèt per renunciatio-
nem amiſerit ius & arbitrium ſe immiſcendi; non eo
minus tamen heres eſt, nec proinde poteſt haberi pro
mortua, qualem haberi eam neceſſe eſſet, vt impunè præ-
teriri poſſet, quomodo habenda eſt pro mortua † ea quæ 18
excluſa

excluſa eſt per ſtatutum, quia ſtatutaria illa excluſio nõ habet eandem tacitam conditionem quam habet renunciatio, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, cùm poteſtate ſtatuti tanquam ſpecialioris, & conſequenter potentioris legis non tantùm acquiſitio, ſed etiam delatio hereditatis impediatur, quæ non poteſt fieri niſi ex lege. Ex
19 quo infertur neceſſariò, quod nemo obſeruat, ſi filia † quæ iam per ſtatutum excluſa eſt, renunciauerit per pactum quantumlibet iuratum, nullius momenti eſſe renunciationem. Non ſolùm quod quemadmodum nec ea magis mea fieri nõ poteſt, §. *ſic itaque Inſtit. de action.* ita nec fieri queat vt perſona iam excluſa rurſum magiſque excludatur, verùm etiam quia nunquam poteſt impleri conditio illa tacita quam renuntiationi omnes ineſſe fatentur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, auctoritate ſcilicet ſtatuti impediente ne vnquam deferri hereditas poſſit ab inteſtato. Poterit quidem deferri ex teſtamento, ſed non pertinet ad hunc caſum renuntiatio, Id eſt, ad excludendam filiam ab iis quæ per teſtamentum ei delata voluerit pater, quamuis pertineat ad caſum quoque teſtati, quantum ad hoc, vt facto teſtamento filia quæ renuntiauit, excludatur à petitione ſupplementi legitimæ, ſi modò expreſſim ei renuntiauit. Hoc enim etiam inuitis nobis exigunt interpretes contra quos diſputauimus in priore Chiliadis noſtræ parte. Ergo prorſus inutilis eſt renunciatio ſi fiat per filiam,
20 quæ iam excluſa ſit ſtatuto: niſi fortè ponas excluſionem ſtatutariam eſſe temporalem duntaxat & ſuſpenſiuam, (quod euenit ſecundùm interpretes cùm excluditur filia quoaduſque maſculi ſupererunt) excluſionem verò quæ per renunciationẽ inducatur eſſe perpetuam. Quod cùm accidit, renunciationis ea vis & poteſtas erit vt tunc incipiat excludere filiam, cùm excluſio ſtatutaria
21 finem acceperit. Sed iam dixi in præcedentibus, † non magis poſſe per ſtatutum quàm per pactum induci temporales iſtas & ſuſpenſiuas excluſiones, quin ſaltem extinguatur ſuſpenſio ex die agnitæ hereditatis, non quòd maior non ſit vis ſtatuti quàm pacti, cùm ſtatutum legis vim habeat quam pactum non habet. Sed quia per huiuſmodi temporales & ſuſpenſiuas excluſiones ſic acceptas, quomodo ab interpretibus accipiuntur, abſurdum illud inducitur vt nunc heres ſit ad tempus, alius verò ex tempore, quod nos probauimus fieri nullomodo poſſe, ne quidem per legem: cúmque verum ſit quod nos etiam probauimus, non poſſe ampliùs deferri ab inteſtato hereditatem quæ iam ſemel fuerit non modò delata, ſed etiam acquiſita, omninò conſequens eſt, vt eo quoque caſu quo ſtatutum per verba ſuſpenſiua conceptum ſit, perinde verum ſit nunquam poſſe tacitam illam renunciationis conditionem exiſtere ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Planè ſi maſculi, quorum ſolo fauore excluſa eſſet per ſtatutum filia, & cum illa adiectione *quandiu liberi maſculi ſupereſſent*, omnes decederent viuo eo, de cuius hereditate ageretur, poſſet effectum habere renuntiatio quæ facta eſſet, vt fieri paſſim ſolet fauore heredum & ſucceſſorum quorumcunque, & adueniente quocunque caſu, ac in omnem euentum. Tunc enim deficiente poteſtate excluſionis ſtatutariæ, nondúmque adita per quemquam hereditate, nihil vetaret deferri ab inteſtato hereditatem filiæ quæ renuntiaſſet, atque ita renunciationis conditionem impleri, eodémque inſtanti vires ſuas exercere renunciationẽm in eius commodum, qui remota filia proximior eſt ad ſuccedendum, licèt non ſit ex liberis, aut ex maſculis defuncti. Finge fratrem eſſe aut filiam quæ nunquam renunciauerit, nihil vtique prohibebit admitti hanc, aut illum beneficio renunciantis, qui tamen admitti non poſſent beneficio ſtatuti, ſi renunciatio nulla interueniſſet.

ERROR IX.

De ſtatuto excludente fœminas, extantibus vel ſuccedentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter excluſionem ſtatutariam & conuentionalem.*
2 *Filia quæ renuntiauit non prohibetur ſuccedere ſi conſentiant ij quibus renuntiatio prodeſſe poterat.*
3 *In omni iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas ſuperioris.*
4 *Filia per ſtatutum excluſa non poteſt ſuccedere, licèt ij conſentiant quibus ſucceſſio defertur aduerſus Bart. & Bald. & n. 8.*
5 *Vbi ſtatuta fœminas à patris inteſtati ſucceſſione excludunt ſiue maſculorum, ſiue odio ſexus, ibi nulla attenditur quoad fœminas legitima hereditatis delatio.*
6 *SCti Tertylliani non ea mens vt agnatos planè excluderet, ſed tantùm matrem iis præferret, niſi tamen verbis extenſiuis vſus fuiſſet Senatus agnatos excludebat.*
7 *Filius non eſt matri, ſed patri.*
8 *Statutum eſt lex ſeu ius non tantùm municipale, ſed etiam ciuile.*
9 *Delatio hereditatis præcedit acquiſitionem, nec ab ea pendet.*
10 *Vt filia ſtatuto excluſa ſuccedat, non ſufficit ſi maſculus renuntiet ſtatuto, & fauori pro ſe introducto.*
11 *Conditione excluſionis ſtatutariæ ſemel exiſtente excluſio habetur pro pura ac perpetua.*
12 *Statuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipiunt.*
13 *Licet ſtatutum conceptum eſſet verbis extenſiuis, etiam abſtinentibus maſculis qui ſemel ſucceſſiſſent, adhuc tamen excluſa maneret filia.*
14 *In ſtatutis non paſſim valet argumentum à contrario ſenſu.*
15 *Lex negatiuè concepta nihil noui & affirmatiui conſtituere poteſt.*
16 *Inter excludi & admitti ad hereditatem datur medium, ſuntque contraria non contradictoria.*
17 *Argumentum à contrario ſenſu quomodo formari debeat.*
18 *Non ſuccedere modò negatiuè, modò priuatiuè ſumitur.*
19 *Non ſuccedere ſumptum negatiuè opponitur contradictoriè ei quod eſt ſuccedere.*
20 *Non ſuccedentibus maſculis non continuò admittitur fœmina de qua non eſt cautum vt non ſuccedat.*
21 *Poſt abrogatum ius commune per ſtatutum fœminarum excluſorium, nequidem extra caſum ſtatuti ex iure communi fœmina ſuccedit.*
22 *Niſi Senatus vſus eſſet verbis extenſiuis abſtinentibus liberis per in integrum reſtitutionem agnati matris admitti non potuiſſent.*
23 *Succedere nolentibus maſculis ex ſtatuto fœminæ ſuccedere nequeunt, niſi reſtituatur ius commune.*

ALia † inter hæc duo genera excluſionum, 1
ſtatutariæ ſcilicet & conuentionalis, differentia illa eſt, quòd filia quæ renuntiauit, non ideo prohibetur † ſuccedere ac 2
ſe immiſcere, ſi conſentiant, & iuſiurandi gratiam faciant ij, quibus alioquin renunciatio prodeſſe poſſet, & deberet.] Quidni enim liceat filiæ, quæ iam ipſo iure, adeóque inuita heres, tanquam ſua heres, & neceſſaria, hereditatis commodum quod per præmaturam renuntiationem

tiationem à ſe abdicauerat, retinere citra metum per-
iurij, cùm ij conſentiant quorum poteſt intereſſe? Ha-
bet enim omne iuſiurandum tacitam conditionem, ſi in
eodem ſtatu res manebunt, *l.vltim. D.qui ſatiſd.cogant.*
3 Et quemadmodum in omni † iureiurando intelligitur
excepta voluntas & authoritas ſuperioris *l. vltim. in
princip. D.ad municip.* Ita & multò magis intelligi debet
excepta voluntas eius qui ex periurio læderetur, cùm
liceat cuilibet ſuo iuri renuntiare, *l.penultim.C.de pact.*
4 *l.pactum 46. D.eod.* At filia † quæ per ſtatutum excluſa
eſt, quamuis non niſi fauore maſculorum ſuccedere
nunquam poteſt, ſi modò maſculus vel vnus ſuperſit eo
tempore quo inteſtati ſucceſſio defertur, id eſt, quo cer-
tum eſſe incipit patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe,
nec ſi maſculus ille nolit ſuccedere, conſentiatque vt
filia ipſa ſuccedat. Etſi non ignoro Bartoli ſententiam
vulgò receptam eſſe aliter exiſtimantis ad d.*l.2.§.penult.
num.7.D.de bonor.poſſeſſ.contra tab.ex l.2.§.ſed ſi ſint ſui,
D.ad SC.Tertyll.* quam & probat Baldus ad *l.maximum
vitium,n.1.C.de liberis præter.* Cum enim non poſſit ex-
cludi filia à ſucceſſione patris inteſtati, ſiue fauore maſ-
culorum, ſiue, quod eſſet iniquius, odio ſexus, quin ab-
rogetur hoc ipſo totum ius ciuile, quod leges duodecim
tabularum, & Iuſtiniani conſtitutiones induxerunt cir-
ca parentum hereditates inter liberos vtriuſque ſexus
ex æquis portionibus diuidendas, *d.l.maximum vitium
4. D de liber.præter.& Nouell.*118.*de hered.ab inteſt.ve-
5 nient.cap.*1. Conſequens fit, † vt in quibus locis eiuſ-
modi ſtatuta vigent, neceſſariò fatendum ſit nihil am-
pliùs tractandum eſſe de hereditatis delatione, quæ alio-
quin fieret, ſiue ex lege duodecim tabularum, ſiue ex
conſtitutionibus Iuſtiniani, ſed ſolius ſtatuti authoritas
& poteſtas ſpectanda ſit, vt quæ ex ſtatuto non poteſt
deferri hereditas in illis caſibus, de quibus ſtatutum lo-
quitur, ea nullo modo, & ex alia nulla lege deferatur.
Nec enim fieri poteſt, vt ea hereditas eodem tempore ex
diuerſis planéque pugnātibus legibus delata dici queat,
ſed quoties noua lex cum vetere pugnat, neceſſe eſt de-
lationem fieri ex ſola poſteriore, nullamque penitus ha-
beri prioris & veteris rationem. Qua de re habemus
6 exemplum illuſtre in Senatuſconſulto Tertylliano, †
cuius licèt non ea mens fuerit, vt agnatos qui ex lege
duodecim tabularum deficientibus ſuis vocabantur, ex-
cluderet; ſed tantùm vt matrem iis præferret, *d.l.2.§.ſi
mater hereditatem, D. ad SC. Tertyll.* hoc ipſo tamen
quod agnatis matrem prætulit, cui lex duodecim tabu-
larum nullum ius dabat, agnatos quoque in perpetuum
excluſit. & legem duodecim tabularum abrogauit, ita vt
nullo caſu admitti poſſent agnati, id eſt, nec ſi mater
legitimam filij hereditatem omitteret, ſi non ob hanc
cauſam fuiſſet vſus ſenatus verbis extenſiuis, hoc etiam
addito, vt in eum caſum, quo mater nollet ſuccedere, ius
antiquum ſeruandum eſſet, *d. §. ſi mater*, ſicut & Sena-
tuſconſultum Orphitianum, vocando filios ad ſuc-
ceſſionem matris inteſtatæ, quibus antea ex lege duode-
cim tabularum agnati matris præferebantur, nec enim
7 filius † matri agnatus proximus eſt, vt eſt patri, *l. filius
12. D. de ſuis & legit.* alioqui nullo opus fuiſſet Sena-
tuſconſulto; cùm potuiſſet ille ſuccedere, quomodo &
alius quilibet agnatus, adeóque ante omnes, tanquam
proximus, *l.2.§.1. D.vnd.legit.* hoc ipſo excluſit matris
agnatos, ne poſſent vllo caſu ſuccedere, niſi eo ſolo
quem nominatim Senatus excepit his verbis quæ Vl-
pianus refert in 1. §. *ſi nemo. eod. ſi nemo filiorum eorum
quibus ſimul legitima hereditas deferetur, volet ad ſe eam
hereditatem pertinere, ius antiquum eſto. iunct.l.filij 6.§.1.
eod.* Porrò quod fecit, facéréque potuit Senatuſconſul-
tum, faciet etiam, poteritque facere ſtatutum, cùm non
modò habeat vim legis, ſitque legi ſimilis conſtitutio, vt
de Senatuſconſulto ſcriptum eſt in §. *Senatuſconſultum,
Inſtit.de iur.natur. gent.& ciuil. & §.quos autem, Inſtit. de
8 bonor.poſſ.* ſed etiam ſit † lex ipſa, & ius, quod nos pro-
priè non ſolùm municipale, ſed etiam ciuile appella-
mus, proprium ſcilicet cuiuſque ciuitatis. Atqui in ſta-
tuto, quod nos ponimus ita conceptum fuiſſe, vt *extan-
tibus maſculis fœmina non ſuccedat*, nulla ſunt verba ex-
tenſiua, ſed ſunt omnia præciſa, & relata præciſè ad il-
lud ipſum inſtans, quo ſuccedi poteſt ab inteſtato, id
eſt, quo certum eſſe incipit, patremfamiliâs deceſſiſſe in-
teſtatum. Igitur ſi eo tempore aliquis ſuperſit maſculus;
etiamſi nolit ſuccedere, filia tamen omnimodo erit ex-
cluſa. Quomodo enim poſſet ſolus maſculus ſuccedere
etiamſi vellet: ſi non ei deferretur tota ſucceſſio, partim
ex propria perſona, partim ſaltem iure adcreſcēdi? Quo-
modo autem poſſet ei tota deferri, ſi filia non eſſet in to-
tum excluſa? Cùm igitur excluſio filiæ inducatur eo in-
ſtanti, quo inducitur delatio quæ fit maſculo: delatio † 9
autem præcedat acquiſitionem, neque ab ea pendeat,
ſed è contrario acquiſitio à delatione, ſaltem ordine in-
tellectus (omnia enim iſta per legem fiunt eodem in-
ſtanti) fatēdum neceſſariò eſt, excluſionem quoque filiæ
eſſe anteriorē acquiſitione, quæ poſtea ſequatur in per-
ſona maſculi: & ideò ſiue maſculus ſuccedere poſtea ve-
lit, ſiue nolit, manere ſemper excluſam filiam quæ iam
ante declaratam maſculi voluntatem excluſa fuit. Quare
ad rem non pertinet quod noſtri obiiciunt, † poſſe 10
quemlibet renuntiare ſtatuto & fauori pro ſe introducto.
Non enim ſufficere renuntiari ſtatuto, niſi etiam ius anti-
quum reſtituatur, quod per ſtatutum fuerat abrogatum.
Hoc verò à priuati hominis voluntate pendere non po-
teſt: alioqui debuerat ſtatutum ita concipi, *ſuccedenti-
bus maſculis fœmina non ſuccedat*, non, quomodo conce-
ptum eſſe poſuimus, *extantibus maſculis.* Aliud enim eſt,
extare maſculos, aliud verò ſuccedere. Et cùm ablatiui
illi abſoluti reſoluantur in conditionem, quod & Barto-
lus fatetur ad *d. l.2. §. vlt.ad Tertyll.ex l.a teſtatore* 209.
de condit. & demonſtr. apparet nihil referre an ſtatutum
ita conceptum ſit, *extantibus maſculis*, an verò *ſi maſculi
extabunt.* Proinde extare maſculos ſufficit, vt conditio
† excluſioni ſtatutariæ exiſtat: qua porrò ſemel exiſten- 11
te excluſio habetur pro pura, *l. potior.*11 *D.qui potior. in
pign. habeant.* & conſequenter pro præciſa & perpetua;
ac ſi abſolutè ſcriptum eſſet, *fœmina non ſuccedat*: quod
ſi factum eſſet, nemo dubitaret, quin omni caſu, & in
omne tempus fœminæ excluſæ eſſent à ſucceſſione in-
teſtati. Idémque eſſet ſtatuto ita concepto, *maſculis ſuc-
cedentibus fœmina non ſuccedat*, ſi modò poneres maſcu-
los nō tantùm extare, ſed etiam ſemel ſucceſſiſſe, tametſi
fortè poſteà omitterent ſucceſſionem beneficio abſten-
ſionis ex edicto perpetuo, aut etiam in integrum reſti-
tutionis: quoniam verbum illud *ſuccedentibus* non eſt
extenſiuum, vt poſſis admittere pœnitentiam & muta-
tionem voluntatis, non magis quàm verbum *extantibus.*
Quare nec eſt quod quis dicat ſtatutum cùm de ſucce-
dentibus maſculis locutū fuit, de iis ſenſiſſe qui effectu
ipſo ſuccederent, & ſucceſſionem perpetuò retinerent,
quaſi nec ſucceſſiſſe vnquam videatur, qui poſteà ſuc-
ceſſionem à ſe abdicauit, vt ſolemus dicere, *Non videri
verſum, quod non erat verſum, l. ſi pro patre 10.§.verſum,
D.de in rem.verſ.* Nam tritum eſt apud interpretes, † ſta- 12
tuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipere, & ex
mera proprietate verborum: negari autem non poteſt
heredem verè ac propriè eſſe illum qui ſemel fuit, quāuis
poſteà ſe abſtinuerit, *d.§.ſed etſi ſuus, l.neceſſarius 57.D.
de acquir. hered.* non ſecus acſi poſt agnitam heredita-
tem ſine herede deceſſiſſet. Non poteſt igitur ſuperue-
niens abſtenſio maſculi, qui iam ſucceſſit, facere vt ad-
mittatur fœmina, quam ſtatutum in eum caſum quo
maſculi ſuccederent, excluſit. Quid ergo, ſi ſtatutum cō-
ceptum † eſſet per verba extenſiua exemplo Senatuſcon- 13
ſulti Tertyl.& Orphitiani in hunc modum, *ſi quis maſ-
culorum ſucceſſionem ad ſe pertinere volet, fœmina exclu-
datur*: eſſet ſanè hic caſus dubitabilior, quia verbū *volet*,
cùm ſit extenſiuum, haud dubiè admittit pœnitentiam
d.l.

d.l.filij.§.1. verumque eſt, hunc non velle, licèt aliquan-
do voluerit, *d.l.1.§.ſi quis adita. eod.* Sed tamen adhuc
dicerem, etiam abſtinentibus maſculis omnibus, qui
ſucceſſiſſent, excluſam perpetuò manere filiam, quæ iis
ſuccedentibus ſemel excluſa fuiſſet. Ratio eſt, quoniam
licèt verba extenſiua patiantur, faciántque vt volunta-
tem mutare maſculis liceat, ſi modò ætatis, aut ex quali-
bet alia cauſa reſtitutionis auxilium iis ſuffragetur, non
poſſunt tamen facere vt filia excluſa admittatur. Quo
enim iure admitteretur? An fortè ex verbis ſtatuti? At
verba ponimus ſic eſſe concepta vt ſi iam excludant,
ſiue dictum ſit, *fœmina excludatur*, ſiue dictum ſit, *non
ſuccedat.* Quomodo igitur poſſunt contrarium effectum
operari, vt fœmina admittatur? an potiùs ex mente ſta-
tuti, quaſi à contrario ſenſu ſtatuentium ea mens fuerit,
vt ſi nemo maſculorum ſuccedere vellet, filiæ admitte-
14 rentur? At præter id quod non paſſim † & indiſtinctè
admittunt noſtri valere in ſtatutis argumentum à con-
trario ſenſu, ne quidem ad ſtatuti mentem dignoſcen-
dam. Illud etiam conſtat in conſtituendo iure legitima-
rum hereditatum ſolam legiſlatoris mentem non ſuffi-
cere, ſed opus eſſe, verbis, & quidem affirmatiuis, non ne-
gatiuis, ex quibus hereditas deferri poſſit. Siquidem lex
15 † quælibet negatiuè concepta, nihil vnquam noui & af-
firmatiui poteſt conſtituere. Et quantumuis ex verbis ne-
gatiuis ducas argumentum à contrario ſenſu, nihil ta-
men aſſequeris, niſi vt in caſu contrario ſtatutum non
debeat habere locum, quod ipſum tamen non ſufficit ad
ſenſum affirmatiuum inducendum. Exempli cauſa, ſic
concepto ſtatuto, *ſuccedentibus maſculis fœmina exclu-
datur*, aut etiam ſi voles, *ſuccedere volentibus maſculis*, ſi
argumentaberis à contrario ſenſu hoc vnum inferre po-
teris: Ergo *non ſuccedentibus maſculis*, aut *ſuccedere non
volentibus, fœmina non excludatur.* Sed an ex eo inferes,
Ergo admittetur? Minimè: quoniam aliud eſt, non ex-
16 cludi: aliud verò, admitti: & inter † duo iſta medium
illud eſt, *nec excludi, nec admitti*, quod iis etiam conue-
nit, de quibus ſtatutum nec loqui, nec intelligi potuit.
Nam ſi velles, ſic argumentari, ſtatutum ita loquitur,
Maſculis ſuccedere volentibus fœmina excludatur. Ergo
maſculis ſuccedere nolentibus fœmina admittetur, aper-
tè eſſet vitioſa argumentatio tanquam excedens in ſen-
ſu contrario terminos propoſitionis directæ, vt noſtri
17 loqui ſolent. Debent enim † in vtraque propoſitione &
directa & contraria retineri iidem termini mutato dun-
taxat ſenſu affirmatiuo in negatiuum, & contrà, vt dici
poſſit & debeat argumentum à contradictorio verius
quàm à contrario ſenſu. Atqui ſunt illa contraria non
contradictoria *excludi & admitti.* Contradictoria verò
non contraria, *excludi & non excludi.* Nec aliud erit,
etiamſi ponas ſtatuti verba hæc fuiſſe, *ſuccedentibus*, aut
ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat. Nam
ſi à contrario ſenſu velis inferre, *Ergo ſuccedere nolenti-
bus maſculis fœmina ſuccedet*, propterea quòd *ſuccedere
& non ſuccedere* non tantùm contraria ſint, ſed etiam
contradictoria, dicam in hoc argumento fore fallaciam
18 ex æquiuoco, quia † *non ſuccedere* ſumitur dupliciter,
aut negatiuè, aut priuatiuè. Negatiuè, pro eo quod eſt,
non admitti ad ſucceſſionem: priuatiuè autem pro eo
quod eſt excludi à ſucceſſione. Tã enim nõ ſuccedit qui
non admittitur, quàm qui excluditur: in ſtatuto ita con-
cepto, *ſuccedentibus* aut *ſuccedere volentibus maſculis fœ-
mina non ſuccedat*, accipitur verbum illud priuatiuè.
Prorſus namque idem eſt, acſi ſcriptum eſſet, *fœmina ex-
cludatur*, quia nimirum cùm eſſent fœminæ capaces ſuc-
cedendi ab inteſtato ex iure communi, non erat tractan-
dum de iis non admittendis quæ iam erant admiſſæ, ſed
de iis excludendis. At in illatione quæ ſic fiat: Ergo à
contrario ſenſu perinde eſt acſi ſtatuto cautum eſſet, *ſuc-
cedere nolentibus maſc. fœmina ſuccedat*: verbum *ſucce-
dendi* opponitur verbo *non ſuccedendi* ſumpto negatiuè,
non priuatiuè. Nam cum oporteat ita ſumi vt ſit contra-
dictorium, † certum eſt verba iſta *ſuccedere & non ſucce- 19
dere* ita eſſe contradictoria, ſi *non ſuccedere* ſumatur ne-
gatiuè, non priuatiuè, quandoquidem inter *ſuccedere &
non ſuccedere* priuatiuè ſumptum aliquod medium eſt,
ſcilicet *non ſuccedere*, ſumptum negatiuè. Contradictoria
verò illa demum ſunt quæ medium nullum habent. Ita-
que ex illo antecedenti, *Statutum vult vt ſuccedentibus*,
aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat*,
nihil aliud inferre poſſis à contrario ſenſu, quam quod
facilè admittam, Ergo *ſuccedere nolentibus maſculis*, ve-
rum eſt *ſtatuto non caueri vt fœmina non ſuccedat.* Sed 20
quid poſtea? Ergo fœmina eo caſu admittetur Ego verò
negabo conſecutionem. Nam etſi maximè verum eſt, ſta-
tutum hoc caſu ceſſare quantum ad id, ne poſſit filia ver-
bis ſtatuti dici excluſa: non tamen id ſufficit vt poſſit
admitti, ſi non hoc ampliùs quoque faciant verba ſtatuti,
vt filia admittatur. Dices, Imò non eſſe hoc neceſſe, quia
cùm filia ex iure communi admittatur, ſufficit quod per
ſtatutum excluſa non ſit. Hoc vero eſt, in quo noſtri om-
nes decipiuntur, exiſtimantes † poſt abrogatum ex hu- 21
iuſmodi ſtatuto ius commune adhuc poſſe filiam ſucce-
dere ex iure communi extra caſum ſtatuti. Quod planè
ridiculum eſt. Nam quemadmodum ante leges vllas con-
ditas non poterat filia, vt nec alia perſona ſuccedere, non
tanquam prohibita, ſed tanquam non permiſſa, cùm iura
omnia ſucceſſionum ſint ex legibus, ita poſt abrogatum
ius commune, ex quo admittebantur fœminæ cum maſ-
culis ad parentum inteſtatorum ſucceſſionem propter
authoritatem, maiorémque vim ſtatuti fœminas exclu-
dentis, noua lege opus eſt, vt in poſterum admitti poſſit
filia etiam extra caſum ſtatuti. Nec enim potuit ius
commune abrogari pro parte per ſtatutum, quin abroga-
retur in totum, ſi non expreſsè, in reliquis caſibus reti-
neretur: vt ſupradictis Senatuſconſultorum Tertylliani
& Orphiciani exemplis videre eſt. Non enim fuit con-
tentus Senatus ita dicere, *Filij, ſi volent, matris inteſtatæ
heredes ſunto*, ſed adiecit, *ſi nemo eorum volet eam heredi-
tatem ad ſe pertinere, ius antiquum eſto. d.l.1.§.ſi nemo. d.
l. filij 6.§.1.* Nempe † quia ſi hæc adiectio prætermiſſa 22
fuiſſet, potuiſſent quidem liberi nihilominus abſtinere
per reſtitutionem in integrum, non ex vi verborum ex-
tenſiuorum, at ex ratione æquitatis, vt imprudentiæ eo-
rum qui inconſultò adiiſſent, ob imbecillitatem ætatis
ſubueniretur, ſed non prodeſſet ea res agnatis matris,
quominus ſemel per liberos excluſi manerent in perpe-
tuum excluſi: quia quod facere non poteſt lex duodecim
tabularum, aut alia lex quælibet eo inſtanti, quo primùm
ſucceſſio inteſtati locum habere poſſit, nunquã id poſtea
facit, nec facere poteſt. Fuit itaque neceſſariò ius antiquũ
reſtituendum agnatis ex ipſo Senatuſconſulto, per quod
fuerat iis ademptum. Fuerat autem ademptum, nõ quòd
verbis vllis Senatuſconſulti prohibiti eſſent ſuccedere,
etiamſi filij adeſſent, ſed ob hoc ipſum quòd Senatus iis
liberos prætulerat, quamuis non tam odio agnatorum,
quàm ſolo liberorum fauore id factum eſſet. Eo igitur
exẽplo dicam ſimiliter in propoſito † ſi ea mens ſtatuen- 23
tium fuit: vt maſculis quidem ſuccedentibus, aut ſucce-
dere volentibus, fœminæ excludantur: iiſdem verò ſuc-
cedere vel non volentibus, vel non valentibus fœminæ
admittantur, non ſufficere quòd ita ſint concepta verba
ſtatuti, *ſuccedentibus aut ſuccedere volentibus maſculis fœ-
mina ne ſuccedito*, ſed adiici præterea debuiſſe, *nolentibus
verò maſculis ſuccedere, ius antiquum & cõmune eſto.* Tunc
enim poſſet ſuccedere filia nolentibus maſculis ſuccede-
re, idque ex iure cõmuni & antiquo, ſed non tam ex ipſius
iuris cõmunis & antiqui authoritate, quàm ex poteſtate
ſtatuti, quod voluiſſet ius antiquum hoc caſu vel reſti-
tuere, vel retinere. Et verò ſi neceſſarium fuit reſcriptum
Imperatoris Antonini in ſpecie *§. vlt. d. l. 2. D. ad SC.
Tertyll.* hoc eſt, ad faciendum, vt poſt matrem remotam,
quæ nunquam heres fuerit eo caſu, quo ex conſtitutione
prohibita ſit ius ſuum vindicare ob non petitum filio
impuberi

Digitized by Goo

impuberi tutorem, poſſent agnati ſuccedere, & præferri filio, tametſi Senatuſconſulti verba ius antiquum expreſſim reſeruaſſent fauore agnatorum, nempe qui reſeruauerant in eum duntaxat caſum, quo nollent liberi, matérve hereditatem, qua de ageretur, ad ſe pertinere, non etiam in alium illum caſum quo mater liberis ſuccedere quidem vellet, ſed tamen ne poſſet, conſtitutionis authoritate prohiberetur: quantò minùs ferendum eſt, vt abrogato iure communi per ſtatutarium ſine vlla iuris communis aut reſeruatione, aut reſtitutione, permittatur filiæ, quæ ſuccedentibus, aut ſuccedere volentibus maſculis excluſa fuerat, vt ſuccedat ex iure communi nolentibus ſuccedere maſculis?

ERROR X.

De interpretatione ſtatuti per quod maſculi ponuntur in conditione, & quantum interſit, an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ maſculis non extantibus, an maſculis non ſuccedentibus?

SVMMARIA.

1 *Quando locum habeat vulgare brocardicum ſtatutum, in caſibus non expreſſis regulatur à iure communi.*

2 *Statutum quod excludit fœminas fauore maſculorum in totum abrogat ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ſi non ipſius verbis aliquatenus retineatur aut conſeruetur ius commune.*

3 *Verba ſtatuti* extantibus maſculis fœminæ non ſuccedant *ius commune ex parte conſeruat.*

4 *Ex ſtatutis non poteſt in ſolidum deferri hereditas maſculis, quin fœminæ perpetuò excludantur.*

5 *Ratio duplex cur ex ſtatutis fœminæ ſuccedentibus maſculis excluduntur.*

6 *Impleta ſemel conditione ſtatutaria excluſionis, nunquam poteſt amplius admitti filia.*

7 *Conditio quæ ſemel extitit, nunquam poteſt amplius deficere, nec quæ ſemel defecit poteſt vnquam exiſtere, niſi concepta ſit per verba extenſiua.*

8 *Conditio excluſionis ſtatutaria extitit, licet maſculi deſierint velle ſuccedere.*

9 *Exiſtente aliquo ſuo herede qui hereditatem ad ſe pertinere nolit, mater defuncti admittitur ad bona, non ad hereditatem.*

10 *Varia formulæ ſtatutorum fœminas excludentium, & earum differentia.*

11 *Cùm ſtatutum eſt excluſiuum fœminarum extantibus aut ſuccedentibus maſculis, exiſtit conditio, ſi vel vno inſtanti extent maſculi vel ſuccedant. & n. 13. & 24.*

12 *Cùm ſtatutum eſt admiſſiuum fœminarum non extantibus maſculis aut non ſuccedentibus, ſucceſſio maſculorum non illico facit deficere conditionem. & num. 16.*

14 *Affirmationis & negationis differentia.*

15 *Conditio* non ſuccedentibus maſculis, *poteſt adhuc exiſtere, licet maſculi adierint, ſecus conditio* non extantibus.

16 *Succeſſio maſculorum qui ſemel heredes extiterunt, habet tractum temporis.*

17 *In conditionibus interpretandis mens eius qui conditionem adſcripſit eſt inſpicienda.*

18 *Qui aliquando ſucceſſit, ſi poſtea ſe abſtineat, perinde habetur ac ſi nunquam ſucceſſiſſet. & n. 21.*

19 *Ius ſuccedendi facilè admittit fictiones.*

20 *Iura hereditatum cur l. 12. tabularum introducta.*

22 *Cùm ſtatutum eſt admiſſiuum fœminarum non ſuccedentibus maſculis, quomodo conditio defecta videatur.*

23 *Conditionis natura.*

25 *Cùm ſtatutum ita conceptum eſt,* ſuccedentibus maſculis fœminæ excludantur, *fœminarum excluſio vnde iudicatur.*

27 *Statutum admiſſiuum eſt fauorabilius excluſiuo.*

28 *Statutum,* maſculis ſuccedentibus fœminæ excludantur *quando ſuum effectum habeat.*

29 *Perſona ſemel excluſa poſtmodum admitti nequit.*

SCio vulgare illud † noſtrorum brocardicum, Statuta in caſibus non expreſſis interpretationem recipere, & vt loquuntur, regulari à iure communi. Sed dico id obtinere, quantum ad ea, in quibus non poteſt videri derogatum fuiſſe iuri communi per ſtatutum: ſaltem in totum. In quo genere defendo non poſſe numerari ſtatutum, quod excludit fœminas à ſucceſſione inteſtati fauore maſculorum, licèt adiectum ſit *ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis*, quia per huiuſmodi ſtatutum, † ſicut peruertitur totum ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ita & in totum abrogatur, ſi non ipſius ſtatuti verbis aliqua ex parte retineatur aut reſtituatur. Ideóque facilè admitto quod tradit Bartolus ad *d. §. vlt. l. 2. ad SC Tertyll. & ad d. l. 1. §. penul. D. de contra tab. bonor. poſſ.* per ea ſtatuti verba, *extantibus, & ſuccedentibus maſculis, fœmina non ſuccedat*, poſitos eſſe maſculos, non modò in conditione excluſionis fœminarum, ſed etiam in diſpoſitione, id eſt, videri ad ſucceſſionem vocatos. At non ratione illa quam ipſe adfert, quòd ablatiui abſoluti prolati ab eo, qui diſponendi facultatem habuit, inducant diſpoſitionem: (hoc enim falſum eſt, & alibi à nobis refutatum) ſed quia † eo verborum compendio, videtur ius ſuccedendi an[illegible] lege duodecim tabularum, & ex Iuſtiniani conſtitutionibus fuiſſe maſculis conſeruatum, ac ſi [illegible], ſcriptum eſſet, *extantibus maſculis & ſu[illegible] ex iure communi*, quomodo lex duodecim [illegible], cùm ita ſcripſit, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, non detulit hereditatem ſuo heredi, quam deficiente ſuo herede defert agnato, ſed conſeruat ſuo heredi, ius illud dominij, quod habebat, ab eo tempore, quo viuebat adhuc pater: quod ſufficit, vt patri poſſit filius heres exiſtere, agnatoſque omnes excludere. Conſeruat autem hoc ipſo, quòd ponit ſuum heredem in conditione delationis quam inducit fauore agnatorum: Ita & in propoſito conſeruatur maſculis ius antiquum hoc ipſo quòd poſiti ſunt à ſtatuto in conditione excluſionis fœminarum, inductæ in fauorem maſculorum. Nec quod ex iure communi non niſi pro ſua parte poſſent ſuccedere, ad rem facit: ſufficit enim conſeruatum iis eſſe ius ſuccedendi ex antiquis legibus in portione vel minima, vt totam hereditatem reliquam excluſis fœminis iure adcreſcendi conſequatur. Alioqui ſi diceremus cum Bartolo ex ſtatutis huiuſmodi deferri hereditatem maſculis, ſequeretur quòd iis ſolis deferretur, excluſis in totum fœminis. Non † enim poſſet in ſolidum deferri maſculis, quin fœminæ perpetuò excluderentur. Atqui ſi fœminæ eſſent ſemel excluſæ, non poſſent poſtea ſuccedere, tametſi maſculi nollent ſuccedere, quia ſemel fuiſſent excluſæ. Atque ita reperirentur excluſæ antequam conditio excluſionis extitiſſet, quod implicat cõtradictionem. Vt ergo poſſint ſuccedere non ſuccedentibus maſculis, neceſſe eſt fateamur, non deferri maſculis, hereditatem à ſtatuto, ſed iis conſeruari tantùm eam delationem, quæ fit ex iure communi. Quæ delatio licèt non fiat niſi pro parte, tunc tamen, cùm incipit fieri pro parte, ſuccedit poteſtas ſtatuti excludentis fœminas ne poſſint facere partem, vt proinde maſculi totum iure adcreſcendi conſequi poſſint. Nec

eſt quod dicas non adeſſe perſonam à qua poſſit pars adcreſcere, ſi filia ab initio excluſa fuit. Nam ad ius adcreſcendi ſufficit quòd filia heres non ſit, licèt ea propoſitio verificetur in ſenſu negatiuo tantùm, non etiam in priuatiuo (ſiquidem priuatio præſupponit habitum, qui in hac filia nullus ſupereſt propter ſtatutariam excluſionem.) Alioquin dicendum eſſet, portionem, quæ fuerat deferenda filiæ, fieri vacantem, & adeptum maſculis ius adcreſcendi, quibus tamen fauere ſtatutum voluit.
5 Cæterùm cùm ea res faciat, † vt duplex ſit ratio, propter quam ex huiuſmodi ſtatutis fœminæ ſuccedentibus maſculis excludantur, vna quòd ſuccedentes maſculi faciant exiſtere conditionem excluſionis: altera, quòd illi ipſi in diſpoſitione poſiti ſint, & ad ſucceſſionem vocati ex diſpoſitione iuris communis, Prorſus conſequens eſt, vt ſtatim atque ſemel impleta eſt condi-
6 tio † excluſionis ſtatutariæ, ſiue per ſolam ſuperexiſtentiam maſculorum, ſi conditio illa fuit, *extantibus maſculis*, ſiue ob id quòd maſculi aliquando ſucceſſerint, ſi ſtatuti verba hæc ſunt, *maſculis ſuccedentibus*, nunquam poſſit amplius admitti filia, nec ſi maſculus beneficio reſtitutionis impetret vt liceat ſibi abſtinere, quia conditio quæ ſemel extitit, nunquam poteſt ampliùs deficere, vt è contrariò, quæ ſemel defecit, nunquam poteſt
7 exiſtere niſi concepta ſit † per verba extenſiua & tractum temporis habentia, cuiuſmodi non ſunt illa de quibus nunc tractamus, *extantibus, ſuccedentibus, l. vnic. ver. nam etſi. D. ſi tabul. teſtam. extab. l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit.* Etſi enim ſecunda illa ratio, quæ fauorem & ius maſculorum reſpicit, incipit ceſſare, cum maſculi nolunt hereditatem ad ſe pertinere, (cur enim bonum eſt iis fauere qui nolunt ſuccedere? *l. ſi poſt mortem* 10. *§. liberi. D. de cont. tabul.*) prima tamen ſemper ſubeſt, quia
8 non eo minùs verum eſt † extitiſſe conditionem excluſionis propter ſuperexiſtentiam, aut ſucceſſionem maſculorum, licèt deſierint velle ſuccedere. Atque in hanc ſententiam textus eſt non inelegans in *l. filiusfamilias* 114. *§. cum quis rogatus, D. de legat.* 1. vbi Marcianus ſcribit, cùm rogatus quis eſt, vt ſi ſine liberis decederet hereditatem reſtituat, excludit fideicommiſſarium, ſi ſuperuixerint liberi, tametſi non extiterint heredes patri. Nec reſponderi poteſt, quod Bartolus tentat, eſſe caſum illum huic noſtro diſſimilem in eo, quòd liberi non impediebant ibi fideicommiſſarium ob id quod haberent ius potentius in ſucceſſione, cùm non eſſent vocati, ſed ob id ſolùm, quod faciebant deficere conditionem fideicommiſſi. Quanquam enim verum eſt liberos poſitos in conditione, etiam ſub qualitate & expreſſione maſculinitatis, vt loquuntur, non cenſeri vocatos, quemadmodum à nobis diſputatum eſt ſuo loco: illud tamen negari non poteſt, verſari in eo fauorem aliquem liberorum, qui poſiti ſunt in conditione, vt ex teſtatoris voluntate fideicommiſſario præferantur, *l. Lucius* 85. *D. de hered. inſtit. l. cum pater* 77. *§. volo. de legat.* 2. Et quamuis in caſu noſtro hoc amplius ſit, quòd maſculi ſunt ipſi vocati ad ſucceſſionem, non tamen ſuccedunt tanquam vocati per ſtatutum, ſed ex iure communi quod iis à ſtatuto reſeruatum intelligitur hoc ipſo quòd poſiti ſunt in conditione, vt iam diximus: & vtut ſit, ſiue ex ſtatuto vocati ſint, ſiue ex iure communi, ſemper verum illud eſt, extitiſſe conditionem excluſionis fœminarum vbi ſemel maſculi ſuperuixerunt & ſucceſſerunt, Quidni ergo remanebunt excluſæ fœminæ quandiu vel vnum ſupereſt ex duobus impedimentis facientibus ne admitti poſſint; Quod verò idem Bart. adducit *l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. D. ad SC. Tertyl.* ad rem noſtram planè non per-
9 tinet. Nam † exiſtente aliquo ſuo herede, qui hereditatem patris ad ſe pertinere nolit, dicimus matrem defuncti ex Tertylliano admitti non ad hereditatem, ſed ad bona, & beneficio bonorum poſſeſſionis. Vnde legitimi, nè nudum heredis nomen noceat matri, quæ ex SC. Tertylliano expreſſim vocatur poſt liberos: præſertim cùm verba Senatusconſultorum eſſent extenſiua, nec tam nudum ſui heredis nomen, quàm effectum acquiſitionis hereditatis reſpicientia, *d. l. 1. §. ſi nemo & ſeq. d. l. filij* 6. *§. 1. eod.* At in propoſito caſu extantibus maſculis, & ſuccedentibus, licèt poſtmodum abſtineant beneficio reſtitutionis, dico nihilominus excluſas manere fœminas propter impletam conditionem excluſionis. Nullum enim poſſunt fauorem mereri à ſtatuto, neque circa ſtatuti interpretationem, quandoquidem per ſtatutum excluſæ ita ſunt in caſum extantium, aut ſuccedentium maſculorum vt nullo tamen caſu ſint vocatæ. Aliúdque
† longè eſt ita concipi ſtatutum *extantibus maſculis fœmina excludantur*. Aliud verò in hunc modum, *non ex-* 10
tantibus aut ſuccedentibus maſculis fœminæ admittantur. Prior. n. formula, quæ expreſſam fœminarum excluſionem inducit, nullam interpretationem recipere poteſt, per quam fœminæ admittantur, ſi modò verum ſit conditionem excluſionis ſemel extitiſſe, ne inducta ad excluſionem operentur admiſſionem contra *l. legata inutiliter* 14. *D. de adim. legat.* Poſterior verò, quæ fœminarum fauorem reſpicit vt admitti poſſint, faciliùs recipere poteſt benignam interpretationem, vt nudum nomen heredis acquiſitum maſculo non noceat fœminæ quominus poſſit ſuccedere ex ſtatuto per quod admittitur. Etſi hoc quoque caſu mallem eſſe verba ſtatuti extẽſiua exemplo ſenatusconſultorum Tertylliani & Orphitiani: ſed tamen iis quoque verbis retentis, quæ nos ex facto proponimus, dici adhuc poteſt, licèt nulla ſint verba extenſiua, multùm tamen intereſſe an ſtatutum ſit excluſiuum fœminarum, extantibus, aut ſuccedentibus maſculis, an verò admiſſiuum iiſdem maſculis non extanti-
bus, aut non ſuccedentibus. Nam cùm eſt excluſiuum, † 11
ſi vel vno inſtanti extent maſculi, vel ſuccedant, exiſtit conditio excluſionis, ita vt deficere poſtea nunquam
poſſit, ſi verò ſit admiſſiuum, † ſucceſſio maſculorum 12
non tam facit vt conditio videatur iam defeciſſe, quàm vt habeatur pro nondum impleta: nempe quia impleri aliquando poterit, puta ſi contingat vt maſculi qui iam ſucceſſerũt, nolint amplius ſuccedere, malintq; abſtinere, quia vt in cæteris omnibus, ita præcipuè in ſtatutis verba cũ effectu ſunt accipienda: non poteſt autẽ haberi pro eo qui ſucceſſerit, is quem prætor pro eo habet ac ſi nunquam ſucceſſiſſet. Itaque conditio quæ defeciſſe videbatur cum hic maſculus ſucceſſerat, propterea quòd eo tempore & nomine & effectu heres eſſet, exiſtit poſtea eodem maſculo ſe abſtinente, ex eóque apparet quòd antea non tam defecerat conditio, quàm fuerat non impleta, quia ſi defeciſſet, exiſtere poſtmodùm nunquam potuiſſet: Proinde quamuis verba ſtatuti non ſint extenſiua, res tamen ipſa in ſe habet tractum temporis, & admittit mutationem quandiu fieri poteſt, vt qui ſucceſſit, habeatur pro non ſucceſſore quãtum ad effectum. Quandiu autem ea mutatio incidere poteſt, tandiu verum eſt poſſe impleri conditionem ſub qua fœminæ ad ſucceſſionem admittuntur, *non ſuccedentibus maſculis*, nec aliud quicquam interim poſſis inferre ex eo quod maſculi ſucceſſerint, niſi hoc vnum, Filiam ergo non eſſe admiſſam. At ſi velles iterum inferre. Eſſe igitur excluſam, malè inferres, cùm aliud ſit non admitti, aliud excludi. Quæ ſemel excluſa eſt, nunquam admittitur. Et ideò verbis extenſiuis vſus eſt ſenatus in Tertylliano & Orphitiano ne agnati dici poſſent excluſi per primam hereditatis delationem vel acquiſitionem. Quæ verò admiſſa nondum eſt, adhuc tamen admitti poteſt quandiu
non fuit excluſa. At cùm † ſtatutũ eſt excluſiuum fœmi- 13
narũ ſub conditione affirmatiua quę continetur in ablatiuis illis abſolutis *ſuccedentibus maſculis*, neque in verbis, neque in re ipſa quicquam eſt quod habeat tractum tẽporis, quoniam ſtatim atque maſculus vnus ſucceſſit, verum eſt extitiſſe conditionem excluſionis, cùm & nomine & effectu ſit heres hic qui ſucceſſit: etſi autẽ poteſt fieri poſteà vt æquè ſe abſtineat beneficio reſtitutionis,

non

non ideo tamen fieri poteſt vt conditio quæ ſemel exti-
tit poſtea deficiat, quia nec vlla conditio poſt imple-
mentum eſt, quæ deficere, aut iterum exiſtere poſſit. Naſ-
citúrque hæc differentia, ſi ſubtiliter inſpicias, ex diffe-
14 renti poteſtate affirmationis & negationis. Affirmatio †
enim vnum duntaxat caſum includit, nec vera eſſe po-
teſt, niſi vno illo caſu quo eueniat quod affirmatum fuit:
negatio autem duos caſus habet, vnum qui ſit ſuſpen-
ſus, alterum qui ſit præciſus. Tam enim verum eſt non
ſuccedere eum qui nondum ſuccedit, nec vnquam ſuc-
cedere poterit: Et è contrario tam verum eſt non ſuc-
cedere illum qui poſteaquàm ſucceſſit, ſe abſtinet, inſpe-
cto ſcilicet effectu rei, quàm ſi numquam ſucceſſiſſet. Ex
quo fieri neceſſe eſt vt ſucceſſio maſculorum, quæ facit
conditionem affirmatiuam exiſtere, non ſimiliter faciat
conditionem negatiuam deficere, quia quæ extitit, ne-
que impleri amplius, neque deficere poteſt, nec illa quo-
15 que quæ defecit. Atque hæc † conditio, *non ſuccedenti-
bus maſculis*, poteſt adhuc exiſtere, ſcilicèt ſi maſculi
poſt aditam hereditatem abſtineant ſe per in integrum
reſtitutionem. Ergo nunquam defecit. Alia ratio eſt eius
conditionis, *non extantibus maſculis*. Tam enim facit
exiſtentia maſculorum vt deficiat conditio negatiuè
concepta, *non extantibus maſculis*, quàm vt exiſtat con-
ditio adfirmatiuè ſic concepta, *extantibus maſculis*. Nec
poteſt haberi potiùs pro non impleta, quia licèt perinde
verum ſit, maſculum, qui hodie extat, poſſe cras mori, at-
que verum eſt, maſculum, qui hodie & nomine & re
ipſa ſuccedit, poſſe cras nolle ſuccedere, impetrata in
eam rem abſtinendi poteſtate. Differentia tamen in eo
eſt, quod ſuperexiſtentia ad certum & præciſum tempus
relata eſt, ad illud videlicet quo paterfamilias inteſtatus
moritur, quia eo demum tempore ſucceſſionem deferri
neceſſe eſt, ſi nihil ſit per quod ſuſpendatur. Nec fieri
vllo caſu poteſt vt non videatur extitiſſe & ſuperuixiſſe
maſculus, qui extitit & ſuperuixit eo inſtanti, quamuis
poſtea moriatur, & deſinat extare, quoniam mors quo-
que accidit in inſtanti, quod vbi venit, tam certum eſt
mortuum fuiſſe hominem in illo certo inſtanti, vt cer-
tum ſit neque ampliùs alio illo inſtanti moriturum, ne-
que poſſe retrofingi alio vllo inſtanti mortuum. Nam
neque mors, quæ factum & tempus admixtum habet,
neque tempus ipſum retrofictiones iſtas poteſt admit-
tere. Alioqui quotquot viuimus, fingeremur poſt mor-
tem noſtram nunquam vixiſſe, cùm ſit nobis neceſſariò
16 moriendum. At ſucceſſio † liberorum, aut aliorum maſ-
culorum qui ſemel heredes extiterunt, ad nullum tem-
pus certum refertur, nec tale quid eſt quod inſtanti ali-
quo concludatur, quia ſui natura tractum habet tempo-
ris, & antè quàm acquiſita ſit, & poſteà quàm fuit acqui-
ſita. Antè quidem, quoniam, quandiu repudiata non eſt
hereditas, aut aliter amiſſum ius adeundi, aut ſe immiſ-
cendi, tandiu agnoſci hereditas poteſt, *l. licèt* 8. *cum l.
ſeq. C. de iur. deliber.* Poſtea verò, quia is qui ſemel heres
fuit, ſemper heres perſeuerat, ita vt ſi per impoſſibile
poſſet fieri vt quis fieret heres ad certum tempus, non
intelligeretur per aditionem primam impleta conditio
ipſa, *ſuccedentibus maſculis*, imò potiùs defecta, impletá-
que negatiua contraria, *non ſuccedentibus maſculis*, quia
& ſtatuti & legis mens eadem eſt quæ & cuiuſlibet te-
ſtatoris, vt quiſquis volet ſuccedere, ſuccedat ille, & in
perpetuum, & non tantùm nomine, ſed etiam effectu, *l.
in condit.* 19. *§. ſi patronus, ff. de cond. & demonſtr.* vt ſi bona
per creditores diſtrahenda erunt, non ſub defuncti no-
mine diſtrahantur, ſed ſub nomine heredis, vt defuncti
famæ conſulatur. §. 1. *Inſt. quib. ex cauſ. manum. non licet. l.
paterfamilias* 28. *ff. de reb. auter. iud. poſſid.* Ea verò mens
17 ſemper inſpicienda eſt † in conditionibus interpretan-
dis, ſiue lex, ſiue ſtatutum, ſiue teſtator conditionem ad-
ſcripſerit, *d. l. in condit. in princip. l. pater Seuerianã* 101.
eod. tit. De condit. & dem. Indeque fit, vt qui aliquando
18 ſucceſſit & nomine & effectu, † quomodo ſuccedit quiſ-
quis heres fit, quamdiu non ſe abſtinet, ſi poſtea ſe abſti-
neat, ſiue beneficio edicti perpetui, non adito prætore:
puta ſi ſuus heres ſit qui nunquã ſe immiſcuerit, aut qui
ſe quidem immiſcuerit, ſed & in pupillari ætate, in qua
ſit adhuc conſtitutus, *l. ei qui* 12. *ff. de acq. hered.* ſiue per
auxiliũ in integrum reſtitutionis ex cauſa minoris æta-
tis, *l. neceſſariis* 57. *eod.* perinde habeatur, ac ſi nunquam
ſucceſſiſſet, quia ne quidem pro eo tempore quo verum
fuit eum ſucceſſiſſe, pro ſucceſſore tamen haberi poteſt,
ne ſucceſſio ad tempus contra iuris regulas inducatur.
Cùm enim ius ſuccendi † tam ex teſtamento, quàm ab 19
inteſtato non facti ſit, ſed ex iure vel ciuili, vel præto-
rio, facilè admittit fictiones omnes pro arbitrio ſiue le-
giſlatoris ciuilis, ſiue prætoris: cúmque iura heredita-
tum † ob id potiſſimum introducta ſint per legem XII. 20
tabul. vt poſſet ciuis Romanus habere ſucceſſorem, qui
æris alieni onus ſuſcipere, & ni ſolueret, bonorum ven-
ditionem pati cogeretur, apparet non valdè ad rem fa-
cere in propoſito, quòd is qui ſe abſtinet, nihilominus
heres remaneat nomine tenus, cùm non habeatur pro
hærede à prætore, *l. ſi filius* 12. *de interrog. action.* ex
cuius tamen imperio & iuriſdictione ſit venditio bo-
norum, *leg.* 1. *& tot. tit. ff. de reb. author. indic. poſſid.*
Adeò autem non habetur † pro herede poſt abſtenſio- 21
nem, vt nunquam heres aut ſucceſſor fuiſſe videatur,
ne quidem pro eo tempore quod præceſſit abſtenſio-
nem: quia ſi poſſet retrofingi heres fuiſſe cum effectu,
vel vnico inſtanti, nihil ei prodeſſet abſtenſio, quomi-
nus venditionem bonorum, ſaltem hereditariorum pati
cogendus eſſet, vt euenit hodie in heredibus cum bene-
ficio legis & inuentarij. Quomodo enim ſub defuncti
nomine vendi poſſent bona quæ defuncti eſſe deſiiſ-
ſent, & heredis aliquo tempore eſſe cœpiſſent? Igitur
cùm natura ipſa ſucceſſionis ita ferat, vt vel nunquam,
vel ex inſtanti mortis agnita retrofingi debeat cum effe-
ctu, conſequens eſt, vt ſi poſita ſit in conditione, nega-
tiuè per huiuſmodi verba ſtatuti, *non ſuccedentibus maſ-
culis fœmina admittantur*, † non priùs dici poſſit defe- 22
cta conditio ad fœminas in perpetuum excludendas,
quàm certum verúmque ſit ita ſucceſſiſſe maſculos, vt
non poſſint amplius retrofingi nunquam ſucceſſiſſe:
quod tunc euenit, cùm nulla ſpes vel cauſa ſupereſt ab-
ſtenſionis aut reſtitutionis, ſi is, qui ſucceſſit, maior ſit
annis vigintiquinque: non quòd in pendenti ſit here-
ditas ante abſtenſionem, cùm interim verè hæres ſit &
nomine & effectu is qui hereditatem ſemel agnouit, ta-
metſi poſſit abſtinere, *l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate. D. ſi
quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Sed quia cùm aliquo caſu adhuc
poſſit impleri conditio, aut ſaltem in effectu haberi pro
impleta, neceſſe eſt vim eius haberi intereà in ſuſpen-
ſo, vt non tam defecta iam, quàm nondum impleta eſſe
videatur, vt in *l. hæc conditio* 10. *in fine principij, de con-
dict. & demonſt.* Quandoquidem ſi defecta eſſet, ne-
que impleri poſtea, neque pro impleta haberi poſſet.
Conditio † enim quælibet ex ſuſpenſione & incertitu- 23
dine euentus tota æſtimatur, deſinitque eſſe conditio
ſtatim atque vel impleta eſt, vel defecta. Quæ autem
conditio nulla eſt, ea nec impleri, nec deficere vn-
quam poteſt: ſi verò poſita † ſit ſucceſſio in ſtatuti con- 24
ditione affirmatiua hoc modo, *ſuccedentibus maſculis
fœminæ excludantur*, diximus excludi fœminas ſtatim
atque vnus ex maſculis ſucceſſit, quamuis poſſit ad-
huc fieri aliquo caſu vt ſe abſtineat, neque expectan-
dum eſſe futurum euentum, an ſit ille abſtenturus,
necne, quoniam affirmatiua illa conditio extitiſſe in-
telligitur primo inſtanti quo verum fuit dicere maſ-
culum aliquem ſucceſſiſſe: vbi verò ſemel extitit, po-
ſtea non poteſt deficere, nec ſi is, qui heres fuit, po-
ſtea redigatur ad cauſam non heredis in effectu bene-
ficio abſtenſionis, quia conditio affirmatiua ponitur
ad excluſionem, quæ ſi ſemel locum habuit, in
perpetuum habet. Conditio autem negatiua non

ponitur ad excluſionem , ſed ad fœminarum admiſſio-
nem, quæ ſi ſtatim locum non habeat, poſtea tamen ha-
bere poteſt : quia facilius eſt, vt quod nondum eſt, poſtea
ſit, quam vt quod iam eſt, poſtea non ſit. Et rurſus, cum
25 ſtatutum † affirmatiuè ita conceptum eſt, *ſuccedentibus*
maſculis, fœmine excludantur. fœminarum excluſio indu-
citur per maſculorum ſucceſſionem ex ipſis ſtatuti ver-
bis citra vllam interpretationem : adeóque nulla ratio
eſt, cur maſculis re vera ſuccedentibus , licèt in eo ſint,
vt adhuc poſſint abſtinere, conditio tamen pro ſuſpenſa
potiùs quàm pro impleta haberi debeat. Præciſa enim
poteſtas & proprietas verborum nullum interpretationi
aut mutationi quæ ſuperuenire poteſt, locum relinquit.
26 Cùm verò negatiuè † conceptum eſt , *non ſuccedentibus*
maſculis fœmina admittantur, ſi maſculi ſuccedant, fœ-
minæque excludantur , iam non eſt hic caſus qui verbis
ſtatuti expreſſus eſt , & neceſſariò veniendum eſt ad in-
terpretationem quæ fiat per argumentum à contrario
ſenſu. Quo tamen argumenti genere non poſſis vllam
fœminarum excluſionem inducere, ſed tantùm non ad-
miſſionem, adeò, vt etiamſi maſculus qui ſemel ſucceſ-
ſiſſet , numquam ſe abſtineret , fœminæ tamen non tam
excluſæ dici deberent , quam admiſſæ nunquam. Atqui
non admiſſio poteſt eſſe temporalis , nec neceſſe eſt eſſe
perpetuam, qualis ſemper excluſio eſt. Cùm ergo ſucce-
dentibus maſculis deficiat tantùm conditio admiſſionis,
nec aliud ex eo poſſis inferre à contrario ſenſu, niſi quòd
extiterit conditio non admiſſionis , relinquitur adhuc
locus admiſſioni per iuſtam interpretationem, ſi contin-
gat per abſtenſionem vt prætor redigat ſucceſſorem ad
27 cauſam non ſucceſſoris, quia ſtatutum † admiſſiuum eſt
non excluſiuum, ideóque fauorabile, tanquam quod hac
parte redeat ad ius commune , eiuſque verba cum effe-
ctu ſunt accipienda, quotieſcunque aliquam admittunt
interpretationem. At cùm propter ſucceſſionem maſcu-
lorum exiſtit conditio excluſionis , nullus poſtea relin-
quitur locus admiſſioni, neque per argumentum à con-
trario ſenſu, quia diſpoſitio, quæ ſuum effectum habuit
in ſenſu directo , non poteſt ampliùs contrarium habere
in ſenſu contrario. Qundo autem fieri poſſet † vt ſtatu- 28
tum ita conceptum, *maſculis ſuccedentibus fœmine exclu-*
dantur, effectum ſuum haberet ad excluſionem fœmina-
rum inducendam , ſi non tunc haberet , cùm aliquis ex
maſculis ſucceſſit ? ſume enim verba cum effectu, quan-
tum voles. Hic qui ſucceſſit, & nomine & effectu verè
heres eſt. Quid ergo expectare poſſis aut debeas, vt præ-
ciſa excluſio inducatur ? An fortè vt certum eſſe incipiat,
non poſſe vnquam eum qui ſucceſſit haberi pro non
ſucceſſore ? At caſus ille futuræ abſtenſionis , legi & pa-
trifamilias abominabilis eſt, & cùm pendeat ex mutatio-
ne futura voluntatis , non poteſt impedire effectum &
poteſtatem iuris, quominus conditio ſtatim impleta dici
debeat. Porrò † quæ ſemel fuit excluſa perſona, poſtmo- 29
dùm admitti nunquam poteſt , ne videretur ſibi parum
conſtare lex, quæ eandem perſonam & excluderet & ad-
mitteret. In ſumma, diſpoſitio negatiua ſtatuti, *ſuccedeu-*
tibus maſculis , neque in ſenſu directo locum habet, ne-
que in ſenſu contrario. Non in directo, quia maſculi ſuc-
ceſſerunt , & fœminæ non admittuntur : non in contra-
rio, quia fœminæ nondum ſunt excluſæ, ſed tantùm non
admiſſæ, & conſequenter admitti adhuc poſſunt. Diſ-
poſitio autem affirmatiua, *ſuccedentibus maſculis*, ſtatim
habet locum & effectum in ſenſu directo? Ergo fruſtrà
expectaretur vt haberet effectum in ſenſu contrario ,
quem nec habere vnquam poteſt , quia non quemad-
modum perſona non admiſſa admitti poſtea poteſt , ita
& excluſam perſonam dicendum eſt poſtea admitti vn-
quam poſſe.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De ſorore per ſtatutum excluſa , fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem.

SVMMARIA.

1 *Statuta duo in Italia frequentiſſima.*
2 *Quæſtio propoſita à Bartolo.*
3 *Prima opinio de quæſtione propoſita.*
4 *Secunda ſententia.*
5 *Tertia quæ eſt Bartoli & Baldi.*
6 *Sententia, l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Trebell. quâ ſuam Bartolus adſtruit opinionem.*
7 *Collectio Bartoli ex d. §. ſi ſit conſanguinea.*
8 *Tripartita diſtinctio Bartoli commentitia, nec ad rationem iuris accommodata.*
9 *Quoties is qui excludit excludentem me ſuccedit in locum excluſi, neceſſe eſt me quoque excludi.*
10 *Bartoli aſſertio conuellitur.*
11 *Cùm ſtatutum excludit ſororem extantibus fratribus, ſola fratris exiſtentia arcet ſororem à ſuccedendo.*
12 *Cùm ſtatuto cauetur vt* extantibus maſculis fœmina non ſuccedat, *extante vel vno maſculo hereditas ei defertur in ſolidum, iure non decreſcendi inducto.*
13 *Cùm ſtatutum ita conceptum eſt* ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat, *ſola exiſtentia maſculorum non facit exiſtere conditionem excluſionis.*
14 *Ex ſupraſcripto ſtatuto ſuccedente maſculo præter partem quæ ei defertur, alia portio ei acquiritur iure accreſcendi.*
15 *Error Bartoli ſtatuta de maſculis ſuperſtitibus loquentia ad ſolos ſuccedentes reſtringentis.*
16 *Non quilibet maſculi extantes excludunt fœminas.*
17 *Sententia Bartoli aduerſus ipſum inducta.*
18 *Cùm ſtatuto excluditur ſoror à ſucceſſione fratris alio fratre ſuperſtite, ſi extent frater conſanguineus, ſoror vtrinque coniuncta , & mater, hæc ſuccedit illis excluſis.*
19 *Obiectio ſectatorum Bartoli ex d. §. ſi ſit conſanguineus refellitur.*
20 *In ſpecie ſtatuti ſuprà expoſiti ſola ſuccedit mater, excluſa ſorore per ſtatutum , & fratre excluſo per Iuſtiniani conſtitutionem.*

PRoponit Bartolus hanc quæſtionem ad
leg. 1. §. qui habebat. numer. 4. D. de bo-
norum poſſeſſ. cont. tabul. & poſt eum Bal-
dus ad *leg. ſi quis filium 34. numer. 10.*
Codic. de inofficioſ. teſtament. præſup-
poſitis duobus † ſtatutis , quæ ſunt frequentiſſima 1
in

Google

in Italiâ, quorum altero caueatur, vt fœmina non ſuccedat extantibus maſculis filiis ex eodem patre: altero, vt ſoror non ſuccedat fratri extantibus aliis fratribus ex
2 eodem patre. Pone, inquit, quòd extet aliquis frater † qui non ſit quidem omninò incapax, ſed qui tamen impediatur ſuccedere ex alterius perſonâ: vt puta, ſi quis deceſſerit relicto fratre conſanguineo, id eſt, ex patre tantùm, relictis item matre & ſorore ex vtroque parente: conſtat fratrem hunc non poſſe fratri ſuccedere, quia præfertur ei mater ex Nouellâ Iuſtiniani 118. *De hæred. ab inteſt. ven.* vnde ſumpta eſt Auth. *defuncto C. ad SC. Tertyll.* quamuis olim ipſe matri præferretur, §. *præferunt. Inſt. eod.* An ergo ſoror ex vtroque parente poterit ſuccedere cum matre? Nec. n. mater defuncti ſororem huiuſmodi excludit, ſed ex Iuſtiniani conſtitutione ſimul admittuntur. Adfert autem Bartolus tres in propo-
3 ſita quæſtione opiniones: Prima eſt, † vt ſola mater admittatur excluſâ ſorore propter ſtatutum, cùm ſit verum extare fratrem: excluſo item fratre, propter Iuſtiniani conſtitutionem, *arg. Auth. C. de natur. lib.* vbi naturalibus liberis ne ab inteſtato poſſint ſuccedere, nocet coniux defuncti legitima, quamuis ipſa ſuccedere ab inteſtato non poſſit quandiu ſuperſunt agnati vel cognati, *l. vnic.*
4 *C. vnd. vir. & vxor. l. vlt. C. quor. bonor.* † Secunda opinio eſt, fratrem admittendum eſſe ad eam portionē, in qua, ſi frater non eſſet, ſoror ſuccederet, cùm nonniſi ex eius perſona ſoror excludatur ex *l. 2. §. obiicitur, & l. æquiſſimum 5. §. ſi ex filio. D. ad SC. Tertyll. iuncto d. §. præferuntur,* vbi ſcriptum eſt, Patrem quidem anteponi matri in ſucceſſione legitima filij, non etiam auum aut proauū, ſed hoc ita, ſi inter eos tantùm agatur. Nam ſi omnes concurrant, pater, auus & mater: præferri auum matri propter patrem qui matri haud dubiè præferretur. Quod elegantiorem habet tractatum in ea ſpecie, de qua Paulus *in d. §. ſi ex filio.* vbi ponit nepotem ex filio manumiſſum ab auo, poſtea patre & auo & matre ſuperſtitibus, deceſſiſſe: Et ait poſſe quæri quis potior eſſe debeat. Nam ſi mater, inquit, excluſerit auum manumiſſorem, qui patri anteponitur in petenda bonorum poſſeſſione filij tanquam liberti, ex edicto, de quo in *tit. D. ſi quis à parent. manum. ſit,* inducetur pater defuncti ex alio prætoris edicto, ſcilicet ſucceſſorio. Porrò admiſſo patre ſtatim deſinit locus eſſe Senatuſconſulto, cùm matri pater, vt diximus, perpetuò præferatur. At rurſus ſtatim atque excluſa eſt mater, fit locus auo, quia cum inter auum & patrem, eundémque filium in poteſtate retentum res agitur, ſemper auus patri anteponitur, etiamſi ponas nepotem hunc, qui ab auo manumiſſus fuerat, ſe dediſſe patri ſuo adrogandum *d. l. 1. §. nepos. D. ill. tit. ſi à parent. quis manum. ſit.* Ita ergo inducetur circuitus, vt in vtram volens partem nihil reſponderi poſſit, quod non ſtatim falſum appareat: concludit verò Paulus rectiùs eſſe, vt auo ius ſuum conſeruetur, id eſt, vt auus qui patri præfertur, ſi mater nulla eſſet, etiam matri, cùm pater adeſt, præferatur. Quidni enim præferri debeat heredi legitimæ cùm & ſoleat recipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas aduerſus ſcriptos hæredes exemplo alterius patroni cuiuſlibet? Cùm tamen eò fauorabiliores haberi debeant heredes ſcripti quàm legitimi, quòd nituntur expreſſo iudicio teſtatoris, legitimi verò non niſi tacito, *leg. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicil. l. ab exhæred.*
5 *116. de leg. 1.* † Tertia opinio apud Bartolum eſt, ſororem in propoſito caſu debere ſuccedere cum matre, excluſo fratre conſanguineo propter matrem. Atque in hac tertia ſententia poſt aliquam hæſitationem conquieſcit Bart. itemque Baldus loco ſuprà citato, ex *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* vbi Vlpianus ait, †
6 ſi ſit conſanguinea ſoror defuncti, ſit & mater, ſit & pater adoptatus vel emancipatus, & conſanguinea hereditatem habere velit, matrem ex Senatuſconſulto ſimul cum ea venire, patrem verò excludi, non propter matrem, cui pater naturalis ſemper obſtat, etiamſi ſit adoptatus vel emancipatus; ſed propter conſanguineam, quæ cùm ſit agnata, præfertur vtrique ex lege XII. tab. patri, qui per adoptionem aut emancipationem deſiit & familiam & filium habere. Sed ſi conſanguinea repudiet, matrem ex Senatuſconſulto propter patrem non venire, ſcilicet ad hereditatem, & tanquam matrem, ſed hoc vnum ei auxilium ſupereſſe, vt quaſi cognata poſſit ſimul cum patre accipere bonorum poſſeſſionem Vnde cognati. Excluſa enim per propriam repudiationem ſorore conſanguinea, quæ ex lege XII. tab. vocabatur ad hæreditatem quaſi agnata, inducit prætor poteſtatem edicti ſucceſſorij, vt cæteræ perſonæ quas ſoror adeundo excluſiſſet, & quæ ampliùs admitti non poſſunt iure ciuili ex capite Vnde agnati, quia in agnatis olim non erat ſucceſſio, §. *placebat. Inſtit. de leg. agn. ſucceſſ.* admittantur ex capite Vnde cognati: in quo numero haud dubiè & pater eſt, in cuius perſona neque adoptio, neque emancipatio naturalia cognationis iura diſſoluere potuit, & mater, quæ non tantùm cognata eſt, ſed plus etiam quàm cognata, cùm ſit principium cognationis. Cognatos enim ſpeciali nomine eos appellamus, qui per matrem coniunguntur, ſicut agnatos qui per patrem. Et quemadmodum pater hic adoptatus vel emancipatus ſuccedit ſorori conſanguineæ ex edicto ſucceſſorio, vt poſſit admitti, tanquam cognatus, ita & mater ſibi ipſi tanquam matri ſuccedit tanquam cognata, vt poſſit ſimul cum patre admitti. Tunc enim pater matrem excludit, cùm ſuccedit illa tanquam pater ſiue ciuili ſiue prætorio iure, illa verò vult ſuccedere tanquam mater. Sed cùm neque ille iure patris ſuccedere poteſt, neque illa iure matris, vt in propoſito, quia ſicuti matrem à Tertylliano, ita & patrem ſoror conſanguinea excludit à ſucceſſione legitima, nec minus à prætoria quàm à ciuili (nam & legitimos cognatis omnibus qui legitimi non ſunt prætor anteponit, *l. legitimus 5. & l. vlt. D. vnd. cognat.*) nihil vetat eos vnà ſuccedere tanquam cognatos. Ita fit, vt quamuis alias, id eſt, ſi pater non ſit, non ſoleat mater expectare conſanguineam vtrum adire velit necne, cùm habeat ius ſuum certum & paratum ex Tertylliano, nunc tamen, id eſt, in propoſita ſpecie, cogatur eam expectare, non ob id quòd conſanguinea ſit ſimpliciter, ſed quoniam talis conſanguinea eſt, id eſt, quæ patrem excludit adeundo, & qui ſi non excluderetur, matrem ipſam eſſet excluſurus. Neceſſe igitur eſt expectari vt ſciatur an pater excludetur, quod ipſum non priùs ſciri poteſt, quàm ſoror conſanguinea vel adierit, vel repudiauerit. Sed & quod magis mirum eſt, repudiante conſanguinea, licèt futurum ſit vt mater bonorum poſſeſſionem accipiat cum patre quaſi cognata ex capite vt diximus, Vnde cognati: adhuc tamen in hac ipſa bonorum poſſeſſione moram patietur, cogetúrque expectare patrem, vt non priùs poſſit eam poſſeſſionem petere, quàm pater petierit, non quaſi patris quicquam interſit (qui enim ex pluribus ſimul admittendis prior venit ad bonorum poſſeſſionem, non niſi pro virili ſua parte eam accipit) ſed quia nec priùs competit, ſiquidem futurum eſſet, patre ſuam repudiante, vt admitti poſſet mater ex Tertylliano & tanquam legitima: quandiu autem legitimus, ſiue heres, ſiue bonorum poſſeſſor ſperatur, bonorum poſſeſſio ex capite Vnde cognati, non defertur, *d. l. 2. §. ſed ſi quis deceſſiſſet eod. tit. ad SC. Tertill.* Nec enim edictum ſucceſſorium facit vt poſſit quis ſibi ipſi tanquam legitimo ſuccedere tanquam cognatus antequàm poterit admitti quaſi legitimus. Præpoſterum enim id eſſet, *l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atque hæc quidem Vlpiani ſententia & ratio eſt in *d. §. ſi ſit conſanguinea.* Ex quo loco infert Bartolus, † quemadmo- 7
dum ibi mater excludit patrem propter ſororem conſanguineam, quæ ſi in medio non eſſet, mater per patrem excluderetur: ita & in propoſito caſu ſororem excludere fratrem conſanguineum propter matrem per quam frater conſanguineus excluditur, &

eo ipſo inſtāti alia portio ei acquiratur iure adcreſcendi,
tanquam quæ amplius non poſſit acquiri filiæ propter
impletam excluſionis conditionem, vt nos tractauimus
in fine Decadis ſuperioris: Et hoc nimirum caſu poteſt
dici maſculum in ſuccedēdo nō tā ſolū quàm potiorē: &
vt loquitur Bart. potētiorē inueniri, quia quāuis ſolus
ſuccedat, non tamen ei ſoli defertur ſucceſſio tota initio
delationis inſpecto, ſed pars dimidia dūtaxat, ita tamen
vt eo ſuccedente in illa ſua dimidia, totum ius delatio-
nis quod in eum vſque diem manſerat in ſuſpenſo pro
parte ſororis ad ipſum deuoluatur. Atqui in ea quæſtio-
ne quam Bartolus tractat, ſtatuti verba ſunt de liberis
maſculis tantùm, non etiam de ſuccedentibus: iſque
15 perpetuus Bartoli error † eſt, quòd ſtatuta iſta de ſuper-
ſtitibus maſculis loquentia ſemper reſtringit ad eos ſo-
los qui ſuccedant, quaſi nihil interſit an poſiti ſint in
conditione ſub qualitate extantium, an ſub qualitate
ſuccedentium: cùm tamen hæc duò planè differentia
ſint, & toto cœlo diſtantia *ſuccedere & extare*. Illud ſanè
non nego, inſpecta mente ſtatuentium, quæ in ſtatuto-
rum conditionibus interpretandis, vt & in aliis quibuſli-
16 bet ſemper inſpicienda eſt, non per quoſlibet † maſcu-
los extantes excludi fœminas, ſed per eos duntaxat, qui
ſint capaces ſuccedendi: quandoquidem qui ſunt peni-
tus incapaces, cuiuſmodi ſunt monachi Franciſcani, de
quibus Bar. in *d. l. 1. §. 1. D. de contr. tab. n. 3.* ij non poſ-
ſunt pro extantibus haberi, qui potiùs pro mortuis ha-
bentur, *d. §. penult. l. ſi necem. 4. §. ſi deportatus. D. de bon.
libert.* Sed ſi aliquo caſu ſint vel poſſint fieri capaces
ſuccedendi, licet non ſuccedant, ſiue quod nolint, ſiue
quòd non poſſint propter impedimentum quod ex alte-
rius perſona intercedat, defendo non eò minùs obſtare
illos fœminis tanquam per quorum ſuperexiſtentiam
impleatur conditio, in qua poſiti ſunt, excluſionis fœ-
minarum. Et ex hac quoque parte tertium membrum
17 diſtinctionis Bartoli † pro nobis contra ipſius ſenten-
tiam pugnat. Fatetur enim ille, quoties is qui remotior
eſt, excludit remotiorem me, non quod habeat ius po-
tentius in ſucceſſione, ſed quia facit vt deficiat conditio
quæ remotiorem illum vocabat ad ſucceſſionem, tunc
non poſſe me admitti ex dicta Authentica, *licet. C. de
natur. liber. & l. filiusfamilias* 114. §. *cum quis rogatus.
de legat.* 1. Atqui in propoſita quæſtione frater conſan-
guineus excludit ſororem vtrimque coniunctam, non
ob id quòd habeat ille ius potentius, ſed quia ſola ipſius
exiſtentia poſita ſit in conditione excluſionis fœmina-
rum, faciátque proinde vt non tam debilius quàm nul-
lum penitus ſit ius ſororis. Ergo etiamſi contingat non
poſſe fratrem ſuccedere quia per matrem excludatur,
non eò minùs tamen debet obſtare ſorori, ne poſſit illa
etiam fratre excluſo ſuccedere cum matre. Nam etſi ve-
rum eſſet ideò excludi ſororem à fratre, quòd habeat il-
le ius in ſuccedendo potentius, quod nos illo tantùm
caſu admiſimus, quo ſtatutum, non de extantibus, ſed
de ſuccedentibus maſculis loqueretur, adhuc tamen
æquè verum eſſet poſitum illum eſſe in conditione ex-
cluſionis fœminarum, & conſequenter ideò etiam illum
vincere, & ſororem excludere, quòd faciāt non modò
deficere conditionem, ſub qua ius ſuccedendi ex lege
duodecim tabularum tacitè filiæ conſeruatum intelligi-
tur: ſed quod magis eſt, exiſtere conditionem, ſub qua
expreſſim filia excluſa fuit per ſtatutum. Cur autem ſo-
roris, quæ propter impletam per fratrem excluſionis
conditionem excluditur, melior erit cauſa ob id ſolùm,
quod alia quoque ratio concurrat eiuſdem ſororis ex-
cludendæ, ob id nimirum quòd fratris ius in cauſa ſuc-
cedendi ſit potentius? Et quæ ratio ſola ſufficeret, cur
non effectum ſuum habebit, etiamſi alia ratio deficiat,
18 quam nec iungi ſit neceſſe? Concludo † itaque contra
Bartolum in propoſita dubitatione ſororem quamuis
vtrinque coniunctam admitti nullo modo poſſe cum
matre, ſed ſolam matrem, quia licèt frater ipſe non ſuc-
cedat per quem ſoror excluditur, verumtamen eſt face-
re ipſius ſolam exiſtentiam, vt extiterit conditio exclu-
ſionis. Nec eſt contrarium quòd ſuprà admiſimus, non
de aliis maſculis videri ſtatutum ſenſiſſe quàm qui poſ-
ſint ſaltem ſuccedere, licèt in effectu non ſuccedant,
Nam & hic frater conſanguineus, tametſi non ſuccedat,
quia per matrem excluditur, poteſt tamen aliquo caſu
ſuccedere, ſi non excludatur per matrem: quod ſufficit
vt ſororem iam inde ab initio, & omnimodo, omnique
cauſa excludat. Quid enim ſi mater nollet ſuccedere,
aut ante declaratam voluntatem moreretur? Eo ſaltem
caſu fatendum eſſet rem agi inter fratrem & ſororem, nec
dubitandum excludi debere ſororem per fratrem, hoc
præſertim addito, ne quà Bartolus effugium quærat,
quòd frater ipſe velit ſuccedere: tunc enim concurrunt
omnia, quæ ſtatutum requirunt ad ſororis excluſionem.
Et tamen quomodo fieri poſſet, vt per fratrem excluda-
tur ſoror, cui iam lex duodecim tabularum hereditatem
detuliſſet? Detuliſſet enim ſine dubio ſorori cùm detu-
liſſet matri, ſi nondum ſoror eo tempore per fratrem ex-
cluſa erat: eaque nimirum res fecilſet, vt neque quan-
diu ſoror pro parte ſua heres eſſe potuiſſet, mater in ſo-
lidum & ex toto aſſe heres fieri poſſet, neque ſoror ad
partem ſuam adeundam expectare debuiſſet matris adi-
tionem, cum tamen certum ſit fieri non potuiſſe vt poſ-
ſet ſoror adire portionem, quæ nunquam ei fuiſſet de-
lata. Porrò ſi admittas, quòd neceſſariò admittendum
eſt, delatam fuiſſe eo caſu portionem hereditatis ſorori
tanquam non excluſæ per fratrem, illud quoque te ad-
mittere oportebit, non poſſe ſuperuenientem poſteà
matris repudiationem: aut mortem facere, vt ſoror per
fratrem, aut propter fratrem excludatur. Sera namque
excluſio eſt, quæ ſuperuenit poſt admiſſionem, admiſ-
ſio autem ex delatione æſtimatur. Id enim agit ſtatutum
quod fœminas excludit vt in earum perſona impediat
non tantùm acquiſitionem, ſed etiam delationem here-
ditatis. Dices fortaſſe pro Bartolo, faciendum eſſe hoc 19
caſu quod Vlpianus ait in *d. §. ſi ſit conſanguinea*, vt co-
gatur ſoror expectare aditionem matris, nec priùs heres
eſſe poſſit, quàm mater heres fuerit, vt appareat per adi-
tionem matris excluſum fuiſſe fratrem conſanguineum
qui proinde ex eo tempore non deberet ampliùs obſtare
ſorori, ne poſſit illa ſuccedere ſimul cum matre: quem-
admodum & in ſpecie *d. §. ſi ſit conſanguinea*. mater quę
aliâs non ſolet expectare vtrum conſanguinea velit adi-
re, necne, cogitur tamen expectare ſororis aditionem,
cùm pater adeſt, vt ſi fortè ſoror repudiabit, poſſit mater
excludi per patrem. Verùm reſpondeo inter hos caſus
multùm intereſſe. Primùm, quia non ſicut in caſu noſtro
ſoror per fratrem excluditur ſub illa tantū conditione,
Si frater extabit: nec proinde admittitur niſi ſub contra-
ria illa conditione, Si frater non extabit. Ita & apud Vl-
pianum vocabatur mater ex Tertyll ano ſub ea condi-
tione, Si pater non eſſet, nec è contrario excludebatur
ſub contraria illa conditione, Si pater eſſet. Nulla enim
talis conditio ſiue affirmatiua, ſiue negatiua Tertylliano
inſerta erat, certúmque eſt matri obſtare patrem, non
qui extat, adeóque nec qui poſſit ſuccedere aliquo ca-
ſu, ſed eum demum qui ſuccedit, & eo ſolo caſu quo
ſuccedit. Quæ res facit, vt quandiu pater admitti po-
teſt, pendeat quidem ius matris, ſed non ideò tamen in-
tercidat. Itaque moram interim patitur mater ne priùs
poſſit adire ex Tertylliano, quàm certum eſſe incipiat
patrem ex nullo capite poſſe ſuccedere. Sed patre non
valente ſuccedere propter ſororis conſanguineæ adi-
tionem, licèt aliquo caſu euenire potuerit vt ſuccedere
poſſet, nimirum ſi conſanguinea repudiaſſet, non eò mi-
nùs ſuccedere mater ex Tertylliano poteſt. At in caſu
noſtro ad excludendam omni caſu ſororem propter fra-
trem, ſufficit fratrem extare qui aliquo caſu ſuccedere
potuerit, licèt caſus ille propter matris aditionem non
euenerit, quia perinde verum eſt conditionem excluſio-

nis extitiſſe. Cur ergo expectabimus matris aditionem, quæ etiamſi nulla ſequatur, non eò magis tamen verum erit excluſionis conditionem defeciſſe, *argum. l. ſi quis ita ſcripſerit. 33. D. de hered. inſtit.* Præterea in quæſtione Vlpiani ex alio iure vocabatur ad hereditatem defuncti ſoror conſanguinea, ex alio mater. Soror ex lege duodecim tabularum, mater ex Tertylliano. Indéque fit vt nihil abſurdi ſit, deferri hereditatem ſorori priuſquam deferatur matri, quaſi nulla ſenatuſconſulti Tertylliani habenda ratio, quandiu pater admitti poteſt, tametſi habenda ſit ratio legis duodecim tabularum, quæ ſorori omnimodò hereditatem defert, deferrétque ex aſſe, ſi non poteſtas eius retineretur & ſuſpenderetur pro parte matris ex poteſtate Tertylliani. In propoſita autem ſpecie, tam matri, quàm ſorori vtrinque coniunctæ, ſi ea per fratrem excluſa non eſt, defertur hereditas ex eadem lege, ſcilicet ex Iuſtiniani conſtitutione. *Nouel. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Non poteſt igitur fieri, vt deferatur matri pro parte, quin pro alia etiam parte deferatur ſorori: alioqui ſi pro nulla parte deferretur ſorori, ſequeretur vt in ſolidum eſſet delata matri, quæ proinde heres ex aſſe fieri poſſet, *l. 151. D. de verb. ſign.* atque ita nullus ſorori, quamuis poſt matris aditionem ſuccedere volenti locus relinqueretur: quia poteſtas legis diuidi non poteſt, vt pro parte deferat hereditatem, pro alia verò parte retineat delationem in ſuſpenſo, niſi cùm Senatuſconſulti, vel ſtatuti poteſtas, & caſus neceſſitas eam ſuſpenſionem inducit, vt in *d. §. ſi ſit conſanguinea,* & in ea ſpecie, de qua ſuprà diximus, & quæ nihil cum hac noſtra commune habet: cùm non excludantur fœminæ per ſtatutum, niſi ſuccedentibus maſculis, nec niſi inter maſculum ipſum & fœminam de hereditate contenditur. Ergo dicendum eſt, vel ab initio ſororem hanc per fratrem excludi, ne poſſit ipſa cum matre ſuccedere, vel repudiante quoque matre, ſolam eam ſuccedere per ius adcreſcendi, fratre in totum excluſo. Atqui poſterior huius dilemmatis pars pugnat apertè
20 cum verbis ſtatuti, ac proinde falſa eſt. Relinquitur † igitur priorem ſolam veram eſſe, ſolámque matrem ad defuncti filij hereditatem admittendam eſſe, excluſa ſorore propter ſtatutum, & excluſo fratre propter Iuſtiniani conſtitutionem, quæ potiorem vult eſſe cauſam aſcendentium, quàm tranſuerſalium extra fratres vtrinque coniunctos.

ERROR II.

Si ſtatutum in ſupra ſcripta ſpecie conceptum eſſet, per verba illa ſuccedentibus maſculis.

SVMMARIA.

1. *Quid iuris ſit ſi ſtatutum in ſuperiori ſpecie ita conceptum ſit,* ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat.
2. *Mater defuncti omnes fratres conſanguineos & vterinos excludit.*
3. *Frater conſanguineus ex Iuſtiniani conſtitutione nonniſi poſt ſororem vtrinque coniunctam ſuccedit.*
4. *Vt frater conſanguineus ſorori vtrinque coniunctæ præferatur, quàm multiplex iuris communis abrogatio requiratur.*
5. *Frater conſanguineus cum matre defuncti concurrere non poteſt.*
6. *Frater non eſt vocatus per ſtatutum ſiue dictum ſit* ſuccedentibus maſculis, *ſiue ſimpliciter* extantibus.
7. *Obiectio pro Bartolo allata diluitur.*

Aliud † reſponderem, ſi ſtatutum ita conceptum eſſet, *ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat.* Nec enim tunc ſoli maſculi exiſtentia poſſet ſororem excludere, ſi non etiam ille ſuccederet: ſuccedere autem ipſe non poteſt, non ſolùm ſi † mater ſuccedat, quæ fratres omnes conſanguineos & vterinos excludit, ſed nec ſi mater repudiet, quia nullum ius hoc caſu habet frater, quod ei conſeruare ſtatutum potuerit. Nouóque iure indigebat, vt poſſet ſuccedere cum ſorore vtrinque coniuncta, multò magis vt poſſet ſolus ſuccedere excluſa ſorore. Nam ex Iuſtiniani conſtitutione, † neque ante ſororem, quæ defuncto vtrinque coniuncta fuit poteſt ſuccedere, neque cum ſorore, ſed tantùm poſt ſororem. Ex ſtatuto verò multò minùs, quia ponimus ſtatuto nihil aliud cautum eſſe, niſi vt ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat, id eſt, ita demum excludatur ſi maſculi ſuccedant, at non etiam vt ſuccedant maſculi. Quod nominatim & verbis diſpoſitiuis erat neceſſariò inducendum, vt poſſet frater ſuccedere, eo præſertim caſu quo ex iure communi impediebatur non modò à matre defuncti, ſed etiam à ſorore vtrinque coniuncta ne ſuccedere poſſet. Quamuis enim Bartolo hoc tribueremus, quod ille vult ablatiuos iſtos abſolutos inducere diſpoſitionem, & facere vt frater ſuccedat, & ſorori præferatur, quia eius fauore ita ſtatutum eſt, arg. *l. ſeruo alieno 69. §. ſi teſtator. de leg. 1. l. fideicommiſſa. 11. §. cum eſſet. & §. interdum. de legat. 3.* Id tamen intelligi deberet de illo caſu, quo iam aliquod ius haberet frater à iure communi ad ſuccedendum ſaltem cum ſorore, vt ſtatuti effectus in eo totus conſiſteret, quod faceret ius fratris potentius quàm ſororis, faciendo vt ille ſolus admitteretur excluſa ſorore, quam alioqui ius commune ſimul cum ipſo admiſiſſet. Sed eo caſu quo frater nullo modo poteſt ex iure communi ſuccedere, vt cùm antevertitur non ſolùm à matre defuncti, ſed etiam à ſorore vtrinque coniuncta, quis dicat factum eſſe potentius per ſtatutum ius fratris, quod nullum penitus fuit? Aut quis ferat eam ablatiuis iſtis abſolutis vim tribui, vt non tantùm deferant hereditatem maſculo tanquam ex ſtatuto in eum caſum quo poſſit ille ſuccedere ex iure communi, ſed etiam præferant maſculum ſorori in eo ipſo caſu, in quo alioqui ſoror fratrem ex iure communi excluſiſſet? Triplex † ſiquidem hoc caſu abrogatio iuris 4
communis neceſſaria eſt: vna, vt ſoror vtrinque coniuncta non ſuccedat, quæ ſola ſuccederet: altera vt frater ſuccedat, qui ex conſtitutione Iuſtiniani arcetur à ſucceſſione: tertia, vt præferatur ſorori frater, cui ſoror ex noua Iuſtiani lege præferretur. Alioquin paulatim dicendum erit, quod tamen nec Bartolus ipſe dicere auſus eſt, etiam ſuccedente defuncti matre adhuc debere admitti fratrem conſanguineum, tanquam ex ſtatuto vocatum ad excludendam ſororem, quæ, ſi frater non eſſet, matri partim factura fuiſſet, ſimúlque cum matre ſucceſſura. Fruſtrà enim mater tueretur ſe conſtitutione Iuſtiniani, ſi frater pro ſe haberet ſtatutum, cuius tanquam iuris ſpecialioris maior authoritas eſſet, quàm iuris communis. Nec quicquam matris intereſſe videretur, an cum ſorore vtrinque coniuncta, an verò cum fratre conſanguineo ſuccederet, dum ne minùs vno caſu quàm alio conſequeretur, vtroque autem caſu haberet dimidiam. Ita fieret vt ſtatutum quod propter fratrem excludit ſororem, rurſus propter ſororem admitteret fratrem, non tantùm in præiudicium ſororis, ſed etiam in præiudicium matris, & eo caſu, quo ſi ſoror nulla eſſet, frater non admitteretur. Et tamen fatetur Bartolus,
† & verum eſt, fratrem conſanguineum cum matre defuncti concurrere hodie non poſſe. Repugnat enim 5
conſtitutio Iuſtin. *d. Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 1.* Repugnat etiam ratio iuris, & æquitatis, quæ certè non patitur vt plus iuris habeat frater ob ſororem excluſam, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet.
Quid

Digitized by Google

Quid enim ampliùs facere poteſt excluſio ſtatutaria,
quàm vt perſona quæ excluditur pro mortua habeatur?
Atqui ſi ſoror nulla eſſet, non faceret frater conſangui-
neus partem matri defuncti. Fateamur érgo non eſſe
6 hoc caſu † vocatum fratrem per ſtatutum, ſiue dictum
ſit *ſuccedentibus maſculis*, ſiue ſimpliciter *extantibus*,
ac proinde excludi ſororem, non quaſi habentem ius
debilius, ſed quaſi exiſtente conditione excluſionis.
Quæ porrò conditio ſemper exiſtit cùm maſculus ſuc-
cedit, & è contrario ſemper deficit, cùm maſculus non
ſuccedit, ſi ſuccedentes maſculi poſiti ſint in conditio-
ne: ſed ſi extantes tantùm, exiſtit conditio, licèt ma-
ſculus non ſuccedat, ſi modò ſuperueniat, & aliquo ca-
ſu poſſit ſuccedere, licèt poſtea non ſuccedat, nec ſuc-
cedere poſſit, vt in ſimili loquitur Iurec. *in l. quod vulgo
19. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Tunc verò tantùm de-
ficit cum aut maſculi nulli ſuperſunt, aut ſi qui ſunt,
ſuccedere nullo modo, nullóque caſu poſſunt. Illa ra-
7 tio magis † pro Bartolo vrgere videtur, & pro ſorore,
quòd hic caſus, quo & mater adſit, & ſoror vtrimque
coniuncta, non videatur fuiſſe ſtatuto comprehenſus,
cùm non cogitauerint ſtatuentes de excludenda ſorore
propter fratrem, qui ſuccedere ipſe non poſſet, ſemota
autem poteſtate ſtatuti ſucceſſio legem accipiat à iure
cõmuni: ſed iam reſpondimus tunc verè hoc dici poſſe
cùm ſtatutum conceptum eſt per ea verba *ſuccedentibus
maſculis*, non etiã cùm per illa, de quibus apud Bartolũ,
extantibus maſculis. Extare enim maſculos ſufficit ad im-
plendã conditionem excluſionis, nec prætereà requiritur
vt ſuccedãt, ſi modò poſſint ſuccedere. At nec requiritur,
vt poſſint ſuccedere eo ipſo caſu quo ſtatuti poteſtas
inducitur, ſed ſufficit, vt aliquo caſu poſſint illi ſucce-
dere, quamuis in iſto non poſſint, maximè ſi talis caſus
ille ſit in quo ſera eſſet ſtatutaria excluſio, ſi non ab ini-
tio induceretur.

ERROR III.

De maſculo, qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *An ex ſtatuto ſuprà ſcripto excludat ſororem maſculus qui aliquo accepto renunciauit futuræ ſucceſſioni.*
2 *Sententia Bartoli huiuſmodi maſculum habentis pro ſuccedente.*
3 *Expenditur Bartoli aſſertio.*
4 *Renuntians quatenus aliquid accipit in vicem portionis hereditariæ non eſt habendus pro ſuccedente.*
5 *Fœmina non excluditur per maſculum qui non extat tempore mortis eius de cuius ſucceſſione agitur.*
6 *Pro ſuccedente haberi non poteſt is, qui per pactum iuratum de non ſuccedendo ſeipſum à ſuccedendi iure excluſit.*
7 *Renuntiationes factæ per pacta de non ſuccedendo illam tacitam conditionem habent, ſi hereditas ab inteſtato deferetur: & n. 22.*
8 *Per huiuſmodi renuntiationes non tollitur ius ſuitatis.*
9 *Renuntiatio non obſtat liberis quominus debeant inſtitui aut exheredari.*
10 *Perſona quæ renuntiauit ſi ſit ex liberis primi gradus obſtat nepoti ne ſuus heres dici poſſit.*
11 *Ex quo tempore confirmata eſt exheredatio per aditionem exheredatus habetur pro mortuo.*
12 *Renuntiationis non eſt alius effectus, quàm vt cogatur abſtinere qui renuntiauit, ob metum ſcilicet periurij, licet ſuccedat ipſo iure.*
13 *Non eſt ſine herede qui ſuum heredem habet, licet ſit abſtinentem.*
14 *Cur in ſpecie ſtatuti ſupra propoſiti ſororem maſculus excludat, vera ratio affertur, exploſa ea quæ à Bartolo allata eſt.*
15 *Diſtinctio Bartoli reiecta.*
16 *Filius qui aliquo accepto renuntiauit paternæ ſucceſſioni quando faciat partem fratribus in computatione legitima. & n. 21.*
17 *Legitima non poteſt repræſentari niſi poſt mortem.*
18 *Quomodo qui ſoluit ante diem, plus præſtet quàm debeat.*
19 *Differentia eius quod debetur in diem certum ab eo quod in diem incertum vel ſub conditione debetur.*
20 *Quando quod in diem certum non debetur ante diem ſolui non poſſit.*
21 *Qui faciant partem in ſucceſſione inteſtati.*
22 *Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam ſi legitima deferetur.*
14 *Renuntiatio legitimæ quem habeat effectum.*
25 *Renuntiationes filiarum quæ vel in congrua dote accepta nubunt, in Gallia quàm valida.*

PLane † ſi ponas ita etiam concepto ſtatuto 1
ſuccedentibus maſculis, adeſſe filium vel
fratrem qui excluſus ſit à ſucceſſione per
pactum, id eſt, per propriam renuntiatio-
nem non ſine cauſa factam, ſed cui cauſam dederit ali-
qua pecuniæ quantitas, aut quid aliud propter quod iu-
rauerit ſe nihil vnquam ex bonis aut paternis, aut ma-
ternis, aut fraternis petiturum (iuſiurandum enim ne-
ceſſarium eſt ad tales pactiones confirmandas) videtur
probabilius quod vult Bart. † ad *d. leg. 1. §. penult. ff.* 2
de bonor. poſſ. tab. perinde habendum hunc filium acſi
ſucceſſiſſet, cùm in vicem portionis ſuæ hereditariæ ali-
quid habeat quod non habuiſſet, ſi non renuntiaſſet,
l. 1. §. aduerſus. D. ſi quid in fraud. patron. Vt quem-
admodum facit partem cæteris in computatione legi-
timæ, ita cæteros impediat ſuccedere tanquam exiſtens
ſecundum formam prædictorum ſtatutorum, quamuis
præteritus ipſe non poſſet teſtamentum vel nullum di-
cere, vel rumpere, quia nec debet inſtitui, ſi Bartolo, &
noſtris credimus. Mihi tamen attentiùs intuenti tota
hæc Bartoli † traditio diſplicet. Adeò verum eſt tam 3
multa eſſe in Bartolo falſa, aut potius tam pauca vera.
Tractat enim Bartolus eum caſum, quo ſtatutum ſit
conceptum per verbum *extantibus*, non per verbum
ſuccedentibus. Quo præſuppoſito res non habet dubita-
tionem, quia ad implendam excluſionis conditionem
ſufficiat extare maſculum, licèt non ſuccedat, vt ſuprà
diſputauimus. Ideóque otioſa diſputatio eſt, An ſucce-
dat, aut pro eo habendus ſit, acſi ſucceſſerit. Et tamen
Bartolus non alia ratione habet eum pro extante, quàm
quod eum habeat etiam pro ſuccedente. In quo primum
& maximè fallitur. Si † enim non alia ratione creden- 4
dus eſt ſucceſſiſſe, quam quod renuntiauerit aliquo ac-
cepto in vicem portionis hereditariæ, ſequetur, fore vt
nec aliud dicendum ſit, etiamſi deceſſerit ante patrem,
aut matrem, aut fratrem, cuius ſucceſſioni renunciauit,
quia ſemper æquè verum erit, acceptam ab eo fuiſſe
portionem hereditariam, aut ſaltem quæ portionis he-
reditariæ loco ſit. Adeò vt etiamſi ex tali filio vel filia
renuntiante, nepos aliquis ſit qui ex propria perſona
velit ſuccedere, & legitimam petere, tanquam repræſen-
tans non tam perſonam quàm gradum perſonæ quæ re-
nuntiauit, cogendus ſit imputare in ſuam portionem,
quod renuntians acceperat, præſertim ſi ſit ille heres re-
nuntiantis, ex traditis per Bart. Caſtrenſ. & alios in l.

qui

qui ſuperſtitis 94. *D. de acquir. hered.* Nec tamen verum
5 erit † hoc caſu concepto ſtatuto per verbum, *extantibus liberis*, excluſam iri filiam vel ſororem per huiuſ-
modi maſculum, quem verum eſt non extare tempore
mortis eius, de cuius ſucceſſione agitur. Certum enim
eſt, cum ſtatutum ita loquitur, *extantibus maſculis fœmina non ſuccedat*, ad illud vnicum tempus collatam eſſe
præciſè exiſtentiam maſculorum, in quo poſſit ſucce-
di, quod non contingit niſi patrefamiliâs defuncto
leg. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered. Si ergo
non extet eo tempore maſculus, quantumuis fingas
eum ſucceſſiſſe, ſuamque portionem hereditariam per-
cepiſſe, fieri non poteſt vt fœminam excludat. Alioqui
erit in poteſtate ipſius infligere fœminæ damnum con-
ditionis, & facere, vt videatur conditio extitiſſe priùs
quàm re vera extiterit. Quod ſanè iniquum eſt, & à ſta-
tuentium voluntate alienum: exemplo eius quod dici
ſolet, Eum qui ſub conditione rogatus eſt fratris ſui fi-
liis hereditatem poſt mortem ſuam reſtituere, ante
diem fideicommiſſi cedentem, ne quidem ex voluntate
eorum poſſe reſtituere iis in poteſtate patris agentibus,
cùm poſſit die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis
ipſis debere reſtitui, vel ſi aliquis ex his ante deceſſerit,
non omnibus *arg. l. filiusfamilias* 114. *§. Diui.* 1. *De legat.* 1. *l. vxorem* 41. *§. Seium maritum. De legat.* 3. cur
ergo nocebit fœminis ne poſſint ſuccedere, hic maſcu-
lus qui renuntiauit aliquo accepto, quaſi ipſe totaliter
ſuccedat, cùm neque extet eo tempore quo tractandum
eſt de ſucceſſione: annon prius eſt vt extet, quàm vt vel
ſuccedat, vel haberi poſſit pro ſuccedente? Rurſus quo-
6 modo † poteſt haberi qro ſuccedente is, qui per pactum
iuratum de non ſuccedendo ſeipſum à ſuccedendi iu-
re excluſerit, adeóque quem Bartolus vult impunè præ-
teriri poſſe? Quamquam in hoc quoq; errat Bartolus, &
alius error eſt quem nos iam ſæpius in præcedentibus
7 refutauimus. Cùm enim renuntiationes † iſtæ tacitam
conditionem illam habeant, ſi hereditas ab inteſtato de-
feretur, ideóque delationem hereditatis nullo modo
impediant, quàm è contrario pro conditionis imple-
mento requirunt, impediant verò ſolam acquiſitionem,
ídque non ipſo iure, ſed quantum ad effectum, facien-
do vt perſona quæ renuntiauit, cogatur ſe abſtinere, ne
8 periurium incurrat. Apparet per huiuſmodi † renuntia-
tiones nec tolli nec impediri ius ſuitatis, ac proinde
non eo minus inutile eſſe teſtamentum in quo præte-
9 rita ſit talis perſona, † quæ non obſtante eiuſmodi re-
nuntiatione debuit omnimodo vel inſtitui, vel exhere-
dari. Nec dubitandum eſt, perſonam iſtam, quæ renun-
10 tiauit, † ſi ſit ex liberis primi gradus, obſtare nepoti &
aliis remotioribus, ne ſui heredes dici poſſint, aut in
ſui heredis locum ſucceſſiſſe, quemadmodum & exhe-
redatus obſtat nepoti, *l. 1. §. ſi pater. ff. de coniung. cum emancip. lib. eius. l. ſi quis filio* 6. *ff. de iniuſt. nupt. l.*
11 *ſcripto.* 7. *ff. vnd. liber.* quamuis exheredatus † ex quo
tempore confirmata eſt exheredatio per aditionem pro
mortuo habeatur, *d. l. 1. §. ſi pater* 1. *verſ. ſed. etſi patruus. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Nempe quia
exheredatio nullum effectum habere poteſt, quouſque
confirmata ſit, per aditionem hereditatis: ius autem ſui
heredis oritur ante aditionem, & illo tempore quo ex-
heredatus non poteſt dici excluſus, vt bene ratiocina-
tur idem Bart. ad *d. §. ſi pater.* Sic igitur cùm nec renun-
ciatio aliter effectum habeat, quàm ſi delatio fiat illi
ipſi perſonæ quæ renuntiauit, conſequens eſt perſonam
quæ renuntiauit non poſſe haberi pro mortua: cùm
etiam hoc amplius iuris habeat quàm exheredatus, quòd
non tantùm ei defertur hereditas quæ nullo modo de-
fertur exheredato, ſed etiam acquiritur ipſo iure ſi ſit
12 ſuus heres, nec alium effectum † poteſt habere renun-
tiatio, quàm vt cogatur hic ſe abſtinere, vt in octauum
præcedentis Decadis errorem explicauimus. Ex quo ap-
paret nihil planè intereſſe an maſculus hic qui renun-
tiauerit, aliquid acceperit vt renuntiaret, an nihil. Nam &
cùm nihil accepit, ſiue neges cum quibuſdam interpre-
tibus, valere renuntiationem tanquam ſine cauſa factam,
ſiue dicas, quod magis puto, valere propter autoritatem
iuriſiurandi, æquè verum erit hunc qui renuntiauit ſuc-
cedere ipſo iure, tùm quoque cùm propter renuntiatio-
nem coactus & metu periurij ſe abſtinebit. Quidni ergo
excludet ſororem, cùm dici ſoleat † non eſſe ſine herede 13
eum qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem,
l. cùm quaſi 30. *§. ſed etſi ſuus. ff. de fideic. liber.* Et ſi-
militer cum renuntiatio facta eſt aliquo accepto, exclu-
dit hic maſculus ſororem, † non ratione illa quam ad- 14
fert Bartolus, quòd accipiendo aliquid in vicem por-
tionis hereditariæ videatur iam tum ſucceſſiſſe, ſed quia
ei tanquam ſuperſtiti & ſuo heredi defertur hereditas
patris, & acquiritur etiam inuito, licèt cogatur ſe abſti-
nere propter renuntiationem. Non igitur diſtinguen-
dum eſt † quomodo Bartolus diſtinguit an aliquid ac- 15
ceperit necne, vt renuntiaret, ſed an ſuperuixerit, an
prædeceſſerit, non modò ſi de extantibus maſculis lo-
quatur ſtatutum, ſed & ſi de ſuccedentibus, quia nec
ſuccedere quiſquam poteſt ante mortem illius, de cuius
ſucceſſione agitur. At neque verum eſt quod vult † 16
idem Bartolus, filium hunc, qui aliquo accepto renun-
tiauit, facere partem fratribus in computatione legiti-
mæ, niſi hoc etiam addas, vt ſuperuixerit ei cuius ſuc-
ceſſioni renuntiauit. Nam cùm legitima nihil aliud ſit, 17
quàm portio portionis ab inteſtato contingentis, *l. parentibus* 8. *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. teſt.* quemadmo-
dum ab inteſtato ſuccedi non poteſt, niſi poſt mortem,
ita nec legitima repræſentari, tametſi facilè poſſit fieri
vt quod prorogatum eſt ab eo ipſo, ex cuius bonis legi-
tima debebitur, in legitimam ipſam ſuo tempore im-
putetur, id eſt, tunc cùm de legitima quærendum erit,
l. quoniam. Nouella 29. *eod.* Nec ad rem facit, quod qui
ſoluit ante diem, plus præſtat quàm debeat, *l. Iauolenus* 15. *aliàs. l. cum qui. D. de ann. l.* Id † enim tunc ob- 18
tinet, cùm in eo quod præſtat, idipſum quod debet con-
tinetur, vt puta, ſi debuit in diem certum, & ſoluit
ſtatim, vt in ſpecie illius legis. Nam quod in diem † 19
certum debetur, dieſque ceſſit licèt nondum venerit,
ideóque nihil vetat quominùs & ſolui poſſit, *l. in diem debitor* 10. *D. de con. indeb. l. cedere diem* 213. *de verb. ſign.* At quod in diem incertum debetur, aut quod idem
fere eſt, ſub conditione, (dies namque incertus pro
conditione habetur, *l. dies incertus* 101. *de cond. & demonſt.*) nullo modo interim deberi intelligitur, & id-
circo nec ſolui poteſt, quia ſolutione eius quod non-
dum debetur, nulla liberatio poteſt contingere, *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. inter certam. D. de verb. oblig.* Et rurſus
tum quoque † cùm aliquid in diem certum debetur, ita 20
demum poteſt repræſentari ſolutio, ſi dies non fuerit
adiectus niſi fauore debitoris. Sed ſi dies alterius perſo-
næ fauorem admixtum habeat, non auditur volens ſol-
uere ante diem, nec ſi ſoluerit, liberatur, *d. l. cum qui. l. ſi ita relictum* 42. *§. Pegaſus. De legat.* 2. *l.* 3. *§. cùm Pollidius. D. de vſur.* Quantò minùs in propoſito caſu fe-
rendum eſt, vt videatur à viuo patre bene ſoluta & re-
præſentata legitima filio renuntiatio, ad hoc vt per eum,
tanquam per maſculum excludatur filia à patris ſucceſ-
ſione, tametſi maſculus ille viuo patre deceſſerit? An
fortè faceret hic maſculus partem fratribus ſuis ſucce-
dentibus, vt tanto minorem illi ab inteſtato portionem
conſequerentur? Minimè verò. Non enim alij † faciunt 21
partem in ſucceſſione inteſtati, quàm qui & ſuper-
uiuunt, & ſuccedunt, *l. 2. C. ad SC. Orfic.* Ergo neque
faciet partem in comparatione legitimæ. Planè ſi ſuper-
uiuat, † & factum ſit teſtamentum, per quod excluſus 22
ille ſit etiam à petitione ſupplementi, cui iam fortè ex-
preſſim renuntiauerat, aliquo accepto, faciet partem in
computatione legitimæ, at non quaſi ſucceſſerit ob hoc
ſolùm quòd aliquid accepit, ſed quia ſuperuixit, verum-
que

que eſt ei fuiſſe delatam portionem ſuam legitimæ, ac ſi non renuntiaſſet. Quemadmodum enim renuntiatio ſucceſſionis inteſtati habet eam tacitam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, ideoque nec impedit delationem ſucceſſionis inteſtati, ita & renuntiatio

23 † legitimæ aut ſupplementi habet eandem conditionem tacitam ſi legitima aut legitimæ ſupplementum deferetur. Tantum abeſt vt impediat ne deferatur. Quid

24 igitur? Impedit † duntaxat ne peti poſſit. Fauore nimirum eius qui in renuntiatione ſtipulatus fuit, aut ipſius heredum, non etiam cæterorum qui ad legitimæ aut ſupplementi petitioné admitti poſſunt. Quare nec aliud erit, tametſi filius hic qui renuntiauit legitimæ & ſupplemento nihil ob eam cauſã acceperit, ſi modò cauſam aliam quamlibet habeat renuntiatio, qualem hodie ſo-

25 lent habere renuntiationes filiarum, † quæ minima planéque incongrua dote accepta nubunt, & renuntiant, vt maſculis conſulatur per quos ſolos familiarum ſplendor & dignitas conſeruari poteſt. Tanta enim hodie vis & poteſtas eſt huiuſmodi renuntiationum, præſertim verò in Gallia, vt quamuis filia minor annis viginti quinque in manibus patris ampliſſimam legitimam pro quinque, ſi voles, ſolidis eiuraſſet, non ideò tamen reſtitutionis auxilium implorare vllomodo poſſet, quod pleriſque Pariſienſis Curiæ ſenatuſconſultis in purpura recitatis conſtitutum fuiſſe, mihi, Galliſque omnibus compertiſſimum eſt.

ERROR IV.

De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno.

SVMMARIA.

1 *An ſtatutum excluſiuum matris extantibus agnatis vſque ad tertium gradum excludat etiam auum maternum.*
2 *Rationes Bartoli pro auo.*
3 *Oppoſitæ eiuſdem contra auum rationes.*
4 *Sententia Richardi Malumbini ſententiaque firmamentum à Bartolo conuulſum.*
5 *Cùm mater ſtatuto excluditur, ea neque eſt heres filij reipſa, neque nudo nomine, aduerſus Malumb. & Bart.*
6 *Nudum nomen heredis habere qui dicantur.*
7 *Bartolus rectè præfert agnatos auo materno, ſed praua ratione vtitur.*
8 *Agnatis ſeu maſculis poſitis in conditione excluſionis ſtatutariæ conſeruatum intelligitur ius vetus ſuccedendi ab inteſtato.*
9 *Diſpoſitiuis adeoque imperatiuis verbis opus eſt in conſtituendo iure directo hereditatum.*
10 *In fideicommiſſis interpretandis quid potiſſimùm inſpiciatur.*
11 *In ſupra ſcripta ſtatuti ſpecie ex poteſtate ſtatuti non ſuccedere agnatos.*
12 *Reſponſio Bartoli ad obiectionem petitam ex §. vlt. l. 2. D. ad SC. Tertyll. reiicitur.*
13 *Alterius obiectionis ſolutio à Bartolo allata refellitur.*
14 *Vulgare brocardicum, ſi vinco vincentem te multò magis te vinco, quando locum habeat.*
15 *In ſpecie ſtatuti ſup. propoſiti agnati poſiti ſunt in conditione excluſionis matris & conſequenter omnium cognatorum.*
16 *Orphitiani SCti verbis reſtitutum eſt agnatis matris ius antiquum vt poſſent ſuccedere.*
17 *Statuto* extantibus agnatis mater non ſuccedat *reſtitui agnatis ius antiquum.*
18 *Perſona ſemel excluſa quomodo remaneat in perpetuum excluſa.*
19 *Agnato qui ſucceſſerat abſtento per in integrum reſtitutionem, mater ſuccedere poteſt.*
20 *Ratio prima Bartoli contra auum, vt inanis refellitur.*
21 *Verba conditionalia nihil diſponere in legibus maximè verum, iis præſertim per quas ſucceſſio defertur.*
22 *Alia Bartoli ratio diſcutitur.*
23 *Legatum quo priuatur tutor qui ſe à tutela excuſauit, remanet penes pupillum, non quâ pupillus eſt, ſed quâ heres.*
24 *Legatum quid.*
25 *Vera ratio cur agnati auo materno ex ſtatuto præferantur.*

EST hæc quæſtio † finitima ſuperioribus, & ab eodem Bartolo tractata in *l. 2. §. vlt. num. 1. D. ad SC. Tertyll.* Cauetur, inquit, ſtatuto Florentiæ quòd mater non ſuccedat filiis, extãtibus agnatis vſque ad tertium gradum. Quæro, quid de auo materno. Diſputat autem in vtramque partem. Primùm † pro auo ex verbis ſtatuti. Deinde contra auum ex mente ac ratione ſtatuti. Si reſpicis verba ſtatuti, ſolùm excludunt matrem: de admittendis verò agnatis nihil diſponunt, ſed matre excluſa neceſſe eſt venire ſequentes in gradu, qui tenent primum gradum ſucceſſionis, & qui venirent, ſi mater non eſſet, vt in ſpecie *d. l. 2. §. vlt.* Atqui auus veniret, ſi mater non eſſet. Ergo & in propoſito admitti debet. Item pro auo facit, quòd per huiuſmodi ſtatutum mater excluditur ſub nomine matris, non ſub nomine cognationis, & tanquam cognata. Ergo non excluduntur alij cognati, arg. *l. tutelas. 7. D. de capit. minut.* In contrarium, † quòd excludatur auus maternus, videtur ratio ſtatuti, qui videtur velle quòd hereditas remaneat apud agnatos. Atqui auus maternus non eſt agnatus. Ergo ad hereditatem admitti non debet. Præterea ſi excluditur proximior in gradu, ſequens quoque videtur excludi, *l. 1. §. fratris, cum ibi not. D. ſi quis aliq. teſt. prohib.* His ita diſputatis refert Bartolus Richardi Malumbini in hac quæſtione ſententiam, † Præferendos eſſe agnatos auo materno cognatiſque omnibus, ratione illa noua, quòd licèt mater excludatur ne ſit ipſa hæres, tamen quantum ad excludendum alios, videtur eſſe hæres, *arg. l. mulieri & Titio. 74. D. de condit. & demonſtr. l. cùm quaſi. 30. §. ſed et ſi ſuus. de fideic. libert.* Sed Bartolus rationem hanc refellit ex eo quod nudum heredis nomen non poſſit ſufficere ad alios excludendos, *ex d. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. D. ad SC. Tertyll. l. etſi ex medica 6. §. ſi filius. D. de bon. liber.* vbi dicitur nudum nomen ſui heredis in filio patre ſuperſtite neque obſtare matri quominus admitti debeat ex Tertylliano, neque patrono quominus competat ei bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti. Erat ſanè inepta ratio Malumbini. Sed non multo aptior eſt reprehenſio Bartoli † nam cùm mater excluditur per ſtatutum, fieri nequit vt ſit illa heres filij, neque reipſa, vt Malumbinus dicebat, neque nudo nomine, vt admittit Bartolus, ſiquidem poteſtas ſenatuſconſulti Tertylliani, ex quo poterat mater admitti, tota eliditur per ſtatutum, prohibens ne mater ſuccedat, quia cùm ſtatuti ius ſit ſpeciale, vtique potentius eſt iure communi, ſiue ius illud commune referas ad ſenatuſconſultum Tertyllianum, ſiue ad conſtitutionem Iuſtiani Nouell. 118. *De hered. ab inteſt. venient.* quæ poſt liberos & deſcendentes primam ac potiorem in ſuccedendo cauſam aſcendentium eſſe voluit. Atqui nudum † heredis nomen habere ille dicitur, qui ipſo quidem iure heres eſt, ſed effectu tamen ipſo non habetur pro herede à prætore propter abſtentionem, *d. §. ſed et ſi ſuus d. §. ſi filius, & d. §. ſed ſi ſint ſui. inſt. §. ſi*

ſi filius 12. *D. de interrog. action.* Cùm ergo ſtatutum prohibitorium faciat ne mater ſuccedere poſſit extantibus agnatis, apparet fieri nullo modo poſſe vt nomen heredis mater habeat, ne quidem nudum. Impedit namque huiuſmodi ſtatutum nòn modò delationem ſed etiam acquiſitionem hereditatis, quam tamen non ſolùm deferri, ſed etiam acquiri neceſſe eſt vt heres quis ipſo iure fiat. Implicatque manifeſtam contradictionem vt quis à ſucceſſione excludatur, nec eò minus tamen ad alios excludendos heres eſſe videatur. Aut enim nullius momenti eſſe ſtatutariam excluſionem neceſſe eſt, aut eam vim habere vt & delationem hereditatis impediat, & acquiſitionem. Concludit tamen
7 † Bartolus cum Malumbino pro agnatis aduerſus auum maternum. Et bene, ſed mala etiam ratione. Ait enim verba illa ſtatuti, *quòd mater ſuccedat, extantibus agnatis*, habere non ſolùm virtutem excluſiuam matris, ſed etiam virtutem inductiuam, vt agnati ſuccedant, propterea quòd illi ablatiui abſoluti, *extantibus agnatis*, inducant diſpoſitionem quando proferuntur ab eo qui poteſt diſponere circa illud *l. fideicommiſſ.* 11. §. *cum eſſet de lega.* 3. *l. in ratione.* 11. §. *tametſi. D. ad leg. Falci.* Hoc verò falſum eſt. Nam, vt diſputauimus in præce-
8 dentibus, quoties agnati, † vel maſculi ponuntur in conditione excluſionis ſtatutariæ ſiue per ablatiuos abſolutos & ſine figura conditionis, vt loquitur Marcianus *in d.* §. *tametſi*, ſiue per expreſſam conditionem, non tam intelliguntur vocati per ſtatutum, quàm conſeruatum iis fuiſſe ius vetus quod habebant ſuccedendi ab inteſtato, remotúmque obſtaculum quod faciebat ne ſuccedere tam cito poſſent. Vt ecce in propoſito, Habent agnati ius antiquum ſuccedendi ab inteſtato ex illis verbis legis duodecim tabularum, *ſi ſuus heres non erit agnatus, proximus familiam habeto.* Quod ius poſtea per ſenatuſconſultum Tertyllianum non tam ſublatum & extinctum fuit, quàm immutatum fauore matris, vt agnati qui anteà præferendi erant matri, tanquam quæ cognata tantùm eſſet, non poſſent ex eo tempore admitti niſi poſt mortem. Idem placuit Iuſtiniano in dicta *Nouell.* 118. vbi ſublata differentia agnationis & cognationis conſtituit vt prima in ſuccedendo caſu ſit deſcendentium, ſecunda aſcendentium, tertia tranſuerſalium. At cùm ſtatuto cauetur vt extantibus agnatis vſque ad tertium gradũ mater non ſuccedat, nullus alius fauor agnatis accedit, niſi quòd ſublato matris obice, quem ſenatus primùm, deinde Iuſtinianus interpoſuerat, ne agnati poſſent ſuccedere, hoc ipſo ius antiquum agnatis reſtitutum intelligitur, ac ſi ſtatutum apertioribus verbis abrogaret hac parte poteſtatem ſenatuſconſulti, & conſtitutionis Iuſtinianeæ, iuberétque ſuccedi ex vetere iure legis duodecim tabularum. Cæterùm ſi poneres agnatos nulla lege vocari ad ſucceſſionem tanquam agnatos, non poſſet dici vocatos eos per ſtatutum, quod de iis, non diſpoſitiuè, ſed tantùm per ablatiuos abſolutos locutum eſſet. Diſpoſitiuis † enim ver-
9 bis, adeóque imperatiuis opus eſt in conſtituendo iure directo hereditatum, & ſicut in cæteris omnibus, ita in hoc maximè longè aliud eſt poni in conditione, aliud in diſpoſitione. Nec ſimile eſt quod obiicit Bart. *ex d.* §. *cùm eſſet*, vbi agitur de fideicommiſſo reciproco ex voluntate teſtatoris inducendo inter coheredes, qui ambo grauari potuerint per fideicommiſſum, Nam in fidei-
10 commiſſis † interpretandis certum eſt voluntatem fideicommittentis magis quàm verba inſpici oportere, *l. pen. De leg.* 1. *heredes mei* 57. §. *cùm ita, D. ad SC. Trebel.* Quamquam nec illud extra controuerſiam eſt quod Vlpianus in *d.* §. *cùm eſſet*, ſcribit de fideicommiſſo per ablatiuos abſolutos inducendo, vt conſtat ex Marciani reſponſo, quod pugnare è diametro videtur, *in d.* §. *tametſi*, de cuius & ſententia & emendatione videri poſſunt, quæ ſcripſimus lib. 6. Coniectur. In propoſito igitur ſuccedunt agnati ex mente quidem ſtatuentium, † ſed non ex poteſtate ſtatuti, quomodo ſuc- 11
cederent ſi ſtatutum ita conceptum eſſet *extantibus maſculis mater non ſuccedat ſed agnati.* Tunc enim poſiti eſſent, non tantùm in conditione; ſed etiam in diſpoſitione. In eóque errat manifeſtè Bart. cùm vtriuſque conceptionis verborum eandem vult eſſe vim ac poteſtatem. Errat etiam cùm † ad obiectionem factam ex *d.* 12
l. 2. §. *vlt. ad Tertyll.* reſpondet excluſam ibi fuiſſe matrem contemplatione nullius, nec per conſtitutionem, quam Vlpianus eo loco refert alium vllum nominatim vocatum fuiſſe excluſa matre: in caſu autem noſtro ſecus eſſe, in quo & mater excluſa ſit fauore agnatorum, & agnati ipſi nominatim vocati. Nam conſtitutio quæ prohibet ne vindicandorum filij bonorum ius habeat mater quæ non petiit ei tutorem intra annum, licèt nihil de agnatis cognatiſque expreſſerit, agnatis tamen & cognatis fauere proculdubio voluit, ſi qui extarent. Id enim eſt quod Vlpianus ait, *ergo & agnati cæterique ſuccedent.* Nec magis verum eſt in caſu noſtro vocatos fuiſſe agnatos, licèt agnatorum expreſſa mentio facta ſit in ſtatuto, quoniam non per modum diſpoſitionis facta eſt, ſed per modum conditionis, cuius natura illa eſt vt nunquam diſponat. Æquè corruit quod Bartolus reſpondet † ad obiectionem illam quæ fieri poterat ex 13
eo, quod ſi per ſtatutum nominatim mater excluditur, ergo non alij ex *d. leg. tutelas. D. de capit. minut.* Admittit enim ille quod ex eo capite quo mater excluditur, alij non excluduntur, ſed ex eo tantùm quo agnati vocantur, quia, inquit, cum alios voco, alios videor excludere, vt *l. cum prætor* 12. *D. de iudic. l. ſicut certi* 9. *C. de teſtam. milit.* Debuerat dicere ſatis excluſos eſſe cognatos hoc ipſo quod agnati poſiti ſunt in conditione excluſionis matris, cùm per huiuſmodi conditionem reſtitutum iis fuerit ius antiquum, ex quo vocabãtur ante cognatos omnes, quamuis non eò magis vocati fuerint per ſtatutum. Illud bene Bartolus, non fore rectam conſecutionem ſi auus ita argumentetur, Ego vinco agnatos, Agnati vincunt matrem. Ergo vinco matrem. Nam brocardicum † illud quod habet, Si vinco vincentem te, 14
multò magis vinco te, *ex l. de acceſſionibus* 14. *D. de diuerſ. tempor. præſcript.* tunc locum habet cùm quis ex eodem iure & vincit & vincitur. At quod auus excludit agnatos, fit ex iure communi Auth. *defuncto. C. ad Tertyll.* quod verò agnati excludunt matrem & omnes cognatos, fit ex forma ſtatuti. Id eſt, vt ego interpretor, non quòd agnati per ſtatutum vocati ſint, quomodo Bartolus intellexit, ſed quòd poſiti ſint † in conditio- 15
ne excluſionis matris & conſequenter omnium cognatorum, non quaſi matris appellatione cognati omnes contineantur, ſed quia tale ſtatutum fieri non poteſt, quin ius commune abrogetur, quod & matrem agnatis præferebat, & agnatos cognatis exæquabat. Alioqui ſi diceremus etiam poſt hoc ſtatutum cognatis Iuſtinianæum ius ſaluum manere, ſequeretur quòd eſſent illi admittendi cum agnatis, imò præferendi agnatis ſi agnati eſſent remotiores in gradu, & conſequenter præferendi matri, quod tamen verba ſtatuti non patiuntur, quæ non excludunt matrem niſi propter ſolos agnatos. Nec proinde fieri poteſt quin ex huiuſmodi ſtatuto legis 12. tabul. ius vetus reſtitutum aut potiùs conſeruatum intelligatur, quod agnatos & matri & cognatis omnibus anteponat. Sublato igitur iure illo, ex quo ſuccedere cognati poſſent, quid aliud dici poteſt niſi vt agnati ſoli ſuccedant, non tanquam ſoli vocati ſint per ſtatutum, aut quaſi cognati ſuccedere prohibiti fuerint, ſed quaſi nulla amplius exiſtente lege, ex qua vel mater vel cognati ad ſucceſſionem admitti poſſint, ne quidem poſt agnatos? quia ſemel excluſi per defectum aut implementum conditionis, ſemper & in perpetuum remanent excluſi, cùm perpetua ſit cauſa excluſionis, ſiquidem nec conditio, quæ ſemel extitit poſtea deficere, nec quæ ſemel defecit, poſtea exiſtere vnquam poteſt.

teſt. Vnde dicerem extantibus agnatis excluſos in per-
petuum eſſe cognatos, ne ſuccedere iure ciuili poſſint,
nec ſi agnati hereditatem repudient, quia non fuit per
ſtatutum ipſis reſtitutum ius antiquum, quod reſtitui
omnimodo debuerat vt poſſent ſuccedere ex Iuſtinia-
ni conſtitutione. Exemplo eius quod in præcedenti-
16 bus diſputauimus, per verba † Senatuſconſulti Orphi-
tiani fuiſſe reſtitutum agnatis matris ius antiquum, vt
poſſent ipſi ſuccedere, ſi nemo filiorum maternam he-
reditatem ſuſcipere vellet, cum alioqui etiam repu-
diantibus filiis, agnati nullo modo ſuccedere, nullóque
caſu potuiſſent, *l. 1. §. ſi nemo. C. ad SC. Tertyll.* Dixi
ne ſuccedere iure ciuili poſſint, quia non quemadmo-
dum ius commune Senatuſconſulti Tertylliani & con-
ſtitutionis Iuſtinianeæ abrogatur per huiuſmodi ſta-
tutum reſtituto agnatis vetere iure legis duodecim ta-
bularum, ita & abrogatum dici poteſt ius prætorium,
quod tum quoque locum habebat cùm ex lege duode-
cim tabularum agnati ante matrem cognatoſque ad-
mittebantur. Excluſis enim agnatis ſiue tempore, ſiue
repudiatione, admittebat prætor cognatos, Imò & ag-
natos ipſos iam excluſos tanquam agnatos, ex capite
Vnde cognati, *§. placebat. Inſtitut. de legit. agnat. ſuc-*
17 *ceſſ.* Certum eſt per huiuſmodi † ſtatutum, *extantibus*
agnatis mater non ſuccedat, reſtitui agnatis ius anti-
quum, quale erat, ac proinde iuris prætorij æquitate
temperatum, & conſequenter ſalua edicti ſucceſſorij
poteſtate, quæ in acquirendis ſucceſſionibus magnum
ac plerumque neceſſarium auxilium præſtabat. Itaque
extantibus quidem agnatis, ſeu ceſſantibus in acqui-
renda hæreditate, vel agnoſcenda bonorum poſſeſſione
non tantùm cæteri cognati potuerunt admitti, ſed
etiam mater ipſa, tanquam ſibi ipſi ſuccedens cum cæ-
teris agnatis. Nam & hæc edicti ſucceſſorij poteſtas
fuit, *l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucc. edict. l. 2. §. ſi ſit*
conſanguinea. D. ad SC. Tertyll. Nec pugnat quod pro-
18 ximè diximus, † perſonam ſemel excluſam manere in
perpetuum excluſam. Id enim ita accipi debet, vt ma-
neat excluſa in perpetuum ab eo ipſo iure, à quo ſemel
fuit excluſa, non etiam à cæteris à quibus numquam ex-
cluſa fuit. At in propoſito, neque mater, neque cognati
fuerunt excluſi per agnatos, niſi à ſuccedendo, ille ante
agnatos, iſti cum agnatis, ex iure ciuili nouo per ſtatu-
tum abrogato, non etiam à ſuccedendo ex iure præto-
rio poſt agnatos. Saluum ergo iis remanet auxilium iu-
ris prætorij etiam poſt reſtitutum ius vetus legis 12 ta-
bul. in fauorem agnatorum, quod auxilium habebant
eo quoque tempore quo ius illud vetus neque per Se-
natuſconſultum Tertyllianum neque per Nouellam
Iuſtiniani legem adhuc erat abrogatum. Sed ſi poneres
19 aliquem ex agnatis † ſucceſſiſſe, poſtmodum tamen ab-
ſtentum fuiſſe per in integrum reſtitutionem, dicen-
dum eſſet non excludi omnino matrem cognatóſque
cæteros, ſed ex edicto ſucceſſorio admittendos, quia &
olim poterat edictum ſucceſſorium hoc caſu locum
habere, *l. defunctis 6. C. de legit. hæred. l. 2. D. vnd. legit.*
niſi cùm ſuccedebatur ex capite Vnde cognati, quia
nullum aliud erat caput ex quo poſſet ſuccedi. Huius
autem capitis poteſtas tota conſumpta fuerat per agni-
tionem ſemel factam bonorum poſſeſſionis ex eodem
capite delatæ, vt probatur ex *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Aliæ
Bartoli rationes, quas contra auum adfert, æquè ſunt fu-
20 tiles, & inanes. Ait enim † quoties diſpoſitio fit alicuius
contemplatione, licèt expreſsè verba ad illum non diri-
gantur, tamen ei competere actionem ex *l. ſeruo legato*
69. §. ſi teſtator. De leg. 1. l. fideicommiſſa 11. §. interdum.
De legat. 3. Ergo, inquit, cùm iſta diſpoſitio facta ſit fa-
uore agnatorum, competit eis ex hac diſpoſitione actio.
Malè. Non enim defertur hereditas, aut acquiritur be-
neficio alicuius actionis, ſed ſola legis poteſtate defer-
tur, aditionis poteſtate poſtquam delata eſt, acquiritur
nec hereditatis petitio, aut alia actio datur heredi futu-
ro vt ſuccedat, ſed heredi iam facto, vt acquiſitionis ſuæ
effectum habeat poſteaquam iam ſucceſſit. Longéque
aliud eſt ſi tractetur de legato, aut fideicommiſſo, vt in
legibus per Bartolũ allegatis. Non enim quærimus cum
quod de ſupremis quis locutus ſit, ſed in quem volun-
tatis ſuæ intentionem direxerit, *l. cum pater 77. § donat.*
De legat. 2. dummodo ex verbis depoſitiuis appareat le-
gatum aliquod vel fideicommiſſum datum eſſe. Hoc
enim etiam in fideicommiſſis requiritur, niſi cùm fidei-
commiſſi verba ex Imperatoris autoritate ſupplentur, vt
in ſpecie, *l. vnum ex familia. 67. §. vlt. eod. l. qui filium 74.*
D. ad SC. Trebell. Quanto magis in legibus & ſtatutis
hereditates deferentibus dicendum eſt non ſufficere vt
alicui fauere legiſlator voluerit, niſi idipſum expreſsè
diſpoſuerit? Nimirum quantum ad hoc, vt vocati dici
poſſint ij quibus legiſlator fauere voluit. Si enim vllo
vnquam caſu verum eſt, quod ſemper eſt veriſſimum,
Verba conditionalia † nihil diſponere, *leg. ſi quis ſub* 21
conditione 8. D ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. in legibus ma-
ximè id verum eſt, quarum verba non tantùm diſpoſiti-
ua eſſe ſolent & debent, ſed etiam imperatiua, *l. legis vir-*
tus 6. D. de legib. & apud Vlp. in Tit. de legat. cùm definit
legatum id eſſe quod legis modo imperatiuè relinqui-
tur. Si verò vnquam in legibus id obtinet, in iis maxi-
mè obtinere debet per quas ſucceſſio defertur. Nihil
enim eſt quod maiorem legum potentiam & autorita-
tem exigat, quàm hereditatis delatio, & inductio iuris
ſuccedendi, cum huiuſmodi arte & fictione faciendum
ſit vt dominium in alium ipſo iure continuetur earum
rerum quæ per mortem domini deſierunt eſſe in bonis
vllius, *l. 1. D. de rer. diuiſ.* Addit Bartol. pro vltima ratio-
ne, † Quando aliquis remouetur à lucro contemplatio- 22
ne alterius, debere lucrum applicari ei cuius contem-
platione remouetur, vt apparet, inquit, in tutore qui
priuatur legato ſi excuſat ſe à tutela. Legatum enim ap-
plicatur pupillo, cuius contemplatione tutor à legato
remouetur, *l. poſt legatum 5. §. amittere. D. de his quæ vt*
indig. l. pen. C. eod. l. cum emancipati §. ſi duo emancipati.
D. de collat. bonor. Ergo, inquit, cùm excludatur in caſu
noſtro mater contemplatione agnatorum, hæreditas ag-
natis applicanda eſt non cognatis. Parum ſubtiliter.
Prius enim eſt, vt is, cuius contemplatione alius à lucro
remouetur, ſit capax eius lucri retinendi, quàm vt dica-
mus ei applicari debere: vt in ſpecie illa quam Barto-
lus quaſi ſimilem tractat, id quod tutori denegatur qui
ſe à tutela excuſauit, non in fiſcum transfertur, ſed filio
relinquitur, cuius vtilitates deſertæ ſunt, vt ſcriptum eſt
in d. §. amittere, quia & ab ipſo pupillo herede inſtituto
fuerat præſtandum legatum: † quòd ſi non præſtetur, ne- 23
ceſſe eſt penes pupillum ipſum remanere, non tanquam
penes pupillum, ſed tanquam penes hæredẽ quemlibet.
Idque apparebit manifeſtius ſi ponas pupillum hunc,
cui pater tutorem dederat, eodem teſtamento fuiſſe ex-
heredatum (nam & exheredato filio tutorem à patre, ſi-
cut & ſubſtitutum pupillarem dari poſſe certum eſt) &
alium heredem inſtitutum. Nec enim dubito quin eo
caſu dicendum ſit, legatum quod tutori denegatur qui
ſe contra defuncti voluntatem excuſauit, non ad pupil-
lum peruenire debere, cuius vtilitates deſertæ ſunt, ſed
heredi inſtituto relinqui oportere, quia & ipſum relin-
quendi verbũ quo lex vtitur in *d. §. admittere* hoc euin-
cit. Aliud ſiquidem eſt acquiri, aliud relinqui. Acquiri-
tur nobis quod nõdum penes non erat, relinquitur verò
nobis quod penes nos iam erat. Et eo modo legata quæ
legatariis non præſtantur, heredibus relinquuntur, non
acquiruntur, cùm legatum † ſit delibatio hereditatis per 24
quam velit teſtator alicui collatũ eſſe id, quod alioquin
heredis foret, *l. legatũ eſt delibatio 116. De legat. 1.* Ergo
& in propoſito prius eſt vt quis probet pro Bartolo he-
reditatem à qua mater excludatur, agnatis extantibus,
poſſe agnatis ipſis acquiri, & vt ille loquitur, applicari
quàm vt dicat, ob id ſolùm acquiri debere agnatis, quòd
eorum

eorum contemplatione mater ſit excluſa. Atqui non poteſt hereditas agnatis acquiri, quin iis priùs deferatur. Prius ergo probandum eſt, iis deferri ex aliqua lege aut ex ſtatuto ipſo. Porrò non defertur ex ſtatuto, cuius nulla in hanc rem verba ſunt diſpoſitiua, tantum abeſt vt aliqua ſint quæ eſſe deberent, imperatiua. Quamuis igitur verum ſit ſtatutum quod agnatos poſuit in conditione, excludendo matrem ſi agnati extarent, nonniſi agnatorum contemplatione matrem excluſiſſe; propterea tamen ratiocinatio eſt, ſi quis ex eo inferat, agnatos ex eo ſtatuto vocatos eſſe. Nihil enim aliud agit hoc ſtatutum niſi vt hereditas agnatis relinquatur, non etiã vt iis acquiratur & applicetur. Proinde non vocantur agnati ad hereditatem ex hoc ſtatuto, ſed præſupponit ſtatutum, agnatos ex aliquo iure antiquiore ad hereditatem admitti poſſe, quomodo vtique admitti poſſunt ex poteſtate legis XII. tabul. ſi modò noua iura abrogentur quæ ius illud vetus quod agnatis ſolis fauebat, abrogauerant. Ideóque nimirum ſupra dixi. Huiuſmodi lex ſtatutis, quibus cauetur, *extantibus agnatis mater ne ſuccedat*, non ſolùm abrogata eſt per iura omnia noua quæ matris meliorem quàm agnatorum, & agnatorum parem ac cognatorum conditionem faciebant, ſed etiam in neceſſarium antecedens fuiſſe agnatis in conditione poſitis hoc ipſo reſtitutum ius antiquum legis XII. tab. quod equidem reſtitui potuit ex ſola legiſlatoris voluntate, ſtatutíque interpretatione, nullis in eam rem verbis adhibitis diſpoſitiuis & imperatiuis, quia nempe ſublato noui iuris obice nihil iam impedit quominus poteſtatem ſuam propriis verbis exercere ius vetus poſſit, ſufficitque vt ſtatutum non repugnet. Quantò magis ſufficiet ſi ſtatutum præſupponat iuris antiqui reſtitutionem in neceſſarium antecedens? Supereſt, vt omnibus Bartoli rationibus confutatis exponamus iam, qua ergo ratione defendamus Bartoli ſententiam veram eſſe quæ agnatorum potiorem cauſam facit quàm aui

25 materni. Ratio † illa eſt, quam idem Bartolus videtur indicaſſe, cùm dixit, Excluſa perſona aliqua prioris gradus, omnium quoque ſequentium graduum perſonas intelligi excluſas, id enim falſum eſt quoties non eadem ratio eſt ſequentium graduum excludendorum, vt videre eſt in matre, quæ licèt agnatis, & cognatis omnibus anterior ſit in gradu ſuccedendi, ſi tamen excludatur à filij impuberis ſucceſſione ob non petitum ei tutorem, non ideo facit vt agnati cognatique excludantur qui ſequuntur in gradu *d.leg. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Sed quia neque auus maternus: neque cognatus quiſquam ex ſuperioribus tranſuerſalibus aut agnati aut cognati nomen habet, niſi propter mediam matris perſonam, cùm & ius aui in ſuccedendo nepoti ex filia pendeat ex iure quod habet mater ſuccedendi propriæ filiæ, *arg. l. dotem 6. D. de bonor.* qui per matrem coniunguntur. Inde namque neceſſarium eſt vt quæ lex, aut, quod ſtatutum excludit matrem, hoc ipſo etiam excludat auum maternum & agnatum, niſi aliqua ſit ratio propria & ſpecialis quæ in perſona matris locum habeat ad eam excludendam vt ad auum maternũ cognatóſque extendatur, vt in ſpecie *d. l. 2. §. vlt. vbi mater*, ob non petitum filio ſuo impuberi tutorem, hanc propriæ culpæ pœnam patitur, vt ius ſuum vindicare prohibeatur. Nec enim ideo arcetur à ſucceſſione filij quòd ſit mater, ſed quia filio non bene cõſuluit cùm eſſet mater. Proinde nihil cauſæ eſt cur ea remota non debeat admitti, quiſquis, ſi ea non eſſet, admitteretur, ſiue auus maternus ſit, ſiue alius cognatus. Et ob id ita locuta eſt conſtitutio, non vt dixerit nullum ius ſuccedendi habere hanc matrem, ſed prohibuerit matri ius ſuum vindicare, ita admittens, non excludi hoc caſu matrem quia nullum ius habeat, ſed quia iure ſuo vti non poteſt. Vnde nec nimirum eſt ea remota non tantùm agnatos admitti, ſed etiam cæteros, id eſt, cognatos qui admitterentur ſi mater in medio non eſſet. At aliud eſt cùm mater à ſucceſſione inteſtati præciſè excluditur extantibus agnatis. Tunc enim nulla ratio eſt cur alia melior que ſit cauſa cæterorum qui per matrem coniunguntur, cuiuſmodi ſunt aſcendentes materni, vt non tantùm admittantur, ſed etiam, quod omnino conſequens eſſet, agnatis præferantur. In cæteris verò cognatis qui per matrem non coniunguntur, ſed per filiam fortaſſis, aut per ſororem, ratio illa facit ne admitti poſſint, quæ & generalior eſt, & ad omnes omnino cognatos pertinet, quod abrogato iure Iuſtinianeo, ex quo ſolo poterant ſuccedere cum agnatis, adeóque præferri agnatis remotioribus, nullum ius ſupereſt ex quo poſſint admitti cum agnatis, nedum ante agnatos, vt ſupra docuimus. An ergo in perpetuum excluſi erunt & aſcendentes materni & cæteri cognati vt nunquam admittantur, ne quidem poſt agnatos? Minimè. Nam & mater ipſa, quæ non niſi extantibus agnatis excluditur, non vſque adeo excluſa eſt vt non poſſit ipſa quoque poſt agnatos admitti, ſcilicet non tanquam mater, & ita vt ſuccedat ex iure ciuili, ſiue ex SC. Tertylliano, ſiue ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione, ſed tanquam cognata & cum cæteris cognatis, vt in ſpecie *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Non enim id agit hoc ſtatutum, vt matrem omnino excludat & ab omni iure etiam prætorio, ſed tantùm vt ei agnatos præferat, reſtituto in eam rem vetere iure legis duodecim tab. quæ agnatos matri anteponebat. Ergo quemadmodum ius legis duodecim tab. non excludebat temperamentum prætoris, quominùs poſt agnatos cognati ex edicto ſucceſſorio admitterentur, ac proinde mater quoque cum cæteris: ita nec ſtatutum hoc eam vim habebit vt impediat, ne poſſit mater, poſſintque ij omnes etiam qui per matrem iunguntur, ſuccedere poſt agnatos, & iure prætorio ex capite Vnde cognati.

ERROR V.

De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *An ſtatutum excluſiuum filia fœmina extantibus maſculis, excludat etiam nepotem ex filia.*
2 *Bartoli ſententia nepotem excludi aſſerentis.*
3 *Autoris aſſertio docentis nepotem excludi, ſi agnationis rationem legiſlator habuerit, non etiam ſi ſexus.*
4 *Caſus quo excluditur nepos ex filia.*
5 *Non excludi nepotem ex filia cùm ſexus tantum rationem habuit, qui ſtatutum condidit.*
6 *Cum filia vt filia excluditur, ea excluſio nocet nepoti, at cum filia vt fœmina non nocet.*
7 *Cum filia excluditur vt fœmina, ex ea etiam neptis excluditur.*
8 *Obiectio pro ſententia Bartoli & Baldi diluitur.*
9 *Ratio Bartoli diſcutitur & aduerſus ipſum retorquetur.*
10 *Nepos ex filia in ſpecie ſtatuti propoſiti non ſuccedit cum patruis ſuis, matri tamen præfertur, ſi reliquis ſublatis, ambo ſint ſuperſtites.*

Coniungemus hanc † quæſtionẽ cum præcedente, quia & eam coniungit Bartolus ad 1
d. l. 2. §. vlt. D. ad Senatuſconſultum Tertyll. in fin. vbi poſteaquam tractauit De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertiũ gradum, concluſitque ſiue mater ſit mortua, ſiue viuat, admitti agnatos excluſa matre cognatiſque omnibus qui ſequũtur in gradu, ſubiicit, *& idem puto in omnibus ſimilibus*

ſimilibus queſtionibus deſcendentibus ex ſtatuto, vt pu-
ta ſi diceret ſtatutum, *Extantibus maſculis filia fœmi-*
2 *na non ſuccedat : quid de nepote ex filia ?* † *Certe idem*
quod in filia, per ea qua ſupra dixi. Atque ita ſe in ciui-
tate Florentiæ conſuluiſſe teſtatur. Ego autem ve-
reor ne in hac quæſtione Bartolus non ſolùm falſis mo-
ueatur rationibus vt in ſuperiore, ſed etiam malè &
3 contra iuris rationem † reſpondeat. Nam ſi quidem ſta-
tutum iis verbis conceptum eſſet quibus illud de quo
proximè diximus, *extantibus agnatis maſculis filia fœ-*
mina non ſuccedat (quomodo interdum concipi neceſſe
eſt ad excludendas fœminas fauore agnatorum maſcu-
lorum, cùm fœminæ quoque ſint agnatæ quæ proinde
admitti deberent cum cæteris agnatis ſi non ſpecialiter
eſſent excluſæ, *l.* 2. *§. nec tantum maſculi. D. und.leg.*)
Poſſet ea ratio quam nos ad ſuperiorem ſpeciem apta-
4 uimus ad hanc quoque accommodari, † Excluſa nimirũ
filia per ſtatutum, quæ & agnata & proximior eſt, mul-
to magis excluſum intelligi nepotem ex filia, qui auo
non niſi per mediam filiæ perſonam coniunguntur,
quique licèt hoc plus habeat quàm filia, quòd eſt ma-
ſculus, hoc tamen minus habet quod non eſt agnatus,
ſicut illa agnata eſt. Nam fœminæ quidem poſſunt eſſe
agnatæ ſi per maſculos coniungantur, ſed per fœmi-
nam nemo agnatus eſſe vnquam poteſt. Et ideo fit vt
in pleriſque locis in quibus vigent huiuſmodi ſtatu-
ta, quæ ſolius agnationis conſeruandæ rationem ha-
bent, nec niſi agnatos ad ſucceſſionem admittunt, fœ-
minæ omnes, quantumuis agnatæ ſint excludantur,
quia licèt agnationis ius habeant, tales tamen ſunt quæ
agnationis conſeruandæ & perpetuandæ facultatem
non habent, cùm dici ſoleat quod & verum eſt, mulie-
rem familiæ ſuæ & caput & finem eſſe, *l. pronuntiatio*
195. *§.vltim. De verb. ſignific.* Si enim fœmina tan-
quam agnata ad ſucceſſionem proximi agnati cum cæ-
teris admitteretur, fieri neceſſe eſſet, vt eius portio
quæ ipſi ſemel quæſita fuiſſet, ad ipſius liberos tranſi-
ret, qui tamen agnati non eſſent, nec de familia & no-
mine defuncti, cuius agnationi proſpicere legiſlator
voluiſſet, *l. cum pater* 77. *§. cum inter.* vbi eſt Papinia-
ni textus elegans, alibi à nobis explicatus *De legat.* 2.
Ex eo igitur apparet, tantum abeſſe vt nepos ex filia
excluſa poſſit admitti ad ſucceſſionem, cùm ſit illa
agnata, ipſe verò non agnatus, vt è contrario ſit multo
facilius & rationabilius, vt filia quæ ex propria perſo-
na poſſet admitti tanquam quæ ſit de familia patris,
excludatur tamen propterea quòd qui ex ea naſcituri
ſunt liberi, ſiue maſculi erunt, ſiue fœminæ, aliam fa-
miliam ſint habituri, paternam ſcilicet, non maternam,
aut quæ fuerit aui materni, *l. penul. D. de agnoſc. &*
alend. liber. Sed hoc tunc obtinet, vt dixi, cùm ſta-
tutum nihil niſi agnationem, & agnationis conſeruan-
5 dæ fauorem intuetur. At ſi non tam agnationis † quàm
ſexus ratio habita ſit, quomodo habetur plerunque
à legiſlatoribus, dignitatem reipublicæ, non tam ex
familiarum amplitudine ac opulentia æſtimantibus,
quàm ex numero eorum qui laborantem rempublicam
animi & ingenij ſui viribus reficere, labantemque re-
tinere, & collapſam erigere poſſunt, in quo numero
ſunt omnes maſculi, nec tanquam agnati aut cognati,
ſed tanquam maſculi: nihil vetat excludi etiam à patris
ſucceſſione filiam, quia fœmina eſt, id eſt, eius ſexus,
quem leges ab omnibus & pacis & belli officiis ſtudiiſ-
que arceant, neque tamen excludi nepotem ex filia,
quippe qui tam ſit maſculus & iuuandæ reipublicæ ido-
neus, quàm ſi ex filio nepos eſſet. Et hæc mediæ iuriſ-
prudentiæ Romanæ mens fuit, quæ in cauſa ſucceſſio-
nis tam teſtamentariæ quàm legitimæ faciebat melio-
rem penè in omnibus maſculorum quàm fœminarum
conditionem, ſiue ex maſculis, ſiue ex fœminis maſcu-
li, fœminæve deſcenderent, vt conſtat ex iis quæ Iu-
ſtinianus refert in *l.* 4. *Codice de liber. præter.* & *in*
Inſtit. tit. de exher. liber. Huiuſmodi quoque videtur
eſſe mens legiſlatoris ſtatuentis vt extantibus maſculis
filia fœmina non ſuccedat. Quis enim alius poteſt
eſſe ſenſus eorum verborum, *filia fœmina non ſucce-*
dat, niſi vt à ſucceſſione excludatur filia ob hoc ſolùm
quòd fœmina eſt; Alioqui quis crederet poſſe aliquam
eſſe filiam, quæ non eſſet etiam fœmina? Quamuis igi-
tur nepos ex filia locum filiæ teneat, vt etiam ſi voles,
ipſius filiæ non tantùm locum & gradum, ſed etiam per-
ſonam repræſentare videatur, qui tamen non fœmina
eſt, vt erat filia, ſed maſculus, non ideò poſſis dicere,
Excludi eum per ſtatutum, quandoquidem neque ver-
ba ei conueniunt, neque ratio ſtatuti: non verba, quia
non eſt fœmina: non mens & ratio ſtatuti, quoniam id-
circò tantùm filias excludere ſtatutum voluit, quia fœ-
minæ ſunt, & ad gerendam rempublicam ineptæ,
hic verò maſculus eſt, nec minùs ad rem publicam ad-
miniſtrandam aptus, quam ſi nepos ex filia non eſſet.
Itaque cùm ratio excluſionis quæ propria & ſpecialis
eſt in filia non poſſit extendi ad nepotem, nihil etiam
cauſæ eſt cur ad eum poteſtas ſtatuti, & excluſio exten-
datur: veréque huic caſui aptari ratio illa poteſt, quam
præcedente capite ſumpſimus ex *l.* 2. *§.vltim. D. ad SC.*
Tertyll. tum demum remota matre admitti ad ſucceſſio-
nem eos qui poſt matrem veniunt, quique admitteren-
tur ſi mater non eſſet, cùm propria & ſpecialis aliqua ra-
tio eſt matris excludendæ, quæ ratio locum non habeat
in cæteris ſequentium graduum perſonis. Etſi namque
in caſu noſtro hoc amplius eſt, quàm in ſpecie *d. §. vlt.*
quòd eo loco mater non tam à iure ſuccedendi excludi-
tur, quàm iure ſuo vti prohibetur: In caſu autem no-
ſtro nullum penitus habet ius ſuccedendi filia quæ per
ſtatutum excluſa fuit: illud tamen vtrique caſui ſimile
eſt, quod ratio quæ nocet matri vel filiæ non poteſt
porrigi ad perſonam ſequentis gradus. Matri nocet ra-
tio illa, quòd intra annum tutorem filio impuberi non
petierit. Ea ratio non nocet auo materno, aut proximo
agnato, ad cuius ſcilicet officium non pertinebat vt
tutorem impuberi peteret quandiu mater eum in cauſa
ſucceſſionis antecedebat. In propoſito autem † filiæ 6
nocet ea ratio, propter quam & ſtatuto excluſa eſt, non
quòd ſit filia, ſed quòd ſit fœmina. Ea ratio non nocet
nepoti, quia maſculus eſt. Si filia tanquam filia exclu-
deretur, vtique noceret ea excluſio nepoti, non quaſi
verba ſtatuti ei conuenirent (æquè enim verum eſſet
non eſſe filiam eum qui eſſet nepos, vt nec filia propriè
dici poſſet quæ eſſet neptis) ſed quia nepos ita non eſt
filia vt ſit minùs quam filia. Filiam enim cùm dicimus
filiationis & procreationis ius ſignificamus, quod ius
non tantum eſt in nepote, nec in nepte quantum in fi-
lia, cùm ſit illa in primo gradu deſcendentium, nepos
verò, neptiſque ſecundo: nec rurſus vllum ius ſucce-
dendi habere poteſt nepos neptiſve, niſi quoniam auo
per mediam filiæ perſonam coniungitur, *arg. d.l. do-*
tem 6. *D. de collat. bonor.* Cùm verò filia excluditur à pa-
tris ſui ſucceſſione, non tanquam filia, ſed tanquam
fœmina, non debet ipſius excluſio nocere nepoti, &
quia ſtatuti verba ei non conueniunt cùm ſit maſculus,
non fœmina, & quia ita non eſt fœmina, vt ſit plus quàm
fœmina, quia maſculus eſt: nocet tamẽ † nepti, non tam 7
quòd ſtatuti verba ei magis cõueniant quàm nepoti (etſi
enim conueniunt in hoc quòd fœmina eſt, non tamen
conueniunt in eo quòd filia non eſt, ſed neptis) quàm
quia ita non eſt filia vt ſit minùs quàm filia, ſiquidem
& fœmina eſt, & remotior in gradu naturæ quàm ſi fi-
lia eſſet. Dices, illam ſemper manere communem ratio-
nem excluſionis † nepotis & neptis, cùm filia ipſa ex- 8
cluſa eſt, quòd neque nepos neque neptis auo materno
iunguntur, niſi per mediam filiæ perſonam, nec proin-
de fieri poſſe videtur, vt cui filia ſuccedere nequit, ne-

pos iſte, neptiſve poſſe, cùm non poſſit venire niſi tanquam imago matris, vt loquitur Baldus, qui Bartoli ſententiam ſequitur ad *l. maximum vitium 4. numer. 2. Codice de liber. prater.* Verùm reſpondeo non eſſe bonam conſecutionem, quia nepos neptiſque coniunguntur auo per illam, non tanquam per fœminam, ſed tanquam per filiam, cùm æquè ac eodem gradu coniuncti eſſent, ſi ex maſculo ſuſcepti proponerentur. Iam autem diximus non eſſe excluſam filiam tanquam filiam, ſed tanquam fœminam, quæ formalis ratio excluſionis inſpicienda magis eſt quàm perſona ipſa, quæ excluditur. Non igitur nocere debet nepoti neptique, quòd coniungantur per filiam & fœminam, ſi modò excluſionis ratio quæ in filia locum habuit, nullum in ipſis locum habeat. Habet autem in nepte quidem, quia & fœmina, & minùs quàm filia eſt: non etiam in nepote, qui licèt minùs ſit quàm filia, quatenus nepos eſt, plus tamen quàm filia eſt quatenus maſculus eſt: quod vnum ſtatuti mens intuetur, ſiue verba conditionis reſpicias *extantibus maſculis*, quæ non agnatis, ſed maſculis fauent, ſiue verba diſpoſitionis, *filia fœmina non ſuccedat*, per quæ excludatur à ſucceſſione, non quiſquis agnatus non eſt, ſed ea tantùm perſona, quæ ſit fœmina, adeoque quatenus
9 fœmina. Sed & ratio ipſa † Bartoli manifeſtè ipſius ſententiam impugnare videtur. Ait enim ideò excludi non tantùm filiam, ſed omnes etiam ſequentes in gradu, quòd ſtatutum iis hereditatem applicare intelligatur, quos ponit in conditione. Etſi enim hoc falſum eſſe ſuprà oſtendimus, tamen eo quoque errore admiſſo, conſequens fiet, vt in propoſita ſpecie maſculi omnes ad ſucceſſionem vocati intelligantur: nec minùs qui ex filia, quàm qui ex filio progeniti ſunt, cùm maſculi omnes indiſtinctè ſupradictis ſtatuti verbis in conditione poſiti eſſe proponantur. Niſi fortè quis pro Bartolo reſpondeat in conditione poſitos eſſe maſculos non omnes, ſed eos tantùm qui ſint fratres eius filiæ quam fauore maſculorum ſtatutum excludit, aut ſaltem qui ab iis fratribus progeniti ſint. Quod admittendum videtur eo caſu quo filia viuat adhuc illo tempore, quo agitur de ſucceſſione. Abſurdum enim eſſet dicere poſitos in conditione ad excluſionem filiæ maſculos ex ipſa filia ſuſceptos. Illi namque demum ponendi fuerunt in conditione ad eam excludendam, qui alioquin eam non excluderent, ſed ſimul cum ipſa admitterentur, non etiam ij, quos ipſa fuerat excluſura, quique nonniſi poſt eam vocari poſſent. Sed tamen præter id quòd obiectio noſtra ſemper ſubſtitit, eo ſaltem caſu quo filia per ſtatutum excluſa deceſſerit ante patrem ſuperſtite filio eodémque nepote, quia tunc nepos ſuccedit ex proprio capite, tanquam repræſentans, non tam perſonam, quàm gradum filiæ, ipſiúſque locum ſubintrans: quem proinde abſurdum non ſit ſimul cum filiis maſculis primi gradus ſuccedere iure repræſentationis, quod inter deſcendentes locum habet in infinitum, *§. cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Non puto eam ſtatuti, de quo agimus, interpretationem fieri poſſe, vt filia non per alios maſculos excludatur, quàm quibuſcum alioqui ſuccedere ipſa potuiſſet. Repugnant enim verba conditionis, quæ cùm ſint indefinita, apta ſunt comprehendere maſculos omnes quorumcumque graduum etiam remotiorum. Nec quicquam abſurdi eſt plus iuris habere in ſuccedendo nepotem, quia maſculus eſt, quàm filiam, quæ tanquam fœmina ſit excluſa fauore maſculorum, etiamſi filia ipſa adhuc viuat, alioqui dicendum erit, ſi ponas alios maſculos nullos extare qui poſſint ſuccedere excepto iſto nepote ex filia adhuc ſuperſtite admittendam eſſe filiam excluſo nepote. Hoc verò pugnaret euidentiſſimè cum verbis ſtatuti, quæ è contrario excludunt filiam propter maſculos poſitos in conditione. Annon enim verum eſſet extare maſculum aliquem, atque ita exiſtere conditionem excluſionis filiæ: Fateor † non 11
debere hunc nepotem facere partem patruis ſuis, ſi qui ſint, nec in hoc plus iuris habere quàm filiam, quæ per fratres ſuos in totum excluderetur, quia quos ſtatutum voluit præferri filiæ, multò magis videri debet prætuliſſe iis etiam maſculis, quibus præferendi fuiſſent, etiamſi filia ipſa excluſa non eſſet, vt excluſio filiæ ſicuti non nocet nepoti, ſic nec ei proſit aduerſus cæteros: & contrà, quæ prodeſt fratribus ne concurſum ſororis patiantur, quæ alioquin vnà cum ipſis fuerat ſucceſſura, iiſdem non noceat, vt concurſum huius nepotis ex ſorore pati cogatur, qui nullum ius haberet ſuccedendi ſi ſoror non excluderetur, tanquam qui in remotiori gradu eſſet conſtitutus. Sed nego debere hunc nepotem excludi propter matrem ſuam, eandémque filiã defuncti, ſi ambo ſint ſuperſtites, quia eo extante verum eſt extare maſculum aliquem, eúmque capacem ſucceſſionis, atque ita conditionem excluſionis ſtatutariæ impletam eſſe ad filiam ſummouendam. Nec video cur odioſa & ipſi filiæ damnoſa videri poſſit hæc interpretatio, quæ excludit filiam propter maſculum nepotem ex ipſa filia. Cur non enim æqui bonique hoc conſulat filia potiùs quàm ſi per alium maſculum, qui filius ipſius non eſſet excluderetur? Cæterum quod diximus nepotem hunc non poſſe cum patruis ſuis concurrere, tanto magis oſtendit, non eſſe igitur verum quod vult Bartolus, omnes eos qui in conditione poſiti ſunt, hoc ipſo vocari per ſtatutum. Nam cùm in propoſito maſculi omnes poſiti ſint in conditione, omnes quoque vocati intelligerentur, atque ita etiam hic nepos cum patruis ſuccedere deberet tanquam vocatus, ſi maſculi omnes vocati eſſent. At non ſuccedit cum patruis, quia non ſuccedunt patrui ex ſtatuto, ſed ex iure communi quod iis reſeruatum intelligitur per ſtatutum: ex iure autem communi ſiue vetere, ſiue nouo, neque nepos ex filio aut filia, neque nepos ex fratre aut ſorore vnquam concurrit cum patruis, quãdiu antevertitur à perſona ex qua natus eſt, quia tunc ſemper remotior eſt in gradu: in ſucceſſione autem inteſtati generale eſt & perpetuum, vt nunquam alius ſuccedat, quàm qui vel vel æquè proximus eſt, vel natura, vel repræſentatione. Quòd ſi obiicias, filiam quæ per ſtatutum excluſa eſt, habendam eſſe pro mortua, ob idque non magis debere nepoti nocere, quominus poſſit ille cum patruis concurrere, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet. Reſpondebo quod iam dixi, habendam quidem eſſe pro mortua hactenus, ne poſſit partem facere fratribus ſuis, cum quibus alioquin ab inteſtato admitti potuiſſet, ſicut etiam eueniret, ſi eſſet exheredata: ſed non quantum ad hoc, vt nepos hic admitti poſſit & concurrere cum patruis, à quibus excluderetur tanquam remotior in gradu, etiamſi ſtatutum nullum eſſet. Nam ſtatuti eam mentem fuiſſe certum eſt, vt iis demum maſculis prodeſſet, quibus filiæ concurſus partem facere poterat, aut ſi illi non eſſent, etiam cæteris maſculis, qui alioquin nonniſi poſt filiam venire potuiſſent, puta ipſi quoque nepoti ex ea filia, vt ſuprà diximus. At non vt noceret prioris gradus maſculis, dando iis coheredem hunc nepotem, qui ſi nullum ſtatutum eſſet, admitti cum patruis nullo modo poſſet, ne quod in fauorem maſculorum cum filia ſucceſſurorum inductum fuit, maligna interpretatione in eorundem perniciem retorqueatur contra *l. quod fauore 6. Cod. de legib. l. nulla 25. D. eod. cum ſimilib.*

ERROR VI.

De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an renuntiatio filiæ noceat nepoti.*
2 *Diſtinctio Bartoli, Renuntiatio filiæ nocet nepoti ſucceſſuro cum auunculis, ſucceſſuro verò cum aliis nepotibus aui non nocet.*
3 *Bartolus primus ſuæ diſtinctionis membrum reuocauit.*
4 *Nullo caſu nocet nepoti filiæ renuntiatio ex ſententia Bartoli & Baldi.*
5 *Baldus in iuratis renuntiationibus iuſiurandum pactionem non confirmare, ſed tantùm exceptionem periurij inducere falsò autumat.*
6 *In praxi renuntiationes propter iuſiurandum valere exiſtimantur, ita vt etiam heredes iurantis obligent.*
7 *Renuntiatio in tabulis dotalibus facta à filia dotata etiam ſine iureiurando apud Gallos valida.*
8 *Contractus prohibitos iuſiurandum apud Gallos non validat.*
9 *Quæuis pactio de ſuccedendo aut non ſuccedendo, etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos validat.*
10 *Heredes contractuales apud Gallos frequentes.*
11 *Matrimonium vbi contractum eſt nullas in Gallia recipit pactiones legibus prohibitas.*
12 *Extra dotales tabulas apud Gallos hereditas pacto non datur, ne quidem ſi vel millies iuſiurandum acceſſerit.*
13 *Extra Galliam filia quæ paternæ aut maternæ ſucceſſioni cum iureiurando renuntiauit, licet non in ipſo matrimonij contractu vtiliter cenſetur renuntiaſſe.*
14 *Collectio aduerſus Bartoli & Baldi rationem quâ volunt non nocere nepoti filiæ renuntiationem.*
15 *Expenditur & reiicitur diſtinctio Bartoli propoſita. num. 2.*
16 *Nepos non tam perſonam matris, quàm gradum repræſentat.*
17 *Viuentis num ſit ſuus heres.*
18 *Vt vnius factum alteri noceat, neceſſe eſt vt non tantùm gradus, ſed etiam perſona repræſentetur.*
19 *In ius alterius ſuccedere, & ſuccedere in alterius gradum ſiue locum, quatenus differant.*
20 *Caſtrenſis diſtinguit an filia acceperit aliquid in vicem portionis hereditariæ, an nihil, vt priori caſu noceat nepoti matris renuntiatio, poſteriori non item.*
21 *Diſtinctionis propoſitæ refutatio.*
22 *Alia ſolutio quæſtionis per diſtinctionem, an nepos ſit heres matris, vt priori caſu noceat illi renuntiatio, poſteriori neutiquam.*
23 *Refutatur diſtinctio primùm ex eo, quòd alia quæ renuntiauit viuo patre decedente, euaneſcat renuntiatio per defectum conditionis, nec nepoti noceat.*
24 *Deficiente conditione ſtipulatio conditionalis euaneſcit.*
25 *Filiæ quæ renuntiauit ſuperueniente nepote cur non noceat renuntiatio.*
26 *In ſuis heredibus cur non ſit ſucceſſio.*
27 *Inter ſuos & agnatos diſcrimen.*
28 *Nepote ex filia non eſt ſuus heres auo materno, multò minus heres matre abſtinente propter renuntiationē.*
29 *Ius competens filiæ quæ renuntiauit ad nepotem non tranſmittitur.*
30 *Fruſtra quæri, an nepoti ex filia noceat matris renuntiatio.*

ALius hic tractatus eſt à ſuperiore, ex eóque
intelligimus apertiùs quàm verum ſit quod
in præcedentibus diſputauimus, multum referre
an filia excluſa ſit à ſucceſſione inteſta-
ti per ſtatutum, an per renuntiationem. Solet † quæri 1
à noſtris, An renuntiatio filiæ noceat nepoti. Et alij
ſentiunt. Sunt qui diſtinguant poſt Bartolum, *ad l. qui
ſuperſtitis. 94. num. 2. D. de acquirend. hæredit.* an hic
† nepos ex filia veniat ad ſucceſſionem cum aliis nepo- 2
tibus aui, an verò cum patruis, aut auunculis, vt priore
caſu non noceat ei renuntiatio matris, ſiue mater pacta
ſit, & iurauerit de ſe tantùm, quia nepos hic veniret iu-
re ſuo & proprio, ſiue de filiis quoque ſuis expreſſim
pacta ſit ne ſuccederent, quoniam tale pactum non va-
let, niſi in quibus locis receptum eſt de conſuetudine,
vt in cap. 1. *De matrim. ad Morganat. contract. collat.
10. & capit. filius ſi de feudis fuer. controuerſ. in vſib.
feudorum.* Nec iuramentum filiæ ligat nepotem, quan-
quam hæredem, cùm ſit perſonale ex parte iurantis,
quamuis reale ſit ex parte illius, cui iuratur, *cap. verita-
tis, Extra. de iureiur.* Poſteriore verò caſu noceat nepoti
renuntiatio filiæ, quia, inquit Bartolus, non poteſt hic
nepos ſuccedere cum patruis & auunculis, niſi ſuccedat
in locum matris ſuæ. Atqui mater fuit excluſa per pa-
ctum ſuum: Ergo & filius. Sed tamen video † Bartolum 3
ipſum eodem loco ab hac ſententia recedere, cùm ſtatim
ſubiicit, nepotem hunc non habere à matre, ſed à legis
diſpoſitione vt ſuccedat in locum matris ſuæ quantum
ad aui ſucceſſionem. Ergo, inquit, mater ſuo facto ius
illud ei auferrre non potuit, *arg. l. ſi adrogator 22. §.
ſed an impuberi. D. de adopt. l. 3. D. de interdict. & re-
legat.* Itaque videtur Bartolus in ea fuiſſe ſententia vt 4
nullo caſu filiæ renuntiationem nepoti obeſſe credide-
rit, ſiue cum aliis aui nepotibus, ſiue cum patruis, &
auunculis ſuccedere velit. Qua etiam in ſententia Bal-
dus eſt ad *l. pactum dotale 3. C. de collat.* ratione illa
quòd cùm huiuſmodi renuntiationes non valeant, niſi
ob authoritatem iuriſiurandi, ne quidem ad excluden-
dam eam ipſam perſonam, quæ renuntiauit, cap. *quam-
uis pactum. de pact. in 6.* certum eſt eo iureiurando non
alium poſſe obligari quàm qui iurauit, cùm, vt dixi, per-
ſonale ſit ex parte iurantis, *d. cap. veritatis. vbi Inno-
centius Extr. de iureiur.* nimirum præſupponit Baldus,
† quod & Bartolus diſertè tradit ad *d. l. qui ſuperſtitis.* 5
num. 4. in huiuſmodi iuratis renuntiationibus eam eſſe
vim iuriſiurandi, non vt pactum ipſum confirmet, quod
per ſe nullum eſt, ſed tantùm vt inducat exceptionem
periurij, & vt eo ſolo metu periurij incurrendi ſeruan-
dum ſit, cùm ſeruari poſſit citra diſpendium ſalutis
æternæ, *cap. cum contingat eod. tit. de iureiur.* Sed tamen
hæc ſententia falſa eſt. † Iam enim obtinuit, non tan- 6
tùm frequentiore interpretum calculo, ſed etiam ple-
riſque ſupremarum curiarum ſenatuſconſultis, vt re-
nuntiationes iſtæ propter iuſiurandum valere exiſti-
mentur, ita vt non ſolam iurantis perſonam, ſed ipſius
etiam heredes obligent: adeò vt apud Gallos non aliud
obtineat, † etiamſi nullum iuſiurandum interuenerit, ſi 7
modò facta ſit renuntiatio in tabulis dotalibus cùm filia
nuptui tradebatur, & accepta dote. Nullam enim ha-
bent illi rationem iuriſiurandi † ad validandos con- 8
tractus alioquin prohibitos, ratione illa certè non ma-
la, quòd parum cauti homines, & contra leges contra-
cturi æquè faciles ſint ad iurandum, atque ad contra-
hendum: nec ob id prudentior quiſquam eſſe creden-
dus ſit quàm ad iurandum ſit facilior. Sed quod Cano-
niſtæ hac parte tribuunt religioni iuriſiurandi, id Galli
tribuunt fauori matrimoniorum, quibus nihil ha-

bent fauorabilius: indéque eſt † quòd vix vlla eſt tam
9 iniuſta, id eſt, iuris noſtri ratione aliena fictio, quam
non tueantur, ſi facta ſit in contractu matrimonij,
ſiue de ſuccedendo facta proponatur, ſiue de non ſuc-
cedendo, ſiue æqualitatem inductura ſit inter liberos,
ſiue inæqualitatem, denique etiamſi facultatem teſtan-
di in totum collat, quia nec ferè teſtamentis vtuntur,
in iis nimirum prouinciis quæ non iure ſcripto Roma-
norum, ſed moribus reguntur. Itaque pro heredibus
10 teſtamentariis aut legitimis habent heredes, † quos vo-
cant contractuales, factos ſcilicet per contractum ma-
trimonij, per quem & heredes adnaſcuntur, non tan-
tùm iis qui in matrimonium coeunt, ſed etiam ipſorum
agnatis, cognatiſque, ita vt dici poſſit quoties ma-
trimonium inter Caium & Semproniam contrahi-
tur, non tam priuatum ipſorum negotium agi, quàm
communem vtriuſque familiæ cauſam, imò & ipſius
reipublicæ ad quam vel maximè pertinet, vt magis ac
magis inuitentur homines ad nuptias, quod plerunque
fit allectis huiuſmodi pactorum vtilitate iis qui aliter
non eſſent contracturi. In eo ſiquidem totus fauor ma-
trimonij verſatur, vt matrimonium ſpectemus non iam
contractum, ſed contrahendum. Vbi enim contractum
11 eſt, † nullas poteſt recipere pactiones quæ legibus
prohibeantur, nec ſi quis in eam rem velit matrimonij
fauorem bxtendere, quia non poteſt dici contrahentes
aliter non fuiſſe contracturos, qui iam contraxerunt.
Quare nec ſi ponas millies interueniſſe iuſiurandum
12 † in contractu facto poſt initum matrimonium, vale-
bit tamen pactio apud Gallos, ſiue facta ſit de ſucce-
dendo, ſiue de non ſuccedendo, quia extra dotales ta-
bulas habent pro vero & inuiolabili quod ſcriptum eſt
in *l. hereditas 5. C. de pact. conuent.* hereditatem pacto
dari non poſſe: & quod à Papiniano *in vltim. D. de
ſuis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate
non cenſeri: denique quod ab Imper. *in l. pactum quod
dotali 15. & in l. vltim. Codice de pact.* non valere pa-
cta, per quæ libera teſtandi facultas vel auferatur vel
conſtringatur, aut per quæ votum captandæ mortis
13 alienæ inducatur. At extra † Galliam filia quæ paternæ
aut maternæ ſucceſſioni cum iureiurando renuntiat,
licèt non in ipſo contractu matrimonij, ſed ſiue ante,
ſiue poſtea, vtiliter renuntiaſſe intelligitur propter au-
thoritatem iuriſiurandi, etiamſi dotem eo tempore nul-
lam accipiat, dummodò aliud quid ſit, ex quo poſſit
apparere non ſine cauſa factam fuiſſe renuntiationem.
Alioqui eſſet in dolo is qui lucrum captare vellet ex re-
nuntiatione quam ſine cauſa extorſiſſet, *l. 2. §. circa.
D. de doli mali except.* nec proinde æquum eſſet ei pro-
deſſe iuſiurandum, quippe quod iniquitatis vinculum
eſſe non debet. Vnde eſt quod toties noſtri tractant
de filio qui per pactum excluſus eſt à ſucceſſione pa-
terna, nulla etiam matrimonij facta mentione. De quo
& Bartolus *ad l. 1. §. qui habeat. numer. 6. D. de bo-
14 nor. poſſeſſ. contra tabul.* Cùm igitur placeat † huiuſmo-
di renuntiationes valere vbique gentium ſi iuratæ ſint
propter authoritatem iuriſiurandi & Pontificiæ con-
ſtitutionis, apud Gallos verò etiamſi non fuerint iu-
ratæ, ſi modò adhibitæ ſint in contractu matrimonij, ap-
paret non eſſe bonam rationem illam qua Bart. & Bald.
vtuntur, vt negent filiæ renuntiationem nocere nepoti
etiam heredi, quòd iuſiurandum ſit perſonale. Quoties
enim iuſiurandum in contractu alioquin illicito adhi-
bitum eam vim habet vt validet contractum, neceſſe
eſt poteſtatem iuriſiurandi tranſire in heredem tam ex
parte eius qui iurauit, quàm ex parte illius cui iura-
tum, quia & contractus ipſe ex vtraque parte in here-
dem tranſit, *tot. titul. Codice de hered. action. l. viam ve-
ritatis 10. Codice de locat.* An ergo dicemus renuntia-
tionem iuratam filiæ nocere nepoti? An verò diſtin-
15 guemus † vtrum nepos hic ſuccedat cum aliis nepoti-
bus aui, an verò cum patruis & auunculis? Atqui ra-
tio illa repugnat quam tradidit Bartolus, quòd nepos
non à matre ſua, ſed à lege habet vt ſuccedat in locum
matris, habeátque ius repræſentationis, quoties cum
patruis & auunculis concurrit. Non eſt igitur permit-
tendum vt ei facto matris ius illud auferatur, quod
aliunde habet quàm à matre. Et ſanè ita eſt. Non tam
† perſonam quàm gradum matris repræſentat, ſicut & 16
qui in prædefuncti locum ſuccedendo quaſi agnatione
fit ſuus heres. De quo in *l. Gallus. 29. §. nunc de lege. D.
de liber. & poſt. leg. poſthumorum 14. D. de iniuſt. rupt.*
Quid enim poſſet nepoti prodeſſe vt repræſentaret per-
ſonam illius, qui filiusfamilias deceſſiſſet, ac proinde
qui nullum in patris ſucceſſione ius vnquam habuiſſet?
Nec enim viuentis † quiſquam ſuus heres eſſe poteſt, 17
non magis quàm extraneus, cùm viuentis nulla ſit he-
reditas, niſi hoc ſenſu quòd ſuum heredem *dicimus*
eum qui eſſet hodie, ſi hodie pater moreretur: *quem-
admodum* poſthumum ſuum appellamus, non quia iam
ſuus ſit quandiu adhuc eſt in vtero, cùm non poſſit dici
in patris eſſe poteſtate antequàm ſit editus, *l. vlt. D. de
collat. bonor.* quod tamen ad ſui heredis conſtituendi
eſſentiam requiritur, *l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. ſi fi-
liusfamilias. 33. D. de teſtam. milit.* ſed eum, qui ſi ho-
die naſceretur inter ſuos futurus eſſet. *§. poſthumo Inſtit.
de lega. l. vlt. D. de vent. in poſſ. mitt.* At vt † vnius fa- 18
ctum alteri noceat, neceſſe eſt vt non tantùm gradus,
ſed etiam perſona repræſentetur. Sic enim habet iuris
regula, Ex qua perſona lucrum quis ſentit, eius factum
præſtare debere, *l. ex qua perſona 149. De regul. iur.*
non autem, ex cuius gradu. Nam & longè aliud eſt,
Ius in alterius ſuccedere, † aliud verò in alterius gra- 19
dum & locum. Qui in alterius ius ſuccedit, eodem pror-
ſus iure vti cogitur, at non etiam qui in alterius gradum
& locum dumtaxat. Hic enim tantum iuris habet,
non quantum habuit is, qui ab eo gradu excluſus fuit
per mortem aut renuntiationem, ſed quantum haberet
hodie ſi viueret, aut non renuntiaſſet, denique ſi ex-
cluſus non eſſet. Diſtinguunt alij, † An filia quæ renun- 20
tiauit, perceperit dotem aut quid aliud quòd ſit vice
portionis hereditariæ, an nihil, vt poſteriore caſu non
noceat nepoti, quamuis heredi, matris renuntiatio.
Priore verò caſu noceat etiam non heredi, quaſi filia quæ
renuntiauit ſucceſſiſſe ipſa videatur. Quam ſententiam
videtur probaſſe *Caſtrenſ. ad d. l. qui ſuperſtitis*, ſed pa-
rum ſubtiliter. Quemadmodum † enim viuentis nul- 21
la ſucceſſio eſt, ita nec retrofingi poteſt aliqua fuiſſe.
Nec video quid abſurdius dici poſſit quàm vt filia quæ
renũtiauit, & ſe à ſucceſſione per renuntiationem exclu-
ſit aliquo accepto in vicem & locum portionis heredi-
tariæ, hoc ipſo credenda ſit ſucceſſiſſe, quæ nec ſi vo-
luiſſet, ſuccedere tamen potuiſſet. Illud tantùm verum
eſt, id quod ipſa percepit dotis, aut alio titulo in legi-
timam imputari aut conferri debere. Sed aliud eſt im-
putare aut conferre debere, aliud verò ſuccedere, aut
ſucceſſiſſe. Illa itaque diſtinctio † videtur probabilior 22
quæ à nonnullis affertur, An nepos hic ſit heres matris
ſuæ necne, vt ſi non ſit heres, non noceat ei matris re-
nuntiatio, ſi ſit, noceat, tanquam ei qui hoc caſu non tã-
tùm gradum & locum, ſed etiam perſonam matris re-
præſentet. Noceat, inquam, non ſi nepos cum aliis ne-
potibus in eodem gradu conſtitutis ſuccedere velit,
multo minùs ſi cum pronepotibus, qui in gradu remo-
tiores ſunt, quandoquidem his omnibus caſibus ſucce-
dit proprio iure, & ex propria perſona, ſed ſi velit ſuc-
cedere cum patruis & auunculis, quòd hoc caſu neceſſa-
riò tractandum ſit de matre cuius gradus repræſentandus
eſt. De matris autem gradu tractari hoc caſu non poteſt,
quin appareat non modò gradum ipſius, ſed etiam per-
ſonam repræſentari ab hoc nepote, cùm idem & filius &
heres renuntiantis inueniatur, ac proinde talis cui renun-
tiationem matris omnimodo nocere neceſſe eſt. Etſi autẽ
non minùs verum eſt, & filium eum eſſe & heredem ma-
tris

tris eo caſu quo vult ille ex propria perſona ſuccedere cũ
aliis nepotibus eiuſdem aui, quia tamen nulla occurrit
neceſſitas tractandi de matre, ne quidem gradum eius
repræſentandum, quandoquidem repræſentatio cùm
ſit fictio, nunquam niſi ex neceſſitate inducitur, hic au-
tem nepos proprium ius habet ſuccedendi cum aliis
nepotibus, nulla penitus habita matris ratione, non po-
teſt eius conditio fieri ob id deterior, quòd & heres &
filius ſit eius perſonæ quæ renuntiauit, quia neque tan-
quam filius ſuccedit, neque tanquam heres matris ſed
tanquam nepos: alioqui cæteros nepotes in totum ex-
cluderet, qui non ſuccedunt niſi tanquam nepotes. Ve-
23 rùm ſi propiùs inſpicias, neque hæc diſtinctio † vera
eſt. Quid enim ſi filia quæ renuntiauit, deceſſerit viuo
patre? Certum eſt euaneſcere renuntiationem, quippe
quæ tacitam habeat conditionem, ſi hereditas, cui re-
nuntiatum eſt, quandoque ab inteſtato deferetur: vt
noſtri omnes conſentiunt poſt Bald. *ad l. vlt. C. de pact.*
& Caſtr. ad l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. hered. Quæ
conditio apertè defecit vbi præmortua eſt filia quæ re-
nuntiauit. Nec enim viuentis patris vlla vnquam fuit
hereditas quæ huic filiæ deferri potuerit. Et rurſus
mortuo patre cum aliqua eius hereditas eſſe cœpit, non
potuit illa deferri filiæ iam tum defunctæ: quia mor-
tuo neque deferri, neque acquiri quicquam poteſt, *leg.*
4. D. de his quæ non ſcript. habent. Fieri ergo non poteſt
vt nepoti eo tempore ſuccedere volenti, ſiue cum aliis
nepotibus ſuccedat, ſiue cum patruis aut auunculis,
noceat renuntiatio quæ iam euanuit, nec vlla vnquam
24 fuiſſe intelligitur. Illud enim † conditionalibus omni-
bus ſtipulationibus commune eſt, vt deficiente condi-
tione euaneſcant, & pro eo habeantur acſi interpoſitæ
nunquam fuiſſent. Et verò fatentur, faterique cogun-
tur omnes interpretes, ne quidem matri ipſi, quæ re-
nuntiauit, nocere hoc caſu renuntiationem, quia cùm
præmortua ſit, excluditur à patris ſucceſſione per re-
nuntiationem, cuius conditio defecit. Quanto minùs
ergo nocebit nepoti ea renuntiatio, tametſi talis caſus
proponatur in quo neceſſe ſit vt non modò gradum,
ſed etiam perſonam matris repræſentet? Quod ſi po-
25 nas filiam quæ renuntiauit † ſuperuixiſſe, fatebor qui-
dem extitiſſe hoc ipſo conditionem renuntiationis, ſed
æquè negabo nocere hoc caſu renuntiationem nepoti,
quippe qui ſatis excluditur per ſolam matris ſuperexi-
ſtentiam, nec minus quàm cum renuntiatio aliqua in-
teruenit, præſertim verò ſi, vt hodie fit, repræſentata
fuerit filiæ portio hereditaria tempore renuntiationis,
quo caſu ſi Caſtrenſi & aliis crederemus, videretur ſuc-
ceſſiſſe portionem hereditariam percepiſſe, vt ſuprà di-
ximus. Cùm enim renuntiatio per filiam facta non im-
pediat delationem hereditatis, at neque acquiſitionem,
ſi tractemus de hereditate patris cui ſit filia ſua heres,
nec alium effectum habeat niſi quem abſtenſio habe-
ret, vt nimirum filia iſta quæ renuntiauit, ipſo quidem
iure ſit ſua heres patri, ſed tamen apud prætorem non
habeatur pro herede, ſicut in præcedentibus abundè
diſputauimus, ſequitur non poſſe nepoti huic deferri
à lege hæreditatem quæ iam ipſi filiæ delata aliquando
fuerit & acquiſita, ſiue cum nepotibus aliis velit ſucce-
dere, ſiue cum auunculis, & ſiue matris ſuæ heres ſit,
ſiue non ſit: quia hereditas ſemel delata primo gradui,
ſequentibus gradibus poſtea deferri nunquam poteſt:
multo minùs ſi vt in propoſito fuerit, etiam acquiſita,
26 quoniam in † ſuis neque olim fuit, neque hodie eſt
ſucceſſio, *l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & leg.* Nempe quia
is qui ſuus non fuit mortis tempore, nunquam poſtea
ſuus inuenitur, cum ſuus ille ſit qui mortis tempore &
in poteſtate fuit, & primum gradum tenuit in cauſa
ſuccedendi, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber l. ſi filius familias 33.*
27 *D. de teſtam. milit.* In quo differentia † elegans eſt inter
ſuos & agnatos. Agnati enim licèt non poſſint eſſe
proximi, niſi qui in proximo & primo gradu repetiun-
tur eo tempore quo legitima inteſtati ſucceſſio defer-
tur, poſſunt tamen agnati eſſe etiam qui non ſunt pro-
ximi: Ob idque Iuſtinianus facere potuit, & fecit, vt in
agnatis eſſet ſucceſſio etiam iure ciuili, id eſt, vt prioris
gradus agnatis excluſis per repudiationem aut per mor-
tem quæ poſt delationem contigiſſet, ſequentis gradus
agnati admitterentur, non ſolùm tanquam cognati,
quomodo eos prætor ex edicto ſucceſſorio admittebat;
ſed etiam tanquam agnati, & ita vt iure ciuili heredes
fieri poſſint, æquè acſi mortis tempore in primo agna-
tionis gradu fuiſſent. Hæc enim & ſententia & ratio
eſt, *§. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* At nunquam
fecit Iuſtinianus, neque facere potuit vt in ſuis eſſet
ſucceſſio, quia implicat contradictionem, vt ſuus heres
ſit, qui idem proximus non eſt eo tempore, quo pri-
mùm inteſtati hereditas defertur, & vt æquè proximi
ſint, qui ſunt graduum diuerſorum. Præter id, quod
neque de ſuo herede tractari quicquam poteſt in per-
ſona nepotis ex filia, † qui cùm paternam non mater- 28
nam familiam ſequatur nullo caſu ſuus heres eſſe po-
teſt auo materno, ſed tantùm vel patri ſuo, vel auo pa-
terno. Tanto minùs igitur poteſt hic heres eſſe auo ma-
terno, qui ſuam heredem habuit filiam, quamuis ſe ab-
ſtinentem, & abſtinere cogendam propter renuntiatio-
nem. Multò etiam minus dici poteſt, † ius competens 29
filiæ quæ renuntiauit, tranſmitti ad nepotem. Nam cùm
ab eo iure fuerit excluſa per renuntiationem, certum eſt
ius repudiatum non poſſe tranſmitti *l. ſi quis filium 34.*
C. de inoff. teſtam. Apparet igitur ex præcedentibus, † 30
nullo caſu poſſe locum eſſe quæſtioni de nepote ex fi-
lia, quæ renuntiauit, an ei noceat matris renuntiatio.
Nam ſi mater quæ renuntiauit, ante patrem deceſſerit,
euaneſcit renuntiatio, cuius tacita conditio defecit, nec
proinde nepoti nocet: ſin patri illa ſuperuixit, nocet
nepoti non tam matris renuntiatio, quàm quòd mater
ſuo patri ſuperuixerit, cùm etiamſi nunquam renun-
tiaſſet, ea tamen res faceret, vt ad hereditatem quæ matri
delata fuiſſet, admitti hic nepos non poſſet.

ERROR VII.

De ſucceſſorij edicti poteſtate in perſona nepotis ex filia quæ renuntiauit, ſiue cum aliis nepotibus concurrat, ſiue cum auunculis, ſiue cum agnatis: & quid in nepote ex filio? quid in bonis auiæ?

SVMMARIA.

1 *Nepotem ex filia quæ renuntiauit non admitti ex ſucceſſorij edicti poteſtate.*
2 *Non ſuccedere cum matris fratribus.*
3 *Ex capite* Vnde cognati *quando aliquis admittatur.*
4 *Nepos ex filia renuntiante non poteſt admitti tanquam vnus ex deſcendentibus aui materni aut agnatis.*
5 *Nepos ex filia renuntiante non poteſt admitti cum aliis nepotibus aui materni.*
6 *Quo iure hunc excludant ab edicto ſucceſſorio alij nepotes.*
7 *Nepoti ex filia quæ renuntiauit an agnati aui materni præponantur.*
8 *Ratio dubitandi.*
9 *Deciſio & ratio decidendi.*
10 *Liberi etiam remotiorum graduum quando præferantur agnatis.*
11 *Prætor ex edicto ſucceſſorio nunquam vocat cognatos niſi poſt legitimos.*

12 *In agnatis quatenus ſit hodie ſucceſſio.*
13 *In bonorum poſſeſſionibus deferendis quid ſeruet prætor.*
14 *Acquiſitio hereditatis quæ ſit ipſo iure excludit beneficium omne iuris ciuilis.*
15 *Nepos ex filia renuntiante omni iuris ciuilis & prætorij auxilio deſtituitur, quo poſſit cum agnatis aui ſuccedere matre ſuperexiſtente.*
16 *Sui heredes quomodo obſtent agnatis in bonorum poſſeſſionibus accipiendis.*
17 *Caſus prætoribus incognitus quo bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re.*
18 *An renuntiatio filiæ obſtet nepoti ne ſuccedat auiæ.*
19 *Filia quæ renuntiauit an ſit habenda pro abſtinente, an procedente.*
20 *Nepos ex filia renuntiante an ſuccedat auo materno cum nepotibus ex a iis filiabus.*

1 NEc rurſum † dici poteſt illud, quod Baldus,
Caſtrenſ. & alij ſupradictis locis tradiderunt,
admittendum eſſe hunc nepotem ex
edicti ſucceſſorij poteſtate. Nam vel ponimus
adeſſe fratres aliquos filiæ, quæ renuntiauit, vel
2 nullos. Si qui ſint, † certum eſt eos præferri, & cùm
habeant ius adcreſcendi, non quidem in hereditate,
quæ iam eſt acquiſita filiæ iure ciuili, ſed in bonis, quæ
propter renuntiationem habentur pro non acquiſitis
iure prætorio, portionem filiæ renuntiantis & ſe abſtinentis
ad eos pertinere, *l. ex contractu* 44. *D. de re iud.*
quod nec Baldus ipſe, Caſtrenſ. & alij diffitentur. Si
verò nulli ſint, ſed alij tamen adſint vlteriores, aut liberi,
aut agnati. Æquè defendo nepotem hunc edicti
3 ſucceſſorij beneficium habere non poſſe: quia prætor, †
ex cuius iuriſdictione illud beneficium eſt, nunquam
admittit cognatos aut alium quenquam ex capite Vnde
cognati, quandiu ex prioribus gradibus aut hereditas
acquiri iure ciuili, aut bonorum poſſeſſio peti poteſt.
In propoſito autem poſſunt alij liberi vlterioris
gradus, id eſt, nepotes, admitti ad hereditatem aui materni
tanquam nepotes & deſcendentes, quorum prima
cauſa eſt in ſuccedendo: *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. c.* 1.
Poſſunt etiam admitti poſt deſcendentes
agnati, cognati autem non niſi poſt agnatos. Cùm ergo
4 nepos hic, † de quo tractamus, non poſſit admitti ad
ſucceſſionem aui materni, neque tanquam vnus ex deſcendentibus,
quia anteuertit eum mater, cui, non obſtante
renuntiatione & acquiritur hereditas, neque tanquam
agnatus, cùm non coniungitur auo materno per
maſculum, conſequens eſt vt non poſſit admitti, niſi
tanquam cognatus: ac proinde vt ei nepotes cæteri &
agnati omnes quantumcunque remoti præferantur. Ac
5 de cæteris quidem nepotibus † dubitatio nulla eſſe
poteſt, cùm ſint ex deſcendentibus, ſuccedantque non
ex propria perſona, ſed iure repræſentationis, tanquam
qui ſuccedant ſimul cum matertera quæ renuntiauit:
Nec enim fieri poteſt vt ſucceſſio deferatur filiæ quæ
renuntiauit, tanquam ſuæ heredi, & in primo deſcendentium
gradu conſtitutæ, quin nepotibus quoque
qui in vlteriore gradu ſunt, deferatur iure repræſentationis,
quod inter deſcendentes locum habet in infinitum,
§. cum filius. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. def. Et
quamuis in effectu ſoli nepotes ſuccedant, quoniam
filia quæ renuntiauit habetur pro abſtenta, ne tamen
poſſint ex propria perſona ſuccedere, & ſine iure repræſentationis,
illud facit, quod per renuntiationem,
vt ſæpius diximus, neque delatio, neque acquiſitio hereditatis
in perſona filiæ impeditur: nunquam autem
ad ſucceſſionem inteſtati admittuntur ex propria perſona
plures diuerſorum graduũ ſimul, quin ius repræſentationis
in iis qui remotiore gradu ſunt, inducatur.
Siquidem neceſſe eſt, vt qui ſimul ſuccedunt, ſint æquè
proximi, ſi non ſemper gradu, ſaltem repræſentatione.

Ex eo autem quod dicimus nepotes iſtos admitti iure
repræſentationis, fit neceſſariò † vt nepotem hunc, de 6
quo agimus, ex filia, quæ renuntiauit, prorſus excludant
non tantùm à ſucceſſione legitima, ſed etiam ab
edicti ſucceſſorij poteſtate. Idque non per ius adcreſcendi,
vt Bald. & Caſtrenſ. malè ſentiunt (nec enim
ius adcreſcendi in portionibus agnitis, & acquiſitis locum
habere poteſt, *l. vn. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum* 10. *D. de vſufr. adcreſ.*) ſed tanquam
proximiores in gradu. Nec proinde indigent iure adcreſcendi
ad excludendum nepotem hunc ex filia, quæ
renuntiauit, non magis quàm ad filiam ipſam quæ renuntiauit,
excludendam, quæ ſatis excluſa eſt per propriam
renuntiationem, non quidem ne poſſit ſuccedere,
ſed vt cogatur ſe abſtinere. Quod autem ſubeunt
vniuerſa onera hereditaria, ideo fit quia videntur
ea conditione ſe immiſcere poſt coheredis abſtenſionem,
leg. ſi duo 38. *D. de acquir. hereditat.*
non quòd poſſint dici heredes ex aſſe. Nepotem verò
ex hac filia excludunt tanquam proximiores, à ſucceſſorio
edicto. Nam quæ ratio facit, vt quamuis in ſecundo
tantùm gradu ſuccedentium conſtituti ſint, nihilominus
ſuccedant ipſo iure cum filia quæ eſt in primo
gradu, nempe quia per ius repræſentationis aſſequuntur,
vt in primo gradu poſiti videantur, eadem facit
vt omnes alios excludant, qui cùm reuera in ſecundo
gradu conſtituti ſint, nullum ius repræſentationis
habent per quod primi gradus fictionem & priuilegium
habere poſſint. Neque verò exiſtimandum eſt aliam eſſe
hac parte poteſtatem edicti ſucceſſorij aliam legis duodecim
tabularum. Nam nec prætor ſuo illo edicto ſucceſſorio
vnquam ſimul vocat inferiorum graduum agnatos
aut cognatos cum anterioribus. At difficilius †
illud videtur quod dicimus, huic nepoti ex filia quæ re- 7
nũtiauit cæteros quoque agnatos, ſi qui ſint, anteponi.
Dubitationem enim facit Iuſtiniani conſtitutio. Nouel.
118. *de hered. ab inteſt. venient.* quæ non ſolùm meliorem
& potentiorem eſſe vult cauſam deſcendentium,
cuiuſcunque gradus ſint, quàm agnatorum, ſed etiam
tollit priſcas omnes illas differentias agnationis & cognationis,
adeóque ſuitatis & emancipationis, ſola
graduum obſeruatione inducta, vt qui in pari gradu
ſunt, pariter ſuccedant, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati,
ſiue agnati, ſiue cognati. Quamuis ergo hic nepos ex
filia quæ renuntiauit non agnatus ſit, ſed cognatus cùm
tamen ſit ex deſcendentibus & in ſecundo gradu, præferendus
videtur agnatis omnibus, maximè verò ſi vltra
ſecundum gradum conſtituti ſint. Augetur dubitatio 8
ex eo quod idem Iuſtinianus alia conſtitutione quam
ipſe refert in *d. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.*
edicti ſucceſſorij poteſtatem, quam prætor in bonorum
poſſeſſionibus tantùm induxerat, in hereditatibus quoque
confirmauit, adeóque ampliauit, conſtituendo vt
prioris gradus agnatis repudiantibus, poſſent ſequentium
graduum agnati ſuccedere non tantùm iure prætorio
velut cognati vt antea, ſed etiam iure ciuili, &
tanquam agnati. Quidni ergo poterit hic nepos ex filia,
quæ renuntiauit, habere beneficium edicti ſucceſſorij,
vt cæteris agnatis cognatiſque tanquam proximior
præferatur? Et tamen † non ita eſt. Nocet enim ei ma- 9
ter quæ ſuperuixit, & cui lex detulit hereditatem non
obſtante renuntiatione, quæque pro ſua parte hereditaria
ipſo iure heres fuit. Nec ad hunc caſum vlla ex
ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus pertinet. Tunc
enim dici † poteſt liberos etiam remotiorum graduum 10
præferendos eſſe agnatis quibuſcunque, cùm nulli adhuc
ex deſcendentibus ea hereditas acquiſita eſt. At vbi
ſemel fuit acquiſita, licèt ſic acquiſita ſit vt propter
ſubſecutam abſtenſionem habeatur pro non acquiſita,
ceſſat poteſtas conſtitutionis, & neceſſariò recurrendum
eſt ad auxilium edicti ſucceſſorij, quod ex prætoris
iuriſdictione eſt, quia ſolus prætor ille eſt, non etiam
ciuilis

ciuilis legiſlator, qui ſuum heredem ſe abſtinentem non
habet pro herede, *l. filius 12. D. de interrog. act. inuct.*
l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideicommiſſ. li-
11 *bert.* Potiò prætor † ex edicto illo ſucceſſorio nun-
quam vocat cognatos niſi poſt legitimos. Et quod
12 idem Iuſtinianus induxit, vt in agnatis ſit ſucceſſio, †
non tantum prætoria, & ex alio edicti capite, vt olim,
ſed etiam ciuilis, & ex eodem capite ſucceſſionis, ad
eum ſimiliter caſum pertinet, quo hereditas prioribus
agnatis delata ſolum, non autem acquiſita ſit. Nam &
13 in bonorum poſſeſſionibus ita ſeruat prætor, † vt ſi
prioris gradus quiſpiam cognatus bonorum poſſeſſio-
nem acceperit, licèt eam poſtea beneficio in integrum
reſtitutionis omiſerit, non ideo tamen ſequentium
graduum cognatos admitti velit, ſed potiùs vacantia
fieri bona, & ad fiſcum deuolui patiatur, *leg. vlt. D. de*
ſucceſſ. edict. Quemadmodum igitur acquiſitio bono-
rum poſſeſſionis excludit poteſtatem edicti ſucceſſorij
iure prætorio, ita & hereditatis acquiſitio ciuilis ex-
cludit poteſtatem ſucceſſoriæ conſtitutionis Iuſtinia-
neæ, vt ſit eadem ratio vtriuſque. Non dico acquiſitio-
nem hereditatis factam ipſo iure, ſi poſtea ſequatur ab-
ſtenſio, excludere beneficium edicti ſucceſſorij (non
enim excludit, vt conſtat ex *l. defunctis C. de legit. he-*
red. Nempe quia prætor, vt dixi, non habet pro herede
14 illum qui ſe abſtinet) ſed dico, Eam † acquiſitionem,
quæ ipſo iure facta ſit, excludere beneficium omne iu-
ris ciuilis, quoniam iure ciuili heres verè eſt etiam qui
ſe abſtinuit, nec poteſt ius ciuile duos in ſolidum here-
des facere, totáque iuris ciuilis in faciendo herede po-
teſtas conſumatur ſtatim atque nunc heres factus eſt,
quicquid poſtea de ipſo contingat, ſicut acquiſita ſe-
mel bonorum poſſeſſione tota edicti prætoris de bo-
norum poſſeſſionibus poteſtas conſumitur, nec minùs
quantum ad caput ſucceſſorij edicti, quam quod ad cæ-
15 tera. Relinquitur ergo vt hic † nepos ex filia quæ re-
nuntiauit, omni protſus auxilio & adiutorio tam ciui-
lis quàm prætorij iuris deſtituatur, vt & ille, de quo Iu-
ſtinianus *in leg. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtament.*
in qua ſpecie nec aliud quicquam erat quod tam noce-
ret nepoti quàm quod pater eius idémque filius teſta-
tori, quamuis exheredatus ſuperuixerat, atque ita fece-
rat, ne vlla nepotis haberi ratio poſſet ad ſuccedendum
auo, ſiue contra teſtamentum vellet ſuccedere, ſiue ab
inteſtato, ſiue tanquam nepos, ſiue tanquam agnatus
cognatúſve, & *in l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Et ſicuti ne-
ceſſaria fuit illa Iuſtiniani conſtitutio vt nepoti ex filio
exheredato ſuperſtite ſubueniretur, cui neque lex Vel-
leia, neque aliud vllum antiquæ iuſprudentiæ reme-
dium ſubueniebat, ita & in propoſito caſu ſi quis velit
fauere nepoti ex filia quæ renuntiauit, vt aliis ſaltem
nepotibus deficientibus, præferatur agnatus, hunc ne-
ceſſe eſt implorare aliquam nouam Imperatoris conſti-
tutionem, quæ nominatim ius hoc inducat, quia ceſ-
ſantibus cæteris omnibus Iuſtiniani conſtitutionibus,
ſolum prætoris edictum ſucceſſorium eſt quod huic
nepoti fauere poſſit. Quod ipſum tamen ideò ei fauere
non poteſt, quia cùm ſit ille cognatus tantùm, non ag-
natus, prætor agnatos etiam remotiores cognatis om-
nibus quamuis proximiore gradu conſtitutis, anteponit.
l. patruo. 7. l. in ſucceſſione 6. C. de legat. hered. Idem nam-
que eueniret etiamſi filia hæc quam ponimus renun-
tiaſſe, excluſa eſſet à ſucceſſione, non per renuntiatio-
nem factam viuo patre, ſed & per abſtenſionem, adeó-
que repudiationem, non dicam hereditatis, quam repu-
diare ſui heredes non poſſunt, ſed bonorum poſſeſſio-
nis, vt loquitur *Vlp. in l. 2. in princip. D. vnde legit.* Sui
16 enim heredes † ita demum obſtant agnatis etiam poſt
bonorum poſſeſſionem repudiatam, ne poſſint agnati
bonorum poſſeſſionem accipere Vnde agnati, ſi repu-
diauerint bonorum poſſeſſionem non ſimpliciter, ſed
ſpecialiter illam quæ defertur ex capite Vnde liberi *d.*
l. 2. l. 1. qui ſemel. D. de ſucceſſ. edict. At nepotibus ſemper
obſtant, ne poſſint vnquam venire aut Vnde liberi, aut
Vnde agnati, ſed tantùm poſt agnatos, Vnde cognati, vt
ſcribemus latiùs Decade ſequente. Nunquam enim
prætor ex eodem edicti capite bonorum poſſeſſionem
diuerſis gradibus, diuerſiſque temporibus defert, quo-
niam vniuſcuiuſque capitis poteſtas conſumitur vni-
ca, eáque prima delatione, *d. §. placebat, l. 1. §. ſed viden-*
dum. D. de ſucceſſor. edict. Atqui bonorum poſſeſſio Vn-
de liberi ex edicto defertur filiæ quæ renuntiauit, eám-
que poteſt agnoſcere filia, quamuis non cum re & effe-
ctu, propter renuntiationem. Eſtque hic ſingularis † 17
caſus, & prætoribus antiquis incognitus, in quo bono-
rum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re:
quod olim ſpeciale ac proprium ius erat bonorum poſ-
ſeſſionis ſecundùm tabulas, vt *Vlpian. in fragment. ſcri-*
bit tit. De bonor. poſſ. Cùm ergo in caſu noſtro filia obſtet
nepoti, ne poſſit ei deferri bonorum poſſeſſio Vnde li-
beri: nec rurſus poſſit ſequens locum habere, quæ de-
fertur Vnde legitimi, neceſſariò fit, vt non poſſit hic
nepos ſuccedere niſi ex capite Vnde cognati: cùm non
ſit legitimus, & conſequenter nonniſi poſt legitimos
inſpecto prætoris edicto. Sed ſi poneres agi de ſucceſ-
ſione auiæ, † cui filia quæ renuntiauit, ſua heres eſſe 18
non potuiſſet, nec enim fœminæ habent ſuos hæredes,
leg. nulla. 13. D. De ſuis & legit. l. 4. §. ad teſtam. D. de bo-
nor. poſſ. contra tabul. aliud dicendum eſſet: ſola enim fi-
liæ ſuperexiſtentia non noceret nepoti, quominus poſ-
ſet auiæ ſiue paternæ ſiue maternæ ſuccedere, ſiue ex-
cluſa filia eſſet à ſucceſſione inteſtati per renuntiatio-
nem juratam, ſiue per repudiationem, & quidem tan-
quam nepos quia ſola hereditatis delatio primo libero-
rum gradui facta, nunquam ſequentes excludit quo
minùs admitti poſſint etiam ex eodem capite, *l. 5. §.*
vlt. D. vnd. lib. Nec enim pragmaticis † aſſentior, qui 19
putãt filiam quæ renuntiauit (excipio ſemper illum ca-
ſum quo ſit ſua heres) pro ea haberi quæ ſucceſſerit, ſi-
bique acquiſitam ſucceſſionem in eos tranſtulerit, quo-
rum fauore renuntiauerit quaſi celeritate coniungen-
darum actionum vnà occultetur: vt in *l. 3. §. pen. D. de*
donat. int. vir. & vxor. Imo verò habenda filia eſt pro ab-
ſtinente, non pro cedente, ſi ſit ſua hæres: ſi verò extra-
nea, pro repudiante, non pro ſuccedente, non magis
quàm pro mortua, quia renuntiatio, quæ in ſua hærede
nec delationem nec acquiſitionem impedire poteſt, ſed
tantummodò effectum acquiſitionis, ea impedit acqui-
ſitionem in extranea: licèt non impediat delationem,
& ita faciat vt nihil ſit, quod filia, quæ renuntiauit, alteri
cedere vel ceſſiſſe videri poſſit. Planè ſi cum hoc nepote
non alij nepotes concurrerent, quam qui ſuſcepti eſſent
ex filiabus quæ ſimiliter renunciaſſent, nullis agnatis
exiſtentibus, non dubitarem quin poſſent auo materno
ſuccedere ex edicti ſucceſſorij, & prætorij poteſtate,
quam nihil eo caſu impediret. Abſurdum enim eſſet iis
præferri fiſcum, ſiquidem etſi agnati non ſunt, tamen
ſunt ſaltem cognati, & conſequenter ex cognatorum
ordine admittendi. Quemadmodum ſi poneremus ſuſ-
ceptos eos fuiſſe ex filio, qui renuntiaſſet, ſimiliter ad-
mitti deberent nullis agnatis extantibus, non tanquam
agnati, *d. l. ſcripto,* ſed tanquam cognati. Eſt enim co-
gnationis nomen generale, ad eos omnes pertinens, qui
aliquo ſanguinis vinculo coniunguntur, ſiue per maſ-
culum, ſiue per fœminam, *l. pen. D. vnde leg. l. 1. §. ſi ſit*
conſanguinea. D. ad SC. Tertyll. Dixi nullis agnatis ex-
tantibus, quia ſi agnati eſſent, eos præferri oporteret
nepotibus in ſucceſſione aui paterni, *d. l. ſcripto.* De quo
tamen videnda ſunt, quæ latius ſcribemus in errorem
8. & ſequentes Decadis proximæ.

ERROR

ERROR VIII.

De nepote ex filia, an contineatur in conditione, Si ſine liberis maſculis ad excludendum ſubſtitutum.

SVMMARIA.

1 *Nepos ex filia an contineatur in conditione ſubſtitutionis, ſi ſine liberis maſculis heres deceſſerit.*
2 *Ratiocinatio pragmaticorum vt probent nepotem ex filia in conditione poſitum non eſſe.*
3 *Diſtinctio Guid. Pap. quâ ſatisfacit quæſtioni.*
4 *Limitatio Guid. Pap.*
5 *Filia vel nepte inſtituta vel ſubſtituta teſtatorem de agnatione conſeruanda non cogitaſſe manifeſtum.*
6 *Teſtator qui bona extra familiam alienari prohibuit cenſetur nepotem ex filia excluſiſſe.*
7 *Nepotem ex filia in conditione contineri aduerſus pragmaticos.*
8 *Non eſſe abſurdum vt plus iuris habeat nepos ex filia, quàm ipſa filia.*
9 *Teſtator qui in fideicommiſſi conditione poſuit liberos maſculos non tam ad iura familia reſpexit, quàm maſculino ſexui fauere voluit.*
10 *Sententia l. cùm pater 77. §. cùm inter. D. de legat. 2.*
11 *Etiamſi teſtator habuerit rationem agnationis, filia tamen cum maſculis admittenda erit.*
12 *Etiamſi filia fuerit excluſa, non tamen excludendus nepos, ſi in hoc ceſſet ratio excluſionis.*
13 *Cum de excluſione perſonæ quæritur quid potiſſimùm ſpectandum.*
14 *Ita concepta conditione,* ſi ſine filiis maſculis, *an excludatur nepos ex filia.*
15 *Nepoti ex filia in ſpecie propoſita non nocet, etiamſi appareat teſtatorem voluiſſe bona hereditaria in familia conſeruari.*
16 *Minus eſt propoſitum eſſe in conditione quàm in diſpoſitione.*
17 *Liberi poſiti in conditione licet ſint maſculi ex maſculo non cenſentur vocati.*
18 *Nepos ex filia excludit fideicommiſſarium vocatum ſub hac conditione* ſi ſine liberis maſculis heres deceſſerit.
19 *Poſitus in conditione quandiu plus habeat iuris quàm poſitus in diſpoſitione.*
20 *Quatenus vtilis quæſtio an nepos ex filia ſit poſitus in conditione ſubſtitutionis.*
21 *Fideicommiſſorum gradualium, quorum primum eſt conditionale natura.*

POſtquam de nepote ex filia dicere cœpimus, An pro excluſo haberi debeat quoties filia ipſa eadémque mater excluſa fuit per ſtatutum aut per renuntiationem: Hanc quoque quæſtionem ſubnectere viſum eſt, quæ in foro frequentiſſima, magnas apud noſtros patitur
1 difficultates, † ſi quis heredi inſtituto ſubſtituerit per fideicommiſſum ſub ea conditione *ſi heres ſine liberis maſculis deceſſerit*, An nepos ex filia in conditione poſitus cenſeatur ad excluſionem ſubſtituti perinde acſi ex filio nepos eſſet. In qua ſpecie dubitationem illud facit quòd quamuis verba conditionis huic nepoti videantur conuenire, ſi quidem verum eſt eſſe illum ex liberis, *l. 1. C. de condic. inſert. l. liberorum* 220. *De verb. ſignific.* & maſculum, ac proinde ex liberis maſculis, voluntas tamen teſtatoris repugnare videtur, quæ potiſſimùm in conditionibus interpretandis ſpectanda eſt, *l. in conditionibus* 19. *D. de condit. & demonſtr.* Teſtator enim
† cùm maſculos in conditione poſuit, apertè fœminas 2
excluſit, ſiue perſona ſubſtituti ſit ex liberis, ſiue extranea. Quid enim attinebat loqui de maſculis, ſi eandem maſculorum & fœminarum rationem eſſe teſtator volebat? vt bene noſtri ratiocinantur poſt Bart. & Socin. ad *l. cum auus* 102. *D. eod. tit.* Nam quod in quæſtione dictæ *l. cum auus*, placuit Iuſtiniano, *in l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideicomm.* filias quoque perinde ac maſculos facere vt euaneſcat fideicommiſſum, etiam quod purè relictum fuit, quòd nemo credendus ſit alienam ſobolem propriæ anteponere voluiſſe, tunc verè dicitur cùm nulla conditio expreſſa eſt, ſed illa tantùm ſubintelligitur, cuius ſupplendæ primus autor Papinianus fuit. Non enim talis conditio ſuppletur, *ſi ſine maſculis*, ſed illa ſimplicior & vniuerſalior, *ſi ſine liberis*, quæ etiam fœminas comprehendit: quia nec quicquam cauſæ eſt cur in dubio reſtringatur ad maſculos voluntas teſtatoris, qui de maſculis nihil dixit. At cum expreſſa conditio eſt, *ſi ſine liberis maſculis*, ſicuti ceſſat ratio tacitæ vllius conditionis ſubintelligendæ, quoniam expreſſa facit ceſſare tacitam, ita nec voluntatis quæſtionem vllam admittemus cùm nulla ſit ambiguitas in verbis, ex *l. ille aut ille* 25. §. 1. *l. non aliter* 69. *De legat* 3. Porrò non videtur fieri poſſe vt per huiuſmodi conditionem fœminæ excludantur, ne poſſint dici poſitæ in conditione ad ſubſtitutum excludendum: quin maſculi quoque nati ex fœminis æquè excluſi credendi ſint, non ſolùm quòd magis dilecti videri nequeant qui in gradu remotiores ſunt (ſolet enim adfectionis ordo ex graduum & proximitatis ordine æſtimari, *l. omnia* 32. *aliàs. l. cum ita. § in fideicommiſſo. leg. pero* 69. *§ fratre. de leg. 2. l. heredes mei.* 57 *§. vlt. D ad SC. Treb.*) ſed etiam quòd abſurdum videatur, melioris eſſe conditionis nepotes ex filia, quàm filiam ipſam, *arg. l. ſi viua matre. C. de bon. matern.* præſertim cùm officium aui erga nepotem ex filia, ex officio & pietate patris erga filiam pendeat, *l. dotem* 6. *D. de collat. bonor.* Et ſanè cùm maſculorum conditio non aliam ob cauſam ſoleat eſſe melior conditione fœminarum, quàm quod per maſculos tantùm, non etiam per fœminas familiarum dignitas conſeruari poſſit, quia fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput & finis eſt, *l. pronuntiatio* 195. *§. vlt. de verb. ſignific.* Nemo non videt eandem ſubeſſe rationem excludendorum nepotum ex fœminis, quæ ſubeſt fœminarum excludendarum, quandoquidem non magis per nepotes ex fœminis quàm per fœminas ipſas conſeruari familiæ poſſunt, cùm patris ſui, non aui materni familiam ſequantur, *l. penul. D. de agnoſc. liber.* Atque hæc ſunt quæ contra hunc ex filia nepotem videntur non improbabi-
liter diſputari poſſe. Solent tamen noſtri † diſtinguere. 3
An teſtator ſanguinis rationem habuerit, an agnationis, vt priore caſu appellatione maſculorum veniant etiam maſculi ex fœminis, poſteriore verò non item. Sic enim Guid. Pap. à pragmaticis noſtris communiter adprobatus quæſt. 612. cuius diſtinctionis non obſcura æquitas, & ratio eſſe videtur. Quis enim non fateatur in nepote ex filia continuationem eſſe ſanguinis perinde atque in nepote ex filio, *d. l. 1. C. de condic. inſer. l. ſubemus* 6. *§. penult. C. ad SC. Trebell. d. l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* Aut quid attinet nepotem ex filia ideo excludere, quòd per eum conſeruari & propagari agnatio non poſſit, cùm teſtator maiorem ſanguinis rationem
habuit, quàm agnationis? Si tamen obſcura ſit † vo- 4
luntas teſtatoris, vt non ſatis appareat vtrum maluerit, placet noſtris credendum eſſe teſtatorem agnationis conſeruationi magis quàm ſanguini fauere voluiſſe, hoc ipſo quod diſpoſitionem ſuam ad maſculos reſtrinxit, quorum præcipuus in familiis conſeruandis vſus eſt. Idem Guid. Pap. *quæſt.* 133. *poſt Salic. ad d.*
L. 1. C. de condic. inſert. Aliud itaque erit † ſi in eo te- 5
ſtamẽto filiæ quoque aut neptes inſtitutæ vel ſubſtitutæ proponantur,

proponantur, quòd ex huiuſmodi inſtitutionibus & ſubſtitutionibus apertiſſimè colligatur teſtatorem nihil minùs quàm de agnatione conſeruanda cogitaſſe, quippe quam certum eſt per fœminas conſeruari non poſſe: nam & vna pars teſtamenti per aliam declarari & ſolet & debet, *l. qui filiabus* 17. *De leg.* 1 *l. quæſitum* 12. *§. antepe. D. de inſtruct. & inſtru. legat.* Econtrario finge
6 teſtatorem prohibuiſſe † expreſſim ne bona ſua extra familiam alienarentur, addita etiam prohibitionis ratione quòd ea velit in familia & agnatione ſua conſeruari. Capietur ex eo coniectura, quòd nepotem ex filia excluſum eſſe voluerit, qui ſi admitteretur, hoc ipſo bona extra familiam alienarentur. Atque ita vulgò noſtri & interpretes, & pragmatici ratiocinantur. Mihi tamen, vt dicam quod ſentio, durum videtur, & durius
7 ſanè, quàm vt id facilè poſſim admittere, † excludi hunc nepotem ex filia ab interpretatione conditionis, ne videatur poſitus in conditione ad excludendum ſubſtitutum, cùm ei omnino conueniant verba conditionis, ſitque ex liberis maſculis. Nam ſi teſtator ſimpliciter conditionem ita concepiſſet, *ſi ſine liberis*, nemo dubitaret quin nepos ex filia huiuſmodi conditionis verbis contineretur omnimodo, id eſt, non adhibita illa diſtinctione, An teſtator de familia & agnatione conſeruanda cogitaſſet, necne, quoniam verba conditionis eſſent aperta, in eámque rem textus ſunt accommodatiſſimi, & quos effugere nemo poſſit in *d. l.* 1. *C. de condit. inſert. d. l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic. d. l. iubemus. § pen. C. ad Treb.* Quid verò amplius inducere poteſt adiecta dictio, *maſculis*, niſi vt liberos qui ſe in conditione poſitos velint dicere ad excluſionem ſubſtituti, non tantùm liberos, ſed etiam maſculos eſſe oporteat? Atqui nepos hic ex filia, de quo diſputamus, & ex liberis eſt, & maſculus. Cùm ergo ei conueniant verba conditionis, quidni obſecro in conditione poſitus eſſe intelligetur? Aut quid amplius eſt in nepote ex filio, vt videri debeat magis fuiſſe poſitus in conditione? An fortè magis eſt ex liberis? An magis maſculus? At ex maſculo eſt. Fateor, ſed cur dictionem *maſculis*, ſimpliciter prolatam, & ſui natura aptam comprehendere maſculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, reſtringere volumus ad maſculos ex maſculis ſuſceptos, acſi ſcriptum & additum eſſet, *maſculis ex maſculis*? An non hoc eſt non ſolùm diuinare & ſupplere, ſed etiam vim apertam verbis facere? Cur non enim ſic loqui teſtator potuiſſet ſi id voluiſſet? quomodo Iuſtinianus noſter argumentatur *in l. vnic. §. vbi autem verſic. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.* At inquies, † abſurdum eſt plus iuris habere
8 hunc nepotem ex filia, quàm filiam ipſam, quæ per dictionem *maſculis* in conditione appoſitam excluſa fuit ab emolumento conditionis, in eóque minùs iuris eum habere æquum eſt, quam nepotem ex filio, cùm is qui ex filia eſt, ſit ex perſona excluſa, non etiam qui ex filio. Verùm reſpondeo, Imò verò non eſſe abſurdum, vt plus iuris habeat nepos ex filia quàm filia ipſa, licèt remotior ſit in gradu, nec tam arcto ſanguinis vinculo coniunctus: quandoquidem filia expreſſim fuit excluſa propter ſexum, cùm ei conuenire nullo modo poſſit qualitas maſculinitatis adiecta in conditione: quæ tamen conuenit nepoti, in cuius proinde perſona clarum eſt non eandem vrgere rationem excluſionis. Nam ſi replices, Eandem eſſe rationem excluſionis propterea quòd non magis per hunc nepotem ex filia, quàm per filiam ipſam conſeruari poſſit agnatio: Reſpondebo † teſta-
9 torem qui in fideicommiſſi conditione poſuit liberos maſculos, non tam ad iura ſanguinis & familiæ reſpexiſſe, quàm maſculino ſexui fauere voluiſſe. Fauere, inquam, non in eo vt maſculos vocaret, quod per verba conditionalia fieri nec potuiſſet nec debuiſſet, ſed vt eos ſubſtituto præferret, ſubſtitutum excludendo: quod multò faciliùs fieri potuit Eſt enim lōgè facilius, vt per alium quis excludatur, quàm vt alius ille admittatur, *l. Lucius.* 85. *D. de hered. inſt. l. filiusfam.* 114. *§ cum quis rogatus, de legat.* 1. *Auth licet. C. de natur. liber.* Et quemadmodum ſi teſtator nullam cōditionem adſcripſiſſet, hic tamen nepos ex filia ſubſtitutum proculdubio excluderet, tametſi teſtator aliquem fortè ex agnatis ſubſtituiſſet, aut alia ratione voluntatem ſuam declaraſſet: quòd agnatos ſolos admitti vellet, quia coniectura illa pietatis, qua mouetur Papinianus in *d. l. cum auus*, non poteſt tolli per fauorem agnationis conſeruandæ quandiu ei cōiecturæ capiendæ locus aliquis relinquitur, ne impia fiat interpretatio per quam pietatis cōiectura elidatur: ita & multò magis adſcripta conditione illa *ſi ſine liberis maſculis*, potior haberi debet cauſa huius nepotis ex filia, quàm ſubſtituti, quiſquis ille ſit, cum hoc caſu veniat ille non ex tacito iudicio, ſed ex voluntate expreſſa teſtatoris, nec minus ei conueniant verba cōditionis per teſtatorem adſcriptæ, quàm ſi ex filio natus eſſet. Ac ne quis putet nos ſine ratione vel autoritate dicere hoc ipſum quod nunc adfirmamus, nepotem hunc non eo minùs prælatum iri ſubſtituto fideicommiſſario, tametſi teſtator agnatos ſolos ad bona ſua inuitaſſet, audiat Papinianū in *l. cum pater.* 77. *§. cum inter. De legat.* 2. † vt i- 10
tractans de legato prædiorum liberis relictorum, adiecta expreſſim prohibitione, Ne de familiæ nomine exiret: cùm quæreretur an ad portionem libertæ, quæ ſimul cū cæteris admiſſa fuerat, tanquam quæ non minùs de nomine ac familia patroni eſſet, quàm liberti maſculi, eiuſdem libertæ filius poſt matris mortē admittendus eſſet, an verò ad cæteros libertos ea portio redire deberet, Reſpondet Papinianus pro libertæ filio contra libertos cæteros, An quòd non exeat de familia libertorum portio quæ remanet penes filium libertæ? Exit ſanè, quia, vt iam ſuprà diximus, filius ille patris ſui non matris familiam ſequitur. An potiùs quòd ex prohibitione illa per teſtatorem facta ne prædia de nomine familiæ exirent, fideicommiſſum induci non debeat, ſi contingat partem aliquam de nomine exire? At ne hoc quidē dici poteſt: Certum namque eſt eiuſmodi verbis fideicommiſſarium induci ſaltem in caſum contrauentionis, vt pluribus à nobis diſputatum eſt lib. 14. Coniect. Nihil ergo eſt ex quo Papinianus moueri potuerit, niſi ex eo quòd in illa ſpecie liberta ſit ex earum perſonarum numero, quæ ad legatum fuerunt inuitatæ, cùm ſit de nomine & familia libertorum. Portionem verò matri delatam auferri eius filio poſt matris mortem inhumanum certè eſſet, cùm non poſſit videri alienum à voluntate teſtatoris quod & naturæ & matris voto congruebat, vt mater filium ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredem haberet in portione quam ſibi viuens ipſa quæſiuiſſet. In propoſito igitur ſimiliter dicēdum eſt, † Etiāſi 11
teſtator agnationis non maſculinitatis rationem haberi expreſſim voluiſſet, (quod tamen in dubio præſumendum eſſe nego, etiamſi teſtator maſculos ſolos in conditione poſuerit, cùm credibile ſit maiorem ab eo habitam fuiſſe rationem ſexus & ſanguinis, quàm agnationis) non eò minus tamen futurum vt filia cum maſculis admitti deberet, vocatáque intelligi, ac tantò magis poſita in conditione, quia nec minùs fœminæ quàm maſculi ſunt de nomine & familia patris. Vnde eſt quod non minùs quàm maſculi & agnatæ ſunt, & agnatos habēt, *l.* 2. *§.* 1. *D. vnd. leg.* Quidni ergo & in filio ex ipſa ſuſcepto, hac parte idem iuris erit vt retineat delatam matri portionem? Etſi enim diuerſa in eo eſt conditio nepotis ex filia, & filiæ quòd non ſicut filia ipſa, ita & nepos ex filia eſt de numero agnatorum, ad ipſius tamen filiæ fauorem & ius pertinet, vt non deterior ſit cauſa nepotis, quàm futura eſſet filiæ, ſi ſemper viueret, quia & in liberis noſtris, ſiue maſculi ſint, ſiue fœminæ, ſemper viuere exiſtimamur, *d. l. liberorum ad fin.* Quòd ſi natus ex filia tum quoque admittendus eſt, cùm in eius tamen perſona ſubeſt ratio aliqua ad eum excludēdum, quæ in perſona matris locum non habuit, vt in *d. §. cum inter.*

12 *inter.* quantò minùs debebit † nocere huic nepoti de quo
agimus, quòd natus ſit ex filia, quamuis filia ipſa fuerit
excluſa, ſi ratio excluſionis, quæ habuit locum in per-
ſona filiæ, nullum ſibi locum vindicet in perſona ne-
potis? Eſt enim longè fauorabilior nepos ex filia ex-
cluſa, in quo tamen eadem ratio excluſionis locum non
habeat, quàm ex filia iam admiſſa, nepos, cuius exclu-
dendi ratio aliqua ſit, quæ matrem ipſam excludere non
13 debuerit. Cùm enim de excluſione quæritur, † illud præ-
cipuè & ante omnia ſpectandum eſt, an ratio excluſionis
locum habeat necne, præſertim verò cùm agitur de ex-
cludendo eo qui pro ſe habet proprietatem verborum.
Atqui in ea ſpecie, de qua tractamus, non excluditur fi-
lia, quòd non ſit agnata, ſed quia fœmina eſt, non maſ-
culus: quæ ratio in nepote ex filia locum non habet,
quippe qui licèt agnatus non ſit, tamen maſculus eſt,
atque ita pertinens ad verba ſenſúmque conditionis
quæ de maſculis concepta proponitur, non de agnatis.
Non ergo ferēdum eſt, vt videatur excluſus ob id ſolùm
quòd ſit filia excluſa. Tunc namque abſurdum eſt me-
lioris conditionis eſſe nepotem ex filia, quam filiam ip-
ſam, cum cætera ſunt paria, id eſt, cùm eadem excluſionis
ratio in vtriuſque perſona locum habet, nec magis dile-
ctus fuit nepos, quàm filia: quorum neutrum hîc con-
tigit. Excluſit enim teſtator fœminas, non maſculos: di-
lexit verò maſculos, non fœminas. Excluſit igitur filiam,
non nepotem: dilexit verò nepotē ex filia magis quàm
filiam, non quaſi nepotem dumtaxat, ſed quaſi maſcu-
lum. Conſequenter nihil prohibet quominus hic ex fi-
lia etiam excluſa nepos eodem iure cēſeatur, quo cæteri
maſculi, ſiue poſiti ſint maſculi in conditione, ſiue in
diſpoſitione. Maximè cùm non ex capite matris ſuæ ad-
mittatur, & tanquam eius ſiue gradum ſiue perſonam
repræſentans, ſed ex propria perſona, id eſt, tanquam cui
ex proprio capite conueniant verba conditionis, cùm
14 ſit & ex liberis & maſculus. Eſſet probabilior † opinio
interpretum, ſi poneres ita conceptam fuiſſe conditio-
nem, *ſi ſine maſculis.* Etſi enim filij appellatione omnes
liberi intelliguntur, *l. filij 84. De verb. ſign.* id tamen non
ſemper fit, ſed ſæpe, vt ait Calliſtratus *in d. l. liberorum*
§. 1. puta ex præſumpta voluntate teſtatoris & intuitu
pietatis, vt in ſpecie *l. vxorem 41. §. concubinæ. iunct. §. co-
dicillis 2. De legat. 3.* Cùm autem fit, non ex proprietate
ſermonis fit, aliter enim filij, aliter nepotes appellantur,
*l. quid ſi nepotis 6. D. de teſt. tutel. l. ſed & milites. 8. verſ.
hac autem. D. de excuſ. tutor.* ſed ex iuſta interpretatione,
quomodo & patris nomine auum quoque aliquando
demonſtramus, *l. iuſta interpretatione 201. De verb. ſign.*
Cui iuſtæ interpretationi non alium locum facit, quàm
quòd nepos locum parentis ſubintret, eadémque pro-
pemodum cum ipſo perſona eſſe exiſtimetur, *d. l. libero-
rum.* Quomodo enim poſſet nepos habere filij nomen,
quin habenda neceſſariò ſit ratio eius perſonæ, per quā
auo coniungitur? Inde verò fit vt concepta diſpoſitio-
ne vel conditione de filiis maſculis ſicut fœminæ om-
nes excluduntur, ita & nepotes ex filia excluſi videan-
tur, tanquam qui non poſſint venire ſub nomine filio-
rum, niſi ex perſona matris quæ ex filiorum numero
fuit, & quæ tamen excluſa fuit à conditione aut diſpo-
ſitione propter adiectam qualitatem maſculorum. At
cùm de liberis maſculis expreſsè actum eſt, nihil aliud
inquiri oportet, niſi an & liberi & maſculi ſint ij, qui
cum aliis & liberis & maſculis, ſi qui ſint, aut etiā ſoli,
ſi ſoli ſint, admitti volunt, non etiam vtrum ex maſcu-
lo, an ex fœmina progeniti ſint, cùm veniant ex proprio
capite, & ex propria perſona. Nihilne ergo huic nepoti
15 nocebit, † quòd ex aliis partibus teſtamenti appareat
teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt bona hereditaria in
familia conſeruarentur? Per eum ſiquidem conſeruari
non poſſe certum eſt. Nihil penitus. Non enim ſufficit
ad excludendas in perpetuum perſonas, per quas bona
in agnatione conſeruari nequeant, quòd aut non ſint ex
agnatione, aut ſint quidem, ſed tales, quæ agnationem
prorogare non poſſint, niſi etiam expreſſis verbis eiuſ-
modi perſonæ ſuccedere prohibeantur, inducto fidei-
commiſſo perpetuo in aliorum fauorem, per quos agna-
tio conſeruari poſſit. Sola namque voluntas excludendi
cognatos non vocat agnatos, quia nec ſola voluntas illa
vocandi agnatos facere poſſet, vt admitti deberent, ſi
non eſſent vocati. Nec rurſus quicquam vetat vocatos
eſſe & inſtitutos ſubſtitutóſque eos ſolos per quos fa-
milia conſeruari poſſit, & tamen in conditione poſitos
etiam eſſe cæteros, puta fœminas, & ex fœminis deſcen-
dentes. Cùm enim multò minùs ſit poſitum eſſe in con-
ditione, quàm poſitum eſſe in diſpoſitione, non erit
bona conſequutio, ſi quis dicat, Vocati ſunt ij tantùm 16
per quos familia conſeruari poteſt. Ergo maſculi nepo-
tes ex filia non ſunt poſiti in conditione. Siquidem cui
denegatur quod plus eſt, non continuò denegari debet
quod eſt minus. Prudénſque conſilium teſtantis illud
eſt, quod laudat Scæuola *in l. Lucius 85. de hered. inſtit.*
cùm alios vocat ſub conditione, alios verò in conditio-
ne ponit, non vt eos vocet, ſed vt eos præferat fidei-
commiſſario ab inteſtato, ſi tales ſint qui ſuccedere
poſſint ab inteſtato, aut vt ei quem fideicommiſſo gra-
uauit liberam relinquat facultatem de iis bonis teſtandi
in fauorem ſiue eorum ipſorum qui in conditione po-
ſiti ſunt, ſiue alterius cuiuſlibet, quod vtique fieri non
poſſet, ſi nemine in conditione poſito, vel purum fuiſ-
ſet fideicommiſſum, vel fideicommiſſi conditio exti-
tiſſet. Et verò quid attinet in conditione interpretanda,
in qua poſiti ſunt liberi maſculi, illud inſpicere: An poſ-
ſint ex ipſo teſtamento ſuccedere tanquam vocati, cùm
† nec ſi eſſent maſculi ex maſculo, vocati tamen dici 17
poſſent, aut ſuccedere ex teſtamento? quippe quos ſup-
ponimus non niſi in conditione poſitos fuiſſe. Iam
enim docuimus Decade 26. liberos in conditione poſi-
tos nunquam cenſeri vocatos, nec ſi poſiti ſint ſub
nomine & qualitate maſculorum. Et rurſus quid re-
fert an ſuccedant, necne, cùm ſufficiat eos exiſtere &
ſuperuiuere ad hoc vt conditio fideicommiſſi deficiat,
licèt non ſuccedant, ſiue quia nolint, ſiue quia non
poſſint, puta quòd fuerint exheredati, *l. filiusfamilias
114. §. cum quis rogatus. de legat. 1.* Igitur etiamſi ve-
rum eſſet nepotem ex filia non poſſe ſuccedere ei qui
bona ſua noluiſſet ad alios peruenire, quàm per quos
poſſint conſeruari in familia & agnatione, non eo mi-
nùs † tamen verum eſſet excludi ſi fideicommiſſarium 18
qui non fuit vocatus niſi ſub ea conditione, *ſi ſine li-
beris maſculis*, quandoquidem non deceſſit ſine libe-
ris maſculis qui maſculum nepotem ex filia reliquit.
Eo autem nepote excluſo, ſi tam aperta eſſet voluntas
teſtatoris in eo excludendo, vt is admitti nullomodo
poſſet, puta quòd prohibuiſſet expreſſim teſtator ne
bona ſua ad fœminas, aut ad natos ex fœminis vn-
quam peruenirent, præcepiſſetque in contrarium vt
ad proximum quemque ex familia perpetuò deuolue-
rentur: dicendum eſſet alios vocatos intelligi qui ſint
proximiores de nomine familiæ, non autem fideicom-
miſſarium, etiamſi millies & agnatus, & agnatorum
proximus proponeretur, cuius nimirum ius per con-
ditionis defectum extinctum eſſet. Dices, fruſtrà nos
in hoc laborare, vt conditione ſic concepta, *ſi ſine
liberis maſculis*, nepotem ex filia in eo numero eſſe
contendamus, ſi nihilomagis futurum eſt vt vnquam
admittatur, quomodo ſolemus dicere fruſtrà eſſe vt
aliis partem faciat is qui ad partem ipſe admitti nun-
quam poteſt, *leg. ſi poſt mortem 10. §. liberi. de bo-
nor. poſſeſſor. contr. tabul.* ſed reſpondeo non eſſe iſta
ſimilia. Plus enim iuris habet hac parte, † id eſt, ad 19
fideicommiſſarium conditionalem excludendum, is
qui poſitus eſt in conditione tantùm, quàm qui poſi-
tus eſt in diſpoſitione, ſi ex ea diſpoſitione admitti
nunquam poſſit. Nam qui admitti nunquam poteſt,
ei

ei ratio nulla eſt cur faueamus vt partem cæteris faciat:
At is qui in conditione poſitus eſt, etiamſi non poſſit
admitti, non eo minùs nocet vt faciat deficere condi-
tionem, non tam quòd fauore vllo dignus ſit, quàm po-
teſtate conditionis adſcriptæ, quæ non poteſt defeciſſe
quin tota conditionalis diſpoſitio euanuerit. Proinde ſi
20 nepoti ipſi ex filia inutilis eſt quæſtio, † An in condi-
tione poſitus fuerit néc ne, vtilis tamen eſt propter alios
qui excluſo nepote poſſent admitti, ſiue tanquam pro-
ximiores, ſiue tanquam remotiores agnati, ſi fideicom-
miſſarius non admitteretur: ſed & nepoti ipſi poteſt
eſſe vtilis, ſi fortè alij nulli ſint, qui excluſo huiuſmodi
fideicommiſſario admitti poſſint, ſiue quòd alius ex
agnatione ſuperſit nemo, quòd omnes quotquot ſunt,
tanquam remotiores agnati nonniſi poſt fideicommiſſa-
rium vocati ſint ſub ea ipſa conditione, ſub qua & fidei-
commiſſarius. Quæ ſcilicet tacitè intelligitur repetita
in ſequentibus omnibus ſubſtitutionum gradibus, ſi
idem fideicommiſſarius alij rogatus ſit reſtituere, & de-
inceps fideicommiſſi gradus plures ex ordine facti pro-
21 ponantur. Quoties enim † plura fideicommiſſa gra-
datim facta ſunt, quorum primum conditionale fuit,
ſi conditio primi defecerit, omnes ſequentes gradus
corruunt tanquam à primo dependentes, etiamſi pro-
priam conditionem nullam habuerunt, vt pluribus
tractat Oldradus, conſil. 21. incip. *Thema tale eſt*. Pro-
inde omnibus fideicommiſſorum gradibus per condi-
tionis defectum extinctis, nihil iam impediet quomi-
nus hic nepos ex filia poſſit ſuccedere, ſiue ab inteſtato,
ſiue ex teſtamento illius qui fideicommiſſo fuerat one-
ratus: cùm tamen ſi conditio fideicommiſſi non defe-
ciſſet, vtique nepos hic non ſolùm ab inteſtato in bo-
nis fideicommiſſis ſuccedere nunquam potuiſſet, ſed
neque ex teſtamento, à quo tamen quis repellatur, ob
id ſolùm quòd ſit nepos ex filia, planè inauditum & ab-
ſurdum eſt.

ERROR IX.

Si teſtator in concipienda conditione. Si ſine
liberis maſculis, *addiderit* ex ſuo, *aut* ex
proprio corpore natis.

SVMMARIA.

1. *Num conditio ita concepta*, Si ſine filiis ex ſuo corpore natis deceſſerit *excludat nepotem ex filio aut filia.*
2. *Ratio Baldi & ſectatorum nepotem non excludi autumantium.*
3. *Ratio Guid. Pap. nepotem excludi affirmantis.*
4. *Diſtinctio in propoſita controuerſia à quibuſdam allata.*
5. *Reiectio diſtinctionis.*
6. *Autoris ſententia.*
7. *Si conditio concepta ſit de filiis nepotem non contineri aduerſus Baldum.*
8. *Si conditio concepta ſit de liberis nepotem contineri aduerſus Guid. Pap.*
9. *Ratio cur teſtatores his verbis conditionalibus vti ſoleant*, Si deceſſerit ſine liberis ex proprio corpore procreatis.
10. *Voluntas teſtatoris maximè ſequenda in conditionibus interpretandis.*

1 Habet hæc quæſtio † diſſentientes interpre-
tes & pragmaticos, Baldus enim *ad l. 1. n. 3.
C. de condic. inſert.* defendit conditionem ita
conceptam, *ſi ſine filiis ex ſuo corpore natis de-
ceſſerit*, non excludere nepotem ex filia. Quam ſenten-
tiam ſequitur Salicetus ad Authenticam, *Sed ſiquis. C.
de ſecund. nupt. Roman. conſ. 148. Corn. conſ. 17. vol. 4.* † ra- 2
tione illa, quòd licèt dictio *ex* ſoleat denotare cauſam
proximam & immediatam, tamen in nepote eſt ſangui-
nis continuatio, & immediatè dicitur eſſe quicquid
per rerum naturam continuatiuè eſt vnum & idem. At
Guido Papius quæſt. 553. contrà putat, ob eam adiectio-
nem *ex ſuo corpore* non poſſe nepotem contineri, nec ſi
conditio concepta ſit de liberis, non de filiis. Mouetur
† ex eo, quòd licèt in nepote ſit continuatio ſanguinis, 3
non tamen propterea ſequitur nepotem ex filio fuiſſe
procreatum ex proprio corpore aui ſui, cùm aliud ſit
corpus aui, aliud verò corpus eius filij, & conditio in
ſignificato proprio debet impleri, *l. qui hered. 44. l.
Manius 55. D. de conditione & demonſtratione*, & quia,
inquit, à diuerſitate corporum ſequitur diuerſitas ani-
morum, *cap. quia diuerſitatem, vbi gloſſ. in verb. corporum.
Ext. de conceſſione preb.* addit omnia verba ſic eſſe inter-
pretanda, præſertim in conditionibus vt aliquid ope-
rentur, *l. ſi quando 109. de legat. 1. l. 4. D. de vſur.* At dictio
illa *proprio* nihil operaretur, ſi non intelligeretur de pri-
mis & immediatis liberis, vt quemadmodum teſtator,
cùm in conditione ponit maſculos, hoc ipſo excludit
fœminas, *l. cùm ita legatum 63. de conditione & demon-
ſtratione, cap. Raynaldus. iunct. gl. ſup. verb. maſcul. Extr.
de teſt.* ita cùm adiicit *ex ſuo corpore*, nepotes excludat,
etiam ex maſculis procreatos, qui alioquin liberorum
appellatione continerentur, *l. liberorum 220. de verb.
ſignificat.* præſertim verò ſi ſubſtituta ſit per fideicom-
miſſum perſona aliqua ex iis quæ teſtatori fuerint di-
lectiores, puta ex filiis aut filiabus primi gradus. Nam
nec nouum eſt, vt propter fauorem perſonæ ſubſtituti
excludatur aliquis à ſucceſſione, qui, ſi alius ſubſtitutus
eſſet, qui minùs dilectus fuiſſet, non excluderetur, vt in
ſpecie *l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. l. precibus 8. C. de impub.
& aliis ſubſtit.* id eſt, ſi mater velit admitti ad ſucceſſio-
nem impuberis filij vigore ſubſtitutionis pupillaris ta-
citæ contra eiuſdem pupilli fratrem, qui fuerit ſubſtitu-
tus. Alij verò ſunt, † qui diſtingunt an teſtator dixerit 4
ex ſuo corpore, an *ex proprio corpore*, vt priore caſu proce-
dat opinio Baldi, poſteriore verò non item. Quaſi † ve- 5
rò ſit alia vis eorum verborum *ex proprio corpore*, quàm
illorum *ex ſuo*, ad nepotes excludendos. Et ſanè Baldus
concipit quæſtionem ſub illis verbis *ex ſuo corpore*,
Guido autem Papius ſub illis *ex proprio*, mouetúrque ex
eo maximè, quòd ſignificatum huius verbi *proprio* ſe
habeat immediatè reſpectu corporis filiorum qui here-
des fuerunt inſtituti. Et citat textum quem dicit ſatis
expreſſum in cap. *nulli* in verb. *proprio iuramento*, & in
cap. *vt circa. §. fin. de elect. lib. 9. cum notat. per gloſ. in l. 1. §.
qui mandatum in verb. proprium. D. de offic. eius cui man-
dat. eſt iuriſd.* Sed tamen videtur verbalis hæc differen-
tia: nec minùs ſignificat *proprium corpus* qui dicit *ſuum*,
quàm *ſuum* qui dicit *proprium*, idcóque Guid. Pap. non
negat ſe contra Baldum ſentire, quamuis apud Baldum
concepta eſſet quæſtio de conditione in qua ſcriptum
extat *ex ſuo corpore*, vt & ratio Baldi, ſi vera eſt, conclu-
dit, non minùs vno caſu quàm alio admittendum eſſe
nepotem. Nam cum ea verba *ex proprio corpore*, non
aliam vim maiorem habere poſſint, quàm vt ad eos li-
beros conditio coarctetur, qui propriè & immediatè ſint
liberi, contendit Baldus etiam nepotes eſſe immediatè
liberos ex corpore aui, quia ſunt continuatiuè. Dicam † 6
quod ſentio. Neque Baldus, neque Guido Papius vide-
tur dixiſſe quod oportuit, ſed aliter atque aliter quæ-
ſtionem concepiſſe, vtrumque verò ad propoſitam quæ-
ſtionem tam malè reſpondiſſe, vt in quæſtione Baldi
malim ſentire cum Guidone Papio, in quæſtione verò
Guidonis cum Baldo. Tractat Baldus eum caſum quo
conditio ſit concepta non de liberis, ſed de *filiis ex ſuo
corpore natis.* Papius verò illum, quo ſit concepta de li-
beris, non de filiis, ſi filiorum mentio facta ſit, † non
liberi

liberorum, non puto verum eſſe quod vult Baldus, nepotem ſiue ex filio, ſiue ex filia poſſe huiuſmodi appellatione contineri, quia licèt filij appellatione etiam nepos intelligatur *l. filij* 84. *de verb. ſignific.* id tamen non niſi per interpretationem, quæ tametſi iuſta dicatur in *l. iuſta interpretatione* 201. *eod.* nullus tamen ei locus relinquitur, cùm teſtator adiecit ea verba *ex proprio corpore*, quia nemo certè probabiliter dixerit, nepotem eſſe filium ex proprio corpore procreatum. Alioqui non video qua ratione poſſimus filium primi gradus à nepote iſto diſtinguere. Quomodo enim poſſit apertiùs exprimi filius primi gradus, quàm ſi dicatur filius ex proprio corpore procreatus? Nec quòd in hoc nepote ſit continuatio ſanguinis, vt Baldus loquitur, ad rem facit: niſi ex eo velis inferre nihil planè inter filium & nepotem intereſſe: quod tamen admitti non poteſt quin fiat fœda confuſio & nominum & perſonarum. Itaque in hac ſpecie pro Guidone Papio contra Baldum ſentio: & multò magis ſi ponas tractari de nepote ex filia, & ita conceptam eſſe conditionem, *ſi ſine filiis maſculis ex proprio corpore natis*: difficilius enim eſt vt nepos dicatur natus ex proprio corpore aui maſculus, per mediam perſonam quæ non maſculus fuit, ſed fœmina. Sed ſi te-
8 ſtator † conditionem conceperit ſub nomine liberorum, contra puto, nec dubito quin vera ſit Baldi ſententia, vt nepos hoc caſu in conditione poſitus eſſe intelligatur. Nulla enim opus eſt interpretatione, vt appellatione liberorum nepotes comprehendantur, cùm id fiat ex proprietate ſermonis, nec in alio laborandum eſt pro hoc nepote, niſi in eo vt oſtendatur, reliqua illa conditionis verba *ex proprio corpore procreatis*, non eſſe poſita ad ipſius excluſionem. Quod facile eſt animaduertere, ſiue vim eorum verborum ſpectemus, ſiue rationem qua moueri prudens teſtator poteſt, vt ita concipiat conditionem. Nam ſi ad vim verborum attendimus, quid eſt obſecro, cur non videri debeant dicique poſſint nepotes ex aui corpore procreati? An verò hoc difficilius eſt, quàm vt dicamus non deceſſiſſe ſine liberis eum, qui nepotem ex filio reliquit? Nam cùm liberos ſola procreatio faciat, quomodo fieri poteſt, vt quis liberos relinquat, quos non procreauerit? aut vt dicatur procreaſſe quidem, ſed non ex proprio corpore? Itaque dic quantum voles cum Guidone Papio nepotem meum ex filio non eſſe procreatum ex proprio meo corpore, ſed ex proprio corpore filij mei: & aliud eſſe corpus filij mei, aliud verò corpus meum. Adde quòd noſtri iactitant dictionem *ex* denotare proximam & immediatam cauſam, *l. eo tempore* 50. §. *vlt. de pecul.* nunquam tamen aſſequeris, vt ſit propriè & verè in numero eorum liberorum, quin admittas eſſe illum verè ex proprio meo corpore procreatum. Alioqui filio meo præmoriente, deſineret nepos eſſe mihi nepos, ſi non mihi ipſi ex propria perſona coniunctus, & ex meo proprio corpore procreatus intelligeretur, cùm filius ipſe deſinat eſſe filius, quomodo deſinit eſſe viuus. Atqui non eo minus hic nepos remanet nepos, quinimò ſubintrat locum filij, primumque gradum tenere incipit, quod tamen non video quomodo fieri poſſit, ſi non ex aui quoque corpore natus exiſtimetur. Non igitur ei vſque adeò verba conditionis obſtant vt liberorum appellatione non contineatur. Quod omnium apertiſſimè & elegantiſſimè probat textus *d. l. liberorum. verſic. præter hæc*, vbi Calliſtratus vt probet filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi, non aliam meliorem adfert rationem, quàm quòd natura ipſa nos doceat filiorum appellatione contineri omnes qui ex nobis deſcendunt. Ergo vel falſum eſt quod aiunt, dictionem *ex* denotare proximam & immediatam cauſam, vel verum quod volumus etiam *ex me* immediatè procreatum dici nepotem, qui ex filio meo procreatus ſit. Id verò fiet aper-
9 tius, ſi rationem ſpectemus, † propter quam ſolent & debent ita loqui teſtatores, *ſi deceſſerit ſine liberis ex proprio corpore procreatis.* Nimirum id agunt quantum poſſunt, vt non alios liberos ponant in conditione, quàm qui verè ac naturaliter ſint liberi ad differentiam & excluſionem eorum qui ſint legitimi tantùm, & ciuiles, puta adoptiui, ne ſit in poteſtate heredis grauati adoptionis commento fideicommiſſum extinguere, vt Papinianus loquitur *in l. fideicommiſſum* 76. *de cond. & demonſtr. l. ſi ita quis* 51. §. *vlt. De leg.* 2. Item, quòd maioris momenti & vtilitatis eſt, ad excluſionem monaſterij, quod noſtri volunt eſſe loco filij ad excludendum ſubſtitutum *cap. in præſentia. Extr. de probat. iunct. Auth. niſi rogati, vbi Cinus. C. ad SC. Trebell.* Nam & Guido ipſe fatetur, fideicommiſſo relicto ſub hac conditione, *ſi hæres deceſſerit ſine liberis ex proprio corpore procreatis*, non poſſe monaſterium facere vt conditio defeciſſe videatur, quia neque propriè, neque impropriè, neque verè, neque fictè poteſt dici monaſterium ex proprio monachi corpore procreatum, nec proinde poſſunt ei conuenire verba conditionis. Cùm ergo quiſquis talem conditionem adſcribit de liberis adoptiuis, & de monaſterio, non de nepotibus excludendis cogitet, poſſitque ob has cauſas neceſſaria eſſe huiuſmodi adiectio, etiamſi maximè id agat teſtator, vt nepotes non minùs quàm filios ponat in conditione fideicommiſſi, cur ex ea adiectione occaſionem quærere volumus excludendorum nepotum ex maſculis procreatorum? *arg. l. ſi is qui* 13. §. *vlt.* in illis verbis, *poteſt autem interdum ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria. D. de reb. dub.* An non fortè miſeratione, quàm odio dignior eſt auus, qui filium amiſit, ſuperſtite nepote, vt quamuis teſtator eos tantùm liberos in conditione poſuerit, qui ex proprio heredis corpore procreati eſſent, non tamen intelligatur ſine liberis ex proprio corpore natis, deceſſiſſe is, qui nepotem ſuperſtitem reliquit ex amiſſo filio? Quodnam ſolatium eſſe poteſt amiſſi filij, qui filios ſuperſtites reliquit, niſi vt necdum videatur deceſſiſſe qui in liberorum ſuorum perſonis adhuc viuere creditur, & per quos non minùs quàm per ipſum filium auus quoque vitam & familiam ſuam protrahere, ſibique diuturnitatis memoriam in æuum relinquere poſſit, vt Calliſtratus loquitur in *d. l. liberorum, in fin.* Cur ergo hanc auo iam alioqui ſatis afflicto afflictionem ſuperaddere volumus, vt quia filium amiſit, fideicommiſſi onus ſubeat, quamuis ſuperſtitem reliquerit ex præmortuo filio nepotem? Melius ergo hac parte Baldus quàm Guido Papius etiam in puncto iuris, ſi nihil aliud ſit quod noceat nepoti, & ex quo poſſit apparere, teſtatorem ſub nomine liberorum ex proprio inſtituti corpore procreatorum, nepotem hunc comprehendere noluiſſe: voluntas † enim teſtatoris ſe- 10
quenda eſt cùm in cæteris omnibus, tum maximè in conditionibus interpretandis, *d. l. in conditionibus* 19. *l. pater Seuerianam* 101. *De condit. & demonſtrat.* dummodò ea voluntas non ſit commentitia, ſed diſpoſitiua, id eſt, talis quæ ex verbis teſtamenti, aut aliis à teſtatore ipſo extra teſtamentum prolatis concipi poſſit, *l. Gallus* 29. §. 1. *De lib. & poſt. l. quidam* 46. *D. de hered. Inſtit. l. vnic. §. vbi autem. verſ. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. toll.* Idémque cum Baldo ſentit Alex. ad §. *vlt. l. ex facto.* 17. *D. ad SC. Trebell. & Socin. conſil.* 17. *vol.* 4.

* * *

ERROR

ERROR X.

De conditione, ſi ſine filiis maſculis, *poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat.*

SVMMARIA.

1 *Nepos ex filia appellatione maſculorum in vltimis voluntatibus quandoque venit: in contractibus nunquam ex peruulgata diſtinctione.*
2 *Guidonis Papij ſententia.*
3 *Doctores intelligendi ſecundum leges quas citant.*
4 *Impugnatio poſtremi membri diſtinctionis ſuprà allata.*
5 *Bartolus emendatur.*
6 *In contractibus etiam ſtricti Iuris locus eſt iuſta interpretationi.*
7 *Appellatione filiorum per iuſtam interpretationem continentur nepotes: at ſi liberos dixeris ex proprietate ſermonis continentur nepotes.*
8 *Refutatio primi membri diſtinctionis n. 1. propoſita.*
9 *A poſitis in conditione ad poſitos in diſpoſitione aut contrà, quatenus ratiocinatio non procedat.*
10 *Differre in contractibus verba hæc conditionalia*, Si ſine filiis maſculis, & ſi ſine liberis maſculis.
11 *Quæ verba excludant nepotes ex filia.*
12 *Conceptà conditione aut diſpoſitione de liberis ex linea maſculina deſcendentibus an neptis ex filio contineatur.*
13 *Linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur.*
14 *Feuda & emphyteuſes cur largiſſimam recipiant interpretationem.*
15 *Lineæ maſculinæ & fœmininæ diſcrimen.*
16 *Sexus maſculinus fœmininum concipit, non contrà.*
17 *An qui in conditione ſeu diſpoſitione ſolos liberos per lineam maſculinam deſcendentes poſuit, agnationis conſeruandæ rationem habuiſſe videatur.*

Diſtinguimus tractatum hunc à ſuperiore,
quia ſunt ex noſtris plerique qui hac parte
1 ſeparant † contractus ab vltimis voluntati-
bus. In vltimis voluntatibus ſubdiſtinguunt,
an teſtator ſolos maſculos inſtituerit & ſubſtituerit, nec
vnquam fœminas vocauerit, an verò aliqua teſtamenti
parte fœminas quoque, & ex fœminis deſcendentes ad
ſucceſſionem ſuam admiſerit: vt poſteriore hoc caſu,
non etiam priore, nepos ex filia tanquam maſculus, non
minùs quàm ſi eſſet nepos ex filio in conditione poſi-
tus eſſe videatur. Coniectura voluntatis ex eo ſumenda,
quòd teſtator ipſe in aliis teſtamenti partibus diſpoſuit.
Sed in contractibus indiſtinctè volunt, maſculorum ap-
pellatione non venire deſcendentes ex filiabus, maximè
quod in contractibus appellatione filiorum non veniat
nepotes, ſecundum Bartolum in *l. liberorum* 220. *De
verbor. ſignific.* Ita Ranchinus in apoſtill. ad Guid. Pap.
quæſt. 133. poſt Anton. Rubeum Alexandrinum maximi
in Italia nominis Iureconſultum & ſubtiliſſimum, iudi-
2 cio meo, inter ſæculi noſtri Italos ſcriptorem. Videtur †
tamen hæc ſententia Guidoni Papio diſplicuiſſe. Nam
in dict. quæſt. 133 tractans de donatione, quæ paſſim à
noſtris inter contractus adnumeratur. De donatione, in-
quam, facta filio & liberis eius maſculis, non alia tamen
ratione, aut aliis legibus contendit, eiuſmodi liberorum
appellatione nepotes ex filia non contineri, quàm iis
ipſis quæ in cauſa teſtamenti locum habere poſſent.
Citat enim *l. iubemus 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. & l. 1.
C. de cond. inſert.* quæ de teſtamentis, non de contractibus
loquuntur. Solent autem noſtri dicere, nec improbabi-
liter, † Doctores intelligendos ſemper eſſe ſecundum 3
eas leges quas citant. Et ſanè non puto probabilem
iſtam contractuum ab vltimis voluntatibus diſtinctio-
nem. Nam quod iſti adferunt ex Bartolo ad *d. l. libero-
rum*, appellatione † filiorum in contractibus non conti- 4
neri nepotes, falſum eſt: cùm contractus non minùs
quàm teſtamenta interpretationem iuſtam recipiant, ex
eo quòd veriſimiliter actum fuit à contrahentibus, *l.
ſemper in ſtipulationibus* 34. *De reg. iur.* At quod appella-
tione filiorum continentur nepotes, fit ex iuſta inter-
pretatione, vt in præcedentibus diſputauimus ex *l. iuſta*
201. *De verb. ſignif.* Non minùs igitur in contractibus
quam in teſtamentis ea interpretatio admittenda eſt.
Alioqui, quænam obſecro admitti vnquam poſſet, ſi nec
ea quæ iuſta eſt admitteretur? Neque verò contra ſentit
Bart. qui ad *l. liberorum. num.* 8 hoc tantùm ſcribit, ſi in
contractu aliquid expreſſum ſit de filiis, & quæratur an
intelligi debeat etiam de nepotibus, interpretationem
fieri debere contra eum pro quo verba proferuntur, ex
regula *leg. veteribus.* 39. *de pact.* in quo ipſo tamen vereor
ne † mendoſus ſit Bartolus. Voluit enim, ni fallor, certè 5
debuit ſcribere interpretationem faciendam eſſe contra
eum per quem non pro quo verba proferuntur. Siqui-
dem abſurdum eſſet interpretationem verborum fieri
contra eum, pro quo appoſita ſunt verba, cùm potiùs
cauendum ſit ne quod pro aliquo adiectum eſt, contra
ipſum vnquam interpretemur, *arg. leg. nulla.* 25. *D. de
legib. l. quod fauore.* 6. *C. eod. l. in ratione* 11. *§. tametſi. D.
ad legem Falcidiam.* Sed vt interpretatio fiat contra eum
per quem verba prolata ſunt, quamuis etiam pro ipſo
prolata fuerint, non eſt nouum, cùm poſſit ei imputari
cur non legem apertiùs dixerit, *d. l. veteribus. iunct. l. La-
beo.* 21. *D. de contrahenda emptione.* Quamquam nec ita
acceptam Bartoli ſententiam puto defendi poſſe. Nun-
quam enim alterutri ex contrahentibus poteſt imputari,
cur non id expreſſerit quod per iuſtam interpretationem
pro expreſſo haberi debeat, quippe qui ſciuit ſemper
locum fore iuſtæ † interpretationi, quantumuis ſtricti 6
iuris contractus initus proponatur, ac multò magis ſi
bonæ fidei contractus ſit, in quo genere contractuum
pleniores ſemper, & fauorabiliores fiunt interpretatio-
nes. Cùm igitur iuſta interpretatione † contineantur ne- 7
potes appellatione filiorum, *d. l. iuſta*, non poteſt obſcura
videri, aut ambigua conuentio de filiis concepta, quo-
minus perinde nepotes comprehendere poſſit, ſi aliud
nihil obſtet, acſi de liberis concepta eſſet. Nulla enim
inter has formulas differentia eſt, niſi quòd liberorum
appellatione cõtinentur nepotes ex proprietate ſermo-
nis, appellatione verò filiorum non niſi per iſtam inter-
pretationem. Rurſus nec ea † diſtinctio placere poteſt 8
circa vltimas voluntates, An teſtator maſculos tantùm
inſtituerit & ſubſtituerit, an verò aliqua teſtamẽti parte
fœminas, aut ex fœminis deſcendentes maſculos admi-
ſerit, vt priore caſu nepos ex filia non intelligatur poſi-
tus in conditione, poſteriore verò caſu, ſexus. Nam vt in
præcedentibus diſputauimus non eſt bona ratiocinatio
à poſitis † in diſpoſitione ad poſitos in conditione ne- 9
gatiuè, aut contrà, à poſitis in conditione ad poſitos in
diſpoſitione affirmatiuè: ſiquidem fieri facile poteſt vt
quos teſtator vocare noluit, eos tamen voluerit ponere
in conditione ad fideicommiſſarium excludendum, vt
poſſent ipſi excluſo fideicommiſſario vel ab inteſtato
ſuccedere, vel ex teſtamẽto heredis rogati: qui alioquin,
ſi fideicommiſſi conditio non defeciſſet, eos vocare mi-
nimè potuiſſet. Mea ſententia eſt, in contractibus † eam 10
ipſam diſtinctionem adhibendam eſſe, quam adhibuimus
in vltimis voluntatibus, An ſcilicet conditio concepta
ſit his verbis ſpecialibus, *ſi ſine filiis maſculis*, an illis ge-
neralioribus *ſi ſine liberis maſculis*. Priore caſu non puto
appellatione filij maſculi cõtineri nepotem ex filia, quia
ſi contineretur, vtique propter filiam ipſam contincre-
tur, cùm non niſi per filiam auo coniungatur. Atqui non

poteſt filia facere vt hic nepos videatur filius maſculus
teſtatoris, quandoquidem nec illa ipſa maſculus eſt, vt
nec ipſe fœmina. Atque ita Baldus ſentit in *l. ſed ſi hos. §.*
liberos. de in ius vocand. Poſteriore autem caſu, appella-
tione liberorum maſculorum dico poſſe nepotes quo-
que ex filia contineri, quia licèt æquè verũ ſit coniungi
eos auo per filiam, veniunt tamen ex propria perſona, &
tanquam liberi, nec in eam rem indigent perſona filiæ
vt liberi videantur, & ſint, quomodo indigerent, vt filij
eſſe viderentur. Vt enim filij ſint, oportet eos ſaltem per
fictionem & interpretationem poni in primo gradu deſ-
cendentium, quod fieri nullo modo poteſt quin eaſdem
qualitates habeant, quomodo habent qui ſunt & deſ-
cendentes ex fœmina, & fœminæ, non autem qui ex fœ-
mina nati ſunt maſculi, aut quæ ex maſculo natæ ſunt
fœminæ. At vt nepotes ſint liberi, ſufficit quòd ſint ex
deſcendentibus, in quocunque tandem ſint gradu, &
ideò licèt diſſimilis ſexus ſint, ea res ipſis non obeſt quo-
minus admittantur tanquam liberi maſculi, cùm ſit ve-
rum eſſe eos & liberos & maſculos, quamuis ſint ex filia.
11 Itaque ſolent, † debéntque qui eos volunt excludere
ponere in conditione, aut in diſpoſitione, non tantùm
liberos maſculos, ſed hoc etiam addito, *per lineam maſ-*
culinam deſcendentes: quæ adiectio apertè excludit ne-
potes ex filia procreatos, ſiue de contractu agatur, ſiue
de teſtamento, quia licet nepos ex filia ſit, & ex liberis, &
maſculus, non tamen deſcendit per lineam maſculinam,
ſed per fœmininam, non quòd fœmina ipſa non ſit in li-
nea maſculina, in qua pater fuit: eſt enim & in linea, &
ex linea maſculina, ſed quia in ipſius perſona finẽ acci-
pit linea maſculina, & incipit fœminina: vt proinde ve-
rum ſit nepotem ex filia maſculum non deſcendere per
lineam maſculinam. Illi namque ſoli per lineam maſcu-
linam deſcendunt, qui nati ſunt ex maſculis, non etiam
qui ex fœminis, tametſi in linea maſculina conſtitutis.
Nullámque poteſt res habere dubitationem, non magis
quàm cum teſtator vocauit aut in conditione poſuit ſo-
los maſculos ex maſculis, ad excluſionem, vt apparet,
maſculorum ex fœminis, & fœminarum ex maſculis
12 progenitarum. At finge conceptam † fuiſſe conditio-
nem vel diſpoſitionem de liberis ex linea maſculina deſ-
cendentibus, an neptis ex filio continebitur? Frequens
enim huiuſmodi clauſulæ vſus eſt tam in contractibus,
præſertim feudalibus & emphyteuticis, quàm in teſta-
mentis: & quidem nepotem ex filia his verbis non con-
tineri iam diximus, quoniam deſcendit per lineam fœ-
mininam. Sed in nepte ex filio aliud ſanè eſt, quia quam-
uis ſit illa fœmina non maſculus, negari tamen non po-
teſt quin deſcendat per lineam maſculinam, nec proinde
quin ei verba conueniant, etiam ex proprietate loquẽdi,
& citra vllam interpretationem Filia quidem non eſt in
linea maſculina patris ſui, hoc ſenſu, vt per eam linea
maſculina patris conſtituatur: ſed neptis ex filio eſt in
13 linea maſculina aui, quia † linea nunquam incipit ab ea
perſona cuius linea eſſe dicitur, ſed ab eius perſonæ, aut
filio, aut filia, fitq; linea maſculina per filiũ, & fœminina
per filiam. Exempli cauſa, ſi de Titij linea maſculina
tractemus, non à Titio ipſo inchoanda erit linea, ſed ab
ipſius filio, ſi quem habeat maſculum. Ita fiet, vt ipſius
filia, ſi qua ſit, non poſſit dici eſſe in linea, aut ex linea
maſculina Titij, & tamen in eadem linea maſculina Titij
ſit neptis ex filio, quoniam linea maſculina Titij qui fi-
lium habuit, à filio incepit, nec defecit, niſi in perſona
neptis, ſi ponas Titij filium ſine maſculis & ſola filia ſu-
perſtite deceſſiſſe. Nihil igitur cauſæ eſt, cur non ſub ap-
pellatione liberorum per lineam maſculinam deſcen-
dentium neptis ex filio perinde ac nepos contineatur:
14 maximè verò in emphyteuſibus & feudis, quæ † cùm ſint
beneficia, & ad donationis naturam proximè accedant,
largiſſimam recipiunt interpretationẽ *cap. cùm dilectus.*
Extr. de donat. ſexus enim diuerſitas non mutat qualita-
tem lineæ, niſi quantum ad perſonas vlterioris gradus
exinde procreatas. In quo tamen obſeruandum etiam eſt
aliam rationem † eſſe lineæ maſculinæ, aliam fœmininæ. 15
Maſculina enim facilè commutatur in fœmininam, vt in
propoſito caſu, cùm ex maſculo naſcitur fœmina. At fœ-
minina nunquam poteſt fieri maſculina, quoniam maſ-
culina neque inchoari, neque perpetuari poteſt niſi per
maſculos: fœminina autem & inchoari & perpetuari po-
teſt, non ſolùm per fœminas, ſed etiam per maſculos ex
fœminis natos æquè ac per fœminas. Non enim, ſicut
maſculi ex fœminis nati æquipollent fœminis, ita poſſis
dicere fœminas ex maſculis natas æquipollere maſculis
ad lineam maſculinam perpetuandam. Denique in ſexu
maſculino continetur fœmininus eminenter, vt Philo-
ſophi loquuntur: at non ſimiliter è conuerſo dici poteſt,
in ſexu fœminino maſculinum contineri. Vnde *quoque*
eſt quod paſſim apud noſtros ſexus † maſculinus etiam 16
fœmininum concipit, non contrà, *l. ſi ita ſit ſcriptum* 45.
de leg. 2. l. qui duos. 62. *l. ſeruis.* 81. *de leg. 3. l. 1. l. pronuntia-*
tio. 195. *De verb. ſign.* Nec me mouerit ſi quis obiciat,
Poſitis † in conditione vel in diſpoſitione ſolis liberis 17
per lineam maſculinam deſcendentibus, videri habitam
fuiſſe rationem agnationis conſeruandæ & perpetuan-
dæ, quæ tamen per neptem ex filio, non magis quàm per
nepotem ex filia conſeruari & perpetuari poteſt. Nam il-
lud primùm negandum eſt, habuiſſe rationem agnatio-
nis conſeruandæ illum qui in conditione vel diſpoſi-
tione poſuit liberos omnes deſcendentes per lineam
maſculinã, nulla facta ſexus, ſed tantùm lineæ differentia.
Debuerat enim ſolos maſculos, qui ex maſculis eſſent,
vocare & ſub nomine non *liberorum, ſed maſculorum*, ſi id
animo agitabat, vt agnatio perpetuaretur. Alioqui erra-
bat, ſi putabat futurum vt appellatione liberorum per
lineam maſculinam deſcendentium neptis ex maſculo
non contineretur: quomodo in ſpecie licèt diſſimili, ar-
gumentatur Iuriſconſultus in *l. ſi alij* 19. *D. de vſufr. le-*
gat. Deinde vt maximè cogitauerit de agnatis vocandis,
certum eſt etiam neptem ex maſculo eſſe agnatam, cùm
ſit de nomine ac familia patris ſui. Cur non ergo cum
cæteris agnatis admittetur, licèt per eam futurum ſit vt
bona de nomine exeant? *l. cùm pater* 77. *§. cùm inter. D.*
de leg. 2. Pronepos ſanè ex hac nepte, etiamſi maſculus
ſit, non perinde aut in conditione, aut in diſpoſitione
poſitus eſſe intelligetur, quia ſecundum ea, quæ dixi-
mus, non eſt ex numero deſcendentium per lineam maſ-
culinam, *l. 1. in fin. D. de iur. immun.* Portionem tamen ad
quam mater admiſſa iam fuerit retinebit, *d. §. cùm inter.*
ſcilicet niſi fideicommiſſum purum, ſimplex, & perpe-
tuum familiæ relictum ſit, non autem conditionale in
caſum contrauentionis. Quòd ſi tractemus de liberis
deſcendentibus per lineam maſculinam, non in diſpoſi-
tione poſitis, ſed in conditione tantùm, erit multò faci-
lius, vt neptis ex filio eiuſmodi liberorum numero con-
tineatur ad excludendum ſubſtitutum, etiamſi ſubſtitu-
tus ſit non tantùm ex agnatis, ſed etiam ex iis perſonis,
per quas agnatio conſeruari poteſt, quia ſufficit ad ipſius
excluſionem quòd non ſit vocatus niſi ſub conditione
ſic concepta, vt dubitari non poſſit quin ea defecerit,
ſuperſtite perſona, quam certum ſit contineri appella-
tione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium,
quamuis ipſa talis eſſet quæ ad ſucceſſionem admitti
nullo modo poſſet: quoniam cùm de conditione quæri-
mus, illud tantùm inſpicimus, an defecerit néche, id eſt,
an ſuperuiuat perſona poſita in conditione, non etiam
illud, an ea perſona ſuccedat, an non, vt ſæpiùs ſuprà di-
ximus *ex l. filiusfamilias.* 114. *§. cùm erit rogatus. De le-*
gat. 1. *Auth. licèt. C. de natur. liber.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimanona.

ERROR PRIMVS.

De ſtatutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in diſpoſitione, an extendantur ad nepotes.

SVMMARIA.

1 *An ſtatuta ponentia filios aut filias in conditione vel diſpoſitione extendantur ad nepotes.*
2 *Statuta non recipiunt extenſionem.*
3 *Butrigarius exiſtimat filij appellatione ex proprietate ſermonis contineri nepotem.*
4 *Contraria ſententia vt verior ab autore comprobatur.*
5 *Ex proprietate ſermonis ſexus maſculinus non concipit fœmininum, ſed per interpretationem.*
6 *An ſtatuto* extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat, ſed dote ſit contenta, *contineatur nepos ex filio prædefuncto, itavt filiam excludat.*
7 *Deciſio Butrigarij, filiam per nepotem excludi.*
8 *Rationes decidendi, quibus motus eſt Butrig.*
9 *Statuta quatenus interpretationem extenſiuam non recipiant ex Bartoli ſententia.*
10 *Quomodo ex autoris ſententia ſtatuta extenſiuam interpretationem admittant.*
11 *Populi qui iure ſcripto & Romanorum communi vtuntur cur iis feliciores qui iure conſuetudinario ſeu ſtatutario vtuntur.*
12 *Interdum non eſt abſurdum, vt abſurdum aliquod ſequatur ex ſtatuto iuſtam interpretationem non admittente.*
13 *Rationes Bartoli allatæ, n. 8. refutantur.*
14 *Ex ſtatuto, Extantibus filiis maſculis filia non ſuccedat, priuilegium aliquod maſculis non dari aduerſus Bart. & Bald.*
15 *Maſculi poſiti in conditione & diſpoſitione ſtatuti ſuccedunt ex priuilegio ſtatuti.*
16 *Maſculi poſiti tantum in conditione ſtatuti ſuccedunt ex iure communi.*
17 *Cùm ei qui ex propria perſona virilem tantùm partem habet, nemo partem facit, virilis appellatione totum continetur.*
18 *Priuilegium conceſſum filio quando tranſeat ad nepotes ex Baldi placito.*
19 *Ratio Iacobi de Aretio pro nepote contra filiam à Bartolo reprehenſa.*
20 *Baldus ſolet Bartolo in omnibus ferè contradicere.*
21 *Defenditur Bartolus aduerſus Baldum.*
22 *An ex præſuppoſito ſtatuto neptis ex filio excludat filiam patrisfamilias de cuius hereditate quæritur.*
23 *Sententia Bartoli filiam excludi negantis vt vera defenditur.*
24 *Opinio Baldi excludi filiam affirmantis euertitur.*
25 *Statuta prædicta odio mulierum facta non eſſe aduerſus Baldum.*

NON eſt ex Doctoribus noſtris, præſertim Italis, qui non tractet de huiuſmodi † ſtatutis, (ſunt enim fre- 1
quentiſſima per totam Italiam) per quæ cauetur vt extantibus filiis maſculis filia non ſuccedat, ſed ſit dote contenta: An ſcilicet tam ex parte filiorum maſculorum in conditione poſitorum, quàm ex parte filiæ poſitæ in diſpoſitione extendantur ad nepotes. Finge patremfamilias, de cuius hereditate agitur, deceſſiſſe relicto nepote ex filio maſculo prædefuncto: An per hunc nepotem filia quæ dotata fuit excludetur? Finge è contrario deceſſiſſe filiam dotatam, relicto maſculo, an per filium patrisfamiliâs, eundémque auunculum excludetur hic nepos? Has quæſtiones & alias huiuſmodi tractat Bart. ad *l. liberorum* 220. *à num.* 12. *vſque ad num.* 27. *de verborum ſignificationibus. Baldus ad l. maximum vitium* 4. *C. de liberis præteritis*, & aliis pleriſque locis. Videntur autem omnes iſtæ quæſtiones in eo potiſſimùm verſari, vt ſciatur, an ex propria & ſtricta ſignificatione vocabuli appellatione filij nepos contineatur, an verò per interpretationem: quoniam certum eſt in ſtatutis verba propriè & ſtrictè accipienda eſſe, neque per interpretationem extendenda. Hoc enim eſt quod ſolent noſtri dicere, † ſtatuta non reci- 2
pere extenſionem. Nec deſunt qui putent ex proprietate & natura ſermonis nomen filij etiam nepoti conuenire, inter quos olim Iac. Butrigar. quem Bartol. & 3
Baldus referunt ſupradictis locis, quaſi nepos ſit pars filij, *arg. l. ſed addes* 19. *§. ſi quis mulierem. D. locat. l. cum ſcimus. C. de agricol. & cenſit. lib.* 11. *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* itémque quòd natura nec fingere, nec mentiri ſciat, quæ tamen docet nos, apud parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto vxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis deſcendunt contineri. Nec enim dulciore nomine quàm filij poſſumus nepotes noſtros appellare. Etenim idcirco filios filiáſve concipimus atque edimus, vt ex eorum earúmve prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus, vt eleganter Calliſtratus ait in *d. l. liberorum in fin.* Addunt argumentum ab etymo & alluſione vocabuli: ſiue enim *filium* dictum velimus à Græco φιλῶ, ſiue à *filo*, quod per eum filum & ordo generationis conſeruetur in poſteris, vt Bart. ſcribit *ad d. l. liberorum num.* 2. apparet vtrumque ſenſum non minùs nepoti quàm filio conuenire, cùm & nepos æquè ametur ac filius, & per eum longiùs quàm per filium ordo generationis extendatur. Contraria tamen † ſen- 4
tentia, vt receptior, ita & verior eſt quam in præcedentibus ſemper ſecuti ſumus, non niſi per interpretationem fieri, vt filij appellatione contineatur nepos, quamuis ea interpretatio ſit iuſta, ſic enim diſertè ſcribit Iulianus in *l. iuſta interpretatione* 101. *de verb. ſignific.* iuſta interpretatione recipiendum eſſe, vt appellatione filij ſicuti filiam contineri ſæpe reſpondetur, ita & nepos videatur comprehendi, itémque vt patris nomine auus quoque demonſtrari intelligatur. Quid verò ſcribi potuit apertius? Illa ſiquidem verba omnia in

interpretatione recipiendum, *videatur*, *intelligatur*, notæ
ſunt improprietatis, ſicut & comparatio illa de filia fa-
milias quæ filij appellatione continetur. Nam quod
5 maſculinum † concipit fœmininum, non fit ex proprie-
tate ſermonis: ſed per interpretationem, ideóque nec
ſemper fit, ſed ſæpe, & plerumque, vt ſcriptum eſt in
l. pronuntiatio 195. in princip. eo. tit. & in l. qui duos 62.
de legat. 3. Nec rurſus quiſquam dixerit patris appel-
latione auum propriè ſignificari, cùm habeant pater &
auus diſtincta nomina propria, quomodo fieri certè de-
buit, ne confuſis nominibus rerum quoque confuſio
induceretur, *l. vlt. D. de legit. tute, l. ſi idem 7. C. de codicill.*
Hoc igitur præſuppoſito, quæramus iam, Si ſtatuto †
6 caueatur, quòd extantibus filiis maſculis filia fœmina
non ſuccedat, ſed dote ſit contenta, & deceſſerit pa-
terfamiliâs, relicta filia, relicto etiam nepote ex filio
prædefuncto, vtrum nepos ille ſolus ſuccedet, filia
verò in totum excludetur? Si appellatione filiorum
maſculorum nepotes contineantur, filiam excludi ne-
ceſſe eſt: admitti verò ſi non contineantur. Et Iacobus
7 quidem non dubitabat † quin filia excluderetur, cùm
pro certo haberet, filij appellatione nepotem quoque
ex ſermonis proprietate contineri. Sed cùm nos cum
Bartolo contrariam ſententiam amplectamur, difficilius
eſt vt pro nepote contra filiam reſpondere poſſimus:
præſertim ſi ponas adeſſe ſtatutum aliquod, quo caueá-
tur vt verba ſtatutorum intelligantur, ſecundùm pro-
prium & vulgarem intellectum abſque aliqua ſubaudi-
tione vel interpretatione, quo modo ponit Bald. *ad d.*
l. 4. C. de deliber. præter. num. 3. Concludit tamen Barto-
lus pro nepote ex aliis rationibus, quas Iacobus adfe-
8 rebat: quarum † prima illa erat, quòd etiam de iure
communi priuilegium conceſſum filio porrigatur ad
nepotem, *l. miles 8. iunct. l. Diuo Marco 11. C. de quæ.*
& l. Decurionum 12. C. de pœn. l. emancipatum 7. §. vlt.
D. de Senator. Secunda, quòd poſtquàm filius de me-
dio ſublatus eſt, nepos incipiat primum locum tenere,
§. poſthumorum Inſt. de exher. liber. l. poſthumorum 14.
D. de iniuſt. nupt. §. cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab
inteſt. defer. l. Gallus. 29. §. videndum. de liber. & poſth.
& conſequenter ſuccedendo in locum patris ſui, ſuc-
cedat etiam in priuilegium quod habebat pater vt filiam
excluderet. Nam & dici ſolet ſubrogatum ſapere natu-
ram eius in cuius locum ſubrogatur *l. 1. §. hac actio. D. ſi*
is qui teſtam. lib. eſſe iuſſ. l. ſi eum. 10. §. qui iniuriarum. D.
ſi quis caution. Ad id autem quod in contrarium obie-
cimus, ſtatuta non recipere interpretationem exten-
9 ſiuam, † reſpondet Bartolus, verum quidem id eſſe
quantum ad hoc, vt ſtatutum non extendatur ad cau-
ſam in eo non comprehenſam, nec rurſus ad perſonam
in ſtatuto non comprehenſam, ſed tamen recipere in-
terpretationem extenſiuam paſſiuè hoc ſenſu, vt ius
commune poſſit ſe extendere ad ſtatutum, *ex l. 1. §. 1.*
D. de muner. & honor. Itaque, inquit, quamuis ex verbis
ſtatuti non comprehendatur nepos ex perſona filij, lex
tamen ſe extendit ad ſtatutum, vt nepotem faciat aſſu-
mere priuilegium filio conceſſum. Mihi videtur valdè
10 intereſſe an aliquod † ſtatutum ſit quale Baldus fingit,
& cuiuſmodi multa eſſe ſolent, quibus cauetur ne qua
prorſus verborum in ſtatutis expreſſorum interpretatio
fieri poſſit, an verò nullum tale ſit. Vbi enim nullum
eſt, fateor quod vult Bart. ſtatutum poſſe recipere in-
terpretationem extenſiuam paſſiuè, imò & actiuè iuſtam
quamlibet interpretationem. Cùm enim ſtatuta omnia
ius faciant, legúmque vim habeant, etiam ad ius com-
mune extinguendum, quid obſecro impedire poteſt
quominùs iuſtam & legitimam interpretationem reci-
piant? præſertim ſi ea interpretatio ſit, per quam fiat vt
à iure communi minùs recedatur. Semper enim fauora-
bilis eſt conſeruatio iuris communis, & odioſa quæli-
bet eius correctio. Sed ſi ſtatuto diſtrictè prohibeatur
ne qua prorſus fiat verborum interpretatio, planè non
video quis effectus eiuſmodi ſtatuti eſſe poſſit, ſi non
ille eſt, vt omnem omninò interpretationem excludat,
quæ alioqui poſſet fieri, hoc eſt, etiam quæ ſit paſſiua,
quantumcunque alioqui iuſta ſit, & probabilis. Quod
etſi plerumque magnas parit non tam difficultates,
quàm abſurditates (quoties enim iuſta interpretatio
reiicitur, iniuſti aliquid emergere neceſſe eſt) hoc
ipſum tamen ne abſurdum videri debeat? illud facit,
quod ita euenire ſtatuentes voluerunt, & velle potue-
runt. Ob idque ſemper exiſtimaui omnium feliciſſimos
† eos populos, qui iure ſcripto & communi Romano- 11
rum reguntur, à quo, quidquid aberrant locorum ſta-
tuta & conſuetudines, vix ſanè eſt vt non ſtatim de-
flectat in abſurditatem aliquam, aut iniquitatem. Vnica
enim iuris ratio eſt, quæ deſeri non poteſt quin proti-
nus iniuriæ via aperiatur. Et quamuis ius ciuile no-
ſtrum eam calumniam à pleriſque patiatur, quaſi minùs
certum ſit, minúſque aptum dirimendæ materiæ litium,
quibus perſæpe iuris interpretationes cauſam præbent,
iam tamen vſu ipſo & quotidiana rerum experientia
compertum eſt, longè pluribus & difficilioribus litibus
eas prouincias vexari, quæ ſtatutario vel conſuetudi-
nario, quàm eas quæ ſolo iure Romano vtuntur. Cùm
enim fieri nequeat, vt omnes caſus, qui accidere poſ-
ſunt, præuideantur, & legibus concludantur, paſſim
euenit, vt neceſſaria ſit interpretatio, eaque petenda
ex iure communi, quæ res, mirum eſt, quantas afferat
perplexitates, ſiquidem ſtatuta ipſa & locorum conſue-
tudines abhorreant ſemper à iure communi, ac proinde
difficile eſt, vt non etiam ratio iuris à mente ſtatuti in
iis, quæ expreſſim ſtatuto cauta non ſunt, abhorreat.
Sed hoc obiter, & extra rem dictum ſit. Hoc in ſumma
volo, † nihil eſſe abſurdi vt abſurdum aliquod ſequa- 12
tur ex eo, quòd ſtatutum nullam poſſit, ne quidem
iuſtam recipere interpretationem, quando ea ſtatuen-
tium expreſſa voluntas fuit. In propoſito autem tantò
minùs abſurdum videri debet, nepotem ex filio appel-
latione filij non contineri ad filiam excludendam, ta-
metſi ea interpretatio iuſta ſit, quòd excluſâ eâ inter-
pretatione iuris communis, inducitur hoc ipſo ius
commune, vt filia ſimul cum hoc nepote ſuccedat, quo-
modo ſuccederet tam ex lege 12. tab. quàm ex Iuſtiniani
conſtitutionibus in *d. l. maximum vitium. C. de liberis*
præter. & Nouell. 118. de hæredi. ab inteſtat. venient. per-
inde ac ſi ſtatutum nullum eſſet. Quare fauorabilis po-
tiùs quàm odioſa videri debet hæc interpretatio, quæ
filij appellatione nepotem comprehendi non patitur,
quia licèt vnâ ex parte ſit aliena à iure communi, ex
aliâ tamen parte reſtituit ius commune. Dici autem ſo-
let, & verum, De facili rem redire ad ius commune, vt
Baldus noſter ait, tractans de hoc ipſo ſtatuto ad *d. l.*
maximum vitium 12. ex l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret.
in fin. D. de pact. Illæ autem rationes † duæ Bartoli ſu- 13
periùs allatæ, quamuis vrgere maximè videantur, ta-
men parum me mouent. Præſupponunt enim ita con-
cepto ſtatuto, *extantibus filiis maſculis filia non ſucce-*
dat, maſculos ſolos ideo ſuccedere, quòd ad ſucceſſio-
nem ſoli per ſtatutum vocati ſint, & ex priuilegio ſta-
tuti. Quod tamen falſum eſt. Succedunt enim iure com-
muni & ex lege 12. tab. quæ maſculis ſucceſſionem non
eò minùs defert, quòd adſit etiam filia.

Nihilque aliud inducit hoc ſtatutum, niſi quod ex-
cludendo fœminas & abrogando ex hoc capite ius com-
mune, ſecundum quod poſſent fœminæ cum maſculis
ſuccedere ex æquis portionibus: conſeruat nihilomi-
nus liberis maſculis ius antiquum & commune, quod
alioqui poteſtate ſtatuti abrogatum eſſe in totum vi-
deretur. Nec ad rem pertinet, quod ex lege 12. tab.
& ex Iuſtiniani conſtitutionibus non ſuccederet ſolus
maſculus, ſed cum filia, qui tamen propter ſtatu-
tum ſolus ſuccedit. Hoc enim vnum eſt, quod &
Bartolum & alios interpretes decepit, † vt credide- 14
rint

ſtat ex huiuſmodi ſtatutis priuilegium aliquod maſculis dari. Nam reſpondeo ad hoc, vt maſculus ſuccedat ex iure communi, ſufficere, vt ſtatutum ponendo ipſum in conditione per ablatiuos illos abſolutos, *extantibus filiis maſculis*, conſeruet ei ius antiquum pro ipſius parte virili & excludat filiam eandémque ſororem, ne ſimul cum maſculo poſſit ſuccedere: quoniam excluſâ ſorore, illud quoque ſtatim fieri neceſſe eſt, vt deficiens portio filiæ adcreſcat portioni maſculi. Quod ipſum tamen non fit ex poteſtate ſtatuti, ſed ex iure communi, ex quo ius adcreſcendi promanare conſtat, vt fuliùs diſputauimus in Error. 1. Decadis præcedentis. Non ergo verum eſt quod Bartolus, Baldus, & cæteri volunt ex ſupradictis ſtatuti verbis maſculos ſolos ſuccedere tanquam ex priuilegio, quaſi vocatos, vt excluſio fœminarum ſuccedere prohibitarum ſit incluſio maſculorum, acſi nihil interſit an ſtatutum ita conceptum ſit, *extantibus maſculis filia non ſuccedat*, an hoc potius modo, *extantibus maſculis filiis, maſculi ſuccedant, filia non ſuccedat*. Fateor, vtrouis modo ſtatutum conceptum ſit, maſculos ſolos ſuccedere, ac proinde ex toto aſſe filiabus omnibus excluſis: ſed longè alio
15 atque alio iure. Si enim † maſculi poſiti eſſent non tantùm in conditione, ſed etiam in diſpoſitione, ſuccederent vtique ex ſtatuto, & conſequenter ex priuilegio: quia nec dubitari poſſet quin ius commune, omninò per ſtatuti poteſtatem, quantum ad hanc ſucceſſionis ſpeciem attineret, ſublatum eſſet. At cùm in
16 conditione † duntaxat poſiti ſunt, ſuccedunt quidem in ſolidum, ſed ex iure communi, nec à beneficio ſtatuti habent quòd ſuccedunt, ſed illud tantùm quod filia excluditur, quâ excluſâ, neceſſe eſt vt inuito etiam ſtatuto maſculus, & ſolus, & in ſolidum ſuccedat ex iure communi: & quod idem eſt, ſuo iure, cùm nemo ſit, qui partem ei facere poſſit, non magis quàm ſi filia eſſet per propriam repudiationem, aut per iuratam renun-
17 tiationem. Quoties enim accidit, vt † ei qui ex propria perſona virilem tantùm partem habet, nemo partem faciat, virilis appellatione totum continetur, *l. ſi duobus*. 16. §. *vltim. de leg*. 1. *l. virilis*. 145. *De verb. ſignific.* ſicut & *cæterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, ſi cui optio vnius ſerui legata ſit, & reliqui omnes Sempronio: Nam ſi optionis legatarius non optet, omnes ſerui ad Sempronium pertinent, *l. cæterorum* 160. *eod.* Fruſtra igitur eſt quærere in propoſita ſpecie, An priuilegium conceſſum filio tranſeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Bal-
18 dus † admittit ad *d. l. maximum vitium num.* 7. niſi vno illo caſu, quo priuilegium ſit fauorabile, non etiamſi ſit odioſum, ſiue quòd ſit correctorium iuris communis, ex notat. in Auth. *quas actiones. C. de Sacroſ. Eccl.* ſiue quòd abſorbeat ius tertij, quo caſu, inquit, videtur conceſſum limitatè reſpectu perſonæ, ex *l. penult.* §.
19 *ſi puella. D. de rit. nuptiar.* Melior videtur † pro nepote ex filio ad excluſionem filiæ ratio illa, quam Iacob. de Arer. adferebat, quòd ratio huiuſmodi ſtatutorum non alia ſit quàm vt agnatorum ſalua ſit dignitas *l.* 1. §. *quamuis. D. de ventr. inſpic. l. ſuper ſtatu.* 6. *C. de quæſt.* Agnatio autem quæ per filios maſculos, non per filias conſeruatur, æquè conſeruetur per nepotes ex maſculis, imò augeatur, quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald. *ex l. pronuntiatio.* 295. §. *famil.* 2. *De verb. ſig.* Quos igitur ratio connectit, non debet diſpoſitio iuris ſeparare: *l.* 1. *C. de diuerſ. reſcript. l.* 1. *C. ſi vnus ex plurib. appell. l. ſi is qui.* 29. *D. liber. legat. l. non ſolum* 10. §. *qui primum pilum D. de excuſat. tutor.* ſed tamen ait Bartolus ſibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa ſtatuti, *vt agnatorum dignitas ſalua ſit*, non ſit expreſſa in ſtatuto. Quod rurſum
20 Baldus † vt ſolet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere, reprehendit, propterea quòd quando certa eſt ratio legis, licèt tacita ſit, tamen argui ex ea poteſt tanquam ex cauſa finali, *l. militer* 13. *in princip. D. de re milit.* tunc autem eſt certa, quando ſola ipſa reddi poteſt, *arg. l.* 2. *D. de liber. & poſth. l. fundus qui locatus* 24. *de fund. inſtrum. l. ſi opt.* 13. *D. de opt. legat.* Sed vereor
ne non ſatis iuſta † ſit reprehenſio, licet reprehenſio- 21
nis ratio ſit vera. Nam in propoſito ſtatutum quod extantibus filiis maſculis excludit filiam, poteſt habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conſeruandæ, nimirum fauorem ſexus, cùm maſculi ob hoc ſolùm quod maſculi ſunt, licèt non ſint agnati, adeóque nec ex agnatis deſcendentes ſint, tamen fauorabiliores quàm fœminæ tanquam reipublicæ adiuuandæ & erigendæ aptiores: vnde eſt, quòd etiam teſtatorum plerique, quorum tamen minùs intereſt quàm reipublicæ; maſculos etiam ex fœminis natos aut naſcituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conſeruari agnatio poſſit, quàm per fœminas. Itaque contra Baldum vrget hoc caſu illud ipſum, quod fatetur ipſe: & verum eſt, quando ratio ſtatuti eſſet dubia, vel congruè reddi non poſſet, tunc ex tali ratione nos poſſe nos arguere, quoniam, inquit, ratio illa non eſt neceſſaria, ſed magiſtralis, vt notat ad *l.* 1. *C. de legib.*
ſed ſi ponas maſculum † deceſſiſſe relicta filia, eadem- 22
que nepte patris familiâs, de cuius hereditate agitur, & ſuperſtite ſorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex maſculo contendatur: placet mihi ſenten-
tia Bartoli † exiſtimantis ad *d. l. liberorum. numer.* 13. 23
non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte ceſſet ratio illa conſeruandæ agnationis, quæ in maſculo filio locum habebat, cùm ea ratio, vt diximus, in ſtatuto expreſſa non ſit: ſed quia non ſicut filij maſculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi poteſt ad neptem quæ maſculus non eſt. Idque eſt quod ait Bartolus appellationem filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur ſimpliciter ſub ea appellatione, & quia filius eſt: ſecùs ſi reſpectu alterius qualitatis, *l. vlt. C. de natur. liber.* vbi leges & conſtitutiones loquentes de filio ſpurio non extenduntur ad nepotem qui ſpurius non eſt, quia non excluditur filius ſpurius tanquam filius, ſed tanquam ſpurius. Porrò in caſu noſtro filius maſculus non ideo filiam excludit, quia ſimpliciter filius eſt, ſed quia filius maſculus, quæ qualitas maſculi non tranſit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam nôn tranſit diſpoſitio ſtatuti, & ſic non poteſt aſſumere locum patris. Adhuc tamen
contradicit † Baldus ad *l. venia. Cod. de in ius vocand.* 24
num. 5. vbi ait, Si ſtatutum dicat, quòd filia non ſuccedat, poſſe neptem ex filio ſuccedere, quia repræſentat patrem qui ſuccedebat: neptem autem ex filia non ſuccedere, qui repræſentat perſonam quæ excludebatur. Sed ratio ipſius mala eſt. Neptis enim ex filio nõ poteſt repræſentare patrem, qui ſolus ſucceſſiſſet, quia non repræſentat eum in qualitate maſculi: quæ tamen ſola qualitas erat, propter quam præferendus eſſet filius ſi viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda eſt per neptem ex filio: quia licèt repræſentet filiam quæ excludebatur, excluſionis tamen ratio quæ locum habebat in perſona filiæ, ceſſat in perſona neptis. Excludebatur ſiquidem filia per ſtatutum extantibus filiis maſculis, & in fauorem maſculorum. At ponimus nullos eſſe filios aut nepotes maſculos eo tempore, quo neptis ex filia ſuccedit, ſed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio eſt cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipſa per ſtatutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam ſtatutum non excludit niſi ſub illa conditione, *ſi maſculus filius extabit*, quæ conditio deficit maſculis omnibus defunctis, licèt ſuperſit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum maſculorum appellatione contineri poſſe. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus cõcedi nepti quàm filiæ, quia ratio ſtatuti hoc non patitur, arg. *l. ſi viua matre.* 3. *C. de bon. quæ liber.* ad rem

non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quam
filiæ, cùm admittitur neptis ex filia eo caſu, quo maſcu-
li nulli ſuperſunt, quoniam & filia eo caſu admitteretur.
25 Sed & in eo errat † Baldus, quòd præſuppo-
nit, ſtatuta iſta odio mulierum facta eſſe. Nam imò ve-
rò facta ſunt fauore maſculorum: & ideo ſi maſculi
nulli ſint, non prohibentur fœminæ ſuccedere, ſed
ſaluum iis ſupereſt ius commune, cùm non ſimpliciter
& abſolutè excludantur, ſed ſub conditione tantùm,
quam exiſtere implerique neceſſe eſt priuſquam exclu-
ſio locum habere poſſit. Quòd ſi mulierum odio fie-
rent huiuſmodi ſtatuta, vel arcendæ eſſent ſimpliciter
à ſucceſſione, vel ſaltem ſi quis mitiùs agere cum iis
vellet, excludendæ eſſent non ſub conditione, ſed pu-
rè: & ita tamen vt excluſio illa reſolueretur ſub condi-
tione, ſi maſculi deſinerent extare. Durior enim eſſet
excluſio pura, quãuis reſolubilis ſub conditione, quàm
quæ facta eſſet ſub conditione, arg. *l. 2. D. de in diem
addict. l. 1. D. de leg. commiſ. fideicommiſſa 11. §. ſic fi-
deicommiſſum. de legat.* 3. At cùm nec abſolutè, nec pu-
rè excluduntur, ſed tantùm ſub conditione illa, Si ma-
ſculi filij extabunt, apparet non ipſarum odio, ſed ſolo
maſculorum fauore fieri vt extantibus maſculis ipſæ
excludantur. Fauor porrò maſculorum nullus ſupereſt,
cùm maſculi omnes defecerunt ſola ſuperſtite nepte ex
filio, ſiue agnationis conſeruandæ, ſiue ſexus maſculini
fauorem ſtatuentes reſpexerint.

ERROR II.

De ſtatuto excludente filiam fœminam extantibus filiis maſculis, an excludat nepotem ex filia.

SVMMARIA.

1 *Statutum excluſorium filiæ fœminæ extantibus maſculis an excludat nepotem ex filia.*
2 *Sententia Bartoli nepotem excludi aſſerentis.*
3 *Oppoſita Butrigarij & Angeli aſſertio.*
4 *Baldi ſententia & multiplex diſtinctio.*
5 *Sententia Bartoli refutatã.*
6 *Succedere ex perſona propria, & ſuccedere ex gradu proprio differre aduerſus Bartolum.*
7 *Repræſentationis in ſuccedendo vis & effectus.*
8 *Solutio rationum quæ ad excludendum nepotem adferuntur.*
9 *Nepos poteſt cenſeri maſculus licet fungatur loco matris aduerſus Bald.*
10 *Prima & germana ratio fœminarum à feudis excludendarum.*
11 *Feudum eſt quædam ſeruitus.*
12 *Maſculi deſcendentes ex fœminis ad feudum regulariter non admittuntur, & n. 14.*
13 *Propria natura feudi quæ.*
15 *Excluſa propter filios maſculos filia fœmina non idcirco excluſus cenſetur nepos ex filia.*
16 *Plus eſt excludi, quàm non admitti aut non vocari.*
17 *Statuto ita concepto extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat ſed dote contenta ſit, maſculos non ſuccedere in ſtatuto, ſed ex iure communi contra Bartol.*
18 *Excluſio matris filio quando noceat.*
19 *Nepotem excluſa matre non ſuccedere ſimul cum auunculis aduerſus Butrigar.*
20 *Reſpondetur ad leges quas Butrigar. pro ſua ſententia adduxit.*
21 *Satisfit obiectioni Angeli deprompta ex Nou. 18.*
22 *Statutum fœminarum excluſorium non obſtat nepoti cuius mater obiit auo ſuperſtite.*
23 *Ex iure communi nepos ex filio aut filia concurrit cum patruis & auunculis in aui ſucceſſione.*
24 *Nepotem ex filia excluſa duobus caſibus excludi Baldus perperam autumat.*
25 *Nepos cuius mater excluſa ſuperuixit aut prædeceſſit cur excludatur ne ſuccedat ſimul cum auunculis.*
26 *Ad excludendum nepotem ſufficit quòd mater præcedat.*
27 *Poſtquam perſona prioris gradus ſucceſſit nunquam ſequens gradus ex edicto ſucceſſorio admittatur.*

PAulò difficilior † videtur hæc quæſtio, 1
& in qua pugnandum nobis erit contra
Bartolum, pro quo pugnauimus in præ-
cedenti contra Baldum. Bartolus enim ad
d. l. liberorum. 220. nu. 14. de verb. ſignif.
concludit, † ita concepto ſtatuto, *extantibus maſculis* 2
filia fœmina non ſuccedat, ſi filius aliquis maſculus ſu-
perſit, nepotem ex filia excludi, non per extenſionem
aut interpretationem ſtatuti, quaſi filiæ fœminæ appel-
latione poſſit contineri maſculus nepos ex filia: ſed
quia, inquit, aut vult nepos iſte ex filia ſuccedere cum
auunculo ex propria perſona, aut vult ſuccedere ex
perſona matris. Si ex propria, non poteſt, quia cùm ſit
in ſecundo gradu, non poteſt concurrere cum auuncu-
lo qui eſt in primo: ſin ex perſona matris, multò minùs,
cùm mater fuerit excluſa per ſtatutum, nec melioris
conditionis eſſe debeat hic nepos ex filia, quàm ipſius
mater ex cuius perſona ſuccedit, *l. ſi viua matre 3. verſ.
nam licet. Cod. de bon. matern. l. illam 19. D. de collat. l.
Pomponius 13. §. cùm quis. D. de acquir. poſſ.* eandemque
ſententiam ſequitur Baldus in *d. l. maximum vitium.
num. 10. C. de liber. præter.* vbi ait nepotem ex filia om-
ninò excludi, etiamſi ſtatutum nullam reciperet inter-
pretationem, quia, inquit, hoc non eſt vi interpreta-
tionis ſtatuti, ſed per viuam rationem, quia naſcitur ex
inhabili materia, quoniam mater eius, à qua ſumeret
formam ſuccedendi, ſicut ſumit originem naſcendi, eſt
inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea ſequitur *arg.
l. 2. C. de libert. & eor. liber.* idem tamen Baldus refert,
quoſdam putare, † excluſa filia, quia fœmina non ex- 3
cludit nepotem maſculum ex ea, quinimò aperiri viam
nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mor-
tis aui. *arg. l. 1. §. penultim. & vltim. D. de bonor. poſſ.
contr. tabul. l. qui in aliena. 6. §. interdum. D. de acquir.
hered. l. eum qui. 3. D. de interd. & releg. l. pater filium.
14. l. pen. D. de inoffic. teſtament.* eámque Iacobi Butriga-
rij ſententiam fuiſſe, quæ & Angeli fuit *ad §. neque il-
lo. per illum tex. Nouella 18. De trient. & ſemiſſ.* quam
Baldus † ipſe non probat eo caſu quo filia ſuperuixe- 4
rit patri, quoniam, inquit, ipſa titulo dotis videtur
ſucceſſiſſe, ſicut olim dicebamus, quòd ſufficit ſucce-
dere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem
patris conſolidetur in filiam, ipſa conſolidatio eſt quæ-
dam mortis cauſa capiò, & cenſetur filia hæc habere
partem ſucceſſionis paternæ, & talis portio deducitur
ad conſiderationem legitimæ, *l. quoniam Nouel. 29. Cod.
de inofficioſo teſtamento.* Itaque cùm filia & præcedat &
ſuccedat, conſequens eſt, vt nepos ex ea excludatur.
Planè ſi filia præmortua ſit, non dubitat Baldus quin
verum ſit quod Iacobus dicebat, nepotem non exclu-
di. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odio,
in odioſi autem appellatione filij aut filiæ nepos non
continetur: & quia ſtatuti ratio, quæ illa eſt quòd filia
dotata ſit, ceſſat de iure & de facto in nepote. Tandem
concludit ille diſtinguendo, vt ſolet, quòd aut filia
ſimpliciter & abſolutè excluditur, & tunc, inquit, ne-
pos quoque ex ea natus excluditur, aut non excludi-
tur ſimpliciter, ſed quia dotata: & tunc aut ſuperuixit
patri, & nepos excluditur: aut prædeceſſit, & tunc
nepos non excluditur per iura ſuperiùs allegata. Mihi
nulla

Digitized by Google

nulla ex iſtis opinionibus videtur ſatis vera. Nam quod
Bartolus putat & diſputat, non poſſe nepotem ex filia
ſuccedere cum auunculis neque ex propria perſona,
quia vno gradu remotior eſt, neque ex perſona matris,
5 quæ fuit excluſa, præſupponit idem eſſe, † Succedere
ex perſona propria, & ex gradu proprio: itemque ex
perſona matris & ex gradu matris. Qui perpetuus &
6 maximus Bartoli error eſt, omniúmque ferè Pragmati-
corum. Poteſt enim fieri, & verò fit in caſu propoſito,
vt nepos ex filia excluſa, qui neque poteſt ſuccedere ex
proprio gradu cum auunculis, quia remotior eſt, neque
ex perſona matris excluſæ per ſtatutum, poſſit tamen
ſuccedere ex perſona quidem propria, ſed tanquam re-
præſentans gradum matris, vt à nobis iam alibi ſæpe
demonſtratum eſt. Nam quòd hic nepos in ſecundo
tantùm gradu eſt, non facit ne poſſit ſuccedere cum
auunculis ex propria perſona, ſed tantùm ne poſſit
ſuccedere ex proprio gradu, quoniam diuerſi gradus
concurrere nunquam poſſunt, *l. cum in teſtamento* 37.
D. de hered. inſtit. l. 1. *Iuriſconſultus.* 10. *& paſſim. D.
de gradibus & adfin.* Quod verò huius nepotis mater
excluſa eſt per ſtatutum, non facit quominus poſſit ne-
pos ſuccedere ex gradu matris, ſed tantùm ne poſſit
ſuccedere ex perſona ipſius. Nec enim ſtatutum ex-
cludit gradum maternum, ſed tantùm perſonam matris
vt ex eo conſtat, quod non excludit filiam quatenus fi-
lia eſt, ſed quatenus fœmina, adeóque nec quatenus
fœmina eſt, ſi non ſit etiam dotata. Proinde nepoti ve-
nienti non ex perſona, ſed ex gradu matris, minimè no-
cere poteſt quòd perſona matris ſit excluſa, ſicut & alia
ex parte non poteſt ei nocere quòd ſit in gradu remo-
tior auunculis, cùm ſuccedat non proprio gradu, ſed ex
7 gradu materno, qui æquè proximus eſt. Facit enim †
repræſentatio, non vt qui in ſecundo gradu reuera eſt,
ſit in primo, quod per rerum naturam fieri nullomodo
poteſt, nec conſequenter per legem, ſed vt fingatur
eſſe in primo gradu, quia repræſentatio nihil niſi fictio
eſt, quàm inducere quoties neceſſitas & æquitas hoc
exigit, ſolet lex, & poſt, §. *cum filius. Inſtit. de hered.
quæ ab inteſt. defe.* vbi dicitur ius repræſentationis, cùm
de aſcendentis hæreditate agitur, locum habere inter
deſcendentes in infinitum. Et ex hac gradus & perſo-
næ diſtinctione facilis reſponſio eſt ad omnia, quæ cō-
tra hunc nepotem, ſiue propter gradus diſparitatem,
ſiue propter matris excluſionem obiiciuntur. Nam
8 quod dicitur, † Non poſſe illum plus iuris habere,
quàm matrem, quæ tametſi excluſa eſt, præſupponit
non velle, aut non poſſe ipſum ſuccedere, niſi ex per-
ſonâ matris, quod falſum eſt. Rurſus cùm obiicitur, non
poſſe illum ſuccedere ex propria perſona cum auuncu-
lis, qui ſunt in gradu remotiores, præſupponitur ſuc-
cedere ipſum ex gradu proprio, quod æquè falſum eſt:
ſuccedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita ſit, ma-
lè idem Baldus ad auth. *ceſſante. ad fin. Cod. de legit.
hære.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi ſucceſſionis
inteſtati ſucceditur tenore contractus non obuiante,
potiorem eſſe filiam, quàm filium alterius filiæ. Ratio
9 enim qua mouetur, † falſa eſt, quia, inquit, ad exclu-
dendam filiam oportet quòd nepos veniat per functio-
nem, quæ eſt quædam fictio. Neceſſe eſt enim quòd
fungatur loco matris. Ergo, inquit, non poteſt tanquam
maſculus iudicari. Certè nec mater mortua, inquit, ex-
cludit ſororem viuentem. Vnde concludit de primo ad
vltimum, quòd ſi agatur de feudo quod ſit indiuiſibile,
& ad quod tamen fœmina poſſit admitti filia, erit
potior nepote. Imò, inquam, nepos hic poteſt fungi
loco & gradu matris, licèt non fungatur ipſius perſo-
na. Ergo non eò minùs verum eſt, illum eſſe maſculum,
& iudicari debere maſculum, quòd ipſius mater fue-
rit fœmina: idque probatur euidenter ex textu quem
Baldus ibidem citat in capit. 1. *De eo qui ſibi vel hered.
ſuis maſcul. & fœmin. coll.* 10. vbi dicitur, quòd maſcu-
lus per filiam deſcendens, præfertur filiæ alterius fra-
tris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi ſucceſ-
ſione, donec maſculus ſupereſt ex eo qui primus de
feudo fuit inueſtitus. Nam quod reſpondet Baldus ca-
ſum illum eſſe ſpecialem, quia in illo capitulo tenor
inueſtituræ ponebat omnes maſculos ex parte, quos fœ-
minis præferebat, vt ideò mirum non ſit locum non
eſſe fœminæ ex *l. in multis. D. de ſtat. hom.* etſi verum
eſt, tamen non ſatisfacit obiectioni. Quantumuis enim
maſculi omnes vocati ſint per inueſtituram, quomodo
tamen poſſet hic nepos in eo maſculorum numero con-
tineri, ſi verum eſſet quod ait Baldus, cum non poſſe
iudicari maſculum, quoties neceſſe eſt vt fungatur lo-
co matris. Nam & in ea ſpecie æquè verum eſt, maſcu-
lum deſcendere ex filia, nec coniungi defuncto niſi per
fœminam. Ergo ſicuti non ſuccedit fœmina in feudo,
ſaltem quandiu maſculus aliquis ſupereſt: ita dicen-
dum eſſet ſecundùm Baldum, nec maſculum deſcen-
dentem per fœminam poſſe ſuccedere, non quia non
poſſit pugnam facere, † quæ prima & germana ratio 10
fœminarum à feudis excludendarum, ſed quia caret
principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l. quo-
ties. num.* 2. *Cod. de ſuis & legit.* vbi addit fœminam non
eſſe agens aptum operari tranſmiſſionem, licèt maſcu-
lus eſſet patiens aptum confirmari, ſi fieret tranſmiſſio:
& ſicut medium quod non ſeruit, impedit ſeruiturem:
ita mediam perſonam quæ non poteſt ſeruire in feudo,
impedire feudum † quod eſt quædam ſeruitus, *arg. l.* 11
qui ſell. 7. §. *in ruſticis. D. de ſeruit. ruſtic. præd.* Atqui
nihil iſtorum impedit quominus maſculus ex fœmina
poſſit ſuccedere in feudo, d. cap. 1. *De eo qui ſibi vel
hered. ſuis maſcul. & fœmin.* Non ergo bonæ ſunt ratio-
nes Baldi. Nec ſanè cauſa vlla eſt cur propter matrem
quæ eſt fœmina, maſculus ex ipſa non debeat iudicari
maſculus, ſed fœmina, cùm non modò reuera ſit ma-
ſculus, ſed etiam officia & obſequia omnia præſtare
poſſit, quæ præſtant cæteri maſculi ex maſculis pro-
creati: nimirum † quando maſculi omnes ad feudum 12
ſunt vocati, habito reſpectu ad ſolum ſexum, non etiam
ad certas perſonas, certóſve gradus inueſtitorum. Alio-
qui non ignoro maſculos deſcendentes ex fœminis,
non magis quàm ipſas fœminas ad feudum admitti
poſſe, niſi eius conditionis ſit feudum, vel eo pacto ac-
quiſitum *cap.* 1. §. *hoc autem de his qui feud. dar. poſſ.
lib.* 1. *in vſib. feudor. & tit.* 11. *de ſucceſſ. fratr. vel gradib.
ſuccedent. in feud. verſic. ad filias. lib.* 2. quia nempe in
eo verſatur fauor domini, qui ſolis maſculis feudum
dando, fœminaſque excludendo, id proculdubio egit,
vt non poſſet fœmina vlla facere, nec proinde maſculos
ſuſcipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, ſi
maſculos omnes, quibus feudum datum eſſet, deficere
contingeret. Eáque propria † & recta eſt natura feudi. 13
Itaque excluduntur à feudo regulariter † maſculi de- 14
ſcendentes ex fœminis, non quaſi non poſſint iudicari
maſculi, vt vult Baldus, ſed quia non ſunt ex maſculis
inueſtitis, quando non deſcendunt per lineam maſculi-
nam, nec coniunguntur inueſtitis, niſi per eam perſo-
nam quæ à feudo ſit excluſa, nec proinde poſſunt dici
vocati per inueſtituram, quod tamen omnimodo requi-
ritur, vt ſuccedere poſſint. Sed cùm non de feudis agi-
tur, at de vulgaribus ſucceſſionibus, de quibus nunc
diſputamus, longè fauorabilior eſt cauſa nepotum ex
fœminis deſcendentium, quippe quos non eſt neceſſe
vocatos eſſe per ſtatutum cum cæteris maſculis, ſed ſuf-
ficit non eſſe excluſos, cùm eis ſatis ſuperque ſit, quòd
ſint vocati, poſſintque admitti ex iure communi. Atqui
apertum eſt, excluſa † propter filios maſculos filia fœ- 15
mina, non idcircò excluſum eſſe nepotem ex filia de-
ſcendentem, cùm neque filia ſit, neque fœmina. Nihil
ergo vetat quominus ex iure communi poſſit ſuccede-
re, etiam cùm auunculis repræſentando ſcilicet matris
non perſonam quæ excluſa eſt, ſed gradum qui non
eſt

eſt excluſus. Et vt dicam apertius, intermedia matris
excluſæ perſona facere quidem poteſt, vt qui ex ea de-
ſcendunt, non poſſint dici vocati per eam diſpoſitio-
nem, ſiue conuentionalem, ſiue ſtatutariam, quæ fœmi-
nas excludit, niſi ad eos nominatim diſpoſitio exten-
datur: ſed non poteſt facere vt videri debeant excluſi,
16 quia ſicuti plus eſt, † ita difficilius, excludi, quam non
admitti aut non vocari. Medium quodlibet inhabile
impedit coniunctionem extremorum, quæ tamen con-
iunctio neceſſaria eſſet, vt maſculi ex fœminis dici poſ-
ſent vocati cum cæteris maſculis, quia non poſſunt vi-
deri vocati, niſi tanquam coniuncti vocatis. At quan-
tumuis medium inhabile ſit, extremorúmque coniun-
ctionem impediat, non poteſt tamen ea res facere vt
nepos ex filia excluſa intelligatur excluſus, cùm iam
ſit ille admiſſus ex iure communi ad ſucceſſionem quæ
iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba
ſicut nec ratio excluſionis. Fiet res hæc tota manife-
ſtior, ſi ſic explicetur. Cùm ita ſtatutum conceptum eſt,
17 † *Extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat, ſed
dote contenta ſit*, ſi verum eſſet, quomodo eſſe vult Bar-
tolus, filios maſculos videri ex ſtatuto vocatos eſſe ad
ſucceſſionem, & quidem ſolos ex priuilegio, ac proin-
de ſuccedere ex ſtatuto, non etiam ex iure communi.
Fateter intrepidè, futurum vt nepos ex filia, quanuis
maſculus non magis poſſet ſuccedere, quàm ſi eſſet fœ-
mina, non tanquam excluſus ob id, quòd eſſet ex fœmi-
na, ſed tanquam non admiſſus nec vocatus per ſtatu-
tum ad ſucceſſionem. Quomodo enim poſſet dici vo-
catus per ſtatutum, qui eſſet ex fœmina, quam ſtatutum
excluſiſſet? in eóque admitterem non illibenter feu-
dorum, cæterarúmque ſucceſſionum ſtatutariarum cõ-
parationem. Sed cùm in contrarium ſit veriſſimum
quod in præcedentibus probaui, filios maſculos in ſpe-
cie propoſita ſuccedere non ex priuilegio & ex verbis,
aut mente ſtatuti, ſed ex iure communi, quamuis ſoli
ſuccedant, dico ex eodem iure communi poſſe nepo-
tem quoque ex filia ſuccedere etiam cum auunculis
non quaſi vocatum (quid enim hoc neceſſe eſt, cùm
nec filius primi gradus ſuccedat tanquam vocatus?)
ſed quaſi non excluſus, quia ei non conueniunt neque
verba, neque ratio excluſionis, tametſi natus ſit ex per-
ſona excluſa: cùm ea excluſio non poſſit ipſi adimere
ius commune, quia neque ex iure communi ea eſt, ſed
ex ſtatuto, cuius poteſtas nunquam illa eſt, vt tollat ius
commune quandiu poteſt ſimul conſiſtere, quomodo
poteſt in hoc caſu, ſiquidem excluſio matris potiùs de-
bet prodeſſe nepoti, vt tanto citiùs & faciliùs poſſit
ſuccedere, quàm ei nocere ne ſuo iure poſſit ſuccedere
tanquam qui à matre iam excluſa non ampliùs anteuer-
18 tatur. In ſumma nocere † poteſt excluſio matris filio
venienti ex eo ipſo iure, ex quo excluſio matris fuit, ſed
non venienti ex alio iure. Et ob id nimirum Iacob. de
Butr. defendebat excluſionem hanc matris aperire viam
nepoti, quaſi mater reperiatur ciuiliter mortua tempo-
re mortis aui. In quo tamen ipſo, ſi quid ego video,
19 fallebatur, & falluntur qui cum eo ſentiunt, † poſſe
hunc nepotem ſuccedere cum auunculo. Etſi enim ve-
riſſimum eſt excluſionem matris ei non nocere, itém-
que quod contra Bartolum diſputauimus, poſſe ab eo
repræſentari gradum matris, etiam non repræſentata
matris perſona: non tamen ſtatim conſequens ſit, vt
admittendus ille ſit cum auunculo ad aui ſucceſſio-
nem. Nam vt admitteretur, oporteret excluſionem ma-
tris inductam per ſtatum, non modò ei non nocere,
quod nos vltrò concedimus, ſed etiam ipſi prodeſſet,
vt non magis obſtaret perſona matris, quàm ſi in medio
non eſſet: ſiquidem quandiu mater in medio eſt, non
poteſt nepos ex propria perſona, neque tanquam re-
præſentans matris gradum qui vacuus non eſt, cum iis
ſuccedere, qui in proximiore ſunt gradu, ex iure ſcili-
cet communi, quia cum mater eodem iure communi
anteuertit. Quod præſentiens Iacobus dicebat matrem
hanc habendam eſſe pro mortua ciuiliter. Atqui alie-
num prorſus eſt à ratione & mente ſtatuti, vt excluſio
filiæ, cui cauſam dederit ſolùs fauor maſculorum, nec
quidem omnium ſed eorum duntaxat cum quibus alio-
quin concurrere filia potuiſſet, proſit nepoti ex hac fi-
lia, vt poſſit admitti cum auunculis, quia non poſſet ea
excluſio prodeſſe nepoti, quin hoc ipſo noceret aliis
maſculis, quibus tamen adeoque ſolis fauere ſtatutum
voluiſſet. Quid enim iis prodeſſet excluſam habere ſo-
rorem ne poſſit iis partem facere, ſi ſororis excluſæ fi-
lius maſc. partem facere poſſet, ſimúlque cum ipſis ad
ſucceſſionem admitti viua matre contra iuris commu-
nis rationem? Ergo quemadmodum ſi filia excluſa non
eſſet, nepos ex filia ſuperſtite non poſſet auunculis par-
tem facere, quoniam à matre anteuerteretur: *ita neque*
facere debet, cum mater per ſtatutum excluſa eſt, quia
non ideo excluſa fuit vt alij maſculi admitterentur,
quos ipſa erat alioquin excluſura, ſed ne poſſet illa par-
tem facere iis maſculis, cum quibus alioquin fuiſſet ſi-
mul admittenda. Nam quod ad maſculos omnes atti-
net, cùm de iis nihil ſtatutum diſpoſuerit, niſi quod
eos poſuit in conditione vt ius commune iis conſeruа-
ret, omnia æſtimanda ſunt ea ratione iuris communis, vt
proinde nec alij nec aliter ſuccedant, quàm qui & quo
modo ſucceſſuri eſſent ex iure communi ſi filia excluſa
non eſſet, niſi quòd filia ipſa, quæ excluſa eſt, partem fa-
cere non poteſt, quam vtique faceret, ſi ſuccedere &
poſſet & vellet. Atqui nepos ex filia ſuperſtite non ſuc-
cederet cum auunculis ex iure communi, tametſi filia
ipſa quæ patri ſuperuixiſſet, ei ſuccedere ex aliqua cau-
ſa vel noluiſſet, vel non potuiſſet, quia iure adcreſcen-
di portio ipſius fratribus adcreuiſſet, neque potuiſſet
nepos ex filia repræſentare matris gradum quem ipſa
occuparet. Ergo nec cùm filia per ſtatutum propter ma-
ſculos excluſa eſt, admitti poteſt nepos ex filia vt cum
auunculis ſuccedat. Implicaret enim contradictionem
vt hic nepos iure communi ſuccederet eo caſu, quo, ſi
ſtatutum nullum eſſet, ſuccedere ex iure communi
non poſſet. Neque verò ex omnibus † iis legibus, quas 20
pro ſe Iac. Butr. adducebat, vlla eſt quæ faciat pro hoc
nepote: omnes enim pertinent ad eos caſus, in quibus
filius primi gradus excluſus ſit iure communi à ſucceſ-
ſione, aut quia exheredatus ſit, aut deportatus, aut ex-
cluſus à querela inofficioſi teſtamenti. Nos verò eum
caſum tractamus quo filia ſuperſtes patri nõ ſit, excluſa
ab ipſius ſucceſſione ex regulis iuris communis, ſed ſola
vi & poteſtate ſtatuti non ad aliorum fauorẽ reſpicien-
tis, quàm eorum maſculorum, quibus illa, ſi poſſet ſuc-
cedere, partem factura eſſet. Nihil enim refert ſi ſtatuti
mentem inſpicias, an ſtatutum ita conceptum ſit *extan-
tibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, an ita potiùs
*extantibus filiis maſculis filia fœmina partem non fa-
ciat*. Ex quo etiam apparet quam parum ad rem faciat
† quod Ang. obiicit ex *d. §. neque illo. Nou. 18. de trient.* 21
& ſemiſ. Ibi enim nepotes ex filia admittuntur ad eam
portionem quam mater eorum fuerat habitura, ſicut &
nepotes ex maſculo, non ſolùm quia mater prædefun-
cta proponebatur, ſed etiam quia expreſſim Iuſtinianus
eo loco conſtituit vt idem ſit ius in ſuccedendo & fœ-
minarum & maſculorum: ait enim *non ferentes fœmina à
maſculo in talibus minui*. Quod in caſu noſtro penitus
diuerſum eſt propter ſtatutum excludens fœminas, fa-
uore maſculorum. Planè ſi poneres filiam iſtam deceſ-
ſiſſe † ante patrem relicto filio, non eſſet dubit. meo iu- 22
dicio, quin nepos etiam cum auunculo ad hereditatem
admittendus eſſet, ſiue ſimpliciter excluſa eſſet per
ſtatutum filia, quia fœmina, vel ſecundum quid h.e.
quatenus dotata, quia tunc nihil prohiberet quominus
hic nepos ſuccederet filia excluſa tanquam repræſen-
tans gradum matris, qui neque à matre, neque ab alio
vllo occuparetur.

Sed

Sed eo caſu ſuccederet non propter excluſionem
matris, ſed propter ipſius mortem, neque tam quòd
excluſa eſſet per ſtatutum, quàm quòd in medio eſſe
deſiiſſet: ita nimirum diſſuadente iure communi, ex
quo tam filius primi gradus quàm hic nepos admit-
23 tuntur. Notiſſimum enim eſt ius commune, † nepo-
tem ſiue ex filio, ſiue ex filia concurrere cum patruis
& auunculis in aui ſiue paterni, ſiue materni ſucceſ-
ſione, *d. §. cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt.
defer. & Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. cap.*
1. Vt enim hoc caſu nepos ex filia per ſtatutum exclu-
ſa fauore maſculorum poſſit concurrere ex iure com-
muni cum cæteris maſculis, ſufficit vt non ſit exclu-
ſus per ſtatutum. Non eſt autem excluſus qui neque
fœmina eſt, neque dotem habet, aut habere poteſt,
cùm ſit maſculus. Atque ego in hoc contra Baldum
24 ſentio, † qui nepotem hunc ex filia excluſa duobus
caſibus excludi exiſtimauit, vno, ſi filia ſimpliciter ex-
cluſa eſſet: altero ſi excluſa quidem eſſet quatenus
dotata, ſed patri ſuo ſuperuixiſſet. Nam cùm filia præ-
defuncta eſt, non obſtat nepoti qui excluſus ipſe non
reperitur, quique habet pro ſe ius commune nullo
ſtatuto imminutum, cùm nec maſculi ipſi quorum fa-
uore excluſa fuit per ſtatutum filia, ſuccedant alio iu-
re quàm communi Nec ad rem pertinet quòd ſimpli-
citer ſit excluſa, quia quantumcunque ſimplex & ab-
ſoluta ſit excluſio, ſemper verum eſt filiam non fuiſſe
excluſam ratione filiationis aut gradus, ſed ſola ratio-
ne ſexus, quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm ve-
25 rò filia ſuperuixit patri, † excluditur nepos ne poſſit
auo ſuccedere cum auunculis, ſiue dotata fuit filia,
ſiue non fuit, non propter matris excluſionem: nec
ob id rurſus quòd mater videatur ſucceſſiſſe cùm ha-
buit dotem (quomodo enim potuit ſuccedere etiam
volens quæ fuit a ſucceſſione excluſa?) ſed propter
eius ſuperexiſtentiam, &, vt loquuntur, ſuperuenien-
tiam, quæ facit vt nepos quantumlibet ſucceſſionis
capax ſit, in primo tamen gradu eſſe non poſſit iure
communi, nec proinde ex eodem iure communi ſuc-
cedere cum auunculis qui ſunt in primo gradu. Et
verò implicat contradictionem vt filia dicatur ſucceſ-
ſiſſe ob id quod dotem habuit, cùm ob hoc ipſum ex-
cludatur per ſtatutum à ſucceſſione. Deinde quid at-
26 tinet quærere an ſuccedat cum ad † excludendum ne-
potem ſufficiat quòd ipſa procedat? Tunc enim quæ-
ri ſolet an filia ſucceſſerit, cùm poſt filiam vult ad-
mitti nepos ex ſucceſſorio edicto, quia vt ſuo loco
diſputauimus, poſtea quam perſona aliqua prioris
27 gradus ſucceſſit, † nunquam ſequens gradus ex edi-
cto ſucceſſorio admittitur: nec ſi perſona illa quæ ſe-
mel ſucceſſit poſtea abſtinuerit, adeò vt fiant potiùs
bona vacantia *l. vltim. de ſucceſſ. edict.* At in caſu
noſtro totam ſucceſſorij edicti poteſtatem illud aliun-
de excludit quòd ſuperſtite filio primi gradus ſupe-
reſt perſona ad quam totum ius hereditatis & bono-
rum poſſeſſionis pertinere debeat, vbi filia eſt excluſa.
Nunquam autem diuerſorum graduum perſonæ ex
edicto ſucceſſorio ſimul admitti poſſunt. Nihil er-
go refert quod excluſionem attinet nepotis ex fi-
lia, an filia ipſa ſucceſſerit, necne, cum adeſt fi-
lius primi gradus qui ſuccedere & poſſit & velit.
Quòd ſi filius ipſe nolit ſuccedere, malitque ſe ab-
ſtinere, tum verò poteſt incidere quæſtio De po-
teſtate ſucceſſorij edicti: de quo videnda ſunt quæ
in hanc rem ſcripſimus in Errorem Decadis præce-
dentis.

ERROR III.

Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia.

SVMMARIA.

1 *Ex præſuppoſito ſtatuto nepos ex filio non excludit nepotem ex filia aduerſus Bart. & Bald.*
2 *Ex ſtatuto non alij ſuccedunt, quàm qui per ſtatutum vocati ſunt.*
3 *Statuto fœminarum excluſorio ſuppoſito nepos ex filio excludit neptem ex filia.*
4 *Limitatio proximè allati pronuntiati.*
5 *Neptis ex filio an excludat neptem ex filia.*
6 *Baldus & Bartolus præferendam cenſent neptem ex filio.*
7 *Refutatio aſſertionis Bart. & Bald.*
8 *Neptis ex filio an excludat nepotem ex filia.*
9 *Ex ſententia autoris alter alteram non excludit, ſed ſimul ſuccedunt in viriles ex iure communi.*
10 *Excluſa filia fœmina neptis quoque ex filia excluſa intelligitur ſi modò aliquis nepos ex filio ſuperſit.*

QVid verò ſi filius ipſe primi gradus de-
ceſſerit ſuperſtite filio maſculo, atque
ita de hereditate aui non niſi inter nepo-
tem ex filio, & nepotem ex filia conten-
datur? An quemadmodum filius primi gradus nepo-
tem † ex filia excluderet, ita & eum excludet nepos 1
ex filio? Minimè: quia licèt nepos ex filio ſit ex per-
ſona per ſtatutum non excluſa, nepos verò ex filia ſit
ex perſona per ſtatutum excluſa, cùm tamen non ex
ſtatuto ſuccedatur, ſed ex iure communi, vt toties di-
ximus, nihil aliud inſpiciendum eſt, niſi an aliquid ſit
quod impediat ne poſſint iure communi concurrere.
Atqui nihil prorſus eſt quod impediat, ſiue ius com-
mune inſpicias, quia vterque in ſecundo gradu eſt, &
vterque ſucceſſionis capax, ſiue ius ſtatutarium, quia
ſtatutum de neutro loquitur: ſicuti nepotem ex maſcu-
lo non vocat ad ſucceſſionem aui, ita neque nepotem
ex filia ab eadem ſucceſſione excludit. Maſculos enim
ſolùm ponit in conditione, fœminas verò filias ſolas
excludit. At ſi non niſi ex ſtatuto ſuccedi poſſet, filii-
que maſculi non modò in conditione poſiti, ſed etiam
vocati iuxta Bartoli & Baldi opinionem cenſerentur,
reſpondendum eſſet pro nepote ex filio, quia filij ma-
ſculi appellatione poſſet contineri iuſta interpretatio-
ne, niſi omnis penitus interpretatio per ſtatutum
ipſum prohibita proponeretur, maſculus verò ex filia
non ſimiliter poſſet contineri, nec vocatus intelligi
tanquam qui eſſet ex perſona excluſa. Quis enim cre-
dat ob id vocatum videri debere nepotem ex filia, quòd
filia ipſa excluſa ſit? Quamuis nec eo magis verum ſit
fuiſſe illum excluſum: quod malè Bart. Baldus & alij
crediderunt. Sed ne admitti poſſet cum nepote ex ma-
ſculo qui ſuccederet ex ſtatuto, non requireretur vt
eſſet ille excluſus per ſtatutum, ſed ſufficeret quòd
non eſſet vocatus: ſublato ſi quidem iure communi
per ſtatutum, & inducta ſola ſucceſſione ſtatutaria: ne-
ceſſarium penitus eſt, vt vel ex ſtatuto, vel nullo mo-
do ſuccedatur. Porro ex ſtatuto † ſuccedere alij non 2
poſſunt, quàm per ſtatutum vocati fuerint ad ſucceſ-
ſionē. Vocati autem dici nequeunt qui ex perſonis ex-
cluſis nati ſunt, non magis quàm ſi excluſi ipſi eſſent, ſi
non

non expreſſim vocati proponantur. Quorum omnium
nihil eſt quod dici poſſit, cùm ſucceditur non ex ſta-
tuto, ſed ex iure communi, quia tunc quiſquis admit-
titur iure communi, eum neceſſe eſt ad hoc, vt ſucce-
dere prohibeatur, excluſum eſſe per ſtatutum: nec
ſufficeret quòd non eſſet à ſtatuto vocatus. Nec enim
indiget vt vocetur à iure ſpeciali qui iam vocatus eſt à
iure communi, dum ne à iuris communis beneficio per
3 ſtatutum excludatur. Quid rurſum ſi cõcurrat † neptis
ex filia cum nepote ex filio? Ego indiſtinctè reſponde-
rem pro nepote, quia licèt nõ magis in hoc caſu quàm
in ſuperiore poſſit dici nepotem hunc à ſtatuto voca-
tum eſſe, cùm ſit in conditione tantùm poſitus, nec
proinde poſſit ſuccedere niſi ex iure communi: tamen
facit vt neptis ex filia perinde excluſa videri debeat ac
mater eius, ſi viueret, excluſa eſſet, cùm excluſio filiæ
fœminæ tranſeat in neptem, in quam tranſit vtraque
qualitas requiſita ad excluſionem ſcilicet filiationis &
ſexus. Vt enim & filia & neptis ex filia excludatur, ſuffi-
cit exiſtere conditionem excluſionis, id eſt, extare fi-
lium maſculum, vel vnum, quem porrò non poteſt ne-
gari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui non
ſolùm maſculus ſit, ſed etiam filius iuſta interpretatio-
4 ne, *d.l.iuſta*, 201. *de verb. ſignificat.* Hoc ita, † niſi po-
nas alio ſtatuto excluſam eſſe quamlibet ſtatuti inter-
pretationem. Tunc enim quaſi defecta conditione ſta-
tuti ob id quòd filius maſculus primi gradus non ſu-
pereſſet, admitterem neptem ex filia cum nepote ex filio
iure communi, ſecundum ea quæ in præcedentibus
diſputauimus. At quid ſi neque ex filio, neque ex filia
maſculus vllus ſuperſit, ſed tantum filia, atque ita in-
5 ter neptem ex filio †& neptem ex filia de aui hereditate
certetur? adhuc Baldus diceret neptem ex filio non ex-
6 cluſo præferendam † eſſe nepti ex filia excluſa: ſic enim
ille ad *l. venia. C. de in ius vocand. in fin.* Nec aliud ſentit
Bart. ad *d.l. liberorum. num.* 15. vbi ait hanc quæſtionem
in eo ſtare, An cum nepotes ſimul ſuccedunt, dicantur
ſuccedere ex propria perſona, an verò in locum paren-
tum & iure repræſentationis. De quo tractari ſolet ad
Auth. *ceſſante. C. de legit. hered.* In qua quæſtione Bart.
in id procliuior eſt, vt putet ſuccedere nepotes iure re-
præſentationis, nec ſolum ſi agatur de hereditate aſcē-
dentis, & inter nepotes neptesve ex filio qui ſunt deſ-
cendentes, ſed etiam ſi de hereditate patrui, & inter
filios fratrum, vt apertè idem Bart. pro Accurſio aduer-
ſus Azonem diſputat in *l. 2. §. hac hereditas. D. de ſuis &
legit.* vbi defendit ob hanc cauſam ſuccedere eos in
ſtirpes non in capita ex Nouell. 118. *de hered. ab inteſt.
venient. §. ſin autem. cum ſeq. verſic. illud palam eſt.* Ego
non diſſentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios,
etiam cum ſoli ſuccedunt in hereditate patrui ſucce-
dere iure repræſentationis, & in ſtirpes. Id enim pluri-
bus defendi in diſputatione illa noſtra forenſi. De here-
ditate patrui inter ſolos fratrum filios, an in capita, an
in ſtirpes diuidenda: idemque multò magis admitto in
nepotibus neptibúſque ex filio & filia, cum inter deſ-
cendentes ius repræſentationis locum habeat in infini-
tum, *§. cum filius. Inſt. de her. quæ ab inteſt. def.* Sed nihi-
7 lominus puto nõ eſſe in propoſito † verum quod Bar-
tolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam
eſſe nepti ex filia. Etſi enim ſi filius & filia viuerent,
filius ſolus ſuccederet, filia verò in totum excludere-
tur, id tamen non alia ratione fieret quam propter au-
thoritatem ſtatuti, quòd eo caſu ſibi locum vindicaret.
At cum ambo præmortui ſunt, nec ſuperſunt niſi
neptes ex vtroque prædefuncto, ſtatutum quod ex-
cludit fœminas maſculis extantibus non poteſt locum
habere, ſi quidem verum eſt deficere conditionem &
caſum ſtatuti, cum maſculi nulli extant. Neque enim
dici poteſt videri maſculum aliquem extare ob id ſo-
lùm quòd ſuperſit neptis ex maſculo, quia non ſicut
qualitas illa filij cùm ſola eſt, tranſit in neptem, quia
eis communis eſt filiatio, ita & qualitas maſculi poteſt
in eam tranſire quæ eſt fœmina. Ceſſante igitur con-
ditione ſtatuti, neceſſe eſt diſpoſitionem quoque
ceſſare, quæ tota in fœminarum excluſione conſiſtit.
Et conſequenter nec illud dici poteſt, excluſam fuiſſe
neptem ex filia excluſa. Nam nec filia ipſa ſi viueret,
excluſa eſſet nullis quippe maſculis extantibus. Illud
ergo ſolum relinquitur, vt remoto ſtatuto ſuccedatur
ex iure communi ex quo porrò certum eſt neptem ex
filia concurrere cum nepte ex filio, quia ſunt ambæ in
eodem gradu, ſiue dicas manere illas in ſecundo, ſiue
quod eſt verius, ſuccedere eas in locum parentum. Non
enim idcircò repræſentant perſonas parentum, ſed
gradum, quia quoties prior gradus vacuus eſt, ſtatim
ſuccedit in eius locum poſterior, & eum occupat, nec
eo minùs verum eſt ſuccedere ex propria perſona eos
quoque qui ſuccedunt ex gradu alieno, vt diſputaui-
mus in præcedentibus. Et ſanè in eo caſu quem proxi-
mè tractauimus, id eſt, cùm neptis ex filia concurren-
tem habet nepotem ex filio, nepos ex filio non exclu-
dit neptem ex filia: quanto minùs eam excludet neptis
ex filio? Non enim plus iuris habere poteſt neptis ex
filio, quæ fœmina eſt, quàm nepos qui maſculus eſt.
Alius & tertius ſupereſt caſus ſi cum † nepte ex filio 8
nepos ex filia concurrat. Qui caſus videtur dubitabi-
lior, quia nepos ex filia cùm ſit maſculus videtur præ-
ferendus nepti ex filio, etiam ex verbis ſtatuti, quæ
extantibus maſculis fœminas excludunt. Verùm ne-
que hoc dici poteſt: imò ſuccedent ambo ſimul, † & 9
in viriles ex iure communi. Nam etſi nepos ex filio
qui & maſculus eſt & ex maſculo, habet ius excluden-
dæ neptis ex filia, vt iam diximus, quia & in condi-
tione poſitus ille intelligitur tanquam filius maſculus,
idque ex iuſta interpretatione: & neptis ex filia vide-
tur poſita in diſpoſitione & excluſione ſtatuti tan-
quam & filia & fœmina: Non tamen ſimiliter dici po-
teſt, maſculum ex fœmina videri poſitum in condi-
tione ad excludendam neptem ex maſculo, aut fœ-
minam ex filio poſitam eſſe in diſpoſitione & exclu-
ſione ſtatutaria ad viam apériēdam maſculo ex fœmina.
Nec enim alij poſiti ſunt in conditione quàm filij maſ-
culi, ac proinde quibus vtraque illa qualitas conuenit
vt ſint & filij & maſculi: quod de maſculis & filia dici
non poteſt, qui licet ſint & nepotes, & maſculi: ta-
men non poſſunt appellatione filij maſculi contineri,
ne quidem per iuſtam interpretationem: quoniam
iuſta illa interpretatio fieri non poteſt niſi ex *perſona*
matris, quæ non filia tantùm fuit, ſed etiam *fœmina*,
& conſequenter non potuit in filium iſtum tranſ-
mittere qualitates illas duas coniunctas filij & maſ-
culi, quas ipſas non habuit. Rurſus non alij poſiti
ſunt in diſpoſitione ſtatuti, hoc eſt, per ſtatutum à
ſucceſſione excluſi, quàm filiæ fœminæ, & quidem
ita, vt dotatæ ſint, ac proinde quatenus dotatæ. Quæ
qualitates non reperiuntur in perſona neptis ex filio
vt excluſa videri debeat, ſiue meram & ſtrictam ver-
borum proprietatem ſpectes, quia non eſt filia, ſed
neptis, ſiue iuſtam illam interpretationem, quæ facit
vt filiæ appellatione neptis contineatur, quoniam
ipſius pater à quo iuſta illa interpretatio trahere ori-
ginem deberet, non ſolùm filiationem habuit, ſed
etiam ſexum maſculinum, nec proinde vtramque qua-
litatem & filiationis & fœminitatis, vt ita dicam, tranſ-
mittere potuit in filiam, cùm ipſe fœmina non fuerit,
nec præterea filiationem ſine maſculinitate, cum ipſe
vtrumque coniunctim habuerit, quòd & filius &
maſculus fuit. Illa enim verba *filius maſculus* faciunt
vnum compoſitum in filio, ſicut & illa *filia fœmina*
faciunt vnum compoſitum in filia, quod totum com-
poſitum ſi in nepotem neptemve tranſmitti non poſſit,
neque

neque ex parte tranſmittitur. Ergo excluſio ſtatutaria contra filias fœminas inducta, non poteſt porrigi ad neptem ex filio, quia licèt ſit ipſa & neptis & fœmina; non tamen poteſt dici & filia & fœmina ex perſona illius qui filius quidem, ſed maſculus fuit. Vtramque enim qualitatem & filiæ & fœminæ neceſſe eſt vt habeat vel ex propria perſona, ſecundùm proprietatem verbi, quod in ea dici non poteſt quæ neptis eſt, non filia, vel ex tranſactione & ex perſona parentis ſui, quod multò minùs dici poteſt, cùm parens maſculus fuit non fœmina. Secus eſt in nepte ex filia: neque in filiæ, neque in neptis perſona quicquam eſt quod impediat, ne vtraque illa qualitas, quæ in filia fuit, vt eſſet & filia & fœmina, tranſmittatur in neptem, quæ & fœmina eſt non minùs propriè quàm mater: & filia, non quidem æquè propriè, cùm ſit neptis, & in ſecundo gradu, ſed per iuſtam interpretationem, quam diuerſitas ſexus non impedit, quomodo impedit in nepote ex filia, & in nepte ex filio: ideóque ſuprà diximus, exclu-
20 ſa † filia fœmina neptem quoque ex filia excluſam intelligi debere, ſi modò aliquis nepos ex filio ſuperſit, quòd eo caſu verificentur verba conditionis illius ſtatutariæ, *extantibus filiis maſculis* in perſona huius nepotis ex maſculo, itémque verba illa diſpoſitionis & excluſionis, *filia fœmina non ſuccedat* in nepte ex filio, vtrumque ſcilicet, non ex vera ſtrictáque proprietate ſermonis, ſed ex iuſta interpretatione, dum ne huiuſmodi tam iuſtæ interpretationi per aliud ſtatutum via præcludatur. Vbicunque enim iuſta interpretatio excluſa eſt, non magis nepos ex filio appellatione filij maſculi, aut neptis ex filia appellatione filiæ fœminæ continetur, quàm nepos ex filia appellatione filiæ fœminæ, aut neptis ex filio appellatione filij maſculi.

ERROR IV.

De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli in propoſita quæſtione de excluſione nepotis ex filia.*

2 *Secundum Bart. filia excluditur morte, repudiatione, delicto, fauore alterius.*

3 *Nepos ex filia non illico ſuccedit ex propria perſona vbi mater per mortem aut repudiationem, aut ingratitudinem excluſa eſt.*

4 *Nepos non poteſt ſuccedere ex propria perſona cum auunculo quin teneat primum gradum.*

5 *Nunquam ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur.*

6 *Ingratitudo filiæ nepoti nocet, ſi illa auo ſuperuixerit.*

7 *Caſus l. ſi quis 34. C. de inoff. teſt.*

8 *Edictum ſucceſſorium nonniſi in ſucceſſionibus inteſtati locum habet.*

9 *Vera ſententia l. 3. §. ſi emancipatus D. de bon. poſſ. contr. tab.*

10 *Obiectionem Bart. ex l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll. alienam eſſe.*

11 *Filius quando non ſubintret locum matris.*

12 *Falſam eſſe Bartoli propoſitionem, quoties filia propter fauorem alicuius excluditur, nepotes ex ea quoque excluduntur.*

13 *In feudis non ſuccedittur ex iure communi, ſed ex feudali.*

14 *Cur nepos ex filia regulariter non ſuccedat in feudo.*

15 *Exemplum teſtamenti militaris quo abutitur Bartolus minus aptum eſſe.*

16 *Præteritio qualibet militis habetur pro exheredatione.*

17 *Conciliatio l. qui iure 9. D. de teſt. milit. cum l. ſicut certi. C. eod.*

18 *Exheredatio non fit ſine animo exheredandi, licèt poſſit fieri ſine verbis.*

19 *Excluſionem ſtatutariam Bartolus perperam æquiparat exheredationi.*

20 *Excluſa filia per ſtatutum & maſculis ſuccedentibus ex iure communi nepos ex filia quibus caſibus admittatur.*

21 *Statutum non tollit ius commune niſi in quantum vult tollere.*

22 *Cur in ſpecie l. qui iure. D. de teſt. mil. nepos ex filia exheredatus intelligatur.*

23 *Senſus verborum d. l. qui iure.* quiſquis ſibi heres naſcetur.

24 *Agnatione ſui heredis rumpitur teſtamentum quod per filij abrogationem rumpitur.*

BArtolus ad *l. liberorum* 220. *D. de verb. ſign.* poſt propoſitas omnes eas quæſtiones, de quibus iam diximus, concludit numer. 16. non poſſe totam rem hanc De ex-
cluſione nepotis ex filia excluſa, bene explicari quin 1
diſtinctio aliqua adhibeatur. Diſtinguit † autem in
hunc modum: Quandoque inquit, filia excluditur 2
morte vel repudiatione: † & tunc nepos ex ea ſuccedit ex ſua perſona, idque duplici ratione: Et quoniam adfectio quæ erat in filia, tranſit in nepotem: & quia ceſſat in perſona nepotis ea res quæ obſtabat filiæ. Obſtabat ſiquidem filiæ, ne ſuccedere poſſet, aut mors, aut repudiatio. Nepos autem neque mortuus fuit, neque repudiauit. Quandoque, inquit, filia excluditur propter delictum proprium & ingratitudinem: Et idem, quòd excluſio filiæ non nocet nepoti, quoniam illa ingratitudo in nepote ceſſat *ex l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſtam. leg. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tab. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Quandoque filia excluditur propter fauorem alicuius ſiue decedentis, ſiue alterius: & tunc ſicut excludebatur filia, ita nepos ſeu neptis ex ea. Rationem adfert, quia fauor ille durat, filia mortua, ſicut & viua. Prioris partis exemplum adfert ex ſtatuto ciuitatis Eugubij, quo cauetur quod filia dotata non poſſit venire contra teſtamentum patris. Certè idem erit in nepote ex ea. Caſus eſt, inquit, *in l. qui iure militari 7. cum l. ſeq. D. de teſtam. milit.* vbi ſi miles, qui vxorem prægnantem eſſe ignorabat, ventrem prætérierit, cùm tamen eo animo eſſet, vt quiſquis ſibi naſceretur, is exheres foret, nec proinde videretur de nepotibus ex filio aut ex filia cogitare, tamen nati ex filio filiáue excluduntur, quia fauore militum inductum eſt vt poſſint præterire vel exheredare filios etiam ſine cauſa. Alterius verò partis exemplum ponit in omnibus illis ſtatutis quibus excluditur filia propter fauorem filij maſculi. Certè, inquit, defuncta filia, durat adhuc fauor filij, & ſic excludit etiam nepotem ex ea. Nam ſtatutum quod dicit quòd filia fœmina non ſuccedat extantibus maſculis, continet diſpoſitionem in perſona maſculorum, quaſi dicat, *maſculi ſuccedant, & filia fœmina non ſuccedat*, vt *leg. fideicommiſſa 11. §. cùm eſſet. de legat. 3. & in leg. ratione 30. §. tametſi. D. ad legem Falcid.* Licèt ergo nepos ex filia non excludatur vigore illorum verborum, quibus dicitur, *filia fœmina non ſuccedat*, tamen excluditur ex vigore illorum verborum, quibus dicitur, quòd maſculi ſuccedant, Videtur enim alios excludere *leg. cum Prætor 12. de iudicat.* Et de hoc videtur caſus *collat. 10. qui feudal.*

dar.poſſ.cap.1.§.hoc autem, vbi ſicut filia fœmina excluditur à feudo, ita & nepos ex ea propter ſubſiſtentem eandem rationem fauoris domini. Hucuſque diſtinctio Bartoli, quæ tamen vix vlla ex parte vera eſt, ſi diligentiùs examinetur, & ex iis quæ nos in præcedentibus diſputauimus, ſatis refellitur. Primùm enim quod
3 ait, Nepotem † ex filia poſſe ſuccedere ex propria perſona, quoties filia excluſa eſt per mortem, vel per repudiationem, vel propter ingratitudinem, aut aliam quamlibet huiuſmodi cauſam quæ locum non habeat in perſona nepotis, id verò non eſt perpetuum. Si enim ſuperſit aliquis filius in primo gradu qui poſſit ſuccedere, quique partem facturus erat ſorori, ſi ea non repudiaſſet, ſéque ipſam à ſucceſſione vel per repudiationem, vel per ingratitudinem excluſiſſet, non poterit nepos ex filia ſuccedere, quanuis neque repudiauerit ipſe neque ingratus fuerit, ſi modò filia patri ſuperui-
4 xerit: quia neque fieri poteſt vt nepos † ſuccedat ex propria perſona cum auunculo, quin teneat primum gradum, quandoquidem filius ipſe eſt primi gradus, plures autem diuerſique gradus concurrere in eadem ſucceſſione nunquam poſſunt, *l. 2. §. hac hereditas, & ſeq. D. de ſuis & legit. iunct. l. cùm in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* neque vt teneat primum gradum etiam pro parte matris ſuæ, cùm eum gradum mater ipſa aliquando tenuerit, & eo tempore quo iam locus erat ſucceſſioni, quanuis poſtea ſiue poſt mortem, ſiue per repudiationem deſierit tenere, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* Quæ res etiam facit vt nec per ſucceſſorium edictum
5 ſuccedere hic nepos poſſit, quia nunquam † ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur, vt ſuo loco diſputauimus. Deinde quod ait idem Bartol. filiæ excluſionem cui cauſam dedit ingratitudo, aut aliud proprium delictum filiæ, non obſtare nepoti qui
6 non ſit conſcius & particeps criminis: falſum † etiam eſt, ſi ponas filiam ſuperuixiſſe. Excludetur enim nepos non propter delictum filiæ, ſed propter ipſius ſuperexiſtentiam, extra caſum *d. l. ſi quis filium 34. Cod. de*
7 *inoff. teſtam.* vbi Iuſtinianus † contra iuris rationem conſtituit vt querela inofficioſi competens filio exheredato tranſmittatur ad nepotem, etiam non præparata, ſi filius immerenter exhedaretus ante aditã ab herede extraneo hereditatem deceſſerit. Quo tamen caſu obſeruandum eſt non habere nepotem hunc querelam ex propria perſona, cùm nec exheredatus fuerit, nec exheredari debuerit, ſed ex perſona patris, qui & exheredatus fuit, & exheredandus neceſſariò, vel inſtituendus: quique non potuit, quandiu vixit, querelam proponere cùm hereditas nundum adita eſſet, cuius tamen aditionem præcedere oportebat. Alioqui & citra illam Iuſtiniani conſtitutionem obſtitiſſet nepoti non quidem exheredatio, ſed perſona filij qui ſuperſtes patri fuiſſet, neque aut per edictum ſucceſſorium, aut qua alia ratione admitti nepos potuiſſet. Sic & in ſpecie *l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tab.* nepos ex filio emancipato admittitur ad bonorum poſſ. aui ex perſona quidem propria, & tanquam nepos præteritus ſuccedens in locum & gradum filij emancipati, ſed mortuo iam patre, vt Vlpianus ait, ac proinde eo tempore quo perſona patris non poterat ei amplius obſtare. Alioqui non poſſet admitti nepos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ne quidem per ſucceſſorium edictum excluſo poſtea quoquomodo patre,
8 quippe cùm edictum ſucceſſorium † non habeat locum niſi in ſucceſſionibus inteſtati, ad quas non pertinet bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ dicitur eſſe, & eſt ex teſtamento, *§. ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſ.* Et tamen in ea quoque ſpecie ingratitudinem, aut delictum filij, qui vxorem non ex voluntate patris duxerat, obſtare nepoti apertè vult Vlpianus, cùm ait potuiſſe auum vti iure ſuo, ſi voluiſſet, ac ob delictum filij nepotem hunc exheredare. Nam quod ibidem ſequitur eum † qui de inofficioſo cogniturus eſt, non 9
minùs in hoc nepote merita ipſius nepotis, quàm patris delicta perpenſurum eſſe, non hunc ſenſum habet, quem plerique putant, vt ex delicto filij nepos iſte exheredari non debuerit, ſed illum potiùs, vt ſi de auo ſuo bene meritus probetur, magis ei prodeſſe debeant apud ius dicentis æquitatem propria merita, quàm nocere patris demerita: quæ tamen proculdubio ei nocebunt, ſi neque meritum, neque demeritum ſe probet, cùm alioqui non aliter iuſtè exheredatus dici poſſet, quàm ſi demeritus probaretur. Aliud enim longè eſt non mereri, aliud demereri, ſicut & aliud eſt mereri, aliud non demereri, *l. cùm quidam 24. de leg. 2.* Non eſt igitur perpetuò verum quod vult. Bartolus, certè non probatur ex *d. §. emancipatus*, delictum filij non nocere nepoti. Neque verò in ea ſpecie filius erat excluſus propter delictum, at neque propter *exheredationem*, ſed tantùm per mortem, quia deceſſerat ante auum: vnde eſt, quòd nec in ea ſpecie tractari poteſt de edicto ſucceſſorio, vt ſequenti capite contra Bartolum & cæteros defendemus. Nec rurſus ad rem facit † quod Bart. obiicit ex *d. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcriptum eſt, matre excluſa propter delictum proprium à ſucceſſione filij impuberis, cui non petiit tutorem, admittendos eſſe eos qui poſt illam proximiores reperiuntur, & qui, ſi ea non eſſet, primo gradu admitterentur. Non enim ea res vocat ipſius filios, qui ſcilicèt cùm non ſint cognati niſi per fœminam, non poſſunt ſuccedere iure ciuili: neque iure prætorio, niſi poſt agnatos, & cum reliquis cognatis eiuſdem gradus: quia non ſubintrat filius † locum matris, cùm de 11
ſucceſſione deſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere tanquam mater, ſed cùm agitur de ſucceſſione aſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere tanquam filia, quoniam non ſicut filiatio, ita & maternitas tranſmitti poteſt ad liberos. Ex quo apparet leges omnes à Bartolo in hanc rem citatas à propoſito tractatu eſſe alienas. Quod verò ſubiungit Bartolus, quoties filia † propter fauorem alicuius excluditur, nepotes 12
quoque ex ea ſuſceptos ſimiliter excluſos intelligi debere, quòd mortuâ filiâ perinde ea viua duret fauor, æquè falſum eſt. Nã tum quoque cùm propter alicuius fauorem filia excluditur, inſpiciendum maximè eſt, an eadem ratio excluſionis quæ locum habet in filia, habeat etiam in nepote. Si enim non habeat locum in nepote, puta quòd ſtatutum in fœminis excludendis non tam ad agnationem conſeruandam quàm ad ſexum reſpexerit, licèt viuant maſculi, quorum fauore excluſa filia eſt, non eo minùs tamen admitti debent nepotes ex filia, qui perinde ſunt maſculi, omnibúſque oneribus & muneribus pro republica ſubeundis æquè idonei, ac ſi ex maſculo ſuſcepti eſſent. Qui enim fauor eſt maſculorum contra filias, quia ſunt illæ fœminæ, non idem poteſt eſſe contra maſculos ex fœminis, qui licèt ſint ex fœminis, maſculi tamen ſunt, non fœminæ. Fateor, cùm per ſtatutum excluſæ ſunt fœminæ propter maſculos, nunquam poſſe dici ad ſucceſſionem inuitatos fœminarum liberos, quanuis maſculos, cùm ſint ex fœminis quæ ſunt excluſæ. Sed dico, non ob id minus poſſe illos ſuccedere iure communi, ſi ex iure communi ſuccedatur, quia vt iure communi poſſint ſuccedere, ſufficit quòd per ſtatutum excluſi non ſint quanuis nec fuerint inuitati. Non poſſunt autem dici excluſi ob fauorem maſculorum cùm ſint illi æquè maſculi, nec niſi filias fœminas, id eſt, non tam quaſi filias, quàm quaſi fœminas ſtatutum excluſerit. In eóque alius & grauior Bartoli error eſt, quòd putat in propoſitis ſpeciebus maſculos ex ſtatuto ſuccedere tanquam vocatos, & non ex iure communi, quod non ita eſſe oſtendimus ſatis ſupérque in ſuperioribus. Eodémque pertinet etiam quod idem Bartolus tanquã ſimile adfert de feudo, in quo ſicut nõ ſuccedit filia, ita

13 neque nepotes ex ea ſuſcepti. Hoc enim fit, quia † in feudis non ſuccedit ur ex iure communi, hoc eſt ex lege duodecim tabularum, aut ex Iuſtiniani, aliorúmue Imperatorum conſtitutionibus, ſed ex alio iure quod peculiare ac proprium eſt feudorum, quod ius tale eſt vt ad feudi ſucceſſionem admittantur ij ſoli, non qui ab ea ſucceſſione ſpecialiter excluſi non ſunt, ſed qui ad eam fuerunt inuitati. Itémque ſi quæras, cur nepos ex
14 filia † regulariter non ſuccedit in feudo, non reſpondebo cum Bartolo, quia ſiue viua, ſiue mortua filia idem ſemper duret fauor maſculorum, propter quos filia excludebatur, cum nepos æquè ſit maſculus, ac nullo proinde odio dignus, aut contra quem cæteris maſculis faueatur. Sed quia non poteſt videri ad feudum inuitatus per matris excluſionem, quamuis nec idcirco fuerit per ſtatutum excluſus. At in caſu noſtro ſufficit è contrario quod non fuerit excluſus, licèt nec fuerit inuitatus, cum ſuccedatur à cæteris maſculis ex iure communi, & poſſit ille ex eodem iure communi ſuccedere tanquam repræſentans gradum matris, licèt excluſæ, ſi aliud nihil obſtet. Suauis verò eſt Bartolus, cùm adfert
15 † exemplum teſtamenti militaris, vt probet excluſa per ſtatutum filia, etiamſi ſtatutum non cogitauerit de excludendo nepote ex filia, eum tamẽ excluſum intelligi debere fauore teſtatoris ſi ad fauorem teſtatoris ſtatutũ reſpiciat, quomodo reſpici illud quo cauetur vt extantibus maſculis fœmina non poſſit venire contra teſtamentum patris. Nam in ſpecie *l. qui iure militari* 7. *& ſeq. D. de teſt. milit.* id eſt, cum miles teſtari volens iure militari, heredem extraneum inſtituit, nemine quidem exheredato, ſed eo tamen propoſito, vt quiſquis ei naſceretur, aut quaſi agnaſceretur ſuus heres, exheres eſſet: verum quidem eſt, nepotem quoque ſiue ex filio, ſiue ex filia, qui in parentis ſui locum ſucceſſit, pro exheredato habendum eſſe, ſed id non fit, quia patrem aut matrem ipſius teſtator exheredauerit, de ipſo autem nepote non cogitauerit, vt Bartolus putat: ſed quia mi-
16 litis priuilegium illud eſt, vt omnes † quos neque inſtituit, neque exheredauerit, ſi tales erunt, qui vel inſtitui vel exheredari debuerint, hoc ipſo quòd præteriti ſunt, exheredati eſſe intelligantur. Nec enim dubitari poteſt quin ſaltem præteriti ſint omnes qui neque inſtituti ſunt, neque exheredati, ſiue conſultò, ſiue per obliuionem præteriti proponantur. Atqui præteritio quælibet militis habetur pro exheredatione, *l. ſi patronus* 12. *in princip. l. Paulus reſpondit* 47. §. *vlt. D. de bonor. libert.* ſcilicet dum ea mente ſit miles vt neminem velit habere heredem ex iis quos alioqui lex ei datura eſſet, etiamſi neſciat quis ille futurus ſit, vt omnium optimè probat quod ſcribitur in *d. l. qui iure*, *&
17 ſeq.* quæ leges † ita conciliandæ ſunt, *l. ſicuti certi*, *& ſeq. C. eod.* in quibus dicitur, ſi pater miles ignorans ſe filium habere, alios ſcribat heredes, non obeſſe filio ademptam hereditatem, ſed minimè valente teſtamento, eum, ſi ſit in poteſtate, ad ſucceſſionem venire. Non enim, ſicut per obliuionem quis præteriri poteſt, ita & exheredari, quia præteritio ex facto ipſo, aut potius ex non facto, exheredatio verò nonniſi ex mente exheredandi æſtimatur, tum quoque cum ſilentio fit, vt loquitur Vlp. in *d. l. ſi patronus.* Et in ſumma exhereda-
18 tio † poteſt fieri à milite ſine verbis, vt & à matre, & ab aliis omnibus, quorum præteritio pro exheredatione habetur, §. *mater. Inſtitut. de hereditat. liber.* ſed non ſine animo exheredandi, ne à milite quidem. At
19 excluſio ſtatutaria, † quam Bartolus æquiparat exheredationi, non poteſt fieri ſine verbis, cùm per eam abrogandum ſit ius commune, quod ſine verbis iiſque expreſſis abrogari nunquam poteſt. Conſequens
20 igitur eſt, vt quamuis per ſtatutum excluſa ſit † filia, & quidem fauore maſculorum, ſi tamen nihil de nepote ex filia dictum ſit, cæterique maſculi propter quos filia per ſtatutum excluditur, non ex ſtatuto & priuilegio ſuccedant, ſed ex iure communi, hunc quoque nepotem ex filia perinde ad ſucceſſionem admitti oporteat, ac ſi ſtatutum tale nullum eſſet, iis nimirum caſibus, quibus ſecluſo ſtatuto poſſet admitti ad ſucceſſionem aui, vel ſolus, vel cum auunculis, id eſt, quando à matre quæ ante auum defuncta eſſet, non præuerteretur. Semper enim hunc caſum excipio quoties auunculi viuunt, quorum fauore excluſa eſt filia, ne alioqui quantum ad nepotem noceat iis excluſio quibus fauere ſtatutum voluit. Eáque in propoſito differentia eſt inter teſtamentum & ſtatutum, quod facto teſtamento quiſquis ex eo non admittitur ad ſucceſſionem hoc ipſo excluſus intelligitur: cùm alij ex teſtamento ſuccedere iure communi non poſſint, quàm qui ex eo ipſo teſtamento ſunt vocati, ſublata ſcilicet in totum ſucceſſione inteſtati per teſtamentum. At ita concepto ſtatuto, vt extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat, non quiſquis per ſtatutum non admittatur ad ſucceſſionem, hoc ipſo ſtatim à ſucceſſione excluſus per ſtatutum intelligitur, quia nihil vetat ſupereſſe ei ius commune, ſi ſtatutum, vt in caſu noſtro excluſionem duntaxat, non etiam vocationem induxerit. Nec enim ſtatutum † tollit ius commune niſi in quantum 21
vult tollere, tametſi poſſet tollere in totum ſi vellet. Ergo ſi quæratur, cur in ſpecie *dict. l. qui iure, & ſeq. D. de teſtam. milit.* nepos † ex filio exheredatus intel- 22
ligatur, cum nihil de eo dictum fuerit in teſtamento: non dicam cum Bartolo, quia ſuſceptus ſit ex ea perſona quam pater voluit exheredare, id eſt, ex filio de quo ſolo exheredando pater cogitauerit: ſed quia de nepote quoque iſto excludendo teſtator cogitauit, cum ponamus fuiſſe illum eo propoſito, vt quiſquis ſibi heres alioqui futurus eſſet, is exheres eſſet. Quanquam enim iam tum quoque hic nepos natus fuiſſet, necdum tamen in ea cauſa eſſet, vt heres fore ſperaretur, quoniam à patre ſuo anteuertebatur, vt nihilominus de ipſo quoque excludendo miles cogitauerat, qui ſucceſſorem inteſtati quemlibet excludere voluerat, quiſquis tandem ille eſſet: vt quemadmodum codicilli ab inteſtato facti locum habent quiſquis heres ſit, quoniam ab inteſtato vnus tantum caſus eſt *l. ab inteſtato* 16. *D. de iur. codicill.* ita & exheredatio quam miles facere voluit cuiuſlibet ſui heredis omnes perſonas comprehendat: quæ aliquo caſu poſſint ſui heredis locum tenere, ſiue iure proprio, ſiue in alterius locum ſuccedendo. An enim fortè credendus eſt minus exheredatum voluiſſe illum, qui ſuus heres poſteà fieret, quàm eum qui iam tum eſſet, aut certè qui iam tum ſui heredis locum teneret? Habetur itaque hic nepos pro exheredato, non quia ſucceſſerit in locum filij eiuſdémque patris ſui, de quo excludendo auus cogitauerat, vt putat Bar. ſed tanquam ea propria ſua perſona exheredatus, quia ſuccedendo in locum patris prædefuncti cœpit ille tenere primum locum in cauſa ſucceſſionis inteſtati, atque ita ex iis perſonis eſſe, quas excludere miles voluit per tacitam, ſolóque ſilentio factam exheredationem. Et malè Bartolus, vt probet militem de hoc nepote excludendo non cogitaſſe, mouetur ex illis verbis legis, *quiſquis ſibi naſcetur heres*, inferens ex dictione *ſibi* non poſſe hunc nepotem iis verbis contineri, quippe qui patri ſuo non auo naſcatur. Nam præter id quod auo quoque naſci dicitur nepos, qui naſcitur ex filio etiam poſt mortem aui, vt videre eſt in formula Galli Aquilij, *qui mihi naſcetur ex eo poſt mortem meam nepos. l. Gallus* 29. *in princip. de liber. & poſthum.* obſeruandum † eſt 23
ea verba *quiſquis ſibi naſcetur* pertinere ad ſpeciem, de qua in *dict. l. qui iure*, vbi vxor erat prægnans, non ad iſtam, de qua leg. ſequent. vbi mutato caſu tractatur de tacita exheredatione filij poſt teſtamentum adrogati, aut nepotis in patris ſui locum ſubſtituti. In quibus caſibus mutanda ſunt verba legis præcedentis, retento

tamen eodem propoſito & animo militis iure militari teſtantis, vt exheredem faceret, non quiſquis ſibi naſcetur, ſed quiſquis ſibi quoquomodo ſuus heres futurus eſſet. Illa enim verba, *quiſquis ſibi naſcetur*, non ſunt verba teſtamenti, neque teſtatoris, ſed Iuriſconſulti ſupponentis & explicantis propoſitum teſtatoris, quale illud eſſe neceſſe eſt, vt poſthumus non per obliuionem, ſed mala mente & exheredandi animo præteritus intelligatur, cùm in ea ſpecie militis vxor prægnans eſſe proponeretur. Proinde ſi mutes ſpeciem, & fingas nullam huic militi vxorem tum fuiſſe, ſed animum dumtaxat adrogandi extranei, vt eum filij loco haberet, aut iam eo tempore natum ei fuiſſe filium ex quo habebat etiam nepotem, erit quidem retinendum idem propoſitum teſtatoris, vt filius poſtea adrogatus, itémque nepos, qui in filij locum ſucceſſerit, exheredati videantur, ſed aliter tamen explicandum, ita nimirum vt habuerit miles propoſitum exheredandi, quiſquis ſibi ſuus heres futurus eſſet. Cur enim reſtringemus voluntatem militis ad caſum naſcituri poſthumi, qui nullus ſperari poſſet, vbi nulla eſſet vxor prægnans? Quanquam iis quoque verbis retentis adhuc facilè Bartoli obiectio euitari poſſet. Nam & qui per adrogationem fit filius, & qui ſuccedendo in locum patris ſui ex nepote locum filij tenere incipit ſicuti nunc primùm fit ſuus heres, ita & in ea qualitate naſci quodammodo videtur: vnde eſt quod dicimus
24 agnatione † ſui heredis rumpi teſtamentum, quod per filij adrogationem rumpitur, *l. verum eſt* 8. *D. de iniuſt. nupt.* itémque quaſi agnatione ſui heredis, quoties in locum filij ſuccedit nepos qui præteritus fuit, *l. poſthumorum* 13. *D. eod. d. l. Gallus* 29. *§. ſequenti parte. de liber. & poſth.* Ex his apparet quàm inſulſa & inepta ſit tota iſta diſtinctio Bartoli.

ERROR V.

De ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti.

SVMMARIA.

1 *An edictum ſucceſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamenti.*
2 *Accurſij ſententia negatiuam tuentis.*
3 *Contraria Bartoli & aliorum aſſertio.*
4 *Accurſij ſententia vt verior ab autore probatur.*
5 *Edictum ſucceſſorium ad quam ſucceſſionem pertineat.*
6 *Edicti ſucceſſorij proponendi ratio.*
7 *Querela inofficioſi nec competit nec exercetur niſi poſt aditam hereditatem.*
8 *Expenditur l. ſi is qui* 31. *D. de inoff. teſt. quam Bartol. pro ſua ſententia adducit. & numero decimo tertio.*
9 *Non omnis ſucceſſio inducit ſucceſſorium edictum.*
10 *Edicti ſucceſſorij tempus.*
11 *Querela inofficioſi proponendæ tempus.*
12 *Succeſſorium edictum interpretes à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates perperam tranſtulerunt.*
14 *Sententia l. pater filium* 14. *D. de inoff. teſt. qua abutuntur Bartoli ſectatores.*
15 *Succeſſio æſtimatur ex perſona illius cuius eſt ſucceſſio, querela ex perſona eorum quibus teſtator iniuriam fecit.*
16 *Alia ratio cur ſucceſſorium edictum in querela inofficioſi locum non habeat.*
17 *Filius tempore excluſus à proponenda querela non auditur poſtea eam propoſiturus vt agnatus aut cognatus.*
18 *Fratri quando competat querela inofficioſi.*
19 *Quibus competat querela. & n.* 27
20 *Nepoti ex filio qui teſtatori eidemque patri ſuo ſuperſtes fuit querela inofficioſi non competit.*
21 *Iniuria vni facta nunquam alteri querelam præbere poteſt.*
22 *Vt querela filio competens poſſit etiam non præparata tranſmitti ad nepotem à Iuſtiniano inductum eſt.*
23 *Baldi commentitia verborum l.* 34. *C. de inoff. teſt. interpretatio reiecta.*
24 *Commodius eſt venire ad querelam ex propria perſona quàm ex aliena.*
25 *De patris delicto in cauſa nepotis quando quæratur.*
26 *Nepos ex filio ſuperſtite qui querelam propoſuit ſuccumbit ſi pater eius probetur ingratus.*
27 *Qui querelam habet ex propria perſona vel tanquam præteritus, vel vt exheredatus eam habet.*
28 *Bartolus perperam ſtatuit omnes perſonas in quas dominium defuncti non continuatur ipſo iure ſi præteritæ fuerint, habendas pro exheredatis.*
29 *Nepos ex filio ſuperſtite etiam hodie impunè præteriri poteſt. & n.* 31.
30 *Nepos ex filio ſuperſtite cùm eſt præteritus non habet querelam ex propria perſona tanquam exheredatus.*
31 *Querela non datur præterito niſi habeatur pro exheredato.*
32 *Sanctio Iuſtiniani in l. ſi quis* 34. *C. de inoff. teſt.*
33 *Querela ante aditam hereditatem repudiari non poteſt.*
34 *Caſus quibus interpretes querelam non competere nepoti ex filio ſuperſtite aſſerunt reiiciuntur.*
35 *Actionem ad ſupplementum Iuſtinianus ſubſtituit in locum querelæ.*
36 *Nepos ex filio ſuperſtite licet exheredatus nullo caſu habet querelam ex propria perſona. & n.* 40.
37 *Inutilis eſt querela ei qui nullo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato.*
38 *Baldi ſententia exploſa.*
39 *Exheredatio nepotis filio ſuperſtite eſt inepta & illuſoria.*
41 *Verborum l. pen. D. de inoff. teſt.* an ſequens admittatur videndum, *vulgaris interpretatio reiecta, & vera ſententia allata.*
42 *Edictum ſucceſſorium ordinem ſucceſſionis inteſtati ſequitur.*
43 *Ad querelam inoff. quo ordine admittantur pater, auus, & frater teſtatoris.*
44 *Pater & frater an hodie concurrant in querela inoff. teſt.*
45 *Obiectio qua nonnulli conficiunt ſucceſſorium edictum locum habere in querela.*
46 *Reſponſio autoris.*
47 *Querela inoff. malè confertur cum ſucceſſione inteſtati prætoria. & n.* 48.

PErtinet hæc quæſtio ad interpretationem *§. ſi emancipatus. l.* 3. *D. de bonor. poſſeſ. contr. tabul.* de cuius ſententia cœpimus dicere capite præcedenti. Sic enim præfari placet, ne quis putet nos omnino extra rem nunc interſerere hanc quæſtionem: quæ tamen per ſe celebris eſt & frequens apud interpretes noſtros: proinde digna quæ à nobis non negligatur. Quæſtio illa eſt, † 1
An edictum ſucceſſorium habeat locum in querela inofficioſi teſtamenti. De qua tractat Bartolus pleriſque locis præſertim ad *d. §. ſi emancipatus. num.* 3. *D. ad l. in ſuis.* 11. *num.* 9. *D. de liber. & poſthum.* itemque ad *l. ſi quis poſthumos. §.* 1. *num.* 2. *eod.* vbi vocat dubium hoc difficile. Habuit enim diſſentientes veteres gloſſatores, Accurſ. † in *d. l. ſi quis poſthumos. §.* 1. 2
defendit non eſſe locum ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi

inofficioſi teſtamenti : & quoniam obſtare videbatur
Papinianus in *l ſi pater filium*. 14. *D. de inoffic. teſta-
ment.* in illis verbis, *quod ſi contra filios iudicetur , pater
ad querelam vocatur*, cogitur ille interpretari *querelam*,
id eſt , inquit , *contra tabulas* , quam interpretationem
Bart. in *d. l. in ſuis*, refert ſuo tempore communiter ab
omnibus interpretibus probatam fuiſſe. Ipſe verò ſu-
3 pradictis ✝ omnibus locis contendit edictum ſucceſ-
ſorium habere locum etiam in querela inofficioſi teſta-
menti : mouetúrque ex *d. §. ſi emancipatus & ex d. l.
pater filium*. 14. *& l. ſi is qui*. 31. *in princip. de inoffic.
teſtament.* eaque Bartoli ſententia , quæ & Dyni pri-
mum fuit in *capit. non debet aliquis. Extr. de regulis
iur. lib.* 6. & Cyni *in l. ſi quis filium* 34. *Cod. de inoff.
teſtament.* hodie communiter recepta eſt, vt nec ferè in
cæteris à Bartolo diſſentire facilè quiſquam auſit. Ego
4 verò † Accurſij ſententiam auſim veriſſimam dicere.
5 Nam edictum ſucceſſorium , ✝ ſi Prætoris mentem &
edicti poteſtatem inſpicias, non pertinet niſi ad bono-
rum poſſeſſiones ab inteſtato , non etiam ad ſucceſſio-
nes iuris ciuilis , multò minùs ad querelam inofficioſi
teſtamenti , quæ ſicut ab inteſtato locum habere nun-
quam poteſt , ita & iuris ciuilis tota eſt , nec quicquam
commune habet cum iuriſdictione prætoris , niſi quòd
prætor eam bonorum poſſeſſionem , quæ litis ordinan-
dæ gratia dicitur, defert emancipato exheredato imme-
renter , vt fiat ille capax querelæ proponendæ , cuius
alioquin eſſet incapax vt & omnium cæterorum quæ
ſunt iuris ciuilis , cui incogniti ſunt emancipati , *leg.
poſthumus* 6. *§. vlt. l. Papinianus* 8. *in princip. D. de
6 inoff. teſtam.* † Et verò cùm edicti ſucceſſorij propo-
nendi non alia ratio fuit , quàm quæ adfertur ab Vl-
piano in *l.* 1. *in princip. D. de ſucceſſ. edict.* ne bona he-
reditaria vacua & ſine domino diutiùs iacerent , & vt
maturius poſſent creditores ſcire verum haberent, cum
quo congrederentur, an verò bona vacantia fiſco delata
eſſent , an potius ad poſſeſſionem bonorum procedere
deberent , quaſi debitore mortuo ſine herede aut ſuc-
ceſſore, apparet nihil horum omnium dici poſſe quan-
7 tum ad querelam † inofficioſi teſtamenti , quæ ſcilicet
nec exercetur , nec competit niſi poſt aditam heredita-
tem, *d. l. Papinianus* 8. *§. ſi conditioni d. l. ſi quis filium*
34 *in fin. Cod. eod.* ac proinde eo tempore quo mora
creditoribus fieri amplius nulla poteſt , quorum nec
quicquam intereſt vbi ſuum acceperunt , an vincat &
obtineat is qui querelam propoſuit , an ſuccumbat :
cùm repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit , tametſi
ab alio quàm à vero debitore ſolutum fuerit , *l. repeti-
tio*. 44. *D. de condict. indeb.* Nec ſanè vllo iuris noſtri
loco reperias quenquam ex veteribus illis prudentibus
vſque adeò ineptire , vt de hoc vel tantillum dubitaue-
rint (tantum abeſt vt quæſtionem hanc tantopere ar-
duam , & difficilem eſſe crediderint) aut quod abſur-
dius fuiſſet , vt exiſtimauerint aut dixerint vnquam
quod Bartolus & alij adfirmant , in querela inofficioſi
teſtamenti edicto ſucceſſorio locum eſſe. Videamus
ergo quid Bartolum , alióſque interpretes in tam ab-
ſurdum errorem deducere potuerit. Rationem enim
nullam prorſus adferunt, nec vllum rurſus iuris locum,
in quo fiat mentio edicti ſucceſſorij , & querelæ. Ad-
ferunt tam ſupradictos iuris loco , quibus putant id
8 ipſum probari poſſe. Primus eſt , † qui magis vrgere,
videtur in *d. l. ſi is qui penultim. D. de inoff. teſtament.*
vbi Paulus ſcribit , ſi is qui admittitur ad accuſatio-
nem , nolit , aut non poſſit accuſare , poſſe admitti ſe-
quentem , vt fiat ſucceſſioni locus. Sic enim poſtrema
hæc verba accipiunt ac ſi ſcriptum eſſet , *vt fiat locus
ſucceſſorio edicto* : in quo errant manifeſtiſſimè. Non
enim ſicut edictum ſucceſſorium dicit ſucceſſionem ,
9 ita omnis † ſucceſſio dicit vel inducit edictum ſucceſ-
ſorium. Alioqui eodem modo inducendum erit tem-
pus edicti ſucceſſorij, atque ita concludendum, eum qui
ſiue priore, ſiue ſequente loco admitteretur ad querelam,
non niſi intra centum dies , aut ad ſummum intra an-
num admitti debere. Hoc † enim ſucceſſorij edicti 10
tempus eſt, *d. l.* 1. *§. ſi intra, & §. largius. eod. tit.* & ta-
men nuſquam ita ſcriptum reperias , ſed generaliter
proditum querelam † inofficioſi teſtamenti non niſi 11
quinquennio fieri, *d. l. Papinianus. §. vltim. & leg. ſeq.
D. de inoff. teſtam.* vt ſolent tempora iuris prætorij eſſe
breuiora, quàm quæ ſunt à iure ciuili præſtituta. Quod
ab interpretibus noſtris non bene obſeruatum, magnis
erroribus cauſam præbuit inter quos ille quem nos re-
futauimus. Decade 3. Errore 8. quo induxerunt † vt 12
edicti ſucceſſorij poteſtas à Prætore introducta in bo-
norum poſſeſſionibus, transferatur ad hereditates, ita vt
filius à patre heres inſtitutus , habeat hodie triginta an-
nos ad ſuccedendum iure heredis ſcripti , deinde alios
triginta annos ad ſuccedendum ab inteſtato iure filij,
ex capite Vnde liberi , rurſum alios triginta annos ad
ſuccedendum iure agnati , & ex capite Vnde legitimi :
poſtremò alios triginta annos ad ſuccedendum iure co-
gnati, & ex capite Vnde cognati. Quo ſtultius nihil dici
poteſt, & à iuris ratione, adeóque à Prætoris mente alie-
nius. Quid ergo ſibi vult Paulus † in d. l. penultima ? 13
Hoc vnum quod nemo negauit, ſi plures ſunt perſonæ
diuerſorum quidem graduum , ſed quibus tamen om-
nibus competat querela inofficioſi teſtamenti, propte-
rea quòd fuerint immerenter exheredatæ, competat au-
tem ex ordine , prout quiſque prior aut poſterior ad-
mittendus eſſet ad ſucceſſionem inteſtati. Admittendos
quidem priore loco eſſe illos qui in priore gradu ſunt,
ſed iis ſiue tempore , ſiue repudiatione , ſiue alio quo-
quo modo excluſis, ſequentes admitti tanquam in prio-
rum locum ſuccedentes , ita tamen vt non ex perſona
prioris conqueratur poſterior , neque ex iure prioris
gradus , ſed ex perſona propria , & ex proprio gradu :
quod in edicto ſucceſſorio diuerſum eſt. Ex eo namque
poſt priorem gradum admittitur ſequens , qui nullum
ius habuit quandiu prior excluſus non fuit. Adeo fuit
neceſſarium edictum ſucceſſorium , vt ſuccedendi ius
haberet is qui alioqui ſuccedere nullo modo potuiſſet.
Exemplum autem ad Paulum adferri non aliud melius,
aut elegantius poteſt, quàm ex † *l. pater filium* 14. *eod.* 14
qui alius locus eſt, quo interpretes abutuntur. Pater ,
inquit Papinianus, filium emancipauit, & nepotem ex
eo retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, atque ita
duos habens filios, vtroque exheredato & patre præte-
rito vita deceſſit. In quæſtione inofficioſi teſtamenti
præcedit cauſa filiorum , quia & ab inteſtato potior eſt
eorum cauſa quàm patris. Itaque patris intentio inte-
rim pendet, quandiu liberi aut excluſi, aut condemnati
non ſunt. Poſtquàm verò contra filios iudicatum eſt,
tum demum pater ad querelam vocatur, & ſuam inten-
tionem implere poteſt, id eſt, inofficioſi querelã propo-
nere, quæ iam inde à die aditæ hereditatis cœpit ei com-
petere : adeo vt ſilentibus liberis potuiſſet ille ius ſuum
ſtatim exequi, & teſtamentum rumpere, quamuis ea vi-
ctoria poſtea non tam patri, quàm liberis eſſet profutu-
ra, *d. l. poſthumus*. 6. *§.* 1. *eod.* nimirum ſi facto patre fami-
liâs inteſtato liberi ipſi ſuccedere & poſſent, & vellent:
ideóque ſic Papinianus ſcribit *præcedente cauſa filiorũ*,
id eſt, liberis priore loco querelam proponentibus, quia
cùm priores agunt illi qui priores ſuccedere poſſunt,
nemo ex ſequentibus admitti poteſt ad accuſationem,
quãuis ſit publica (neque enim plures vnquã eodẽ tem-
pore admitti poſſunt) At ſi liberi tacerent, quamuis non
eſſent excluſi à iure proponendæ querelæ , pater tamen
non prohiberetur ius ſuum exequi, & quidẽ ex propria
perſona. Quis enim eum repelleret, cùm nec poſſit quiſ-
quam repellere accuſatorem, qui nullo modo, nullóque
caſu ſucceſſurus ſit ab inteſtato, *d. l. poſthumus* 6. *§.* 1. Ex
eo igitur apparet admitti patrem poſt liberos , non ex
edicto ſucceſſorio, ſed tanquam eum cui non minoremi

iniuriam fecerit teſtator, cùm eum præteriit, quàm libe-
ris, cùm eos exheredauit. Et ſicuti alia eſt iniuria quæ fit
patri à teſtatore, alia quæ liberis: ita & aliud eſt ius que-
relæ, quæ patri, alia eius quæ liberis competit. Nec quòd
vtraque ſimul proponi non poteſt, facit vt alia ex alia
pendeat, aut vt vna eademque querela eſſe exiſtimetur:
at in edicto ſucceſſorio vna eadémque ſucceſſio eſt, quæ
liberis, quæ agnatis, & quæ cognatis defertur, licèt di-
uerſorum graduum perſonis, & ex diuerſis gradibus de-
15 feratur. Succeſſio † enim æſtimatur ex perſona illius,
cuius ſucceſſio eſt, qui vnus eſt. Querela autem ex per-
ſonis eorum, quibus teſtator iniuriam fecit, quæ perſo-
16 næ plures eſſe poſſunt. Sed etſi edictum ſucceſſorium †
in querela locum haberet, ſequeretur quòd liberi qui à
proponenda querela tempore excluſi eſſent tanquam
liberi, adhuc tamen audiri deberent tanquam agnati, &
rurſus tanquam cognati. Nam & in ſucceſſori[o] dicto
idem euenit, vt qui prior vocatur, non minùs [e]i ipſi
ſuccedat, quàm alij poſteriores ei ſuccedant, *d. l. 1. §. ſed
videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atqui in querela hoc eui-
17 denter falſum eſt. Qui enim querelam proponere † po-
tuit tanquam filius, ſi tempore excluſus ſit, non auditur
poſtea ſi eam velit proponere tanquam agnatus, aut
tanquam cognatus: quia nec facta ei eſt iniuria tan-
quam agnato, aut tanquam cognato, ſed tanquam filio,
cùm nec agnatis, nec cognatis, qui ſunt vltra fratrem
poſſit vlla fieri iniuria propter quam poſſint habere
ſpem obtinendi, *l. 1. eodem*, niſi caſu fortuito, & per im-
peritiam aut iniuriam iudicis, *d. l. poſthumus. §. 1. eod.*
18 nam nec frater ipſe habet † querelam: niſi inſtituta
turpi perſona, aut quæ laboret ſaltem aliqua vel leui
maculæ nota, *l. fratris 1. l. fratres 27. C. eo.* Alij ſiquidem
19 non habent † querelam, quàm qui vel inſtituendi ſunt,
vel iuſtè exheredandi: vt ſummoueantur à ſucceſſione,
quæ ipſis, aut iure naturæ, aut ſaltem iure miſerationis
debetur: quorum alterum conuenit liberis, alterum pa-
rentibus, *l. nam etſi 15. eod. l. ſcripto 7. §. fin. D. vnde liber.*
neutrum fratribus conſanguineis, multò minùs agna-
20 tis. At neque nepoti † ex filio, qui teſtatori, eidémque
patri ſuo ſuperſtes fuit. Nec enim eius, qui filium, & ex
eo nepotem vtrumque ſuperſtitem habet, ſucceſſio po-
teſt deberi nepoti, quippe quem pater, idémque filius
mortis tempore anteuertit *d. l. ſcripto. in princ.* Nec pro-
inde facit nepoti iniuriam auus, qui nepotem præterit
aut exheredat, ſiue filium ipſum inſtituerit, ſiue exhere-
dauerit, cùm nullo iure teneretur nepotem inſtituere,
aut exheredare, niſi in caſum legis Velleiæ, id eſt, ne ſi
fortè poſteà ſuccederet in locum filij viuo adhuc auo,
teſtamentum quaſi agnatione ſui heredis rumperetur,
*l. Gallus 29. §. ſequenti parte. & §. videtur. D. de lib. &
poſthum.* Quòd ſi nullam auus fecit iniuriam nepoti ex
filio ſuperſtite, cum nepotem ipſum præteriit vel exhe-
redauit, non poteſt dici quo iure debeat ille admitti ad
querelam ex propria perſona: ex perſona verò filij ex-
heredati, eiuſdémque patris ſui multò minùs poteſt ad-
21 mitti, quoniam iniuria † facta, nunquam alteri quere-
lam præbere poteſt: adeò vt ne quidem pater poſſit in-
ſtituere querelam nomine filij, eo inuito, quoniam filij
non patris iniuria eſt, *d. l. Papinianus. 8. in principio.* vbi
additur, quod magis eſt, ſi filius poſt agnitam litis ordi-
nandæ gratia bonorum poſſeſſionem deceſſerit ſuper-
ſtite patre, adhuc dicendum eſſe non poſſe admitti pa-
trem, ſed finitam inofficioſi querelam, quæ non patris,
ſed filiæ nomine dabatur. Etſi enim videtur præparata
querela cum filius bonorum poſſeſſionem accepit litis
ordinandæ gratia, *d. l. poſthumus 6. §. fin.* id tamen eò per-
tinet vt querela præparata poſſit tranſmitti ad here-
dem aliúmve quemlibet ſucceſſorem, cuius eadem cum
defuncto perſona videri poſſit. At pater neque heres,
neque ſucceſſor filij eſt. Cum ergo nec nepos poſſit dici
heres filij, quem nos ponimus & ſuperſtitem, & à iure
proponendæ querelæ excluſum eſſe, multò minus po-
teſt ex perſona patris ſui conqueri de inofficioſo teſta-
mento aui. Imò nec ſi pater eius deceſſiſſet, poſtquam
excluſus fuiſſet, quia non poteſt admitti ius quod iam
repudiatū aliterúe amiſſum fuit, *l. ſi quis filium 34. C. de
inoffic. teſtam.* Sed & ſi pater nunquam excluſus fuiſſet
à querela, deceſſiſſet tamen ante eam præparatam, nul-
lo iure poterat olim nepos ad querelam admitti neque
ex propria, neque ex patris ſui perſona, nec ſi patris
heres extitiſſet. Ob eamque nimirum cauſam neceſſa-
ria fuit conſtitutio † Iuſtiniani *in dict. leg. ſi quis fi- 22
lium*, vt nimirum querela filio competens poſſet
etiam non præparata tranſmitti ad nepotem, tanquam
ad heredem. Qua conſtitutione nil opus erat ſi ad ſuc-
ceſſorium edictum in querela locum habere potuiſſet.
Quidni enim habuiſſet locum eo caſu, ſi quo vnquam
alio? Si verò locum habebat, quomodo verum erit quod
Iuſtinianus ait incuſans iuris veteris iniquitatem, *omne
adiutorium nepotem dereliquit?* Nam quod Baldus † ad 23
eam legem num. 5. & alij reſpondent, nullum auxilium
competiiſſe huic nepoti volenti venire ex perſona pa-
tris: ſed competiiſſe venienti ex propria, & ex ſucceſ-
ſorio edicto, ridiculum eſt. An non enim ſemper com-
modius & expeditius eſt † venire ex propria perſona, 24
quàm ex aliena? aut qua miſeratione dignus erat is ne-
pos, quamuis nullum ei ius ſupereſſet veniendi ad que-
relam ex perſona patris, ſi poterat venire ex propria? an
fortè minùs conſequeretur eo caſu, quo ex propria per-
ſona veniret? imò multo plus, quia veniendo ex perſo-
na patris, cui aliquid vel minimum relictum fuiſſet, non
poſſet nepos agere niſi ad ſupplementum, vt expreſſim
habet conſtitutio: cùm tamen ſi ex propria perſona
proponeret querelam, & obtineret, totum teſtamentum
rumperet, atque ita ſolus ſuccederet ab inteſtato. Ita
ergo fiet vt hic nepos damnum potiùs quàm commo-
dum ſenſurus ſit ex conſtitutione Iuſtiniani, qui tamen
gloriatur, quòd ei faueat, quem omnino vetuſtas ne-
glexerat, id eſt, & lex XII. tabularum, & lex Velleia, &
interpretatio prudentum, quæ ius querelæ induxit, &
ipſe denique Prætor. Alioqui parum curare deberet ne-
glectum ſe à legibus, & à prudentibus omnibus is,
quem Prætor ex edicto ſucceſſorio vocaret ad quere-
lam. Et prætereà, ſi poſſet habere querelam ex propria
perſona, non eſſet quærendum de patris delicto. Tunc
enim de patris † delicto in cauſa nepotis quærendum 25
eſt: cùm nepos fuit exheredatus ob delictum patris
præmortui, vt in *l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bon. poſſ.
contr. tab.* vbi tamen additur hoc etiam caſu, eum qui de
inofficioſo cognoſcit, non minùs merita nepotis, quàm
patris eius delicta perpendere debere. At in caſu no-
ſtro, id eſt, cùm agitur de nepote ex filio ſuperſtite, † 26
conſtituit Iuſtinianus in *d. l. ſi quis filium 34.* vt omni-
modo ſuccumbat nepos, ſi heres apertiſſimis probatio-
nibus potuerit oſtendere ingratum patrem nepotis cir-
ca teſtatorem fuiſſe: quamuis ipſius nepotis ingratitu-
do probata non ſit, at neque allegata: quæ tamen vbi-
que & alleganda & probanda eſſet, ſi nepos per ſucceſ-
ſorium edictum ad querelam ex propria perſona ad-
mitti poſſet. Et verò ridiculus eſſet, ac parum cautus
nepos, qui proponeret querelam ex perſona patris in-
grati, ſi proponere illam ex propria perſona poſſet, cùm
eſſet ipſe innocens. Nam de innocente nepote procul-
dubio loquitur Iuſtinianus, cùm ei tantoperè fauen-
dum eſſe ait. Cur enim nepoti ingrato faueri oporteret,
tametſi vellet venire ex perſona patris, etiam qui ingra-
tus non fuiſſet? Adde, quòd nepos ex filio ſuperſtite, ſi
querelam habere poſſet ex propria perſona, † neceſſe 27
eſſet vt eam haberet vel tanquam præteritus, vel tan-
quam exheredatus. Nam nec aliis querela datur, quàm
qui vel exheredati ſint, vel ita præteriti, vt eorum præ-
teritio habeatur pro exheredatione, *§. mater. Inſtit. de
exheredat. liber.* At nepos hic non ponitur fuiſſe exhe-
redatus, nec expreſsè, nec tacitè. Non expreſsè, quia po-

nimus

nimus præteritum fuiſſe: non tacitè, quia licèt Bartolus
28 ad *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſthum.* dixerit † omnes
perſonas, in quas dominium defuncti non continuatur
ipſo iure, ſi præteritæ fuerint, habendas eſſe pro exhere-
datis, id tamen falſum eſt, & bene à Baldo reprehenſum
in *d. l. ſi quis filium, num.* 5. ſumpto argumento ab eman-
cipato, qui cum non ſit ex iis perſonis in quas domi-
nium continuatur ipſo iure, quia non eſt ex ſuis here-
dibus, ſi tamen præteritus ſit, habet bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas, quam vtique non daret ei Prætor,
ſi haberet eum pro exheredato, *l. non putauit.* 8. *D. de bo-
norum poſſ. contra tabul.* Item, quia ſi iſtud ſilentium ha-
beretur pro exheredatione, ſequeretur quòd talis exhe-
redatio quæ nullam haberet cauſam, redderet teſtamen-
tum nullum hodie, (ſic enim legendum eſt apud Bal-
dum) ex *§. aliud quoque capitulum. Nouell.* 15. *vt cum de
appell. cognoſc.* Atqui hoc falſum eſt, quia incorrecta re-
29 manent antiqua iura, ex quibus conſtat nepotem †
hunc filio ſuperſtite impune præteriri poſſe, nec neceſ-
ſarium eſſe vt exheredetur, *l. ſi quis poſthumus* 9. *§. ſi fi-
lium. D. de liber. & poſthum. l. ſi quis filio* 6. *D. de iniuſt. rupt.*
Multo igitur minus neceſſe eſt, vt adiecta cauſa exhere-
30 detur. Ergo nepos † ex filio ſuperſtite cùm eſt præteri-
tus non poteſt habere querelam ex propria perſona
tanquam exheredatus. An ergo tanquam præteritus? At-
31 qui inauditum eſt, vt querela † detur præterito, niſi
cùm præteritus habetur pro exheredato. Alioqui ne-
ceſſe eſt, vt vel præteritio illa effectum ſuum ſortiatur,
vel ipſo iure reddat teſtamentum nullum: quod po-
ſtremum dici non poteſt de hoc nepote, quem verum
eſt impunè præteriri poſſe dd. ll. nec minùs nouo iure,
quàm vetere. Non enim Iuſtinianus conſtituit in *d. l. ſi
32 quis filium*, vt debeat exheredari, ſed tantùm † vt ſi pa-
ter eius fuerit immerenter exheredatus, poſſit ille ex
perſona patris conqueri de inofficioſo, quod ego ita
accipio, ſiue ipſe nepos præteritus ſit, ſiue exheredatus,
dum ne iuſta ex cauſa. Indignus enim eſſet, quem Iuſti-
nianus vocaret ex perſona patris, ſi ob propriam ingra-
titudinem exheredatus fuiſſet. Neque rurſus cum Iuſti-
nianus ei fauet, idcircò ei fauet, quòd præteritus tantum
fuerit, non exheredatus: ſed quia & nepos, & heres eſt
illius, qui immerenter fuit exheredatus: quique tranſ-
mittere ad eum querelam potuiſſet, ſi eam præparaſſet,
quam tamen præparare non potuerat, etſi maximè vo-
luiſſet, cum nondum eſſet adita hereditas per heredem
extraneum, quod ad inſtituendam inofficioſi querelam
omnino requirebatur, *d. l. ſi Papinianus. §. ſi conditioni.
D. eod.* Hic enim caſus eſt qui conſtitutioni cauſam de-
dit, tametſi vltima legis verba oſtendant generaliorem
eſſe conſtitutionem, & ad omnes caſus pertinere, in
quibus deceſſerit filius exheredatus, ſiue ante, ſiue poſt
aditam ab extraneo hereditatem. Solos enim excipit
duos illos caſus, ſi filius aut expreſsè querelam repudia-
uerit, aut tacitè per ſilentium quinquennale: additque,
33 *poſt aditam ſcilicet hereditatem*, quia † nec tacitè, nec
expreſsè repudiari poteſt querela ante aditam heredita-
tem, cum nec prius competat. Alij verò duo caſus, quos
noſtri cumulant, vt ex duobus faciant quatuor, non ſunt
34 † ſimiles, neque poni debent in numero exceptorum:
nimirum ſi filius exheredatus vel probetur ingratus, vel
fuerit in aliqua re inſtitutus. Nam in priore caſu non
excluditur querela, ſed ſuccumbit nepos qui ex patris
ſui perſona querelam proponit. Poſteriore verò caſu ex-
cluditur quidem querela inofficioſi, ſed non excluditur
tranſmiſſio quam ex lege Iuſtinianus inducit. Tantun-
dem enim iuris habet eo caſu nepos, quantum filius
35 ipſe haberet, ſi viueret, actionem † ſcilicet ad ſupple-
mentum ex *leg. omnimodo* 30. *C. eod.* quam actionem Iu-
ſtinianus ſubſtituit in locum querelæ. Cæterum nullo
36 caſu patiar dari † querelam, aut actionem ad ſupple-
mentum huic nepoti ex propria perſona, quamuis fue-
rit exheredatus, ſi vel minimo inſtanti ſuperuixerit pa-
ter, quia cum filius ſuperuixerit, & ſemel ſucceſſio de-
lata fuit vel ipſi, vel alij ipſo viuo, nullæ prorſus ſunt
partes nepotis in ſuccedendo, ſiue contra teſtamen-
tum, ſiue ab inteſtato: tanquam qui nec inter liberos
connumeretur, quod ad cauſam ſucceſſionis attinet,
cum à patre ſuo anteuertatur. Quid ergo ei prodeſſet
habere querelam? Nam etſi caſu obtineret, nihil tamen
victoria ei prodeſſet, qui nullo modo poſſit ab inteſtato
ſuccedere auo, in cuius familia non tenuit ille primum
gradum mortis tempore. Mortis enim tempus etiam
in hoc nepote præciſe ſpectandum eſſe, cùm de inte-
ſtati ſucceſſione quæritur, conſtat ex *d. l. ſi quis filio*, nec
quiſquam ex interpretibus negat. Nec rurſus poſſet ea
victoria prodeſſe filio, qui iam tum non modò defun-
ctus, ſed etiam vtiliter & efficaciter exheredatus reperi-
retur, confirmato ſcilicet teſtamento per aditionem ex-
tranei heredis *l. patronus* 12. *§. ex teſtamento. D. de bon.
libertor. leg. ſi patroni* 55. *§. qui fideicommiſſum. D. ad Se-
natuſconſultum Trebellianum.* Nam qui ſemel à ſucceſ-
ſione aliqua efficaciter excluſus fuit, in perpetuum re-
manet excluſus. Idcóque bene prudentes noſtri ſolent
dicere inutilem † eſſe querelam inofficioſi teſtamenti ei 37
qui nullo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, etiamſi caſu
obtineat *d. l. poſthumus* 6. *§.* 1. *D. de inoffic. teſtam.* Quòd
cùm ita ſit, non poſſum intelligere quid ſibi velit Bal-
dus, † cùm ait, vt effugiat obiectionem quæ fit ex *d. l.* 38
ſi quis filio, eum textum procedere quando nepos vult
venire ex cauſa præteritionis, quòd tunc attendatur ſta-
tus nepotis tempore mortis aui: ſecus autem eſſe,
quando venit per querelam, vbi habet locum edictum
ſucceſſorium. Nam præter id quòd iſta principij petitio
eſt, quæro quis alius finis & effectus huius querelæ eſſe
poſſet, niſi vt faceret auum inteſtatum? Quid autem ea
res prodeſſet, cùm neque poſteà ipſe ex propria perſona
ſuccedere ab inteſtato poſſet, neque ex perſona patris
qui exheredatus fuiſſet? Deinde hæc reſponſio Baldi
præſupponit, poſſe competere querelam ei qui ſit præ-
teritus, quamuis eius præteritio non habeatur pro ex-
heredatione. Iam enim oſtendimus nepotem hunc qui à
patre ſuo mortis aui tempore anteuertitur, non ſolùm
pro exheredato non haberi, in quo ipſe Baldus nobiſ-
cum ſentit contra Bartolum, ſed etiamſi fuerit exhere-
datus, eam tamen exheredationem † ineptam & illuſo- 39
riam eſſe, cùm non poſſit magis excludere nepotem
hunc, qui iam ſatis ſupérque excluſus ſit per patris ſui,
ſiue inſtituti, ſiue exheredati, ſiue præteriti ſuperexi-
ſtentiam, quemadmodum eſſet inepta in extraneo, *l. qui-
dam cum filium* 132. *D. de verbor. oblig.* niſi fortè haćte-
nus vt eum excludat à nouo beneficio tranſmiſſionis
quod ei Iuſtinianus indulſit in *d. l. ſi quis filium*, iuxta
ea quæ ſuprà diximus: ſed non pertinet adiectio hæc
ad quæſtionem noſtram, quæ eſt de nepote, querelam ex
propria ſua proponente. Et in hoc ego non tantùm à
Dyno, Bartolo, Baldo, & aliis penè innumeris ſequaci-
bus diſſentio, ſed etiam à Iacobo Butr. à quo iidem om-
nes diſſenſerunt. Nam cum ille defenderet, quod nos
volumus in querela non eſſe locum ſucceſſorio edicto,
& tamen vrgeretur ex reſponſo Pauli in *d. l. pen. D. de
inoff. teſtam.* non aliud habebat vir bonus quod poſſet
reſpondere, vt Baldus refert, niſi quod lex illa debeat in-
telligi de nepote non præterito, ſed exheredato, quaſi † 40
permittendum huic ſit inſtituere querelam nomine
proprio, propter iniuriam exheredationis. Si quis enim
eandem ſententiam & interpretationem contra nos
tueri pergat, reſpondeat obſecro ad ea quæ nos proxi-
mè contra Baldum diſputauimus. Sed fefellerunt omnes
iſtos verba † Pauli, *an ſequens admittatur videndum eſt*, 41
ſequentem enim omnes intelligunt eum, qui ſequatur
in gradu ex eadem tamen linea, ſiue aſcendentium, ſiue
deſcendentium. Atque ita ſi ponas adeſſe perſonas di-
uerſorum graduum, in linea deſcendentium ſequentem
intelligunt nepotem, quia qui præcedit filius eſt. Si

verò in linea aſcendentium ſequentem intelligent
auum aut auiam, quoniam qui præceſſit, pater aut ma-
ter fuit. At non iſta Pauli ſententia eſt: ſequentem
enim intelligit, non qui ſequitur in gradu eiuſdem li-
neæ, quo ſenſu nunquam poteſt gradus poſterior prio-
ri ſuccedere, ſiue de aſcendentium, ſiue deſcendentium,
aut tranſuerſalium linea diſputemus: ſed eum demum,
qui cum ſit ex alia planè diuerſa, minúſque fauorabili
linea, non potuit admitti ad querelam: quandiu alius
fauorabilioris lineæ ipſum præcedebat, poſt quem ad-
mitti iure ſuo nihilominus poteſt: vt puta ſi quis ex-
heredauerit filium, & præterierit, vel exheredauerit pa-
trem, vt in ſpecie quam explicauimus, *d. l. pater filium*.
Aut ſi quis inſtituta turpi perſona exheredauerit pa-
trem, vel matrem, & præterierit fratrem conſangui-
neum. Sicut enim præcedente cauſa filiorum patris in-
tentio pendet, ita vt non poſſet pater querelam exercere
ad proprium commodum, quandiu filius defuncti ad
accuſationem admitti poteſt, *d. l. pater filium*, quia nec
ab inteſtato poſſet admitti pater defuncti, niſi poſt ip-
ſius liberos: ita & nullis exiſtentibus liberis potior eſt
cauſa aſcendentium quàm fratrum, qui nonniſi ex la-
tere coniuncti ſunt, & conſequenter ſicut excluſo filio,
qui ad querelam prior admitti potuit, locus fit patri, *d.
l. pater filium*, & quidem, etiamſi defunctus reliquerit
nepotem ex filio ſuperſtite (ſic enim locus ille ex ratio-
ne iuris neceſſar.ò intelligendus eſt, cùm nepos nullo
caſu poſſit ab inteſtato ſuccedere auo, cui filius ſuper-
uixit) ita & excluſo patre qui fuerat præteritus, aut
quod idem eſt, exheredatus, ſiue nolit, ſiue ex aliqua
cauſa non poſſit admitti ad accuſationem, ſequens in
iure proponendæ querelæ admittetur, id eſt, frater ob
inſtitutam à fratre turpem perſonam, & præfertur auo
defuncti, cui ſanè non præferretur, ſi edictum ſucceſſo-
42 rium hic locum habere poſſet. Edictum † enim ſucceſ-
ſorium eoſdem vocat, & eodem ordine qui, & quo vo-
cantur in ſucceſſione inteſtati. In qua porrò certum eſt
hodie potiorem eſſe cauſam aſcendentium cuiuſcun-
que gradus, quàm collateralium, *Nouel. 118. de hered. ab
inteſt. venient.* Præfertur autem frater auo in querela,
non tanquam potior in ſucceſſione ſi inter auum & fra-
trem res agatur, ſed quia nullus poteſt locus eſſe auo in
ſucceſſione nepotis, quandiu auum pater præcedit, ſi-
cut nec nepoti in ſucceſſione aui, quandiu nepotem
pater anteuertit. Dices multò minùs poſſe locum eſſe
fratri, quandiu ſupereſt aliquis ex aſcendentibus cuiuſ-
cunque gradus ille ſit. Fateor, cùm de ſucceſſione inte-
ſtati quæritur, ſed nos ponimus factum eſſe teſtamen-
tum, & tractamus de querela, quæ non ſicut competit
ex propria perſona fratri præterito cùm turpis heres
inſtitutus fuit, ita & auo præterito competere poteſt, ſi
eum pater tempore mortis anteuertebat. Itaque exclu-
ſo patre à proponenda querela, quòd vel eam repudia-
uerit, vel tempore mortis excludi ſe paſſus ſit, cum ad-
huc teſtamentum ſubſiſtat, per quod tam auus quàm
alius quilibet legitimus ſucceſſor excluditur, apparet
neque de ſucceſſione inteſtati, neque de iure aui quid-
quam quæri poſſe, ſed ad alias perſonas progrediendum
eſſe, quæ ius habent querelæ proponendæ, inter quas
perſonas auus non eſt, quem pater in ſucceſſione ante-
uertit, & quem ideò exheredare nepos non debuit, *arg.
d. l. ſi quis filio*. Frater verò eſt, cui defunctus iniuriam
fecit, cùm ei turpem perſonam prætulit. Nec quod fra-
trem quoque pater anteuertit, ad rem pertinet: non
enim anteuertit eum pater in ſucceſſione inteſtati, quæ
nulla eſt, quandiu teſtamentum ſubſiſtit, ſed tantùm an-
teuertit eum in querela, quam ſi quoquomodo amit-
tat, amittit quoque ius ſuccedendi ab inteſtato, tametſi
poſtea contingat teſtamentum rumpi per querelam à
fratre inſtitutam. Non enim poteſt querela fratris ei
prodeſſe, qui ex propria perſona quæri cùm poſſet, ta-
men noluit, aut obtinere non potuit. Itaque hoc caſu
auum † excludit non tantùm pater, ſed etiam teſtamen- 43
tum, contra quod non poteſt auus venire per querelam,
cùm ſit ex iis perſonis quas defunctus potuit impunè
præterire. Patrem verò nihil excludit niſi teſtamentum,
& ideò poteſt queri de inofficioſo. Fratrem denique ex-
cludit pater, & teſtamentum: ideóque nec habet que-
relam, quandiu pater queri poteſt: ſed excluſo patre
habet, quia tunc incipit primum locum tenere in ſuc-
ceſſione inteſtati, nec excluditur aut per auum, quem &
teſtamentum & pater excludit, aut per patrem qui ipſe
quoque excluſus reperitur, non modò à querela, ſed
conſequenter etiam à ſucceſſione, nec ſolùm teſtamen-
taria, ſed etiam legitima. Denique poteſt imputari teſta-
tori, cur turpem perſonam & patri & fratri prætulerit,
non etiam cur auo: quia cùm pater & auus in eadem
ſint linea, facit interpoſita patris perſona vt nulla pror-
ſus aui ratio habeatur, quòd non ſimiliter poteſt dici de
fratre, qui & in alia linea, & in ea primus eſt, cui proin-
de iniuriam fecit frater, cùm præterito vel exheredato
patre, atque ita per conſequentias excluſo quoque auo,
fratrem nihilominus præteriit, aut exheredauit, prælata
perſona turpi. Non enim ſicut excludendo patrem ex-
cludit auum, ita & excludit fratrem, qui & in alia linea
eſt, & ad ſucceſſionem inteſtati hodie ex nouo iure, ſi
modò vtrinque coniunctus eſt, ſimul cum patre admit-
titur, *Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll.* ſiquidem pater &
auus cùm ſint diuerſorum graduum, in eadem linea
concurrere nunquam poſſunt: pater verò & frater poſ-
ſunt, quia licèt ſint in diuerſis gradibus, pater nimirum
in primo, frater verò in ſecundo, ſunt tamen in diuerſis
lineis. Vnde poſſit quis, meo iudicio, non improbabili-
ter defendere hodie † concurrere illos non minùs in 44
querela inofficioſi teſtamenti quàm in ſucceſſione inte-
ſtati, cùm ius & ordo querelæ ex iure & ordine ſucceſ-
ſionis inteſtati æſtimetur, nempe ſi frater ſit vtrinque
coniunctus. Nam ſi ſit conſanguineus tantùm, non po-
teſt ex Iuſtiniani conſtitutione concurrere cum patre in
ſucceſſione inteſtati, nec igitur in querela: ſed poſt ex-
cluſum demum patrem erit admittendus, non vt ſucce-
dat in locum patris excluſi, ſed vt ex propria perſona
propriόque gradu admittatur remoto patris obſtaculo,
& citra edicti ſucceſſorij poteſtatem. Iſque verus & ger-
manus ſenſus eſt, *d. l. pen. de inoff. teſtam.* At alius hic
ſcrupulus ſupereſt. Nam ſi verum eſt quod diximus, † 45
ius & ordinem querelæ æſtimandum eſſe ex iure & or-
dine ſucceſſionis inteſtati, conſequens videtur vt ſuc-
ceſſorium edictum habeat locum in querela fauore ne-
potis, quemadmodum nepos ſuccedit in locum filij ex
ſucceſſorio edicto, cùm agitur de ſucceſſione inteſtati.
Sic enim plerique putant, vt quamuis iure ciuili non ſit
in ſuis ſucceſſio, ſit tamen iure prætorio ex *l. vlt. C. vnde
lib. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* Verùm reſpondeo † 46
falſum hoc eſſe, vt nepos habeat beneficium edicti ſuc-
ceſſorij, cùm filius ipſe ſucceſſit, licèt poſtea abſtinue-
rit, vt dicemus in ſequentibus ad *d. l. vlt. C. vnde liber.*
Ergo retenta etiam comparatione querelæ & ſucceſſio-
nis inteſtati, non poteſt nepos habere querelam, ſi filius
eam ſemel propoſuerit, licèt ſuccubuerit. Deinde &
apertiùs reſpondeo poſſe admitti comparationem † 47
querelæ & ſucceſſionis ab inteſtato ciuilis, non etiam
ſucceſſionis prætoriæ. Querela ſiquidem iuris ciuilis
eſt, non prætorij, vt nemo neſcit. Atqui iure ciuili non
eſt in ſuis ſucceſſio, quantum ad ſucceſſionem inteſtati,
l. 1. §. ſciendum. D. De ſuis & legit. Ergo neque in que-
rela inofficioſi teſtamenti edictum ſucceſſorium locum
habere poteſt, quamuis locum habeat in ſucceſſione in-
teſtati iure prætorio. Plus dico, & quod nemo fortaſſis
hactenus dixit. Nec iure prætorio poſſe nepotem ex
filio ſuperſtite admitti per edictum ſucceſſorium ad
ſucceſſionem aui, ſi filius in poteſtate retentus fuit, quia
etiam apud Prætorem ſemper obſtat nepoti filius in
poteſtate retentus, ſi modò tanquam naturalis retentus
fuerit,

fuerit, non tanquam adoptiuus, *l. 1. §. ſi quis filium 7. in fin. leg. ſi quis ex his. D. Vnde liberi*: tunc enim ſunt omnia integra nepoti, vt poſſit admitti tanquam nepos, ex capite Vnde liberi, quamuis pater ſit ſuperſtes cùm pater & emancipatus fuit, & bonorum poſſeſſionem petere noluit, aut ex aliqua cauſa non potuit. dict. l. 5. §. vltim, vt intelligamus ſi alterum iſtorum deſit, hoc eſt, ſi vel pater in poteſtate retentus fuerit, vel cùm emancipatus eſſet, bonorum poſſeſſionem ſemel petierit, etiamſi poſteà fortè per in integrum reſtitutionem abſtentus ſit, nullum nepoti ex ſucceſſorio edicto locum ſupereſſe, *d. §. ſi quis filium. iunct. leg. vltim. D. de ſucceſſ. edict.* Atqui quæſtio noſtra eſt de nepote ex ſuperſtite filio in poteſtate retento. Non igitur in eius perſona poteſt locum habere querela inofficioſi, vt ad eam poſt patrem admittatur, ſiue exheredatus ipſe fuerit, ſiue non fuerit, etiamſi mala illa querelæ inofficioſi & ſucceſſionis inteſtati prætoriæ comparatio recipia-
48 tur. Dixi malam † eſſe comparationem non ob id ſolùm, quòd querela inofficioſi ſit ex iure ciuili, ſed etiam quia cùm dicimus ius & ordinem querelæ inofficioſi teſtamenti æſtimandum eſſe ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati, non illud ſignificamus, vt omnes qui ſuo loco & ordine poſſent ab inteſtato ſuccedere, poſſint querelam exercere (ſic enim fieret vt etiam vltra fratres porrigeretur ius proponendæ querelæ, ſicut & porrigitur ius ſucceſſionis inteſtati, quod tamen falſum eſt, *dict. l. 1. D. de inoff. teſtam. l. fratris 21. C. eod.*) ſed hoc tantùm volumus, inter eas perſonas quæ ius habent querendi de inofficioſo teſtamento, vt ſemper habiles termini præſupponantur, eum ipſum ordinem ſeruari debere, qui ſeruaretur in ſucceſſione inteſtati, cum per querelam conqueratur actor quòd non fuerit ſibi relicta pars eius portionis quam ab inteſtato erat habiturus. Prius ergo probandum eſſet, quod nunquam probari poterit, nepotem ex filio ſuperſtite ex iis perſonis eſſe, quæ ad querelam admitti poſſunt, quàm vt probari queat, habere illum in iure proponendæ querelæ beneficium edicti ſucceſſorij. Nam ſi ne tum quidem, cùm exheredatus immerenter fuit, poteſt tamen habere querelam, vt nos contra Iacob. Butrig. diſputauimus, quanto minùs habere poterit ex perſona propria ob exheredationem patris, cùm ipſe exheredatus non ſit, quia nec exheredari debuit? Vnus tantum iuris locus ſupereſt explicandus, quo potiſſimùm noſtri abutuntur, vt probent in querela inofficioſi teſtamenti ſucceſſorio edicto locum eſſe: is eſt in *d. l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contr. tabul.* de cuius vera ſententia & interpretatione iam videamus.

ERROR VI.

De ſententia l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contra tabulas.

SVMMARIA.

1 *Reſponſum Vlpiani in l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contr. tab.*
2 *Interpretatio de reſponſ. à Bartolo allata.*
3 *Expoſitio d. §. ex authoris ſententia.*
4 *Non valent nuptiæ, quas ſine patris voluntate filius qui eſt in patris poteſtate contrahit.*
5 *Iuſtarum nuptiarum proprium ius. & n. 23.*
6 *Inducta ad vnum effectum non debent operari contrarium.*
7 *Etiam nepos quem filius emancipatus ex ignominioſa vxore ſuſcepit citra voluntatem patris ad bon. poſſeſſionem aui admittitur.*
8 *Verba Vlpiani ab interpretibus accepta.*
9 *D. Verborum vera interpretatio.*
10 *Ratio reſponſi Vlpiani.*
11 *Querela inoff. teſtamenti inducenda cauſa.*
12 *Ignominioſa vxor quæ.*
13 *An nepos innocens in quantum natus ex ignominioſa filij vxore poſſit ab auo exheredari: & num. 15. & 17.*
14 *Ex alterius delicto vt alius exheredaretur veteribus prudentibus quandoque probatur, vt in poſthumis.*
16 *An iuſta fuerit olim exheredationis cauſa ſi filius nuptias contraheret ſine conſenſu patris.*
17 *In extranei perſona exheredatio inepta eſt.*
18 *Non delinquit filius emancipatus qui ſine patris conſenſu vxorem ducit, niſi fuerit ignominioſa.*
19 *Filius emancipatus qui ignominioſam vxorem ducit, poteſt ea de cauſa à patre exheredari, an & nepos ex ea ſuſceptus? & n. 24.*
20 *An Iuſtinianus hoc ipſum correxerit in Nouell. 115.*
21 *Filia poteſt meritò exheredari ſi poſt 25. annum nupſerit homini ignominioſo.*
22 *Iuſta eſt exheredatio filijfam. qui citra conſenſum patris vxorem ignominioſam ducit.*
25 *Iniuria quæ fit patri per ignominioſas nuptias filij, ad quod caput cauſarum ingratitudinis referatur.*
26 *Contractus nuptiarum publicam magis quàm priuatam cauſam habere exiſtimatur.*
27 *Nepotem ex vxore ignominioſa à filio ſuſceptum auus exheredare olim potuit: hodie non poteſt.*
28 *Hodie poſthumus à patre exheredari non poteſt.*
29 *Interdum exheredatio fit bona mente.*
30 *Ex Iuſtiniani conſtitutione nemo debet exheredari ob alienum delictum.*
31 *Sententia quam Bart. & alij d. §. ſi emancipatus, affingunt exploditur.*
32 *Nepos ex filio ſuperſtite ad bona aui non admittitur ſiue filius fuerit inſtitutus, ſiue exheredatus.*

IN hoc §. tractans Vlpianus † de nepote ex filio emancipato, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris, dat nepoti querelam inofficioſi teſtamenti, his verbis, *nec enim minus in hoc nepote is qui de inofficioſo cogniturus eſt merita nepotis, quàm patris eius delicta perpendet.* Quod quoniam pugnare videtur cum eo quod Vlpianus in principio eiuſdem §. dat huic nepoti bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, Bartolus, ſic † interpretandum eſſe ait, vt totus quidem locus ille loquatur de nepote præterito, ſed tamen principium de nepote qui fuerat præteritus poſt mortem patris, atque ita eo tempore quo inſtitui debuerat, vel exheredari, quia tum nemo eum præcedebat. Filius verò de nepote qui fuerit præteritus viuo patre, nec proinde inſtitui debuerit, quæ res facit vt non poſſit admitti per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, querelam tamen habere debeat, *ex dict. leg. pater filium.* Sed qui totum illud reſponſum Vlpiani legerit, non dubitabit quin longè alia ſit ſententia eius loci. Totum enim reſponſum † eſt de nepote ex filio emancipato prædefuncto, ita vt tempore mortis aui ſolus nepos in rerum natura reperiretur, qui poſſet petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui. Sic enim Vlpianus ſcribit, *dein nepos ſi patre iam mortuo ad bonorum poſſeſſionem aui velit venire, admittendus eſt ad eam.* Nec in ſequentibus verbis quidquam eſt, ex quo poſſit coniici Vlpianum tranſire ad aliam ſpeciem de nepote præterito in vita patris. Nam quod ſequitur, *Non enim per reſciſſionem is qui filius iuſtus eſt, efficietur non filius*, nihil niſi ratio eſt ſententiæ præcedentis, & reſponſio ad rationem dubitandi, quæ ex eo moueri poterat, quòd neque filius emancipatus, neque nepos ex filio emancipato admitti poſſint ad bonorum poſſeſſionem aui alio colore,

lore, quàm quòd per prætorem ex æquitate naturali reſ-
cindatur emancipatio, quæ faciebat vt filius emancipa-
tus & conſequenter nepos ex eo poſt emancipationem
ſuſceptus, non tam filius aut nepos, quàm extraneus
intelligeretur, *leg. quin etiam 55. in fin. D. de rit. nupt.*
Porrò cùm reſciſſa per prætorem emancipatione filius
emancipatus perinde habeatur ac ſi ſemper in poteſtate
manſiſſet, inde videtur fieri vt nepos ex eo ſuſceptus
amittere debeat nomen nepotis, tanquam qui nec patri
ſuo filius vnquam fuiſſe intelligeretur, ſi pater eman-
cipatus nunquam fuiſſet: ſiquidem iuris certiſſimi eſt
4 non valere † nuptias quas contrahit ſine patris vo-
luntate filius qui eſt in patris poteſtate, *l. 2. & 3. leg. ſi
nepos 9. cum duabus ſequent. D. de ritu nupt.* quod in filio
emancipato ſecus eſt, *l. filius emancipatus 25. D. eod.* Vi-
debatur itaque ſecum pugnare hic nepos ex filio, pe-
tens bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, cùm
eius pater ſine aui voluntate vxorem duxiſſet. Nam ex
qua parte tanquam nepos petebat bonorum poſſeſſio-
nem, vtique petebat reſcindi emancipationem patris
ſui, qua ſcilicet non reſciſſa, non poſſet ille videri ne-
pos ex filio, qui ipſe filius nunquam fuiſſe crederetur.
Ex qua verò parte petebat reſcindi emancipationem,
hoc ipſo videbatur petere vt pronuntiaretur non eſſe
nepos, tanquam qui eo obtento reperiretur ſuſceptus
ex iniuſtis nuptiis, quarum ius proprium illud eſt, vt ex
5 iis neque vir, neque vxor, neque dos, neque matrimo-
nium, neque liberi vlli fuiſſe exiſtimentur, *§. ſi aduer-
ſus. Inſtit. de nupt.* Nam ſi filius non eſſet patris ſui,
multò minùs poſſet dici nepos aui, cui nonniſi per me-
diam patris perſonam coniungitur, *l. dotem 6. D. de col-
lat. bonor.* Sed reſpondet ad hanc obiectionem Vlpianus
emancipationis reſciſſionem: quæ fit per prætorem,
cùm vocat emancipatos tanquam filios ad bonorum
poſſeſſionem ſiue contra tabulas in caſu teſtamenti,
ſiue Vnde liberi ab inteſtato, non idcircò fieri, vt eò mi-
nùs, ſed vt eò magis liberi admittantur. Id enim eſt quod
& noſtri, licèt minùs eleganter, ſuo more ſolent dicere,
6 Inducta † ad vnum effectum non debere contrarium
operari, *l. legata inutiliter 14. D. de adim. leg.* Subiun-
git Vlp. *Nam etſi tam ignominoſam duxerit vxorem fi-
lius, vt dedecori ſit tam ipſi quam patri mulierem talem
habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum poſſeſſionem
aui admitti.* Quibus verbis apparet non mutari caſum,
ſed eam ipſam ſpeciem continuari, quæ ſola huc vſque
fuit propoſita de nepote præterito, ex filio emancipato
prædefuncto, qui filius vxorem duxerat citra volunta-
7 tem patris. Cùm enim poſſit fieri, vt filius † emancipa-
tus non ſolùm vxorem citra patris voluntatem duxerit,
ſed etiam talem vxorem, quam ſine ignominia ducere
non potuerit, vult docere Vlpianus etiam poſteriore
caſu admittendum eſſe nepotem ad bonorum poſſeſſio-
nem aui, vt hoc ipſo probet multò igitur magis admit-
tendum eſſe priore. Minùs ſiquidem videtur dignus vt
admittatur ad aui bonorum poſſeſſionem nepos, qui ex
ignominioſa vxore ſuſceptus eſſet, quàm qui ex hone-
ſta. At quoniam videbatur hoc iniquum, vt contra ta-
bulas aui veniret hic nepos, quem filius ex ignominio-
ſa vxore præter patris voluntatem ſuſcepiſſet, rationem
8 adfert Vlpianus † iis verbis quæ ſtatim ſequuntur: *cùm
poſſit auus vti iure ſuo, eúmque exheredare.* Hæc verò
verba ſunt, quæ Bartolum, alióſque interpretes feſelle-
runt. Nam cùm abſurdum putent vt nepos innocens
poſſit ob delictum patris exheredari, ex *d. l. diui fratres
17. De iur. patron. l. Paulus reſpondit 47. in princ. D. de
bon. lib. l. diuo Marco 11. C. de quæſt.* malunt quod ait
Vlp. *eúmque exheredare*, de filio intelligere, quàm de ne-
pote. Indéque coguntur dicere, mutari caſum, & incipe-
re Vlpianum loqui de nepote ex filio adhuc viuo. Alio-
qui faterentur eandem ſpeciem retineri de nepote ex
filio præmortuo, neque tamen nepotem, ſed filium ip-
ſum fuiſſe exheredatum, ponendum eſſet filium poſt
mortem ſuam exheredatum fuiſſe, quod abſurdiſſimum
eſſet, *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnib. D.
de lib. & poſthum.* Hoc verò præſuppoſito, cùm tamen
videant Vlpianum in ſequentibus dare huic nepoti
querelam inofficioſi teſtamenti, quam ex propria per-
ſona nemo habere poteſt, niſi qui vel expreſſim, vel ſi-
lentio ſit exheredatus, coguntur dicere non admitti
hunc nepotem ad querelam, niſi ex perſona patris ſui
exheredati, atque ita poſt patrem, & conſequenter ex
edicto ſucceſſorio. Sic enim Vlpianus neceſſariò acci-
piendus eſt, vt pro Bartolo contra nos vrgere videatur.
At nos dicimus longè aliam Vlpiani ſententiam eſſe,
totóque illo § vnam eandémque ſpeciem proponi, de
præterito nepote ex filio emancipato præmortuo: ac
proinde verba illa † quæ Bartolum feſellerunt, *cùm poſſit* 9
auus vti iure ſuo, eúmque exheredare, non de filio, ſed de
nepote accipienda eſſe: quo ſenſu optima eſt ratio quam
adfert Vlpianus, ne quis miretur nepotem hunc ſuſce-
ptum ex ignominioſa vxore, quam alius duxerat, non
ex patris ſui voluntate, admitti nihilominus ad ſucceſ-
ſionem aui contra ipſius voluntatem, id eſt, per bono-
rum poſſeſſionem contra tabulas. Eſt enim quod huic † 10
auo imputari poſſit, cur, cùm teſtamentum conderet,
iure ſuo vſus non ſit, nepotémque hunc, quem præte-
riit, non potiùs exheredauerit, vt eum arceret à benefi-
cio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quam Prætor
nunquam defert liberis exheredatis, quibus nimirum
ob eam rem omnino neceſſaria eſt querela inofficioſi
teſtamenti, vt doceant ſe immerenter exheredatos, *l. non
putauit 8. D. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.* An igitur
mutat caſum Vlp. vt initio loquatur de nepote præte-
rito, poſteà verò de nepote exheredato? Minimè verò.
Tractat enim ſemper de præterito nepote, non de ex-
heredato, ſed qui tamen potuerit, & debuerit ab auo ex-
heredari, vt à bonorum poſſeſſione contra tabulas ſub-
moueretur. At, inquies, quis ferat nepotem exheredari
ob delictum filij, & alieno odio prægrauari innocen-
tem, vt loquitur Iuſtinianus *in l. ſi quis ſuo 33. §. legis. C.
de inoff. teſtament.* Et hoc, inquam, nimirum eſt, † quod 11
inducit querelam inofficioſi teſtamenti, cùm immeren-
ter exheredatus reperitur is, qui omnino vel inſtitui de-
buit, vel nonniſi cum iuſta cauſa exheredari. Itaque ni-
hil in eo abſurdi aut iniqui eſt, quòd hic nepos, quam-
uis innocens, exheredetur, ſed abſurdum & iniquum
emergere inciperet, ſi ex ſolo patris delicto, cùm eſſet
ipſe innocens, omniáque pietatis obſequia auo præſti-
tiſſet, nihilominus condemnaretur. Quanquam, ſi pro-
piùs inſpicere volumus, non tam ex perſona patris,
quàm ex propria videtur exheredatus hic nepos, qui
ideo fuit exheredatus, quòd ſuſceptus ſit ex vxore ig-
nominioſa. Nam cùm ignominioſa † filij vxor illa ſit, 12
quam habere dedecus ſit non tantùm ipſo filio eam ha-
benti, ſed etiam ipſius patri, apparet iuſtum eſſe dolo-
rem aui, ſi nepotem † hunc, quamuis alioqui innocen- 13
tem, ex ea cauſſa exheredet, vel ob hoc ipſum, ne agnoſ-
cendo nepotem ex ignominioſa natum, ipſam quoque
ignominiam agnoſcere, ac vltro ſubire videatur. Neque
rurſus nouum fuit † iuriſprudentiæ veteri, vt ex alte- 14
rius delicto alius exheredaretur. Nam & poſthumos ad-
huc in vtero matris conſtitutos exheredare olim paren-
tes poterant, & plerunque exheredabant, adeóque vtili-
ter, id eſt, ita vt nec per querelam teſtamentum rumpi
poſſet, *leg. poſthumus 9. D. de inoff. teſtam. & tot. de lib. &
poſthum. hered. inſtit. vel exher. D. &c.* non quod in eo
ſtatu aliquam ingratitudinis cauſam admittere potuiſ-
ſent, ſed odio matrum, ſi fortè minùs caſtæ fuiſſent, vt
eius exheredationis metu in officio & pudicitia retine-
rentur, ſcientes alioqui fore vt partum ederent miſe-
rum futurum, perpetuáque egeſtate laborantem. Eadem
ergo ratione poterat & debebat permitti auo, † vt ne- 15
potem ex ignominioſa filij vxore non ex ſua voluntate
ſuſceptum exheredare poſſet, vt eo metu liberi alio-

quin proterui & contumaces ab eiuſmodi nuptiis abſti-
nerent. Quàm multi enim ſunt, qui ne delinquant, ma-
gis liberorũ ſuorum cauſa, quàm proprio pudore, pro-
priive periculi metu deterrentur, *leg. iſti quidem* 8. *D.*
quod met. cauſ. leg. quiſquis C. ad l. Iul. maieſtat. In quo
rurſus obſeruandum eſt, errare vulgo noſtros exiſtimã-
16 tes † iuſtam olim fuiſſe cauſam exheredationis, ſi filius
aut filia nuptias cõtraheret ſine conſenſu patris, idque
probari *ex dict. §. ſi emancipatus.* Vtrumque enim falſum
eſt. Nam ſi perſona, quæ ſine patris conſenſu nuptias
contraxit, in eius poteſtate fuit, vſque adeò iniuſtæ &
inutiles ſunt nuptiæ, vt nec nepotis nomen mereatur
is, qui ex ipſis ſuſceptus eſt *dict. §. ſi aduerſus, Inſtit.* in-
ſpecto nimirum iure ciuili (nam iure canonico aliud eſt
27. qu. 5. can. ſufficiat. propter religionem ſacramenti
matrimonij, cuius maiorem, quàm patriæ poteſtatis au-
toritatem eſſe ſacroſancti Pontifices, vt cætera omnia
decreuerunt, quod & Tridentina Synodus contra miſe-
ros ſæculi noſtri Nouatores ſub anathematis pœna
ſanxit.) Proinde non eſt, quòd nepotem ex talibus nu-
ptiis ſuſceptum exheredare auus debeat, aut etiã poſſit,
tametſi maximè velit: quia cùm nepos non ſit, ſed ex-
17 traneus; certum eſt in † extranei perſona exheredatio-
nem prorſus ineptam eſſe, *leg. quidam* 132. *D. de verb.*
oblig. Nec magis ei Prætor daret bonorum poſſeſſionem
contra tabulas, quaſi præterito; quàm ciuilis legiſlator
ius dicendi nullum, ſiue patris, ſiue aui, ſui teſtamentũ;
vt omnium optimè Vlpianus probat in *dict. §. ſi emanci-*
patus. Ergo nec haberet querelam iure ciuili, quamuis
eſſet exheredatus, niſi eo modo, quo habent cæteri om-
nes qui obtinendi ſpem non habent, & qui meliùs fa-
cerent, ſi ſumptibus ſe non vexarent, vt ſcriptum eſt in
l. 1. D. de inoff. teſtam. id eſt, tanquam accuſationem pu-
blicam, ad quam omnes admittuntur, ſed in qua tamen
non alius poteſt vincere, vt ex ſua victoria lucrũ ſentiat,
quàm qui rem ab inteſtato habere poteſt, *dict. leg. poſt-*
humus 6. §. ſi quis ex his perſonis. D. eod. In quo numero
non eſt hic nepos, qui nec nepos eſt. Quòd ſi ponas fi-
lium, qui vxorẽ duxit ſine patris voluntate fuiſſe eman-
cipatum, conſtat non ſolùm valere nuptias iure ciuili,
dict. leg. filius emancipatus 25. *D. de ritu nupt.* ſed neque
18 vllum in ea re delictum † eſſe filij, qui cùm extra fami-
liam eſſet patris, conſenſum requirere non cogebatur.
Cur ergo exheredari ob eam cauſam poterit? Multò mi-
nùs licebit auo nepotem ex iis nuptiis legitimè ſuſce-
ptum exheredare, cuius fauorabiliorem certè non dete-
riorem cauſam eſſe oportet, quàm filij, qui nuptias con-
traxit. Quare nec Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus,* ita lo-
quitur, vt dicat auum potuiſſe vti iure ſuo, nepotém-
que exheredare ob id ſolùm, quòd filius emancipatus
vxorem duxerat, non ex patris ſui voluntate, ſed ob id
tantùm quòd ignominioſam vxorem duxerat, & quam
habere dedecus erat, non tantùm ipſi, ſed patri eius. Non
offendit patrem filius emancipatus cùm vxorem ducit
præter patris voluntatem, licèt honeſtiùs, & longè me-
liùs facturus ſit, ſi patris conſenſum exigat: tantùm
abeſt vt eam vxorem ducere debeat, quam ab eo duci
pater nolit. At offendit patrem filius, quantumuis emã-
cipatus, cùm ignominioſam vxorem ducit, quoniam
ignominia filij patris quoque eſt, *d. l. iſti quidem.* Nec
permittendum eſt filio qui proprium pudorem negli-
git, vt patris quoque honorem lædat impunè. Idcóque
19 verum eſt † quod Vlpianus ait, iure ſuo vti auum, qui
nepotem ob tale delictum filij exheredat, tantum abeſt
vt non ſit ea iuſta cauſa ipſius filij exheredandi. Quan-
quam hoc à Iuſtiniano correctum hodie putant, in
Nouell. 115. *vt cum de app. cognoſ. cap. 3. §. cauſas,* vbi
20 conſtituit, † vt ex quatuordecim duntaxat cauſis poſſint
liberi a parentibus exheredari, inter quas hæc non eſt.
Idque Bartolus ſentit ad *d. §. ſi emancipatus, n. 1.* ſed ve-
reor ne non ſatis bene. Nam Iuſtin. in *dict. §. cauſas verſ.*
ſi alicui ex prædictis, nõ obſcurè innuit poſſe exheredari
filiam, quæ ante vigeſimum quintum annum ſine con-
ſenſu patris marito ſe copulauerit, non minùs quàm ſi
in corpus ſuum peccauerit, adeóque illam quæ poſt 25.
annum nupſit ſine voluntate patris, ſi non liberi homi-
nis nuptias elegerit. Eo namque ſolo caſu vult Iuſtinia-
nus non poſſe filiæ ad ingratitudinem imputari, quòd
ſine patris voluntate nupſerit, cùm non culpa ſua, ſed
parentum id commiſiſſe cognoſcitur. Culpa parentum
nulla eſt, niſi cùm negligentes fuerunt in quærenda cõ-
ditione filiæ ad annum vſque ipſius 25. vt in eod. verſ.
ſcriptum eſt. Sed ex ratione illa Iuſtiniani videtur mihi
poſſe probari non malè, Filiam † poſſe meritò exhere- 21
dari, ſi etiam poſt vigeſimum quintum annum nupſerit
homini ignominioſo, quamuis libero: non enim poſſit
illa ſe tueri hac ratione, quam pro ea vnicam Iuſtinia-
nus adfert, *quia non ſua culpa, ſed parentum id commi-*
ſiſſe cognoſcitur. Quod enim pater negligentior fuerit
quàm debuerat in filia collocanda, iuſtam quidem præ-
bet filiæ excuſationem ſi poſtea ſine patris conſenſu
nubat, itémque ſi pauperi, aut minus nobili, ... ve
inæqualis conditionis viro; at non etiam ſi ignomi-
nioſum virum eligat, & talem, cui honeſtius fuerit præ-
latura, ſeruum hominem, dummodò probum, & frugi.
Quod ſi in filia verè hæc dicuntur, multò magis † in 22
filio locum habere debent, qui vxorem ignominioſam
duxerit ſine conſenſu patris, in cuius erat poteſtate. Si-
quidem longè maiorem facit iniuriam patri filius, qui
vxorẽ ignominioſam ducit ſine patris voluntate, quàm
filia quæ ignominioſo viro nubit, cum ex nuptiis filij
agnaſcatur ſuus heres auo inuito, cùm nullus agnaſcitur
ex nuptiis filiæ, ex qua qui naſcitur, ſuus heres ſit patri
& auo paterno, non auo materno, *l. penult. D. de agnoſc.*
lib. iunct. leg. cum nepos. 6. leg. ſi quis nepotem 10. *& ſeq. D.*
de adopt. §. ſed ſi quis nepotis inſtit. eod. Nec eſt quòd quis
obiiciat in tota Iuſtiniani ſupradicta conſtitutione nihil
eſſe ſcriptum de filiofamiliâs vxorem ducente citra pa-
tris voluntatem. Reſponderi enim poteſt ex eo factum
hoc eſſe, quòd inſpecto iure ciuili, vt diximus, ipſo iure
† non valerent nuptiæ quas filiusfamilias ſine cõſenſu 23
patris contraxiſſet, vt proinde nullus eo caſu relinque-
retur locus quæſtioni de exheredando filio, qui nullam
patri feciſſet iniuriam, nuptias inutiles contrahendo.
Multò minus de exheredando nepote ex iis nuptiis ſuſ-
cepto, qui nec nepos eſſet. Poſteà verò quàm placuit eas
nuptias iure Pontificio valere, & quod eſt conſequens,
magnam ex eiuſmodi nuptiis fieri iniuriã patri, ſi filius
ignominioſam vxorem duxerit, quam pater nunquam
fuiſſet electurus, nihil cauſæ eſt cur non ſit ea iuſta cau-
ſa exheredationis hodie, perinde atque olim erat in
maſculo, & perinde atque etiam hodie eſt in filia, ma-
nente incorrecta hac parte Vlpiani ſententia in *d. §. ſi*
emancipatus. Dices, ita ergo futurum, † vt in filio quo- 24
que emancipato idem dicendum ſit. Nam & de eo lo-
quitur Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus,* quod tamen Iu-
ſtinianus nec exprimit, nec prætermittere debuerat, cùm
nihil Pontificio iure innouatum ſit, quãtum ad nuptias
emancipatorum, quæ etiam olim valebant ſine cõſenſu
patris. Ego verò fatebor non illi bene ita eſſe, vt etiam
in filio emancipato iuſta hæc ſit hodie, vt olim, cauſa
exheredationis: ſed negabo nihil de hoc Iuſtiniani
conſtitutione contineri. Poteſt namque iniuria quæ fit
patri per ignominioſas † filij nuptias, referri ad ſecun- 25
dum illud caput cauſarum ingratitudinis, quod Iuſti-
nianus perſtringit his verbis, *ſi grauem & inhoneſtam in-*
iuriam ei ingeſſerit. An non enim grauis & inhoneſta
eſt illa iniuria, quæ ingeritur patri per ignominioſas
filij nuptias, cùm per eas non tantùm filius, ſed etiam
pater, adeóque tota familia, & cognatio dedecore affi-
ciatur? Neque verò exiſtimandum eſt Iuſtiniani men-
tem illam fuiſſe, cùm cauſis ingratitudinis tam in li-
berorum, quàm in parentum perſonis certo numero
concluſit, vt eas abrogaret, quas vetus Iuriſprudentia
pro

pro iuſtis agnouerat: præſertim quæ adnexam habeant
rationem pietatis, aut etiam publicæ honeſtatis: ſed tan-
tùm vt non eſſet in poteſtate teſtatoris nouas ſibi exhe-
redandorum liberorum, aut parentum cauſas commi-
niſci, & pro arbitrio aut hos aut illos exheredare Atqui
hæc ingratitudinis cauſa, de qua agimus, eſt ex earum
numero, quas prudentes noſtri, quibus nihil vſquam
prudentius, pro bonis iuſtiſque agnouerunt: & quæ
non poteſt videri ſublata per Iuſtinianum, quin publi-
ca etiam honeſtas ab eo violata dici poſſit, cuius tamen,
cùm in omnibus, tum præcipuè in nuptiis & coniun-
ctionibus rationem haberi oportet, *l. ſemper in coniunct.*
26 *42. D. de ritu nupt.* quia nimirum contractus † nuptia-
rum publicam magis, quàm priuatam cauſam habere
exiſtimantur, nec tam à contrahentibus ipſis fieri, quam
à familiis vniuerſis, quibus heredes legitimi ex iis nu-
ptiis parantur. Quare non eſt quòd iam quis miretur
filium hunc, qui non ex patris voluntate vxorem igno-
minioſam duxerit, à patre exheredari, vt olim potuit, ita
& hodie poſſe. Sed illud magis mirari quis poſſit, nepo-
27 tem † ex eo ſuſceptum exheredari olim potuiſſe, quem
ſanè fatendum eſt hodie exheredari nullo modo ob
hanc cauſam poſſe. Nec enim de eo dici poteſt, quod de
filio ipſo diximus, & quod conſtitutio requirit, ingeſ-
ſiſſe illum auo inhoneſtam hanc iniuriam, propter
quam debeat exheredari. Sicut nec quiſquam bene di-
28 xerit, poſſe hodie poſthumum † innocentem exheredari
à patre ob delictum matris, niſi fortè bona mente, & eo
conſilio, vt exheredatio illa proſit magis quàm noceat:
29 quomodo iam olim plerunque † exheredatio fiebat, *leg.
multi 18. D. de lib. & poſth. l. ſi patronat. 12. §. ſi quis non
mala mente. l. Paulus reſpondit 47. in princ. D. de bon. li-
bert.* Nec enim Iuſtinianus id egit, vt liberorum, quos
exheredare pater vellet, deteriorem cauſam faceret, ſed
vt meliorem. Fit autem melior cùm exheredantur bona
mente, datúrque iis fideicommiſſum in tempus, quo in
ſuam tutelam venerint, quoties prudens pater lubrico
tutelæ, fideicommiſſi remedium præfert: vt loquitur
Papinianus in *l. 3. §. cum Pollidius. D. de vſur.* At fit de-
terior quoties exheredantur mala mente. Nec ſane ini-
quum quod Iuſtinianus conſtituit, vt propter delictum
30 † aut perſonam matris, quæ ſola fortaſſis ſuſpicione
pudicitiæ laboret, exheredari non poſſit filius, qui eſt
innocens, quemque nuptiæ demonſtrant filium eſſe il-
lius, à quo exheredatur. Alieno enim odio prægrauari
nemo debet, quomodo prægrauatur is, qui vel à patre
odio matris, vel à matre odio patris exheredatur, ſiue ſit
poſthumus, ſiue infans, de quo Iuſtinianus in *l. ſi quis
ſuo 33. §. legis 6. de inoff. teſt.* ſiue etiam extra infantiam
conſtitutus, dum nec ipſe deliquerit *l. ſi pen. ver. cum
enim & ad ipſarum. C. de legit. hered.* Etſi enim qui extra
infantiam aut pupillaritatem conſtitutus eſt, poteſt, ſi
velit, delinquere, & aliquam ingratitudinis cauſam
committere, nemo tamen ob id iuſte exheredatur, quòd
potuit delinquere, ſi non etiam deliquit. Imò tanto fa-
uorabilior eſt qui potuit delinquere, ſi non deliquit,
quemadmodum Deo opt. Max. acceptior eſt qui potuit
tranſgredi, & non eſt tranſgreſſus. In perſona tamen ne-
potis, quo de agimus, & quem dicimus potuiſſe iure ve-
tere exheredari ob delictum patris qui ignominioſam
duxerit vxorem, vnum illud eſt quod iuris veteris aſpe-
ritatem, ſi non in totum tollit, certe minuit, quod Vl-
pianus in *d. §. ſi emancipatus*, vt huius iniquitatis obie-
ctioni occurrat, non prætermittit, quòd de inofficioſo
cognoſcet, non minùs merita huius nepotis quàm pa-
tris eius delicta perpendere debebit, vt ſi videat ipſum
perpetuam auo pietatem, plenúmque obſequium præ-
ſtitiſſe, pro eo pronunciet contra teſtamentum: quaſi
immerenter ſit exheredatus is, cuius meritis plus tri-
buere auus debuerat quàm delictis patris: quorum ratio
ita demum haberi deberet, ſi non ea propriis meritis &
officiis nepos obliteraſſet. Obſeruandum enim eſt non
ita loqui Vlpianum, vt dicat non debere tunc nepotem
condemnari, & ſuccumbere in querela propter deli-
ctum patris, vt Bart. & cæteri exiſtimant, & interpretan-
tur: ſed in ea cognitione non minùs perpendenda eſſe
merita nepotis, quàm delicta filij. Vtraque igitur per-
pendenda ſunt, delicta patris, eiuſdémque filij ad iudi-
candum contra nepotem, ſi non probet ille ſe de auo
bene meritum eſſe, licèt nec demeritus probetur: Meri-
ta verò nepotis ſi qua ſunt ad iudicandum pro nepote
contra teſtamentum, licèt patris, propter quem fuit ex-
heredatus, delicta probentur: quomodo interpretati
ſumus in errore 4. Decad. huius. Ex his verò apparet
quàm falſum & improbabile ſit † quod Bartol. & poſt 31
eum alij notant ad *d. §. ſi emancipatus*, ſententiam eius
loci hanc eſſe, vt nepos poſſit venire contra teſtamen-
tum aui, non obſtante quòd filius fuerit iuſtè exhereda-
tus, vel iuſtè potuerit exheredari. Id enim non minus ab
Vlp. verbis & mente quàm à ratione iuris alienum eſt.
Nec enim Vlp. tractat de filio, qui fuerit exheredatus,
quive potuerit vtiliter & cum effectu exheredari, quip-
pe quem ponit mortuum eſſe viuo patre ſuo, ſed de ne-
pote, qui fuerit præteritus, cùm primum gradum libe-
rorum teneret tempore mortis aui: & quem ideò ait
poſſe venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas
aui, propterea quòd auo poſſit imputari, cur non eum
exheredauerit, cùm poſſet id facere ob delictum patris,
qui ſine aui voluntate vxorem duxerat tam ignomi-
nioſam, vt dedecori eſſet non minùs auo, quàm marito.
Quòd ſi nepotem hunc auus exheredaſſet ſuo iure, non
aliud auxilium ei ſuperfuiſſet, quàm querelæ inofficioſi
teſtamenti. In qua querela ſuccumberet quidem ob de-
lictum patris, ſi nulla ſua erga auum bene merita pro-
bare poſſet, ſed contrà vinceret, ſi non tantùm de auo
non demeritus, ſed bene quoque meritus probaretur.
Ceterum quoties filius † patri ſuperſtes eſt, nepos ex 32
eodem filio ſiue emancipato, ſiue in poteſtate retento
nunquam admitti poteſt ad bona aui, ſiue filius inſti-
tutus fuit, ſiue exheredatus, neque per bonorum poſſeſ-
ſionem contra tabulas, quia non dat eam prætor aliis
liberis, quàm qui iure ciuili facerent teſtamentum nul-
lum, ſi emancipatio nulla interueniſſet: hoc eſt, qui
primum gradum teneant in cauſa ſucceſſionis: in quo
numero nunquam eſt nepos, quem pater anteuertit
mortis tempore, neque per querelam inofficioſi teſta-
menti, quoniam aliis ea non competit, nec ſi exheredati
ſint, quàm qui exheredari, vel inſtitui debuerunt: in quo
etiam numero nepos non eſt, quem mortis tempore pa-
ter præcedit, nec ſi pater fuerit exheredatus, & poſt adi-
tam hereditatem à iure proponendæ querelæ excluſus.
Multò minùs igitur querelam habere poterit prætextu
edicti ſucceſſorij hic nepos, ſi præteritus tantum fue-
rit, non exheredatus: cùm impune potuerit præteriri, ſi
pater eum præceſſit. Si verò præmortuo iam patre in
locum ipſius ſucceſſit teſtamentum, quod ipſe ſucce-
dendo iam rumpit, amplius rumpi per querelam non
poteſt, ita vt nullo caſu querelam habere poſſit. Bono-
rum poſſeſſionis ab inteſtato ex capite Vnde liberi, alia
ratio eſt, ea namque poteſt competere nepoti ex filio
emancipato ſuperſtite ſi modò filius emancipatus bo-
norum poſſeſſionem ipſe non petierit, *l. ſi quis ex his. §.
vlt. D. vnde lib.* Quod tamen quomodo acci-
piendum ſit, quoniam in eo quoque
ab omnibus interpretibus errari
video, pluribus expli-
candum eſt.

ERROR VII.

De varia interpretatione l. qui ſe patris vlt. Cod. vnde liber.

SVMMARIA.

1 *Species l. qui patris vlt. C. vnde liberi.*
2 *Cur obſcura differentia quæ ab Imperatore inter ius ciuile & prætorium videtur conſtitui.*
3 *Iure ciuili ſuperſtes filius in ſucceſſione aui obſtat nepoti.*
4 *In ſuis heredibus iure non eſt ſucceſſio.*
5 *Contraria ſententia Baldi.*
6 *Baldus autumat ſuum heredem qui ſe abſtinuit non eſſe habendum pro herede.*
7 *Oppoſita Baldi diſputatio.*
8 *Interpretatio d. l. qui patris, à Baldo allata.*
9 *Iure ciuili non admittitur ad hereditatem aui, ſi recuſet hereditatem patris auo ſuperſtite.*
10 *Nepos iure prætorio admittitur ad hereditatem aui, etiamſi recuſet hereditatem patris.*
11 *Ratio dubitandi, quia qui recuſat hereditatem patris, hoc ipſo cenſetur iunctam recuſare aui hereditatem.*
12 *Cuiacius cenſet filium in ſpecie d. l. prius deceſſiſſe quam ſe immiſcuerit, gloſſatores verò abſtinuiſſe.*
13 *Cuiacij interpretatio euertitur.*
14 *Se abſtinere & ſe non immiſcere differunt.*
15 *A ſuis heredibus etiam ignorantibus tranſmittitur paterna hereditas ad quoſcunque.*
16 *Baldi & gloſſatorum filium ſe abſtinuiſſe ponentium interpretatio refellitur.*
17 *Ratio Fachinei aduerſus relatam interpretationem reiicitur.*
18 *Alia ratio Fachinei ab authore comprobata.*
19 *Error Fachinei.*
20 *Alberici, Decij, & Duareni interpretatio refertur, & refellitur, n. 21.*
22 *Fachinei interpretatio d. l. qui patris.*
23 *Fachinei explicatio refellitur.*
24 *Cùm aliquis alicui ſuccedit hereditas defuncti fit patrimonium heredis viuentis.*
25 *Vera ſententia l. ſi quis filiusfamilias. 7. §. vltimo D. de acquirenda hereditate quâ nititur Fachin.*
26 *Abſtinere facti eſt, heredem eſſe iuris.*
27 *Lapſus Fachinei in interpretatione regulæ, In ſuis non eſt ſucceſſio.*
28 *Errores alij Fachinei.*

QVam difficilis omnibus interpretibus &
veteribus & recentioribus viſa ſit huius le-
vis interpretatio, facilè eſt videre tam ex
gloſſatorum, quàm ex aliorum commenta-
riis, in quibus videas neminem ex eis vel ſibi ipſi ſatis-
feciſſe. Solus Iacobus Cuiacius libro quarto obſerua-
tionum capit. ſexto ſcripſit ſibi apertiſſimam videri ſpe-
ciem & ſententiam legis. Et ſanè quid tanto viro diffi-
cile videri potuit, aut debuit? Sed tamen ille ſic expli-
cat, vt appareat magis eum laborare in explicando eo
quod per ſe apertiſſimum erat, nullàque explicatione
indigebat, quàm in iis difficultatibus eleuandis, quàm
cæteri minus ingenioſi hucuſque diluere non potue-
runt. Verba legis primùm proponenda ſunt. Lex enim
1 breuis eſt, † & ſi nihil niſi conſtructionem quæras, per-
ſpicua & plena. *Qui ſe patris*, inquit Imper. Conſtantius,
*poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui
paterni facultates ſuſcipere non poteſt, maximè emancipa-
tus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium
peruenerit.* Senſus verò vt ſit obſcurus illud facit quòd
non obſcurè videatur Imperatoriis verbis inſinuare dif-
2 ferentiam † quæ in hac ſpecie conſtituenda ſit inter ius
ciuile & prætorium, cum prior pars legis loquatur de
ſucceſſione, quæ ſit ex iure ciuili, poſterior verò de ea quæ
ſit ex prætorio. Prior de herede, & conſequenter de he-
reditate: poſterior autem de bonorum poſſeſſione, &
conſequenter de bonorum poſſeſſore. Quæ tamen dif-
ferentia inter ius ciuile & prætorium quænam hic ſit, &
quem effectum habere poſſit vix dici poteſt. Nam cum
lex ſit de legitima inteſtati ſucceſſione tam ciuili quàm
prætoria, & de nepote ex filio ſuo herede ſuperſtite, qui
nepos volebat omiſſa paterna hereditate auitamample-
cti: Certum eſt, ſi ius ciuile † inſpicias, in ſucceſſione 3
aui filium qui ſuperſtes fuit, obſtare omnimodo nepo-
ti ne poſſit nepos vllo caſu ſuus heres eſſe, nec tanquam
ſuus, nec tanquam proximus agnatus, ſiue filius ſe im-
miſcuerit, ſiue ſe abſtinuerit, ſiue non declarata volun-
tate deceſſerit, quia cum filius ipſe ſit ſuus heres ipſo
iure, ita vt poſſit dici auum non eſſe ſine herede qui fi-
lium habuit ſuum heredem, quamuis ſe abſtinentem, *l.
cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* apparet
non poſſe nepotem, aut alium quemquam eidem auo
heredem eſſe, ſiue quòd vni duo in ſolidum heredes eſſe
nequeant, *l. quod contr. 141. §. vni duo de reg. iur.* ſiue
quod non poſſit auo ſuus heres eſſe nepos, qui delatæ
ſucceſſionis tempore à patre anteuertitur, *l. ſi quis filio
6. D. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. lib.* Nec eſt quod
quis dicat aperiri locum nepoti, vt poſſit fieri ſuus heres
auo per filij abſtentionem. Repugnat enim quod toties
diximus, & repetere cogimur non eſſe iure ciuili † in 4
ſuis heredibus ſucceſſionem, vt apertè ſcriptum eſt in
l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit. In eóque & Cuiacius,
& cæteri omnes tam veteres quàm recentiores interpre-
tes conſentiunt, niſi quòd Baldus *ad d. l. vlt. n. 7.* tentat
dicere, de mera quidem iuris ſubtilitate id verum eſſe,
ſed tamen de æquitate † etiam iuris ciuilis ſecus eſſe, 5
cùm inquit, edictum ſucceſſorium habeat locum in ſuis,
non tantùm hodie & nouo iure quod induxit Iuſtinia-
ni conſtitutio, de qua in *§. placebat. Inſt. de legit. agnat.
ſucceſſ.* ſed etiam inſpecto iure vetere, *ex l. defunctis. 6. C.
de legi. hered.* cuius verba hæc ſunt, *Defunctis ſuis ex-
tantibus heredibus & abſtinentibus vel repudiantibus he-
reditatem frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.*
Quæ lex, inquit Baldus, debet intelligi de æquitate iu-
ris ciuilis, etiam antiqui, non de rigore iuris ciuilis, vt
aperta ſit via nepoti etiam de iure ciuili antiquo & con-
ſtitutionibus Principum *d. l. defunctis*, non etiam re-
ſponſis prudentum *d. §. ſciendum.* Ex quo infert ille, Eos
qui dicunt neceſſariam eſſe hoc caſu bonorum poſſeſ-
ſionem, verum dicere de mero rigore, ſed de æquitate
poſſe adiri hereditatem iure ciuili non quidem ex iure
ſuitatis, ſed ex iure agnationis, quia nepos hic ex liberis
eſt, adeo vt etiam ignorans poſſet tranſmittere hanc aui
hæreditatem in ſuos heredes, non quidem quoſcunque,
quia neceſſarius non eſt, ſed in deſcendentes ex Theo-
doſij conſtitutione in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tab.*
In eóque valdè laborat Baldus, † vt probet ſuum here- 6
dem qui ſe abſtinuit non eſſe habendum pro herede, ne
quidem iure ciuili, cùm non ſit efficaciter heres, nec
proinde impedire debeat quin alius efficaciter heres
eſſe poſſit, etiam ex iure ciuili. Nec enim inquit, ſuitas
impedit ius ciuile ex quo repudiata eſt, *l. cum hereditate
55. de acq. hered. iunct. l. Celſus 29. de leg. 2.* nec vanũ no-
men debet tollere effectum rei, *l. pro herede 20. §. Papinia-
nus. D. de acq. hered.* Addit repudiati ius mobile, id eſt, ſe-
parabile fingi retro ius non fuiſſe delatum: vt proinde
ſaltem attenta fictione poſterior veniens præferẽdus ſit,
l. proinde. 8. D. ſi cer. pet. Item eos qui non habent niſi
nudũ nomen, vt filiumfamilias, heredem inſtitutum, &
præterea quiſquis alteri fideicommiſſariam hereditatem
reſtituit, poſtremò cedentem quemlibet non obſtante
patre, aut fideicommiſſario, aut ceſſionario quominus
habeant iſti efficaciam iuris ciuilis, *l. cùm filiofamilias 11.
De leg. 1. l. qui liberis 8. §. hæc verba. De vulg. & pup. ſub-*

ſit l. ex aſſe 28. D. ad SC. Trebell. In ſumma nõ debent, inquit, iura noſtra fundari in chimera, quæ nihil habet ſpiritus viuentis, & quæ nihil ſignificat entitatis. *l. 1. C. de dedit. libert. tollend.* Idem tamen Baldus † ſubinde in
7 contrarium multa adfert, quæ probant ſuum heredem, etiã cùm ſe abſtinuit, non nudo tantùm nomine heredẽ eſſe, ſed in pleriſque cum effectu, vt & eũ qui reſtituit hereditatem, vt in *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtit. l. quia perinde 42. D. ad SC. Treb. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.* In hoc præſertim quod interque actiones omnes & actiuas & paſſiuas in ſua perſona retinet ipſo iure ita vt & conuenire debitores hereditarios, & viciſſim à creditorib. hereditariis conueniri poſſit, *l. neceſſariis 57. D. acq. hered. l. ita tamen. 27. § qui ex Trebell. D. ad SC. Trebell.* Quæ rationes etſi tam magnæ, vrgenteſque ſunt, vt ad eas reſponderi non poſſit, relinquit tamen ille ſtudioſis cogitandum quid reſpondere
8 debeant, nulliſque allatis reſponſionibus concludit † intelligendam eſſe Conſtantij legem de eo caſu, quo pater nepotis cùm eſſet in poteſtate, & ſuus heres abſtinuerit ſe beneficio prætoris, & ſic accipiendam, vt permittatur nepoti ſuccedere auo etiam omiſſa patris hereditate. Et quidem iure prætorio, ex quo eſt beneficium abſtenſionis, quia prætor ſuum heredem, qui ſe abſtinuit non habet pro herede *d. l. neceſſariis. l. ſi filius 12. D. de interr. action.* Sed tamen hoc etiam ad legem addendum eſſe vt iure quoque ciuili, non quidem ſummo ſed æquo, i. ex æquitate iuris ciuilis poſſit hic nepos ſuccedere ſine auxilio prætoris, etiam iure vetere inſpecto ex *d. l. defunctis*: multò magis inſpecto iure nouo, ex quo defendit ille, inductam fuiſſe edicti ſucceſſorij poteſtatem, non minùs in ſuis heredibus, quàm in agnatis, ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione, cuius mentio fit, vt in *d. §. placebat*, de quo an verum ſit, itémque de ſententia *d. l. defunctis*, diſputandum erit latiùs in c. ſeq. Nunc ſufficiat monere quod ad legis noſtræ interpretationem pertinet, & quod nec Baldus negat, alienum prorſus eſſe
9 à ſententia Imp. vt nepos † admittatur iure ciuili ad hereditatem aui, ſi recuſet hereditatem patris ſui, etiam illo caſu quo pater abſtentus proponatur, cùm verba illa legis ſint abſoluta, *paterni aui ſuſcipere facultates non poteſt*: ea verò exceptio quæ nepotem admittere videtur, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*, non loquatur niſi de iure prætorio, ex quo ſunt omnes omnino bonorum poſſeſſiones, nulla prorſus iuris ciuilis. Admittamus ergo quod cæteri admittunt, Nepotem hunc temporibus Conſtantij non potuiſſe auo ſuccedere ex iure ciuili, niſi per mediam patris perſonam, ſi paternam quoque hereditatem cum auita coniunctam agnoſcere voluiſſet. Quæramus autem, an admitti poſſit iure prætorio, & quam ob rationem. Et qui-
10 dem admitti poſſe ex iure † prætorio nemo dubitat, quoniam verbis legis hoc ipſum expreſſim cautum eſſe putant: ſed qua ratione id fiat, omnes diſputant, nec inueniunt quod ſatisfaciat. Difficultas autem ex eo naſci-
11 tur, quòd ſi pater † quem lex ponit auo inteſtato ſuperſtitem fuiſſe, patri ſuo ſuus heres fuit, quomodo fuiſſe ponendum eſt, cùm non proponatur fuiſſe emancipatus, illud ſtatim conſequens eſt, vt patris & aui hereditas iuncta eſſe cœperit, *l. ſed ſi plures 10. §. filio. de vulg. & pup. ſubſt.* ac proinde, vt nepote paternam hereditatem omittente, auita quoque ad eos pertinere debeat, ad quos paterna pertinebit. Ergo non ad nepotem, ſed ad defuncti patris fratrem conſanguineum, ſi quis ſit ex *d. l. defunctis*. Neque verò aliter facere Prætor poſſet, etiamſi nepoti fauere maximè vellet, quin læderet ius conſanguinei. Quod tamen nunquam Prætor faceret, cuius beneficia id perpetuum habent ne cuiquam ſint captioſa, néve cum alterius iniuria concedantur, *l. Paulus 8. D. de ſtipulat. præt. l. ſed cùm ab herede 12. D. ad SC. Treb.* Nec Cuiacius ipſe hoc diſſimulat. Ait enim, quòd ſi mortuo auo inteſtato filius hereditati ipſius ſe immiſcuiſſet, nihil eſſet de quo dubitari poſſet. Tũc enim niſi per patrẽ nepos aui hereditatem obtinere nõ poſſet, nimirum nec ciuili iure, nec prætorio. Indéque ſumit occaſionem diuinandi, filium † in hac ſpecie priùs deceſſiſſe quàm ſe 12
immiſcuiſſet: quæ interpretatio non multùm diſtat ab ea quam diximus fuiſſe Baldi, & quæ fuit veterum etiam ferè omnium gloſſatorum qui ponunt filium ſe abſtinuiſſe, aut vt alij minùs propriè loquuntur, repudiaſſe (non enim repudiare dicuntur ſui heredes, ſed ſe abſtinere, ſicut nec adire, ſed ſe immiſcere) niſi quòd cùm ſit æquè commentitia & diuinatoria, ſiquidem nullum † in 13
tota lege de abſtentione aut immixtione verbũ eſt, multò tamen eſt improbabilior. Non enim idem eſt ſe abſtinere, † & ſe non immiſcere, nec ſicut is, qui ſe abſtinuit, 14
pro herede non habetur apud prætorẽ *d. l. ſi filius*, ita & dici poteſt non habendum pro herede illum qui ſe non immiſcuit. Nam & eum qui ſe non immiſcuit, verum eſt nec etiã abſtinuiſſe, quãuis abſtinere poſſit. Vt autẽ ſuus heres non habeatur pro herede à prætore, non ſufficit quòd poſſit abſtinere, niſi re vera abſtinuerit, *d. l. neceſſariis l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Id enim eſt quod ſolemus dicere, A ſuis † heredi- 15
bus etiam ignorantibus, tranſmitti paternam hereditatẽ ad quoſcunque, *l. apud hoſtes 9. C. de ſuis & legit. l. ſi quis filiuſfamilias. 7. §. 1. de acquirenda hereditate*, alioqui quomodo poſſet ſe immiſcere is qui patrem ſuũ defunctum eſſe ignoraret? *l. is qui heres 13. §. 1. iunct. l. cum bonis 87. eodẽ tit.* Ergo quamuis permittatur tibi diuinare cũ Cuiacio filium in hac ſpecie nunquam ſe immiſcuiſſe, nihil tamen profeceris, niſi addas cum Baldo, & cæteris etiam abſtinuiſſe, vt apud Prætorem pro herede non habeatur. At rurſus nec illud ſufficere † poteſt ad tollendam diffi- 16
cultatem quòd filius ſe expreſſim abſtinuerit, quia cùm non eo minùs verũ ſit filium qui ſe abſtinuit, heredẽ remanere ipſo iure, *d. l. ſed etſi ſuus. l. cùm quaſi 30. de fideic. libert.* Illud quoq; verũ eſt iunctas eſſe aui & patris hereditates ipſo iure, nec proinde patris hereditatem, quam nepos omittit, ad alios ſiue heredes, ſiue bonorũ poſſeſſores peruenire poſſe, quin ad eoſdem aui quoque hereditas quaſi permixta & confuſa perueniat. Addunt alij vt hanc interpretationem impugnent, ſecundùm eam fore vt nepos † ex iure ciuili ſuccederet in hereditate 17
aui ex *d. l. defunctis*. Sic enim Andreas Fachineus qui totam quæſtionem hanc diligentiſſimè tractat, vt ſolet lib. 6. Controuerſ. iur. c. 66. ſed parum probabiliter, vt ex iis conſtabit, quæ ſequenti capite de illius loci ſententia diſſeremus. Quantumuis enim filius abſtinuerit, nepos tamen ex eo ſuſceptus ſuccedere iure ciuili nunquã poteſt, ſiue iuris ciuilis rigorem inſpicias, ſiue æquitatem, quia ſemper ei filius obſtat. Illa probabilior † ratio eſt, 18
quam idẽ Fachineus adfert, quòd filij hereditas à nepote omiſſa ad ipſius filij fratres conſanguineos peruenire deberet ſimul cum hereditate aui quæ ei iuncta eſſet: vt proinde ſine ipſorum iniuria non poſſit ad nepotẽ peruenire etiam iure prætorio. Cur enim prætor ius aliis quæſitũ tolleret, ac heredem aut ad conſanguineos pertinentẽ nepoti applicaret? Item quod neque verbis legis conuenit, vt filium hunc ponamus abſtinuiſſe. Nam cùm lex ita ſcribit, *qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt*, innuit non obſcurè hunc nepotem, ſi patris ſui hereditatem ſuſcipere voluiſſet, hoc ipſo paterni aui facultates tanquam patris heredem ſuſcepturum fuiſſe: quòd nõ verè diceretur, ſi pater aui hereditate abſtinuiſſet. Nec enim quod ipſe repudiaſſet, aut ſaltẽ abieciſſet, tranſmittere in aliũ potuiſſet, *l. ſi quis filium 34. in fin. C. de inoff. teſt. a. d. l. ſi quis filiũfamilias 7. §. 1. D. de acquirend. heredi.* Quãquam cùm etiã poſt abſtentionẽ heres iure ciuili manſiſſet, vt diximus ex *d. §. ſed etſi ſuus*, non eo minùs potuiſſet fieri iure ciuili tranſmiſſio hereditatis auitæ à qua filius abſtinuiſſet. In quo errat † ſanè 19
Fachineus, cùm ait nihil poſſe huic nepoti prodeſſe

ſe quod agnoſcat paternam hereditatem, vt auitam quo-
que iure ciuili conſequatur, ſi pater abſtinuiſſet. Qua-
ſi verò abſtentio illa, quæ tota eſt iuris prætorij poſſit
immutare rationem iuris ciuilis. Nec probabilius eſt
20 quod olim Albericus,† ex recentioribus verò Decius &
Duarenus dixerunt, Nepotem hunc ideò poſſe per bo-
norum poſſeſſionem conſequi facultates aui, quamuis
patris ſui heres eſſe nolit: quòd negando ſe patris here-
dem, non idcircò bonorum poſſ. Vnde liberi omiſiſſe
videatur, cùm alia ſint iura ſucceſſionis ciuilis, alia
verò prætoriæ. Vnde è contrario eſt quod ſuus heres
omiſſa bonorum poſſeſſione, paternam ſucceſſionem iu-
re ciuili obtinere poteſt, *l. ſuum heredem*. 13. *C. de iur. de-*
21 *lib. l. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Nã præter † id quod
hereditatis appellatione bonorum quoque poſſeſſio cõ-
tinetur, vt Cagnolus contra Decium argumentatur ex *l.*
hereditatis 138. *D. de verb. ſignif.* non video quomodo
poſſit fieri quod iſti volunt, vt ſuus heres qui ipſo iure
& neceſſarius iure ciuili heres eſt, excluſus vnquam ſit
eodem iure ciuili ab adeunda hereditate, cuius nec vlla
indigeat aditione, *l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. ſuált. l.*
in ſuis 11. *D. de liber. & poſth.* Nec illud quoque videre
poſſum quomodo ſui heredis abſtentio, quod vnicum
ei remedium eſt omittendæ paternæ hereditatis, poſſit
concurrere cum bonorum poſſeſſione. Vnde liberi. An
enim ſe bonis abſtinet is qui petit bonorum poſſeſſio-
nem Vnde liberi? an non potiùs gerit ſe pro herede,
vſque adeò vt etiamſi extraneus heres eſſet, qui proinde
vel aditione, vel geſtione pro herede indigeret ad acqui-
rendam hereditatem hoc ipſo etiam iure ciuili heres fa-
ctus videretur *l. puberem* 12. *C. de iur. delib.* Neque verò
Imperator, cùm ait, nepotem negando ſe patris here-
dem, non poſſe aui facultates ſuſcipere, ad id reſpicit
quòd nepos iure ciuili heres non eſſet, ſed ad id potiùs
quòd bona patris non haberet, nec proinde poſſit habe-
re auita, quæ cum paternis iuncta & confuſa fuiſſent. Et
quod addit, *niſi per bonorum poſſeſſionem nepos ad huiuſ-*
modi beneficium peruenerit, non de beneficio accipi po-
teſt, per quod nepos ſuccedendo in bonis paternis poſſit
ſuccedere in auitis (quid enim noui aut beneficij in eo
eſſet, vt iunctis aui & patris hereditatibus nepos patri
ſuccedendo auo quoque ſuccederet?) ſed per quod con-
ſequatur, vt quamuis paternam hereditatem amittat, ni-
hilominus aui facultates poſſit ſuſcipere. In quo tamen
illa ſemper dubitatio manet, qua ratione poſſit prætor
bonorum poſſeſſionem aui concedere nepoti abſtinenti
ſe à patris hereditate, cùm ad alios ipſius patris heredes
pertineat & hereditas, & bonorum poſſeſſio aui, quæ cum
paterna hereditate in vnum patrimonium eſt redacta, vt
bene Fachineus argumentatur. Nam ſi dicas cum Ca-
gnolo & aliis quibuſdam ex antiquioribus, æquitatem
prætoris hoc efficere propter ſummam aui & nepotis
coniunctionem, vt hereditas non deuoluatur ad extra-
neos: facilis replicatio eſt, quam nec Fachineus præter-
mittit, quod imputare ſibi nepos debeat cur abſtineat ab
hæreditate patris quæ aui etiam hæreditatem admixtam
habeat: item quod eius coniunctionis tanta vis eſſe non
debeat, vt ideò prætor aliis ius ſuum auferre poſſit, & iu-
22 ris formam. Supereſt igitur ſola Fachinei † interpreta-
tio, & referenda & refellenda. Is ſupradicto loco admit-
tit, quod ſanè verbà legis euincere prima fronte viden-
tur, nepotem hunc, de quo agitur, ſuum heredem eſſe
patris ſui, qui pater fuerit etiam ſuus heres auo. Prima
enim pars legis videtur de liberis in poteſtate: ſecunda
de emancipato nepote, quæ incipit ab illis verbis, *maxi-*
me emancipatus. Itaque ponit & hereditatem aui fuiſſe
ipſo iure quæſitam filio, & hereditatem filij nepoti, qui
cum iam vtramque hereditatem haberet, paternam omit-
tere volebat, auitam verò retinere. Hoc verò negat Fa-
chineus permittendum ei fuiſſe ex iure ciuili, quia poſt
confuſionem vna hereditas eſt, nec niſi tanquam vna
conſideratur. Permittendum tamen ei eſſe vult, inſpe-
cta æquitate iuris prætorij, quæ duas iſtas hereditates
tanquam duas, non tanquam vnam conſiderat. Idque
probat ex *d. l. ſi quis filiumfamilias* 7. §. 1. *D. de acquir. he-*
red. vbi Paulus ſcribit, Si filius priuſquàm ſciret ſe ne-
ceſſarium patri ſuo heredem extitiſſe, deceſſerit relicto
filio neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe
ab aui hereditate, quia & patri eius idem permitteretur.
Quomodo enim poſſet Prætor hoc permittere nepoti,
vt iunctam hereditatem ſepararet, ſi non eam pro du-
plici non pro vna haberet? Idem ergo inquit Fachineus,
permittendum eſſe nepoti: vtramque & patris & aui
hereditatem habenti, vt paternam hereditatem poſſit
omittere, auitam verò retinere. Idque non ex iure ciuili
quo in ſuis non eſt ſucceſſio de perſona in perſonam, id
eſt de filio in nepotem. *d. l.* 1. §. *ſciendum. D. de ſuis & leg.*
ſed ex iure prætorio per bonorum poſſeſſionem Vnde
liberi, iuncta edicti ſucceſſorij poteſtate, cùm huic nepo-
ti, neque filius, neque extraneus quiſquam obſtet, Ver-
ba ſunt viri doctiſſimi, cuius eruditioni & ſubtilitati, li-
cet multò plus debere me agnoſcam, quàm poſſit ille
debere meæ, de qua, ac ſi aliqua eſſet, pleriſque ſcripto-
rum ſuorum locis teſtatur ſe præclare & honorificè ſen-
tire, non poſſum tamen tantum tribuere vt hanc ipſius
interpretationem probem. Primum, † quia in iure no- 23
ſtro inauditum eſt, vt poſtquam duæ hereditates iunctæ
ſunt ex voluntate illius in cuius perſona ea coniunctio
facta eſt, ſeparatio vlla fiat per Prætorem, niſi fauore
creditorum in Edicto *de ſeparationibus, l.* 1. *ill. tit. D. de*
ſeparat. Dixi ex voluntate, quoniam in eo qui duorum
neceſſarius heres eſt, faciliùs admitti poteſt, vt ſi alterius
quidem heres eſſe velit, ab alterius verò bonis abſtine-
re, hoc ei permittendum ſit à prætore, vt puta ſi filius
qui patri ac poſtea fratri ex ſecundis tabulis heres exti-
tit, hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere
malit, vt in ſpecie *l. ſi filius* 12. *D. de vulg. & pup. ſubſtit.*
Nam vt eo loco Papinianus ratiocinatur, iuſtiùs Præ-
tor faciet, ſi fratri ſeparationem bonorum patris con-
ceſſerit, cùm ius dicenti propoſitum eſſe debeat liberos
ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare,
non inuitos ab hereditate remouere. Sola enim iuris po-
teſtas illa eſt, non etiam filij eiuſdémque fratris volun-
tas, quæ paternam hereditatem cum fraterna iungit, ob
id nimirum quòd quiſquis patri neceſſarius heres eſt,
idem etiam ſit fratri, *l. ſed ſi plures* 10. §. *quos poſſum.*
eod. Sed cùm defuncti, quiſquis ille fuerit hereditas
cœpit eſſe patrimonium viuentis, & volentis, ſicut non
poteſt ille abijcere hereditatem quam vltrò agnouit, ita
nec heredi eius permittendum vnquam eſt, vt heredita-
tem heredis ſeparet ab hereditate defuncti, ſiue hanc,
ſiue illam duntaxat retinere velit, alteram autem omit-
tere, *l. paterfamilias* 28. *D. de rebus auctor. iud. poſſ. aliàs*
l. 13. *D. de priuil. credit.* Quoties enim aliquis heres † 24
fit alterius: ſiue voluntarius, ſiue neceſſarius, deſinit eſſe
hereditas, quæ fuit, ſitque patrimonium viuentis here-
dis, nec minùs prætorio iure, quàm ciuili. Impoſſibile
igitur eſt, vt eam hereditatem quæ ampliùs non ſit he-
reditas, & quæ iam alteri quæſita fuit, Prætor conſide-
ret tanquam hereditatem, cùm hereditas quæ ſemel
deſiit eſſe, nunquam poſſit rurſus fieri hereditas, non
magis quàm vt iterum viuat & moriatur is qui iam ſe-
mel mortuus fuerit: ſiquidem hereditas nihil niſi fictio
eſt quam lex inducit moriente demum teſtatore, nec vt
perpetuò ſit, ſed vt duret in id vſque vſque tempus
duntaxat quo aliquem fecerit heredem. Nec æquitas
prætoria cum iuris ratione hic pugnat, niſi quoties he-
redis perſona talis eſt, cui hereditas fuerit acquiſita ipſo
iure, ac citra vllam eius voluntatem, vt euenit in ſuis
& neceſſariis heredibus, aut cùm ea mixtio & confuſio
patrimoniorum damnoſa eſt eis quibus nihil imputa-
ri poteſt, puta creditoribus defuncti, vt in edicto De
ſeparationibus. Et tamen nec in ſuis heredibus facit
prætor vt patrimonium defuncti non ſit patrimonium

heredis, ſed tantùm vt poſſint ſe abſtinere, ſi velint: vnde eſt, quòd ſiue ſe immiſcuerint, ſiue non declarata voluntate deceſſerint, dummodò non expreſſim ſe abſtinuerint, tranſmittunt hereditatem ad quoſcunque, non etiam beneficium illud abſtentionis, quod ipſorum proprium & perſonale fuit. Hoc enim eſt quod Paulus
25 † ſcribit in *d.l. ſi quis filiumfamilias 7.§. vlt.* In omni ſucceſſione ſi quis heres extiterit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eum fuiſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Nec alius caſus eſt in quo poſſit ſui heredis heres habere beneficium abſtentionis præter eum quem Paulus ponit in §. 1. eiuſdem legis, cùm ſuus heres deceſſit priuſquàm ſciret ſe heredem, ac proinde priuſquam poſſet abſtinere (nec enim alius poteſt abſtinere quàm qui ſcit factum ſe heredem neceſſarium, quique, ſi extraneus eſſet, ac remoto familiæ vinculo repudiare poſſet) & præterea relicto alio neceſſario herede: quorum alterum ſi deſit, non poteſt nepos tanquam heres neceſſarius habere beneficium abſtinendi à bonis aui, non quidem eo caſu quo filius ſciuit ſe neceſſarium heredem, neque abſtinuit, quia nec abſtinendi conſilium habuiſſe credendus eſt, quandiu ſe non abſtinuit, licèt nec ſe immiſcuerit. Nec rurſus eo caſu quo extraneum heredem reliquerit, quia extraneo heredi poteſt imputari cur filij hereditatem cum patris hereditate iunctam vltrò agnouerit, quod non ſimiliter neceſſario heredi imputari poteſt, *d. l. paterfamilias.* Ergo etiamſi verum eſſet quod vult Fachineus tam facile eſſe vt permittatur nepoti omiſſa patris hereditate aui hereditatem retinere, quàm facilè eſt vt omiſſa hereditate auita retineat paternam: adhuc tamen dicendum eſſet, id non aliter poſſe locum habere, quàm ſi filius ignorans patris ſui mortem, deceſſiſſet: ac proinde ſuppleri hoc oporteret ad Conſtantini legem, quæ nihil aliud ponit, niſi quòd deceſſerit filius poſt patrem ſuum inteſtatum. At neque ſi hoc ſuppleat, quicquam tamen aſſequêris. Ignorantia enim filij qui priùs deceſſit, quàm ſciret ſe patri factum heredem, facilè poteſt inducere tranſmiſſionem beneficij abſtinendi in perſonam nepotis, quia facit, ne poſſit dici filium non habuiſſe voluntatem ſe abſtinendi, qui nec habuit poteſtatem. Ideóque æquiſſimum eſt permitti nepoti vt abſtineat, quod patri eius, ſi viueret, permitteretur, vt Paulus ratiocinatur. Sed non perinde poteſt ea ignorantia facere vt permitti debeat nepoti omiſſa patris ſui hereditate auitam retinere, quia non ſicut ignorans ſuus heres abſtinere non poteſt: ita & poſſis dicere,
26 ſuum illi heredem eſſe non poſſe. Abſtinere † enim facti eſt, & voluntatis. Heredem verò eſſe, iuris eſt, præſertim in ſuo herede qui nullo facto indiget, vt ſit heres ipſo iure. Ignorans nemo quicquam facit, non magis quàm ſine voluntate faciendi Ignorans verò heres eſt, quiſquis ſuus heres & ipſo iure heres eſt. Non igitur bona ratiocinatio à caſu quem tractat Paulus in *d.l. ſi quis filiumfam. 7. §. 1.* ad eum quem tractamus *ex d. l. vlt. C. vnde liber.* ſed & alia ratio eſt, quæ facit ne ſit bona. Cùm enim prætor permittit nepoti vt abſtineat ſe ab hereditate aui, retenta nihilominus patris ſui hereditate, vt in d. §. 1. nemini facit iniuriam, cum ex eo damnum nemo ſentire poſſit, lucrum verò poſſint percipere illi ad quos bona ex edicto peruentura ſunt, puta fratres cõſanguinei, ſi qui fuerint auo, qui licèt iure ciuili ſuccedere non poſſint fratri ſuum heredem habenti, quia neque in ſuis neque in agnatis eſt ſucceſſio, vt toties diximus, poſſunt tamen iure prætorio, aut tanquam legitimi, aut tanquam cognati, *d.l. defunctis 6. C. de legit. hered.* At ſi permitteret nepoti abſtinenti ſe à patris hereditate, nihilominus aui hereditatem retinere, faceret illis iniuriam, ad quos patris hereditas ſiue ciuili ſiue prætorio iure pertineret, quoniam auferret iis hereditatem aui, quæ tamen iuncta iam cum hereditate patris ſimiliter ad
27 eos ſpectaret, vt nec Fachineus † ipſe diſſimulat: qui & in eo labitur, quòd ſententiam illam iuris noſtri, quæ habet, iure ciuili in ſuis non eſſe ſucceſſionem, ſic interpretatur, vt non ſit locus edicto ſucceſſorio. Quaſi verò edictum ſucceſſorium ſit ex iure ciuili, ac non potiùs ex iure prætorio. Nam ſi eſt, vt eſt ex iure prætorio, quid attinet monere locum non eſſe edicto ſucceſſorio iure ciuili in ſuis heredibus? aut in agnatis? An fortè ad differentiam cognatorum, aut quòd aliquo nullo caſu poſſit edictum ſucceſſorium iure ciuili habere locum? At neque hoc dici poteſt, cùm neque cognati ſint iure ciuili qui cognati tantùm ſunt. Aliud ergo eſt dicere, In ſuis ſucceſſionem non eſſe: aliud verò, quomodo Fachineus cum cæteris interpretatur, In ſuis heredibus ſucceſſorio edicto locum non eſſe. In ſuis ſucceſſio non eſt iure ciuili, id eſt, Qui ſuus heres non fuit tempore mortis: quòd alius eum anteuerterit, nunquam poteſt ſuccedere in locum ſui heredis, & fieri ſuus heres. At in ſuis quoque heredibus locus eſt edicto ſucceſſorio, quia ſi ſuus heres repudiat eam bonorum poſſeſſionem quæ ſuis heredibus defertur ex capite Vnde liberi, ſuccedit ille ſibi ipſi vt poſſit petere Vnde legitimi, & poſt legitimos ſuo etiam ordine. Vnde cognati *l. 2. D. vnd. legit.* Multo magis poſt ſuum heredem admittet prætor legitimos, ſi ſuus heres non ex primo tantùm capite, ſed ſimpliciter repudiauerit bonorum poſſeſſionem, *d. l. 1. §. quibus, & §. ſeq. D. de ſucceſſ. edict.* Item cùm addit Fachineus nepotem non vocari ad hereditatem aui, quia filius gradu eum præcedit, & ſuus heres eſt ipſo iure, *Nec enim* inquit, *abſtinuit in caſu.* An non innuit aliud dicendum fore ſi filius abſtinuiſſet? quaſi potuiſſet abſtentio facere, vt filius non eſſet heres ipſo iure: quod tamen pugnat euidentiſſimè cum *d. §. ſed etſi ſuus l. cùm quaſi 30. D. de fideic. libert. & d. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* ſed omnium grauiſſimus error † ille eſt 28
quod addit, Iure tamen prætorio poſſe hunc nepotem obtinere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, *Quandoquidem*, inquit, *filius ei non obſtat, nec alius extraneus heres.* Vtrumque enim falſum eſt, quorum tamen neutrum probat ille, quia nec Papinianus ipſe probare poſſet. Falſum eſt filium huic nepoti non obſtare. Cur non enim obſtabit, nec tantùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, cùm præcedat eum in caſu ſucceſſionis, neque minùs, quod attinet ad prætorem, quàm quod ad ius ciuile? Præſertim ſi ponas quomodo Fachineus ponit, & nos ponendum admittimus, filium ſe nunquam abſtinuiſſe, ſuus enim heres, qui nunquam ſe abſtinuit, heres eſt iure ciuili, & habetur pro herede iure prætorio, tum quoq; cùm abſtinere ſe adhuc poteſt. *d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Quantò magis cùm deſiit poſſe abſtinere, id eſt, cùm defunctus fuit? Quonam igitur caſu, obſecro poterit vnquam filius nepoti obſtare, ſi ne quidem illo caſu obſtat, quo verè heres ipſe fuit, nec vnquam abſtinuit? Falſum etiam illud eſt, nullum eſſe extraneum heredem qui huic nepoti obſtet. Obſtát enim ij omnes, ad quos bona filij, à quibus nepos abſtinet, peruenire debent iure prætorio, puta fratres conſanguinei, *d. l. defunctis*, aut ſi ij non ſint alij remotiores agnati vel cognati, qui ſicut filij bona omnia propter nepotis abſtentionem habere debent: Ita & aui facultates quæ in perſona filij cum ipſius bonis iunctæ eſſe cœperunt. Denique legis quæſtionem non illam eſſe, quam putat Fachineus, An nepos omiſſa patris ſui hereditate aui facultates retinere poſſit, ex eo apparet quod lex ita loquitur, *Mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt.* Nemo enim non videt, longè aliud eſſe *facultates ſuſcipere*, aliud *retinere.* Retinemus ſiquidem quæ iam ſuſcepimus, & habemus: ſuſcipimus verò ea ſola, quæ nunquam ante habuimus. Verùm, iam tempus eſt vt confutatis aliorum interpretationibus noſtram proferamus.

ERROR VIII.

De bonorum poſſeſſione Vnde liberi in perſona nepotis ex filio, ſiue ſuo herede, ſiue emancipato ſuperſtite.

SVMMARIA.

1 *Difficultas l.qui patris.C.vnde liberi.vnde profluat.*
2 *Reſcriptum Conſtantij tantùm pertinere ad nepotem emancipatum autoris ſententia ſingularis, & n.8.*
3 *Reſcripta Impp. & reſponſa prudentum qui differant.*
4 *In ſpecie l.qui patris filius erat in poteſtate aui.*
5 *Nepos emancipatus heres eſſe patris ſui non poteſt niſi ab eo inſtituatur.*
6 *Prætor non poteſt facere heredem, ſed tantùm bonorum poſſeſſorem.*
7 *Leg.qui patris non poſſe intelligi de nepote qui fuerit retentus in poteſtate.*
9 *Partem primam l. non ad ius ciuile, ſed prætorium referendam.*
10 *Vulgata d.l.interpretatio refellitur.*
11 *Senſus exceptionis d. l.* niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit.
12 *An aliquo caſu nepos emancipatus ex filio ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bonorum poſſeſſionem vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris.*
13 *Caſus vnicus quo filius non obſtat nepoti quamuis emancipato, ne admittatur ad ſucceſſionem aui.*
14 *Omni caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati nocet nepoti.*
15 *Abſtentionis effectum.*
16 *Vbi acquiſita fuit alicui bonorum poſſeſſio tota edicti ſucceſſorij poteſtas perimitur.*
17 *Edicti ſucceſſorij proponendi cauſa.*
18 *Etiam cùm filius in poteſtate ſe abſtinuit, obſtat nepoti ne poſſit petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi.*
19 *Nepos ex filio emancipato, ciuili iure ſuccedit auo, prætorio verò ſimul cum patre emancipato admittitur.*
20 *Nepos emancipatus vt ſuccedat auo inteſtato indiget prætoris auxilio.*

NIhil eſſet difficile in toto eo Conſtantij
Imperatoris reſcripto, cuius tamen multas
ex interpretibus noſtris ſuperiore capite attulimus explicationes, ſi non eſſent adiecta
1 † poſtrema illa verba, *maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit:* omnes enim reſcriptum intelligerent de filio, itémque de
nepote retentis in poteſtate: neque dubitarent, quin
nepos omittendo patris hereditatem, auitam quoque
amitteret, quæ coniuncta eſſet cum paterna. Sed ſuperiora verba faciunt, vt Imperator aliud ſenſiſſe & reſcripſiſſe videatur inſpecta æquitate iuris prætorij. Nec tantùm in perſona nepotis emancipati, ſed etiam in perſona
eius qui fuerit retentus in poteſtate propter dictionem
illam *maximè*, quæ ſemper habetur pro ampliatiua & cõprehenſiua aliorum caſuum, niſi quando abundat. Hinc
verò tot rixæ, tótque opinionum varietates. Ego pri-
2 mus, † & hucuſque ſolus in ea ſum opinione, vt putem
reſcriptum hoc non ad aliam ſpeciem pertinere, quàm
in qua nepos ſit emancipatus. Idque probo ex duobus,
primum ex illis verbis *maximè emancipatus*. Non enim
ſic accipienda ſunt ac ſi ſcriptũ eſſet *maximè ſi ſit emancipatus*, ſed ſic potiùs *maximè cùm ſit emancipatus*. Nam
3 cùm reſcripta † omnia Imperatorum aptentur ad ſpeciem
propoſitam, in eoque differant à reſponſis aut quæſtionibus prudentum, quæ per varios & commentitios caſus
vt plurimùm vagantur, propoſita autem eſſet ſpecies de
nepote, qui porrò non poterat eſſe & in poteſtate, &
emancipatus: conſequenter fatendum eſt, vel emancipatum in ea ſpecie fuiſſe nepotem, vel nihil cauſæ fuiſſe
cur verba illa *maximè emancipatus* adderentur, niſi fortè
putamus conſultorem non ſatis apertè expreſſiſſe an nepos hic in poteſtate fuiſſet, an emancipatus, vt proinde
Imperatorem reſcribere oportuerit in vtrumque caſum,
vt in *l.precibus* 8.*C.de impub.& aliis ſubſt.& aliis pleriſq. Cod.legibus*, ſed hoc non eſt probabile, cùm prima legis
verba oſtendant valdè diſtinctè propoſita fuiſſe omnia
quæ ad facti ſpeciem pertinebant: fuiſſe ſcilicet in rebus humanis auum habentem filium in poteſtate, & ex
filio nepotem à ſe emancipatum: deceſſiſſe auum vtroque ſuperſtite, & quidem inteſtatum, atque ita facultates
aui omnes ad filium, eundémque ſuum heredem pertinuiſſe: poſtea nepotem emancipatum heredem ab eo filio patre ſuo inſtitutum fuiſſe, ſicque defuncto filio hereditatem ipſius ad nepotem ex teſtamento pertinuiſſe.
Alioqui ſi filius quoque, ſicut auus inteſtatus deceſſiſſet,
quid attinebat de ſolo auo dicere inteſtatum eum deceſſiſſe? ſicut & de nepote quid opus erat monere quòd
emancipatus eſſet ſi filius quoque emancipatus fuiſſet?
Annon & breuius & commodiùs poterat ſcribi, & auum
& nepotem deceſſiſſe ambos inteſtatos? itémque patrem
& filium fuiſſe ambos emancipatos? deinde † quomodo 4
poſſet colligi fuiſſe filium auo inteſtato heredem, ideóque aui facultates habuiſſe, ſi non erat filius in aui poteſtate? Nam ſi erat emancipatus, indigebat vtique auxilio
prætoris & bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, ad acquirendam, non hereditatem, ſed bonorum poſſeſſionem:
quod tamen lex non ponit. At rurſus quomodo poſſet
nepos ſe negare heredem patris, ſi heres ipſius fieri non
poſſet, tametſi maximè vellet? Atqui non poteſt † nepos 5
emancipatus heres eſſe patris ſui, niſi fuerit ab eo inſtitutus, tanquam alius quilibet extraneus, quem certum
eſt per aditionem fieri heredem poſſe. Si enim non ſit
inſtitutus, nullum aliud ius habere poteſt ſuccedendi
patri niſi per bonorum poſſ. Vnde liberi, ex iuriſdictione
Prætoris, † qui tamen non poteſt facere heredem, ſed 6
tantum bonorum poſſeſſorem, qui heredis vice & loco
ſit, *§.quos autem.Inſt.de bon.poſſ.& l.2.& 3.D.de bon.poſſ.*
Illa ergo verba reſcripti, *qui ſe patris negat heredem*, oſtẽdunt fuiſſe nepotem hunc emancipatum à patre ſuo heredem inſtitutum. Eadem probant, quæ ſecundæ noſtræ
interpretationis ratio eſt, non poſſe intelligi hanc legem
de nepote † qui fuerit retentus in poteſtate, nec magis 7
priorem quàm poſteriorẽ legis partem. Quomodo enim
poſſet nepos, qui eſſet in patris ſui poteſtate, negare ſine
mendacio ſe patris heredem eſſe? An fortè prætextu abſtentionis, ſi aut iam abſtinuiſſet, aut nondum immixtus
nunc primùm abſtinere vellet? At quamuis apud prætorem hoc poſſit dici, quoniam prætor non habet heredis
loco ſuum heredem qui ſe abſtinuit, *l. ſi filius* 12.*de interrog.in iur.faciend.* apud Cæſarem tamen, qui iuris ciuilis & cuſtos & caput eſt, non idem dici poteſt, quia verum eſt, filium qui ſuus heres eſt & ipſo iure quãtumuis
abſtineat, nihilominus eſſe heredẽ iure ciuili, nec quicquam agere, ſi ſe heredem neget: niſi quòd mentitur *d. §.ſed etſi ſuus l. cùm quaſi* 30.*D.de fideic.libert.l.neceſſariis* 57. *D. de acquir. her.* nec ideò poſſe haberi pro abſtento, ſi non expreſſim vtatur verbo abſtentionis, quod
in hac re videtur ſolenne fuiſſe, *l. penult D. de autor. tutor.l.ex contractu* 44. *D.de re iudic.* Et verò quomodo
poſſet quis videri ſe abſtinuiſſe, negando ſe heredem, cùm
non alius poſſit ſe abſtinere, quàm qui ſit heres? Et quod
proximè diximus ex *d.l.ſi filius*, poſſe filium ſe abſtinentem non improbè negare ſe heredem eſſe apud prætorẽ,
verum quidem eſt in eo qui ſe iam abſtinuit, de quo &
illa lex loquitur: at non in eo qui nondum ſe abſtinuit,
ſiue conſilium gerat ſe abſtinendi, ſiue non, *d. l.1.§.qui ſunt in poteſtate, ſi quis omiſſ.cauſ. teſt.* Sed neque poteſt

nepoti in poteſtate retento conuenire quod lex ait *mor-
tui aui paterni ſuſcipere facultates*. Si enim nepos eſſet in
poteſtate, non eſſet tractandum an aui facultates ſuſci-
pere poſſet, ſed an retinere, quod Fachineus fatetur in
ſua illa huius loci interpretatione, quam nos retulimus
& refutauimus ad finem capitis præcedentis. Eſt igitur
8 omninò lex tota intelligenda de nepote † emancipato,
qui à patre ſuo herede aui inſtitutus heres, noluerit ta-
men adire hereditatem, nec eo minùs voluerit ſuſcipere
aui ſui inteſtatò defuncti facultates: & conſequenter
non ex teſtamento, ſed ab inteſtato, nec iure ciuili, quòd
emancipatos nullo modo, nullóque caſu agnoſcit, non
magis quàm extraneos, *leg. quin etiam 55. D. de rit. nupt.*
ſed iure prætorio, ex quo admittuntur etiam emancipati
per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, reſciſſa emanci-
patione, *lege 3. §. ſi emancipatus. D. de bonorum poſſ. contra
9 tabulas*. His verò ita conſtitutis fatendum eſt † quod lex
ait in prima parte, Eum qui ſe patris poſt auum inteſta-
tum defuncti negat heredem, non poſſe mortui aui pa-
terni ſuſcipere facultates, non ad ius ciuile referendum
eſſe, ſed ad ius prætorium, nec ad hereditatis acquiſitio-
nem, ſed ad agnitionem bonorũ poſſeſſionis. Quis enim
adeò inſulſus eſſet, vt crederet nepotem emancipatum
poſſe iure ciuili ſuccedere auo inteſtato, præſertim poſt
aui hereditatem acquiſitam filio, eidémque patri nepotis
emancipati? Quod cùm ita ſit, illud etiam ſequitur, vlti-
mam illam legis partem, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad
huiuſmodi beneficium peruenerit*, non ſolùm eſſe reſtrin-
gendam ad nepotem emancipatum, de quo totam legem
eſſe diximus: ſed in emancipato quoque longè aliter ac-
cipiendam, quàm vulgò ab interpretibus omnibus reci-
10 piatur. Sic enim omnes accipiunt, † ac ſi Imperator ita
ſcripſiſſet, *niſi in propoſito caſu nepos per bonorum poſſeſſio-
nem ad hoc beneficium perueniat, vt aui ab inteſtato de-
functi ſuſcipere facultates poſſit*. Quæ interpretatio ſi re-
ciperetur, dicendum neceſſariò eſſet ad euitandam con-
tradictionem, priora legis verba de alio iure quàm de
prætorio, ac de alio quam bonorum poſſeſſionis acci-
pienda eſſe, quod nos iam oſtendimus dici non poſſe.
Alioqui perinde erit ac ſi ſcriptum eſſet, *Qui ſe patris
poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui
paterni facultates ſuſcipere iure prætorio & per bonorum
poſſeſſionem non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bono-
rum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit*: quæ ſen-
tentia, verborúmque conceptio planè inepta & ridicula
11 eſſet. Quis ergo ſenſus eſſe poterit eius † exceptionis
quam lex ponit, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc bene-
ficium peruenerit?* In hoc ſanè, tota, vt præfatus ſum, legis
difficultas verſatur. Quæ tamen aut nulla, aut perexigua
eſſet, ſi verba bene perpenderentur. Non enim ſic loqui-
tur Imperator, vt dicat quemodo interpretes intelligũt,
*niſi in hoc caſu per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium
perueniat*, ſed ſimpliciter, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad
hoc beneficium peruenerit*, quorum verborum non alius
ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet, *niſi eo caſu quo nepos
emancipatus*, non hic de quo agimus, ſed alius etiã qui-
libet, *bonorum poſſeſſionem accipere poſſit, per quam aut fa-
cultates acquirat ſibi ab inteſtato*. Quam verò bonorum
poſſeſſionem? Nempe Vnde liberi, quæ liberis omnibus
ab inteſtato defertur ex edicto. Ita verò ſi Imperator ſcri-
pſiſſet, facilè omnes intelligerẽt quod ille ſibi voluiſſet,
in eóque vno laborandum eſſet, vt inueſtigaremus quiſ-
nam eſſet ille caſus in quo poſſet nepos emancipatus ex
filio ſiue præmortuo, ſiue ſuperſtite admitti ad bonorum
poſſeſſionẽ aui etiam repudiata patris hereditate. Quem-
admodum autem caſum illum vſpiam reperire impoſſi-
bile eſt, ſi cum interpretibus eum quæramus in propo-
ſita ſpecie, id eſt, in nepote ex ſuperſtite filio in poteſtate,
qui filius auo eidémque patri ſuo fuerit ſuus heres, quia
omni omnino caſu filius in poteſtate retentus & ſuper-
ſtes mortis tempore aui inteſtati, nocet nepoti, nec mi-
nùs iure prætorio quam iure ciuili, vt mox probabimus:
ita reperietur facilè, ſi mutata ſpecie propoſita, quæ erat
coarctata ad nepotem emancipatum ex filio in poteſtate
ſuperſtite, quæramus generaliter, An aliquis † caſus ſit 12
in quo nepos emancipatus ex filio quamuis ſuperſtite
admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bonorum poſſeſ-
ſionem Vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris ſui. Con-
cipio quæſtionem de nepote emancipato ex filio ſuper-
ſtite, tum ne longiùs diſtet quæſtio iſta generalis à quæ-
ſtione ſpeciali legis, quæ ponit filium auo ſuperſtitem
fuiſſe: tum etiam quia ſi poneremus filium deceſſiſſe
ante auum, certiſſimi iuris eſſet, quòd ſiue in poteſtate
fuiſſet, ſiue emancipatus, nullo modo noceret nepoti
quãtumlibet emancipato, non magis quàm in poteſtate
retento, nec proinde quærendus eſſet caſus in quo ne-
pos emancipatus admitti poſſet ad ſucceſſionem aui iure
prætorio per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, cùm è
contrario vix vllus excogitari poſſet, quo non admitte-
retur. Eſſet enim hoc ipſo caſu ille excluſus, quo hic ne-
pos fuiſſet exheredatus, cùm exheredatio non poſſit fieri
ab inteſtato, vt nec inſtitutio heredis. At cùm filius patri
ſuperſtes fuit, quamuis non fuerit in poteſtate, ſed emã-
cipatus, difficile tamen eſt, vt non obſtet nepoti in ſuc-
ceſſione inteſtati iure prætorio. Reperio tamen caſum † 13
eúmque vnicum, in quo non obſtat nepoti quamuis
emancipato. Hoc enim neceſſariò addendum eſt, quia ſi
nepos hic ex filio emancipato eſſet retentus in aui po-
teſtate, nunquam ei obſtaret filius emancipatus, niſi
hactenus vt coniungerentur ex edicto *de coniung. cum
emancip. liber. eius*, ne in totum ſuccederet nepos, qui
alioquin ſolus ex iure ciuili ſuus heres eſſet, *tot. tit. de
coniung. cum emancip. lib. eius*. Is caſus à Pomponio pro-
ditus mihi videtur in *l. ſi quis ex his §. vlt. D. ſi tab. teſt.
null. extab. Vnd. liber.* in hæc verba, *Si filius emancipatus
non petierit bonorum poſſeſſionem, ita integra ſunt omnia
nepotibus atque ſi filius non fuiſſet, vt quod filius habiturus
eſſet, petita bonorum poſſeſſione hoc nepotibus ex eo ſolis non
etiam reliquis adcreſcat*. In quibus verbis illud primum
obſeruandũ eſt, quod Pomponius nonniſi de filio eman-
cipato loquitur, quia cùm filius in poteſtate eſt, non in-
diget bonorum poſſeſſione, nec vt eam petat ad acqui-
rendam patris ſui ſucceſſionem, cùm ſit ſuus heres ipſo
iure, ſufficiatque fuiſſe illum ſuperſtitem auo inteſtato.
Vnde eſt quod ſuprà intulimus reſcriptum Imperatoris
in *d. l. vltim. C. vnd. liber.* non poſſe accipi de alio filio,
quàm qui fuerit in poteſtate, cùm alioqui ponendum
eſſet quod lex non ponit, fuiſſe petitam ab eo bonorum
poſſeſſionem, atque ita ei acquiſitas patris ſui facultates,
quæ ob eam cauſam nullo modo, nullóque caſu potue-
rint peruenire ad nepotem, qui ſe ipſius filij eiuſdémque
patris ſui neget heredem. Et inde etiam illud fit, vt cùm
filius emancipatus non aliter obſtet nepoti quamuis etiã
emancipato, quàm ſi petat bonorum poſſeſſionem, filius
† tamen in poteſtate ſemper ei obſtet, non ſolùm ſi ſe im- 14
miſcuerit, ſiue petendo bonorum poſſeſſionem Vnde li-
beri, *vt in l. puberem 12. C. de iur. deliber.* ſiue quo alio
modo: ſed etiam ſi ſe non immiſcuerit, cùm nec immiſtio
neceſſaria ſit, vt ſuus heres & heres ſit iure ciuili, & pro
herede habeatur apud prætorem, dum ne abſtinuerit *d.
l. 2. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Dico
ampliùs, Etiamſi ſe abſtinuerit filius qui fuit in poteſta-
te, adhuc tamen obſtat nepoti, ne poſſit nepos ſiue in
poteſtate retentus, ſiue emancipatus admitti ad ſucceſ-
ſionem aui inteſtati per bonorum poſſeſſionem Vnde li-
beri, quia nec facit abſtentio, quominus verum ſit filio
non modò delatam, ſed etiam acquiſitam fuiſſe ipſo iure
hereditatem, nec tantùm ipſo iure, ſed etiam iure præto-
rio in tempus vſque abſtentionis, quamuis ex quo ab-
ſtentus eſt filius, deſinat haberi pro herede apud præto-
rem, *d. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Sed neque
abſtentio † facit vt omnimodo & in omnibus habeatur 15
pro non herede is qui abſtinuit, ſed duntaxat vt non ha-
beatur pro herede quod ad hoc, ne à creditoribus here-
ditariis

ditariis conueniri poſſit *d. l. neceſſariis 17. D. de acquir. hered.* Nam extra hanc cauſam habetur pro herede in cæteris omnibus etiam quæ ex iuriſdictione prætoris proficiſcuntur, cuiuſmodi eſt reſtitutio fideicommiſſi, *l. ita tamen 17. §. ſi pater. D. ad SC. Trebell.* vbi Iulianus ſcribit, Si pater filium, quem in poteſtate habebat, heredem ſcripſerit, & ab eo petierit vt hæreditatem Sempronio reſtitueret, iſque ſuſpectam ſibi eſſe dicet, nihilominus poſſe illum ex Trebelliano hæreditatẽ reſtituere: ita vt quamuis ſe non immiſcuerit hereditati, actiones tamen, quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferantur. Quomodo enim prætor fideicommiſſarius poſſet cogere hunc heredem filium ad reſtitutionem fideicommiſſi poſt abſtentionem, ſi non haberet eum pro hærede citra vllam aditionem aut immiſtionem? Aut quid aliud eſt, ſuſpectam dici à ſuo herede hereditatem, quam abſtinere illum ab hæreditate? Itaque omiſſa etiam iuris ciuilis ſubtilitate, ſi nihil niſi ius prætorium in hoc filio, qui ſe abſtinuit, intueri velis, non eſt comparandus filio emancipato, qui non petierit bonorum poſſeſſionem, de quo Pomponius in *d. §. vlt. l. 5. D. vnd. lib.* ſed ei potiùs, qui bonorum poſſeſſionem à prætore petierit, & impetrauerit, poſteà verò ab eodem prætore reſtitutus ſit in integrum ob lubricum ætatis, aut ex qua alia cauſa aduerſus eam bonorum poſſeſſionis agnitionem. Nam quemadmodum abſtentio non facit vt filius, qui ſe abſtinuit, hæres non fuerit, ſed tantùm vt exinde habeatur pro non hærede: adeo vt quamuis bona ſub creditoribus fiant, tamen rata haberi debeant, etiam apud prætorem quæcunque filius bonâ fide geſſerit, vt diſertè ac notabiliter ſcriptũ eſt *in l. quoties D. de acquir. her.* ita nec reſtitutio facit vt non fuerit hæres vel bonorum poſſeſſor is, qui aduerſus hæreditatis vel bonorum poſſeſſionis acquiſitionem reſtitutus fuit, ſed tantùm vt pro eo habeatur à prætore, ac ſi nec hæres nec bonorum poſſeſſor fuiſſet, *l. ait prætor 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. 1. C. ſi minor ab hered. ſe abſtin.* Atqui quoties
16 † acquiſita fuit alicui bonorũ poſſeſſio, quamuis poſtea per in integrum reſtitutionem fuerit abalienata, ne dicam repudiata (quia quod ſemel acquiſitum eſt, repudiari nunquam poteſt, *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.*) tota tamen edicti ſucceſſorij poteſtas perimitur, ita vt alij deinceps nulli poſſit deferri bonorum poſſeſſio ex vlla parte edicti, fiántque bona vacantia, & conſequẽter fiſco deferantur, *l. vlt. eod. tit. de ſucceſſ. edict.* vbi elegans & apertum extat in hanc rem reſponſum Papiniani, cu-
17 ius nec ratio valdè obſcura eſt. Cùm enim alia non † fuerit cauſa proponendi edicti ſucceſſorij, quàm ne bona diutiùs iacerent, vt ſcriptum eſt in *d. l. 1. in princ. & in §. largius eod. tit.* deſinant autem iacere ex quo tempore ſunt acquiſita, ſequitur ex primo inſtanti acquiſitionis perimi totam poteſtatem edicti, quæ porrò vbi ſemel extincta fuit, poſtea reuiuiſcere nunquam poteſt, & ſine qua tamen fieri nequit vt aliqua in bonorum poſſeſſionibus ſucceſſio inducatur, ſiue à gradu in gradum, ſiue à perſona in perſonam, ſiue ab vno capite edicti ad aliud caput. Cùm enim eſſet ordo ille ſucceſſiuus inter ſuos & agnatos iure ciuili omninò incognitus, primus prætor in bonorum poſſeſſionibus eum induxit, non alio tamen edicto, quàm eo ipſo quod hanc ob cauſam ſucceſſorium appellauit, cui proinde ſi qua ex cauſa locus non ſit, nec vlli ſucceſſioni inter eos qui per bonorum poſſeſſionem ſuccedunt, locus eſſe poteſt. Ergo tùm quoque
18 † cùm filius in poteſtate ſe abſtinuit, obſtat nepoti ne poſſit nepos petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, perinde atque obſtaret, ſi bonorum poſſeſſionẽ petiiſſet, ac poſtmodum aduerſus eam petitionem in integrum reſtitutus fuiſſet. Idque ſatis euidenter meo iudicio Vlpianus docet in *l. 1. §. ſi quis filium D. vnd. liber.* cùm ad hoc, vt filius obſtet nepoti in cauſa bonorum poſſeſſionis Vnde liberi (de hac enim ſola agitur toto illo titulo) nihil aliud exigit niſi vt filius fuerit in poteſtate, non quaſi adoptiuus, ſed quaſi naturalis, non adhibita illa diſtinctione, An bonorum poſſeſſionem Vnde liberi filius ipſe agnouerit, an verò ſe abſtinuerit. Itémque Pomponius in *d. l. ſi quis ex his 5. in princip. eod. tit.* vbi ait prætorem non aliter deferre bonorum poſſeſſionem Vnde liberi nepotibus etiam in familia retentis, quàm ſi filius non fuerit in poteſtate morientis parentis de cuius bonis agitur. Sufficit ergo filium fuiſſe in poteſtate, licèt ſe abſtinuerit, quia non facit abſtentio quominùs verum ſit defeciſſe conditionem, ſub qua nominatim nepotes vocat prætor. Nec enim fieri vllo caſu poteſt vt nepos ex filio ſuperſtite vocetur ad hereditatem aui ſine auxilio & beneficio prætoris. Nec ſi ponas, quod mirere, filium ſuperſtitem emancipatum fuiſſe, nepotem verò in poteſtate retentum. Etſi enim nepos, † qui in poteſtate re- 19
tentus eſt ex filio emancipato, poteſt ſuo iure heres eſſe, nec indiget auxilio prætoris vt ſuccedat auo ſi prætor non ſe interponat. Cùm tamen prætor ſe interponit vt faueat filio emancipato, perindéque illum admittat ad patris ſui ſucceſſionem ab inteſtato ex capite Vnde liberi, acſi emancipatus non fuiſſet, incipit hoc ipſo neceſſarium eſſe auxilium prætoris nepoti, quem alioqui à ſucceſſione aui ſui in totum excludi oporteret, non minùs quàm ſi filius nunquam fuiſſet emancipatus: nempe quia prætor, vt admittat emancipatum tanquam filium, qui quandiu emancipatus manet, extraneus eſt, neceſſe habet reſcindere emancipationem, & filium emancipatum non alio iure admittere, quàm quaſi non emancipatum, *l. 3. §. 5. emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tab.* Atqui ſi filius emancipatus manſiſſet ſemper in poteſtate, obſtaret hodie nepoti, & quidem in totum, quia eſſet ſuus heres, & in vtraque ſucceſſione, ſiue teſtamentaria, ſiue inteſtati anteuerteret nepotẽ *l. ſcripto 7. eod. tit. Vnde liber. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt.* Vt ergo nepos etiam in poteſtate retentus poſſit ex aliqua parte auo ſuo ſuccedere cum patre, quem prætor reſciſſa emãcipatione admittit, neceſſariò indiget auxilio & beneficio prætoris: qui porrò ſicuti non putat æquum eſſe vt filius emancipatus excludatur à patris ſui ſucceſſione ob id ſolùm quod emancipatus fuerit, cùm non ob id deſierit eſſe naturaliter: Ita nec vſque adeò ei fauendum putat, vt in eius commodum velit excludere nepotem, qui ex iuris ciuilis ratione totum habiturus eſſet tanquam ſuus heres: Ideóque ambos coniungit in iure iſtius bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, vt ſimul admittantur, ſed ita tamen vt non filium cum nepotibus, at nepotes cum filio coniungat. Nec enim ſic titulus conceptus eſt De coniungendo emancipato cum liberis eius, ſed è contrario De coniungendis cum emancipato liberis eius, Vt puta, ex illa edicti parte prætorem fauere nepoti, non filio, cui melius eſſet nullam coniunctionem eſſe, vt ſolus ipſe ſuccedere & in ſolidum poſſet. Quòd ſi nepos etiam in poteſtate retentus indiget auxilio prætoris vt ſuccedat auo, quantò magis indigebit nepos † emancipatus? Etſi enim edictum præ- 20
toris De bonorum poſſeſſionibus, quantum ad liberos attinet, emancipatorum præcipuè gratia comparatum eſt, ne iniuriam vel à ſuis heredibus, vel etiam ab agnatis paterentur, quos alioqui ius ciuile ſolos vocabat, nuſquam tamen prætorem plus fauere emancipatis, quàm ſi emancipati non eſſent, cùm neque alio colore iis faueat, vt diximus, quàm quaſi nec fuerint emancipati. Porrò non vocantur nepotes ex edicto, niſi ſub conditione illa, Si filius non fuerit in patris morientis poteſtate, nec proinde poſſunt dicere vocatos, niſi oſtendant conditionem ſub qua prætor eos vocat, extitiſſe. Cùm ergo non tantùm non extiterit, ſed etiam defecerit conditio eo caſu, quo filius ſuperſtes reperitur in poteſtate, conſequens eſt vt filius in poteſtate ſemper, & omni caſu obſtet nepoti tanquam ſemper faciens deficere conditionem ſub qua nepos vocatur à prætore ad bonorum poſſeſſionem. Dic enim quantum voles,

ſuum

ſuum heredem qui ſe abſtinuit non haberi pro herede apud prætorem, nunquam tamen aſſequeris vt non videatur eſſe in poteſtate, quia abſtentio nihil commune habet cum iure poteſtatis, ſed tantùm cum effectu ſucceſſionis hereditariæ, quia nec abſtentio fit eo tempore quo poteſtas adhuc aliqua ſit, vel eſſe poſſit, ſed tunc cùm patria poteſtas iam finita fuit morte patris. Abſtentio ſiquidem non fit niſi poſt mortem, & eo tempore, quo de iure ſucceſſionis iam quærendum eſt. Quæ autem iam morte extincta fuit patria poteſtas, non poteſt aut magis tolli, aut effici per abſtentionem. Quare & prætor in concipienda conditione, ſub qua nepotes vocauit, expreſſit tempus mortis aui, poſuitque in conditione filium, qui fuerit in poteſtate eo tempore quo paterfamilias moriebatur. Quicquid ergo poſtea de hoc filio contingat, id eſt, ſiue ſe abſtineat, ſiue non, ſemper verum eſt defeciſſe conditionem bonorum poſſeſſionis delatæ nepoti, ſi modò filius ſuperſtes fuerit vel vno inſtanti.

ERROR IX.

De differentia bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, Vnde legitimi, Vnde cognati *in cauſa ſucceſſorij edicti.*

SVMMARIA.

1 *Difficultas emergens ex comparatione ſui heredis ſe abſtinentis cum emancipato qui petitam bonorum poſſeſſionem per in integrum reſtitutionem poſtea omiſit.*

2 *Filius in poteſtate ſuperſtes qui ſe abſtinuit quibus obſtet aut non obſtet in petitione bonor. poſſeſſionis, & n.4. D.14.*

3 *Delatio quæ fit ex aliquo capite edicti ſucceſſorij illius quidem capitis totam vim conſumit, at ſequentium neutiquam.*

5 *Suo herede repudiante vtramque bonorum poſſeſſionem Vnde liberi & vnde legitimi, ceteri legitimi non admittuntur, niſi vt cognati, & n.7.*

6 *Primo agnato repudiante bonor. poſſeſſionem ſequentes agnati admittuntur ante alios cognatos qui non ſunt agnati.*

8 *Filio omnem repudiante bonor. poſſeſſionem an admittatur nepos.*

9 *Nepos emancipatus nec ſuus eſt nec agnatus.*

10 *Quo iure admittatur nepos emancipatus ad bonorum poſſeſſionem aui patre repudiante.*

11 *Nepoti ex filio in poteſtate ſuperſtite nunquam defertur bonor. poſſeſſio Vnde liberi.*

12 *Ex capite vnde cognati admittitur ſucceſſio etiam poſt delationem ex eodem alij factam.*

13 *Inferior cognatus non ſuccedit ex eo capite ex quo prior iam accepit bonor. poſſeſſionem.*

1 AT difficilius † illud videtur, quod in præcedentibus diximus, Suum heredem qui ſe abſtinuit, non tam comparandũ eſſe emancipato, qui bonorum poſſeſſionem non petiit, quàm ei qui petiit quidem, ſed eam poſtea per in integrum reſtitutionem omiſit. Ex quo nimirum inferri poſſe diximus, obſtare illum nepoti, ne poſſit ille iuuari edicto ſucceſſorio, cui ſcilicet locus nullus ſuperſit agnita ſemel bonorum poſſeſſione, tametſi poſtea per in integrum reſtitutionem abſtenſio ſequatur, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Nam ſi ratio bona eſſet, dicat aliquis, ſequeretur quòd ſuperſtite filio, vel vno in poteſtate, ſolus ipſe poſſet habere bonorum poſſeſſionem, nec, abſtinente illo ab hereditate aut bonorum poſſeſſionem Vnde liberi repudiante, poſſet amplius quiſquam in iiſdem bonis ſuccedere ex vlla parte: quod tamen falſum eſt. Nam & poteſt ille ipſe ſibi ſuccedere, & à bonorum poſſeſſione Vnde liberi excluſus, vel tempore, vel repudiatione, poſtmodum ſuccedere ex capite Vnde legitimi tanquam agnatus, & rurſum poſt legitimos ſuo ordine tanquam cognatus, aut ſi bonorum poſſeſſionem non ex certo aliquo capite, ſed ſimpliciter repudiet, proximis agnatis locum facit, vt perinde poſſint bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi agnoſcere, acſi filius non fuiſſet *l. 1. §. quibus. & §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict. l. in princ. D. vnd. legit. l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet.*
† *l. defunctis 6. C. de legit. her.* Sola igitur ſui heredis ſu- 2
perexiſtentia ſucceſſorij edicti poteſtatem non tollit: idque optima ratione, quia ſi Prætor filium qui ſe abſtinuit non habet pro herede, multò minùs poteſt eum habere pro bonorum poſſeſſore. Bonorum enim poſſeſſor neceſſarius & ipſo iure nemo eſt, nec alius quàm qui bonorum poſſeſſionem accepit à prætore, quod non tam iuris & nudæ voluntatis, quàm facti eſt. Quomodo igitur poteſt prætor habere pro bonorum poſſeſſore filium, qui non modò bonorum poſſeſſionem nunquam petierit, ſed etiam vltrò abſtinuerit? Ego verò reſpondeo filium in poteſtate ſuperſtitem, ſicuti non obſtat ſibi ipſi, ne repudiata bonorum poſſeſſione Vnde liberi poſſit ſibi ipſi ſuccedendo petere bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, ita nec cæteris legitimis obſtare, ne ex eodem capite ſuccedere prohibeatur, ſi bonorum poſſeſſionem ſimpliciter repudiauerit, *d. §. quibus*, aut ex capite Vnde cognati ſi repudiauerit bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, *§. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ſed tamen ſemper & omni caſu obſtare nepoti perinde ac ſi bonorum poſſeſſionem petiiſſet, vt nullo caſu, nullaque ex parte edicti nepos admitti poſſit. Non obſtat ſibi ipſi, quia quòd ei tanquam filio defertur bonorum poſſeſſio Vnde liberi, non poteſt conſumere aliam delationem bonorum poſſeſſionis, quàm quæ fit ex capite illo Vnde liberi, qua conſumpta nihil vetat deferri bonorum poſſeſſionem ex alio capite Vnde legitimi, & quidem illi ipſi, ſi velit, aut ſi nolit, proximo cuique agnato ex edicto ſucceſſorio. Cùm enim ſuus heres repudiat bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, atque ita abſtinet tanquam ſuus, certum eſt adhuc iacere bona quæ nullum adhuc poſſeſſorem habent, ac proinde nihil cauſæ eſt cur ceſſet poteſtas edicti quæ in id ſolùm comparata eſt, vt diximus, ne bona diu iaceant, ſi modò poſſeſſorem aliquem ex edicto inuenire poſſint. Atqui poſſunt inuenire, non quidem ex primo illo capite, ex quo facta delatio eſt, ſed ex ſequenti, quoniam delatio
† quæ fit ex aliquo edicti capite, illius quidem capitis 3
vim totam conſumit ex exemplo legis 12. tab. cuius tota vis & poteſtas prima delatione conſumitur, ſed ſequentium capitum non conſumit, idque propter authoritatem edicti ſucceſſorij quod in bonorum poſſeſſionibus introductum eſt, in hereditatibus non item. Ex eo igitur nihil aliud inferre poſſis, niſi quòd volo filium
hunc obſtare † nepoti, quamuis non obſtet ſibi ipſi ſi 4
velit ſuccedere Vnde legitimi, nec legitimis, ſi eam quoque bonorum poſſeſſionem quæ ſibi Vnde legitimi defertur, repudiauerit: nempe quia nepotem ex huiuſmodi filio neceſſe eſt ſuccedere vel ex capite Vnde liberi, vel nullo modo, cùm non ſit agnatus *d. l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Atqui non poteſt ſuccedere Vnde liberi, vt iam probauimus. Ergo nullo modo. Alioqui ſi poſſet ſuccedere Vnde legitimi, obſtaret non tantùm cæteris legitimis remotioribus, verùm etiam patri qui bonorum illam poſſeſſionem Vnde legitimi repudiaſſet. Nec enim filius qui tantùm ex prima parte Vnde liberi, ſed etiam ex ſecunda Vnde legitimi, repudiauit, poteſt ſibi ipſi ſuccedere vt admittatur tanquam cognatus, & ex capite Vnde cognati *l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* niſi ſuo ordine & poſt legitimos, vt loquitur Vlpianus

in d.§.ſed videndum l.1.D de ſucceſſ.edict. Legitimi nam-
que ſemper præcedunt cognatos, tum quoque cùm ex
capite Vnde cognati admittuntur, cùm cognati non ad-
mittantur, niſi ex mera prætoris indulgentia, *l.1.D.vnde
cognat.* tanquam qui legibus incogniti ſint, quibus è
contrario cogniti ſunt agnati, qui & ideo legitimi ap-
pellantur. Addidi *tum quoque cùm ex capite Vnde cognati*
5 *admittuntur*, quia in propoſito caſu, id eſt, cùm ſuus †
heres repudiauit vtramque bonorum poſſeſſionem Vn-
de liberi & Vnde legitimi, quamuis locum aperiat cæte-
ris legitimis, non ideo tamen fit vt cæteri legitimi poſ-
ſint ſuccedere ex capite Vnde legitimi, quia ſicuti tota
poteſtas edicti ex capite Vnde liberi conſumitur per eam
delationem quæ fit filio, licèt maneat ſine effectu propter
filij repudiationem, ita & tota poteſtas edicti ex alio &
ſequenti capite edicti Vnde legitimi conſumitur per de-
lationem quæ fit filio tanquam proximo agnato, *leg. fi-
lius 12.D.de ſuis & legit.leg. Iuriſconſultus 10.§.proxi-
miores 3.D.de gradib. & adfin.* Ideóque tametſi eam
quoque ſecundam bonorum poſſeſſionem filius tan-
quam proximus agnatus repudiet, nihilo magis tamen
cæteri agnati poſſint iure agnatorum admitti, quia
edictum ſucceſſorium, cuius authoritas in eam rem &
neceſſaria & comparata fuit hactenus, tantùm iis prodeſt
vt admitti poſſint tanquam cognati, non tanquam
agnati, *§.placebat.Inſtit.de legit.agnat.ſucceſſ.* Vnde nec
poſſit quiſquam dicere de agnato in bonorum poſſeſ-
ſione Vnde agnati, quod de nepote ſcribit Pomponius
in bonorum poſſeſſione Vnde liberi, *d.l.ſi quis §.vlt.*
primo agnato repudiante bonorum poſſeſſionem Vnde
legitimi, cæteris agnatis conſeruari iura integra, ac ſi
primus non fuiſſet, Alioqui admittendi eſſent ſequentes
agnati ex capite Vnde legitimi, non Vnde cognati,
quemadmodum nepos admittitur per Vnde liberi quo-
ties eius pater emancipatus ei non obſtat, ſiue ideo non
obſtet quod ante auum deceſſerit, ſiue quod cum ſuper-
ſtes fuit bonorum poſſeſſionem non petierit *d.l.ſi quis §.*
6 *penult.& vltim* Quamuis ſequentes † agnati admittan-
tur ante alios cognatos qui non ſunt agnati: qui ſen-
ſus eſt *d.l.1.§.quibus de ſucceſſ.edict. vt conſtat ex d.l.
placebat*, & ex *d.§.ſed videndum*, in illis verbis, *& poſt hos
ſuo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur.*
Nam ſi excluſo filio à cap. Vnde agnati, ſuccederetur ex
cap. Vnde cognati ſine vlla agnatorum & cognatorum
diſtinctione, & ſolo cognationis gradu, dubitandum
non eſſet quin filius ante agnatos omnes ſuccederet
tanquam proximus, ſiquidem quæ ratio facit vt filius
patri agnatus proximus ſit, eadem facit etiam vt ſit per
eos cognatus. Quis enim patri proximior eſſe poteſt
quàm filius, ſiue de ſuis heredibus tractes, ſiue de agna-
7 tis, aut de cognatis? Succedunt † igitur poſt filium in
poteſtate excluſum agnati, & quidem tanquam agnati,
ſed non ex capite Vnde agnati, aut quod idem eſt, Vnde
legitimi, at ex capite Vnde cognati, & ob id nimirum
præferuntur ipſi filio, non ampliùs valenti, aut volenti
venire, niſi tanquam cognato Præferretur ergo ex filio
nepos ipſi filio, ſi admitti poſſet tanquam legitimus, ſiue
ex capite Vnde legitimi, ſiue ex capite Vnde agnati ad-
mitteretur. Quod tamen & abſurdum & iniquum eſſet.
Quo enim iuris aut æquitatis colore præferri filio poſſit
nepos, qui non niſi per filium auo coniungitur? Sed etſi
8 poneres, filium † non vnam aut alteram, ſed omnem om-
nino bonorum poſſeſſionem ſimpliciter repudiaſſe vt in
d.l.1.§.qui ſemel.D.de ſucceſſ. edict. adhuc tamen dicen-
dum eſſet non poſſe admitti nepotem, neque tanquam
agnatum, neque tanquam cognatum, ſed fratrem de-
functi conſanguineum, ſi quis fuit *l. defunctis, 6.C. de
legit.hered* quia cùm poſt ſuos heredes vocentur iure
ciuili conſanguinei, *l.1.§.poſt ſuos.l.2.in princ. D. de ſuis
& legit.* & poſt conſanguineos cæteri agnati, Prætor au-
tem in deferenda bonorum poſſeſſione Vnde legitimi,
eum ipſum ordinem ſequatur quem lex præſcribit, ap-

paret nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate, ſicuti non
eſt ſuus heres, quippe quem pater anteuertit ſemper ex-
tra caſum ſingularem, *d.l.ſ.ripto*, ita nec poſſe ſuccedere
ante conſanguineos, nec proinde ante cæteros agnatos,
quia nec agnatus eſſe poteſt, niſi cùm eſt ſuus. Vel enim
pater eum præcedit, vel non. Si præcedit, nõ poteſt nepos
eſſe agnatus, ſcilicet proximus, vt explicauimus *lib.10.
Coniect. cap.12.* Si non præcedit pater, nepos ſuus eſt,
ideóque nec indiget vt ſit agnatus, cùm & præferri poſ-
ſit agnatis omnibus, adeóque conſanguineis tanquam
ſuus. Loquor enim de nepote in poteſtate retento, quo-
niam alioqui ſi eſſet † emancipatus, nec ſuus dici poſſet, 9
nec agnatus, ſiquidem per emancipationem, & familiæ
mutationem tam ſui quam agnati eſſe deſinunt, *l.tutelas
7.D.de cap.minut.* Et ob eam nimirum cauſam ſi ponas
emancipatum fuiſſe nepotem, & ex filio emancipato, ta-
metſi filius ille emancipatus non petierit bonorum poſ-
ſeſſionem Vnde liberi, adhuc tamen nepos excluderetur
per ſolam delationem filio factam ex illo capite Vnde li-
beri, niſi prudentum † interpretatio ad edictum præto- 10
ris ita rem hanc temperaſſet, vt iura omnia integra con-
ſeruentur nepoti, ac ſi filius non fuiſſet, quomodo loqui-
tur Pomponius in *d.l.ſi quis ex his §.vlt.* Nam cùm ne-
pos emancipatus ſiue ex filio in poteſtate, ſiue ex eman-
cipato, non poſſet admitti tanquam filius ex capite Vn-
de liberi propter conſumptam totam illius capitis pote-
ſtatem per delationem factam filio, vt diximus, neque
tanquam legitimus, ne quidem cum cæteris legitimis, ac
multò minùs ante legitimos cùm legitimus non ſit, ne-
ceſſe fuit ipſius fauore ſpeciale ius induci, vt eo caſu quo
filius fuiſſet emancipatus, nec bonorum poſſeſſionem
Vnde liberi petiiſſet, perinde poſſet nepoti deferri bo-
norum poſſeſſio Vnde liberi iam delata filio ac ſi nunquã
ei delata fuiſſet: nec aliter poſito iure abſurdum illud ſe-
queretur vt excluſo emancipato filio & à bonorum poſ-
ſeſſione Vnde liberi, per repudiationem, & à bonorum
poſſeſſione Vnde legitimi, quia non eſſet ex legitimis:
agnati omnes præferrentur huic nepoti, qui tamen na-
turaliter & re vera eſſet ex liberis, quemque prætor reſ-
ciſſa emancipatione non minùs quàm filium ipſum
emancipatum redderet numero liberorum, *d.l.ſi quis ex
his §.1.* Nec enim verendum eſt hoc caſu ne hic nepos
patri ſuo obſtet in gradu agnatorum & legitimorũ, cùm
ponimus nec agnatum, nec legitimum eſſe patrem qui
eſt emancipatus. Quod planè diuerſum eſt in nepote ex
filio in poteſtate. Is enim patri ſuo obſtaret, ſi filio ſe ab-
ſtinente ac repudiante bonorum poſſeſſionem Vnde li-
beri, nepos adhuc integrum ius haberet agnoſcendæ
eiuſdem poſſeſſionis Vnde liberi, ſiquidem certum eſt
quãdiu bonorum poſſeſſio ex priore edicti capite deferri
poteſt, ex poſteriore numquam deferri. Prius autem eſt
caput Vnde liberi quàm Vnde legitimi vocantur. Ergo
nec mirum eſt nepoti † ex filio in poteſtate ſuperſtite, 11
numquam deferri bonorum poſſeſſionem Vnde liberi,
nec ſi filius eam poſſeſſionem repudiauerit, quia patri
ſuo obſtaret. Dices fortaſſe, Imo non obſtaturũ, ſi fingas
filium non ſolùm repudiare bonorum poſſeſſionẽ Vnde
liberi, ſed ſimpliciter ſe abſtinere, cùm eo caſu excludat
ſe ab omnibus partibus edicti. At reſpondeo hoc quo-
que caſu non quidem obſtaturum filio nepotem, ſed ni-
hilominùs obſtare nepoti filium ne poſſit nepos petere
poſſeſſionem Vnde liberi, quia filius ſuus heres ſe abſti-
nens, pro eo habendus eſt qui bonorum poſſeſſionem
petierit, ac poſtea abſtentus fuerit per in integrum reſti-
tutionem, vt ſupra diximus. Quo caſu nemo dixerit ex
eodem capite poſſe deferri bonorum poſſeſſionem, licèt
ex alio & ſequenti poſſit deferri. Itaque deferetur qui-
dem conſanguineis & agnatis ex capite Vnde legitimi, ſi
filius in poteſtate ſimpliciter ſe abſtinuerit, ſed non de-
feretur nepoti, quia deferenda eſſet ex eo ipſo capite à
quo filius iam excluſus fuiſſet, id eſt Vnde liberi, quod
fieri nequit, cùm non poſſit nepos etiam in poteſtate

retentus, multo minùs qui emancipatus eſt, admitti ex
capite Vnde legitimi, neque tanquam legitimus ex ca-
pite Vnde cognati, propter eas rationes quas attulimus.
Indéque eſt quod ſi quis ex proximioribus cognatis
bonorum poſſeſſione accepta Vnde cognati, poſtmodum
abſtentus ſit per reſtitutionem, nihilo magis cæteri co-
gnati ex ſucceſſorio edicto admittantur, *d.l.vltim. D.de
ſucceſſ. edict.* qui ſcilicet nullum aliud ſupereſſet caput
edicti ex quo admitti poſſint. Tota autem poteſtas edicti
Vnde cognati, conſumpta eſt per agnitionem bonorum
poſſeſſionis ab vno ex cognatis factam. Non dico *per de-
lationem*, vt in liberis & in agnatis, *ſed per acquiſitionem*,
12 quia hoc proprium & ſpeciale habet caput † cognato-
rum, quòd ex eo ipſo admittitur ſucceſſio etiam poſt de-
lationem ex eodem alij factam, quia vltimum caput eſt
ex quo deferuntur ſucceſſiones iure ſanguinis, & quod
ſicuti totum pendet ex indulgentia prætoris, ita & qua-
lem prætor voluit legem, ab eo potuit accipere. Proinde
quod dicimus filium in poteſtate, qui ſe abſtinuit, com-
parandum eſſe ei qui reſtitutus fuit in integrum, poſtea-
quàm bonorum poſſeſſionem Vnde liberi accepit, cùm
ipſo iure ſit heres, & plus quàm bonorum poſſeſſor, &
tamen non eo minùs poſt eum admitti poſſe agnatos ex
capite Vnde legitimi *d.l.2. D. Vnde legit.* non pugnat
cum eo quod Papinianus ſcribit in d.l. vlt. inferioris
gradus cognatum edicti ſucceſſorij beneficium non ha-
bere, ſi prior ex parte ſua bonorum poſſeſſionem accepe-
rit. Tractat enim Papinianus eum caſum quo neceſſe
13 eſſet inferiorem † cognatum ſuccedere ex eo ipſo capite
ex quo prior iam bonorum poſſeſſionem accepiſſet:
quod fieri nullo modo poteſt. Nos verò illum, quo ſuc-
ceſſorium edictum præſtet facultatem ſuccedendi ex alio
nouo capite, quàm ex quo fuerit adhuc delata & acqui-
ſita ſucceſſio: nempe ex capite Vnde legitimi, quæ nun-
quam fuerat delata ſuo heredi, niſi tanquam filio & Vn-
de liberi. Nam etſi poneres filium hunc eundémque
ſuum heredem agnouiſſe bonor. poſſ. Vnde liberi, atque
ita pro herede geſſiſſe iuxta *l.puberem 12.C.de iur.delib.*
mox abſtentum fuiſſe beneficio in integrum reſtitutio-
nis, æquè dicerem adhuc non obſtaturum eum agnatis,
ſed nepoti ſoli, quia in nepote quidem haberet locum
ſupradicta Papiniani ſententia, cùm non poſſet nepos
ſuccedere niſi per Vnde liberi, ex quo capite non ſolùm
delata iam ſed etiam acquiſita fuiſſet bonorum poſſeſſio:
at non ſimiliter in agnatis, quibus ſaluum ſupereſt caput
Vnde legitimi, itémque Vnde cognati, etiam poſt ex-
tinctam prima delatione & acquiſitione totam poteſta-
14 tem capitis edicti Vnde liberi. Nihil igitur vetat filium
in poteſtate retentum etiam cùm ab initio ſe abſtinuit
perinde obſtare nepoti, atque ſi bonorum poſſeſſionem
petiiſſet quam poſteà beneficio reſtitutionis abieciſſet:
nec tamen obſtare legitimis, quamuis vtroque caſu ha-
beamus ipſum pro eo qui agnouerit bonorum poſſeſſio-
nem, quoniam alia iura ſunt nepotis, alia legitimorum
& agnatorum, alia iura bonorum poſſeſſionis Vnde li-
beri, quæ conſumitur per primam delationem, alia
bonorum poſſeſſionis, Vnde legitimi, quæ non con-
ſumitur niſi per ſecundam. At nec bonorum poſſeſſio
Vnde cognati per tertiam delationem conſumitur, ſed
tantùm per acquiſitionem ex tertia illa delatione ſecu-
tam. Quæ omnia ſi bene diſtinguantur, nihil in tota
hac noſtra interpretatione aut abſurdi, aut iniqui repe-
rietur, ſed fient omnia apertiora, ſi ea bene intelligen-
tur quæ ſequenti capite dicenda ſuperſunt circa hanc
diſputationem.

ERROR X.

De ſententia l. defunctis 6. C. de legit. hered. & §. Placebat. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.

SVMMARIA.

1 *Sententia l.defunctis.C.de legit. hered. ex interpretatione Bartoli.*
2 *Secundum Bartol.& gloſſ interpretationem l.defunctis pugnat cum l.vlt.C.vnd.lib.*
3 *Interpretatio d.l.defunctis à Baldo allata.*
4 *In d. l. defunctis nihil ſcriptum eſſe de nepote vtrum ſuccedat ſuo herede ſe abſtinente, aduerſus Bart. & Bald.*
5 *In §.placebat.Inſtit.de legit.agnat.ſucceſſ. nihil de nepote poſt filium admittendo conſtitutum eſt.*
7 *Ratio præcipua cur Iuſtinianus in agnatis ſucceſſionem admiſerit.*
8 *Interdum meliorem eſſe conditionem agnatorum, quàm liberorum qui non ſunt ſui heredes aduerſus Baldum.*
9 *Suorum heredum & agnatorum conuenientia ſecundum ius 12.tab.*
10 *Diſcrimen inter ſuos heredes & agnatos ex iure prætorio.*
11 *Prætores in deferendis bonorum poſſeſſionibus eundem ſeruarunt ordinem quem in deferendis hereditatibus ſeruauerat lex 12.tab.*
12 *Heres ſuus iure ciuili nunquam ſuccedit vt agnatus.*
13 *Lex 12.tab.nunquam putauit admittendum nepotem ex filio tanquam agnatum.*
14 *Agnatorum & ſuorum heredum differentia.*
15 *Nepos quem pater antevenerit cur non poſſit ex iure ciuili admitti tanquam agnatus, & n 17.*
16 *Cur filius licet ſit ſuus vocetur à prætore ex capite Vnde legitimi.*
18 *Nepos ſuus heres qui repudiauit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi admittitur ex capite Vnde legitimi.*
19 *Filio ſuo herede ſe abſtinente nepos ex eo poteſt admitti iure prætorio poſt legitimos ex capite Vnde cognati.*
20 *Iuſtinianus fecit vt in agnatis eſſet ſucceſſio iure ciuili, ſicut iure prætorio ſucceſſio prius erat in cognatis.*
21 *Poteſtas edicti Vnde cognati non extinguitur per primam delationem, ſed tantùm per acquiſitionem.*
22 *Caſus ſingularis quo duplex fit delatio ex edicto Vnde liberi.*
23 *Differentia inter filium in poteſtate & emancipatum, quod ille obſtet nepoti in bonorum poſſeſſione Vnde liberi: hic neutiquam, niſi ipſe bonorum poſſeſſionem petierit.*
24 *Quas differentias inter ſuum & emancipatum ſuſtulerit Iuſtinianus in Nou.118.*
25 *Diſcrimen inter ſuum & emancipatum quod etiam hodie remanet.*
26 *Nouella Iuſtin.108.non ſuſtulit omnes bonorum poſſeſſiones, vt quidam perperam autumant.*
27 *Lex vlt.C.Vnde liberi non eſt correcta, vt volunt Accurſ.& Bart.*
28 *Vera ſententia d.l.defunctis.C.de legit.hered.*
29 *An ſui heredes dicantur repudiare hereditatem, & n.32.*
30 *Hereditatis vocabulum quandoque ſignificat bonorum poſſeſſionem.*

31 Cur

31 *Cur ſuus heres qui etiam poſt abſtentionem remanet heres ipſo iure non obſtet fratri conſanguineo defuncti æquè ac nepoti.*
32 *In reſcriptis Imperatorum exacta verborum proprietas ſæpe deſideratur.*
33 *Expenduntur prima d. l. defunctis verba*, defunctis ſuis extantibus heredibus.
34 *Emendatio d. l.*
35 *Quibus caſibus frater fratri ſuccedere poſſit ab inteſtato etiamſi defunctus liberos habeat.*
36 *Argumentatio Baldi exploſa.*

HI duo iuris loci ſunt præcipuè, quorum interpretatio difficilem facit & obſcuram totam hanc de edicto ſucceſſorio quæſtio-
1 nem. Nec infacetè Baldus † ad l. vlt. C. *vnd. liber. num.* 6. ſcribit *l. defunctis* 6 *C. de legit. hered.* eſſe *de propria burſa domini Bartoli, per quam ſuſtinetur gloſſ. d. l. vlt.* quæ defendit hodie filium ſe abſtinentem non obſtare nepoti, nec ei obiici quominus poſſit nepos ſuccedere etiam de iure ciuili. Sic enim textus ille à Bartolo cæteriſque interpretibus acceptus eſt, quaſi formaliter dicat, vt Baldus loquitur, quòd defunctis ſuis abſtinentibus vocatur ſequens de iure ciuili, quia agnationis iure. Ergo, inquit, ſi vt agnatus venit, clarum eſt quòd venit per legem duodecim tabularum quæ conſiderat ius agnationis. Sed tamen bene videt
2 Baldus † hanc quam putant eſſe ſententiam *d. l. defunctis*, neque cum iure vetere, neque cum nouo conſentire, multo minùs cum opinione gloſſ. & Bart. ad d. l. vlt. Gloſſa enim dicit ita olim ius fuiſſe vt filius in poteſtate obſtaret nepoti de iure ciuili ex d. l. vlt. Aliud verò eſſe hodie per Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in §. *placebat. Inſtit. de legit. agna. ſucceſſ.* Atqui probatur ex d. l. *defunctis*, iuxta vulgarem interpretationem id ipſum iam olim obtinuiſſe, quod Iuſtinianus conſtituit. Ergo pugnabit d. l. *defunctis* cum d. l. vlt. & cum gloſſa. Nec in eo ſolùm quod d. l. vlt. negat poſſe nepotem admitti de iure ciuili ad ſucceſſionem aui inteſtati, qui filium ſuperſtitem reliquerit, ſed in eo maximè quòd lex illa diſtinguit hac parte ius ciuile à prætorio, quæ tamen diſtinctio nulla eſt, ſi lex *defunctis* intelligatur de ſucceſſione quæ
3 fit ex iure ciuili. Quam ob cauſam idem Baldus † ſubiungit d. l. *defunctis* videri interpretandam & declarandam ſecundùm d. l. vlt. vt intelligatur ſuccedere nepotem per bonorum poſſeſſionem, non de iure ciuili, ſiue vetere, ſiue nouo. Poſtea tamen concludit magis conuenire verbis legis *defunctis*, vt admittatur nepos etiam ex iure ciuili, non quidem ex rigore, inquit, iuris ciuilis: ſed ex eiuſdem iuris æquitate, nec de iure ſuitatis, ſed iure agnationis, quia eſt de liberis, & talis, qui licèt non ſit ſuus & neceſſarius propriè loquendo, abuſiuè tamen poteſt dici ſuus, tanquam qui ſit in poteſtate & de liberis, ex d. §. *placebat.* Sed non poſſunt iſta bene intelligi quin verba legis proponantur. Ait lex, *Defunctis ſuis extantibus heredibus, & abſtinentibus, vel repudiantibus hereditatem frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* In quibus verbis illud primum obſeruandum eſt nihil
4 † ſcriptum eſſe de nepote, ne quidem per interpretationem. Nec enim lex ait, Suo herede ſe abſtinente, ſuccedere nepotem ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, ſed ſuccedere fratrem conſanguineum, & quidem iure conſanguinitatis. Loquuntur ergo ſine lege qui aliam nullam legem habent, ex qua probent poſſe nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate ſuccedere iure ciuili, ſiue id referant ad rigorem iuris ciuilis, & ad legem duodecim tabularum, vt Bartolus, ſiue ad æquitatem iuris ciuilis,
5 vt Baldus. Idémque etiam dici poteſt de ſententia † *d. §. placebat.* Nihil enim eo loco de ſuis heredibus, aut de nepote poſt filium admittendo Iuſtinianus exprimit, ſed hoc tantùm ait conſtitutum à ſe fuiſſe in ea lege,

quam de iure patronatus tulit, & quæ tamen in Codice noſtro non extat, vt in agnatis h[...] d[...] ſit ſucceſſio quæ olim non erat, niſi fortè cum eodem Baldo, † ſic argu- 6
mentari volumus, vt dicamus Iuſtinianum hoc ipſo quod loquitur eo loco de omnibus agnatis, loqui etiam de ſuis, quia, inquit, non debet fauere edictum tranſuerſalibus, & denegare liberis. Iſta enim eſſet ſtultitia, non iniuſtitia. At longè maior ſtultitia meo iudicio illa eſt, ſi quod de agnatis ſolis conſtitutum eſt, ad ſuos protrahatur. Etſi enim verum eſt ſuos heredes proximos videri agnatos, & eſſe, vt loquitur *l. filius* 12. *D. de ſuis & leg.* aut vt Paulus ait in *l. Iuriſconſultus* 10. §. 3. *D. de gradib. & adfin.* proximiores ex agnatis ſuos dici: apparet tamen ex iis quæ apud Iuſtinianum præcedunt, præſertim §. *ſi plures*, & in principio ipſius tituli, toto eo titulo de iis tantùm agnatis agi qui non ſint ſui heredes, ideóque nec ſuorum loco. Sic enim Iuſtinianus initio tituli præfatur: Si nemo ſuus heres, vel eorum quos inter ſuos heredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquomodo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum, ad agnatum proximum pertinere hereditatem. Et verò ratio † præ- 7
cipua qua Iuſtinianus motum ſe fuiſſe ait, vt conſtitueret in agnatis ſucceſſionem: Nempe quòd in onere tutelarum, quæ ad exemplum hereditatum deferuntur, primo gradu deficiente, ſequens ſuccedat: eadem autem debeat eſſe ratio lucri & honoris quæ oneris. Ea procul dubio non poteſt aptari ad ſuos cæteróſque deſcendentes, quibus ſcilicet nunquam aſcendentium tutelæ deferuntur, cùm neque pupillus eſſe poſſit qui habet iam deſcendentes ex ſe liberos, neque eius ætatis, vt tutelam gerere poſſit is qui patrem, adeóque auum impuberem haberet, quod nec natura patitur. Fatendum igitur eſt Iuſtiniani conſtitutionem de agnatis factam ad ſuos heredes, alióſque ex iis deſcendentes nullo mod[...] pertinere. Sed an non ſtultum eſt denegare nepotibu[...] qui ſunt in poteſtate & de liberis id quod conceditu[...] etiam agnatis? Dignus enim Baldus eſt cui ſatisfacia[...]mus, vel ob hoc ipſum ne ſtulti videamur. Ego ver[...] reſpondeo non eſſe nouum † vt alia cauſa ſit agnato[...]rum, alia ſuorum heredum, aut vt meliùs dicam, li[...]berorum, id eſt, vt melior in quibuſdam ſit conditi[...] agnatorum, quàm liberorum qui non ſint ſui hered[...] Sic enim loquendum eſt, quoniam qui ſunt ſui he[...]des, ſemper melioris conditionis ſunt quàm agnati, a[...] certè nunquam deterioris, cùm ſint iſ ſi quoque agna[...] & ex agnatis omnibus proximiores. Aut ſi mauis, ſu[...] agnati eminenter, quia ſunt plus quàm agnati, ſicut [...] agnati ipſi excluſi à capite Vnde agnati, adhuc tam[...] poſſunt ſuccedere non modò cum cæteris cognatis, [...] etiam ante ipſos, tanquam qui ſint & ipſi cognati, e[...]nenter hoc ipſo, quòd ſunt plus quàm cognati, c[...] ſint etiam agnati. Dicam ampliùs, Non tantùm iu[...] ciuili verum eſſe quod volo, Meliorem eſſe hac pa[...] conditionem agnatorum quàm liberorum deſcende[...]tium ex ſuis heredibus: ſed etiam iure prætorio id[...] obtinere: quod ſanè Baldus ſi audiret, multò mag[...] miraretur, ſtultúmque diceret, ſi non à nobis dicti noſ[...] ratio aliqua afferretur. Diſtinguenda hîc ſunt tria tẽpo[...] iuris veteris, iuris prætorij, & iuris noui, ac Iuſtinian[...] Iure veteri fuit † eadem hac in re ratio ſuorũ heredum [...] agnatorũ. Nam neque in ſuis, neque in agnatis erat ſu[...]ceſſio: ita vt ſi quis tempore delatæ hereditatis ſuus [...]res, aliúſve proximus agnatus fuiſſet, qui tamen here[...]tatem aut retinere ſibi, aut acquirere noluiſſet, nih[...] magis ſequentes in gradu liberi aut agnati admittere[...]tur, *d. l.* 1. §. *ſciendum. D. de ſuis & legit. hered. d. §. pla[...]cebat.* Ratio erat quia lex duodecim tabul. quæ & ſuos heredes primùm, & poſt eos agnatum quemque proximũ vocauerat, & ſine qua nec liberi, nec agnati, nec alij v[...]lli ſuccedere poterant, de vno tantùm eóque primo gra-

da loquuta fuerat, nimirum in numero ſingulari, tam
de ſuo herede, quàm de agnato, his verbis, *ſi ſuus heres
non erit, agnatus proximus familiam habeto,* quo ſingula-
ri numero etſi plures perſonæ comprehendi poſſunt,
quæ ſint eiuſdem gradus, *d. §. ſi plures. Inſtit. de legit.
agn. ſucceſſ.* plures tamen diuerſique gradus compre-
hendi nullo modo poſſunt. Proinde conſumpta per pri-
mam delationem tota legis poteſtate, nihil ſupererat
ex quo ſequentes in gradu liberi vel agnati admitti
poſſent, nouáque fuiſſet opus lege: at iure prætorio †
diuerſa fuit ratio ſuorum heredum & agnatorum. Nam
10 quod ad agnatos non putauit prætor conuenire æqui-
tati, vt ius ciuile incorrectum relinqueret, induxitque
inter eos poteſtatem edicti ſucceſſorij, non quidem in
hereditatibus ex iure ciuili acquirendis, in quo præto-
ris nulla erat authoritas, cùm heredem facere ipſe non
poſſet, *§. quos autem Inſtit. de bon. poſſ.* ſed in bonorum
poſſeſſionibus: vt qui erant excluſi ab omni auxilio iu-
ris ciuilis, adhuc ex iure prætorio admitti poſſent, at
non ex capite Vnde legitimi, quod ſummopere notan-
dum eſt, quia ſicuti bonorum poſſeſſio ex illo capite de-
fertur ad exemplum hereditatis per legem delatæ.
Ita & per primam delationem agnato proximo factam
tota illius edicti poteſtas conſumitur, quemadmodum
& tota poteſtas legis in differenda hereditate, ſed ex ca-
pite Vnde cognati *d. §. placebat.* Cùm enim prætor in de-
ferendis bonorum poſſeſſionibus non ſemel tantùm, vt
lex XII. tab. in deferendis hereditatibus, ſed ſæpiùs lo-
quutus ſit, non tantum proponendo diuerſa edicti capi-
ta, ex quibus vocari poſſint gradatim plures perſonæ
diuerſo iure, ſed etiam inducendo edictum ſucceſſorium,
cuius poteſtate poſſet vna eadémque perſona etiam ſibi
ipſi ſuccedere in agnoſcenda bonorum poſſeſſione, non
poteſt dici de toto illo prætoris edicto, quod de lege
XII. tab. dicitur, totam ipſius poteſtatem prima dela-
tione conſumptam eſſe, quandoquidem variæ ſunt dela-
tiones, quarum ſingulæ ſingulas edicti partes ex quibus
fiunt, conſumunt: ſed ſequentes ex quibus non fiunt,
non conſumunt. Quod verò ad ſuos heredes pertinet,
id quidem prætores etiam immutarunt, vt ſi ſuus heres
nolit ſe immiſcere tanquam ſuus, nec petere bonorum
poſſeſſionem. Vnde liberi, quam è contrario repudiaue-
rit, poſſit ſibi ipſi quoque ſuccedere, & agnoſcere bo-
norum poſſeſſionem Vnde legitimi, tanquam agnatus,
l. 2. in princip. D. Vnde legitimi: & rurſus Vnde cognati,
tanquam cognatus, *l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet.*
ſi modò non ſe abſtinuerit, expreſſim ab hereditate,
quo caſu eſſet vtique excluſus ab omnibus partibus
edicti, ſed nunquam fecerunt prætores, vt ſuo herede
ſe abſtinente, nepos in ipſius locum poſſit ſuccedere,
& ad bonorum poſſeſſionem agnoſcendam admitti ſiue
ex capite Vnde liberi, ſiue ex capite Vnde agnati, vt
proinde quod pertinet ad nepotem cæteróſque dein-
ceps à ſuo herede ſuccedentes, vera manſerit regula
iuris veteris, & incorrecta, quæ extat in *d. §. ſciendum.*
Non eſſe in ſuis heredibus ſucceſſionem. Sed cur ita?
An quia minùs fauendum fuerit nepotibus, quàm
agnatis? aut quid vetabat nepotem ex ſuo herede, licèt
non poſſet in patris ſui locum ita ſuccedere vt fieret
ſuus, admitti tamen ex capite Vnde legitimi, & tan-
quam agnatum eo ſaltem caſu, quo ſuus heres non
tantùm repudiaſſet bonorum poſſeſſionem Vnde liberi,
ſed etiam ſimpliciter abſtinuiſſet, ita vt verendum non
eſſet ne qua in parte edicti nepos patri ſuo obiiceretur?
Ratio, ni fallor, illa fuit, quod † prætores in deferen-
dis bonorum poſſeſſionibus eundem ordinem ſerua-
11 runt, quem in deferendis hereditatibus ſeruauerat lex
duodecim tabularum. Incepit enim, vt illa, primùm
à ſucceſſione teſtati, deinde fecit tranſitum ad ſucceſ-
ſionem inteſtati, *l. in princ. D. ſi tabul. teſtam. null.
ex tab. vnd. liber.* & ab inteſtato vocauit primùm ſuos,
& eos quos ſuorum loco habet, id eſt, emancipatos
filios primi gradus, quos ſicut pro filiis habet, ita &
pro ſuis heredibus poſt reſciſſam emancipationem dicti
tit. *de legit. agnat. ſucceſſ. in princ. & §. emancipati autem
liberi Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Deinde poſt ſuos
vocauit conſanguineos, & poſt conſanguineos cæteros
agnatos, ex capite Vnde legitimi, quia & omnes le-
gitimi ſunt, & eo ordine per legem vocantur: aut ſal-
tem per interpretationem ad legem 12. tab. Lex enim
de proximo tantùm agnato loquuta, ſic accepta fuit à
prudentibus, vt conſanguinei fratres iure conſangui-
nitatis admitterentur, nec tam quaſi agnati, quàm
quaſi conſanguinei, licèt ſint etiam agnati, *l. 1. §. poſt
ſuos. l. 2. in princ. & §. 1. D. de ſuis & legit. & d. tit. de
legit. agnat. ſucceſſ. in princip. & §. ſi plures.* Cùm au-
tem legis 12. tab. verba illa fuerint, quæ ſuprà retuli-
mus, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam
habeto,* apparet ſatis agnati proximi nomine ſignifica-
tum à lege illum qui non eſſet ſuus heres, cùm non ali-
ter vocauerit proximum agnatum, quàm ſub illa con-
ditione, *ſi ſuus heres nemo eſſet,* vt proinde verum ſit, ne
quidem filium † primi gradus poſſe vnquam ſuccedere
tanquam agnatum, quia licèt ſit agnatus proximus, tum 12
quoque cùm eſt ſuus, *d. l. filius 12. D. de ſuis & legit.*
non eſt tamen ex iis agnatis, de quibus lex ſenſit, quan-
do agnatos vocauit ad ſucceſſionem cùm ſit ſuus, nec
agnatus quiſquam vocetur ad ſucceſſionem eo caſu quo
aliquis eſt ſuus. Nec ei quicquam prodeſt quod præter
ius & nomen ſui heredis habeat etiam nomen agnati
proximi, niſi vt ſi nolit ſuſcipere hereditatem iure ci-
uili tanquam ſuus heres, poſſit adhuc ſuccedere iure
prætorio tanquam agnatus, *d. l. 2. in princip. D. vnde
legit. d. l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* ſed vt
poſſit tanquam agnatus iure ciuili ſuccedere, caſus nul-
lus dari poteſt, quia cùm aliquis adeſt ſuus hæres, ſicuti
cæteros omnes agnatos excludit, vtpote defectos con-
ditione ſub qua vocati ſunt per legẽ, ita & excludit ſe-
ipſum ex qua parte agnatus eſt: multò magis excludit
filium ſuum, eundémque nepotem patrisfamilias, de
cuius hereditate agitur, quia nepos ille cùm non poſſit
ſuccedere tanquam ſuus, multò minus poteſt ſuccede-
re tanquam agnatus proximus, cùm à patre ſuo ante-
uertatur non minùs in iure agnationis, quàm in iure
ſuitatis. Rurſus cùm lex XII. tab. de ſuo herede non-
niſi in numero ſingulari loquuta ſit, vt ſupra monui-
mus, atque ita vnum duntaxat gradum: non plus deſi-
gnauerit, apparet nullo caſu † ſenſiſſe ipſam de admit-
tendo nepote ex filio tanquam agnato, quoniam vel po- 13
nimus ſupereſſe filium, qui ipſe ſit ſuus heres, & eo ca-
ſu excluditur per filium nepos ne admitti poſſit, ſiue
tanquam ſuus, quia ſuus non eſt, ſiue tanquam agnatus
proximus, quia ſuus alius eſt, vel præmortuum fuiſſe
filium, aut aliter à patris ſui poteſtate liberatũ. Et eo caſu
cùm nepos ſit ſuus heres auo, idem dici poteſt, & debet
quod diximus de filio ſuo herede, vt qua ratione cæte-
ros agnatos à ciuili ſucceſſione excludit, eadem ſeipſum
excludat, faciens quippe deficere conditionem ſub qua
lex vocat agnatos. Illa igitur tantùm dubitatio ſupereſſe
poteſt, cur quemadmodum filius ipſe ſuus heres per
prætorem admittitur tanquam agnatus poſtquam repu-
diauit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, quæ ei tan-
quam ſuo competebat, ita vt cæteris quoque agnatis
& legitimis omnibus obſtet, etiam conſanguineis, *d. l.
2. vnd. legit.* Non ſic tamen nepos à Prætore admitta-
tur, ne quidem poſt patrem: quaſi vero pater ei obſtet
ne ſit agnatus, ſicut ei obſtat ne ſit ſuus. Quod certè ne-
mo bene dixerit. Non enim ſicut ſuus eſſe non poteſt
qui proximus non eſt in linea deſcendentium quod ad
cauſam ſuccedendi, *l. ſcripto 7. D. vnd. lib. l. ſi filiusfam.
33. D. de teſt. mil.* Ita & dicere poſſumus, agnatum non
eſſe eum qui proximus non ſit, Agnatorum enim † plu- 14
res

tres gradus ſunt, qui omnes æquè ſunt agnati, licèt non
æque proximi, cùm tamen ſuorum heredum plures eſſe
gradus impoſſibile ſit: ideóque nec ſic locuta eſt, vt
dixerit, *ſi ſuus heres proximus nemo erit*, ſed ſimpliciter,
ſi ſuus heres nemo erit: & è contrario cùm de agnatis lo-
cuta eſt, non dixit ſimpliciter *agnatus familiam habeto*,
ſed adiecit *proximus*, ne alioqui priore c. plures ſuo-
rum heredum gradus abſurdè inducere videretur: po-
ſteriore verò agnatos omnes etiam qui proximi non
eſſent ſimul cum proximioribus, nedum poſt proxi-
miores admittere, quod æquè abſurdum fuiſſet. Quam-
uis igitur filius obſtet nepoti quominus ille ſit proxi-
mus agnatus, ſicut ei obſtat ne ſit ſuus, cum tamen ei
non obſtet ne ſit agnatus, ſemper illa manet dubitatio,
cur non admittat prætor hunc agnatũ tanquam agna-
tũ, & ex capite Vnde legitimi, ſaltem poſt patrẽ & inter
cæteros agnatos qui poſt patrem ſunt primi? Reſpon-
15 dendum eſt quod iam dixi, nepotem hunc, † quem pa-
ter in iure ſui heredis anteuertit, nullo modo, nulló-
que caſu poſſe admitti ex iure ciuili tanquam agnatum
aut legitimum, non ob id ſolum, quòd neque ſuus, ne-
que agnatus proximus ſit (eadem enim ratio locum
haberet in excludendis remotioribus agnatis, quos ta-
men prætor ex ſucceſſorio edicto admittit ſuo ordine)
ſed ob id maximè quòd numquam poteſt eſſe ex eorum
agnatorum numero, quos lex ad ſucceſſionem vocat:
nempe qui nullo caſu poteſt eſſe proximus agnatus,
niſi cùm eſt ſuus: quo tamen caſu, id eſt, ſi ſit ſuus, iam
non eſt ex iis agnatis quos lex vocauit, cùm eos ſolos
vocauerit quos a ſuis heredibus diſtinxit, ac proinde
qui ſui non eſſent. Quod ſi replices eandem rationem
locum habituram in filio primi gradus, qui vtique cum
ſit ſuus: non poteſt videri per legem vocatus tanquam
proximus agnatus, nec eo minùs tamen vocetur a Præ-
tore ex capite Vnde legitimi: Reſpondebo, ita facere
16 prætorem, † quia cùm ſuum heredem filium admittit
ad bonorum poſſeſſionẽ ex capite Vnde legitimi, nul-
lam facit iniuriam cæteris legitimis, adeóque conſan-
guineis. Præfert enim illum, qui ſuo iure omnes eos
excludere potuit, ſiue hereditatem iure ciuili tanquam
ſuus heres poſſidere, ſiue bonorum poſſeſſionem ex
primo capite Vnde liberi, agnoſcere voluiſſet, quique
agnoſcendo bonorum poſſeſſionem ex alio quolibet
capite, ſiue Vnde legitimi, ſiue Vnde cognati, hoc ipſo
pro herede gerere videtur, *l. puberẽ* 12. *C. de iur delib.* ita
vt non tantùm fiat bonorum poſſeſſor, ſed etiã appareat
ſuus heres, nec minùs apud Prætorem, quàm iure ciuili.
Quis enim pro abſtento habeat ſuum heredem, qui
bonorum poſſeſſionem agnouerit, etiamſi ex vltima
edicti parte prioribus repudiatis? Credibile enim eſt,
quòd non repudiaſſet bonorum poſſeſſionem Vnde li-
beri, niſi ſequentes edicti partes adhuc ſaluas & inte-
gras fore proſpexiſſet. Non ergo habent quod conque-
rantur agnati de prætore, cùm prætor ita præfert ſuum
heredem tanquam agnatum proximum, tametſi non
ſit ille ex iis agnatis, quos lex ſub agnati proximi no-
mine vocauit, quia licèt non ſit ex eo agnatorum nu-
mero, ea tamen perſona eſt, quam eadem lex, ſi non vo-
cat, ſaltem admittit ad hereditatem tanquam ſuum he-
redem. Et quid, obſecro, agnatorum intereſt an prætor
eum admittat tanquam ſuum heredem, an verò tan-
quam agnatum, cùm talis ille ſit qui omnimodo ſuc-
cedere potuerit, & ciuili iure, & prætorio ante agnatos
cæteros, & iis quoque inuitis? An fortè ideò minùs
agnatus aut legitimus dici poteſt, quòd hoc amplius
ſit etiam ſuus? præſertim cùm ex eiuſdem prætoris be-
neficio hoc ipſum habeant agnati, quòd poſt ſuos he-
redes per abſtentionem, aut per repudiationem excluſi
ſuccedendi ius habent, quod ex iure ciuili nullum ha-
berent. Quidni enim liceat prætori beneficia ſua interpre-
tari, & pro arbitrio quem velit eis modum conſti-
tuere? At non idem tractari poteſt circa perſonam ne-
potis † ex filio ſuo herede ſuperſtite. Cùm enim is nul- 17
lomodo per legem admittatur, neque tanquam ſuus,
neque tanquam agnatus proximus, quoties à patre ſuo
anteuertitur, faceret prætor iniuriam legitimis, ſi nepo-
tem hunc tanquam legitimum admitteret etiam poſt
patrem. Legitimus enim dici non poteſt, quem lex nul-
lo caſu admittit, neque tanquam ſuum, neque tanquam
agnatum. Cæteri agnati etiam remotiores poſſunt ta-
men eſſe proximi aliquo caſu, etiam ſuo hærede exi-
ſtente: nempe ſi alij agnati qui eos aliquando præceſ-
ſerunt, deſierint eos præcedere in cauſa ſuccedendi,
ſiue per mortem, aut alium caſum morti ſimilem, ſi-
ue per repudiationem. Nam quamuis ſuus heres,
ſi quis ſit, obſtet iis ne poſſint ſuccedere, non ideò
tamen obſtat, quaſi ſit ipſe proximus agnatus, at-
que ita impediat ne ſint illi proximi agnati, ſed obſtat
iis quia ſuus eſt, lex autem non vocauit agnatum, ne
quidem proximum, niſi ſub ea conditione *ſi ſuus he-
res nemo eſſet*. Ideóque ſi poſſes aliquem fingere caſum,
in quo filius primi grad. in defuncti morientis pote-
ſtate conſtitutus, ex cauſa tamen aliqua ſuus heres eſſe
non poſſet, vt in ſpecie *d. l. ſcripto vnde lib.* nec nepos
quiſquam eſſet, qui ius illud & nomen ſui heredis vin-
dicare ſibi deberet, non eſſet dubitandum quin agnatus
proximus ex lege XII. tab. admitteretur, nec ei obſtaret
filius qui non eſſet ſuus, tametſi fuiſſet proximus agna-
tus, etiam tempore delatæ hereditatis: nimirum quia
nec eſſet, nec vnquam fuiſſet ex iis agnatis, de quibus
lex locuta eſt: id eſt, quos à ſuis heredibus diſtinxit.
Hic enim etſi nec ſuus heres eſt, tamen eſſe potuit, lex
autem cùm agnatos proximos vocauit ſi ſuus heres ne-
mo eſſet, de iis agnatis ſenſit procudubio, qui non ſo-
lùm ſui non eſſent, ſed neque ſui eſſe vnquam poſſent,
cùm de iis ſenſerit quos vocauit poſt ſuos, quique
proinde ſui fieri non poſſent. Præpoſterum enim eſſet
vt quis agnatus primùm eſſet, deinde ſuus: quandoqui-
de non alia de cauſa ſuus heres agnatus proximus eſt,
quàm quia ſuus eſt: ob idque nec dubitari poteſt quin
lex XII. tab. eo agnatorum nomine ſolos tranuerſales
intellexerit, liberis omnibus, & cuiuſcunque gradus
ab ea apppellatione excluſis quia omnes eos qui ſunt
& in poteſtate & conſequenter in numero liberorum,
neceſſe eſt, vel eſſe ſuos hæredes, vel eſſe potuiſſe. Ea-
dem igitur ratio facit vt ſuo herede excluſo, aut per
abſtenſionem, aut per repudiationem, non poſſit ex eo
nepos admitti tanquam legitimus citra iniuriam cæ-
terorum legitimorum, quos lex ſolos vocauit, non
hunc nepotem, qui proximus agnatus nunquam eſſe
potuit, niſi tanquam ſuus: nec rurſum ſuus, quoties
eum pater mortis tempore præceſſit. Itaque ſemper ei
obſtat pater qui ſuus heres eſt, non ſolùm ne poſſit ipſe
nepos ſuus heres eſſe, ſed etiam ne poſſit dici ex iis
eſſe agnatis, de quibus lex ſenſit, cùm ſuo herede exi-
ſtente nullo caſu poſſit eſſe proximus agnatus. In ſum-
ma agnatus quidem eſt, quia coniunctus per maſculum,
quamuis non proximus, vt diximus, ſed non eſt agna-
tus eo ſenſu quo agnati dicuntur in lege XII. tab. cùm
non ſit ex iis quos lex vocauit, qui ſenſus eſt *dicta legis,
ſcripto*, in his verbis, *qui ſine dubio non eſt agnatus*. Deni-
que non eſt legitimus, id eſt, à lege vocatus ſub nomine
agnatorum, ſed tantùm ſub nomine ſui heredis, eo vi-
delicet caſu quo ſuus heres eſſet, nec à patre, eodém-
que ſuo herede anteuerteretur. Mirum igitur non eſt, ſi
neque prætor vnquam vocet eum ex capite Vnde legi-
timi, præterquam ſolo illo caſu, quo fit ſuus, † patre ni- 18
mirum prædefuncto. Tunc enim cum ſit à lege vocatus,
aut ſaltem admiſſus tanquam ſuus, non dubito, quin ſi
repudiauerit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi poſſit
ſuccedere ſibi ipſi, & à Prætore admitti Vnde legitimi,
etiam ante legitimos cæteros, ſicut & pater ipſius ſi viue-
ret, ſuúſque heres eſſet, admitteretur. Idque probatur
non malè ex *d. l.* 2. *D. vnde legit.* quæ non de filiis primi

gradus,ſed de ſuis heredibus loquitur,cùm ait poſſe il-
los ſuccedere Vnde legitimi,ſi repudiauerint bonorum
poſſeſſionem Vnde liberi. Idcóque nimirum ſic con-
ceptus eſt à prætore titulus ille edicti Vnde legitimi,
non Vnde agnati,quia non tam agnationis,quàm legis
rationem in eo edicto habet Prætor , vt verba illa edi-
cti oſtendunt, quæ poſita ſunt in l. 1.eod. *tum quem ei
heredem eſſe oporteret,* ſcilicet ex lege XII. tab. lex au-
tem non agnatos quoſlibet ad ſucceſſionem vocat, ſed
eos tantùm qui vel ſint ſui : & hos ſub nomine ſui he-
redis, vel eos qui nec ſint , nec vnquam potuerint eſſe
ſui : hoc eſt, qui nunquam fuerint in poteſtate , id eſt
ex latere agnatos, & illos ſub nomine proximi agnati.
19 Sanè tum quoque cùm filius † ſuus heres fuit,ſi ſe ab-
ſtinuerit, non dubito quin nepos ex eo poſſit admitti
poſt legitimos omnes ex capite Vnde cognati , tan-
quam cognatus. Nec enim negari poteſt quin cogna-
tus ſit,vt ſaltem poſt agnatos omnes cum cognatis ad-
mittatur : nec quæ ratio facit vt nepos ex filio in po-
teſtate ſuperſtite non poſſit admitti ex capite Vnde le-
gitimi,quamuis ſit agnatus , nimirum quia legitimus
non eſt, eadem facit vt non poſſit admitti tanquam co-
gnatus , cùm in edicto Vnde cognati nihil aliud in-
tueatur prætor niſi ius cognationis , non legem vllam,
ſiue XII. tab. ſiue aliam, quia nec vlla erat quæ cogna-
tos ab agnatis diſtinctos agnoſceret ,ob idque pars illa
edicti meram prætoris indulgentiam continere dicitur
in *l. 1.D.vnde cognat.* Et hæc quidem de iuris prætorij
ſententia & ratione dixiſſe ſufficiet. Iure autem Iuſti-
nianeo,de quo nobis tertio loco dicendum propoſui-
mus , immutatum quidem fuit ius & vetus & præto-
rium,quod obtinebat in agnatis & legitimis , ſed non
illud ſimiliter quod obtinebat in ſuis.Fecit enim Iuſti-
20 nianus † vt in agnatis non minus ſit ſucceſſio iure etiã
ciuili, quàm ſit in cognatis iure prætorio , *d. §. place-
bat :* id eſt , vt quemadmodum iure prætorio cognati
poſteriores habent beneficium edicti ſucceſſorij , vt
prioribus repudiantibus bonorum poſſeſſ.Vnde cogna-
ti,poſteriores ex eodem capite admittantur,nec per pri-
mam delationem tota illius edicti poteſtas conſumpta
intelligatur , ſed per ſolam acquiſitionem , ſiue poſtea
ſequatur abſtentio per in integrum reſtitutionem , ſiue
non, *l. vlt.D. de ſucceſſ. edict.* Ita & proximis agnatis
hereditatem iure ciuili repudiantibus remotiores ad-
mittantur, non ſolùm iure prætorio,vt antea,ſed etiam
iure ciuili,neque tanquam cognati , aut ex ordine co-
gnatorum, vt iure prætorio , ſed tanquam agnati , & ex
ordine agnatorum : quaſi non conſumpta per primam
delationem poteſtate legis quæ hereditatem iis defert,
ſed ita demum conſumenda , ſi proximo agnato here-
ditas per aditionem acquiratur. Tunc enim , id eſt , ſi
proximus agnatus hereditatem adierit, dubitandum nõ
eſt quin & legis veteris duodecim tab. & conſtitutio-
nis Iuſtinianeæ tota poteſtas conſumatur, ita vt etiamſi
poſtea in integrum reſtitutione ob auxilium ætatis im-
petrata, velit eam hereditatem omittere , non eo magis
tamen ſequentes agnati poſſint admitti tanquam agna-
ti & ex capite agnatorum , ſed tantùm ex ordine co-
gnatorum & iure prætorio per edicti ſucceſſorij pote-
ſtatem. Hoc autem addo,ne quis putet fieri debere hoc
caſu bona vacantia,& fiſco deferri,vt in ſpecie d. l. vlt.
Ibi enim ideò locus aperitur fiſco, quia conſumpta per
acquiſitionem bonorum poſſeſſionis tota poteſtate
edicti Vnde cognati, nullum aliud edictum ſupereſt,ex
quo ſequentes cognati admitti poſſint. At etiam poſt
conſumptam partem edicti Vnde legitimi , totámque
vim & poteſtatem legis XII. tab. & conſtitutionis Iu-
ſtinianeæ ſupereſt adhuc vltimum caput edicti Vnde
cognati, ex quo poteſt eos prætor admittere , atque ita
nulla neceſſitas eſt vt ad fiſcum bona deferãtur,quandiu
aliæ ſuperſunt perſonæ,quibus deferri poſſint, *d. l. 1. §.
qui ſemel. de ſucceſſ. edict. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl. l.
habere licere. 57. D. de euict.* Nam & inde etiam eſt
quod in præcedentibus diſputauimus , † poteſtatem 21
edicti vnde cognati, non extingui per primam delatio-
nem,ſed tantùm per acquiſitionem *d. l. 1. §. ſed viden-
dum* , in illis verbis , *& poſt hos ſuo ordine ex illa parte
vnde proximi cognati vocantur, iunct. d. l. vlt. de ſucceſſ.
edict.* In prioribus verò edicti partibus Vnde liberi &
Vnde legitimi aliud eſſe,nec vnquam duplicẽ fieri dela-
tionem ex edicto Vnde legitimi,*d. §. placebat,* vtneq; ex
edicto Vnde liberi,*l. 1. §. ſi quis filius l. ſi quis ex his. § in
princ. & §. 1. D.vnde liberi* , excepto caſu vnico † & 22
ſingulari *d. l. ſi quis §. vlt.* id eſt , cum filius emancipa-
tus, ex quo ſupereſt etiam nepos, noluit petere bono-
rum poſſeſſionem Vnde liberi, aut ab ea petenda tem-
pore excluſus eſt,quo caſu perinde ſunt integra omnia
nepoti, ac ſi filius non fuiſſet, vt ibi Pomponius ait : id
eſt , perinde nepoti defertur bonorum poſſeſſio Vnde
liberi ac ſi ipſi filio nunquam delata fuiſſet , ratione illa
quam ſuprà attulimus , quòd alioqui nulla ſupereſſet
ratio admittendi huius nepotis ante legitimos,cùm ta-
men ſit ex liberis, ac proinde talis, qui licèt non ſit le-
gitimus,quia eſt emancipatus , reſciſſa tamen en anci-
patione per prætorem, reperitur in numero eorum qui
ſuorum heredum iure cenſentur, ac proinde qui etiam
legitimis præferri debent Nec æquum eſt ei obſtare pa-
trem qui non vult vti iure ſuo, & qui tamen ei obſta-
ret,ſi in poteſtate fuiſſet mortis tempore, quoniam qui
in poteſtate eſt, cùm ipſo iure ſuus heres ſit , habet ius
acquiſitum, tametſi malit abſtinere , perinde ac ſi abſti-
neret per in integrum reſtitutionem poſt agnitam bo-
norum poſſeſſionem , vt in ſpecie *d. l. vltim. de ſucceſſ.
edict.* Emancipatus autem cui prætor defert Vnde libe-
ri , nullum ius habet acquiſitum , ſed acquirendum,
quod totum euaneſcit per repudiationem. Eaque dif-
ferentia filij † in poteſtate, & emancipati , vt filius in 23
poteſtate non minus obſtet nepoti iure prætorio in bo-
norum poſſeſſione Vnde liberi, quàm iure ciuili in iure
ſui heredis : emancipatus verò non aliter obſtet filio
ſuo ſiue in poteſtate retento,ſiue emancipato , quàm ſi
petierit ipſe bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, adhuc
tamen durat, neque ſublata eſt per Iuſtiniani conſtitu-
tiones, non per illam de qua nunc loquimur & cuius
mentio fit in *d. §. placebat*, quæ, vt diximus, de agnatis
tantùm loquitur , non etiam de ſuis , quorum longè
diſſimilis cauſa eſt, non ob id ſolùm quòd ratio, quam
Iuſtinianus ſumit ex onere tutelæ, quæ agnatis ſucceſ-
ſiuè defertur, ad ſuos hæredes accommodari nequeat,
ſed ob id etiam, quòd in perſona agnati proximi , cui
lex defert hereditatem, vt eam adire poſſit,ſi velit, nul-
lum eſt ius adhuc acquiſitum, quod proinde impedia-
tur acquiri ſequentibus agnatis, quomodo iam acqui-
ſitum eſt in perſona ſui hæredis,qui quantumuis abſti-
neat,facere tamen non poteſt, quin & iure ciuili hæres
maneat, *l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic.
libert.* & à prætore quoque heredis loco habeatur in
omnibus præterquàm quod ad hoc , ne à creditoribus
conueniri poſſit , tametſi ſummo iure iis teneatur , *l.
neceſſariis 57. D. de acquir. hered. iunct. l. ita tamen 27.
§. ſi pater D. ad SC. Trebellia.* Nec rurſum per aliam
Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat *Nouell.* 118. *De
hered. ab inteſt. venient.* quia licèt Iuſtinianus tollat eo
loco † differentias omnes ſuitatis & emancipationis, 24
itémque agnationis & cognationis, quantum ad cau-
ſam ſuccedendi , non vſque adeò tamen confundit
omnia , vt quiſquis hodie ſuus heres eſt, poſſit dici
emancipatus aut contra : neque vt emancipatus, cùm
ab inteſtato ſuccedit,ſuccedat tanquam ſuus , aut ſuus
tanquam emancipatus (quæ fœdiſſima eſſe nominum
rerúmque & perſonarum confuſio , quam nec Iuſti-
nianus ipſe pati poteſt in *l. vlt. C. de legit. tutel.*) ad
hoc tantùm Iuſtinianus conſtituit, vt emancipati, qui
olim erant omninò incogniti iure ciuili , nec poterant
ſuccedere

ſuccedere niſi ex beneficio prætoris, *§. emancipati autem Inſtitut. de hered. quæ ab inteſt. defert. & d. l. vlt. C. vnde liber.* poſſint hodie ſuccedere iure ciuili, & ex Imperatoriæ conſtitutionis authoritate, nec indigeant auxilio prætoris vt olim. Quæ res facit vt non ſint hodie coniungendi cum emancipato liberi eius, quomodo coniungebantur olim ex edicto *De coniung. cum emancip. lib. eius.* quia nec coniunguntur cum ſuo herede, qui & iure ſuo ſuccedit, & filium ſuũ in cauſa ſucceſ-
25 ſionis anteuertit. Cæterum illa ſemper differentia † manet inter ſuum & emancipatum, quòd qui ſuus heres eſt, non minùs ipſo iure heres reperitur quàm olim: ideóque & ignorans fit heres, & paternam hereditatem tranſmittit ad heredes quoſcumque, *l. apud hoſtes 9. Cod. de legit. hered. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Nec enim ſuorum heredum iura Iuſtinianus imminuit, ſed emancipatorum auxit: emancipatus verò ſuccedit quidem hodie iure ciuili ſimul cum ſuis, ſi modò ſit in eodem gradu, nec minùs quàm ſi ſuus eſſet, at non ſuccedit tanquam ſuus, ſed tanquam filius licet emancipatus, ideóque indiget aditione vt fiat heres, nec ſi ante aditionem decedat, tranſmittit hereditatem ad quoſcumque, ſed tantùm ad deſcendentes, idque non ex ſupradicta Iuſtiniani Nouella, ſed ex conſtitutione Theodoſij *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Fuit enim hoc vnum Iuſtiniani propoſitum, vt emancipatos ſimul cum ſuis vocaret ad hereditatem parentum, at non etiam vt faceret eos & ſuos, & neceſſarios heredes iure ciuili. Quæ conſti-
29 tutio fecit † quidem minùs neceſſarium vſum bonorum poſſeſſionis, præterquàm in certis caſibus, in quibus hodiè non minùs neceſſarius eſt quàm olim, ſed non ideo ſuſtulit, quod malè quidam putauerunt, omnes omnino bonorum poſſiones nec iura per prætorem veterémque illam iuriſprudentiam tam diligenter & accuratè conſtituta. Ideoque dicendum eſt, etiam hodiè ſuum heredem filium ſuperſtitem obſtaturum nepoti in aui hereditate, non etiam emancipatum, qui neque iure ciuili ſuccedere voluerit, neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio petierit. Proinde etiam hodiè neceſſaria erit huic nepoti ex filio emancipato bonorum poſſeſſio Vnde liberi ſi ad aui ſucceſſionem peruenire velit. Nec enim Iuſtinianus edicti ſucceſſorij poteſtatem vel auxit vel tranſtulit ad hereditates, *d. Nouell.* 118. vbi nullum verbum de ſucceſſione, niſi vt ſi filius moriatur ante patrem, nepos in locum ipſius ſuccedat, quod olim tamen ſuis heredibus iure ciuili, quàm in emancipatis iure prætorio obtinebat, *§. cum filius Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. l. 1. §. 1. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* vbi dicitur, vocari liberos ad bonorum poſſeſſionem eo iure eóque ordine quo vocantur ad ſucceſſionem iure ciuili, vt appareat numquam admitti nepotem poſt patrem ne quidem iure prætorio, quoties pater ipſe ſucceſſit ſiue ciuili tantùm, ſiue prætorio tantùm, ſiue vtroque iure ſucceſſe-
27 rit. Non eſt igitur, quòd † cum Accurſio & Bartolo dicamus legem *vlt. C. vnd. liber.* correctam eſſe à Iuſtiniano in *d. §. placebat.* Multò minùs verò per *d. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quæ cùm ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, non potuit corrigere poſterioris Imperatoris legem, ſiue Conſtantij, vt putat Cuiacius, ſiue Conſtantini eſſe velis dictam legem vltimam. Apparet autem ex ſuperioribus, quid ſibi Im-
28 peratores velint in *d. l. defunctis*: nimirum † ſi ſui heredes extent, qui tamen abſtineant, poſſe fratrem defuncti ſuccedere iure conſanguinitatis, non quidem iure ciuili, cùm neque in ſuis, neque in agnatis ſit ſucceſſio, ſiue rigorem, ſiue æquitatem iuris ciuilis ſpectes (id enim eſt quòd ait *l. 2. vnde liber.* filio vel nepote ſuo herede exiſtente neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere) ſed iure prætorio & ex capite Vnde legitimi, propter edicti ſucceſſorij poteſtatem. Non enim obſtat legitimis ſuus heres qui ſe abſtinet, quomodo obſtat is qui duntaxat repudiat bonorum poſſeſſionem Vnde liberi *d. l. 2. D. vnd. liber. legit.* quia longe plus eſt ſe abſtinere, quàm vnam aut alteram bonorum poſſeſſionem repudiare, cùm is qui ſe abſtinet, omnes ſimul repudiet, quarum ſcilicet aliquam vel vltimam ſi agnoſceret, hoc ipſo pro herede gerere videretur, *l. puberem 12. C. de iur. delib. l. ſi filius 12. D. de interrog. action.* Cùm autem lex generaliter & indiſtinctè dicat. Suis heredibus extantibus & abſtinentibus fratrem conſanguineum ſuccedere iure conſanguinitatis, ego id generaliter quoque intelligo, id eſt, etiamſi ex ſuo herede qui ſe abſtinuit, ſuperſit nepos. Alioqui debuerat addi exceptio, quam ſupplent ij qui nepotem ex ſucceſſorio edicto admittendum putant, *ſi nulli ſint ex ſuo herede liberi*, quod tamen Imperatores nec addunt, nec prætermittere debuerunt, ſi addendum erat. Cur verò ſuis heredibus abſtinentibus frater conſanguineus ſuccedat, adeóque nepoti præferatur? ratio non alia quærenda eſt, quàm quæ à nobis allata fuit, quòd quantum ad ſuos & legitimos attinet, & eo iure & ordine vocentur illi à prætore, quo vocantur ex iure ciuili, *d. l. 1. §. 1. De con. tabul.* Iure autem ciuili nunquam nepos vocatur poſt patrem, neque tanquam ſuus: neque tanquam legitimus. Sed poſt ſuos vocantur conſanguinei, & poſt conſanguineos cæteri agnati *l. 1. §. poſt ſuos l. 2. in princip. D. de ſuis & legit.* Quoties ergo nepos neque ſuus eſt, neque ſui heredis loco, quod contingit quoties pater eum anteuertit, & ante ipſum ſuccedit ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, nullæ nepotis partes ſunt in ſuccedendo, locumque conſanguineo fieri ex iure prætorio neceſſe eſt. At illud difficilius videtur quod
lex addit, † *vel repudiantibus hereditatem*, cùm ſui he- 29
redes non dicantur repudiare, ſed ſe abſtinere, vt nec adire, ſed ſe immiſcere. Verùm reſponderi poteſt, Suos heredes poſſe etiam repudiare non quidem hereditatem, quæ iam ipſo iure iis acquiſita ſit, ſed bonorum poſſeſſionem quæ à prætore ſic iis defertur, vt tamen nec ignorantibus, nec inuitis acquiratur, *d. l. 2. D. vnde legit.* Non enim ſicut ius ciuile facit filium patri ſuum heredem & neceſſarium, ita & prætor facit ipſum ſuum & neceſſarium poſſeſſorem. Tantum ſi quidem abeſt vt prætor vllos faciat neceſſarios bonorum poſſeſſores, vt è contrario iis qui iure ciuili heredes neceſſarij ſunt, vltrò indulgeat beneficiũ abſtentionis aut ſeparationis *d. l. neceſſariis 57. D. de acq. hered. leg. 1. §. vlt. D. de ſepara.* Ergo lex ait *repudiantibus hereditatẽ*, minùs propriè dictũ videri debet pro bonorũ poſſeſſione. Sed tamẽ id factũ eſt, vt puto per occaſionẽ præcedentis verbi *abſtinẽtibus*. Non enim dicitur ſuus heres abſtinere bonorum poſſeſſione, ſed hereditate, quia hereditatis bonorũ poſſeſſionis nomẽ eſt ex iure ciuili, ex quo etiã eſt nomẽ & ius ſui heredis. Facilius autem fuit & tolerabilius vt he-
reditatis † nomen pro vtroq; acciperetur, id eſt, & pro 30
hereditate, & pro bonorũ poſſeſſione, vt in *l. hereditatis 138. de verb. ſignifi.* quàm nomen bonorum poſſeſſionis, quia & nomen & ius bonorum poſſeſſionis inductum eſt ad exemplum & ſubſidium hereditatis, non contrà *l. 1. 2. & 3. D. de bonorum poſſ.* Cur verò ſuus heres qui
etiam poſt abſtentionem † remanet heres ipſo iure 31
non obſtat fratri conſanguineo defuncti, quemadmodum obſtat nepoti? nempe quia cùm prætor induxerit ius bonorum poſſeſſionis vt facilius induceret defuncto ſucceſſorem, qui creditoribus hereditatis reſponderet *l. 1. D. de ſucceſſ. edict.* nec pro herede habeat ſuum heredem qui ſe abſtinuit, quantum ad hoc vt hereditatis creditoribus reſpondere teneatur, *d. l. neceſſariis, & d. l. ſi filius.* Conſequens eſt vt eodem iure & ordine deferat ſucceſſionem fratri, quo deferret, ſi ſuus heres nullus eſſet, dummodo repudiauerit ille bonorum poſſeſſionem, non tantùm ex capite Vnde liberi, ſed abſolute, id eſt, etiam ex capite Vnde legitimi. Sic

enim

enim accipiendum eſt quod de repudiatione ſcribitur in *d. l. defunctis. Ex d. l. 2. D. vnde legit.* alioqui non iure conſanguinitatis, vt lex ait, admittendus eſſet frater, ſed ex ordine cognatorum, vt loquitur Iuſtin. in *d. §. placebat.* conſumpta ſcilicet tota poteſtate edicti ex capite Vnde legitimi per declarationem quæ ſuo heredi ex illo ipſo capite per prætorem facta eſſet, vt ſuprà explicuimus. Ille vnicus ſupereſt ſcrupulus, quod cum *d. l. defunctis*, poſita ſit ſub titul. *De legit. hered.* durum videtur eam intelligere de prætoria tantùm, non etiam ciuili & legitima ſucceſſione. Eſt enim etiam in Codice ſeparatus tractatus De bonorum poſſeſſionibus ab illo De legitimis ſucceſſionibus: nec facilè per huiuſmodi interpretationes confundi earum iura debent. Nec ſanè diſſimulo durum id mihi ſemper
33 viſum fuiſſe, etſi non ſoleo † tam exactam verborum proprietatem in reſcriptis Imperatorum requirere, quàm in reſponſis prudentum perpetuam obſeruo præſertim verò in reſcriptis Imperatorum poſteriorum quibus familiare eſt à Gordiano ad Iuſtinianum vſque valdè impropriè loqui, vt & in propoſito factum eſt à Gordiano, qui tractans de ſuo herede in *l. 2. eod. tit.* nihilominus ponit repudiatam ab eo patris hereditatem, & à Iuſtin. in *l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* vbi ſcribit in hæc verba, *ſi quis ſuus recuſauerit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire*, & poſtea, *adire hereditatem & ſuam abdicationem reuocare.* Sed neque illud poſſum † concoquere quod initio legis ſcriptum eſt, *Defunctis ſuis extantibus heredibus*, quomodo enim poſſunt iſta ſimul ſtare, vt ſui heredes & defuncti ſint & extent? Scio poni à noſtris virgulam poſt dictionem *defunctis*, quaſi ea dictione non tam ſui heredes, de quibus poſtea loquitur, quàm illi ſignificentur, quibus ſuccedere frater conſanguineus poteſt. Quod ſi ita eſt, ponunt igitur agi ea in lege de plurium perſonarum ſucceſſionibus, quæ vni tantùm deferantur. At hoc ipſum adhuc durius mihi videtur. Eſt enim conuenientius, vt vni perſonæ plures qui eiuſdem gradus ſint, ſimul & immediatè ſuccedant quàm vt vnus pluribus, cùm vix fieri queat vt plures habeant immediatè vnum eundémque heredem, niſi ponas deceſſiſſe illos in eadem naui, aut eadem oppreſſos ruina, quod tamen rarius eſt, quàm vt ad hunc caſum coarctari debeat reſcriptum Imperatorum. Scribendum itaque erat, *defuncto* non *defunctis.* Quare probabi-
34 lius exiſtimo dici poſſe locum corruptũ †, & ita emendandum, vt legamus *Defunctis ſuis, vel extantibus heredibus.* Voluerunt enim Imperatores comprehendere
35 omnes caſus † in quibus frater fratri ſuccedere poteſt ab inteſtato, etiamſi defunctus liberos habuerit. Primus caſus eſt, ſi ſui heredes illi defuncti ſint antequàm extarent & apparerent heredes, id eſt, aut viuo adhuc patre, aut eo quidem mortuo, ſed priuſquàm certum eſſet deceſſiſſe illum inteſtatum, vt in ſpecie *d. l. 1. §. ſciendum & l. 2. §. pen. De ſuis & legit.* Secundus eſt, ſi extent quidem heredes, ſed abſtineant ſe ab hereditate, vt in l. *cùm hereditate 55. & ſeqq. D. de acq. hered.* Tertius, ſi non abſtineant ſe ſolenni illa abſtentione, ſed repudient bonorum poſſeſſionem ſimpliciter & indiſtinctè, vt in d. l. 1. §. *qui ſemel de ſucceſſ. edict.* Primo caſu ſuccedit fratri frater conſanguineus, nec prætorio tantùm iure, ſed etiam ciuili, d. l. 1. §. *poſt ſuos & d. l. 2. in princ. D. de ſuis & legit.* Poſterioribus verò duobus caſibus, cùm non poſſit frater ſuccedere iure ciuili, neceſſe eſt vt ſuccedat iure prætorio d. l. 2. *Vnd. legit.* Appoſitè igitur & accommodatè Imperatores cùm eam ſpeciem tractarent, in qua poſſet locus eſſe vtrique ſucceſſioni, & ciuili & prætoriæ, vſi ſunt verbo *ſuccedendi*, quod ad vtramque ſucceſſionis ſpeciem aptari poteſt. Nam & in aliis pleriſque eiuſdem tituli legibus de vtraque ſucceſſione agitur, & ciuili & prætoria, vt in l. 1. 3. 4. 5. 7. 8. *&* 11. *eod.* Nec quod lex ait, fratrem hunc fratri ſuccedere iure conſanguinitatis, facere debet, vt intelligamus eum ſuccedere iure legitimo & ciuili tantùm. Nihil enim vetat quem ſuccedere & conſanguinitatis & agnationis iure, tametſi ſuccedat petita bonorum poſſeſſione, vt *in l. 1. & l. ſi hìs 8. C. de legit. hered.* Nimirum ſi ſuccedat aut ex capite Vnde legitimi, aut etiam ex ſequenti quidem capite Vnde cognati, ſed tanquam legitimus, vt in *d. §. placebat. iunct. d. l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Minùs autem bona † eſt argumentatio Baldi ſcribentis *ad l. vlt. Cod. vnd. liber.* ſicut frater fratri ſuccedit iure agnationis, 36
etiam ſuis extantibus heredibus, ita & admittendum eſſe vt poſſit nepos ex filio ſuccedere tanquam agnatus. Plus enim iuris hac in re habet frater quàm nepos, non quòd ſit proximior, aut fauorabilior, aut quòd nepos etiam agnatus non ſit, ſed quia nemo poteſt aut ex lege duodecim tabularum ſuccedere, aut ex iure prætorio Vnde legitimi, ob id ſolum quòd agnatus ſit, ſi non ſit etiam legitimus ſucceſſor, Nepos autem ex ſuo herede, licèt agnatus ſit, non tamen eſt legitimus, quia non alius vocatur per legem, quàm qui ſit vel ſuus, vel extra lineam ſuorum heredum proximus agnatus: quorũ neutrum poteſt dici de nepote quẽ filius in poteſtate anteuertit *l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* At frater fratri agnatus proximus eſt, & ex iis agnatis, de quibus lex locuta eſt, quia nec eſt, nec vnquã potuit eſſe ſuus.

Digitized by Google

ANTONII FABRI
IC. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
HEMISCHILIAS,
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS TRIGESIMA.

ERROR PRIMVS.

De diſtinctione Bartoli, An filia per ſtatutum excluſa ſit extantibus maſculis vel agnatis, an verò quoadusque maſculi vel agnati ſupererunt.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli inter excluſionem filiæ fauore maſculorum factam per ablatiuos abſolutos, & eam quæ fit per verba ſuſpenſiua,* quandiu,*&c.*
2 *Reſponſio Bartoli ad l. Imperatores. 52. D. de manum. teſtam. ipſius diſtinctioni aduerſantem.*
3 *Libertatem ad tempus, teſtator dare non poteſt.*
4 *Bartolus putat hereditatem poſſe per ſtatutum dari ad tempus, non verò ab homine in teſtamento aut contractu.*
5 *Verba ſuſpenſiua,* quandiu, donec, quoadusque *& ſimilia, non poſſunt inducere excluſionem fœminarum temporalem, contra Bart.*
6 *Vbi maſculis acquiſita eſt hereditas, excluſis per ſtatutum fœminis non tam ſtatutum obſtat ne poſtea ſuccedant, quàm acquiſitio hereditatis.*
7 *Diſtinctio Bartoli n. 1. propoſita eſt fictitia.*
8 *Vbi patris hereditas acquiſita eſt filio, non poteſt alius habere hereditatem patris quàm qui habiturus eſt hereditatem filij.*
9 *Falſa hypotheſis Bartoli.*
10 *Verba conditionalia non diſponunt in ſpecie l. ſi ita ſtipulatio. 39. D. de oper. liber.*
11 *Licet maſculi ponantur in conditione, non tamen cenſentur vocati per ſtatutum, ſed ex iure communi.*
12 *Excluſio non eſt temporalis ſed perpetua, cùm ſtatutum excludit fœminas quoadusque maſculi ſuperuixerint.*
13 *Iuris communis beneficium non aufertur maſculis, quorum fauore per ſtatutum excluduntur fœminæ.*
14 *Error pragmaticorum putantium excluſionem fœminæ eſſe temporalem, cùm excluditur filia per iuratam renuntiationem fauore maſculorum.*
15 *Error eorum qui cenſent temporalem eſſe eam excluſionem, quæ facta eſt fauore maſculorum.*

ADhibet hanc † diſtinctionem Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti n. 2. in fin. D. ad SC. Tertyll.* & ſequitur Bald. ad *l ſiquis filium 34. n. 7. C. de inoff. teſt.* An ſtatutum excludens fœminas fauorem maſculorum, aut agnatorum ita conceptum ſit, *quandiu maſculi vel agnati ſupererunt*, aut per diſtinctionem *donec*, aut *quoadusque*: an verò per ablatiuos illos abſolutos, qui ſunt in hanc rem familiares, *extantibus maſculis* vel *agnatis*. Priore caſu vult Bartolus excluſionem fœminarum eſſe temporalem, nec durare niſi quandiu durent maſculi vel agnati, ita vt ſi poſt aditam à maſculis vel agnatis hereditatem eos deficere contingat, fœmnæ quæ in id vſque tempus fuerant excluſæ, exinde poſſint heredes eſſe ab inteſtato pro ea ipſa parte quam ex iure communi habituræ fuerant, ſi per maſculos excluſæ non fuiſſent. Poſteriore verò caſu vult excluſionem eſſe perpetuam, adeò vt ſemel adita per maſculos hereditate, quamuis poſtea ij omnes moriantur, ſuperſtitibus fœminis, nihilo magis fœminæ admitti poſſint proptereà quòd ablatiui abſoluti non tam tempus, quàm conditionem includant, quæ vbi ſemel extitit & impleta eſt, non poſſit effectum 1

Digitized by Google

ſuum perpetuum non habere quod non ſimiliter dici
poteſt de dictionibus illis, *quandiu, donec, quoad vſque,*
quæ ſenſum & effectum habent non ſuſpenſiuum, ſed
tamen limitatum tempore, quanuis incerto. Idq; probat
Bart. ex *l. 1. §. vlt. D. de ventr. in poſſ. mit. l. ſiue manifeſtus*
10. *§. tam diu. D. de cond. furt. l. in delictis* 4. *§. ſi extra-
neus. D. de noxal. action. l. 1. D. de curat. furioſ. l. pa-
ter Seuerianam* 101. *in princ. D. de cond. & demonſtr.
l. 1. Cod. de legat.* 1. *l. Caio* 13. *§. Imperator. de alim. &
cibar. legat. l. ambiguitatem 2 reſp. Cod. de vſufr.* in qui-
bus omnibus locis varia exempla proponuntur de vi &
poteſtate huiuſmodi dictionum *quandiu, donec quoadvſ-
que,* quòd habeant eam vim vt inducant effectum li-
mitatum non perpetuum, ſiue à lege, ſiue à teſtato-
re, ſiue à contrahentibus proferantur. Ac quoniam
videt Bartolus † huic diſtinctioni valde obſtare quod
2 Paulus ſcribit in *l. Imperatores* 52. *D. de manum.
teſtam.* Libertate his verbis adſcripta, *Stephanum
ſeruum meum liberum eſſe iubeo. Sic tamen vt cum here-
de meo ſit quoadvſque iuuenis ſit. Quod ſi noluerit, aut
contempſerit, iure ſeruitutis teneatur,* libertatem ex prio-
ribus quidem verbis competere ipſo iure, ſed ſi ſeruus
liber factus nolit parere voluntati, & cum teſtatoris he-
rede manere, non eſſe tamen poſteriora verba ad re-
uocandam libertatem quæ iam competit, efficacia, nec
ſi à milite prolata proponantur, multóque magis idem
in paganorum teſtamentis obſeruandum eſſe: Reſpon-
det ille, ita Paulum in ea ſpecie reſpondiſſe, quia te-
3 ſtator † libertatem ad tempus dare non poteſt, vt ſcri-
ptum eſt in *l. libertas ad tempus* 33. *eod. tit.* quæ eſt
ex eiuſdem Pauli eodem libro. Ideò inquit Bartolus
mirum non eſt illa verba non operari extinctionem
libertatis, quia neque expreſsè poſſet teſtator hoc face-
re, vt libertas, quæ ſemel competiiſſet, extingueretur.
At rurſum quia videt non minùs de hereditate
quàm de libertate dici vere, quòd ad tempus dari non
poſſit l. *hereditas* 34. *D. de hered. inſtit.* Subiungit,
4 Non poſſe quidem dari hereditatem † ad tempus ab
homine ſiue in teſtamento, ſiue in contractu, ſed poſ-
ſe tamen dari à lege ſicut & à milite, *l. miles ita* 41. *D.
de teſtam. milit.* Hic autem tractare nos de lege, cùm
tractemus de ſtatuto quod legis vim & poteſtatem ha-
bet. Ex quibus Bartoli verbis apparet, non alia ratione
moueri Bartolum, vt hanc diſtinctionem inducat
quàm quia putat hereditatem poſſe per ſtatutum dari
ad tempus. Atqui probauimus in præcedentibus, ma-
ximè in Error. 1. *Decad.* 27. non poſſe ſtatutum hoc
facere, vt quis heres ſit, vel ex tempore, vel ad tempus,
quia ne quidem per legem hoc fieri poſſet, licèt poſſet
fieri à milite in teſtamento, non etiam in cauſa inte-
ſtati, de qua tamen ſola nunc tractamus. Ergo vel ex
5 ipſa Bartoli traditione conſequens eſt, † vt quem-
admodum verba illa *quandiu, donec, quoadvſque,* & ſi-
milia non habent eam ſignificationem vt inducant
effectum temporalem in illis, quæ ad tempus dari vel
fieri non poſſunt, puta in cauſa libertatis, vt probatur
ex *d. l. Imperatores*: Ita nec poſſiat inducere excluſio-
nem fœminarum temporalem, quandiu duntaxat maſ-
culi ſupererunt, quia hereditas maſculis ſemel acqui-
ſita non poteſt fieri vt non ipſis in perpetuum acqui-
ratur: ac proinde nec illud fieri poteſt vt non in per-
petuum fœminæ excludantur. Etſi enim antequàm he-
reditas maſculis acquiſita ſit, ſolum ſtatutum illud eſt
quod fœminas excludit, & impedit ne ad ſucceſſionem
6 admittantur, vbi tamen ſemel acquiſita † maſculis cœ-
pit eſſe hereditas, excluſis per ſtatutum fœminis, non
tam ſtatutum obſtat fœminis in futurum ne poſſint
ſuccedere, quàm acquiſitio ipſa hereditatis. Neque
enim hereditas iam ex aſſe acquiſita, aliis iterum acqui-
ri vnquam poteſt, ne alterutrum euenire neceſſe ſit, vt
vel plures in ſolidum heredes inducantur contra l. *de
hereditate* 19. *§. pater. D. de caſtren. pecul. l. quod contra*
141. *§. vni duo. de regulis iur.* vel hereditas maſculis ad
tempus duntaxat acquiſita videatur, quod pugnaret
cum *d. l. hereditas* 34. *D. de hered. inſtit.* Sicut igitur
hereditatis acquiſitio non eſt temporalis in perſonis
maſculorum, ita neque temporalis poteſt eſſe excluſio
in perſonis fœminarum: qualis enim acquiſitio eſt ex
vna parte, talem quoque ex alia parte excluſionem eſſe
neceſſe eſt, quæ ex acquiſitione neceſſariò inducitur.
Proinde concludamus † nihil plane intereſſe an ſtatu- 7
tum excludat fœminas per illa verba, etiam omnia ſi
voles ſimul iuncta, *donec, quandiu, & quoadvſque ma-
ſculi vel agnati ſupererunt*, an verò per ablatiuos illos
abſolutos *extantibus maſculis vel agnatis.* Vtroque
enim caſu verum eſt ſolos maſculos ad ſucceſſionem
admitti, non tanquam proximiores, ſed propter fœ-
minarum excluſionem ſtatuto inductam: poſteà verò
quàm hereditas patris fuit agnita per filium, iam cœ-
pit eſſe hereditas filij, vt Bartolus loquitur, aut potiùs
vt loqui debuit, iam cœpit eſſe patrimonium filij.
Vnde fit vt eodem † filio poſtea moriente non alius 8
poſſit habere hereditatem patris, quàm qui habiturus
eſt hereditatem filij cùm vtraque ſit iuncta l. *ſed ſi
plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & ſic de
patris hereditate non eſt ampliùs tractandum, ſed tan-
tùm de hereditate filij. Atqui ponimus, non fœminas
quæ à patris ſucceſſione excluſæ fuerint, ſed alias per-
ſonas in filij hereditate ſuccedere. Fieri ergo nequit
vt patris hereditas poſt mortem maſculi ad fœminas,
quæ ſemel excluſæ fuerunt, reuertatur, ad quas ipſius
filij hereditas non venit. In eóque ſanè Bartolus erra-
uit. Sed & in eo, † quod priuſquàm ad hanc diſtin- 9
ctionem accedat, præſupponit pro vero, cùm ita con-
ceptum eſt ſtatutum, *donec, & quoadvſque maſculus
ſuperuixerit, fœmina non ſuccedat*, maſculum videri
ad ſucceſſionem inuitatum & vocatum quoadvſque
ſuperuixerit. Quod certè falſum eſt. Siue enim ma-
ſculi poſiti ſint in conditione per ablatiuos abſolutos,
ſiue per verba illa *quandiu, donec, quouſque & quoadvſ-
que*, nunquam debent haberi pro vocatis per ſtatu-
tum, ſed tantum videtur iis reſeruatum ius antiquum
legis XII. tabularum, vt diſputauimus & probauimus
ſuo loco. Nunquam enim conditionalia verba † di- 10
ſponunt, ne quidem in ſpecie *l. ſi ita ſtipulatio D. de
oper. libert.* qui tamen locus omnium apertiſſimus
eſſe creditur ad probandum illa etiam quæ in condi-
tione tantùm poſita ſunt, in diſpoſitione quoque po-
ſita intelligi. Si enim ſtipulatio ibi interpoſita propo-
nebatur, *Si decem dierum operas non dederis, vigin-
ti nummos dare ſpondes.* Quibus verbis apparet quod
& in ea lege Paulus fatetur, operas nullas promiſſas
fuiſſe, ſed tantummodò poſitas in conditione. Et ta-
men vt eadem lex ait, ſic prætor ſentit vt ſolæ ope-
ræ promiſſæ videantur. Sed reſpondeo id fieri, non
quod operarum promiſſio poſſit dici facta per verba
conditionalia, alioqui falſum eſſet quod lex ait, ope-
ras in ea ſpecie promiſſas non fuiſſe, ſed quia debent
fingi promiſſæ, & promiſſas prætor fingit, ne patro-
nus omnimodo excludatur, qui alioqui ex ſupradicta
ſtipulatione, neque pecuniam promiſſam poſſe pete-
re, tanquam quæ libertatis onerandæ gratia promiſſa
eſſet, neque operas, quæ reuera promiſſæ non eſſent,
& ita omnino excluderetur, quem tamen apparet non
eſſe excludendum, cùm ſibi proſpicere voluerit per
ſupradictam ſtipulationem. Præter id verò, quod
æquiſſimum eſt, ſic prætorem agere, vt patronus non
omnimodo excludatur, qui tantum beneficium con-
tulit in libertum, illa etiam ratio facit vt fingendum
potiùs ſit promiſſas fuiſſe operas, tametſi promiſſæ
non fuerint, quòd natura debentur, tum quoque
cùm promiſſæ non ſint adeò vt nec poſſint condici tan-
quam indebitæ, ſi ſolutæ fuerint quaſi promiſſæ, cùm
nō eſſent, nimirum ſi officiales operæ ſint, & (vt vulgo
vocant

Digitized by Google

vocant) obſequiales, non etiam ſi fabriles & artificia-
les, *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus. D. de cond. indeb.* At
in ſpecie quam nunc tractamus nihil tale aut ſimile eſt.
11 Nam † poſitis maſculis in conditione, licèt non finges
eos vocatos eſſe, vt nec reuera vocati ſunt, nihil tamen
ex eo abſurdi aut incommodi ſequetur, quia non ideò
à ſucceſſione excludentur, cùm ſufficiat per eam con-
ditionem fuiſſe iis conſeruatum ius antiquum & com-
mune, vt ex eo poſſint ſuccedere: ſiquidem etiamſi
per ſtatutum verbis expreſſis vocati eſſent, adhuc ta-
men poſſent omiſſo ac repudiato iure nouo, id eſt be-
neficio ſtatuti ſuccedere ex iure vetere & communi
legis duodecim tabularum, *l. quoties dupli.* 91. *de regul.
iur.* Porrò cùm ſuccedunt ex iure communi, nemo di-
xerit eos ſuccedere ad tempus, quia etiam admiſſo eo
quod vult Bartolus, & nos negamus, Poſſe fieri per
ſtatutum & per legem, vt quis ſit heres ex tempore &
ad tempus præſcitum ab inteſtato: illud tamen Barto-
lum vobis vltrò concedere neceſſe eſt, non eam eſſe iu-
ris communis diſpoſitionem, vt hereditates ſiue teſta-
mentariæ, ſiue legitimæ ex tempore aut ad tempus de-
ferantur, *d. l. hereditas.* Cùm ergo in propoſita ſpecie
maſculi non ſuccedant ex ſtatuto, ſed ex iure commu-
ni planè conſequens eſt, vt ſemel heredes facti rema-
neant in perpetuum heredes, nec vnquam eſſe deſi-
nant, vt & in *l. ei qui ſoluendo* 88. *D. de hered. inſtit.
l. aut præter* 7. §. *ſed quod Papinianus. D. de minor.*
Quo admiſſo illud quoque fateri oportet fœminarum
12 † excluſionem perpetuam eſſe, non temporalem, cùm
fieri nequeat vt ſint illæ heredes, vel ex ipſis verbis
ſtatuti, quandiu hereditas fuit & remaneat maſculis
acquiſita. Nec video quid pro Bartolo reſponderi poſ-
ſit, niſi illud fortè quod nemo hucuſque dixit, Statu-
tum ponens maſculos in conditione excluſionis fœ-
minarum ita inuitare maſculos ad hereditatem ex pri-
uilegio, vt iis auferat beneficium iuris communis:
13 quod tamen eſt omnino † improbabile, cùm huiuſmo-
di ſtatuta non fiant niſi fauore maſculorum, & vt eo
magis, non eo minùs admittantur, arg. *l.* 3. §. *emanci-
patus* 1. *D. bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Neque enim exi-
ſtimandum eſt iuris communis beneficium ei aufe⟨r⟩ri,
cui nouum priuilegium datur. Cæterùm ſi errat Barto-
lus, vt errat proculdubio, cùm putat excluſionem fœ-
minarum eſſe temporalem ſi ſtatutum excludat fœmi-
nas quoadusque maſculi ſuperuixerunt, quanto gra-
14 uiùs errant pragmatici, † qui putant idem dicendum
eſſe tum quoque cùm excluditur filia per iuratam re-
nuntiationem fauore maſculorum, & quandiu maſcu-
li ſupererunt? Sentiunt enim iſti non ſolùm contra
iuris rationem, ſed etiam contra Bartolum, qui ſupra-
dicto loco non dubitat quin hereditas ab homine dari
ad tempus non poſſit, id eſt, ne quidem à teſtatore, præ-
terquam à milite: quanto minus ergo dari poterit per
pactum, cùm hereditas pacto dari non poſſit, ſed tan-
tùm teſtamento? *l. hereditas SC. de pact. conuent. tam
15 ſup. dot.* At omnium grauiſſime errant, † & contra do-
ctrinam Bartoli peccant, qui exiſtimant ad inducen-
dam temporalem filiæ excluſionem, ſiue per ſtatutum,
ſiue per pactum ſufficere vt excluſa ſit filia fauore ma-
ſculorum: quaſi hoc ipſo appareat ſatis non eſſe filiam
excluſam, niſi quoadusque maſculi ſupererunt. An
non enim etiam fauore maſculorum excluditur filia
quam ſtatutum vel pactum excludit per ablatiuos illos
abſolutos *extantibus maſculis*: Et tamen dubitat Bar-
tolus quin ea excluſio perpetua ſit, non temporalis.
Ergo vt temporalis dici poſſit, non ſufficit quòd appa-
reat factam eam eſſe fauore maſculorum, ſed illud præ-
tereà omnimodò requiritur vt facta ſit præciſe ac for-
maliter per illa verba, quæ requirit Bartolus, *donec,
quandiu, quoadusque*, quorum ſi nullum ſit in ſtatuto,
aut in pacto, licèt neque ablatiui illi abſoluti ſint
adhibiti, dicendum eſt indubitatè etiam ex traditio-

ne Bartoli perpetuam eſſe excluſionem, non tempora-
lem. Sola enim eorum verborum vis eſt, quam Barto-
lus intuetur, vt faciat aliquo caſu temporalem exclu-
ſionem, quam non dubitat ille perpetuam eſſe debere
ex ſui natura, ſi nihil niſi iuris communis ratio inſpi-
ciatur. Vbi ergo verba illa non reperiuntur, neque vlla
eorum vis reperiri poteſt, ſtandúmque neceſſariò eſt
iuri communi, quòd ad hoc vt patris hereditas maſculo
acquiſita nunquam poſtea filiæ ab inteſtato acquiri im-
mediatè poſſit, hoc eſt, niſi per ipſius filij perſonam, ſi
fortè is ſororem ſuam, quam viuus excluſit, ſiue ex te-
ſtamento, ſiue ab inteſtato heredem reliquerit. De quo
videnda ſunt quæ fuſiùs ſcripſimus in Error. 3. De-
cad. 27.

ERROR II.

*De filia dotata ſtatuto excluſa propter maſcu-
lum, an rumpat patris teſtamentum,
in quo fuit præterita.*

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli & Baldi affirmantium filiam ex-
cluſam per ſtatutum ſi ſit præterita rumpere teſta-
mentum & n.* 21.

2 *Differentia inter excluſionem ſtatutariam & conuen-
tionem, & differentiæ ratio.*

3 *Qui ſint neceſſariò inſtituendi aut exheredandi, &
qui impunè præteriri queant ex Bart. ſententia.*

4 *Filia excluſa per ſtatutum fauore maſculorum impu-
nè præteriri poteſt, nec præterita facit teſtamen-
tum nullum apud Bart.*

5 *Liberi primi gradus iam nati & in poteſtate tempore
mortis nunquam dicuntur rumpere teſtamentum,
licet præteriti id faciant nullum, & n.* 19.

6 *Suus poſthumus non facit teſtamentum ipſo iure nul-
lum, nec retrò rumpit, ſed ab eo tempore tantùm,
quo natus eſt & n.* 12.

7 *Poſthumus vnde ſuus dicatur.*

8 *Teſtamentum quod nullum eſt rumpi non dicitur.*

9 *Ex teſtamento in quo poſthumus ſuus præteritus eſt
quamdiu per agnationem poſthumi rumpi poteſt,
nemo poteſt heres eſſe.*

10 *Poſthumus non poteſt retrofingi natus eo tempore quo
pater moriebatur.*

11 *Quò pertineat illud, poſthumus qui eſt in vtero ha-
betur pro iam nato in iis quæ ad ipſius commodum
ſpectant.*

13 *Differentia inter filium iam natum præteritum &
poſthumum præteritum.*

14 *Alia differentia inter filium iam natum & po-
ſthumum.*

15 *Retrofictionis natura.*

16 *Omnes fictiones debent eſſe de poſſibili, licet ſint de
falſo.*

17 *Retrofictio rupti teſtamenti per agnationem poſthumi
an recurrat ad diem mortis teſtatoris.*

18 *Filius captus ab hoſtibus & præteritus à patre an re-
trò rumpat teſtamentum patris.*

20 *Sententia autoris de quæſtione propoſita an filia do-
tata quæ per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculo-
rum præterita rumpat teſtamentum.*

22 *Sententia Bartoli refellitur & n.* 25.

23 *Perſona quæ non obſtat in caſu inteſtati obſtat tamen
in caſu teſtati in ſpecie l. ſcripto.* 7. *D. vnd. liber.*

24 *Error pragmaticorum.*

26 *Teſtamentum ex quo acquiſita eſt hereditas eo tan-
tùm caſu rumpi poteſt quo proponitur querela inof-
ficioſi teſtamenti.*

27 *Querela inoffícioſi non datur contra lignum, ſed contra heredem.*
28 *Teſtamenti inofficioſi querela quatenus odioſa.*
29 *Quo pertineat illud vulgatum, ex teſtamento non poteſt acquiri hereditas quamdiu rumpi teſta. pot.*
30 *Per querelam inofficioſi teſtamentum non rumpitur ipſo iure.*

Diuerſa eſt quæſtio ab illa quæ à nobis tracta-
ta fuit in Error. 1. Decad 13. Ibi enim egi-
mus de filia excluſa per renuntiationem:
hîc agemus de filia excluſa per ſtatutum,
1 quam Bartolus, † Baldus, & cæteri putant, ſi ſit præte-
rita, rumpere teſtamentum. Quantùm verò interſit an
excluſio ſit ſtatutaria, an conuentionalis, iam explica-
uimus in Error. 8. Decad. 27. vbi docuimus inter cæ-
2 tera, Præteritione filiæ † quæ per renuntiationem ex-
cluſa ſit à ſuccedendo, eſſe teſtamentum nullum:
quod tamen non ſimiliter nullum eſſe creditur præte-
ritione filiæ quæ ſit excluſa per ſtatutum. Et ratio dif-
ferentiæ quæ tum à nobis afferebatur illa erat, quia
renuntiatio filiæ quantumlibet iurata non impedit
quominus hereditas filiæ deferatur, ſed tantummodò
filiam obligat vt cogatur ſe abſtinere: immò cùm ta-
citam conditionem habeant omnes huiuſmodi renun-
ciationes ſi hereditas ab inteſtato deferetur, neceſſe eſt
deferri hereditatem vt renuntiationis conditio implea-
tur: deferri autem non poteſt filiæ in poteſtate ab in-
teſtato, quin fatendum ſit ob eius præteritionem teſta-
mentum nullum eſſe. Nam vt & Bartolus, & cæteri
3 fatentur, inſtituendi † vel exheredandi neceſſariò ſunt
omnes quotquot in deſcendentium, vel in aſcenden-
tium linea ſunt, ſi in eo ſint gradu vt ab inteſtato ſint
ſucceſſuri: & è contrario poſſunt impunè præteriri
omnes qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, id eſt,
quibus ab inteſtato nunquam deferri poteſt hereditas,
l. 1. §. pen. D. de bonorum poſſ. cont. tab. l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. At excluſio
ſtatutaria potentior eſt, quia cùm ſtatutum vim legis
habeat, impedit non ſolùm acquiſitionem, ſed etiam
delationem hereditatis in ea perſona quam à ſucceſſio-
ne excludit. Verum igitur eſt, & indubitatum ſi Barto-
lo & interpretibus credimus, quibus & nos aliquan-
4 do credebamus, filiam † quæ fauore maſculorum per
ſtatutum excluſa eſt, impunè præteriri poſſe, id eſt, non
facere teſtamentum nullum, quia neque ſua heres eſt,
cùm ſuus heres non ſit, niſi qui & in poteſtate eſt, &
primum gradum obtinet in cauſa ſuccedendi *d. l. ſi quis filio. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias 33. D. de milit. teſtam.* Cur ergo dubitamus an poſſit
rumpere teſtamentum? an quia plus ſit facere teſta-
mentum ipſo iure nullum, quàm rumpere, ideóque
facilius ſit vt filia per ſtatutum excluſa rumpat teſta-
mentum, quàm vt illud faciat nullum? At dici hoc
5 non poteſt, quia liberi † primi gradus, qui & in po-
teſtate, & iam nati ſunt: ſi præteriti ſint, neceſſe eſt vt
vel ab initio faciant teſtamentum nullum, vel nun-
quam rumpant. *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſth.* Nec
in toto iure noſtro locus vel vnus eſt, quo probari
poſſit rumpi teſtamentum per aliquem ex liberis, qui
& iam natus, & in poteſtate fuerit tempore mortis.
Nam quod Bartolus ſupradicto loco, & Baldus ad *l. 2. numero ſeptimo, Codice de lib. præt.* dicunt ſimilem eſſe
caſum in poſthumo præterito, qui quandiu in vtero
eſt, non poteſt dicere teſtamentum nullum, & tamen
natus retrò rumpit, ſanè per quàm falsùm & ridicu-
6 lum eſt. Poſthumus † enim quantumuis ſuus ideò
non poteſt facere teſtamentum ipſo iure nullum, quia
ab initio & mortis patris tempore non eſt in poteſta-
te, cùm necdum homo ſit, *l. vltim. D. de collat. bon. l. in Falcidia 9. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Nec ad rem
7 pertinet, quòd eum poſthumum † ſuum appellamus.
Non enim id fit, quòd moriente patre iam ſit re vera
ſuus, qui nec adhuc eſt in poteſtate, nec adhuc gra-
dum vllum tenet in familia, multóque minùs in cau-
ſa ſuccedendi, quæ tamen omnia concurrere oportet
ad conſtituendum ius ſui heredis, vt diximus: ſed
ideò ſuus dicitur, quia ſi moriente patre iam natus
fuiſſet, ſuus ei heres fuiſſet, ad differentiam alieni po-
ſthumi, qui è contrario ſic appellatur, quia etiamſi
moriente teſtatore iam natus fuiſſet, ei tamen inter ſuos
futurus non fuiſſet, *§. poſthumo. Inſt. de legat.* Porrò
cùm naſcitur poſthumus ſuus qui à patre præteritus
fuit, rumpit quidem teſtamentum, ſed non rumpit
retro, vt Baldus loquitur, id eſt, non facit teſtamen-
tum iam inde ab initio vel nullum, vel ruptum fuiſſe
videatur. Pugnaret enim ſecum fictio, ſi retrofingeret
nullum teſtamentum quod rumperetur, cùm non † 8
poſſit rumpi teſtamentum quod nullum eſt, *l. nam etſi 5. ff. de iniuſt. rupt.* Neque rurſus vlla ſubeſt neceſſi-
tas retrotrahendæ illius fictionis ad tempus mortis pa-
tris, quia iuris ciuilis prudentúmque autoritate ſatis
prouiſum, ne vllum effectum poſſit habere teſtamen-
tum in quo † poſthumus ſuus præteritus eſt: ita nimi- 9
rum conſtituto iure, vt ex eo teſtamento, quandiu per
poſthumi agnationem rumpi poteſt, nemo poſſit heres
eſſe, ne quidem ſuus, *l. ventre præterito 84. ff. de acquir. hered. l. ſi filius 16. ff. de liber. & poſthum.* Et ve-
rò cùm poſthumi ſui agnatio illa ſit quæ rumpit teſta-
mentum, *l. 1. & tot. tit. de iniuſt. rupt.* intelligimus non
magis fieri poſſe vt poſthumus legitimè natus retrò rū-
pat, quàm vt retrofingatur † fuiſſe natus eo tempore 10
quo pater moriebatur, quæ retrofictio ſi admitteretur,
ſeipſum deſtrueret. Faceret enim quod nec ipſa natu-
ra facere vnquam poteſt, vt partus legitimè, ac deci-
mo demum menſe natus primo aut ſecundo menſe
editus videretur, atque ita vt & legitimus eſſet, & non
legitimus. Nec quod dici ſolet, poſthumum † qui eſt 11
in vtero haberi pro nato in iis omnibus quæ ad ipſius
commodum ſpectant, *l. qui in vtero 26. ff. de ſtat. hominum*, ad hunc tractatum pertinet, id eſt, ad cauſam
teſtamenti annullandi, ſed tantùm hereditates legiti-
mas aut teſtamentarias in ſuſpenſo retinendas, ne in-
terim deferantur iis quibus deferrentur, vtique ſi po-
ſthumus in rerum natura non eſſet. Alioqui teſtamen-
tum eſſet ipſo iure nullum, in quo eſſet præteritus
poſthumus ſuus: nec expectandum eſſet vt poſthumus
ederetur, ſi modò plenum ventrem eſſe certum eſſet:
aut ſaltem tunc cùm ille naſceretur, dicendum eſſet
teſtamentum eſſe pro iure nullum, non autem rumpi.
Quod vtrumque tamen euidenter falſum eſſet. Nun-
quam enim poſthumus † facit teſtamentum nullum, 12
ne quidem cùm natus eſſet, ſed tum demum cùm agna-
ſcitur, rumpit, non priùs. Et quod Pomponius ſcri-
bit in *l. ſi primo 8. D. de liber. & poſthum.* poſthumum
cùm natus eſt, loco eius eſſe qui ſuperſtes eſt, præter
id quod oſtendit ſatis: non igitur haberi eum pro ſu-
perſtite & iam nato quandiu in vtero eſt, non ita acci-
pi debet, vt tum quoque cùm poſthumus editus fuit,
nihil interſit an fuerit iam mortis tempore ſuperſtes,
an verò poſtea natus ſit. Illa enim ſemper differentia
manet, quòd † filius iam natus præteritus facit teſta- 13
mentum omnimodò nullum: poſthumus verò ſuus
præteritus nunquam facit nullum, ſed tantùm rum-
pit: nec ſemper rumpit, ſed ita demum ſi naſcatur, &
tum quoque cùm naſcitur, rumpit tantùm ex eo tem-
pore, nec retrò rupiſſe intelligitur: ex differentia illa
etiam naſcitur, quam nos latiùs explicauimus libro
8. Coniect. cap. vltim. Quod ſi plures † heredum gra- 14
dus facti ſint in eo teſtamento, in quo filius iam natus
præteritus fuit, ille tantùm gradus nullus eſt & eua-
neſcit in quo præteritus eſt filius, non etiam cæte-
ri ſequentes in quibus reperitur exheredatus. At ſi
poſthumus præteritus ſit in primo gradu, in ſequen-
tibus

ibus verò exheredatus, ita rumpit primum gradum
agnaſcendo, vt etiam ſequentes omnes rumpat, nec
vlla ex parte teſtamentum valere patiatur, quia rum-
pendo ſuccedit, ſibique locum facit *d. l. nam etſi* 5. *D.*
de iniuſt. rupt. iunct. l. ſi poſthu. 14. *in prin. & §.* 1. *D.*
de lib. & poſt. Ex quo apparet tanto manifeſtiùs quàm
verum ſit quod volumus, Præteritione poſthumi ſui
nunquam teſtamentum fieri nullum ipſo iure, quoniam
ſi fieret nullum ſequeretur quòd pluribus factis here-
dum gradibus ille ſolus eſſet nullus, in quo poſthu-
mus præteritus reperiretur: quod falſum eſt. Apparet
etiam agnatione poſthumi teſtamentum non retro rũ-
pi, quia ſi retro rumperetur, fieret vt fingendum eſſet
ruptum per poſthumum, non modò priuſquam natus
eſſet, ſed priùs etiam quàm conceptus ex die ſcilicet
15 conditi teſtamenti. Retrofictio enim † quælibet eò
vſque ſolet recurrere, iquouſque neceſſe eſt vt recur-
rat ad effectum ſuum conſequendum. Ergo & in pro-
poſito ad tempus facti teſtamenti, vt teſtamentum re-
troruptum dici poſſit. Eſſet enim illud quoque non
tantùm abſurdum, ſed etiam longè abſurdius, retro-
fingi ruptum ex certo tempore duntaxat, non etiam ex
præcedenti. Atqui nemo dixerit retrofingi poſſe ru-
ptum teſtamentum agnatione poſthumi priuſquam
conceptus fuerit poſthumus, quia id manifeſtam im-
plicaret contradictionem. Retrofictiones autem & fi-
16 ctiones † omnes debent eſſe de poſſibili, licèt ſint de
falſo *leg. confeſſionibus* 13. *in princip. iuncta leg. ſequen-*
ti, §. vlt. D. de interrog. in iur. faciend. Neque igitur
poteſt retrofingi rupiſſe ex quo die conceptus fuit, quia
perinde impoſſibile eſt eodem die concipi quem &
naſci hominem. Dices fortaſſe, imò admittendam ne-
17 ceſſariò eſſe retrofictionem † rupti teſtamenti ſaltem
ex die mortis teſtatoris, quia cùm poſthumus rumpen-
do ſuccedat, vt diximus: quiſquis autem ſuccedit ſiue
ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, iam inde ex die mor-
tis ſucceſſiſſe retrofingatur, *l. heres quandoque* 49. *D.*
de acquir. hered. l. omnia 131. *de regul. iur.* conſequens
videtur vt ex die quoque mortis teſtamentum rupiſſe
retrofingatur. Sed facilis reſponſio eſt, aliam eſſe cau-
ſam rupti teſtamenti, aliam ſucceſſionis. Succeditur
iure ciuili: rumpitur verò teſtamentum facto cùm
rumpitur agnatione. Vnde eſt quòd poſthumus agna-
ſcendo ſicut rumpit, ita & ſibi locum facit, quia & ali-
quid facit & cùm naſcitur, & cùm rumpit. Suus autem
heres iam natus & præteritus nihil facit, niſi quòd ex
perſona ſua inducit poteſtatem iuris. Ius enim illud
eſt, quod facit teſtamentum nullum ob ſui heredis
iam nati præteritionem. Et minùs propriè loquitur
quiſquis dicit, ſuum heredem iam natum facere teſta-
mentum nullum, niſi accipiat hoc ſenſu, quòd faciat
vt teſtamentum annulletur per legem. Sicuti namque
ſolius legis eſt, non hominis dare vires teſtamento, ita
& vires tollere, nullúmque facere ſola lex poteſt, non
homo: dicit filius teſtamentum nullum, non facit.
Quod ergo pertinet ad cauſam ſucceſſionis, facilè po-
teſt induci retrofictio poſtquam teſtamentum agna-
tione ruptum eſt, quia cùm ſucceſſio iuris ſit, certum
eſt in iis quæ iuris ſunt, fictionem, quæ ipſa etiam iuris
eſt, facilè induci poſſe. At quod pertinet ad cauſam rum-
pendi teſtamenti, aliud eſt, quia rumpi teſtamentum,
præſertim per agnationem, facti eſt, ſiue effectum &
ruptionem ipſam ſpectes, ſiue cauſam rumpendi, quæ
nihil niſi agnatio eſt. Naſci enim facti eſt, non iuris:
in iis autem quæ facti ſunt, fictio induci nequit, *l. deni-*
que 19. *D. ex quibus cauſis maior. l. in bello* 12. *§. facti.*
D. de capt. & poſtlim. Vnde eſt, quòd quamuis viuo
adhuc patre neque poſthumus præteritus, neque alius
quiſquam poſſit ſuccedere, quia viuentis ſucceſſio nul-
la eſt, tamen poteſt rumpere, & rumpit ſi naſcatur viuo
patre, adeóque tametſi poſtea eodem patre adhuc vi-
uo decedat, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt. rupt.* quoniam
qui poteſt rumpere teſtamentum naſcendo, neceſſe
eſt vt vel rumpat cùm naſcitur vel nunquam. Ex eó-
que magis intelligimus non poſſe argumentum trahi
à ſucceſſione ad ruptionem teſtamenti, aut contra.
Nam in ſucceſſione retrofictio quæ poteſtate iuris in-
ducitur, ideò non poteſt retrorſum egredi tẽpus mortis
patris, quia viuentis hominis, vt dixi, nulla hereditas,
nulla ſucceſſio eſt, *l.* 1. *D. de hered. vel act. vendit.*
l. 1. *D. pro hered.* At in cauſa rumpendi teſtamenti,
ſi qua fictio locum haberet, ea poſſet recurrere ad
tempus vſque conditi teſtamenti, cùm nihil vetet rum-
pi teſtamentum viuo adhuc teſtatore. Ergo vel nul-
la inducenda eſt, vel talis inducenda eſt quæ ad teſta-
menti tempus trahatur. Atqui abſurdum eſſet, vt pro-
bauimus, retrofingi teſtamentum ruptum eſſe agna-
tione poſthumi antequàm conceptus poſthumus fuiſ-
ſet, cùm fieri poſſit vt poſthumus qui natiuitatis ſuæ
tempore præteritus inuenitur, fuerit conceptus poſt
teſtamentum. Concludamus igitur agnatione poſthu-
mi rumpi quidem teſtamentum, ſed non ita rumpi,
vt retro ruptum eſſe fingatur. Accommodatius videtur
exemplum quod adfert Baldus de filio † capto ab ho- 18
ſtibus, & præterito à patre cùm eſſet in eo ſtatu. Nam
cùm hoc caſu teſtamentum ab initio valeat, quia non
poteſt videri filius ſuus heres, aut in morientis paren-
tis poteſtate fuiſſe, qui eo tempore in hoſtium pote-
ſtate erat, *l. penult. D. de iniuſt. rupt.* neceſſe eſt vt
filio ab hoſtibus redeunte rumpatur, ſi filius in eo
præteritus fuit, *l. Gallus* 29. *§. quid ſi quis filium: de*
liber. & poſth. (ſi enim eſſet inſtitutus, vtique non
rumperet, qui ſenſus eſt *l. ſed nec filius. D. de iniuſt.*
rupt.) Cùm autem rumpit, illud quoque neceſſarium
videtur vt retrò rumpat, quia rumpit propter poſtli-
minij fictionem, quæ facit vt filius retrò in ciuitate
ſemper fuiſſe videatur. Sed non eſt bona conſecu-
tio, & in hoc quoque Baldus errauit. Etſi enim filius
cùm ab hoſtibus redit, rumpit teſtamentum patris
eo colore quòd ſemper in ciuitate fuiſſe intelligatur,
non ideò tamen retrofingitur rupiſſe, quia nec vllum
tempus eſt ad quod retrofictionem illam poſſis tra-
here, etiamſi maximè velis: ſiquidem ea poſtliminij
vis & poteſtas eſt, vt iuncto inſtanti reditus cum in-
ſtanti captiuitatis deleat memoriam totius eius tempo-
ris quo filius apud hoſtes fuit, vt proinde ſi qua retro-
fictio hac in re fieret, eam neceſſe eſſet fieri ad id tem-
pus, quod nunquam fuiſſe intelligeretur. Rumpit
ergo teſtamentum filius præteritus cùm redit ab ho-
ſtibus, ſed non retrò rumpit, nec facit quin ab ini-
tio & valuerit, & valuiſſe intelligatur, quia verum
eſt non fuiſſe illum in patris morientis poteſtate, *d. §.*
quid ſi. iunct. l. lex Cornelia 12. *D. qui teſtam. fac.*
poſſunt. Ponimus enim factum eſſe eo tempore, quo iam
filius captus erat, alioqui ab initio & ipſo iure nullum
eſſet, nec rumpi ampliùs poſſet, *d. l. pen. D. de iniuſt.*
rupt. Ex ſuperioribus igitur apparet, verum eſſe quod
initio diximus, † nunquam rumpi teſtamentum per 19
præteritionem liberorum, qui ſint ſui heredes tempo-
re teſtamenti, hoc eſt, qui eo tempore & in poteſta-
te ſint, & primum gradum teneant in cauſa ſucceden-
di, ſed eſſe tunc ipſo iure nullum. Et rurſus, cùm te-
ſtamentum rumpitur per liberos præteritos, quod
contingit, quoties ex poſt facto apparent ſui heredes
qui antea & teſtamenti tempore non fuerunt, ſic rum-
pi, vt tamen non retrò ruptum eſſe fingatur. Aliud eſt,
ſi quæramus an retrò valuerit teſtamentum, quod rum-
pi oportuit per contra tabulas, ſi ea poſſeſſio nun-
quam poſteà petita ſit. Etſi enim quandiu peti poteſt
contra tabulas, non defert prætor ſecundùm tabulas:
excluſis tamen iis qui contra tabulas petere potue-
runt, reuertitur poſſeſſio ad ſcriptos, vt ſcriptum eſt
in *l.* 2. *D. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* non quòd teſtamen-
tum fingatur retrò valuiſſe, vt vult Baldus, ſed

quia reuerà ſemper valuit, cùm nunquam ruptum fue-
rit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propoſitam quæ-
20 ſtionem † veniamus, de filia dotata, quæ per ſtatutum
excluſa ſit à ſucceſſione patris quoaduſque maſculi ſu-
pererunt, vel ponimus eam eſſe & remanere ſuam he-
redem, quomodo diximus manere ſuam heredem, quæ
non excluſa eſt niſi per renuntiationem: vel ponimus,
quod omnino fatendum eſt, per excluſionem ſtatuta-
riam fieri vt amittat illa & nomen, & ius ſui heredis,
eo demum caſu, & tempore, quò per maſculum à ſuc-
ceſſione excluditur. Si ponimus eam manere ſuam he-
redem, conſequens erit vt ipſius præteritione teſta-
mentum ſit nullum, & iniuſtum, *l. ſi filius 7. l. inter cæ-
tera 30. D. de lib. & poſth. l. 1. D. de iniuſt. rupt.* Sin
dicimus non poſſe illam retinere ius ſuitatis, propter
excluſionem ſtatutariam, ſequetur non magis poſſe per
ipſius præteritionem rumpi teſtamentum, quam nul-
lum & iniuſtum eſſe. Nullo igitur caſu verum eſſe po-
21 teſt, quod vult Bartolus, † filiam hanc impunè qui-
dem præteriti poſſe, quandiu maſculus aliquis ſuper-
eſt, ſed mortuis poſteà maſculis licèt poſt iam agni-
tam & acquiſitam ex teſtamento patris hereditatem,
rumpi ab ea teſtamentum, vt inteſtatus fiat pater, &
prohibeatur habere heredem ex teſtamento maſculum
22 filium ſuum. Et verò ſi teſtamentum † poſſet aliquo
caſu vel tempore rumpi per filiam, ſequeretur, quod
nec interpretes negant, vt interim non poſſet maſculus
heres inſtitutus ex eo acquirere ſibi heredem *d. l. venter
84. & l. cum quidam 30. §. quod dicitur. eod. tit. de ac-
quir. hered.* & ita fieret vt filia per ſtatutum excluſa
obſtaret fratri inſtituto ne poſſet ille heres eſſe ex teſta-
mento, qui tamen non obſtaret, ſi pater deceſſiſſet in-
teſtatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non eſt ex-
cluſa per ſtatutum, niſi quandiu maſculi ſupererunt,
non poſſe impedire quominus defuncto patre inteſta-
to hereditas tota maſculo deferatur, & acquiratur, vt
ſit ille heres quandiu viuit, quia tale ſtatutum non ſit
ſuſpenſiuum delationis ſucceſſionis inteſtati quantum
ad maſculos, ſed tantùm quod ad fœminas: alioqui
non eſſet maſculus heres ad tempus, nec filia ex tem-
pore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, &
cæteri admittunt. Porrò quis ferre illud poſſit, vt huiuſ-
modi ſtatutum faciat deteriorem conditionem maſcu-
li heredis inſtituti quàm ſi pater inteſtatus deceſſiſſet?
23 Scio fieri aliquando vt perſona † quæ non obſtat in
caſu inteſtati, obſtet tamen in caſu teſtati, vt in ſpe-
cie illa valdè ſingulari, de qua reſpondit Papinianus in
d. l. ſcripto 7. ff. vnd. liberi. Sed valdè diſſimilis eſt illa
ſpecies ab ea quam nunc tractamus. In illa enim dece-
dit pater inteſtatus, non quia non feciſſet teſtamen-
tum: ſed quia teſtamentum quod fecerat, & in quo
filium exheredauerat, nepotémque ex eo præterierat,
ex poſt facto deſtitutum proponebatur per extranei he-
redis inſtituti repudiationem, quo deliberante filius
exheredatus deceſſerat, vt proinde eo tempore quo cer-
tum eſſe incipiebat deceſſiſſe patrem familiàs inteſta-
tum, non eſſet ampliùs in rerum natura filius, vt nepo-
ti obſtaret, cui tamen obſtabat tempore conditi teſta-
menti & mortis patris. Cæterùm ſi in ea ſpecie deceſ-
ſiſſet pater inteſtatus, vtique filius obſtitiſſet nepoti
non minùs quàm in caſu teſtati. At in ſpecie quam
tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo
obſtaret fratri ab inteſtato, eidem obſtet facto teſtamen-
to. Hoc verò eſt quod ego abſurdum eſſe dico, nec mi-
24 nùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium † in
eo eſt, quòd putant poſſe fieri ex autoritate ſtatuti vt
maſculus ſit heres ad tempus, filia verò poſt mortẽ ma-
ſculi & ex tempore, quod nos iam ſæpiùs ac ſæpiùs re-
futauimus. Siue igitur ex teſtamẽto, ſiue ab inteſtato fi-
lius patri ſemel heres extiterit, nunquã poteſt filia heres
eſſe nec ſua, nec aliena immediatè, id eſt, niſi per me-
diam maſculi perſonam, & eo iure quo alius quilibet
heres heredis poſſet dici heres teſtatoris, *l. vltim. Cod.
de hered. inſtit. l. qui liberis 8. §. vltim de vulg. & pupill.
ſubſt.* Nec proinde teſtamentum † poteſt rumpere 25
quod ſemel habuerit effectum, fueritque confirmatum
non modò per legem, ſed etiam per aditionem. Semel
enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata
conſtituitur, vt ait Papinianus in *l. ſi patroni 55. §. qui
fideicommiſſum. D. ad SC. Trebell.* Alioqui nec permit-
tendum eſſe maſculo vt ex eo teſtamento heres eſſet,
quamdiu rumpi poſſet, faceretque inteſtati exitum pa-
ter, qui tamen inter liberos teſtamentum ab initio fe-
ciſſet, adeóque validum ſi interpretibus credimus: ita
fieret vt deterior eſſet cauſa filij inſtituti, quàm ſi pa-
ter ſine teſtamento deceſſiſſet, cùm tamen nemo neſciat
fauorabiliorem eſſe cauſam filij, cùm ex teſtamento
ſuccedere poteſt, quam ab inteſtato, propter coniun-
ctum fauorem teſtamenti, qui etiam ipſi liberorum fa-
uori præualet, *l. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam.* Et ſanè
quid abſurdius eſt, quàm obſtare maſculo fœminam eo
caſu quo ſit excluſa non modò per ſtatutum, ſed
etiam per teſtamentum, nec tamen eidem obſtare eo
caſu quo ſit excluſa duntaxat per ſtatutum. Annon po-
tentior eſt, & eſſe debet duplex excluſio, quàm ſim-
plex? & contrà, annon fauorabilior eſt filius, cui & ſta-
tutum, & patris teſtamentum fauet, quàm cui ſtatutum
ſolum? At rurſus ſi admittas quod negant interpretes,
acquiri poſſe hereditatem ex huiuſmodi teſtamento,
ſequetur nunquam poſſe rumpi. Vnus enim † tantùm 26
caſus eſt in quo poſſit rumpi teſtamentum, ex quo iam
acquiſita ſit hereditas, nimirum ſi proponatur querela
inofficioſi teſtamenti, *l. circa, 24. & paſſ. D. de inoff.
teſt.* Sed ille caſus habet ſpecialem rationem, quia metus
rumpendi per querelam teſtamenti, non poteſt impe-
dire ne adeatur interim hereditas ex teſtamento, cùm
querela † non detur contra lignum, vt bonorum poſ- 27
ſeſſio contra tabulas, *l. quod vulgò 19. ff. de bon. poſſ.
contr. tab.* ſed contra heredem *l. Papinianus, 8. §. ſi
condition. ff. de inoff. teſtam.* qui porrò non poteſt he-
res eſſe, niſi adita demum hereditate, *l. ſi quis filium
34. in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela † 28
inofficioſi ſit odioſa ex duplici capite, & quia reſcin-
dit teſtamentum, & quia reſcindit eo colore quaſi te-
ſtator fuerit demens & furioſus, *l. 2. & 4. l. Titia. 13.
ff. eod.* non priùs viſum eſt permittendum vt exercea-
tur, quàm appareat nulla alia ratione fieri poſſe in-
teſtatum teſtatorem. Quod tamen tunc demum in-
cipit eſſe certum, cum adita eſt hereditas ex teſtamento,
quia non poteſt inteſtatus decedere, qui aliquem ex te-
ſtamento heredem iam habet. Quandiu autem non eſt
adita hereditas, tamdiu poteſt deſtitui teſtamentum,
atque ita locus fieri ſucceſſioni inteſtati. Nec pugnat
quod dici ſolet, † Ex teſtamento non poſſe adiri aut 29
acquiri hereditatem quandiu rumpi teſtamentum
poteſt: id enim tunc verè dicitur, cùm poteſt rum-
pi teſtamentum ipſo iure, vt contingit per agnatio-
nem poſthumi ſui, aut per filij capti reditum ab ho-
ſtibus. Quod enim à iure ipſo rumpi poteſt, quis di-
xerit iam confirmatum eſſe à iure, vt ex eo poſſit adiri
hereditas? At per querelam † inofficioſi teſtamenti non 30
rumpitur ipſo iure, ſed reſcinditur per ſententiam
centum virorum qui de inofficioſo cognoſcunt, &
pronuntiant, *l. ſi pars 10. d. l. Titia. eod.* Quid autem
illi pronuntiaturi ſint, planè incertum eſt, & in du-
bio nihil aliud poteſt lex præſumere aut ſperare ni-
ſi quòd pro teſtamento pronuntiabunt *d. l. ſi pars.*
Mirum igitur non eſt, ſolum metum rumpendi per
querelam teſtamenti non poſſe impedire quominus
interim ex teſtamento hereditas deferatur, & conſe-
quenter per aditionem acquiratur: ſicut nec aditio
ſecuta poteſt facere quominus teſtamentum per que-
relam poſtea propoſitam reſcindatur. Sed extra hunc
caſum fieri nunquam poteſt vt teſtamentum ſemel à

lege confirmatum, ſubſecuta præſertim aditione poſteà vel rumpatur, vel reſcindatur.

ERROR III.

De iure ſuitatis in perſona filiæ quæ à patris inteſtata ſucceſſione per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli & Baldi de quæſtione An filia quæ per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum amiſerit ius ſuitatis.*
2 *Contraria ſententia autoris rationibus ſtabilitur.*
3 *Licet filia excluſa per ſtatutum non ſuccedat, non eò minus tamen eſt ſua heres.*
4 *Excluſionis per mortem & eius quæ fit per ſtatutum differentia.*
5 *Propoſitio Bartoli, Impune præteriri poſſunt omnes, qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, non eſt vniuerſaliter vera.*
6 *Excluſionis fœminæ per ſtatutum conditio duplex.*
7 *Suus heres cur inſtituendus aut exheredandus.*
8 *Cur ab inteſtato ſuus heres omnimodo ſuccedat.*
9 *Ius ſui heredis non eſt æſtimandum ex ſucceſſione inteſtati.*
10 *Valeat argumentum à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati, non contrà.*
11 *Argumentum à minori ad maius an valeat negatiuè.*
12 *Excluſiones ſunt odioſæ.*
13 *Teſtamentum filij familias militis de caſtrenſi peculio, quo præteritus eſt teſtatoris filius an valeat.*
14 *Cùm quæritur de iuribus teſtamenti, in quo præteritus eſt filius, quid inſpiciendum ſit.*
15 *Ius ſui heredis vnde proficiſcatur.*
16 *Ordo ſtatutarius non tollit ius ſuitatis.*
17 *Filia excluſa per ſtatutum eſt ſua heres patri etiam inſpecto tempore mortis.*
18 *Quo inſtanti teſtamentum per legem confirmetur.*
19 *Excluſio filiæ ſtatutaria non tollit vitium præteritionis filiæ.*
20 *Diluitur obiectio qua probant aduerſarij eum impunè præteriri poſſe qui non poſſit ſuccedere ab inteſtato.*
21 *Deportatus nullo caſu ſuccedit, niſi reſtituatur in integrum viuo patre.*
22 *An ex eo quod inteſtato patri excluſa filia non ſuccedit, aliquid referat quod præterita faciat teſtamentum nullum.*
23 *Filia per ſtatutum excluſa poteſt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas.*
24 *Quo caſu neceſſaria ſit bonorum poſſeſſio contra tabulas ſuis heredibus præteritis.*
25 *Statutum excluſorium fœminarum loquens tantum de ſucceſſione inteſtati non eſt protrahendum ad caſum facti teſtamenti.*

SEd præcipuus Bartoli, Baldi, & aliorum in
1 propoſita quæſtione error † ille eſt, quòd putant filiam quæ fauore maſculorum, & extantibus maſculis ab inteſtato ſuccedere prohibetur, impunè præteriri poſſe tanquam quæ
2 non ſit ſua heres. Nam ſi bene inſpicias, imò verò † teſtamenti tempore ſua heres eſt non obſtante ſtatuto perinde ac ſi ſtatutum nullum eſſet. Nec enim ſtatutum illud facit quominus filia ſit in poteſtate, primúmque gradum teneat etiam in cauſa ſuccedendi: quippe quam ſtatutum non excludit à ſucceſſione, niſi ſub illa conditione, Si maſculi extabunt, eo ſcilicet tempore quo de ſucceſſione quæri poterit, & oportebit, hoc eſt, quo mortuus erit pater. Itaque quamdiu viuit pater, licèt maſculi ſuperſint, qui ſuccederent ſoli, excluſa filia, ſi teſtamenti tempore pater moreretur, nondum tamen dici poteſt impletam eſſe conditionem excluſionis filiæ quæ non poteſt impleri niſi mortuo demum patre, cùm poſſit fieri vt ante patrem decedant omnes maſculi poſiti in conditione excluſionis, ſoláque ſuperſit filia tempore mortis patris: quo caſu nemo dubitauerit quin futurum ſit vt tota ſtatuti vis euaneſcat, filiáque ſola ſuccedat iure communi ac proinde tanquam ſua heres, & quæ ſemper talis fuerit, nec vnquam talis eſſe deſierit. Quoties enim naturalis mors alicuius expectanda eſt, nunquam interim mutanda iuris ratio eſt ob perſonam eius qui interim poteſt mori, vt conſtat ex *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iure fiſci.* Non ergo poſſunt facere maſculi qui teſtamenti tempore ſuperſtites reperiuntur, quominus filia † quæ tum & in 3
poteſtate & in primo gradu eſt, ſua heres dici debeat, quamuis nondum eo tempore ſuccedat, nec poſſit ſuccedere, quia quòd non ſuccedit, non fit propter maſculos, nec propter ſtatutum, ſed quia pater viuit, vt ex eo conſtat, quòd etiamſi maſculi nulli eſſent, adhuc tamen ſuccedere non poſſet, quamuis nec ſtatutum vllum eſſet per quod ipſa excluderetur: nec ſi moriente patre ſuperſit maſculus aliquis, qui ſuccedere poſſit, quique per ſtatuti poteſtatem ſolus ſuccedere debeat, faciet ea res vt filia impune potuerit præteriri in teſtamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam ſui heredis teſtamentum ſit nullum & iniuſtum, non eſt inſpiciendum an ſit ſuus heres tempore mortis, ſed an tempore teſtamenti, quia nec poſſet ex poſt facto conualeſcere teſtamentum, quod ab initio & eo tempore, quo fiebat, non valuiſſet, *lege prima, D. de iniuſt. rupt. l. quæ ab initio penult. de regulis iuris.* Alioqui dicendum eſſet non fore inutile teſtamentum in quo præteritus fuiſſet ſuus qui viuo patre deceſſiſſet. Nec enim poteſt dici filia magis excluſa per ſtatutum propter maſculos, quando aliqui ſuperſunt maſculi tempore mortis patris, quàm excluſus ſit per mortem contingit, quòd de ea non dubitatur quin ſit perpetua, quomodo de illa dubitatur, quæ inducitur per ſtatutum. Atqui excluſio filij quæ per ipſius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus teſtamentum ſit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi filius 7. D. de liberis & poſthumis*, adeò vt in formula quoque Galli Aquilij neceſſe ſit præcedere inſtitutionem filij ad hoc vt poſſit valere teſtamentum in quo ſit inſtitutus poſthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec inſtituatur, nec poſſit inſtitui poſthumus nepos, niſi in eum nominatim caſum quo filius primi gradus viuo teſtatore morietur, *l. Gallus 29. §. in omnib. eodem* Eadem igitur multo & maiore ratione dicendum eſt filiæ excluſionem quæ per ſtatutum inducitur poſt mortem duntaxat patris, non poſſe facere quominus nullum ſit teſtamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo maſculi ipſi per quos, & propter quos filia excluditur, inſtituti proponantur. Si quid enim eſſet quod contrarium ſuaderet, illud maximè eſſet, quòd nunquam poteſt hæc filia cum maſculis ſuccedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum eſt cum poſthumo nepote concurrere nunquam poſſe, *l. cùm in teſtament. 37. D. de hered. inſtit.* Nec eo minùs tamen neceſſaria eſt filij inſtitutio, vt nepos ipſe vtiliter & ritè inſtitutus videatur, *dicto §. omnib. iunct. l. ſi quis cum 16. in fin. D. de vulg & pupill. ſubſtit.* Ergo nec valebit teſtamentum in quo præterita ſit filia inſtitutis maſculis, tametſi cum maſculis ſuccedere non poſſit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus quòd poteſt ipſa ſuccedere ſaltem aliquo caſu, id eſt, ſi maſculi

omnes decedant viuo patre: quinimò & ſimul cum
ipſis maſculis, ſi fuerit cum ipſis instituta. Nec enim
ſtatutum vſque adeò eam excludit, vt prohibeat eam
ſuccedere ex teſtamento. Filius verò Aquilianus, id eſt,
quem ponimus mori viuo teſtatore, nullo caſu poteſt
ſuccedere, nec ſi teſtator velit, quia non eſt in teſtato-
ris poteſtate facere, vt qui iam mortuus eſt ſuccedat
vllo caſu: tantum abeſt vt cum Aquiliano nepote in-
ſtituto ſuccedere vllo caſu poſſit. Non eſt igitur verum
5 † quod tam generaliter noſtri poſt Bartolum pro vero
conſtituunt, Impunè præteriri poſſe omnes eos qui ab
inteſtato ſuccedere non poſſunt. Nam ſi verum id eſſet,
vtique poſſet omnium maximè præteriri impunè filius
Aquilianus, quem certum eſt nullo penitus caſu ab in-
teſtato ſuccedere poſſe, at neque vt diximus, ex teſta-
mento: ſiquidem ſi patri ſuperſtes eſſet, iam Aquilia-
nus filius dici non poſſet. Quanto minus ergo præteriri
poſſunt ij qui aliquo caſu ſuccedere ab inteſtato poſ-
ſunt? Atqui in hoc numero filia eſt, de qua diſputa-
mus: poteſt enim ab inteſtato ſuccedere: non ſolùm ſi
maſculi, qui tempore teſtamenti ſunt ſuperſtites, ante
patrem moriantur, vt iam diximus, & apud omnes in
confeſſo eſt, ſed etiam ſi fortè iidem maſculi patri ſu-
perſtites, et tamen ſuccedere vel nolint ex aliqua cauſſa,
vel non poſſint, ſi interpretibus noſtris credere magis
velis, quam iis quæ contra hanc ſententiam in præce-
dentibus à nobis diſputata ſunt. Cur ergo poterit im-
punè præteriri? Sed & cùm filia hæc non excludatur
per ſtatutum niſi à ſucceſſione inteſtati, non etiam à
ſucceſſione teſtati, quid obſecro eſt quòd impediat ne
6 ſit ſua heres in caſu conditi teſtamenti? Ea ſiquidem †
excluſio ſtatutaria duplicem conditionem habet, prio-
rem illam, de qua ſæpius iam diximus, ſi maſculus ali-
quis ſuperfuerit: poſteriorem iſtam, ſi pater inteſtatus
morietur. Nec enim id agit ſtatutum, vt patri interdicat
teſtamenti factione, aut vt eum liget ne filiam, ſiue
cum maſculis poſſit inſtituere, ſiue etiam ſine maſculis,
ſi fortè iuſtam habeat maſculorum exheredandorum
cauſam. Patre igitur mortuo teſtato deficit vna ex con-
ditionibus excluſionis ſtatutariæ, ac proinde ceſſante
ſtatuto remanent omnia in iuris communis diſpoſi-
tione, ſecundùm quam nemo negauerit eſſe hanc fi-
liam ſuam heredem, cùm & in poteſtate ſit, & primum
gradum teneat in cauſa ſuccedendi. Et quemadmodum
Papinianus in *dicta lege ſcripto*, putat non eſſe abſur-
dum vt filius in cauſa inteſtati non obſtet nepoti, cui
tamen obſtaret in cauſa teſtati, ita nec in propoſito
nouum, aut mirum videri debet, maſculos obſtare filiæ
in cauſa inteſtati, nec ei tamen obſtare in cauſa teſtati:
ſic nimirum facientibus verbis ſtatuti, per quod filia ex-
cluditur in caſu inteſtati tantùm, non etiam in caſu
teſtati. Alioqui ſi ad adiuuandum liberis ius ſuitatis
ſufficeret excludi eos à ſucceſſione inteſtati, ſequeretur
quòd impunè ſemper & quilibet ſuus heres in teſta-
mento patris præteriri poſſet. Quid enim aptius eſt ad
excludendum ab inteſtati ſucceſſione legitimum ſuc-
ceſſorem, quàm vt teſtamentum fiat? Inteſtatus nam-
que is propriè decedit qui teſtamentum non fecit *l. 1.
in princip. D. de ſuis & legit.* Neque verò ſi quæramus
7 cur ſuus † heres omnimodo inſtituendus ſit vel exhe-
redandus, ratio illa afferri debet quòd eſſet ille ab in-
teſtato ſucceſſurus, ſed quia etiam viuo adhuc patre,
atque ita eo iam tempore, quo tamen nondum ſuc-
cedi ab inteſtato poteſt, bonorum paternorum quo-
dammodo dominus eſſe intelligitur, vt loquitur Pau-
lus in l. *in ſuis* 11. *D. de lib. & poſthum.* non expectato,
nec inſpecto eo an teſtatus an inteſtatus pater moritu-
rus ſit. Vnde etiam eſt quod facto quoque teſtamento,
ſi filius in eo inſtitutus ſit, perinde ſtatim & ipſo iure
fit heres ex teſtamento, & quidem tanquam ſuus &
neceſſarius, atque heres eſſet ab inteſtato, ſi teſtamen-
tum nullum factum eſſet, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D.
ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Imò, ſi quæramus cur † ab 8
inteſtato ſuus heres omnimodo ſuccedat, non illud
reſponderi poterit, quòd à lege primus vocatus ſit ad
hereditatem (nam vt alibi monuimus, nunquam lex
vocauit ſuos, nec eorum mentionem vllam fecit, niſi
ponendo eos in conditione, cùm vocauit proximum
agnatum ſub illa conditione, ſi ſuus heres nemo eſſet.
Neque verò potuit lex eos vocare ad hereditatem, quæ
quantum ad ipſos attinet, nulla eſſe intelligitur, *d. l.
in ſuis*) ſed à contrario reſpondendum erit, quia nec
pater ipſe teſtando potuiſſet ſine cauſa auferre ſuo he-
redi dominium, quod ille in bonis viui patris habuiſſet,
l. vltim. D. de bon. damnat. niſi eo iure quo potuiſſet
etiam eum occidere, vt ſcriptum eſt in *dicta l. in ſuis.*
Itaque tantum abeſt vt ius † ſui heredis, cùm teſta- 9
mentum factum eſt, ſit æſtimandum ex ſucceſſione in-
teſtati: vt contrà æſtimandum ſit ius ſui heredis in
ſucceſſione inteſtati ex eo iure quod habet ſuus heres
aduerſus patrem ipſum teſtantem. Eſt enim optima
conſecutio, vt qui patris teſtamentum impugnare,
aut nullum dicere poteſt, aut etiam per inofficioſi
querelam rumpere, multo magis poſſit ſuccedere ab
inteſtato: At non ſimiliter è conuerſo, vt qui ab in-
teſtato ſuccedere poteſt, omnino inſtituendus ſit, vel
exheredandus, aut, vt poſſit habere querelam, ſi fuerit
ſine cauſa exheredatus: ne aliter dicendum ſit, eadem
fore iura legitimi cuiuſlibet ſucceſſoris, facto teſta-
mento, quæ ſunt ſui heredis. Cauſa enim teſtati præ-
cedit cauſam inteſtati, ſicut dignitate, ita & tempore:
ideóque valet argumentum † à cauſa teſtati ad cauſam 10
inteſtati, tanquam à maiori ad minus affirmatiuè, vt
quiſquis poteſt impugnare teſtamentum, multò magis
poſſit ab inteſtato ſuccedere, non retrò à cauſa inteſtati
ad cauſam teſtati, vt quiſquis ab inteſtato poteſt ſuc-
cedere, poſſit etiam teſtamentum impugnare, vt cer-
nere eſt in liberis naturalibus & illegitimis, itémque
in adoptiuis qui licèt ab inteſtato poſſint ſuccedere
iuxta eum modum, quem Iuſtiniani conſtitutiones
præſcripſerunt, attamen contra teſtamentum venire
nunquam poſſunt *l. vlt. C. de natur. liber. l. penult. C. de
adopt.* Dices fortaſſe, valere argumentum † à minore 11
ad maius negatiuè, vt qui non poteſt quod eſt minus,
multò minus poſſit quod eſt plus, hinc ergo conſe-
quens eſſe vt qui non poteſt ab inteſtato ſuccedere,
poſſit multò minùs dicere nullum teſtamentum, aut
alio iure ipſum impugnare. Reſpondeo, fore bonam ra-
tiocinationem ſi in vtraque propoſitione iidem ter-
mini retinerentur, puta ſi quis ſic diceret: Non poteſt
filia per ſtatutum excluſa ſuccedere ab inteſtato: Ergo
multò minùs poterit ex autoritate ſtatuti teſtamentum
impugnare: Aut etiam hoc modo, Filia non poteſt ſuc-
cedere ab inteſtato iure communi: Ergo multò minùs
poterit ſuccedere contra expreſſam patris voluntatem.
Sed in hoc caſu noſtro longè aliter fit argumentatio
contra filiam, & peſſimè in hunc modum: Filia non
poteſt ab inteſtato ſuccedere ex ſtatuto: Ergo neque
poterit ſuccedere contra teſtamentum ex iure com-
muni: ſunt enim ſeparata iura ſtatuti & iuris commu-
nis ſicut & ſucceſſionum teſtati atque inteſtati: Cum-
que par, & æquale ius habeat ſuus heres, ſiue teſta-
tus ſiue inteſtatus pater deceſſerit: Non poteſt eſſe
bona conſecutio, vt ſtatutum quod ſuo heredi ademit
ius ſuitatis, quod habiturus erat ab inteſtato, videatur
etiam ei ademiſſe ius quod habet in caſu teſtati: Imò
ſic in contrarium pro filia argumentari debemus: Sta-
tutum abſtulit ei ius ſuitatis ab inteſtato: Ergo ſaluum
eidem remanet ius ſuitatis ex iure communi, quoties
teſtamentum factum fuit. Cur enim ſtatutum quod de
ſucceſſione inteſtati diſtrictè loquitur, volumus exten-
dere ad cauſam ſucceſſionis teſtati? An non prorſus † 12
odioſæ ſunt huiuſmodi excluſiones, & quia liberos
grauant, & quia commune ius lædunt? Quis ergo
ferat

ſeat vt adiuuentur & extendantur per interpretationem ? *l. cùm quidem 19. D. de liber. & poſt.* Præterea
13 vt hoc melius intelligatur, finge filiumfamilias † militem teſtamentum feciſſe de caſtrenſi peculio, in eóque teſtamento præteriſſe filium quem iam tum habebat in eiuſdem patris poteſtate: Valebit quidem teſtamentum non obſtante filij præteritione, quia non poteſt videri præteritus ſuus heres, cùm ſuum heredem habere non potuerit teſtator eo tempore quo erat ipſe in poteſtate: ſed tamen ſi poſtea mortuo militis patre miles ipſe fiat paterfamiliâs, & filium in poteſtate habere incipiat, teſtamentum proculdubio rumpitur, idque non tam quaſi agnatione ſui heredis, cùm nullo circa filium nouo facto, ſed ordine quodam naturali pater nactus ſit poteſtatem, quàm qui filius ille præteritus fuit: qui ſi vel inſtitutus fuiſſet, vel exheredatus, non rumperet quomodo rumperet nepos Velleanus, ideſt, qui viuo auo in patris locum ſuccedit, ſi lex Vellea non eſſet, vt ſubtiliter diſputat Tryphonius in *l. filius 28. §. 1. D. de liber. & poſthum. iunct. §. pen. l. Gallus 29. ſed & l. ſi filius fa. 33. D. de teſtam. milit.* Et tamen in illa ſpecie verum eſt, filium hunc præteritum potuiſſe ſuccedere patri ſuo ab inteſtato tempore teſtamenti: cùm, ſi eo tempore pater deceſſiſſet inteſtatus, neque hereditatem, neque heredem vllum habuiſſet, bonaque ipſius caſtrenſia, non ad filium, quem non habebat in poteſtate: ſed ad patrem, in cuius ipſe poteſtate erat, pertinuiſſent, *l. 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Cùm ergo quæritur de iuribus teſtamenti in quo præteritus eſt filius aut filia, non illud inſpici debet, vtrum perſona præterita potuerit ab inteſtato ſuccedere, ſi teſtator tempore teſtamenti inteſtatus deceſſiſſet, at illud vnum potius, an eo teſtamenti tempore fuerit, aut poſteà cœperit eſſe in poteſtate. Quòd ſi filius qui teſtamenti tempore in patris militis poteſtate non fuit, rumpit patris teſtamentum quandocunque in patris poteſtatem venit, quanto magis in hoc caſu teſtamentum erit nullum ob præteritionem filiæ quæ iam ipſo teſtamenti tempore ſit in po-
14 teſtate? Illud enim vtrique caſui † commune eſt, quòd neque filius ille, neque filia hæc ſuccedere ab inteſtato poteſt, ſi teſtamenti tempus præciſè inſpicias. Poteſt tamen vterque aliquo caſu ſuccedere, ſi tempus illud inſpiciatur quo ſuccedi poteſt, id eſt, tempus. Nam ſicut moriente militis patre ante militem, filius militis incipit capax eſſe ſuccedendi patri ſuo inteſtato: Ita & filia, de qua agimus, nil obſtante excluſione ſtatutaria poteſt ſuccedere patri ſuo ſi maſculi præmoriantur. Sed hoc plus habet filia excluſa per ſtatutum, quàm filius filiiſfamilias militis, quod in teſtatoris poteſtate eſt iam ipſo tempore conditi teſtamenti, ille autem non eſt in poteſtate patris ſui, ſed aui. Melior ratio eſt quæ impugnat teſtamentum in quo hæc filia præterita fuit, quàm quæ teſtamentum rumpit in quo filius ille præteritus. Ius enim poteſtatis illud eſt, quod patri neceſſitatem adfert inſtituendorum
15 liberorum aut exheredandorum, quia & ex eo † poteſtatis iure proficiſcitur ius ſui heredis, ſi modò is, qui in poteſtate eſt, primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi, *d. l. ſcripto 7. vnde libr.* Eſt ergo in propoſito caſu filia ſua heres, quia non ſolùm in poteſtate eſt, ſed etiam in primo gradu. Nec eam frater maſculus anteuertit in gradu, ſed tantùm in ordine ſuccedendi: in ordine, inquam, per ſtatutum inducto non qui ſit ex iure ciuili. Non enim diſtinguit ius ciuile ordinem à gradu, cùm ſuccedendi ordinem conſtituat ex ſolo graduum ordine. Porrò ius ſui heredis ex iure ciuili eſt & ex lege 12. tabul. non ex ſta-
16 tuto. Non poteſt igitur † ordo ſtatutarius ſecundùm quem non vocantur fœminæ niſi poſt maſculos, tollere ius ſuitatis, æſtimandum ex ordine & gradibus iuris ciuilis. Præſertim verò cùm neque ordo ille iuris ciuilis per ſtatutum interuerſus ſit abſolutè & in totum, ſed limitatè quantùm ad ſucceſſionem inteſtati, manente conſequenter incorrecto iure ciuili, & communi in cæteris omnibus, id eſt quantum ad ſucceſſionem teſtati, de qua nihil ſtatuto cautum eſt. Sed
lubet agere ſubtiliùs. Dico filiam hanc eſſe ſuam † 17
heredem patri, non tantùm inſpecto tempore teſtamenti, ſed etiam inſpecto tempore mortis, id eſt, eo inſtanti, non quo pater iam ſit mortuus, ſed quo moriatur. Nam cùm nihil ſit quod ei obiici queat, quominus ſit ſua heres, niſi quòd per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluditur, planè conſequens eſſet manere illam ſuam heredem quamdiu excluſa non eſt à ſucceſſione inteſtati, cui porrò certum eſt locum nullum
eſſe poſſe facto teſtamento, vt iam diximus. † Sed 18
hoc etiam conceſſo, quod nunquam euinci poſſet, vt ſtatutum loquens de ſolo caſu inteſtati trahatur ad caſum etiam teſtati, concedendo non eo minùs fore hanc filiam ſuam heredem inſpecto tempore mortis, qui non magis de teſtamentaria, quàm de legitima ſucceſſione tractari poteſt viuo eo de cuius ſucceſſione agitur, vt proinde excluſio illa ſtatutaria, ſiue legitima ſit, ſiue teſtamentaria, non priùs poſſit incipere quàm mortuus ſit pater. Atqui inſtans quo moritur pater, præcedit inſtans quo iam ſit mortuus, quia computatur vitæ non morti, *leg. vltim. D. de condic. inſtit. l. qui duos 18. D. de manum. teſtamen.* Verum igitur eſt dicere eo inſtanti, quo pater moritur, nondum eſſe filiam excluſam à ſucceſſione ſiue teſtati ſiue inteſtati, & conſequenter adhuc ſuam heredem eſſe, cum ſola excluſio ſtatutaria illa ſit, quæ ius ſui heredis poteſt ei adimere. Atqui teſtamenti confirmatio ſit per legem non eo inſtanti, quo teſtator mortuus eſt, ſed eo ipſo quo moritur, quia exinde certum eſſe incipit ſupremam eſſe illam vim adhuc hominis voluntatem, & quæ mutari ampliùs nunquam poteſt: quæ ſi non confirmaretur eo inſtanti, quo teſtator adhuc aliquis eſt, ſera eſſet confirmatio quæ fieret poſteaquam is iam mortuus eſſet, id eſt nullus. Rurſus non poteſt confirmari per legem teſtamentum illud, in quo ſuus heres præteritus fuit, quia nullum, & iniuſtum eſt, & nullius momenti. Cùm itaque eo inſtanti quo pater moritur filia ſit adhuc ſua heres, & nihilominus præterita reperiatur, fatendum neceſſariò eſt eius teſtamenti confirmationem nullam fieri tunc poſſe, & conſequenter excluſionem ſtatutariam, quæ non niſi poſt mortem ſuperuenit, nullum effectum habere, ad inducendam teſtamenti validitatem, quod & ab initio, & mortis tempore nullum fuerit, neutróque tempore confirmari potuerit: exemplo eius quod de bonorum poſſeſſione decretali ſcribit Vlp. in *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.* non poſſe illam repudiari, quia, inquit, priuſquàm fuerit decreta nondum delata eſt, Rurſum poſteaquam decreta eſt, ſera repudiatio eſt, quoniam id quod acquiſitum eſt, repudiari non poteſt. Nec valdè diſſimile quod ſcriptum eſt *l. ſi ego 9. §. ſi res. ff. de iur. dot.* Sic igitur & in propo-
ſito dicendum eſt † excluſionem filiæ ſtatutariam non 19
poſſe tollere vitiū præteritionis filiæ, quia antequàm pater ſit mortuus, nulla excluſio eſt quæ facere poſſit ne teſtator malè & contra iuris regulas teſtatus videatur, patre autem iam mortuo, cum excluſio vires habere incipit, ſera teſtamenti confirmatio eſt, quod neque teſtamenti, neque mortis tempore valuit, & quod poſt mortem confirmari nunquam poteſt. Nec pro interpretibus quicquam facit *l. 1. §. penult. D. de bonor.*
poſſeſſ. contr. tabul. quo † vno loco mouentur omnes, 20
vt dicant poſſe impunè præteriri eum, qui non poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ibi enim agitur de filio deportato, eúmque Vlpianus ait verius eſſe non nocere nepoti, deportatos enim mortuorum loco habendos. Sed quid ſimile aut commune habet deportatus, qui neque

in

in patris poteſtate, neque ciuis eſt, cum filia per ſta-
tutum duntaxat excluſa? nec niſi à ſucceſſione in-
teſtati, & quam nos diximus & probauimus nil ob-
ſtante excluſione ſtatutaria, ſuam heredem eſſe, non
ſolùm ſi teſtamenti, ſed etiam ſi mortis tempus inſpi-
ciatur? Eſt enim filia hæc & ciuis, & in poteſtate pa-
tris vtroque tempore, primúmque gradum tenet etiam
in cauſa ſuccedendi, ſaltem ex teſtamento. Denique
poteſt aliquo caſu ſuccedere etiam ab inteſtato, nempe
ſi maſculi omnes præmoriantur: itémque ſi interpre-
tibus credimus, eo caſu quo maſculus ſuperſtes, heres
patri eſſe vel nolit vel non poſſit: quorum omnium
nihil eſt quod de deportato dici poſſit. Is enim nullo
21 † penitus caſu poteſt ſuccedere, niſi in integrum reſti-
tutus ſit viuo patre: qui caſus magis incertus & for-
tuitus eſt, quàm vt ſperari poſſit, *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantum. D. de liber. & poſt.* extra caſum *l. inter-
cidit 59. D. de condict. & demonſtrat.* de quo alibi ſcripſi-
mus. Vnus tantùm ſcrupulus ſupereſſe poteſt aduerſus
ea quæ toto hoc capite diſputauimus. Nam cùm nihil
22 proſit dicere, † teſtamentum in quo hæc filia præte-
rita eſt, nullius eſſe momenti, niſi ad hoc vt ſit pater
inteſtatus, ab inteſtato non poſſit ipſa ſuccedere, quid
poteſt, obſecro, intereſſe an faciat teſtamentum nul-
lum, necne? Sed facilis reſponſio eſt, etiamſi nihil
intereſſet filiæ, non eſſe tamen otioſam quæſtionem,
cùm poſſit maſculorum intereſſe, ſiue ponas eos fuiſſe
exheredatos inſtituto herede extraneo, ſiue cum ex-
traneo inſtitutos, quorum proinde interſit ſuccedere
ab inteſtato potius, quàm ex teſtamento ne extraneus
ille faciat iis partem, aut ſi ſoli quidem maſculi ſint
inſtituti, ſed inæqualibus portionibus, quæ ab inte-
ſtato æquales forent. Certum enim eſt etiam inſtitutos
liberos poſſe petere bonorum poſſeſſionem contra ta-
bulas ex perſona fratris præteriti, vel ſororis edictum
committentis, *l. ii qui 15. & ſeq. D. de leg. præſt.* Cuius
poſſeſſionis vtilitas non parua etiam in eo eſt, quòd
exonerat ſucceſſorem ne cogatur præſtare legata, niſi
quæ exceptis perſonis relicta ſunt, *l. 1. & tot. ill. eod.
titul.* ſed addo, quod magis eſt, ipſius etiam filiæ præ-
teritæ valdè intereſſe, vt teſtamentum hoc nullius mo-
menti eſſe fateamur, nec ſolùm illis caſibus in quibus
poſſit ipſa ſuccedere ab inteſtato, ſiue quòd præde-
functi ſint maſculi viuo adhuc patre, ſiue quòd here-
des eſſe vel nolint, vel non poſſint: ſed etiam eo caſu
quo certum ſit non poſſe illam ſuccedere ab inteſtato
propter ſtatutariam excluſionem: Nimirum ſi velit
23 ſuccedere † per bonorum poſſeſſionem contra tabulas,
quod iuris prætorij auxilium competit omnibus libe-
ris præteritis etiam qui non fuerunt in patris poteſta-
te, neque teſtamenti neque mortis tempore, multo
magis eis qui vtroque tempore fuerunt: Neque enim
dici poteſt beneficium hoc iuris prætorij tolli per ſta-
tutum, de quo tractamus. Supponimus enim quòd
ſtatutum non excludit filiam niſi ab inteſtato, ſaltem
non etiam ex teſtamento. At cùm filia petit bonorum
poſſeſſionem contra tabulas, ſuccedit ex teſtamento,
§. ſunt autem. Inſt. de bon. poſſeſſ. & quidem ita vt prior
& potior ſit ipſius cauſa quàm heredum inſtitutorum,
quibus nunquam dat prætor bonorum poſſeſſionem ſe-
cundùm tabulas, nec quæ ſit ſine re, quandiu peti
contra tabulas poteſt, *l. 2. D. de bon. poſſ. ſec. tab.* Quem-
admodum ergo cùm teſtamentum factum eſt in fauo-
rem ſiue maſculorum, ſiue extraneorum nulla vis eſt
ſtatuti loquentis tantùm de ſucceſſione inteſtati, quia
cauſa teſtati facit ceſſare cauſam inteſtati: ita & multo
magis fatendum eſt non poſſe per ſtatutariam exclu-
ſionem impediri filiam, ne petat bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas, quæ præcedit ipſam cauſam teſta-
menti. Scio liberos, qui non admittuntur ad bonorum
poſſeſſionem contra tabulas, non facere partem cæte-
ris qui admittuntur *l. ſi poſt mortem. 10. §. liberi. D. de
contr. tab.* ſed non ſimiliter poſſis dicere illos, qui non
faciunt partem ab inteſtato, non poſſe admitti ad con-
tra tabulas. Quidni enim admittantur vt ſuccedant ab
inteſtato ex teſtamento, præſertim cùm & teſtamenti,
& mortis tempore fuerunt ſui heredes? Nam nec filius
emancipatus præteritus poteſt ab inteſtato ſuccedere
per Vnde liberi, obſtante ſcilicet ei teſtamento, nec
eo minùs tamen poteſt ſuccedere per contra tabulas,
quæ ob eam cauſſam ipſi neceſſaria eſt, *l. 2. D. vnd. liberi.*
Æquè igitur vt neceſſaria, ita & vtilis erat filiæ bono-
rum poſſeſſio contra tabulas, quia cùm filia quæ per
ſtatutum excluderetur à ſucceſſione inteſtati, præterita
eſt in teſtamento patris, non obſtat ei ſtatutum, quod
ipſum per teſtamentum excluditur, ſed teſtamentum
ſolùm. Atqui contra teſtamentum haberet paratum
auxilium in bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi
nullum eſſet ſtatutum, ergo habebit etiam non obſtante
ſtatuto. Præpoſterum enim eſſet & abſurdum, vt remedia
quæ contra teſtamentum competunt, excluderentur
propter ſtatutum, cui nullus omnino locus ſit facto
teſtamento. Et hic caſus valdè notandus, † & fortè 24
ſingularis atque vnicus eſt, in quo bonorum poſſeſſio
contra tabulas neceſſaria ſit ſuis heredibus præteritis.
Nam extra hunc caſum vtilis quidem eſſe poteſt, ſed
neceſſaria eſſe non poteſt, cùm ſui heredes præteriti
ſicut faciunt teſtamentum ipſo iure nullum, ita & ſuo
iure ab inteſtato ſuccedere poſſint ſine beneficio præto-
ris, ſi modò ius ſuum exequi velint *d. l. ii qui.* Sed cùm
in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt non
poſſimus ſequi regulam iuris *l. in his 15. D. de ll.* mirum
non eſt ſingulare aliquid eſſe in hoc caſu, propter ſta-
tutum, quod cùm non faciat, vt filia hæc ſua heres non
ſit, facit tamen vt non magis ab inteſtato ſuccedere poſ-
ſit, quàm vt ſua heres nec teſtamenti nec mortis patris
tempore fuiſſet. Nec replicari poteſt non eſſe veroſimile
vt ſtatutum voluerit admitti poſſe filiam contra teſta-
mentum, quam voluit excluſam à ſucceſſione inteſtati.
Nam cùm ſtatutum † tam odioſum, & vt loquuntur, 25
exorbitans à iure communi non loquatur niſi de ſucceſ-
ſione inteſtati, nulla ratio eſt cur protrahatur ad caſum
facti teſtamenti, præſertim cùm quæ fuit ſtatuentibus
neceſſitas prouidendi in caſum inteſtati, vt bona in fa-
milia remanerent, aut vt melior eſſet cauſa maſculorum
quàm fœminarum, eadem nulla fuerit eo caſu, quo pa-
ter teſtaretur, in cuius arbitrio & poteſtate fuit & ſolen-
nia legum ſeruare, & iis ſeruatis filiam ſuam, ſi vellet, à
ſua ſucceſſione excludere per exheredationem, aut ea
inſtituta in aliqua vel minima hereditatis parte, vt ſi re-
licto contenta eſſe noluiſſet, nihil tamen niſi legitimæ
ſupplementum petere poſſet. Quod nec ſtatuta ſolent
denegare filiabus, quas ab inteſtati ſucceſſione exclu-
dunt, cùm exigant hoc ſaltem, vt filia ſit dotata: dotem
autem vix aliter congruam habeant, quàm ſi reſpondeat
ei quantitati, quæ pro legitima deberetur: quanquam
nec omnino id neceſſe eſt. Atque ita omnimodo ſen-
tiendum puto contra Baldum ad *l. maximum vitium. 4.
num. 16. & ſeq. C. de lib. præt.* vbi licet multis rationibus
diuerſam probare nitatur ſententiam, nihil tamen ad-
fert, quod non ſatis ex ſuperioribus refellatur. Nec vn-
quam mihi perſuadebit Baldus ſtatutum, quod non
diſponit niſi ab inteſtato, habere locum etiam ex teſta-
mento, Quod nec potuit probare *Ab. conſ. 13. & conſ.*
76. quem refert & probat Andr. Barbat. in Apoſtill. ad
Baldum loco ſupradicto, cùm verbis ſtatuti, præſertim
quòd ſe habeat derogatiuè ad ius commune, nihil ad-
dere vel detrahere debeamus: vt tractat, pluribúſque
probat idem Baldus ad *d. l. 4. num. 15. C. de liberis præ-
teritis.*

ERROR

ERROR. IV.

De alia Bartoli diſtinctione, An filia per ſtatutum prohibeatur ſuccedere, an verò venire contra teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt.

SVMMARIA.

1 *Bartoli diſtinctiones in tractatu de excluſione filiæ per ſtatutum fauore maſculorum.*
2 *Bartoli ſuppoſitiones falſæ.*
3 *Vulgatum illud, ex eo teſtamento quod rumpi quandoque poteſt, nemo poteſt heres exiſtere, quatenus verum.*
4 *Quinam ipſo iure rumpant teſtamentum.*
5 *Quatenus quis rumpat teſtamentum per inofficioſi querelam.*
6 *Comparatio inter filiam per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluſam, & eum qui agit de inofficioſo comprobatur.*
7 *Sui heredis ius & nomen cui conueniat.*
8 *Suum heredem teſtator etiam ſi miles non facit, ſed ipſa lex.*
9 *Præteritio militis quatenus differat à præteritione matris.*
10 *In ſuis heredibus non eſt ſucceſſio.*
11 *In agnatis cognatiſve quæ ſit ex iure prætorio & Iuſtinianeo ſucceſſio.*
12 *Si filia ſit ſua heres, eius præteritio facit teſtamentum nullum.*
13 *Si filia excluſa per ſtatutum non ſit ſua heres patri filio viuente, non poterit fieri ſua heres ex poſt facto.*
14 *Si filia non ſit ſua heres patri, non poterit eius rumpere teſtamentum poſt mortem filij, neque ipſo iure, num. 15. neque per inofficioſi querelam, num. 16.*
17 *De inofficioſo qui poſſint conqueri.*
18 *Legitima quid, & in quibus bonis debeatur.*

1 SVi diſtinctio † hæc eſt Bartoli ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC. Tertyll.* Nam poſteaquàm diſtinxit, An ſtatutum excludat filiam à ſucceſſione inteſtati fauore maſculorum per ablatiuos abſolutos in hunc modum, *extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, An verò per verba illa ſuſpenſiua, *quandiu*, & *quoadvſque maſculi ſupererunt*, vt priore caſu acquiſita ſemel maſculo hereditate, patris filia ſit & maneat in perpetuum excluſa ne admitti ad ſucceſſionem inteſtati vnquam poſſit, ne quidem poſt maſculorum omnium extinctionem, poſteriore verò caſu non ſit excluſa niſi quandiu maſculi viuunt, poſt eos verò extinctos poſſit ſuccedere ſuo iure quaſi finita excluſione, quæ non fuerat niſi temporalis. Infert ille ex ea diſtinctione, Si pater teſtamento præterierit filiam quæ non niſi ad tempus excluſa ſit per ſtatutum, quandiu ſcilicet maſculi ſupererunt, interim quidem, id eſt, quandiu maſculus viuit, non poſſe filiam dicere nullum teſtamentum, aut ipſum rumpere, quia nec poſſet ſuccedere: ſed tamen eſſe teſtamentum in pendenti cùm in ea cauſa ſit vt rumpi aliquando poſſit per hanc filiam præteritam, eo nimirum caſu quo contingat eam ſuccedere poſt maſculos omnes defunctos. Ex quo rurſus infert: Filium igitur, quem ponit eo teſtamento inſtitutum non poſſe interim heredem eſſe, quia ex eo teſtamento quod in pendenti eſt, & aliquo caſu rumpi poteſt, hereditas interim deferri nequit. Ac quoniam videt huic ſententiæ ſtatim fore qui obiiciat, nimis durum eſſe vt filius maſculus heres inſtitutus impediatur ne poſſit heres eſſe quandiu viuit, eſſeque multo expeditius vt dicamus, eſſe quidem illum heredem, & quidem ex teſtamento, quandiu viuit, ſed tamen rumpi teſtamentum poſt ipſius mortem, aut vt loquitur, maſculo decedente, *arg. l. miles ita 41. D. de teſt. mil.* Reſpondet ſic diſtinguendum eſſe, An ſtatutum aliquid diſponat circa teſtamentum, an verò tantùm circa perſonam ipſam filiæ. Nam ſi tantùm circa *perſonam filiæ diſponat*, puta quòd non ſuccedat extantibus maſculis (voluit ſcribere *quandiu maſculi ſupererunt*, ne alioqui ſecum ipſe pugnet) tunc quia poſſibile eſt quòd aliquo caſu filia reperiat ſe præteritam, & poſſit ſuccedere, ideo teſtamentum interim eſt in pendenti, ſicut dictum eſt de poſthumo & de filio capto ab hoſtibus, *l. pen. D. de liber. & poſthum.* Sed ſi ſtatutum diſponeret circa teſtamentum, vt ſi diceret quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quovſque ſuperuixerit maſculus, tunc teſtamentum interim valeret, ſed maſculo decedente rumperetur, *arg. d. l. miles ita. D. de teſt. mil.* Quæ tota Bartoli traditio, licèt vulgo laudata & approbata, mirum eſt quàm multis & quàm grauibus ſcateat erroribus, præter eos qui iam à nobis
demonſtrati ſunt in ſuperioribus. Præſupponit † enim 2
hereditatem per ſtatutum dari poſſe & ex tempore & ad tempus, quod nos falſum eſſe oſtendimus. Præſupponit etiam teſtamentum, in quo præterita ſit filia quæ per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt, nihilominus valere ipſo iure, quod æquè falſum eſt, & à nobis proximo capite refutatum, vt & diſtinctio illa, An ſtatutum filiam excluſerit per ablatiuos abſolutos, an per verba illa ſuſpenſiua, & limitatum tempus ſignificantia. Omni enim caſu ſicut verum eſt filiam hanc eſſe ſuam heredem quandiu pater viuit, perinde acſi ſtatutum nullum eſſet, cùm toto eo tempore excluſio ſtatutaria nullius ſit effectus: ita & verum eſt vbi ſemel excluſa eſt filia, quod contingit impleta iſtius ſtatutariæ excluſionis conditione per maſculorum exiſtentiam, manere illam perpetuò excluſam. Quo admiſſo illud etiam conſequens fit, vt ab inteſtato ſuccedere nunquam poſſit: teſtamentum verò rumpere, & contra patris ſui voluntatem ſuccedere multò minùs. Sed etſi verum eſſet vtrumque quod vult Bartolus, Et valere ipſo iure teſtamentum in quo præterita eſt filia quæ per ſtatutum ab inteſtati tantùm ſucceſſione excluditur: Et poſſe rumpi per filiam contingente caſu quo poſſit illa ſuccedere poſt maſculos extinctos: non ideò tamen verum eſſet quod ille vult, manere interim teſtamentum in ſuſpenſo, neque poſſe ex eo maſculis licèt inſtitutis acquiri hereditatem. Nam quod vulgo
dici ſolet, Ex eo teſtamento † quod rumpi quandoque 3
poteſt, neminem poſſe ne quidem ſuum heredem exiſtere, *l. ventre 84. iuncta l. cùm quidam 20. §. quod dicitur. D. de acquir. hered.* tum demum verè dicitur, cùm fieri poteſt vt teſtamentum rumpatur ipſo iure, quod contingit vel agnatione poſthumi, vel reuerſo ab hoſtibus filio qui teſtamenti & mortis tempore fuerat captiuus, vt in *d. l. ventre, l. penult. D. de liber. & poſthum. iuncta l. filius à patre 28. §. 1. eod.* Cæterùm ſi teſtamentum poſſit quidem aliquo caſu rumpi, ſed non ipſo iure: at per officium iudicis quomodo contingit ſi ſubiaceat querelæ inofficioſi teſtamenti, non poteſt metus ille impedire vim & effectum teſtamenti, ne ex eo poſſit acquiri hereditas etiam extraneis, multo magis ſuis heredibus, vt ſuperioribus capitibus diſputauimus. Atqui etiamſi filia hæc, de qua agimus, teſtamentum patris rumpere poſſet, vt vult Bart. non tamen rumperet ipſo iure, ſed ita demum ſi vellet ſuccedere, vt ex eo apparet, quòd ſi filia ſuccedere ex aliqua

cauſa vel nollet, vel non poſſet, vtique non rumperet.
4 Illi † enim demum rumpunt ipſo iure, qui & rumpendo ſuccedunt, & ſuccedendo rumpunt, adeóque qui & ſuccedunt, & rumpunt non ſolùm inuiti, ſed etiam ignorantes: addamus, Et quorum factum aliquod in rumpendo intercedit. Hæc enim omnia concurrunt tam in ſuo poſthumo præterito, quàm in filio captiuo ab hoſtibus reuerſo. Interuenit factum poſthumi in eo quod naſcitur, filij verò ab hoſtibus redeuntis in hoc ipſo, quòd redit. Iuris verò effectus in vtroque ille eſt, vt tam hic quàm ille rumpat teſtamentum ipſo iure, & rumpendo ſuccedat etiam ipſo iure & ignorans, & inuitus. Ideò enim vterque rumpit quod primo illo inſtanti, quo extare incipit, & ſuus, & neceſſarius heres reperitur, non rupturus proculdubio ſi ſuus & neceſſarius non eſſet: omnia verò contrà ſe habent in perſona illius qui rumpit teſtamentum per querelam in-
5 officioſi teſtamenti. Hic enim non rumpit † quaſi ſuus & neceſſarius, ſed tanquam filius, aut tanquam parens, aut tanquam frater, iis videlicet caſibus, quibus omnes iſti ad querelam admittuntur. Alioqui non alij eſſent admittendi ad querelam, quàm qui eſſent ſui heredes & neceſſarij: cùm tamen competat illa & liberis emancipatis, & parentibus, adeóque fratribus inſtituta turpi perſona: quorum omnium nemo eſt qui ſuus heres dici poſſit. Indéque eſt quod nec prudentibus noſtris dicitur rumpi teſtamentum per querelam inofficioſi, ſed infirmari tantùm & reſcindi, nempe per ſententiam, non ipſo iure: nec rurſus per eum qui conqueritur de inofficioſo, ſed per centumuiros qui de querela ſoli cognoſcunt & pronuntiant. Is enim qui præteritus fuit, vel exheredatus, nihil aliud facit, nec facere poteſt, niſi vt conqueratur. Ideóque nec ſi obtinuerit, hoc ipſo tamen heres eſt quaſi adita iam hereditate per propoſitam querelam, ſed tantùm hoc ius nanciſcitur, vt poſſit facto iam patre familias inteſtato eam hereditatem ſibi acquirere ſi velit. Quod ſi nolit, aut non poſſit, proficiet ipſius victoria cæteris qui heredes eſſe & volent, & poterunt, *l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his. D. inoff. teſtam.* Videamus ergo cui potiùs com-
6 paranda ſit filia † per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluſa, An poſthumo, aut filio redeunti poſtliminio ab hoſtibus, vt volunt interpretes, an potiùs agenti de inofficioſo. Nam ſi illis comparandus ſit, verum erit quod vult Bartolus, teſtamentum interim eſſe in pendenti, neque ex eo acquiri hereditatem poſſe. Sin iſti potiùs qui agit de inofficioſo, nihil obſtabit quominus teſtamentum interim valeat abſolutè, & ex eo hereditas acquiratur. Puto autem longè aptiorem eſſe poſteriorem quàm priorem comparationem, ſi cum Bartolo ipſo ſupponas, etiam facto teſtamento excludi hanc filiam à ſucceſſione, vt neque teſtamentum impugnare poſſit quandiu ſuperſunt maſculi. Iam enim eò deuenimus, vt contra Bartolum non meliùs quàm ex ipſis Bartoli traditionibus diſputare poſſimus. Ratio qua moueor illa eſt, quòd ſecundùm eam Bartoli ſententiam non poteſt filia hæc ſua heres eſſe eo tempore quo vult Bart. per eam rumpi teſtamentum, id eſt, poſt maſculos extinctos, quibus viuis delata & acquiſita fuerit patris hereditas, quia licèt in poteſtate vtroque tempore & teſtamenti & mortis, adeóque primum gradum tenuerit etiam in cauſa ſuccedendi, ſecundùm ea quæ contra Bartolum proximo capite diſputauimus. Verum tamen eſt eo tempore quo vult ipſa ſuccedere maſculos iam fuiſſe heredes, & ita priorem eorum quàm filiæ cauſam fuiſſe in ſuccedendo, licèt fuerint omnes in eodem gradu, id eſt in primo. Certum enim
7 eſt ſui heredis † neque ius, neque nomen poſſe ei conuenire, quem alius in ſuccedendo anteuertit, idque vnum maximè ſpectandum eſſe, quoties de ſuo herede diſputatur, *l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Non igitur poteſt dici ſua heres & neceſſaria poſt mortem maſculorum qui iam heredes extiterunt. Quid enim neceſſe eſt heredem ei eſſe, qui iam alium heredem habeat? Fateor poſſe militem, ſi teſtetur, facere ſibi heredem Titium quandiu viuet, poſt mortem verò Titij Sempronium, *d. l. miles ita.* Sed nego eſſe in poteſtate militis habentis duos filios, vtrumque in poteſtate vt vnum ex ipſis faciat ſibi ſolum heredem ſuum, & neceſſarium ad tempus, alium verò æquè ſuum & neceſſarium ex tempore, quia implicat contradictionem, vt quis ſuus & neceſſarius heres ſit alio iam priùs ſuo & neceſſario herede exiſtente, cùm ſuus eſſe non poſſit is in quo nulla continuatio eſt dominij iam per alium interrupti, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.*
Suum enim heredem † & neceſſarium neque teſtator 8
facit, neque aliud quicquam præter legem: lex autem nunquam facit ad tempus, ſed vt in perpetuum talis ſit qui ſemel fuit, *leg. ei qui ſoluendo 88. D. de hered. inſt.* adeo vt nec patiatur dici, Eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *leg. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. liber.* Poteſt miles facere heredem, ſed non ſuum heredem. Quamuis ergo heredi quem ad certum tempus ſcripſit, auferre hereditatem poſſit, ſuo tamen heredi, quem non fecit, auferre illam non poteſt, niſi per exheredationem vel expreſſam, vel tacitam, qualis illa eſt quæ inducitur per præteritionem, *leg. ſicut cert. 9. Cod. de teſtam. milit.* Atqui ſi miles duos habens filios in poteſtate, alterum heredem ſcripſiſſet, *quandiu viuet*, alterum verò ex tempore mortis fratris ſui, neutrum exheredaſſe dici poſſet, neque expreſsè nulla, vt appareret, adſcripta exheredatione, neque tacitè, neutro ſcilicet præterito, ſed vtroque inſtituto. Neceſſe igitur eſſet vtrumque ſuccedere tanquam ſuum & neceſſarium heredem, ſimul & coniunctim ſublato vitio temporis, quod extantibus heredibus ab eo ſcriptis non tolleretur. Alioqui, ſi quis militum teſtantium fauor in eo eſſet, quòd ſuos heredes ex teſtamento nullos haberent, niſi quos, & quomodo vellent, nil erat neceſſe ita ius conſtituere vt militis præteritio pro exheredatione haberetur: cùm poterat ſufficere vt filius etiam ſuus heres à milite præteritus pro præterito relinqueretur. At viſum eſt, habendum eum pro exheredato, & quidem pro nominatim exheredato, ne teſtamentum eſſet nullum ſuo herede neque inſtituto neque exheredato, quomodo nullum eſt ſi præteritus ſit filius in poteſtate, quem pater miles ignorabat *d. l. ſicut*, niſi ſi eo animo ferat miles, vt quiſquis ſibi filius eſſet, eum exheredem eſſe vellet, *l. qui iure 7. D. eod.*
vt intelligamus militis præteritionem hoc † caſu ha- 9
beri pro exheredatione longè alio ſenſu, quàm cùm dicimus præteritum à matre filium haberi pro exheredato. Non enim teſtamentum matris eſſet nullum, etiamſi filius præteritus pro exheredato haberetur, quia non habet fœmina ſuos heredes, *l. nulla fœmina 13. ff. de ſuis & legit.* Sed teſtamentum militis nullum eſſet habentis ſuum heredem, ſi ſuus ille heres præteritus non haberetur pro exheredato *d. l. ſicut.* Sed & cùm in
ſuis non ſit † ſucceſſio iure ciuili, ſiue ius vetus, ſiue 10
nouum & Iuſtinianeum conſideres, adeóque nec iure prætorio extra caſum *l. 5. §. vltim. ff. vnd. liber.* vt oſtendimus Decade præcedenti ad *l. vlt. C. eod.* quomodo poteſt fieri vt in propoſito caſu filius quidem ſit ſuus heres, & ſolus quandiu viuit, eo verò mortuo filia fiat ſua heres quæ in eum vſque diem fuerat excluſa? Annon eſſet hoc inducere ſucceſſionem in ſuis heredibus contra iuris omnis & ciuilis & prætorij, & veteris, & noui rationem? At præterea quàm nouam, & ab ea forma, quam in agnatorum hereditatibus Iuſtinianus, in bonorum verò poſſeſſionibus prætor introduxit, alienam? Siquidem neque prætor † in edicto 11
ſucceſſorio-

ſucceſſorio, neque Iuſtinianus in illa conſtitutione quam ipſe refert in §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* vllam induxerit ſucceſſionem in agnatis cognatiſque niſi de vno capite edicti in aliud caput, vt cùm liberi excluſi à capite Vnde liberi petunt bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, deinde poſt legitimos & ſuo ordine ex capite Vnde cognati, *l. 2. ff. vnd. legit. l. 1. §. ſed videndum. ff. de ſucceſſ. edict. l. 4. §. 1. ff. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* aut de vno gradu in alium gradum: ex eodem capite edicti, vt inter illos qui veniunt ex capite Vnde cognati, *d. §. ſed videndum, & l. vltim. eod. titul. De ſucceſſ. edict.* Sed vt de perſona in perſonam, quæ ſit eiuſdem gradus, fiat ſucceſſio, planè inauditum eſt, quia nec vnquam euenit ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, vt non ſimul ſuccedant, & heredes ſint ab inteſtato, aut bonorum poſſeſſores, qui eodem ſunt gradu. Neceſſe igitur eſt, vt filia quæ in primo gradu eſt æquè ac filius, vel ſit ſua heres & neceſſaria eo tempore quo ipſius frater ſuus heres eſt, vel nunquam: Si ſua heres † eſt eodem tempore quo filius: facit ergo ipſius præteritio teſtamẽtum nullum, quemadmodum & præteritio filij faceret: ideóque nec poſtea tractandum eſt de teſtamento rupto, vel rumpendo, quia quod ipſo iure nullum eſt, rumpi non poteſt.

12 Quòd ſi non fuit filia † ſua heres quandiu filius vixit, quæ Bartoli & interpretum opinio eſt, nunquam igitur ex poſtfacto ſua fieri poteſt. Nam quemadmodum non putat Bartolus poſſe filiam eſſe ſuam heredem quandiu filius viuit, adeóque nec moriente patre, quia licèt tunc fuerit in poteſtate patris, primúmque gradum tenuerit, hoc tamen ei defuit, quod in cauſa ſuccedendi eam frater præceſſit: Ita & nos dicimus, mortuo filio, etiamſi capax illa eſſet ſucceſſionis, ceſſante iam excluſione ſtatutaria, quam nos, vt Bartolo indulgeamus, ponimus eſſe temporalem, non ideo tamen poſſe illam fieri ſuam heredem, quia vt ſit ſua heres, nõ ſufficit quòd poſſit ſuccedere niſi ſit etiam in poteſtate primúmque gradum teneat, quantum ad cauſam ſuccedendi quorum neutrum concurrit in hac filia eo tempore quo frater mortuus inuenitur. Quomodo enim poteſt eſſe in poteſtate patris iam defuncti? *l. vltim. D. de collat. bonor.* Atqui fuit, inquies, eo tempore quo pater moriebatur. Ego verò non nego, qui tam fortiter contra Bartolum hoc defendo. Sed cùm Bartolus non patiatur quicquam ei prodeſſe quòd fuerit in patris morientis poteſtate, propter impedimentum extrinſecus ſuperueniens excluſionis ſtatutariæ, dico extincta per mortem patris illa patria poteſtate, quæ ius ſuitatis in perſona huius filiæ inducere non potuerit, alia & noua opus eſſe poteſtate, & conſequenter, Deus bone, quot & quanta abſurda nouo patre, vt rurſum poſſit fieri ſua heres quæ deſierat eſſe eo tempore quo eſſe debuerat! Nec tamen quicquam profeceris etiamſi nouũ huic filiæ & reſuſcitatum patrem dederis, vt facias eam ſuam heredem, niſi facias etiam vt primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi, quod tamen facere non poſſis, quia ſemper verum erit dicere, filium toto vitæ ſuæ tempore eam præceſſiſſe: nec tantùm in delatione quod ſufficeret ad faciendum, ne filia eſſet ſua heres *dicta l. ſcripto. l. ſi quis filio 6. in princip. D. de iniuſt. rupt.* ſed quod multo plus eſt in ipſa etiam acquiſitione hereditatis, cùm non dubitet Bart. quin patre inteſtato defuncto ſolus filius hereditatem quandiu ipſe viueret, habiturus eſſet etiam ignorans. Quo igitur iure niſi ſui heredis?

14 Quòd ſi filia non † eſt ſua heres patri qui filium habuit ſuum heredem ſolum quandiu vixit, quo ergo iure poterit rumpere teſtamentum poſt mortem filij? Nam quod Bartolus reſpondet, quia poſſibile eſt, vt aliquo caſu ſuccedat, ſatisfacere non poteſt. Facto enim per patrem teſtamento, prius eſt vt teſtamentum vel inutile dicatur, vel rumpatur, quàm poſſit tractari de admittenda filia ab inteſtato. Præpoſterum igitur eſt vt dicamus eam rumpere teſtamentum, quia tunc ſucceſſura ſit ab inteſtato: Cùm è contrario etiamſi poſt mortem filij, qui ſolus ab inteſtato heres extitiſſet, integrum eſſet ius filiæ vt ipſa quoque ab inteſtato ſuccedere poſſet, quod nunquam admittendum eſt, dicendum eſſet ideò poſſe filiam ſuccedere ab inteſtato, quòd teſtamentum vel nullum feciſſet, vel rupiſſet. Is enim demum rumpit qui non ſolùm inuenit ſe præteritum, ſed etiam ita vt alium nullum inueniat qui iam ſit heres. In propoſito autem cùm appareat filiam non eſſe ſuam heredem tempore mortis patris, nec quandiu filius viuit, adeóque nec poſt filij mortem, vt probauimus, quidni fatebimur, filium, quandiu vixit, ſuum heredem fuiſſe patri, & quidem ex teſtamento cùm fuerit inſtitutus? *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* An fortè deterior conditio erit filij ob id quod præter ſtatuti fauorem & autoritatem habeat etiam patris ſui voluntatem? Atqui ab inteſtato non ei obſtaret ſoror quominùs eſſet ipſe ſuus heres patri. Ergo neque obſtabit facto teſtamento, ſi non alia ratio eſt rumpendi per filiam teſtamenti, quàm quòd aliquo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, quia nec poſſet ſuccedere niſi poſt filium eo caſu, quo filius ſuperuixiſſet. Sed permittamus etiam huic filiæ, quantum voles, vt rumpat teſtamentum patris. Nunquam tamen probabis rumpere † ipſo iure, & ſola ſuperexiſtentia. Quid enim ſi nollet illa patri ſuccedere vt in ſpecie *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt.* Quid ſi non poſſet, fortè excluſa per pactum de non ſuccedendo initum cum fratre ſuperſtite poſt mortem patris? Eo neque tempore huiuſmodi pactiones de non ſuccedendo etiam iure ciuili, valere certum eſt *l. ſi quando 35. §. illud C. de inoff. teſtam.* Quis diceret his caſibus teſtamentum rumpi per filiam ipſo iure? An fortè ſtatutum quod excludit filiam à ſucceſſione inteſtati quãdiu maſculus viuit, hoc ipſo iubet vt poſt mortem maſculi filia ſit ipſo iure heres patri ſua & neceſſaria, ac proinde etiam inuita, vt egeat beneficio abſtentionis ex edicto prætoris ſi fortè paternam hereditatem velit omittere? An non potius id agit hoc ſtatutum, vt quãdiu maſculi ſuperſunt, nulla prorſus filiæ huius ratio habeatur, non magis quàm ſi in rerum natura non eſſet? Et vt quemadmodum poſt edictum prætoris, quo beneficium abſtentionis inductum fuit, ſui heredes qui iure ciuili ſunt etiam neceſſarij, deſinunt eſſe neceſſarij, manentes tamen ſui: ſic per huiuſmodi ſtatutum filia quæ alioquin & ſua & neceſſaria heres foret, non ſolùm neceſſaria heres non ſit, ſed nec ſua, at ne quidem voluntaria, id eſt, nec ſi velit quandiu filius viuit. Poſt mortem igitur filij etiamſi admittatur, quod ſemper negabo, poſſe illam eſſe heredem ſi velit, aliqua tamen voluntatis declaratione opus eſt vt poſſit illa fieri heres patri, tum quoque cùm nihil ei obſtat quominus heres ſit ſi velit, hoc eſt, cùm pater deceſſit inteſtatus. Quanto magis cùm ei obſtat teſtamentum quod prius rumpi oporteat, quàm poſſit ipſa ab inteſtato ſuccedere etiam ſi maximè velit? Atſi aliqua voluntatis declaratione opus eſt vt rumpat teſtamentum, non ergo rumpit ipſo iure: nam ipſo iure fieri dicitur, quod fit ſola iuris poteſtate, & nullo hominis facto in eam rem requiſito: vt cùm dicimus actionem aliquam tolli ipſo iure, aut per exceptionem. Porrò ſtatim atque admittis filiam hanc præteritam non rumpere teſtamentum ipſo iure, habeo quod volo, Non poſſe igitur metum illum rumpendi per filiam teſtamẽti impedire ne interim filius inſtitutus poſſit heres eſſe ex teſtamento: Quia iam probaui tum demum nõ poſſe acquiri hereditatem ex teſtamento, quod in eo eſt vt rumpi poſſit, cùm poteſt rumpi ipſo iure, non etiam ſi rumpendum ſit aut reſcindendũ per hominis factum & volũtatẽ. At rurſũ ſi filius ex eo teſtamẽto quãdiu vixit heres ſuus eſſe potuit, & fuit, quomodo fieri poteſt vt poſtea

poſtea rumpatur teſtamentum quod ſemel confirma-
tum fuit non tantùm per legem, ſed etiam per ſubſecu-
tam ex eo hereditatis acquiſitionem? Eſſet tolerabilius
16 vt diceremus teſtamentum † hoc reſcindi per querelam
inofficioſi teſtamenti, cùm dixerimus hoc vnum ſu-
pereſſe auxilium filio immerenter exheredato, etiam
poſt aditam ex teſtamento hereditatem. At neque hoc
dici poteſt. Non enim teſtatus eſt contra pietatis offi-
cium pater qui filiam præterit quam ſciebat non poſſe
ſibi ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupereſſent:
17 neque verò alij poſſunt de inofficioſo † conqueri quàm
qui ius habent ſuccedendi ab inteſtato, *l. poſthumus 6. §. 1. D. de inoff. teſtam.* & quidem inſpecto tempore
18 mortis, cùm legitima † nihil aliud ſit quàm portio por-
tionis ab inteſtato contingentis, id eſt, quæ moriente
teſtatore contingeret, ſi is inteſtatus deceſſiſſet, vnde eſt
quod nec in aliis bonis legitima debetur, quàm quæ
teſtator reliquit tempore mortis ſuæ, *l. cùm quæritur 6. l. parentibus 8. l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtam.* Atqui
inſpecto tempore mortis patris nullum ius habuit hæc
filia ſuccedendi ab inteſtato propter ſtatutariam exclu-
ſionem: Ergo neque legitimæ petendæ: proinde nec
proponendæ querelæ inofficioſi teſtamenti.

ERROR V.

De aliis abſurdis quæ ex ſupradicta Bartoli diſtinctione ſequuntur.

SVMMARIA.

1 *Abſurda quæ ſequuntur ſententiam Bartoli dicentis filiam excluſam non quidem efficere nullum teſtamentum patris in quo præterita eſt, ſed quandoque rumpere.*

2 *Declaratio l. ſi filius 16. D. de lib. & poſt. & differentia ſpeciei quæ in ea tractatur ab illa de quâ hic diſceptatur, & num. 5.*

3 *Impoſſibile eſt vt eodem inſtanti incipiat quis & deſinat ius aliquod habere.*

4 *Filium non poſſe fieri heredem eo inſtanti quo moritur, ne quidem pro ſua parte.*

6 *Ex ſententia Bartoli ſequi filium neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heredem eſſe, adeóque deterioris eſſe conditionis quàm filiam.*

7 *Commentitia verborum ſtatuti interpretatio à Bartolo allata reiicitur.*

8 *Filia ſemel excluſa à ſucceſſione inteſtati per maſculorum ſuperexiſtentiã, non poteſt ampliùs ſuccedere.*

9 *Verba legis in ſucceſſionem iure inducendo qualia eſſe debeant.*

10 *Statutum quo vocatur filia non extantibus maſculis quomodo interpretandum.*

11 *Sententia Bartoli de his dictionibus quoad, quandiu, donec, quoad vſque.*

12 *Vbi hereditas filio acquiſita eſt, filia non tam per ſtatutum quàm per acquiſitionem excluſa cenſetur.*

13 *Cur nullum proditum ſit ſtatutum quod iniungat vt poſt extinctos maſculos etiamſi heredes extiterint, filia ſuccedat.*

14 *Argumentum à contrario ſenſu in quæſtione propoſita quatenus non ſuccedat.*

15 *In dubio non eſt præſumendum ſtatuentes velle vt admittatur filia poſtquam filius heres extiterit.*

16 *Suſpenſiuæ dictionis per quam ſtatutum conceptum eſt, efficacia.*

AC ſanè ſi vera eſſet opinio Bartoli, vt teſtamentum in quo filia hæc præterita eſſet, valeret quidem ipſo iure, ſed per filiam tamen præteritam rumpi
aliquando poſſet, ideóque filius interim ex eo ſucce-
dere prohiberetur, non illud tantùm abſurdum † ſe- 1
queretur quod iam diximus, vt deterioris conditionis
eſſet filius heres à patre ex toto aſſe inſtitutus, quàm ſi
pater inteſtatus deceſſiſſet: ſed illud etiam longè ab-
ſurdius, vt filius quandiu vixiſſet, neque ex teſtamen-
to, neque ab inteſtato heres fuiſſe intelligeretur, ne qui-
dem pro ea parte quam habere debuiſſet, tametſi ab ini-
tio coheredem ab inteſtato ſororem habuiſſet, atque ita
vt nihil ad ſuos heredes, ſiue deſcendentes, ſiue extra-
neos tranſmiſiſſe videretur, cùm tamen in vtrumque
euentum, id eſt, ſiue ſubſiſtente, ſiue rupto teſtamento
fuiſſet ille omnimodo ſucceſſurus, ſi ſtatutum nullum
fuiſſet, ex teſtamento quidem in totum: ab inteſtato
autem ſaltem ex ſemiſſe. Probo hanc conſecutionem,
quia ſicuti volunt interpretes, ex huiuſmodi teſtamen-
to quandiu per filiam rumpi poteſt, ſuccedere filium
non poſſe: ita & multò magis fatendum eſt quandiu
aliquo caſu ſuccedi ex teſtamento poteſt, non deferri
ab inteſtato hereditatem, *l. quandiu 39. ff. de acquir. hered. l. quandiu 89. de reg. iur.* Atqui ex hoc teſtamento
poteſt filius retro videri heres fuiſſe, ſcilicet ſi teſta-
mentum per filiam nunquam rumpatur, ſiue quod no-
lit, vt diximus, ſiue quod non poſſit ſuccedere poſt
fratris mortem, cùm non ipſo iure rumpatur, ſed ea de-
mum volente. Deinde quid ſi filia moritur eodem
tempore quo frater, fortaſſis in eadem naui, vt non
poſſit probari eam ſuperuixiſſe: quando rumpet teſta-
mentum filia quæ nunquam ſuccedet? Ergo ſecun-
dum Bartoli ſententiam dicendum erit, filium hunc ne-
que ex teſtamento, neque ab inteſtato heredem fuiſſe
intelligi: atque ita neceſſarium ei eſſe decretum præ-
toris, id eſt, decretalem bonorum poſſeſſionem vt ei
iniquitati occurratur quæ emergeret, ſi interea mo-
riens ad heredem ſuum tranſmitteret nihil, quemadmo-
dum Papinianus ſcribit in *l. ventre 84. de acquir. hered. iuncta l. 4. §. vlt. & l. 5. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.*
& tamen quis vnquam vel ex ipſis interpretibus hoc
dixit vt in caſu propoſito neceſſarium ſit filio decre-
tum, & propter ſtatutum in ipſius fauorem factum
nihil habeat is qui ſecluſo ſtatuto ſaltem ab inteſtato
partem ſuam virilem ipſo iure habiturus fuiſſet, & ad
quoſcunque heredes quantumuis extraneos tranſmiſ-
ſurus, *leg. apud hoſtes 9. Cod. de legit. hered.* Nec poſ-
ſis dicere filium in hac ſpecie, quo inſtanti moritur,
eſſe ſuum heredem patri ab inteſtato, quod exinde cer-
tum eſſe incipiat non poſſe illum ampliùs heredem
eſſe ex teſtamento, vt in caſu illo eleganti quem Afri-
canus † tractat in *l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* 2
de cuius ſententia & conciliatione cum *d. l. ventre* ſcri-
pſimus libr. 1. Coniect. cap. 10. Nam reſpondeo mul-
tis modis: primùm in ſpecie Africani hoc eſſe diſſi-
mile, quod ſuberat metus rumpendi ipſo iure teſta-
menti per agnationem poſthumi præteriti, quæ res
impedit ne interim poſſit filius ſuus heres eſſe ex eo
teſtamento, niſi vno illo caſu quem nec Africanus
prætermittit, quo ſubſtitutus aliquis ſit, qui ſuſti-
neat teſtamentum in id vſque tempus, quo ſciri poſſit
an poſthumus naſciturus ſit, necne. At in caſu noſtro
certum eſt, nullo modo, nullóque caſu poſſe rumpi
teſtamentum ipſo iure per filiam, vt ſuprà probaui-
mus. Deinde in illa ſpecie Africani filius ideò intelli-
gitur patri heres eſſe ab inteſtato eo primùm inſtanti
quo moritur, quia tunc ſemel factus heres remanet in
perpetuum heres etiam poſt mortem ſuam, nimirum
in perſona heredis ſui per quam repræſentatur, &
ad quem tranſmittit hereditatem paternam, quaſi iam
ipſo iure acquiſitam. At in ſpecie quam tractamus,
etiam ſi filius in mortis ſuæ inſtanti inciperet eſſe
heres ab inteſtato in ſolidum, tamen non duraret ac-
quiſitio illa hereditatis niſi vnico illo inſtanti. At
neque illo ipſo inſtanti, in quo nempe deſineret
filius

filius heres eſſe ab inteſtato, tametſi antea fuiſſet. Quo-
ties enim ſtatutum ita conceptum eſt *extantibus maſ-
culis filia fœmina non ſuccedat*, aut Bartolus ponit,
quoadusque maſculi ſupererunt, certum eſt, ſi quando
neceſſe ſit euenire quod vult Bartolus, vt filius deſi-
nat heres eſſe ad hoc vt filia heres fieri poſſit, non ali-
ter poſſe illum deſinere eſſe heredem, quam ſi deſinat
eo inſtanti quo moritur, quia, vt ſuo loco oſtendi-
mus, non poſſet is qui iam eſſet mortuus deſinere he-
res eſſe, vt nec incipere, *leg. ſi ita ſcriptum* 13. §. *vltim.
de liber. & poſthum. l. Gallus* 29. §. *in omnibus, eodem.*
3 At nihil abſurdius dici poteſt aut impoſſibilius, † quam
vt eodem inſtanti incipiat quis & deſinat ius aliquod
habere, *l. Titio cùm morietur.* 15. *D. de vſufr.* Non po-
teſt igitur filius incipere heres eſſe ab inteſtato eo in-
ſtanti quo moritur, cùm eo ipſo inſtanti deſineret
eſſe, ſi anteà fuiſſet. Dices, non deſiturum filium he-
redem eſſe pro ea parte quæ ipſum ab inteſtato contin-
git, ſed tantum pro parte ſororis. Nec enim ſtatutum
cùm admittit filiam poſt mortem filij, admittit eam ad
hereditatem ex aſſe & pro parte filij, ſed pro ea tantùm
parte quam ex tempore mortis patris habitura erat ab
inteſtato filia, ſi per ſtatutum excluſa non fuiſſet. Quid-
ni ergo dicere liceat, incipere filium eſſe heredem ab
inteſtato eo inſtanti quo moritur, ſaltem pro virili ſua
portione, ita vt tranſmittat eam ad heredes quoſcun-
4 que etiam extraneos? Verùm reſpondeo, † ne quidem
hoc dici poſſe, quia fieri nequit vt filius ſit heres ab
inteſtato pro parte quin ſit in totum & ex ſolido aſſe,
ſi nullum habeat, nec habere vnquam poſſit cohere-
dem, ſi quidem ius hereditatis indiuiduum eſt, nec
poteſt defuncti perſona pro parte repræſentari. At qui
pro parte quæ filiam contingeret nemo heres eſſe po-
teſt eo inſtanti quo filius moritur: non ipſe filius, quia,
vt dixi, deſineret potiùs eo ipſo inſtanti heres eſſe ſi
anteà fuiſſet, non filia, quoniam per ſtatutum excluſa
eſt quandiu filius viuit: verum autem eſt eo inſtanti fi-
lium adhuc viuere, Quomodo enim iam mortuus mo-
reretur? Illud ergo conſequens neceſſariò eſt, vt filius
non poſſit fieri heres eo inſtanti quo moritur, ne qui-
dem pro ſua parte, quia ſoror quæ viuo eo admitti
nunquam poteſt, nec partem ei facere poteſt, cùm is
demum partem faciat, qui concurrere aliquando poſ-
ſet, *l. planè* 34. § *ſi coniunctim. de legat. l. ſi poſt mor-
tem* 10. §. *liber. D. de bonorum poſſeſſ. cont. tabul.* Quiſ-
quis autem heres poteſt eſſe ex ſemiſſe, eum neceſſe eſt,
ſi coheredem nullum habeat, nec habere vnquam poſ-
ſit, vel ex toto aſſe heredem eſſe, vel ne quidem ex ſe-
5 miſſe. Accidit quod in † ſpecie *d. l. ſi filius* 16. *de li-
ber. & poſthum.* licèt filius non incipiat heres eſſe ab
inteſtato, niſi quo inſtanti moritur: poterat tamen
fieri vt longo ante mortem ſuam interuallo heres eſſet,
aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Ex teſtamento
quidem ſi mulier prægnans abortum feciſſet, nec poſt-
humus natus fuiſſet: Ab inteſtato autem ſi è contrario
poſthumus præteritus eo viuo natus fuiſſet, quia naſ-
cendo rupiſſet, rumpendo autem ſucceſſioni inteſtati
locum aperuiſſet, adeóque ipſe ab inteſtato exinde ipſo
iure ſucceſſiſſet. In ſpecie verò noſtra tam miſera eſt
conditio filij ſecundùm Bartolum, vt nullo penitus
caſu poſſit heres eſſe, neque ex teſtamento, quandiu
viuit filia, neque ab inteſtato, quandiu ipſe viuit, niſi
incipiat eſſe eo inſtanti quo moritur, id eſt, quod deſi-
nit: ita fieret vt poſt filij obitum filia ſuperſtes ſola pa-
tri heres eſſet ab inteſtato, hoc eſt non pro ſua tantùm
& dimidia hereditatis portione, ſed in ſolidum, & in
toto aſſe acſi fratrem nullum vnquam habuiſſet. Ad
quid enim aut quomodo obſtaret frater, poſt cuius
duntaxat mortem teſtamentum patris deſtitueretur vt
ſubtiliſſimè, nec valdè diſſimiliter ratiocinatur Papin.
in *l. vlt. verſ. altera verò ſpecies. D. de condic. inſtitut.*
Nam ſi teſtamentum rumpi non poteſt niſi per filiam,
eámque ſuccedentem patri: ea verò ad patris ſucceſſio-
nem non priùs admitti poteſt quàm frater deceſſerit,
annon bene ſequitur non poſſe teſtamentum rumpi
niſi poſt mortem filij? Præſertim cùm poſſit filia mori
quandiu filius viuit, hoc eſt, eo ipſo inſtanti quo filius
ipſe moritur, ita vt non poſſit probari filiam ſuperui-
xiſſe, *l. quod de pariter* 16. *cum duab. ſeq. D. de reb. dub.
iunct. l. Statius* 48. §. *Cornelio D. de iur. fiſ.* Quod ſi eueni-
ret, vtique filius hic ex teſtamento heres fuiſſe dicere-
tur. Quæ res facit vt non poſſit dici eum ab inteſtato
heredem extitiſſe, vt nec in ſpecie *d. l. ventre*, quia tunc
ſit filius heres ab inteſtato in mortis ſuæ inſtanti, cùm
eo moriente certum eſſe incipit neminem ex teſtamen-
to heredem fore: vt Africanus diſputat in *d. l. ſi filius.*
Nam ſi replices in ſpecie illa Africani æquè potuiſſe
obiici quòd teſtatoris vxor prægnans poterat mori eo
ipſo inſtanti quo filius moriebatur, quo caſu eueniente
nihil obſtitiſſet filio inſtituto quominus patri ſuo he-
res ex teſtamento fuiſſe videretur. Dicam potuiſſe qui-
dem mori matrem, ſed non ſtatim conſequens fore vt
non potuiſſet adhuc rumpi teſtamentum per poſthu-
mum, ſi quidem poterat moriens mater partum viuum
edere, aut etiam ex morientis eius vtero exſecto poſt-
humus extrahi. *l. 2. D. de mort. infer.* quod ſufficiebat vt
poſthumi agnatione teſtamentum rumperetur *l. quod
dicitur* 12. *D. de liber. & poſt.* Quòd ſi vrgeas potuiſſe
etiam poſthumum mori eo inſtanti quo & filius iam
natus moriebatur, adhuc reſpondebo, præpoſterum eſſe
& abominabile vt de morte poſthumi tractetur priuſ-
quàm ſit editus: Non potuiſſe autem illum eo inſtanti
quo filius moriebatur & naſci ſimul, & mori. Eſt itaque
noſtra ſpecies ſimilior vtrique ex iis quæ apud Papinia-
num tractantur in *d. l. ventre, & d. l. vlt.* quàm ei quæ
apud Africanum in *d. l ſi filius.* Et conſequenter in pro-
poſito caſu dicendum eſt, admiſſa † Bartoli ſententia, 6
filium neque ex teſtamento, neque ab inteſtato poſſe
heredem eſſe quandiu viuit, nec proinde obſtare illum
filiæ quominus poſt eius mortem ſit ipſa heres patri
ab inteſtato in ſolidum, id eſt, vt iam interpretati ſu-
mus, non pro ea tantùm portione quam ab inteſtato
habitura erat viuo filio, ſi per ſtatutum excluſa minimè
fuiſſet, verùm etiam pro parte fratris prædefuncti, etiam
qui fortè ſuperuixerit patri per annos plus quàm quin-
quaginta. An enim poſſet mortuus partem facere qui
viuus non feciſſet. Quo tamen admiſſo illud etiam ab-
ſurdi ſequetur, vt excluſio iſta ſtatutaria quæ ex ſtatuen-
tium mente ſolis maſculis prodeſſe, ſolis verò fœminis
ab inteſtato nocere & potuit & debuit, è contrario pro-
ſit filiæ ad acquirendam totã patris hereditatẽ, adeóque
ab inteſtato, noceat autem filio ne propriã quoque por-
tionem vllã habere poſſit, aut ad ſucceſſores ſuos tranſ-
mittere, etiam cùm fuit à patre ſuo inſtitutus. Quid verò
eſt, obſecro: quod abſurdius dici poſſit? quid approba-
bilius? quid ineptius? Auget verò ineptias iſtas non pa-
rum meo iudicio, quòd Bartolus † ea ſtatuti verba *ex- 7
tantibus maſculis*, aut ſi mauis, *quandiu maſculi ſupere-
runt, filia non ſuccedat*, ſic accipit, acſi haberẽt expreſſam
adiectionem hanc, *maſculis verò defunctis filia ſuccedat
etiamſi maſculis iam ſucceſſerint*, quod non modò com-
mentitium, ſed etiam ridiculum eſt. Primum quia cum
ſtatutum prohibet filiam ſuccedere ab inteſtato, maſcu-
lis extantibus, aut quandiu maſculi ſupererunt, abrogat
proculdubio ius ciuile & vetus & nouũ, ex quo fœminæ
ſimul cum maſculis, ſi in eodem aut pari gradu ſint, ad
ſucceſſionem maximè parentum admittuntur. Abrogat
autem ſub illa vnica conditione, *ſi maſculi ſupererunt.*
Proinde ſi conditio illa excluſionis iſtius ſtatutariæ ſe-
mel impleta ſit per maſculorum ſuperexiſtentiam, fru-
ſtra poſtmodum filia per ſtatutum excluſa implorat
auxilium iuris communis ad ſuccedendum etiam poſt
extinctos maſculos, non ſolum ſi heredes ipſi ali-
quando extiterint qui caſus longè minorem, aut

potiùs nullam dubitationem habet, cùm hereditas ad
tempus acquiri non poſſit, ſed etiam ſi ex aliqua cauſa
vel noluerint, vel non potuerint ſuccedere, vt in ſupe-
rioribus probauimus: quia conditio ſemel impleta de-
ficere ampliùs nunquam poteſt, vt neque ius abroga-
tum reuiuiſcere. Proinde noua lege opus eſſet vt filia
poſſet admitti poſt mortem filij, etiam qui heres nun-
quam fuiſſet, nouóque ſtatuto, ſicut opus fuit & au-
xilio prætoris, & Iuſtiniani conſtitutione, vt ſuo abſti-
nente, vel proximo agnato repudiante, ſequens ad-
mitti poſſet, *§. placebat. Inſtit. de legit. agn. ſucceſſ. leg.
defunctis 6. C. de legit. hered.* quia ſcilicet lex duode-
cim tabularum, quæ ſolos agnatos vocauerat, de pro-
ximo tantùm agnato fuerat locuta, nec rurſus proxi-
mum agnatum vocauerat, niſi ſub ea conditione, *Si*
8 *ſuus heres nemo extaret.* Filia † ergo quæ per ſtatutum
ſemel excluſa fuit à ſucceſſione inteſtati, abrogato hac
parte iure communi, etiam ſi non eſſet excluſa niſi ad
tempus, vt vult Bartolus, attamen non eo magis poſt
illud tempus ſuccedere poſſet, quia vt quis ſuccedere
poſſit, non ſufficit quòd non ſit excluſus, (quomodo
certè non poteſt dici poſt tempus excluſus is qui non
fuit excluſus niſi ad tempus) ſed illud prætereà & om-
nino requiritur, vt per legem aliquam ſit vocatus ad
ſucceſſionem, cùm ius omne ſuccedendi ſiue ex teſta-
mento ſiue ab inteſtato ſit ex legibus *l. 3. qui teſtam. fac.
poſſ. l. vlt. D. de ſuis & legit. l. lege obuenire 130. De verb.
ſignif.* In caſu autem noſtro filia per ſtatutum excluſa
non poteſt dicere ſe vocatam, etiam poſt maſculos qui
patri ſuperſtites fuerint, vel vno inſtanti, neque ex iure
communi, quod abrogatum, vt diximus, fuit per ſtatu-
tum, & quidem in totum, quia pro parte non potuit
abrogari: neque ex iure ſtatutario, ſiquidem ſtatutum
quod excludit fœminas, quomodo videri poteſt eaſ-
dem vocare? An fortè per argumentum à contrario ſen-
9 ſu? At hoc non ſufficit, quoniam verba † legis cuiuſli-
bet, maximè verò in ſucceſſionum iure inducendo de-
bent eſſe aperta, expreſſa, diſpoſitiua, affirmatiua & im-
peratiua. Quorum omnium nihil eſt quod poſſis ob-
ſeruare in illis ſtatuti verbis, *Quandiu maſculi ſupere-
runt fœmina non ſuccedat:* ſed debuerat ſtatutum adde-
re vt filiam poſt maſculos vocaret, *ſi maſculi extare de-
ſierint, fœmina ſuccedat:* Non dico, *vt filiam vocaret
deficientibus maſculis*, id eſt, eo caſu quo patrem ſine
maſculis decedere contingeret. Nec enim eo caſu indi-
geret filia auxilio ſtatuti ad patri ſuccedendum, quippe
ſufficeret ei ius commune, quod in hac ſpecie non poſ-
ſet videri abrogatum per ſtatutum, quandoquidem ex-
cluſionis ſtatutariæ conditio per defectum maſculo-
rum defeciſſet, ſed dico, *vt filiam poſt maſculos vocaret*,
id eſt, poſt extinctionem maſculorum qui patri ſuper-
ſtites fuiſſent, quia verum eſt extitiſſe maſculos, ſi vel
vno inſtanti ſuperſtites fuerint, atque ita conditionem
excluſionis ſtatutariæ impletam eſſe, ex eóque tempore
nouæ legis, nouique ad ſuccedendum auxilij implo-
randi neceſſitatem huic filiæ acceſſiſſe, cùm ad iuris
communis beneficium, à quo ſemel excluſa fuit, redire
ſine lege non poſſit. Quòd ſi dicas non fuiſſe abroga-
tum ius commune, nec ademptum filiæ ſimpliciter, ſed
limitatè, & ad tempus, *quandiu maſculi ſupereſſent.* Iam
reſpondi nec adimi aut minui poſſe ius filiæ, nec augeri
viciſſim ius filij ad tempus, nec abrogari ius commune
10 pro parte: & ideò quamuis poneres expreſſam † in ſta-
tuto fuiſſe adiectionem illam, quam Bartolus ſopplet
in hunc modum, *ſi verò maſculi extare deſierint, filia
ſuccedat*, adhuc dicendum eſſe: iis verbis non alium
caſum ſignificari, quàm quo maſculi deceſſiſſent ante
patrem, non etiam illum quem Bartolus tractat, id eſt,
quo maſculi non ſolùm ſuperuixiſſent, nudóque no-
mine ſui heredes extitiſſent, ſed etiam effectu ipſo ſuc-
ceſſiſſent. Eſſet enim ea ſtatuti interpretatio facienda,
quæ à iuris communis ratione minùs diſſideret, non
quæ totum ius ciuile De legitimis ſucceſſionibus per-
uerteret, omnéſque regulas violaret. Quomodo violat
illa quæ facit vt videantur ſtatuentes cogitaſſe de here-
ditate ad tempus danda, non etiam noſtra, quæ filiæ
priſtinum ius conſeruat ſuccedendi immediatè patri
inteſtato, ſi maſculus mortis tempore nullus ſit qui
cum ea poſſit concurrere: quod contingere poteſt ex
duplici cauſa, ſiue quòd pater maſculos nullos habue-
rit, ſiue quòd eos, quos aliquando habuit, viuus ami-
ſerit. Nam ſi verum eſt quod Vlpianus ſcribit in *leg.
cùm pater 11. D. de pact. dotal.* cùm pater dotem polli-
citus, paciſcitur ne *a ſe viuo, néve conſtante matrimonio
petatur:* ita pactum hoc interpretandum eſſe, quaſi edi-
ctum ſit *ſe viuo*, vt poſterior quoque pars conuentio-
nis ad vitam patris relata videatur, ne diuerſa ſententia
fructum dotis ab oneribus matrimonij ſeparet, quód-
que indigniſſimum eſt, inducat vt non habuiſſe dotem
exiſtimetur. Quidni etiam nobis multò maiore ratio-
ne liceat dicere, ſtatutum quod filiam admittit ad pa-
tris ſucceſſionem deficientibus maſculis, ita interpre-
tandum eſſe, ſi maſculi defecerint viuo patre, & ante
acquiſitam ſibi paternam hereditatem, ne alioqui di-
uerſa ſententia inducat, vt hereditas ad tempus data
filio eſſe videatur, filiæ verò delata ex tempore, & qui-
dem ex eo tempore quo non erat amplius hereditas,
quippe conuerſa iam in patrimonium filij qui heres
fuit: vt denique duo in ſolidum eidem patri heredes
eſſe poſſint aut potius vt filia in quibuſdam caſibus
melioris conditionis ſit, & filius deterioris. quàm ſi
filia per ſtatutum excluſa non eſſet ſecundùm ea quæ
proximè diſputauimus. Quare & iis ſtatuti verbis re-
tentis quæ ponit Bartolus *quandiu maſculi ſupererunt
filia non ſuccedat*, ſic interpretatio facienda omnino eſt,
acſi ſcriptum eſſet, *quandiu maſculi ſupererunt viuo pa-
tre*, vt appareat eam ſtatuentium mentem fuiſſe vt filia
excluderetur non abſolutè & in omnem euentum, ſed
ſub conditione *ſi maſculi extarent tempore mortis pa-
tris*, & quandiu extarent viuo adhuc patre. Et huic
ſententiæ noſtræ conuenit ad primè quod Bartolus † 11
ipſe tradit ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC.
Tertyll.* diſtinctiones illas *quoad, quandiu, donec,
quoaduſque:* quibus ille mouetur vt ex ſtatuto admittat
filiam ad ſucceſſionem poſt mortem filij qui heres ex-
titit, quaſi non excluſa filia præciſè, ſed potiùs ſuſpen-
ſiuè, ſi apponantur actui habenti ex ſua natura limita-
tionem circa tempus, facere magis diem, ſeu quandam
ſuſpenſionem, quàm conditionem ſuſpenſiuam ſcili-
cet propter tempus ſubintellectum, inquit ille, & pro-
bat ex *l. 3. §. ſi quis ita tutor. D. de ſuſpect. tutor. l. pe-
nul. D. de excuſ. tutor.* quibus locis agitur de tutela te-
ſtamentaria ſic data, *Titius quoad reipublica cauſa non
aberit, tutor eſto.* Nec dubitatur quia deſinat Titius tu-
tor eſſe poſt completum ab impubere annum decimum
quartum, licèt non eo minùs verum ſit Titium eſſe in
Italia, & reipublicæ cauſa non abeſſe: nimirum quia
tutela pubertate finitur ſui natura, nec vltra eam æta-
tem porrigi poteſt. *Vnde ego dico*, inquit Bart *quod ver-
ba illa*, Quoad reipublicæ cauſa, non aberit, *intelligun-
tur*, ſcilicet infra decimum quartum annum, vt & in *l.
vlt. §. donec. C. de iur. deliber.* Iuſtinianus ſcribit, donec
inuentarium conſcribitur, non poſſe heredem à credi-
toribus, vt & legatariis, vel fideicommiſſariis inquietari.
Et tamen nemo dixerit ſi heres negligens ſit in conſcri-
bendo inuentario per annũ aut bienniũ interim non de-
bere vrgeri eũ, quia ſic debet intelligi conſtitutio in illis
verbis, *donec inuentariũ conſcribitur*, ac ſi adiectum eſſet
dũmodo conſcribatur intra tẽpus conſtitutũ. Similiter
ergo & in propoſito dicendũ eſt, ſtatutũ ita conceptum,
quandiu maſculi ſupererunt. filia non ſuccedat, ita intelli-
gi debere acſi adiectum eſſet *quandiu maſculi ſupererũt*,
durante ſcilicet toto eo tempore, quo ſuccedi poteſt.
Semper enim præſupponendi ſunt termini habiles:
&

& quemadmodum ridiculus eſſet qui diceret, aut intel-
ligeret Titium tutorem datum quoad erit in Italia, aut
quandiu reipublicæ cauſa aberit, videri datum tutorem,
taléмque manere etiam poſt annum viceſimum, eo
prætextu quòd verba per quæ tutor datus eſt nihil
aliud exigant, niſi vt ſit in Italia, vel vt non abſit cau-
ſa reipublicæ: ita & æquè ſtultus is fuerit, qui cum in-
terpretibus ſentiat, ſupradictis ſtatuti verbis excluſam
eſſe filiam quandiu maſculi ſupererunt, etiam poſt ac-
quiſitam maſculis hereditatem, vt inferat à contrario
ſenſu & per interpretationem, ceſſare igitur excluſio-
nem, & quod neceſſariò addendum eſt, vocatam eſſe
& admittendam filiam omni tempore, omnique caſu
quo deficiant maſculi etiam poſt acquiſitam heredita-
tem. Non enim magis abſurdum aut impoſſibile eſt vt
tutorem habeat is, qui iam factus eſt pubes, quàm vt
poſſit filia ſuccedere in ea hereditate quæ iam filio fue-
12 rit acquiſita. Neque verò, cùm hereditas † filio acqui-
ſita eſt, poteſt amplius dici excluſa filia per ſtatutum,
ſed per acquiſitionem, vt ex eo apparet, quòd etiam
alij quàm maſculo acquiſita eſſet hereditas, puta extra-
neo heredi, non minùs excluſa eſſet filia, etiam ſi ſta-
tutum nullum eſſet, quia nec vlla ſupereſſet hereditas,
quæ acquiri poſſet, conuerſa iam ea quæ fuit in patri-
monium heredis. Itaque ſi ei fauere ſtatutum vellet,
non ſufficeret vt tolleretur impedimentum maſculo-
rum per illa verba, *quandiu maſculi ſupererunt*, ſed opor-
teret præterea & ante omnia tolli impedimentum ac-
quiſitionis hereditatis, Quam in rem nemo dixerit apta
eſſe aut ſufficientia verba illa *quandiu maſculi ſupere-
runt*, cùm is, qui ſemel heres fuit, non deſinat eſſe he-
res moriendo, ſed tranſmittat ad heredes ſuos quoſli-
bet hereditatem acquiſitam. Opus igitur eſſet ſtatuto
13 † quod diceret apertis & diſertis verbis affirmatiuis,
*Poſt extinctos maſculos etiamſi heredes extiterint, filia
ſuccedat.* Quale teſtamentum in toto terrarum orbe
vix vllum extare arbitror: adeò fuerunt ſtatuentes om-
nes interpretibus noſtris omnibus prudentiores, qui
viderunt non poſſe ex iuris ratione, at neque ex pu-
blica hominum vtilitate dari hereditatem ex tempore
& ad tempus. Ita enim fieret vt hereditates etiam po-
ſteaquàm eſſent acquiſitæ, adhuc tamen in ſuſpenſo
manerent, non minùs quàm ſi iacerent. Quo admiſſo,
eueniret neceſſariò vt nec locupletior factus videretur
is, qui hereditatem quantumuis opulentam acquiſiuiſ-
ſet, ſaltem pro ea parte quæ poſt eius mortem aliquan-
do peruenire ad alios poſſet: totúmque ferè commo-
dum acquiſitæ hereditatis primo heredi eriperetur ſolo
metu futuri aliquando alterius heredis, priùs etiam
quàm hereditas ad alterum deuolueretur. Sed & vbi-
nam quæſo, gentium, reperias ſtatutum ita conceptum,
quandiu maſculi non ſupererunt, filia ſuccedat? Nam
præter id quod eiuſmodi verbis apertè daretur heredi-
tas filiæ ad tempus contra manifeſtam iuris ratio-
nem, haberet etiam ea verborum conceptio implici-
tam euidentem contradictionem: nempe quia non
alius ſtatuti ſenſus eſſe poſſet, quàm vt filia poſt maſ-
culos extinctos admitteretur, non etiam quandiu maſ-
culus vel vnus ſupereſſet. Porrò non poſſunt aliquan-
do in futurum non ſupereſſe maſculi qui iam defece-
runt. Nec igitur fieri poteſt vt non niſi ad tempus pro-
pter maſculos admittatur filia quæ poſt maſculos iam
extinctos admittitur: & tamen cùm ſtatutum negatiuè
conceptum eſt eo quem propoſuimus modo, *quandiu
maſculi ſupererunt, filia non ſuccedat*, ſi quis ex eo infer-
re vellet quod per argumentum à contrario ſenſu infe-
runt interpretes, Poſſe igitur filiam ex ſtatuto ſucce-
dere poſt maſculos, neceſſe eſſet concipi ſtatutum illud
imaginarium & interpretatiuum: *Ergo quandiu maſ-
culi non ſupererunt, filia ſuccedat.* Nam ſi quis inferret,
14 † *Ergo maſculis deficientibus filia non ſuccedat*, non eſſet
bonum argumentum à contrario ſenſu, non retentis

ſcilicet in ſenſu contrario iiſdem ipſis verbis quæ vſur-
pata eſſent in ſenſu directo. Sed vnde hoc, vt ſenſus
qui abſurdus non eſt in directa propoſitione negatiua,
fiat abſurdus in contraria propoſitione affirmatiua: Ex
eo nimirum, quod in ſenſu directo negatiuo filia ex-
cluditur ab hereditate, quod & ſub conditione & ad
tempus fieri poteſt quandiu nemo adhuc ſucceſſit, nec
heres fuit (ſi quis enim ſucceſſiſſet, iam eſſet excluſio
perpetua non temporalis, quippe quæ neceſſariò in-
duceretur ex acquiſitione alteri facta, quàm impoſſi-
bile eſſet temporalem eſſe.) In ſenſu autem contrario
affirmatiuo filia vocatur ad hereditatem, & quidem poſt
maſculos & ad tempus per dictionem *quandiu*, quod
fieri nullo modo poteſt, nec ſi hereditas illa nemi-
ni adhuc fuerit acquiſita: tantum abeſt vt poſſit ad
hereditatem admitti aut vocari ad tempus, adeóque
nec ſub conditione poſteaquàm hereditas filio iam
acquiſita fuit. Item quia, vt diximus, per verba illa
quandiu maſculi ſupererunt, ponuntur in conditione
temporali maſculi, quos tamen neceſſe eſt iam defeciſſe.
Sed & ſi poneres ſtatutum ita conceptum eſſe, *Defi-
cientibus maſculis filius ſuccedat*, id tamen ſic intelligi
deberet, ſi maſculi defeciſſent eo tempore quo adhuc
poſſet ſuccedi, hoc eſt, quo necdum ipſi ſucceſſiſſent,
nec alius quiſquam. Vbi enim aut aliquis ex maſcu-
lis, aut alius quilibet ſucceſſit, prorſus impoſſibile eſt
vt filia ſuccedat. Alioqui ſic interpretandum eſſet ſta-
tutum, ac ſi ſcriptum eſſet, *Deficientibus maſculis
etiam poſteà quam ſuccedi amplius non poteſt, filia ſuc-
cedat*, quod eſſet ſtultum, & manifeſtam implicaret
contradictionem. Nam ſi ſuccedi ampliùs non poteſt
quomodo poteſt filia ſuccedere? Sed etſi admittere-
mus poſſe hoc fieri per ſtatutum, vt admitteretur filia
poſtquàm filius heres extitiſſet. In dubio † tamen nun- 15
quam credendum eſſet id facere ſtatuentes voluiſſe
exemplo eius quod ſcriptum eſt in *l. in teſtamento 6.
C. de teſtam. milit.* Si miles teſtamento ſuo heredem
inſtituerit impuberem, & alium puberem, eóſque inui-
cem ſubſtituerit, quamuis potuerit miles vtrique ſub-
ſtituere in vtrumque caſum ex priuilegio militari, id
eſt, ſiue non eſſent heredes, ſiue eſſent, non intelligi
tamen in eum caſum ſubſtituiſſe quo heredes iam fuiſ-
ſent, niſi expreſsè id voluerit, Non defectu poteſtatis,
ſed voluntatis, quia tam alienum eſt à ratione iuris vt
poſtquam vnus heres fuit, alius poſſit heres eſſe in ea-
dem hereditate, vt non facilè præſumendum ſit de eo
fuiſſe cogitatum. Nihilne ergo poterit, quòd ſtatutum
† conceptum ſit per eiuſmodi diſtinctionem *quandiu*, 16
aut aliam ſimilem quæ ſit ſuſpenſiua? Imò proderit,
quod ad hoc, vt poſſit filia ſuccedere quandiu maſculi
non ſucceſſerint cum effectu, licèt fuerint ſuperſtites
tempore mortis, non quaſi vocata ipſa per ſtatutum,
ſed tanquam non excluſa. Nam & ſemoto ſtatuto ſi
maſculi qui patri ſuperſtites fuiſſent ab hereditate pa-
terna abſtinerent, adhuc poſſet filia ſuccedere etiam
pro fratrum portionibus, non quidem iure ciuili ex
quo ſui heredes ſunt maſculi etiam qui ſe abſtinuerunt,
ſed iure prætorio per bonorum poſſeſſionem, *l. ex con-
tractu 45. De re iudic. l. defunctis 6. C. de legit. heredit.*
Poterit ergo ſuccedere ex eodem iure communi præto-
rio filia quandiu maſculi non ſucceſſerint cum effectu,
quæ tamen alioqui & ab initio, & in perpetuum ex-
cluſa eſſet, ſi ſtatutum ita conceptum proponeretur *ex-
tantibus maſculis filia non ſuccedat*, quia eo caſu ad ex-
cludendam filiam, auferendúmque ei ius commune
ſufficeret maſculos tempore mortis extitiſſe, & eo in-
ſtanti quo cœpit ſuccedi poſſe: quoniam ea verba *ex-
tantibus* præciſa ſunt, & præciſè relata ad inſtans mor-
tis, non ſuſpenſiua, nec tractum temporis habentia, vt
ſcripſimus in *Error. 9. & 10. Decad. 27.* Perpetuò autem
verum eſt ſemel excluſam filiam remanere in perpetuum
excluſam, ſaltem cùm excluſa eſt per acquiſitionem

hereditatis ſecutam in perſona maſculorum. Sed pergamus ad refutanda cætera quæ in Bartoli diſtinctione ſequuntur.

ERROR VI.

De ſtatuto diſponente quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quoadusque maſculus ſuperuixerit.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli refertur.*
2 *Refellitur Bartolus exiſtimans valere teſtamentum in quo præterita eſt filia excluſa quoad vſque maſculus ſuperuixerit.*
3 *Bartoli falſa hypotheſes.*
4 *Bartolum abuti l. miles ita. D. de teſt. mil.*
5 *Teſtamentum quod ſemel effectum habuit rumpi non poteſt, licet quandoque reſcindatur.*
6 *Statuto non fieri vt filia præterita ipſo iure rumpat teſtamentum quod filio viuo valuit.*
7 *Argumentum à contrario ſenſu quando valeat.*
8 *Quibus caſibus filia rumpat teſtamentum patris ex iure communi.*
9 *Suppoſito ſtatuto filiæ excluſorio, quando detur filiæ exheredatæ querela inofficioſi.*
10 *Filia quæ ſtatuto prohibetur contra teſtamentum venire an præterita poſſit teſtamentum dicere nullum.*
11 *Filia ſtatuto prohibita ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſuperſunt quatenus audiri poſſit præterita.*

1 POſterior hæc pars eſt diſtinctionis Bartoli *in d. l. vlt. §. quando in pendenti num. 5. D. ad SC. Trebel.* An ſtatutum excludens filiam, quoadusque maſculus ſuperuixerit, non tam diſponat circa perſonam ipſius filiæ, quàm circa teſtamentum: vt ſi diceret, inquit, quòd illa teſtamentum rumpere non poſſet quoadusque maſculus ſuperuiueret. Tunc enim teſtamentum interim valeret quandiu viueret maſculus, deinde maſculo decedente rumperetur, *l. miles ita 41. D. de teſtam. milit.* Admittit ergo Bartolus quòd hoc caſu maſculus quandiu viuit, heres ſit ex eo teſtamento, in quo filia fuit præterita. Nec eo minùs tamen poſſit filia tanquam præterita teſtamentum rumpere, & rupto teſtamento ſuccedere ab inteſtato poſt mortem maſculi, acſi maſculus ex eo teſtamento heres nunquam fuiſſet. In qua traditione tota nihil eſt, quod à iuris ratione & regulis
2 non abhorreat. Et illud imprimis, † quod ponit valere poſſe hoc teſtamentum in quo filia fuit præterita. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quòd in ſuperioribus oſtendimus filiam hanc eſſe ſuam heredem nil obſtante ſtatuto quo excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, ſiue teſtamenti, ſiue mortis tempus ſpectemus, illud etiam omnino conſequens eſt, huiuſmodi teſtamentum valere non poſſe, quod & à nobis probatum fuit. Rurſus etiamſi Bartolo largiri hoc vellemus vt teſtamentum ab initio valeret exemplo illius in quo præteritus fuit poſthumus aut filius captiuus, non ideo tamen poſſet verum eſſe quod vult Bartolus, vt adiri ex eo teſtamento hereditas poſſet. Nam ſi bona eſt comparatio, ſequitur è contrario vt non poſſit adiri hereditas ex eo teſtamento quod aliquando rumpi poteſt *l. ventre 84. D. de acquirenda hereditate.* In propoſito autem caſu, licèt ſtatuto cautum ſit ne poſſit filia teſtamentum rumpere quandiu maſculus aliquis viuit, tamen etiam viuo maſculo verum eſt poſſe aliquo caſu rumpi teſtamentum. i. ſaltem poſt mortem maſculi. Ergo non magis poteſt viuus maſculus ex eo teſtamento heres eſſe, quàm ſi viuo maſculo teſtamentum rumpi poſſet. Parum enim intereſt quando teſtamentum rumpatur, ſi modo aliquo tempore caſuve rumpi poſſit. Vnde eſt quod prætor nunquam dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. quandiu contra tab. peti poteſt, *l. 2. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* Aut ſi dicas, quod nos contra Bart. ſupra diſputauimus, non rumpi hoc caſu teſtam. ipſo iure, quomodo rumperetur per agnationem poſthumi, aut per captiui reditum ab hoſtibus, & ideò non prohiberi heredem maſculum, quominùs interim ex eo teſtamento heres ſit, quomodo eſſet ex teſtamento, quod per inofficioſi querelam rumpi poſſet. Adhuc replicabo, Idem igitur dicendum eſſe, in prima etiam parte diſtinctionis Bart. i. eo caſu quo ſtatutum nihil depoſuerit circa teſtamentum, ſed tantùm circa perſonam ipſius filiæ, puta in hunc modum vt filia non poſſit ſuccedere quandiu maſculi ſuperſunt. Nec enim magis eo caſu poteſt fieri vt teſtamentum rumpatur ipſo iure, quàm cùm ſtatuti verba ſic concepta ſunt, vt diſponant etiam circa teſtamentum: ſiquidem non ideò eo aut hoc aut illo caſu poteſt rumpi teſtamentum, quòd ſtatutum vel his vel illis verbis conceptum eſt, ſed quia, vt ipſe Bartolus ait, poſſibile eſt quòd aliquo caſu filia reperiat ſe præteritam, & nihilominùs poſſit ab inteſtato ſuccedere. Quæ ratio perinde locum habet, quibuſcunque tandem verbis ſtatutum conceptum eſſe proponatur. Atqui non admittit Bartolus, poſſe maſculum heredem eſſe ex eo teſtamento quod per filiam præteritam rumpi aliquando poteſt, quoties ſtatutum nihil diſponit circa teſtamentum, ſed tantùm circa ipſius filiæ perſonam. Ergo nec illud admittere debuit eo caſu quo ſtatutum diſpoſuerit circa teſtamentum, cauendo ne filia præterita poſſit teſtamentum rumpere, quoadusque maſculi ſuperuixerint: ſed & vtroque caſu, ideſt ſiue ſtatutum circa perſonam ipſius filiæ, ſiue circa teſtamentum diſpoſuerit, & ſiue dicas rumpi hoc teſtamentum ipſo iure per filiam præteritam, ſiue non ipſo iure, illud ſemper obſtat Bartolo, 3
quod pro vero † ſupponit. Et hereditatem, quæ iam acquiſita ſit maſculo, adhuc filiæ acquiri poſſe, & Teſtamentum quod aliquando valuerit fueritque confirmatum vtiliter, non ſolùm per legem, ſed etiam quod magis eſt, per ſubſecutam hereditatis aditionem, nihilominùs rumpi adhuc poſſe. Quod vtrumque falſum eſſe apparet ex iis quæ tam in hac Dec. quàm in præcedentibus diſputauimus, nec repetere hîc opus eſt. Nec video quid pro Bartolo † facit textus ille, quo vno in 4
tota hac quæſtione mouetur in *d. l. mil. ita 41. D. de teſt. mil.* Etſi enim ex eo loco probatur optimè, poſſe militem decedere ſtatim ad tempus, & ex tempore inteſtatum, non æquè tamen inferre poſſis hoc idem per ſtatutum fieri poſſe, quia, vt ſæpius monuimus in præcedentibus, plus poteſt hac parte miles quàm ſtatutum, licet ſtatuto tantam vim & autoritatem tribuas, quanta eſt legis, quandoquidem & plus poteſt quàm lex ipſa, cùm poteſtatem ſuam habeat, non à legibus, ſed ab Imperatoribus qui ſunt ſupra leges. At multò minùs ex eodem loco inferre poſſis, quòd tamen Bartolo probandum fuit, Poſſe militem ita decedere teſtatum ad tempus, & inteſtatum ex tempore, vt teſtamentum quod ab initio rite fecerit, poſtea rumpatur contra ipſius voluntatem. Tantum enim abeſt vt hoc verum ſit, vt è contrario non alia ratione admittamus militem decedere pro parte temporis teſtatum, & pro parte temporis inteſtatum, quàm ne alioqui fiat contra ipſius voluntatem quam nos ponimus talem fuiſſe: in illo nimirum exemplo quod ibi Tryphonius adfert, non cùm teſtator ita ſcripſit, *Quoad viuit Titius heres eſto, poſt mortem eius Septicius heres eſto* (hoc enim caſu vterque heres eſt ex teſtamento, Titius quidem ad tempus, Septicius verò

verò ex tempore) ſed cum inſtituit Titium vſque ad annos decem, aut contrà ſi velis, nihil enim refert, quod viuit, nomine ſubſtituto. Hoc enim caſu obtinet quod Tryphonius ait, poſt mortem Titij, aut poſt decem annos cauſam inteſtati locum habere. At in eo caſu, de quo Bartolus & nos tractamus, ſi teſtamentum militis, qui filio maſculo herede inſtituto filiam præteriſſet ob tenorem ſtatuti; per quod filia excluſa eſſet à ſucceſſione inteſtati, quandiu maſculi extarent, poſſet rumpi per filiam poſt mortem maſculi, eueniret in contrarium vt voluntas militis euerteretur, & vt priuilegium militare in ipſius militis perniciem & iniuriam conuerteretur. Neque enim miles qui ſolum filium ex aſſe heredem inſtituit, filiam autem præteriit, neque aut hoc, aut illud ad tempus, ſed ſimpliciter & abſolutè, eo animo fuit vt vllo tempore heredem ab inteſtato [illegible] haberet, præſertim filiam quam & præterit, & à ſucceſſione inteſtati excluſam ſciuit. Quid ergo? Voluit ne vnquam tempus decedere teſtatus? Maximè verò, ſi contingeret vt filium quem heredem habere voluit, haberet etiam ſuperſtitem, & cum effectu ſucceſſorem. Nemo igitur probabiliter dixerit, quod tamen pro tuenda Bartoli ſententia, neceſſariò dicendum eſt, Poſſe ex militis priuilegio fieri vt rumpatur ipſius teſtamentum per filiam præteritam, fiatque locus ſucceſſioni inteſtati poſt mortem filij qui [illegible] cum effectu heres patris. Militis enim priuilegium ſicuti nullum eſt hac in re niſi cùm teſtatur, ita nec in eo eſt vt rumpatur illis caſibus quibus alioqui iure communi rumpi non poſſet, ſed in eo potiùs vt ſubſiſtat & valeat quòd iure communi non valeret: niſi fortè putamus militem hunc, cùm teſtatus fuit iure militari, hoc genus teſtandi elegiſſe ad iudicia ſua impugnanda quod tamen nemo credendus eſt facere velle, inquit Vlp. tractans de muliere in *l. 3. D. de teſt. mil.* Ergo quod miles facere non poteſt vt filiam heredem habeat ab inteſtato poſtquam filium heredem habuit ex teſtamento, quod voluerit in perpetuum valere, multo minùs facere poterit ſtatuti autoritas, quæ minor eſt quàm militis poteſtas. Nam & ſimili argumento docuimus in ſuperioribus, non poſſe ſtatutum facere ab inteſtato quis habeat heredem ex tempore & ad tempus, quia nec miles hoc facere poſſet. Et verò tum quoque cùm ſtatutum ita conceptum eſt vt diſponat circa teſtamentum, cauendo ne filia poſſit teſtamentum rumpere quandiu maſculi ſuperſunt: quærò quo iure poterit filia tanquam præterita rumpere teſtamentum poſt mortem filij qui heres fuerit, an iure communi, an potiùs ſtatutario? Iure communi certè non poteſt, quia nullus in toto iure noſtro locus

5 reperietur quo probare poſſis, rumpi ex poſtfacto teſtamentum quod ſemel effectum habuerit. Reperies poſſe reſcindi per querelam inofficioſi teſtamenti, ſed rumpi numquam, at neque reſcindi extra caſum querelæ inofficioſi: multò minùs verò rumpi per præteritionem filiæ, quæ & teſtamenti & mortis tempore fuit in poteſtate. Talem enim filiam neceſſe eſt, vel ab initio nullum facere teſtamentum, vel nunquam rumpere, cùm circa eam nullum factum nouum interuenit, propter quod permittendum ei ſit vt rumpat, *arg. l. filius 28. §. 1. D. de liber. & poſt.* Quid enim noui accidit, vt poſſit rumpere, niſi quòd mortuus nunc ſit filius qui quandiu vixit heres fuit? Atqui neque factum vllum, neque nouum eſt, vt quis moriatur, ſed tantùm priuatio, eaque circa perſonam filij non filiæ. Nihil ergo cauſæ eſt cur filia rumpat poſt mortem filij, non magis quàm ſi filius ipſe viueret. Dices, non eſſe bonam conſecutionem, quia & in ſpecie *d. § 1. d. l. filius*, idem euenit vt nullum factum nouum intercedat circa perſonam filij qui tamen rumpit teſtamentum in quo fuit præteritus. Verùm in ſpecie noſtra illud diſſimile eſt quod ponit Bartolus, teſtamentum interim valuiſſe, ex eoque filium, quandiu vixit, heredem fuiſſe non obſtante filiæ præteritione [illegible] quo res facit vt tantò durius & abſurdius ſit poſtea illud rumpi. At in ſpecie Tryphonini nunquam ita valuit teſtamentum, vt ex eo potuerit acquiri hereditas, quia in ea cauſa ſemper fuit vt potuerit aliquo caſu rumpi. Deinde apud Tryphoninum illud noui accedit, quod, vt lex ait, incipit patri poſt teſtamentum habere in poteſtate filium quem antea non habuerat: At in caſu diſtinctio ponimus fuiſſe filiam in poteſtate & teſtamenti & mortis tempore. Nihil igitur noui accidit circa eam propter quod poſſit rumpere tanquam præterita, cum ab initio fuerit præterita, & eo tempore quo iam erat in poteſtate. Vtcunque, imò noui hoc accidere, quòd filia poſt mortem filij ſit capax ſucceſſionis, cuius fuit incapax quandiu filius vixit. At præterquam quod non ſit hoc ex iure communi, ſed ex poteſtate ſtatuti, ſi Bartolum pro bono ſtatuti interprete admittimus, probandum illud eſſet, quod tamen nec Bartolus, nec pro eo alius quiſquam probat: Poſſe filiam hanc capacem fieri ſucceſſionis poſtquam alius iam ſucceſſit, quod nos negamus, ſi iuris communis ratio inſpiciatur. Fatendum igitur eſt, non poſſe fieri ex iure communi vt poſt mortem filij rumpat filia teſtamentum, quod viuo filio valuit. An verò ad ius ſtatutarium confugiemus vt Bartoli commentum tueamur? Ne hoc † quidem quicquam proderit. Nam nec probare vnquam poſſis, Per ſtatutum fieri hoc poſſe vt filia præterita rumpat teſtamentum ipſo iure, quod neque vllum dicere, neque rumpere potuit viuo filio, neque impedire quominus ex eo filius quandiu vixit, heres fuerit. Sed ſi ſtatutum hoc facere poſſet, ad hoc tamen exigeretur ad factum illo per ea ſtatuti verba quæ Bartolus proponit, *quouſque maſculi ſuperfuerint fœmina teſtamentum non rumpat.* Cur enim ex his verbis inferamus cogitaſſe ſtatutores de teſtamento per filiam rumpendo in eo caſu quo non poſſet rumpi, [illegible] ſtatutum nullum eſſet? An probabile eſt conſtitutum mentem fuiſſe, vt rumpendi teſtamenti caſus, qui tam multi iam ſunt, multiplicaret, nouumque & iuri communi incognitum induceret, ac non potius vt minueret, tantoque firmius teſtamenti ius faceret in fauorem maſculorum, & ad excluſionem fœminarum? Loquor de ſtatuti mente, quoniam inſpectis verbis multò minorem dubitationem res habet, cum verba negatiuè concepta ſint, & id expreſsè ferant, vt filia non rumpat: vt proinde non poſſit ex iis colligi, ne quidem per diuinationem ius eſſe filiæ præteritæ vt ex eo ſtatuto rumpat teſtamentum poſt mortem filij niſi à contrario ſenſu ſic argumentere, quomodo videtur argumentatus Bartolus, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſuperſunt. Ergo maſculis deficientibus permittit vt rumpat.* Quæ tamen collectio mala eſt, etiam admiſſo eo quod æquè falſum eſt, vt ad rem tam nouam abſurdamque conſtituendam poſſit ſufficere nuda ſtatutorum voluntas à contrario ſenſu collecta, nulliſque affirmatiuis verbis expreſſa. Notiſſimum † enim eſt apud noſtros quoque interpretes, nunquam valere argumentum à contrario ſenſu, quoties abſurdus, & vt ipſi loquuntur, abſonus ex eo ſequitur intellectus, quod probare ſolent ex *l. cum accuſatione 5. C. de epiſc. & cleric.* aliiſque pluribus in vtroque iure *locis*. Malam verò collectionem eſſe apparet ex eo quod non retinet Bartolus in propoſitione contraria eoſdem terminos qui fuerunt in directa. Sic enim arguendum eſſet à contrario ſenſu, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſuperſunt: Ergo permittit vt rumpat quandiu maſculi non ſuperſunt.* Quibus tamen verbis ſi ſtatutum conceptum eſſet, haud dubiè abſurdum ſignificaret enim permittendum filiæ vt rumpat teſtamentum ad tempus ſcilicet *quandiu maſculi ſuperſunt*, quod planè nouum & abſurdum eſt, ſi tempus ſignificare poſſit aliquod tempus venire in quo maſculi in poteſtate [illegible] non ſint, mas iam [illegible] omnes [illegible]

7 ← (margin numbers: 6 beside "commentum tueamur? Ne hoc † quidem quicquam pro-"; 7 beside "Notiſſimum † enim eſt apud noſtros quoque interpre-")

Abſurda

Abſurda igitur eſſet eorum verborum & conceptio &
ſententia. Dices, Quid ergo proderit, quòd filia non ſit
prohibita rumpere, niſi cum illa adiectione ſuſpenſiua
& limitatiua, *quandiu maſculi ſupererunt?* Hoc enim
nimirum eſt quod Bartolum, & alios omnes decepit:
quaſi verò difficile ſit animaduertere nihil aliud eiuſ-
modi verbis ſignificari, niſi vt quandiu maſculi ſupere-
runt filia non rumpat teſtamentum iis ſcilicet caſibus,
quibus alioqui rumperet ex iure communi, ſi ſtatutum
non eſſet: ac proinde vt ſi maſculi ſuperſint, rumpat.
8 Sed quibus caſibus? Iis videlicet † quibus poteſt rum-
pere ex iure communi: puta ſi ſit poſthuma præterita,
aut filia viuo patre à Turcis capta, ſeruáque hoſtium
facta. Nam cùm nullus reſtat maſculus, nihil aliud in-
duci poteſt ne quidem ex mente ſtatuti, niſi vt prohi-
bitio rumpendi tollatur, quam ſtatutum induxerat: ea
verò ſublata, ſupereſt ius commune, ex quo licet qui-
dem filiæ præteritæ rumpere teſtamentum, ſed vel ag-
natione, vel reditu ab hoſtibus, vel petita bonorum
poſſeſſione contra tabulas, ſi fuerat tantùm excluſa à
ſucceſſione inteſtati: at non etiam per ſolam mortem
ſolius maſculi, præſertim poſtquàm ille vitæ & mortis
ſuæ tempore heres fuit. Prohibitio enim ſtatutaria facit
quominus, non quo magis teſtamentum rumpere filia
poſſit, *arg. l. 3. §. ſi emancipatus 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.*
Addam etiam ſi voles, tertium caſum, quo poſſit huic
ſtatuto locus eſſe etiam à contrario ſenſu, ſi forte poſſit
9 locus eſſe querelæ † inofficioſi teſtamenti: etſi hoc
caſu non tam rumpitur teſtamentum. Permittam enim
filiæ exheredatæ vt proponat querelam poſt extinctos
maſculos, etiam qui heredes fuerint, quam proponere
non poſſet ſi quis adhuc ex maſculis viueret: niſi ma-
lis quod ego ex vi & proprietate verborum probabilius
arbitror, filiam, quæ per ſtatutum prohibetur tantùm
rumpere teſtamentum, quandiu maſculi ſupererunt,
non ideò prohiberi de inofficioſo conqueri teſtamento,
quia non rumpit, quæ conqueritur, licèt ea obtinente in
querela futurum ſit vt teſtamentum per iudicem reſ-
cindatur: eratque ſtatutum ita concipiendum, vt *quan-
diu maſculi ſupereſſent, filia non poſſet venire contra te-
ſtamentum*, ſi id agebant ſtatuentes, vt à querelæ quoque
beneficio propter maſculos filiam arcerent. Venit enim
proculdubio contra teſtamentum filia, quæ proponit
querelam, cùm id agat vt teſtamentum reſcindatur, fiat-
que teſtator inteſtatus. Nec dubitarem ita concepto ſta-
tuto, quin audienda eſſet filia proponens querelam
poſt mortem filij, etiamſi filius toto vitæ ſuæ tempore
heres fuiſſet, quia hereditatis acquiſitio non ſicut im-
pedit ne teſtamentum iam confirmatum ampliùs rumpi
poſſit, ita impedit ne per querelam reſcindatur, adeò vt
neque huic filiæ noceret quod intra quinquennium ex
die acquiſitæ hereditatis non veniſſet ad querelam, ſi
modò per quinquennium integrum à die mortis filij
non tacuiſſet: quoniam totum illud tempus quo filius
vixit deducendum eſt propter ſtatuti prohibitionem
quæ paſſa non eſt filiam interim conqueri de inofficio-
ſo: iniquum enim eſſet imputari ei tempus quo agere
non potuiſſet, *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. 1. §. vlt. iunct.*
10 *Auth. C. de bon. matern.* Atqui ſi ſtatutum † ita conce-
ptum eſſet de non veniendo per filiam contra teſta-
mentum quandiu maſculi ſupereſſent. An poſſet filia
præterita nullum dicere teſtamentum? Poſſet meo iu-
dicio, ſi modò teſtamenti tempore in poteſtate fuiſſet.
Vt enim huiuſmodi teſtamentum ſit nullum, in quo
aliqua perſona ex ſuis heredibus præterita eſt, ſola iuris
ratio facit, non voluntas filiæ, quæ etiam volente non
poſſet teſtamentum conualeſcere ſecundùm ea quæ
pleriſque locis ſcripſimus contra interpretes de ſenten-
tia *l. filio præterito D. de iniuſt. rupt.* Facit *l. 5. §. 1. l. ſi te-
ſtamentum 24. D. de his quæ vt indign.* Si tamen poneres
11 † alia ſtatuti parte filiam hanc excluſam eſſe ab inteſtati
patris ſucceſſione quandiu maſculi ſupererunt, aliud

reſponderem, quia eo caſu non poſſet audiri niſi veniendo per contra tabulas, vt diſputauimus ad finem Error. 3. Decadis huius. In petenda verò bonorum poſſeſſione contra tabulas, non tam ratio iuris verſatur quàm factum petentis, qui per hanc bonorum poſſeſſionem & rumpi teſtamentum, & rumpendo ſuccedit, *l. 1. & tot. tit. D. bon. poſſ. contr. tab.* Ergo filia quæ prohibetur venire contra teſtamentum, hoc ipſo prohibetur petere contra tabulas, licèt non prohibeatur dicere teſtamentum nullum ſi capax ſit ſuccedendi ab inteſtato. Quòd ſi prohibeatur & contra teſtamentum venire, & ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupererunt, omni auxilio deſtituetur filia præterita, ſi quis maſculus & ſuperuixerit, & heres fuerit, at non etiam ea quæ fuerit à patre exheredata. Huic enim competet, vt diximus, querela inofficioſi teſtamenti, quæ non ſimiliter poteſt vnquam competere filiæ præteritæ à patre in cuius fuit poteſtate. Filia enim à patre præterita nunquam poteſt queri de inofficioſo, ſi non fuerit emancipata: neque huic exheredata in propoſito caſu nocebit, quòd per ſtatutum facta ſit incapax ſuccedendi ab inteſtato, & prohibita ſit venire contra teſtamentum. Vtrumque enim habuit eam conditionem temporalem, *ſi & quandiu maſculi ſupereſſent*, quibus deficientibus & extinctis, iam neque prohibitio ſtatutaria impedit querelam, neque ipſa etiam acquiſitio hereditatis, quæ tamen & ius dicendi teſtamentum nullum vel illud rumpendi, ſiue ipſo iure, ſiue per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, impediret.

ERROR VII.

De clauſula codicillari appoſita in teſtamento, in quo fuit præterita filia excluſa ſuſpenſiuè per ſtatutum quandiu maſculi ſupererunt, qui prædeceſſerint.

SVMMARIA.

1 *Exbortæ quæſtionis inter Bartolum & Baldum controuerſia.*
2 *Bartoli ſententia multiplici diſtinctione ſubnixa.*
3 *Contraria Baldi & collegij Florentini aſſertio.*
4 *Diuerſa ſententia Rainerij Forolinienſis & collegij Senenſis.*
5 *Rationes collegij Senenſis à Baldo & collegio Florentino quomodo diluerentur.*
6 *Iudices illi qui non habent poteſtatem legis condendæ coguntur ſequi communes interpretum opiniones, licet erroneas.*
7 *In propoſita quæſtione errare omnes ſuprà relatos.*
8 *Erroneæ propoſitiones in quibus conſentiunt ſuprà relati interpretes, & n. 13.*
9 *Error collegij Senenſis rectiùs tamen quàm cæteri ſentientis.*
10 *Bartoli, Baldi & collegij Florentini error refellitur.*
11 *An ex diſpoſitione legis incipiat quis heres eſſe ab inteſtato, & alius deſinat heres eſſe ex teſtamento.*
12 *Statutum non excludit filiam ad tempus vitæ fratris, ita vt eam vocet ad ſucceſſionem poſt mortem fratris aduerſus Baldum.*
14 *Alij errores Baldi & collegij Florentini.*
15 *Autoris ſententia de propoſita quæſtione.*

VLtima hæc quæſtio eſt ex iis quas tractat Bartolus ad *dictam l. vltim. §. quando in pendenti. D. ad SC. Tertyll.* eaque celebris, quia diſſentientem à Bartolo Baldum habuit, & conſequēter diſſentientes

Digitized by Google

diſſentientes cæteros quoque interpretes, quibuſdam Bartoli, aliis Baldi opinionem magis probantibus. Pater filium † heredem inſtituerat ex aſſe: filiam verò nuptam & dotatam præterierat, & adiecerat, *ſi non valet vel valebit teſtamentum iure teſtamenti, valeat iure codicillorum*, quæ vulgaris & ampliſſima eſt formula clauſulæ codicillaris. Filius deceſſerat ſuperſtite ſorore, quæ tanquam à patre præterita dixerat teſtamentum patris nullum, adeóque ex eo interpretum errore quem nos hucuſque refutauimus, obtinuerat. Quærebatur de fideicommiſſo, id eſt, an per clauſulam codicillarem videretur grauata filia de portione ſua per fideicommiſſum reſtituenda heredibus fratris præ-
2 defuncti. Bartolus † putabat quæſtionem in eo eſſe, An teſtamentum retrò nullum fuiſſet, necne: vt ſi retrò nullum fuiſſet, id eſt, etiam viuo adhuc filio, quamuis non niſi poſt mortem filij tale declaratum eſſet, tunc filia teneretur heredibus fratris fideicommiſſum reſtituere, quia dies fideicommiſſi viuo filio omnimodo valuiſſet, nec niſi poſt eius mortem nullum eſſe cœpiſſet, tunc nihil prodeſſet filij heredibus ſupradicta clauſula codicillaris, tanquam quæ non habuiſſet effectum niſi poſt mortem filij, quo proinde viuo fideicommiſſi dies non ceſſiſſet. Itaque filij heredibus fideicommiſſum non deberetur, ſed remaneret apud filiam grauatam ex *l. vnica. §. ſin autem ſub conditione. C. de caduc. tollend. l. ſi in perſonam. C de fideicomm.* Cùm enim clauſula codicillaris ſemper habeat conditionem illam ſiue expreſſam, ſiue tacitam *ſi teſtamentum non valeat*, ita vt nullo vnquam caſu poſſit euenire vt valeat teſtamentum valente clauſula codicillari, aut contrà: certum eſt prius eſſe vt eius clauſulæ conditio impleatur, id eſt, vt teſtamentum non valeat, quàm vt ea clauſula effectum aliquem habere poſſit. In propoſita igitur quæſtione eò recidit Bartoli diſtinctio, vt diſtingui rurſum oporteat quomodo concepta ſint verba ſtatuti, An ita vt diſpoſuerit ſtatutum duntaxat circa perſonam filiæ dotatæ in hunc modum, *quandiu maſculi ſupererunt filia dotata non ſuccedat*, an verò diſpoſuerit etiam circa teſtamentum, hoc modo *quandiu maſculi ſupererunt, filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum*. Priore caſu reſpondendum erit cum Bartolo pro heredibus filij, poſteriore verò pro filia ſecundùm eam diſtinctionem eiuſdem Bartoli quam ſupra retulimus & refutauimus. Porrò ſtatutum Peruſinum, de quo Bartolus conſulebatur, ita conceptum erat, vt diſponeret circa perſonam filiæ tantùm, non autem circa teſtamentum. Verba enim illa erant, *Filia dotata non ſuccedat quoaduſque ſuperuixerit aliquis maſculus*, vt idem Bartolus refert ad *d. §. quando in pendenti. num.* 1. Ergo pro filiſ heredibus in ea ſpecie quæ proponebatur, reſpondendum putauerat Bar-
3 tolus, & reſponderet Baldus † contrà, cùm eſſet aduocatus partis aduerſæ, defendebat, nihil poſſe hîc operari clauſulam codicillarem, ſed hereditatem remanere penes filiam ſine onere, vt ipſe refert ad *l. 2. C. de liber. prat. num. 7. & ad l. ſi quis filium 34. num. 7. C. de inoff. teſtam.* Mouebatur ex eo, quòd illa conditio, *ſi non valet, vel valebit iure teſtamenti*, nunquam fuit impleta viuo filio maſculo, ſed eo demum mortuo, nec teſtamentum retrò nullum fuit, vt vult Bartolus, ſed cœpit nullum eſſe ex nunc, id eſt, ex quo die poteſt filia ſuccedere, ac proinde ex eo die quo filius mortuus eſt. Super qua quæſtione idem Baldus refert Ryne-
4 rium † quendam de Forlino, & collegium Senenſe conſuluiſſe, quòd filia nihil poterat habere, neque teſtamentum in quo præterita fuerat, nullum dicere, quia tempore mortis patris & aditæ hereditatis per filium maſculum ſe inuenit excluſam ex forma ſtatuti, & nunquam poteſt redire ad ius dicendi nullum, nec de iure ciuile, nec de iure prætorio cùm inueniat hereditatem alij applicatam arg. *l. in quibus 7. C. de ſecund. nupt.* Nullum enim niſi initio tempore mortis, confirmatur teſtamentum inexpugnabiliter, *l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt.* Et ideò in tota *l. Gallus 29. de liber. & poſth.* non conſideratur, niſi quis præcedat an filius, an nepos tempore mortis teſtatoris. Sentiebant igitur iſti non minùs contra Bartolum, quàm contra Baldum. Nam ſicut Baldus reſpondebat indiſtinctè pro filia, ita iſti indiſtinctè contra filiam, Bartolus verò non niſi cum ſupra dicta diſtinctione. Baldi tamen ſententiam, vt ipſe gloriatur, probat collegium Florentinum, nec dubitabat quin filia ſuccederet in dimidia parte hereditatis ab inteſtato non obſtante clauſula codicillari. Ad
eas verò rationes † quæ à collegio Senenſi adferebantur: 5
reſpondebat collegium Florentinum, filiam iſtam eſſe heredem ano malam, vt Baldus loquitur, & concedebat hereditatem quidem totam fuiſſe filio applicatam, ſed nihilominus ex diſpoſitione legis municipalis pro parte dimidia euinci poſſe mortuo filio maſculo ſine liberis. Quaſi non ſit nouum quod ex diſpoſitione legis vnus incipiat, & alius deſinat heres eſſe ex not. ad *l. in ſubſtitutione 31. D. de vulg. pupill. ſubſtitut. & Inſtit. de eo cui libert. cauſſ. bon. addic. §. vltim.* Nam ſtatutum, inquit Baldus, excludit regulas iuris communis excludendo filiam ad tempus vitæ fratris, ſed poſtea includendo & integrando ipſam ad ſucceſſionem, argum. *l. ſtatuliam 11. §. Stichum, de legat. 2.* Concludit itaque Baldus, vere filium interim heredem eſſe in ſolidum ex teſtamento, & non filiam, ſed mortuo filio rem redire ad cauſam inteſtati ex defectu & vitio præteritionis, & ſic cauſam finalem, quæ in medio tempore obſtitit filiæ, deficere per mortem maſculi, ita quòd filia poſſit ſuccedere ſine obſtaculo tanquam ex nunc, id eſt, poſt amotionem obſtaculi finalis. Ex quo infert ille non placere ſibi conſilium collegij Senenſis, quia non ſumus in materia ſtatuti, ſed ſimplici materia iuris communis. Nec rurſus conſilium Bartoli, quia ſequeretur quòd interim maſculus non eſſet heres, & non poſſet agere, nec conueniri: vel poſito quòd poſſet conueniri per *l. vlt. C. de hered. peti.* tamen agere non poſſet vt not. ad *d. l. vlt. iunct. l. 1. §. apud Iulianum. D. depoſit.* Ergo cùm iſtas tam magnas video conditiones inter tantos Doctores, adeóque inter ipſa Doctorum collegia, de re quæ nullam prorſus, aut ſanè perexiguam dubitationem admitteret, ſi iuris ratio non violaretur, facere non poſſum quin exclamem, Deus bone, quàm miſera non ſolùm iuriſprudentiæ noſtræ, ſed hominum omnium conditio eſt, quorum fortunas in iure tam aperto dubias facit infelix iſta & litigioſa interpretum imperitia, quam tamen pro certa lege ſequi cogantur etiam reluctante con-
ſcientia ij quoque iudices † qui ſint peritiores, ſi non 6
præterea tales ſint qui legis condendæ habeant poteſtatem. Supremos magiſtratus intelligo, quibus ſolis liberum eſt à Bartoli, receptiſque interpretum traditionibus, quanquam id quoque perrarò, recedere, quia & legem facere poſſunt, aut ſaltem legi ſimilem conſtitutionem. Nos qui legem facere non poſſumus, legum tamen iam factarum autoritatem, quantum in
nobis eſt, tueamur: dico † neque Bartolum, neque Bal- 7
dum, neque collegium aut Senenſe, aut Florentinum reſpondiſſe quod in propoſita quæſtione reſponderi ex iuris ratione oportuit, ſed, quod malè iactis principiis euenire neceſſe fuit, iiſdem ferè erroribus deceptos omnes in diuerſas quidem, ſed omnes erroneas diſtractos fuiſſe ſententias, etſi collegium Senenſe videtur mihi ad veritatem propiùs acceſſiſſe. Errant enim omnes in eo in quo conſentiunt, nec minùs tamen in eo
quoque in quo diſſentiunt. Conſentiunt † & errant 8
omnes in eo quod putant ſtatuto ita concepto, *filia non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſupererit*,

poſſe

poſſe filiam ſuccedere, adeóque ad ſucceſſionem inuitari ex ſtatuto: ſed grauiùs cæteri qui addunt, etiam poſteaquam maſculus heres extiterit, ſi modò mortuus proponatur. Conſentiunt, & errant omnes in eo quod putant & pro certo habent, Poſſe fieri ; et ſtatutum vt quis heres ſit ex tempore & ad tempus: ſed grauiùs illi qui putant poſſe fieri per ſtatutum vt poſſit quis heres eſſe ab inteſtato, poſtquam alius heres fuit ex teſtamento. Quæ omnia falſa ſunt, & in præcedentibus plus quàm ſatis refutata. Longè meliùs collegium Senenſe hac parte ſenſit quod & nos ſentimus, fieri nullo modo poſſe, nec magis per ſtatutum quàm ex iure commmuni, ſiue ciuili, ſiue prætorio, vt poſt mortem filij ſuccedat filia in hereditate patris, quæ iam maſculo acquiſita, & vt loquebantur, applicata reperiatur. In quo igitur maximè errauit collegium
9 Senenſe? In eo † quod cum cæteris credidit filiam in propoſita ſpecie potuiſſe impunè à patre præteriri, ita vt nullo tempore poſſit teſtamentum ob eam cauſam nullum dicere. Verius enim eſt quod probauimus in Error. 2. & 3. huius Decadis, filiam iſtam, nil obſtante excluſione ſtatutaria, fuiſſe patri ſuam heredem, & quidem vtroque tempore, & teſtamenti & mortis: ac proinde ipſius præteritione teſtamentum ab initio nullum fuiſſe. Hoc enim conſtituto, ſtatim illud etiam conſequens fit, maſculum ex eo teſtamento heredem exiſtere non potuiſſe, nec magis quandiu vixit, quàm poſt mortem ſuam, ſed per contra tabulas partem dimidiam hereditatis ad filium, aliam dimidiam ad filiam pertinuiſſe, licèt nulla pars potuerit ad filiam pertinere ab inteſtato. Et, quod addebat collegium Senenſe, teſtamentum confirmari inexpugnabiliter, ſi tempore mortis nullitas nulla ſit, tanto magis pro filia faciebat. Nam & mortis & teſtamenti tempore inſpecto ſuberat nullitas teſtamenti, quæ impediebat ne per legem confirmari poſſet ob filiæ, eiuſdémque ſuæ heredis præteritionem, cùm nulla dum eo tempore eſſet excluſio ſtatutaria, quippe quæ non poſſit incipere niſi poſt mortem, & ex quo inſtanti ſuccedi poteſt. Confirmatio autem teſtamenti per legem fit, & fieri neceſſariò debet eo inſtanti, quo quis moritur, non quo mortuus iam ſit, vt ſuo loco demonſtrauimus. Ergo priuſquàm excluſio ſtatutaria vires ſuas exercere poſſit. Poſtremò quòd iidem Senenſes dicebant in tota lege *Gallus 29. de liber. & poſthum.* non conſiderari niſi quis præcedat, an filius, an nepos tempore mortis teſtatoris, pro filia ipſa maximè vigebat. Si enim tempus mortis inſpicias, non minùs ſua heres eſt filia quàm filius, cùm & in poteſtate ſit, & in eodem gradu, id eſt, in primo, etiam quòd ad cauſam ſuccedendi, ſaltem ex teſtamento, quamuis non æquè ab inteſtato. Sed & falſum eſt in ſpecie *l. Gallus* non conſiderari niſi tempus mortis. Nam imò verò quod ad teſtamenti validitatem attinet, conſideratur maximè ac præcipuè tempus ipſius teſtamenti, non mortis: ideóque nimirum neceſſaria eſt ante omnia inſtitutio filij, vt teſtamentum valeat, quamuis neceſſe ſit tempore mortis teſtatoris iam mortuum eſſe filium ad hoc vt poſthumi nepotis inſtitutio valere poſſit, tanquam quæ fiat ſub ea neceſſaria, & expreſſa conditione, *ſi filius viuo teſtatore morietur, d. l. Gallus. in princip. & §. in omnibus, & paſſ. ead. lege.* Quemadmodum igitur filius Aquilianus obſtat nepoti Aquiliano in cauſa teſtati, quamuis certum ſit eum filium ab inteſtato nunquam ſucceſſurum (qui enim præmoritur, ſuccedere patri ſuo ab inteſtato nunquam poteſt) ita & in ſpecie noſtra dicendum eſt, filiam, licèt ab inteſtati ſucceſſione per ſtatutum excluſam, obſtare fratri in cauſa teſtati, non quidem in eo ne frater poſſit inſtitui, quomodo filius ante excogitatam formulam Aquilianam obſtabat inſtitutioni nepotis, ſed hactenus ne poſſit filius heres eſſe ex eo teſtamento in quo filia hæc præterita fuerit. Dices filium Aquilianum eſſe capacem ſucceſſionis ab inteſtato, ideoque mirum non eſſe quòd ipſius præteritione teſtamentum ſit nullum: aliud verò iuris eſſe in filia, de qua tractamus, quam ponimus per ſtatutum excluſam eſſe à ſucceſſione inteſtati. Verùm facilis reſponſio eſt, filium quidem poſſe & debere patri ſuccedere ab inteſtato, ſed non filium Aquilianum, id eſt, quem inſtituendum eſſe diximus in formula Galli Aquilij: hunc enim ponendum neceſſario eſt moriturum eſſe viuo patre, ac proinde nunquam patri ſucceſſurum. Alioqui poſthumus ex eo nepos inſtitui nullo modo poſſet. Quidni ergo valebit teſtamentum in quo poſthumus nepos fuerit heres inſtitutus ſub ea conditione, *ſi filius meus me viuo morietur*, tametſi præteritus ſit filius? Nimirum quia eo quoque caſu, quo filius primi gradus moriatur, licèt certum ſit nunquam ſucceſſurum illum ab inteſtato, non eo minùs tamen verum eſt eſſe illum ſuum heredem, & in poteſtate tempore teſtamenti, & conſequenter talem qui non potuerit præteriri. In filia porrò, de qua agimus, eadem ratio locum habet, imò maior, quia etiam ſecundùm interpretes ſuccedere aliquo caſu ab inteſtato poteſt: nec tantùm ſi filius viuo teſtatore moriatur, qui caſus nullam habet dubitationem: ſed etiam ſi patri quidem ſuperſtes ſit filius, ſed patri ab inteſtato ſuccedere ex aliqua cauſa vel nolit, vel non poſſit. Quis ergo ferat impunè ipſam præteriri, & in æſtimanda validitate teſtamenti tempus illud inſpici, quo teſtator iam ſit mortuus, non autem illud, quo teſtamentum faciebat, nec illud etiam quo moriebatur? Sed grauior, vt iam diximus, Bartoli, † Baldi, & Collegij Florentini error 10
fuit in eo, quòd putarunt filiam præteritam poſſe poſt mortem filij ab inteſtato ſuccedere, quamuis filius, quandiu vixit, heres fuerit, adeóque ex teſtamento. Id enim non modò abſurdum, ſed etiam penitus impoſſibile eſt, vt in præcedentibus probauimus. Nec quòd filiam hanc anomalam heredem vocant, facere poteſt vt ob id ſolùm in eius perſona ſint negligendæ omnes normæ & regulæ iuris: multò minùs verò vt poſſit euincere partem hereditatis, quæ tota fuerit filio maſculo acquiſita, licet filius ſine liberis deceſſerit. Nec enim ſtatuti verba id ferunt, quæ nihil aliud habent, niſi vt è contrario filia non ſuccedat, quandiu maſculus aliquis ſuperuixerit, eo nimirum caſu, quo alioqui ſuccedere ex iure communi poſſet, tantum abeſt, vt filiam vocare ſtatuentes voluerint eo caſu, quo etiam ſemoto ſuccedere tamen ex iure communi non poſſet. Quàm verò alienius illud eſt, vt poſſit hereditatem euincere fratris heredibus, cùm de eo nullum penitus verbum ſit in ſtatuto? Itaque, vt apparet, deficitur hæc filia non tantùm poteſtate, ſed etiam voluntate ſtatuti, *argum. l. penultim. D. de teſtament. tutel.* vbi cùm quidem proponeretur tutores ita deceſſiſſe, *Lucium Titium tutorem do, ſi is non viuit, tum Caium Plantium tutorem do:* negat Iauolenus poſt Trebatium poſſe admitti Plantium poſt mortem Titij, ſi Titius vixerit, & tutelam geſſerit: quòd illa verba, *ſi is non viuit*, ad mortis tempus referantur, quamuis tutela, præſertim teſtamentaria, ſit ex earum rerum genere, quæ & ex tempore, & ad tempus dari poſſunt, *leg. tutor 8. §. tutorem. eodem tit.* Quanto magis idem in hereditate dicendum eſt, quæ nec ad tempus, nec ex tempore dari poteſt? Maximè cùm verba ſtatuti ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo loquantur, non de alio tempore poſſint intelligi, quàm quo poſſit ſuccedi? deinde quid ſi filius deceſſiſſet nullo quidem ſuperſtite maſculo, ſed relicta filia? Dicendum eſſet ſecundùm Baldi & Doctorum

Florentinorum ſententiam, adhuc fore, vt poſſet filia præterita euincere partem hereditatis filiæ prædefuncti, quia æquè verum eſſet dicere, maſculum nullum ſupereſſe. Et tamen annon eſſet abſurdum, eum maſculum, qui ex toto aſſe heres fuiſſet, quandiu vixiſſet non poſſe tranſmittere totam hereditatem ad filiam ſuam eandémque heredem? *argument. leg. cum quis* 102. *D. de condic. & demonſtrat. leg. cum acutiſſimi* 30. *Cod. de fideicommiſſ. leg. cum pater* 77. *§. cum inter. De legat.* 2. Idque nec Baldus ipſe negare audet, qui cùm ait huius hereditatis dimidiam poſſe per filiam euinci ex diſpoſitione legis municipalis mortuo filio, addit *ſine liberis*, nec adiicit *maſculis*, quod tamen adiiciendum erat ſi putabat Baldus eam ſententiam induci poſſe ex verbis ſtatuti. Statutum enim Peruſinum, de quo tractamus, non excludit filiam niſi fauore maſculorum, & quoadusque maſculus aliquis ſupererit: verum autem eſt, maſculum nullum ſupereſſe, quamuis ſuperſit filia ex maſculo. Rurſus quod dicebant Doctores Florentini, non eſſe nouum
11 vt ex diſpoſitione † legis incipiat quis heres eſſe ab inteſtato, & alius deſinat heres eſſe ex teſtamento, falſum eſt. Caret enim id exemplo, & ratione, ſi excipias caſum illum, de quo in *d. l. in ſubſtitutione* 31. *D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* id eſt, quo teſtamentum reſciſſum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti: qui tamen caſus ad propoſitam ſpeciem aptari nullo modo poteſt. Sed quod addit Baldus, ſtatutum hoc exclu-
12 dere regulas iuris communis, excludendo filiam † ad tempus vitæ fratris, & poſteà includendo & integrando eam ad ſucceſſionem: hoc verò eſt quod ferre nullomodo poſſum. Etſi enim fateor, huiuſmodi ſtatutum excludere regulas iuris communis, cùm excludit filiam, quæ alioqui ſimul cum fratre ſucceſſura eſſet ab inteſtato, nego tamen quod ille ſupponit, iis ſtatuti verbis, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſuperuixerit*, excluſam eſſe filiam ad tempus vitæ fratris ſimpliciter: ſed dico excludi filiam per ſtatutum ne poſſit ſuccedere quandiu frater & viuit, & in eo eſt, vt ſuccedere poſſit. Vbi verò frater ſucceſſit, non iam eſſe excluſam filiam ad tempus, ſed in perpetuum, nec propter ſtatutum, ſed propter acquiſitionem hereditatis in perſona filij ſecutam. Itaque quod ſubiungit Baldus, eodem ſtatuto excludi & integrari filiam ad ſucceſſionem poſt mortem fratris, non poteſt verum eſſe illo caſu quo frater heres fuerit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non enim ad hunc effectum conſequendum ſola redintegratio ſufficeret, ſed alio ac multo potentiore remedio eſſet opus, vt filia hæc poſſet ſuccedere poſt mortem fratris qui heres patri extitiſſet. Quid enim aliud poſſet facere ſtatutum redintegrando expreſſim filiam, puta his verbis, etiam ſi voles, additis, *deficientibus verò maſculis filia ad ſucceſſionem redintegretur*, niſi vt filia redderet quod ei ſtatutaria excluſio abſtulerat? Atqui licèt ſtatutum excludat filiam ne poſſit cum fratre concurrere, partemque ipſi facere ab inteſtato, attamen vbi filius ſolus ſucceſſit, iam eſt excluſa filia in perpetuum, ne poſſit vnquam ſuccedere, non propter ſtatutum, ſed propter hereditatis acquiſitionem. Nihil ergo fecerit ſtatutum, etſi redintegret filiam ad iura priſtina amouendo obſtaculum ſtatuti, niſi etiam amoueat obſtaculum acquiſitionis: quod eſſet multò plus quàm redintegrare. Eſſet enim tribuere filiæ plus iuris, quàm fuerat habitura, etiam ſi per ſtatutum excluſa nunquam fuiſſet. Nam etſi ſtatutum nullum extaret, non tamen hoc ius haberet filia, vt poſſet vnquam ſuccedere in ea hereditate, in qua frater aliquando ſucceſſiſſet. Potuiſſet quidem ipſa ſuccedere cum fratre, & eo caſu nunc partem dimidiam hereditatis haberet, quod vnum Baldus intuetur. Sed tamen non potuiſſet ſuccedere poſt fratrem, qui potiò etiam citra ſtatutum potuiſſet ſolus ſuccedere pluribus caſibus, puta ſorore vel exheredata, vel per renunciationem excluſa, aut aliqua de cauſa cum fratre concurrere, vel non volente, vel non valente. Ergo erat opus nouo ſtatuto, nec tantùm redintegratorio, ſed etiam noui iuris inductiuo, vt ex eo poſſet filia ſuccedere pro ſua parte, etiam poſtquam maſculus in ſolidum heres extitiſſet: idque admiſſo etiam eo, quod tamen ſemper negabo, per ſtatutum fieri poſſe vt hereditas vni iam acquiſita iterum alteri acquiratur, tanquam ab eodem patrefamiliàs immediatè procedens. Sed omnium erro-
rum † grauiſſimus ille eſt, in quo tamen omnes conſentiunt, quòd putant ſtatutum, cuius verba diſertè ad cauſam inteſtati reſtricta ſint, protrahendum eſſe ad cauſam teſtati, vt filia, quæ ab inteſtato ſuccedere prohibetur, de teſtamenti quoque iure diſputare prohibeatur. Item in eo quod addunt Florentini Doctores cum Baldo, Etiam poſteaquam filius he- 13
res extitit patri ex teſtamento, redintegratam † nihilominus videri filiam ad inteſtati ſucceſſionem. Nam & hæc plus quàm redintegratio eſſet, cùm facto teſtamento ex quo filius heres fuerit, in ſolidum excluſa ſit filia à ſucceſſione, non per ſtatutum, ſed per teſtamentum primò, deinde per ſubſecutam hereditatis ex teſtamento acquiſitionem. Non poſſet igitur redintegratio aduerſus ſtatutum facta reddere filiæ ius quod ei non ſtatutum abſtuliſſet, ſed teſtamentum & acquiſitio hereditatis ex teſtamento, & egeret filia redintegratione aduerſus teſtamentum ipſum, itemque aduerſus acquiſitionem hereditatis, quorum tamen neutrum eſt quod vllo modo inferre poſſis, ne per ſomnium quidem ex ſupra dictis illis verbis ſtatuti, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, quia neque ad caſum teſtati pertinent, neque ad illum quo filia ſit excluſa per hereditatis acquiſitionem in alterius perſona ſecutam. Errant igitur rurſum iſti omnes in eo, quòd volunt hanc filiam à patre præteritam impunè, quandiu maſculus vixit, poſſe adhuc poſt mortem filij rumpere teſtamentum, quod iam fuerit confirmatum, & habuerit viuo filio pleniſſimum effectum. Sed errat grauius Bartolus quàm Baldus, cùm vult filiam hanc ita rumpere teſtamentum poſt mortem filij, vt retro nullum fuiſſe teſtamentum videatur. Nam & hoc ſuprà refutauimus. Mea igitur ſententia eſt. In propoſita † ſpe- 14
cie, teſtamentum in quo præterita eſt, filia, nullius eſſe momenti, quamuis excluſa eſſet illa per ſtatutum. Neque tamen ideò poſſe illam ab inteſtato ſuccedere, cùm ab inteſtati ſucceſſione excluſa ſit, ſed poſſe exemplo cuiuſlibet alterius ſui heredis præteriti petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, atque ita rem habere nil obſtante excluſione ſtatutaria, quippe nullomodo ad hunc caſum pertinente: quod pluribus à nobis probatum eſt in Error. 3. ad fin. Secundùm quam ſententiam ſuccedet filia præterita in dimidia parte bonorum, non poſt mortem filij, vt Bartolus, Baldus & alij putant, ſed viuo ipſo filio. 15

Beneficium enim bonorum poſſeſſionis contra tabulas commune eſt liberis omnibus qui eo vti volunt, & qui in eodem ſunt gradu.

* * *

ERROR

ERROR VIII.

De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis, & ſucceditur per contra tabulas.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio in ſupra propoſita ſpecie expendenda, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere filio ſuam hereditatis partem.*
2 *Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quando detur.*
3 *Succedit ex teſtamento qui ſuccedit per contra tabulas.*
4 *Teſtamenti & Tabularum differentia.*
5 *In propoſita ſpecie clauſula codicillaris nullum eſſe effectum.*
6 *Clauſula codicillaris quid.*
7 *Quid iuris ſit ſtatuto ita concepto, filia dotata neque teſtamentum rumpat, neque ab inteſtato ſuccedat, quandiu maſculus aliquis ſupererit. & n. 9.*
8 *Conditio clauſulæ codicillaris defecit ſtatim atque teſtamentum valuit.*
10 *Quando non poſſit filia excluſa per ſtatutum ſuccedere petita contra tabulas bonorum poſſeſſione.*
11 *Excluſionis conuentionalis & ſtatutariæ differentia.*
12 *Filia excluſa à ſucceſſione inteſtati non illico cenſetur excluſa à ſucceſſione teſtati, nec contrà.*
13 *Impunè præteriri poteſt filia excluſa per ſtatutum ab omni ſucceſſione teſtati & inteſtati.*
14 *Præteritione filiæ omnimodo excluſæ teſtamentum eſt nullum etiam quod attinet cæteros liberos.*
15 *Non eſſe contrarium quod ſupra dictum, alios rumpere non poſſe teſtamentum per contra tabulas ex perſona filiæ quæ ad eam bonorum poſſeſſionem admitti nequeat.*
16 *Cùm ob ſororis præteritionem teſtamentum patris eſt nullum, fratres ſiue inſtituti ſiue exheredati ſuccedunt ab inteſtato.*
17 *Cautela ad eludendam poteſtatem clauſulæ codicillaris.*
18 *Error Bartoli & Baldi de tranſmiſſione fideicommiſſi.*
19 *Fideicommiſſum vniuerſale non tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem, ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit.*

1 SOla igitur quæſtio † illa ſupereſſe poteſt, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere partem hereditatis ſuam, non heredibus filij, quo adhuc viuo ſuccedit, ſed ipſi filio: vt proinde otioſum & ſuperuacuum ſit quærere id, in quo vno tamen interpretes tantopere laborant? An fideicommiſſi dies ceſſerit viuo filio, necne? & an ruptum fuerit teſtamentum per filiam viuo adhuc maſculo, an poſt mortem demum maſculi. Rumpit enim per contra tabulas, & rumpendo ſuccedit ſimul cum fratre, non poſt fratrem cui omnino obſtat ne poſſit petere bonorum poſ-
2 ſeſſionem ſecundùm tabulas, quàm † certum eſt à prætore dari nunquam quoadusque expectatur qui contra tabulas petere poſſit, *l. 2. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Tantum diſtat vt poſſit frater ex eo teſtamento, quod iure iniuſtum & nullius momenti eſt, adire, & ſibi iure ciuili acquirere hereditatem. Cùm ergo teſtamentum ab initio non valeat ipſo iure, videtur extitiſſe codicillaris clauſulæ conditio expreſſa, quæ illa eſt, *ſi teſtamentum non valet iure teſtamenti*, & conſequenter rogata eſſe filia, vt partem ſuam hereditatis, quam ideò ſequitur quod teſtamentum ſit nullum, fratri ſuo reſtituat ex fideicommiſſo.

At ego neque hoc admittendum eſſe puto: quia licèt filia ſuccedendo per contra tabulas ſuccedat contra patris voluntatem, non tamen ſuccedit ab inteſtato, ſed potiùs ex teſtamento §. *ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Dicitur enim ſuccedere † ex teſtamento quiſquis 3
ſuccedit per contra tabulas, non quaſi minimè ſuccedat contra teſtamentum, quod ſi nullum factum eſſet, neceſſario ſuccedendum ei eſſet ab inteſtato: & quemadmodum non ſucceditur ab inteſtato ſiue ciuili, ſiue prætorio iure quandiu vel adiri hereditas iure ciuili poteſt, vel bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti, quæ ſit cum re, ita neque quandiu bonorum poſſeſſio contra tabulas peti poteſt, cum bonorum poſſeſſio contra tabulas præcedat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas *d. l. 2. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. iunct. l. 2. D. vnd. liber.* ſufficiatque ad eam impetrandam vt tabulæ tales ſint, ex quibus potuerit aliquo caſu peti bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, licet poſtea id neque ſecutum ſit, neque ſequi potuerit, vt loquitur *I.C. in l. quod vulgo 19. D. de bon. poſſ. contr. tab.* quorum verborum quis ſenſus ſit, pluries explicauimus. In propoſita verò ſpecie etſi teſtamentum ipſo iure nullum eſt, tabulæ tamen non ſunt nullæ, quominùs ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem dare poſſit prætor, ſi modo ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, & habuerit teſtator factionem teſtamenti vtroque tempore, teſtamenti ſcilicet & mortis, *l. 1. §. exigit. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Aliud ſiquidem eſt dicere teſtamentum, aliud verò dicere tabulas Teſtamenti † nomen, iuris nomen eſt. Ta- 4
bularum verò nomen, facti & corporis. Indéque eſt quod præteritio ſui heredis, quamuis faciat nullum teſtamentum, non tamen facit nullas tabulas, quæ ſi nullæ eſſent, vtique nec ſecundùm eas, nec contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſet: quod nec nos ipſi aliquando videmur ſatis benè obſeruaſſe. Etſi autem bonorum poſſeſſio, quam prætor dat ſecundùm tabulas teſtamenti, in quo filius fuit præteritus, non eſſet futura cum re, ſi filius præteritus vellet vti iure ſuo, & hereditatem ab inteſtato vindicare, etiam poſteà quàm excluſus eſſet vel tempore, vel repudiatione à bonorum poſſeſſione contra tabulas: poteſt tamen aliquo caſu eſſe cum re, quamuis occaſione magis quàm iure, ſcilicet ſi filius præteritus exequi ius ſuum nolit, nec partem ſuam fratribus auocare, neque per contra tabulas, neque ab inteſtato. Et quamuis omni caſu futura eſſet ſine re, non eo minùs tamen peti poſſet contra tabulas, quia ſufficit eiuſmodi eſſe tabulas, vt ſecundùm eas potuerit dari bonorum poſſeſſio, ſiue cum re, ſiue ſine re. Nec enim Tryphonius diſtinguit in *l. quod vulgò*, vbi ſatis apertè ſcribit ſufficere vt non ſit inanis & ſine effectu bonorum poſſeſſio contra tabulas. Inanis porrò non eſt, cùm impedit ne dari vnquam poſſit ſecundùm tabulas, quæ alioqui daretur. Hoc igitur admiſſo, vt filia hæc præterita, nec niſi à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſa, poſſit rumpere teſtamentum per contra tabulas, atque ita ex teſtamento ſuccedere (Peruſinum enim ſtatutum, de quo loquimur, nihil diſponit circa teſtamentum, ſed tantùm circa perſonam filiæ quantum ad ſucceſſionem inteſtati) dico † non eſſe impletam conditionem clau- 5
ſulæ codicillaris, quæ licèt ita concipiatur, *ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti*, hunc tamen ſenſum habet, *ſi ab inteſtato ſuccedetur*. Quid enim aliud eſt † clau- 6
ſula codicillaris, quàm codicilli ab inteſtato facti, per quos rogatus videtur quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt, vt hereditatem ſcripto heredi reſtituat? *l. ab inteſtato 16. & paſſ. D. de iur. codicill. l. Titia 13. D. de inoff. teſtament. l. Lucius 88. §. vltim. De legat. 2. leg. ex ea ſcriptura 29. §. 1. D. qui teſtament. facer. poſſ.* In ſpecie autem noſtra licèt teſtamentum non valeat ipſo iure

propter

valeat ipſo iure propter ſuæ heredis præteritionem,
non ideo tamen ſucceditur ab inteſtato, ſed ex teſta-
mento per contra tabulas, vt dictum eſt. Clauſula ergo
codicillaris nihil operari poteſt tanquam cuius condi-
tio defecerit. Qua etiam ratione ceſſante, adhuc di-
cendum eſſet, rupto per bonorum poſſeſſionem contra
tabulas toto teſtamento, nulla alia legata vel fideicom-
miſſa deberi poſſe, quàm quæ prætor excipit, & præ-
ſtari voluit edicto *De legat. præſt. bonorum poſſeſſ. con-*
7 *tra tabulas petit.* Quod ſi ageremus † de ſtatuto ita
concepto, *filia dotata neque teſtamentum rumpat, neque*
ab inteſtato ſuccedat quandiu maſculus aliquis ſupererit,
tunc quia hæc filia non magis poſſet admitti ad bono-
rum poſſeſſionem contra tabulas, quàm ad ſucceſſio-
nem inteſtati, neque viuo filio qui ex teſtamento he-
res eſſe vellet, neque poſt ipſius mortem, poſtquàm
ipſe, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato heres extitiſ-
ſet, æquè ſuperuacua & ridicula eſſet quæſtio, An cen-
ſeretur rogata de reſtituenda per fideicommiſſum here-
ditate propter clauſulam codicillarem, quandoquidem
æquè verum eſſet defeciſſe conditionem clauſulæ co-
dicillaris quantum ad filiam præteritam, quippe quæ
ab inteſtato non magis ſuccederet, quàm ſi teſtamen-
tum vel omnimodo valeret, vel per bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas rumperetur. Prius namque eſt, vt
quis ab inteſtato ſuccedat, quàm vt per clauſulam co-
dicillarem de hereditate, vel tota, vel pro parte reſti-
tuenda rogatus videatur cùm ab aliis non poſſit fidei-
commiſſum ab inteſtato relinqui, quàm qui legitimi
heredes futuri ſunt, *l. 3. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur.*
codicill. l. ab exheredati 126. *De legat.* 1. Idque expe-
ditius erit, ſi defendas cum Baldo filium inſtitutum po-
tuiſſe heredem eſſe, & fuiſſe ex eo teſtamento quan-
8 diu vixit. Non enim poteſt negari quin † defece-
rit conditio clauſulæ codicillaris ſtatim atque teſta-
mentum valuit vel vno inſtanti: at multo magis ſi adeo
valuerit, vt confirmatum ſit per aditionem, ſiue ponas
conceptam eſſe excluſam per verbum præſentis tem-
poris *ſi non valet iure teſtamenti*, ſiue per verba illa
etiam futuri temporis quæ Bartolus addit *vel non va-*
lebit. Nam præter id quod diſtinctio illa tota com-
mentitia eſt, & alibi à nobis confutata, certum etiam eſt
verba illa, quantumlibet ad futurum tempus relata non
poſſe extendi vltra tempus illud quo agnita fuerit &
acquiſita ex eo teſtamento hereditas: cùm exinde non
poſſit fieri vt vllo caſu non valeat teſtamentum, aut vi
rumpatur, quod ſemel per acquiſitionem hereditatis
fuerit confirmatum, extra eum caſum quo inofficioſi
teſtamenti querela proponi poſſit, per quam tamen nec
nullum dicitur, nec rumpitur, ſed reſcinditur, tan-
quam quòd & valeat ipſo iure, & ita valeat vt ipſo iu-
re rumpi nunquam poſſit nec per prætorem. Quis
9 ergo † hereditatem patris habebit hoc caſu? Filius qui
heres inſtitutus fuit, & quidem totam, adeóque in per-
petuum, non ad tempus vitæ ſuæ, ſed non tanquam
heres ex teſtamento: quod toties diximus ipſo iure
nullum eſſe ob ſuæ heredis præteritionem, non ob-
ſtante ſtatutaria excluſione, ſed vel ab inteſtato, ſi ve-
lit, vel ſi malit, iure bonorum poſſeſſionis ſecundùm
tabulas, ſi nihil aliud deſit ex ſolennibus à prætore
requiſitis, cùm neque ſubſit metus vllus repetendæ bo-
norum poſſeſſionis contra tabulas, ad remorandam
eam quæ datur ſecundùm tabulas, neque ſuperſit per-
ſona quæ hereditatem vllo caſu poſſit euincere ab in-
teſtato, & facere vt ſine re ſit bonorum poſſeſſio ſe-
cundùm tabulas data. Ponimus enim agi rem inter fi-
lium & filiam duntaxat, nec alios eſſe liberos qui ab
inteſtato ſuccedere & poſſint, & velint. Si enim fin-
geres in eo teſtamento, in quo præterita fuit filia in-
ſtitutum fuiſſe ſiue in totum, ſiue pro parte extra-
neum aliquem, aut plures fuiſſe teſtatori maſculos,
eóſque omnes quidem inſtitutos, ſed ex diſparibus
portionibus, vt proinde intereſſet vel maſculorum om-
nium, vel eorum ſaltem, qui ex minore parte ſcripti
ſunt, ab inteſtato ſuccedere, potiùs quàm per bono-
rum poſſeſſionem, ſecundùm tabulas, non eſſet du-
bitandum, quin is qui teſtamento ſcriptus eſſet, ſiue
filius, ſiue extraneus, neque teſtamento iure ciuili
heres fieri poſſet, neque iure prætorio bonorum poſ-
ſeſſor cum re. Eſt enim bonorum poſſeſſio ſecundùm
tabulas ſine re, quoties adeſt qui iure legitimo poteſt
euincere hereditatem, vt ſcribit Vlp. in fragment. *Tit.*
de bonorum poſſeſſ. Neque tamen permittendum puto,
vt ſi qui ſint liberi eo teſtamento inſtituti, ex minore
portione poſſint petere bonorum poſſeſſionem contra
tabulas ex perſona ſororis tanquam edictum commit-
tentis. Etſi enim verum eſt, ſuam heredem fuiſſe præ-
teritam, quomodo tamen poteſt edictum aut ſibi aut
aliis committere, quæ ſtatuto vetatur rumpere teſta-
mentum? An non abſurdum eſſet plus iuris habere
alios ex ipſius perſona, quàm ipſa habeat? Atqui hic
† caſus eſt, de quo intelligi volumus quæ diſputaui- 10
mus in Error. 1. Decad. 13. vbi ſcripſimus filiam exclu-
ſam per ſtatutum, non poſſe ſuccedere ne quidem pe-
tita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Id enim ita
verum eſt, ſi generaliter excluſa ſit, id eſt, non tan-
tùm à ſucceſſione inteſtati, ſed etiam à iure quolibet
rumpendi teſtamenti, ne alioqui pugnent quæ de
danda huic filiæ contra tabulas bonorum poſſeſſione
tractauimus ad finem Error. 3. Decadis huius, & vt
bona ſit comparatio excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ
inducitur per iuratam renunciationem: de qua ibi ex
profeſſo agebamus. Solent enim filiæ cùm renun-
tiant iurare ſe nullum ad bona paterna regreſſum ha-
bituras, ex *capit.* 2. *De pactis. in* 6. quibus verbis ab-
dicant à ſe omne commodum, non tantùm ſucceſſio-
nis inteſtati, ſed etiam cuiuſlibet bonorum poſſeſſio-
nis, niſi quæ poſſit peti ſecundùm patris volunta-
tem. In eóque durior eſt excluſio † conuentionalis 11
quàm ſoleat eſſe ſtatutaria, quæ vt plurimùm non
pertinet niſi ad cauſam & ſucceſſionem inteſtati, ne
quicquam cauet de iure rumpendi teſtamenti: ideò
fortaſſe quòd nihil neceſſe ſit prouidere maſculis cùm
pater teſtatur, cui liberum eſt, ſeruatis ſolennibus
iuris de hereditate ſua pro arbitrio inter cuiuſcum-
que ſexus liberos diſponere. Nec ſanè ratio vlla eſt
cur filia † non niſi ab inteſtati ſucceſſione per ſtatu- 12
tum excluſo contra tabulas petere prohibeatur: aut
è contrario, vt filia teſtamentum rumpere, aut con-
tra teſtamentum venire prohibita hoc ipſo prohibea-
tur ſuccedere ab inteſtato, ſi qua ratione locus fiat
ſucceſſioni inteſtati, ſiue quod paterfamiliás ab ini-
tio inteſtatus deceſſerit, ſiue quòd teſtamentum ab
eo factum ipſo iure non valuerit, vel ex poſt facto
per alium quoquomodo ruptum ſit. Sunt enim om-
nes caſus iſti diuerſi, habentque diuerſam rationem,
cùm fieri potuerit vt ſtatuentes vno caſu prouidere
voluerint, non etiam alio. Nam cùm teſtamenti cau-
ſa ſit fauorabilis, quid vetat prohiberi filiam ne rum-
pat teſtamentum, & nihilominus poſſe illam ab in-
teſtato ſuccedere? Nam & ſimiliter agnati, qui ſunt
poſt fratrem, poſſunt ſuccedere ab inteſtato, nec
eo magis tamen poſſunt vincere ſi agant de inoffi-
cioſo *leg.* 1. *D. de inoffic. teſtament.* At quid ſi, vt
omnes caſus comprehendamus, ſtatutum † ita con- 13
ceptum ſit, vt filia non ſolùm teſtamentum rumpere
aut contra teſtamentum venire, itémque ab inteſta-
to ſuccedere prohibeatur, ſed etiam à iure dicendi
teſtamentum nullum excludatur fauore maſculorum
& quandiu maſculi ſupererunt? Vtique fatendum erit
hoc vno caſu admittendam eſſe interpretum ſenten-
tiam, vt impunè præteriri poſſit filia, cui nullum aduer-

ſus tantam iniquitatem auxilium ſupereſſe ſtatuentes
14 voluerunt. Sed impunè † quod ad filiam ipſam duntaxat, non etiam quod ad cæteros liberos, ſi aliquorum interſit, teſtamentum, quod reuera ipſo iure non valet, pro nullo haberi: niſi ſtatutum præterea expreſsè diſponeret vt huiuſmodi filiæ præteritione teſtamentum nullum dici non poſſet. Nam quemadmodum in iis quæ expreſſim per ſtatutum diſpoſita ſunt maiorem agnoſcimus poteſtatem ſtatuti, quàm iuris communis: ita & in iis omnibus in quibus & ſtatuti & iuris communis ratio haberi poteſt, vtriuſque habenda eſt. Nihil autem vetat vtrumque verum eſſe, vt & teſtamentum ipſo iure nullum ſit, & tamen filia præterita, quæ nullum facit, nullum dicere non poſſit. Sufficit enim vt alij ſint qui poſſint dicere, idque non ad filiæ præteritæ vtilitatem, ſed ad propriam. Nec ſimile aut con-
15 trarium † eſt quod ſuprà diximus, non poſſe alios rumpere teſtamentum per contra tabulas ex perſona filiæ, quæ ipſa ad eam bonorum poſſeſſionem admitti nequeat. Aliud enim eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, aliud verò de iure dicendi teſtamentum nullum diſputare. In petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas facta aliquo petentis opus eſt: at vt teſtamentum ſit nullum, ſola iuris poteſtas facit. Proinde mirum non eſt fratres inſtitutos non poſſe petere contra tabulas ex perſona ſororis præteritæ quæ ipſa ad petitionem non admitteretur, poſſe tamen teſtamentum nullum dicere ob præteritionem ſororis, quæ etiamſi teſtamentum millies approbare vellet, facere tamen nunquam poſſet vt conualeſceret, non magis quàm ſi ante patrem moreretur *l. filium 7. D. de liber. &*
16 *poſthum.* Sed & cùm ob ſororis † præteritionem teſtamentum patris nullum ſit, & iniuſtum, poterunt tamen alij fratres etiam inſtituti aut exheredati ſuccedere ab inteſtato, quamuis ſoror ipſa quæ præterita fuit, & quam ponimus à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſam eſſe, ſuccedere non poſſit: nempe, quia non ex ſororis perſona ſuccedunt, ſed ex ſua, licèt ob ſororis ipſius præteritionem. Sed hoc caſu effectum habebit codicillaris clauſula vt videantur rogati liberi iſti ab inteſtato ſuccedent de reſtituenda hereditate per fideicommiſſum ei quem teſtator vel ſolum vel ex maiore parte ſcripſerat heredem: quod tamen non perinde dicendum eſſet, ſi poſſent illi ſuccedere per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſiue ex propria perſona, ſiue ex perſona ſororis præteritæ edictum committentis. Nam vt ſupra diſputauimus pro filia, deficit conditio clauſulæ codicillaris quoties ſucceditur per contra tabulas, quia tunc non ſucceditur ab inteſtato, ſed ex teſtamento, adeóque ante teſtamentum, licèt contra
17 teſtamentum. Eſtque hæc aptiſſima cautio, † & vt loquuntur, cautela, necdum fortaſſis Cæpollæ, aut alij vlli ex interpretibus vel pragmaticis cognita ad eludendam poteſtatem clauſulæ codicillaris eo caſu quo teſtamentum nullum ſit ob alicuius ex ſuis heredibus præteritionem. Vt nimirum qui præteriti ſunt non ab inteſtato ſuccedant, ſed per contra tabulas, ne dici vnquam poſſit clauſulæ codicillaris conditionem extitiſſe. Poſtremum, quod in huiuſmodi quæſtione aduerſus Bartolum, Baldum, alióſque omnes interpretes
18 notari volo, illud eſt, quòd de fideicommiſſo † per clauſulam codicillarem inducendo ſic diſputant, quaſi in propoſita ſpecie potuerit tranſmitti ad heredes filij ſi modò eius dies ceſſerit viuo filio. Idcirco enim adeò anxiè diſputant. Vtrum teſtamentum retrò nullum & ruptum fuiſſe videatur, an verò ex eo tantùm die quo filius ſit mortuus, quòd priore tantùm caſu, non etiam poſteriore dici poſſit ceſſiſſe diem fideicommiſſi ante mortem filij, vt Bartolus argumentatur. Neque Baldus meliorem habet rationem contra Bartolum, vt neget filiam præteritam fideicommiſſum vllum debere heredibus filij, quàm quia non rumpat teſtamentum, niſi ex nunc, vt ipſe loquitur, id eſt, ex quo die filius mortuus ſit, nec proinde impleta vnquam fuerit conditio clauſulæ codicillaris viuo maſculo. Itaque non dubitat quin reſpondendum fuiſſet pro heredibus filij ſi dies fideicommiſſi viuo filio ceſſiſſet: In eóque omnes conſentiunt: & errant, meo iudicio, etiam omnes. Fideicommiſſum † enim vniuerſale, 19
etiam cuius dies ceſſerit viuo fideicommiſſario, non ideò tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit, quia non reſtitueretur hereditas ſicuti teſtator voluit ſi heredi fideicommiſſarij reſtitueretur, atque ita non transferentur actiones, niſi proponas contractam fuiſſe moram ab eo qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit. Sed de tota illa quæſtione (eſt enim perelegans & ſatis obſcura) tractandum erit pluribus Decade ſequenti. Nunc monuiſſe ſufficiat textus illos quibus mouetur Bartolus vt errorem ſuum tueatur ex *leg. vnic. §. pro ſecundo. C. de caduc. tollend. l. ſi in perſona 21. C. de fideicommiſſ.* ad rem non facere, quia ad fideicommiſſa ſingularia, non ad vniuerſalia pertinent, vt poſteà oſtendemus.

ERROR IX.

De filia per ſtatutum excluſa, quandiu maſculus ſupererit, An interim tranſmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut ſaltem petenda legitima.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an filia per ſtatutum excluſa ad heredem tranſmittat ius dicendi nullum teſtamentum patris in quo eſt præterita, à Bartolo, & Bald. agitata.*
2 *Sententia Bartoli filiam ius tranſmittere negantis.*
3 *Baldi in vtramque partem diſputatio.*
4 *Sententia autoris de propoſita quæſtione.*
5 *Teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt ita nullum eſt vt nunquam conualeſcere poſſit.*
6 *Suus heres præteritus quibus modis rumpat teſtamentum.*
7 *Filiam nihil tranſmittere potuiſſe ad heredes, admiſſis interpretum hypotheſibus.*
8 *Obiectio Baldi diluitur.*
9 *Poſthumus præteritus, viuo patre natus, etiamſi eodem viuo moriatur teſtamentum rumpit: ideoque diſſimile exemplum poſthumi quo Baldus vtitur.*
10 *Filia non poteſt ſuccedere in hereditate patris quæ maſculo iam fuerit acquiſita.*
11 *Bartoli diſtinctiones exploſa.*
12 *An filia excluſa & præterita ius petendæ legitimæ ad liberos tranſmittat.*
13 *Affirmantium firmamenta.*
14 *Negantium rationes.*
15 *Autoris ſententia.*
16 *Cur legitima filiæ de qua quæritur deberi non poſſit.*
17 *Quæ legitima dicatur æs alienum.*
18 *Statutum Ferrarienſe de redintegratione legitimæ filiæ excluſæ.*
19 *Facilius eſt vt filia redintegretur ad petitionem legitimæ poſt extinctos maſculos, quàm ad ſucceſſionem inteſtati.*
20 *Dies incertus pro conditione habetur.*

21 *Filia*

11 *Filia nullo ſtatuto excluditur à ſucceſſione inteſtati niſi fuerit congruè dotata.*

1 NOn poſſum facere quin hanc quæſtionem † ſubii-
ciam quæ à Bartolo primùm propoſita in *d.l.vlt.*
*§.quomodo in pendenti D.ad SC.Tert.n.3.*eadem à Baldo
quoque diligentiùs tractata eſt ad *l.2. num.8. C. de li-*
ber.præter. Præſuppoſito ſtatuto ita concepto, *filia do-*
tata non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſupererit,
quomodo ſtatutum Peruſinum conceptum eſt,& quòd
ex eiuſmodi ſtatuto filia etiam præterita prohibeatur,
dicere teſtamentum nullum quandiu maſculus viuit,
non etiam poſt mortem maſculi, quamuis ille patri he-
res extiterit, An ſi filia interim decedat, id eſt,viuo ad-
huc filio, poſtea verò filius ſine maſculis moriatur , vi-
debitur tranſmiſiſſe ius ſuum ad heredes vt poſſint di-
cere teſtamentum nullum, quomodo poſſet filia ipſa ſi
2 hodie viueret. Et Bartolus † quidem reſpondet cum
diſtinctione , Vt ſi huius filiæ liberi velint ſuccedere ex
perſona matris, non poſſint , quia cùm hereditas matri
delata nunquam fuerit , nihil potuit tranſmittere , ne
quidem ius deliberandi.*l.cum antiquioribus* 19.*C.de iur.*
delib. Si verò velint adire ex perſona propria , poſſint,
dummodò fuerint nati aut ſaltem concepti tempore
mortis aui *l.2. §. ſi quis proximior. D. vnd. cognat.* Ex
qua diſtinctione apparet non dubitaſſe Bart. quin hæc
filia nihil tranſmittere potuerit , ne quidem ad ſuos
deſcendentes , nullúmque ſuccededendi ius habeant
ipſius heredes ſi ſint extranei , quippe qui non poſſint
ſuccedere ex propria perſona Nam neque ratio vlla eſt
alia , cur putet Bart. non eſſe permittendum nepotibus
ex hac filia vt auo materno ſuccedant ex propria per-
ſona ſi fuerint concepti poſt mortem aui , quàm quòd
eo caſu ſint extranei , *l. Titius 6. cum l. ſeq. ff. de ſuis*
3 *& legit.* Baldus † verò in vtramque partem latiùs rem
diſputat. Ac primùm pro Bartoli opinione, quòd filia
hæc nihil poſſit tranſmittere , quia ius iſtud quod fi-
liæ , quandiu vixit , competiit dicendi nullum teſta-
mentum patris , conditionale eſt, & in diem incertam:
Ergo non tranſmiſſibile, *l. heres meus 79.iunct. l.quibus*
diebus 40. §. quidam Titio D. de condic. & demonſtrat.
Item, quia cùm filius interim quandiu vixit, fuerit he-
res efficaciter : Ergo filia non habuit interim ius deli-
berandi, nec adeundi , quorum tamen alterutrum habe-
re oportet eum , qui velit dicere teſtamentum nullum,
l.ſuus C. de repud.vel abſtin. hered. Proinde ſi nihil ha-
buit, nihil tranſmittit , *d. l. cum antiquioribus l. ſi quis*
filium 34. Cod. de inoff. teſtam. In contrarium tamen
argumentatur Baldus contra Bartolum ex eiuſdem Bar-
toli opinione , quam in ſuperioribus illam eſſe dixi-
mus , vt in propoſita ſpecie filia ſuccedens poſt mor-
tem filij retrò rumpat teſtamentum , faciátque vt iam
inde ab initio nullum fuiſſe videatur. Id enim ſi ita
eſt, inquit Baldus,habuit proculdubio filia quod tranſ-
mittere potuerit , licèt deceſſerit antequàm potuerit
agere de nullitate , *ex l. ſi primo 8. D. de liber. & poſt-*
hum. vbi Pomponius ſcribit , ſi primo herede inſtituto
filium exheredauero , à Secundo autem quem Primo
ſubſtitui , non exheredauero : & dum pendet an prior
aditurus ſit, filius deceſſerit, ſecundùm ſententiam qua
vtimur , non fore Secundum heredem , quaſi ab initio
inutiliter inſtitutum, cùm ab eo filius non fuerit exhe-
redatus. At quoniam hæc Bartoli ſententia Baldo non
probatur , qui , vt diximus contra defendit ita rumpi
teſtamentum per hanc filiam præteritam , vt tamen ex
nunc tantùm non etiam retrò rumpatur : concludit ille
cum Bartolo , non fieri tranſmiſſionem iuris dicendi
nullum teſtamentum : ratione illa , quam tamen Barto-
lus nunquam probaret , quòd interim valeat patris te-
ſtamentum, & quidem cum effectu : ſicut, inquit, cum
decedit poſthumus præteritus viuo teſtatore , quia tale
ius non eſt adhuc in potentia efficiendi aliquid. Ego
4 verò † quæſtionem hanc otioſam eſſe dico, &,ineptam,
vt pote quæ ex præſuppoſitionibus erroneis pendeat.
Supponit enim Teſtamentum hoc valere in quo præte-
rita ſit filia , quam ſtatutum à ſucceſſione excludit
quoaduſque maſculus ſupererit. Quod tamen falſum
eſt. Ab initio enim nullum & iniuſtum eſt ob ſuæ he-
redis præteritionem , ita vt non ſolùm valere non poſſit
cum effectu , quod vult Baldus , ſed neque in pendenti
5 eſſe,vt Bartolus exiſtimabat. Teſtamentum † namque,in
quo ſuus heres præteritus fuit,adeo nullum eſt, vt nec
poſſit vllo vnquam caſu vel tempore conualeſcere, nec
ſi filius viuo patre moriatur, *l. ſi filius 7. D. de liber. &*
poſth. Quòd ſi teſtamentum ab initio valeret , vt iſti vo-
lunt, falſum eſſet, quod iidem pro vero ſupponunt fieri
poſſe vt per filiam præteritá rumpatur aliquando. Inau-
ditum enim eſt vt ſuus heres præteritus † rumpat , niſi
6 vel agnaſcendo , vel quaſi agnaſcendo , vel ab hoſtibus
redeundo , qui omnes caſus nihil cum hoc noſtro ſi-
mile aut commune habent. Rurſus etiam admittere-
mus filiam hanc poſſe aliquo caſu rumpere ex poſt fa-
cto teſtamentum patris , non tamen poſſet eo ſenſu,
quo interpretes poſſe volunt , id eſt , illo etiam caſu,
quo hereditas agnita fuerit & maſculo acquiſita. Nam
nec poſthumus præteritus,nec nepos in locum filij ſuc-
cedens,nec filius ipſe reuerſus ab hoſtibus ita rumpere
vnquam poſſet. Sed ponamus, & habeamus iſta omnia
pro veris,vt quæramus & inducamus difficultatem no-
uam , & quæ re vera nulla eſt : At interim decedens filia
7 † tranſmitter aliquid ad heredes ſuos,ſiue ſint ex libe-
ris,ſiue extranei. Dico non poſſe quicquam tranſmitte-
re,ſiue defendas cum Baldo contra Bartolum valuiſſe in-
terim teſtamentum cum effectu, filiúmque quandiu vi-
xit , ex eo heredem extitiſſe , ſiue cum Bartolo contra
Baldum fuiſſe interim teſtamentum in pendenti , & po-
ſteà retrò nullum. Nec enim poteſt in pendenti eſſe
quandiu maſculus viuit, niſi filia quoque viuat,& ſuc-
cedere aliquando poſſit. Magis namque vita filiæ ſuſ-
penſionem hanc inducit,quia incertum eſt an moritura
ſit ante vel poſt fratrem , quàm vita filij, quem certum
eſt aliquando moriturum : quamquam hoc quoque in-
certum eſt an moriturus ſit cum maſculis,aut ſine maſ-
culis. Si enim ſuperſtitibus maſculis moreretur,perinde
illi amitam excluderent,atque frater ſororem. Filia igi-
tur præmoriente , cùm ſit certum non poſſe ampliùs il-
lam ſuccedere, fatendum eſt defineie teſtamentum per
eam rumpi poſſe , ideóque ſaltem ex eo tempore inex-
pugnabiliter confirmari,vt Baldus loquitur,ſi iam anteà
non erat inexpugnabiliter confirmatum. Prius enim eſt
vt filia ſit adhuc in rerum natura eo tempore quo defi-
ciunt maſculi , quàm vt poſſit quæri an teſtamentum
rumpat : ſicut & prius eſt vt rumpat , quàm vt retro
rumpat,aut retro nullum faciat. Neque dubitandum eſt,
etiamſi ſtatutum ita conceptum , *filia dotata non ſucce-*
dat quoaduſque maſculus aliquis ſupereris,eam interpre-
tationem à contrario ſenſu recipere poſſet quam dant
interpretes,vt deficientibus maſculis etiam qui heredes
extiterint filia poſſit ſuccedere,hoc ipſum tamen ſic in-
telligi deberet , quaſi habens tacitam illam conditio-
nem , ſi modò filia eo tempore adhuc viueret & ſucce-
dere poſſet. Quomodo enim iam mortua vel ſuccederet,
vel rumperet,vel nullum faceret teſtamentum ? Alioqui
non video qua ratione Bartolus velit hoc teſtamentum
eſſe in pendenti, ac non potiùs iam inde ab initio nul-
lum eſſe,aut pro rupto ſaltem vel nullo haberi,cùm du-
bitari non poſſit omnimodo futurum aliquando vt
maſculi deficiant nec aliud quicquam ſit propter quod
ſperari poſſit futurum , vt non rumpatur teſtamentum,
quàm quia poſſit facilè contingere vt ante filium filia
moriatur. Cur enim expectaretur tempus omnimodo
venturum , aut conditio quam certum eſſet omnimodo
exituram *d l.heres meus 79.in princip. De condition. &*
demonſtr.l.quod ſi 18.De cond.indeb. l ſi quis ua 33. D.

8 *de hered. inſtit.* Nec ad rem pertinet † quod Baldus obiicit ex *dict. l. ſi Primo* 8. *De liber. & poſth.* vt probet filium præteritum tranſmittere ad heredem ius dicendi nullum, licèt antè deceſſerit, quàm poſſet ipſe nullum dicere. Nam falſum eſt in illa ſpecie tranſmitti ius vllum à filio præterito ad ipſius heredem, licèt poſt mortem filij deſtituto per inſtituti repudiationem primo gradu, teſtamentum quod incipit à ſecundo in quo filius erat præteritus, nullum reperiatur: quia imò verò in ea ſpecie legitima patris hereditas ad eos pertinet qui legitimi heredes & proximiores quantum ad cauſam ſuccedendi reperiuntur eo tempore quo teſtamentum deſtituitur, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi quis poſthumos* 9. *§. ſi filium. verſ. ſed ſi heres & l. poſthumus* 14. *verſ. quo & ipſe caſu. eod. tit. De liber. & poſthum.* è contrario autem quod idem Baldus exemplum adfert de poſthumo præterito ante patrem defuncto, vt probet filiam hanc ſi ante fratrem moriatur, nihil ad heredem tranſmittere, alienum etiam eſt,
9 & omnino incongruum. Poſthumus † enim præteritus viuo teſtatore natus, etiamſi eodem viuo decedat, nihilominùs teſtamentum rumpit: adeo vt opus fuerit conſtitutione Diui Hadriani, non ad hoc, vt teſtamentum ipſo iure ruptum conualeſceret (nec enim vnquam conualeſcit) neque vt ex eo prætor bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas daret, quam & citra vllam conſtitutionem, ac de plano daturus æquè fuerat, ſi modò tabulæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ proponerentur, ſed vt ea bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam prætor daret heredi ſcripto, eſſet cum re, quæ alioqui futura omnimodo erat ſine re, *l. poſthumus* 12. *D. iniu. rupt.* Itaque non eſt quod quæramus an tranſmittat ille ius rumpendi. Quid enim eget iſta tranſmiſſione cùm ipſe rumpat? Aut ad quem poſſet tranſmittere cùm heredem nullum haberet, nec habere poſſit qui moritur filiusfamiliâs, & in patris ſuperſtitis poteſtate? At nos tractamus de filia, quæ facta ſui iuris per mortem patris heredem aliquem habere potuerit, & habuerit, de quo poſſit dubitari, an ex ipſius perſona & tranſmiſſionis iure poſſit ruptum aut nullum dicere teſtamentum. Nam & ipſa ſi viueret, non ſolùm rumperet, ſi interpretibus credimus, ſed etiam rumpendo ſuccederet, tanquam quæ ſucceſſionis capax eſſet mortuo iam patre, mortuo item fratre, per quem, & propter quem excludebatur: cùm tamen poſthumus viuo patre natus rumpat quidem, ſed nihilo magis rumpendo ſuccedat, quia viuentis nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedere, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* quo autem inſtanti poſſet ſuccedi, hoc eſt, mortuo demum patre, iam non eſt in rerum natura poſthumus vt poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ponimus enim defunctum illum viuo adhuc patre: mortuus autem ſuccedere nullo modo poteſt. Debuerat igitur Baldus ita poſthumi comparatione vti ad hoc potiùs, vt probaret filiam præteritam, quæ per ſtatutum prohibeatur ſuccedere quandiu maſculus aliquis ſupererit ſi maſculis omnibus ſit ſuperſtes, qui heredes extiterint, non ob id tamen poſſe ſuccedere, etiamſi admiſſo eo, quod neque admittendum fuit, vt poſſet rumpere, quia non ſemper qui rumpit, ſuccedit, ſed ita demum ſi termini ſint habiles, id eſt, ſi rumpat eo tempore quo ſuccedi adhuc poteſt. Atqui non magis
10 fieri poteſt vt filia † ſuccedat in hereditate patris quæ maſculo fuerit iam acquiſita, quàm vt poſthumus patri adhuc viuenti & ſuperſtiti ſuccedat. Eſt enim hoc vtrique caſui commune, quòd nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedi, licèt diuerſa ratione: viuo enim patre nulla adhuc ipſius eſt hereditas. Eo tamen defuncto ſi ſuperſtes filius heres ei extiterit, iam nulla ampliùs eſt, deſiitque eſſe per aditionem, cùm ex eo tempore conuerſa ſit in patrimonium filij, *l. ſed ſi plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. per curatorem* 90. *§. 1. D. de acq. hered.* Ergo etiamſi largiamur hoc Bartolo & Baldo vt filia præterita poſſit rumpere teſtamentum patris poſt mortem filij, fortè ſtatuto ita concepto, *vt filia dotata non poſſit rumpere teſtamentum quoadusque maſculus ſupererit.* Non erit tamen bona conſecutio, ſi ex eo inferas poſſe igitur illam ſuccedere in hereditate patris. Priùs enim tibi probandum eſſet ſupereſſe aliquam patris hereditatem, in qua poſſit ſuccedere: quod tamen nunquam probabis. Sicuti qui dicit & probat poſthumum præteritum rupiſſe teſtamentum, non ideò probat eum ſucceſſiſſe, vel ſuccedere potuiſſe, niſi probet ruptum fuiſſe teſtamentum eo tempore, quo potuerit poſthumus ſuccedere, quamuis dici ſolet poſthumum ſuccedere rumpendo, & rumpere ſuccedendo, *l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt.* tantum abeſt vt in caſu noſtro ius aliquod tranſmittere potuerit filia vel rumpendi, vel ſuccedendi. Minùs enim iuris neceſſe eſt habere hanc filiam, quàm poſthumum, quia poſthumus licèt non poſſit ſuccedere, cùm moritur ante patrem, poterat tamen aliquo caſu, & aliquo tempore ſuccedere: nimirum ſi contigiſſet eum patri ſuperſtitem eſſe: ideóque rumpit, non rupturus proculdubio, ſi nullo caſu eſſet ſucceſſurus. At filia hæc nullo caſu potuit ſuccedere, poſtquam filius heres fuit. Nam hereditas quidem quæ nulla eſt, nec vnquam fuit, quia pater adhuc viuit, aliquando tamen erit, nempe cùm pater morietur, quem aliquando moriturum certum eſt, & cui ſuperſtites fore liberos ſperari poteſt ex ipſo quoque non tantùm naturæ, ſed etiam parentis voto, *l. nam etſi* 15. *D. de inoff. teſtam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit, ſed eſſe iam deſiit, nunquam eſſe ampliùs poteſt, quia nullo modo poteſt reuiuiſcere. Neque igitur fieri vllo modo poteſt vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ ſuccedere nunquam poteſt? Quare nec illa Bartoli diſtinctio
† probabilis videri poteſt, An liberos heredes hæc 11
filia reliquerit, an extraneos: nec illa rurſus, An liberi ſuccedere velint ex perſona matris, an ex propria, & an concepti ſint viuo auo, an poſtea. Nam quæ ratio impedit filiam ipſam, ne poſſit ſuccedere poſtquàm filius heres fuit, eadem liberos ipſius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne poſſint ſuccedere quia hereditas nulla eſt, in qua ſuccedi ampliùs poſſit. Et inueniunt proculdubio ius quæſitum auunculo perfectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur ad *l. ſi quis filium num. 8. C. de inoff. teſtam.* at non quia mortua ſit mater quæ ex beneficio ſtatuti poterat admitti, vt ille ibidem putat, ſed quia hereditas maſculo acquiſita fuit, quæ ſi non eſſet, vtique & filia ipſa poſſet ſuccedere poſt mortem maſculi, & multo magis liberi
filiæ. Subinde quærit Baldus, An non † ſaltem ius 12
petendæ legitimæ ad huius filiæ liberos tranſmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria perſona, neque ex perſona matris, id eſt, ne quidem legitimam, quæ tamen iure naturæ in bonis aui ipſis aut ipſorum matri debeatur, *arg. l. ſi quis filium*, 34. *Cod. de inoff. teſtam.* In contrarium verò argumentatur, quia cum filia interim fuerit excluſa, nec potuerit ſuccedere aut iure ciuili, aut prætorio, nihil videtur interim habuiſſe quod tranſmiſerit, *arg. l. non eſt ambigendum* 12. *§. fin. D. de bonor. poſſeſſ.* Refert tamen Doctores † quoſdam ſubtiles pro filia conſuluiſſe, 13
quòd tranſmiſerit ius petendæ legitimæ ad heredem, quaſi legitima debeatur filiæ interim, licèt non poſſit eam petere in vita fratris. Nam ſtatutum, inquiebant iſti, non priuat eam præciſè, ſed imponit ei temporale ſilentium, & non intendit aliud ſtatutum facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu, ſed nō in exercitio, & ad trãſmittendum ſufficit ius in habitu habere, *d. l. ſi quis filium, & l. illud* 4. *§. vlt. D. de bonor. poſſ. contra tab. l. ſi quis in graui. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de SC. Silan.* Addebãt iſtam

legitimam

legitimam cenſeri æs alienum. Quidni ergo, ſi inte-
rim decedet filia, tranſmittet legitimam ad poſteros?
quam ſcilicet ius commune defert, & ſtatutum non
aufert, ſed ſuſpendit ad tempus. Et licèt tempus ſit
incertum, non debet haberi pro conditione, ſed pro
dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis, Cod. quando
dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit
14 Baldus Doctores † magis communiter contrà exiſti-
mare, quia iura quæ competitura ſunt alicui poſt
mortem alterius, & non antè, ſiue ſint vniuerſalia,
ſiue quaſi vniuerſalia, ſiue ſimpliciter particularia, in-
terim non recipiunt tranſmiſſionem. Addit non poſſe
negari quin iſta legitima ſit ſimilis mortis cauſa ca-
pioni: & talia iura niſi ſint certa, non tranſmittun-
tur, *l. vnic. §. ſin autem aliquid. & §. vlt. Cod. de caduc.
15 tollend.* Mihi tamen videntur parum † ſubtiliter agere,
qui iſta diſputant. Nam cùm legitima non ſint niſi
portio portionis ab inteſtato contingentis, certum
eſt non poſſe deberi legitimam ei qui ab inteſtato ſuc-
cedere non poteſt vt pluribus ſuprà docuimus. Atqui
filia hæc non potuit ab inteſtato ſuccedere quandiu
filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendæ ius
habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rurſum
poſt mortem filij, quem ponimus vitæ ſuæ tempore
heredem patri extitiſſe, vel volumus filiam poſſe ſuc-
cedere ab inteſtato rupto patris teſtamento in quo
præterita fuerit, vel non poſſe, ſi mecum ſentias, ne
tum quidem poſſe illam ſuccedere ab inteſtato, pro-
ptereà quod nulla ampliùs hereditas ſit, in qua ſuc-
cedi poſſit, illud ipſum conſequens fiet quod modò
dicebam, vt neque legitimam poſſit petere quandiu
à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt. Si verò cum Bartolo,
Baldo, cæteriſque interpretibus admittas eam ad ius
rumpendi teſtamenti, ſuccedendique ab inteſtato, iam
non erit quod de legitima tractetur. Nec enim poteſt
deberi legitima ei quæ ab inteſtato ſuccedat in tota
hereditate, imò nec ei quæ poſſit ſuccedere, quamuis
nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l. 4. D.
ad SC. Trebell.* filium qui omiſſa repudiata parentis he-
reditate ſolam legitimam habere mauult, non eſſe au-
diendum. Apparet igitur falſum eſſe quod ſubtiles
iſti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ
quamuis non poſſit eam petere in vita fratris. Duo
16 enim ſunt † quæ faciunt ne deberi poſſit: vnum, quòd
filia interim ſit penitus excluſa à ſucceſſione inteſtati,
alterum, quòd in eo tamen adhuc ſit ſecundùm inter-
pretes, vt aliquo caſu, & aliquo tempore poſſit ſuc-
cedere ab inteſtato. Sola namque ſpes ab inteſtato ſuc-
cedendi ſufficere poteſt ad petitionem legitimæ exclu-
dendam. Æque falſum illud eſt, quod iidem adde-
bant, ſtatutum hoc non priuare filiam præcisè, ſed ei
imponere duntaxat ſilentium temporale, nec inten-
dere aliud facere, niſi quod fœmina non agat contra
maſculum. Nam etſi quandiu non eſt acquiſita maſ-
culo hereditas, verum eſt, filiam non eſſe per ſtatu-
tum excluſam præcisè, ſed ad tempus duntaxat, id eſt,
quandiu maſculi ſupererunt qui poſſint ſuccedere, id
vnum agente ſtatuto ne fœmina poſſit cum maſculo
concurrere, & impedire ne ſuccedat ſolus maſculus,
acquiſitio tamen hereditatis, quæ ſtatuti beneficio in
ſolius maſculi perſona radices egit, illa eſt quæ filiam
ſemel excluſam in perpetuum excludit, cùm ex quo
tempore filius ſemel heres fuit, nunquam poſſit deſi-
nere heres eſſe, nullaque ſuperſit hereditas, in qua
ſiue filia, ſiue alius quiſpiam patri ſuccedere iterum
poſſit, conuerſa iam hereditate patris in patrimonium
filij, eiuſdémque heredis. Tantum abeſt, vt poſſit filia
rumpere teſtamentum quod iam confirmatum ſit ple-
niſſimè, non ſolùm per mortem teſtatoris, ſed etiam
per acquiſitionem hereditatis. Nec illud rurſum ve-
rum eſt quod iſti dicebant, legitimam cenſeri æs alie-
17 num. Neque enim ad aliam † legitimam id pertinet,
quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex con-
ſtitutione Diui Pij, de qua in *l. ſi abrogator. 22. D. de
adop. & in l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes. D. de inoffic.
teſtamento.* Nam ſicuti viuo patre præmatura eſt non
tantùm petitio, ſed etiam ſpes legitimæ conſequendæ,
l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor. ita poſt mortem pa-
tris neceſſe eſt vt legitima vel ſtatim debeatur, vel nun-
quam, cùm neque voluntas patris, neque aliud quic-
quam poſſit moram adferre petitioni, præſertim poſt
Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32.
C. de inoff. teſt.* Scio pleraque eſſe ſtatuta in Italia, quale
† eſt Ferrariæ, quibus cauetur, vt filia quæ propter 18
maſculos in perpetuum excluditur à ſucceſſione in-
teſtati, poſt eos tamen extinctos ad legitimæ ſuæ peti-
tionem redintegretur. Sed id fit per expreſſa verba ſta-
tuti, & ex nouo iure quod ei ſtatutum tribuit, non ex
priſtino illo iure communi, quod habuerat filia peten-
dæ legitimæ tempore mortis patris. Ius enim illud
commune fuit omnino, & in perpetuum extinctum
per excluſionem ſtatutariam, quæ propter maſculos
ſummouit filiam non minùs à legitima quàm à ſucceſ-
ſione tota inteſtati, ob idque nouo iure indiget filia &
noua prouiſione ac diſpoſitione ſtatuti, vt etiam poſt
extinctos maſculos legitimam ſuam conſequatur. Quo
exemplo facilè admitterem poſſe etiam in tota heredi-
tate ſuccedere filiam poſt maſculos extinctos tametſi
fuerint illi heredes, ſi hoc ipſum expreſſim ſtatuto
caueretur, præſuppoſito, quod interpretes volunt, &
nos ſemper negauimus, poſſe fieri per ſtatutum vt he-
res quis ſit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico neceſ-
ſariam eſſe in eam rem ſtatuti expreſſam autoritatem, vt
filia poſſit ab inteſtato ſuccedere ex iure ſtatutario, cum
fieri nequeat vt ſuccedat illa ex iure communi, à quo
fuit excluſa ex inſtanti acquiſitæ maſculo hereditatis.
Quanquam multò facilius eſt † vt redintegretur filia 19
per ſtatutum ad petitionem legitimæ poſt maſculos ex-
tinctos, quàm redintegretur ad ſucceſſionem inteſtati,
à qua fuerit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam
per acquiſitionem hereditatis in maſculi perſonam ſe-
cutam: maximè verò ſi maſculus heres fuerit ex teſta-
mento, quoniam acquiſitio hereditatis ſiue ex teſta-
mento fiat, ſiue ab inteſtato non tollit intellectum le-
gitimæ, nec eius petitionem, ſi quidem è contrario
legitimæ petitio non poteſt inſtitui, adeóque nec que-
rela proponi, niſi aduerſus eum qui iam ſit heres, *d. l.
Papinianus 8. §. ſi conditioni. & l. ſi quis filium 34. in fin.
C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt
nulla amplius hereditas ſit in qua ſuccedi poſſit: vt
proinde impoſſibile ſit filiam redintegrari per ſtatutum
ad ſucceſſionem inteſtati etiam verbis expreſſis, quin
noua per ſtatutum inducatur hereditas, vt poſſit in-
duci nouum quoque ius ſuccedendi ab inteſtato. Ideo-
que nec puto vllum eſſe ſtatutum in Italia, aut alio
vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum ſit, vt
poſteaquam filius patri ſuus heres extiterit, præſer-
tim ex teſtamento, adhuc tamen poſſit filia extincto
maſculo heres eidem patri eſſe ab inteſtato. Certè in
hunc vſque diem tale nullum vidi, nec audiui. Po-
ſtremò quod iidem iſti ſubtiles Doctores dicebant ſuſ-
penſionem iſtam ſtatutariam non tam pro conditio-
ne, quàm pro mora habendam eſſe fauore filiæ, vt illa
interim petere tantùm, non etiam tranſmittere pro-
hibeatur, prorſus improbabile eſt. Non enim fieri po-
teſt vt conditio † non ſit, aut ſaltem pro conditione 20
haberi debeat incertus dies in quem confertur ius
filiæ, ſi quod tamen ei ſupereſt poſt acquiſitam maſ-
culo hereditatem, *vulg. l. dies incertus 75. & dict. l.
heres meus 79. D. de cond. & demonſt.* & longè diuerſa
eſt ſpecies, de qua in *l. ex his verbis 5 Cod. quand. dies
legat. ced. & in l. Seius 46. D. ad SC. Trebell.* Nam in
illis ſpeciebus nihil eſt quod excludat petitionem, ſed
tantùm quod ſuſpendat. In propoſito autem licèt verba

ſtatuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, eſſet tamen filia excluſa in perpetuum à ſucceſſione inteſtati per hereditatis acquiſitionem in perſona maſculi magis quàm per ſtatutum, licèt nonniſi occaſione ſtatuti. Et in ſumma verum eſt generaliter, quod contra Doctores iſtos Baldus diſputat, Iura omnia, quæ non niſi poſt alterius mortem alicui competitura ſunt, eſſe conditionalia, quia poteſt fieri vt qui poſt mortem alterius aliquod ius habiturus eſt, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere neceſſe eſt, non tranſmitti, *l. Statius* 48. §. *Cornelio D. de iur. fiſc.* ſi modò addas exceptionem quam Baldus non addit, niſi cùm differendæ ſolutionis cauſa potiùs quàm animo conſtituendi incertum diem fideicommiſſi collata eſt diſpoſitio in alterius mortem, vt ſcribit Iauolenus in *d. l. Seius. in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta eſt fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l. ſi ita relictum* 43. §. *Pegaſus de legat.* 2. *l.* 3. §. *cùm Pollidius de vſur. l. Iauolenus* 15. *alias, l. eum qui. D. de an. legat.* Nihilne ergo, inquies, habebit hæc filia quandiu viuet aut quod ſaltem poſſit tranſmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipſa quamuis non ſit legitima, tamen legitimæ loco eſt, cùm legitima nulla debetur, ſicut & ſi legitima aliqua deberi poſſet, dos in legitimam imputaretur, *l. quoniam nouella* 29. *C. de inoff. teſtam.* Vix
21 enim † ſtatutorum vſpiam gentium eſt, quia nec valere poſſet, ſi eſſet tam inhumanum, quod excludat filiam à ſucceſſione inteſtati propter maſculos, niſi cùm filia fuit dotata. Quod ipſum ſemper ſic intelligendum eſt, ſi congruè & competenter dotata fuerit: tunc autem competenter dotata videtur cùm dotis quantitas reſpondet quantitati, quæ fuiſſet debita filiæ pro legitima, ſi datæ dotis tempore pater deceſſiſſet, túncque legitima aliqua filiæ debita fuiſſet, aut ſaltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima cauſa recedendum eſt è iudicio paterno, ſi pater ipſe dotem conſtituerit, magnæque probationes malè affecti ſine cauſa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia conſilium pater capere voluiſſe exiſtimetur, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, nullum affectum vincere paternum, *l. vltim. C. de curat. furioſi.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum eſt excludi eam à ſucceſſione inteſtati, adeóque à legitima per ſtatutum, quia & per teſtamentum excludi poſſet, niſi quòd ſi quid deeſſet integræ legitimæ ex tempore mortis æſtimandæ, ſupplendum filiæ eſſet per actionem ex teſtamento, *ex l. omnimodo* 30. *C. de inoff. teſtam.*

ERROR X.

De cautione non alienandi nec diſſipandi, præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſa quandiu maſculus aliquis ſupererit.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, An ſoror excluſa quandiu maſculus ſupererit poſſit à fratre cautionem exigere de non alienando aut diſſipando.*
2 *Bartolus in hac quæſtione dubius.*
3 *Baldi multò audacioris Bartolo affirmatiua ſententia.*
4 *Baldi aſſertio ex eo falſa quòd hereditatis acquiſitio impediat ne vnquam filia ſuccedat.*
5 *Iniqua verò, quòd libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem auferat propter incertum ius filiæ.*
6 *Caſus quibus cautionem de non diſſipando præſtat dominus à quæſtione propoſita valdè remoti.*
7 *Legatariis & fideicommiſſariis conditionalibus item ſubſtitutis cur caueatur.*
8 *Futuro heredi legitimo caueri prætor nunquam iubet.*
9 *Quando poſſit heres ſcriptus ſub conditione petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex eo teſtamento cuius conditio defecit, & de cautione ab eo præſtanda.*
10 *Excutitur cauſa præſtandæ à fratre cautionis quam adferunt pragmatici.*
11 *Acquiſitio hereditatis non obſtat quominus fideicommiſſario reſtituatur hereditas, ſed potius neceſſaria eſt.*
12 *Legitima capitur per manus heredis, non verò propria autoritate occupatur.*
13 *Exceptiones.*
14 *Baldum abuti l. inter omnes. D. qui ſatiſdar. cogant.*
15 *Hereditatis petitio eſt vindicatio.*
16 *Statuti verba non inducere fideicommiſſum in gratiam filiæ.*
17 *Concluſio, filiam cautionem exigere non poſſe.*

POſt tot errores ab interpretibus † excogitatos circa interpretationem ſtatutorum excludentium fœminas propter maſculos, ſiue per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis*, ſiue per verba ſuſpenſiua, & temporalem duntaxat excluſionem præ ſe ferentia, *quoaduſque maſculus aliquis ſupererit*, reſtabat vt de hoc quoque dubitarent, An cùm ſtatutum poſteriore modo conceptum eſt ita vt poſt mortem filij filia admitti poſſit, ius ſit filiæ petendi cautionem à filio de non diſſipando, nec dilapidando bona, & de hereditate reſtituenda in caſum, quo filius poſtea ſine liberis decedat. Sic enim quæſtionem concipit Bartolus † *ad d. l. vlt.* §. *quando in pendenti. num.* 4. *ad SC. Tertyll.* nec tamen audet reſpondere 2 quid ſentiat, ſed nobis relinquit cogitandam quid ſentire debeamus: adeo arduam ſcilicet, ſi diis placet, ac difficilem putat eſſe quæſtionem. Baldus verò, † vt 3 ſolet ille multò eſſe audacior intrepidè reſpondet in *l. ſi quis filium* 34. *num.* 9. *C. de inoff. teſtam.* poſſe cogi filium vt caueat: ſi incipiat dilapidare, aut ſit ſuſpectus, ex *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell. & l. inter omne* 12. *D. qui ſatiſd. cogant.* vt caueat, inquam, non ſolùm de non diſſipando & dilapidando, quomodo locutus fuerat Bartolus, ſed etiam de non alienando. Quæ ſententia apertè non ſolùm falſa eſt, verùm etiam iniqua. Falſa, † quoniam vt probauimus in præce- 4 dentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum etiam per illa verba *quandiu* aut *quoadvſque maſculus aliquis ſupererit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non idcirco eam admittit, aut vocat vllo caſu, verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet à lege communi, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quippiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperuixit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi verò

verò perſona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obſtare illi debeat, acſi adhuc viueret. Quomodo enim videri poteſt morte filij ſublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquiſitio, cùm etiam poſt mortem filij effectus acquiſitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil ſit niſi patrimonium filij, mutata ſcilicet conditione bonorum per mutationem perſonarum, *l. per curatorem* 90. §. 1. *D. de acqui. hered. l.* 1. *& tot. titul. D. de ſeparat.* Alioqui perinde dicam. Etiamſi filia hæc mortuo fratre incapax ſucceſſionis ex aliqua cauſa reperiatur, adhuc admittendam eam eſſe ad ſucceſſionem, tanquam ex ſtatuto vocatam, ſi ad eam admittendam ex ſtatuto nihil aliud requireretur niſi vt frater prædefunctus eſſet. Atqui nemo non videt quàm abſurdè id diceretur. Nec enim ſola mors filij poſſet reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia ſicut mors nihil inducit noui, niſi quòd perſonam fratris è medio tollit: Itaque aliud impedimentum poteſt remouere, quàm quod ex ipſius perſona proficiſcebatur, non ſi quod aliud ſuberat ex parte filiæ. Ergo neque ſi quod aliud ſuberat ex parte ipſius rei, cùm nihil ſit in verbis ſtatuti vnde poſſit colligi ſtatuentes de impedimento eiuſmodi amouendo cogitaſſe. Si enim cogitaſſent, vtique debuiſſent non tantùm conſeruare filiæ ius commune, ſed etiam expreſſis verbis, & ex ſpeciali iure ipſam vocare, amotis omnibus impedimentis quæ non tam ſtatutum ipſum, quam ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per ſtatutum inducuntur contra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem maſculi quandiù maſculus viuit, facilè per ſtatutum aut per ſtatuti interpretationem à contrario ſenſu tolli poſſunt, vt redeatur ad ius commune: quare illud eſt, vt ſi filius nullus ſuperſtes ſit: vel ſi quis eſt, abſtineat ſe bonis paternis, perinde poſſit filia ſuccedere ex iure communi acſi ſtatutum nullum eſſet, quaſi ceſſante his caſibus excluſione ſtatutaria per defectum conditionis ſub qua filiam excludi ſtatutum voluit. Sed quæ impedimenta non à ſtatuto ipſo præcisè & immediatè, ſed magis à iure communi proficiſcuntur ea quis credat ſublata eſſe, aut probabili interpretatione eſſe habenda pro ſublatis per ſtatutum, quod non aliam ob cauſam factum ſit quàm vt filiæ propter maſculum, etiam ius ipſum cõmune auferretur? Atqui in propoſita quæſtione, licèt per ſtatutum ipſum fiat, non per ius commune, vt ſolus filius patri poſſit ſuccedere excluſa filia in totum, quamuis non in perpetuum excluſa, vt tamen impediatur heres eſſe poſteaquàm filius heres fuit ex toto aſſe, non ſit ex ſtatuto, ſed ex iure communi, nouúmque iſtud & multò potentius impedimentum eſt ad filiam in perpetuum & incommunicabiliter excludendam, quia cauſam habet perpetuam, acquiſitionem ſcilicet hereditatis, quæ acquiſitio nunquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum ſtatuto inductum, quandiu ſolum fuit, id eſt, ſteterit in finibus deferẽdæ ſoli maſculo hereditatis, non potuerit eſſe niſi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium omittendæ per abſtentionem, vel agnoſcendæ hereditatis morte ipſius non finiri. Quænam ergo poteſt eſſe iſta interpretum ratiocinatio, vt ſublato per mortem filij impedimento ſtatutario & temporali, ſublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquiſitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec ſtatutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuiſſe per ſtatutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex ſtatutario commune per ſubſecutam in maſculi perſona hereditatis acquiſitionem. Non poteſt igitur falſa non eſſe Baldi ſententia, cùm ſupponat falſum, poſſe ſcilicet filiam ſuccedere patri ab inteſtato etiam poſtea quàm maſculus heres fuit. Sed quia de hoc multa iam ſcripſimus in præcedentibus, oſtendamus, etiamſi veris ſup-
poſitionibus niteretur, adhuc tamen iniquam † eam 5
fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hunc, quandiu vixit, heredem eſſe, ſi paternis bonis ſe immiſcere velit, quomodo ſanè vult ſe immiſcere quiſquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius eſt quàm auferri libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem? *l.* 2. *D. ſi à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata* 21. *Cod. mandat. l. qua ratione* 9. §. *hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim eſt filium, quandiu viuit, heredem eſſe: incertum verò an filia ſit vnquam ſucceſſura, cùm vt poſſit ſuccedere, admiſſis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat: nimirum vt & filius decedat ſine liberis, & filia ſuperuiuat. Quorum alterutrum ſi deſit, nec ipſi negant ſuccedere filiam nullo modo poſſe. Atqui vtrumque fieri facilè poteſt, vt & filia moriatur ante maſculum, & vt maſculus ſiue prior, ſiue poſterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam ſuperſtitem excludere debeant, ſiue ex vi verborum, ſi ſint maſculi: ſiue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus* 102. *De condic. & demonſt.* quamuis ſint fœminæ *l. cum acutiſſimi* 30. *Cod. de fideic.* Non ergo propter ſolam ſpem filiæ cuius tam incertus ſit euentus, onerari filius debet ſuperuacua vel ſaltem odioſa cautione, præſertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure ſui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo exiſtimabatur, nihil nactus morte patris niſi liberiorem adminiſtrationem, *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſt.* An verò habebit liberiorem adminiſtrationem ſi cogatur cauere ſorori de non alienando? Atqui, inquies, ſolet pleriſque aliis caſibus ea cautio præſtari, etiam ab iis qui interim ſunt domini, vt videre eſt in iis legibus quas pro ſe Baldus
adducit, vt puta † ſi quis rogatus ſit de hereditate alte- 6
ri ſub conditione, vel in diem reſtituenda *tot. titul. Vt legat. ſeu fideic. ſeru. cauſ. caueat.* ita vt ſi cautio ex aliqua cauſa interponi non poſſit obſtante fortaſſis iure patriæ poteſtatis, cùm pater rogatus fuit vt poſt mortem ſuam filio hereditatem reſtituat, & in fraudem fideicommiſſi aliquid fiat, potiùs eò veniendum ſit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id eſt, fideicommiſſi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi graſſari impunè in bonis fideicommiſſo ſubiectis. Quæ ſpecies & ſententia, & ratio eſt, *d. l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis ſub conditione heres ſcriptus eſt, ſi in defectum conditionis habuit ſubſtitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & ſine vlla cauſæ cognitione *l. ſub conditione* 5. *& ſeq. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* certum eſt cauere eum ſubſtituto debere *l. Paulus notat.* 8. *D. de prætor. ſtipulat.* Et, ſi defecerit conditio, adeuntem poſtea ſubſtitutum & petere hereditatem poſſe, &, ſi obtinuerit in petitione hereditatis, committi ſtipulationem, vt ſcribit Vlpianus in *d. l. inter omnes.* Verùm quis non
videt eſſe caſus iſtos ſpeciales? Cauetur enim † & le- 7
gatariis & fideicommiſſariis, quibus in diem aliquid vel ſub conditione relictum eſt, itémque ſubſtitutis, non ob id ſolùm quòd ſpem habeant conſequendi aliquando legatum vel fideicommiſſum, vel hereditatem, ſed quia eam ſpem habent ex defuncti voluntate, vt ſcriptum eſt in *d. l. Paulus.* §. 1. *cuius voluntatis præcipuam ſemper rationem habet prætor l.* 1. *ill. tit. D. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cauſ. caueat.* Itaque ſi quis ſperet quidem hereditatem, ſed non ex defuncti voluntate, at
quia † futurus ſit legitimus heres deficiente conditio- 8
ne inſtitutionis, inauditum eſt vt ei caueri iubeat prætor: alioqui ſcribendum erat in *d. l. Paulus.* & *in d. l. inter omnes.* cauendum eſſe omnibus ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire poteſt, quod tamen

non ita eſt. Loquuntur enim Iureconſulti de ſolo ſub-
ſtituto, quia cum factum eſt teſtamentum, & heres ali-
quis inſtitutus eſt, quamuis non niſi ſub conditione,
attamen dici non poteſt legitimum heredem ſuccedere
ex voluntate teſtatoris expreſſa: at nec fere ex tacita,
licèt dici ſoleat credi patremfamilias ſponte ſua relin-
quere legitimis heredibus ſuam hereditatem, *l. 3. in
princip. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill.* quia
teſtator qui heredem inſtituit ſub conditione, nec le-
gitimum heredem vllum habere voluit, ſi conditio im-
pleretur, nec in caſum deficientis conditionis præui-
dere potuit quis eo tempore agnatus proximus & le-
gitimus ſucceſſor futurus eſſet. An ergo heredi teſta-
9 mentario, † qui non niſi ſub conditione ſcriptus fuit
permittendum erit, vt legitimum heredem quiſquis
ille tandem ſit, impunè fraudauerit, petita bonorum
poſſeſſione ſecundũ tabulas ex eo teſtamento cuius cō-
ditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris benefi-
cium legitimis heredibus eſſet captioſum, contra,
quàm propoſitum ſit prætori? Neque enim is benefi-
cium ſuum cuiquam vult eſſe captioſum, vt ex Pauli
ad Papinianum nota ſcriptum eſt in *dict. l. Paulus.*
Verùm reſpondeo nullam ineſſe legitimi heredis ca-
ptionem, quia deficiente conditione inſtitutionis, ea
bonorum poſſeſſio quam interim ſcriptus heres ſecun-
dùm tabulas acceperit, futura eſt ſine re, niſi proponas
heredem ſcriptum eſſe ex liberis, aut ex alijs, qui ab
inteſtato bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, *d. l. ſi ſub
conditione* 5. *D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* vbi Vlpianus
ſcribit, ſi filius ſit qui pendente conditione bonorum
poſſeſſionem ſecundum tabulas accepit, tuendum eum
eſſe quaſi contra tabulas bonorum poſſeſſione accepta,
ita vt ſolis liberis parentibuſque legata præſtare coga-
tur, non etiam cæteris, præterquàm ſi quis ſit, cui fue-
rat relictum fideicommiſſum ab inteſtato. Huic enim
erit omnimodo præſtandum à filio, quaſi videatur hoc
ipſo fraudatus hic fideicommiſſarius quòd ex teſtamen-
to petita ſit bonorum poſſeſſio: ſicut è contrario præ-
ſtantur etiam ab inteſtato legata & fideicommiſſa quæ
in teſtamento relicta fuerant, quoties ſcriptus heres
omiſſa cauſa teſtamenti dolo malo poſſidet ab inteſta-
to hereditatem *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.
hered. ab inteſt. poſſid.* Si verò non filius ſit, ſed agnatus
cognatúſve is, qui ſub conditione ſcriptus fuit, & bo-
norum poſſeſſionem ſecundum tabulas interim petiit,
rem habere videbitur, quaſi ab inteſtato, ideoque nec
vlla legata, vel fideicommiſſa debebit quæ teſtamento
relicta fuerant, niſi ſi quæ fuerint etiam ab inteſtato
repetita. Quod ſi nec filius, nec agnatus cognatúſve
ſit, non poterit rem habere, ſed fiet ſine re ea bonorum
poſſeſſio, quam accepit, rémque habebit ſolus ille qui
ab inteſtato vel legitimus heres, vel bonorum poſſeſſor
erit. Cui proinde nil nocebit quid heres inſtitutus alie-
nauerit medio tempore, cum ex poſt facto appareat
alienandi ius nullum habuiſſe illum qui neque domi-
nus, neque poſſeſſor vnquam fuiſſe intelligitur. Si ta-
men conſtaret heredem hunc ſub conditione ſcriptum
accepta bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas diſſi-
pare bona in fraudem eius qui deficiente conditione
legitimus heres futurus eſſet, non negarem cogendum
eum vt cautionem præſtaret, quam ſcilicet prætor ſo-
let iubere interponi, quoties eius interponendæ cauſa
aliqua eſt, *dict. l. inter omnes. l. in omnibus* 41. *D. de
iudic.* Cauſa verò iuſtior nulla eſſe poteſt, quàm ſi à
poſſeſſore quid fiat in fraudem *d. l. Imperator.* Sed hoc
contendo, non eſſe iuſtam, † cauſam interponendæ
10 cautionis ſolam illam, quòd poſt mortem filij bona
peruentura ſint ad filiam ſi non etiam fraudis conſilium
& probatio accedat. Et tamen cum hanc quæſtionem
proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & ſic loqui-
tur quaſi ad extorquendam à filio cautionem ſufficere
illud poſſit, quòd poſt eius mortem filia ſit ſucceſſura.

Melius hac parte Baldus, qui cum reſpondet cogēdum
filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit dilapi-
dare bona,* ſed ſi non alio caſu voluit cautionem præ-
ſtari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquiſ-
ſet nobis cogitandum quid ſentiendum eſſet præſup-
poſita dilapidatione cum fraudis cōſilio. Nã nec dilapi-
datio, nec fraudis conſilium requiritur ad extorquen-
dam conditionem in ſpecie *d. l. inter omnes,* quam pro
ſe Baldus adducit: et neque cum ipſo legato vel fidei-
commiſſo in diem, aut ſub conditione relicto cautio
poſtulatur. Et hoc nimirum erat, quod Bartolo mate-
riam dabat exiſtimandi filium in hac ſpecie cauere co-
gendum, etiam prius quàm dilapidare fraudíſque con-
ſilium gerere probaretur, quaſi non malè poſſet filius
æquiparari heredi grauato per fideicommiſſum, poſt
cuius ſcilicet mortem peruentura ſit ad filiam heredi-
tas, quæ proinde & ipſa æquiparanda eſſet fideicom-
miſſariæ ſaltem conditionali. Nam & ſic Bartolus quæ-
ſtionem concipit, An filius cauere debeat de heredita-
te reſtituenda. Sic enim Bartolum ſcripſiſſe non dubi-
to, vt vulgò legitur, *retinenda*: Et ſanè ſiue de ſtatuta-
ria, ſiue de conuentionali excluſione & redintegratione
loquamur, nulla penitus ratio eſt redintegrandæ filiæ
ad ſucceſſionem patris, à qua iam excluſa ſit non mo-
dò per ſtatutum ob exiſtentiam maſculi, ſed etiam per
acquiſitionem hereditatis in perſona maſculi ſecutam
niſi fiat ea redintegratio per modum reſtitutionis &
velut fideicommiſſi, hoc eſt, per manus heredum maſ-
culi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus
ad probandum hereditatem † ſemel filio acquiſitam, fi- 11
liæ acquiri directò poſtea nunquam poſſe, non habent
locum in fideicommiſſo: cui tantum abeſt vt obſtet
acquiſitio filij, vt è contrario neceſſe ſit præcedere ac-
quiſitionem vt reſtitutio ſequi poſſit: Siquidem reſti-
tuere nemo poteſt id quod non habet, quemadmodum
videre eſt in toto tractatu Senatuſconſulti Trebelliani,
itémque in legitima quæ dicitur reſtitui & reddi in *l.
ſi quis ſuo* 33. *C. de inoff. teſtam.* quia capitur neceſſariò
per manus heredis, à quo ponendum eſt aditam fuiſſe
hereditatem priuſquam de legitima quæratur, *d. l. ſi
quis filium* 34. *in fin. l. ſcimus* 36. *§. illud. eod.* licèt Bal-
dus ad *d. l. ſi quis ſuo parent.* iis verbis *reſtituendi & red-
dendi* ſignificari in ea lege actum facti magis quàm mo-
dum ſuccedendi: motus ex eo, quod legitima hodie
debeatur iure directo non fideicommiſſi: quod falſum
eſt, ſi ſic ille intelligit vt poſſit filius † legitimam pro- 12
pria autoritate capere, nec eam debeat conſequi per ma-
nus heredis. Præſertim cùm certum corpus pro legiti-
ma legatum non eſt. Nam ſi legatum eſſet, vtique non
deberet filius deterioris conditionis eſſe quàm alius
quilibet legatarius: cui licebat olim relicto per vindi-
cationem legato, capere illud propria autoritate non ex-
pectato herede, vt Caius in Inſtit. ſcribit, ſed cùm hoc
quoque à Iuſtiniano immutatum hodie ſit, protracto
interdicto, *Quod legatorum* ad omnia legata, additiſque
ob eam cauſam in legati definitione illis verbis, *ab he-
rede præſtanda.* §. 1. *Inſtit. de legat.* verius eſt ſemper le-
gitimam peti præſtarique debere, nunquam verò pro-
pria autoritate occupari, ſinon † eam nominatim pote- 13
ſtatem teſtator dederit, aut titulo inſtitutionis certum
corpus pro legitima reliquerit, quod non ſemper fieri
neceſſe eſt, vt alio loco probauimus. Et quod idem Bal-
dus † pro tuenda ſua interpretatione tanquam ſimile 14
adduxit *ex d. l. inter omnes,* quaſi in ea ſpecie caueat he-
res de hereditate reſtituenda ſubſtituto, qui tamen dire-
cto iure ſuccedit, hoc verò ad rem non pertinet. Neque
cùm lex ait cauendum eſſe in ea ſpecie de hereditate
reſtituenda, ſed de hereditate ſimpliciter, ſcilicet con-
ſeruanda, ne qua ex parte in ſubſtituti fraudem dimi-
nuatur. Quamquam hereditatem quoque reſtitui ne-
ceſſe eſt ſi hereditatis petitio inſtituatur *l. vltim. D. de
hered. petit.* At non tanquam ex fideicommiſſo, ſed eo
iure

iure quo poſſeſſores omnes etiam à quibus res aliqua ſingularis petitur per vindicationem, id ipſum quod
15 petitur reſtituere iubentur, *l. officium 9. l. qui reſtituere 68. & paſſ. D. de rei vindicat.* Nam & hereditatis † petitio vindicatio eſt, licèt habeat etiam mixtam perſonalem actionem, *l. hereditatis 7. Cod. de petit. hered.* quia vniuerſale iudicium eſt quod pleraſque admittit præſtationes perſonales, *l. ſed etſi 25. §. penultim. D. eod.* Cùm ergo non alio iure poſſit filia poſt maſculi mortem ſuccedere, quàm ex fideicommiſſo quando filius heres fuit, apertè conſequens fit non poſſe illam ſuccedere ex ſtatuto ita concepto, *Filia dotata non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſuperſtes erit*, cùm in to-
16 ta hac formula † nulla ſint verba fideicommiſſi, aut ex quibus fideicommiſſum etiam per commentitiam interpretationem induci poſſit. Neque ſanè video, quomodo ſtatutum poſſit fideicommittere, quod ſolus hominis, non etiam legis proprium eſt. Poteſt quidem lex verba hominis directa flectere ad fideicommiſſum ex aliqua cauſa, vt in ſpecie, *l. Scæuola 76 D. ad Treb.* aut etiam obligare aliquem vt alteri reſtituat, quod habet per actum facti, vt Baldus loquitur, ſed non per modum ſuccedendi, vel fideicommiſſum per ſe inducat. Primus enim eſt vt alicuius fidei ſit commiſſum ab aliquo, & in alicuius fauorem, quàm vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit. In propoſito autem ſi ſupradicta ſtatuti verba ad fideicommiſſi cauſam trahi poſſent, vtique non ad actum facti, ſed ad modum ſuccedendi neceſſariò pertinerent, cùm ſint de ſuccedendo, aut potiùs de non ſuccedendo. Quam formulam negatiuam nemo negauerit multò ineptiorem eſſe ad inducendum fideicommiſſum, quod ſine verbis affirmatiuis adeóque diſpoſitiuis induci nunquam poteſt. *§. vltim. Inſt. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. quidam cùm filiumfamilias. 46. D. de her. inſt. l. qui filium. 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fi. D. ad SC. Treb.* Concludamus † itaque, ſiue filius dilapidet bo- 17
na patris ſiue non dilapidet, nullo prorſus iure facturam filiam ſi velit eum adigere ad præſtandam cautionem, cùm ipſa nullo caſu nullóque tempore ſit ſucceſſura. Niſi fortè tanquam ipſius fratris heres, ſi eam heredem habere frater velit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Quo caſu eueniente erit quidem illa heres patris, ſed mediatè, id eſt, per mediam ipſius filij perſonam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro ſuo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquam niſi ex hereditaria ipſa cauſa habituro? Nam neque iurata pactione poſſet ſe frater obſtringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotali 15. Cod. de pact. l. ex eo. 4. Cod. de inut. lib. ſtipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. obligat.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaprima.

ERROR PRIMVS.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de fideicommiſſi vniuerſalis ceſſione & tranſmiſſione.*
2 *Fideicommiſſum ſingulare tranſmiſſibile & ceſſibile.*
3 *Fideicommiſſum vniuerſale primùm ex eo, quòd cedi nequeat, tranſmitti non poſſe.*
4 *Secundò ex eo quòd in reſtitutione hereditatis ex Trebelliano attenda ſit voluntas teſtatoris qui de fideicommiſſarij herede non cogitauit.*
5 *Ratio cur fideicommiſſum vniuerſale cedi non poſſit.*
6 *Molinæus cenſet fideic. vniuerſale cedi poſſe.*
7 *Quilibet heredis rogati ſucceſſor rectè ex Trebelliano hereditatem reſtituit.*
8 *At fideicommiſſarij heredi reſtitutio fieri non poteſt.*
9 *Valdè intereſſe cui reſtituatur hereditas.*
10 *Ad quem heredem rogatum pertineat SCti Trebelliani autoritas.*
11 *De ſententia l. apud. Iulianum. 11. §. vtrum D. ad SC. Trebell. vbi Bartoli interpretatio exploditur.*
11 *Cur non habeatur hereditas pro reſtituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore.*
13 *Alia confirmatio ex l. poſtulante. 44. D. ad Trebell. cuius ſententia exponitur.*
14 *Prima obiectio interpretum petita ex d. l. poſtulante diluitur.*
15 *Secunda obiectio ducta ex l. 16. §. item Mæcianus D. ad Trebell. refellitur.*
16 *Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt.*
17 *Subſtitutus vulgaris ſuccedit in locum, non in ius eius cui fuit ſubſtitutus.*
18 *Tertia obiectio petita ex eo quod fideicommiſſa conditionalia tranſmittuntur ad heredem per diſtinctionem euertitur.*
19 *Fideicommiſſi etiam vniuerſalis dies ex quo tempore cedat, vbi Dyni error.*
20 *Ex eo quod fideicommiſſum purum cedit à die mortis teſtatoris, non rectè infertur illud ad heredem tranſmitti.*
21 *Ex eo quòd heres ſuccedat in omnia iura defuncti non ſequi vniuerſa fideic. tranſmitti poſſe.*
22 *Exponitur l. Seius Saturnius. 46. D. ad Treb. quæ pragmaticorum errorem tueri videtur.*
23 *Obiectio deprompta ex l. 3. C. de fideicom. refertur & refellitur.*
24 *Alia obiectio ex l. quidam ita. 25. D. ad Treb. remouetur & Bartoli ſententia reiicitur.*
25 *Inſtantia, quâ probatur in ſpecie d. l. quidam ita fideicommiſſum fuiſſe vniuerſale, diluitur.*
26 *Fideicommiſſarius puer quando tranſmittat fideicommiſſum.*
27 *Alia obiectio petita ex l. à teſtatore. 109. de condit. & dem. refellitur: & d. l. ſenſus explanatur.*
28 *Non ſequi fideic. vniuerſale non tranſmitti, quod non adita hereditas non tranſmittatur.*
29 *Hereditas non adita cur nōn tranſmittatur.*

Duplex

1 DVplex † quæſtio eſt, ſed ſimul à nobis tra-
ctanda, de fideicommiſſo vniuerſali, An
2 cedi poſſit, & an tranſmitti. De ſingulari †
enim, quod male noſtri vulgò particulare
vocant, nemo dubitat quin ad heredem tranſmitti poſ-
ſit ſi modò eius dies fideicommiſſario viuo ceſſerit ex
l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideicommiſſ. ced. &
conſequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes
pro veriſſima habent. Quicquid tranſmiſſibile eſt, eſſe
ceſſibile, & contrà, *l. ex pluribus 42. D. de adminiſtrat.
& peric. tutor.* At de vniuerſali maior dubitandi ratio
eſt, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video †
3 enim non poſſe illud cedi, ne quidem dotis cauſa, id-
que tam apertè ſcriptum eſſe in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe
D. de iur. dot.* vt nec ferè quiſquam diffiteatur. Con-
ſequens igitur eſt ſuperiori iuris regulæ, vt neque tranſ-
mitti poſſit, & tamen tranſmitti poſſe communiter cre-
ditum eſt, & à pragmaticis noſtris receptum, non alia
ratione, quàm quia pleriſque iuris locis idipſum pro-
bari crediderunt, de quorum veriore interpretatione
quærenda cur non laborauerint, illud in cauſa fuit,
quod iuris rationem qua præcipuè moueri debuerant,
aut non inueſtigarunt, aut negligentiùs inueſtigata
non inuenerunt. Me, vt contrà ſentirem, illud iampri-
4 dem impulit, quod ſcio fideicommiſſi † vniuerſalis re-
ſtitutionem non aliter fieri poſſe quàm ex autoritate
Senatuſconſulti Trebelliani, cuius ſolius poteſtate fit,
quod alioquin ex iuris communis ratione fieri nun-
quam poſſet, vt ab herede rogato, qui etiam poſt here-
ditatis reſtitutionem heres manet, actiones vtiles in fi-
deicommiſſarium transferantur, & quas habet, & qui-
bus obſtrictus eſt, vtque heredi, ſi poſt reſtitutam here-
ditatem directis actionibus, vel debitores hereditarios
conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur,
proſit ei, noceátque viciſſim exceptio reſtitutæ heredi-
tatis, *l. 1. ita tam 27. qui ex Trebelliano, & paſ. D. ad SC.
Treb. §. reſtituta, & ſeq. Inſt. de fideicomm. hered.* At-
qui Senatuſconſulti Trebelliani verba eum duntaxat
caſum complectuntur, quo hereditas reſtituatur ex te-
ſtamento, & ſicuti teſtator rogauit *d. l. 1. & l. ſed etſi
alio 9. §. vlt. cum l. ſeq. eod.* vbi hanc ob cauſam ſcri-
ptum eſt, ſi quis ſub conditione fuerit heres ſcriptus,
aut purè quidem, ſed rogatus ſub conditione vel in
diem reſtituere hereditatem ante diem, vel ante condi-
tionem reſtituerit, nihil agi, nec transferri actiones,
quia, inquit lex, non ita reſtituitur hereditas ſicuti te-
ſtator rogauit: adeò vt etiamſi poſtea extiterit condi-
tio, vel dies venerit, non tamen conualeſcat reſtitutio,
ne quidem ex benignitate, niſi benigniorem ſententiam
illud inducat quòd heres ratam habuerit reſtitutionem
eo tempore, quo ſi reſtitueretur, voluntati teſtatoris ſa-
tisfactum dici poſſet. Ergo reſtitutionem hereditatis
factam heredi fideicommiſſarij fatendum non valere,
aut alio quàm Senatuſconſulti Trebelliani iure defen-
denda erit, quandoquidem nemo rectè dixerit reſtitui
hereditatem ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, ſi
non ipſi fideicommiſſario, ſed eius heredi, ſiue teſta-
mentario, ſiue legitimo reſtituatur. Nec enim ſicut de
fideicommiſſario teſtator locutus eſt, ita & de fidei-
commiſſarij herede ſenſiſſe videri poteſt, cùm is ad te-
ſtatoris ſucceſſionem non veniat ex ipſius iudicio ne-
que expreſſo, neque tacito, vt de heredis herede ſcriptũ
eſt in *l. quilibet is 8. §. 1. De vulg. & pup. ſubſt.* quia ſem-
per eſt incertus *l. ſciendum 70. De verb. ſignif.* Quæ
5 etiam † ratio & quidem vnica eſt propter quam faten-
tur omnes fideicommiſſum vniuerſale cedi non poſſe:
quam nec obſcurè inſinuat in *dict. l. ſi mulier 59. §. ex
aſſe. de iur. dot.* licèt eius vim & poteſtatem pauci per-
ceperint. Non illi ſanè qui auſi ſunt dicere ceſſionem
fideicommiſſi vniuerſalis valere, quod primus ſenſit
6 Card. † Molin. conſil. 1. non ſibi temperans, quin &
inueharur in interpretes qui tam abſurdam, vt ille pu-
tat, ſententiam induxerint, & in ſupremarum quoque
Curiarum magiſtratus, quorum decretis tam multis, &
ſi ipſi credimus, iniquiſſimis, ea ſententia paſſim fuerit
comprobata. Multò minùs autem illi qui tale fidei-
commiſſum, quod cedi poſſe negant, tranſmitti poſſe
volunt. Quod tantum abeſt vt prudentes noſtri vn-
quam ſenſerint, vt nec de eo dubitaſſe vſquam repe-
riantur. Videas quidem eos nonnunquam quærere, An
hereditatis reſtitutio fieri poſſit per heredem heredis,
quaſi nec Senatuſconſulti Trebelliani autoritatem ha-
bitura ea ſit, cùm ſolius heredis inſtituti perſona Tre-
belliano contineatur, vt Paulus diſputat in *l. quamuis
40. §. 1. ad SC. Trebell.* vbi tamen concludit hoc iure
nos vti, vt & ſucceſſor † heredis quilibet rectè ex Tre- 7
belliano reſtituat, ſiue heres ille ſit, ſiue bonorum poſ-
ſeſſor, vel pater dominúſve, quibus acquiſita ſit here-
ditas. Omnes enim, quicquid iuris habent, ex Trebel-
liano Senatuſconſulto reſtituere debent, nec intereſt,
an is qui ſcriptus eſt, an pater, dominúſve reſtituere
rogatus ſit. Abſurdum ſi quidem eſſet, ac calumnio-
ſum prætextu conſeruandæ voluntatis defuncti, qui ab
herede inſtituto, non ab ipſius ſucceſſore reſtitui here-
ditatem iuſſerit, impedire reſtitutionem hereditatis, at-
que ita facere vt hereditatem ſibi retineat heredis ſuc-
ceſſor, quam heres ipſe teſtatori multò dilectior, ſi vi-
ueret, reſtituere cogeretur. Sufficere igitur debet adi-
tam eſſe teſtatoris hereditatem ab hoc vt tota ipſius vo-
luntas rata conſtituatur, *l. ſi patroni 45. §. qui fideicom-
miſſam. eod. tit.* nec poſſit amplius decipi fideicommiſ-
ſarius morte heredis, vt loquitur Vlp. in *l. ille à quo 13.
§. 1. verſic. quid ergo, in fin. eod. tit.* At non ſimiliter † 8
poſſit quis niſi ineptè dicere, reſtitutionem hereditatis
fieri poſſe heredi fideicommiſſarij, quamuis Senatuſ-
conſulto ſolius fideicommiſſarij perſona contineatur,
quia in perſonis ſucceſſorum heredis & fideicommiſſa-
rij omnia ſunt diuerſa. Teſtator vtique magis diligit
fideicommiſſarium, quàm heredem proprium quod ad
effectum retinendi commodi hereditatis, & conſequen-
ter multò magis quàm heredis ſucceſſorem, quem nec
cognouit, vel honorauit. Sed fideicommiſſarij here-
dem, quiſquis ille ſit, non poteſt videri tantopere dile-
xiſſe, vt eum proprio heredi ſuo prælatum voluerit, id
eſt, hereditatem fideicommiſſariam ad eum, ſi fideicom-
miſſarius præmoreretur peruenire, potiùs quàm penes
heredem inſtitutum remanere. Et in ſumma parum in-
tereſt quantum ad teſtatoris voluntatem à quo reſtitua-
tur hereditas, ſed valdè † refert cui reſtituatur. Non 9
enim curæ fuit teſtatori qui reſtitueret, dùm ne heredi-
tas penes heredem rogatum ipſiúſve ſucceſſores potiùs
quàm penes fideicommiſſarium remaneret. At curæ illi
maximè fuit cui hereditas reſtitueretur, adſcripto in
hanc rem fideicommiſſo, & præterea hoc acto, vt ſic re-
ſtitutio fieret ne poſt reſtitutam hereditatem oneribus
hereditariis obſtrictus eſſet heres, qui teſtatoris vo-
luntati pleniſſimum obſequium præſtitiſſet. Nam & ad
hunc ſolum Trebelliani Senatuſconſulti autoritas per-
tinet, non etiam ad eum qui ex hereditate reſtituenda
deducit quartam. Hic enim, quia non reſtituit ſicuti te-
ſtator voluit, contra cuius voluntatem retinet quar-
tam, non transfert actiones in fideicommiſſarium, ne-
que quas habet, neque quibus obſtrictus eſt, ſi iuris ra-
tionem ſpectes, ex quo † ob hanc cauſam fiebat olim 10
vt ſtipulationes emptæ & venditæ hereditatis, aut par-
tis, & pro parte inter heredem & fideicommiſſarium
interponi oporteret, vt vtriuſque indemnitati conſule-
retur, quemadmodum Iuſtinianus refert *in tit. de fidei-
commiſſ. hered.* quamuis, vt ille ibidem ait, ſublatus ſit
hodie vſus earum ſtipulationum quantum ad hanc ſpe-
ciem, ſublato ſcilicet Senatuſconſulto Pegaſiano, tranſ-
fuſóque in Trebellianum, vt omni caſu, quo reſtitutio
hereditatis fit, tranſlatio quoque actionum fiat. Hanc
verò ſententiam noſtram † apertè probat Vlpianus in 11

l. apud

l. apud Iulianum XI. §. vtrum. D. ad SC. Trebell. in illis verbis, *& ante deceſſerit fideicommiſſarius quàm ei reſtituatur hereditas.* Quid enim eſſet verendum ne moraretur in damno heres, fideicommiſſario ante reſtitutionem decedente, ſi ita ius eſſet vt heredi quoque fideicommiſſarij reſtitui fideicommiſſum hereditatis poſſet? Scio totum illum locum ſic à Triboniano corruptum eſſe, vt Triboniani magis quàm Vlpiani eſſe videatur. Idque pluribus docui lib. 18. Coniectur. Sed tamen non ſunt verba illa ex Tribonianea iuriſprudentia, ſed ex vetere, vt facilè quiuis videre poteſt, ſiue Vlpiani, ſiue Triboniani. Nec reſponderi poteſt quod vnus Bartolus & alij reſpondent in *l. cùm filiofamilias 11. D. de leg. 1.* fideicommiſſarium in illa ſpecie deceſſiſſe ſine herede. Nam præter id, quòd commentitia reſtrictio eſt, non eſt etiam probabilis. Æquè facilè enim poterant adiici verba illa *Sine herede*, ſi alio nullo caſu periculum erat vt heres in damno moraretur, ſicut & in *l. 1. §. Pomponius quærit. D. de poſſ. l. habere 57. D. de euict. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. D. de ſolut.* Fateor in alia ſpecie, quam Tribonianus de Antiſtia ſubiungit tractari de fideicommiſſaria quæ deceſſerit ſine herede, & ante acceptam libertatem. Sed & principium & finis tractatus generaliorem habet ſententiam pertinentem ad omnes caſus, in quibus agitur de compellendo herede vt adeat & reſtituat. Illud ma-
12 gis mirum eſt, cur non † habeatur hereditas pro reſtituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore. Sed dici poteſt, id fieri, quia plerunque circa mandatum multæ dubitationes emergunt, propter quas vt plurimùm neceſſaria eſt cautio de rato, *l. qui ita 66. §. 1. D. eod.* quibus locus nullus eſt cùm fideicommiſſarius ipſe cogit heredem. Quo enim colore poſſet ille poſteà reſtitutionem recuſare, aut etiam illius heres? Sed an non moram reſtitutioni facit heres, qui non adit niſi coactus? Atqui mora facit vt fideicommiſſum exinde pro reſtituto habeatur, vt poſtea dicemus. Habet ergo is locus, quantum ad hoc, ſpecialem rationem, quòd coactio facta fuerat per procurationem. Huc etiam ſolet
13 referri quod tractat † Marcellus in *d. l. poſtulante 44. D. ad SC. Trebell.* ſi ſeruus, qui eodem teſtamento & libertatem directam & fideicommiſſariam hereditatem acceperat, heredem ſuſpectam dicentem adire coegerit per prætorem, mox priuſquam in recipiendi hereditate moram faceret, deceſſerit relicto herede Titio, qui poſtea oblatam ſibi hereditatis reſtitutionem accipere noluit, non aliter poſſe in Titium tranſire actiones quàm ſi Senatuſconſultum, cuius eo loco fit mentio, quod de ſolo manumiſſo locutum eſt, ad ipſius heredem protrahatur. Quid enim hoc eſſet neceſſe, ſi ex iuris ratione fideicommiſſaria hereditas fideicommiſſarij heredi reſtitui poſſet? Fateor in ipſo manumiſſo neceſſarium fuiſſe Senatuſconſultum, quoniam ita ſemper ius fuit vt ſeruus non poſſet conueniri poſt acceptam libertatem ex eo quod in ſeruitute geſſiſſet, tanquam qui tunc non tam alius quàm nullus fuiſſet, *l. 1. & tot. titul. Cod. an ſeruus ex ſuo fact. poſt man. ten.* Sed ita inducto per Senatuſconſultum iure, vt factum ſerui cogentis heredem adire, licèt ante acceptam libertatem ipſi noceret ne reſtitutionem hereditatis recuſare poſſet, dico non fuiſſe neceſſariam interpretationem prudentum ad hoc vt Senatuſconſultum illud ad manumiſſi heredem porrigeretur, ſi ita ius erat vt in fideicommiſſarij heredem tranſire actiones poſſent. Quonam enim colore poſſet heres recuſare reſtitui ſibi hereditatem quæ defuncto reſtitui potuit etiam inuito? Id igitur per Senatuſconſulti interpretationem fieri neceſſe fuit, non vt heres non poſſet recuſare quod defunctus non potuiſſet, ſufficiente nimirum in eam rem ſola iuris ratione, ſed vt in heredem, cui reſtituta eſſet hereditas, tranſirent actiones: idque non tam vi reſtitutionis, quàm poteſtate Senatuſconſulti, quod fecerat vt in manumiſſum ipſum, etiam ſi hereditatem ſibi reſtitui nollet, actiones competerent ipſo iure. Æquè enim facilè fuit ſenatui facere vt tranſirent actiones ſiue in fideicommiſſarium, ſiue in fideicommiſſarij heredem ſine reſtitutione, atque vt tranſirent per eam reſtitutionem cui autoritas Senatuſconſulti Trebelliani non ſuffragaretur. Supereſt duntaxat faciendum vt ad eas leges, quibus in contrarium & interpretes & pragmatici noſtri mouentur, reſpondeamus. Primùm autem † obiicere 14
ſolent illud ipſum quod modò diximus ſcriptum eſſe in *d. l. poſtulante*, vbi Marcellus, cùm quærit an in Titium heredem fideicommiſſarij competant actiones ex Senatuſconſulto, ſi nolit ille recipere fideicommiſſam hereditatem, hoc ipſo non dubitat quin poſſit ille recipere ſi velit. Sed facilis reſponſio eſt cùm heres coactus adit, hoc ipſo haberi hereditatem pro reſtituta, cùm nihil apud eum remanere poſſit propter autoritatem Senatuſconſulti Pegaſiani, *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. l. ſi patroni. 55. §. adeo. l. ſi poſtulante 46. §. fin. D. eod.* Nimirum cùm fideicommiſſarius talis eſt, cui ea coactio imputari poteſt, quod euenit quoties liber homo eſt. Non etiam ſi ſit ſeruus, quia is ex facto ſuo conueniri poſt manumiſſionem non poteſt, vt teneatur accipere reſtitutionem. Ideóque opus fuit Senatuſconſulto alio quàm Pegaſiano, eo ſcilicet de quo in *dict. l. poſtulante*, quod Senatuſconſultum non fuit locutum niſi de manumiſſo, quia in cæteris heredibus non erat neceſſarium. Erat tamen neceſſarium quod ad heredem manumiſſi, perinde ac quod ad ipſum manumiſſum, ideóque protrahendum fuit & protractum per Marcelli interpretationem, cum iuris communis ratio ſufficere non poſſet ad hoc vt tranſirent actiones ex Trebelliano in heredem manumiſſi ſine reſtitutione. Cæterùm hereditatem, quam heres coactus adiit etiam poſtulante ſeruo exinde manumiſſo, habendam eſſe aliquando pro reſtituta, conſtat ſatis ex eo quod ſcriptum eſt in *dict. l. poſtulante*, ſi fortè libertus ante hereditatis reſtitutionem ſine herede deceſſerit, proinde bona eius vendere creditoribus hereditariis permittendum eſſe ac ſi reſtituta hereditate deceſſiſſet. Nam plus quàm moram facit qui recuſat adire, supremáſque defuncti preces deſtituit, *d. §. adeo.* Alioqui videnda eſſent bona ſub nomine defuncti, non ſub nomine fideicommiſſarij, vt euenit cùm heres cogitur adire poſtulante eo qui non eſt capax ſuſcipiendæ ſtatim reſtitutionis, vt in ſpecie *d. l. apud Iulianum 11. §. Antiſtia. D. eod.* Secundo † interpretes obiiciunt, quod ſcriptum eſt in 15
l. cogi 16. §. item Macianus. D. eod. eum qui duobus vel pluribus hereditatem reſtituere rogatus eſt, poſſe vel vno ex iis poſtulante cogi adire, nec eo magis tamen in aliorum portionibus, qui non idem deſiderauerint Falcidiæ beneficio vti poſſe, *ſiue*, inquit lex, *ipſi quoque deſiderent ſibi reſtitui, ſiue alius in locum eorum ſucceſſerit.* Sic enim poſtrema hæc verba accipiunt ac ſi non de alio poſſent intelligi quàm de herede, ſed parum acutè, meo iudicio. Debent enim potiùs accipi de illo qui in fideicommiſſo fuerit vulgariter ſubſtitutus, quomodo certum eſt fieri poſſe † vulgarem ſubſtitutio- 16
nem, id eſt, non minus in fideicommiſſo, quàm in hereditate, aut legato, *l. vt heredibus 50. l. Titio Seio 87. §. Seia libertis, iuncta l. cùm proponebatur 64. D. de leg. 2. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* Heres enim non tam in locum quàm in ius defuncti ſuccedere dicitur, *l. quoties 9. §. heredes. D. de hered. inſtit. l. ſi rem. 6. D. de except. l. cum heres 11. D. de diuerſ. temp. præſcription.*
Subſtitutus † verò vulgaris in locum, non in ius illius 17
cui fuit ſubſtitutus, *l. coheredi 41. §. vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Cur verò meliorem faciamus conditionem eius qui fideicommiſſario vulgariter ſubſtitutus eſt, quàm eius qui fideicommiſſarij heres ſit, ratio ex iis, quæ iam diximus, obſcura non eſt. Vulgari namque ſubſtituto reſtituitur hereditas, ſicuti teſtator voluit,

non

18 non etiam heredi fideicommiſſarij. Obiiciunt † rurſum quod pleriſque iuris noſtri locis ſcriptum eſt, fideicommiſſa etiam conditionalia tranſmitti ad heredem, dummodo eorum dies ceſſerit, hoc eſt, conditio extiterit viuo fideicommiſſario, in eamque rem ſolent adferre, *l. ſi in perſonam* 21. *C. de fideicomm. l. vlt. Cod. quand. dies legat. vel fideic. ced.* Sed quemadmodum in fideicommiſſis ſingularibus verum illud eſſe non negamus, ita in vniuerſalibus falſum eſſe contendimus: Supradictos verò locos non ad fideicommiſſa vniuerſalia, ſed ad ſingularia pertinere conſtat, tam ex iis verbis *d. l. ſi in perſonam* 21. *ab auo tuo relicta*, quorum non alius ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet *res ab auo tuo relictas*, quibus verbis fideicommiſſum ſingulare ſignificatur *l. in cauſa* 16. *§. Pomponius. de minor.* quàm ex titulo ipſo *quand. dies leg. vel fideicomm. cedat.* In quo ſicuti legatorum & fideicommiſſorum coniuncta mentio eſt, ita intelligimus non de aliis fideicommiſſis agi quàm de iis quæ ſint exæquata legatis, id eſt, de fideicommiſſis ſingularibus, vt & in *tit. C. commun. de*
19 *leg. & fideic.* Quid? nonne fideicommiſſi † etiam vniuerſalis dies cedit ex quo tempore impleta conditio eſt, ſi fuit conditionale fideicommiſſum, aut ex die mortis, ſi fuit purum? ita eſt, in eóque errauit procuidubio Dynus qui putauit non cedere diem fideicommiſſi vniuerſalis, niſi ab adita hereditate ex *l. quidam ita* 25. *D. ad SC. Trebell. poſt gloſſ. ibid. & in l.* 3. *D. de regul. Caton.* vt Bartolus refert *ad d. l. cum filiofamilias* 11. *num.* 13. Cedit enim ex die mortis ſicut & fideicommiſſorum ſingularium purè relictorum, inſpecto ſcilicet iure vetere & nouo, non medio, quo lex Papia induxerat vt non cederet dies niſi ab apertis tabulis. Sed
20 non ideo † tranſmitti fideicommiſſum vniuerſale poteſt, licèt cùm de legati vel fideicommiſſi tranſmiſſione agitur, nihil aliud inſpici ſoleat niſi an legatario vel fideicommiſſario viuo dies ceſſerit. Quia cùm de heredis iure quærimus non illud attendimus an defunctus aliquod ius aliquando habuerit, ſed an habuerit eo tempore quo moriebatur. At cùm vniuerſale fideicommiſſum eſt, intercedit ius fideicommiſſarij adhuc viui, quia eo inſtanti quo moritur, certum eſſe incipit non poſſe amplius reſtitui fideicommiſſum ſicut teſtator voluit, cùm ea reſtitutio quæ facti eſt, non poſſit fieri in inſtanti, præſertim verò in perſona morientis. Tamdiu verò ius fideicommiſſarij durat, quandiu fideicommiſſi reſtitutio ex teſtatoris voluntate & ex Senatuſconſulti autoritate fieri poteſt. Verum igitur eſt, fideicommiſſarium viuum deſiiſſe ius habere fideicommiſſi vniuerſalis, nec proinde ad heredem ſuum illud
21 tranſmittere potuiſſe. Ex quo apparet † quam parum ad rem pertineat quod vulgò ſolet obiici, heredem ſuccedere in omnia iura defuncti, vt inferatur vniuerſale quoque fideicommiſſum eum tranſmitti. Potius enim ex eo eſſet inferendum non tranſmitti, cùm ius hoc fideicommiſſarius ipſe mortis tempore non habuerit. Quamquam nec nouum eſt vt interdum plus minuſue iuris habeat quàm habuerit defunctus, vt in ſpecie *l. ſi per imprudentiam* 51. *§. non mirum. D. de euict. l. hereditarium* 7. *D. de reb. aut iudic. poſſid. l. vnic. C. vt act. ab hered. incip.* Miror ab Interpretibus non ad-
22 duci textum † qui omnium maximè vrgere videtur in *l. Seius Saturninus* 46. *D. ad SC. Trebell.* vbi & agitur de fideicommiſſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ, & reſpondetur tranſmitti fideicommiſſum ad heredem, priùs etiam quàm tempus venerit ſi modò fideicommiſſi dies ceſſerit viuo fideicommiſſario. Sed non difficilis reſponſio eſt, agi eo loco de herede fiduciario, vt verba ſonant, id eſt, qui non tam vt heres, quàm quaſi miniſter rogatus eſt hereditatem reſtituere, ac proinde qui neque dominium, neque vllas actiones proprio iure habuiſſe intelligatur: hereditas ſiquidem fiduciaria, priùs etiam quàm reſtituatur, non tam heredis fiduciarij eſſe videtur, quàm fideicommiſſarij: quæ ratio & ſententia eſt *l. ſi poſtulante* 67. *§. vlt. D. eod.* Proinde hoc caſu mortuo poſt diem fideicommiſſi cedentem fideicommiſſario non indiget ipſius heres vt vllæ actiones in eum à fiduciario herede transferantur, ſed ei ſufficit vt competat petitio bonorum quæ fuerunt in fideicommiſſo, perinde ac cæterorum quæ iam in fideicommiſſarij hereditate reperiuntur, & quidem ſine vlla reſtitutione. Et ob id nimirum in ſpecie *d. l. Seius*, Mallius Seneca, qui ſe auunculum fideicommiſſarij dicebat, non poſtulabat ſibi reſtitui hereditatem ex fideicommiſſo, ſed ea bona proximitatis nomine petebat, tanquam quæ Seij Oceani iam propria veriùs, quàm ei debita fuiſſent. Idque eſt etiam quod lex ait, *fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cætera bona Oceani pertinuerint*, vt intelligamus in eodem bonorum cumulo fiduciariam quoque hereditatem inueniri. Denique tutela illa dicenda eſt potiùs quàm hereditas fideicommiſſaria, vt poſtrema illa legis verbis probant, *tutelam magis heredi fiduciario permiſiſſe*, &c. Iſque ſanè præcipuus erat vſus heredum fiduciariorum vt impuberibus proſpiceretur, & lubrico tutelæ fideicommiſſi remedium præferretur, vt loquitur Papin. in *l.* 3. *§. cùm Pollidius D. de vſur. l. ſi ita* 43. *§. Pegaſius. D. de leg.* 2. *l. liberto. §. filium, l. Iauolenus* 15. *D. de ann. legat.* Difficilior obiectio † illa eſt quæ fit ex *l.* 3. *C.* 23
de fideicomm. vbi cùm agitur de fideicommiſſo reſtituendæ hereditatis, non alia tamen ratione fideicommiſſum vniuerſale ad fideicommiſſarij heredes pertinere negatur, quàm quòd illi ipſi, qui fideicommiſſum præſtare debuerant, fideicommiſſario ſucceſſiſſent, atque ita confuſis per aditionem actionis nulla fideicommiſſi perſecutio ſupereſſe poſſet, ne dubitare poſſimus quin aliud fuerit reſcripturus Imperator, ſi alios heredes fideicommiſſarius habuiſſet. Nec ſanè id negare velim, ſed obſeruari volo in ea ſpecie tractari de fideicommiſſo hereditatis debito puellæ, id eſt, virgini, ſiue impuberi, ſiue adultæ, cui etiam libertatem ex eodem teſtamento iidem heredes præſtare debuerant, & præſtiterant. Ex hac enim facti circunſtantia infero factam fuiſſe moram puellæ ab heredibus in præſtatione fideicommiſſi: non ob id ſolùm quòd idem fuiſſet dies præſtandæ ab iis & libertatis & hereditatis, ideoque vix potuerit præſtari libertas ſine hereditate quin mora fuerit facta fideicommiſſo, *l. ſi quis ſeruo* 84. *de legat.* 2. *l. ſicuti* 92. *in fin. D. de condit. & demonſtr.* ſi excipias caſum *d. l. poſtulante* 44. *verſ. poteſt tamen euenire. D. ad SC. Trebell.* Sed ob eam potiſſimùm cauſam quòd minoris ætatis priuilegium illud eſt, vt etiam citra interpellationem moram in re ipſa patiatur hoc ipſo quòd non præſtantur ea quæ minori debentur, *l. in minorum* 3. *C. in quibus cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt. l. ſi tamen* 5. *D. de minor. l.* 1. *§. vltim. D. de vſur. l. Titia Seio. §. vſuras. D. de legat.* 2. ſi modò minor adſit, aut pro eo alius cui ſolui poſſit, *l. cùm quidam* 17. *§. ſi pupillo. D. de vſur.* Cùm igitur in propoſito caſu puella moram paſſa eſſet in reſtitutione hereditatis, quid mirum tranſmitti ab ea potuiſſe fideicommiſſi perſecutionem ad heredes? Vnus hic ſiquidem eſt ex effectibus moræ, vt ex quo die mora reſtitutioni facta eſt, hereditas habenda ſit pro reſtituta in præiudicium eorum qui moram contraxerunt, hactenus ſaltem ne fideicommiſſum ampliùs intercidere poſſit vnquam. Hereditatem enim cùm habemus pro reſtituta propter moram, habemus vtique pro reſtituta ex voluntate teſtatoris, eóque ipſo modo quo teſtator reſtitui voluerat: idcóque poſtmodùm defuncto fideicommiſſario qui moram paſſus fuit, non poteſt ampliùs ea ratio impedire fideicommiſſi tranſmiſſionem, quòd non poſſit hereditas reſtitui ſicuti teſtator rogauit. Habet enim locum hæc ratio cùm agitur de tranſmiſſione fideicommiſſi reſtituendi, non etiam cùm de tranſmiſſione fideicommiſſi

24 fideicommiſſi iam reſtituti, aut quod haberi debeat pro reſtituto, *dicta lege, poſtulante.* Si ponderes verba illa, *mox Stichus antequam moram in re pienda hereditate faceret, deceſſit.* Innuunt nimque ſi in ea ſpecie Stichus deceſſiſſet poſt moram à ſe factam in recipienda hereditate, futurum vt heres, qui eo poſtulante adierat, nullo eguiſſet auxilio Senatuſconſulti, de quo ibi Marcellus tractat, nec interpretationis prudentum ad illud Senatuſconſultum adhibendæ, ad cogendum Stichi heredem, vt hereditatis reſtitutionem, quam recuſabat, ſuſcipere cogeretur. At quid reſpondebimus † *ad leg. quidam ita* 25. *D. eod.* vbi diſertè ſcriptum eſt, fideicommiſſum relictum puero ante aditam quidem hereditatem, ſed poſt diem fideicommiſſi cedentem defuncto ad ipſius heredes tranſmitti? An fortè idem quod ad obiectionem proximam, fuiſſe heredem in mora fideicommiſſi præſtandi quod puero debebatur, id eſt, vt ipſa nominis proprietas demonſtrat, filio impuberi aut minori? Minimè. Nam etſi millies ponas fuiſſe illum impuberem, non poſſet tamen dici contractam eſſe moram re ipſa ob ipſius perſonam, cùm proponatur deceſſiſſe ante aditam hereditatem, ac proinde eo tempore, quo licèt dies fideicommiſſi iam ceſſiſſet, nemo tamen erat qui poſſet ſoluere impuberi. Quomodo enim, aut quo iure ſolueret is qui nondum eſſet heres? Nec igitur quiſquam eſt qui poſſit dici eſſe in mora, ſicut neque ſi nemo ſit qui ſolutionem accipere poſſit, puta ſi pupillus non habeat tutorem, *l. cùm quidam.* 17 §. *ſi pupillo. D. de vſur.* vt proinde ridiculum ſit, quod ſomniat Bartolus, puerum in ea ſpecie fuiſſe non modò puberem, ſed etiam maiorem xxv. annis, vt effugiat obiectionem quæ fieri poterat ex *l.* 3. §. 1. *D. de adim. legat.* vbi ſcribitur, fideicommiſſum, cuius dies ceſſerit, licèt tranſlatum ſit in alium, ad heredem tamen pueri fideicommiſſarij potiùs quàm ad eum in quem tranſlatum ſit, pertinere, qui tamen locus non obſtat, imò potiùs congruit. Non enim aliter admittit heredem pueri ad petitionem fideicommiſſi, quàm ſi mora puero facta ſit, vt diximus, fieri potuit, quandiu pupillus vixit, nondum adita ſcilicet hereditate. Reſpondendum igitur eſt in hac ſpecie fideicommiſſum non eſſe vniuerſale, ſed ſingulare, quamuis ſit vniuerſi patrimonij. Illa enim verba *quicquid ex hereditate ad te peruenerit*, non comprehendunt vniuerſum ius hereditatis, ſed id tantùm quod ſupereſt deductis oneribus hereditariis, quia nec aliud cum effectu perueniſſe intelligitur, *l.* 2 §. *perueniſſe. D. de heredit. vel act. vend. l. cogi.* 16. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* Ergo non vniuerſale fideicommiſſum eſt, vt malè vult idem Bartolus, ſed ſingulare: ideoque nec mirum eſt ſi poſt diem cedentem tranſmittatur ad heredem, vt cætera omnia legata & fideicommiſſa ſingularia.
25 Dices, Imò fideicommiſſum † hoc eſſe vniuerſale, cùm ex eo tranſeant actiones, & cogi heres poſſit vt ad fideicommiſſum hoc reſtituendum hereditatem adeat & reſtituat, *d. l. cogi.* §. 1. quorum neutrum dici poteſt de alio fideicommiſſo quàm de vniuerſali. Sed reſpondeo eſſe quidem hoc fideicommiſſum ex ſui natura ſingulare, ſi proprietas verborum ſpectetur, ſed fieri vniuerſale ex voluntate heredis rogati, nolentis vllam facere deductionem, ſiue recuſet adire hereditatem, ſiue adeat quidem ſponte, ſed reſtituat ſine vlla deductione, qui nec inuitus deductionem facere cogitur, nec quidquam facit contra vel præter voluntatem teſtatoris, cùm reſtituit ſine vlla deductione, quamuis faceret ſi teſtator adieciſſet *deductis oneribus hereditariis.* Expreſſa enim adiectio illa noceret, quod nec Bartolus negauit ad *dict.* §. 1. Nec nouum eſt vt expreſſa noceant, non expreſſa non noceant ſecundùm regulam iuris. Sed & poteſt dici quod ait Bartolus ad *d.* §. 1. hoc fideicommiſſum haberi pro vniuerſali ſumpto largè & propriè verbo *peruenerit*, ne intercidat fideicommiſſum, quæ non tam Bartoli quàm Vlpiani eo loco ratio eſt. Eadem igitur facere è contrario ratio debet, vt idem verbum *peruenerit* ſumatur propriè, ſi quæretur de tranſmiſſione fideicommiſſi, ne alioqui intercidat fideicommiſſum, cuius tamen dies vtiliter ceſſerit: quomodo vtique intercideret ſi pro vniuerſali haberetur, non pro ſingulari. Quid ergo ſi in ſpecie dict. l. quidam ita fideicommiſſum vniuerſale quæſiuiſſet? Non potuiſſet tranſmitti ad heredem fideicommiſſarij, ne quidem pupilli, ſi puer ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quamuis defuncto iam patre. Nullum enim priuilegium habet pupillus ad inducendam re ipſa moram ſi nemo ſit qui poſſit ei ſoluere. Sed ſi deceſſiſſet † adita iam hereditate, tranſmiſiſſet non tan- 26
quam fideicommiſſarius, ſed quod diligenter obſeruandum eſt, tanquam reuera moram paſſus, vt eleganter ſcribit Vlpianus in *d. l.* 3. §. 2. *verſ. idem dicendum. D. de adim. legat.* vbi tractans ille de fideicommiſſaria hereditate addit *puero data*, vt intelligamus aliud iuris fore in hereditate quæ maiori relicta eſſet, ſi de fideicommiſſi vniuerſalis tranſmiſſione quæreretur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad legati tranſlationem excludendam. Non enim eſſet locus quæſtioni in alterius quàm in pueri perſona, ſi non mora fideicommiſſo facta eſſet. Poſſit etiam fortaſſis quis contra nos moueri ex eo
quod Scæuola † reſpondit in *l. à teſtatore* 109. *D. de* 27
cond. & demonſtr. Sempronius rogatus vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret Titiæ coheredi ſuæ, adita hereditate deceſſiſſet, ſimiliter & Titia priuſquam daret centum, & quæreretur an heres Titiæ offerendo centum partem hereditatis conſequi ex fideicommiſſo poſſet, heredem conditioni parere non poſſe. Quid enim attinebat quærere an conditio impleri per fideicommiſſarij heredem poſſet, ſi ita ius erat, vt nec purum fideicommiſſum vniuerſale ad heredem tranſmitteretur? Sed reſpondendum eſt talem in eo loco proponi ſpeciem, in qua ſi conditionem Titia viuens impleuiſſet, fideicommiſſi perſecutionem tranſmittere ad heredem ſuum potuiſſet, non quidem vi conditionis expletæ, ſed tanquam conſtituto in mora coherede qui fideicommiſſum præſtare iuſſus erat. Etſi enim qui fideicommiſſi conditionem implet ſimpliciter, non idcirco fideicommiſſum ſibi acquirit, niſi illud etiam expreſſim agnoſcat poſt impletam conditionem, quomodo de legato & hereditate ſcriptum in *l. ei qui* 13. *l. ſi pupillus* 26. *D. de condit. inſtitut.* in illa tamen ſpecie, id eſt, coherede rogato, vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret, fieri vix poteſt vt centum ei à coherede dentur, quin hoc ipſo, aut ſaltem eodem tempore interpelletur de fideicommiſſo præſtando. Quis enim alius poſſet eſſe effectus dationis, aut quæ alia mens fideicommiſſarij vniuerſalis? cui vtique nihil prodeſſet dediſſe pecuniam, purúmque fideicommiſſum feciſſe quod fuerat anteà conditionale, ſi non proficeret ad conſtituendum in mora heredem qui iuſſus eſt à teſtatore acceptis centum, id eſt, ſtatim atque centum accepiſſet, reſtituere hereditatem. Ac ſanè multum refert an conditionis implendæ cauſa detur pecunia ei ipſi qui legatum aut fideicommiſſum præſtare debet, an alij: ſi alij conditio tantùm impletur, non etiam id quod relictum eſt, aut acquiritur, aut petitur. Si verò ei ipſi qui oneratus eſt, conſtituit ſe in mora, proculdubio is qui pecuniam accepit, niſi ea accepta præſtat ſtatim quod debet, quodque accepta pecunia præſtare ſtatim iuſſus eſt: nec malè quis dixerit eſſe caſum hunc vnum ex iis in quibus mora contrahitur re ipſa, vt in ſpecie *lege cùm verò* 26. §. 1. *D. de fideicommiſſ. libertat. & lege curabit* 5. *Codice, de action. emption. l.* 2. *Cod. de vſuris.*

Non enim valdè diſtat hic coheres qui iuſſus eſt

portionem hereditariam reſtituere accepta pecunia quam accepit à venditore qui rei à ſe venditæ pretium iam accepit, necdum rem tradidit, quem dicimus hoc ipſo eſſe in mora, ideóque teneri ad fructuum reſtitutionem, ne alioqui & rem & pretium retineat contra bonam fidem, *l. ex empto* 11. §. *qui autem. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *D. de action. empt. l. liberalitatis* 16. §. *D. de vſur.* Cùm enim figura conditionis expreſſa non eſt, videtur pretij nomine dari pecunia, quæ alioqui conditionis potiùs implendæ cauſa dari diceretur, *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad l. Falcid.* Et conſequenter pecunia, quam in caſu, de quo tractamus, Titia Sempronio coheredi dare debuit, ſi eam Titia dediſſet, cùm non poſſet videri data conditionis implendæ cauſſa, neceſſariò habenda eſſet pro data ad interpellandum eum, & in mora conſtituendum: quo admiſſo non eſt mirum in ea ſpecie tranſmitti fideicommiſſum ad heredem fideicommiſſarij, tanquam fideicommiſſario ipſo, dum viueret, moram paſſo. Ideóque Claudius eleganter ad Scæuolam notat in *dict. l. à teſtatore*, Scæuolam magno ingenio de iure aperto reſpondiſſe, cùm dubitari poſſet an in propoſito eſſet conditio. Senſus eſt, in illa ſpecie quæ propoſita fuit Scæuolæ duplicem occurrere quæſtionem: vnam illam, vtrum teſtator voluiſſet facere conditionem ex iis verbis *acceptis centum*, an potiùs duplex inducere fideicommiſſum inter coheredes: alteram, vtrum poſſet heres Titiæ parere conditioni. Prior quæſtio eſt facti, quia voluntatis defuncti quæſtio in æſtimatione & arbitrio iudicis eſt, *l. voluntatis* 7. *Cod. de fideicommiſſ.* poſterior verò iuris. Ergo ad poſteriorem tantùm reſpondere Iuriſconſultus debuit, non ad priorem, quia de iure non de facto reſpondere iuriſperiti ſolent & debent, quod Scæuolæ præ cæteris omnibus familiariſſimum fuiſſe conſtat. Facit autem Scæuola non ſolùm magno ingenio, ſed etiam cautè, qui nolit illam quæſtionem attingere an ea verba *acceptis centum* facerent conditionem necne, vt aliam quoque effugeret quæ ex iſta naſcebatur, an duplex fideicommiſſum, an ſimplex iis verbis contineretur, id eſt, an quemadmodum rogatus erat Sempronius Titiæ coheredi ſuæ acceptis centum portionem reſtituere, ita & rogata videretur Titia centum dare Sempronio accepta ab eo hereditaria portione.

Duplex enim eſſe fideicommiſſum non poteſt, ſi verba illa *acceptis centum* conditionis tantùm loco accipiantur, quia conditio nunquam facit diſpoſitionem. Si verò non tam implendæ conditionis quàm pretij nomine pecuniam dari dicamus, nihil vetat duplex induci fideicommiſſum, dummodò inter eos res agatur qui mutuo fideicommiſſo grauari potuerunt, id eſt, coheredes, qui adeundo ſinguli hereditatem pro ſua quiſque portione hereditaria voluntatem defuncti agnouerunt. Quam ſpeciem diſertè tractat Vlpianus in *l. fideicommiſſa* 11. §. *cùm eſſet. D. de legat.* 3. Nam ſi ponas iuſſum eſſe heredem aliquid extraneo præſtato, acceptis ab eo centum, licèt relictum agnouerit, non eo magis tamen oneratus videri poteſt vt ea centum cogatur præſtare, cùm talis oneratio magis pro ipſo quàm contra ipſum poſita eſſe videatur, vt diſputat Marcianus *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad l. Falcid.* & nos explicauimus 6. coniectur. cap. 3. Sed hæc ab inſtituto noſtro aliquantulum remotiora ſunt, quanquam dignus fuit hic Scæuolæ locus de quo aliquid diceremus. Hoc vnum addendum reſtat, ſi qui erunt qui nobiſcum probabunt fideicommiſſariam heredi-
28 tatem † non tranſmitti, non hac debere illos ratione moueri quæ prima facie occurrit, quòd generale ſit vt non adita hereditas non tranſmittatur *l. vnic.* §. *in nouiſſimo Cod. de caduc. tollend. extra l. vnic. Cod. de iis qui ant. apr. tabul. & l. cùm antiquioribus* 19. *C. de iur. delib.* fideicommiſſaria verò hereditas ſit hereditas, *tot. tit. Inſtitut. de fideicomm. heredit.* Nam imò verò fatendum eſt fideicommiſſariam hereditatem non poſſe dici propriè hereditatem, cùm deſinat eſſe hereditas, fiátque patrimonium defuncti ex quo adita eſt. Aditam autem eſſe neceſſe eſt antequam de fideicommiſſo tractari poſſit *l.* 1. *& l.* 4. *D. ad SC. Trebell.* Et cùm dicimus fideicommiſſariam hereditatem, non tam ſignificamus eam quæ nunc ſit hereditas quàm quæ aliquando fuerit, aut, vt loquar cum Vlpiano, in *l. fideicommiſſaria* 8. §. *quoties D. eod.* id quod fuit heredita-
tis. Quanquam ſi pergat quærere cur hereditas † non 29
adita non tranſmittatur, alia ratio quærenda non eſt, quàm quæ ſecundum nos fideicommiſſi quoque vniuerſalis tranſmiſſionem impedit: nimirum quod fieri nequeat vt is, cui viuo delata fuerat ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato hereditas, plus iuris ad heredem ſuum tranſmittat, quàm ille ipſe in mortis ſuæ inſtanti habuerit ex *reg. l. nemo plus iuris* 54. *D. de Reg. iur.* An quia amiſit heres ius adeundi ex quo inſtanti cœpit mori, quia ex eo inſtanti certum eſſe cœpit non poſſe ampliùs ei acquiri hereditatem, quæ nec ſine aditione acquiri poteſt, nec per aditionem acquiri in inſtanti, cùm odioſa ſit facti: nihil autem naturaliter fiat, fierive poſſit in inſtanti, ſed omnia in tempore. Proinde illud etiam verum eſſe deſiiſſe hereditatem viuo ei delatam eſſe, ex quo ſpes eius acquirendæ intercidit, quia neque defertur à lege hereditas, neque delata perſeuerat quam quis adeundo non poſſit conſequi, *l. delata* 151. *D. de verb. ſign.* Nec enim lex quidquam facit aut retinet fruſtrà non magis quàm natura. Mirum igitur non eſt ius adeundi, quod viuo inſtituto aut agnato proximo intercidit, ſiquidem inſtans mortis vitæ adſcribitur *l. qui duos* 8. §. 1. *D. de man. teſtam.* non poſſe tranſmitti ad ipſius heredem, qui neque inſtitutus, neque agnatus proximus reperitur. Quam rationem non tranſmittendi iuris adeundi neſcio an adhuc quiſquam bene docuerit.

ERROR II.

De interruptione graduum in fideicommiſſaria ſubſtitutione.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an interruptio graduum vitiet fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*
2 *Negans pragmaticorum ſententia.*
3 *Ratio pragmaticorum, quòd nec vulgaris ſubſtitutio ex graduum interruptione vitietur.*
4 *Oppoſita autoris ſententia.*
5 *Fideicommiſſarius & vulgaris ſubſtitutus quî conueniant.*
6 *Quibus modis differant.*
7 *Interruptio graduum vitiat fideicommiſſariam ſubſtitutionem, quia interruptis gradibus reſtitutio fieri nequit eo modo quo teſtator voluit.*
8 *Firmatur autoris ſententia ex l. ſi eius 34. D. ad Trebell. cuius vera adfertur ſententia.*
9 *Ratio decidendi d. l. 34.*
10 *Quibus caſibus ex l. ſancimus, pen. C. ad Treb. transferantur actiones in fideicommiſſarium, quæ antea transferri non poterant.*
11 *Quomodo Nou. 1. de hered. & Falcid. SC. Trebelliano derogauit.*
12 *Speciem quæ hic tractatur ad caſus in Iuſtiniani conſtitutionibus expreſſos non pertinere.*
13 *Obiectioni occurritur.*
14 *Alia obiectio diluitur.*
15 *Fundamentum pragmaticorum ruinoſum.*

16 *Aliud*

16 *Aliud fulcrum pragmaticorum ſubnixum l. vnic. §. pro ſecundo, C. de cad. toll. ſtabilitur.*
17 *Et reſponſione autoris ſubuertitur.*
18 *Fideicommiſſi ſingularis & vniuerſalis differentia.*
19 *Pupillaris ſubſtitutio ex omnium confeſſione ſolâ graduum interruptione vitiatur.*
20 *Sententia l. qui habebat. D. de vulg. & pup. & eiuſd. l. varia lectio.*

1 COmmodiſſimè tractatio † hæc præcedenti ſubnectetur: Pendet enim ex iiſdem principiis iuris. Teſtator heredem inſtitutum Titium rogauit vt hereditatem poſt mortem ſuam reſtitueret Sempronio, itémque Sempronium vt poſt mortem ſuam reſtitueret eandem hereditatem Mæuio: Si viuo Titio deceſſerit Sempronius, deinde Titius ſuperſtite Mæuio: quæri ſolet an fideicommiſſum Mæuio debeatur, an verò interciderit propter interruptum ordinem graduum fideicommiſſi quem teſtator præſcripſerat. Et vulgò creditum eſt,
2 paſſimque † in tribunalibus receptum interruptionem graduum non vitiare fideicommiſſariam ſubſtitutionem. Sic enim Guid. Pap. poſt Bart. ad *l. quandiu 69. D. de acquir. hered.* Cuius ſententiæ ratio illa afferri ſolet, quod ſubſtitutio fideicommiſſaria hac parte ſit ſimilis vulgari, cùm per vtramque ſuccedatur teſtatori non heredi ex *l. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. 1. D. ad SC. Trebell.* Vulgarem †
3 porrò ſubſtitutionem certum eſt ex graduum interruptione non vitiari, quia ſubſtitutus ſubſtituto cenſetur ſubſtitutus inſtituto *dict. l. coheredi. in princip. & d. l. quandiu.* Eodem igitur modo volunt in propoſita ſpecie Mæuium fideicommiſſarium Sempronij pro Ti-
4 tij fideicommiſſario habendum eſſe. In quo † tamen, ni fallor ipſe, falluntur euidentiſſimè. Etſi enim fidei-
5 commiſſarius † vulgari ſubſtituto ſimilis in eo eſt, quòd in bonis teſtatoris ſuccedit, non in bonis here-
6 dis, non ideo tamen verum eſt fideicommiſſarium † perinde ſuccedere teſtatori, atque ſuccedit ei vulgaris ſubſtitutus. Siquidem alteri ſuccedere dicitur ille, qui in alterius hereditate ſuccedit, vt de ſubſtituto vulgari ſcriptum eſt in *d. l quandiu.* At fideicommiſſarius non ſuccedit in hereditate teſtatoris, quia nec hereditas vlla eſt quę iam per aditionem ſcilicet facta eſt patrimonium heredis, ſed ſuccedit in eo quod fuit hereditatis, quemadmodum ad finem ſuperioris capitis dicebamus. Non ergo poteſt dici ſuccedere defuncto non magis quàm heredi. Et in eo manifeſta differentia eſt fideicommiſſi & vulgaris ſubſtitutionis, quia non tantùm hereditas eſt ea in qua ſuccedit vltimus ſubſtitutus, ſed quod magis eſt, ea ipſa hereditas quæ fuit delata primo inſtituto, cùm adita nunquam fuerit, nec conuerſa in patrimonium alterius ſiue inſtituti, ſiue ſubſtit. alioquin ſi eſſet adita, nihil ſupereſſet, quod de vulgari ſubſtitutione tractari poſſet, *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Indéque etiam eſt, quòd legata ab inſtituto relicta, intelliguntur à ſubſtituto vulgari tacitè repetita, *l. licèt Imperator 74. de legat. 1.* at non æquè bene quis dixerit legata ab herede relicta cenſeri à fideicommiſſario repetita vt ex ipſius fideicommiſſarij perſona vnquam debeantur, quoniam cùm de fideicommiſſario hereditatis quæri non oporteat, niſi adita priùs hereditate, fieri nequit vt non debeantur legata ab herede ipſo, quæ ab eo teſtator reliquerit, ſolaque illa inſpectio reſtat, an deductis legatis, an cum onere legatorum reſtitui fideicommiſſum teſtator voluerit *d. l. 1. l. 3. §. item Pomponius. D. ad SC. Trebell.* nam nec à fideicommiſſario relinqui legata poſſunt, vt neque à legatario, ſed fideicommiſſa tantùm, vt ſcribit Vlpian. *tit. 24. de legat. §. à legatario.* proptereà quòd legata non niſi imperatiuis verbis relinquuntur, vt in princip. eiuſd. tit. Vlpianus ſcribit: imperare autem alij quàm ſibi & heredi ſuo is qui priuatus eſt, nec poteſt, nec debet, ſed preces in eam rem neceſſariæ ſunt ne quid minùs honeſtè, ac minùs ciuiliter factum dici poſſit, *l. fideicommiſſum 78. l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de legat. 1. l. verſ. & hæc diſpoſuimus. C. commun. de legat.* Fatendum igitur eſt non eſſe bonam fideicommiſſarij & ſubſtituti vulgaris comparationem, nec quæ ratio facit vt ſubſtitutus vulgariter ſubſtituti cenſendus ſit, ſubſtitutus inſtituto, eandem facere poſſe vt fideicommiſſarius fideicommiſſarij debeat videri fideicommiſſarius inſtitu-
ti. Neque ſanè de hoc dubitabit qui rationem † intel- 7
liget qua nos mouemur vt contra interpretes ſentiamus, nimirum quod vt ſuperiore capite probauimus, non aliud hereditatis fideicommiſſum deberi poſſit, quàm ex quo tranſire poſſint actiones in fideicommiſſarium Senatuſconſulti Trebelliani autoritate, ne alioqui eueniat vt tranſlatio in fideicommiſſarium vniuerſo hereditatis commodo, hereditaria onera remaneant penes heredem, qui poſteaquam ſemel iis obſtrictus eſſe cœpit ex poteſtate legis duodecim tabularum, poſtea ſe iis exuere non poteſt, non magis quàm heredis nomen amittere, ſi non interueniat autoritas legis, vel ſaltem Senatuſconſulti quod legis vim habeat. Porrò Senatuſconſultum Trebellianum quod vnum in hanc rem factum eſt, non aliter patitur tranſire actiones hereditarias, ſiue actiuas, ſiue paſſiuas ab herede in fideicommiſſarium, quàm ſi reſtituatur hereditas eo ipſo modo quo reſtitui teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi ante diem 10. D. ad SC. Trebell. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* Nemo autem dixerit reſtitui hereditatem, ſicuti teſtator voluit ſi Titius qui erat rogatus reſtituere Sempronio, reſtituat Mæuio, de quo non fuerat rogatus, quandoquidem ſicut alia eſt perſona Sempronij, alia Mæuij, ita & aliud fideicommiſſum, quod à Titio præſtandum ſit Sempronio, aliud verò quod à Sempronio præſtandum ſit Mæuio. Ergo fieri non poteſt vt fideicommiſſum quod Sempronio, ſi viueret, præſtandum eſſet, eo iam prædefuncto reſtituatur Mæuio, ſiue teſtamenti verba inſpicias, ſiue teſtatoris voluntatem, ſiue denique Senatuſconſulti autoritatem, *l. Lucius 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell. l. quidam 46. D. de hered. inſtit.* Omnium verò accommodatiſſimus in hanc rem
textus † mihi ſemper viſus eſt ille eſſe, quem reſpon- 8
ſum Marciani præbet in *l. ſi eius 34. D. ad SC. Trebell.* Si eius, inquit, qui nouiſſimus ex liberis moreretur partem hereditatis propinquo reſtitui pater voluerit, & ſimul fratres diem ſuum obierint propinquum, ſi non oſtenderit quis nouiſſimus obiiſſet, ad partem hereditatis non admitti, ſed matrem ex Senatuſconſulti Tertyll. ad vtriuſque hereditatem admittendam eſſe conſtat. Ambos igitur filios pater heredes inſtituerat, & quidem ex æquis portionibus, vt proinde non poſſet dici quicquam intereſſe fideicommiſſarij, vtrum huius an illius portionem ex fideicommiſſo haberet. Ambo ſimul perierant, vt neſciri poſſet vter prior, aut poſterior deceſſiſſet, ac conſequenter etiam ex vi & proprietate verborum vterque nouiſſimus deceſſiſſe videbatur, quia nouiſſimus ille eſt, non ante quem alius, ſed poſt quem nemo, *l. qui duos 9. D. de reb. dub.* vbi hac ſola ratione motus Tryphoninus concludit in ea ſpecie quam ibi tractat, eum qui nouiſſimo decedenti ex duobus impuberibus pupillariter ſubſtitutus erat, duobus in naue ſimul mortuis, vtrique ex ſubſtitutione pupillari heredem eſſe, proptereà quòd cùm neuter fratri ſuperſtes fuit, ambo vltimi deceſſiſſe intelligantur, ſicut è contrario in lege duodecim tabularũ proximus agnatus dicitur etiam is qui ſolus eſt, quique nemine antecedit, *l. 1. §. proxim. D. vnd. cogn.* quod & ſcriptũ eſt in *l. ex duobus 34. D. de vulg. & pup. ſubſt. l. proxim. 92. l. proximi 155.*

l. in vulgari 162. *De verb. ſignific.* Cur non igitur & in ſpecie Martiani admittimus fideicommiſſariam, licèt non poſſit oſtendere quis liberorum poſtremus deceſſerit? Non quæro cur non admittatur ad portionem vtriuſque, quoniam video non ſic ei relictum eſſe fideicommiſſum, vt qui poſtremus decederet, hereditatem ipſi reſtituere cogeretur (quo caſu non dubitarem quin ad vtriuſque portionem ex fideicommiſſo admitti deberet tanquam impleta in vtriuſque perſona fideicommiſſi conditione) ſed ita vt nominatim partem duntaxat hereditatis ſuæ in fideicommiſſum venire teſtator voluerit. Propter quam cauſam abſurdum eſſet nos totum ei dare cui teſtator non niſi partem dediſſet, ac in re teſtatoris eſſe liberaliores ipſo teſtatore, *l. debitor 59. in fin. princ. l. facta 63. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebell.* At de illo quæro, & quæror, ſi vera eſt interpretum ſententia, qui fideicommiſſariam ſubſtitutionem ex graduum interruptione non vitiari volunt, cur non admittatur hic fideicommiſſarius ſaltem ad partem vnius ex liberis ſimul mortuis, cùm neceſſe ſit, vt vel alteruter, vel ſimul vterque nouiſſimus deceſſerit atque ita extiterit omnimodo conditio fideicommiſſi, nec quicquam referat aut matris ſuperſtitis, quæ vtrique ſuccedit ab inteſtato, aut fideicommiſſarij, an huius vel illius portio ei reſtituatur, ſiquidem ponimus hereditarias portiones æquales fuiſſe, ex quibus fuerant inſtituti. Si enim poneres factas inæquales, difficilius eſſet vt vel hanc vel illam partem fideicommiſſarius petere poſſet ni probaret vel hunc vel illum poſteriorem deceſſiſſe. Quanquam ſi ea portione, quæ minor eſſet, contentus eſſe vellet, non video quid ei poſſet obiici quominùs hanc ſaltem conſequi deberet, qui alioquin, id eſt, ſi negaret nouiſſimum hunc deceſſiſſe qui minorem portionem habuerat, hoc ipſo maioris petendæ ius nanciſceretur, *argum. l. heredes mei 57. §. cùm ita ad SC. Trebell.* Quid ergo illud eſt quod fideicommiſſarium hunc poſſit totum excludere vt ad neutram partem admittatur, qui ad nouiſſimi partem vocatus eſt, vtroque licèt nouiſſimo defuncto? Vna certè
9 ratio illa eſt, † quòd cùm non ſit vocatus niſi ad partem hereditatis, neque totam hereditatem conſequi, vt iam diximus, poteſt, neque patris fideicommiſſum petere, niſi probet præcisè quis ex liberis poſtremus deceſſerit, quod aliter fieri nullomodo queat vt reſtituatur ei hereditas ex Trebelliano, nec proinde vt in eum tranſlatio actionum fiat, ſine qua tamen cogi matrem ei reſtituere, nec æquum, nec teſtatoris voluntati conſentaneum eſſet. Itaque ſi poneres ſub eadem verborum conceptione factam ſubſtitutionem pupillarem, id eſt, in parte tantùm hereditatis, hoc etiam ſi voles expreſſim addito, ne tota hereditas ad ſubſtitutum peruenire poſſet: non perinde tamen dicendum eſſet, ſubſtituto nullam partem deberi: ſi non probaret quis nouiſſimus deceſſiſſet, dummodo vel partes factæ eſſent æquales à teſtatore, vel factis inæqualibus ipſe minôre contentus eſſe vellet, nempe quia hic de transferendis actionibus quæri non oporteret, niſi de iis quæ ex poteſtate legis duodecim tabularum à teſtatore in heredem transferuntur, ad quarum tranſlationem nihil aliud exigitur, niſi vt heres ſit is, qui eſſe & voluit & potuit. In propoſito autem is qui ſubſtitutus eſſet in parte nouiſſimi, quamuis probare non poſſet, vter ex impuberibus diem ſuum poſtremus obiiſſet, probaret tamen facilè vel alterutrum, vel vtrumque nouiſſimum deceſſiſſe, & ita pupillaris ſubſtitutionis conditionem extitiſſe, quia alterutrum eueniſſe omnino neceſſe eſt, vt vel vterque vel ſaltem alteruter nouiſſimus deceſſerit. Nec aliud admitterem in vulgari ſubſtituto, ſi fingeres Titio & Sempronio inſtitutis heredibus, ſubſtitutum fuiſſe Mæuium in parte duntaxat illius qui ex inſtitutis nouiſſimus ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quia illo etiam caſu tractandum eſſet de transferendis in Mæuium actionibus, non quæ fuiſſent vnius ex inſtitutis, (nec enim vllas habere poteſt inſtitutus qui non adiit, cùm non tranſeant actiones in inſtitutum quatenus inſtitutus, ſed quatenus heres eſt) ſed quæ teſtatoris, quod ipſum ſicut ex ſolius legis duodecim tabularum poteſtate fit, non ex Senatuſconſulti Trebelliani autoritate, ita ne fiat, nihil impedit. Et hinc
quoque petenda eſt interpretatio † conſtitutionis Iu- 10
ſtinianeæ, quæ extat in *l. ſancimus, penult. Cod. ad SC. Trebell.* vbi ſeptem caſus proponuntur in quibus placet Iuſtiniáno transferri actiones in fideicommiſſarium, quæ olim transferri non poterant, quòd iis caſibus non reſtitueretur hereditas eo ipſo modo quo reſtitui teſtator voluiſſet. Primus caſus eſt, ſi hereditas quæ pupillo reſtitui ex fideicommiſſo debuit, reſtituta ſit ſoli tutori, cùm pupillus adhuc fari non poſſet, nec proinde reſtitui hereditas pupillo ipſi, autore tutore. Secundus eſt, ſi pupillus hic fari quidem poſſit, ſed abſens ſit. Tertius ſi hereditas furioſo reſtituenda, reſtituta ſit ipſius ſoli curatori. Nam furioſus nec vocem habere, nec præſens eſſe creditur. Quartus, qui tres implicitos continet, ſi vel pupillus, qui aut fari non poteſt, aut abſens eſt, vel furioſus rogatus fuerit de reſtituenda hereditate, eámque vel tutor pupilli vel curator furioſi reſtituerit. Quintus, ſi heres rogatus de reſtituenda hereditate celauerit ſe dolo malo, nec cogi poſſet ad eundem & reſtituendum, ſiue ante, ſiue poſt litem conteſtatam. Sextus, ſi morte præuentus hic heres poſt aditam quidem hereditatem, ſed ante reſtitutam eam deceſſerit, nullo penitus relicto ſucceſſore. Septimus & poſtremus caſus eſt, ſi primus fideicommiſſarius alteri hereditatem reſtituere rogatus ſit: qui caſus ad eum de quo noſtra diſputatio eſt, propiùs accedit, quia nec alia ratio erat propter quam olim non poſſent in ſecundum fideicommiſſarium transferri actiones à primo, quàm quòd Senatuſconſultum Trebellianum de primo tantùm, non etiam de ſecundo fideicommiſſario locutum eſſet, itémque de fideicommiſſi reſtitutione quæ ab herede fieret, non de ea quæ à fideicommiſſario. Cæteris verò omnibus quoque ſupradictis caſibus ſicut commune illud eſt vt in iis non fiat reſtitutio, quomodo teſtator voluit, ita & ante Iuſtinianum, vt ex eiuſmodi reſtitutionibus actiones transferri non poſſent, ob idque fideicommiſſum intercidere neceſſe eſſet. Hodiè transferuntur, poſtquam ita placuit Iuſtiniano, cuius autoritati abſurdum eſſet minùs tribui, quàm poteſtati Senatuſconſulti Trebelliani, cui ſanè fatendum eſt fuiſſe conſtitutione illa
maximè derogatum, ſed multo magis eiuſdem † Iuſti- 11
niani *Nouel.* 1. *De hered. & Falcid.* quæ induxit, vt nec hereditatem ipſam ab herede rogato adiri neceſſe ſit, ſed eo vel recuſante, vel cunctante liceat ipſi fideicommiſſario vniuerſali, adeóque ſi talis nullus ſit, legatario cuilibet aut fideicommiſſario ſingulari adire, ſibique acquirere hereditatem: poſt quam cõſtitutionem vix dici poteſt, quonam caſu ſuperſit aliqua vel neceſſitas, vel vtilitas Senatuſconſulti Trebelliani, præterquàm ſi heres inſtitutus ſponte adierit hereditatem, eámque paratus ſit reſtituere ſecundùm teſtatoris ſui voluntatem. Hunc enim caſum omnes Iuſtiniani conſtitutiones intactum reliquerunt, quibus tamen ceſſantibus, nihil aliud dici poteſt niſi vt ius vetus incorrectum manſiſſe
fateamur. Atqui ſpecies † quam tractamus, ad hunc ca- 12
ſum pertinet, non ad vllum ex aliis qui Iuſtiniani legibus continentur. Ponimus enim Titium ſponte adiiſſe hereditatẽ, vt neque de Senatuſconſulto Pegaſiano tractandũ ſit, quod iam alia Iuſtiniani conſtitutione ſublatum erat, trãſlatumque in Trebellianum, neque de nouo iure inducto per edict. *Nouel.* 1. ſed tantum de Senatuſcõſulti Trebelliani autoritate. Rurſũ ponimus deceſſiſſe

Sempronium

Sempronium cui Titius hereditatem reſtituere rogatus
erat, ſolumque ſupereſſe Mæuium, cui reſtituere Sem-
pronius tantum debuerit: Titius verò nihil. Quæ ſpe-
cies nihil commune habet cum ſupra relatis, in qui-
bus placuit Iuſtiniano transferri actiones ipſo iure in
commodum eius ipſius, cui hereditatem reſtitui teſta-
tor voluerat: Hic verò transferrentur in eum, cui ni-
hil teſtator reliquiſſet ab herede reſtitutionem facien-
te, & conſequenter longè aliter quàm quomodo teſta-
tor voluiſſet, ac quod magis eſt, citra Senatuſconſulti
Trebelliani aut Iuſtinianeæ legis autoritatem. Quo
igitur iure obſecro, aut quonam colore dicemus tranſ-
lationem fieri actionum, aut ſine tranſlatione reſtitu-
13 tionem? Nec obiici † poteſt, quod vnum ſuperioribus
fortaſſe quis obiicere velit, eum qui poſt mortem ſuam
reſtituere hereditatem rogatus eſt, ſi antequam moria-
tur, hereditatem reſtituat, benè reſtituere, ita vt in fi-
deicommiſſarium tranſeant actiones *l. poſt mortem* 12.
Cod. de fideicomm. quo tamen caſu non eo ipſo modo
reſtituitur hereditas quo teſtator voluit. Nam imò verò
reſtituitur hoc caſu quomodo voluit teſtator, cùm ni-
hil referat an rogetur quis reſtituere poſt mortem
ſuam, an cùm morietur, an cùm incipiet mori, an pri-
die quam morietur. Hinc namque eſt quod ex ipſa
etiam voluntate, ne dicam ex verbis quoque teſtatoris
quolibet die reſtitui hereditas poteſt ab eo, qui quod
prudentiſſimi hominis eſt, ſic in ſingulos dies viuit,
quaſi poſtridie moriturus, quique, ſi verum amamus, &
philoſophari volumus, cùm etiam cùm viuit, quotidie
moritur, vt pluribus explicauimus *lib.* 18. *Coniect. cap.* 5.
14 Minùs † obſtat ſi quis obiiciat quod ſcriptum eſt in
l. ſi ſeruum 28. §. 1. *D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* eum
qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato
poſſidet, ſi hereditatem reſtituere rogatus fuit, non
minùs eſſe cogendum vt reſtituat, quàm vt præſtet
cætera & legata & fideicommiſſa ſingularia. Nam &
hoc caſu reſtituitur hereditas ſicuti teſtator voluit cùm
fideicommiſſum hoc ſicut cætera non alio colore con-
ſeruet prætor quàm quaſi adita ex teſtamento heredi-
tate, *l. ſi filius* 23. *in fin. eod. tit. cum l. ſeq.* Quid ergo eſt
quod interpretes fefellit, vt ſine lege tam erroneam
15 ſententiam inuexerint? Illa primùm ratio, † quam nos
ſuperioribus iam refutauimus, quòd vulgari ſubſtituto
fideicommiſſarium æquiparandum eſſe crediderunt.
Sed illud magis quòd putarunt hoc † eſſe conſequens
alij conſtitutioni Iuſtiniani in *l. vnic.* §. *pro ſecundo.*
C. de caduc. tollen. vbi generaliter conſtituit vetus ius
in corrigendo, inquit, vt ſi qua relicta defecerint viuo
teſtatore, maneant quidem apud eos, à quibus, ſi non
defeciſſent, præſtari deberent, ſiue heredes illi ſint, ſiue
legatarij aut alij qui fideicommiſſo grauari poſſunt, niſi
in hunc caſum vel ſubſtitutus, vel coniunctus eos an-
tecedat: ſed tamen omnes perſonæ quibus lucrum per
hunc ordinem defertur, etiam grauamen quod ab ini-
tio complexum fuerat, ſentiant, ſiue in dando ſit con-
ſtitutum, ſiue in quibuſdam faciendis, vel in modo,
vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacumque
16 via excogitatum. Id enim ſi ita eſt, quid aliud in pro-
poſita ſpecie dicere poſſumus, quàm vt fideicommiſ-
ſum quod Sempronio præſtari debuerat à Titio herede,
ac ruſus reſtitui Mæuio à Sempronio, maneat quidem
penes Titium prædefuncto Sempronio ſed cum onere
illud ipſum reſtituendi Mæuio, cui reſtituere debuiſſet
17 Sempronius, ſi non prædeceſſiſſet? At videamus ne †
conſtit. illa Iuſtin. quantumlibet generalis eſſe videa-
tur, ad fideicommiſſa ſingularia tantùm pertineat, nec
ad heredit. fideicommiſſariam aptari poſſit, de qua diſ-
18 putamus. Diuerſitatis † enim manifeſta ratio illa ſem-
per ſubeſt, quod in fideicommiſſis ſingularibus non
eſt quod de actionum tranſlatione quæratur, non ma-
gis quàm in legatis, cùm nec fideicommiſſarij ſingula-
res nec legatarij ſucceſſores ſint iuris *l. quædam* 9. §. *ni-
hil intereſt. D. de edend.* In vniuerſali autem fideicom-
miſſo tractandum neceſſariò eſt de actionibus transfe-
rendis, quæ porrò ſine alicuius legis, aut Senatuſcon-
ſulti autoritate transferri non poſſunt, ab eo qui non
fuit rogatus in eum cui alius reſtituere debuit. Alioqui
reſtituta hereditate eueniret, vt commodum heredita-
tis fideicommiſſariæ totum tranſiret in eum cui reſti-
tueretur: incommoda verò & onera omnia penes eum
remanerent qui reſtituiſſet, quod quàm alienum futu-
rum eſſet, non ſolùm à teſtatoris mente, ſed etiam à
Iuſtiniani propoſito, apparet ex ea ipſa ratione qua
mouetur Iuſtinianus, vt nouæ conſtitutioni colorem
quærat, nempe quod ferendus non ſit is qui lucrum
quidem amplectitur, onus autem ei annexum recuſat.
Quis ergo ferre debeat Mæuium petentem ſibi ex fidei-
commiſſo reſtitui hereditatem, ex cuius reſtitutione to-
tum ille lucrum ſenſurus ſit, Titius verò totum dam-
num? Locuti verò ſumus huc uſque de vulgari & de
fideicommiſſaria ſubſtitutione ad differentiam pupilla-
ris, † quam fatentur omnes ex ſola graduum interru- 19
ptione vitiari. Nam cùm † is qui habebat filium & fi- 20
liam impuberes, filio herede inſtituto filiam exheredaſ-
ſet, & filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, filiam ſub-
ſtituiſſet: filiæ verò, ſi antequam nuberet, moreretur,
vxorem ſuam ſubſtitutam voluiſſet: deinde filia impu-
bes prior, poſtmodùm filius quoque impubes deceſſiſ-
ſet: Scæuola reſpondit non poſſe filij hereditatem ex
ſubſtitutione ad vxorem teſtatoris pertinere, in *l. qui
habebat* 47. *D. de vulg. & pup. ſubſtit.* nempe quia per
pupillarem ſubſtitutionem is qui ſubſtitutus eſt, ſuc-
cedit impuberi, id eſt, in hereditate impuberis cui fuit
ſubſtitutus *l. ſed ſi plures* 10. §. *filio, &* §. *ad ſubſtitu-
tos. De vulg. pup. ſubſtit.* Alia autem eſt hereditas primi
inſtituti, alia primi ſubſtituti, & conſequenter non po-
teſt fieri vt ſubſtitutus ſubſtituto videri poſſit ſubſtitu-
tus inſtituto, cum pupillaris ſubſtitutio eſt. Ideo autem
in hac ſpecie apud Scæuolam tractata ponimus filiam
quæ prior deceſſit, impuberem deceſſiſſe, Florentinam
lectionem ſecuti, quoniam ſi cum vulgo interpretum
legeremus *pubes* pro *impubes*, in illis verbis, *cùm filia
impubes prior deceſſerit*, non ea tantùm ratio ſubſtitu-
tionem irritam faceret quantùm ad filij hereditatem,
quòd præſcripti à teſtatore gradus interrupti eſſent, ſed
illa etiam quòd conditio, ſub qua teſtatoris vxor ſubſti-
tuta filiæ proponebatur, defeciſſet, vt nec ad ipſius filiæ
hereditatem admitti iure ſubſtitutionis poſſet. Sicut &
Papiniano reſponſum legimus in *l. coheredi* 41. §. *penul.
eod. tit.* cùm pater impuberi filiæ, quæ nouiſſima diem
ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, ac impubes filia
ſuperſtite ſorore pubere vita deceſſiſſet, irritam factam
eſſe ſubſtitutionem in perſona quidem prioris, quia
non nouiſſima deceſſit: in alterius verò: quia puberem
ætatem compleuerit. At apud Scæuolam non dubito
quin dicendum ſit admitti vxorem ſubſtitutam ad he-
reditatem filiæ, quia tametſi filia prior deceſſiſſet, im-
pubes tamen deceſſerat, quod vnum requirebatur ad
implendam ſubſtitutionis conditionem, cùm apud Pa-
pin. è contrario requireretur vt & impubes & nouiſſima
decederet. Ob idque de ſola filij hereditate dubitat
Scæuola, quòd eam non aliter ſubſtituta vxor habere
poſſet, quàm ſi vel ipſa filio ſubſtituta reperiretur, vel
filij hereditatem in filiæ, cui ſubſtituta erat, hereditate
inueniret: quorum vt prius dici non poterat propter
interruptos, vt diximus, ſubſtitutionis gradus, ita nec
poſterius præmortua ſorore viuo fratre, cuius nulla
dum erat hereditas.

ERROR III.

De tranſmiſſione conditionali fideicommiſſi ex coniecturis inducenda.

SVMMARIA.

1 *An fideicommiſſum conditionale tranſmittatur ex aliqua voluntatis coniectura, ſi fideicommiſſarius ante cedentem diem deceſſerit.*

2 *Quæ delicta ſunt ſub conditione, eo cui delicta ſunt pendente conditione mortuo, penitus intercidunt.*

3 *Legatarius conditionalis pendente conditione creditor nullatenus dici poteſt.*

4 *Dd. traditio de coniecturis ex quibus volunt tranſmitti fideicommiſſum conditionale.*

5 *A iuris ratione alienum eſſe, vt teſtatori liceat quantumcunque expreſſis verbis cauere vt legatum vel fideicommiſſum conditionale ad heredem tranſmittatur.*

6 *In conditionibus teſtatoris voluntas primum locum quomodo obtineat.*

7 *Exemplum, quo vtitur Baldus vt probet tranſmitti conditionale fideicommiſſum, improbatur.*

8 *Diſcrimen inter legata & fideicommiſſa.*

9 *In fideicommiſſis conditionalibus ex coniectura ius tranſmiſſionis non inducitur.*

10 *Rationabilius eſt vt fideicommiſſarij heredes, de quibus nihil dixerit teſtator pro fideicommiſſariis habeantur, quàm vt fideicommiſſi conditionalis ius ad eos pendente conditione tranſmittatur.*

11 *Abſurda quæ ſequuntur tranſmiſſionem legati ſeu fideicommiſſi conditionalis.*

12 *Poteſt teſtator efficere, vt ſi pendente relicti conditione deceſſerit fideicommiſſarius relictum ad ipſius heredes perueniat.*

13 *Per nudas coniecturas voluntatis fideicommiſſum conditionale haud quaquam eſt tranſmiſſibile, præſertim vniuerſale.*

14 *Fideicommiſſum conditionale non magis admittit tranſmiſſionem quàm purum.*

15 *Quid iuris ſit vbi teſtator expreſsè iubet vt fideicommiſſum conditionale tranſmittatur ad heredes.*

16 *In fideicommiſſis conditionalibus tranſmiſſioni locum non eſſe confici ex l. heredes mei. 57. D. ad Trebell. in cuius explicatione agitur de quinque coniecturis ex quibus interpretes fideicommiſſum tranſmitti autumant.*

17 *Prima eſt, cum heres fideicommiſſarij eſt ex deſcendentibus teſtatoris.*

18 *Secunda ſi teſtator plures gradus ſubſtitutionum fecerit.*

19 *Tertia, quùm filius prædefuncti fideicommiſſarij poſitus eſt in conditione.*

20 *Quarta, cum heres pluries in conditione ponitur.*

21 *Quinta, cum ſubſtituitur per fideicommiſſum ea perſona quæ non erat dilectior teſtatori, quàm heres fideicommiſſarij.*

SVaues mehercule ſunt interpretes noſtri, qui pro certo habentes quod falſiſſimum eſſe probauimus? Fideicommiſſum vniuerſale, cuius dies viuo fideicommiſſario ceſſerit, ad fideicommiſſarij heredem tranſmitti poſſe, eique reſtitui oportere, de hoc tantùm dubitant: Vtrum
1 fideicommiſſum † conditionale fuerit, & ante cedentem fideicommiſſi diem fideicommiſſarius deceſſerit, fideicommiſſi tranſmiſſio ſaltem ex aliqua voluntatis coniectura inducatur, vt heres fideicommiſſarij perinde admitti debeat ad petendam hereditatis reſtitutionem, atque fideicommiſſarius ipſe, ſi viueret, admitteretur. Etſi enim non ignorant quod nemo neſcit, eorum † 2
omnium quæ ſub conditione relicta ſunt, naturam illam eſſe, vt mortuo pendente conditione, cui relicta fuerunt, intercidant, quippe quorum dies nunquam ceſſiſſe dici poſſit *l. vnic. §. ſin autem aliquid ſub conditione C. de caduc. toll. l. intercidit 59. & paſſ. De condic. & demonſtr. l. 4. 5. & paſſ. D. quand. dies legat. ced. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc.* adeò vt fideicommiſſarius aut legatarius † conditionalis, 3
quandiu pendet conditio, creditor dici nullo modo poſſit, id eſt, ne quidem conditionalis, *l. ſi cui 42. D. de oblig. & action.* putant tamen ex voluntate teſtatoris fieri poſſe tranſmiſſibile ad heredes id quod alioqui ex ſua natura non ſit tranſmiſſibile, *ex l. in conditionibus 19. §. 1. vbi Imol. & Socin. Sen. num. 3. & ſeqq. De condic. & demonſtr. poſt Bald. in l. vnic. num. 10. C. de his qui ant. apert. tabul. & in l. vnic. num. 1. Cod. vt action. ab hered. & contr. hered.* indéque paulatim etiam eò dilabuntur, † vt exiſtiment in eam rem ſufficere quam- 4
libet tacitam teſtatoris voluntatem, quæ ex coniecturis colligatur, nec ſe cruciant niſi in quærendis, & inueſtigandis coniecturis ex quibus hoc induci poſſit, dum prætextu voluntatis tuendæ alij alias & leuiſſimas quaſque comminiſcuntur, tandemque arbitrio iudicis rem relinquunt, vt ſolent hodie cætera ferè omnia etiam quæ ſint iuris certiſſimi & conſtituti. Quamquam fatentur debere aut neceſſarias eſſe, aut multum probabiles, ſiue ex iis, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, deducantur, ſiue ex iis quæ teſtator dixerit aut fecerit ante vel poſt conditum teſtamentum, cum hac tantùm diſtinctione, quòd quæ ex ipſo teſtamento deducuntur, vt plurimùm contenta ſunt ſola prudentum interpretatione, aut duobus ad ſummum teſtibus: quæ verò extrinſecus colliguntur, quaſi nouam diſpoſitionem faciant ſeptem teſtes requirunt, vt ex communi Doctorum traditione refert Franc. Mantic. *lib. 11. De coniect. vltim. volunt. titul. 20.* Ego verò illud primum à iuris
† ratione prorſus alienum eſſe arbitror, vt liceat teſta- 5
tori quantumcunque expreſſis verbis cauere vt legatum vel fideicommiſſum conditionale ad heredem tranſmittatur. Quid enim hoc aliud eſt quàm cauere vt legati vel fideicommiſſi conditionalis dies ſtatim cedat, non ex tempore impletæ conditionis? An non verò hoc vtrumque eſt cauere ne leges in teſtamento ſuo locum habeant? quod tamen à nemine caueri poſſe certum eſt, *l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* vbi exemplum ponitur ſi teſtator præceperit, vt vel tempore, vel loco, vel conditione obligatio heredis legatorum nomine finiatur. Legatum enim quod ſemel deberi cœpit, fieri nequit vt ad certam vſque conditionem, aut ad certum vſque diem locumve debeatur, cùm neque tempus, neque conditio, neque locus ſit tollendæ obligationis, non magis quàm inducendæ *l. obligationum ferè 44. §. 1. D. de obligat. & action.* idque adeò verum eſt vt quamuis ſtipulator qui ad certum vſque tempus tantum ſibi deberi voluit, ſi poſt tempus petat, ſummoueri poſſit exceptione pacti conuenti vel doli, non idem tamen de legatario dici poſſit, ſi poſt tempus quod finiendæ legatorum obligationi teſtator præſtituit, legatum perſequatur, *d. §. 1. verſ. planè. iunct. d. l. nemo poteſt.* Et ratio differentiæ eſt, quia contractus valent ex contrahentium voluntate, & quamuis autoritate iuris ciuilis adprobentur, cuius ſuit certas inducendis perpetuandiſque & finiendis obligationibus formas inducere, ſumunt tamen vires ſuas ab æquitate naturali & à iure gentium, quatenus ex conſenſu æſtimantur. At legata ſicut & cæteræ omnes vltimæ voluntatis ſpecies nullomodo valent niſi ex indulgentia & diſpoſitione legum, quæ homini permiſerunt vt de bonis ſuis legem facere poſſit, ac pro arbitrio diſponere in id tempus quo nec dominus eſſet, nec vllus, *l. verbis legis 120. De verb.*

verb. ſign. l. 1. ff. ad leg. Falcid. l. Stichus 59. D. de manum. teſtam. Cur ergo teſtatori licere poſſit, aut debeat contra leges teſtari, aut legibus ipſis legem dicere, qui non niſi ex legibus teſtandi facultatem habet, eamque certis legibus conſtrictam, quibus ſi parére nolit, beneficium legum abiicere compellatur? Tanta verò hac in re vis & autoritas legum eſt, vt nec pactiones, ſi quæ in contrarium factæ ſint inter viuos, valere patiantur, proptereà quòd priuatorum conuentiones legum autoritate non debeant cenſeri, *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. Falcid. l. vlt. D. de ſuis & legit.* Quanto minùs igitur licebit teſtatori cauere vt quod alicui ſub conditione reliquerit, poſſit ad ipſius heredem tranſmitti etiamſi pendente conditione deceſſerit? Qui enim ita teſtatur, eum fateri neceſſe eſt, vel pugnare cum legibus, ſi relictum conditionale, quod tale maneat velit eſſe tranſmiſſibile, priuſquam dies eius ceſſerit, vel etiam cum ſeipſo, ſi idem legatum aut fideicommiſſum & pro conditionali & pro puro haberi velit. Non nego
6 teſtatoris † voluntatem in conditionibus primum locum obtinere *d. l. in conditionibus 19. De condic. & demonſtr.* indéque fieri faciiè poſſe, vt quamuis verba vim & poteſtatem conditioni præ ſe ferant, conditio tamen nulla ſit, ſi fuerit teſtator ea mente vt non faceret conditionem, aut contra, quemadmodum in ſpecie §. 1. *eiuſd. leg. in conditionibus*, (qui vnus locus eſt quo in hanc ſententiam interpretes abutuntur) id eſt, ſi teſtator ita ſcripſerat, *ſi primus heres erit, damnas eſto dare.* Hanc enim ſcripturam ait Vlpian. pro conditione accipiendam non eſſe, quia magis demonſtrauerit teſtator quando legatum debeatur, quàm conditionem inſeruerit, niſi fortè, inquit, hoc animo fuerit hic teſtator vt faceret conditionem. Quo exemplo fatebor etiam legato ita relicto, *Illi, ſi volet, Stichum do, lego*, legatum quidem eſſe conditionale ſui natura, ideóque non aliter ad heredem legatarij legatum tranſmitti, quàm ſi legatarius voluerit ad ſe pertinere, *l. ſi ita legatum 65. §. 1, de leg. 1.* quaſi condictione iniuncta perſonæ *l. ſi ita expreſſum 69. De cond. & demonſtr.* ſed tamen poſſe fieri ex teſtatoris voluntate vt non ſit legatum conditionale, ſi teſtator noluerit ea verba *ſi volet* facere conditionem, quia licèt ſæpenumero mutetur rei effectus, quamquam id expreſſerit, quod etſi non feciſſet, ineſſet tamen, vt Marcellus ait in *l. ſeruo 47. & Modeſt. in l. nonnumquam 54. eod. tit.* nihilominus facilè eſt teſtatori aſſequi, vt quæ futurum erat vt tacitè ineſſent, ea ſi expreſſerit per modum conditionis, non idcirco faciant conditionem. Quandoquidem & regulare illud eſt, vt quæ tacitè inſunt, non faciant actum conditionalem, *l. aliquando 107. eod. l. 3. de legat. 1.* Denique vt legatum ſit conditionale necne, teſtator pro arbitrio facere poteſt, quia eſt illud voluntatis & facti: ſed vt quod conditionale eſt ſit tranſmiſſibile ad heredem, facere non magis poteſt, vt iam diximus, quàm vt idem legatum & conditionale ſit & purum, quia hoc meri iuris eſt, non facti: nec igitur voluntatis, quia quod voluntatis eſt, facti eſt, non iuris, *l. voluntatis 7. C. de fideicom. iunct. l. ordine 15. D. ad municip.* Et exemplum
7 † quod adferre noſtri ſolent de teſtatore, qui ſub conditione aliquid legauerit ei, de cuius heredibus in alia teſtamenti parte locutus fuiſſet, vt tractat Baldus in *l. ſi pater num. 19. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* prorſus improbabile eſt. An enim legatum aut fideicommiſſum eo minùs erit conditionale, ac proinde tale quod ante conditionis euentum ſit non tranſmiſſibile? Niſi fortè hoc Baldus ſenſit, iſtius heredes, quorum nulla mentio facta ſit in legato aut fideicommiſſo, perinde tamen habendos acſi eſſent nominati, quia ex alia eiuſdem teſtamenti parte appareat per errorem omiſſam eorum mentionem potiùs, quàm quòd legatario ante conditionem impletam defuncto, nihil ipſius heredibus acquiri teſtator vellet. Sed hæc ſententia, † quamuis in-
8 terdum admitti in fideicommiſſis poſſit, vt in ſpecie *l. cum proponebatur 64. de legat. 2.* vbi rationem Papinianus reddit quòd in cauſa fideicommiſſi vtcumque precaria voluntas quæratur, admittenda ſit coniectura, in legatis tamen locum ſimiliter habere non poteſt quæ voluntatem habent non precariam, ſed directam & imperatiuam, ideóque non niſi apertiſſimis verbis iiſque directis & imperatiuis exprimendam, vt is ipſe Papiniani locus oſtendit. Etſi verò ſublata hodie iſta verborum differentia eſt, vt legatorum & fideicommiſſorum ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l. 1. & 2. C. commun. de legat.* eam tamen retinere iuuat ad refutandos interpretes, qui, cùm relicta conditionalia ex voluntate teſtatoris tranſmiſſibilia fieri poſſe volunt, non magis diſtinguunt ius nouum à vetere, quàm legata à fideicommiſſis, vt vel ex hoc maximè appareat, nulla illos ſatis certa iuris ratione moueri. Sed & ſi de fideicommiſſis tantùm loquerentur in quibus non quidem inducendis, vt ij malè putant, ſed interpretandis, fateor cum Papiniano multùm poſſe coniecturam voluntatis,
non tamen niſi ineptè poſſunt ex eadem † coniectura 9
quam Papinianus probauit, ius tranſmiſſionis inducere, quia heredes huius cui fideicommiſſum ſub conditione relictum fuiſſe ponimus, dicendi eſſent ipſi fideicommiſſarij, ſi ob id tantùm eſſent admittendi quòd eorum mentionem in alia teſtamenti parte expreſſam teſtator in clauſula fideicommiſſi per errorem omiſiſſet: ſicut & apud Papinianum ij quorum omiſſa fuerat in fideicommiſſo mutua ſubſtitutio, nihilominùs habentur pro mutuò ſubſtitutis, acſi, quod per voluntatis coniecturam duntaxat colligatur, nominatim expreſſum reperiretur. Et ſanè admittam † multo faciliùs le- 10
gatarij aut fideicommiſſarij heredes, de quibus teſtator nihil dixerit pro legatariis aut fideicommiſſariis eſſe habendos (etſi quàm abſurdum & ridiculum id futurum ſit, nemo non videt) quàm vt legati vel fideicommiſſi conditionalis ius ad eos pendente conditione tranſmittatur. Priore enim caſu violatur tantùm voluntas teſtatoris, cui poteſt imputari cur non eam declarauerit, aut aptius, aut apertiùs, ſi quid ſit in teſtamento tam obſcurum, vt dubitationi & coniecturæ locum relinquat, alioqui certum eſt, ſi in verbis nulla ſit ambiguitas, non eſſe admittendam coniecturam, ac ne quidem quæſtionem voluntatis, *l. ille aut ille 25. §. 1. de leg. 3.* Poſteriore autem caſu ratio ipſa iuris, & à teſtatore, & à iudice violaretur, quod nunquam ferendum eſt. Quòd ſi poneres teſtatorem nominatim præcepiſſe vt legatum vel fideicommiſſum conditionale ad legatarij vel fideicommiſſarij heredes tranſmitteretur, tanto eſſet apertius eam fuiſſe ipſius voluntatem vt vel iuris ratio perucrteretur, quod proculdubio facere non potuit, vel vt ipſis quoque heredibus idem legatum vel fideicommiſſum relictum eſſe intelligeretur: quo admiſſo, non iure tranſmiſſionis admitterentur, ſed ex propria perſona, vt dici ſolet, cum quis in legato aut fideicommiſſo alteri ſubſtitutus eſt, ſiue expreſſim ſiue tacitè, vt ſupradicto loco tractat idem Mantic num. 7. Nam & in propoſito legatarij aut fideicommiſſarij heres, quiſquis ille ſit, ſubſtitutus intelligitur, ſi ea teſtatoris voluntas fuit vt ad eum relicti commodum perueniret poſt mortem illius cuius heres eſſet, argument. *l. fideicommiſſa 11. §. hac verba iunct. §. plerumque & §. interdum. de legat. 3. l. vt heredibus ſo. De legat. 2.*
Qua ſententia recepta † paulatim, de illo etiam quæri 11
incipiet, An impleta quoque conditione viuo legatario aut fideicommiſſario, eóque teſtatoris liberalitatem conſecuto, aliud fideicommiſſum inducendum ſit in fauorem heredum ipſius legatarij aut fideicommiſſarij, vt de eadem re ipſis reſtituenda rogatus eſſe videatur. Nec deerunt qui hoc quoque audacter dicturi ſint arg. *d. §. hac verba & leg. filiifamilias 41. De condic. & demonſtr.* præſertim poſtquàm inducto per Iuſtinianum

inuentarij beneficio factum eſt, vt poſſit heres ſaluis
actionibus quas habuit contra debitorem ſuum, à quo
fuerit inſtitutus, hereditatem ipſius adire *l. vlt. § in
computatione. C. de iur. delib.* Ita fiet, vt legatum vel
fideicommiſſum quod re vera intercidiſſe dicendum
eſſet, non ſolùm pariat nouum fideicommiſſum in gra-
tiam heredum legatarij vel fideicommiſſarij ab eo ipſo
præſtandum, qui legatario aut fideicommiſſario, ſi vi-
ueret, præſtare id deberet, ſed etiam duplex, id eſt, aliud
quod ab ipſo quoque legatario aut fideicommiſſario
heredibus ſuis deberetur, ſi quod ſibi relictum fuerat,
eſſet ille conſecutus. In ſumma nihil intererit an te-
ſtator iuſſerit legatum aut fideicommiſſum conditio-
nale ad heredes tranſmitti, an verò conditionali lega-
tario aut fideicommiſſario ipſius heredes ſubſtituerit
dupliciter, id eſt, & vulgariter & per fideicommiſſum
in caſum ſcilicet & non agniti & agniti fideicommiſſi
vel legati, acſi toti familiæ legatarij aut fideicommiſſa-
rij relictum eſſet, vt in ſpecie *l. omnia* 32. *alias*, *l. cùm
ita §. in fideicommiſſo, l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis
de legat.* 2. Quæ omnia cùm abſurdiſſima futura ſint,
concludamus planè nullius momenti eſſe voluntatem
teſtatoris ſi præcipiat expreſſim vt legatum vel fidei-
commiſſum conditionale ad heredes pendente condi-
tione tranſmittatur. Etſi enim negari non poteſt quin
12 ſit † in teſtatoris poteſtate facere vt quamuis relicti
conditione pendente deceſſerit legatarius aut fidei-
commiſſarius, nihilominus ad heredes ipſius perueniat
id quod relictum fuerat, debuit tamen aliis verbis id
facere, quàm iis quæ iuri & legibus aduerſarentur, cùm
poſſet iubere vt eo caſu eſſent ipſi legatarij aut fidei-
commiſſarij, non tranſmiſſarij. Hoc verò ſi ita eſt vt
neque verbis expreſſis poſſit legatum vel fideicommiſ-
13 ſum conditionale † fieri tranſmiſſibile, quantominùs
ferendum erit vt tale fieri poſſit per nudas coniecturas
voluntatis, vtque maiorem poteſtatem habeat tacitum
quàm expreſſum? Ac quoniam quæ adhuc diximus
non pertinent niſi ad legata & ad fideicommiſſa ſingu-
laria quæ paſſim legatis æquiparantur, conſideremus,
obſecro, quàm longè improbabilior ſit hæc tam trita
interpretum traditio, ſi ad fideicommiſſa vniuerſalia,
de quibus poſſent illi tractare, accommodetur. Nam ſi
verum eſt quod ſuperioribus capitibus probauimus, fi-
deicommiſſum vniuerſale non poſſe tranſmitti ad he-
redem fideicommiſſarij, adeóque nec ad ſecundum fi-
deicommiſſarium, ne tum quidem cùm fideicommiſſum
ab initio purum fuit, eiúſque dies vtiliter ceſſit, omni-
no certè conſequens ſit vt multo minùs tranſmitti vllo
caſu poſſit cùm ab initio fuit conditionale, deceſſitque
fideicommiſſarius ante impletam conditionem. Quid
enim aliud facere poteſt voluntas teſtatoris fideicom-
miſſum conditionale tranſmitti iubentis niſi vt non
minùs iuris habeat fideicommiſſarius ad tranſmitten-
dum fideicommiſſum, quàm ſi purum eſſet? Dicet ali-
quis? Imò hac parte diuerſam eſſe & fauorabiliorem
14 cauſam fideicommiſſi † conditionalis, quòd teſtator
tranſmitti poſſe voluerit, & eius quod ab initio ſit
purum: quia puri tranſmiſſionem ſecundùm ea quæ
diximus, illa tantùm ratio impedit quòd non poſſint
transferri actiones ex fideicommiſſariæ hereditatis re-
ſtitutione, niſi reſtitutio fiat ex teſtamento, & eo ipſo
modo quo teſtator voluit: quæ ratio ceſſat in fidei-
commiſſo conditionali, ſi ponas iuſſiſſe teſtatorem vt
ad heredem tranſmitteretur. Reſtitueretur enim hæc
hereditas ſicuti teſtator voluit, cùm ex ipſius voluntate
reſtitueretur heredi præmortui fideicommiſſarij. At
huic ego reſpondeo, ceſſare primùm hanc obiectionem
in eo caſu, quo ius tranſmiſſionis non inducatur niſi
ex tacita teſtantis voluntate. Cùm enim neceſſe ſit re-
ſtitui hereditatem ſicuti teſtator rogauit, vt loquitur *l.
ſed etſi ante* 10. *D. ad SC. Trebell.* quis poteſt dicere
quomodo teſtator rogauit hereditatem reſtitui heredi-
bus fideicommiſſarij, ſi de eo nihil expreſſe dixerit?
Velle aliquid teſtator poteſt, etiamſi voluntatem ſuam
non exprimat diſertis verbis, ſed rogare heredem vt fi-
deicommiſſarij heredibus reſtituat, non poteſt quin
precariis verbis vtatur, *l. quidam* 46. *ibi. nec quicquam
ab eo petitum eſt*, & in illis ſequentibus *non aliter ta-
men ab eo fideicommiſſum peti poſſe quam ſi & ipſum te-
ſtatorem fidem eius ſecutum eſſe probaretur. D. de hered.
inſtit. l. Lucius* 78. *§. tres heredes*, eo loco reſpondit
non proponi Seium rogatum vnciam reſtituere *D. ad
SC. Trebell. §. vlt. inſtitut. de ſingul. reb. per fideicomm.
relict.* Igitur hoc ſaltem fatendum eſt falſum eſſe quod
interpretes volunt, fideicommiſſum vniuerſale ex ſola
tacitæ voluntatis coniectura tranſmitti poſſe. Cùm verò
teſtator † expreſſim iuſſit vt tranſmittatur, iam diximus 15
non ſolùm eam voluntatem non valere, quæ legibus
tam apertè refragetur, ſed etſi valeret, ita accipiendam,
vt hoc ipſo inuitari heredes videantur ad aliud nouúm-
que fideicommiſſum quod petere poſſint ex propria
perſona: vt proinde non de fideicommiſſi tranſmiſſio-
ne quæri hoc caſu oporteat ſed perinde tractari omnia
acſi in fideicommiſſo ſubſtituti eſſent. Ceſſante autem
expreſſa ſubſtitutione, aut ea ſaltem verborum formu-
la quæ expreſſæ ſubſtitutioni æquipolleat, tranſmiſſio-
ni locum eſſe non poſſe, videtur mihi apertiſſimè pro-
bari ex eo Papiniani † reſponſo, quod extat in *l. heredes* 16
mei 57. *§. cum ita. D. ad SC. Trebell.* in cuius ſpecie
pereleganti concurrebant pleræque ex iuris coniectu-
ris quas pro efficacibus habere ſolent noſtri, vt fidei-
commiſſum tranſmiſſibile faciant, nec eo magis tamen
putat Papinianus ad præmortui fideicommiſſarij here-
des tranſmitti quicquam poſſe. Illa primùm aderat
coniectura † quòd heres fideicommiſſarij erat ex deſ- 17
cendentibus teſtatoris, videlicet nepos ex filio & qui-
dem inſtituto ſimul & ſubſtituto. Quod vnum ſuffice-
re multi putant, vt fideicommiſſum conditionale ſiue
ſingulare, ſiue vniuerſale tranſmittatur, ſicuti gloſ. in
d. l. is cui 42. *D. de obligat. & action. ex l. vnic. C. de
his qui ant. apert. tabul.* etſi eam ſententiam frequen-
tiore calculo improbatam eſſe refert Gabriel. *lib.* 4. *com-
mun. opin. tit. De hered. inſtit. concluſ.* 2. *num.* 10. *poſt
gloſ. Cin. Bart. & alios ad d. l. vnic.* Secundo aderat
etiam illa coniectura, quòd teſtator fecerat plures gra-
dus † ſubſtitutionum: quam coniecturam admitten- 18
dam eſſe poſt alios multos concludit idem Gabriel. *dict.
concluſ.* 2. *num.* 33. & defendunt ij omnes, qui eandem
ſufficere volunt vt liberi poſiti in conditione vocati
eſſe intelligantur. Multo enim plus eſt ſubſtitutos eſſe,
quàm tranſmiſſarios, licet multo ſit facilius, meo iudi-
cio, vt teſtator faciat eos fideicommiſſarios quàm vt
tranſmiſſarios. Tertio illa † quoque, quòd filius præ- 19
defuncti fideicommiſſarij poſitus fuerat in conditione
fideicommiſſi, cùm ſic relictum eſſet fideicommiſſum,
vt qui ex filio prior ſine liberis diem ſuum obiiſſet,
partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtitueret. Qua conie-
ctura paſſim mouentur interpretes vt liberos in condi-
tione poſitos non tantùm pro tranſmiſſariis habeant,
ſed etiam pro ſubſtitutis, vt ex iis videre eſt quos refert
& congerit Mantic. *dict. lib.* 11. *cap.* 2. *& ſeq. & dict.
cap.* 20. *num.* 15. *&* 16. vbi quamuis non audeat con-
cludere hanc coniecturam omnimodo eſſe recipiendam
ad inducendum ius tranſmiſſionis fideicommiſſi con-
ditionalis, præſuppoſita, inquit, eorum ſententia qui
negant eam ſufficere vt liberi videantur ſubſtituti, con-
cludit tamen eſſe recipiendam ſi qua alia coniectura
ſit, aliáve iudicia & adminicula quibus ſuſtineatur, vt
quæ non proſunt ſingula, ſaltem multa collecta iuuent.
Atqui in ſpecie Papiniani præter ſuperiores duas con-
iecturas quas attulimus, quòd & fideicommiſſarij heres
eſſet ex deſcendentibus, & teſtator ad plures gradus
ſubſtitutionum digreſſus eſſet, illa etiam concurrebat,
quam nos pro quarta † computabimus, quòd non ſemel 20
tantùm,

tantùm, ſed bis heres ille poſitus erat in conditione, ſcilicet in vtraque inſtitutione: in priore quidem iis verbis quæ retulimus, in poſteriore verò iſtis, *quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obiiſſet*, quæ geminatio, mirum eſt quantis apud interpretes noſtros fulgeat miraculis, quoties occurrit vt in ore habeant *l. Balliſta* 32. qua potiſſimùm in hanc rem abuti ſolent, *D. ad SC. Trebell.* Sed addamus etiam quintam coniecturam omnium fortiſſimam, ſi iiſdem interpretibus credimus, quòd ſubſtituta erat per fideicommiſſum ea perſona quæ non fuerat dilectior teſtatori, quàm heres fideicommiſſarij prædefuncti: imò minùs dilecta cùm eam teſtator non aliter ſubſtitutam voluiſſet vltimo filio decedenti, quàm ſi ambo filij inuicem ſubſtituti ſine liberis præmorerentur. Sic enim vulgo noſtri, non ſolùm vt heredes fideicommiſſarij prædefuncti faciant tranſmiſſarios, ſed etiam vt liberos in conditione poſitos habeant pro ſubſtituris, teſte Mantica *dict. cap. 20. n. 21. & cap. 3. num. 13. verſ. tunc etiam maximè.* Etſi enim apud Papinianum ſubſtituta non erat perſona extranea, ſed neptis teſtatoris; noſtri verò loqui ſoleant de ſubſtituto extraneo, eadem tamen vtriuſque caſus ratio eſt, quoties non ſolùm ij quibus ſubſtitutus communiter datus fuit, ſed eorum quoque liberi & heredes dilectiores fuerunt ſubſtituto. Nec enim loquimur de ſubſtituto extraneo, niſi quoniam minùs diligi ſolet ſubſtitutus qui extraneus eſt. At in ſpecie quam Papin. tractat, tales erant perſonæ & oneratorum & liberorum in conditione fideicommiſſi poſitorum vt non poſſet dubitari, quin omnes fuiſſent dilectiores nepte ſubſtituta, cùm ij qui onerati erant, liberi eſſent primi gradus, illa neptis in ſecundo gradu conſtituta, illi inſtituti, hæc ſubſtituta, *l. Publius* 36. §. 1. *De condic. & dem.* Rurſum liberi oneratorum, in eodem quidem gradu, in quo & neptis, id eſt, in ſecundo, ſed tamen nepotes ex maſculis qui ſolent eſſe dilectiores, illa verò, vt credibile eſt, neptis ex filia: illi nepotes ex prædictis: ergo hoc ipſo dilectiores ea quæ fuit neptis ex minùs dilecto, etiam ſi fuiſſet ille maſculus. Denique illi poſiti in conditione vt neptem hanc ſubſtitutam excluderent: ergo dilectiores ea quam per ipſos excludi teſtator voluit, *l. Lucius* 86. *in fin. D. de hered. inſtit.* Concurrebant igitur apud Papinianum coniecturæ quinque, & quod obſeruatione dignius eſt, omnes ex iis, quas interpretum plerique ſingulas ſufficere volunt, non ſolùm ad inducendam fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſionem, ſed etiam ad faciendum, vt fideicommiſſarij grauati filius in conditione poſitus cenſeatur ſubſtitutus: quarum verò duas, ſi concurrant, ſufficere debere omnes conſentiunt poſt Iulium Clarum in §. *teſtam. qu. 79. in fin. & Mantic. dict. cap. 3. num. vlt.* Et tamen non dubitat Papinianus quin liberi in illa ſpecie nec tranſmiſſarij ſint, nec fideicommiſſarij, cùm & primam ſubſtitutionem ceſſare dicat, & in portione nouiſſimi qui ſine liberis deceſſit, neptem liberis prædefuncti fideicommiſſarij anteponat. Illa ergo ſola nobis electio relinquitur, an cum interpretibus, an verò cum Papiniano ſentire malimus. Sed ſentiant cæteri, qui volent cum cæteris. Apud me nunquam interpretum omnium conſpirans & conglobata autoritas tanti erit, quanti vnius Papiniani. Etſi memoria teneo fuiſſe mihi rem aliquando cum pragmatico magno noſtrate qui Baldum vnum, etiam ſolum, toti Papiniano anteponere non erubeſcebat. Adeo ſibi placebat ille in receptis interpretum ineptiis, tum etiam cum ad Papinianum reſpondere non poterat, defendendis.

ERROR IV.

De coniecturis, ex quibus fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſio induci poſſe creditur.

SVMMARIA.

1 *Referuntur aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommiſſum conditionale tranſmitti.*
2 *Expenditur & reiicitur illa coniectura ſi teſtator non modo ſubſtitutum extraneum, ſed etiam eius heredes ad fideicommiſſum inuitauerit poſt filios.*
3 *Refellitur & illa, ſi futurum eſſet vt extraneus aliquis anteponeretur deſcendentibus teſtatoris, niſi fideicommiſſum tranſmiſſibile intelligeretur.*
4 *Errores interpretum in explicanda decidendi ratione l. cùm auus 102. D. de cond. & dem.*
5 *Alius interpp. error de vi tacitæ conditionis quæ ineſt fideicommiſſo ſimpliciter iniuncto vni ex deſcendentibus, ſi ſine liberis deceſſerit.*
6 *Exploditur tertia coniectura, ſi teſtator aliis perſonis in eodem parive gradu conſtitutis in quo ſit filius, aliúſve quilibet heres fideicommiſſarij ipſis proſpexerit.*
7 *Quid ſentiendum ſit de aliis duabus coniecturis, ſi teſtator agnationi ſuæ prouidere voluerit & ſi bona ſua alienari prohibuerit.*
8 *Quando cenſeatur teſtator agnationi prouidere voluiſſe.*
9 *Expenditur coniectura illa, ſi teſtator ad fideicommiſſum inuitauerit non modò ſubſtitutum, ſed etiam ipſius heredes, vbi Manticæ ſententia conuellitur.*
10 *Quomodo voluntates morientium ex arbitrio viuentium æſtimandæ.*
11 *Imprudenter aduerſus Iuriſprudentiæ normas interpretes varios caſus comminiſci, quibus conditionalia fideicommiſſa tranſmittantur.*
12 *Sequi ex interpretum ſententia fideicommiſſum quod in perſona fideicommiſſarij fuit conditionale ad heredes purum tranſire.*
13 *Quid ſequatur ſi fideicommiſſum ad heredem tranſmittatur cum ſua conditione.*
14 *Ratio elegans cur fideicommiſſum conditionale nullo caſu ad heredem tranſmittatur. & n. 21.*
15 *Regula iuris, incertis perſonis relinqui nihil poteſt, & eius limitatio duplex.*
16 *Ratio d. regulæ.*
17 *Incertæ perſonæ mortis cauſa capere poſſunt, at non iure teſtamenti.*
18 *Ex teſtamento capere olim prohibiti cælibes: hodie apoſtatæ, liberi perduellionum, nati ex inceſtuoſo concubitu.*
19 *Si, quod incertis perſonis relictum eſt, ſolutum fuerit, eius repetitio non datur.*
20 *Datum incapacibus repeti poteſt.*

AT, inquies, ſunt etiam aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommiſſum conditionale tranſmiſſibile fieri poſſe, quæ tamen in Papiniani ſpecie non aderant,
puta ſi † teſtator ad fideicommiſſum inuitauerit non 1
modò ſubſtitutum, ſed etiam ipſius heredes, ſi deſcendentibus ſuis ſubſtituerit omnino extraneum, eiuſque heredes, ſi futurum eſſet vt extraneus anteponeretur deſcendentibus teſtatoris, niſi fideicommiſſum tranſmiſſibile intelligeretur: ſi aliis in eodem gradu conſtitutis per fideicommiſſum proſpexerit, ſi appareat teſtatorem agnationi prouidere voluiſſe, ſi prohibuerit alienationem adiecta ratione quòd vellet bona ſua deuenire

Digitized by Google

nite ad ſuos deſcendentes in infinitum, ſi denique ve-
riſimile ſit (quæ omnium periculoſiſſima, & pernicioſiſ-
ſima coniectura eſt) teſtatorem ita reſponſurum fuiſſe ſi
de eo fuiſſet interrogatus. Hæ ſiquidem ferè coniecturæ
omnes ſunt, quas ab interpretibus receptas video, & à
Mantica ſupradicto loco cumulatas. Verùm reſpõdeo ex
his omnibus coniecturis alias tam leues eſſe, vt nullius
momẽti eſſe debeant, alias verò tam graues vt ius fidei-
commiſſi debeant inducere potiùs quàm ius tranſmiſ-
2 ſionis. Leuis illa eſt, † ſi teſtator non modò ſubſtitu-
tum extraneum, ſed etiam eius heredes ad fideicom-
miſſum inuitauerit poſt filios. Nam præter id quod
nulla ratio eſt argumentandi à ſecundi fideicommiſſa-
rij heredibus æquè per fideicommiſſum expreſſim ſub-
ſtitutis, ad filiorum eorundémque priorum fideicom-
miſſorum heredes, qui & perinde extranei eſſe poſſunt,
& ſubſtituti nullomodo fuerunt, adeóque nec poſiti in
conditione (nec enim omnia fideicommiſſa conditio-
nalia illam habent conditionem, *ſi grauatus decedet ſine
liberis aut ſine herede:* noſtra verò diſputatio generali-
ter de quolibet conditionali fideicommiſſo inſtituta
fuit) illud etiam conſiderandum eſt, ſi ea coniectura
reciperetur, vt in priorum fideicommiſſariorum here-
des tranſmitti fideicommiſſum deberet, vt ob id ſolùm
quod poſterioris fideicommiſſarij heredes eſſent ſubſti-
tuti, fore vt poſteriori fideicommiſſario iniuria fieret,
cui prioris heredes præferrentur, atque ita poſteriori
noceret quod eum teſtator tantopere dilexiſſet, vt ipſius
contemplatione futuros, & alioquin incertos & inco-
gnitos eius heredes etiam inuitaſſet. Nec enim poſſet
capi hæc coniectura in fauorem heredum prioris ſi ni-
hil de poſterioris heredibus ſcriptum eſſet. Igitur ſe-
cundum hanc ſententiam fiet deterior conditio poſte-
rioris fideicommiſſarij ob id quòd fuerit ille magis di-
lectus, quod tamen nec quemquam ex interpretibus
vnquam dicturum fuiſſe crediderim, ſi cogitaſſent id
fore conſequens ei, quòd dicerent, non debere heredes
prioris fideicommiſſarij qui dilectior fuiſſet, deterioris
eſſe conditionis, quàm heredes poſterioris, quem vtique
minùs quàm priorem teſtator dilexiſſet. Id enim dun-
taxat egerunt, vt quam proportionem adfectionis te-
ſtator inter fideicommiſſarios ipſos ſeruauerat, eandem
inter ipſorum heredes inducerent, nec animaduerte-
runt id fieri non poſſe inducto tacitè tranſmiſſionis
iure, quin hoc ipſo facerent iniuriam poſteriori fidei-
commiſſario per ius illud tacitum tranſmiſſibilitatis,
vt loquuntur, excludendo, quem tamen, ſicuti fateor,
minùs dilectum fuiſſe quàm priorem, cum ex ordine
vocationis ordo etiam adfectionis colligatur *l. Publica
36. §. 1. D. de condit. & demonſtr. l. omnia 31. alias l.
cum ita. §. in fideicommiſſo, de leg. 2. l. heredes mei 57.
§. vlt. D. ad SC. Trebell.* ita nec negare illi poſſunt fuiſ-
ſe magis dilectum, cùm expreſſim fuerit vocatus, quàm
heredes prioris fideicommiſſarij, qui nullomodo ne
quidem per coniecturas vocati proponantur. Tracta-
mus ſiquidem cum interpretibus eum caſum, quo fidei-
commiſſarij prioris heredes non fuerint, aut expreſsè,
aut tacitè ſubſtituti, & quærimus duntaxat an tranſ-
miſſionis iure admittendi ſint. Quamquam etſi nihil
de poſteriore fideicommiſſario tractandum eſſet, ſed
tantùm de facienda inter prioris & poſterioris fidei-
commiſſarij heredes comparatione, hanc tamen conie-
cturam illa etiam explodere deberet, quòd ſi bona eſſet,
æquè ſubſtitutos dicere oporteret heredes prioris fidei-
commiſſarij, atque heredes poſterioris, cùm fuerint iſti
ſubſtituti, quamuis perſonæ minùs dilectæ ſucceſſe-
rint. Quod ſi admittas, quid aliud inferendum ſupe-
rerit, niſi vt nihil iam interfuturum ſit hoc caſu an ſub
conditione fideicommiſſum alicui, aut eius heredibus
relictum fuerit, an ipſi duntaxat, nulla penitus here-
3 dum facta mentione? Nec minùs † ea leuis alia conie-
ctura eſt, ſi futurum eſſet vt extraneus aliquis antepo-
neretur deſcendentibus teſtatoris, niſi fideicommiſſum
tranſmiſſibile intelligeretur, licèt plures autores habere
videatur, ſolet atque confirmari ex eo quòd à Iuſtinia-
no diſertis verbis expreſſum eſt in *l. cum acutiſſimi 30.
C. de fideicomm.* non eſſe veriſimile teſtatorem ſuæ po-
ſteritati alienam ſobolem anteponere voluiſſe. Nam,
vt nonnulli ante nos iam obſeruarunt, huic coniecturæ
locus eſt cùm id agitur vt faueatur liberis, grauati deſ-
cendentibus à teſtatore contra ſubſtitutum, quiſque
ille ſit, ſiue ſuus, ſiue extraneus, ſed in portione patris
duntaxat, non etiam vt faueatur liberis fideicommiſſa-
rij conditionalis ante conditionem impletam defuncti
& in portione alterius quàm patris contra ſubſtitu-
tum, ſiue patruos ille ſit, vt in ſpecie *l. cum auus 102.
De condic. & demonſtr. ſiue extraneus, vt in dict. l. cum
acutiſſimi.* Sic enim & bene, ſi quid vnquam bene Fran-
ciſc. Rip. in *l. heredes mei. §. cum ita. num. 66. verſ. præ-
terea D. ad SC. Trebell.* In eóque duplex † interpre- 4
tum vulgarium error eſt, quoties eo Papiniani reſponſo
quod erat in *d. l. cum auus* miſerè abutuntur. Primus
idem qui fuit Triboniani in *d. l. cum acutiſſimi*, quòd
exiſtimant Papinianum ea ratione motum fuiſſe vt pro
liberis grauati contra fideicommiſſarium reſponderet,
quia non ſit credendus quiſquam alienas ſucceſſiones
propriis interponere, cùm tamen in ſpecie Papiniani
nepos patruo eidémque teſtatoris filio primi gradus
hereditatem reſtituere rogatus proponeretur, non ex-
traneo. Alter, quòd putant coniecturam pietatis, quia
ſola moueri ſe Papinianus profitetur, explicandam eſſe
ex adfectione teſtatoris erga liberos grauati qui erant
ex deſcendentibus, cùm à contrario vim ſuam deſumat
ex eiuſdem teſtatoris animo & affectu erga grauatum
ipſum, quem ſiue ſit filius, ſiue nepos, & ſiue filio alteri
teſtatoris, ſiue extraneo reſtituere rogatus, credibile eſt
adeò dilectum fuiſſe, vt in ea ſaltem portione, in qua
fuit inſtitutus, noluerit teſtator grauatum eum eſſe in
eum caſum quo liberos habeat, ne poſſit eam ipſis, ſi
malit, relinquere ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato,
vt in præcedentibus Decadibus à nobis explicatum eſt.
Sed quod ad propoſitum noſtrum attinet, multò gra-
uior in eo error † eſt, quòd volunt iſti conditionem il- 5
lam tacitam, quæ ineſt fideicommiſſo ſimpliciter in-
iuncto vni ex deſcendentibus, *ſi ſine liberis deceſſerit*,
inuitare ipſius liberos ad fideicommiſſum, iure noui
fideicommiſſi ab ipſo etiam patre præſtandi, qui tamen,
etiamſi in expreſſa conditione poſiti eſſent, videri non
deberent inuitari ad fideicommiſſum aliquod inuito
patre conſequendum, quin potius patri prodeſſe, ne is
fideicommiſſo à ſe alioquin præſtando teneretur, vt ſuo
locò probauimus. Quòd ſi tum quoque cùm liberi
poſiti ſunt in expreſſa conditione fideicommiſſi, nullo-
modo ſunt vocati, ne quidem ad patris ſui portionem,
quanto minùs dici poteſt tranſmitti in eos ius fidei-
commiſſi conditionalis, quod non ipſis, ſed ipſorum
patri relictum fuerat, & cuius verbis non ſolùm in diſ-
poſitione non ſint illi poſiti, ſed nec in conditione?
Eſt ſanè multo facilius vt de iis cogitaſſe teſtator videri
debeat in fideicommiſſo quod ab ipſorum patre reli-
quit, quàm in eo quod ipſorum patri, qui prioris con-
iecturæ effectus non alius eſt quàm vt fideicommiſſum
à patre præſtandum eludat, poſſintque ipſi poſt pa-
trem ad ipſius portionem admitti eodem planè iure
quo ſi fideicommiſſo nullo grauatus pater fuiſſet. Po-
ſterioris verò effectus ille eſſet, vt & voluntatem teſta-
toris & rationem iuris violaret admiſſis ad fideicom-
miſſum conditionale iis de quibus nihil in fideicom-
miſſo dictum fuiſſet. Hoc enim eſt, tranſmiſſibile fieri
fideicommiſſum. Denique tranſmiſſio fideicommiſſum
extendit, & quodammodo perpetuat, ſubintellecta ex-
trinſecus perſona, quam ſolet dici numquam eſſe ſub-
intelligendam, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus
in fin. D. de verb. oblig.* Conditio autem illa, *ſi ſine*

liberis,

liberis, ſiue exprimatur, ſiue ſubintelligatur, fideicommiſſum duntaxat reſtringit. Illud verò multo difficilius eſt, quia odioſius, hoc verò facilius, quia fauora-
6 bilius, cùm fideicommiſſum ſit onus. Tertia † coniectura leuior ea eſt, ſi teſtator aliis perſonis in eodem pariue gradu conſtitutis in quo ſit filius, aliúſve quilibet heres fideicommiſſarij ipſis proſpexerit. Ex eo namque potiùs inferri oporteret, tanto igitur minùs dilectum hunc fuiſſe cui non proſpexerit, cùm præter hunc defectum voluntatis nihil prohibuerit quominùs etiam huic proſpexerit, cui æquè proſpicere poterat ſi voluiſſet, *l. vnic. §. vbi autem, verſ. ſin autem ad deficientes, C. de caduc. tollend.* Nec quod mutua ſubſtitutio interdum per errorem omiſſa colligitur ex alia parte teſtamenti, ex qua eædem perſonæ fuerint inuicem ſubſtitutæ, vt in ſpecie *l. cùm proponebatur 64. de legat. 2.* facere poteſt vt ſimiliter videri debeat teſtator de vnius fideicommiſſarij herede cogitaſſe ob id ſolùm quod de alterius ſenſerit & ſcripſerit. Eſſet namque illa extenſio de perſona in perſonam quæ multo improbabilior & abſurdior eſt quàm de caſu ad caſum, *dict. §. Chryſogonus. l. ſi quis ita 16. §. ſi quis cùm ignoraret D. de teſtam. tutell.* nec noſtri ipſi diffitentur ad *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantum, de liber. & poſthum.* Sed & admiſſa eiuſmodi extenſione dicendum eſſet fideicommiſſarium eſſe hunc heredem non tranſmiſſarium, quandoquidem illi ex quorum perſonis hæc coniectura ſumitur, non tranſmiſſarij ſunt, ſed fideicommiſſarij. Alioquin dum id agunt interpretes, vt faciant iſtos æquales, faciunt euidenter inæquales. Sequentes verò
7 duæ † coniecturæ quas præpotentes ſolent illi appellare, ſi teſtator agnationi ſuæ prouidere voluerit, aut ſi bona ſua prohibuerit alienari, adiecta ea ratione quod vellet ea conſeruari in familia & ad deſcendentes in infinitum peruenire, ſicut expreſſam iuſtamque teſtatoris voluntatem præ ſe ferunt, ita dignæ ſunt, quæ alio quàm coniecturarum nomine appellentur, cùm ſufficiant ad inducendum fideicommiſſum in eorum gratiam qui ſunt ex familia, & agnatione perinde acſi diſertis verbis fideicommiſſum agnationi & familiæ relictum eſſet, vt in *d. l. omnia 32. aliàs l. cum ita. §. in fideicommiſſo de legat. 2. l. vlt. C. de verbor. ſignific.* ſoláque illa quæſtio ſupereſt quæ tractatur in *d. §. in fideicommiſſo*, & de qua ſeparatim aliquando diſſeremus, quis ex agnatis præferri debeat, aut tanquam prior nominatus, aut tanquam proximior agnatus. Et hoc quidem expeditum eſt, vt & Mantica fatetur, ſi teſtator expreſſerit vt fideicommiſſum ad deſcendentes in infinitum perueniat. Quibus enim verbis apertius fideicommiſſum relinqui omnibus potuit? Sed quod
8 aiunt interpretes, & nos probauimus, de teſtatore † qui agnationi prouidere voluit, non ita ſimpliciter & indiſtinctè, vt iidem putant, accipiendum arbitramur. Volunt enim illi ſufficere vt teſtator de maſculis deſcendentibus locutus ſit, vt præſumatur reſpexiſſe ad fauorem agnationis, & fideicommiſſum tranſmiſſibile feciſſe: quod ego ferre non poſſum. Nam nihil prohibet teſtatori dilectiores fuiſſe maſculos, adeóque ob hoc ipſum, quòd per eos non per fœminas familia conſeruetur ac perpetuetur, nec eo magis tamen maſculos ad fideicommiſſum inuitatos videri, aut tranſmiſſarios fieri, ſcilicet ſi teſtator nec eos ſubſtituerit, nec de fideicommiſſo, quod alij reliquerat, in eos tranſmittendo quicquam præceperit. De quo etiam in præcedentibus diſputauimus, cùm probauimus liberos in conditione fideicommiſſi poſitos etiam adiecta qualitate maſculinitatis, vt loquuntur, non idcirco cenſeri ſubſtitutos. Quod ſi cenſerentur ſubſtituti, quæ receptior Doctorum opinio eſſe creditur, fruſtrà eſt quod iidem volunt, eſſe etiam tranſmiſſarios, quia tranſmiſſarij eſſe non poſſunt, nec eo iure indigent, qui ex propria perſona vocantur ad fideicommiſſum. Tantùm abeſt vt ad commentitium hoc ius tranſmiſſionis inducendum permitti debeat, certiſſimam perpetuámque, ſi qua vlla perpetua eſt, iuris regulam violare. Igitur agnationi prouidere tunc voluiſſe teſtator dicendus eſt, cùm iuſſit fundum in familia & agnatione remanere, qui caſus differt ab illo quo prohibita eſt fundi alienatio, vt in familia remanere poſſit, quia prius fideicommiſſum purum eſt, poſterius verò conditionale, ſi contra prohibitionem teſtatoris alienatio fiat, vt ſuo etiam loco diximus. His coniecturis, eo quem volumus modo, acceptis, illa ſimilis eſt, quam primo loco poſui-
mus, ſi teſtator † ad fideicommiſſum inuitauerit non 9
modò ſubſtitutum ſed etiam ipſius heredes. Nam ſi ſic intelligitur vt in ipſo fideicommiſſo facta ſit mentio heredum, quænam obſecro coniectura hæc eſt quæ tam apertis & indubitatis verbis exprimatur? Et verò ne abſurdum hoc eueniat, cogitur Mantica fateri ſic accipiendam eſſe Baldi ſententiam, qui primus hanc coniecturam induxit, vt heredum mentio facta ſit, non in ſcriptura ipſa clauſulaque fideicommiſſi, ſed in qua alia parte teſtamenti. Quaſi verò ea ſola res facere poſſit, vt qui fideicommiſſum præſtare iuſſus eſt certæ perſonæ, nec niſi in caſum euenientis conditionis, idem etiam heredibus fideicommiſſarij prædefuncti præſtare illud ipſum teneatur: quod tamen, quoniam nec iuris, nec voluntatis colore vllo probabili defenditur, concludit tandem Mantica iudicis arbitrio relinquendum eſſe. Qui hodie vſitatiſſimus & facillimus apud imperitos interpretes & iudices modus eſt difficillimus, & controuerſas quaſque iuris quæſtiones expediendi, cùm arbitrio iudicantium relinquitur, quod quale ſit, ſola iuris ignoratione naſcitur. Annon verò iam ſatis deplorandum erat his noſtris temporibus teſtamenta, quòd plerumque fiant, nullo adhibito, vt olim Iureconſulto, fieri ex barbarorum & rudium notariorum potiùs quàm ex teſtatorum arbitrio, niſi etiam illud adderetur, vt defuncti hominis verba tuendæ voluntatis incognitæ prætextu, cuiuſlibet iudicis quantumlibet inſulſi arbitrio ſuppleri poſſent, aut potiùs euerti? Multùm verò ad hanc rem iuuit, quod ſolent noſtri paſſim iactare, Pro ſcripto & expreſſo habendum eſſe id omne quod veri ſimile eſt reſponſurum fuiſſe teſtatorem, ſi de eo fuiſſet interrogatus ex *l. Titius 25. §. Lucius de lib. & poſthum. l. vlt. C. de poſthum. heredit. inſtit. l. 3. C. de inoff. teſtam. l. quoniam 4. C. de natur. liber. l. qui grani 11. D. de iur. codicill. l. cum 77. §. cum exiſtimaret de legat. 2. l. mulier 22. l. D. ad SC. Trebell. l. tale pactum 40. §. vltim. vbi gloſſ. D. de pact.* Inde namque paſſim videas conſulentes & pragmaticos noſtros inferre, omnia quæ in defunctorum voluntatibus interpretandis quantumlibet temerè inepteque diuinant, pro expreſſis habenda eſſe, quia, inquiunt, ſi de eo interrogatus teſtator fuiſſet, ita reſpondiſſet. Hoc ipſum verò, quod fuerit defunctus ita reſponſurus, quod vnum maximè probandum eſſet, ideò pro bene probato haberi volunt, quod probare nullo modo poſſunt. Itaque vt initio præfatus ſum, eſt hæc coniectura omnium periculoſiſſima & reipublicæ pernicioſiſſima, quæ ſi à ſcholis & tribunalibus exploſa eſſet extra eos caſus qui in libris noſtris tractantur, & alios non vſque adeò diſſimiles, quin eadem maiorve voluntatis ratio iis accommodari poſſit, vix illa litium materia, quæ hodiè tam multæ ſunt circa vltimas voluntates ſupereſſet. Fateor plerumque fieri vt pars vna teſtamenti per aliam declaretur *l. qui filiabus 19. de legat. 1. §. antepen. De inſtruct. vel. inſtrum. legat.* & vt eleganter ſcriptum eſt in *dicta l. quoniam 4. C. de natur. liber.* deſideria morientium ex arbitrio viuentium æſtimanda eſſe. Sed ne-
go † in arbitrio cuiuſque ſiue priuati, ſiue iudicis poſi- 10
tum id eſſe oportere: alioqui non tantùm iura omnia, ſed etiam teſtamenta ſubuerterentur, hactenus ſaltem vt nihil certi & explorati de hominis mortui voluntate adfirmari

adfirmari

adfirmari poſſit, ſi cuique liceat de illa, quicquid velit
adfirmare. Súntque iſta longè differentia. Æſtimari vo-
luntates morientium, eórumque deſideria ex arbitrio
viuentium, & æſtimari ex arbitrio cuiuſque viuentis.
Prior propoſitio vera eſt, nihilque habet incommodi,
quia vix eſt, vt obſcurum eſſe poſſit id, in quo viuen-
tium omnium, qui aliquo iudicio præditi ſunt arbi-
trium conſentiat. Poſterior falſa eſt, & iis indigna qui
ius noſtrum tractant, à cuius dignitate & vtilitate ni-
hil alienius eſt, quàm vt quod reuera certum & finitum
eſt, incertum & infinitum eſſe exiſtimetur, *l. 2. D. de
iur. & fact. ignor. dict. l. ordine 15. D. ad municip.* Quàm
verò ex his brocardicis facta ſint perplexa & incerta
omnia inter noſtros, quoties de vltima defuncti vo-
luntate diſputant, cùm ex innumeris conſiliorum vo-
luminibus conſtat, quorum mole non ipſa tantùm iu-
riſprudentia noſtra, ſed etiam reſpublica miſerè obrui-
tur, tum vel ex iis maximè quæ in hanc rem diligenter
& methodicè congerit Illuſtriſſ. D Mantic. lib. 3. tit. 19.
11 Et ſanè quis non miretur † tam multas ab iis excogita-
tas cumulatáſque conjecturas, ex quibus fideicommiſ-
ſum conditionale tranſmitti debeat in heredem, cùm
in tot iuris noſtri locis, qui ſunt de fideicommiſſis
conditionalibus, nullibi tranſmiſſionis mentio fiat, cu-
ius quippe non ſolùm ius, ſed etiam nomen hoc caſu
incognitum fuerit: adeò vt nec vnquam dubitauerint
prudentes, An aliquo caſu aut ex aliqua cauſa fideicom-
miſſum conditionale ad heredem fideicommiſſarij
tranſmitteretur. Aut igitur imprudentes ſunt, aut
prudentibus ipſis prudentiores noſtri, qui non ſolùm
dubitationes iſtas nouas induxerunt, ſed nouam illam
opinionem, quæ facit vt plures hodiè caſus ſint, in
quibus fideicommiſſum conditionale tranſmittatur, ſi
interpretibus credimus, quàm quibus non tranſmitta-
12 tur. Illud miror † cur non iidem induxerint, vt fidei-
commiſſum quod in perſona fideicommiſſarij fuit con-
ditionale, tranſmittatur ad heredes purum, præſertim
ſi conditio non tam legato quàm perſonæ iniecta pro-
ponatur, vt in ſpecie *l. ſi ita expreſſum 69. De cond. &
demonſtr.* fideicommiſſo ita relicto alicui, *ſi voluerit.*
Hoc enim caſu neceſſe eſt vt vel fideicommiſſum tranſ-
mittatur purum & ſine conditione vel nullomodo
tranſmittatur. Nam vt conditio mera perſonalis quæ
fuerat iniuncta perſonæ fideicommiſſarij tranſeat in
heredem ipſius, non magis dici poteſt, quàm vt heredis
perſona ſit in diuiduo perſona ipſiſſima defuncti, aut
quod idem eſt, vt voluntas defuncti ſit voluntas here-
dis, quod diſertè negat *d. l. ſi ita expreſſum, l. ſi ita le-
gatum 65. §. 1. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius,
de verb. obligat.* Et tamen quis vnquam admittere
poſſit, fideicommiſſum, quod fuerit conditionale in
perſona fideicommiſſarij, tranſire purum in heredem?
atque ita plus iuris habere heredem tranſmiſſionis iure
& ex perſona defuncti quàm defunctus ipſe habuerit?
Annon id manifeſtam implicaret contradictionem? Sed
& ſi eam ſententiam admitteremus vt fideicommiſſum
13 conditionale † ad heredem fideicommiſſarij cum ſua
conditione tranſmitteretur, eodem errore fatendum
eſſet præmortuo etiam herede antequam conditio im-
pleretur, in ipſius quoque heredem tranſmiſſum iri ius
idem fideicommiſſi conditionalis, atque ita per multo-
rum perſonas ambulaturum non modò ius fideicom-
miſſi quod certæ perſonæ relictum fuit, ſed etiam, quod
difficilius eſt, ius conditionis implendæ, quod perſo-
naliſſimum eſſe conſtat, nec ad heredem etiam primum
tranſire, nedum ad heredem heredis *l. ab omnibus 104.
§. 1. De legat. 1. l. à teſtatore 109. De condic. & dem.*
quia impleri debet in forma, vt loquuntur, ſpecifica
l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. eod. quod fieri non po-
teſt mutata perſona eius cui conditio fuerat adſcripta.
Eadem enim ſubeſſet ratio tranſmittendi in heredes
omnes in infinitum vtriuſque iuris, & fideicommiſſi, &
conditionis implendæ, quandoquidem heres heredis
in gradu quantumcumque remoto dicitur heres teſta-
toris *l. vlt. C. de hered. inſtit. l. paterfamilias 46. De
vulg. & pupill. & ſubſt.* Nec tamen negari poteſt quin
ſi primi quoque heredis perſona eſt incerta, quoniam
quis ille futurus ſit, à teſtatore ignoratur, *l. ſciendum
70. De verbor. ſignific.* ob quam nec dicitur venire ex
iudicio teſtatoris, ſed fortuitò *l. qui liberis 8. §. 1. l. ſed
ſi plures 10. in princip. De vulg. & pupill. ſubſtit.* multo
incertior videri debeat perſona illius qui ſecundus aut
tertius fideicommiſſarij heres eſt. Quæ † alia & noua 14
ratio eſt propter quam defendimus fideicommiſſum
conditionale nullomodo nulloque caſu ad heredem
poſſe tranſmitti. Cur enim, aut quomodo tranſmitte-
retur etiam ex teſtatoris voluntate in eum, cui nec ſi
voluiſſet teſtator expreſſim quicquam relinquere aut
legati aut fideicommiſſi iure potuiſſet? Illa ſiquidem &
veteris iuris regula eſt & noui, Incertis † perſonis re- 15
linqui nihil poſſe, niſi relinquatur incertæ perſonæ ex
certis *§. incertis Inſtit. de legat. & apud Vlp. tit. 24. De
legat. §. incerta, & apud Paulum lib. 3. ſentent. tit. 6. §.
legatum, l. 4. & 5. l. ſi quis 14. D. de reb. dubit. l.
qui plures 18. D. de vſufr. legat.* excepto eo ſi quid pau-
peribus fuerit relictum, *l. in quod pauperibus 24. C. de
Epiſcop. & cleric.* quaſi pauperes ſint ad inſtar collegij
quod certæ perſonæ vicem repræſentat, vt ad eum lo-
cum Baldus notat. Et ratio huius regulæ † eſt, vt alibi 16
monuimus, quia certum eſſe debet iudicium & conſi-
lium teſtantis tanquam qui dicatur legem facere cùm
teſtatur, *l. qui in teſtamento 14. D. qui teſtam. facer. poſſ.
iunct. l. verbis legis 120. in verb. legaſſit. D. de verb ſig-
nific.* certum verò iudicium & conſilium eſſe non po-
teſt quod in perſonam incertam confertur: adeò vt du-
bitatum ſit an † conditionis quoque implendæ gratia 17
poſſit quid conferri in perſonam incertam, *l. 3. §. Pau-
lus reſpondit. D. de reb. dubit.* vbi tamen ex Paulo tradi-
tur non minùs incertis, quàm certis perſonis dari de-
bere vt fideicommiſſi petitio poſſit competere, nempe
quia quod implendæ conditionis cauſa capitur, non
capitur ex iudicio teſtatoris, quomodo legatum *l. ſi quis
ſub conditione 8. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* neque iure
teſtamenti *l. Mæuius 55. in fin. De condic. & demonſtr.*
ſed mortis cauſa tantùm, & ex voluntate potiùs eius
qui dat, *l. qui pretio 8. D. de mort. cauſ. donat. & capion.
extra caſum l. pro herede 20. §. Papinianus, D. de acquir.
hered.* Et quod dicitur in *l. omnibus 9. De mort. cauſ. don.*
omnibus mortis cauſa capere permitti, qui legata vide-
licet capere poſſunt, non ita generaliter accipi debet è
contrario vt incertæ perſonæ poſſint legata capere ideò
quia & mortis cauſa capere poſſunt, aut prohibeantur
mortis cauſa capere ob id ſolùm quòd iis legari non po-
teſt (vtrumque enim falſum eſt) ſed ita ſcriptum fuit,
ad excluſionem eorum duntaxat qui ex teſtamento ca-
pere prohibentur, cuiuſmodi erant † olim cœlibes 18
apud Vlp. *tit. De cœlib. orb. & ſolit. damnati in met allum
l. 3. D. de his quæ pro non ſcript. deportati. l. 1. Cod. de he-
red. inſtit.* hodie verò etiam apoſtatæ *l. 3. Cod. de apoſt.
collegia illicita. l. collegium 8. C. de hered. inſtit. l. heretici
4. C. de heret.* liberi eius qui læſæ maieſtatis crimine
condemnatus ſit, *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* nati ex
inceſtuoſo concubitu. *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic.
ſui. §. vlt.* nimirum ſi quid iis relinquatur vltra cauſam
& neceſſitatem alimentorum, *cap. cum haberet. Extr. de
eo qui dux. in matrim. quam poll. per adult.* At incertæ
perſonæ in iſtorum numero non ſunt, quia quod iis
legari, alitérve relinqui nihil poteſt, non ob eorum per-
ſonam ſit, quod capere prohibeantur, ſed ex parte teſta-
toris, cuius, vt diximus, certum judicium eſſe debet:
ideóque ſi † quod iis relictum eſt, ſolutum fuerit, repeti 19
non poteſt. Id enim ſacris conſtitutionibus cautum
fuiſſe refert Iuſtin. *dict. §. incertis, in fin.* quia ſcilicet
capaces ſunt acquiſitionis, quod in incapacibus diuer-
ſum

ſum eſt, quibus non magis acquiri poteſt quod implendæ conditionis cauſa datur, quàm ſi legati vel fideicommiſſi iure iis relictum eſſet *dict. l. Manius*. Ob
20 idque nec dubito, quin quod † iis datum eſt, repeti poſſit, ſi eum, qui dedit, pœniteat, nec iam velit conſequi quod ſibi relictum fuerat ſub ea dandi conditione. Repeti, inquam, non per condictionem, cùm dominium nummorum qui dati fuerunt non tranſierit in accipientem ſed per vindicationem, niſi fuerint conſumpti nummi, vt in *l. interdum 29. D. de cond. indeb.* Planè quiſquis id quod ſibi relictum eſt vult conſequi, cogitur implere conditionem, ſiue incertæ perſonæ, ſiue incapaci dare debeat, in eóque cauſæ iſtæ ſimiles ſunt, quia conditionibus omnibus commune illud eſt, vt & actum ſuſpendant, & impleri debeant in forma ſpecifica *d. l. Manius & l. qui heredi 44. eod. tit.* Sed hoc obiter dictum ſit, ne quis fortè contra nos defenderet, *ex d. l. omnibus*, poſſe incertis quoque perſonis legari ob id quod in eorum perſonam conditio
21 dandi conferri poſſit. Cùm ergo certiſſimum † ſit neque legatum, neque fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui poſſe, cur volumus fideicommiſſum quod perſonæ certæ relictum fuit ſub conditione, cui nec acquiſitum nec debitum vnquam fuerit, tranſmitti poſſe in perſonam heredis ipſius incertam, cui nec ab initio relinqui vtiliter potuiſſet? Plúſne poterit commentitium hoc ius tranſmiſſionis, quàm legatum vel fideicommiſſum expreſſa voluntate ſubnixum? Aut ſi ad violandas iuris regulas omnes, nihil aliud exigimus, niſi vt de voluntate teſtatoris etiam tacita qualitercunque conſtet, quidni eadem audacia dicimus poſſe teſtatorem facere vt hereditas etiam non adita in heredis ſcripti heredem tranſmittatur? Quo admiſſo quid ſupererit niſi vt ex libris noſtris deleamus ſententiam Pomponij in *d. l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* & quotquot alij iuris loci ſunt ad hanc rem pertinentes, atque in contrarium concludamus, quod tamen hucuſque qui auſus ſit dicere, nemo tam impudens aut imperitus fuit, teſtatori cuilibet licere teſtamento ſuo cauere ne leges in eo teſtamento locum habeant, adeóque ad ſubuertendam legum omnium poteſtatem ſufficere quodcumque indicium tacitæ voluntatis?

ERROR V.

De tranſmiſſione fideicommiſſi conditionalis vniti cum iure adcreſcendi.

SVMMARIA.

1 *Refertur aliæ coniectura ex qua volunt interpretes conditionale fideicommiſſum in heredem tranſmitti, ſi fideicommiſſum conditionale vnitum ſit cum iure adcreſcendi.*

2 *Argumentum quo probant interpretes ſuam ſententiam ex l. qui patri. D. de acquir. hered. deductum.*

3 *Fideicommiſſum conditionale, licet fuerit vnitum hereditati, tranſmitti non poteſt.*

4 *Fideicommiſſum cum iure accreſcendi vniri non poteſt. & n. 8.*

5 *Fideicommiſſum non aliter nec priùs valet quàm adita ſit hereditas.*

6 *Præter aditionem hereditatis quid requiratur vt fideicommiſſum valeat.*

7 *Ius adcreſcendi nunquam in portionibus agnatis locum habet.*

9 *Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem.*

10 *Pupillaris ſubſtitutio nihil aliud requirit, quàm vt adita ſit ex aliqua parte patris hereditas, vt paternum teſtamentum confirmetur.*

11 *Heres ab initio voluntarius per aditionem fit neceſſarius.*

12 *Patris & filij cui ſubſtitutum eſt pupillariter, duæ ſunt hereditates, quæ quadantenus vnius loco quandoque cenſentur.*

13 *Licet patris & filij, cui ſubſtitutum eſt pupillariter duo ſint teſtamenta, vnum eſt tamen patris iudicium.*

14 *Qui patris iudicium agnouit, adeundo eius hereditatem, non poteſt idem iudicium improbare repudiando pupillarem.*

15 *Vna aditio ſufficit ad acquirendam tum paternam, tum pupillarem hereditatem.*

16 *Differentia inter vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem ratione tranſmiſſionis.*

17 *Portio adcreſcit portioni, & ſubſtitutio perſonæ.*

EST etiam hæc vna ex iis coniecturis † quarum poteſtate volunt interpretes fideicommiſſum conditionale in heredem tranſmitti poſſe, ſed digna quæ ſeparatum habeat tractatum, Si fideicommiſſum conditionale, inquiunt, vnitum ſit cum iure adcreſcendi. Exemplum adferunt, Si filij erant inſtituti & inuicem ſubſtituti ſub conditione, ſi ſine liberis decederent. Hic enim ſubſtitutio fideicommiſſaria fuit coniuncta cum iure adcreſcendi, & adeò quemadmodum qui liberos, eoſdemque heredes reliquit prædefuncto, ius accreſcendi quod in coheredis portione habere poterat, ſi ſuperuixiſſet, ad heredes ipſius tranſmittitur, *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. D. de acquir. heredit. l. vnic. C. quand. non petent. part. petent. adcreſ.* ita & fideicommiſſum, quamuis conditionale, quod cum eo adcreſcendi iure vnitum fuit ad eoſdem heredes tranſmitti neceſſe eſt, ſi fortè frater ſuperſtes poſt fratris præmortui mortem ſine liberis moriatur. Huius verò ſententiæ argumentum † vnicum 2
quidem, ſed vt putant fortiſſimum, & vt Baldus loquitur, mirabile deſumunt ex *l. qui patri 59. D. de acquir. heredit.* quaſi in eius legis ſpecie ſubſtitutio pupillaris, quæ ſui natura non magis eſt tranſmiſſibilis ad heredes, quàm conditionale fideicommiſſum, *l. qui liberis 8. §. 1. l. ſed etſi 10. in princip. l. penult. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* fiat tamen tranſmiſſibilis ob id quod vnita eſſet cum iure adcreſcendi. Proponebatur enim idem à patre, & in ipſius hereditate patris inſtitutus, & filio impuberi exheredato ſubſtitutus. Hunc verò Neratius ait, ſi patris hereditatem adierit, non poſſe pupillarem prætermittere, idque ſic accipiendum etiamſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui patri heres extiterit, erit pupillo quoque heres neceſſariò (ſic enim lego adiecta dictione *erit*: & ex poſterioribus literis præcedentis dictionis *extiterit* repetita. Nam ſi ipſum inuitum pupillaris hereditas, vt eam cùm viuit, repudiare non poſſit, conſequens eſt vt paternæ hereditati coniungatur, & adcreſcendi iure cuicunque patris heredi acquiratur. Vſque adeò autem hæc ſententia, quæ tam fideicommiſſi conditionalis, quàm pupillaris ſubſtitutionis tranſmiſſionem inducit, interpretibus noſtris placet, vt ſi quando contingat, ſubſtitutionem quæ ab initio pupillaris fuerat, conuerſam eſſe in fideicommiſſariam, vt in ſpecie *leg. quærebatur 19. D. de teſtament. milit. l. Scæuola 76. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum* Itémque ſecundùm interpretes in ſpecie *leg. precibus 8. Cod. de impub. & aliis ſubſtitution.* noua hæc fideicommiſſaria aſſumat ſecundùm eos naturam pupillaris ſubſtitutionis quæ vnita fuerat cum iure adcreſcendi, fiatque tranſmiſſibilis. Sic enim *Socin. ſenior conſil. 6. num. 14. volum. 3. & ad leg. heredes*

*mei.§.cum ita.nu.*13.*D.ad SC.Trebell.*cuius opinionem
licèt à nonnullis improbatam,magis tamen communi-
ter receptam eſſe refert,fateturque Mantica *dict. lib.*11.
*tit.*10. *num.* 12. *&* 13. Quod ſanè mirarer ego, nec
facilè crederem, ſi non iam pridem exploratum apud
me eſſet id paſſim vſuuenire interpretibus noſtris, vt
quo alienior à iure aliqua opinio eſt, eo ſit illa rece-
ptior. In propoſito autem tractatu accidiſſe oſtende-
mus facilè, ſi iuris rationi locus aliquis relictus videri
3 poteſt. Nam vt hinc exordiamur, tum quoque cum
fideicommiſſum † conditionale vnitum eſt hereditati,
adeóque iam acquiſitæ, quam proinde in heredem he-
redis tranſmitti neceſſe eſt: certum tamen non eo ma-
gis tranſmitti poſſe conditionale fideicommiſſum, ne
quidem ſingulare, puta ſi teſtator qui ab herede certas
res legauerat Titio, eundem Titium ſubinde rogaſſet
vt ſi ſine liberis moreretur, eaſdem res eiuſdem heredi
reſtitueret: mortuo enim ante Titium herede, nihil ad
heredis heredem tranſmitteretur. Textus eſt in *leg. in
cauſa* 16. §. *Pomponius, de minor.* Quid autem poteſt
facere ius adcreſcendi plus quàm acquiſitio heredita-
tatis? An fortè magis tranſmiſſibile eſt ius adcreſcen-
di, quàm hereditas iam acquiſita? Deinde aut quid fi-
4 deicommiſſum, quidve ius adcreſcendi ſit, non intelli-
go, aut fieri nullo caſu poteſt vt fideicommiſſum †
ſiue purum, ſiue conditionale cum adcreſcendi iure
5 vniatur. Siquidem fideicommiſſum,ſiue vniuerſale ſit,
ſiue ſingulare,nec aliter nec priùs valere † poteſt quàm
adita ſit hereditas, idcóque contra ipſas etiam regulas
iuris induci neceſſe fuit, vt heredem, qui de fideicom-
miſſaria hereditate reſtituenda rogatus eſſet, nolente
adire damnoſam fortaſſe aut quoquo modo ſuſpectam
hereditatem, cogere poſſet fideicommiſſarius per præ-
torem & ex Senatuſconſulto Pegaſiano vt adiret *l.*4.*&
paſſ. D. ad SC. Trebell. iunct. l. nec emere* 16.*Cod.de iur.
6 delib. l. ea quam* 14.*Cod. de fideicomm. l. ſi nemo* 9.*D.de
teſtam. tutel.* Nec rurſum ſufficit aditam † eſſe here-
ditatem, vt debeatur fideicommiſſum quod ab aliquo
quàm ab herede relictum eſt, niſi etiam illud concur-
rat, vt qui grauatus eſt fideicommiſſo, & honoratus
fuerit, & quod ſibi relictum fuit, perceperit *l. ab eo* 9.
Cod. de fideicomm. l fideicommiſſum 78. *l. filiusfamilias*
7 114. §. *apud. Marcellum de legat.*1. *l.*1. §. *ſi is qui qua-
dringenta D. ad SC. Trebell.* Atqui ius adcreſcendi †
nunquam in portionibus agnitis locum habet, *l. vnic.*
§. *his ita definitis C. de caduc. tollend. ſolo excepto vſu-
fructu*, *l.* 1. §. *interdum.* vbi ratio diuerſitatis eaque
8 perelegans redditur, *D. de vſufr. adcreſc.* Ergo fieri
nequit vt ius adcreſcendi † vnitum ſit cum iure fidei-
commiſſi in eadem portione fratris ſuperſtitis, qui &
poſterior, & ſine liberis deceſſerit. Nam ſi is portio-
nem ſuam agnouit, exinde ius adcreſcendi in ea nul-
lum eſſe potuit: ſi non agnouit, fideicommiſſum
ex die repudiatæ portionis euanuit, vt verè dici
poſſit generationem alterutrius corruptionem eſſe alte-
rius. Ita fit vt quamuis frater qui prior deceſſit tranſ-
miſſurus fuerit ius adcreſcendi ad heredes, ſi deceſſiſſet
ante agnitam à fratre portionem hereditariam, eámque
poſteà frater repudiaſſet, non tamen inde poſſis
inferre ius quoque fideicommiſſi eum tranſmiſiſſe.
Sed contrà potius, hoc ipſo quòd ius adcreſcendi
tranſmiſit, non tranſmiſiſſe ius fideicommiſſi, cùm fi-
deicommiſſo locus nullus eſſe potuerit, niſi in eum
caſum quo ius adcreſcendi deſineret locum habere
poſſe. Ex hoc enim rectiſſimè ac neceſſariò infertur
vnius tranſmiſſione alterius tranſmiſſionem impediri,
& vtrumque ius ſimul tranſmitti nunquam. In eóque
9 differentia pereuidens eſt fideicommiſſi † & pupillaris
ſubſtitutionis, cuius comparatione in hanc rem noſtri
abutuntur, quia pupillaris ſubſtitutio non eo minùs
locum habere poteſt, quod pupillus cui facta eſt, deceſ-
ſerit ante aditam portionem ſuam, ex qua fuerit inſti-
tutus. Et idcirco nihil impedit quominùs coheres pu-
pilli, eidemque ſubſtitutus, ſi ante agnitam à pupillo
hereditatem deceſſerit, cùm ipſe iam portionem ſuam
agnouiſſet,tranſmittat in heredem & ius adcreſcendi &
pupillarem ſubſtitutionem. Nihil enim aliud requirit
pupillaris † ſubſtitutio,niſi vt patris hereditas adita ſit 10
ex aliqua vel minima parte ad hoc vt paternum teſta-
mentum tanquam principale confirmetur, *l. Papinia-
nus* 8.§.*ſed nec impuberis in fin. D.de inoff. teſtam. l. illa
tamen* 27. §. *qui ſuſpectam & § à patre in fin. D. ad SC.
Trebell. iunct. l.* 2. §. 1. *l. ſed ſi plures* 10. §. *ſi ex aſſe. de
vulg & pupill. ſubſt.* Sed tamen pupillari quoque ſub-
ſtitutione facta tractari de iure adcreſcendi non aliter
poteſt, quàm ſi duo pluresve heredes inſtituti propo-
nantur,quorum alterutrius portio deficiat, & coheredi
adcreſcat,vt in ea ſpecie quam interpretes proponunt.
Quæ tamen ſpecies multum diſtat ab ea quam Neratius
tractat in *dict. l.qui patri*, vbi ſolus proponebatur inſti-
tutus ille qui idem filio impuberi fuerat ſubſtitutus.
Etſi non nego idem reſponſurum fuiſſe Neratium,ſi in-
ſtitutus coheredem aliquem,ſiue pupillum ipſum, ſiue
alium habuiſſet. Eadem enim ratio locum habuiſſet
omni caſu, quòd quiſquis patri heres extitit, ſi eidem
filio impuberi ſubſtitutus ſit prætermittere impuberis
hereditatem nullomodo poſſit, ſiue patri fuerit ab ini-
tio heres neceſſarius, ſiue voluntarius. Nam & qui vo-
luntarius † fuit antequam hereditatem adiret, per adi- 11
tionem fit neceſſarius, cùm ex eo tempore hereditatem
repudiare ampliùs non poſſit, *l.*4. *C.de repud.vel abſtin.
hered.l.*1.§.1 *decretalis.D.de ſucceſſ.edict.* Quiſquis au-
tem patri neceſſarius heres eſt, ſiue ab initio ſiue ex
poſtfacto eundem filio quoque impuberi, cui ſubſtitu-
tus fuerit,neceſſarium heredem eſſe neceſſe eſt quodam
velut adcreſcendi iure,ſcilicet adcreſcente pupillari he-
reditate paternæ hereditati,acſi vna tantùm eſſet patris
& filij hereditas & pupillaris nihil niſi portio quædam
eſſet paternæ. Etſi enim non quemadmodum pruden-
tibus placuit patris & filij vnum eſſet teſtamentum *l pa-
terfamilias* 28.*D.de reb.autor.indic.poſſidend.*aut ſaltem
duo illa patris & filij teſtamenta vnius loco haberi tam
prætorio quàm ciuili iure, *l.patris & filij* 20. *De vulg.&
pup. ſubſt.* ita & illud dici potuit, & patris & filij vnam
duntaxat hereditatem eſſe, cùm re vera † duæ ſint here- 12
ditates diuerſis temporibus deferendæ diuerſarum per-
ſonarum diuerſis temporibus morientium, § *igitur.inſt.
de pup. ſubſt.* Poſſunt tamen duæ iſtæ hereditates etiam
vnius loco cenſeri,quod ad hoc vt qui paternam adqui-
ſiit, non magis pupillarem poſteà repudiare poſſit,
quam ſi de vacua vel deficiente aliqua pupillari heredi-
tatis parte repudianda tractaretur,cùm vtraque non tan-
tùm ex vno eodémque teſtamento deferatur, ſed etiam
quod certius, & ad rem noſtram aptius eſt, ex vno eo-
démque eiuſdem teſtatoris iudicio. Nam & illi ipſi qui
duo † teſtamenta eſſe dicerent, quam ſententiam pleri- 13
que ex ipſis etiam prudentibus ſecuti videntur, præſer-
tim Vlp. in *l.*1 §.1.*D.ſi cui plus quàm per leg.Falcid.*non
tamen negarent vnum & idem iudicium eſſe, ſcilicet
patris. Quomodo enim poſſet iudicium eſſe filij impu-
beris, etiam quantum ad pupillarem hereditatem, cùm
impubes iudicium prorſus nullum habere intelligatur?
l.pupillus 9. *D. de acquir.hered.* Indéque nimirum eſt,
quod de inofficioſo filij impuberis teſtamento mater
quantumuis immerenter exheredata, aut etiam, quod
effectu idem eſt,præterita,dicere non poteſt,vt ex Papi-
niano ſubtiliter ſcribit Vlpianus in *l. Papinianus* 8. §.
ſed nec impuberis. D. de inoff.teſtam. quia, inquit,pater
hoc ei fecit, id eſt, quia licèt filij teſtamentum ſit, non
patris: tamen patris,non filij iudicium eſt: Sicut è con-
trario, ſi pater, qui fratrem habebat, filio ſuo impuberi
turpem perſonam ſubſtituiſſet, non poſſet frater con-
tra fratris iudicium proponere querelam inofficioſi te-
ſtamenti, vt ibidem ſubiungit Vlpianus quia quamuis
ſit

ſit iudicium patris, tamen filij teſtamentum eſt. Quiſquis autem agit querela inofficioſi, conqueritur de teſtatoris iudicio, quaſi fuerit ille inſanus & furioſus potiùs quàm iudicij compos: atque ita ipſius teſtamentum euertit *l. 2. 3. & 4. D. eod. tit. De inoff. teſtament.* ac proinde vt querelæ locus eſſe poſſit, neceſſe eſt vtrumque concurrere, id eſt, & iudicium & teſtamentum eius eſſe, cuius & iudicium & teſtamentum actori liceat impugnare. Hoc autem probato quòd patris filiique teſtamentum, non niſi vnum idémque ſit patris iudicium, ſuccedit certiſſima iuris regula quæ non patitur induci vnquam diuiſionem iudicij & voluntatis, *l. cum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. legatarius 38. de legat. 1. l. nam abſurdum 7. D. de bon. li-*
14 *bert.* Ergo qui iudicium † patris agnouit in eo quod ipſius hereditatem adiit, non poterit idem iudicium improbare repudiando pupillarem, quoniam ita faceret vt idem eiuſdem hominis iudicium partim confirmaretur, partim euerteretur, aut ſaltem deſtitueretur, quod æquè abſurdum eſſet. Quid enim refert an pupillare teſtamentum euertatur, an deſtituatur? Hoc ipſo igitur quòd patris hereditatem adiit ille qui filio impuberi etiam ſubſtitutus eſt, ſe exinde obligat, vt quandocunque morituri poſteà impuberis hereditatem agnoſcere compellatur, ſiue interim & ante pupillum decedat ipſe, ſiue ſuperuiuat. Et quemadmodum lex cùm patris mortui teſtamentum confirmat, hoc ipſo confirmat etiam tabulas pupillares, non vt ex iis iam tum deferat pupilli hereditatem, quæ adhuc viuente illo nulla eſt, ſed vt defuncto quandocumque pupillo nulla pupillaris ſubſtitutionis confirmatione noua opus futurum ſit ad ipſius hereditatem ſubſtituto deferendam: & è contrario non confirmato tunc per legem patris teſtamento, pupillare neque tunc neque poſteà vnquam confirmari poſſet, vnde etiam eſt quòd mortuo patre, licèt viuo pupillo dies legatorum à ſubſtituto pupillari datorum ſtatim cedit, *l. heredis 7. §. tantumdem & ſeq. D. quand. dies legat. ced.* Ita & cùm
15 per aditionem † paternæ hereditatis teſtamentum patris ab homine confirmatur, quæ ſecunda teſtamenti confirmatio eſt, eáque omnino neceſſaria, ne prior illa quam lex fecerat omnino inutilis maneat, fatendum eſt pupillares quoque tabulas intelligi confirmatas, vſque adeò vt impubere poſteà defuncto nulla ſit opus noua aditione, tanquam ſufficiente priore quamuis per eam non fuerit hereditas pupillaris acquiſita, ſed paterna tantùm. Nam & idem eueniret, ſi is qui adiit, fuiſſet ſubſtitutus ex parte hereditatis paternæ purè, ex alia verò parte ſub conditione, aut etiam coheredi quem in alia parte habuiſſet vulgariter ſubſtitutus. Nemo enim diceret egere hunc noua aditione, ſi quando ſubſtitutionis conditio exiſtat, *l. ſi tu ex parte 76 l. ſi ſolus 80. in princ. & in fin. D. de acquir. hered.* multo minùs verò ſi in alia parte non fuerit ſubſtitutus, ſed ſub conditione inſtitutus *dict. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. eod.* cùm nec euentum conditionis tanquam ſuperuacuæ cogatur hic expectare, *l. ſi quis ita 33. D. de hered. inſtit.* Cùm igitur vna ſufficiat aditio, nihil ſanè eſt quod impediat tranſmiſſionem, quam ea ſola ratio impedire poſſet, quòd ius adeundæ hereditatis tranſmitti ad heredem non poſſit. Proinde parum refert, an qui à patre inſtitutus fuiſſet, idemque impuberi ſubſtitutus deceſſerit ante pupillum, an poſt: & quod dici ſolet, ſubſtitutionem ſiue vulgarem ſiue pupillarem non tranſmitti tanquam quæ in bonis noſtris non ſit priuſquàm eius conditio extiterit, *l. toties 81. de acquir. heredit. l. ſubſtitutio 42. De acquir. rer. dom.* non poteſt hoc caſu locum habere, in quo iam antequam conditio ſubſtitutionis exiſtat, reperitur obligatus ſubſtitutus, ne ſubſtitutionem, ſi quando competat, repudiare poſſit. Quid enim aliud eſt, non poſſe repudiare, quàm eſſe iam factam acquiſitionem? Quam-

quam inter vulgarem † & pupillarem ſubſtitutionem 16
etiam hac parte differentia eſt: Vulgaris enim quæ non fuit delata non tranſmittitur, nec ſi vnita ſit cum iure adcreſcendi, *d. l. ſi ex pluribus 9. De ſuis & legit.* nempe quia non ex eo inducitur diuiſio voluntatis, cùm portio deficiens, quæ ſubſtitutionis iure acquiri nondum poteſt, nec proinde ad heredem tranſmitti, ſequatur acquiſitam portionem, eique adcreſcat iure ſubſtitutionis & conſequenter iure voluntatis. At pupillaris ſubſtitutio non poteſt ſequi paternam hereditatem, nec ei adcreſcere iure inſtitutionis, cùm alia ſit hereditas, ideóque is qui in hereditate paterna ſcriptus eſt, nihilomagis in pupillari ſcriptus videri poſſit, niſi ponas in ea quoque ſeparatim & expreſſim fuiſſe inſtitutum, quod non fit niſi per pupillarem ſubſtitutionem. Itaque diuideretur neceſſariò iudicium teſtatoris, ſi is qui patri heres extitiſſet pupillo etiam neceſſariò heres non eſſet. Vt autem neceſſariò heres ſit pupillo, præſertim ſi ante pupillum deceſſerit, non aliter fieri poteſt, quàm ſi pupillaris hereditas paternæ adcreſcat: in eámque rem manco iure ſubſtitutionis inducendum neceſſariò eſt
ius adcreſcendi, quia portio † adcreſcit portioni velut 17
alluuio, *l. ſi Titio 33. in fin. D. de vſufr.* ſubſtitutio autem omnis acquiritur perſonæ, non portioni: perſona porrò nulla eſt, quæ iam mortua reperitur.

ERROR VI.

De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis cùm de tranſmiſſione agitur: itémque de differentia pupillaris ſubſtitutionis & iuris adcreſcendi.

SVMMARIA.

1. *Sententiam l. qui patri, D. de acq. hered. ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem extendi non poſſe.*
2. *Fideicommiſſum neque inſtitutio, neque pars inſtitutionis dici poteſt.*
3. *Ius accreſcendi non eſt inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedant, nec inter eas portiones, quæ ex diuerſo iure vni & eidem perſonæ deferuntur.*
4. *Poteſt coheres cui per præceptionem aliquid relictum eſt, repudiata portione ſua hereditaria legatum petere, aut omiſſo legato partem hereditariã retinere.*
5. *Ius adcreſcendi nequidem fideicommiſſarium particularem vnquam ſequi poteſt.*
6. *Conuenientia inter ſubſtitutionem pupillarem & fideicommiſſum ab interpretibus allata refellitur.*
7. *Cur ſubſtitutio pupillaris mortuo ante pupillum ſubſtituto non tranſmittatur.*
8. *Species l. qui patri. D. de acquir. hered. deciſio, & decidendi ratio.*
9. *Exponuntur verba, d. l. qui patri.*
10. *Quibus caſibus pupillaris ſubſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, aliáve directa in precariam.*
11. *Subſtitutio pupillaris pura eſt, non conditionalis.*
12. *Quale ſit fideicommiſſum in quod ſubſtitutio pupillaris conuertitur.*
13. *Conſecutionem à pupillari ſubſtitutione ad fideicommiſſum, quâ huius tranſmiſſibilitas concluditur, haud bonam eſſe.*
14. *Sententia l. planè 94. in pr. D. de legat. 1.*
15. *Caſus duo valde inter ſe diſſimiles qui ab interpretibus confunduntur.*

EAque proculdubio & ſententia & ratio eſt dictæ
l. qui patri, quam † proinde iam intelligimus non 1
niſi ineptè ad fideicommiſſariam ſubſtitutioné extendi

poſſe:

poſſe: ſiquidem ea neque teſtamentum eſt, neque pars
teſtamenti, cùm teſtamentum non æſtimetur niſi ex in-
ſtitutione *l. 2. §. prius autem. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l.*
2 *quod per manus 10. D. de iur. codicill.* fideicommiſſum †
autem, ſiue vniuerſale ſit, ſiue ſingulare, neque inſti-
tutio dici poſſit, neque pars inſtitutionis. Qua etiam
ratione ſoleo defendere, ſubſtitutionem fideicommiſſa-
riam ſubſtitutionem dicendam non eſſe, quia ſubſtituti
ſecunda inſtitutio eſt, aut ſecundi heredis, vt apud Vl-
pianum & Caium in Inſtit. ſcriptum eſt, fideicommiſ-
ſarius verò inſtitutus nullomodo eſt. Neque verò ſi
teſtator vni ex pluribus heredibus aliquid per legatum
aut fideicommiſſum reliquerit, prohibetur ille etiam
poſt agnitam portionem hereditariam fideicommiſſum
repudiare, nec quiſquam dixerit inuito ei adcreſcere id
3 debere, quia ſicuti ius adcreſcendi † non eſt inter eos
qui ex diuerſo iure ſuccedunt, *l. ſed cum patrono 6. D.
de bonorum poſſeſſ. l. 1. Cod. de teſtam. milit.* non magis
quàm inter eos, qui éx duobus teſtamentis veniunt,
l. ſi ſub conditione 16. D. quib. mod. vſusfruct. amitt. ita
nec inter eas portiones quæ ex diuerſo iure vni eidém-
que perſonæ deferuntur, puta, quarum vna ex inſtitu-
tione, altera ex legato vel fideicommiſſo deferatur.
4 Alioqui non poſſet coheres, † cui per præceptionem
aliquid relictum eſſet repudiata portione ſua heredita-
ria, legatum petere, aut omiſſo legato partem heredita-
riam retinere, & contra, quod tamen vtrumque falſum
eſt, *l. & quidem totum 18. iunct. §. vltim. l. praced. de
legat. 1. l. ex parte 21. D. de adim. legat. leg. ſi Titius
96. de legat. 3.* Et ſanè tantum abeſt vt fideicommiſ-
ſum poſſit vnquam ſequi aut concomitari ius adcreſ-
5 cendi, vt nec † ius adcreſcendi poſſit vnquam ſequi
fideicommiſſarium particularem, *dict. l. ſi Titius. Ex-
tra caſum leg. Papinian. 43. D. ad SC. Trebell.* id eſt,
præterquàm ſi is qui ex parte fuerat inſtitutus, eámque
Sempronio reſtituere rogatus, compulſus adierit, vt
ideo ſit indignus qui ex eo teſtamento quicquam con-
ſequatur. Nam neque hereditas poteſt dici pars fidei-
commiſſi, nec fideicommiſſum pars hereditatis, quo-
modo hereditas pupillaris videri poteſt, vt diximus,
pars quædam hereditatis paternæ. Denique ſi pupilla-
ris hereditas non adcreſceret paternæ, non haberet pu-
pillus heredem ex teſtamento, quæ res impugnaret pu-
pilli vtilitatem, cuius vtique intereſt teſtamentarium
heredem habere potiùs quàm legitimum, *leg. Iulianus
43. D. de acquir. heredit.* atque ita ex duabus inſtitu-
tionibus, quæ vno eodémque teſtamento continerentur,
vna valeret, alia non valeret, quod tam abſurdum
eſſet, quàm ſi quis diceret vnum idémque teſtamen-
tum partim valere poſſe partim non valere, aut ex vno
eodémque teſtamento hereditatem pro parte acquiri,
pro parte non acquiri, aut denique vnum & eundem
teſtatorem decedere pro parte teſtatum pro parte inte-
ſtatum. Iam enim diximus vnum & eundem teſtato-
rem eſſe, videlicet patrem, qui & de ſua & de pupilli
hereditate eodem teſtamento diſponit, cùm & ſibi &
filio heredem facit. At in fideicommiſſo quodcum-
que tandem illud ſit, nihil tale tractari poteſt, nec
aliud vllum abſurdum ſequitur, etſi fideicommiſſum
ad fideicommiſſarium non perueniat, multo minùs
etiamſi ad fideicommiſſarij heredem non tranſmitta-
tur, quia remanet eo caſu penes illum qui fuit roga-
tus. Quid ergo neceſſe eſt vt violemus iuris regulas ad
hoc vt ad fideicommiſſum conditionale porrigamus ea
quæ in pupillari ſubſtitutione conſtituta è contrario ob
hoc ipſum, ne iuris communis regulæ pupillique vti-
litates impugnarentur? Sed & vereor ne in eo deci-
6 piantur interpretes, qui pupillarem † ſubſtitutionem
fideicommiſſo conditionali æquiparant, quod pupilla-
rem ſubſtitutionem conditionalem eſſe putant, (quò
enim alioqui hæc comparatio pertineret?) cùm tamen
ſui natura, ſi nullam extrinſecus conditionem teſtator
induxerit, pura conſtitutio ſit, non conditionalis, *leg.
qui liberis 8. in princip. D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.*
Illa enim verba quæ in omni ſubſtitutione pupillari
apponi neceſſe eſt, *ſi filius meus impubes deceſſerit*, licet
conditionem præ ſe ferre videantur, re vera tamen nul-
lam continent, quoniam non teſtamenti pupillaris ver-
ba ſunt, quippe quod incipit à ſequentibus illis ver-
bis, *Titius heres eſto*, iiſque concluditur, ſed patris ve-
luti præparatio quædam, ea eſt accingentis ſe ad fa-
ciendum filio teſtamentum & præfantis, non aliter ſe
velle filio facere teſtamentum, quàm ſi decedat ille im-
pubes, quia nec aliter ex legibus poteſt. Quare ſi quis
me roget, cur † ſubſtitutio pupillaris mortuo ante pu- 7
pillum ſubſtituto non tranſmittatur, non illam ratio-
nem adferam, quam adferrem in quæſtione concepta
de fideicommiſſo conditionali, quòd conditionalia
non tranſmittantur, ſed quia viuentis pupilli nulla eſt
hereditas quæ ſubſtituto deferri poſſit *l. 2. §. interdum.
de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ita tamen 27. §. à patre. D.
ad SC. Trebell. iunct. l. 1. D. de heredit. vel act. vendit.
l. 1. D. pro heredit.* tantum diſtat vt tranſmitti poſſit ea
quæ adita non fuit, *l. vnic. §. in nouiſſimo, Cod. de ca-
duc. tollend.* quæque, nec ſi extitiſſet conditio pupilla-
ris ſubſtitutionis quæ conditionalis fuiſſet, tranſmitti
tamen poſſet, etiam præmortuo pupillo, ſi alius ei ſub-
ſtitutus fuiſſet, quàm qui heres patri extitiſſet. Vt verò
apertius fiat, quantopere fallantur interpretes, cùm
tractant de pupillari ſubſtitutione vnita cum iure ad-
creſcendi, finge † in ſpecie *dict. l. qui patri*, Sempro- 8
nium patris heredem eundémque filio impuberi ſub-
ſtitutum, non ex toto aſſe inſtitutum fuiſſe, ſed ex ſe-
miſſe duntaxat: ex alio verò ſemiſſe coheredem ha-
buiſſe ipſum impuberem qui tamen ſcriptus fuerit ſub
ea conditione, *ſi volet heres eſſe.* Hoc enim ponendum
neceſſario eſt vt impubes qui fuit ſuus heres patri
(alioqui pupillariter ei ſubſtituere pater non potuiſ-
ſet) ex neceſſario herede factus ſit voluntarius, *l. ver-
ba hec 12. D. de condic. inſtit.* qualem eum eſſe neceſſe
eſt, vt de iure adcreſcendi tractari poſſit, aut de vulgari
ſubſtitutione, cùm in portionibus agnitis & acquiſitis,
nec iuri adcreſcendi locus relinquatur, nec ſubſtitutio-
ni vulgari, *d. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tol-
lend. l. poſt aditam 5. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.*
acquiſita verò ſit hereditas, quæ ipſum & neceſſarium
heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *l. cùm quaſi
30. §. ſed etſi ſuus, de fideicommiſſ. libert.* Finge rur-
ſum Sempronium hunc tacitum rogatum fuiſſe à pa-
tre, vt portionem illam ſuam hereditariam Mæuio in-
capaci reſtitueret, eámque fidem ſuam in id accommo-
daſſe contra leges, & ita poſt mortem teſtatoris adita
per eum hereditate fiſco locum factum fuiſſe qui ſe-
miſſem illum ei abſtulerit, *l. 3. l. ita fidei 40. & paſſ. D. de
iur. fiſc.* mox pupillum ſe à patris hereditate abſtinuiſſe,
ſubinde in pupillari ætate deceſſiſſe, vt proinde & iuri
adcreſcendi locus factus ſit, & pupillari ſubſtitutioni.
Quæro an deficientem & adcreſcentem pupilli portio-
nem habebit Sempronius iure adcreſcendi? Minimè
verò, quia rem non videtur habere, inquit Vlp. in *l. ſi
totam eam partem 83. D. de acquir. hered.* id eſt, quia cùm
portio adcreſcat portioni velut alluuio, vt ſupra dixi-
mus, non poteſt videri portionem vllam habere cui pu-
pilli coheredis portio poſſit adcreſcere, is cui fiſcus ab-
ſtulit eam partem quam habebat. Etſi enim non eo mi-
nùs heres manet qui ſemel fuit, ac proinde heres ex
parte, qui fuit inſtitutus ex parte, *l. ex facto 43. §. Iulius
Longinus. D. de vulg. & pup. ſubſt.* rem tamen non habet,
id eſt, effectu ipſo heres non eſt, ideoque nec partem vl-
lam habere intelligitur. At pupillarem ſubſtitutionem
ideone fortaſſis amiſerit? Imo ſuccedet pupillo non tan-
tùm ſi expreſſim ſub Sempronij nomine fuerit ſubſti-
tutus (qui caſus idcirco minorem habet dubitationem,
quòd is cui fiſcus hereditatem aufert, nihilominùs
Sempronij

Sempronij nomen retinet) ſed etiam ſi facta ſit ſubſti-
tutio pupillaris, quomodo fieri olim ſolebat his verbis,
Quiſquis mihi heres erit. d. §. Iulius. vbi quamuis ratio-
nem illam Paulus reddat, quòd is qui in fraudem le-
gum fidem accommodat adeundo heres efficiatur, nec
deſinat heres eſſe, licèt res quæ ita relictæ ſunt ei au-
ferantur, quodque ſatis punitus ſit in eo in quo fecit
contra leges. Subiungit tamen, quod mirabilius eſt,
idem fore dicendum etiamſi heres eſſe deſineret,
quemadmodum, inquit, in eo intelligendum eſt, qui
cùm ſcriptus eſſet heres poſtquàm adiiſſet heredita-
tem in ſeruitutem redactus eſt, ac poſtea libertate do-
natus. Nam & huic permiſſum eſt ad ſubſtitutionem
quamlibet ſiue vulgarem ſiue pupillarem peruenire,
quæ fuerat ei teſtamento relicta. Licet enim heredita-
tem ex inſtitutione amiſit, tamen ex ſubſtitutione
iſtam portionem, id eſt, quantum amiſerit, percipe-
re debet. Et quidem inuitus, adeò vt idem ius tranſ-
mittat ad heredem, faciatque, eum heredem pupillo
neceſſarium, ſi fortè inſtitutus ipſe ante pupillum
deceſſerit, *dict. leg. qui patri.* Sic enim accipienda
9 † ſunt generalia illa eius legis verba, *cuicumque pa-
tris heredi*, vt comprehendant quiſquis aliquando
heres fuit, ſiue heres manſerit, ſiue, heres eſſe deſie-
rit. Ex quo intelligimus, quæ in eadem lege præce-
dunt *adcreſcendi iure acquiri* (quod vnum fefellit in-
terpretes, vt circa ius adcreſcendi tam multa abſurda
commenti ſint) non tam ſic accipi debere, vt hereditas
pupillaris adcreſcat paternę ſicut portio portioni, quàm
ita vt inſtitutio facta in teſtamento pupillari adcreſcat
inſtitutioni factæ in paterno. Alioqui non magis
poſſet ſubſtitutio pupillaris adcreſcere heredi qui por-
tionem amiſiſſet, ſiue ius & nomen heredis retinuiſſet,
ſiue etiam amiſiſſet, quàm deficiens portio ex qua pu-
pillus fuerat inſtitutus. Quod cùm ita ſit, apparet
tum quoque cùm pupillaris ſubſtitutio vnita eſt cum
iure adcreſcendi, non ideò fieri tranſmiſſibilem, quòd
vnita ſit, adeóque ſi quando tranſmiſſibilis ſit talem
per ſe eam eſſe, quamuis ius adcreſcendi non modò
tranſmitti non poſſit, ſed nec locum habere. Ergo
non propter ius adcreſcendi, ſed propter ſolam vo-
luntatem teſtatoris, cum iuris ratione coniunctam,
ne & hereditas & inſtitutio à teſtatore facta diuidatur.
Sed illud multo abſurdius eſt, quod iidem noſtri ad-
dunt de pupillari ſubſtitutione conuerſa in fideicom-
miſſariam. Primùm quia non alium caſum agnoſco
10 † in quo fieri poſſit vt pupillaris ſubſtitutio conuer-
tatur in fideicommiſſariam, aliáve directa in preca-
riam, præter eum quem tractat Scæuola in *l. 76. D.
ad SC. Trebell.* de cuius ſententia & ratione ſcripſi
lib. 13. *Coniecturarum*, *cap.* 14. & alium quem Vl-
pianus in *leg. quærebatur.* 19. *D. de teſtament. milit.*
Nam quæ illi ſolent in hanc rem congerere de ſub-
ſtitutione compendioſa à pagano facta puberi, ver-
bis, vt vocant, communibus, vel à milite verbis di-
rectis, planè commentitia & abſurda ſunt, vt à nobis
eodem Coniecturarum libro probatum fuit. Deinde
quoties id euenit vt pupillaris ſubſtitutio, quæ di-
recta ab initio & pura fuit conuertatur in fideicom-
miſſariam, ipſum quoque fideicommiſſum purum eſſe
neceſſe eſſet, ſi pupillaris ſubſtitutionis naturam in-
dueret. Et tamen conditionale eſſe conſtat, ideóque
nec ad fideicommiſſarij heredem tranſire, ſed ſi plu-
res ſubſtituti fuerant, ad eos ſolos peruenire qui
conditionis exiſtentis tempore in humanis reperiun-
tur, *d. l. Scæuola 76. in fin.* Ratioque differentiæ non
obſcura illa eſt, quod cùm pupillaris ſubſtitutio † te-
11 ſtamentum ſit filij, quam præcedere neceſſe eſt, non
magis poteſt facere conditionalem ſubſtitutionem,
quàm eſſet conditionalis illa inſtitutio à teſtatore
facta, *ſi ego deceſſero, Titius heres mihi eſto.* Quid enim
refert an ita loquatur pater faciens heredem ſibi an ve-
rò ita *ſi filius meus in pupillari ætate deceſſerit*, cùm facit
heredem filio, & filij nomine loquitur? At fideicom-
miſſum † quod pupillaris ſubſtitutio conuertitur ne- 12
que filij teſtamentum eſt, neque pro eo fideicommiſ-
ſo habetur, quod filius ipſe fecerit, ſed pro eo quod
pater à legitimo filij herede reliquerit ſub ea condi-
tione ſi filius impubes moreretur, *d. l. Scæuola. l. ſi fun-
dum 92. aliàs l. ſi Titio. §. vlt. cum l. ſeq. de legat.* 1.
Idque appatet non ſolùm ex eo, quòd huiuſmodi fi-
deicommiſſum pubertate filij extinguitur, ſicut & pu-
pillaris ſubſtitutio finiretur. *leg. quod fideicommiſſum
93. de legat.* 1. ſed ex illo etiam quod ab exheredati he-
rede legitimo tale fideicommiſſum relinqui non poſſet
leg. planè 94. leg. ab exheredati 120. *eodem.* quod ta-
men proculdubio valeret, ſi haberetur pro relicto ab
ipſo exheredato ſicut & ipſi exheredato ſubſtitui pu-
pillariter poteſt *leg. 1. §. ſubſtituere. l. ſed ſi plures* 10.
§. ad ſubſtitutos. de vulg. & pup. ſubſtit. Igitur fideicom-
miſſum hoc conditionale eſſe neceſſe, cùm habeat con-
ditionem illam tacitam duplicem ſi & morietur filius,
& impubes morietur, quamuis ſecundùm verborum
figuram purum videatur, purumque eſſet ſanè ſi à filio
ipſo non à patre relictum eſſe crederetur. Non eſt ergo
bona † conſecutio à pupillari ſubſtitutione ad fidei- 13
commiſſum in quod pupillaris ſubſtitutio conuerti-
tur, vt ex ea comparatione debeat ſumi argumentum
ad inferendam tranſmiſſibilitatem fideicommiſſi con-
ditionalis, ob id ſolùm quòd ius pupillaris ſubſtituti-
onis ſit tranſmiſſibile aliquando, ſiue dicamus tunc eſſe
cùm habet vnitum ius adcreſcendi, ſiue quod alio ca-
ſu. Poſſe enim eſſe tranſmiſſibile ius acquirendæ here-
ditatis pupillaris, tum quoque cùm de adcreſcendi iu-
re tractari non poteſt, præter ea quæ iam diximus col-
ligi etiam poteſt ex eo, quòd ſi is qui a patre inſtitutus
fuit, eique heres extitit, idem ſit proximus impube-
ris agnatus, non minùs impuberi neceſſariò heres eſſe
cogitur, quàm ſi fuiſſet ei pupillariter ſubſtitutus.
Hæc namque videtur mihi eſſe † ſententia Iuliani in 14
d. l. planè, vbi diſertè ſcribit ſi pater filium impuberem
exheredauerit, & ab eius legitimo herede fideicom-
miſſum reliquerit, ita demum deberi fideicommiſſum
ab eo herede legitimo, ſi & patri heres idem fue-
rit. Quo enim iure fideicommiſſum præſtare cogi poſſet,
quod ab eo non niſi tanquam à legitimo herede reli-
ctum fuit, ſi non etiam heres eſſe cogeretur? Aut cur
melioris, quàm ſi expreſſim ſubſtitutus eſſet, conditio-
nis erit in hoc, vt pupillo heres neceſſariò eſſe coga-
tur? Si quidem nec alio colore hic fideicommiſſa de-
bet quàm quòd inſtitutus tacite videatur *lege conficiun-
tur 8. & leg. 3. D. de iure codicillorum*, & eo ipſo iure,
quo ſi ſcriptus fuiſſet, vt loquitur Paulus *d. l. ab ex-
heredati* 126. *de legat.* 1. Neque tamen inutile fuerit
caſum hunc addidiſſe ad *dict. leg. qui patri*, quem neſ-
cio an alius adhuc obſeruauerit vt tantò certiùs ap-
pareat pupilli heredit. acquiri heredi patris, & accre-
ſcere longè alio ſenſu aliaque ratione, quàm cùm
tractamus de iure adcreſcendi vnito cum iure fidei-
commiſſi conditionalis. Semper enim illo † caſu 15
ponendum eſt plures fuiſſe perſonas heredum, &
quod eſt conſequens, plures ipſorum portiones,
quarum altera alteri in coheredis fauorem poſſit
adcreſcere, itemque vnam & eandem fuiſſe cauſam
ſuccedendi in vtraque portione aut ex teſtamento,
aut ab inteſtato. Nam vt ſit ius adcreſcendi inter
eos quorum vnus ſuccedat ex teſtamento, alius ab
inteſtato, vt contingere in militis hereditate facilè
poteſt, inauditum eſt, *leg. prima Cod. de teſtamen-
tis militaribus.* In eo autem caſu quem nunc tra-
ctamus de pupilli hereditate adcreſcente legitimo pu-
pilli heredi qui idem fuerit à patre heres inſtitutus,
neutrum hoc contingit: quia nec plures heredum
perſonæ ſunt, ſed vna, nec idem ius ſuccedendi filio

& patri, cùm idem ille vtriuſque heres ſuccedat patri
ex teſtamento, filio verò ab inteſtato, vt nec illud vi-
deatur eſſe hoc caſu verum quod ſupra diximus, inſti-
tutionem factam in pupillari hereditate alteri inſtitu-
tioni adcreſcere, niſi quod ſicut tacitam inſtitutionem
hîc pro expreſſa habemus, ita eam expreſſæ inſtitutioni
adcreſcere admittimus, idque non ab inteſtato, ſed te-
ſtamenti iure. Illa tam differentia eſt inter eum caſum
quo heres à patre inſtitutus idem pupillo fuerit ſubſti-
tutus, & hunc, quo ſit ille legitimus heres pupillo,
quod priore caſu non tantùm ſit heres neceſſariò ipſe
pupillo, adeoque citra nouam illam aditionem, ſed
etiam cùm præmoritur tranſmittit pupillarem ſubſtitu-
tionem ad heredem. Qui verò non niſi legitimi here-
dis iure poteſt ſuccedere pupillo, ſi præmoriatur, nihil
ex pupillari hereditate ad heredem ſuum tranſmittit,
quia nec legitimus heres pupilli vnquam fuiſſe videri
poteſt is qui ante pupillum deceſſit, fecit que moriens
locum agnato ſequentis gradus, vt moriente pupillo
poſſet reperiri proximus agnatus, ac proinde legitimus
pupilli heres ille, qui alioquin non fuiſſet.

ERROR VII.

De conciliatione l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſtit. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered.

SVMMARIA.

1 *Antinomia obſeruata inter l. ſi filius 12. D. de vulga. & pupill. ſubſtitut. & l. qui patri 59. D. de acquir. hered.*

2 *Diſtinctione heredis in ſuum & extraneum dictas leges non rectè conciliari.*

3 *Vera diſtinctio qua iniri debet conciliatio.*

4 *Bartoli conciliatio dd. ll. refertur & refellitur, ac ſenſus quem affingit Bartolus* leg. qui patri *exploditur.*

5 *Inſtituto pupillo ex parte, eique ſubſtituto ipſius coherede portio pupilli præmortui etiam ad ſubſtitutum peruenit non iure adcreſcendi, ſed ex ſubſtitutione pupillari.*

6 *Subſtitutio pupillaris tranſmittitur ad heredem ſubſtituti qui iam heres extitit ex inſtitutione, ne inducatur diuiſio voluntatis.*

7 *Sententia Accurſij & Bartoli de tranſmiſſione ſubſtitutionis pupillaris ad heredem ſubſtituti refellitur.*

8 *Subſtitutio pupillaris nunquam tranſmittitur ad heredem niſi ex neceſſitate.*

9 *Omnes obligationes quæ ex contractu vel quaſi contractu naſcuntur ad heredem tranſire, vbi Bartoli error exploditur. & nu. 11.*

10 *Priuilegia perſonalia non tranſmittuntur.*

12 *Aditio ſeu immixtio non requiritur in perſona ſui heredis, vt fiat heres ex teſtamento.*

1 AT ſupradictæ Neratij ſententiæ † & iis
omnibus quæ diximus huc uſque ex *dicta*
lege qui patri, valdè contrarium illud eſſe
videtur quod Papinianus reſpondit in
leg. ſi filius duodecima. D. de vulgari & pupillari ſubſti-
tutione. Si filius, qui patri ac poſteà fratri ex ſecundis
tabulis heres extitit hereditatem patris recuſet, frater-
nam autem retinere malit, audiri eum debere. Iuſtiùs
enim prætorem facturum ſi fratri ſeparationem bono-
rum patris conceſſerit, cùm ei propoſitum ſit & eſſe
debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte
ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remoue-
re. Neque verò † conſiliationis ineundæ rationem ſu- 2
mere quis poſſit ex eo quod Papinianus loquitur de
ſuo herede, vt ex verbis ipſis liquidò apparet. Quaſi
Neratius ideo ſit intelligendus de extraneo, qui apud
prætorem minus fauorabilis eſſe ſolet. Illa enim prima
Neratij verba, *qui patri heres extitit*, non ſolùm ſuo
quoque heredi conueniunt perinde ac extraneo, ſed
etiam magis propriâ quàm extraneo. Suorum enim
heredum eſt exiſtere & apparere, extraneorum verò fie-
ri, quoniam indigent extranei aditione, qua non egent
ſui *leg. in ſuis vndecima. de liberis & poſthumis. leg. in*
ſuis decimaquarta. D. de ſuis & legitimis. Sed & quod
ſequitur apud Neratium *cuicumque patri heredi*, annon
apertè diſtinctionem hanc ſui, & extranei heredis ex-
cludit? Dicendum igitur eſt multum intereſſe, an qui
† patri heres extitit, idémque impuberi ſubſtitutus 3
fuit, pupilli hereditatem retinere velit aut acquirere,
paternam verò recuſare vt apud Papinianum, an con-
trà recuſare pupillarem, & paternam retinere, vt apud
Neratium. Hoc enim poſterius ne quidem filio per-
mitteretur, non magis quàm extraneo, quia nec Papi-
niani ratio hoc caſu locum haberet, quæ illa eſt quòd
liberandus ſit filius ab oneribus non ſponte ſuſceptis.
Siquidem ſponte ſuſcipit onera non tantùm paternæ,
ſed etiam pupillaris hereditatis ille qui paternam he-
reditatem, à qua poſſet abſtinere, ſi vellet, mauult reti-
nere. Cùm ſciat, aut ſcire debeat pupillarem heredita-
tam tanquam acceſſoriam eſſe, ac veluti ſequelam
quandam & onus paternæ hereditatis, ſicut & pupil-
lare teſtamentum ſequela eſt paterni teſtamenti, *leg.*
penultima. D. teſtamenta quemadmodum aperiant. ideó-
que quemadmodum is qui patri neceſſarius eſt, ſi fi-
lio impuberi ſubſtitutus ſit, idem neceſſarius filio he-
res eſt, *lege 2. leg. ſed ſi plures* 10. §. *quos poſſum. de vul-*
gari & pupillari ſubſtitutione. ita ſi ad neceſſitatem iu-
ris adiiciat ſuam voluntatem immiſcendo ſe heredi-
tati paternæ à qua potuerat abſtinere, ſicut fit, quo-
dammodo voluntarius heres patris, ita & ex voluntate
ſua, ſpontéque videtur ſubire onera pupillaris heredi-
tatis, proindéque dignus non eſt cui ſuccurratur. Prio-
re verò caſu, cùm inſtitutus idémque ſubſtitutus pa-
tris hereditatem recuſat, pupillarem verò retinere
mauult, diſtinguendum eſt an ſuus heres ſit, an extra-
neus, &, ſi extraneus, an ſolus, an cum coherede. Si
ſuus heres ſit & neceſſarius, cùm citra aditionem heres
ſit, non alia eget aditione vt fiat heres ad confirmandas 4
tabulas pupillares, nec vt fratri ſuo ſit heres ex pupil-
lari ſubſtitutione, cui etiam neceſſarius heres eſt citra
immixtionem, *leg. ſi filius* 41. *D. de acquir. hered.* Ideó-
que permittere illi prætor debet, vt recuſata hereditate
paterna fraternam tamen, ſi malit, retineat, non eum
inuitum ab hereditate fraterna remouere, hoc prætextu,
quòd paternam retinere nolit, cum non, quemad-
modum pupillaris ſubſtitutio ſequela eſt paterni te-
ſtamenti, & ſimiliter pupillaris hereditas ſequela ac
veluti onus quoddam paternæ hereditatis: ita vice
verſa paterna hereditas poſſit dici ſequela aut onus
pupillaris hereditatis, non magis quàm paternum te-
ſtamentum pars & ſequela pupillaris, *leg. ex pupillari*
44. *de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* præſertim verò
quòd hic filius remotis quoque ſecundis tabulis here-
ditatem fratris ab inteſtato habiturus eſſet, vt Papinia-
nus ratiocinatur. At ſi extraneus ſit qui ſcriptus fuit,
ſiquidem non habet coheredem, non aliter heres pu-
pillo eſſe poteſt ex ſubſtitutione, quàm ſi patris here-
ditatem ſibi ex teſtamento acquirat, ne alioqui neceſſe
ſit deſtituto patris teſtamento corruere etiam pupil-
lare, *lege 2. & §. 1. dicta lege ſed ſi plures* 10. §. *ſi ex aſſe.*
eodem. Nam etſi filius inſtitutus eſſet, & extraneus tan-
tùm ſubſtitutus, non poſſet tamen ſola ſui heredis exi-
ſtentia confirmare tabulas pupillares, filióque abſti-
nente non permitteretur ſubſtituto adire ex ſubſtitu-
tione

tione niſi priùs acquiſita in neceſſarium antecedens pa-
tris hereditate, *leg. paterfamilias 28. de rebus, autoritate
iudicis poſſidendis*, de cuius ſententia & emendatione
ſcripſimus libro ſecundo. Coniecturarum capite ſe-
cundo, ſiue poneres ſubſtitutum fuiſſe ſimpliciter ſub
illa conditione, *ſi filius ante pubertatem decederet*, vt
in *dicta lege paterfamilias*, id eſt, non præcedentibus
illis verbis quæ præcedere ſolent, *ſi heres non erit*, *vel
ſi heres erit*, ſi poneres ad dita ea verba, quorum vtique
vis illa & poteſtas eſſe creditur, vt ex neceſſario herede
faciant voluntarium, *dicta lege verba hæc 12. D. de con-
ditione inſtitut.* Nemo enim dixerit ſola ſui heredis,
qui voluntarius ſit, exiſtentia confirmari tabulas pu-
pillares, *lege quæſitum 40. leg. Iulianus 42. alias leg. ſi
pupillus, de acquirenda hereditate.* Si verò extraneus
hic non ſolùm ſubſtitutus, ſed etiam inſtitutus habuit
coheredem, & quidem à quo fuerit adita hereditas pa-
tris, cùm hoc ipſo perinde ſint confirmatæ tabulæ pu-
pillares, atque ſi is qui adiit, fuiſſet ex toto aſſe inſti-
tutus, cui ſcilicet deficiens portio adcreſcit etiam inui-
to, pupilli vtilitas exigit ſanè vt qui ei ſubſtitutus eſt,
pupillarem hereditatem conſequi poſſit omiſſa pater-
na, ne aliter poſito iure eueniat, vt metu onerum pa-
tris timidiùs quis adeat hereditatem impuberis, cuius
tamen intereſt teſtamentarium potiùs quàm legitimum
heredem habere, *dicta lege quæſitum, dicta lege Iulianus,
leg. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam, & §. à patre, verſ.
quod ſi duo. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Et
ita quæſtio hæc tota fortè perobſcura, meo iudicio, ex-
4 plicanda eſt, non quomodo noſtri vulgò explicant †
poſt Bartolum ad *dictam legem qui patre*, vbi vult ille
coniuncto iure adcreſcendi cum ſubſtitutione pupil-
lari, non tantùm ſubſtitutionis pupillaris naturam im-
mutari, vt ex perſonali & non tranſmiſſibili fiat realis
& tranſmiſſibili fiat realis & tranſmiſſibilis exemplo
iuris adcreſcendi, ſed etiam ius adcreſcendi alterius
naturæ & conditionis fieri, quàm cuius eſſe ſolet illud
quod idem Bartolus ſimplex vocat, id eſt, quod cum
pupillari ſubſtitutione coniunctum non ſit. Vt nimi-
rum & locum habeat inter eos, qui eo diuerſo iure ſuc-
cedunt, & poſt agnitam quoque hereditatem tranſmit-
tatur. Sic enim eludit Bartol. obiectiones omnes qui-
bus opinionem ſuam impugnari poſſe videt, ſiue ex
pupillaris ſubſtitutionis, ſiue ex iuris adcreſcendi na-
tura deſumantur, vt procedant in pupillari ſubſtitu-
tione ſimplici, & in adcreſcendi iure ſimplici, non au-
tem eo caſu quo ius adcreſcendi vnitum ſit cum pu-
pillari ſubſtitutione. Ideóque Neratij ſententiam re-
ſtringit ad illam ſpeciem, in qua filius impubes cui
pupillaris ſubſtitutus datus fuit, coheres datus fuerit
ſuo ſubſtituto, vt poſſit tractari de iure adcreſcendi
tranſmittendo à coherede ante impuberem defuncto,
etiam poſt agnitam ab impubere patris hereditatem,
ad finem & effectum tranſmittendæ quoque pupillaris
ſubſtitutionis. Hoc etiam addito, quod & reperit in
a *lege toties 8. eodem titulo.* vt patris hereditatem ab im-
pubere agnitam eſſe neceſſe ſit, iunctámque patris he-
reditatem cum hereditate filij, ad hoc vt per auxilium
iuris adcreſcendi ſubſtitutio pupillaris tranſmitti poſ-
ſit ad heredem ſubſtituti. Cùm tamen verba Neratij
per ſe ferant, eam potiùs ſpeciem tractari, in qua pu-
pillus fuerit exheredatus & extraneus inſtitutus, idém-
que pupillo ſubſtitutus: quo caſu licèt ius adcreſcen-
di tale non ſit, quod inter perſonas aliquas locum ha-
bere poſſit, vnico herede inſtituto, tale tamen eſt, vt
inter diuerſas hereditates locum poſſit habere, adcreſ-
cente videlicet pupillari hereditate paternæ, ſecundùm
ea quæ ſuprà diximus. Quamquam nec illud nego, In-
5 ſtituto † quoque pupillo ex parte, eique ſubſtituto ip-
ſius coherede, portionem pupilli præmortui quantum-
libet agnitam ad ſubſtitutum peruenire, vt diſertè ſcri-
ptum eſt in *l. quidam elogio 20. Cod. de iur. delib.* at non
iure adcreſcendi, quod vult Bartolus, ſed ex ſubſtitu-
tione pupillari: tanquam quæ iuncta eſſe cœperit cum
patrimonio impuberis, & ex hereditaria facta ſit here-
ditas pupilli. Quid enim neceſſe eſt iura omnia viola-
re vt ſubſtitutus habeat tanquam coheres & iure ad-
creſcendi portionem pupilli, quam iure ordinario po-
teſt habere tanquam ſubſtitutus: Violantur ſiquidem
iuris regulæ cum inducitur ius adcreſcendi ex diuerſo
iure, cùm item in ea portione quæ fuit agnita, cùm
denique ius adcreſcendi in hereditate patris trahitur
ad bona quoque impuberis. Nec ſanè quicquam verius
à Bartolo vnquam dictum putarem, quàm quod ille ait,
nouam eſſe legem illam Neratij, & ſingularem, nec ha-
bere parem, nec concordantem, ſi eius interpretatio
admittenda eſſet. Verùm ſicut errat Bartolus in eo
quòd hanc tam nouam interpretationem amplectitur,
ita & in hoc, quòd ait Neratij ſententiæ nullam aliam
legem conuenire. Nam imò verò conuenit adprimè
conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. quidam elogio*, niſi quod
in eius legis ſpecie pupillus fuerat cum ſubſtituto ſuo
inſtitutus, quod apud Neratium fingere non eſt neceſ-
ſe. Suauior verò Baldus eſt, qui mirabile vocans quod
falſum debuit dicere, addit non facilè hoc credituros
vllos niſi legiſtas bene fundatos in iure. Nam hic paſ-
ſus, inquit, eſt de apicibus iuris. Dixiſſet verius, eſſe
ſupra apices iuris, nec ab iis capi poſſe, qui in iuris no-
ſtri principiis nonnihil bene ſint verſati. At nihil ſit
contra vulgares regulas, cùm ſubſtitutio † pupillaris 6
tranſmittitur ad heredem ſubſtituti, qui iam heres ex-
titit ex inſtitutione, quia licèt ſui natura non ſit tranſ-
miſſibilis, hoc tamen caſu talem eam eſſe neceſſe eſt ne
inducatur diuiſio voluntatis. Neque aut lex, aut ratio
vlla eſt, quæ huic Neratij ſententiæ refragetur. Illud
verò multo minùs ferendum eſt quod vult Accurſius, &
Bartolus probat, non † aliter pupilli portionem & he- 7
reditatem tranſmitti ad heredem ſubſtituti præmortui,
quàm ſi alij nulli ſint qui ſubſtitutionis iure admitti
poſſint, ſiue quòd nulli vnquam fuerint, ſiue quòd
iam excluſi reperiantur, ratione, inquit, illa quòd po-
tior ſit cauſa ſubſtitutionis, quàm iuris adcreſcendi
l. 2. §. ſi duo D. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabul. Nam
imò vero ſi alia ratio nulla vrgeret, etiamſi poneres pu-
pillo ſubſtitutos plures datos, inter quos, Titium à pa-
tre quoque ſiue ſolum ſiue cum pupillo inſtitutum:
Titium verò adita patris hereditate deceſſiſſe ante im-
puberem, qui poſteà in pupillari ætate deceſſerit ſuper-
ſtitibus cæteris ſubſtitutis: non dubitarem, quin cum
cæteris illis ſubſtitutis perinde admitti deberet heres
Titij etiam inuitus, quod magis eſt, atque in ſolidum
admitteretur ſi alij nulli eſſent, nec ſubſtituti, nec con-
iuncti, cùm, vt diximus, admittatur iure pupillaris
ſubſtitutionis adcreſcentis paternæ ſiue inſtitutioni
ſiue exheredati. Eadémque Neratij ratio locum habet
vtroque caſu, quòd ſi agnitio hereditatis paternæ obli-
gat inſtitutum, eundémque pupillo ſubſtitutum, ne
pupillarem ſubſtitutionem quandocumque ſibi dela-
tam repudiare poſſit, eadem obligatio neceſſe eſt vt
tranſeat in quemlibet ipſius heredem, ne alioqui ha-
beat heres plus minúſve iuris, quàm defunctus, ſi viue-
ret, fuerat habiturus. Sed tamen fateor quod vult Ac-
curſius, ſi plures fuerint pupillo ſubſtituti, qui etiam à
patre fuerant inſtituti, & quidam ex illis poſteaquàm
heredes patri extiterunt mortem obierint viuo adhuc
pupillo, ſolos illos qui moriente poſteà impubere ſu-
perſtites reperiuntur, heredes ei eſſe pro rata partium
quas habent ex inſtitutione, nec quicquam valere ſub-
ſtitutionem ex perſona defunctorum. Ita enim ſcri-
ptum eſt in *l. ſed ſi plures 10. in principio de vulgari &
pupillari ſubſtitutione.* Verùm hoc longè alia ratione
quàm quæ placet Bartolo. Illa nimirum, quod pupil-
laris † ſubſtitutio nunquam tranſmittatur ad heredem, 8
niſi ex neceſſitate, id eſt, eo tantùm caſu quo alioqui

futurum eſſet vt eiuſdem teſtatoris voluntas per here-
dem diuideretur : quod contingeret ſi ex eodem teſta-
mento in quo pater & ſibi & filio heredem feciſſet,
eſſet pater teſtatus pro parte, id eſt, pro ſua heredita-
te : pro parte verò, id eſt, pro filij hereditate, inteſta-
tus. Cùm enim vnus tantùm ſit teſtator, videlicet pa-
ter cuius circa vtramque hereditatem ſolius iudicium
eſt, indéque fiat, vt patris & filij non niſi vnicum teſta-
mentum exiſtimetur, non minùs abſurdum eſt mori
patrem teſtatum pro vna hereditate, pro alia verò in-
teſtatum, quàm ſi vna tantùm eſſet hereditas : maximè
verò ſi abſurdum hoc emergat ex facto ſolo & volun-
tate inſtituti eiuſdemque ſubſtituti diuidentis iudi-
tium teſtatoris. Nam & eadem ratio inducit ius ad-
creſcendi inter coheredes teſtamentarios, licèt non ha-
beat illa locum defuncto patrefamilias inteſtato, vt in
prima Chiliadis parte contra interpretes à nobis diſpu-
tatum eſt. Porrò nulla ſubeſt neceſſitas faciendi vt pu-
pillaris ſubſtitutio velut adcreſcendi iure tranſmitta-
tur in heredem ſubſtituti præmortui, quamuis heres
ille extiterit patri, cùm alij ſuperſunt ſubſtituti qui pu-
pillo heredes voluntarij eſſe poſſunt : multo magis ſi
ſint illi neceſſarij, vt in ſpecie *dicta legis ſi plures*, id eſt,
cùm qui ſubſtituti ſunt, iidem fuerunt inſtituti, patri-
que heredes extiterunt. Sunt enim iſti pupillo here-
des, non quidem neceſſarij, ſed neceſſariò, niſi quidam
ex iis vltro malint ſoli heredes eſſe, deferantque ſub-
ſtitutis conditionem vt hereditatem pupilli repudiare
poſſint ſi velint, *dicta lege qui patri*. Sufficit enim vt
heredem aliquem habeat pupillus ex eodem teſtamen-
to, ex quo habet iam pater, ne qua ex parte teſtamen-
tum illud, quod vnicum & conſequenter indiuiduum
eſt, deſtituatur. Nam neque inter coheredes teſtamen-
tarios inuitos ius adcreſcendi in vna eademque here-
ditate locum haberet, ſi ex coheredibus quidam eſſent
qui deficientes portiones ſibi totas acquiri vellent,
aliis ius idem adcreſcendi repudiantibus : acquireren-
tur enim volentibus in totum, quæ non poſſent ac-
quiri inuitis niſi pro parte cuiuſque hereditaria. Ita-
que cùm heres à patre inſtitutus, idemque pupillo ſub-
ſtitutus hereditatem patris adit, ſe quidem obligat :
heredémque ſuum ne pupillarem hereditatem poſſit
recuſare, ſed ideò ſibi ius acquiri vt poſſit etiam vo-
lens tranſmittere ad heredem ius pupillaris ſubſtitu-
tionis, ſi alium heredem ex eodem teſtamento habere
pupillus poſſit. Ius enim hoc pupilli & teſtatoris gra-
tia comparatum eſt, & ad euitandum abſurdum, non
vt ſubſtituto præmorienti faueatur. Quod autem con-
tra Accurſium idem Bartolus ponit agnitam fuiſſe à
pupillo hereditatem patris, iunctamque cum heredita-
te pupilli, neque aliter Neratij ſententiam obtinere
poſſe, mihi non modò commentitium videtur, cùm lex
neque dicat inſtitutum à patre pupillum, neque agni-
tam ab eo patris hereditatem, ſed etiam falſum quia
legis ratio perinde locum habet in pupillo abſtinente
aut exheredato atque in inſtituto ſe immiſcente. Nem-
pe quod inſtitutus heres à patre, quiſquis ille ſit, ſiue
extraneus, hoc ipſo quòd patris hereditatem agnoſcit,
ſe obligat ne pupillarem heredit. quandocumque ſibi
deferendam repudiare vnquam poſſit quaſi ea condi-
tione adire videatur vt & in ſpecie *legis ſi duo*. 38. *D. de
acquirenda hereditate*, quæ obligatio cum ex facto ip-
ſius naſcatur & ex quaſi contractu tranſit proculdubio
9 ad heredem vt cæteræ † obligationes omnes quæ ex
contractu, vel ex quaſi contractu naſcuntur, *l.* 3. *§. vlt.
D. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. leg.* 5. *§ heres
quoque. D. de obligatione & actione iunct. leg.* 2. *& toto
titulo Codice de heredit. actionibus*. Neque verò hoc
Bartolus ignorauit qui obiectionem hanc ſibi finxit,
ſed reſpondet obligationem hanc eſſe perſonalem,
ideóque non tranſmitti ad heredem niſi vnita ſit cum
iure adcreſcendi, quaſi verò perſonales quoque obli-
gationes in heredem non tranſmittantur. Niſi fortè in-
tellexit ille hanc obligationem eſſe adeò merè perſona-
lem vt ad heredem tranſmitti non poſſit, quomodo ſo-
lemus dicere de priuilegiis † perſonalibus, ea non 10
tranſmitti ad heredem *lege quia tale* 14. *D. ſolut. matri-
mon. lege ex pluribus*. 41. *D. de adminiſtratione tuto-
rum*. Sed multum refert an de priuilegiis, an de obli-
gationibus loquamur. Nec enim memini vllo me iuris
loco legere tales eſſe vllas obligationes, præſertim
verò ex iis quæ ex contractu, vel quaſi contractu pro-
ficiſcuntur, quæ extinguantur cum perſona, nec ad he-
redem tranſire poſſint. Scio & obligationes & actiones
quaſdam eſſe quæ incipiunt ab herede, & contra here-
dem, de quibus in *titulo Codic. vt action. ab hered. &
contr. hered. incip. lege hereditarium* 7. *D. de rebus au-
toritate iudicis poſſidend. lege hereditarium* 40. *de obli-
gationibus & actionibus*. Itémque pleniorem interdum
actionem competere heredi vel aduerſus heredem
quàm competierit defuncto, aut contra defunctum, vt
in *leg. ſi per imprudentiam* 51. *§. non mirum C. de evi-
ctionibus*. Sed vt obligatio ex contractu † vel quaſi con- 11
tractu profecta finiatur cum perſona, nec tranſeat con-
tra heredem, inauditum ſanè eſt, ſolíuſque Bartoli ſub-
tilitati accepto ferendum. Quem illud ſanè fefellit,
quòd non aliter ſibi viſus eſt poſſe iis ſatisfacere quæ
videbat poſſe obiici aduerſus commentum illud de iure
adcreſcendi, quia, inquit, ſi pupillus non adiuiſſet pa-
ternam hereditatem, ius adcreſcendi non eſſet vnicum
cum pupillari ſubſtitutione, imò diuerſa reſpicerent,
quia ius adcreſcendi hereditatem paternam reſpicit,
ius verò ſubſtitutionis hereditatem pupillarem. In eo
ſemper errans, quod putat Neratium tractare de iure
adcreſcendi in hereditate patris, cùm è contrario lo-
quatur de pupillari hereditate adcreſcente paternæ :
item per conſequentiam, in eo quod exiſtimat hoc ius
adcreſcendi vniri cum ſubſtitutione pupillari per ag-
nationem hereditatis paternæ, cùm fiat illa vnio ſola
poteſtate iudicij teſtatoris quod indiuiduum eſt : nihil
autem referat quod ad illam, vt ita dicam, indiuiduita-
tem iudicij & voluntatis, an pupillus inſtitutus fuerit,
an exheredatus & an, cùm inſtitutus fuit, paternam he-
reditatem agnouerit per immixtionem, an verò ab ea
ſe abſtinuerit, Dico *per immixtionem*, non quomodo
loquitur Bart. *per aditionem*. Nec enim ſui heredes di-
cuntur adire, ſed ſe immiſcere, & heredes exiſtere, non
fieri cùm ſtatim & ipſo iure ſint heredes, *l. in ſuis* 14.
D. de ſuis & legit. l. 1. *§. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis
omiſſ. cauſ. teſtam. l neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered. l.
etſi ex medica* 6. *§. ſi filius. D. de bon. libert*. Vſque adeò
autem nec aditio † nec immixtio requiritur in perſo-
na ſui heredis inſtituti, ad faciendum eum heredem ex
teſtamento, vt quamuis ſe ab hereditate patris abſti-
nuerit ex edicto prætoris, non eo minùs tamen ex te-
ſtamento heres eſſe, & manere, ob idque patris & filij
hereditas iuncta eſſe intelligatur, *l. cum quaſi* 30. *§. ſed
etſi ſuus D. de fideic. libert*. quia verum eſt aliquando
heredem eum ex teſtamento fuiſſe, *d. §. qui ſunt in pote-
ſtate*, illum vero qui ſemel heres fuerit ſemper here-
dem manere, *l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſt. præter-
quam in caſu l. circa* 24. *D. de inoff. teſtam. l. ex facto* 43.
§. vlt. de vulg. & pupill. ſubſt. Id nimirum faciente exi-
ſtentia ſui heredis, de qua etiam dicendum nobis ali-
quid eſt, contra receptiſſimos eiuſdem Bartoli & ſe-
quacium errores, qui tractatus & vtiliſſimus eſt, &
omnino neceſſarius ad elegantem illam Papiniani ſen-
tentiam aſſequendam, quæ extat in *d. l. ſi filius* 12. *D.
de vulg. & pupill. ſubſt*. Si ergo ponamus cum Accur-
ſio & Bartolo in ſpecie *d. l. qui patri*, pupillum à patre
inſtitutum fuiſſe, hoc vnum ſufficere debet ad hoc vt
patris & filij hereditas iungatur, nec quicquam cauſæ
eſt cur paternæ hereditatis aditionem à pupillo fieri
debuiſſe dicamus, ſi nihil aliud agimus, niſi vt here-

ditatem

ditatem vtramque iungamus. Fuitque certè hic craſſiſſimus error Bartoli, etiamſi cætera omnia quæ ille ſcripſit tam malè ad *dicta leg. qui patri*, pro veris haberemus.

ERROR VIII.

De ſui heredis exiſtentia ex ratione iuris ciuilis, ſiue is ſubſtitutum habeat, ſiue coheredem.

SVMMARIA.

1 *Traditio Bartoli de exiſtentia ſui heredis.*
2 *An ſi ſuus* heres inſtitutus *ſit ſub ea conditione Si voluerit, exiſtentia ſui heredis nihil operetur.*
3 *Data à patre filiofam. facultate abſtinendi ſuus heres hic eſſe non deſinit.*
4 *Suus heres cur non dicatur repudiare, ſed abſtinere.*
5 *Heres extraneus licet impleuerit conditionem qua inſtitutus fuerat, non tamen ſit heres ſine aditione, ſecus in herede ſuo.*
6 *A filiofam. vel ſeruo impleta conditio non facit hoc ipſo heredem patrem vel dominum.*
7 *Suus heres etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit parendo conditioni, & quæ ſit eius iuris ratio: idémque in neceſſariis obtinere.*
8 *Error Bartoli ſcribentis ſuum* heredem inſtitutum *ſub conditione, ſi decem dederit, non idcirco fieri ex neceſſario voluntarium.*
9 *Alius Bartoli error de exiſtentia ſui heredis nihil operante, quoties pater dedit coheredem ſuo heredi extraneum refellitur.*
10 *Interpretatio l. 3. C. de iure delib. à Bart. allata reiicitur.*
11 *Dato ſuum heredem cui vulgaris ſubſtitutus adiunctus eſt ex neceſſario fieri voluntarium non ſequitur idem dicendum dato ei extraneo coherede.*
12 *Diſputatio de ſententia l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. D. ad SC. Trebell. & n. 14.*
13 *Explicatio l. paterfam. 28. D. de reb. authent. Iud. poſſid.*
15 *Vnde oriantur difficultates quæ occurrunt in interpretandis Iuriſconſultorum reſponſis.*

ETſi aliis pleriſque & Coniecturarum & Decadum noſtrarum locis multa iam attigimus quæ ad hunc de ſui heredis exiſtentia tractatum pertinent, digna tamen res eſt, de qua hic ſeparatim tractemus. Receptiſſima
1 eſt traditio † Bartoli ad *l. ſi filius 12. num. 5. & 6. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* diſtinguentis more ſuo & ſubdiſtinguentis, ac primum ius ciuile à prætorio ſeparantis. Iure ciuili, inquit, ſi filius in poteſtate habeat vulgarem ſubſtitutum ſibi expreſſim datum, exiſtentia ſui heredis nihil operatur, *l. ſi filius heres 16. de liber. & poſthum.* qui ei ſubſtituendo videtur hanc dare facultatem, vt non cogatur eſſe heres ex inſtitutione, ſiue alium ei, ſiue eum ipſum ſibi ſubſtituerit, *l. 1. §. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Et in hoc ego aliàs ſenſi cum Bartolo, ſed malè, vt ex iis apparebit quæ dicemus in Error. 6. Decad. ſeq. Sanè cum Bartolo ſen-
2 tio in eo quod addit, idem † eſſe ſi ſuus heres inſtitutus ſit ſub ea conditione, *ſi voluerit.* Conditio enim illa facit ex neceſſariis voluntarios, *l. verba hæc 12. D. de condic. inſtit.* quia ius neceſſariorum heredum, cùm non propter heredes ipſos introductum ſit, ſed propter teſtatores ipſos vt eorum famæ conſuleretur, ex teſtatorum quoque arbitrio pendere debet, non vt ex voluntariis poſſint facere neceſſarios, ſed contrà vt ex neceſſariis voluntarios. Sed tamen vereor ne non ſatis bene loquantur noſtri, cùm dicunt poſt Bartolum ſui heredis exiſtentiam hoc caſu nihil operari. Aliud enim eſt, ſuum heredem eſſe filium, aliud verò eſſe neceſſarium: neque quòd filiusfamiliâs ſit heres patris ipſo iure, & inuitus quoque, non ex eo fit, quòd ille ſit ſuus, ſed quòd neceſſarius. Nam & idem euenit in ſeruis propriis olim cum libertate, hodie etiam ſine libertate inſtitutis, vt quamuis ſui heredes non ſunt, tamen & inuiti & ipſo iure ſint heredes, quia ſunt neceſ-
ſarij. Et è contrario quod filiusfamiliâs † non ſit ne- 3
ceſſarius iis caſibus quibus pater ei dedit abſtinendi facultatem, non facit quominus iiſdem ipſis caſibus remaneat ſuus heres, ita vt ſi declaret nolle ſe abſtinere, nulla egeat aditione vt heres fiat, quaſi qui non tam in patris hereditate quàm in liberiore proprij patrimonij adminiſtratione ſuccedere videatur, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* qui tamen aditione proculdubio indigeret, ſi ſuus heres non eſſet: vnde & verſa vice, ſi
heres eſſe nolit, non repudiare dicitur, † quomodo ex- 4
traneus quilibet, ſed abſtinere, quod proprium verbum eſt eorum qui à rebus ſuis & iam quæſitis ſibi temperant, non eorum qui ab alienis, *l. cum hereditate 55. l. penult. & vltim. D. de acquir. heredit. l. 1. §. ſi nemo. D. ad SC. Tertyll. l. iam dubitari 86. §. non abs re. D. de heredit. inſtitut.* ex quo loco etiam apparet quantum interſit inter ſuum heredem, quem pater ex neceſſario voluntarium fecerit, & heredem extraneum ſub qualibet alia conditione, quàm ſub hac, ſi heres eſſe voluerit (in hac enim non differunt) inſtitutum. Extraneus nam-
que inſtitutus † ſub ea conditione, ſi decem Titio de- 5
derit, vel, ſi Capitolium aſcenderit, quamuis paruerit conditioni quæ fuit poſita in ipſius voluntate ac poteſtate, non ideò tamen heres ſit, niſi poſt impletam conditionem, id etiam faciat per quod hereditas acquiri ſolet, id eſt, niſi hereditatem adeat, vel pro herede gerat, quia conditionis implementum nihil aliud facit niſi vt hereditas pro eo habeatur, ac ſi purè data fuiſſet, *l. ei qui 13. D. de condit. inſtit.* hereditas autem extraneo relicta purè, non idcircò priùs acquiritur, quàm ſe heredem eſſe velle declarauerit, *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. 4. D. ad SC. Trebell.* At ſi ponas ſuum heredem ſub vna ex ſupradictis conditionibus inſtitutum, aut ſub qua alia quæ ſit in ipſius poteſtate (aliter enim ſub conditione inſtitui non poſſet, quin ſub contraria exheredaretur, *dicta l. iam dubitari. in princ. & l. 4. in princip. D. eod. tit. inſtitut.*) conditioni vltrò paruiſſe, nullo alio ipſius facto opus eſt, vt patri ſuo heres ſit, & quidem neceſſarius, non tam vi conditionis expletæ quàm iure poteſtatis vt ſubtiliter ratiocinatur Paulus in *l. 5. D. de condic. & demonſtr.* & Pomponius *in l. ſi pupillus 26. de condic. inſtit.* quibus locis hanc ob cauſam reſpondent pupillum à patre ſuo ſub tali conditione ſcriptum poſſe conditioni parere ſine tutoris autoritate, quod vtique falſum eſſet, ſi per ſolum conditionis implementum heres fieret, quia certum eſt non poſſe pupillum acquirere ſibi hereditatem, vt nec aliter obligari ſine tutore, *l. more 8. & ſeq. de acquir. hered.* Quemadmodum nec ſeruus alienus ſub ſimili conditione inſtitutus conditionem implere poſſet ſine iuſſu domini, ſi conditionem implendo acquireret hoc ipſo hereditatem domino, quippe quem ignorantem obligare non poſſet hereditati, inuitum multo minùs, cùm domini iuſſum idcircò præcedere oporteat, *l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit.* Atqui permiſſum ei eſt, vt etiam ignorante domino conditionem implere poſſit, itémque filiusfamilias iniuſſu patris, *d. l. 5. in fin. de condic. & demonſtr. l. ſub conditione 25. D. de condic. inſtitut.* ſi modò tollas negationem, quæ & in Pandectis Florent. bene circumſcripta eſt tanquam irreptitia, vt docuit Cuiac. lib. 2. Obſer. cap. 16. nempe quia quod à filiofamiliâs,
† vel ſeruo impleta conditio eſt, non facit hoc ipſo he- 6
redem patrem vel dominum, ſed tantùm vt quaſi purè

data

data hereditate in patris vel domini poteſtate ſit iubere
filio vel ſeruo vt adeat, in quo patris & domini com-
modum tantùm, non etiam incommodum verſatur. Et
7 tamen ſuus heres qui paruit † conditioni poteſtatiuæ
& promiſcuæ, vt loquitur Paulus in *l. ſi iam facta* 11.
§. 1. *de condic. & demonſtr.* vſque adeò reperitur hoc
ipſo heres patris vt nec abſtinendi beneficium poſtea
implorare vnquam poſſit, *d. l. iam dubitari in fin.* quod
ego ſic intelligo, nec ſi pupillus proponatur, ſi modò
tutore autore paruerit. Tutoris enim autoritatem ne-
ceſſariam eſſe puto ad hoc vt pupillus abſtinendi bene-
ficium amittat, quod alioquin ex prætoris edicto per-
petuo perpetuum habiturus eſſet, ſi purè inſtitutus
fuiſſet, *d. l. neceſſariis, iunct. l. pen. D. de autor. tutor. leg. ex
contractu* 44. *D. de re iudic.* quamuis non ſit illa auto-
ritas neceſſaria, vt pupillus heres fiat, quemadmodum
proximè diximus. Ratio verò propter quam ſuus he-
res etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit pa-
rendo conditioni, non alia eſt quàm quæ à Mætiano
redditur in *d. l. iam dubitari*, quod ſuus heres ita inſti-
tutus, ſi conditioni paruerit iam non vt neceſſarius, ſed
ſua ſponte heres extitiſſe videatur. Quanquam autem
de ſuis heredibus duntaxat Mætianus loquitur, dubi-
tandum tamen non eſt quin idem ſit in neceſſariis cæ-
teris qui ſui non ſunt, vt ſi conditionem, quæ in ipſo-
rum poteſtate fuit, impleuerint, ſeparationis benefi-
cium poſteà impetrare non magis poſſint quam ſi bona
patroni attigiſſent *l. 1. § vlt. D. de ſeparat.* ne alioqui
melioris in hoc ſint conditionis, qui in aliis omnibus
deterioris ſunt quàm ſui. Sed de iis nihil dixit Mætia-
nus, ideò fortaſſe, quod raró eueniebat vt neceſſarij
heredes ſub huiuſmodi conditionibus inſtituerentur
per quas fierent voluntarij, cùm nec inſtitui, vel ſubſti-
tui olim ſolerent niſi cùm vel ſuſpecta, vel euidenter
non ſoluendo eſſet hereditas vt dominorum exiſtima-
tioni proſpiceretur. Cæterum ex his apparet errare Bar-
8 tolum, † cùm ſcribit ſuum heredem inſtitutum ſub
conditione *ſi decem dederit*, non idcirco fieri ex neceſ-
ſario voluntarium, ex *d. l. 5. de condic. & demonſtr.* Pu-
gnat enim apertiſſimè cum Mætiano in *d. l. iam dubi-
tari* §. 1. & Bartolum fefellit quòd ius neceſſarij here-
dis à ſui heredis iure non diſtinxit. Filius inſtitutus
ſub conditione poteſtatiua voluntarius heres eſt, non
neceſſarius, quia in ipſius arbitrio eſt an conditioni pa-
rere velit: ſed non eò minùs remanet ſuus heres, ſi mo-
dò heres eſſe velit, indéque fit, vt cum inſtitutio, quæ
conditionalis ab initio fuit, poſtea pura facta eſt per
implementum conditionis, filius reperiatur heres ipſo
iure, non quaſi neceſſarius (nec enim neceſſarius vn-
quam fieri poteſt qui ſemel voluntarius fuit) ſed quaſi
ſuus ſublato iam impedimento conditionis, quæ ſola
faciebat ne filius ipſo iure heres eſſe poſſet. Addit Bar-
9 tolus, nihil etiam † operari exiſtentiam ſui heredis,
quoties pater dedit coheredem ſuo heredi extraneum,
in iis ſcilicet, inquit, quæ dependent ex ipſo teſtamen-
to: ex *l. apud Iulianum* 11. *§. idem Iulianus. D. ad SC.
Trebell.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſi duo fuerint
à patre inſtituti cum filio eius impubere, & iidem filio
ſubſtituti, ſufficere ei qui fideicommiſſum in ſecundis
tabulis accepit, vnum ex heredibus inſtitutis cogi adire
patris hereditatem. Hoc enim facto, confirmatiſque,
inquit, patris tabulis, poterunt ex ſubſtitutione ambo
cogi adire, & reſtituere hereditatem. Et hoc quoque
malè. Nam ſuus heres non eo minùs & ſuus & neceſ-
ſarius heres eſt ipſo iure, quòd habeat extraneum co-
heredem, *l. 3. Cod. de iur. deliber.* quàm licèt Bart. intel-
10 ligat, † in iis quæ extrinſecus veniunt, id eſt, aliunde
quàm ex teſtamento, nihil tamen aut ex verbis legis,
aut ex ratione iuris adferri poteſt propter quod videri
debeat eius legis ſententia non eſſe generalis. Nec ſi
admitteremus quod eidem Bartol. placere ſupra dixi-
11 mùs, ſuum † heredem, cui vulgaris ſubſtitutus datus
eſt, ex neceſſario fieri voluntarium, idem tamen dicen-
dum putaremus dato ei extraneo coherede. Quod enim
coheres veluti tacitè ſubſtitutus eſſe dicitur in *l. ſi Ti-
tio* 61. *§. Iulianus, de legat.* 2. fit ex iuris interpretatione
potiùs quàm ex teſtatoris voluntate, propter ius adcreſ-
cendi quod inter coheredes non modò inuitos, ſed
etiam inuito teſtatore locum habet. Sola autem teſta-
toris voluntas illa eſt quæ ex neceſſario herede volun-
tarium facere poteſt. Quid ergo ad ſupradictam Iulia-
ni † ſententiam reſpondebimus? Ea namque eſt ſine 12
dubio quæ Bartolum decepit. Nam ſi ſuus heres tùm
etiam cùm coheredem habet, nihilominùs heres ne-
ceſſarius eſt, quid neceſſe ſit coheredem cogi adire ad
patris tabulas confirmandas quæ per nudam ſui here-
dis exiſtentiam fuerint confirmatæ? Et ſanè ita eſt, vt
non debeat cogi. Sunt enim ſatis confirmatæ tabulæ
patris hoc ſolo quòd pater habet ſuum heredem
quamuis ſe abſtinentem, *l. filius* 12. *D. de vulg. & pupill.
ſubſtit. l. filius* 41. *de acquir. hered.* multo magis ſi non
declarata voluntate ſua filius deceſſerit, vt in *dicta l. 3.
C. de iur. delib. l. apud hoſtes* 8. *Cod. de ſuis & legit. d. l. pa-
terfamilias* 28. *de reb. autor. iudic. poſſid.* in cuius † ſpe- 13
cie cùm filius impubes ex toto aſſe inſtitutus eſſet, ac
patris hereditate abſtinuiſſet, nihilominùs ſubſtitutus
pupillaris admittitur, non alia ratione quàm quòd nu-
da ſui heredis exiſtentia confirmauerit tabulas pupil-
lares confirmando tabulas patris. Nec obſtat quod in
ea ſpecie non permittitur ſubſtituto adire impuberis
hereditatem ex ſubſtitutione, quin paternis creditori-
bus obligetur. Non enim id rationem illam habet,
quaſi ſubſtitutus paternam hereditatem adire cogatur
in neceſſarium antecedens vt impuberis heres eſſe poſ-
ſit, ſed quia, vt lex ait, iuncta cœpit eſſe hereditas pa-
tris, & filij, factáque vna impubere moriente, cùm fi-
lius patri ſuo heres extitiſſet, atque ita paternam heredi-
tatem in proprium patrimonium ſuum conuertiſſet:
nec quæ ratio facit vt parcendum ſit honori filij qui ſe
abſtinuit, locum habet in ſubſtituto, quia filio qui ſe
abſtinuit non poteſt imputari cur ſit heres patris, cùm
ſola iuris ratio & poteſtas eum fecerit heredem, non
proprium ipſius factum: At ſubſtituto, qui pupillarem
hereditatem ſponte adit, imputari poteſt, non quidem
cur pupilli hereditatem cum paterna facto ſuo coniun-
xerit, quæ iam inde à quo tempore pupillus patri heres
extitit, coniuncta pupilli patrimonio fuit, ſed cur eam
adierit adeundo pupillarem, cum qua iam tum erat ſic
vnita vt planè vna eſſet. Poterat enim non eſſe heres
patris, ſi filij eſſe noluiſſet, ob idque nocere illi debet
etiam quod ad patris hereditatem ne poſſit eam præ-
termittere, quod filij heres eſſe voluit. Sicque explican-
da Iauoleni ſententia eſt in *d. l. paterfamilias*, & con-
iectura noſtra de illius loci emendatione lib. 2. Coniect.
cap. 2. Addamus nihil in illa ſpecie intereſſe an ſubſti-
tutus datus fuerit ſub ea ſimpliciter conditione quam
legis verba præ ſe ferunt, *ſi filius ante pubertatem de-
ceſſiſſet*, an ſub illa vulgari formula, *ſi filius heres eſſet,
ac in pupillari ætate deceſſiſſet.* Vtroque enim caſu fi-
lius, quem inſtitutum ponimus, & ſuus & neceſſarius
heres eſt, at non etiam ſi ponas ſubſtitutum ei datum
in vulgarem caſum expreſſum, ſiue generaliter, *ſi heres
non eſſet*, ſiue ſpecialiter deſignato caſu voluntatis &
impotentiæ hoc modo, *ſi heres eſſe nollet vel non poſſet,*
quia, vt ſupra diximus, vulgaris ſubſtitutionis ea vis
eſſe creditur, vt ex neceſſario herede faciat volunta-
rium, quamuis non faciat ex ſuo herede non ſuum.
Quod ſi ita eſt (ita verò non eſſe oſtendemus in Err 6.
Decadis ſeq.) refert valdè an ſubſtitutio vulgaris facta
pupillo expreſſa ſit, an tacita, vt vocant, quæ ex Diui
Marci conſtitutione ſubintelligatur, *l. quarta de vulg. &
pupill. ſubſtit.* Tacita enim illa prodeſt quidem ad ſub-
ſtitutum perinde admittendum ad hereditatem pupilli,
ſi modò alius quiſpiam heres ſit qui patris teſtamen-

tum

tum ſuſtineat, ſed non æquè ad faciendum ſuum heredem ex neceſſario voluntarium, quoniam verba illa patris filio ſubſtituentis, *ſi heres eris & in pupillari ætate deceſſeris*, non faciunt poteſtatem filio ne heres ſit, quomodo illa facerent ſecundùm Bartolum *ſi heres non eris*, ſed eum potiùs caſum demonſtrant quo filius ſit ſuperſtes patri, quia ſi præmoreretur, ſubſtitutio pupillaris euaneſceret. Non item illum quo ſuperſtes quidem ſit, ſed abſtineat, quia & eum qui abſtinuit, perinde verum eſt, heredem eſſe, atque ſi ſe immiſcuiſſet, *d. l. cùm quaſi trigeſima. §. ſed et ſi ſuus de fideic. libert.* atque ita non facit abſtentio filij, vt deficiat conditio pupillaris ſubſtitutionis, etiam circumſcripta Diui Marci conſtitutione, vt cernere eſt in iis caſibus, in quibus ea conſtitutio locum non habet, vt puta in militis teſtamento, *l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt. l. in teſtam. 6. C. de teſtam. milit.* aut cùm ex duobus filiis teſtatoris inuicem ſubſtitutis vnus pubes fuit, alius impubes *d. l. 4. de vulg. & pupill. ſubſt.* aut vnus in poteſtate, alius non in poteſtate, vt in *l. Lucius 45. eod. tit.* Nec ſupradictam Iauoleni ſententiam impugnat, quod ex Marcello contra Iulianum diſputat Vlpianus in *l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus D. de acquir. hered.* vt ſequenti Decade dicemus, ne tractatum hunc interrumpamus. Iam ergo reſpondeamus ad obiectionem Bartoli ex *d. l. apud Iulianum 11. §.*
14 *idem Iulianus ad SC. Treb.* Dico † locum illum ad quæſtionem noſtram non pertinere, quia fuerat in illa ſpecie impubes exheredatus non inſtitutus. Idque probo ex *l. ita tamen 27. §. à patre verſ. quod ſi duo D. eod.* vbi eadem ipſa refertur, aut potiùs ex Iuliani ipſius libris proponitur, Iuliani ſententia. Nemo autem iam mirabitur filium exheredatum non poſſe tabulas patris confirmare, cùm nec ſi vellet, heres tamen eſſe poſſet. Atqui, inquies, repugnant euidenter verba *dicti §. idem Iulianus*, quæ illa ſunt, *ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio eius impubere.* Nec ſanè alia ſunt perquirenda quæ Bartolum feſellerint. Nam & nos ipſos quoque aliquando feſellerunt: ſed poſteà comperimus non ſic eſſe illa accipienda, quaſi filius impubes fuerit etiam heres inſtitutus, at ita potiùs acſi ſcriptum eſſet pluribus, quomodo ſcribi potuerat & debuerat apertioris ſenſus gratia, *ſi duo fuerint quos pater heredes ſcripſerit, fuerit etiam filius impubes idémque tamen exheredatus.* Nec tamen curioſus fuit Iulianus aut Vlp. vt ita loqueretur, cùm iis temporibus, quibus florebat iuriſprudentia, non poſſet incidere ſuſpicio, vt quiſquam ex præcedentibus tam imprudens eſſet, qui putaret tractandum de adeunda patris hereditate ad confirmandas tabulas paternas primùm, deinde pupillares, eo caſu quo pupillus ipſe fuiſſet inſtitutus. Indéque nimirum proficiſcuntur dif-
15 ficultates † omnes quotquot ſuperſunt in Iureconſultorum reſponſis interpretandis, (eos ſemper locos excipio quos tam multos Tribonianus corrupit) quòd craſſiſſima iuris ignoratione non ſupplemus & ſupponimus pro certis ac indubitatis ea quæ vel minimi leguleij eo tempore ſupplenda & ſupponenda eſſe non ignoraſſent. Itaque torquemus nos & inſudamus, non in diſputando de ratione iuris. An veteres illi prudentes bene ſenſerint, aut, an quid melius ſubtiliúſve dici potuerit, in quo ſanè opera nonniſi fruſtra collocaretur, ſed quod deplorandum, & ad inſcitiam noſtram detegendam arguendámque præcipuum eſt, in quærendo & inueſtigando quid illi ſenſerint, ac ſi peregrinis aut obſoletis verbis ſuam ſententiam aperuiſſent, non iis quibus nulla elegantiora & ſignificantiora fingi poſſunt. Tantum abeſt vt in nobis ea ſit iuris ſcientia, non dicam quæ in illis fuit, ſed quæ ſaltem in illis omnibus eſſe deberet, qui ſe iuriſperitos auſint dicere, ad leges ipſas non modò interpretandas, ſed etiam, ſi opus eſſet, nunc primùm aut ex integro conſcribendas. Redeamus ad Bartolum.

ERROR IX.

De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure prætorio cùm is ſe immiſcuit, aut tacuit, id eſt, nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

SVMMARIA.

1 *An beneficium abſtinendi eneruet exiſtentiam ſui heredis.*

2 *Bartolus cenſet beneficium abſtinendi nihil operari quando filius paternæ hereditati ſe immiſcet.*

3 *Refellitur Bartolus, & exponitur quando & quatenus filius qui ſe immiſcuit poſſit habere beneficium abſtinendi.*

4 *Quid cenſeat Bartolus de vi exiſtentiæ ſui heredis, quando filiusfamil. non declarat an ſe immiſcere velit, an abſtinere.*

5 *Filiusfam. qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit tenetur creditoribus hereditariis etiam iure prætorio aduerſus Bart.*

6 *Bartolum ad errorem ſuum tuendum abuti l. ſi filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

7 *Suo herede priùs defuncto quàm ſciret ſe patri neceſſarium heredem extitiſſe tranſmittit ille hereditatem paternam ad quemcunque heredem. & numer. 10.*

8 *Bartolum perperam reſtringere poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis ad ea quæ ſunt ex filij commodo.*

9 *Tranſmiſſio hereditatis non ſemper vtilis heredi aduerſus Bart.*

11 *Quale ſit ius nouum inductum à Theodoſio in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tab.*

12 *Suus heres qui neſcius tranſmittit hereditatem paternam, tranſmittit etiam ius abſtinendi ad ſuum neceſſarium heredem non ad extraneum, contra Bart.*

13 *At qui ſcit ſe patri neceſſarium heredem extitiſſe nec tamen declarat voluntatem ſuam, ius abſtinendi ad heredem ſuum non tranſmittit.*

14 *Filio pubere, qui ſe paternæ hereditati immiſcuit, mortuo, non datur nepoti eius heredi reſtitutio in integrum aduerſus eam immixtionem.*

15 *Non officere quod dici ſolet beneficium reſtitutionis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam heredibus quamuis maioribus.*

16 *Mutandæ voluntatis facultas tranſmitti non poteſt.*

17 *Bartolus cenſet exiſtentiam ſui heredis nihil operari, ſi de ea re agatur quæ ad filij commodum aut incommodum nihil pertineat.*

18 *Refellitur Bartoli traditio.*

19 *Cùm filius ſe abſtinuit legata quidem valent, non tamen dicuntur deberi.*

20 *Actiones quomodo transferantur à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium.*

21 *Prætor poteſt ſe interponere tum ante reſtitutionem, tum poſt reſtitutam hereditatem.*

22 *Libertates directæ competunt ipſo iure, quamuis filius ſe abſtineat, at fideicommiſſariæ indigent prætoris auxilio.*

23 *Reſponſio Bartoli ad quæſtionem quandam de pupillari ſubſtitutione reiicitur.*

POſtquam tractauit Bart. de poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure ciuili, contra ipſam tamen, vt vidimus iuris ciuilis rationem, pergit ille quærere, quid de iure
prætorio, & an † beneficium abſtinendi introductum 1
à prætore eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis. Reſpondet

2 pondet † verò quando filius ſe immiſcet expreſſim pa-
ternæ hereditati, tunc beneficium prætoris nihil ope-
rari ex *d. l. ſi filius*, in illis verbis, *non ſponte ſuſceptis.*
3 Hoc verò ſi abſolutè & indiſtinctè dicatur, † falſum
eſt. Nam & filius qui ſe immiſcuit poteſt abſtinendi
beneficium habere, & quidem citra reſtitutionem in
integrum ſi ſit pupillus, licèt ſe immiſcuerit tutore au-
tore, beneficio autem reſtitutionis, ſi immixtionis
tempore fuerit minor annis vigintiquinque, *d. l. neceſ-
ſarius l. 1. C. ſi min. ab heredit. ſe abſtin.* Nec ſemel tan-
tùm, ſed ſæpius ſi pupillus, vt è contrario filius qui ſe
abſtinuit etiam ſæpius, imò quod plus eſt etiam maior
poteſt ſe immiſcere quandiu bona defuncti non ſunt
vendita, *l. ſi quis ſuus 8. D. de iur. delib.* ratione ſcilicet
iuris veteris inſpecta. Nam hodie non licet ei qui iam
maior factus ſe abſtinuit, poſtmodum ſe immiſcere,
niſi intra triennium. Minori verò datur triennium poſt
quadriennium, quod petendæ reſtitutioni indulgetur,
ſi bona non ſint vendita, adeóque etiam poſt vendi-
tionem, ſi venditio facta eſt in minori ætate, *l. vlt. Cod.
de repudiandis vel abſtinendis hereditatibus*, tametſi ius
vetus incorrectum remaneat in eo, quòd maior qui ſe
immiſcuit, non poteſt ſe abſtinere niſi beneficio Prin-
cipis ex magna aliqua cauſa, vt in *leg. penult. D. eod.*
Nempe quia qui poſt immixtionem vult ſe abſtinere,
vult ſe haberi pro alio quàm re vera ſit. Vult enim ſe
haberi pro non herede, quantum ad prætorem, cùm
re vera heres ſit: qui verò poſt abſtentionem vult ſe
haberi pro tali qualis re vera eſt, id eſt, pro herede. Fa-
cilius itaque eſt vt audiatur is cuius deſiderio veritas
congruit, quàm vt is qui mendacem, vt ita dixerim,
prætorem facit. Nam & ſolent noſtri dicere nec falſo,
facilem eſſe cuiuſque rei reditum ad ſuam naturam,
l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. in fin. D. de pact. Ergo
hæc Bartoli propoſitio in maiore tantùm vera eſt, non
in minore, multo minùs in pupillo. Secundum mem-
4 brum diſtinctionis † Bartoli eſt, ſi filiusfamilias taceat,
nec voluntatem ſuam declaret, an ſe immiſcere velit, an
abſtinere: & in hoc rurſum ſubdiſtinguit, an de ea re
agatur quæ reſpiciat damnum & onus ipſius filij, an
verò de ea quæ ad eius commodum & fauorem. Priore
caſu, inquit, vt puta, ſi quæratur an hic ſuus heres te-
neatur creditoribus, beneficium prætoris operatur, vt
eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis ex ſupradictis ver-
bis *d. l. ſi filius ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſce-
ptis.* Non enim ſponte ſuſcipit onera hereditaria is qui
ſe non immiſcet, licèt nec ſe abſtineat, & *dicta l. 1. C.
ſi vt ſe ab hered. abſtin. dicta leg. neceſſariis.* Poſteriore
verò operatur commodum & vtilitatem filij, puta con-
firmationem tabularum pupillarium, itémque datio-
nem tutelæ, ex *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. 2. C. eod.
d. l. ſi filius*, itémque tranſmiſſionem hereditatis ad
quoſcumque ipſius heredes, *dicta l. apud hoſtes 8. C. de
ſuis & legit.* Hæc quoque diſtinctio falſa eſt ex vtra-
que parte. Ex priore quidem, quoniam certum eſt fi-
5 liumfamilias, † qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit, te-
neri creditoribus hereditariis, non tantùm ciuili iure,
ſed etiam prætorio, quamuis ſe poſſit abſtinere. Nec
enim quòd ſe abſtinere poſſit quicquam facit niſi re
ipſa abſtineat, *l. 1. §. qui ſunt in poteſt. D. ſi quis omiſſ.
cauſ. teſtam.* quandoquidem eum demum ſuum here-
dem, qui ſe abſtinuit prætor habet pro non herede non
etiam eum, qui abſtinere poteſt, *l. ſi filius 12. D. inter-
rog. in iur. faciend.* Alioqui nec eum qui ſe immiſcuiſſet
in pupillari ætate, tutore autore, haberet pro herede,
cùm poſſit is etiam abſtinere, *d. l. neceſſariis dicta l. pen.
D. de autor tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* Ne-
que verò lex vlla eſt quæ requirat ſui heredis immix-
tionem ad hoc vt apud prætorem pro herede habea-
tur, ſed hoc tantùm ſcribitur in iis præſertim legibus,
quas pro tuendo errore ſuo Bartolus adducit, filium
qui ſe non immiſcuit, habere beneficium abſtinendi,
vt ex quo die ſe abſtinuit, conueniri à creditoribus
hereditariis non poſſit. Nam quod Papinianus ait in
dicta l. ſi filius 12. de vulgar. & pupill. ſubſtit. propoſi-
tum ius eſſe dicenti, liberos ab oneribus hereditariis
non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab heredi-
tate remouere: quo vno † loco Bartolus paſſim abuti- 6
tur, non ad alium ſuum heredem pertinet, quàm ad
eum qui ſe abſtinuerit, quia nec prætoris propoſitum
eſt vt ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis
liberet ignorantem, & liberari fortaſſis nolentem, ſed
tantùm vt liberet abſtinentem ne inuitus cogatur ſubire
onera quæ non ſponte ſuſceperit. Idque ita eſſe appa-
ret euidentiſſimè ex eo, quod (vt mox dicemus) ſuo
herede † priùs defuncto, quàm ſciret ſe patri ſuo ne- 7
ceſſarium heredem extitiſſe, tranſmittit ille nihilomi-
nùs hereditatem paternam ad heredem quemcumque,
& quidem, quod eſt neceſſariò conſequens cum omni-
bus oneribus hereditariis etiamſi hereditas non ſit ſol-
uendo, adeo vt nepoti quoque neceſſarium ſit abſti-
nere ſe ab aui hereditate, ſi nolit ab auitis creditoribus
conueniri, *l. ſi quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acquir.
heredit.* quod tamen nulla ratione diceretur ſi filius
ipſe mortis ſuæ tempore non fuiſſet habendus pro he-
rede etiam quod ad prætorem, cùm nec alio iure poſſit
neceſſarium eſſe nepoti beneficium abſtentionis, quàm
quod alioqui poſſet ille ex patris ſui perſona ab here-
ditariis creditoribus conueniri, à quibus & pater ipſe
potuiſſet. Neque tamen poſſis dicere ſuum illum he-
redem ſe immiſcuiſſe, quem ponimus deceſſiſſe priuſ-
quam ſciret neceſſarium ſe extitiſſe. Nullum enim hac
parte priuilegium ſuus heres habet vt poſſit ſe immiſ-
cere, antequàm ſciat defunctum patrem, quia nec ex-
traneus pro herede gerere poſſet, *l. is qui heres 13. §. 1.
l. qui hereditatem 19. l. heres inſtitutus 32. D. de acquir.
heredit.* cum autem bonis ſe miſcere conuenit, qui re-
moto familiæ vinculo pro herede gerere videretur, *l.
cum bonis 87. eod.* Poſterior vero pars diſtinctionis
Bartoli falſa † quoque eſt, non in eo quod vult ſui he- 8
redis exiſtentiam operari in filij commodum & vtilita-
tem, ſed in eo quod reſtringit vim & poteſtatem exi-
ſtentiæ ſui heredis ad illa quæ ſunt ex filij commodo
& vtilitate, cum debuerit generaliter dicere ſui heredis
exiſtentiam in omnibus & per omnia eoſdem effectus
habere iure prætorio quos iure ciuili habet, quoties
ſuus heres voluntatem ſuam non declarauit, ſiue id
ſuo heredi commodum & vtile ſit, ſiue oneroſum. Item
in eo quod hereditatis † tranſmiſſionem ponit in nu- 9
mero eorum quæ ſint vtilia ſuo heredi. Etſi enim po-
teſt id verè dici cùm hereditas lucroſa eſt: quid tamen
ſi damnoſa ſit, & non ſoluendo? In dubio autem illo
an hereditas ſit ſoluendo, necne, quod ipſum plerum-
que incertum eſt propter latens æs alienum, nonne
damnum & incommodum eſt potiùs quam commo-
dum, vt quis heres eſſe exiſtimetur, atque ita æri alieno
obligetur? Nam & hac ratione prohibetur pupillus
hereditatem quantumuis lucroſam adire ſine tutoris
autoritate, *l. more 8. cum ſeq. D. de acquir. hered.* itém-
que fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutionem acci-
pere, *l. reſtituta 37. §. vlt. cum l. ſeq. D. ad SC. Tre-
bell.* cui tamen ſolet permitti vt etiam ſine tutore ſibi
acquirat, ſuamque conditionem ex omnibus cauſis fa-
ciat meliorem, *l. obligari 9. in princip. iunct. §. heredi-
tatem & ſeq. D. de tutor. & conſ. tutor.* Ergo vel ex hoc
maximè apparet verum eſſe quod proximè dicebamus,
etiam in iis, quæ ad ſui heredis onus & incommodum
pertinent, haberi eum pro herede iure quoque præto-
rio, cùm certi iuris ſit paternæ hereditatis † tranſmiſ- 10
ſionem fieri à ſuo herede in quoſcumque etiam extra-
neos ipſius heredes, & Bartolus ipſe fatetur, & contra
Accurſium concludit in *l. ex militari 11. §. ſi filiusfa-
milias. D. de milit. teſtam. ex d. §. filiusfamilias, dict. l.
apud hoſtes l. de hereditate 19. §. filius, de caſtr. pecul. l.*

qui

*qui dixit 9. §. cùm bello. D. de reb. dub. l. Lucius 9. D de
iur. fiſc. l. liber homo 20. §. D. de ſtip. ſeruor.* Reiecta etiam
veterum quorundam diſtinctione illa, An ſuus heres
impeditus eſſet adire (ſic enim illi loquebantur aditio-
nis & immixtionis nomina iuraque imperitè confun-
dentes) iuſta ignorantia, vel quo alio iuſto impedi-
mento, necne. Indiſtinctè namque verum eſt tranſmiſ-
ſionem locum habere etiam iure prætorio, *l. 2. §. ſi quis
ex liberis. D. ad SC. Tertyll.* nec ad hunc caſum pertinere
conſtitutionem Theodoſij in *l. vnic. Cod. de his qui ant.
apert. tab.* quæ aſcendentium hereditates non agnitas
nonniſi in deſcendentes tranſmitti patitur. Ius enim
11 nouum † ea conſtitutione induxit Theodoſius in fa-
uorem deſcendentium, qui ſui heredes non eſſent vt
eorum iura augeret, dato ipſis iure tranſmiſſionis ad
deſcendentes, quod anteà non habebant, non etiam vt
ſuorum heredum ius minueret quod ſemper habue-
rant. Et quamuis etiam de patris hereditate lex loqua-
tur, id tamen ſic accipi debet, vt vel de eo patre Theo-
doſius ſenſerit qui filium in poteſtate non haberet, vel
nihil noui hac parte induxerit, quod & Bartolus benè
videt ad *d. §. ſi filiusfamilias.* Sed malè idem eo loco vt
ſe extricet ab illa obiectione quòd hereditatis tranſ-
mittendæ acquiſitio poſſit damnoſa eſſe pupillo, nimi-
rum ſi hereditas non ſoluendo ſit: reſpondet cum he-
reditate ipſa tranſmitti quoque beneficium abſtinendi,
quod haberet qui defunctus eſt ſi hodie viueret, ex *d. l.
ſi quis filiumfamilias 7. §. 1. de acquir. hered.* Hoc enim
12 falſum † eſt extra caſum dict. §. 1. id eſt, præterquam ſi
ponamus duo concurrere, ſcilicet vt & deceſſerit ſuus
heres antequam ſciret ſe neceſſarium extitiſſe, & pater-
nam hereditatem tranſmiſerit ad ſuum eundemque
neceſſarium heredem, cuius meliorem quàm alterius
extranei cuiuslibet heredis conditionem hac in re eſſe
idcirco æquum eſt, quòd cùm ſit neceſſarius heres patri
ſuo, cuius hereditatem reperit iunctam cum hereditate
aui, non poteſt ei imputari quod extraneo heredi im-
putaretur quare patris ſui hereditatem agnoſcendo aui
quoque hereditatem ſuſceperit, *d. l. paterfamilias 28.
verſ.* at cùm ſubſtitutus. *D. de reb. autor. indic. poſſid. l. ſed
ſi plures 10. §. filio. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Multò minùs
autem poſſit ei imputari cur à patris hereditate non
abſtinuerit, quam ipſo iure quæſitam habet. Quadrát-
que optimè huic etiam caſui ratio illa Papiniani in *d. l. ſi
filius,* quòd prætoris propoſitum non ſit liberos inuitos
ab hereditate remouere, ſed tantùm ab oneribus non
ſponte ſuſceptis eos liberare. Si enim ei, qui & patri
ſuo & fratri impuberi vtrique ex propria perſona he-
res extitit, permittitur tamen ea ratione patris heredi-
tatem recuſare, fraternam autem retinere, vt ibi Papi-
nianus ait, quanto magis permittendum eſt nepoti qui
patri quidem ſuo ex propria perſona heres extitit, ſed
auo ſuo nonniſi per mediam patris perſonam vt pater-
nam hereditatem retineat, ab auita verò abſtineat, à qua
& pater abſtinere potuiſſet? At finge patrem defunctum
13 poſtquam reſciuerat † heredem ſe patri ſuo neceſſa-
rium extitiſſe, nec tamen declarata voluntate, an ſe im-
miſcere vellet, an abſtinere. An idem hoc abſtinendi be-
neficium dabimus nepoti? Minimè, non magis quàm
extraneo cuilibet heredi, quamuis pater habere potuiſ-
ſet, quem ponimus numquam ſe miſcuiſſe, quia is qui
nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit, cùm ſciret ſe iam ipſo
iure heredem eſſe, credendus eſt hereditatem retinere
potius quàm prætermittere voluiſſe. Ob idque non eſt
ipſius heredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo permittendum vt
omittat eam hereditatem quam defunctus ipſe, cùm
poſſet omittere, non omiſit, quod ſignificare voluiſſe
videtur Paulus in *d. l. ſi quis. §. vlt.* vbi poſt expreſſum
ſupradictum caſum ſpecialem, De nepote, qui poſt-
quam patri ſuo neceſſarius heres extitit, abſtinere vult
ab aui hereditate, ſubiungit in contrarium, veluti gene-
ralis regulæ loco, in omni ſucceſſione illum qui heres
extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eſſe
videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Et verò ali-
ter poſito iure dicendum eſſet heredem quemlibet pu-
pilli, etiam qui ſe tutore autore miſcuiſſet, perinde
tranſmiſſurum ad ſuum heredem etiam extraneum hoc
beneficium abſtinendi, quando & pupillus ipſe, vt iam
toties diximus, poſt immixtionem quoque beneficium
illud haberet. Quod tamen ita eſſe nemo vnquam dixit.
Eſt enim perſonale beneficium hoc quod pupillo datur
etiam ante immixtionem, multo magis poſt immixtio-
nem vt poſſit ſe abſtinere, adeò vt dubitatum ſit an filij
qui ſe abſtinuiſſet heres à creditoribus hereditariis
conueniri poſſet, quaſi abſtentio filij, ſicut facere non
potuit, quominùs reuera filius heres & aliquando fue-
rit & ſemper manſerit, ita nec debeat ipſius heredi pro-
deſſe, cuius perſona non tantum quantum perſona filij
fauorem mereatur. Quamuis contrà placuerit filij ab-
ſtentionem etiam heredi cuilibet prodeſſe, ne alioqui
nec ipſi filio profuiſſe videretur, cuius hereditas ære
alieno patris grauata vel nullum prorſus vel multo dif-
ficiliùs heredem eſſe inuentura, *l. Iulianus 42. alias l. ſi
pupillus, iunct. l. ſi is qui 56. D. de acquir. hered.* Quanto
minùs ergo dubitarunt prudentes, quin heres filij poſt
immixtionem defuncti onera paternæ hereditatis ſubire
debeat, quæ filius ipſe ſponte ſuſceperat viuus? Dico
amplius, Si filius † pubes fuerit qui paternæ hereditati 14
ſe miſcuit, iſque poſtea filium ſuum heredem & neceſ-
ſarium reliquerit, non magis permittendum nepoti
quàm alij cuilibet extraneo, vt aduerſus eam immixtio-
nem impetret in integrum reſtitutionem, quamuis pa-
ter eius reſtitui potuerit, defunctus fortaſſe in minori
ætate, aut intra tempora petendæ reſtitutionis, *d. l. ne-
ceſſariis.* Nam quod dici ſolet beneficium † reſtitutio- 15
nis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam he-
redibus quamuis maioribus, *l. non ſolùm 6. D. de in in-
tegr. reſt. l. minor. 18. §. vlt. cum l. ſeq. D. de minor.* ad hunc
caſum non pertinet, in quo nullum ius habuit minor
petendi reſtitutionem, niſi ex priuilegio & in eum
duntaxat euentum quo mutaret voluntatem, mallét-
que poſtea abſtinere: quod de illo dici non poteſt, qui
poſt immixtionem deceſſit nullo dato indicio mutatæ
voluntatis. Prius enim fuit vt qui ſe miſcuerat mutaret
voluntatem, quàm vt poſſet reſtitui in integrum ad ſe
abſtinendum. Mutandæ autem voluntatis facultas cùm
perſonaliſſima ſit, non magis tranſmitti poteſt à mo-
riente in heredem quàm voluntas ipſa, quæ haud dubiè
finitur morte, *l. ſi ita expreſſum 69. de condit. & demon. l.
ſi ita 65. §. 1. de leg. 1.* Ergo nec in integrum reſtitutio ex
iure defuncti, quæ in neceſſarium antecedens præſup-
ponit mutatam à defuncto ipſo voluntatem. Nec
nouum eſt, vt quod vnius perſonæ beneficium præſta-
tur, ad alium non pertineat, *l. cùm patronus 28 de legat.
2. ac ne quidem ad heredem, leg. quia tale 14. D. ſolut. ma-
tri. leg. ex pluribus 42. D. de admin. tutor.* Cùm igitur ſui
heredis heres ſiue ſuus, ſiue extraneus non poſſit ha-
bere beneficium abſtinendi eo caſu quo defunctus ſci-
uit ſe neceſſarium heredem extitiſſe, extraneus verò ne
quidem illo caſu quo ſuus heres ius ſuum ignorauit,
quodnam obſecro, ſui heredis commodum eſſe poteſt
in eo quòd hereditatem paternam à qua ſe non abſti-
nuerit, omnimodo tranſmittit ad heredem quantumli-
bet extraneum: Incommodum certè & onus hoc eſt
potiùs quàm commodum: ideóque ſi vera eſſet diſtin-
ctio Bartoli, vtique fateri oporteret quod ille negat, ſui
heredis exiſtentiam effectum ſuum non operari iure
prætorio, quantum ad paternæ hereditatis tranſmiſſio-
nem, ſaltem eo caſu, vt aliquid Bartolo largiamur, quo
hereditas non eſſet ſoluendo. Quòd ſi de ea re agatur, † 16
quæ ad filij commodum aut incommodum nihil perti-
neat, adhuc quærit Bartolus an ſui heredis exiſtentia
operetur, puta vt legata debeantur ex teſtamento pa-
terno, item vt competant libertates. Et in ea opinione

eſt vt concludat nihil operari ex *l.1.§.vlt.D.vt in poſſeſ.*
legat. vbi apertè ſcriptum eſt, ſi neceſſarij heredes ab-
ſtenti ſint: legata non deberi: itémque ex *d.l.etſi 6.§.*
ſi filius de bon. libert. vbi Vlp. ait, ſi filius liberti ab eo
heres inſtitutus abſtinuerit, quamuis nomine ſit heres,
18 patronum tamen admitti. Sed debuit animaduertere †
iis locis tractari de filio qui expreſſim ſe abſtinuerat,
diſtinctionem verò ab eo propoſitam ad eum caſum
pertinere quo filius tacuerit, nec ſuam voluntatem de-
clarauerit an ſe immiſcere vellet, an abſtinere. Quo caſu
proculdubio legata debentur, etiam à filij herede, ſiue
ſuo, ſiue extraneo, in quem etiam hereditas ipſa teſta-
mentaria tranſmittitur *d.l.1.§.qui ſunt in poteſtate D.ſi*
quis omiſſ.cauſ.teſtam. Planè cùm filius ſe abſtinuit, le-
19 gata, † quidem & libertates non eo minùs valent cùm
& teſtamentum valeat ipſo iure, & filius qui ſemel ex
teſtamento heres fuit, talis maneat etiam poſt abſten-
tionem *d.l.cum quaſi 30.§.ſed etſi ſuus. D.de fideic. li-*
bert. ſed tamen dicuntur non deberi, quia prætor cuius
ſolius eſt eas quoque actiones dare quæ competunt
iure ciuili, nullas daturus eſt legatarijs contra hunc
ſuum heredem ſe abſtinentem, quem non habet ipſe
loco heredis, *d.l.neceſſarius.* Contra eum verò cui actio-
nes vtiles daturus eſt propter filij abſtentionem, multo
minùs quia neque ex teſtamento heres ille eſt, neque
fuit grauatus: ideóque obtinet in cæteris omnibus quæ
pendent ex iuriſdictione prætoris: cuiuſmodi eſt ſuc-
ceſſio patroni in bonis liberti, de qua in *d.l.etſi §.ſi fi-*
lius, item reſtitutio hereditatis ex Pegaſiano, cùm ſuus
20 heres dicit ſuſpectam, nec vult reſtituere. Cogitur †
enim per prætorem fideicommiſſarium, non vt reſtituat
citra immixtionem, ſed vt ſe immiſceat primùm, deinde
reſtituat, *l.recuſare 6.§.ſed & ad filium D.ad SC.Trebell.*
quia ſecum implicaret contradictionem prætor ſi pu-
taret transferri poſſe actiones per reſtitutionem here-
ditatis quam cogeret facere illum quem pro herede
non haberet. Sed ſi prætoris autoritas non ſit neceſſaria
fortè quòd nulla coactione opus ſit, parato filio here-
ditatem reſtituere etiam quam ſuſpectam dixerit, & cui
nunquam ſe immiſcuit, non eo minùs tranſibunt actio-
nes ex Trebelliano *l. ita tamen 27.§.ſi pater filium. eod.*
quoniam actionum tranſlatio fit poteſtate iuris ciuilis
non prætorij, cùm fiat poteſtate ſenatuſconſulti quod
legis vim obtinet, ac iuris ciuilis partem conſtituit, iure
autem ciuili verum eſt ſuum heredem eſſe filium etiam
poſt abſtenſionem: ſicque loci illi, qui alioqui valdè
pugnare videntur, conciliandi ſunt, non quomodo
noſtri volunt, qui non alia ratione putant transferri
actiones à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium ci-
tra immixtionem, quàm quòd potuerit per prætorem
cogi vt ſe immiſceret. Nam ſi aliud nihil ſpectandum
eſſet, quidni eadem ratione diceremus poſſe illum cogi
à prætore vt reſtituat nulla præcedente immixtione? Et
tamen non ita eſſe apparet ex *d.§.ſed & ad filium.* Dices
fortaſſe, ſatis ſe immiſcere filium hoc ipſo quòd here-
ditatem reſtituit, præſertim ſi re & facto ipſo non verbo
tantum reſtituat, cùm id fieri non poſſit quin attingat
aliquid legatarium, *l.reſtituta 37.eod.tit.* Sed nego poſſe
ex ea reſtitutione fieri immixtionem, cùm non fiat ani-
mo ſe immiſcendi, ſed transferendæ potiùs in alium
hereditatis, quomodo ſolemus in extraneis heredibus
dicere, nolle heredem eſſe eum qui ad alium transferre
voluit hereditatem, *l.non vult.6.de reg.iur.* Eſt enim recta
hac in re extranei pro herede gerentis, & ſui heredis ſe
immiſcentis comparatio *d. l. cum bonis 87. de acquir.*
hered. Rurſum inſtabis: Eo quoque caſu quo ſuus he-
res qui ſe abſtinuit, hereditatem fideicommiſſariam
vltrò reſtituere velit, neceſſarium eſſe vt prætor ſe in-
terponat, vel ob hoc ſaltem vt vtiles actiones det fidei-
commiſſario & in fideicommiſſarium, itémque heredi
& in heredem exceptionem reſtitutæ hereditatis, *d.l.ita*
tamen. §. qui ex Trebelliano. ad Trebell. & ita non poſſe
fieri vt prætor citra implicationem contradictionis ha-
beat reſtitutionem hereditatis pro bene facta, quæ ab
eo facta ſit quem ille non habeat pro herede. Verùm
reſpondeo multum referre vtrum prætor ſe † interpo- 21
nat ante an poſt reſtitutionem. Si enim ante reſtitutio-
nem, ea obtinent quæ ſuprà diximus: ſi verò poſt reſti-
tutionem, tranſlataſque iam ex Trebelliano actiones;
nihil facit ille alienum à propoſito & edicto ſuo cùm
iuris ciuilis poteſtatem ſecutus habet reſtitutionem
pro bene facta, ſiquidem ita aſſequitur, vt tantò minùs
pro herede habere debeat filium, qui non modo ſe ab-
ſtinuit ab hereditate, ſed etiam præterea hereditatem al-
teri reſtituit: nec ſanè poſſet habere fideicommiſſa-
rium pro non-fideicommiſſario poſt reſtitutionem ex
Trebelliano factam, quin ſenatuſconſulti iuriſque ciui-
lis rationem totam conuelleret, quod eum facere non
potuiſſe certum eſt. Eadem ferè ratio eſt propter quam
libertates † directæ competunt ipſo iure, quamuis fi- 22
lius ſe abſtineat, *l.ſciendum 32.D.de manum. teſtam.* fi-
deicommiſſarijs verò ſubueniendum fuit ſenatuſcon-
ſulto vt deberentur *d. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de*
fideic. libert. nimirum quia directè ſola iuris poteſtate
ſubſiſtunt, nec egent auxilio prætoris, fideicommiſſariæ
verò prætoris fideicommiſſarij autoritatem implorant
vt contra heredis perfidiam conſeruentur. Hæ namque
ſunt quibus ſubuentum fuit, & quibus ſubueniri opor-
tuit ſupradicto ſenaſconſulto, herede ſcilicet, qui eas
præſtare rogatus eſſet, nolente, aut ex aliqua iuſti im-
pedimenti cauſa non valente eas præſtare: cùm ſi eas
vltrò præſtet, nullo ſit opus auxilio ad hoc vt liber fiat
is qui manumittitur à vero domino, qui ſimiliter fieret
liber ex manumiſſione, quamuis fideicommiſſum nul-
lum præcedat. Itaque nil neceſſe eſt cum Bartolo dicere
hos eſſe caſus ſpeciales & ſingulares, vt ſolet ille paſſim
tot ſpeciales caſus ſibi fingere quot videt leges diſtin-
ctionibus ſuis vt plurimum erroneis repugnantes: nec
rurſus ſpecialitatis ratio vlla, quantum ad id quod de
libertatibus diximus, petenda eſt ex fauore libertatis,
niſi quod pertinet ad fideicommiſſarias. Nam directæ,
vt ipſo iure competant, nullo fauore indigent, cùm ra-
tione iuris contentæ ſint, in tantùm vt etiamſi in frau-
dem creditorum datæ eſſent, perinde tamen ipſo iure
eſſent competituræ, niſi per legem Æliam Sentiam
reſcinderentur, *d l.ſciendum.* Ex his intelligimus quàm
malè idem Bartolus reſpondeat † ad quæſtionem illam 23
Si pater qui duos filios habebat, vnum quem inſtitue-
rit, & alium impuberem quem exheredauerit, deinde ex-
traneum exheredato (ſic enim apud Bartolum legen-
dum eſt, non vt vulgò *inſtituto,* vt ſequentia oſtendunt)
ſubſtituerit, tum inſtitutus abſtinuerit, an poſſit ſubſti-
tutus ex ſecundis tabulis ſuccedere exheredato. Ait
enim non poſſe, quia, inquit, exiſtentia ſui heredis ope-
ratur confirmationem tabularum pupillarium in com-
modum filij abſtinentis, ſiue ipſe filius, qui ſe abſtinuit,
fuerit ei ſubſtitutus, ſiue facta ei fuerit ſubſtitutio, quo-
rum neutrum eſt in propoſita quæſtione. At nos pro-
bauimus ſui heredis exiſtentiam ſemper operari in iis
quæ pendent ex iuris ciuilis poteſtate, tametſi oneroſa
ſunt filio: multò igitur magis in iis quæ nec incom-
modum, nec commodum vllum adferunt filio ſe abſti-
nenti. Concludamus ergo contra Barto. in propoſita
ſpecie confirmatam eſſe pupillarem ſubſtitutionem
etiam in fauorem extranei ſubſtituti, quia ſemper ve-
rum eſt, non eſſe ſine herede teſtamentario patrem, qui
ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem.

Digitized by Google

ERROR X.

De creditoribus agentibus contra ſuum heredem qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit: an habeant fundatam intentionem: & quid ſi expreſſim abſtinuerit.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an creditores agentes contra ſuum heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem, niſi probet filius ſe abſtinuiſſe.*
2 *Bartoli negatiuam tuentis reſponſio.*
3 *Ratio qua mouetur Bartolus.*
4 *Et eius confutatio.*
5 *Legatum conditionale ad heredem non tranſmittitur, ſtipulatio verò conditionalis tranſmittitur, & huius diſcriminis ratio.*
6 *Vt videatur ſuus heres ſe abſtinuiſſe, non ſufficit quòd ſe non immiſcuerit.*
7 *Qui abſtentionem ſui heredis allegat, eam probare debet.*
8 *De ſententia leg. 1. Cod. ſi minor ab heredit. ſe abſtin.*
9 *Se non immiſcere & abſtinere inter ſe quî differant.*
10 *Bartolus erroneè cenſet filium pro abſtento habendum eſſe hoc ipſo quod non probatur ſe immiſcuiſſe.*
11 *De ſententia l. quæ ſub conditione. 8. §. vlt. D. de condit. ſubſtit.*
12 *Stipulatio conditionalis pura nouatura malè conferturà Bartolo cum abſtentione ſub ea conditione ſuo heredi indulgenda, ſi abſtinere velit.*
13 *Sola ſpes abſtentionis non impedit vim & poteſtatem ſuitatis.*
14 *Suum heredem conuentum à creditore hereditario vbi eſt contumax, Bartolus perperam habet pro abſtento.*
15 *Ex eo quod non eſt neceſſarium vt ab homine exprimatur verum illud quod à iure inductum eſt, non ſequi vt filius pro abſtento haberi debeat antequam ſuam voluntatem declarauerit.*
16 *Ius abſtentionis abſurdè quidam cenſent eſſe ex iure ciuili, cùm ſit à prætoribus introductum.*
17 *Ius abſtinendi non tollit poteſtatem iuris ſuitatis præſertim ante abſtentionem.*
18 *Quæſtio an exiſtentia ſui heredis vim habeat ſi ſuus heres expreſſim ſe abſtinuerit.*
19 *Bartoli ſententia.*
20 *Et eius refutatio.*
21 *Cur prætor filium qui abſtinuit non habet heredis loco, ita vt eum à creditoribus & legatariis conueniri patiatur.*
22 *Totam poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis quantum ad prætorem, poteſtate abſtentionis non extingui.*
23 *Etiam poſt abſtentionem dimiſſis creditoribus ex pretio bonorum venditorum, ſi quid ſuperſit totum id ſeruatur pro pupillo.*
24 *Quæ huius iuris ratio, & cur in cæteris heredibus idem non obtineat.*
25 *Ratio aduerſus Bartolum ducta ex l. ſi filius. 12. D. de interrogat. in iur.*
26 *Qui aliquid ex bonis paternis amouet an beneficium abſtentionis amittat.*
27 *Bartoli ſententia refertur & refellitur.*
28 *De ſententia l. paterfam. 28. D. de reb. aut iudic. poſſid.*

SVperioribus Bartoli erroribus ille etiam conuenit, quem ex profeſſo docet ad *dict. l. neceſſariis*
1 *57. D. de acquir. hered.* vbi quærit, † An creditores agentes contra ſuum heredem tanquam contra heredem patris habeant fundatam intentionem, niſi probet filius
ſe abſtinuiſſe. Et poſtquam † admiſit eſſe illum iure 2
ciuili heredem, nec tantùm nomine, ſed etiam effectu: concludit tamen ſi conueniatur à creditoribus tanquam heres, neque ex actis iudicij appareat quicquam ab eo factum quod immixtionem poſſit inducere, fortè ſi fuerit contumax, non poſſe illum condemnari, licèt nec abſtinuiſſe illum appareat: mouetúrque hac
vna ratione, † quòd ſicut ille qui obligatus eſt purè, ſi 3
obligatio illa ſperatur nouari in conditionis euentum, non poteſt interim conueniri, *leg. pecuniam 36. de rebus credit.* ita iſte filius, licèt ſit obligatus, quia tamen ſperatur tolli iſta obligatio in conditionis euentum, ſcilicet ſi voluerit abſtinere (nam & ita legendum eſt apud Bartolum. Bone verò Deus, quid hoc eſt, quòd in emendando quoque Bartolo laboramus!) interim conueniri non poteſt, nec habet neceſſe hoc opponere, quia ius hoc inducit. Subiungit confirmationem, quia id quod eſt verum à iure inductum, non eſt neceſſe exprimi per hominem. Et hic eſt caſus, inquit per *leg. 1. Cod. ſi vt ab heredit. ſe abſtin. ibi Fides veritatis verborum adminicula non deſiderat.* & idem *in l. ei qui 12. ſupr. eodem tit. de acquir. hered. & in l. quæ ſub conditione 8. in fin. D. de condic. inſtitut.* Hæc verò germana Bartoli traditio eſt ipſiſſimis ipſius verbis concepta, quæ quoniam à cæteris communiter probata, & apud pragmaticos noſtros paſſim receptiſſima eſt, & à nobis quoque tantò diligentiùs & exactiùs eſt confutanda, quod tamen iam ſatis ſuperque factum eſſe fatebuntur, meo iudicio, qui legerint & intellexerint quæ in præcedentibus de ſui heredis exiſtentia diſputauimus, ſi modò ad rationes & leges illas reſponderimus, quibus moueri ſe Bartolus profitetur. Ratio illa
eſt † quam attulimus petita ex comparatione puræ ſti- 4
pulationis nouandæ ſub conditione, ſubtilis planè, vt minùs ſubtiliter intuentibus videtur, ſed tamen meo iudicio parum apta. Eſt enim manifeſta ratio differentiæ inter hos caſus, quia ſtipulationis conditionalis interpoſitæ nouandi animo vis illa eſt, vt quandocunque exiſtente conditione puram obligationem iam inde ex quo die conditionalis ipſa interpoſita eſt nouaſſe ac peremiſſe retrofingatur, *leg. quoties 14. & leg. nouatio 10. D. de nouat.* vbi additur ſtipulationem hanc, tametſi conditionalis ſit, tamen etiam pendente adhuc conditione non tantùm valere, verùm etiam ius tribuere ſtipulatori, & quidem tale quod defuncto quoque ſtipulatore ante conditionis euentum tranſmittatur ad ipſius heredes. Proinde mirum non eſt interim agi non poſſe ex præcedente obligatione pura, quæ in eo eſt, vt ex euentu poſſit videri iam tum perempta fuiſſe cùm ex ea agebatur. Ita enim ex poſt facto appareret actum fuiſſe ſine actione, aut actionem aliquam competiiſſe ſine obligatione, quorum neutrum vulgares iuris regulæ patiuntur. Indéque etiam differentia illa deſcendit, inter legatum conditionale &
ſtipulationem conditionalem, quod legatum † con- 5
ditionale ad heredem non tranſmittitur, ſtipulatio verò conditionalis tranſmittitur, Legatarius conditionalis ante conditionis euentum mortuus, numquam creditor fuiſſe intelligitur, ne quidem conditionalis. Stipulator verò conditionalis, creditor quoque conditionalis eſt *leg. is cui quadrageſima ſecunda, D. de obligat. & action. §. conditionali Inſtitut. de verbor. obligation.* Nempe quia in ſtipulationibus factum ſtipulatoris verſatur ex quo ius ſtipulationis naſcitur, quod ei acquiritur vel purè, ſi pura ſtipulatio fuit: vel ſub conditione, ſi conditionalis. At in legatis nullum legatarij factum interuenit, ſed ſola poteſtas legis, quæ porrò legatum conditionale numquam confirmat antequam conditio extiterit, ne fruſtrà confirmaſſe videretur, ſi conditionem poſteà deficere

Digitized by Google

deficere contingeret. Legis ſiquidem ſolenne propo-
ſitum eſt, ſicut & naturæ, vt nihil faciat fruſtrà quod
non æquè de homine dici poteſt. At quid commune
aut ſimile habet ius ſui heredis cum pura obligatione,
beneficium verò abſtinendi cum ſtipulatione conditio-
nali? Illud nimirum, inquit Bartolus, quod quemad-
modum ſpes eſt, obligationem puram per conditiona-
lem nouari poſſe, ideóque interim agi ex ea non ma-
gis poteſt quàm ſi nouata eſſet, ita ſuum heredem qui
ſtatim & ipſo iure heres eſt, ſperatur abſtenturum eſſe,
& ob id non magis conueniri à creditoribus interim
poteſt, quam ſi iam ſe abſtinuiſſet. Quænam verò, in-
quam, ſpes iſta eſt ſuum heredem abſtenturum eſſe?
aut ex quo colligenda? Fateor poſſe ſuum heredem ſe
abſtinere, & quidem ex ſolo prætoris edicto perpetuo,
neque neceſſarium eſſe prætoris decretum, quod ne-
ceſſarium eſt in beneficio deliberationis impetrando,
l. 1. l. ſi quis ſuum 8. & paſſ. D. de iur. delib. qui ſenſus
eſt Vlpiani in *l. ei qui 12. de acquirend. heredit.* vbi
6 non illud ſcribitur, † quod vult Bartolus, ei qui ſe ab-
ſtinere poteſt, ſufficere quòd ſe non immiſcuerit, ad
hoc vt videatur ſe abſtinuiſſe, ſed ad hoc tantùm vt
poſſit ſe abſtinere, nec eſſe neceſſe vt adeat ex hac cau-
ſa prætorem. Longè autem aliud eſt dicere, Poſſe quem
ſe abſtinere, &, Iam ſe abſtinuiſſe videri. Illud ad fu-
turum tempus, hoc ad præteritum refertur. Cùm ſe
iam abſtinuit ſuus heres, exinde pro herede non habe-
tur iure prætorio, quamuis maneat heres iure ciuili.
Priùs verò quàm ſe abſtinuerit, non tantùm heres eſt
iure ciuili, ſed etiam pro herede habetur iure præto-
rio, nec quòd ſe poſſit abſtinere quicquam facit etiam
apud prætorem, *dicta l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi
quis omiſſ. cauſ. teſtament.* quia prætor id egit vt ſuis
heredibus ſubueniret qui ſe abſtinere vellent, non iis
qui tantùm poſſent. Denique prætor ita demum eos
habet pro non heredibus, non ſi ſe non immiſcue-
rint, ſed ſi ſe abſtinuerint, quod aliud planè diuer-
ſúmque eſt, & è contrario habet eos pro heredibus non
ita demum ſi ſe immiſcuerint, ſed ita ſi ſe non abſti-
nuerint. Sufficit ergo vt non probentur ſe abſtinuiſ-
ſe, quantum ad hoc vt quaſi heredes poſſint conue-
niri etiam apud prætorem. Alioqui dicendum eſſet
non habituros ſuos heredes iure prætorio beneficium
tranſmiſſionis, ſi decederent ignorantes ſe neceſſarios
extitiſſe, cum nec volens ſe immiſcere potuerit qui
ius ſuum ignorauit, *l. qui hereditatem 19. de acquir. he-
redit.* quod tamen falſum eſſe conſtat ex *l. 2. §. ſi quis
ex libertis, D. ad SC. Tertyll.* in cuius ſpecie poſthu-
mus qui dum in vtero eſſet, miſſus fuerat in poſſeſſio-
nem, ſi poſtea natus ſit ſuus heres patri & ante acce-
ptam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, matri tamen
nocet, & quidem quaſi bonorum poſſeſſor, aut ſaltem
tanquam is qui cùm ſit ſuus heres, nec ſe vnquam ab-
ſtinuerit, nulla indiget bonorum poſſeſſione, vt heres
fuiſſe videatur iure quoque prætorio, perinde acſi bo-
norum poſſeſſionem accepiſſet. Dixi ſufficere, vt non
probentur ſe abſtinuiſſe: non autem ſufficere vt pro-
bentur ſe non abſtinuiſſe, quia negatio illa, quòd ſe
non abſtinuerit, probari per rerum naturam non po-
teſt, *leg. actor. 23. Cod. de probat. l. aduerſario 10. Cod.
de non numer. pecun.* niſi malis dicere probatam intelli-
gi hoc ipſo, quod contrarium non probatur, vt in *leg.
dotem quæ 30. D. de iur. dot.* At quòd ſuus heres ſe
7 abſtinuerit, † facti eſt poſitiui & affirmatiui, & idcirco
probari & poteſt & debet ab eo qui abſtentionem alle-
gat, non ab eo qui negat, *l. 2. D. de probat.* Nec Bar-
toli ſententiam in contrarium iuuant verba illa, *dict.
l. 1. Cod. ſi minor. ab heredit. ſe abſtin. cùm fides verita-
tis verborum adminicula non deſideret.* Non enim id
8 ſibi volunt † Imperatores, vt præſumatur abſtentio ſi
non probetur, cùm dirigatur reſcriptum ad filios ipſos
qui nulla egebant præſumptione vt viderentur ſe abſti-
nuiſſe, ſufficiente iis dicere ſe abſtinere. Sed hoc tan-
tùm vt ſui heredes ſe abſtinere volentes non cogantur
probare quòd ſe non immiſcuerint antea, ſiue quòd ea
quoque ſit negatio, quæ, vt proximè diximus probari
per rerum naturam non poteſt, ſiue quòd probetur hoc
ipſo, quòd contra filios immixtio præcedens nulla pro-
batur. Dubitandi autem ratio illa erat, quòd pro eodem
accipienda illa viderentur, *ſe non immiſcere & abſtine-
re*, abſtentio verò facienda expreſsè ac omnimodo pro-
banda eſſet: ſed imò verò ſunt iſta differentia, † Se non 9
immiſcet qui nec immiſcet ſe, nec abſtinet: abſtinet
verò non is qui ſe tantùm non immiſcet, ſed qui præ-
terea voluntatem ſuam declarat, quòd nolit ſe immiſ-
cere. Itaque longè plus eſt ſe abſtinere quàm ſe non
immiſcere, ſicut ex diuerſo plus eſt ſe immiſcere quàm
ſe non abſtinere, quoniam qui ſe immiſcet iam pubes
factus, facultatem ſibi præripit ſe poſtea abſtinendi,
quam tamen nemo dixerit amittere illum qui nec ſe
immiſcuit, nec abſtinuit. Idque erat de quo apud Im-
peratores quærebatur, An auxilio reſtitutionis egerent
ſui heredes vt poſſent ſe abſtinere cùm voluntatem
ſuam nondum declaraſſent, quaſi ob hoc ſolùm quod
non ſe abſtinuiſſent, viderentur ſe immiſcuiſſe, fuiſſet-
que iis neceſſaria teſtatio contrariæ voluntatis, vt in
ſpecie *l. filiusfamilias 16. D. ad SC. Macedon.* qui er-
ror conueniret adprimè & reſponderet errori huic Bar-
toli, quem nos refutamus. Putat enim Bartolus filium † 10
pro abſtento habendum eſſe hoc ipſo quòd non proba-
tur ſe immiſcuiſſe, niſi quòd error Bartoli, (pace tanti
viri dixerim) ſtolidior eſt, & ex illo ipſo Imperatorum
reſcripto refellitur. Nam ſi ſufficit, vt ille putat, quòd
ſuus heres non ſe immiſcuerit ad hoc vt abſtentionis
beneficio fruatur, nec magis conueniri poſſit à credi-
toribus patris quàm ſi ſe abſtinuiſſet, quænam ratio
dubitandi in ea ſpecie eſſe poterat propter quam vereri
debuiſſent minores ne pro herede geſſiſſe viderentur
ob id tantùm quod nec immiſcuiſſent ſe, nec abſti-
nuiſſent: ſi tale ius erat, vt qui ſe non immiſcuiſſent
pro abſtinentibus haberi deberent? An poteſt quis vi-
deri pro herede geſſiſſe, ob id quod videatur ſe abſti-
nuiſſe? Iam verò quod idem Bartolus obiicit ex *dict. l.
quæ ſub conditione 8. §. vltim. de condic. inſtitut.* † ad 11
rem nullomodo pertinet. Ibi enim non de abſtentio-
nis beneficio agitur, ſed de iuriſiurandi conditione
quam Vlpianus ait ex prætoris edicto ſic remitti, vt
non ſit neceſſe hoc nomine adire prætorem: ſemel
enim, inquit, à prætore in perpetuum remiſſum eſt
iuſiurandum, nec per ſingulos prætores remittendum,
niſi fortè his etiam verbis abuti voluit Bartolus, vt ad
propoſitum noſtrum inferret, ſemel quoque datum
eſſe à prætore ſuis heredibus beneficium abſtinendi,
idque in perpetuum, nec proinde ſingulis ſuis heredi-
bus abſtinendum eſſe. Sed ſi voluit ille ita ratiocinari,
profectò mala & inepta ratiocinatio eſt: debuit enim
hoc tantùm inferre, Non eſſe per ſingulos prætores
permittendum ſuis heredibus vt ſe abſtineant, cùm ſuf-
ficere iis debeat quòd ſemel id permiſſum edicto fuit,
vt in perpetuum eſſet permiſſum. Quod quamquam
ita eſt, non tamen inde ſit conſequens, vt ſuo here-
di non ſit neceſſe abſtinere ſe ſi pro abſtento haberi ve-
lit. Nec enim prætor quemquam abſtinet, ſed tan-
tùm abſtinendi poteſtatem facit, *dict. l. neceſſariis*, neque
id inuitis, ſed abſtinere ſe volentibus, *dict. l. ſi filius 12.
de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Ex quo rurſum intelligimus
abſtinendi beneficium non in ſpe poſitum eſſe, ſed in
poteſtate & arbitrio ſui heredis, & in hoc quoque malam
eſſe comparationem † illam, quam facit Bartolus ſtipu- 12
lationis conditionalis puram nouaturæ, & abſtentionis
ſub ea conditione ſuo heredi indulgendæ, ſi abſtinere
velit. Qui enim ſub conditione ſtipulatus eſt, quæ non
ſit in ipſius poteſtate, ſpem quidem habet naſcituræ
obligationis, ſed non ideo poteſt facere vt naſcatur, non
magis

magis quàm vt conditio exiſtat, qui alioquin ad here-
dem ſuum nihil tranſmittere poſſet ſi conditionem in
ſua poteſtate habuiſſet, ſiquidem fieri nequit vt condi-
tio quæ in ſtipulatoris voluntate & poteſtate fuit ip-
ſius morte non deficiat: & ideò cum non poſſit facere
ſtipulator vt conditio exiſtat, hoc ſaltem ei conceden-
dum eſt vt ſpem aliquam habeat, eámque ad heredes
tranſmittat, quippe quam ex facto ſuo quæſierit. At
ſuus heres, in cuius voluntate & arbitrio poſitum eſt
vt ſtatim abſtineat, quam ſpem abſtinendi habere dici
poteſt? aut quodnam ipſius factum intercedit, pro-
pter quod videri debet iam inde ab initio aliquod ius
quæſitum habuiſſe quod potuerit impedire effectum
ſuitatis? Nullum penitus. Sed & quantum iſta inter
ſe diſtent ex eo quoque dignoſcitur quòd exiſtens
conditio poſterioris ſtipulationis conditionalis facit vt
nouetur & perimatur prior quæ pura fuit. quin imò vt
nouata perempta que fuiſſe retro fingatur ex quo die
interpoſita eſt conditionalis, vt ſupra diximus ex *dicta
l. pecuniam 36. D. de rebus creditis, dict. l. quoties* 14.
& l. nouatio 20. *D. de nouat.* At quamuis filius ſe ab-
ſtineat, tantùm abeſt vt in præteritum heres nunquam
fuiſſe videatur, vt nec poſt abſtentionem deſinat heres
eſſe & nomine, & effectu, vt paulò poſt dicemus, &
iam probauimus ex *dicta l. neceſſariis, dict. l. ſciendum*
32. *D. de manumiſſ. teſtam. dict. l. cùm quaſi* 30. *§. ſed
etſi ſunt. D. de fideicommiſſ. libert. dict. l. ita tamen* 27.
§. ſi pater ad S. C. Trebell. Quanto minùs ergo poterit
13 ſola ſpes † abſtentionis, vt loquar cum Bartolo, im-
pedire vim & poteſtatem ſuitatis, ac facere, vt qui
nondum abſtinuit, eo iure & fauore cenſeatur quo ſi
iam abſtinuiſſet ob hoc ſolùm quòd poſſet abſtinere ſi
vellet? Annon potiùs ei imputandum eſt cur abſtinere
ſtatim nolit, cùm ſtatim poſſit? Et in exemplo illo Bar-
14 toli † cùm ſuus heres conuentus à creditore heredita-
rio tanquam heres, contumax eſt, cur meliorem ipſius
conditionem faciemus ob delictum, vt pro abſtento
habeatur ne poſſit condemnari, qui vel ob ſolam con-
tumaciam condemnari deberet, quémque etiamſi præ-
ſens eſſet, & taceret, in ſolidum tamen propter contu-
maciam condemnari oporteret, quamuis re vera non-
niſi pro parte heres eſſet, *l. de ætate* 11. *§. qui tacuit. de
interrog. in iur. faciend.* Quare nec illud ad rem per-
15 tinet, quod idem Bartolus obiicit, non eſſe neceſſa-
rium vt ab homine exprimatur verum illud quod à
iure inductum eſt. In propoſito enim verum quidem
illud eſt, & à iure inductum, vt filius ſe poſſit abſti-
nere, ſi velit, & hoc ſanè ab homine exprimi neceſſe
non eſt, at non ſimiliter vt ſe abſtineat, ſi nolit, aut
vt pro abſtento haberi debeat antequam declarauerit
ſuam voluntatem. Indiget ergo ea res expreſſione, vt
ſuus heres dicat an ſe abſtinere velit, necne: quo incer-
to & pendenti, quid aliud facere etiam prætor ipſe po-
teſt, niſi vt habeat interim eum pro herede in omnibus,
cùm & rei veritas, meraque iuris ratio illa ſit, & nihil-
dum vrgeat propter quod vllo æquitatis prætextu ri-
gor ille iuris, qui ſuum heredem facit etiam inuitum,
nedum ignorantem, moderandus ſit à prætore. Nec
enim prætoris edictum ſic conceptum eſt, vt ſuum he-
redem ita pro herede habeat, ſi velit ille heres eſſe, ſed
ita vt pro herede illum habeat, niſi heres eſſe nolit,
ſuamque illam voluntatem declarauerit expreſſa ab-
ſtentione, id eſt, ita vt pro herede illum non habeat
eo demum caſu quo heres eſſe nolit. Alioqui paula-
tim dicendum erit, non ſolum condemnari non debe-
re hunc qui nec ſe immiſcuit, nec abſtinuit, ſed ne-
que conueniri vllo modo poſſe priùs quàm vel ſe im-
miſcuerit, vel interrogatus ſit an abſtinere velit & reſ-
ponderit nolle. Quod tamen falſiſſimum eſſe conſtat
ex *dict. l. neceſſariis, dicta l. penultim. D. de autor. tutor.
l. ex contractu* 44. *D. de re iudic. leg. ſecunda. D. de con-*
dict. furt. Neque verò Bartolus, qui in hac quæſtione
tot abſurda effutiuit, hoc tamen dicere auſus eſt, nec
quiſquam alius quem viderim ex interpretibus, quam-
uis inter eos non defuerint qui dixerint ius † abſten- 16
tionis eſſe ex iure ciuili: de quo tanquam de maxima
& valdè controuerſa quæſtione diſputat latè Iaſon. in
l. vnic. Cod. quand. non petent. part. Sed quemadmo-
dum abſurdiſſimum eſt de hoc dubitare, cùm innume-
ris iuris noſtri locis ſcriptum ſit eſſe ius hoc à præto-
ribus introductum, ita illud ineptiſſimum, multóque
ineptius dicere, ius abſtinendi † tollere poteſtatem iu- 17
ris ſuitatis, etiam ante abſtentionem: cùm etiamſi iu-
ris ciuilis eſſet, ideoque poteſtatem eam haberet, vt ſui-
tatem, quæ eſt ex iure ciuili, tollere poſſet, non priùs
tamen vires ſuas exercere deberet, quàm abſtentio ſe-
cuta eſſet. Non enim facultas abſtinendi illa eſt, ſed
abſtentio ipſa, quæ ſuitatis effectum eneruare poteſt,
vt iam diximus. Hucuſque proſecuti ſumus duo illa
priora membra diſtinctionis Bartoli, De poteſtate exi-
ſtentiæ ſui heredis iure prætorio, ſiue ſuus heres ſe im-
miſcuerit, ſiue nec ſe immiſcuerit, nec abſtinuerit. Su-
pereſt expediendum † paucis tertium & poſtremum 18
eiuſdem diſtinctionis membrum, ſi ſuus heres expreſ-
ſim ſe abſtinuerit. In quo caſu non dubitat Bartolus † 19
quin beneficium abſtinendi tunc operetur & eneruet
vires exiſtentiæ ſui heredis. Rationem reddit, quia
damnum filij eſt quotieſcumque aliquid fit contra ip-
ſius voluntatem, memor ſcilicet ſuperioris illius ſub-
diſtinctionis, An de filij commodo, an de onere & in-
commodo agatur. Subiungit duplicem exceptionem:
Vnam, ſi delictum ſui heredis aliquod interuenerit,
puta ſi quid ex paterna hereditate amouerit, vel dolo
eius factum ſit quo quid amoueretur ex *l. ſi ſeruum* 71.
§. prætor ait. & ſeq. D. de acquir. heredit. Alteram, ſi
voluntas teſtatoris faciat vt propter abſtentionem de-
beat iis carere quæ ex eadem voluntate habere debuiſ-
ſet ſi non abſtinuiſſet, vt in ſpecie *legis ſed ſi non alias*
88. *& ſeq. de legat.* 1. vbi agitur de filio cui pro parte in-
ſtituto heredi aliquid pater legauerat, ſed eo animo vt
non aliter haberet quàm ſi hereditatem retineret. Hæc
quoque pars † diſtinctionis, ſi hanc poſteriorem clau- 20
ſulam demas, tota falſa eſt. Iam enim ſuprà probaui-
mus, tum quoque cùm filius ſe abſtinet, nihilominùs
heredem eum manere iure ciuili, ex eoque fieri vt in
eo ſtatu ſint omnia quæ ex iuris ciuilis poteſtate pen-
dent, etiam quantum ad prætorem, in quo eſſent ſi
filius non abſtinuiſſet, niſi quòd ad hoc vnum, vt ne-
que à defuncti creditoribus, neque à legatariis, aut
fideicommiſſariis conueniatur, licèt is teneatur. Ita-
que & pupillares tabulæ valent, & libertates & tute-
læ, nec tantùm quod ad ius ciuile attinet, ſed etiam
quod ad prætorem ipſum, qui vtique & pupillarem
ſubſtitutum habebit pro ſubſtituto, & ſeruum, cui
data fuit libertas, pro libero, & tutorem ſcriptum
pro vero tutore teſtamentario citra vllam confirmatio-
nem, acſi filius expreſſim ſe immiſcuiſſet, dabitque
iis eas ipſas actiones, quas daret ſi immixtio præceſ-
ſiſſet. Cur verò prætor ipſum filium † qui abſtinuit 21
non habeat hæredis loco, quantum ad hoc vt eum à
creditoribus & legatariis conueniri patiatur: ratio
non illa eſt quam reddit Bartolus, quòd filij damno
id ceſſurum eſſet (quid enim ſi opulentiſſima here-
ditas proponeretur, quam retinere filio expediret?)
ſed quia ſolam filij voluntatem intuetur prætor, vt
eum liberet ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſ-
ceptis, nec in eo magis quàm in alio vllo herede in-
quirit, an iuſtam cauſam habuerit necne, propter quam
noluerit hereditariis negotiis implicari, *lege ſi in te-
ſtamento vigeſimo ſecundo, in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ.
teſtament. leg.* 4. *D. ad Senatuſconſultum Trebellianum,
lege quarta, §. ſiquis ex vnica. D. de dolor. exception.*

22 Cæterùm eo quoque caſu † quo filius ſe abſtinuit, li-
cèt ex eo tempore non habeat illum prætor heredis
loco, tamen non eo magis habet irrita quæ filius, an-
tequàm abſtinendi conſilium caperet, geſſit bona fide
quaſi ab eo geſta, qui nullum in hereditate ius habuiſſe
retrofingatur, ſed ea ſeruat tanquam iure geſta, *l. quo-
ties 44. de acquir. hered. l. ſi non expedierit 6. §. 1. D.
de reb. autor. iudic. poſſidend.* quod vtique fieri nec poſ-
ſet, nec deberet, ſi tota poteſtas exiſtentiæ ſui heredis
quantum ad prætorem poteſtate abſtentionis extingue-
retur. Idem probari etiam poteſt ex eo, quòd cùm ſuus
23 heres ſe abſtinuit, † ſiue ante, ſiue poſt immixtionem,
licèt ex autoritate prætoris bona vendantur perinde
acſi nullus debitori heres extitiſſet, ſi quid tamen ex
pretio ſuperſit dimiſſis omnibus creditoribus, totum id
pupillo ſeruari etiam prætor ipſe iubet, *dicta leg. ſi non
expedierit, in princip. l. ſi pupillus 78. D. ad SC. Trebell.*
Hoc verò cur ita? Et cur non potiùs fiunt bona vacan-
tia filio, quamuis pupillo abſtinente, quemadmodum
fierent agnato proximo repudiante, ideoque ad fiſcum
pertinerent, aut ſi vnus ex prioris gradus cognatis bo-
norum poſſeſſionem accepiſſet, ac poſteà beneficio æta-
tis, ad eam omittendam reſtitutus fuiſſet, *l. vlt. D. de
ſucceſſ. edict.* Nam & prætoris edictum perpetuum ita
conceptum fuit, vt non aliter bona venderentur, quàm
ſi fiſco ex iis acquiri nihil poſſet, *l. 1. §. an bona. D. de
iur. fiſc. l. 4. §. ſi bona. D. de fideicomm. libert. l. ſi bona
5. Cod. de bonor. autor. indic. poſſidend.* ne ſcilicet aliter
poſito iure fieret iniuria fiſco, ad quem pertinere debe-
ret quicquid poſt dimiſſos creditores ex iis bonis ſu-
pereſſet. Nimirum prætor non habet bona patris pro
vacantibus, ſed pro bonis pupilli etiam poſt abſtentio-
nem, idcirco vult ſeruari pupillo, non etiam fiſco ac-
quiri quicquid ſupereſt creditoribus dimiſſis. Quod
tamen nullo colore, nedum iure faceret, ſi per abſten-
tionem eneruata eſſet exiſtentia ſui heredis. Dices,
Cur ergo in pupillo tantùm id obtinet, non etiam in
cæteris ſuis heredibus? Nam ſupradicti iuris loci hoc
ipſo, quod tantùm de pupillo loquuntur, cæteros om-
nes ab eodem beneficio excludunt. An quia pupillus
24 priuilegium † habeat vt etiam poſt abſtentionem poſ-
ſit rurſum ſe immiſcere, dummodò bona non ſint ven-
dita, *dicta l. neceſſariis.* Minimè. Iubet enim prætor
ſeruari pupillo ſuperfluum pretij etiam priùs quàm ſe
immiſceat: cùm nec venditionem ipſam bonorum ali-
ter fieri patiatur, quàm hac lege, vt quod ſuperauerit
ex pretio, populo ſeruetur: ſed quia ſicuti pupilli fa-
uor id exigere viſus eſt, vt etiam poſt abſtentionem ius
ſe immiſcendi retineret, ita hoc quoque vt ei ſeruare-
tur, quod ſuperforet ex pretio bonorum paternorum
propter abſtentionem venditorum. Nec eo priuilegio
digni ſunt cæteri, qui abſtinendo, licèt neque nomen,
neque ius ſui heredis exuere potuerint, id tamen ege-
runt quantum potuerunt, ne pro heredibus haberen-
tur. Itaque quamuis hoc caſu non magis bona fiant
vacantia quàm ſi pupillus fuiſſet is qui abſtinuit, nec
proinde ad fiſcum pertinere debeat ſuperfluum pretij,
neque rurſus prætextu fiſci venditio bonorum impedi-
ri, nihil tamen ad puberem, qui ſe abſtinuit redire
poteſt, interque ipſos creditores diuidi neceſſe eſt
quantumcunque redigitur ex bonorum paternorum
venditione, ſiue plus illud ſit, ſiue minùs, quàm
quod debeatur: quaſi ſic tranſacto negotio inter ſuum
heredem & creditores, cùm ille ſe abſtinuit, vt ſibi
ſoluerent illi ex bonis defuncti, vel ea vendendo,
vel inter ſe diuidendo, ac quaſi in ſolutum accipien-
do: aliter quàm ſi bonorum venditio ex edicto fa-
cienda eſſet viuo patre ipſo qui debitor fuiſſet, tunc
enim cogerentur creditores peragere bonorum vendi-
tionem etiamſi nollent, cùm alia ratione indemnita-
tem conſequi non poſſent, quippe qui nec dominij
iure bona debitoris ſui vindicare poſſent, vel retine-
re, neque petere vt ſibi pro debito addicerent, *leg. 4.
Codic. qui bonor. ceder. poſſ. l. pro debito 6. leg. cum
proponas 9. Cod. de bonor. autor. iudic. poſſidend.* quia
ſi venditione facta ſuperſit aliquid ex pretio poſt di-
miſſos creditores, totum id debitori ſeruari æquum
eſt, *l. vltim. Cod. ſi vend. pignor. agat.* tum quoque
cùm fiſcus diſtraxit, *leg. in fraudem 45. §. ſi plus. D. de
iur. fiſc.* At non ſimiliter poſſis dicere æquum eſſe vt
ſuperfluum pretium ſeruetur ſuo heredi qui ſe abſti-
nuit, & à ſe totum paternæ hereditatis commodum
abdicauit. Quid ergo aliud fieri poſſit niſi vt bona in-
ter creditores diuidantur? præterquam ſi de pupillo
agatur, cui non tam inuito quàm ignoranti in hoc fa-
uetur, vt non tantùm ſe poſſit immiſcere poſt abſten-
ſionem, ſi velit, antequàm ſint bona vendita, ſed
etiam vt poſt venditionem, non quidem ad eam re-
tractandam (in hoc enim æquale ius eſt omnium qui
ſe abſtinuerunt) ſed ad ſuperfluum conſequendum,
quaſi finita ſublataque cauſa abſtenſionis, cùm poſt di-
miſſos creditores, peractamque bonorum venditio-
nem, nullum ſubſit periculum propter quod pupillus
debuerit abſtinere, aut vereri ne paternis negotiis im-
plicaretur, quo ſolo metu fuerat ei permittendum à
prætore, vt ſe abſtineret. Planè puberis eadem ratio
erit quæ pupilli, ſi ponas eum ex cauſa ætatis fuiſſe
reſtitutum in integrum aduerſus abſtenſionem, quia
reſtitutus non tantùm re vera heres iure ciuili erit,
ſed etiam pro herede habendus in omnibus apud præ-
torem. Sed in pupillo ſemper hoc amplius eſt, quod
non magis eget reſtitutione, vt ſuperfluum illud pre-
tium conſequatur citra vllam aliam immixtionem,
quàm vt ſe immiſceat ante venditionem. Refellitur † 25
etiam Bartoli ſententia non obſcurè ex eo quod Paulus
ſcribit in *l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. faciend.*
Si filius qui ſe abſtinuit paterna hereditate in iure in-
terrogatus reſponderit ſe heredem eſſe, teneri eum,
quoniam ita reſpondendo pro herede geſſiſſe videa-
tur, atque ita etiam à prætore pro herede habeatur.
Quomodo enim poſſet filius, qui per abſtenſionem
heres eſſe, quantum ad prætorem, omnino deſiiſſet,
poſtea rurſum heres fieri ex eo ſolo quòd ſe heredem
eſſe reſpondiſſet? An fortè aut ciuilis legiſlator, aut
prætor vnquam permittit ei, qui nec ſuus, nec ne-
ceſſarius heres ſit, vt poſt repudiationem rurſus heres
fiat? Annon edicto illo *de interrog. in iur. faciend.* hoc
etiam prætor exigit, vt falſæ confeſſiones naturalibus
& veris conueniant, *l. confeſſionibus 3. eod.* vt qui reſ-
pondit ſe heredem eſſe, non aliter ex ſuo reſponſo te-
neri poſſit quàm ſi talis ſit qui heres eſſe poſſit. Ad-
mittit ergo prætor, & habet hunc pro herede etiam
poſt abſtentionem, qui ſcit non eſſe factum per ab-
ſtentionem quominùs heres re vera manſerit, nihil-
que prohibere quò abſtentio per geſtionem pro herede
reuocetur. Neque hoc alia ratione, quàm quòd ſui
heredis exiſtentia ſemper integra ſubſtiterit, nullo-
modo per abſtentionem imminuta. Quod adeò verum
eſt, vt nec filio maiori annis xxv. neceſſaria ſit aduer-
ſus eam abſtentionem reſtitutio, vt ſe immiſcere poſ-
ſit, aut principali indulgentia, quæ tamen neceſſaria
eſſet, ſi poſt immixtionem vellet ſe abſtinere, *dicta
leg. ſi quis ſuus 8. de iur. delib. dicta leg. neceſſariis l. ſi
minor 61. l. penult. D. de acquir. hereditat.* Neque re-
fert an poſt abſtentionem gerat ſe pro herede, reſpon-
dendo in iure ſe heredem eſſe, vt in *dict. l. ſi filius 12.
de interrog. in iur. faciend.* an quid aliud faciendo per
quod ſe paternæ hereditati immiſceat, vt puta debi-
tum patri ſoluendo, *l. 2. Codic. de iur. delib.* Vtrum
verò etiam aliquid ex paternis † bonis amouendo? Et 26
ſi quidem amouiſſet ante abſtentionem, proculdubio
abſtinendi beneficium non haberet, quoniam eo ipſo
prætoris

prætoris edicto, quo beneficium abſtinendi inductum eſt, ita prouiſum fuit, *dict. leg. ſi ſeruum §. ait prætor*, & meritò, cùm is qui amouet, ſatis ſe immiſceat bonis, quia non modò attingit, quod ſufficeret, ſed etiam dolo malo. Quamuis ſi extraneus eſſet, non idcirco heres heret, admiſſo ipſo, & facinore contrariam voluntatem declarante, *leg. ſi quis extraneus* 21. *D. eod.* nempe quoniam extraneus nemo heres ſit ex eo ſolo quod attingit aliquid hereditarium niſi attingat animo acquirendæ hereditatis, *leg. pro herede* 20. *leg. gerit* 88. *eod.* qui porrò animus, ſi non probetur, numquam ex tali præſumi poteſt, quàm quæ fieri non potuerit citra ius & nomen heredis, *dicta leg. pro herede §. Papinianus.* In ſuo autem herede, qui iam ipſo iure heres eſt, non exigimus vt hereditarium aliquid attingat tanquam heres ad hoc vt beneficium abſtinendi amittat, ſed hoc tantùm vt ſe immiſceat, quod fit ſimpliciter attingendo rem quamlibet paternam, dummodo paternam eſſe ſciuerit, quomodo accipi debet quod Papinianus ſcribit in *dicta leg. cum heres.* Itaque non hereditatem acquirere dicitur, ſed retinere, quod multo facilius eſt, nec præterea hereditati ſe immiſcere, quod obſeruandum eſt, ſed bonis, quia hereditas cùm in iure conſiſtat, in corpore adiri nullomodo poteſt, *leg. 1. §. vltim. D. de rer. diuiſ.* nec proinde immixtionem admittere, quæ non fit niſi attingendo. Bona verò illa ſunt quæ & attingi poſſunt, & attinguntur. Sed cùm poſt abſtentionem ſuus heres aliquid amouet ex bonis paternis, licèt adhuc heres ſit iure ciuili, & attingat res hereditarias, adeoque dolo malo, & quidem euidentiore quàm ſi non abſtinuiſſet: difficilius tamen eſt vt prætor eum pro herede habere debeat, quin potiùs pro fure, cùm abſtinendi conſilium quod ſemel habuit non eo minùs videri debeat retinuiſſe, quòd hereditarium aliquid amouerit. Atque ita ex Sabino apertè ſcriptum eſt in *dicta leg. ſi ſeruum. §. vltim.* Vt enim qui ſemel abſtinuit, poſtea pro herede apud prætorem haberi incipiat, non ſufficit vt quid attingat hereditarium, niſi attingat eo animo vt abſtinendi conſilium abiiciat, quod ipſum fieri nequit, ſi non ad factum attingendi animus quoque accedat ſe immiſcendi, & hereditatem retinendi, qui tamen animus non magis per amotionem probatur in ſuo hærede, quàm in extraneo animus acquirendæ hereditatis per explicationem, *dict.*
27 *leg. ſi quis extraneus.* Malè † tamen Bartolus hoc, quod dicimus, ſuum heredem qui res amouit, refert ad odium ipſius, quaſi propter ſuum delictum dignus ſit in cuius odium exiſtentia ſui heredis per abſtentionem aliòqui tolleretur, ſuperſit ſalua. Non enim odio filij hoc fit, ſed ex iure communi, propterea quod, vt iam dixi, amouendo attingit, perindéque teneretur & abſtinendi beneficium amitteret ſi aliter quoque attingeret, quàm amouendo. Prætereà delictum hoc non facit vt filius amittat commodum abſtentionis quaſi iam ſibi acquiſitum, ſed è contrario vti ne admittatur ad beneficium illud, nec ei permittatur abſtinere. Quare nec accommodata exceptio eſt ad eum caſum quem tractamus, quo filius ſe abſtinuerit, quia prius eſſet vt filius abſtinere poſſet, quàm vt queri oporteret an abſtentio ei prodeſſe deberet, necne. Sed etſi nihil niſi delictum ſui heredis intueretur prætor, quid referret vtrum ante an poſt abſtentionem filius res amouiſſet? Imò proprius eſſet ille caſus quo prætor ei adimere deberet beneficium abſtentionis quod ſemel dediſſet, niſi poſt abſtentionem ab eo quid amotum videret. Atqui non eò magis habet hunc qui abſtinuit pro herede, ſed pro fure, *dict. leg. ſi ſeruum §. vltim.* quia delictum filij non ſolùm ipſius voluntatem non probat, quòd abſtentionis pœnituerit, ſed etiam contrarium animum demonſtrat, quòd etiamnum hodie heres eſſe nolit. Fateamur ergo, quod res eſt, totam quæſtionem hanc malè à Bartolo aliiſque Bartolum ſecutis interpretibus tractatam, ita vti à nobis explicata fuit explicandam eſſe. Scripſeramus iam de his nonnulla in Decad. ſecunda, ſed multò ieiuniùs, quia non niſi cum pragmaticis noſtris ſanè ieiunis & miſerandis Doctoribus res tùm nobis erat. Nunc paulò exactiùs, quia contra Bartolum Ducem pragmaticorum dimicandum nobis fuit. His verò illa etiam iungi volumus quæ ſcripſimus *lib. 2. Coniectur. capit. 2. de emendatione, leg. paterfamilias 28. de reb. autor. iudicat.*
poſſidend. Nam ſi ex illo Iauoleni † reſponſo tollas ea 28
verba, *poſtquam filius ſe paterna miſcuit hereditati*, quæ tollenda eſſe oſtendimus, & Iauolenum intelligas de eo caſu quo filius inſtitutus ſe abſtinuerat vt in proponenda facti ſpecie apertè dixerat is qui Iauolenum conſulebat, probabit ille locus omnium euidentiſſimè abſtentionem ſui heredis non facere quominùs prætor quoque habeat illum pro herede in cæteris omnibus, præterquam in eo vt à defuncti creditoribus & legatariis conueniri poſſit. Quia ſi vllus caſus eſſet in quo nollet prætor in qua alia re illum habere pro herede, is maximè eſſet quo ageretur de permittendo ei qui eſſet impuberi ſubſtitutus, vt omiſſa patris hereditate pupillarem amplecti poſſet, quandoquidem pupilli quoque intereſt valdè, proſpici ne metu onerum patris timidiùs quis etiam ipſius impuberis adeat hereditatem, *leg. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus. D. de acquir. hereditat.* Et tamen non dubitat in illa ſpecie Iauolenus quin prætor, ex cuius iuriſdictione filius, dum viueret, beneficium abſtinendi habuerat, non debeat idem beneficium accommodare ſubſtituto. Idque non alia ratione quàm quòd vna ſit hereditas patris & filij eo tempore quo ſubſtitutus pupilli hereditatem adit, & conſequenter poſt filij quoque abſtentionem, cum nec hereditas filij vlla ſit quandiu viuit, *leg. 2. §. interdum. de vulgar. & pupill. ſubſtitution. leg. ita tamen vigeſima ſeptima, à patre. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, mors verò ipſius ſecuta ſit abſtentionem.

Quomodo autem poſſet prætor hereditatem filij abſtenti, & hereditatem patris pro vna habere, aut etiam, ſi voles, pro duabus ſimul iunctis, vt loquitur, *l. ſed ſi plures 10. §. filio, de vulg. & pupill. ſubſtitut.* niſi ſuum heredem pro herede haberet etiam poſt abſtentionem? Sed erit hoc dilucidius ex iis quæ proxima Decade iamiam dicturi ſumus.

ANTONII FABRI IC.
Decas Trigeſimaſecunda.

ERROR PRIMVS.

De ſuo herede ſe abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus pupillaris.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de diſſenſione Iuliani & Marcelli relata in l. quæſitum 40. & l. Iulianus 42. D. de acquir. hered.*

2 *Quodnam ſit edictum illud in quod Iulianus ait eum incidere qui hereditatem agnoſcit pupilli cui fuerat ſubſtitutus, ſi velit hereditatem paternam omittere.*

3 *Patris & filij pupilli vnum eſt quidem teſtamentum, duæ tamen ſunt hereditates.*

4 *Bartoli & Cuiacij de edicto ſup. in diſquiſitionem vocato ſententia exploditur.*

5 *Sententia autoris de propoſita controuerſia.*

6 *In dd. ll. duas diuerſas ſpecies tractari.*

7 *Iuliani ſententiam, & Marcelli ad Iulianum notam vtrique caſui dictarum legum conueniri non poſſe.*

8 *Sententia l. ita tamen 17. §. qui ſuſpectam. D. ad Trebell.*

9 *Marcellum non contradixiſſe Iuliano in dd. ll.*

10 *Ratio quæ militat in ſpecie l. Iulianus 42. eſt inefficax in caſu l. quæſitum.*

11 *In ſpecie l. 42. Iulianus poſt Iauolenum præceptorem cenſet ſubſtitutum qui admittitur ad hereditatem pupillarem cogi etiam inuitum agnoſcere paternam.*

12 *Autor ſententiam à ſe propoſitam lib. 2. Coniect. c. 2. retractat.*

13 *An heres legitimus qui pupillo ſe abſtinenti ſuccedit teneatur paternis creditoribus reſpondere.*

14 *Differentia inter legitimum heredem pupilli, & ſubſtitutum pupillarem quoad onera hereditaria ſubeunda, & ratio decidendi d. l. Iulianus.*

15 *Marcelli notam non pertinere ad caſum quem tractat Iulianus.*

16 *Marcelli diſtinctioni quando ſit locus.*

17 *Expenditur ratio decidendi quam Tribonianus ſub Vlpiani nomine adfert in d. l. Iulianus.*

Diximus in præcedenti Decade de ſuo herede ſe abſtinente, cui datus fuit ſubſtitutus vulgaris quantum ſatis eſt, nonnulla etiam de illo cui datus fuit pupillaris, ſed non quantum neceſſe videtur, vt leges omnes quæ de hac quæſtione tractant, intelligantur. Præcipuam verò
1 quæſtionem † mouet Iuliani & Marcelli diſſenſio ab
Vlpiano relata in *l. quæſitum 40. & l. Iulianus 42. aliàs l. ſi pupillus. D. de acquir. vel omitt. hered. In l. quæſitum,* quærit Vlpianus, Si quis paternæ hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur reſpondere, vt puta, inquit, ſi fuerit impuberi ſubſtitutus. Et refert Iulianum in hac ſpecie ſcripſiſſe incidere hunc in edictum, ſi ſe immiſcuerit impuberis hereditati: ratione illa quòd qui iudicium parentis oppugnauit, non debeat ex eadem hereditate quicquam conſequi: ſed Marcellum in ſuis ad Iulianum notis eleganter diſtinguere, vtrum hic, quem ponimus impuberi ſubſtitutum, inſtitutus fuerit ex toto aſſe in patris teſtamento, an ex parte, vt ſi ex aſſe, procedat quidem Iuliani ſententia, ſi verò ex parte, potuerit ſine metu onerum patris remota paterna ſucceſſione impuberis hereditatem amplecti. At in *l. Iulianus 42.* idem Vlp. refert eundem Iulianum eod. libro ſcilicet vigeſimo ſexto Digeſtorum: & conſequenter in eadem, vt videtur, ſpecie ſcripſiſſe, ſi pupillus paterna hereditate ſe abſtinuiſſet, deinde aliquis ei heres extitiſſet, non eſſe illum compellendum creditoribus paternis reſpondere, niſi ſubſtitutus ei fuit: inclinare enim Iulianum in hoc, vt putet ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum. Quæ ſententia, inquit, rectè à Marcello notata eſt. Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem, ne alioqui metu onerum patris timidiùs quis etiam impuberis adeat hereditatem. Atque ita vulgò ab interpretibus, & à nobis etiam aliquando creditum eſt, Iulianum à Marcello diſſenſiſſe in quæſtione illa, An ſubſtitutus impuberi inſtituto & ſe abſtinenti pupillarem hereditatem amplecti poſſit omiſſa paterna, Marcelli verò ſententiam præualere, quæ permittit ei vt poſſit. Quo admiſſo, difficultas alia
occurrit, quodnam edictum † illud ſit, in quod ſubſti- 2
tutum incidere putabat Iulianus. Neque enim huc pertinere videtur edictum illud prætoris, ſiquis omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſideat, quippe quod euidenter illos tantùm coerceat qui ab inteſtato poſſident hereditatem, quam ex teſtamento habere cùm poſſent, noluerunt, vt ſupremam defuncti voluntatem circumuenirent, *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Nos autem de illo tractamus qui non ſolùm paterni teſtamenti cauſam, ſed & ipſam patris hereditatem prorſus omiſerit, nihilque ex ea hereditate attigerit, ſed pupillarem duntaxat hereditatem amplecti voluerit: quem proinde non poteſt dici quicquam facere aut in fraudem teſtamenti, aut contra edictum prætoris. Auget verò dubitationem ratio illa, quam reddebat Iulianus, ſi Vlpiano credimus, quòd is qui parentis iudicium oppugnauerit, non debeat quicquam conſequi ex eadem hereditate. Probat enim non eſſe permittendum ſubſtituto, vt omiſſa patris hereditate ſuccedat impuberi ex ſubſtitutione pupillari, potiùs quàm quod probare Iulianus voluit, & debuit, cum qui pupilli hereditatem agnoſcit in qua fuerit ſubſtitutus, hoc ipſo incidere in edictum cuius poteſtate perinde teneatur creditoribus & legatariis patris ac ſi hereditatem ipſius agnouiſſet. Adde quòd verba illa Iuliani *ex eadem hereditate*, non tantùm innuunt, ſed etiam exprimunt manifeſtè patris & filij vnam eandémque eſſe hereditatem, quo tamen falſius dici nihil poteſt. Etſi enim pleriſque prudentibus viſum eſt patris & filij † vnum eſſe 3
teſtamentum (alios enim aliter putaſſe conſtat ex *l. 1. §. D ſi cui plus quàm per leg Falcid. §. igitur. Inſtit. de pupill. ſubſtit.* & ex *l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* ſi poneres verba conſulentis Iauolenum, *Mouet*

me

ut quod præceptoribus tuis placet vnum eſſe teſtamentum) nemo tamen vnquam dixit, vnam eſſe hereditatem, ſed vnum teſtamentum duarum hereditatum, vt loquitur Iuſtin. in *d. § igitur*. Non minùs enim neceſſe eſt duas eſſe hereditates, quàm verum eſt duas eſſe perſonas, duplicémque mortem, defunctis ambobus, cùm patrisfamilias cuiuſque hereditas eſſe incipiat eo die quo is moritur, & nulla ſit filij quandiu viuit, licèt iam mortuo patre, *leg. ita tamen 27. §. à patre. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum, l. 2. §. interdum. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Nec poſſis tot abſurda effugere, tametſi dicas cum † Bartolo, & quod magis miror, cum Cuia-

4 cio lib. 18. Obſeru. cap. 8. nouum & à ſuperiore omnino diuerſum eſſe edictum illud de quo Iulianus ſenſit, cuius & ea verba ſibi fingit Bartolus, quaſi dicerent, vt quiſquis paternam hereditatem repudiaret, pupillarem habere non poſſet. Quod planè commentitium eſt, nec tantùm Iuliani ſed etiam à Marcelli & Vlpiani ſententia penitùs alienum. Iulianus namque in ea ſententia erat, non vt diceret arcendum ab hereditate pupilli ſubſtitutum qui patris hereditatem repudiaſſet, at è contrario vt vellet inuitum quoque paternæ hereditati obligari eum qui pupilli hereditatem ſponte ſuſcepiſſet, vt conſtat ex *princip. d. l. Iulianus*. Marcellus verò, etſi ſupradictam Iuliani ſententiam improbabat eo caſu, quo alius ex patris teſtamento heres eſſe poſſet, eandem tamen admittebat, ſi alius nemo patris heres fuiſſet. Vlp. denique Marcelli notam probans confirmat eam hac ratione quòd contraria Iuliani ſententia impugnet vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem. Metu enim onerum patris, inquit, timidiùs quis etiam impuberis hereditatem adibit. At non tam Iuliani ſententia impugnaret vtilitatem pupilli, quàm ipſum prætoris edictum, ſi ita conceptum eſſet, quomodo diuinat Bartol. vt pupilli hereditatem habere non poſſet is qui paternam accuſaſſet. Nec proinde tam de Iuliano, quàm de edicto conquerendum erat, cùm Iulianus hoc tantùm ſcripſiſſet in edictum incidere ſubſtitutum. Sed & quis credat Marcellum & Vlpianum reprehendendi Iuliani ſtudio tam apertè contra prætoris edictum reſponſuros

5 fuiſſe? Ego tota hac quæſtione † meliùs apud me diſcuſſa cum Iuliano ſentio, cuius ſententiam à Marcello non tam reprehenſam quàm explicatam fuiſſe arbitror, ſed à Triboniano potiùs quàm ab Vlpiano malè acceptam, & quod fuit conſequens, reprehenſam. Nec forſitan in toto iure noſtro locus eſt aut explicationis, vt ita dicam, impoſſibilioris, ſi non emendetur, aut difficilioris emendationis, ſi quæ Tribonianus de ſuo adſperſit, ab iis quæ Vlpianus ſcripſit, non diſcernantur.

6 Illud primum conſtituo aliam eſſe † ſpeciem quæ proponitur in *d. l. quæſitum*, alium quæ in *d. l. Iulianus*. *In dict. l. quæſitum*, tractari de filio impubere exheredato cui ſubſtitutus fuerit extraneus, qui idem fuerit in paterna hereditate inſtitutus. At in *d. l. Iulianus*, de impubere inſtituto, ſed abſtinente, cui extraneus fuerit ſubſtitutus, non quidem in caſum vulgarem, quod notari volo, ſed in pupillarem. Hanc verò ſpecierum diuerſitatem probo ex vtriuſque loci verbis. Nam in *d. l. quæſitum*, ita Vlp. ſcribit, *licèt quis paternæ hereditatis nihil attingat*, quæ verba non niſi prorſus ineptè accommodari poſſent ei qui non fuiſſet ipſe inſtitutus. Quomodo enim poſſet hereditatis paternæ quidpiam attingere ille cui patris hereditas delata nunquam fuiſſet? Aut cur ſcripſiſſet Vlpianus, nihil ex paterna hereditate attigiſſe illum qui etiamſi attingere maximè voluiſſet, tamen non potuiſſet? Sed ſubiuncta Marcelli diſtinctio hoc ipſum probat manifeſtiùs. Eleganter enim diſtinguebat multum intereſſe vtrum hic ſubſtitutus, de quo Iulianus tractabat, eſſet inſtitutus ex aſſe in patris teſtamento, an ex parte: vt ſi quidem ex parte, poſſet ſine metu remota patris ſucceſſione impuberis hereditatem amplecti, ſi verò ex aſſe, non poſſet. Ego autem quæro, quomodo potuerit ille inſtitui ex toto aſſe ſi filius impubes, cui pater eum ſubſtituerat, fuiſſet etiam inſtitutus? An potuerunt fortaſſe duo inſtitui ex aſſe ſinguli in ſolidum, aut extraneus ex aſſe, filius verò ex qua alia parte nullo facto tranſitu ad dupondium? Tractabat ergo Iulianus, & poſt Iulianum Marcellus eum caſum, quo filius impubes fuiſſet exheredatus, extraneus verò inſtitutus. At in ſpecie *l. Iulianus*, inſtitutum fuiſſe filium impuberem, probant clariſſimè prima illa legis verba, *ſi pupillus paterna hereditate ſe abſtinuiſſet*. Abſtinere ſiquidem proprium eſt eius qui ſit ipſo iure heres, quod ſuo heredi conſtituto conuenit, non ei qui ſit exheredatus. Cumque nihil ſit in tota lege ex quo poſſit conijci datum fuiſſe filio coheredem, ſiue ſuum, ſiue extraneum, relinquitur neceſſariò vt ponere debeamus impuberem illum ex toto aſſe inſtitutum, nullo ei adſcripto coherede, vt & in ſpecie *l. paterfamilias 28. de reb. autor. indic. poſſid.* His ſuppoſitis facile eſt animaduertere, neque Iuliani ſententiam, † 7

neque Marcelli ad Iulianum notam vtrique caſui conuenire potuiſſe. Eſt enim quàm maxima inter hos caſus differentia, ſi quidem cùm filius impubes fuit exheredatus, ſolus autem & ex toto aſſe inſtitutus ille qui eidem impuberi ſubſtitutus fuit, certum eſt nullomodo fieri poſſe, vt pupillarem hereditatem ex ſubſtitutione conſequatur omiſſa inſtitutione, quia deſtituto patris teſtamento per hereditatis paternæ repudiationem, pupillares quoque tabulas corruere neceſſe eſt, *l. 2. §. adeò, l. ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Neque hoc Marcellus ipſe negat, quinimò ſupra dicta ſua diſtinctione confirmat: non admittens pupillarem ſubſtitutum, eundemque à patre inſtitutum vt prætermiſſa inſtitutione ſuccedat ex ſubſtitutione niſi cum in inſtitutione habuit coheredem. Quam diſtinctionem nec Iulianus ipſe aut ignorauit aut improbauit, vt apparet ex alio eiuſdem Iuliani reſponſo quod extat in † *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam.* 8

D. ad SC. Trebell. vbi cùm heres inſtitutus, idémque impuberi ſubſtitutus hereditatem patris ſuſpectam dixiſſe, compulſúſque adiiſſe proponeretur, exindéque dubium fieret an pupillarem quoque hereditatem poſtea ſibi delatam & acquiſitam fideicommiſſario hereditatis paternæ reſtituere cogendus eſſet, reſpondit Iulianus duplicem adhibendam diſtinctionem, aut potiùs diſtinctionem vnam cum ſubdiſtinctione. Diſtinguendum enim eſſe, quibus verbis concepta eſſet pupillaris ſubſtitutio, an illis vulgaribus, *quiſquis mihi heres erit, idem filio meo heres eſto*, an ſimpliciùs, hoc modo, *Titius filio meo heres eſto*. Priore caſu, non debere dubitari quin pupilli quoque hereditas reſtitui fideicommiſſario deberet, non quaſi in fideicommiſſum deducta (ponimus enim rogatum heredem duntaxat de paterna hereditate reſtituenda) ſed quia nihil commodi ex teſtamento retinere poſſet niſi patri heres fuiſſet volens & lubens, non coactus, quandoquidem non videretur teſtatori heres fuiſſe quantum ad capiendum aliquid ex ipſius voluntate, niſi quo eo planè modo heres eſſet, quo eſſe illum teſtator voluiſſet, teſtator autem de voluntario non de coacto herede proculdubio ſenſiſſet. Poſteriore verò caſu ſubdiſtinguendum an Titius ſolus inſtitutus fuiſſet, an adiecto coherede? Si ſolus, non eo minùs cogendum illum hereditatem pupilli reſtituere, quod ſub proprio ſuo, non ſub heredis nomine appellatiuo inſtitutus eſſet, quoniam repudiata patris hereditate, ſi eam adire coactus non fuiſſet, pupillo poſtea ex ſubſtitutione ſuccedere non potuiſſet: ſi verò adiecto coherede, aliud reſpondendum, eique pupilli hereditatem retinere permittendum, quia potuit coherede adeunte (parum enim eſſet ponere datum coheredem, niſi ab eo aditam hereditatem poneremus) adire ipſe ex ſubſtitutione quamuis hereditatem patris omiſiſſet.

Quid

Quid ergo ſibi Marcellus voluit cùm Iulianum non
aliud ſentientem reprehendit? Nego fuiſſe in Marcel-
9 lo † animum reprehendendi hac parte Iuliani, quam-
uis non defuerit fortaſſe ſtudium id tentandi & eni-
tendi quantum poſſet, cùm de notis ad Iulianum ſcri-
bendis cogitauit, quod & Paulo & Vlpiano eueniſſe
certum eſt in iis notis, quas ille ad Labeonem & Ia-
uolenum, vterque verò ad Papinianum conſcripſit.
Sed cùm ſimpliciter & indiſtinctè Iulianus de inſtituto
eodémque ſubſtituto pupillari locutus eſſet, monuit
Marcellus, non vſque adeò generaliter & indiſtinctè
accipiendam eam Iuliani ſententiam, ſed cum diſtin-
ctione illa quam eidem ipſi Iuliano, quamuis alio Di-
10 geſtorum libro, placuiſſe non ignorabat. Cùm filius †
impubes & in familia retentus heres ſcriptus fuit, ei-
que extraneus ſubſtitutus, quæ vt diximus, ſpecies eſt
d. l. Iulianus, non poteſt eadem ratio impedire quæ fi-
lio exheredato impediret, ne omiſſa patris hereditate
pupillarem amplecti poſſit ſubſtitutus: quamuis filius
abſtinuiſſe proponatur, quia cùm non ſit ſine herede
qui ſuum heredem habet, tametſi ſe abſtinentem, vt ſu-
per. Decad. toties diximus ex *l. cùm quaſi* 30. *§. ſed etſi
ſuus D. de fideicomm. libert.* non alia confirmatione pa-
terni teſtamenti egent tabulæ pupillares vt ſubſiſtant,
ideóque ſiue filius hic ſolus fuerit inſtitutus, ſiue ad-
ſcripto coherede, & ſiue coheres ille ſuus ſit, ſiue ex-
traneus, denique ſiue extraneus ille adierit, aut ſponte
aut coactus, ſiue repudiauerit, poteſt haud dubiè ſub-
ſtitutus admitti ex pupillari ſubſtitutione, cùm patris
teſtamentum, pro parte confirmatum eſſe ſufficiat, non
poſſit autem non eſſe confirmatum ſaltem pro ea parte
pro qua filius & ſuus heres & inſtitutus heres extitit
patri, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ.
teſtam.* In eóque & Iulianus & Marcellus & quotquot
vnquam fuerunt veri iureconſulti conſenſerunt, nec iis
tantùm caſibus quibus interpretes poſt Bartol. hoc ad-
mittunt, cùm ſuus heres, inſtitutus & abſtentus vel
ſubſtitutus fratri fuit vel ſubſtitutum accepit, ſed &
illo etiam quem Bart. non admittit, cùm extraneus ſui
heredis inſtituti fratri exheredato impuberi ſubſtitutus
fuit, vt diſputauimus præcedentibus. Nuda enim ſui
heredis exiſtentia hoc operatur, tum quoque cùm ſui
heredis neque commodum vllum in eo verſatur, quin
imò etiamſi ea res poſſet vergere in ipſius detrimen-
tum, quia quod ex mera iuris ratione legiſque poteſta-
te proficiſcitur, ex dubio rerum euentu pendere non
poteſt. De hoc tantùm dubitare Iulianus potuit, An
11 in poſteriore iſta ſpecie ſubſtitutus † qui haud dubiè
admitti poteſt ad hereditatem pupilli, cogatur etiam
inuitus agnoſcere patris hereditatem. In quam ſenten-
tiam procliuior fuit quam à Iauoleno præceptore ſuo
acceperat. Eadem enim Iauoleni ſententia eſt, eáque
pluribus & explicata & confirmata in *d. l. paterfamil.*
28. *de reb. autor. iudic. poſſid.* vbi docet, non eadem hac
parte rationem eſſe poſſe filij impuberis & ſubſtituti,
Filij pudori parci, vt cùm à patris hereditate abſtinuit,
patris potiùs quàm filij bona væneant. At ſubſtituti
pudori non ſimiliter parcendum eſſe quominus credi-
toribus paternis reſpondere cogendus ſit, eo quoque
caſu quo bona patris omnia vænierint adhuc filio vi-
uente, quamuis nihil omnino commodi ex paterna he-
reditate ſubſtitutus conſequatur, neque conſequi vn-
quam poſſit. An quòd ipſius ſubſtituti facto vtraque
hereditas coniungatur, vt aliquando putabamus? Mi-
12 nimè verò, † eóque tum erraſſe nos nunc cognoſci-
mus. Iuris enim poteſtate, non facto ſubſtituti coniun-
gitur hereditas filij cum hereditate patris ſtatim atque
filius mortuus eſt, ſicuti filio viuente iam erat iuncta
hereditas patris cum patrimonio filij qui ſuo patri ſuus
& neceſſarius heres fuit. Itaque cùm ſubſtitutus heredi-
tatem pupillarem adit, non coniungit hereditates, ſed
iam iunctas reperit, & ideò nimirum adeundo alterutrū
ſponte, vtramque ſibi acquirit inuitus, cùm ſciuerit, aut
ſcire debuerit, non alia lege alterutram acquiri poſſe;
nec quòd bona ampliùs bona ſunt patris poſt vendi-
tionem à creditoribus factam, eo minùs patris heredita-
tem durare, quæ ſcilicet in iure conſiſtit, non in cor-
pore, poteſtque intellectum iuris habere, non tantùm
vbi nulla ſunt bona, ſed etiam vbi nulla eſſe ampliùs
poſſunt, dummodo fuerint aliquando aut eſſe potue-
rint. Si tamen heres aliquis fore ſperetur, quod om-
nium euidentiſſimè locus ille Iauoleni probat. Cur
ergo, dicat aliquis, ſi pupillus † qui patri heres extitit, 13
poſtea ſe abſtinuerit, deinde aliquis ei ab inteſtato he-
res extiterit, non erit ille compellendus patris credi-
toribus reſpondere? Hocne eſt quod ex Iuliano pri-
mùm ſcribitur in *d. l. Iulianus*, aliud nimirum ſenſiſſe
ipſum in legitimo pupilli abſenti herede, aliud in ſub-
ſtituto? annon eadem iuris ratio heredem quoque le-
gitimum obligat, vt hoc ipſo quòd filij hereditatem
adit, patris onera ſubire debeat, cùm & ſponte adeat
hereditatem pupillarem non minùs quàm ſi ſubſtitu-
tus eſſet, & adeat eo tempore quo vtraque hereditas
iuncta eſſe iam cœperat? Quidni hoc etiam caſu locum
habet ſententia illa Pauli, quæ generalis eſt in *l. ſi quis*
7. *§. vlt. D. de acquir. heredit.* in omni ſucceſſione illum
qui heres extitit ei qui Titio heres ſit, Titio quoque
heredem eſſe videri, nec poſſe Titij omittere heredita-
tem. Reſpondeo pro Iuliano diuerſam † eſſe hac parte 14
rationem legitimi heredis pupilli & ſubſtituti pupilla-
ris. Etſi enim vterque in pupilli ius ſuccedit, ipſiúſ-
que perſonam repræſentat, alio tamen & alio iure. Le-
gitimum heredem ſola lex vocat, aut etiam tacita vo-
luntas patrisfam. cùm is potuit facere teſtamentum, etſi
inteſtatus decedere maluit, *l. 3. leg. conficiuntur* 8. *D. de
iur. codicill.* Proinde cùm quis legitimus heres eſt ei qui
ius habuit beneficio abſtentionis ex edicto prætoris, vt
paternis creditoribus reſpondere non cogeretur, nec
ipſe reſpondere cogendus eſſet, alioqui non videretur
ſuccedere in omnia iura defuncti, ſi commodum ab-
ſtentionis, quod defunctus habuit ei eriperetur, nec fi-
lius ipſe cui prætor ius abſtinendi æquiſſimè indulget,
magnum à prætore beneficium accepiſſe videretur, ſi
abſtinendo hoc tantùm conſequeretur, vt quandiu ipſe
viueret, conueniri à creditoribus patris non poſſet:
attamen heredem ſuum quiſquis ille futurus eſſet,
etiam legitimum, omni æri alieno patris obligaturum
relinqueret. Sic enim ferè omnes affecti eſſe ſolemus,
vt non minùs heredibus noſtris quàm nobis ipſis pro-
ſpectum eſſe velimus, vixque aliud nos habere pote-
mus, quàm quod in heredes noſtros tranſmittere poſ-
ſimus, cùm ad cuiuſlibet exiſtimationem illud maximè
pertineat, vt locupletem hereditatem relinquat, cuius
aditione venditio bonorum & actionis infamia impe-
diatur. At ſubſtitutum pupillarem facit voluntas pa-
tris, cuius ſolius iudicio tota pupillaris ſubſtitutio ac-
cepto ferenda eſt, licèt filij teſtamentum ſit, non patris.
Itaque cùm adeundæ pupillaris hereditatis tempore
vtramque hereditatem iuris poteſtate iunctam reperiat,
licèt propter abſtentionis beneficium, quod pupillus
habuit, ſeparatæ videantur, adeundo pupillarem, pater-
nam quoque adire intelligitur, quoniam ſeparatio illa
quæ per abſtentionem inducitur, vt ait Papin. *l. ſi filius*
12. *de vulgar. & pup. ſubſtit.* contra patris iudicium, &
voluntatem inducitur, qui vtique famæ ſuæ conſultum
mallet, quàm famæ filij, quem ob eam cauſam neceſſa-
rium heredem habere voluit, & conſequenter non po-
teſt ea abſtentio & ſeparatio quæ fit contra volunta-
tem patris prodeſſe ſubſtituto qui non venit niſi ex
eiuſdem patris voluntate: quomodo è contrario poteſt
& debet prodeſſe legitimo heredi, cuius parum refert
quid pater voluerit & ſenſerit, & cuius iudicio ſiue ex-
preſſo, ſiue tacito non ſuccedit. Eſtque ratio iſta iuris
tam euidens vt non poſſim mihi perſuadere hanc
Iuliani

Iuliani ſententiam Marcello aut alij vlli ex veteribus illis prudentibus diſplicuiſſe. Quam enim ad Iulia-
15 num à Marcello notam † adhibitam fuiſſe iam diximus de adhibenda diſtinctione illa, Vtrum pupillaris ſubſtitutus ſolus à patre inſtitutus heres fuiſſet, an adiecto coherede, ad hunc caſum non pertinet, in quo pupillus, idémque ſuus heres fuerit à patre inſtitutus, & poſtea abſtentus, ſed ad alium illum planè diuerſum, in quo pater exheredato filio impubere ſubſtitutum pupillarem etiam ſibi ſcripſerit heredem. Quo caſu ſicuti nulla eſt coniunctio pupillaris hereditatis cum paterna quæ in filij patrimonium verſa nunquam fuit, ita nec vlla ratio eſt quæ ſubſtitutum pupillarem obliget, vt pupilli hereditatem adeundo videri debeat paternam quoque adiiſſe, ſi modò qua alia ratione patris teſtamentum confirmatum fuerit, quod vtique confirmatur coherede aliquo & adſcripto & adeunte. Igitur fatendum eſt, vel duplicem Marcelli ad Iulianum notam & reprehenſionem fuiſſe, quæ ad diuerſas illas ſpecies accommodari poſſit, quod nullo modo eſt probabile, cùm vtraque Iuliani ſententia ſumpta ſit ex eodem Iuliani libro, ſc. XXVI. Dig. vel quod longè probabilius fuerit, Marcelli notam à Triboniano malè perceptam, & contra Marcelli propoſitum pro reprehenſione acceptam, ad alium caſum protractam, quàm de quo Marcellus cogitaſſet, nempe ad illum quo filius impubes aut pupillaris ſubſtitutus datus eſſet, & inſtitutus & abſtentus fuiſſet. Cui tamen caſui eam Mar-
16 celli † diſtinctionem, quam retulimus, conuenire non poſſe ex eo apparet, quòd cùm filius extitit ſuus heres patri, ſatis hoc ipſo confirmatæ ſunt patris tabulæ, nec niſi fruſtra poſſis requirere vt filio datus ſit aliquis coheres, multo minùs verò vt coheres ille adierit. Tunc enim duntaxat ea diſtinctio neceſſaria videri poteſt cùm filius impubes, cui pater ſubſtitutum dedit, exheredatus fuit, non cùm inſtitutus, & Iuliani locus ille probat, quem nos ſupra explicauimus in *l. ita tamen* 27. §. *qui ſuſpectam. D. ad SC. Trebell.* Falſum ergo eſt eam ſententiam Iuliani quæ refertur in *d. l. Iulianus*, à Marcello notatam eſſe, & ſi à Marcello notata eſſet auderem dicere falſum eſſe quod Vlpian. diceret rectè notatam fuiſſe. Nam imò verò mala & peſſima eſſet reprehenſio, vt ex iis conſtat quæ huc vſque diximus, & ex tota illa eleganti diſputatione Iauoleni in *d. l. paterfamiliâs* 28. *D. de reb. autor. iudic. poſſid. vel venund.* quæ alioquin explicari, aut cum *d. l. Iulianus* conciliari nullo modo poſſet, quod fatebitur ſanè, quiſquis volet cum his quæ hoc cap. & in præcedentibus tractauimus, ea iungere quæ ſcripſimus lib. 2. Coniect. cap. 2. Nec me mouet
17 ratio † illa dignior certè Triboniano quàm Vlpiano, quòd ſententia hæc Iuliani, quàm nos probamus, impugnet vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem: quaſi verò ſine ſucceſſore ſit pater qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem, quod tamen diſertè idem Vlp. negat in *d. l. cùm quaſi* 20. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideicomm. libert.* At non videtur habere, inquies, quia prætor hunc qui abſtinuit non habet heredis loco. Fateor, ſed non eo minùs re vera habet, cum quoque cùm filius abſtentus viuit. Eo verò defuncto non dicimus, vt nec Iulianus, pupillum non poſſe habere ſucceſſorem, nec illud quoque, patrem non habere ſucceſſorem (quod vtrumque tamen præ ſe ferunt illa Triboniani verba, *qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem*) ſed è contrario defendimus, ſubſtitutum, qui pupilli hereditatem cum paterna iam ipſo iure iunctam adit, vtrique heredem fieri & filio & patri, filio per ſe & immediatè, patri verò per mediam perſonam filij. Quod verò alterius rationis loco ſubiicitur: *metu enim oneris patris timidiùs quis etiam adibit hereditatem*, licèt non leuem habeat æquitatis colorem, quia videtur pupilli intereſſe vt teſtamentarium heredem habeat potiùs quàm legitimum, ſiue quòd ius continendi teſtamenti, quod nihil aliud eſt quàm legis faciendæ, ſit per ſe honorificentiſſimum, ſiue quòd ſalus pupilli non meliùs in tuto collocari poſſit aduerſus proximiorum inſidias agnatorum quàm ſi ſubſtitutio pupillaris conſeruetur, attamen non poteſt hic pupilli fauor efficere vt tota iuris ratio peruerti debeat, quæ peruerteretur vtique, & cum iuris ratione ipſa quoque voluntas patris, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ſi patris hereditatem omittere, atque ita patris iudicium deſtituere liceret ſubſtituto, qui nonniſi ex eodem iudicio ad pupillarem ſubſtit. admittatur: plus verò poſſe hac in re voluntatem patris, præſertim quæ cum iuris ratione coniuncta ſit, quàm pupilli fauorem, non eſt mirum, cùm ſubſtitutio ipſa pupilli, quæ hunc pupilli fauorem inducit, tota ſit ex patris iudicio & voluntate. At non ſimiliter poſſit ſubſtitutus pupilli defuncti nomine, non magis quàm ſuo, imputare patri cur ſubſtitutionem talem fecerit filio ad eripiendum ipſi ſubſtituto commodum abſtentionis quod alij cuilibet filij legitimo heredi eripere non potuiſſet, cùm & ipſius pupilli intereſſuerit teſtamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum ob eas ipſas rationes quas diximus, & ſubſtitutus nonniſi ſtultè poſſit conqueri de facta pupillari ſubſtit. ſine qua nullum ius in hereditate pupilli eſſet ipſe habiturus. Nunquam enim poteſt quis alteri obiicere ac imputare factum ex quo ille ipſe lucrum ſentiat, *l. ſi extraneus* 33. *l. cum in fundo* 78. §. *quòd ſi mulier. iunct. l. ſi res æſtimata* 12. §. 1. *ver. quia boni conſulere. D. de iur. dot.* Itaque cùm is rei ſtatus ſit vt vel fauori pupilli vel voluntati patris iniuriam aliquam fieri neceſſe ſit, negligimus fauorem pupilli, vt faueamus voluntati patris, ſine qua nihil eſſet quod circa pupillarem ſubſtitutionem de pupilli fauore tractari poſſet.

ERROR II.

De ſententia & emendatione. l. Iulianus 42. D. de acquir. hered.

SVMMARIA.

1 *Clauſula dict. l. Iulianus,* alioquin &c. *interpretatio Bartoli communiter probata refertur.*
2 *D. clauſulam non eſſe Marcelli, vt vult Bartolus, ſed Iuliani.*
3 *Argumentatio Iuliani in d. l. 42. qua ſententiam illam generalem*, heres pupilli abſtenti non eſt compellendus ad æs alienum patris, *non aliter veram eſſe docet, quàm cum hac exceptione, niſi fuerit heres ſubſtitutus.*
4 *Probatio propoſitionis maioris.*
5 *Aſſumptionis expoſitio & probatio.*
6 *Obiectio qua conficitur legitimum quemlibet heredem pupilli abſtenti cogendum paternis heredibus reſpondere, etiamſi non ſit ſubſtitutus.*
7 *Solutio d. obiectionis.*
8 *Cur legitimus pupilli heres non ſubſtitutus creditoribus paternis ſatisfacere non compellatur.*
9 *Cur ſubſtitutus qui vult ab inteſtato pupilli hereditatē retinere cogatur reſpondere creditoribus paternis.*
10 *Obiectio pro ſubſtituto refertur, & n. 11. diluitur.*
12 *Expoſitio verborum Iuliani.*
13 *Tres caſus diſtinguendi in propoſita quæſtione, & quid in vnoquoque iuris ſit.*
14 *Verborum Iuliani interpretatio.*

POſt ſupraſcriptam Marcelli ad Iulianum notam, & reprehenſionem quam Triboniano potius adſcribendam eſſe diximus, ſequitur apud Vlpianum in d. l.

Digitized b

d.l.Iulianus. Alioquin (inquit)*etſi frater fuit , omiſſa*
cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem , &
quidem impunè. Nec enim videtur voluiſſe fraudare
edictum qui ſibi proſpicit , ne oneribus patris pupilli im-
1 *plicaretur*. Hanc totam clauſulam † interpretes noſtri
vulgò poſt Bartolum Marcelli eſſe putant, quaſi conſi-
lium dantis ſubſtituto ſatagenti proſpicere ſibi aduer-
ſus rigorem ſententiæ Iuliani , vt nimirum ſi here-
ditatem impuberis ab inteſtato poſſit conſequi,omittat
cauſam ſubſtitutionis , puta ſi frater ſit qui fuit ſubſti-
tutus,ne ſi aliter faciat, periculum incurrat ſubeundo-
rum ex Iuliani ſententia onerum paternorum. At quo-
niam illud ſtatim occurrebat quod poſſet obiici , lo-
cum fore prætoris edicto,ſi omiſſa cauſa teſtamenti he-
reditas ab inteſtato poſſideretur,*tot. tit. ſi quis omiſ.*
cauſ. teſt. volunt illi ad hanc obiectionem reſpondiſſe
Marcellum,non videri voluiſſe edictum fraudare hunc
qui ſibi tantùm voluit proſpicere,quique fraudem non
tam fecit quàm excluſit , vt & in ſpecie,*l.cum pater* 77.
§. *Titio antepen.de legat*.2.Prætor namque ſuo illo edi-
cto non id egit vt præcisè incideret ne quis omiſſa cau-
ſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato retinere poſſet,
at eo tantùm caſu quo per fraudem id fieret , ac dolo
malo,*l.quia autem* 6 §.*ſi patronus in fin. D. ill.tit. ſi quis*
omiſſ.cauſ. teſt. Ego verò in hoc quoque Bartolum er
2 raſſe † puto, neque dubito quin Vlp. eo verbo, *inquit*,
per parentheſim interiecto , Iulianum intellexerit non
Marcellum, de quo tamen faterer cum Bartolo intelli-
gendum fore Vlpianum, ſi quid ille in præcedentibus
de Marcello dixiſſet , tantóque magis hinc moueor vt
verum eſſe putem quod affirmo , totam illam Marcelli
notam planè commentitiam & notham eſſe à Triboniа-
no compactam , non ab Vlpiano. Voluit enim Iulianus
rationem adferre eius quod dixerat , ſententiam illam
initio legis poſitam , vt pupilli inſtituti & abſtinentis
heres non ſit compellendus reſpondere paternis credi-
toribus, non eſſe vſque adeo generaliter & indiſtinctè
accipiendam,ſed ſub ea exceptione quam idem Iulia-
nus addiderat, niſi is qui pupillo heres extitit, fuerit ei
ſubſtitutus. Eam verò exceptionem probabat Iulianus
3 † argumento ſumpto ab abſurdo , quòd ſi quis tam ge-
neraliter & ſine exceptione admittendum putaret quē-
cumque heredem pupilli etiam ſubſtitutum , (non di-
co ex ſubſtitutione , ſed ſubſtitutum propter id quod
mox ſubiicietur) pupilli priuilegium habere debere ne
paternis creditoribus reſpondere cogatur,fateri neceſſe
eſſet nec illum pupilli heredem cogendum reſpondere
patris creditoribus, qui & legitimus heres , puta fra-
ter eſſet,& præterea impuberi fratri ſubſtitutus,ſi omiſſa
pupillari ſubſtitutione poſſideret hereditatem ab inte-
ſtato. Is enim proculdubio non teneretur ſi ſubſtitu-
tus non eſſet , quamuis agnati proximi iure ſuccederet,
vt & Iulianus cum cæteris omnibus , & cæteri omnes
cum Iuliano fatentur. Atqui abſurdum eſſet hunc , qui
& legitimus heres & ſubſtitutus eſt, omittendo ſubſti-
tutionem liberare ſe ab ære alieno patris, ſi ab inteſtato
retineat hereditatem pupilli. Ergo generalis illa propo-
ſitio quæ habet heredem pupilli abſtenti , non eſſe
compellēdum ad æs alienum patris,non vſque adeò ge-
neraliter accipienda eſt,ſed cum perpetua illa exceptio-
ne,niſi heres ille fuit ſubſtitutus.Sed proponendæ ſunt
ſingulæ huius ſyllogiſmi propoſitiones. Maiorem †
4 propoſitionem , aut potiùs conſecutionem in maiori
illa poſitam illud probat quod iam diximus , & nemo
negat,fratrem qui fratri impuberi heres legitimus eſſet,
non etiam ſubſtitutus , non futurum creditoribus pa-
tris obligatum , quamuis ab inteſtato fratris heredita-
tem obtineret. Verùm illud quoque ſupponendum eſt
quod nec quiſquam negauerit, propoſitionem genera-
lem ſi generaliter & indiſtinctè accipiatur, caſus omnes
comprehendere quibus conueniunt verba propoſitio-
nis,*l.*1 §.*pen. D.de aleator. cum vulg*. Atqui propoſitio
quam Iulianus indiſtinctè & vniuerſaliter veram eſſe
negat, ſi vniuerſaliter & indiſtinctè concipiatur, ſic ha-
bet it, *Omnem pupilli abſtenti heredem liberandum eſſe*
ab ære alieno patris. In hac autem vniuerſaliter is etiam
continetur , qui fratri ſuo impuberi & legitimus heres
& ſubſtitutus eſt, ſiue fratris hereditatem habeat tan-
quam agnatus proximus , ſiue tanquam ſubſtitutus.
Non enim eo minùs fratri heres legitimus videri poteſt,
quòd etiam ſubſtitutus fuerit, præſertim cùm ſuccedit
ab inteſtato repudiata ſubſtitutione. Ergo hic quoque
caſus & generalitate verborum , & veritate propoſitio-
nis continebitur. At probemus iam abſurdum † fore 5
illud dici, eum,qui & legitimus heres fratri & ſubſtitu-
tus fuit , poſſe omittēdo cauſam ſubſtitutionis effugere
incommodum æris alieni paterni ſi ab inteſtato retineat
hereditatem. Ita enim probatum relinquetur, non poſ-
ſe illam generalem propoſitionem abſolute & vniuer-
ſaliter veram eſſe,ſubiiciendámque neceſſariò exceptio-
nem à Iuliano additam, *niſi ſubſtitutus fuit* : Rationem,
quæ hoc probet,ex ipſis Iuliani verbis, ſi alia non fue-
runt quàm quæ Vlp. refert , colligere non poſſumus,
ſed ex iis colligenda eſt , quæ Iulianum veriſimile eſt
non alia de cauſa prætermiſſe, quam quòd videret faci-
le ſuppleri poſſe ab iis qui vel minimum in iure noſtro
eſſent verſati. Quamquam ne quid nos quoque falsò
comminiſci videamur,ſuppleamus ea tantùm quæ à Ia-
uoleno Iuliani præceptore tradita legimus in *d.l.pater-*
familias 28.*de reb.autor.iudic.poſſid*.& ab aliis Iurecon-
ſultis,non vno iuris loco , præſertim verò ab Vlpiano
ipſo in *l.ſed ſi plures* 10. §. *filio. de vulg.& pupill.ſubſtit*.
& à Papiniano in *l. ſi filius* 12. *eod*. ac ſyllogiſmum ita
conficiamus Quotieſcumque hereditas cum primi te-
ſtatoris hereditate coniuncta reperitur, fieri non poteſt
quin æs alienum quod vtriuſque hereditatis fuit, con-
iungatur , & in omni ære alieno quod vtriuſque fuit,
heres heredis obligetur tanquam heres vtriuſque ex me-
ra iuris ratione , nec tantùm ciuili iure, ſed etiam præ-
torio, niſi ſecundi heredis perſona talis ſit , cui prætor
ex æquitate beneficium ſeparationis indulgere debeat,
aut proprio ipſius fauore, vt in filij qui ante abſtentio-
nem ignorans deceſſerit herede neceſſario , de quo in
l. ſi quis filiumfamilias 7.§.1.*D.de acq. hered*. aut ex de-
functi heredis perſona , vt in quolibet filij abſtenti he-
rede legitimo , de quo in *d. l.Iulianus in princ*. proba-
túrque hæc concluſio ex *d. l. paterfamilias verſ. at cùm*
ſubſtitutus.& d.l.ſi quis.§.vlt.l.antepen.in fin. D.de vulg.
& pup.ſubſt.l.vlt. C.de hered.inſtit.d.l.ſed ſi plures. §.*fi-*
lio.Et ratio manifeſta eſt,quia nec vlla hereditas eſt quę
defuncti æs alienum , ſi quod fuit , non contineat, nec
vlla hereditatum coniunctio inducta ex poteſtate iuris
ciuilis,quin ſit perpetua etiam poſt conceſſam à præto-
re ſeparationem. Prætor enim cùm ſeparationis benefi-
cium indulget , non ſeparat re vera hereditates , quod
non magis facere poteſt quàm ius ciuile tollere , ſed fa-
cit tantum, vt quantum ad commixtionem æris alieni
habeantur pro non coniunctis , ſiue creditoribus ipſis
concedatur ſeparatio, vt in *tot.tit. de ſeparat*. ſiue here-
di,vt in *d.l ſi filius, & in l.neceſſariis* 57.*& d.l.Iulianus.*
in princ.de acq.hered. Veniamus ad minorem , (aliter
enim tam intricata quæſtio extricari nunquam poſſet.)
Atqui cùm filius patri extitit , licèt poſtea ſe abſtinue-
rit , & poſt abſtentionem deceſſerit , iuncta cœpit eſſe
hereditas,*d.l.filio*,adeò vt quod magis eſt , non niſi vna
ſit & patris & filij hereditas , *d. l.paterfamilias.verſ. at*
cùm ſubſtitutus. Plus namq; eſt ex duabus hereditatibus
vnam factam , vt ſcriptum eſt in dicto verſic. *at cùm*
ſubſtitutus, quàm duas hereditates ſimul iunctas eſſe.
Ergo fieri non poteſt quin ſubſtitutus pupillaris , qui
pupillarem hereditatem quamuis ab inteſtato & omiſſa
ſubſtitutione amplectitur , omnibus patris creditoribus
perinde teneatur, & conueniri ab iis poſſit , quàm ſi ex
pupillari ſubſtitutione heres eſſet. Quid enim poteſt
referre

referre creditorum quo iure hic frater fratri ſuo heres
ſit: an ex teſtamento. an ab inteſtato,dūmodo iure ali-
quo ſit heres? An forte ad æs alienum defuncti minùs
tenetur ille qui ab inteſtato heres eſt, quàm qui ex te-
ſtamento? An verò deſtituto per repudiationem teſta-
mento corruunt actiones creditoribus, defuncti com-
petentes, quomodo corruerent legata,fideicommiſſa &
libertates? An non è contrario ſuperſunt integræ in
bona defuncti, tum quoque cùm defuncti heres nul-
lus eſt, neque ex teſtamento neque ab inteſtato? Quid
igitur facere poteſt ad exonerandum ſubſtitutum ab
ære alieno patris quod non ſit heres pupilli ex te-
ſtamento, ſi ſit ab inteſtato? Vnum eſt quod ad iſta
omnia pro ſubſtituto contra Iulianum reſponde
6 re quis poſſit, Si bona eſſet noſtra † ratiocinatio
perinde futurum vt inferri oporteret, Legitimum
quemlibet heredem pupilli abſtenti cogendum pater-
nis creditoribus reſpondere, quamuis non eſſet ſubſti-
tutus. Nam & in illius perſonam militat eadem ratio
quæ contra ſubſtitutum, quòd patris & filij hereditas
vna ſit, & conſequenter quòd in omni ære alieno,
quod patris & filij fuit, quemcumque pupilli quamuis
abſtenti heredem obligari neceſſe ſit. Et tamen certum
eſt, nec Iulianum ipſum dicturum fuiſſe qui apertè
contra ſcripſit in *d. l. Iulianus.* Ergo nec nos dicere de-
bemus qui pro Iuliano contra Tribonianum diſputa-
mus. Quemadmodum enim ſuprà diximus ex eodem
Iuliano, falſam eſſe propoſitionem illam vniuerſalem,
*Omnem pupilli abſtenti heredem liberandum eſſe ab ære
alieno patris*, ſi vniuerſaliter & abſolutè accipiatur, ita
non addita ea exceptione, *niſi fuit ſubſtitutus.* Ita nec
contrariam illam Iulianus admitteret,quam neque nos
admittimus, *Omnem pupilli abſtenti heredem cogendum
reſpondere paternis creditoribus*, ſi non addas eam exce-
ptionem, *niſi legitimus heres ſit, & quidem non ſubſtitu-
tus.* Legitimum namque impuberis heredem, ſi modò
ſubſtitutus non fuerit, fatemur patris creditoribus reſ
pondere cogendum non eſſe. Quid igitur ad reſpon-
ſionem & obiectionem illam pro Iuliano replicabi-
7 mus? Primùm † idipſum quod iam docuimus ad fi-
nem capitis præcedentis. De ratione diuerſitatis inter
legitimum heredem impuberis & ſubſtitutum. Nec
enim hîc repetere neceſſe eſt. Sed maioris explicatio-
nis gratia, quoniam in hoc vno ſtat vis tota quæſtio-
nis, addendum eſt quod nemo obſeruat,illo etiam caſu
quo agitur de legitimo, eoque non ſubſtituto herede
pupilli, velle nos teneri cum creditoribus patris, per-
inde acſi ſuccederet ex ſubſtitutione, nec vllam Iulia-
num differentiam inter legitimum heredem & ſubſti-
tutum agnoſcere quantum ad hoc vt vterque paternis
creditoribus ipſo iure teneatur (quibus & filius ipſe
qui abſtinuit,ſi viueret,ipſo iure teneretur, *d.l.neceſſa-
rius*)ſed cum Iuliano ſic loquimur,vt dicamus non eſſe
compellendum heredem legitimum creditoribus patris
reſpondere, ſubſtitutum verò compellendum, id eſt,
non eſſe dandas à prætore actiones creditoribus pater-
nis in legitimum heredem pupilli quas in pupillum
ipſum, ſi viueret, daturus non eſſet, dandas tamen in
pupillarem ſubſtitutum, quem volumus in eo minùs
iuris & priuilegij habere,quàm non ſolùm impuberem
ipſum, ſed & alium quemlibet impuberis legitimum
heredem, qui modò non eſſet ſubſtitutus. Non igitur
eſt quod iam à nobis rationem quis quærat,cur ſubſti-
tutus pupillaris creditoribus paternis reſpondere com-
pellendus ſit,ſiue ſit heres ex ſubſtitutione, ſiue ab in-
teſtato. In promptu enim ratio eſt quia iis omnibus te-
netur. Qui autem tenetur & obligatus eſt, compelli
poteſt & debet ad ſolutionem actionis in eam rem
comparatis. Sed de illo tantùm vrgeri poſſumus, cur
non ei faueatur perinde ac legitimo heredi, cùm omit-
tit pupillarem ſubſtitutionem, ſucceditque ab inteſta-
to: aut etiam ſi voles, cur legitimo impuberis heredi
non ſubſtituto magis faueatur, quàm huic qui cùm &
legitimus heres & ſubſtitutus ſit,mauult eſſe legitimus
heres quam ſubſtitutus? Nam quæ à nobis allata eſt
ratio diuerſitatis in cap.præced.inter legitimum pupilli
heredem & ſubſtitutum, ad eum duntaxat ſubſtitutum
pertinet, qui ſuccedat iure ſubſtituti, non ad eum de
quo nunc tractamus, qui amiſſa ſubſtitutione malit
rem habere ab inteſtato. Nos verò reſpondemus,quòd
in legitimo † pupilli herede non ſubſtituto conſtitu-
tum eſt, vt non ſit compellendus ſatisfacere creditori- 8
bus patris, non eſſe ex ratione iuris ciuilis, ſed beni-
gnè & ex prætoria æquitate receptum, ratione illa æ-
quitatis, quòd prætor, cùm ita facit, non ſolùm iis fa-
ueat qui proprio iure venientes ad ſucceſſionem pu-
pilli,cui beneficium idem priùs competit, nihil fece-
runt propter quod eiuſmodi fauore indigni videri de-
beant,ſed etiam nihil poſſit videri facere quod alienum
ſit à voluntate patris qui neminem ſubſtituendo im-
puberi,nihil cauit de legitimo ipſius herede, & conſe-
quenter ſaluam ei reliquit omnem iuris communis &
ciuilis, & prætorij cauſam. Ceſſante porrò voluntate
teſtatoris, quid aliud poteſt facere prætor niſi vt legi-
timo impuberis heredi, qui non ſubſtitutus fuit, idem
ſeparationis beneficium tribuat, quod pupillo ipſi vi-
uenti fuit tributum? Nam & ipſum heredis nomen in-
ducit vtrumque hoc, vt & legitimus pupilli heres de-
beat ipſo iure teneri creditoribus, ſicut ipſe pupillus,
dum vixit, etiam poſt abſtentionem tenebatur, & nihi-
lominus eodem prætoris auxilio iuuari,ne à patris cre-
ditoribus cōueniri poſſit.At in eo qui fuit ſubſtitutus,
† licèt idem ſit legitimus heres, nec niſi ab inteſtato
pupilli hereditatem retinere velit, omnia ſunt diuerſa. 9
Indignus nimirum eſt, cui prætor faueat: Nec rurſum
poſſet ei fauere prætor quin hac in re faceret iniuriam,
non tantùm voluntati, ſed etiam famæ teſtatoris. Dico
indignum eſſe cui prætor faueat, quia honore proprio
ſubſtitutionis omiſſo, maluit propter lucrum & com-
pendium ſuccedere ab inteſtato, quæ res proximè ad
dolum accedit, *l. Iulianus 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. te-
ſtam. iunct. leg. filium 5. §. ſed etſi portio. D. de legat.
præſt.* Addo non poſſe prætorem ei fauere quin volun-
tatem patris impugnet, quam vtique impugnat ſubſti-
tutus, qui pupillare teſtamentum deſtituit, mauultque
ſuccedere tanquam legitimus cùm poſſet heres eſſe ex
ſubſtitutione. Hoc enim eſt quod Iulianus dicebat, vt
refert Vlpian. in *dict. l. quæſitum*, eum qui iudicium
patris impugnauerit, nihil ex eadem hereditate conſe-
qui debere. Et verò credibile eſt, patrem fuiſſe alium
impuberi ſubſtituturum, ſi hunc ſperaſſet ſubſtitutionem
repudiaturum & nihilominùs hereditatem pupilli ab
inteſtato retenturum: nec video qua fronte poſſit ſub-
ſtitutus, aut quis alius pro ſubſtituto imputare patri,
cur filio dederit ſubſtitutum eum,qui ab inteſtato quo-
que heres eſſe poſſet,ac non potiùs extraneum,qui le-
gitimus heres nec eſſet, nec fieri vnquam poſſet. Cur
ergo melioris conditionis erit ſubſtitutus,qui idem le-
gitimus heres eſt,quam ſi omninò extraneus eſſet,ſi ni-
hil inſpicimus niſi patris voluntatem? Replicabis for-
taſſe contra primam rationem, † non eſſe indignum
hunc ſubſtitutum cui prætor faueat, neque dolo ma- 10
lo quicquam facere videri, cùm ſuccedit ab inteſtato,
quandoquidem ita facit, non ſolùm iure ſuo, ſed
etiam bono propoſito, ne conſequendo pupilli here-
ditatem, quæ duplici iure ipſi defertur, ſe implicet
oneribus patris. Idque euidenter appareret ex eo
quod Iulianus quoque fatetur non incidere illum in
edictum, *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* in quod tamen
incidit quiſquis dolo malo & in fraudem omittit cau-
ſam teſtamenti,& poſſidet hereditatem ab inteſtato,de-
nique qui id agit vt circumueniat voluntatem defuncti,
l. 1. d. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. Cùm igitur non tenea-
tur ad præſtationem legatorum & fideicommiſſorum

in ſecundis tabulis relictorum, non magis creditoribus
11 patris teneri eum debere. At ego cum † Iuliano & pro Iuliano reſpondeo, ſed apertiùs quam ille expreſſerit, non eſſe bonam conſecutionem à legatariis pupilli ad creditores patris. Hunc enim ſubſtitutum, eundémque legitimum pupilli heredem non quidem teneri legatariis pupilli, quia id agit quantum poteſt, licèt fruſtrà, vt ſibi proſpiciat ne paternis creditoribus teneatur, fraudandique conſilium nullum habet, ſine quo tamen locus edicto nullus eſſe poteſt. Sed tamen tanto magis teneri debere creditoribus patris, nec quantum ad hoc fraude carere, cùm eo propoſito iudicium patris oppugnet, ac pupillare teſtamentum deſtituat, vt maiorem habeat rationem ſui commodi, quod & re vera ſentit, quàm conſeruandæ defuncti voluntatis. Cùm enim id agat vt nec creditoribus paternis, nec legatariis pupilli teneatur, non equidem conſequitur quod intendit quantum ad patris creditores, conſequitur tamen quantum ad legatarios pupilli. Neque verò tantus dolus in eo requiritur, vt indignum ſe reddat beneficio abſtentionis & ſeparationis quod pupillus habuit, quantus exigitur vt pupilli legatariis & fideicommiſſariis teneatur, quia legatariis & fideicommiſſariis obſtat ratio iuris ciuilis, & ius ipſum commune quoties omiſſa cauſa teſtamenti hereditas ab inteſtato poſſidetur, cùm deſtituto teſtamento corruant legata & fideicommiſſa eo teſtamento relicta, nec tam facilis debuit eſſe prætor vt contra iuris rationem ea conſeruaret niſi ad coercendum dolum eius qui à teſtatore tantopere honoratus, nihilominùs voluntatem eius circumuenire voluiſſet. At creditoribus paternis contra ſubſtitutum pupillarem eundémque legitimum heredem, & pupillaris hereditatis ab inteſtato poſſeſſorem agere volentibus, non obſtat, quin imò fauet ratio iuris communis, quia non eo minùs verum eſt iunctas eſſe hereditates, adeoque vnam eſſe hereditatem patris & filij. Mirum ergo non eſt minores doli fraudiſque probationes requiri pro creditoribus paternis, quàm pro legatariis pupilli, & contrà minùs faueri legitimo heredi pupilli, eidémque ſubſtituto contra creditores patris, quàm contra legatarios pupilli. Non enim egent creditores patris vt prætor iis faueat, ſed tantum ne in eorum perniciem faueat legitimo impuberis heredi: ſecundarum verò tabul. legatariis & fideicommiſſariis non ſufficeret vt prætor legitimo illi heredi non faueret, qui nec vllo indiget fauore, cùm tutus ſit auxilio iuris communis: ſed illud prætereà requiritur, vt prætor iis faueat conſeruando legata & fideicommiſſa quæ ipſo iure interciderunt. Prætor autem & alius quilibet magiſtratus facilior eſſe debet in concedendo, ne cui contra iuris rationem faueat, quam in concedendo vt faueat, quia non fauere facilius eſt, quàm fauere. Sed etſi fauore aliquo indigeret legitimus heres pupilli contra legatarios, quomodo indiget proculdubio aduerſus paternos creditores qui habent iure communi fundatam intentionem, facilius tamen eſſet vt ei faueret prætor contra legatarios quam contra creditores, quia circa legatarios & fideicommiſſarios non niſi de commodo vel incommodo pecuniario diſputatur, itémque de teſtatoris voluntate conſeruanda ne circumueniatur. At circa creditores paternos agitur de patris fama ipſa & exiſtimatione, quæ proculdubio læderetur ſi ſubſtituto pupillari eidémque legitimo heredi contra eos faueretur. Vendenda enim eſſent ipſius patris bona, & quidem ſub ipſius patris nomine, quæ res publicam ſemper viſa eſt habere infamiam, nedum iniuriam, *dict. l. paterfam. l. primo gradu 23. D. quæ in fraud. cred.* Itaque tantò indignior eſt ſubſtitutus, idémque legitimus pupilli heres cui faueatur contra patris creditores, quantò improbius facit, qui teſtatoris ſui famam offendit quantum poteſt, quam qui cogitat de circumuenienda tantùm eius voluntate.

Quæ etiam ratio facit vt longè minùs fauorabilis ſit contra creditores paternos ſubſtitutus, idemque legitimus heres pupilli, cùm omiſſa cauſa ſubſtitutionis hereditatem pupilli retinet ab inteſtato, quam ſi ex ſubſtitutione ſuccederet. Nam qui ſuccedit ex ſubſtitutione, licèt velit contendere non teneri ſe creditoribus patris, nihil tamen facit ſubdolè ac per cuniculos vt circumueniat voluntatem teſtatoris, ſed tantùm ius quod habere ſe putat, tuetur. Qui verò ſubſtitutionem omittit, & nihilominùs hereditatem pupilli ab inteſtato retinet, ne paternis creditoribus teneatur, non modò rationem iuris oppugnat, ſed etiam iudicium ipſum patris quod per ſucceſſionis teſtamentariæ repudiationem deſtituitur & euertitur. Abſurdum igitur foret melioris eſſe illum conditionis, quod ad paternos creditores attinet, quàm ſi ex ſubſtitutione heres eſſet, cùm ipſe tantundem conſequatur ab inteſtato, imò hoc amplius quòd legata & fideicommiſſa nulla debet, quæ ex ſubſtitutione debuiſſet, nec ei prodeſſe debeat malum conſilium quod habuit circumueniendæ voluntatis & famæ defuncti, à quo ſubſtitutionis honorem & beneficium acceperat. Denique cùm non niſi per eum ſteterit, quominùs heres pupillo fuerit ex ſubſtitutione, non debet recuſare quominùs eandem ſubeat conditionem quam ſubire cogeretur, ſi hereditatem ex ſubſtitutione retineret, ſibique debet imputare, cui ſicut ſubſtitutionem, ita & hereditatem ipſam pupilli non omiſerit, ſi plus ex ea incommodi timebat, quàm commodi ſperabat, cùm ſciret aut ſcire deberet ſe non poſſe ſibi acquirere pupilli hereditatem vnitam iam cum hereditate patris quin hoc ipſo etiam patris ære alieno ſe obligaret. Quid enim refert ſiue quod ad creditores paternos attinet, ſiue quod ad patrem ipſum, an is, qui ſubſtitutus fuit, ſuccedat ex ſubſtitutione, an ab inteſtato, dum eam ipſam hereditatem retineat, in qua fuerat ſubſtitutus? Et hoc nimirum eſt, quod Iulianus † 12
dicere voluit iis verbis, *Alioquin & ſi frater fuit, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem*, ſupple (quod ſi expreſſum fuiſſet, errandi occaſionem Bartolo præcidiſſet) *nec tamen creditoribus paternis tenebitur, quod ſanè abſurdum eſſet*. Habet enim Iulianus pro abſurdo quod ſanè abſurdiſſimum fuerit, vt melior ſit conditio ſubſtituti pupillaris, eiuſdémque legitimi heredis, & hereditatem pupilli legitimo iure retinentis, quàm ſubſtituti extranei ex ſubſtitutione ſuccedentis quantum ad paternos creditores, vt ex eo quod ille concludit ſubſtitutum eundémque legit. pupilli heredem cogendum reſpondere paternis creditoribus, ſi omiſſa ſubſtitutione poſſideat hereditatem ab inteſtato, inferamus non eſſe igitur generaliter & indiſtinctè verum, pupilli abſtenti heredem quemlibet à prætore adiuuandum eſſe ne patris creditoribus ſatisfacere teneatur, ſed cum ea exceptione *niſi ſubſtitutus fuit*. Nam qui & ſubſtitutus & legit. heres eſt pupilli, ſi ab inteſtato hereditatem retineat, non ob id tenetur ad æs alienum patris etiam prætoris autoritate exſoluendum, quòd ſit legitimus heres pupilli, ſed quòd fuerit à patre ſubſtitutus, cùm ſi ſubſtitutus non fuiſſet, haud dubiè non teneretur. Ergo etiamſi ſubſtitutus tantùm fuerit, non etiam legitimus ſucceſſor, puta omnino extraneus, æquè compellendus erit creditoribus paternis reſpondere, cùm æquè ſubſtitutus ſit à patre, & hoc amplius, habeat pupilli hereditatem ex ſubſtitutione. Itaque quod Vlpian. refert Iulian. in hoc inclinaſſe vt putaret ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum (niſi adiectio quoque illa Triboniani eſt, quandoquidẽ ineptè dicitur inclinaſſe Iulianum in eam ſententiã, quam verbis tam apertis expreſſiſſet, vt non potuerit apertioribus, cùm ſcripſit, *niſi ſubſtitutus ei fuit*) de quocumque ſubſtituto accipi debet, ſiue legitimus etiam ſucceſſor ille ſit, ſiue extraneus, itémque ſiue ſubſtitutione adierit, ſiue ſubſtitutionem omiſerit dummodò ab inteſtato teneat pupilli hereditatem.

13 hereditatem. Et in ſumma tres caſus † in hac quæſt. diſtinguendi ſunt in ipſis Iuliani verbis, I. de pupilli abſtenti herede illo, qui ſit tantùm legitimus non etiam ſubſtitutus, de quo primùm Iulianus loquitur eo loco, *deinde aliquis heres ei extitiſſet*. II. de pupilli herede ſubſtituto qui ſubſtitutus tantùm ſit, non etiam legit. pupilli heres. Ad hunc enim pertinet illa exceptio, *niſi ſubſtitutus ei fuit*. III. de eo pupilli herede qui & ſubſtitutus fuerit & heres ſit legitimus, ſed qui omiſſa ſubſtitutione ſuccedere maluerit iure legitimi heredis; de quo in *d. verſ. alioquin*. Primo caſu non compellitur heres pupilli reſpondere paternis creditoribus licèt iis ipſo iure teneatur. Dignum enim eum putat prætor cui beneficium abſtentionis & ſeparationis conſeruet quod pupillus habuit, cùm veniat ex prouidentia legis potiùs quàm ex iudicio patris: poſterioribus verò duobus caſibus pupilli heres idémque ſubſtitutus non ſolùm tenetur ipſo iure creditoribus paternis propter commixtionem tam hereditatum quàm æris alieni, ſed etiam à prætore compellitur vt iis ſatisfaciat, tanquam cui non poſſit prætor ſuccurrere & fauere, quin faciat iniuriam & voluntati & famæ patris ex cuius iudicio his heres pupilli vel ſuccedit, vel ſuccedere potuit & debuit, ſi de patris voluntate famáque conſeruanda tam ſolicitus fuiſſet, quàm de lucro ſibi captando ex pupillari hereditate ab inteſtato retenta poſt repudiatam
14 vltrò ſubſtitutionem. Illa igitur Iuliani † verba *& quidem impunè*, non ſic accipienda ſunt quaſi ſubſtitutus hic idémque legitimus heres pupilli non ſit cogendus reſpondere creditoribus patris, ſed ita vt non ſit cogendus præſtare legata & fideicommiſſa in pupillaribus tabulis relicta, ita vt non incurrant pœnam edicti, *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam*. In eo enim quòd patris creditoribus reſpondere cogitur, pœnam nullam patitur, ſed iure communi tantùm vtitur, nec ad ſeparationis beneficium & fauorem admittitur. At pœnam ſentiret ſi teneretur ad legata & fideicommiſſa, quæ ex iuris communis ratione interciderunt. Quamquam illud certè mirum videri poteſt, cur non teneatur hic ſubſtitutus etiam legatariis pupilli ex edicto prætoris, cùm prætextus ille pupillaris hereditatis ab inteſtato potiùs quàm ex ſubſtitutionis cauſa retinendæ, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur, inanis ſit & falſus, ſi vera eſt Iuliani ſententia quæ non eo minùs æri alieno patris illum obſtringit. Sed reſpondendum eſt quod iam attigimus ſufficere vt non ſit in dolo ad hoc ne pœnam edicti ſentiat. In dolo autem non eſſe illum qui aliquid facit, eo animo & fine vt ſibi proſpiciat, licèt in iure erret, neque ſibi reuera conſulat. Hic enim decipitur, non decipit, *l. ſed etſi l. 25. §. ſcire. D. de petit. hered.*

ERROR III.

De edicto, cuius mentio fit in l. quæſitum. 40. eo. tit. de acquir. hered.

SVMMARIA.

1 *De quo edicto accipienda verba Iuliani in l. quæſitum 40. D. de acquir. hered.*
2 *Edicto nihil opus fuit ſuccurrere creditoribus hereditariis, ſed legatariis & fideicommiſſariis, ne legata & fideicommiſſa per repudiationem hereditatis intercidant.*
3 *Nec Iuliano, nec Marcello in animo fuiſſe de edicto ſuccurrente legatariis, fideicommiſſariis aut creditoribus in d. l. verba facere.*
4 *Sententia Bartoli & ſequacium de edicto quod memoratur in d. l. quæſitum refertur & refellitur.*

5 *Verba d. l. accipienda eſſe de edicto*, ſi quis omiſſa cauſ. teſt.
6 *Difficultates inde exorientes.*
7 *Tribonianus corrupit verba Iuliani & Vlpiani in d. l. quæſitum.*
8 *Tribonianum quæ fefellerint.*

EX his quæ proximè diximus, non obſcurè apparet quàm falſum ſit, & à Iuliani mente ſenſúque alienum quod ſub Vlpiani nomine relatum eſt in *l. quæſitum 40. eod. tit. de acquir. her.* Iulianum in illius legis ſpecie ſcripſiſſe ſubſtitutum incidere in edictum, Si ſe impuberis immiſcuerit hereditati. Nam præter id quod, vt iam oſtendimus in præcedentibus, alia ſpecies eſt quæ tractatur in *dict. l. quæſitum*, alia verò quæ in *dict. l. Iulianus*, vbi verba ipſa Iuliani referuntur (cùm in *dict. l. quæſitum* tractetur de filio impubere exheredato, at in *l. Iulianus*, de impubere inſtituto) illud etiam conſtat non de alio edicto Iulianum ſenſiſſe † aut ſentire potuiſſe in *dict. l. Iulianus*, quàm de illo quod propoſuit prætor aduerſus eos qui omiſſa cauſa teſtamenti poſſideant ab inteſtato hereditatem. Atqui certiſſimum eſt edictum illud non pertinere ad creditores, quibus ex contractu aliquid debeatur, ſed tantùm ad legatarios & fideicommiſſarios, quia nec cauſa vlla nedum neceſſitas fuit ſuccurrendi † creditoribus defuncti, quippe qui non eo minùs ſaluas & integras habent ſuas actiones, quòd hereditas ex teſtamento adita non ſit, ſi modò ab inteſtato poſſideatur, quandoquidem & ſi ab inteſtato quoque repudiata eſſet, nullumque ſucceſſorem debitor reliquiſſet, non eo minùs ſatisfaciendum eſſe creditoribus, vel per miſſionem in poſſeſſionem venditionemque bonorum, *tot. tit. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. autor. iudic. poſſid. & venund.* vel à fiſco qui bona vacantia ex lege Iulia occupaſſet, *l. 1. & paſſ. D. de iur. fiſc. iunct. l. quidam 96. §. 1. de legat. 1.* Legatariis verò & fideicommiſſariis æquitate prætoria ſubueniendum neceſſariò fuit vt poſſent conſeruari legata & fideicommiſſa, quæ alioqui deſtituto per repudiationem teſtamento ipſo iure intercidiſſent. At non de illo quærebat Iulianus † an pupillaris ſubſtitutus teneretur præſtare legata & fideicommiſſa in ſecundis tabulis relicta, ſed tantùm an compellendus eſſet paternis creditoribus reſpondere. Nihil ergo attinebat de illo edicto tractare in hunc ſenſum, vt in edictum incidere diceretur ſubſtitutus qui æri alieno patris adeundo pupilli hereditatem ſe obſtrinxiſſet. Nullo enim edicto indigét creditores paterni vt paratam habeant actionem contra pupilli heredem, quiſquis ille ſit qui hereditatem pupillarem poſſidet iunctam cum hereditate paterna, ſed indigeret heres ipſe aliquo edicto, ſi quod eſſet, cuius poteſtate ſuccurri ei poſſet contra ſummam iuris rationem, ne patris creditoribus ſatisfacere cogeretur. Rurſus edictum illud etiamſi ad creditores quoque pertineret, quod nemo ex prudentibus vnquam dixit, non alio tamen caſu locum habere poſſet, quàm quo teſtamenti cauſa omiſſa poſſideretur hereditas ab inteſtato. At in *d. l. quæſitum* tractatur de eo ſubſtituto qui & nihil hereditatis paternæ attingat, & aliquid propter patris voluntatem habeat. Ergo de illo qui ſucceſſerit impuberi ex ſubſtitutione pupillari, quæ quamquã teſtamentum filij, iudicium tamẽ patris eſt *l. Pap. 8. §. ſed nec impub. D. de inoff. teſt.* Nec enim propter patris voluntatem quicquã haberet ſubſtitutus qui pupilli hereditatẽ ab inteſtato poſſideret: Non poteſt igitur Iulianus de illo edicto tractaſſe cùm tractauit de ſubſtituto pupillari aliquid habente propter voluntatẽ patris, cuius tamen hereditatẽ & ex teſtamento & ab inteſtato repudiauerit. Sed neque Marcellum in ſua illa ad Iulianum nota de hoc caſu ſenſiſſe quo pupilli hereditas per ſubſtitutum

ab inteſtato poſſideatur, ex eo apparet quòd diſtinctio quam adhibuit, An ſubſtitutus filio impuberi ſolus & ex aſſe heres inſtitutus fuerit à patre, an ex parte tantum, non aliam rationem habet quam quòd eo ex aſſe inſtituto ſi paternam hereditatem repudiet, neceſſe ſit corruere tabulas pupillares deſtituto in totum patris teſtamento, nemine patris hereditatem ex eo adeunte, quod non ſimiliter euenit adſcripto coherede qui adierit pro ſua parte. Quid verò intereſt an patris teſtamentum deſtitutum fuerit tabulæque pupillares corruerint necne, ſi pupilli hereditas ab inteſtato poſſideatur? Imò tanto iuſtiorem cauſam habet ſubſtitutus conſequendæ ab inteſtato pupillaris hereditatis, cùm fuit ille ſolus inſtitutus, totamque teſtamenti paterni cauſam repudiat, cùm hoc caſu nonniſi ab inteſtato ſuccedi pupillo poſſit. Cùm enim adeſt coheres qui paternam hereditatem pro ſua parte adierit, licèt non eo minùs inteſtati exitum facere poſſit pupillus, nemine ex ſubſtitutione pupillari ſuccedente, facilius tamen eſt vt ei ex teſtamento ſuccedatur, ita volente ſubſtituto, cui proinde tantò magis imputari poteſt, cur non tantùm paternam, ſed etiam pupillarem hereditatem ex teſtamento adire noluerit, præſertim ſi ab inteſtato retineat pupillarem, cùm tamen ſecundum Marcelli diſtinctionem dicendum eſſet, indiſtinctè eo caſu quo adeſſet coheres qui paternam hereditatem pro ſua portione adiiſſet, liberum fore ſubſtituto ſine metu onerum patris, repudiata ipſius hereditate pupilli ſucceſſionem amplecti, nec tantùm ab inteſtato, ſed etiam, quod magis eſt, ex teſtamento. Quanto minùs ergo voluit Marcellus ſubſtitutum incidere in edictum *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* ſi ab inteſtato poſſideret hereditatem pupilli, quam poſſet impunè poſſidere ex teſtamento quoque quantum ad paternos creditores? Nam nec alio colore prætor coercet eos qui omiſſa cauſa teſtamenti poſſident hereditatem ab inteſtato, quam quòd habeat hereditatem pro adita ex teſtamento, quæ reuera fuit repudiata, *l. ſi filius* 23. *iunct. l. ſeq. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Sed quicquid Marcellus ſenſerit, Iulianus certè tantùm abeſt vt ſcripſerit ſubſtitutum hunc incidere in edictum, quantum ad paternos creditores vt iis teneatur, vt nec ipſius pupilli legatariis & fideicommiſſariis teneri eum debere putauerit ſecundum ea quæ ſuperiore capite diſputauimus ex *dict. l. Iulianus, in verſ. alioqui.* Quod ſi non putauit locum eſſe edicto fauore legatariorum & fideicommiſſariorum, quibus ſolis edictum prodeſſe poteſt & ſolet, potuitne putare eidem edicto debere locum eſſe fauore creditorum, de quibus edictum nec dixit quicquam, nec cogitauit? Nec pugnat quod diximus in ea Iulianum fuiſſe ſententia, vt putauerit ſubſtitutum paternis creditoribus reſpondere compellendum. Iam enim oſtendimus ita eum ſcripſiſſe & ſcribere debuiſſe, non propter edictum aliquod prætoris, ſed ex mera iuris ciuilis ratione propter vnitam ciun patris hereditate pupilli hereditatem. His nimirum rationibus victi interpretes coguntur fateri quod nos volumus, non poſſe locum illum Iuliani intelligi de hoc edicto *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. heredit. ab inteſt. poſſi-*
4 *dend.* ſed comminiſcuntur † neſcio quod aliud edictum cuius nuſpiam mentio alibi facta ſit, & quo cautum fuerit ne pupillarem hereditatem habere poſſet qui paternam repudiaſſet. Quod ſi ita eſſet, ſequeretur ſubſtitutum qui in huiuſmodi edictum incideret, non eo magis compellendum creditoribus paternis reſpondere, ſed à contrario arcendum à pupilli hereditate, vt nec ab ipſius creditoribus nedum à paternis conueniri poſſit: quod vtique à Iuliani ſententia alienum foret, quæ illa ſemper fuit, non vt pupillaris ſubſtitutus qui paternam hereditatem repudiaret pupillarem conſequi non poſſet, at ex diuerſo, vt hoc ipſo quod paterna repudiata pupillarem amplecteretur, paternis quoque oneribus omnibus ſe obligaret. Et verò ſi Iuliani ſententia, ſiue Marcello, ſiue potiùs Tribuniano, reprehendenda viſa eſt, quòd impugnaret vtilitatem pupilli qui ſe ſaltem poſſit habere teſtamentarium ſucceſſorem, quanto magis reprehendendum eſſet edictum illud commentitium quo is qui paternam hereditatem omiſiſſet, pupillarem conſequi prohiberetur? Aut qua fronte auderet quis Iulianum reprehendere qui nihil niſi ſecundùm formam edicti reſpondiſſet? Sed quid obſecro opus eſt in nouo illo edicto comminiſcendo aut interpretando laborare, cùm in *d. l. Iulia-*
nus expreſſam † habeamus hanc ipſam Iuliani ſenten- 5
tiam, eamque ſic conceptam, vt dubitari non poſſit quin ipſe ſenſerit de illo edicto, *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Quibus enim apertioribus verbis potuiſſet id exprimi quàm illis, *Alioquin etſi frater fuit, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem, & quidem impunè. Nec enim videtur voluiſſe fraudare edictum qui ſibi proſpexit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Ex quibus verbis colligo, ſi Iuliani ſententia illa eſſet quæ extat in *d. l. quæſitum, incidere eum in edictum ſi ſe impuberis immiſcuerit hereditati*: de illo intelligendam fore qui ſe impuberis hereditati ab inteſtato miſcuiſſet, non de illo, qui ex ſubſtitutione. Quod verò rationis loco ſubiicitur, *nam qui iudicium parentis oppugnauerit, non debere ex eadem hereditate conſequi*, ſimiliter ita accipiendum vt patris iudicium oppugnaſſe diceretur ſubſtitutus, non qui paternam hereditatem teſtamentariam, ſed qui pupillarem ſubſtitutionem omiſiſſet. Alioqui ea ratio hoc tantùm probaret, ſubſtitutum qui paternam inſtitutionem repudiaſſet, nihil debere conſequi ex eadem hereditate paterna, quod ad rem non pertineret, cùm de eo ſubſtituto agamus qui nihil paternæ attigerit hereditatis ſolamque pupilli hereditatem legitimam habere velit. Cùm igitur de ſola pupilli hereditate tractaret Iulianus, intellexit etiam de impugnato iudicio patris circa eandem pupilli hereditatem, & conſequenter non alia ratione quàm per ſubſtitutionis pupillaris repudiationem, quia pupillaris ſubſtitutio iudicium eſt patris, licèt ſit teſtamentum pupilli, vt iam diximus. Cùm verò Iulianus illud ageret, non vt pupillarem ſubſtitutum ab hereditate pupilli ſiue teſtamentaria ſiue legitima ſubmoueret, ſed contra vt probaret, paternis quoque creditoribus compellendum eum reſpondere, fatendum eſt rationem hanc, ſi Iuliani fuit, accipi ſic oportere, acſi ſcriptum eſſet, ſubſtitutum qui parentis iudicium oppugnauit circa pupilli hereditatem repudiando pupillarem ſubſtitutionem, nihil ex eadem hereditate conſequi vel debere vel poſſe, quin hoc ipſo paternis oneribus omnibus ſe obliget, perinde acſi defuncti patris non modò iudicium, ſed etiam hereditatem agnouiſſet: cùm poſſit ei imputari cur iudicium patris repudiando circa pupilli hereditatem, ipſam quoque hereditatem non repudiauerit, at retinere maluerit, quam ſciebat vnitam aliquando fuiſſe cum hereditate patris. At rur-
ſus ſecundùm hanc interpretationem inepta † erit ra- 6
tio Iuliani, & ſtultus Iulianus, qui ad quæſtionem propoſitam de ſubſtituto pupillari nihil attingente ex paterna hereditate, ſed tamen aliquid propter patris voluntatem habente, reſpondeat incidere illum in edictum, *ſi ab inteſtato pupilli hereditatem poſſideat*: quaſi verò is qui haberet pupilli hereditatem ab inteſtato, credendus eſſet aliquid habere propter patris voluntatem. Sed & quæro, cùm in ſpecie *dict. leg. quæſitum*, agatur de ſubſtituto qui idem fuerit à patre ex toto aſſe inſtitutus & impuberi exheredato ſubſtitutus, vt probauimus in præcedentibus, quomodo fieri poſſit vt legitimam pupilli hereditatem ab inteſtato retineat, quin habeat paternam quoque vel inuitus, tanquam

quam cum pupillari coniunctam? Siquidem deſtituto patris teſtamento euenire neceſſe eſt, vt exheredatio corruat, non minùs quàm cætera omnia eodem teſtamento conſtituta, *l. ſi patronus 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libert. l. filium 20. D. de bon. poſſ. contr. tab.* ac proinde vt patris hereditas quæ ex teſtamento fuerat delata heredi ſcripto, eadem ab inteſtato deferatur filio tanquam ſuo heredi, & neceſſariò ei acquiratur, quod vbi factum eſt, quid referre poteſt, poſteà vtrum ſubſtitutus hereditatem pupilli ex teſtamento habeat, an ab inteſtato. Nonne vtroque caſu verum eſt vnam eſſe & patris & filij hereditatem, atque commixtum æs alienum vtriuſque hereditatis? præcipuè cùm non ponamus exheredatum illum poſt quæſitam ſibi ab inteſtato patris hereditatẽ ſe abſtinuiſſe? Etſi enim abſtinendi beneficium implorare potuit quandiu vixit, ſi tamen deceſſerit antequàm imploraret, non tranſmittit idem beneficium ad heredem extraneum, nec ſi deceſſerit ante quàm ſciret ſe heredem extitiſſe, ad ſuum verò & neceſſarium heredem ita tranſmittit ſi mortis ſuæ tempore ius illud ſibi competere ignorauit, *l. ſi quis ſi lioſam. 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Neceſſe igitur eſt, ſubſtitutum hunc ſi hereditatem pupilli habeat, quamuis non niſi ab inteſtato, patris quoque heredem eſſe, nec vllum colorem habere recuſandi, quominùs paternis quoque creditoribus teneatur. De quo tamen ſolo quæritur in *d. l. quæſitum*, vt intelligamus non tantùm ineptam eſſe reſponſionem ad quæſtionem, ſed ipſam quoque quæſtionem ridiculam eſſe, planeque indignam Iuliano nec minùs Vlpiano. Quid ergo dicendum ſupereſt vt nos ex tot non tam difficultatibus quàm ineptiis & abſurditatibus extricemus? Id vnum, de quo iam vix puto quiſquam vel tacentibus nobis
7 dubitabit, † Triboniani eſſe iſta omnia, Iuliani ſententiam peſſimè corrumpentis, & Vlpiani nomine non ſine mala fide abutentis. Iulianus enim ſpeciem illam tractauerat, in qua pupillus heres à patre inſtitutus proponebatur, eique datus ſubſtitutus, idémque legitimus heres qui omiſſa pupillari ſubſtitutione poterat iure ſuo legitimâ pupilli hereditatem obtinere, vnitam quidem perinde cum patris hereditate ex ſummo iure, ſed quæ tamen propter filij abſtentionem videbatur ſeparata, vnde ratio dubitandi naſcebatur, propter quam videretur non eſſe compellendus ſubſtitutus vt paternis creditoribus reſponderet: Tribonianus verò eandem ſententiam detorſit ad caſum, ſi non contrarium, ſaltem prorſus diuerſum, in quo pupillus fuerit exheredatus, eique ſubſtitutus extraneus, qui idem fuerat à patre inſtitutus, & in quo non de alio quæritur, quàm vtrum poſſit hic ſubſtitutus ſeparare non quidem hereditates, quæ nunquam coniunctæ fuerunt, ſed teſtamenta quæ pater & ſibi & filio ſimul fecerat, inter quos caſus differentia euidens illa eſt, ſi quæratur an paternis creditoribus reſpondere ſubſtitutus debeat, quòd cùm hereditates iunctæ fuerunt ſuo herede inſtituto, quamuis poſtmodum abſtinente, ratio iuris communis facit pro creditoribus paternis contra ſubſtitutum, nec vllo egent illi edicto, ſiue illo, *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* de quo hucuſque diximus, ſiue alio quod interpretes comminiſcuntur, ſed è contrario egeret ſubſtitutus aliquo: vt ei contra creditores ſubueniretur, quod porrò nullum habet. Cùm verò hereditates iunctæ nunquam fuerunt, non ſolùm nihil eſt quod faciat pro creditoribus paternis contra ſubſtitutum, ſed neque locus quæſtioni vllus relinquitur, vt nec vlli edicto prætoris, quia vel is qui ſubſtitutus eſt, fuerat ſolus à patre inſtitus, & tunc nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit deſtituto paterno teſtamento, vel aliquem habebat coheredem, quo adeunte confirmatæ ſint vtræque tabulæ & paternæ & pupillares, & eo caſu ratio iuris facit omnino pro ſubſtituto ne teneatur creditoribus patris, cuius nullomodo heres eſt, quique alium habet heredem. Fefellit † Tribonianum non id 8
tantum quòd præ nimia iuris imperitia diuerſitatem hanc ſpecierum tam apertam non obſeruauit, ſed illud etiam quod Iuliani rationem illam quæ expreſſa eſt in *verſ. alioquin*, & quam ſuperiore capite explicauimus non percepit. Sic enim accipiendam putauit quaſi Iulianus ſenſerit, abſurdum fore ſi quis diceret pupillarem ſubſtitutum eundemque legitimum impuberis heredem poſſe omiſſa cauſa pupillaris ſubſtitutionis poſſidere hereditatem pupilli ab inteſtato impunè, quod non ita eſt. Nam putauit quidem Iulianus abſurdum eſſe, vt eſt, hunc poſſidere ab inteſtato hereditatem pupilli, nec eo magis teneri paternis creditoribus vt ſuper. cap. explicauimus, ſed non idcirco putauit abſurdum eſſe, hereditatem poſſidere illum ab inteſtato impunè. Is enim dicitur impunè poſſidere ab inteſtato, qui nullam patitur pœnam ob id quod poſſideat ab inteſtato. Hic autem de quo agimus, etſi creditoribus paternis teneretur ſecundùm Iuliani noſtramque ſententiam, non tamen pœnæ nomine tenetur, & ob id quod teſtamenti cauſam omiſerit, ſed iure communi, vt ſæpius diximus, & quia cùm hereditas patris & pupilli iuncta vnaque ſit, non poteſt fieri vt hereditatem pupillarem habeat, quin habeat etiam paternam, nec vlla in eam rem pœna opus eſt. At vt legatariis & fideicommiſſariis teneatur etiam is qui teſtamenti cauſam omiſit ſi hereditatem ab inteſtato poſſideat, non niſi pœnæ nomine fieri poteſt, cùm ſi nulla ei pœna irrogaretur, non poſſet debere legata & fideicommiſſa quæ deſtituto teſtamento intercidiſſent. Hoc verò Iulianus ſenſit, ſubſtitutũ hunc, eundemque pupilli legitimum heredem, quem abſurdum eſſet dicere non teneri creditoribus paternis, ne quidem retenta ab inteſtato pupilli hereditate, tamen non eo minùs impunè poſſe omiſſa cauſa ſubſtitutionis legitimam pupilli hereditatem retinere, id eſt, ita vt nihilomagis legatariis & fideicommiſſariis pupillaribus teneatur, quia edictum illud *ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* pœnale eſt, & contra eos factum qui dolo malo id agunt: vt circumueniant defunctorum voluntates, ne alioqui fraudis ſuæ fructum ſentiant, quem ſentirent, ſi prætor non ſe interponeret, pœna illa contra fraudem conſtituta, vt hereditas ab inteſtato poſſeſſa, ex teſtamento agnita videretur. Pœna autem iſta dignus non eſt qui non animo fraudis faciendæ, ſed vt ſibi contra patris creditores proſpiceret, licèt fruſtra & iuris errore perſuaſus omiſit cauſam teſtamenti. *Impunè* igitur dixit Iulianus pro eo quod nos pluribus explicauimus, *citra pœnam edicti*, vt ea oſtendunt, quæ immediatè ſequuntur. *Nec enim videtur voluiſſe fraudare edictum qui ſibi proſpicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Edictum verò non aliud ille intellexit, quàm quòd prætor aduerſus eos propoſuit, qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſident in necem legatariorum & fideicommiſſariorum. Aliud enim nullum eſt, nec vnquam fuit tale in fauorem creditorum, quibus ſatis eſt iunctas eſſe patris & pupilli hereditates, quod ſemper euenit quoties ſuus heres fuit inſtitutus, quamuis ſe abſtinuerit, vt in ſpecie illa Iuliani, de qua in *d. l. Iulianus*. Sed perſequamur cætera quæ apud Iulianum ſequuntur, vt eandem Triboniani manum & imperitiam certiùs agnoſcamus.

* * *

ERROR IV.

De fratre exheredato ſubſtituto fratri impuberi ſcripto heredi.

SVMMARIA.

1 *Alius Tribonianiſmus in d.l. Iulianus obſeruatus.*
2 *Verba Iuliani perperam accepta à Triboniano.*
3 *Quod Iulianus de fratre pupilli ſcribit, Tribonianus ineptè de fratre teſtatore accepit.*
4 *Patriæ poteſtatis effectum.*
5 *Quomodo pater ſibi heredes neceſſarios facere poſſit, quos poteſt filio.*

VT apertius inſcitiam ſuam Tribonianus proderet, ac quàm malè Iuliani ſententiam percepiſſet, conueniens erat vt poſt ſupra iam obſeruatos errores craſſos quidem illos,
1 ſed ſubobſcuros, hunc etiam ſubiiceret, † qui meo iudicio eſt omnium apertiſſimus in *d.l. Iulianus. verſ. ſed quod in fratre ſcripſit, credo ita intelligendum ſi non impuberis frater fuit, ſed teſtatoris. Cæterum vtique ſi frater fratri ſubſtitutus impuberi ſit, ſine dubio neceſſarius*
2 *heres exiſtet.* Scripſerat Iulianus † abſurdum fore ſi diceretur ſubſtitutum pupillarem, eundémque legitimum impuberis heredem poſſe ab inteſtato hereditatem pupillarem cum paterna coniunctam poſſidere (& quidem impunè quantum ad legatarios & fideicommiſſarios pupillares) nec tamen à creditoribus paternis conueniri poſſe, quibus eum teneri certum eſt tanquam qui ſit heres patris hoc ipſo quod eſt heres pupilli, quia ipſe fuit heres patris. Et quia de fratre ſimpliciter locutus erat Iulianus, hanc dubitandi cauſam ſumpſit Tribonianus, an de ipſius impuberis, an potius de patris eiuſdémque teſtatoris fratre Iulianus ſenſiſſet: quaſi non ſatis apertè impuberis fratrem demonſtraſſet hoc ipſo quod de impuberis hereditate loquebatur, itémque de fratre impuberi ſubſtituto. Sed tamen parum eſſet ineptam mouiſſe dubitationem, ſi non ineptiùs ad eam reſpondiſſet concludens de fratre im-
3 puberis † intelligi non poſſe ſententiam Iuliani, ac de fratre teſtatoris intelligi oportere. Nimirum collectio, qua vtitur, illa eſt, quod ſi de impuberis fratre ageremus, non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni, in qua ponimus omiſſam eſſe à ſubſtituto cauſam pupillaris ſubſtitutionis, vt pupilli hereditatem ab inteſtato poſſideret, ſiquidem frater, inquit, fratri ſuo neceſſarius heres exiſtit ſicut & patri: qui autem neceſſarius heres eſt, is non magis teſtamentariam quàm legitimam repudiare poteſt hereditatem illius cui neceſſarius heres eſt, cùm ob id neceſſarios dicatur, quam ſiue velit, ſiue nolit heres eſt, etiam ignorans & ipſo iure, §. 1. *Inſtit. de heredit. qualit. & differ. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. l. apud hoſtes* 8. *C. eod.* At è contrario frater teſtatoris ſicut heres fratri ſuo neceſſarius non eſt ſed voluntarius, ita nec fratris ſui filio impuberi cui fuit ſubſtitutus, ideóque & pupilli hereditatem teſtamentariam repudiare poteſt, & ea repudiata, ſimúlque retenta legitima locum facere quæſtioni, An à patris creditoribus itémque pupilli legatariis & fideicommiſſariis conueniri nihilominus poſſit. Ego verò etſi fateor in fratre teſtatoris quæſtioni noſtræ locum eſſe poſſe, nihil tamen cauſæ video cur ad hanc adeò improbabilem interpretationem confugiendum ſit, vt quod Iulianus tractans de ſubſtitutione pupillari, & de impuberis hereditate, ſimpliciter ſcribit de fratre ſubſtituto, ad fratrem teſtatoris referendum videatur potiùs quàm ad fratrem pupilli. Obſeruo enim quod ex propoſita legis ſpecie tam apertum eſt, vt vix alius quàm Tribonianus in eo falli potuerit, fratrem hunc, quem Iulianus fratri ſuo ſubſtitutum ſcribit, exheredatum fuiſſe, non inſtitutum. Inſtitutus enim proponebatur alius frater, cui erat hic ſubſtitutus, vt ex eo apparet quod initio legis præfatur Iulianus, fratrem cui pater ſubſtitutum dederat ſe abſtinuiſſe. Abſtinere namque proprium eſt eorum heredum qui iam ipſo iure heredes extiterunt, non eorum qui nec ſi velint heredes eſſe poſſint, *l. neceſſariis* 57. *de acquir. heredit. d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Neque poſſis niſi omnino improbabiliter comminiſci alium quoque fratrem, quem nos fratri impuberi ſubſtitutum ponimus fuiſſe, cum fratre abſtento ex parte inſtitutum, quo caſu non negarem, eum fratri neceſſarium heredem fore: ſi enim verum eſt vulgare illud brocardicum Doctorum, Indefinitam æquipollere vniuerſali, quid refert an dicamus cum Iuliano indefinitè pupillum hunc paterna hereditate ſe abſtinuiſſe, an vniuerſaliter vt nos interpretamur *vniuerſa paterna hereditate.* Quid rurſus an dicamus pupillum hunc ab vniuerſa hereditate ſe abſtinuiſſe, an verò ex vniuerſa hereditate heredem extitiſſe, ſi nemo ſe abſtinet, vt proximè diximus, niſi qui heres extitit? Adde quòd in prima illa ſpecie quam Iulianus, aut potiùs ex Iuliano Vlpianus tractat, non plures liberi teſtatoris proponebantur, ſed ille tantùm impubes qui fuerat inſtitutus, & cui datus erat pupillaris ſubſtitutus. Neceſſe igitur eſt vt ponamus fuiſſe illum ex toto aſſe inſtitutum, nulla ſcilicet apud Iulianum facta coheredis cuiuſpiam mentione. Nec quod ſubinde ponit alium caſum in quo pupillus hic inſtitutus fratrem aliquem eundémque ſubſtitutum habuerit, mutat ſpeciem ad perſonam ſubſtituti, formámque inſtitutionis, ſed tantum quantum ad perſonam ſubſtituti, hoc ſemper ex priore ſpecie retento, quòd filius inſtitutus, & abſtentus, ſolus & ex toto aſſe fuerit inſtitutus. Nam neque nouum eſt vt pater duos habens filios vnum inſtituat & alium exheredet, vt & in ſpecie, *l. filius* 41. *quæ eiuſdem Iuliani eſt eod. tit. de acquir. heredit.* Hoc autem ſuppoſito quòd frater inſtitutus & abſtentus ex toto aſſe fuerit inſtitutus, quid aliud poſſumus dicere quantum ad alium fratrem ſubſtitutum, niſi quòd fuerit is exheredatus? Alioqui ſi nec inſtitutus eſſet, nec exheredatus, vtique eſſet præteritus, nec patris ſui in cuius familia fuiſſet, teſtamentum valere pateretur *l. ſi filius* 7. *cum l. ſeq. l. inter cætera* 30. *D. de liber. & poſthum.* at cùm fuit exheredatus frater qui idem fratri impub. fuit ſubſtitutus, quis vnquam præter Tribon. in eum errorem poſſit incidere, vt putet neceſſarium fratri ex teſtamento heredem eſſe debere illum, qui nec volens patri ex teſtamento eſſe poſſit? Non ignoro ius hoc eſſe
patris ob patriam † poteſtatem, quæ moribus quoque 4
inducta eſt, vt non tantùm pupillariter ſubſtituere filio ſuo impuberi poſſit ſed etiam neceſſarios heredes ei facere illos ipſos quos & ſibi poteſt, *l. ſed ſi plures* 10. *§. 1. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* quod vnum hac in re Tribonianum ſine dubio fefellit. Sed dico quod Tribonianus ſcire debuit, tum id verè dici & appoſitè, cùm pater eum ſibi neceſſarium heredem fecit, quem filio ſuo facere voluit, non autem ad fratrem fratri neceſſarium heredem faciendum ſufficere, quòd eum ſibi quoque neceſſarium facere potuerit, niſi etiam fecerit. Ita enim accipiendum eſſe quod Vlpian. ſcribit in *d. l. ſed ſi plures §. 1.* explicat idem Vlpianus noſter in *l. 2. §. prius autem. eod. tit.* in illis verbis, *vſque adeò, vt quos quis ſibi facit neceſſarios, eoſdem etiam filio faciat,* vt intelligamus fieri à patre neceſſarium heredem filio eum, non quem pater ſibi facere potuerit & noluerit, ſed quem & potuerit & fecerit. Eſtque captio & fallacia euidens in hac propoſi-
tione, † *Quos pater ſibi heredes neceſſarios poteſt facere,* 5
poteſt etiam filio, ſi verbum, *poteſt,* bis in ea vſurpatum aliter in priore parte, aliter in poſteriore vſurpetur, in priore

Digitized by Google

priore nimirum de poteſtate ad actum non redacta, in poſteriore verò de poteſtate ad actum redacta, ſed in vtraque accipi debet vniformiter, quomodo noſtri loquuntur, id eſt, ita vt pater qui aliquem ſibi neceſſarium heredem fecit, eundem ſi filio heredem ſcribat, neceſſarium faciat, ſi verò non faciat ſibi, eundem nec filio facere poſſit, quamuis potuerit facere ſi ſibi feciſſet. Nec ſanè poteſt quicquam dici abſurdius quàm vt pater filio ſuo impuberi neceſſarium heredem facere poſſit, eum, quem à ſua exheredauerit hereditate, hoc ſolo prætextu quòd potuerat pater eum ſibi quoque neceſſarium facere, ſi voluiſſet. Non enim, quod facere potuit, nec fecit, pro facto habendum eſt, cùm imputari ei poteſt cur non fecerit.

ERROR V.

De ſuo herede inſtituto ſe abſtinente ex teſtamento & paternam hereditatem retinente ab inteſtato. Ad l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l.2.C. pro hered. l.2.C.vnd.liber.

SVMMARIA.

1 *Suo heredi inſtituto ſe abſtinenti ex teſtamento hereditatem ab inteſtato retinere non licet.*
2 *Qui teſtamentariam hereditatem repudiauit, ſi in fraudem legatariorum & fideicommiſſariorum eandem ab inteſtato retineat, in edictum prætoris incidit.*
3 *Sententia l.1.§. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ.teſt.*
4 *Caſus quo plus eſt* videri, *quàm* eſſe.
5 *Verba ἄτοπα Vlpiani in d.§. qui ſunt in poteſtate excutiuntur.*
6 *Vlpiani verba in d.§. qui ſunt in poteſtate non poſſe commodè accipi de bonorum poſſeſſione ab inteſtato petita.*
7 *Filius qui eſt in poteſtate habens ſubſtitutum non poteſt omiſſo teſtamento, ab inteſtato ſuccedere vel querelam mouere.*
8 *Suo heredi inſtituto licet abſtinenti bonorum poſſeſſio ab inteſtato deferri nequit.*
9 *Nihil pro herede vſucapi poteſt ſuis heredibus exiſtentibus.*
10 *De ſententia l.2.C.de vſuc.pro hered.*
11 *D.l. 2. ſenſum non eſſe quem affingunt interpretes, quòd ſuus heres non poſſit quicquam vſucapere pro herede.*
12 *Interpretum ſententiam non adſtrui ex l.2.§.1.D.pro herede.*
13 *Suus heres dominus quidem viuo patre eſſe intelligitur, at non poſſeſſor.*
14 *Ratio l.1.§.1.D.pro don.à Cuiacio non bene percepta.*
15 *Diſtinctio quorundam cenſentium vſucapionem pro bonorum poſſeſſore procedere cùm ſui heredes ſe abſtinent.*
16 *Nullam eſſe pro poſſeſſore vſucapionem vbi eſt ſuus heres quamuis abſtinens.*
17 *Eiuſdem rei duo domini eſſe poſſunt, vnus bonitarius, alius Quiritiarius: at eodem dominij genere eſſe non poſſunt.*
18 *Ius ſui heredis etiam ſe abſtinentis impedit ius fiſci.*
19 *De ſententia l.2.C.vnd.liberi.*

1 PLane in eo filio † qui & à patre ſuo inſtitutus & patri & filio neceſſarius heres extitiſſet, non poſſet fieri, vt omiſſà ſubſtitutione pupillari hereditatem fratris ab inteſtato poſſideret, nec ſi patris quoque hereditate ſe omnino abſtinuiſſet, quia tametſi quiſquis neceſſarius eſt, beneficium abſtentionis habeat à prætore, nunquam tamen prætor permittit neceſſario hæredi ſcripto, vt à cauſa teſtamenti abſtineat, ſi ab inteſtato hereditatem retinere velit, non ſolùm quia ſunt iſta penitus contraria, ſe abſtinere, & retinere (in quo alia ratio eſt repudiationis alia abſtentionis, cùm repudiare poſſit hereditatem teſtamentariam is quoque qui legitimam nihilominùs retineat) ſed etiam quia ſecum implicaret contradictionem prætor, ex cuius iuriſdictione beneficium abſtentionis eſt, ſi neceſſarium heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato retinere vellet, haberet pro abſtento ex teſtamento, cùm è contrario eum qui reuera teſtamentariam † hereditatem repudiauit, quam nullo tempore 2
habuit, ſi in fraudem legatariorum & fideicommiſſariorum eandem ab inteſtato retineat, pro eo habeat, acſi ex teſtamento adiiſſet *leg. 1. l. ſi filius 23. cum ſeq. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Idque meo iudicio
eſt quod Vlpianus † ſentit in *dicta leg. 1. §. qui ſunt in* 3
poteſtate. ill. tit. vbi, poſteaquam ſcripſit eos qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere quod ſe abſtinere poſſint. Subiicit, *quod ſi poſtea miſcuerint, ex teſtamento videntur heredes.* Quod enim ait *poſtea* nihil aliud ſignificat quàm *poſt abſtentionem* ex teſtamento ſcilicet factam. Et hoc ſibi vult, eum qui ex teſtamento ſe abſtinuit permittente id edicto prætoris, licèt ex eo tempore non habeatur apud prætorem pro herede teſtamentario, qualis reuera eſt, ſi tamen poſt abſtentionem quoquomodo ſe immiſceat, non tantùm eſſe illum heredem re ipſa teſtamentarium, ſed etiam videri talem, id eſt, pro tali à prætore haberi. Plus namque eſt hoc caſu † videri quàm 4
eſſe, quantum ad effectum acquiſitæ hereditatis, quia *eſſe* præcedit, nec ideo dicitur filius videri heres quod non ſit re vera. Sed quoniam ſi abſtentionem non eſſet ſecuta immixtio, eſſet quidem ille nihilominus re vera heres, ſed non eſſe videretur. Itaque qui eſſe videtur, hoc caſu & eſt & videtur. Qui verò eſſe non videtur, licèt re vera ſit, pro eo tamen habetur acſi non
eſſet. Quod cùm ita ſit, planè non † intelligo quid illud 5
ſit, quod ibidem ſubiungitur, *niſi ſi abſtinuerint quidem ſe teſtamento, verùm ab inteſtato petierint bonorum poſſeſſionem. Hic enim incident in edictum.* Nam ſi verum eſt, quod negari non poteſt, ſuum heredem inſtitutum quantumuis abſtineat, perinde tamen ex teſtamento heredem re vera eſſe, acſi non abſtinuiſſet, adeò vt & libertates directæ competant ipſo iure, *leg. ſciendum 32. D. de manumiſſ. teſtam.* & reſtitui poſſit hereditas fideicommiſſaria, nulla quoque immixtione præcedente, *leg. ita tamen 27. §. ſi pater. D ad SC. Trebellianum, iunct. leg. cum quaſi 32. §. ſeu etſi ſuus. D. de fideicomm. libert.* quomodo fieri obſecro poteſt, vt exiſtente ſuo herede teſtamentario, hereditas ab inteſtato deferatur? An non violaret ea res notiſſimas iuris regulas, quæ non priùs hereditatem ab inteſtato deferri patiuntur, quàm certum eſſe cœperit neminem poſſe heredem eſſe ex teſtamento, *leg. quandiu poteſt. 39. D. de acquirend. heredit. l. quandiu 89. de regulis iuris.* Itaque ſola ſpes futuri heredis ſui, omnes eos interim remouet, qui alioquin legitimi futuri eſſent, *l. pen. §. 1. D. vnd. legit.*
Nec eſt quod dicamus Vlpianum † *in d. §. qui ſunt in* 6
poteſtate, non de legitima inteſtati hereditate tractare, ſed de bonorum poſſeſſione ab inteſtato petita, cuius vt alia ratio videri debeat, quã hereditatis, illud facit, quod bonorum poſſeſſiones omnes ſunt ex iuriſdictione prætoris, apud quem pro herede teſtamentario non habetur ſuus heres qui ſe abſtinuit. Nam, vt iam dixi, habet quidem prætor pro non herede ſuum heredem ſe abſtinentem, *leg. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. faciend. l. ſi filius. 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* at non poteſt

pro abſtinente habere filium qui ab eo petit bonorum
poſſeſſionem. Nec magis eum qui petit bonorum poſ-
ſeſſionem ab inteſtato ex capite Vnde liberi, quàm ſi
peteret ſecundum tabulas, quia vtrumque verum eſt
abiicere conſilium, quod aliquando habuit ſe abſtinen-
di, cumque negari non poſſit hunc ſe immiſcere qui
bonorum poſſeſſionem petit, adeò vt etiam pro herede
gerere dicendus ſit *l. puberem 12. C. de iur. delib.* eáque
immixtio tollat non modò effectum, ſed etiam intelle-
ctum abſtentionis, vt in ſimili loquitur Papin. *in l. ſi pa-
troni 55. §. vltim. D. ad SC. Trebell.* conſequens eſt vt
prætor non niſi ridiculè poſſit habere pro abſtento fi-
lium cui dat poſſeſſionem bonorum patris, ſiue det pe-
tenti tanquam ex teſtamento, ſiue tanquam ab inte-
ſtato. Quod ſi non habet eum pro abſtento, quid aliud
dici poteſt, niſi vt habeat eum pro herede ex teſtamento
qualis re vera eſt? Quo rurſus admiſſo quid opus eſt,
quæſo, inducere poteſtatem edicti prætoris vt legata-
riis & fideicommiſſariis, non niſi ex æquitate teneatur
ille, qui ipſo iure heres eſt ex teſtamento? Atque in
hanc rem textus videtur, nec obſcurus nec inelegans
in *leg. Papinianus 9. §. quarta autem. D. de inoff. teſtam.*
vbi tractans Vlp. de filio, qui omiſſa cauſa teſtamenti
velit ab inteſtato poſſidere hereditatem aut conqueri
de inofficioſo teſtamento cùm haberet ſubſtitutum,
addit diſertis verbis, *ſi non fuit in poteſtate*, vt intelliga-
mus de filio † qui in poteſtate ſit, habeátque ſubſtitu-
tum, non idem dici poſſe, vt omiſſo teſtamento poſſit,
7 vel ab inteſtato ſuccedere, vel querelam mouere. Inſta-
bis, eum, qui poſtquàm ex teſtamento ſe abſtinuit, petit
bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, non videri ſe im-
miſcere ex teſtamento, ideóque nec videri reuocare ab-
ſtentionem ex teſtamento factam? Sed iam dixi ſufficere
quod ſe quoquomodo immiſceat, vt nunquam ſe ab-
ſtinuiſſe videatur, & conſequenter vt quemadmodum
re vera heres ex teſtamento manet durante quoque ab-
ſtentione, ita pro tali etiam apud prætorem habendus
ſit, tum quoque cùm petiit bonorum poſſeſſionem tan-
quam ab inteſtato. Prius ſiquidem eſt vt ei deferatur
bonorũ poſſeſſio ab inteſtato ex edicto prætoris, quàm
vt eam vel petere poſſit, vel admittere, aut etiam repu-
diare, *l. 1. §. decretalis, D. de ſucceſſ. edict.* Priùs ergo pro-
bandum eſſet, quod nos negamus, deferri ab inteſtato
bonorum poſſeſſionem ſuo heredi inſtituto, quan-
tumuis ſe abſtinenti, præſertim verò ſi poſt abſtentio-
nem quoquomodo ſe immiſceat, quàm de illo tractan-
dum. An incidat in edictum ſi omiſſa cauſa teſtamenti
petat bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Non poſſe
autem ſuo † heredi inſtituto quantumlibet abſtinenti,
bonorum poſſeſſionem deferri ab inteſtato, ex eo quo-
8 que intelligimus, quod ſcriptum eſt in *l. 2. C. de vſuc.
pro her.* nihil † pro herede vſucapi poſſe ſuis heredi-
bus exiſtentibus. Nec enim niſi nimis craſſo iuris errore
9 poſſet quis putare heredem eſſe quem poſſe ſuis here-
dibus exiſtentibus, cùm fieri nequeat vt eidem perſonæ
duo ſint in ſolidum heredes *l. quod contra. 11. §. vni duo.
D. de reg. iur.* Adeo vt nec SC. Trebelliani autoritate
fideicommiſſarius vniuerſalis potuerit fieri heres, ſed
tantum heredis loco. *§. reſtituta Inſtit. de fideicom. her.*
quamuis certum ſit Senatum potuiſſe facere heredem,
vt ex SC. Tertylliano & Orficiano conſtat, in eóque
plus iuris habuiſſe quàm prætorem, qui non magis he-
redem facere potuit quàm legem. *§. quos autem. Inſtit. de
bon. poſſeſſ.* Quare nec aliud erit, ſi ponas rem heredita-
riam ab aliquo poſſeſſam, qui bona fide putauerit ſe
heredem, ignorans fortaſſe vllos exiſtere ſuos heredes.
Neque enim falſa illa opinio prodeſſe poteſt ad vſu-
capionem ſine titulo vero præcedente *l. pen. & vlt. C. pro
hered.* titulus autem præcedere nullus poteſt pro herede
10 ſuis heredibus exiſtentibus. Ne alioqui plus † poſſit
falſa opinio in caſu falſo & ficto, quàm veritas in caſu
vero. Eamque ob cauſam Imp. in *d. l. 2. pro hered.* gene-
raliter & indiſtinctè loquuntur, hoc eſt, non adhibita
illa diſtinctione, An qui vſucapere vult pro herede,
ſuis heredibus exiſtentibus, ſciuerit aliquos exiſtere
ſuos heredes, an ignorauerit, quandoquidem ipſa rei
natura eſt impedimento, ne quid ignorantia prodeſſe
hoc caſu poſſit, cùm per rerum naturam, & per legem
certum ſit non eſſe ſine herede illum, qui ſuum here-
dem habet, quamuis ſe abſtinentem nedum ignoran-
tem, quod non æquè certum eſt extraneo herede inſti-
tuto, tametſi iam herede per aditionem facto. Etſi
enim non minùs in hoc quàm in ſuo herede verum eſt,
fieri nullomodo poſſe vt cuius hic iam ex toto aſſe he-
res eſt, alius ſit etiam heres, in eo tamen differunt,
quod extraneum heredem non ſicut ſuum heredem
omnimodo eſſe certum eſt, quippe qui vel adhuc poſ-
ſit, vel aliquando potuerit non eſſe. Itaque caſus ali-
quis eſt in quo nullum ſit impedimentum, quominùs
vſucapio pro herede poſſit locum habere contra extra-
neum verum heredem, ob idque procedit ſemper, niſi
vel mala fides, vel quid aliud extrinſecum adferat im-
pedimentum. Miror verò nec ſatis mirari poſſum vulga-
res noſtros interpretes † qui tam malè feriati ſunt, vt
putent ſententiam *d. l. 2. C. pro hered.* non aliam eſſe, 11
quam vti ne poſſit ſuus heres quicquam vſucapere pro
herede. Cur non enim poſſit ſicut alius heres quilibet,
cùm habeat verum & iuſtum titulum, ſi fortè in patris
hereditate aliquid inuenerit, quod eſſet alienum qui-
dem, ſed tamen vitio nullo adfectum? An ob id dete-
rioris conditionis eſſe debebit, quod in cæteris omni-
bus ſit melioris? Nam quod in hanc rem adferre ſolent
l. 2. §. filium. D. eo. huius potiùs † errorem impugnat
cum habeat illa lex rationem quam IC. ponit, quòd 12
iam viuo patre filius rei à patre ſibi donatæ poſſeſſio-
nem naturalem habere videretur. Non tanquam ſuus
heres, vt vulgo malè putant *ex l. in ſuis 11. D. de lib. &
poſth.* (nam ſuus † dominus quidem etiam viuo patre
eſſe intelligitur, at non poſſeſſor non magis quam ex- 13
traneus heres quilibet, quoniam dominium iuris eſt,
poſſeſſio facti *l. cum heredes. 23. D. de acq. poſſ.*) ſed vt *in
l. Pomponius 35. D. famil. erciſc.* ex cauſa donationis
quæ facta fuerat per traditionem. Ideóque non poterat
videri filius pro herede vſucepiſſe id quod non pro he-
rede, ſed pro donato poſſediſſet, cum nec mutare ſibi
cauſam poſſeſſionis potuiſſet, vt & eodem loco ſcri-
ptum eſt. Nec rurſus *ex tit. pro donato.* cum donatio à
patre in filiumfam. collata nullius planè ſit momenti,
nec proinde fieri poſſit, vt quæ donatio non transferret
dominium donata re quæ eſſet propria donatoris, ea-
dem transferrat iuſtam vſucapiendi cauſam aliena re
donata, quæ ſententia & ratio † eſt *l. 1. §. 1. D. pro donat.*
à Cuiacio non bene percepta ad *d. l. 2. D. pro her.* & ad 14
Paulum *lib. 5. ſent. t. 11. §. pater.* Nec rurſus illa quorun-
dam † diſtinctio placet, an ſui heredes exiſtant dun-
taxat non etiam extent, an verò & exiſtant & extent, id 15
eſt, an ſe abſtinuerint nécne, vt ſi ſe non abſtinuerint
nulla poſſit contra eos procedere vſucapio, nec pro
herede nec pro poſſeſſore, ſi verò ſe abſtinuerint, vſu-
capio quidem pro herede nulla eſſe poſſit, cùm ſui he-
redes, etiamſi ſe abſtinuerint, impediant agnatos ne
iure ciuili venire poſſint, vſucapio tamen pro bono-
rum poſſeſſore procedat, propterea quòd, inquiunt, ſui
heredis exiſtentia non impediat quominus agnati iure
prætorio venire poſſint. Etſi enim non negamus, etiam
ſuis heredibus exiſtentibus agnatos ad bonorum poſ-
ſeſſionem admitti poſſe: nullam tamen pro poſſeſſore
† vſucapionem agnoſcimus, quam nec ipſi agnouerunt
iuris autores, quia cùm vſucapio ſit tota ex iure ciuili 16
non ex prætorio, nulla verò bonorum poſſeſſio ſit, niſi
ex prætoris iuriſdictione, planè conſequens eſt vt titu-
lus bonorum poſſeſſionis non poſſit eſſe habilis &
idoneus

idoneus ad vſucapiendum, alio iam ſuo herede exiſtente. Non quia ad vſucapionis cauſam non ſufficiat quod quis factus iam ſit dominus à prætore, vt conſtat ex *l. ſi ſit ita. 15. §. Iulianus. D. de damn. infect.* ſed quoniam qui iam ſuus heres eſt, cùm ſit ſuus per legem, haud dubiè dominus eſt iure Quiritium, quia lex vnus eſt ex modis acquirendi dominij iure Quiritium. Qui verò vſucepiſſet is etiam iure Quiritium dominus eſſet ſi quidem vſucapio alius etiam modus eſt acquirendi dominij iure Quiritium, vt docet Vlp. *in fragment. tit. 19. de acquiſit. rer.* Atque ita ſi ſuo herede exiſtente poſſet alius vſucapere pro poſſeſſore, eſſent duo eiuſdem rei domini in ſolidum, eodem dominij genere, quod non magis fieri poteſt, quàm vt ſint duo
17 in ſolidum heredes. Poſſent † quidem duo eſſe eiuſdem rei domini, vnus Bonitarius, alius Quiritiatius, vt in ſpecie *d. §. Iulianus. & l. quamuis 75. D. de iur. dot.* At eodem dominij genere non poſſunt. Aliud eſſet, ſi de iis bonis ageremus, quæ nondum cuiquam eſſent acquiſita iure Quiritium. At nos tractamus de ſuo herede qui quantumuis abſtinuerit, heres tamen & dominus eſt, quique ideo impedit ne quiſquam alius iure Quiritium dominus eſſe aut fieri poſſit, ſicut & fiſcum excludit, *l. ſi pupillus 78. D. ad SC. Treb. l. ſi non expedierit. 6. D. de reb. autor. iud. poſſid.* Si quem alioqui inuitare potiùs dicendus eſſet, vt in ſpecie *leg. vltim. D. de ſucceſſ. edict.* vbi Papinianus negat inferioris gradus cognatum poſſe habere beneficium edicti ſucceſſorij, ſi prior ex propria parte poſſeſſionem acceperit, quamuis abſtinendi facultatem, ob auxilium ætatis prior cognatus poſtmodum accepiſſet. Indéque nimirum infert bona iſta tanquam vacantia fiſco deferenda eſſe: quia cùm cognatus nullum ius in his bonis vnquam habuerit, niſi ex iuriſdictione prætoris, prætor autem non habeat pro bonorum poſſeſſore illum cui dat beneficium abſtinendi per in integrum reſtitutionem, quando ex eiuſdem prætoris iuriſdictione ſint omnes reſtitutiones, conſequens eſt vt ea bonorum poſſeſſionis petitio, quæ per reſtitutionem ſublata fuit, non impediat quominùs fiant perinde bona vacantia acſi nunquam poſſeſſorem habuiſſent. Sed
18 ſecus eſt in filio ſe abſtinente, † quoniam ſicut eum non prætor, ſed ius ciuile facit heredem, ita nec reſtitutio in integrum data per prætorem, aut etiam beneficium abſtentionis quod ex eiuſdem prætoris iuriſdictione eſt, facere poteſt vt bona debeant videri vacantia, quæ etiam nunc dominum habent. Ne aliter poſito iure, duo domini iure Quiritium reperirentur, cum lex Iulia non minus faciat fiſcum dominum bonorum vacantium, quam lex duodecim tabularum ſuum heredem. *leg. quidam. 96. §. quoties de legat. 1.* Ergo ſi ius illud ſui heredis etiam poſt abſtentionem, aut in integrum reſtitutionem extinguit, aut, vt meliùs dicam, impedit ius fiſci, multo magis impediet vſucapionem pro poſſeſſore. Neque dubitandum eſt quin
19 id quod ſcriptum † legimus *in l. 2. C. vnd. liber.* Ex teſtamento vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote ſuo herede neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere, generaliter accipiendum ſit & porrigendum etiam ad quamlibet aliam dominij Quiritiatij cauſam, cùm non alia fiat ratione, vt nemo poſſit ab inteſtato heres exiſtere, quam quòd heres ſignificet dominum. Non tamen ſimiliter porrigendum erit ad cauſam bonorum poſſeſſionis inteſtati. Cùm enim prætor dando bonorum poſſeſſionem, quæ ſcilicet ſit, cum re & effectu tribuat poſſeſſori dominium, vt ait *l. 1. D. de bon. poſſ.* nempe bonitarium. (Quiritiatium enim dominum facere prætor nunquam potuit) filius verò qui ipſo iure heres eſt, quantumuis ſe abſtineat, dominus ſit, non quidem bonitarius, ſed Quiritiatius, quia dominium bonitarium quod ei ſemel quæſitum fuit ipſo iure poſtea fuit amiſſum per abſtentionem quæ vtilitatem hereditatis ei abſtulit: conſequens fit, vt bonorum poſſeſſionem ab inteſtato dare quidem poſſit prætor etiam ſuo herede exiſtente, ſed non præbere cauſam vſucapiendi, quia ſic faceret vt duo eſſent earundem rerum domini Quiritiatij. quod fieri nullo modo poteſt, vt diximus.

ERROR VI.

De ſuo herede vulgarem ſubſtitutum habente, an neceſſarius ſit an voluntarius.

SVMMARIA.

1 *Error vulgaris, ſubſtituti datione tolli exiſtentiam ſui heredis, & ſuum heredem, cui ſubſtitutus fuit ex neceſſario fieri voluntarium.*
2 *Ratio quâ Bartolus & alij relatum dogma confirmant.*
3 *Alia Bart. ratio.*
4 *Argumentum quod autorem quondam in Bartoli ſententiam traxit.*
5 *Alia Bart. ſententiæ confirmatio.*
6 *Contraria autoris diſputatio: vbi primùm probat contra Bart. verba hæc,* ſi heres non erit & ſi heres eſſe volet, *maximopere inter ſe differre.*
7 *Vulgari ſubſtitutione duplex caſus continetur, vnus voluntatis, alius impotentiæ.*
8 *Filium ex neceſſario herede non fieri voluntarium etiamſi ita ei ſubſtitutum ſit, filius meus heres eſto, ſi filius meus heres eſſe aut nolet aut non poterit.*
9 *Heres neceſſarius vt voluntarius fiat, debet conditio in ipſa inſtitutione poni non in ſubſtitutione.*
10 *Verba illa ſubſtitutionis vulgaris, ſi filius heres non erit, ex neceſſario heredem voluntarium non efficere.*
11 *Argumentum quo euincitur filium non fieri voluntarium heredem ex neceſſario ſi habeat vulgarem ſubſtitutum.*
12 *Conditiones poteſtatiuæ faciunt ſuos heredes ex neceſſariis voluntarios.*
13 *Nulla eſt conditio magis poteſtatiua quàm hæc,* Si voluerit.
14 *Extraneus non prius eſt heres quàm voluntatem ſuam declarauerit.*
15 *Quid iuris ſit vbi ſuus heres inſtituitur ſub illa conditione ſi heres eſſe voluerit.*
16 *Reſponſio ad rationem Bartoli notatam ſup. numero 2.*
17 *Reſponſio ad ſecundam Bart. rationem num. 3. relatam.*

CVm de ſui heredis exiſtentia tractare cœpimus *in Errore octauo Decadis præcedentis*, etſi hunc quoque caſum attigimus, quo pater ſuo heredi inſtituto vulgarem dederit ſubſtitutum, quod primum membrum eſt diſtinctionis Bartolinæ a nobis eo loco & relatæ & confutatæ, monuimus tamen dignum eſſe tractatum de quo ſeparatim hoc capite diſputationem inſtitueremus. Vulgaris † enim non quæſtio ſed error eſt 1
interpretum omnium, nec veterum duntaxat, ſed etiam recentiorum, quem nos quoque ſecuti aliquando ſumus, vulgaris ſubſtituti datione tolli exiſtentiam ſui heredis, & filium cui ſubſtitutus datus fuit hoc ipſo fieri ex neceſſario voluntarium. Nec ſanè faciliùs vnquam fallimur, quàm cùm interpretum errores bona fide ſequimur, & pro exploratis habemus quæ illi habent pro veris. Bartolum cæteroſque mouit illa † ra- 2

tio quod cùm pater ita ſcribit, *Filius meus heres eſto. ſi
filius meus heres non erit, Sempronius heres eſto,* videtur
aperta eſſe voluntas illa patris vt in filij arbitrio &
electione ſit an heres eſſe velit, necne: non minùs
quàm ſi heredem eum ſcripſiſſet ſub ea nominatim
conditione, *ſi heres eſſe vellet,* quo caſu dubitari non
poſſet, quin filius ex neceſſario herede voluntarius
3 factus eſſet *l. verb. hac* 12. *D. de condic. inſtit.* Addit †
Bartolus parum intereſſe an heres inſtitutus ipſe ſibi
ſubſtitutus ſit, an alium ſubſtitutum acceperit. Eum
porrò qui ipſe fuerit ſubſtitutus, hanc ſaltem habere,
non tantùm à lege, ſed etiam à teſtatore vt inſtitutio-
nis cauſam prætermittere poſſit ſi velit, vt Vlpianus
ſcribit *in l.1. §. Si quis proponatur. D.ſi quis omiſ. cauſſ.
teſtam.* Me verò illud † præcipuè in Bartoli ſententiam
4 trahebat, quòd ſi datio vulgaris ſubſtituti, exiſtentiam
ſui heredis non tolleret, fatendum eſſet ſuo herede
inſtituto nunquam fore in patris poteſtate, vt ei vel
ſubſtitutum vulgarem vtiliter daret, vel coheredem,
cùm quiſquis neceſſarius heres eſt, ſtatim & ipſo iure
heres ſit, etiam ignorans adeóque inuitus *d. l.* 1, *§. qui
ſunt in poteſtate. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. l. apud
hoſtes.* 8. *Cod. eodem.* poſt acquiſitam verò hereditatem
nec vulgaris ſubſtitutio locum habeat, nec ius adcreſ-
cendi, *leg. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtit.
l.vnic.§.his ita definitis. C. de caduc. tollend. lege prima.
§. interdum. D.de vſufruct.adcreſcend.* Atqui certum eſt
ſuo heredi perinde ac alij cuilibet ſubſtitutum vulga-
rem dari poſſe: itemque coheredem qui filio abſtinen-
te admittitur, ille ſubſtitutionis, hic adcreſcendi iure,
leg. ex contractu. 44. *D. de re iudicat.* Neque verò po-
tuiſſet aut neceſſaria aut vtilis eſſe conſtitutio diui
Marci, quæ ſubſtitutionem filio impuberi factam in
caſum vulgarem trahit ad caſum pupillarem niſi fre-
quens iis temporibus fuiſſet, vulgarem ſubſtitutio-
nem fieri filio impuberi: quamuis ſuo neceſſario he-
redi, qualem eſſe vtique neceſſe eſt illum cui pupilla-
ris ſubſtitutio facta proponatur, *leg.* 2. *§.penult. &
vltim. lege quarta D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* De-
5 nique † vrget pro Bartolo Africani reſponſum quod
ille pro ſe adducit *in leg. ſi filius.* 16. *D. de liber. & poſt-
hum.* vbi ſuus heres inſtitutus, cui vulgarem ſubſtitu-
tum dedit pater, ſi moriatur nondum nato poſthumo,
qui in ea ſpecie præteritus proponebatur, non intel-
ligitur fuiſſe ſuus heres patri, cui fuiſſet, vt eadem lex
ait, ſi ſubſtitutum nullum habuiſſet. Hæc enim omnia
ſunt, ni fallor, quæ pro tuenda Bartoli, receptiſſimá-
que omnium ſententia, adduci vel ſolent vel poſſunt.
6 Quæ tamen, ne † probari nunc nobis poſſint, illud in
cauſa eſt, quòd video verba illa vulgaris ſubſtitutionis,
Si heres non erit, multum diſtare ab iis, *Si heres eſſe volet,*
quæ ex neceſſario faciunt voluntarium. Primùm quia
conditio ſic concepta, *Si heres non erit,* impleri po-
teſt, etiam in eo qui heres eſſe vellet, ſi poſſet, puta ſi
talis caſus contingat, in quo ſuus heres inſtitutus,
vel viuo patre deceſſerit, vel poſt mortem quoque
patris heres exiſtere impeditus ſit ex aliqua cauſa, vt
in ſpecie, *dict. l. ſi filius.* Verum enim eſt, quod & in-
7 terpretes noſtri † paſſim iactitant, vulgari ſubſtitu-
tione duplicem caſum contineri, vnum quem illi vo-
cant voluntatis, alium quem impotentiæ, nec minus
ſit locus vulgari ſubſtituto, cùm inſtitutus moritur
viuo teſtatore, aliterve prohibetur ne heres eſſe poſſit,
etiamſi vellet eſſe, quàm ſi nollet cùm poſſet. *dicta
lege ſi filius. leg. cùm ex filio.* 39. *§.quidam. D.de vulgar.
& pupillar. ſubſtitut.* Quid ergo neceſſe eſt ea verba, *Si
heres non erit,* ita accipere, ac ſi ſcriptum eſſet *Si heres
eſſe nollet,* cùm in alio ſenſu verificari poſſint? Immo
inquies, hæc ipſa ratio, quam attulimus, quòd vul-
garis ſubſtitutio contineat duplicem caſum voluntatis
& impotentiæ, potius facere debet, vt nihil penitus
intereſſe videatur, an teſtator ita locutus ſit ſimplici-
ter, *Si heres non erit,* an hoc modo diſtinctius, *Si heres
eſſe aut nollet aut non poterit.* Quod enim ad volunta-
tem teſtatoris attinet, parum refert, an expreſſa ſit,
an tacitè ſubintelligenda, in iis ſcilicet quæ pendent
ex mera ipſius voluntate, cuiuſmodi eſſe videtur hoc
de quo agimus, vt ſuus heres fiat voluntarius cùm in
patris poteſtate ſit, itémque domini facere ex neceſſa-
rio herede voluntarium, ſi modo eam habet volunta-
tem. Alioqui dicendum erit ſubſtitutum vulgarem ſuo
heredi datum, nunquam admiſſum iri niſi eo caſu quo
filius heres eſſe non potuiſſet, non illo etiam quo
heres eſſe potuiſſet ac reuera extitiſſet. Quod tamen
falſum eſſe conſtat ex *d. l. ex contractu.* 44. *de re iud.*
aliiſque innumeris, in quibus videas, eum qui ſuo
heredi ſubſtitutus fuit admitti ex ſubſtitutione non
ſolùm ſi ſuus heres ipſo iure heres fuerit, ſed etiam
quod magis eſt ſi vltro ſe immiſcuerit, adeóque tutore
autore. Ego verò defendo quod mirabilius videatur,
etiamſi vulgaris † ſubſtitutio ita eſſet concepta, *Filius* 8
*meus heres eſto, ſi filius meus heres eſſe aut nolet aut non
poterit,* non eò magis tamen futurum, vt filius ex ſuo
& neceſſario herede videri debeat factus voluntarius.
Vt enim voluntarius fiat † neceſſe eſt poni conditio- 9
nem in ipſa inſtitutione, hoc ſcilicet modo, *Filius
meus heres eſto, ſi volet,* vt in *d.l.verba.* 12. *D.de condic.
inſtit. l. iam dubitari.* 86. *ad fin. D. de hered. inſtit.* Nam
cùm inſtitutio pura eſt, &, vt fieri debet, imperatiuis
verbis concepta, quid improbabilius dici poteſt, quàm
vt pater, qui filio eidémque iam ſuo heredi imperat vt
heres ſit, hoc ipſo facultatem ei omittendæ heredita-
tis date videatur? At quod non declarauit in inſtitu-
tione, inquies, expreſſit apertiſſimè in formula & con-
ditione vulgaris ſubſtitutionis. Quid autem refert quâ
teſtamenti parte declarata ſit voluntas teſtatoris dum-
modò ea conſtet? Hoc inquam, quod nego, verba illa,
ſi heres eſſe nolet, in vulgari ſubſtitutione poſita eun-
dem effectum habere debere quoad probandam teſta-
toris voluntatem, quem haberent illa, *ſi heres eſſe volet,*
poſita in inſtitutione. Et probo non tantùm ex diuer-
ſitate conceptionis verborum, quæ vno caſu affirma-
tiua eſt, alio negatiua, vno caſu ad primum gradum,
alio ad ſecundum accommodata, ſed etiam ex eo, quòd
cùm pater ſuum heredem purè inſtituit, licèt poſtea ei
ſubſtituat ſub illa conditione, *ſi heres eſſe nolet,* non
ideo tamen ita locutus intelligitur, vt ei daret electio-
nem vtrum heres eſſe vellet necne, ſed potiùs vt ad-
uerſus filij iniuriam ſibi proſpiceret, ſi forte ille heres
eſſe nollet, ſupremamque patris voluntatem deſtitueret
metu venditionis bonorum, quod etiam inuito ſe in
arbitrio filij futurum ſciebat ob edictum prætoris, ex
quo ſuis heredibus omnibus poteſtas fit abſtinendi.
Quod non peræquè dici poteſt de eo patre, qui ſuum
heredem inſtituit ſub ea conditione, *ſi heres eſſe vellet.*
Cur enim conditionem hanc adſcripſiſſe videri poteſt,
niſi vt filium faceret ex neceſſario herede voluntarium,
qui alioquin non modò inſtitutus, ſed etiam nullo
facto teſtamento neceſſarius heres futurus erat? Quod
ſi vulgari ſubſtitutione ſic expreſſim facta, *ſi heres eſſe
aut nolet, aut poterit,* filius non fit ex neceſſario vo-
luntarius, quanto minùs fiet, ſi pater nulla voluntatis
filij mentione, vulgaria † illa ſubſtitutionis verba 10
vſurpauerit, *Si heres non erit.* Quibus enim verbis
aliis apertioribus potuit vti pater, vt oſtenderet nolle
ſe à communi & vulgari iure recedere, quàm ſi vulga-
ribus, & iis ipſis quibus cæteri quoque vti ſolent, vte-
retur? An forte imputabimus ei, cur filio dederit ſub-
ſtitutum? aut cur non dederit purè, quem certum eſt
nunquam dari niſi ſub conditione. Aut denique cur
vulgari formula ſit vſus in concipienda vulgari ſub-
ſtitutione? Atqui manifeſtum eſt horum omnium
nihil prorſus dici poſſe. Et verò ius eſſe † vt ſuus he- 11
res non ob id ſolùm, quò vulgarem ſubſtitutum ha-

bear,

beat, ex neceſſario voluntarius factus eſſe intelligatur,
vel ex vno manifeſtiſſime conuincitur, quòd hoc
etiam caſu habet liberum & plenum ius ſe abſtinendi
tùm quoque cùm ſe immiſcuit, quamuis ex autoritate
tutoris, vt in *dict. l. ex contractu.* Et quidem citra auxi-
lium reſtitutionis in integrum, atque ex ſolo beneficio
edicti de quo in *leg. neceſſariis 57. D. de acquirend.
hered.* Cùm tamen certi iuris ſit ſuum heredem, ſi à
patre factus ſit voluntarius, puta inſtitutus ſub ea ex-
preſſim conditione ſi heres eſſe voluerit, & ſe vltro im-
miſcuerit, abſtinendi beneficium poſtea non habere,
dicta leg. iam dubitari 86. ad fin. vbi generalius ſcribit
Mæcianus idem admittendum eſſe quoties ſuus heres
inſtitutus fuerit ſub ea conditione quæ ſit in ipſius po-
12 teſtate. Nam & omnes conditiones † iſtæ promiſcuæ,
quas vulgo poteſtatiuas vocant, faciunt ſuos heredes
ex neceſſariis voluntarios, tanquam in defectum con-
ditionis exheredatos. *lege quarta 5. & 6. eod. tit. l. qui-
dam. §. vltim. D. de condic. inſtit.* Et, ſicut nulla conditio
13 † eſt magis poteſtatiua quàm hæc. *Si voluerit*, ita nec
vlla quæ apertiùs faciat ex neceſſario voluntarium.
Adeò autem verum eſt ſuum heredem ſub huiuſmodi
conditione inſtitutum, ſi vltro ſe immiſcuerit, bene-
ficium abſtinendi non habere, vt nec pupillus hac par-
te melioris conditionis ſit, quàm cæteri, niſi quod
aduerſus immixtionem poteſt ex cauſa ætatis in inte-
grum reſtitutionem petere, quæ & alij cuilibet minori
concederetur. *lege ait prætor. ſeptima. §. ſed quod Papi-
nianus. D. de minor.* qui locus etſi de pupillo extraneo
loquitur ad differentiam ſui heredis, qui regulariter,
hoc ipſo, quòd ſuus, etiam neceſſarius eſt, qui ex ne-
ceſſario factus ſit voluntarius. Hic enim ſiue patri he-
res eſſe velit, ſiue nolit, in nullo differt ab extraneo: ſi-
quidem vbi heres eſſe voluit, non magis quàm extra-
neus, repudiare poteſt hereditatem quam ſibi quæſi-
tam nolle potuit, vbi verò heres eſſe noluit, ſi poſtea
mutet voluntatem imputet ſibi cur ad extranei condi-
tionem redactus heres eſſe noluerit, cùm velle poſſet.
14 Et quemadmodum extraneus † inſtitutus ſiue purè,
ſiue ſub illa conditione quæ in extraneo nihil penitus
operatur, *Si voluerit*, non priùs heres eſt quàm volun-
tatem ſuam declarauerit, quòd heres eſſe velit, quia in
extraneis neque inuitus neque ignorans heres quiſ-
15 quam fit. Ita & ſuus heres † ſub illa conditione inſti-
tutus, *Si voluerit*, conditionem implere debet, ſuam-
que voluntatem declarare, vt heres eſſe poſſit: neque
ſufficit vt non nolit niſi velit: nec ſi interim ſe im-
miſceat, quicquam agit, quia priùs eſt vt conditio
impleatur ad hoc vt poſſit delata dici hereditas quàm
vt hereditas acquiratur *leg. ei qui. 13. de condic. inſtit.*
Etſi enim non facit ea conditio vt non ſit ſuus heres
qualis eſſet purè ſcriptus, ſed tantùm vt non ſit neceſ-
ſarius, remoratur tamen poteſtatem ſuitatis quouſque
conditio impleta ſit *lege quinta. de condict. & demonſtr.*
id eſt, facit, vt non aliter heres ſit quàm ſi eſſe velit, &
contrà, vt eo caſu heres non ſit, quo eſſe nolit, vt lo-
quitur Hermogenianus *in d. l. verba.* Ergo ſi neque di-
xerit ſe velle heredem eſſe neque ſe nolle, & ita de-
ceſſerit, heres extitiſſe non videbitur, quia verum non
ſit eum voluiſſe, quamquam verum eſt non noluiſſe.
Planè ſi dixerit ſe non nolle patri heredem eſſe, quam-
uis aliud ſit velle, aliud non nolle, & dici ſoleat, im-
plendam eſſe conditionem in forma ſpecifica, ſatis ta-
men voluntatem ſuam declaraſſe videbitur, vt condi-
tionem expleuiſſe videri poſſit ex voluntate patris.
argum. dict. leg. verba, quod tamen in extraneo diuer-
ſum eſſet. Cui non ſufficeret non nolle, niſi adiiceret
etiam expreſſim ſe velle heredem eſſe. Nam extraneus
qui neque vult, neque non vult heres eſſe, itémque
is qui non vult heres non eſſe, vtique nullo modo
heres eſt quamuis eſſe poſſet ſi vellet. De quo plura
ſcripſimus *Error. 8. Decadis præcedentis.* Reſtat vt ad
contrariæ opinionis rationes reſpondeamus. Eo nam-
que facto noſtra ſatis ſupérque confirmata reperietur.
Ad primam † petitam ex voluntate teſtatoris, quaſi 16
qui ſubſtituendo vulgariter ſuo heredi in eius arbitrio
& electione reliquerit an heres eſſe vellet, acſi eum he-
redem ſcripſiſſet ſub ea conditione *ſi vellet.* Iam reſ-
pondimus non eſſe bonam horum caſuum compara-
tionem, valdéque referre an conditio poteſtatiua po-
natur affirmatiuè in inſtitutione, an negatiuè in ſub-
ſtitutione, poſt puram inſtitutionem imperatiuis ver-
bis factam: debuitque Bartolus hanc non modo ver-
borum, ſed etiam voluntatis differentiam obſeruare
ſubtilem quidem, ſed veram. Pro qua confirmanda
præter ea quæ iam diximus, poſſet etiam illud adduci
quod tractari ſolet de differentia legati vel fideicom-
miſſi relicti ſub ea conditione *ſi velit*, & eius quod
ſub illa, *Niſi noluerit. ex leg. fideicommiſſa vndecima.
§. ſic fideicommiſſum, de legatis tert. iuncta leg. ſi ita le-
gatum. ſexageſimaquinta §. illi ſi volet. de legatis prim.
lege ſi ita expreſſum. ſexageſimanona De condictione &
demonſtratio.* Ad illud verò † quod addit Bartolus *ex* 17
*lege prima. §. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſa cauſa teſta-
mentaria.* Facilis etiam reſponſio eſt, multum referre
an quis ſibi ipſi ſubſtitutus ſit, an alium habeat ſub-
ſtitutum. In eo qui ſibi ipſi ſubſtitutus fuit, verum
eſt quod Bartolus vult, & quod lex ait, datam ei po-
teſtatem omittendæ inſtitutionis. Cur enim ſubſtitu-
tus videri poſſet, niſi vt ei liceret adire ex ſubſtitutio-
ne? Quomodo autem ex ſubſtitutione adire poſſet, niſi
omiſſa prius inſtitutione? At in eo cui alius ſubſtitu-
tus fuit, non idem tractari poteſt, quia ſi talis ille eſt
qui inuito quoque teſtatore beneficium abſtinendi
habere poſſit, vt contingit in ſuo & neceſſario herede,
credendus eſt pater ei ſubſtituiſſe vulgariter potiùs, vt
ſibi ipſi in eum caſum, id eſt, contra filij abſtentionem
proſpiceret, quàm vt filio hereditatis ex inſtitutione
omittendæ arbitrium daret. Multò minùs verò, vt ex
neceſſario faceret prorſus voluntarium, hoc eſt, ita vt
ne quidem ab inteſtato ſuus heres eſſe cogeretur. Sub-
ſtituto enim facultatem tribuere poteſt omittendæ in-
ſtitutionis, cùm idem & inſtitutus eſt, & ſubſtitutus:
ſed omittendæ omnino hereditatis etiam ex teſtamen-
to arbitrium dare non poteſt, cùm teſtator qui inſti-
tutum ſibi ipſi ſubſtituit, tanto magis voluntatem
ſuam declaret, quòd eum velit omnimodo heredem
habere, adeóque ex teſtamento, ſiue ex inſtitutione,
ſiue ex ſubſtitutione. Sed & dici illud poteſt, Vlpia-
num *in dicto §. ſi proponatur*, non de ſuo herede loqui,
ſed de extraneo, vt ex eo apparet quod ſubiicit *in §. qui
ſunt in poteſtate*, eos qui in poteſtate ſunt, ſi inſtituti
etiam ſint ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, nec quic-
quam facere, quod poſſunt ſe abſtinere. Vt intelliga-
mus ſuo herede inſtituto locum ei edicto nunquam
eſſe poſſe, vt docuimus capite præcedenti, probaui-
mus apertiſſimè ex *dicta lege prima. §. qui ſunt in po-
teſtate. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtamentaria. & ex lege
Papinianus. 8. §. quarta autem*, in illis verbis; *ſi non
fuit in poteſtate. D. de inofficioſo teſtamento.* Quam-
quam ſi poneres ſuum heredem à patre inſtitutum
eundémque ſibi ſubſtitutum fuiſſe, poſſet non malè
dici, ſubſtitutionem in id prodeſſe filiò debere, vt
etiam poſt abſtentionem quam ex cauſa inſtitutionis
fecerit, ius habeat ſe immiſcendi etiam ex teſtamento
ſcilicet ex cauſa ſubſtitutionis, quod ius immiſcendi
ſe poſt abſtentionem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab in-
teſtato non erat alioquin habiturus *dicta lege iam du-
bitari. 86 ad finem. De hered. inſtitut.* In quo melior ac
fauorabilior eſt cauſa ſui & neceſſarij heredis quàm
eſſe deberet eius, qui neceſſarius tantùm proponere-
tur. Etſi enim vterque ipſo iure neceſſarius eſt, &
vtique hoc commune vt ex neceſſario poſſit fieri vo-
luntarius, inauditum tamen eſt & inſolens, vt neceſ-
ſario

ſario tantùm heredi inſtituto detur ſubſtitutus vulgaris ſub ea conditione, *ſi heres non erit*, multo minùs ſub illa, *ſi heres eſſe nolet*, cùm non poſſit nolle, qui purè heres eſſe iuſſus eſt. Quod enim hic quoque habet à prætore beneficium ſeparationis *lege prima. §. vltim. D. de ſeparat.* multum diſtat à beneficio abſtentionis quod ſuis iiſdémque neceſſariis heredibus accommodatur, quia non magis facit vt neceſſarius heres non habeatur pro herede apud prætorem, quàm vt re vera heres non ſit iure ciuili, ſed tantùm vt ſi bona patroni non attigerit ſeparandum ei ſit quicquid aliunde eſt quæſitutus, adeóque etiamſi quid à defuncto patrono ipſi naturaliter debebatur *dicto §. vltimo.* Si quis tamen proponeret ſeruum neceſſarium purè inſtitutum, eique datum vulgarem ſubſtitutum ſub illa conditione, *ſi heres non erit*, vel ſub illa ſpecialiore, *ſi heres eſſe nolet*, facilius admitterem factum videri eum debere ex neceſſario voluntarium, quàm ſi ſuus heres eſſet. Non enim hic poſſet locum habere ratio illa quam in ſuo herede attulimus, quòd credendus ſit pater ei ſubſtituiſſe potiùs, vt ſibi ſuæque exiſtimationi proſpiceret, quàm vt arbitrium ei daret. Siquidem non potuit vereri dominus, ne ſi ſubſtitutus nullus eſſet, eueniret vt bonorum venditionem publicam, non ſine magna infamiæ nota pati cogeretur, cùm ſciuerit ſeruum heredem purè eſſe iuſſum, neque abſtentionis beneficium habere vnquam poſſe, neque alia arte vlla effugere, quin ſub ipſius tanquam heredis nomine, bona defuncti diſtrahantur. Itaque quod alium effectum habere nullum poſſet, quidni hunc ſaltem habebit, vt dominus inſtituto ſeruo alium vulgariter ſubſtituens, abſtinendi facultatem ei indulgere videatur?

ERROR VII.

De poteſtate illius conditionis, ſi heres non erit, *in vulgari ſubſtitutione ſuo heredi facta.*

SVMMARIA.

1 *Obiectionis tertia ſuperiori cap. nu 4. propoſita difficultas.*

2 *Vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam non ideo valere, quod per eam neceſſarius heres fiat voluntarius.*

3 *In conditionibus interpretandis voluntas teſtatoris primum locum obtinet.*

4 *Dato ſubſtituto ſuo heredi ſub ea conditione ſi filius heres non eſſet, ſuo herede abſtinente admittitur ſubſtitutus ad bona defuncti, non tamen vt heres.*

5 *Etiamſi filius qui ſe abſtinuit remaneat heres, non ſequitur ſubſtitutum vulgarem admitti non poſſe.*

6 *Error Theophili.*

7 *Sententia l. in conditionibus. 19. §. ſi patronus D. de condit. & dem.*

8 *Si ſuus heres habeat coheredem & abſtineat à patris hereditate, portio eius ad coheredem iure adcreſcendi cur ſpectet.*

9 *Datio coheredis non efficit vt ſuus heres ex neceſſario fiat voluntarius.*

10 *Datio vulgaris ſubſtituti ſui heredis exiſtentiam non tollit: nec viciſſim ſui heredis exiſtentia ſubſtitutionis vulgaris aut iuris adcreſcendi effectum impedire poteſt.*

11 *Ratio elegans quâ probatur dationem coheredis aut vulgaris ſubſtituti non efficere vt ſuus heres deſinat eſſe heres neceſſarius.*

12 *Caſus quo etiam hodie bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eſt neceſſaria.*

13 *Actiones directa penes duos in ſolidum eſſe non poſſunt, nec in eadem perſona directa cum vtilibus concurrere.*

Difficilior videtur reſponſio ad poſteriores duas obiectiones, quas ſuperiore capite attulimus pro tuenda Bartoli opinione: quarum altera illa erat, † quod ſi exiſtentia ſui heredis per vulgaris ſubſtituti dationem non tolleretur, conſequens fieret vt vel prorſus inutilis eſſet ſubſtitutio, quæ caſum vtilem nullum habere poſſet, vel certiſſimæ iuris regulæ violarentur, cùm in ea ſiue hereditate, ſiue hereditaria portione, quæ acquiſita fuit, irrita fiat vulgaris ſubſtitutio. *l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* ſicut & ius adcreſcendi *l. vnic. §. his ita definitis. Cod. de caduc. tollendis. l. prima. §. interdum. D. de vſufruct. adcreſc.* At neque non poſſumus, quin & ſuo heredi vulgariter ſubſtitui poſſit, & in ſui heredis portione ius adcreſcendi locum habere, ſi fuerit ei datus coheres, quod vtrumque cùm ex aliis innumeris noſtri iuris locis probari poteſt, tùm omnium apertiſſimè, ác elegantiſſimè *ex d. l. ex contractu 44. D. de re iudicat.* Rurſus, ſi quis vellet omnes eas leges, quæ loquuntur de vulgari ſubſtitutione, facta ſuo heredi, vel de iure adcreſcendi dando coheredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo, in portione ſui heredis, ad eum caſum reſtringere, quo ſuus ille heres factus eſſet ex neceſſario voluntarius, per adiectam in inſtitutione conditionem illam expreſſam, *ſi heres eſſe vellet*, haud dubiè nimia eſſet ea reſtrictio, planéque commentitia, & improbabilis, cùm & parum frequentes eſſent eæ inſtitutiones, per quas ſuus & neceſſarius heres fieret voluntarius, quarum ſcilicet vſus non patribus eſſet vtilis, ſed liberis inſtitutis, ipſis verò liberis non eſſet neceſſarius, quibus vtique ſufficeret beneficium abſtentionis. Quid ergo reſpondebimus? Magna enim certè obiectio eſt. Puto ego reſponderi † 2
poſſe, Vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam, non ſolùm valere, ſed etiam ſtatim atque is abſtinet locum habere. Non quaſi facto illo per huiuſmodi ſubſtitutionem voluntario, vt vulgo creditur, ſed quia licet non eo minùs heres neceſſarius maneat, tamen non talis heres eſt qualem eſſe prætor voluerat, ſaltem ad hoc vt excluderetur ſubſtitutus. Cogitauerat enim pater de habendo tali herede, qui non tantùm nudo nomine, ſed effectu quoque ipſo heres eſſet, & rem haberet, vt loquitur Vlpianus *in lege ſecunda. §. adoptiui. verſiculo. ſed ſi ſint ſui heredes. D. ad ſenatuſconſultum Tertyllianum.* Ac proinde, qui creditoribus reſponderet, aut in id faceret bonorum venditionem ſuo nomine pati cogeretur, quorum nihil conuenit ſuo heredi ſe abſtinenti, cùm neque heres à prætore debeatur, neque à creditoribus magis conueniri & inquietari poſſit, quàm ſi voluntarius heres fuiſſet, & repudiaſſet. Nec eſt quod quis rurſus obiiciat, ex hac patris voluntate rationem iuris immutari non poſſe, neque eo minùs verè, & ipſo iure filium heredem eſſe, & quidem ex teſtamento quòd ſe abſtinuerit. *lege cùm quaſi. 30. §. ſed et ſi ſuus. D. de fideicommiſſ. libert. l. neceſſarius 57. D. de acquirend. heredi.* Hîc enim non tam quid ratio iuris fuerat inſpiciendum eſt, quàm quid pater voluerit & cogitauerit, cùm agatur de interpretanda conditione illa per ipſum in teſtamento adſcripta, *ſi heres filius non erit.* Siquidem certum eſt, in conditionibus † omnibus interpretandis, voluntatem 3
teſtatoris primum locum obtinere, eamque ſolam eſſe quæ regit, ampliat, moderatur conditiones, *leg. in conditionibus. decimanona. D. de condic. & demonſtr. leg. heredes mei quinquageſimaſeptima. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* Tanto magis quod ſubſtitutus quoque ex

eadem

eadem teſtatoris volũtate vocatur, non ex ſola iuris poteſtate. Illud ergo duntaxat inquirendum eſt, quid te-
4 ſtator † ſenſerit cùm filio ſuo heredi ſcripto ſubſtitutum dedit, ſub ea conditione, ſi filius heres non eſſet. Nimirum quantum ad hoc vt ſubſtitutus admittatur ad bona defuncti, quomodo loquitur Scæuola *in dict. leg. ex contractu*, at non etiã ſubſtitutus ſit heres. Cùm enim ſuus heres, ſemper heres maneat, etiam poſt abſtentionem, fieri certè nequit vt ſubſtitutus quoque heres ſit, ſed tãtum vt habeat vtiles actiones à prætore, qui ſicut ſuum heredem ſe abſtinentem non habet pro herede, nec vllas, vel in eum, dat actiones, ita ſubſtituto & in ſubſtitutum eas ipſas dare cogitur, quæ alioqui ex iure ciuili & filio, & in filium competerent. *leg. ait prætor ſeptima. §. ſed quod Papinianus. D. de minor.* Itaque, ſi quis ita argumentetur: Filius qui ſe abſtinuit, remanet nihilominùs heres. Ergo ſubſtitutus vulgaris eſſe non poteſt, erit optima conſecutio, quia neque poteſt prætor, neque Senatus, neque lex ipſa facere, vt vni homini duo ſint ex aſſe heredes. *leg. quod contr. centeſimaquadrageſimaprima. §. vni duo. de regul. iur.* Sed nõ ſimiliter erit
5 bona conſecutio † ſi quis ex eodem antecedente velit inferre, ſubſtitutum vulgarem admitti non debere, quaſi defecta conditione ſubſtitutionis, ex eo ſolo quod filius ſit heres, cum teſtatoris voluntas faciat, vt potiùs extitiſſe cõditio videatur. Denique illa quæſtio, An ſuo herede exiſtente, ſubſtitutus heres eſſe poſſit, tota pendet ex iuris ratione, quæ certè facit contra ſubſtitutum. Illa verò, An ſuo herede exiſtente videatur defeciſſe vel extitiſſe conditio ſubſtitutionis, pendet ex voluntate teſtatoris, quæ ſane hîc aperta eſt pro ſubſtituto. Et in
6 hoc proculdubio errauit Theophilus, † non melior aut certior iuris noſtri magiſter quàm Tribonianus *in princip. titul. de pupill. ſubſtit.* cùm ait vulgatem ſubſtitutionem, filio impuberi factam, non aliter valere, quàm ſi filius viuo patre decederet, quod euidẽter pugnat cum *d. leg. ex contractu*, & aliis ſexcentis. Niſi id referas ad meram illam rationem iuris, quæ non patitur vt viuo filio, qui reuera heres manet, ipſo iure ſubſtitutus heres fiat, potiùs quàm ad effectum ſubſtitutionis, quod ad prætorem, vt nos explicauimus. Quemadmodum è cõtrario in perſona illius, qui cùm poſſet iure ciuili heres eſſe, maluit iure prætorio ſuccedere petita bonorum poſſeſſione, hæc eadem conditio, *ſi heres non erit*, perinde impleta intelligitur, acſi is iure ciuili heres eſſet, *dicta leg. in conditionibus decimanona. §. ſi patronus.* vbi
7 tractatur † de liberto, qui patronum ex minore, quàm debita portione, ex reliqua verò hereditate extraneum heredem ſcripſerat, & ab extraneo illo legata reliquerat, ſub ea conditione, *ſi is heres non eſſet.* Cùm enim patronus, omiſſa inſtitutione, bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti accepiſſet, atque ita debitam portionem conſecutus eſſet, ac quæreretur de legatis, ab extraneo patroni coherede relictis, an deberentur, quaſi conditio extitiſſet, an non deberentur, quaſi defeciſſet, ait Vlpianus, perinde videri cõditionem defeciſſe, acſi patronus heres fuiſſet. Non quaſi heredis appellatione bonorum poſſeſſor contineatur, verbumque *heres* ex ſui proprietate in prætorio quoque ſucceſſore verificetur, vt malè ad eum locum. Socinus poſt alios notauit, ſed quia de hoc vno quærendum eſt, quis in propoſito caſu ſenſus ſit huius cõditionis, *ſi patronus heres non erit*, hoc ipſum verò non aliunde, quàm ex ipſius teſtatoris voluntate æſtimandum. Porro, cùm teſtator à patroni coherede legata reliquit, ſub illa conditione, *ſi patronus heres non eſſet*, vtique cogitauit de onerando illo, in eum dũtaxat caſum, quo futurum eſſet, vt hereditatẽ totam haberet, propterea quòd eo caſu minùs videretur oneratus, qui ex legata poſſet præſtare, ex patroni portione quæ adcreuiſſet, quique in eum caſum plena teſtatoris non tatum voluntate, ſed etiam hereditate fruiturus eſſet, *vt in leg. filio decimaſeptima. D. de iniuſt. rupt. leg. nonnunquã decimaquarta. leg. ſi duo. decimaſexta. in fin. D. de legat. præſt.* Atqui non habet totam hereditatem coheres patroni, cùm patronus accepit contra tabulas liberti bonorum poſſeſſionẽ, quando eius poſſeſſionis beneficio, non tantùm eam ipſam portionem conſequatur, ex qua fuerat inſtitutus, ſed maiorem & ampliorem. Tantum abeſt vt lucrum aliquod ſentiat coheres, ex eo quod patronus ex teſtamento heres eſſe noluit. Quid enim poteſt intereſſe an quaſi ſcriptus, & tanquam heres iure ciuili ſuccedat, an per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, etiamſi poneres, vtroque caſu eandẽ fore patroni portionem? An nõ perinde rem habet patronus, & portionis, quam alterutro iure conſequitur, eripit commodùm coheredi? Voluntas ergo teſtatoris non patitur, vt in ſpecie legata debeantur à coherede, à quo relicta fuerant, ſub ea expreſſim conditione, *ſi patronus heres non eſſet.* Ideóque valdè appoſitè ſubiecta eſt ab Vlpiano illa ſpecies poſt propoſitionem in principio legis traditam, de conditionibus omnibus ex teſtatoris voluntate interpretandis, vt eſſet exemplum, & elegans & apertum, eius propoſitionis. Quod non ſatis aſſecuti videntur interpretes noſtri, qui ex eo potiſſimùm loco probare ſolent, bonorum poſſeſſorem heredis & nomine & iure cenſeri. Quaſi in cõditionibus interpretandis, proprietas tantùm verborum inſpicienda ſit, ac non potiùs voluntas teſtatoris, etiam cui proprietas verborum non ſubſeruiat. De quo, poſt alios tractat Decius *ad leg. 1. C. vnd. liber.* de cuius etiam lectione & ſententia, quoniam eidem interpretum errori omnium maximè fauet, in ſequentibus dicendum nobis erit, ne tractationes cõfundamus. Idẽ verò quod de ſubſtitutione vulgari diximus, locum habet etiam in iure adcreſcẽdi, vt ſi ſuus † heres 8
habeat coheredẽ & abſtineat à patris hereditate, portio eius perinde ad coheredem ſpectet, iure adcreſcẽdi, acſi heres ipſo iure non fuiſſet *dict. leg. ex contractu. leg. cùm hereditate. 55. leg. pen. & vlt. D. de acquir. hered.* ſiue quod ius adcreſcendi locum habeat inter coheredes, tanquam inter eos, qui ab ipſo teſtatore tacitè ſubſtituti videantur. *leg. ſi Titio & Mænio 61. §. 1. de leg. 2. leg. non iuſtam. 4. C. ad SC. Trebell.* ſiue quod cùm onera portionis, à qua ſuus heres abſtentus fuit, ad coheredem neceſſario deuoluãtur, ſi portionem ſuam retineri velit, cõmodum quoque eiuſdem portionis ad eum pertinere neceſſe eſt, non tãtùm ſi teſtatoris voluntatem conſideres, ſed etſi ipſam rei æquitatem, ne commodo careat qui ſentit incõmodum, *dict. leg. cùm hereditate. & dict. leg. pen. & vlt. de acquir. hered.* Sed ea res non facit, quin ſuus heres, etiam poſteaquàm portio ipſius propter abſtentionẽ peruenit ad coheredem, heres verè maneat, ideóque nec verè dici poteſt, ſi verum amamus, hoc ius adcreſcendi, quandoquidem non tam portio hereditaria ſui heredis ſe abſtinẽtis acquiritur coheredi, quàm bona quæ ad eam portionem pertinuerunt, vt dicemus *in Error. 9. Decadis huius.* Igitur quemadmodum nemo dixerit coheredem,
† ſiue ſuum, ſiue extraneum ſuo heredi datum, facere 9
poſſe vt eo minùs videri debeat filius heres eſſe neceſſarius, tanquam ob hoc ſolum factus ex neceſſario volũtarius. Quoniam nimirum datur ſuo heredi coheres, vt ius ipſius minuatur, non vt melior ipſius conditio fiat, quem & in totum exheredare pater potuiſſet. *leg. in ſuis vndecima. D. de liber. & poſthum.* Ita concludendum eſt
aduerſus Bartolum, Dationẽ † vulgaris ſubſtituti, non 10
poſſe ſui heredis exiſtentiam tollere, quamuis viciſſim, nuda illa ſui heredis exiſtentia, neque ſubſtitutionis vulgaris, neque iuris adcreſcendi effectum poſſit impedire, propter voluntatem teſtatoris, cum ipſa rei æquitate ac neceſſitate concurrentem. Atque hoc ita
eſſe, vt ſuus heres † quia aut coheredem, aut vulgarem 11
ſubſtitutum habet, adhuc tamen maneat neceſſarius, ex eo intelligamus, quòd neque ſubſtituto, neque coheredi pro portione ſui heredis qui abſtinuit actiones directæ dantur, ſed vtiles tantum, idque vt arbitror

petita bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quam
12 hoc caſu † etiam hodie puto neceſſariam eſſe, non quidem coheredi, quem ſufficit heredem eſſe ex parte, vt coheredis ſui partem non hereditatis, ſed bonorum ſuſcipere poſſit, ſi velit, ſed ſubſtituto qui nullo planè alio iure poteſt admitti ad hereditatem quæ iam alium habet heredem: remanentibus nimirum directis penes ſuum heredem, qui ſemel heres fuit, quique directas actiones in perſonam ſuam ſemel tranſlatas, non magis exuere poſtea poteſt, quàm nomen ipſum heredis. *leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. leg. ſi heres 70. D. ad SC. Trebellianum dict. leg. penult. & vltim. de acquir. hered.* Fieri enim nullo caſu poteſt, vt eædem
13 actiones † directæ, ſint penes duos in ſolidum, ſicut nec vt in eadem perſona directæ actiones cum vtilibus concurrant, cùm ſemper maior obligatio tollat minorem. *leg. debitori. 50 D. de fideiuſſor. leg. ſi reus. 13. D. de duob. reis*, & conſequenter directa, vtilem, quæ nec vnquam inducitur niſi ex æquitate, cui porro æquitati ſola neceſſitas locum facit cùm iuris ratio deficit ad dandam actionem non deficiente æquitate. At rurſus nulla inducendæ actionis vtilis neceſſitas eſſe poteſt, cùm directa competit. *d. l. ſi heres. 70. in princip. D. ad SC. Trebell.*

ERROR VIII.

De poteſtate vulgaris ſubſtitutionis in ſpecie. l. ſi filius. 16. D. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1. *Ratio Bartoli quâ probat ſubſtitutione vulgari nudam ſui heredis exiſtentiam extingui.*
2. *Sententia autoris de diſtinctione propoſita ab Africano in leg. ſi filius. 16. D. de liberis & poſthumis.*
3. *In ſpecie d. l. ſi filius. 16. filium purè inſtitutum fuiſſe aduerſus Bart.*
4. *In ſpecie dict. l. filio patris hereditatem delatam non fuiſſe, & cur.*
5. *Quandiu rumpi teſtamentum poteſt non defertur ex teſtamento hereditas, & n. 14.*
6. *Quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ab inteſtato non ſucceditur.*
7. *In ſpecie d. l. præteritio poſthumi & incertitudo natiuitatis eius, incertam fecit vtramque ſucceſſionis cauſam.*
8. *Cur in caſu d. l. ſi nullus datus ſit ſubſtitutus, filius inteſtato patri heres exiſtet.*
9. *Quis ſit effectus vulgaris ſubſtitutionis in caſu ab Africano propoſito.*
10. *De ſpecie propoſita à Papiniano in l. vlt. D. de condit. inſtit. & quomodo diſcrepet, & conueniat cum ea quæ ab Africano tractatur.*
11. *An in ſpecie Africani ponendum ſit poſthumum natum non eſſe, an verò nihil referat, natúſve ſit, an non.*
12. *Sententia Cuiacij quam probarat autor in Coniect. refertur & expenditur.*
13. *Poſthumo non nato, cur filius patri ſuo heres ex teſtamento non cenſeatur extitiſſe.*
15. *Quodnam teſtamentum rumpi dicatur, quodnam reſcindi.*
16. *Datione ſubſtituti vulgaris non fieri vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur poſthumo nullo dato.*
17. *Suum heredem dicimus etiam ex teſtamento & legitimam hereditatem eam quoque quæ ex teſtamento defertur.*
18. *Quomodo accipiendum illud Africani nepotem tam patri quam auo ſuum heredem fore.*
19. *In ſpecie dict. l. deceſſiſſe filium pleno adhuc ventre.*
20. *Exponuntur verba d. l.* interim poſthumo non nato.

Ltera hæc erat Bartoli obiectio, † ad probandum, eam eſſe vim ſubſtitutionis vulgaris, vt nudam ſui heredis exiſtentiam extinguat. Ex reſponſo Africani *in l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* vbi ait ille, Si filius heres à patre inſtitutus ſit omiſſo poſthumo, illíque ſubſtitutus nepos ex eo ſit, & interim moriatur filius, poſthumo nōdum nato, quem tamen in vtero eſſe certum erat, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem futurum. Sed ſi nemo filio ſubſtitutus ſit, & ſolus ſit inſtitutus, tunc, quia eo tempore quo is moriatur certum eſſe incipit, neminem ex eo teſtamento heredem fore, ipſe filius inteſtato patri heres exiſtet: ſicut euenire ſolet, inquit, cùm ſub ea conditione, quæ in ipſius poteſtate erit, filius heres inſtitutus priuſquam ei pareret, moriatur. Nam & eo caſu diſtinguendum eſt, an ſubſtitutum vulgarem filius habuerit, necne, vt priore caſu ſubſtitutus admittatur, etiam viuo filio, nec ei filius obſtet, ſi modo talis conditio fuit, quæ vltimo inſtanti vitæ filij non potuerit impleri, vt illa, *Si Capitolium aſcenderit, ſi Alexandriã ierit*, Poſteriore verò caſu filius ab inteſtato heres patri fuiſſe intelligatur. *l. vlt. D. de condict. inſtit.* vbi Papinianus addit, aliud quidem eſſe in ea conditione, quæ vltimo etiam inſtãti vitæ filij per alium impleri potuerit, puta, *Si decem Titio dederit*, vt ſcilicet tali cōditione adſcripta, nepotes teſtatoris iidémque filio inſtituto ſubſtituti, nunquam viuo eo admitti poſſint ad aui hereditatem. Sed tamen in illa quoque ſpecie diſtinguendum eſſe, an fuerint ſubſtituti necne. Vt proinde tam ex Papiniani, quàm ex Africani ſententia negari non poſſit, quin hac in re magna ſit vis ſubſtitutionis. Quod nec ego ſanè negandum puto. At neque tamen ita explicandum, vt ius illud ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem perimatur. Longè ſiquidem alia ratio eſt eius diſtinctionis, quæ ab Africano & Papiniano traditur ſupradictis locis, quàm non ignorabunt qui legerint noſtram de Papiniani & Africani conciliatione nouam coniecturam ad *dict. leg. ſi filius. & ad leg. ventre octuageſimaquarta. D. de acquirend. hered. lib. 1. Coniect. cap. decimo.* Nec enim nunc repetemus niſi quantum ad propoſiti noſtri rationem neceſſe videbitur. Ponit Africanus heredem fuiſſe inſtitutum filium qui erat in poteſtate ſubſtitutúmque ex eo nepotē omiſſo poſthumo. Filium verò interim deceſſiſſe. In quo illud primùm mirari ſoleo, quod interpretes tantopere ſe cruciant, vt inueſtigent an hic filius inſtitutus † fuerit purè, an ſub conditione. Cùm enim nihil ſit in tota lege quod præ ſe ferat fuiſſe appoſitam cōditionem, ſiue in prima, ſiue in ſecunda parte legis, quid aliud poſſumus dicere, niſi quod inſtitutio in vtraque ſpecie fuerit pura? Ac proinde quid attinet quærere, an talis conditio fuerit, quæ in vltimo vitæ momento impleri potuerit, an talis, quæ non potuerit, quod tamen vnum eſt, in quo perquirendo, totus inſudat Bartolus, ſibi tandem minimè ſatis faciens, planéque adfirmans, nullam ſe in toto Infortiato legem videre difficiliorem. Fecit ei difficultatem, quòd filio purè inſtituto non videbatur fieri poſſe, vt nō exiſteret ille ſuo patri ſuus heres ipſo iure, & quidē ex teſtamẽto. *l. in ſuis 11. eod. tit. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* præſertim cùm lex addat, *poſthumo non nato.* Quid enim erat quod poſſet impedire ne filius aut ſaltē nepos ex teſtamento heres extitiſſe videretur, cùm & ab initio teſtamentũ valuiſſet, non obſtante poſthumi præteritione, nec vnquam poſtea ruptum fuiſſet? Atqui nec filiũ nec nepotē ex teſtamẽto heredem extitiſſe, apparet ex eo, quod Africanus ait, nepotē tam patri quàm

(Right-margin numbers beside the text: 1 at "Ltera hæc erat Bartoli obiectio", 2 at "tem tam patri quàm auo ſuum heredem futurum. Sed ſi", 3 at "inueſtigent an hic filius inſtitutus † fuerit purè".)

quàm auo ſuum heredem fore. Sui enim heredis no-
men legis duodecim tabularum eſt, idque vſurpatum
in ſucceſſione inteſtati, non autem teſtati, eo capite, *Si
paterfamilias inteſtato moritur, & ſuus heres non erit,
agnatus proximus familiam habeto.* Atque ita nos quo-
que hæc Africani verba interpretati ſumus. Sed hinc ſe
expedit Bartolus allata ratione illa, propter quam filius
non potuerit eſſe ſuus heres patri, quoniam, inquit, in
prima ſpecie habuit ſubſtitutum vulgarem, cuius da-
tione extinctum fuit ius ſuitatis. Quod ſi verè dicere-
tur, aptior certè ratio quærenda non eſſet. Sed cùm ni-
hil falſius dici poſſit, vt docuimus in præcedentibus,
præſertim *ex l. Papinianus. 8. §. quarta autem. in fin. D. de
inoff. teſtam.* alia ratio quærenda eſt quæ ideo ſit melior,
4 quod ſit verior. Illa autem ſola occurrit, † quod huic
filio quandiu vixit non fuerit delata hereditas, neque
ex teſtamento neque ab inteſtato. Quid ergo mirum eſt
non fuiſſe illum heredem patri, nec magis ab inteſtato
quàm ex teſtamennto? Siquidem exploratum illud eſt,
neminem poſſe heredem eſſe, ne quidem ſuum, niſi de-
feratur ei hereditas, quæ porro ſi neque ex teſtamento
neque ab inteſtato deferatur, nullomodo defertur. *leg. ſi
quis filio 6. D. de iniuſt. rupt. leg. ſcripto. 7. D. de vnd. liber.
leg. 1. §. ſciendum leg. 2. §. pen. & vlt. D. de ſuis & legit.* Si
verò pergas quærere, Cur in propoſito caſu patris here-
ditas filio non deferatur, neque ex teſtamento, neque
ab inteſtato. Illa eſt ratio adferenda quam Papin. ponit.
in dict. leg. venter. 84. in princ. D. de acquir. hered. quod
quandiu rumpi † teſtamentum poteſt non deferatur ex
5 teſtamento hereditas. Teſtamentum autem in quo filius
hic fuerat inſtitutus, & poſthumus præteritus, potuit
rumpi agnatione poſthumi, quandiu filius vixit, quia
toto eo tempore quo vixit, incertum fuit an poſthumus
naſceretur necne, maiorque ſpes fuit, & probabilior
natiuitatis quam abortus. Non igitur potuit ex teſta-
mento deferri hereditas. Ab inteſtato autem multò mi-
6 nùs, quoniam alia iuris regula eſt, quandiu † ex teſta-
mento ſuccedi poteſt, ab inteſtato ſuccedi non poſſe,
immo nec hereditatem ab inteſtato deferri. *leg. quandiu
39. leg. in plurium 70. eod. tit. leg. 2. C. vnd. lib. leg. quandiu
89. de regul. iur.* Atqui quandiu filius vixit potuit heres
eſſe ex eo teſtamẽto aliquis, ſcilicet vel filius ſi viuo eo
mulier abortum feciſſet, vel ſaltem nepos ſubſtitutus, ſi
poſt mortem filij abortus factus fuiſſet. Ergo nõ potuit
filio, quandiu vixit, deferri hereditas ab inteſtato. Et
conſequenter concludendum eſt, non fuiſſe illum ſuum
heredem patri, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato.
At non propterea, quòd ſubſtitutio vulgaris ei facta, ius
ſuitatis extinxerint, vt putat Bartolus, ſed quia præteri-
7 tio † poſthumi, & incertitudo natiuitatis ipſius, incer-
tam fecerit vtramque cauſam ſucceſſionis, tam ex te-
8 ſtamento, quàm ab inteſtato. At ſi ſubſtitutus † nullus
datus eſſet, dicat aliquis pro Bart. aliud reſponderetur.
Id enim eſt quod Africanus ſubiicit, *Quòd ſi nemo filio
ſubſtitutus ſit, & ſolus ipſe inſtitutus ſit, tunc ipſe filius
inteſtato patri heres exiſtet.* Fateor: ſed non ratione illâ
quam adfert Bartolus, quod hoc caſu ſui heredis exi-
ſtentia per ſubſtitutionem vulgarem non ſit extincta.
Verùm illa potiùs quâ diſertè Africanus mouetur, quòd
hoc caſu eo tempore, & inſtanti, quo filius moritur, cer-
tum eſſe incipiat, neminem ex eo teſtamento heredem
fore, vt proinde nihil impediat, quominus iam tum he-
reditas patris, huic filio & deferatur & acquiratur ab
inteſtato. Nam ſi delationem inteſtati illud tantùm im-
pediebat, quòd quandiu filius vixiſſet, aliquis ex eo te-
ſtamento heres eſſe potuiſſet, conſequens fit, vt ſi quo
ipſius vitæ inſtanti vel vltimo certum eſſe cœperit, ne-
minem vnquam ex eo teſtamento heredem fore delata
ex tunc ei fuerit ab inteſtato hereditas, ac proinde ac-
quiſita. Nec enim duo ſunt inſtantia delatæ & acquiſi-
tæ hereditatis in ſuo herede, vt eſſent in extraneo, ſed
vnũ & idem, támque cito acquiritur ei hereditas quàm

defertur. Illud tantùm explicandum eſt, cur in hac po-
ſteriore ſpecie certum eſſe incipiat eo inſtanti quo fi-
lius moritur, neminem ex teſtamento heredem fore.
Neque occurrit certè quid aliud, nedum quid melius
reſpõdere poſſimus, niſi quòd nullus in hoc caſu aderat
ſubſtitutus qui aderat in priore. Etſi video ſtatim hîc
acclamaturos eos qui Bartolum tueri volent. Dationem
igitur ſubſtituti ſolam eam eſſe, qui ſui ius extinguat,
ſi non etiam cætera quæ ad hanc rationem explican-
dam pertinent, à nobis doceri patientur. Dicimus au-
tem hunc quidem eſſe effectum † vulgaris ſubſtitutio- 9
nis in propoſito caſu, vt ſi facta ſit filio inſtituto, im-
pediat ne filius patri ſuus heres extitiſſe videatur, ſi ve-
rò facta non ſit, filius patri ſuo heres ab inteſtato fuiſſe
intelligatur. Sed non hoc ideò quòd vulgaris ſubſtitu-
tio extinguat ſuitatem, at quia vulgaris ſubſtitutio &
ſecundus gradus teſtamenti, impediat ne teſtamentum
deſtituatur morte filij, quod alioqui deſtitui neceſſe
eſſet ſi nullus filio ſubſtitutus datus proponeretur. Nec
enim deſtituitur teſtamentum, quandiu aliquis ex te-
ſtamento heres ſperatur: quia deficiente primo gradu,
ſiue in eo ſuus heres inſtitutus ſit, ſiue extraneus, nihil
vetat incipere teſtamentum à ſecundo, id eſt à ſubſtitu-
to, poſtquam inſtitutus excluſus fuit, ſiue morte, ſiue
qua alia ratione. Igitur moriente filio, cui nepos fuerit
ſubſtitutus, omiſſo nec dum nato poſthumo, deſtitui-
tur quidem primus gradus teſtamenti, quia filius quan-
diu vixit, nec fuit, nec potuit heres eſſe, aut ex teſta-
mento, aut ab inteſtato, vt diximus, propter ſpem
quæ ſubeſt, neque tamen certa eſt naſcituri poſthumi,
ſed non deſtituitur ſecundus gradus in quo fuit per
vulgarem ſubſtitutionem inſtitutus nepos, qui vtique
ex eo teſtamento heres eſſe poteſt, ſi poſtea non naſci
poſthumum contingat. Ideóque non poteſt dici filio
moriente, certum eſſe incipere neminem ex eo teſta-
mento heredem fore, quod tamen exinde certum eſſe
incipit, nemine ſubſtituto. Ita fit vt filius qui habuit
ſubſtitutum, ſiue nepotem ſiue alium (nihil enim
moror) patri ſuus heres eſſe non potuerit, quando
defunctus eſt, incerto adhuc eo an poſthumus naſce-
retur, fuerit verò ſuus heres, ſi non habuerit ſubſtitu-
tum: nec tamen ex eo inferri poſſit ſui heredis exi-
ſtentiam tolli per vulgarem ſubſtitutionem. Et hoc ap-
paret euidentius circa ſpeciem † aliam quam tractat 10
Papin. *in dicta leg. vltim. de condic. inſtit.* de filio qui
fuerit inſtitutus ſub conditione poteſtatiua ſubſtituto
etiam nepote. Nam inter hunc caſum, & illum quem
Africanus tractat *in dict. leg. ſi filius*, ſimilitudo illa eſt,
quod filio inſtituto, cui ſubſtitutus nepos fuit, non
defertur hereditas patris, neque ex teſtamento, neque
ab inteſtato, ſiue omiſſus fuerit in teſtamento poſthu-
mus, ſiue nullo exiſtente poſthumo, filius fuerit inſti-
tutus ſub conditione poteſtatiua, quæ non potuerit
impleri vltimo vitæ momento. Eſt tamen ea quoque
diſſimilitudo, quod ſi filio ſubſtitutus nemo fuerit,
omiſſo poſthumo filius patri heres extitiſſe intelligi-
tur, & quidem ab inteſtato. Adſcripta verò conditione,
quæ potuerit impleri vltimo vitæ momento, etiamſi
ſubſtitutus nepos, aliúſve non fuerit, non eo magis ta-
men filius patri ſuus heres ab inteſtato fuiſſe creden-
dus eſt, ſed nepos ipſe quamuis non ſubſtitutus auo
ſuo inteſtato ſuus heres exiſtit, acſi filius eum nun-
quam præceſſiſſet, quia neque præceſſit, quantum ad
cauſam ſucceſſionis, cui ſcilicet nunquam, ſiue ex te-
ſtamento, ſiue ab inteſtato, delata fuerit hereditas,
non magis quàm ſi præteritus fuiſſet. Quanquam
enim non poteſt dici præteritus, qui ſub conditione
poteſtatiua inſtitutus fuit, adeo vt nec ſub contraria
conditione exheredari debuerit. *leg. quarta. in princip.
& §. vltim. D. de hered. inſtit.* non magis tamen heres
eſſe poteſt ex teſtamento quàm ſi inſtitutus non fuiſſet,
quandiu non paruit conditioni, ab inteſtato autem

multò minùs, quandiu nequit implere cõditionem, ſiue
per ſe, ſiue per alium. Poteſt verò quãdiu viuit, quoties
talis conditio eſt, quæ impleri potuerit vltimo vitæ mo-
mento, puta per alium, vt illa, *Si decem Titio dederit.*
Ergo cùm non deſtituatur cauſa teſtati niſi poſt mortẽ
filij, eo porrò tempore quo deſtituitur, locúſve ſucceſ-
ſioni inteſtati fieri incipit, non poſſit ipſi iam mortuo
deferri hereditas, nihil aliud relinquitur quod dici
queat, niſi vt nepos ſit ſuus heres auo inteſtato. An quia
ſubſtitutio aliqua vulgaris hoc caſu ſuſtulerit ius ſui
heredis? Minimè. Nam eum caſum tractamus quo ne-
que nepos, neque alius quiſquã fuerit ſubſtitutus. Sed
quia etiam citra vulgarem ſubſtitutionem ius ſui he-
redis in perſona huius filij inſtituti, non tam extinctũ,
quàm ſuſpenſum reperitur poteſtate conditionis ad-
ſcriptæ, quæ talis fuit, vt viuo filio neque extiterit,
quia nunquam fuit impleta, neque defecerit, quia po-
tuerat impleri, atque ita fieri, vt filius ex teſtamẽto ſuus
heres extitiſſe reperiretur. Nec ad aliud prodeſt nepoti,
quòd vulgariter ſubſtitutus fuerit, niſi vt ſit heres ex
teſtamento non ab inteſtato. Ex hoc igitur intelligi-
mus, tũ quoque, cùm filio ſubſtitutus eſt nepos omiſſo
poſthumo, poteſtatem ſuitatis in filio inſtituto ſimili-
ter non tam extingui quàm ſuſpendi, non propter vim
ſubſtitutionis, ſicut nec propter vim conditionis, quam
nullam adiectam fuiſſe ponimus, ſed propter metum
qui ſubeſt, ne poſthumi præteriti agnatione teſtamen-
tum rumpatur, quod ſi eueniret, an non eſſet abſurdum
dicere, filium videri extitiſſe heredem patri ex eo teſta-
mento, quod tandem ruptum inueniretur? Subſtitutio-
nem tamen in hoc Africani caſu requirimus ad impe-
diendum, ne filius patri ſuo heres ab inteſtato extitiſſe
videatur, non vt ſuitatis ius extinguatur aut ſuſpenda-
tur, ſed potiùs vt ſuſpenſio illa quam dicimus induci
ex periculo rumpendi teſtamenti, moriente filio non
finiatur, ſed duret, quia ſi ſubſtitutus nullus eſſet, ſe-
queretur nullum amplius ex eo teſtamento heredem
filio moriente ſperari poſſe: atque ita ex eo inſtanti
deſtituto teſtamento finiretur periculum ruptionis te-
ſtamenti, cùm periculum nullum ſit ne rumpatur teſta-
mentum quod iam fuerit deſtitutum. Rumpi ſiquidem
illud duntaxat teſtamentum poteſt, quod valet, non
quòd vel nullum, vel deſtitutum, vel aliter irritum iam
factum eſt, *l. nam etſi. 5. D. de iniuſt. rupt.* Finito autem
periculo rumpendi teſtamenti viuo adhuc filio (tritum
enim eſt, quod ſæpiùs monuimus, inſtans mortis adſcri-
bendum vitæ, nõ morti) nihil obſtaret, quominùs viuus
adhuc filius ab inteſtato heres fuiſſe intelligeretur, &
conſequenter obſtitiſſe nepoti quem ille in cauſa ſuc-
ceſſionis, non quidem teſtati, ſed inteſtati, anteuertiſ-
ſet, ſicut & eueniet in caſu Papiniani, hoc eſt, non poſt-
humo præterito, ſed inſtituto filio ſub conditione po-
teſtatiua, ſi talis eſſet conditio quæ vltimo vitæ inſtanti
non poſſet impleri, putà ſi Capitolium aſcenderet, nec
filio quiſquam ſubſtitutus datus proponeretur. In hac
namque ſpecie apertè Papinianus ſcribit *in dict. leg. vlt.
de condict. inſtit.* filium patri ſuum heredem exiſtere,
atque ita obſtare nepoti non ſubſtituto, cui non obſta-
ret ſi nepos eſſet ſubſtitutus. An quia ſubſtitutio, ſi qua
eſſet, ſuitatis ius impediret? Nihil minùs: alioqui per-
inde eſſet neceſſaria vulgaris ſubſtitutio, illo quoque
caſu quo inſtitutus eſſet filius ſub conditione poteſta-
tiua, quæ per alium & vltimæ vitæ filij momento im-
pleri poſſet, (quod tamen nos, cum eodem Papiniano
iam negauimus.) Sed quia ſubſtitutio faceret vt non
poſſet dici moriẽte filio incipere certum eſſe neminem
ex eo teſtamento heredem fore. Quid enim prohiberet
ne ſubſtitutus nepos ex ſubſtitutione heres eſſet? Et
conſequenter ſubſtitutio hoc ipſo quod impediret ne
teſtamentum deſtitueretur, impediret etiam ne heredi-
tas filio ab inteſtato deferretur, quod impedire non
poteſt ſola conditio inſtitutioni adſcripta, quoties talis
conditio eſt, quæ vltimo vitæ momento impleri non
poſſit. Et hoc vnum eſt quod Papinianus ſubtiliſſimè
ſuo more diſputat, de illa differentia conditionum quæ
vltimo vitæ inſtanti poſſunt impleri, & earum quæ non
poſſunt. Quantum certè ad rem noſtram pertinet. Nam
cætera quæ ad eius legis explicationem pleniorem ad-
denda eſſent, in alium locum transferemus. Redeamus
igitur ad Africanũ, & quæramus an in ea ſpecie † quam 11
tractat, ponendum ſit, poſthumum natum non fuiſſe,
an verò nihil referat natúſne ſit, an non. De hoc enim
non parua inter noſtros controuerſia eſt, adeò vt nec de-
ſint qui dubitent, an venter plenus fuerit, an vacuus, vt
Cuiacius refert in Obſer. Ipſe verò non dubitat † quin 12
& plenum ventrem fuiſſe ponendum ſit, & natum poſt-
humum. Alioqui, inquit, filius eo caſu, quo nepotem
habuit ſubſtitutum, patri ex teſtamento heres extitiſſe
retrofingeretur *leg. ventre 84. de acquir. hered.* quod ta-
men Africanus negat, cùm ait nepotem, tam patri, quàm
auo, ſuum heredem fore. Eámque & ſententiam & ra-
tionem nos ſecuti ſumus in Coniecturis noſtris, cùm
eo tempore faciliores eſſemus quàm par eſſet, ad pro-
banda ferè omnia quæ tanti viri autoritas comprobaret.
Nunc verò dicimus plenum quidem fuiſſe ventrem, &
ad hoc vnum probandum bonam eſſe Cuiacij rationem,
quoniam aliter poſita facti ſpecie pugnaret Africanus
cum Papin. *in dict. leg. ventre. verſ. ſed ſi vacuo.* & ridiculè
Africanus poneret omiſſum fuiſſe poſthumũ, qui nul-
lus in rerum natura fuiſſet. Aliud namque eſt dicere vẽ-
trem præteritum, quomodo loquitur Papin. *in d. leg.
ventre præterito.* Aliud verò dicere poſthumum præteri-
tum fuiſſe. Cùm dicimus vẽtrem præteritum, diſtinctio
illa non eſt inepta, ſed neceſſaria, vtrum venter vacuus
fuerit an plenus. Cùm verò dicimus poſthumum præ-
teritum, ſignificamus apertiſſimè ventrem plenum eſſe,
nec alij diſtinctioni locus relinquitur quàm huic, an
poſthumus natus ſit necne. Sed negamus quicquam in-
tereſſe apud Africanũ an natus fuerit poſthumus, nec-
ne, quia ſiue natus fuerit ſiue non, & omni caſu, dum-
modò filius deceſſerit ventre adhuc pleno, nepotẽ tam
patri, quàm auo, ſuum heredem fore, cum Africano de-
fendimus. Et quod Cuiacius obiicit immo verò poſthu-
mo non nato dicendum fore cum Papiniano *in d. l. ven-
tre,* filium patri ſuum heredem extitiſſe retrofingi, nos
negamus, neque id à Papiniano vſquam ita reſponſum
legimus. Eum ſiquidem caſum tractat Papinianus, quo
mulier vacuo ventre fuerit, cùm ait filium intelligi he-
redem patri ſuo ex teſtamento extitiſſe. Quod ſi pleno
ventre mulier fuit, ſubiungit apertiſſimè interea defun-
ctum filium heredi ſuo relinquere nihil, quod nihil
aliud eſt quàm cum neque ex teſtamento, neque ab in-
teſtato heredem extitiſſe. Sed putauit Cuiacius, nihil
planè referre an vacuus venter fuerit, an ita plenus, vt
tamẽ nullus ſit natus poſthumus, cùm quod ad cauſam
rumpendi teſtamentum pertinet, præteritio poſthumi
nunquam nati, non plus poſſit quàm præteritio ventris
reuera vacui. Conſtat enim hanc eſſe differentiam inter
filium iam natum & poſthumum præteritum, quod filij
iam nati præteritio facit teſtamentum nullum ipſo iu-
re, ac iam inde ab initio. Poſthumi verò non item, ſed
eo duntaxat tempore & caſu quo poſthumus naſcitur,
rumpi teſtamentum *l. ſi filius 7. cum duab. ſeqq. & paſſ.
D. de liber. & poſth. l. 3. & paſſ. D. de iniuſt. rup.* Cùm
igitur poſthumo non nato dici nequeat, ruptum fuiſſe
vnquam teſtamentum quod ab initio valuit, poſſit ali-
quis pro Cuiacio quærere, quid impediat, † quomi- 13
nùs filius interim defunctus patri ſuo heres ex teſta-
mento extitiſſe intelligatur. Hoc enim eſt proculdu-
bio quod & Cuiacium fefellit, & nos quoque cùm
eius opinionem ſequebamur. At reſpondendum eſt,
poſthumi in vtero exiſtentis præteritionem, quamuis
teſtamentum nec faciat nullum nec rumpat, quandiu
poſthumus natus non eſt, facere tamen vt non magis
ex

ex eo quiſquam heres eſſe poſſit, quàm ſi iam ruptum eſſet, quoniam vt impediatur confirmatio teſtamenti, & per conſequens, ne ex eo hereditas deferatur, ſufficit in eo eſſe teſtamentum vt aliquo caſu rumpi poſſit. Ex generali illa propoſitione quam ſuprà iam conſtituimus poſt Papinianum *in d.l. ventre in princip.* Ex teſta-
14 mento † quod rumpi poteſt, quandiu rumpi poteſt, hereditatem non deferri. Nec ſanè habet hæc propoſitio vllam exceptionem, quoties de eo rumpendi teſtamenti modo loquimur, qui fit ex iuris poteſtate. Ne alioqui ſecum lex pugnet, ſi confirmet teſtamentum, quod in eo ſit, vt eiuſdẽ legis autoritate rumpi aliquo caſu poſſit. Eſtq́ue alienum à dignitate legis, vt rumperetur teſtamentum, quod iam aliquando ipſa confirmaſſet. Ob idque retinet confirmationem in ſuſpenſo, quouſque videat rumpi amplius non poſſe. Cui non eſt contrarium quod confirmat teſtamentum inofficioſum, ex eóque defert hereditatem quam & aditam eſſe neceſſe eſt, prius quàm inofficioſi querela inſtitui poſſit *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſt. l. ſi quis filium 34. in fin. C. eod.* cùm tamen per querelam inofficioſi teſta-
15 menti rumpatur. Non tam enim rumpi † per querelam ſi propriè loqui volumus, quàm reſcindi dicitur, vt intelligamus, aliquando illud non tantùm valuiſſe, ſed etiam à lege confirmatum fuiſſe, poſtea verò non tam legis quàm hominis & centumuiralis iudicij autoritate reſciſſum eſſe. Rumpi enim propriè dicitur quod aliquando valuit, ſed quod confirmatum nunquam fuit. Reſcindi verò, quod & valuit, & confirmatum fuit. Cùm rumpi dicitur, factum & poteſtas ſolius legis ſignificatur: cùm verò reſcindi, nihil niſi factum & poteſtas hominis, licèt accedente iuris autoritate. Hæc quando ita ſunt, apparet, filiũ qui fuit inſtitutus omiſſo poſthumo, ſi ſubſtitutum habuit, ſiue nepotem, ſiue alium, & ventre adhuc pleno deceſſit, non magis heredem ex teſtamẽto fuiſſe, intelligi nõ nato quoque poſthumo, quàm ſi natus poſthumus proponeretur, quia verum eſt ei, quandiu vixit, hereditatem nunquam fuiſſe delatam neque deferri potuiſſe ex eo teſtamento, quod rumpi poterat, licet nunquam fuerit ruptum. Etſi enim non nato poſthumo, apparet ex poſtfacto ſemper valuiſſe teſtamentum, ex eóque hereditatẽ acquiri potuiſſe, cùm tamen eo tẽpore iam reperiatur mortuus filius, incapax eſt ſuſcipiendæ retrofictionis, per quam heres aliquando fuiſſe videri poſſit, quia mortuus probari quidem poteſt heres reuera fuiſſe dum viueret, quamuis tunc heredem eum eſſe nec ſciretur, nec ſciri poteſt, vt eueniret in hoc ipſo filio, ſi vacuo ventre mulier fuiſſet (lex enim quæ certa eſt, ventrem vacuum eſſe, ac proinde teſtamentum, quo venter præteritus fuerat, rumpi nunquam poſſe, non eo minùs defert ex ipſo hereditatem, quòd filius neſciat an vacuus venter ſit, an plenus. *l. cùm quidam. 30. §. ſuum heredem. D. de acquir. hered.*) ſed vel heres fieri vel retrofingi heres fuiſſe, eo tempore quo reuera non fuerit, minimè poteſt, quia omnis retrofictio requirit omnino duos terminos, terminum ſcilicet à quo, & terminum ad quem, quorum ille deficit, mortuo iam retrofictionis inducendæ tempore eo, qui retrofin-
16 gendus eſſet heres fuiſſe. Atqui, inquies, datio † ſubſtituti vulgaris ſuſtinet teſtamentum, facitque ne ipſius filij morte deſtituatur. Quidni ergo faciet vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur, poſthumo nullo nato? Reſpondeo, quia vt ea retrofictio inducatur, non ſufficit teſtamẽtum ſemper valuiſſe, nec vnquam ruptũ eſſe, ſed illud præterea requiritur, vt hereditas, vel filio delata reuera fuerit, vel fuiſſe fingi poſſit, quorum neutrum in propoſito caſu euenit: niſi fortè illud quoque fingere velimus, aliquod tempus fuiſſe, quo potuerit filius, dum vixit heres eſſe, quod tamẽ tempus nec vllum fuit, neque eſſe potuit, cùm ſit verum quandiu filius vixit, rumpi teſtamentum potuiſſe: niſi ruſus hoc etiã fingere iuuabit, non potuiſſe rumpi teſtamentum, quod non magis fingi poteſt, quàm vt eodem tempore venter præteritus & vacuus fuerit & plenus. Prodeſt ergo hoc caſu vulgaris ſubſtitutio non filio inſtituto, ſed nepoti ſubſtituto, vt ex teſtamento heres eſſe poſſit auo, tanquam ſuus, quòd eum filius in cauſa teſtati nunquam
præceſſerit. Suum enim heredem † dicimus, nõ tantùm 17
ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento. *dicta l. ventre, d. l. cùm quidam. §. ſuum heredem.* ſicut & legitimam hereditatem, eam quoque quæ ex teſtamento defertur. *l. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* Itaque quod Africanus † 18
indiſtinctè & ſimpliciter ait, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem fore, non impugnat noſtram ſententiam, ſed potiùs adiuuat, cùm velimus id verum eſſe omni caſu, id eſt, ſiue natus ſit poſthumus, ſiue non ſit, ſed cum hac tamen explicatione & diſtinctione, vt ſi natus ſit poſthumus, nepos ſuus heres ſit auo ab inteſtato, ſi verò non ſit natus poſthumus, ſit heres ſuus eidem auo ex teſtamento. Quemadmodum & quod idem Africanus ait hunc ipſum nepotem patri quoque ſuo, ſuum heredem eſſe, vtramque interpretationem optimè admittit, vt tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, ſuus heres patri eſſe poſſit, ex teſtamento ſi eum pater heredem inſtituerit, ab inteſtato ſi pater quoquomodo inteſtatus deceſſerit. Cùm ergo nihil ſit apud Africanum, ex quo poſſit colligi filium in ea ſpecie inteſtatum potius, quàm teſtatum deceſſiſſe, ne proinde quicquam obſtet quominus nepotem hunc ſuo patri ſuum heredem, ex teſtamento fuiſſe dicamus, quid etiam vetat, quominus eundem nepotem auo quoque ſuum heredem ex teſtamento fuiſſe interpretemur? Eo nimirum caſu quo teſtamentum valuit, nec poſthumi agnatione vnquam ruptum fuit. Quanquam nec abſurdum eſſet nepoti patrem ſuum heredem eſſe ex teſtamento: auo autem ab inteſtato, vel contrà, altero ſcilicet defuncto teſtato, altero inteſtato. Et ob id Africanus nihil aliud ſcribere voluit, niſi nepotem hunc, tam patri quàm auo ſuum heredem eſſe, non addito eo an ex teſtamento an ab inteſtato, quod pro caſuum diuerſitate vtraque adiectio ſuppleri commodè poſſet. Illud certè omnino † ponendum eſt deceſſiſſe filium, pleno adhuc ventre, & incerto eo an poſthumus naſciturus eſſet necne: quia ſi eo viuo ſpes intercidiſſet naſcituri poſthumi, putà facto abortu, proculdubio ſuus ille heres fuiſſet patri, eidemque teſtatori & quidem ex teſtamento, ſi verò poſt natum iam poſthumum deceſſiſſet, atque ita rupto iam teſtamento, fuiſſet ille ſuus heres ab inteſtato. Idque ipſa etiam interpunctio Florentina probat quam & Cuiacius laudat quæ ſic habet, *interim poſthumo non nato,*
vt dictio illa *interim*, ſic † explicetur, acſi adiectũ eſſet, 19
id eſt, Nondum nato poſthumo, non quomodo Accurſius, Bart. aliique vulgares interpretes omnes explicant, *Ante aditam hereditatem.* Quaſi verò in ſuis heredibus tractandum ſit de aditione, nec ſuus heres ſit heres, ſi poſt patrem deceſſerit, non declarata voluntate: quod eſt equidem conſequens ei quod vult Bart. ſui heredis exiſtentiam tolli per vulgarem ſubſtitutionem, ſed alienum planè ſicut à iuris ratione, ita & à mente Africani, qui nihil aliud requirendo ad hoc vt nepos ſit ſuus heres auo niſi vt filius ante poſthumum natum deceſſerit, oſtendit ſatis, aliud ſe fuiſſe reſponſurum, ſi vel vno inſtanti filius vixiſſet poſt natiuitatem vel abortum poſthumi, quia tunc obſtitiſſet nepoti, tanquam ſuus, cui tamen obſtare non potuiſſet, ſi vulgaris ſubſtitutio ei facta ius ſuitatis extinxiſſet. Difficilius eſt ſecundam huius legis Africani partem conciliare cum Papiniano, in ſecunda parte *d. l. ventre. de acq. hered.* Sed hoc iam nos præſtitimus, ſuprà citato Coniecturarum noſtrarum loco vbi & cætera, quæ in eius loci interpretatione peccauit Cuiacius, & obſeruauimus & refutauimus. Itaque hic non repetemus.

ERROR IX.

De tacita vulgari ſubſtitutione.

SVMMARIA.

1 *Conſtitutio D. Marci relata in l. iam hoc iure 4. D. de vulg. ſubſt. quomodo ab interpretibus accepta.*
2 *Apud interpretes tum vulgaris tum pupillaris ſubſtitutio duplex eſt, vna expreſſa, altera tacita.*
3 *Nullam eſſe vulgarem tacitam ſubſtitutionem aduerſus interpretes.*
4 *Confirmatio primò ex dict. l. iam hoc iure. 4. cuius vera ſententia adfertur.*
5 *Secundò ex ratione quæ Imperatores impulit, vt nouum ius in d. l. inducerent.*
6 *Tertiò ex ordine caſuum ſeu ſubſtitutionum.*
7 *Vulgaris & pupillaris caſus differentia.*
8 *Theophili ſententia de ordine caſuum ſeu ſubſtitutionum probata.*
9 *Quid de eadem re ſenſerit Iuſtinianus in tit. de pupil. ſubſt.*
10 *Pater qui filio ſuo ſubſtituit pupillariter cogitat de herede dando filio non ſibi.*
11 *Caſus vulgaris cur trahatur ad pupillarem, & num. 23.*
12 *Caſus pupillaris cur non trahatur ad vulgarem, & num. 24.*
13 *Pupillaris ſubſtitutio duas continet conditiones.*
14 *Aut vnam potiùs, quæ duas habet partes, quarum vtraque impleri debet, vt ſubſtituto ſit locus.*
15 *Conditio ſubſtitutionis pupillaris qualis ſit.*
16 *Vnde dignoſcatur an inſtitutio pura ſit an conditionalis.*
17 *Subſtitutio pupillaris eſt inſtitutio pura.*
18 *Ex verbis ſubſtitutionis pupillaris effici ſubſtitutum pupillarem non eſſe inſtitutum in hereditate patris, viuo pupillo.*
19 *Abſurda quæ emanant ex poſitione tacita vulgaris.*
20 *Pater in teſtamento filij non poteſt ſibi facere teſtamentum, ſed contrà.*
21 *Codicillorum & pupillarium tabularum comparatio.*
22 *Prius eſt vt pater ſibi heredem conſtituat quàm filio.*
25 *Differentia inter formulas vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis.*
26 *Verba illa*, ſi heres erit; *non ſunt de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis.*

1 Conſtitutio † diui Marci à Modeſtino relata
in *l. iam hoc iure. 4. de vulgari ſubſt.* quæ primùm hoc ius induxit, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta, in vtrumque facta intelligatur, ſic paſſim ab interpretibus omnibus accepta eſt, vt ſiue pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, in caſum vulgarem, videatur ſubſtituiſſe etiam in pupillarem, ſiue contrà ſubſtituerit in caſum pupillarem tantùm, in vulgarem quoque tacitè ſubſtituiſſe intelli-
2 gatur. Itaque ſicuti † pupillarem ſubſtitutionem, ita & vulgarem duplicem faciunt, expreſſam vnam, tacitam alteram. Vnde tot quæſtiones apud Bartolum, & poſt eum apud cæteros *ad l. 1. eod. tit. de vulgari ſubſtit.* An teſtamentum poſſit ab ea vires aſſumere, an mortuo ante patrem filio impubere, ſit ex ea admittendus ſubſtitutus, an trahatur ad bona impuberis, an admittatur contra matrem, & ſimiles aliæ complures. Mihi videtur nihil dici poſſe improbabiliùs, quàm vt vulga-
rem † aliquam tacitam eſſe exiſtimemus, quod ante 3
nos duo inſignes Iureconſulti, Lancellotus & Viglius defenderunt: ſed ita vt tamen non deſit nobis, quod poſt eos de noſtro proferamus. Primùm quia nullo iuris loco, aut à prudentibus aut ab Imperatoribus aliquam ipſius mentionem factam reperio, vt dubitari proinde non poſſit, quin merum hoc ſit commentum interpretum, vti & huiuſmodi alia pleraque. Nam quod
Modeſtinus † refert *in dicta lege iam hoc iure*, factum 4
eſſe ex diui Marci & Veri conſtitutione, vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, non alium ſenſum habet, quàm vt ſubſtitutio facta in primum caſum, videatur facta etiam in ſecundum, non è contrario, quod putant interpretes, vt ſubſtitutio facta in ſecundum caſum, in primum quoque facta cenſeatur. Idque ipſa etiam demonſtrat interpretatio quam adhibet Modeſt. ſequentib. illis verbis, *Siue filius heres non extiterit & impubes deceſſerit*. Perinde namque eſt, ac ſi poneret hoc exemplum conſtitutionis, vt nihil referat an pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, ſub ea tantùm conditione, *Si filius heres non extiterit*, an verò ſub his duabus ſimul iunctis, *Siue filius heres non extiterit, ſiue heres extiterit, & impubes deceſſerit*. Pugnare quidem contra nos magis videtur, quod ſequitur apud Modeſtinum *in verſu. hoc itaque caſu*. Sed quænam illius loci, & ſententia & ratio ſit, explicabimus ad finem capitis
ſequentis. Idem etiam probat † ratio ipſa, quæ Impe- 5
ratores mouere potuit, vt nouum hoc ius inducerent, à mera veri iuris ratione tantopere alienum. Nam cùm vulgaris caſus & pupillaris, quorum ille primus caſus dicitur, hic ſecundus, non modò contrarij inter ſe ſint, ſed etiam contradictorij, adeò vt non poſſit vni locus eſſe, quin hoc ipſo alius excludatur, quænam obſecro iuris ratio facere debuit, vt Imperatores ſubſtitutionem factam in vnum caſum, traherent ad alium, niſi fauor pupilli, cuius vtique intereſt habere teſtamentarium potiùs, quàm legitimum ſucceſſorem, nouam iſtam conſtitutionem extorſiſſet. Atqui fatentur omnes vulgarem illam, quam tacitam vocant, reſpicere ad fauorem non pupilli, ſed teſtatoris, vtpote per quam ipſi teſtatori, non pupillo ſuccedatur, vt expreſſim tractat Bartol. *ad dict. leg. iam hoc iure.* Non igitur quæ ratio humanitatis facit, vt vulgarem ſubſtitutionem impuberi factam trahamus ad caſum pupillarem, ex ea conſtitutione, eadem facere debet, vt ſubſtitutionem in caſum pupillarem factam trahamus ad vulgarem, cùm hac in re nullus omnino verſetur
fauor pupilli. Sed neque ordo † ipſe caſuum & ſubſti- 6
tutionum hanc admittit interpretationem. Solent enim teſtatores, & debent, tum quoque cùm filio impuberi heredi ſcripto ſubſtituunt in vtrumque caſum, incipere à vulgari, non à pupillari. Vnde & vul-
garis caſus † vt iam diximus appellatur primus, pu- 7
pillaris verò ſecundus. *leg. Lucius. quadrageſimaquinta eodem tit. de vulg. leg. precibus. octaua. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.* quia vulgaris fit in eum caſum, quo hereditas agnita non ſit, pupillaris verò in eum, quo ſit agnita. Primum autem non eſſe, vt non inargutè Baldus philoſophando more ſuo ad hoc propoſitum obſeruauit. Progreſſúſque naturalis eſt ab eo caſu quo filius impubes heres non ſit, ad illum quo heres ſit & impubes moriatur. At è conuerſo ineptus eſſet & potiùs retrogreſſus dicendus ille, ſi pater inciperet à caſu pupillari, & adiiceret poſtea vulgarem, hoc modo, *ſi filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſiue heres non erit, Seius heres eſto.* Quod igitur non niſi ineptè poſſet exprimi, cur pro expreſſo haberi volumus, cùm neque expreſſum fuit, neque cogitatum? Vtique enim ille ſemper caſus præcedere debebit, qui fuerit expreſſus, non qui ad expreſſum

accedat

Digitized by Google

8 accedat per interpretationem. Hunc verò ordinem †
aptiſſimè expreſſit Theophilus *in tit.de pupill. ſubſtitut.*
cùm hanc ſubſtitutionem vno verbo vocat *vulgari pupillarem*, non autem *pupilli vulgarem*, quo tamen nomine aut ſaltem vtroque vocanda eſſet, ſi quod interpretes volunt, tam verum eſſet caſum pupillarem trahi ad vulgarem, quàm verum eſt, trahi vulgarem ad pupillarem. Idémque Theophilo hac in re quod nobis viſum fuiſſe apparet, etiam ex eo quod itidem ait, vulgarem ſubſtitutionem etiam expreſſim factam impuberi euaneſcere, ſi impubes ſuperſtes patri abſtineat, etſi hanc opinionem nos refutauimus *in Error. ſeptimo.* Quomodo enim potuit ille credere ſubſtitutionem factam impuberi in caſum quo heres erit, trahendam ad eum caſum quo nec expreſſim fieri eam poſſe putant, hoc eſt, quo filius abſtineat ab hereditate patris. Eun-
9 dem ordinem etiam apertiſſimè Iuſtinianus † deſignat,
in tit. de pupill. ſubſtit. vbi ait, Liberis impuberibus quos in poteſtate quis habet, non ſolùm vulgariter poſſe quem ſubſtituere, id eſt, ita vt ſi heredes ei non extiterint, alius ſit ei heres, ſed eo amplius vt ſi heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint ſit eis aliquis heres. Veluti, inquit, ſi quis dicat hoc modo, *Titius filius meus heres mihi eſto. Et, ſi filius meus heres mihi non erit, ſiue heres erit, & priùs moriatur quàm in ſuam tutelam venerit, tunc Seius heres eſto.* At ſecundum interpretes, qui tacitam iſtam vulgarem inducunt, ſimiliter dicendum eſſet, poſſe patrem liberis ſuis impuberibus non ſolum pupillariter ſubſtituere. Si heredes exiſterent, & in pupillari ætate decederent, ſed eo amplius, vt ſi heredes non exiſterent, aliquis heres eſſet. Quo quid abſurdius? Nam vltra illum caſum *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, caſus alius nullus eſt propter quem poſſis dicere *eo amplius.* Dicendum potius eſſet *eo minus*, cùm iſte caſus, ſi filius heres non erit, non ſolùm præcedat illum, *ſi heres erit & impubes deceſſerit*, ſed etiam multo minùs facti habeat, tanquam
10 qui ſit merè negatiuus. Addo quod pater † qui filio
ſuo impuberi ſubſtituit in eum nominatim caſum, ſi is heres erit, & impubes deceſſerit, cogitat de herede dando filio, non ſibi per mediam heredis eiuſdémque filij perſonam. Cur ergo trahemus caſum hunc ad illum, quo pater non filio heredem dare cogitauerit, ſed ſibi?
11 Dices eadem ratione poſſe probari, † caſum vulgarem
non eſſe trahendum ad pupillarem, cùm pater qui ſubſtituit filio in caſum vulgarem det heredem ſibi non filio, cui tamen ſoli dat non ſibi, in caſum pupillarem. Non nego, nec magis poſſit quiſquam negare, bonam fore rationem propter quam caſus vulgaris nullomodo trahi deberet ad pupillarem, ſi de hoc expreſſam non haberemus Imperatorum conſtitutionem, ſolo pupil-
12 lorum fauore ſubnixam. Atqui vt caſus † pupillaris
trahatur ad vulgarem, neque conſtitutionis verba faciunt, neque fauor pupilli. Ratio igitur iuris communis retinenda eſt, non tam facilè violanda. Neque verò mirum eſt fauorabiliorem eſſe hac parte pupillum, cui pupillaris ſubſtitutio facta eſt, quàm patrem ipſum qui fecerit, quia imputari poteſt patri, cur ad habendum heredem non ſubſtituerit filio ſuo vulgariter, cùm poſſet, in eámque rem vulgaris eſſet, notaque cuilibet formula quam vſurpare debuiſſet. Non autem ſimiliter imputari poteſt pupillo, cur pater qui ei ſubſtituit vulgariter non etiam ſubſtituerit pupillariter, quandoquidem pater ipſe eſt qui filio teſtamentum fecit, non filius, nec improbabile eſt patrem qui ſubſtituendo impuberi filio caſum omiſit pupillarem, ita feciſſe per imperitiam quod pupillaris ſubſtitutionis formulam non ita vulgarem ignoraret potiùs quàm quod filium quem & inſtituerat, & ſubſtitutum habere voluerat, inteſtatum mori vellet, ſi is impubes moreretur. Quid?
13 quod pupillaris † ſubſtitutio non vnam duntaxat con-
ditionem habet, quomodo vulgaris quæ illam, *ſi heres non erit*, ſed duas, quarum altera illa eſt, *ſi heres erit*, altera hæc eſt *impubes deceſſerit.* Vtramque igitur impleri neceſſe eſt, vt poſſit locus eſſe ſubſtitutioni. Et quantumuis tibi adroges vt caſum illum ſecundum & affirmatiuum, *ſi heres erit* protrahas, aut vt meliùs dicam, retrahas ad primum negatiuum eundémque planè contradictorium, *ſi heres non erit*, quod nunquam facies me permittente, non tamen effugies, quin conditio illa altera, *ſi impubes deceſſerit* impleri quoque debeat. Nihil enim eſt in verbis, aut in ratione conſtitutionis diui Marci, ex quo poſſis colligere caſum illum, *ſi impubes deceſſerit*, debere trahi ad alium, qui ſit etiam contradictorius, *ſi impubes non deceſſerit.* Quod etiamſi facere tibi liceret, planè induceres tacitam vulgarem valde ineptam, quæ ſcilicet facta eſſet in eum caſum, quo filius & heres non eſſet, & pubes decederet. Nam cùm filius heres non eſt, quid attinet expectare ipſius pubertatem, vt ſubſtitutus heres patri eſſe poſſit? Aut quænam ratio excogitari poteſt, propter quam pater debuerit eo minùs velle heredem habere, quòd ſi filius eius qui heres non fuiſſet, pubes deceſſiſſet? In caſu pupillaris ſubſtitutionis, hoc eſt, cùm filius heres fuit, neceſſaria eſt adiectio illa alterius conditionis, *& impubes deceſſerit*, quia pupillaris ſubſtitutio, filij teſtamentum eſt, patri autem non licet facere teſtamentum filio, niſi & impuberi, & intra pubertatem decedenti. Ideóque ſolet in pupillari ſubſtitutione adiici articulus, *tunc*, quem nec Iuſtinianus prætermiſit *in princ. d. tit. de pup. ſubſt.* ne Modeſtinus *in l. 1. de vulg. & pupill.* nec Iulianus *in l. ſi ita ſcriptum* 8. §. *qui filio. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* qui articulus cum temporis extremitatem denotet *l. 4. in fin. D. de cond. & demonſtr.* eam vim habere debet, vt non patiatur admitti ſubſtitutum, priùs quàm filius impubes deceſſerit. Quod igitur filius abſtineat paterna hereditate, ſiue ante ſiue poſt immixtionem, quamuis poſſet inuitare ſubſtitutum vulgarem, ſi quis ei datus eſſet, non æquè tamen poteſt locum facere ſubſtituto, qui non niſi in pupillarem caſum datus fuit, quaſi in vulgarem quoque datus videatur, quin pupillus quoque defunctus proponatur. Alioqui conſtitutione noua opus erit, quæ ad conſtitutionem diui Marci hoc addat, vt non tantùm caſus ſecundus retrahatur ad primum, quod vnum per ſe, vt probauimus, abſurdiſſimum eſſet, verùm etiam ille articulus *tunc* expreſſus in caſu pupillari, omittatur in caſu tacito vulgari, atque ita viuo filio, admittatur iure ſubſtituti vulgaris ad patris hereditatem ille, qui non fuerat ſubſtitutus, niſi tunc cùm filius impubes deceſſiſſet. Hoc verò tantò abſurdius eſſe fateberis, ſi mecum cogitabis ſubtiliùs, conditionem illam pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*,
quam diximus eſſe duplicem, vnam † potiùs videri de- 14
bere, ſed quæ duas habeat partes, vt & illa de qua *in l. hac ſcriptura 16. de cond. & demonſt.* Hoc enim admiſſo, quod negari certè non poſſet, conſequens fit, vt multò minùs poſſit diuidi, quàm ſi eſſent duæ, quamuis in pluribus quoque conditionibus quoties coniunctim adſcriptæ ſunt, ita obtineat vt omnes ſint implendæ, tanquam quæ vnius duntaxat loco habeantur, *l. ſi heredi plures 5. D. de cond. inſt.* Nunquam ergo aſſequeris, vt qui fuit ſubſtitutus filio, ſub ea vnica & indiuidua conditione, *ſi heres filius erit, & id pupillari ætate deceſſerit*, admitti debeat viuo filio, quantumuis abſtinente, qui tamen ſecundum interpretes ex tacita vulgari eſſet admittendus. Illud enim omnino intolerabile eſt, vt liceat tibi vſque adeo agere Imperatorem, vt vel diuidas conditionem à teſtatore adſcriptam, vel ea nondum impleta perinde admittas ſubſtitutum, acſi conditio vel nulla adſcripta, vel iam impleta eſſet, quod nec prætor ipſe facere vel poteſt vel debet, niſi cùm talis conditio eſt, quæ vel pro non adiecta debeat haberi, vel quæ ſit edicto remittenda, *l. facta 65. §. ſi ſub condit. D. ad SC.*

Trebell. Plus dico, pupillarem ſubſtitutum ita ſcriptum, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, viuo filio nullomodo ſubſtitutum videri, ne quidem ſub conditione, quippe qui in hunc caſum nullomodo fuerit ſubſtitutus. Exemplo eius, quod ſcribit Modeſtin. *in l. commodiſſimè* 10. *D. de liber. & poſth.* poſthumum à patre inſtitutum, *ſi viuo patre naſceretur*, natum patre mortuo, aut contrà, rumpere teſtamentum, quaſi qui nec ſub conditione ſcriptus intelligatur, cùm naſcatur in hunc caſum, qui non ſit teſtamento comprehenſus.

15 Tota enim illa conditio † pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, non tam eſt conditio ſub qua vocetur ſubſtitutus, in quo pleróſque omnes vulgo errare video, quàm conditio ſine qua non vult pater facere filio teſtamentum, quia nec poteſt. Denique ſunt illa verba non filij teſtantis, nec patris iam teſtamentum filio facientis, ſed patris accingentis ſe ad faciendum filio teſtamentum, vt appareat nihil eum moliri, niſi quod per leges facere ſibi liceat. Vnde eſt quod Vlpianus ſcribit *in l. qui liberis* 8. *de vulgar. & pupill. ſubſt.* ita quoque facta ſubſtitutione pupillari, nihilominus ſubſtitutum pupillarem purè ſcriptum eſſe, ſi non alia conditio inſerta ſit, in ipſa ſubſtituti inſtitutione. Siquidem teſtamentum pupillare totum concludatur tribus illis ſequentibus verbis, *Titius heres eſto*, quæ inſtitutio, vt nemo non videt, pura eſt, niſi conditio illa ſubnectatur, *ſi nauis ex Aſia venerit*,
16 aut quæ alia huiuſmodi. Pura namque inſtitutio † vel conditionalis, ex eo dignoſcitur, quod hereditas per eam, vel ſtatim mortuo teſtatore, vel non ſtatim deferatur. Atqui nemo dixerit, ea verba patris, pupillarem ſubſtitutionem filio facientis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto*, facere, quominus ſtatim poſt filij mortem in pupillari ætate contingentem, Titius ad pupilli hereditatem admittatur. Nam etſi eſſet illa dicenda conditio ſubſtitutionis pupillaris, quod nos negamus, tamen conditio talis eſſet quam impleri oporteret, imo quæ neceſſariò impletur priuſquam vlla pupilli hereditas eſſet, de cuius ſiue delatione, ſiue acquiſitione tractari poſſet. Neque enim pupilli, quandiu viuit, vlla eſt hereditas *l. 2. §. interdum. eodem tit. l. ita tamen 27. § à patre. D. ad SC. Trebell.* cùm verò pupillus moritur, hoc ipſo impletur conditio illa, *ſi impubes deceſſerit*. Verum igitur eſt, Titium qui
17 fuit ſubſtitutus, † per eam formulam, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, purè inſtitutum fuiſſe non ſub conditione, perinde ac ſi à patre inſtitutus fuiſſet, hoc modo, *Titius ſi moriar heres eſto*, quo tamen caſu quis diceret, conditionalem eſſe inſtitutionem? Quanquam in pupillari ſubſtitutione, de qua tractamus, res apertior eſt. Hæc enim inſtitutio, *Titius ſi moriar heres eſto*: conditionem aliquam habet, inſpecta ſcilicet figura verborum, propterea quod ea verba, *ſi moriar*, inſerta ſunt inſtitutioni, licèt non habeant vim conditionis, vt nec illa, *ſi hereditatem meam adierit*, de quibus *in l.*
18 *aliquando* 107. *de cond. & demon.* At hæc † verba, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, à quibus ſolet incipere formula pupillaris ſubſtitutionis, non ſolùm ſunt extra inſtitutionem ſubſtituti, quæ, vt iam dixi, tribus iis verbis abſoluitur, *Titius heres eſto*, ſed quod magis eſt extra ipſum pupilli teſtamentum: nempe quod non poteſt videri incipere niſi ab iis verbis, quæ à pupillo ipſo prolata videri poſſunt, quæ ſola iſta ſunt, *Titius heres eſto*, non etiam præcedentia illa, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, quæ manifeſtiſſimum eſt cùm de filio ſint in tertia perſona, patris eſſe, non filij: patris inquam ſuo non filij nomine ea proferentis. Cùm igitur pater, ea præfatione quodammodo proteſtetur ne quidem cogitare ſe de teſtamento faciendo filio, niſi in eum caſum quo filius & heres ſit, & impubes moriatur, quem poteſt colorem habere pupillaris ſubſtitutus, vt ob id ſolùm quod ab ipſo impubere, in eius hereditate ſcriptus intelligitur, & conſequenter poſt ipſius pupilli mortem duntaxat, videri debeat in ipſius etiam patris hereditate inſtitutus, viuo quoque pupillo? An pupilli teſtamentum quod eo viuo, effectum nullum habere poteſt, quantum ad hereditatem pupilli, debebit aliquem habere ad dandum heredem patri? An non ea ratione induceremus, vt quemadmodum pater ſuo teſtamento etiam filio ſuo impuberi teſtamentum facere poteſt, ita è conuerſo filius impubes, cuius teſtamentum eſſet pupillaris ſubſtitutio, eo teſtamento patri quoque teſtamentum feciſſe, dando ei heredem, videretur? Hoc verò ſi non abſurdum eſt, quid in toto iure noſtro abſurdum videri poteſt? Nonne multò abſurdius illud eſt quàm ſi quis diceret, quod huic errori conſequens etiam ſit, ex pupillari teſtamento principale confirmari? contra *l. ex pupill. 44. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Iunge enim huic errori alium errorem Bartoli, quem in præcedentibus refutauimus, quod exiſtentia ſui heredis tollatur per dationem vulgaris ſubſtituti. Et rurſus alium quem mordicus defendit idem Bartolus *ad d. l. 1. num. 30. de vulg. & pupill.* quod ex tacita vulgari poſſit teſtamentum patris ſuſtineri (adeò errores ex errore naſci neceſſe eſt.) Efficitur ſane, vt contra ſupradictam iuris regulam, principale teſtamentum per pupillare, quod non niſi acceſſorium eſt, confirmetur. Poteſt pater † in teſta- 20
mento ſuo facere teſtamentum filio, & cùm facit ſibi, facere filio heredem, neque in eo quicquam noui aut inepti facit, poſtquam ita moribus receptum eſt, vt filio heredem facere poſſit. At vt faciat ſibi teſtamentum in teſtamento filij, & hoc ipſo quod facit teſtamentum filio, ac tum quoque cùm in perſona & ſub nomine filij loquitur, prorſus nouum & ridiculum eſt. Nam ſi pater & ſibi, & filio teſtamentum facturus, non poteſt incipere à pupillari, quoniam vnum teſtamentum eſt, quod ab inſtitutione incipere debuit, *d. l. 2. §. prius autem. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quomodo fieri poterit vt teſtamentum patris, quod primo gradu, id eſt, inſtitutione deficiente, à ſecundo gradu & à ſubſtitutione incipit, incipiat à tacita vulgari quæ in pupillari continetur? An non ita fit, vt incipiat à pupillari? Præſertim ſi tam vera eſſet quàm falſa eſt Bartoli ſententia exiſtimantis adeundam ex tacita illa vulgari hereditatem patris, vt tabulæ pupillares confirmentur, cùm datus eſt impuberi extraneus coheres. Eſſet ſanè hoc perinde ridiculum, atque ſi quis diceret in codicillis teſtamentariis hereditatem dari poſſe hoc prætextu quòd ſcripta in huiuſmodi codicillis in teſtamento ſcripta videantur, *l. 2. § 1. D. de iur. codicill.* Nam vt eleganter Papin. ait *in l. quod per manus* 10. *eodem.* non ob id magis poteſt hereditas † in codicillis dari, ne teſtamentum 21
quod ab inſtitutione vires acciperet per codicillos qui non niſi ex teſtamento valerent, confirmari videretur. Quæ ratio non malè ad hoc etiam accommodari poteſt, vt dicamus hereditatem patris in pupillaribus tabulis nullo modo dari poſſe, ne patris teſtamentum, quod ab inſtitutione paterni heredis vires acciperet per pupillarem ſubſtitutionem, quæ ex patris teſtamento valere debeat confirmari videatur. Bona enim eſt comparatio codicillorum ex teſtamento & pupillarium tabularum, cùm & hæ & illi pars teſtamenti eſſe intelligantur *l. penult. D. de teſtam. quem. aper.* In ſumma quemadmodum patrem neceſſe eſt ante filium mori, vt valeant tabulæ pupillares, ita & patrem † filio teſtamen- 22
tum facere poſteaquàm ſibi, & per conſequens heredem ſibi conſtituere priùs quàm filio, & rurſum ſi vult ſibi prouidere in eum caſum, quo heres inſtitutus nolit heres eſſe, vulgarem ſubſtitutum facere antequàm faciat pupillarem. Ideóque cùm pater inſtituto heredi filio ſubſtituit ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, quia iam filio dat heredem, nullo modo credendus eſt iis verbis de herede ſibi faciendo cogitaſſe: nec quemad

quemadmodum faciendo ſibi teſtamentum, aut potiùs teſtamenti ſecundum gradum ſubſtituens filio vulgariter in caſum illum quo heres non eſſet, facilè creditur etiam filio teſtamentum feciſſe, eique heredem dediſſe in caſum contrarium ſi heres eſſet ac impubes decederet. Ita è conuerſo, faciendo teſtamentum filio & ſubſtituendo ei pupillariter, ſi heres eſſet, ac in pupillari ætate decederet, æquè facilè credendus eſt hoc ipſo ſibi quoque teſtamentum aut teſtamenti ſui ſecundum gradum feciſſe in caſum contrarium, ſi
23 filius heres non eſſet: quia cùm ſubſtitutus † vulgaris ex vulgari fit pupillaris, non eſt caſus ille alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat eum vulgariter. Id enim fecerat vt omnimodo heredem haberet, ſi fortè filius inſtitutus vel heres eſſe non poſſet, vel abſtinere mallet. Habet verò heredem cùm filius ſuus heres non tantùm ſuperſtes fuit, ſed etiam hereditati paternæ ſe immiſcuit, & quod magis eſt, hunc eundem ſubſtitutum habet etiam ſibi heredem, per mediam ſcilicet impuberis perſonam. Hoc tantum plus eſt, quòd qui fuerat ſubſtitutus, vt heres eſſet patri, filio quoque heres reperitur, in quo nihil eſt inconueniens, cùm eum quem pater heredem ſibi elegerat, ſi filius heres non eſſet, multò magis voluerit heredem eſſe ipſi filio in eum caſum quo heredem filio dare potuit, id eſt, ſi heres eſſet, impubéſque moreretur.
24 At cùm ſubſtitutus † pupillaris ex pupillari fit vulgaris, non tantùm caſus nouus eſt, ſed etiam omnino alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat hunc pupillariter: non enim id fecerat teſtator, vt omnimodo heredem haberet, cùm eum ſubſtituiſſet in caſum illum expreſſum, quo eſſet agnita ipſius patris hereditas, ac proinde quo non poſſet heredem non habere, ſed ob id tantùm vt filius heredem habere poſſet: quem porrò habere poteſt, & quidem hunc ipſum ſubſtitutum, etiamſi nullam tacitam vulgarem comminiſcamur. Non quia perinde videatur extitiſſe conditio illa, *Si heres erit*, filio ſe abſtinente (quamuis enim heres ipſo iure maneat, fateor tamen non poſſe illum haberi pro herede quantum ad teſtatoris voluntatem non magis quàm quod ad prætorem, vt in ſuperioribus diſputauimus) ſed quia ſubſtitutus fuit purè, ſufficitque deceſſiſſe filium impuberem vt ſubſtituendi locus eſſe poſſit, quamuis deceſſerit per abſtentionem.
25 Hæc enim differentia † eſt inter formulas vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis, quod in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, omnimodo faciunt conditionem, indéque eſt quod ſubſtitutionem definire ſolemus conditionalem inſtitutionem, quæ definitio propriè conuenit vulgari tantùm ſubſtitutioni. In ſubſtitutione verò pupillari verba illa, *ſi heres erit* non faciunt conditionem, vt nec illa ſequentia, *& impubes deceſſerit*, quemadmodum iam explicauimus, ſed alia mente & cogitatione apponuntur à patre. Priora quidem vt appareat non dubitare patrem quin ipſius voto hereditatem paternam agniturus ſit filius. Poſteriora verò ne quis putet id agere patrem vt filio det heredem vltra eam ætatem in qua liceat ei dare. Cæterum ſiue patri heres ſit filius ſiue non ſit, ſicut omni caſu heredem habiturus eſt, ita & omni caſu eum habere debet quem pater dedit, dum ne finita ſit pupillaris ſubſtitutio pubertate. Itaque non eſſet bona ratio contra ſubſtitutum pupillarem tacitum, ſi quis ad excludendum illo caſu quo filius ſe immiſcuiſſet, obiicere vellet ſubſtitutionis pupillaris conditionem defeciſſe, quæ illa eſſe videbatur, ſi filius heres non eſſet. Negabo enim fuiſſe illam conditionem, ne quidem ſine qua pater filio ſubſtituere alioqui vel noluiſſet, vel non potuiſſet. Qualis tamen fuit altera pars illa formulæ, *& impubes decederet*. Ideóque nemo vnquam dubitauit quin
26 pupillaris ſubſtitutio † fieri poſſit neutro caſu expreſſo, ſiue agnitæ, ſiue non agnitæ hereditatis, dummodo expreſſa ſit conditio illa, *ſi in pupillari ætate filius deceſſerit*, vt *in leg. paterfamilias* 28. *de rebus authorit. iudicis poſſidend.* quod & Bartolus fatetur *ad leg.* 2. *numer.* 17. *de vulgar.* vbi ait verba illa, *ſi heres erit* non eſſe de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis probátque ex eo quod etiam exheredato filio fieri ea poteſt, *l.* 1. *§. ſubſtituere. leg. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos, eodem.* At erit optima ratio contra ſubſtitutum vulgarem, qui non alio iure admitti velit quàm ex tacita vulgari contenta in pupillari, ſi ad eum excludendum illo caſu quo filius heres non fuerit, nec adhuc deceſſerit, obiiciatur ei conditionem ſubſtitutionis defeciſſe, quæ illa fuerat, *ſi filius heres eſſet & impubes deceſſiſſet.* Negari enim non poteſt quin ea ipſa verba quæ in pupillari ſubſtitutione conditionem nullam faciebant, pro vera conditione accipi debeant in vulgari, quippe quæ nec poſſit eſſe ſine conditione, nec in propoſito caſu aliam conditionem habere, quàm quæ tam diſertis verbis à teſtatore fuit expreſſa. Alioquin non ſufficiet tollere totam hanc formulam pupillaris ſubſtitutionis quæ, vt diximus, conditionem facit, ne tacitæ iſtius vulgaris conditio defeciſſe videatur, ſed illud præterea faciendum erit, vt nouam planéque expreſſis verbis repugnantem conditionem ſuppleamus, non quæ poſtea extiterit, ſed quod in conditionibus omnibus præpoſterum eſt, quæ ex euentu talis formetur, qualem formari oporteat, non vt impleatur, ſed vt iam impleta reperiatur: quod ita fiet ſi caſum hunc, *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, trahamus ad illum, *ſi heres non erit nec impubes deceſſerit.* At non idem abſurdum euenit, cùm caſum vulgarem trahimus ad pupillarem, quia pupillaris ſubſtitutio nulla conditione indiget, quæ nimirum purè fieri poteſt *dict. l. qui liberis*: nec rurſus à nobis exigit vt formulam & conditionem vulgaris ſubſtitutionis deleamus, ne pupillaris ſubſtitutionis conditio defeciſſe intelligatur, cùm ad validitatem pupillaris ſubſtitutionis nihil omnino referat, an filius ſit heres an non ſit, ſed hoc tantùm requiratur vt impubes deceſſerit, & poſt patrem. Quod vltimum idcirco addo, vt ſaltem per nudam ſui heredis exiſtentiam tabulæ pupillares confirmentur. Nam ſi quid eſſet propter quod dicendum videretur hanc tacitam vulgarem admitti debere, illud certè eſſe oporteret, ne alioqui tabulæ pupillares corruerent filio abſtinente, ſi pater nullum ex teſtamento heredem habere crederetur. Hæc enim ratio non tam ad ipſius patris quàm ad pupilli fauorem ſpectaret, quam vnam rationem fuiſſe diximus, conſtitutionis Diui Marci. Atqui non eſt neceſſaria propter hoc, inductio iſta commentitia vulgaris vllius tacitæ ſubſtitutionis, quia ad pupillarium tabularum validitatem ſufficit quod pater ſuum heredem habuerit quamuis ſe abſtinentem, quod nec Bartolus quoque diffitetur, niſi vno illo caſu (qui perpetuus eius error eſt) ſi habuerit extraneum coheredem. Nihil igitur exigemus pro pupillari ſubſtituto niſi vt filius & poſt patrem & impubes deceſſerit. Si enim ante patrem decederet, fruſtra eſſet tractare de confirmandis patris tabulis ad validandam ſubſtitutionem pupillarem, quæ ex alia cauſa, id eſt, per ipſius impuberis mortem intercidiſſet.

* * *

ERROR

ERROR X.

De ſubſtitute pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. indic. poſſidend.

SVMMARIA.

1 *Ex l. paterfamilias 28. D. de reb. aut. indic. poſſ. conſici ſubſtitutionem pupillarem non admitti viuo impubere qui ſe abſtinuit.*
2 *Conditionem vulgaris tacitæ non exiſtere per abſtentionem filij, cui expreſſim datus fuerat ſubſtitutus pupillaris.*
3 *Nulla eſt ſubſtitutio vulgaris ſine illa conditione*, ſi heres non erit.
4 *Cur ſubſtitutus pupillaris nunquam ex tacita vulgari admitti poſſit filio patri ſuperuiuente quantumuis ſe abſtinente.*
5 *Cur ſubſtitutus vulgaris filio datus ſub ea conditione expreſſa, ſi heres non erit, admittatur ad hereditatem patris filio abſtinente.*
6 *Diſtinctio propoſita lib. 2. Coniect. c. 2. ab autore hic reuocata.*
7 *Verba formulæ pupillaris ſubſtitutionis non ſunt conditionalia.*
8 *Abſurdum quod dimanat expoſitione tacitæ vulgaris.*
9 *Exponitur l. 4. D. de vulg. ſubſt. ex qua interpretes colligunt ſubſtitutum pupillarem vocatum eſſe tacitè in caſum vulgarem.*
10 *Verba d. l. à Triboniano corrupta eſſe.*
11 *Triboniani mos in iure conſtituendo.*

Atque hæc quidem ſunt meo iudicio quæ contra interpretes noſtros ex vera iuris ratione in quæſtione iſta diſputari poſſunt. Sed parum eſſet fortaſſe rationibus vincere apud eos, qui nihil minùs quàm rationem iuris vel inueſtigare vel curare ſolent. Adferamus aliquem iuris locum quem illi eludere non poſſint. Is eſt
1 elegantiſſimus † & apertiſſimus *in dict. l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* vbi tractans Iauolenus de filio impubere inſtituto cui pater dederat ſubſtitutum pupillarem, negat expreſſim, debere admitti ſubſtitutum viuo filio etiamſi filius ſe abſtinuerit, ideóque bona patri interim vendi oportere ait, vt creditoribus ſatisfiat. Quod ſi poſt bona per creditores poſſeſſa & vendita, filius impubes moriatur, tunc demum admittit ille ſubſtitutum, & quidem ex ſubſtitutione pupillari, non ex vulgari, quem tamen admittere debuerat iam inde viuo filio, cúmque cogere ſi ſubſtitutionem agnoſceret, vt creditoribus paternis reſponderet: ſi quo vnquam caſu tacita vulgaris aliqua ex pupillari expreſſa induci potuiſſet. Nec eſt contrarium quod idem Iauolenus ſubſtitutum hunc vult teneri paternis creditoribus. Id enim fit, non quia ſubſtitutus hic admittatur ex ea ſubſtitutione, per quam, ſuccedatur patri proximè & immediatè, quod non niſi per vulgarem contingit, ſed quoniam ſuccedendo pupillo ex pupillari expreſſa, reperit in hereditate pupilli hereditatem patris iam ita coniunctam & vnitam vt non niſi vna ſit. Ex hoc enim fieri neceſſe eſt, vt non poſſit ſubſtitutus heres eſſe pupillo quin ſit etiam patri, nec magis æs alienum patris ab ære alieno filij ſeparare quàm hereditatem patris ab hereditate filij, vt ſcriptum eſt *in d. l. paterfamilias, verſic. at cum ſubſtitutus*, & nos ſupra explicauimus. Quod ſi caſus pupillaris trahi poſſet ad vulgarem, non video quænam in ea ſpecie potuerit eſſe ratio dubitandi pro ſubſtituto quominùs debuiſſet teneri creditoribus patris à quo fuiſſet, non tantùm per expreſſam pupillarem, ſed etiam per vulgarem tacitam ſubſtitutus. Quo enim iure aut colore vellet ille diuidere iudicium patris in ipſa ſubſtitutione, & repudiata vulgari tacita cuius conditio per abſtentionem filij contigiſſet, ſoli pupillo ſuccedere ex pupillari expreſſa, cuius conditio illa, *ſi heres erit*, per eandem abſtentionem defeciſſe potiùs videretur, ſi ea verba vllam, quod nos iam negauimus, facerent conditionem? Quamquam nec illud concedendum arbitror,
quod interpretes pro certo habent, exiſtere † conditio- 2
nem vulgaris tacitæ per abſtentionem filij, cui expreſſim datus fuerat ſubſtitutus pupillaris. Primum quia nec vlla hic ſubeſt conditio, ſi non eam vltro comminiſcamur. Nam ſi ſubſtitutio pupillaris ita concepta, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto*, prorſus pura nec vllomodo conditionalis eſſe intelligitur *d. l. qui liberis, in princip.* quis vnquam audit ex verbis puræ diſpoſitionis tacitam conditionem induci? Non ignoro id quod ſub vna conditione datum ſit ſub contraria conditione vel ademptum, vel tranſlatum intelligi nonnunquam oportere *dict. l. aliquando* 107. *de condict. & demonſtr. l. ſi legatum* 10. *D. de adim. legat. l. quod purè.* 6. *D. quand. dies legat. ced. l. quidam* 27. §. 1. *D. de condic. inſtitut.* Sed vt qui purè vocatur ad hereditatem pupilli hoc ipſo videatur ſub contraria conditione vocatus ad hereditatem patris, non niſi ridiculè poſſit quis dicere. Quænam enim poteſt conditio eſſe contraria ei quæ prorſus nulla ſit? Denique quia etiamſi verba illa pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit & impubes deceſſerit*, pro conditione eſſent accipienda, quod Vlpian. apertè negat *in d. l. qui liberis*, negarem tamen habendam conditionem pro defecta eo caſu quo filius patri ſuperuixiſſet, & abſtinuiſſet. Semper enim verum eſt filium heredem extitiſſe, ac talem manere quamuis ſe abſtinentem *d. l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideicomm. libert.* Ex eóque nimirum fit, vt quamuis filius qui ſe abſtinuit nullum habeat coheredem à quo teſtamentum ſuſtineatur, non eo minùs tamen ſubſiſtant tabulæ pupillares tanquam confirmato per ſui heredis exiſtentiam paterno teſtamento, quæ tamen corruerent proculdubio ſi patri filius heres non exiſtere intelligetur, non quaſi defecta pupillaris ſubſtitutionis conditione, quæ, vt toties diximus, nulla in propoſito caſu fuit, ſed propterea quod patris teſtamentum confirmatum fuiſſe omnino neceſſe eſt, vt valere poſſint tabulæ pupillares. Quod ſi conditio illa, *ſi heres erit* (liceat enim nobis conditionem hanc dicere cum interpretibus quos diſputauimus) non deficit per impuberis abſtentionem, planè conſequens eſt vt contraria conditio, quam interpretes comminiſcuntur vt inducant tacitam vulgarem, *ſi heres non erit*, dici non poſſit extitiſſe. Fieri enim nequit in contrariis adeóque contradictoriis conditionibus, vt earum altera
exiſtat quin altera deficiat. Atqui nulla † ſubſtitutio 3
vulgaris eſſe poteſt, ſiue expreſſa ſiue tacita, quæ non neceſſariò habere debeat conditionem illam, vel expreſſam vel tacitam, *ſi heres non erit*, & conſequenter non poteſt vulgari ſubſtitutioni, ſiue expreſſæ, ſiue tacitæ locus fieri quin prius ea conditio ſiue tacita, ſiue expreſſa, fuerit impleta, cum ea ſit natura conditionum omnium ſiue expreſſæ ſint, ſiue tacitæ inſint, vt ſuſpendant actum, eáſque ante omnia impletas eſſe oporteat, *d. l. facta* 97. § *ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebellian. & tot. tit. de cond. inſtit. & de cond. & demonſtr.* Conclu-
dendum igitur eſt ſubſtitutum † impuberi datum ſub 3
expreſſa illa formula, *Si filius heres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, nunquam ex tacita vulgari poſſe admitti filio patri ſuperuiuente, quantumuis ſe abſtinente,

rente, ſiue quòd nulla hîc ſit conditio ſine qua tamen vulgaris tacita non magis queat eſſe quàm expreſſa: ſiue quòd etiam ſi qua fuiſſet conditio tacita, ea tamen defeciſſet ob hoc ſolùm, quòd ſuus & neceſſarius heres patris ſuperfuiſſet. Neque pugnat, quod ſæpius
5 admiſimus † ſubſtitutum vulgarem filio datum ſub conditione expreſſa, *Si heres non erit*, admitti ad hereditatem patris filio abſtinente. Id enim fit, vt nos ſuo loco docuimus, non ex proprietate verborum, aut ex mera iuris poteſtate: quaſi verum ſit, heredem non extitiſſe filium qui ſe abſtinuit, ſed propter voluntatem teſtatoris, quæ in conditionibus omnibus interpretandis ſemper ſpectanda eſt, & quæ in propoſito caſu illa fuit, vt filius non tantùm nudo nomine, ſed ipſo etiam effectu heres eſſet, qualis proculdubio non eſt ille qui ſe abſtinet, cùm non impediat quominus defuncti bona ſub ipſius defuncti nomine vendi ſit neceſſe. At cùm teſtator dixit tantùm, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titius heres eſto*, nulla conditio eſt, ſub qua fuerit ſubſtitutus Titius, qui purè ſubſtitutus reperitur, *d. l. qui liberis*, ob idque non relinquitur locus quæſtioni circa interpretationem eorum verborum, *Si filius heres erit*, & quid pater iis ſenſerit. Voluntatis enim quæſtionem inducere poſſet conditio tantùm: ceſſante porrò voluntatis quæſtione, iuris ratio manifeſta eſt, filium heredem extitiſſe, qui patri ſuperſtes fuit, licèt abſtinuerit: & idcircò dicimus pupillarem ſubſtitutionem ſatis hoc ipſo confirmatam, quæ facta fuerat in caſum acquiſitæ hereditatis, vulgarem verò tacitam induci nullam poſſe: quia implicat contradictionem, vt in eodem caſu eadem hereditas, & acquiſita, & non acquiſita eſſe intelligatur, quod tamen neceſſariò euenit, ſecundùm ſententiam illorum qui volunt, impubere abſtinente, ſubſtitutionem valere, tanquam pupillarem, ad hoc vt impuberi defuncto ſuccedatur, & tamen ex eadem induci tacitam vulgarem, per quam viuo etiam pupillo ſubſtitutus pupillaris ſuccedat patri: ſic enim diſertè Bartolus ad *d. l. 1. num. 39. D. de vulgar. & pupill. ſubſt.* Apertè contra Iauolenum in *d. l. paterfamilias*, ad quam ſicut nemo hucuſque fuit qui reſponderit, ita nec poſt-
6 hac erit qui reſpondere poſſit. Nam quod nos ipſi † communem errorem ſecuti aliquando putabamus, ſeparandam eſſe pupillarem ſubſtitutionem ita factam, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, ab illa quæ nullo caſu expreſſo ſimpliciter ſic concepta ſit, *Si filius meus impubes deceſſerit*, de qua in *d. l. paterfamilias*, (ſic enim ſcripſimus libro 2. Coniect. cap. 2.) ſubtile quidem videri potuit, ſed non ſatis verum. Certè nobis nunc non probatur, quia nihil omnino intereſt, vtrum hoc vel illo modo concepta ſit ſubſtitutio, vt videri debeat pupillaris, vtque viuo pupillo ſubſtitutus admitti prohibeatur. Cùm ſubſtitutio pupillaris non niſi mortuo filio locum habere poſſit, abſurdúmque fuerit ex teſtamento filij, quod tribus illis verbis conſtat *Titius heres eſto*, & quidem tanquam ab ipſo impubere, non à patre prolatis, induci ſubſtitutum vulgarem qui patri ſuccedat, & qui proinde à filio ipſo datus patri videatur. Imo verò ſi quod res eſt fateri volumus, longè difficilius eſt, vt viuo pupillo admittatur is qui ita ſubſtitutus fuit, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, quàm qui ſimpliciter hoc modo, *Si filius impubes deceſſerit*. Priore namque caſu vtraque pars formulæ viuo filio facit contra ſubſtitutum, quia verum eſt & filium heredem eſſe poſt abſtentionem quoque, nec adhuc eum deceſſiſſe, poſteriore verò caſu, res tantùm vna eſt, quæ obſtat ſubſtituto, quòd adhuc filius viuat, quia nec aliud quidquam in formula expreſſum fuit. Magis autem obſtat duplex impedimentum, quàm quod vnicum eſt. Fefellit nos iuniores, necdum ſatis ad iſtam iuris artem eruditos,
7 quòd cùm vulgo interpretum verba illa † formulæ pupillaris ſubſtitutionis ſic acciperemus quaſi pupillarem ſubſtitutionem facerent conditionalem, perinde atque illa, *ſi heres non erit*, quæ in vulgari ſubſtitutione neceſſario ſunt exprimenda, faciunt conditionem, ſed nos in contrarium nunc mouet præter iuris rationem manifeſtam autoritas etiam Vlpiani *in d. l. qui liberis*, quódque non quemadmodum pater faciens ſibi teſtamentum, filio quoque facere voluiſſe credendus eſt, quoniam & potuit, ita è contrario faciens filio, videri debeat feciſſe & ſibi. Ne alioqui paulatim dici incipiat ſicuti pater filio teſtamentum facere poteſt, ita & vice verſa filium poſſe facere teſtamentum patri. Illa namque verba, *Titius heres eſto*, quibus pupillarem ſubſtitutionem, pupillique teſtamentum concludi diximus, vel negandum eſt pupillare teſtamentum eſſe, vel fatendum eodem modo & iure accipienda eſſe quaſi à filio ipſo prolata eſſent non à patre. Quo admiſſo ſi dicamus tacitam † vulgarem ex iis verbis induci poſſe, con- 8
ſequens ſtatim fiet abſurdum illud, vt tacitus iſte vulgaris ſubſtitutus, datus patri videatur à filio, cui ipſe pater dederat pupillarem. Interpretes fefellit vnicus iuris noſtri locus. Is † eſt *in d. l. 4. D. de vulg. & pupill.* 9
ſubſtit. Primum in illis verbis. *Vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit.* Sumunt enim *alterum* pro *alterutrum*, quod Grammatici nunquam admitterent. Alterum enim dixit Modeſtinus pro primo, *vt in l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell. defuncto altero ſuperſtitibus liberis*, id eſt, *defuncto primo*. Itaque nihil ſignificat, niſi illud ipſum quod apertioribus verbis expreſſit Imperator *in l. quamuis 4. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* ſubſtitutionem factam in caſum vulgarem trahi ad pupillarem. Deinde mouentur ex illis verbis *dict. l. 4. Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit, vt ſi pubes heres non extiterit, impubes ſubſtituatur, ſi autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem coheredis ſubſtituatur, quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur.* Hæc enim poſtrema † verba ſunt, quæ ma- 10
nifeſtè probare videntur ſubſtitutionem factam in caſum pupillarem expreſſum trahi poſſe ad vulgarem. Verùm præter id quod alio iam (ni fallimur) loco indicauimus, totam illam poſtremam legis partem, nobis ſuſpectam videri, digniorémque vacillantis ac titubantis Triboniani inſcitia, quàm Modeſtini peritia, ſaltem ab illis verbis, *Vt ſi pubes, &c.* Reſponderi etiam poteſt ſpeciem hanc habere ſpecialem rationem propter quam faciliùs permittendum ſit, vt caſus pupillaris vulgarem quaſi implicitè continere videatur, nimirum propter ſubſtitutionem vulgarem fratri puberi expreſſim factam. Quænam enim cauſa eſt, cur credendus ſit pater filio puberi vulgariter impuberem ſubſtituere voluiſſe, impuberi verò puberem noluiſſe, quem ſubſtituit, quod multo plus eſt, etiam pupillariter? ac ſi pater ita ſcripſiſſet, *Filio meo puberi ſubſtituo impuberem vulgariter, impuberi verò puberem etiam pupillariter*, aut, *& viciſſim*, aut, *eo amplius* quomodo loquitur Iuſtinianus *in tit. de pupill. ſubſtit.* Dicendum potiùs eſſet omiſſam per errorem fuiſſe mutuam vulgarem ſubſtitutionem, vt in ſpecie non valde diſſimili, de qua extat eiuſdem Marci Imperatoris reſcriptum à Papiniano relatum *in l. cum proponebatur 64. D. de legat. 2.* Etſi enim eo loco ſuppletur ab Imperatore ſubſtitutio fideicommiſſaria, quæ faciliùs ſuppleri poteſt ex coniecturis quàm vulgaris, quæ eſt directa. In propoſita tamen ſpecie hoc plus eſt quàm in illa quod hîc fuerat expreſſa mutua ſubſtitutio, directa vtraque, ſed vna vulgaris, alia pupillaris, quæ licèt ipſa nec vulgaris ſit nec vulgarem continere ſoleat, facilè tamen poteſt includere vulgarem, cùm ex alia parte iam adeſt vulgaris. Sunt enim fauorabiles mutuæ omnes & reciprocæ diſpoſitiones, *l. ſi pater puellæ. 11. C. de inoff. teſtam.* faciléque mutuam ſibi præbent interpretationem, quantum res ipſa ferre poteſt.

Præſertim

Præſertim cùm ponamus fratrem puberem impuberi ſubſtitutum, non in hereditate ipſius impuberis, ſed in ea nominatim portione, quam habuit quaſi coheres, quæ formula magis conuenit vulgari ſubſtitutioni, *leg. coheredi 41. §. vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Atque ita eſſe vt in hac ſpecie propter ſubſtitutionem factam puberi mutetur natura pupillaris ſubſtitutionis factæ impuberi, ex eo apparet clariſſimè quod ſubiungitur, *ne ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat voluntatis quæſtionem relinquat vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtriuſque perſona ſenſiſſe intelligatur.* Quis enim dubitationi locus eſſet poſt illam Marci conſtitutionem, quin ſubſtituendo impuberi in caſum vulgarem tantùm, nihilominus videretur in vtrumque ſubſtituiſſe, *d. l. 4. C. eod.* niſi dubitationem illam faceret ſubſtitutio iſta vulgaris priùs facta puberi, quaſi credendus eſſet pater vtrique filio ſubſtitutionis genere ſubſtituere voluiſſe? Quanquam videtur mihi ratio hæc dubitandi ſatis leuis. Nam cùm ſeparatim ſubſtitutum eſt puberi & impuberi, licèt eiſdem verbis, nihil vetat aliam fieri interpretationem in perſona impuberis, propter Marci conſtitutionem. Ac tum demum interpretatio hæc abſurda videri debet, cùm inuicem ſubſtituti ſunt verbo illo communi, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Inde capio non leuem coniecturam, quòd cum locum
11 Tribonianus corruperit, cui familiare eſt † idem ius conſtituere, etiam vbi ratio prorſus diuerſa eſt. Sicut & ſolet ille allegato remedio aliquo, quod vel falſum vel minùs tutum videat, confugere ad aliud, & tandem ſpecialem voluntatem requirere vbi poſſit ſufficere ratio iuris: quod & hîc ab eo factum eſt in poſtremis illis verbis, *vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem.* Quænam enim quæſtio poterat occurrere an ſubſtitutio pupillaris expreſſim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, ſi qua vnquam eſſet tacita vulgaris ex D. Marci conſtitutione. An fortè ſubſtitutio vulgaris facta puberi faciebat, vt eo minùs videretur pubes impuberi vulgariter ſubſtitutus, ſicut faceret, vt ſubſtitutus vulgariter non poſſet videri ſubſtitutus pupillariter? Imò potius vt eo magis. Ergo vel ex eo loco, ſi Modeſtini ſit, maximè probatur tacitam vulgarem nullam eſſe. Optimam autem tot remediorum adhibendorum occaſionem Triboniano dedit inſcriptio legis, quæ eſt ex Modeſtini libro ſingulari de Euremáticis. Sanè caſum illum eſſe ſingularem, nec tam facilè & generaliter trahendum ad conſequentias, oſtendunt illa ipſa verba *quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur.* Pro quibus tamen potius ſcribendum erat, *qua formula in vtrumque caſum*, quomodo Modeſt. in præcedentibus locutus fuerat. Sed hoc quoque Triboniano familiare eſt cum prudentum reſponſa corrumpit, vt verba illa vſurpet *in hoc caſu, in præcedenti caſu*, quod certè in hac ſpecie facere non debuerat, in qua tractabat Modeſtinus de caſu, non pro ſpecie, ſed pro euentu. Tribonianum verò hic eodem errore lapſum eſſe, quo cæteros interpretes, non miror. Nam & ipſum habeo pro interprete, non pro iuris autore. Imò & pro interprete malo potiùs quàm bono.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimatertia.

ERROR PRIMVS.

De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione, quam interpretes tacitam vocant.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio à Bartolo propoſita an teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari ſubſtitutione.*
2 *Sententia Bartoli affirmatiuam mentis.*
3 *Ratio quæ Bartolum mouit.*
4 *Vitium rationis Bartoli, & ipſius Bartoli effugium.*
5 *Bartoli replicatio reprobatur.*
6 *Fideicommiſſaria ſubſtitutio vulgarem nullam continere poteſt.*
7 *Pupillaris ſubſtitutio quæ in vulgari continetur malè dicitur tacita.*
8 *Subſtitutionis vulgaris & fideicommiſſariæ differentia.*
9 *Formula vulgaris ſubſtitutionis quî differat à formula pupillaris.*
10 *Exponitur l. 13. §. vlt. D. de milit. teſt.*
11 *In ſpecie d. l. §. vlt. cur admittatur fideicommiſſarius in caſum non exiſtentium heredum.*
12 *L. Antoninus 42. D. de fideic. libert. Bart. ſententiam non adſtruere.*
13 *Reſponſum Iuliani in l. ſi paterfamilias 26. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione Bartolo non fauere.*
14 *Non quæuis ſubſtitutio facta pupillo cenſenda eſt facta in caſum pupillarem aduerſus Bart.*
15 *Subſtitutio quæuis impuberi facta etiam in caſum vulgarem trahitur ad pupillarem poſt D. Marci conſtitutionem.*
16 *Prudentius facit pater qui filio ſubſtituit vulgariter, quàm qui pupillariter tantum.*
17 *Ratio Angeli pro Bartoli opinione refertur & refellitur.*
18 *Bartoli ſententia impugnatur ex l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus ad SC. Treb. & effugia Bartoli præcluduntur.*
19 *Reſponſiones diuerſorum pro Bart. ad d. l. apud Iulianum diluuntur.*
20 *Alij iuris loci ex quibus quidam autumant Bartoli ſententiam conuelli, reiiciuntur.*
21 *Argumentum firmiſſimum aduerſus Bartoli aſſertionem.*
22 *Limitationem Bartolinæ regulæ promulgatæ, expreſſo vitiato, tacitum quoque vitiatur, Bartolum non iuuare.*
23 *Sententia Goueani de vulgari tacita.*

QVod proximis duobus capitibus Decadis ſuperioris à nobis probatum eſt illam vulgarem ſubſtitutionem, quam interpretes noſtri per nimiam iuris imperitiam commenti ſunt prudentibus incognitam fuiſſe: poſſet ſufficere

Digitized by Google

ficere ad profligandas vno agmine quæſtiones illas quas congerit Bart. ad *l.* 1. *num.* 30. *& ſeqq. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* omnes ad huiuſmodi tacitam vulgarem pertinentes. Quid enim tractari poſſit de tacita vulgari quæ ſit nulla? Sed tamen & tanti viri & tam inueterati erroris autoritas cogit nos, vt de iis quæſtionibus, non quidem ſingulis, ſed quæ digniores maiorisque momenti videbuntur diligentiùs diſſeramus.
1 Inter eas prima † ac ferè præcipua hæc eſt. An teſtamentum poſſit aſſumere vires à tacita vulgari, an verò requiratur aditio in primo gradu. Sic enim Bart. quæſtionem proponit. Et poſt relatas varias aliorum opi-
2 niones, concludit † pupillarem quidem ſubſtitutionem requirere aditionem hereditatis, ſed tamen vulgarem tacitam, quæ ſub ea contineatur, non ſimiliter aditionem requirere, poſſéque ab ea impedire teſtamentum. Mouetur ex vnico iuris loco quo ſuam hanc ſen-
3 tentiam apertiſſimè probari contendit. Is eſt apud Vlpianum in *l. neque enim aliàs, l. idem eſt.* 13. §. *vlt. D. de teſtam. milit.* vbi refert Vlpian. cùm miles in teſtamento ſuo ſeruo libertatem dediſſet, eidémque & à primo & à ſecundo herede per fideicommiſſum hereditatem reliquiſſet, quamuis primus & ſecundus heres deceſſiſſent, priùs quàm adiiſſent hereditatem, reſcripſiſſe tamen Imperatorem Antoninum cum Diuo Seuero, militem inteſtati exitum facere non debere, ſed perinde habendum eſſe acſi eidem ſeruo, libertas ſimul & hereditas directò data eſſet, quòd vtramque ad eum peruenire teſtatorem voluiſſe, negari non poſſet. Sic autem Bartolus textum hunc inducit, quaſi ſub expreſſa fideicommiſſaria contineatur tacita vulgaris, quæ tamen non requirat aditionem quam fideicommiſſaria expreſſa requireret, *leg. ille à quo* 13. §. *ſi de teſtam. D. ad SC. Trebell.* In qua ratiocinatione ſupponendum eſt. Non minore priuilegio dignam eſſe tacitam vulgarem, quæ in pupillari expreſſa continetur, quàm quæ in fideicommiſſaria, cùm vtraque ſit tacita, & ea quæ continetur in pupillari (vt aliquid addamus pro Bartolo) vel ob hoc maximè videatur, potentior eſſe deberet, quod pupillaris, in qua continetur, directa eſt, non vt fideicommiſſaria obliqua & precaria. Eſt enim faciliùs vt quæ iam directa, quàm vt quæ obliqua eſt, aliam directam pariat. Verùm quia videt Bartol. illud
4 ſtatim occurrere quod ad hanc obiectionem † reſpondere quis poſſit, caſum illum Vlpiani eſſe ſpecialem, quod nec ipſe poteſt negare, replicat ſubtiliter, ſi Diis placet, eſſe quidem hoc ſpeciale, vt ſubſtitutio fideicommiſſaria trahatur ad directam, ſed non id etiam vt tacita illa vulgaris confirmet ex ſe teſtamentum. In hoc enim, inquit, non eſt ſpeciale, ſed ius commune. Ego
5 verò hanc Bartoli ſubtilitatem † ſatis mirari non poſſum, & qua ratione ſeiungat ille duo iſta, vt fideicommiſſaria ſubſtitutio conuertatur in directam, & vt militis teſtamentum confirmetur. Nihil enim ſanè eſt quod in ea ſpecie militis teſtamentum confirmet, niſi quod ex eo adiri hereditas poteſt. Vt verò adiri ex eo teſtamento hereditas poſſit, non aliunde fit, quàm ex eo quod fideicommiſſaria ſubſtitutio commutetur in directam. Nam ſi ſeruus ille & libertatem & hereditatem directam accepiſſet, putà ſi teſtator eum ſubſtituto ſubſtituiſſet, non dubitaretur quin defunctis inſtituto & primo ſubſtituto ante aditam hereditatem, potuiſſet ipſe & debuiſſet iure communi liber & heres eſſe, adeóque illo etiam caſu quo teſtator fuiſſet non ſoluendo, & in fraudem creditorum dediſſet libertatem, *l. poteſt.* 36. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Quomodo igitur fieri poteſt vt ſpeciale ſit quod fideicommiſſaria libertas trahatur ad directam, nec tamen ſpeciale ſit quod teſtamentum ſuſtineatur? Præſertim verò cùm ſpeciale illud, quòd fatetur Bartolus ex eo probet eſſe tale, quod alibi quàm in caſu illius legis non reperitur, fideicommiſſariam ſubſtitutionem trahi ad directam. Quæro enim à Bartolo an alius iuris locus ſit quo probare poſſit teſtamentum ex vulgari tacita confirmari, ſiue in fideicommiſſaria, ſiue in pupillari expreſſa contineatur. Nam ſi alius iuris locus eſt, cur eum non protulit? Sin nullus eſt, vnde poteſt colligere ius commune quod nec ratione vlla nitatur, nec lege? At neque video quam vulgarem tacitam hîc comminiſcatur. Tacita enim vulgaris, ſi qua eſſet, ea dici deberet, quæ vel in expreſſa aliqua contineretur, vel ex ea, quæ expreſſa eſſet, induceretur, quorum neutrum in propoſito dici poteſt. Nam cùm fideicommiſſaria † 6
ſubſtitutio fiat in caſum agnitæ hereditatis, nec aliter fieri poſſit, vulgarem continere nullam poteſt, ſiue ad vim verborum reſpicias, ſiue ad voluntatem teſtatoris. Vt neque pupillarem vllam tacitam contineret vulgaris, ſi conſtitutio Diui Marci in eam rem facta non eſſet, propter eandem, nimirum rationem, quòd neque formula ſubſtitutionis vulgaris etiam impuberi factæ, neque voluntas teſtatoris eam interpretationem pati poſſit, cùm vulgaris ſubſtitutio fiat in caſum non acquiſitæ hereditatis, pupillaris verò in caſum acquiſitæ. Qua ratione ſummopere mihi ſemper placuit † 7
quod Antonius Goueanus primus docuit, pupillarem illam, quæ ex Marci conſtitutione in vulgari continetur, malè vulgò ab interpretibus dici tacitam, potiúſque à lege ſubintellectam dicendam eſſe. An igitur & in ea ſpecie quæ tractatur *in* §. *vltim. dict. leg.* neque dicemus aliquam eſſe vulgarem à lege ſubintellectam? Ne hoc quidem. Nec enim vlla lex eſt quæ dicat libertatem fideicommiſſariam in caſum agnitæ hereditatis relictam, in alterum quoque caſum hereditatis non agnitæ directò datam videri oportere. Eſſetque ea lex multò mirabilior, ne dicam à iuris ratione alienior, quam conſtitutio Diui Marci, quia cum vulgaris caſus trahitur ad pupillarem, trahitur ad ſimilem in eo quod vterque eſt caſus directæ ſubſtitutionis. At cùm fideicommiſſarius trahitur ad vulgarem, trahitur ad ſimilem, quia caſus fideicommiſſi eſt obliquus, vulgaris verò directus. Indéque fit, quòd verba fideicommiſſi multò ineptiora ſunt, imo nullomodo apta ad ſubſtitutionem vulgarem comprehendendam, quia ſubſtitutio vulgaris † alia requirit verba, nimirum quæ ſint imperatiua & directa, & quidem ad ſubſtitutum ipſum directa, fideicommiſſaria verò ſubſtitutio requirit verba quæ ſint obliqua & precatiua, vt loquitur Vlpianus *in tit. De leg.* Et quæ teſtator ad heredem rogatum potiùs quàm ad fideicommiſſarium direxerit, quanquam poſtremum hoc minùs neceſſarium eſt, *leg. miles ad ſororem.* 75. *cum pater leg.* 77. §. *donationis, de legat.* 2. Proinde non magis fieri poteſt vt verba fideicommiſſi ſubſeruiant vulgari ſubſtitutioni, quàm vt eadem verba ſint, & directa & precaria cuiuſmodi nulla eſſe contra eoſdem interpretes noſtros, qui tam multa communia eſſe volunt, nos iam probauimus, *libro* 14. *Coniectur.* At nihil prohibet quo minùs verba pupillaris ſubſtitutionis aptari poſſint vulgari, vel contra, ſi nihil niſi verborum diuerſitatem inſpicias: quia non ſolum ſimilia ſunt, ſed etiam prorſus eadem verba diſpoſitiua quibus vtraque ſubſtitutio perficitur, illa nimirum *Titius heres eſto*, nec in alio differt formula † vulgaris 9
ſubſtitutionis à formula pupillaris: niſi quod in vulgari neceſſe eſt præcedere conditionem illam, *Si heres ſcriptus heres non erit:* In pupillari verò vel nulla conditio præcedit, vel alia quam illa: cùm ea verba quæ ſolent præcedere, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, non faciant conditionem niſi hactenus, vt appareat nullam filio ſuo adhuc viuenti ſiue poſt pubertatem defuncto factam eſſe ſubſtitutionem, vt oſtendimus in præcedentibus. Abſurdum igitur eſt dicere in ea ſpecie † quam Vlpianus tractat, *in d.* §. *vlt. l.* 15. *De milit. teſt.* 10
aliquam

aliquam eſſe tacitam vulgarem cùm fuerit expreſsè fi-
deicommiſſaria. Tanto magis quod hereditas ſeruo
per fideicommiſſum relicta proponebatur non tantùm
ab inſtituto, ſed etiam à ſubſtituto vulgari, vt proinde
quandiu ſubſtitutus excluſus non eſſet, hereditas ſer-
uo acquiri nullo modo poſſet iure directo. Subſtitu-
tum enim teſtator fideicommiſſario prætulerat in eum
caſum quo inſtitutus heres eſſe, vel nollet, vel non
poſſet. Atqui ſi expreſſa illa fideicommiſſaria tacitam
aliquam vulgarem contineret, dicendum eſſe viuo quo-
que necdum repudiante ſubſtituto admittendum fi-
deicommiſſarium ex vulgari tacita poſt mortem aut re-
pudiationem inſtituti, & quidem, vel ſolùm vel ſaltem
cum ipſo ſubſtituto, qui æquè ſecundo gradu ſubſti-
tutus reperietur, quod tamen quàm falſum & ridicu-
lum ſit ex eo intelligimus quod Vlpianus, non niſi he-
redibus omnibus ante aditionem defunctis fideicom-
miſſario locum facit. Nec ſanè poſſet ille cum ſubſti-
tuto concurrere, quin fieret contra voluntatem, ſi ſub-
ſtitutus non haberet totam hereditatem quam ei te-
ſtator totam poſt inſtitutum dediſſet, vt in ſimili ratio-
cinatur Papinianus *in leg. verbis ciuilibus. 7. De vulgar.
& pupill. ſubſtitutione.* At, inquies, pro Bartolo ad-
11 mittitur apud Vlpianum fideicommiſſarius † in caſum
non exiſtentium heredum. Ergo ex tacita vulgari. Reſ-
pondeo admitti quidem, ſed non alio iure quàm ex au-
toritate reſcripti Imperatorum quibus viſum ita con-
ſtituendum ex æquitate potiùs, quàm ex aliqua iuris
ratione, propter concurrentem in ea ſpecie duplicem
fauorem, & libertatis, & militiæ. Item eo, quòd li-
bertas eidem ſeruo, non per fideicommiſſum, ſed dire-
ctò data proponebatur quoque non alteruter tantum
gradus heredum ſed vterque fideicommiſſo hereditatis
grauatus erat, vt de enixa militis voluntate appareret
in danda ſeruo non tantùm directa, ſed etiam heredi-
tate ſua quanquam per fideicommiſſum potiùs quàm
directò, ſi quis fideicommiſſo locus eſſe poſſet. Quare
ſi qua vel minima ex circunſtantiis iſtis deficeret, dice-
rem ſane, tam nouo & extraordinario reſcripto locum
nullum fore debere, propter eas rationes quæ pluri-
bus à nobis expoſitæ ſunt *lib. 10. Coniect. cap. 23.* Quod
12 apertiſſimè ſentit † & Mæcianus *in leg. Antoninus. 42.
D. de fideicomm. libert.* vbi hoc ipſum Antonini reſcri-
ptum refert, eiuſque rationem non aliam fuiſſe, quàm
vt Imperator militum ſuorum per omnia ratam face-
ret ſupremam voluntatem, vt intelligamus non tam
libertatis quàm militiæ fauore cauſam dediſſe reſcri-
pto, quamuis fauorem quoque libertatis concurrere
fuerit neceſſe. Itaque, inquit, eorum qui à pagano li-
bertatem, & hereditatem per fideicommiſſum acce-
perant, cùm æquè in continenti & inſtitutus & ſubſti-
tutus deceſſiſſent, ſatis habuit Imperator confirmare
libertatem. Quis ergo iam neget hoc ius eſſe ſpeciale,
ac tamen non erubuit Alexander dicere ſolemnem tex-
tum eſſe *in dict. leg. Antoninus* pro tuenda Bartoli opi-
nione. Quaſi verò confirmetur in ea ſpecie teſtamen-
tum per tacitam vulgarem, ac non potiùs per reſcri-
ptum Imperatoris, ad nihil minùs quàm ad vulgarem
illam tacitam reſpicientis. Et ſanè ſi nihil aliud feciſ-
ſet in ea ſpecie niſi quod vulgarem tacitam induxiſſet,
ea res parum ſeruo profuiſſet ad conſequendam vel
libertatem vel hereditatem. Ei namque conſtitutioni
illud tantum conſequens fuiſſet, vt ſeruus cui in caſu
agnitæ hereditatis libertas, & hereditas per fideicom-
miſſum data eſſet, in caſum quoque vulgarem, id eſt,
non agnitæ hereditatis, idem fideicommiſſum petere
poſſet, tracto ſcilicet caſu fideicommiſſi ad caſum vul-
garem. Quæ tamen conſtitutio ſic concepta, prorſus
ridicula eſſet ac inanis. A quo enim poſſet fideicom-
miſſum peti non agnita hereditate. Neceſſe igitur fuit
non tacitam vllam vulgarem inducere ex qua poſſet
peti hereditas fideicommiſſaria, ſed hereditatem fidei-
commiſſariam conuertere in directam, & ſeruum hunc
quem teſtator fideicommiſſarium duntaxat feciſſet ha-
bere pro herede verbis ſubſtituto & conſequenter,
quod magis eſt, pro neceſſario herede vt eſſet etiam
inuitus heres militi, quod neque prudentum inter-
pretatione fieri vnquam potuiſſet, neque vllius alterius
quàm Imperatoris autoritate. Tantum abeſt vt in eo
fideicommiſſario qui neceſſarius exiſtere non potuiſ-
ſet, idem reſcripturus fuerit Imperator, tacitamque
vulgarem inducturus ad hoc duntaxat vt poſſet ille, ſi
vellet, adire hereditatem ex teſtamento tanquam inſti-
tutus, ad confirmandum teſtamentum. Sic enim reſ-
cribendum & conſtituendum fuerat vt eſſet illa vulga-
ris tacita ſimilis ei quam Bartolus deducit ex pupillari
expreſſa ad confirmandum patris teſtamentum pri-
mùm, deinde pupillare. Sunt enim qui pro Bartolo
adferant reſponſum † Iuliani *in l. ſi pater filium 26. de* 13
vulgar. & pupill. ſubſtit. in poſtremis illis verbis, *poſt
mortem autem fratris viuo patre natus ſolus heres patri
ſuo exiſtit*, quaſi hoc ſibi velit Iulianus, filium poſthu-
mum fratri impuberi per pupillarem expreſſam ſubſti-
tutum, ſi impubes viuo patre deceſſerit, vt iam pupil-
lari ſubſtitutioni locus eſſe non poſſit, nihilominus
patri ſuccedere poſſe ex tacita vulgari. Sed leuis obie-
ctio eſt non ob id ſolùm quod Iulianus de eo ſubſtitu-
to loquitur, qui & ſuus & neceſſarius heres ſit, ac
proinde quo ſiue inſtituto, ſiue ſubſtituto viuóque
fieri non poteſt vt patris teſtamentum deſtituatur. Sed
etiam quia in illa ſpecie ſubſtitutio in caſum vulgarem
expreſſim facta fuerat, quomodo & fieri vulgo ſolebat
præſertim poſt Diui Marci conſtitutionem non in pu-
pillarem, vt verba illa legis probant, *Et ei ſubſtituerit*,
quæ, fatendum eſt, exprimere, vel caſum vulgarem
duntaxat, vel certè vulgarem non minùs quàm pupil-
larem, quomodo etiam accipi debet *leg. penultima. D.
de inſpic. ventr.* qua ſimiliter video paſſim abuti Barto-
lum vt probet pupillarem ſubſtitutum poſſe patri ſuc-
cedere ex tacita vulgari. In eo errans perpetuo quod
datum pupillo ſubſtitutum † ponit datum eſſe in ca- 14
ſum pupillarem. Nec enim bona eſt conſecutio, vt ſub-
ſtitutio quælibet facta pupillo dici debeat facta in ca-
ſum pupillarem, cui pupillis vt & aliis omnibus poſſit
ſubſtitui etiam in caſum vulgarem, quamuis verum ſit
ſubſtitutionem † quamlibet impuberi factam etiam in 15
caſum vulgarem trahi ad pupillarem poſt conſtitutio-
nem Diui Marci, niſi cùm apparet de contraria teſtato-
ris voluntate. Quinimò longè prudentiùs † facit pa- 16
ter qui filio ſuo impuberi ſubſtituit in caſum vulgarem
duntaxat, quàm qui ſubſtituit in pupillarem tantùm,
quia qui ſubſtituit in vulgarem & ſibi & filio heredem
conſtituit, ſibi quidem in omnem caſum, ſiue viuo ſe,
ſiue mortuo, filius moriatur, filio verò in eum caſum,
quo heredem habere poſſit, id eſt, ſi patri ſuperuixerit,
& poſtea impubes deceſſerit. Qui vero ſubſtituit filio
in caſum pupillarem tantùm, filio dat quidem heredem
in eum caſum quo heredem habere poſſit, hoc eſt, quo
& impubes & poſt patrem moriatur, ſed ſibi nullum
heredem parat in eum caſum quo ſe viuo filius moria-
tur. Quanquam omnium prudentiſſimè facit qui pu-
pillo vel ſimpliciter ſubſtituit nullo caſu expreſſo, vel
vtroque caſu expreſſo, ex conſilio Modeſtini, *in d. l. 4.
in fin. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Alij vt ratione † 17
magis quàm legum autoritate agere videantur, hanc
pro Bartolo rationem adferunt quod facta expreſſione
pupillaris ſubſtitutionis veriſimile ſit teſtatorem, ſi co-
gitaſſet fore vt pupillus repudiaret, ſubſtituturum vul-
gariter eum, quem ſubſtituit in caſum pupillarem: Sic
enim Angelus quem Imola refert *ad d. l. 1. De vulg. &
pup. ſubſt.* Imperitè pupillo nãque inſtituto non poteſt
tractari de repudiatione, cùm ſit ille patri heres & ſuus &
neceſſarius,

neceſſarius, ſiue vulgarem ſubſtitutum habeat, ſiue pu-
pillarem quamuis poſſit ſe abſtinere, vt probauimus
Decade præcedente. Proinde non eſt quod laboremus
in tacita vulgari inducenda ad dandum heredem patri
qui non eſt ſine herede, aut ad confirmandas tabulas
pupillares, quæ per nudam ſui heredis exiſtentiam ſa-
tis ſuperque ſunt confirmatæ. Sed poſſet ea ratio
Angeli, ſi vera eſſet, locum habere in eo caſu quo fi-
lius impubes viuo patre deceſſiſſet. Tunc enim non
pupillaris tantùm ſubſtitutio corrueret, ſed ipſum
quoque patris teſtamentum, præmortuo ſcilicet eo,
qui ſolus heres inſtitutus eſſet. Sed tamen ne ratio
hæc bona eſſe poſſit, illud in cauſa eſt, quod ſubſti-
tutus vulgaris non ſit niſi per verba in eam rem expreſ-
ſa, & quæ conditionem illam expreſſam habeant *ſi
primo gradu ſcriptus heres non erit*, quæ conditio vbi
expreſſa non eſt, ſuppleri nunquam poteſt, multo
minus videri tacitè contenta in formula illa pupillaris
ſubſtitutionis, *ſi heres erit filius, & in pupillari ætate
deceſſerit*, quia, vt iam toties inculcauimus, ea formu-
la non ponit conditionem in pupillari ſubſtitutione,
ex qua proinde, cùm pura ſit, nulla conditio induci
poteſt. Nec ſimile eſt quod è contrario ex formula illa
vulgaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres non erit,
Titius heres eſto*, inducimus tacitam pupillarem, &
ſupplemus eam conditionem pupillaris ſubſtitutionis,
ſi filius heres erit & impubes deceſſerit. Nam imò verò
conditionem nullam ſupplemus cùm ita facta ſubſti-
tutio ſit pura, non conditionalis, & quando ſubſtitu-
tionem vulgarem trahimus ad pupillarem, nihil aliud
facimus niſi quod vulgaris ſubſtitutionis conditionem
tollimus, vt qui iam heres patris eſſe non poteſt, ſit
pure heres pupilli, quandocunque ante pubertatem
decedentis. Facilius autem eſt vt ex conditionali in-
ſtitutione faciamus puram quod ſit ſublata tantùm
conditione, quàm vt ex pura faciamus conditionalem,
quod fieri non poteſt niſi adiecta conditione, quam
portò alius præter teſtatorem nemo adiicere poteſt, &
quæ tamen ſupplenda neceſſariò eſſet, vt ex pupillari
expreſſa, poſſet induci tacita vulgaris. Hanc verò Bar-
18 toli ſententiam, † præter ea quæ iam diximus conuin-
cere apertè videtur Iuliani reſponſum, ab Vlpiano re-
latum & probatum *in lege apud Iulianum*. 11. §. *idem
Iulianus ad Senatuſconſultum Trebellianum*. Nam ſi quis
habens filium impuberem, duos inſtituerit heredes,
eoſdémque ſubſtituerit filio, reſpondit Iulianus, ne-
mine volente adire hereditatem, neque patris, neque
filij, ſufficere ei qui fideicommiſſum in ſecundis tabu-
lis accepit vnum ex heredibus inſtitutis cogere adire
patris hereditatem. Hoc enim facto, inquit, confir-
matiſque patris tabulis, poterunt ambo cogi adire ac
reſtituere pupilli hereditatem. Quid verò eſſet neceſ-
ſe, cogi vnum ex inſtitutis iiſdemque filio ſubſtitutis
adire ex inſtitutione, ac rurſum poſtea ambos ex ſub-
ſtitutione, ſi à vulgari tacita & à ſubſtitutionis gradu
incipere teſtamentum poſſet? Nec poſſis bene reſpon-
dere quod reſpondet Bart. requiri eo loco aditionem
ad confirmandam pupillarem ſubſtitutionem potius
quàm tacitam vulgarem: quoniam licèt loquatur Iu-
lianus de ſecundis tabulis, tamen requirit aditionem
principaliter ad confirmandas tabulas patris, quòd iis
confirmatis pupillares quoque per conſequentiam
ſperantur, non vti ne ſit neceſſaria ex iis aditio here-
ditatis pupillaris, ſed vt ſequi poſſit, idque probant
verba illa, *confirmatiſque patris tabulis*. Et quod addit
Bartol. reſtringendum reſponſum illud ad eum pupil-
lum, qui habeat bona materna, vel alia poſt mortem
patris acquiſita, nimis improbabile & planè commen-
titium eſt, ſi de pupillo herede inſtituto, vt Bartolus
19 & omnes intelligunt, accipiatur. Nec probabilius †
eſt quod alij reſpondent, in ea ſpecie coheredes pupilli
fuiſſe ipſi ſubſtitutos, ideóque ceſſare vulgarem taci-
tam, quæ alioqui ex pupillari expreſſa induceretur,
ob aliam tacitam quæ ex coheredis datione induatur,
argum. leg. ſi Titio & Mænio 61. §. *Iulianus, de legat*. 2.
& leg. quia tacita 25. *D. de heredit. inſtitut.* Nam
quod coheres, coheredi tacitè ſubſtitutus dicitur ad
ius accreſcendi pertinet, cui porro nunquam locus eſt,
niſi adita ſit hereditas ab eo, qui velit adcreſcere ſibi
deficientem portionem, cùm portio non perſonæ ad-
creſcat, ſed portioni velut alluuio, *l. ſi Titio* 33. *in fin.
D. de vſufruct.* At nos de ea tacita vulgari tractamus,
ex qua poſſit quis ſuccedere patri nullum adhuc here-
dem habenti. Subtiliùs nonnulli reſpondent, in caſu
Iuliani locum non eſſe vulgari ſubſtitutioni, quia non
erat ſublata ſui heredis exiſtentia, quod ad tranſmiſſio-
nem per dationem coheredis quantumlibet extranei, vt
contra Bart. probant illi *ex l.* 3. *C. de iur. deliber.* Nam
& hoc ipſum nos defendimus *in Error*. 8. *Decad*. 31.
Sed omnium iſtorum, etiam qui Bartolum reprehen-
dunt, idem error eſt qui Bartoli, quod putant apud
Iulianum tractari de impubere inſtituto, ſuiſque ſub-
ſtitutis coherede dato, cùm tamen ponendum ſit filium
fuiſſe exheredatum, vt probauimus ſupra dicto loco *ex
l. ita tamen* 27. §. *à patre. verſic. quòd ſi duo*, vbi extat
ea ipſa Iuliani ſententia. Etenim à ſubſtituto quo-
que exheredati fideicommiſſum relinqui poſſe conſtat,
adeóque ab exheredati herede legitimo, quoties is pa-
tri quoque heres fuit, *l. planè ſi filium* 94. iunct. *l. ab
exheredati*. 126. *de legat*. 1. Itaque ne mala fide cum
Bartolo agere videamur, concedamus, quod res eſt, ex
illo Iuliani reſponſo errorem hunc Bartoli impugnari
non poſſe, Nullúſne igitur iuris locus erit quo aper-
tiſſimè refellatur? Sunt, † inquies, omnes ij quibus 20
ſcriptum eſt, non adita patris hereditate corruere tabu-
las pupillares. *leg*. 2. §. *adeò. leg. ſed ſi plures*. 10. §. *ſi ex
aſſe. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Nec enim corrue-
rent ſi ſubſtitutus pupillaris admitti poſſet ex tacita
vulgari. Verùm ne iſti quidem loci ad rem faciunt.
Pertinent namque ad eum caſum quo pupillus fuerit
exheredatus, aut ante patrem defunctus, cùm ſi eſſet
inſtitutus & ſuperſtes quantumuis abſtineret, non alia
tamen confirmatione indigerent tabulæ, quàm quæ ex
ſui heredis exiſtentia induceretur. Cùm verò filius ex-
heredatus eſt, nemo dixerit vllam eſſe tacitam vulga-
rem, quia neque expreſsè poſſit pater, niſi valde ineptè,
filio quem exheredauit ſubſtituere ſub ea conditione, *ſi
is heres non erit*, non magis quàm exheredare eum, qui
filius non eſſet, *leg. quidam cum filium* 12. *de verb. obli-
gat.* Sed tamen quid ſi impubes cui pater ſubſtituit
in caſum pupillarem inſtitutus quidem eſſet, at ante
patrem defunctus? Cur non hoc ſaltem caſu, nullam
in pupillari expreſſà vulgarem tacitam contineri, bene
probabimus ex eo quod paterno teſtamento corruen-
te pupillares quoque tabulas corruere ſit neceſſe? At-
qui reſpondebit Bartolus imo futurum vt non cor-
ruant, ſubſtituto ſcilicet pupillari, qui per pupillarem
admitti non poteſt ex tacita vulgari adeunte. Vrgea-
mus ergo Bartolum † ne quà poſſit effugere, ex alia 21
illa iuris regula quæ habet, ex pupillari teſtamento pa-
ternum, neque ex patre, neque in totum confirmari
poſſe, *leg. ex pupillari* 44. *eodem titulo*. Nam cùm
pupillaris ſubſtitutio ſit pars & acceſſio paterni teſta-
menti, *leg. penultima. D. de teſtam. quemadmodum aper.*
non minùs abſurdum eſt, dicere confirmari poſſe te-
ſtamentum patris, ex vulgari tacita quæ contineatur
in pupillari, quàm ſi quis diceret in codicillis teſta-
mento confirmatis hereditatem dari poſſe, quod Papi-
nianus *in leg. quod per manus*. 10. *D. de iur. codicillar.*
Vtroque enim caſu eueniret, vt principale teſtamen-
tum quod ex heredis inſtitutione vires caperet, & ex
hereditatis aditione confirmandum eſſet per ſubſtitu-
tionem pupillarem, aut per ſcripturam codicillo-
rum confirmari videretur, quæ tamen vtraque non

niſi ex teſtamento valeret, vt diſputauimus *in Error. 9.*
22 *Decadis præcedentis.* Ex quo etiam apparet, † quàm
male Bartolus reſpondeat ei obiectioni, quam videt
fieri poſſe quod expreſſo vitiato tacitum quoque vitie-
tur, *ex leg. 1. §. qui habet. D. de ſeruit. ruſt. præd.* Ait
enim id procedere quando tacitum habet ſe ad expreſ-
ſum vt acceſſorium, ſecus verò eſſe, ſi vtrumque ſit pa-
riter principale, *ex l. ſi fideiuſſoribus*, aliàs, *l. ſi cui 49.
§ Iulianus, de legat. 1.* Nec animaduertit etiam ad-
miſſo eo, quod tacita vulgaris non ſit acceſſoria ad pu-
pillarem, ſed æquè principalis, nihil tamen hoc ad rem
pertinere, niſi etiam addatur, eſſe quid magis princi-
pale quàm pupillarem ipſam expreſſam, cùm & ipſa
pupillaris non ſit niſi acceſſoria ad paternum teſta-
mentum ideóque ex ea confirmari teſtamentum pater-
num nunquam poſſit. Cur enim ex tacita vulgari con-
firmari poterit, magis quàm ex pupillari expreſſa? An
non pupilli teſtamentum illud eſt, quod & pupillarem
expreſſam & vulgarem illam tacitam continet? Qua
ratione iam ante nos Goueanus † bene vidit, vulgarem
tacitam, ſi qua ſit, non niſi ad pupilli bona pertinere
poſſe, eámque Diui Marci conſtitutionem non ſic ac-
cipiendam, quaſi pupillaris ſubſtitutio contineat vul-
garem ſubſtitutionem, quomodo ſentiunt vulgares
omnes interpretes, ſed ita potius vt ſubſtitutio facta
pupillo in caſum pupillarem ad dandum ei heredem,
videatur eidem facta in caſum vulgarem, id eſt, vt
etiamſi heres nolit, ſéque paterna hereditate abſti-
nere malit, heredem tamen habeat ipſe ſuum ſubſti-
tutum moriens quandocunque intra pubertatem.
Quamquam in hoc quoque vir doctiſſimus errauit,
quod putauit pupillarem caſum expreſſum non mi-
nùs trahi ad vulgarem, quàm vulgarem ad pupilla-
rem, quod certè falſum eſt vt clariùs ex ſequentibus
apparebit.

ERROR II.

De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre.

SVMMARIA.

1 *Poriſma dimanans ex erronea ſententia Bartoli ſuperiori capite refutata.*
2 *Quæſtio de ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre.*
3 *Bartoli diſtinctio.*
4 *Sententia exiſtimantium, ſubſtitutum pupillarem omni caſu ex tacita vulgari admitti, ſi filius viuo patre deceſſerit.*
5 *Contraria autoris diſputatio ex qua primùm elucet nullam eſſe vulgarem tacitam quæ ſit ex priuilegio, multo minùs ex iure communi.*
6 *Imputari poſſe patri qui ſubſtitutum vulgarem habere voluit, cur filio ſubſtituerit expreſſè in caſum duntaxat pupillarem, aduerſus pragmaticos.*
7 *Subſtitutio pupillaris neque patri neque filio ſuccedit, ſi filius viuo patre mortuus ſit ex l. quod ſi filius. 11. D. de capti. & poſt l. reuerſ.*
8 *Secundæ tabulæ ſeparatim clauſæ, apud veteres nonniſi poſt mortem impuberis aperiebantur.*
9 *Argumentum inde ductum aduerſus ſententiam interpretum.*
10 *A caſu vulgari ad pupillarem poteſt fieri progreſſus, à pupillari ad vulgarem neutiquam.*
11 *Sententiam generalem d. l. quod ſi filius. D. de capt. malè reſtringi à Bartolo.*
12 *Bartolum ad ſui erroris confirmationem falsò adducere l. lex Cornelia. 28. de vulg. ſubſt.*
13 *Diſtinctionis à Bartolo propoſitæ numer. 3. refutatio.*

Qvamquam errori † Bartoli, quem proximè
refutauimus, conſequens eſſet dicere: 1
Subſtitutione pupillari facta impuberi, qui
patre viuo deceſſerit admittendum ſubſti-
tutum ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quam vult
ille in pupillari expreſſa contineri, cùm ſi expreſſa eſſet
vulgaris vtrumque caſum complecteretur voluntatis
& impotentiæ, ad quem poſteriorem caſum ille perti-
neret. Si filius impubes, ante patrem deceſſiſſet. Atta-
men vſque adeò improbabilis eſt is error, vt iis ipſis à
quibus probatur non niſi cum aliqua diſtinctione ad-
mittendus eſſe videatur. Itaque idem Bartolus poſte-
quàm defendit non modò tacitam vulgarem aliquam
eſſe, ſed etiam quod magis eſt ex ea confirmari patris
teſtamentum poſſe, ſubinde quærit *ad dict. leg. 1. nu-
mero 32. & ad leg. lex Cornelia 28. de vulgar. & pupill.
ſubſtitut.* Quid † ſi impubes, cui ſubſtitutus datus
fuerat, in caſum pupillarem deceſſerit viuo patre. An 2
ſubſtitutus ex tacita vulgari poſſit admitti, vt ſuccedat
in hereditate filij quæ nulla eſt, ſed patris? Et relatis
quorundam aliorum opinionibus quas neque refel-
lere noſtri eſt ocij, tandem ille, vt ſolet cum ei non ſa-
tis liquet, hanc adhibet diſtinctionem. Aut filius †
moritur ciuiliter tantum, vt quia capitur ab hoſtibus 3
viuo patre, vel poſt mortem patris moritur naturali-
ter, & his duobus caſibus ſubſtitutus poteſt ſuccede-
re, inquit, ex tacita vulgari: quod probat *ex dicta leg.
lex Cornelia. 28.* cum ibi notat, adfertque rationem,
quòd his caſibus quandiu pater vixit, durauerit ſpes
pupillaris ſubſtitutionis, ideóque non poſſit imputari
patri cur teſtamentum non mutauerit. Aut filius viuo
patre deceſſit naturaliter, & tunc ſi quidem pater ſta-
tim poſt deceſſit, ita quod non habuerit tempus mu-
tandi teſtamenti, idem eſt, quoniam ſubſtitutus venit
ex tacita vulgari ex præſumpta voluntate defuncti, quia
credibile eſt quod eum inſtituiſſet ſi ſciuiſſet, *ex leg. ſi
pater captus 29.* cum ſua gloſ. *eod. tit. de vulgar.* Si
verò pater deceſſerit poſtea ex internallo ita quod ha-
buerit potentiam mutandi teſtamentum, tunc ſubſtitu-
tus non admittitur, *ex leg. quod ſi filius 11. D. de ca-
ptiu. & poſtlim.* Nam cùm potuerit ſibi prouidere &
non prouiderit, lex ei non ſubuenit, nec poteſt dici
quod non cogitauerit de hoc, quia filium mortuum
vidit. Et hoc probatur *ex leg. tractabatur. D. de milit.
teſtam. & argum. leg. 3. C. de inoffic. teſtam.* Verba ſunt
iſta diſtinctionis Bartoli, ex quibus apparet vno tantùm
caſu eum velle irritam fieri morte filij tacitam vulga-
rem. Nimirum ſi pater poſt filij mortem teſtamentum
mutare potuerit, nec curauerit. In quo ipſo quaſi ne
hunc quidem caſum excipere debuerit, & in hoc nimis
liberaliter egerit reprehenditur † ab Aretino, Pauſio,
& aliis quibuſdam, exiſtimantibus, ſubſtitutum omni 4
caſu ex tacita vulgari admittendum eſſe, neque impu-
tandum eſſe teſtatori, ex quo cum non mutauerit teſta-
mentum, quod ſciuit ita valere iuri communi, vt ex
eo poſſet quandoque admitti ſubſtitutus in omnem
caſum, ſiue per pupillarem expreſſam, ſiue per vulga-
rem tacitam. In eamque rem citant conſtitutionem
Iuſtiniani *Nouell. 66. vt fact. noua conſtitut. §. penult.*
vbi ait, Iuſtin. velle ſe, vt valeant teſtamenta facta con-
tra formam nouarum conſtitutionum ſi facta ſint ante
conſtitutiones. Non ob id ſolùm, quod multi caſus
repentini poſſint incidere, per quos prohibeatur quis
ne poſſit mutare teſtamentum etiamſi maxime velit,
ſed etiam quia ſufficiat teſtatorem bene teſtatum fuiſ-
ſe, & ſecundum ius commune quod teſtamenti tempo-
re obtinebat. Et ad ſupradictas leges, quibus Bart. in
contrarium moueri diximus, reſpondent locum eas ha-
bere cùm teſtamentum ex priuilegio tantùm valet, *vt
in dict. leg. tractabatur, & dict. leg. 3. C. de inoff. teſtam.*

non etiam, ſi communi iure defendatur, quomodo ſecundum ipſorum ſententiam tacita vulgaris in pupillari expreſſa ex communi iure continetur. Hæc illi. Ego verò † miſereor ſanè ſuper turba iſta interpretum
5 tantopere ſe torquentium in veritate indaganda, quam ipſi vltro non modo obſcurarunt, ſed etiam penè extinxerunt. Quid enim non poſſunt veri dicere ſupponentes pro vero quod falſiſſimum eſt, aliquam eſſe tacitam vulgarem quæ reuera nulla eſt? Quanto verò falſius eſt quod iſti volunt & diſputant contra Bart. licèt ex ipſius Bartoli autoritate, ſubſtitutum ex iure communi per hanc vulgarem tacitam admittendum eſſe ad hereditatem patris? Nam etſi tacita eſſet vulgaris aliqua, vt ipſi putant, negari tamen non poſſet quin ex priuilegio eſſet potiùs, quàm ex iure communi. Scilicet ex reſcripto Diui Marci reſpicientis ad fauorem pupillorum, quorum intereſt habere teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimum, & quibus non poteſt imputari cur non apertioribus verbis concepta ſit pupillaris ſubſtitutio quæ non à pupillo ipſo dictata ſit, ſed à patre. Cæterum ſi iuris communis rationem inſpicias, quid certius, quam in caſu expreſſo, quiſquis ille ſit, alium qui non modò diuerſus ſit ſed etiam planè contrarius adeoque contradictorius, nullo modo contineri? *l. commodiſſimè* 10. *D. de liber. & poſthum. l. ſi cum dotem* 22 *in princ. D. ſolut. matrim.* cum ſimilib. Atqui caſus pupillaris contradictorius eſt vulgari & vulgaris pupillari. Ergo fatendum eſt rationem iuris communis non pati, vt vulgaris caſus trahatur ad pupillarem, aut contrà. Denique falſiſſimum † etiam
6 illud eſt quod idem iſti adſtruunt contra Bartol. nihil imputari poſſe patri, qui ſubſtitutum vulgarem habere voluit, cur filio ſubſtituerit expreſsè in caſum duntaxat pupillarem. An non enim potuerat & debuerat ſubſtituere potiùs in vtrumque caſum, ne quæſtioni huic & errori locum relinqueret, aut ſi in alterum duntaxat caſum ſubſtituere volebat, cur non in vulgarem potiùs quàm in pupillarem? Ita enim ſi teſtatus fuiſſet vtrique optimè & ſibi, & filio proſpexiſſet poſt Diui Marci conſtitutionem. At ſi putauit æquè ſibi ſe ac filio ſuo proſpecturum ſubſtituendo filio in caſum pupillarem tantùm, is lapſus eſt manifeſtiſſimo errore iuris. Debuit enim ſcire non ſimiliter caſum trahi poſſe ad vulgarem, quemadmodum vulgaris trahitur ad pupillarem, nec tam fauorabilem videri debere cauſam patris ſibi teſtamentum obſcurius & ineptius facientis quàm filij qui non ipſe ſibi fecerit ſed à patre factum acceperit. Debuit ergo reprehendi Bartolus non in eo quod dixit poſſe vno caſu imputari patri cur non mutauerit teſtamentum, patre videlicet poſt filium defuncto ex interuallo, ſed in eo potiùs quod cæteris omnibus caſibus tacitam vulgarem admittit, quaſi nihil poſſit imputari, cui certè imputari ſemper poteſt cum filio in caſum duntaxat pupillarem ſubſtituit, ſi id agebat vt ſibi quoque in caſum non acquiſitæ filio hæreditatis heredem daret. An non enim præuidere debuit poſſe fieri vt ſe viuo filius moreretur, aut ab hoſtibus caperetur, aut emanciparetur atque ita fieret irrita pupillaris ſubſtitutio, vt nihil amplius de ſecundis tabulis tractari poſſet, quomodo loquitur Papinian. *in d. l. quod filius.* Quibus verbis quid aliud ſignificatur, quàm quod vo-
7 lumus, ſubſtitutionē† hanc pupillarem vſque adeo nullius eſſe momēti vt ex ea ſubſtitutus nullo modo poſſit ſuccedere neque patri neque filio? Quantumuis enim contendas per tacitam vulgarem ſuccedi patri, fatēdum tamen eſt eā ſicut in pupillari expreſſa continetur, ideóque tacita appellatur, ita in ſecundis tātùm tabulis, non in primis contineri. Ergo ſi de ſecūdis tabulis nihil tractari poſſit, conſequens eſt, vt non magis de vulgari tacita tractandum ſit, quàm de pupillari expreſſa. Nec ſanè fiunt ſecundæ tabulæ, vt de iis tractetur, niſi in eo tempore quo & pupillus deceſſerit, & pupilli heredi-

tas aliqua ſit, in qua ſuccedere poſſit ſubſtitutus. Ob idque moris † olim erat vt ſecundæ tabulæ ſeparatim 8
clauderentur, nec priùs aperirentur quam filius & poſt patrem & impubes deceſſiſſet, vt in tutiore loco eſſet pupilli vita, nec agnatorum inſidiis tantopere expoſita, *§. ſin autem quis ita. Inſtit. de pupill. l. vlt. D. ad SC. Trebellianum.* Quam etiam rationem ſecutus prætor etiamſi nihil tale fuerit à teſtatore ſuperſcriptum, ſi tamen pupillares tabulas ſeorſum ſignatas teſtator reliquerit non niſi cauſa cognita viuo filio patitur aperiri *leg. pupillares* 8. *D. de teſtam. quemadm. aper.* Ex quo manifeſtius † fit quàm abſurda ſint ſomnia iſta inter- 9
pretum, de tacita vulgari. Quis enim credat patrem, qui ſecundas tabulas fecerit filio, quas non niſi poſt filij mortem aperiri voluerit, cogitaſſe de faciendo ſibi herede à quo hereditas adiri poſſet etiam viuo impubere? Aut quis dicere audeat eadem verba ſubſtitutionis pupillaris, aliam atque aliam interpretationem recipere debere, vt vno caſu vulgarem tacitam contineant, alio non item, ob id ſolum quòd pater tabulas pupillares viuo filio aperiri, vel prohibuerit, vel permiſerit? Non igitur quemadmodum † patris filio in 10
vulgarem duntaxat caſum filio ſubſtituentis voluntas illa eſſe poteſt, vt non tantùm ſibi, ſed etiam filio teſtamentum faciat (ſibi, quia in ſua hereditate ſubſtituit, filio autem quia ipſi filio ſubſtituit, nec eo minùs in ſua hereditate, quod pupilli quoque hereditatem habiturus ſit ſubſtitutus, cùm per mediam impuberis etiam abſtenti perſonam ſuccedat patri is qui ſuccedit filio inſtituto, *leg. paterfamilias.* 28. *de reb. auctor. iudic. poſſidend.*) ita & vice verſa dicere poſſumus patris filio in pupillarem duntaxat caſum ſubſtituentis voluntatem illam eſſe poſſe, vt non tantùm filio, ſed etiam ſibi faciat teſtamentum, cùm pupillaris caſus ille ſit quo & ſoli filio, & in ſolius impuberis hereditate ſubſtituitur, nec hereditas filij poſſit vnquam fieri hereditas patris, quomodo hereditas patris filio acquiſita quamuis abſtinenti, fit tandem hereditas filij, quandocunque poſtea defuncti. Idque eſt quod in præcedentibus dicebamus, à caſu vulgari ad pupillarem fieri progreſſum, qui tamen à pupillari ad vulgarem regreſſus dici potius deberet, adeóque contra ordinem & naturæ & iuris. Prius enim eſt vt pater & mortuus ſit, & heredem non modò habere poſſit, ſed etiam reuera habeat quàm vt de pupillari, vel hereditate vel ſubſtitutione ſit tractandum. Quod ergo Papinianus
† ſcribit *in d. l. quod ſi filius*, mortuo ante patrem filio 11
nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, vt generaliter prolatum & verum eſt, ita generaliter intelligendum, non cum Bartolo reſtringendum ad eum caſum, quo pater tanto poſt filium interuallo deceſſerit, vt teſtamentum potuerit mutare. Quæ reſtrictio quàm ridicula ſit ex eo quoque apparet, quod Papin. *in d. l. quod ſi filius*, è contrario ſpeciem illam tractat, in qua pater teſtamentum mutare non potuerit. Tractat enim caſum quo pater captus fuerit ab hoſtibus filio impubere in ciuitate relicto, poſteáque ibidem ante patrem defuncto. Certum autem eſt eum qui captus ſit ab hoſtibus, ſicuti re vera ſeruus hoſtium eſt, ita facere teſtamentum non poſſe, quod ſoli ciues Romani facere poſſunt, & ſi fecerit, vſque adeo non valere, vt nec ſi redierit teſtator, poſtliminij iure voluntas confirmetur, *leg. eius qui* 8. *D. qui teſtam fac. poſſ.* tanquam nullum tempus ſit in quo teſtamentum videri poſſit factum, poſtliminij fictione coniungere inſtans reditus cum inſtanti captiuitatis, quemadmodum lex Cornelia coniungit inſtantia captiuitatis & mortis, atque ita totius medij temporis memoriam abolente, vt nullum penitus interceſſiſſe videatur. Quod ſi captiuus teſtamentum facere non poteſt, multo minus quod in ciuitate fecerat mutare, quia ritè factum teſtamentum, niſi alio æquè ritè facto mutari non poteſt.

Itaque ſi Bartoli diſtinctio eſſet vera, oporteret dici vulgarem tacitam eo caſu locum habituram, quoniam patri imputari nihil poſſet. Cui è contrario imputari certè poteſt cùm filius captus eſt ab hoſtibus viuo patre, eoque manente in ciuitate. Etſi enim hoc volo largiri Bartolo quod ille ait, durare hoc caſu ſpem ſubſtitutionis pupillaris, quia filius ab hoſtibus tandem redire iúſque poſtliminij habere poteſt, cum tamen hoc ipſum incertum ſit, iámque pro certo habeat pater filium, qui nunc apud hoſtes ſit, ibidem moriatur, nunquam ſibi heredem fore, cur non aliud facit teſtamentum, vel ob id ſaltem vt ſibi heredem ſcribat in eum caſum quo filius ab hoſtibus non reuerteretur? Solet namque facilè imputari ei qui proſpicere debuit, quod euenire potuit, ſi tandem euenerit, quamuis potuerit etiam non euenire, *l. ſi quis domum 9. §. hic ſubiungi. verſ. idem quærit. D. locat.* Nec fuit cur
12 Bart. † in erroris ſui confirmationem adduceret autoritatem Iuliani *in d. l. lex Cornelia*, vbi nullum prorſus verbum, de vulgari tacita ne per ſomnium quidem, ſi Accurſij ſomnia ſeiungas à prudentia & peritia Iuliani. Hoc enim duntaxat Iulianus ſcribit *in verſic. ſi verò.* Si viuo patre filius in hoſtium poteſtatem peruenerit, legi Corneliæ locum non eſſe ad confirmandas tabulas pupillares, qui per eam non efficiatur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit. Quòd ſi per legem Corneliam tabulæ pupillares hoc caſu non confirmantur, nihil aliud poteſt dici, niſi quod irritæ factæ ſint per captiuitatem, per quam ſcilicet factum eſt, vt deſierit pater filium habere in ſua poteſtate: quo admiſſo quænam obſecro ratio vel conſecutio illa eſt, vt ex pupillaribus tabulis factis irritis, adhuc tacita vulgaris inducatur per quam teſtamentum patris ſuſtineri, eique ſuccedi poſſit? Mirus planè in hoc eſt Bartolus, & miri quotquot eum ſequuntur, qui cùm ex pupillari expreſſa in ſecundis tabulis induci velint tacitam vulgarem, volunt tamen corruentibus quoque ſecundis tabulis vulgarem tacitam ſupereſſe. Quod
13 verò idem Bart. † alio diſtinctionis ſuæ membro addit, filio mortuo quidem ante patrem, ſed tam breui temporis interuallo, vt teſtamentum mutare pater non potuerit, retinendam vulgarem tacitam ex coniectura voluntatis patris, quem credibile eſt ſubſtitutum fuiſſe in caſum vulgarem, ſi filium ſuum præmoriturum cogitaſſet, prorſus commentitium eſt. Cur non enim cogitauit euenire poſſe, quod euenit quotidie vt turbetur ordo mortalitatis? Cur non ab initio ſubſtituit filio, vel in vtrumque caſum, vel ſaltem in vulgarem? Cur denique putauit vulgarem ſubſtitutionem directam & conditionalem quæ non niſi verbis directis & imperatiuis, expreſſaque conditionis figura fieri potuit ſuppleri poſſe per ſolam coniecturam voluntatis? An non errauit in iure ſi ignorauit huiuſmodi coniecturis tunc tantùm locum eſſe, cùm precaria voluntas quæritur, non etiam cùm directa *leg. iubemus 29. Cod. de teſtam. leg. cum proponebatur 64. de legat. 2.* Sed etſi coniectura voluntatis in propoſito caſu admitti poſſet, non improbabiliter tamen quis diceret apertiorem eſſe voluntatem patris pro ſubſtituto, cùm teſtamentum mutare potuit nec mutauit, quaſi ſub ipſum mortis tempus ſubſtituto, ac proinde vulgariter eo, qui fuerat ſubſtitutus pupillariter, quique amplius ſubſtitui pupillariter non poſſet vt de teſtamento à milite facto ait Vlpian. *in leg. idem 13.* alias *leg. neque & deportari* ibi, *quaſi nunc data hereditate. leg. in fraudem 15. §. teſtam. leg. miles filiusfamilias 22 D. de milit. teſtam.* Nam quod in contrarium adducit Bart. *ex l. tractabatur 14. eod. tit. & leg. 3. Cod. de inoff. teſtam.* longè aliam habet ſententiam & rationem, vt ex iis conſtare poteſt quæ de vtriuſque loci ſententia ſcripſimus, variis Coniecturarum noſtrarum libris, ex quibus etiam peti volumus pleraque alia quæ alioquin hîc tractanda eſſent, ad Iuliani & Papiniani ſententiam aſſequendam *in dict. l. lex Cornelia. 28. cum l. ſeq. de vulgar. & pupill. ſubſtit. & in d. l. quod ſi filius 11. cum l. præced. D. de captiu. & poſtlim.*

ERROR III.

De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an ſubſtitutio pupillaris facta ventri poſthumo, euaneſcat eo non nato.*
2 *Fundamenta Bartoli ſubſtitutum etiam non nato poſthumo admitti indiſtinctè affirmantis.*
3 *Alia reſponſio Bartoli ad quæſtionem propoſitam per diſtinctionem.*
4 *Contraria autoris diſputatio aduerſus Bartolum: vbi de ſententia l. pen. D. de ventr. inſpic.*
5 *Subſtitutio quæ fit in vulgarem caſum frequentior eſt, vnde vulgaris dicta eſt.*
6 *Pupillaris ſubſtitutio minus propriè ſubſtitutio dicitur, quàm vulgaris.*
7 *Non quæuis ſubſtitutio facta pupillo cenſeri debet formaliter facta in caſum pupillarem aduerſus Bart. & alios.*
8 *Diſtinctio Bartoli propoſita n. 3. refellitur.*
9 *Bartolum abuti l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt. quæ aduerſus ipſum inducitur.*

HAnc quoque quæſtionem ſuperioribus ſubnectit Bartolus *in ſuo illo eleganti tractatu, De tacita vulgari ſubſtitutione ad d. l. 1. num. 33. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ſed paulo aliis verbis, neſcio an elegantioribus, concepta quæſtione in hunc modum, † 1
Quid ſi ſubſtitutio pupillaris, inquit, *facta eſt ventri, & venter non naſcitur* (credideram in hunc vſque diem non naſci ventrem, ſed parere) *an ſubſtitutus admittatur ex tacita vulgari?* Reſpondet autem primùm † admitti 2
per textum quem ille apertiſſimum eſſe putat, ſed iuncta gloſſa *in l. penult. D. de ventr. inſpic.* vbi Paulus ſcribit, eum qui ventri ſubſtitutus eſt, ſi ventrem ſeruare velit, audiendum eſſe. Non alia vtique ratione, quàm quod ipſius interſit, cùm ſit futurum non nato poſthumo, vt debeat admitti. Mouetur etiam *ex leg. vltim. C. de inſtit. & ſubſtit.* vbi vulgaris expreſſa facta in illum caſum, *ſi poſthumus non naſcetur*, trahitur ad pupillarem. Ergo idem, inquit, è conuerſo. Concludit tamen diſtinguendum † eſſe, adeo ſibi placet ille in no- 3
uis & inauditis diſtinctionibus comminiſcendis. *Aut ſpes*, inquit, *natiuitatis poſthumi deficit poſt mortem teſtatoris, vel ante per modicum tempus, & ſubſtitutus admittitur ex tacita vulgari dict. leg. penult. Aut deficit multo tempore poſt teſtamentum, vel ante mortem teſtatoris, & tunc ſecus per ea quæ ſupra dixi.* Illorum verò reprehendit ſententiam, qui putabant diſtinguendum an aliquis ſit coheres, cuius aditione confirmetur tacita illa vulgaris (ſic enim legendum eſt non vt vulgo *pupillaris*) quoniam, inquit, ad vulgarem tacitam confirmandam aditio ex inſtitutione non requiritur. At ſi verum eſt, † quod ille pro conſtanti habet Paulum *in* 4
d. l. penult. ad propoſitam quæſtionem reſpondere, illud primùm ſcire vellem cur prætermiſerit Paulus eam diſtinctionem quam Bartolus non putat prætermittendam, aut cur eam Bartolus probet quam Paulus prætermiſit. Nunquam euadet vt arbitror, quin vel Paulum inſcitiæ arguat, vel ſe temeritatis. Paulus enim eo loco tam breuiter ſententiam ſuam perſtringit, vt nullas diſtinctionis

diſtinctionis ambages quærat, tam apertè verò vt nullum iſtis interpretationibus locum relinquat. Verba legis ea ſunt, *Qui ventri ſubſtitutus eſt.* Vnde verò diuinat Bartolus intelligi ea debere de ſubſtitutione facta in caſum expreſſum pupillarem? ac non potiùs in vulgarem, niſi malit in vtrumque. Ipſum enim ſubſtitutionis verbum ſimpliciter prolatum, hanc interpretationem non ſolùm admittit, ſed etiam ſuadet,
5 ſiue quod frequentior † ſit ea ſubſtitutio, quæ fit in vulgarem caſum duntaxat, vndè & vulgaris appellatur, tum etiam cùm fit impuberi. *d. l. 4. De vulg. &*
6 *pupill. ſubſtit.* ſiue quòd pupillaris ſubſtitutio † minùs propriè dicatur ſubſtitutio, quàm quæ eſt vulgaris, quippe quòd non vt vulgaris æſtimetur ex ſecundo gradu, ſecundáque delatione hereditatis, cùm hereditas pupilli deferatur ſubſtituto pupillari, in primo non in ſecundo gradu. Siue denique quòd Paulus loquatur *in d. l. penult.* de ſubſtitutione facta non poſthumo, ſed ventri, cuius ſubſtitutionis ea vulgaris formula eſt *ſi poſthumus non naſcetur*, non etiam, *ſi poſthumus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, vt apparet *ex d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Prius enim eſt vt poſthumus naſcatur, quàm conditio illa adſcribatur, *ſi heres erit*, vel *non erit.* Itemque quàm de ipſius hereditate dandoque ei herede tractari poſſit. Hicque
7 perpetuus eſt error Bartoli, † & interpretũ cæterorum, quod quoties legunt impuberi factam ſubſtitutionem, ſtatim de ea ſubſtitutione intelligunt quæ non ſolùm pupillaris ſit, ſed etiam facta in expreſſum caſum pupillarem. Fateor eſſe ſubſtitutionem pupillarem ſi nihil ſit quod impediat, id eſt, ſi impubes ſit in teſtatoris poteſtate, nec poſt mortem ipſius in alterius poteſtatem recaſurus, quia tum etiam cùm facta eſt expreſsè in caſum vulgarem, tamen ex conſtitutione Diui Marci intelligitur facta in caſum quoque pupillarem, ſi nulla ſit in contrarium, vel coniectura voluntatis, vel abſurdi alicuius vitandi cauſa, *vt in l. iam hoc iure. 4. l. Lucius. 45. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* aut niſi expreſsè teſtator ſubſtituerit in vtrumque caſum ſeparatim, *vt in l. cùm ex filio. 39. §. 1. eod.* Sed nego ſubſtitutionem quamlibet factam impuberi etiam quæ ſit pupillaris in effectu, videri quoque debere factam in caſum expreſſum pupillarem, cum & breuiùs & commodiùs fiat in caſum vulgarem tantùm, vt poſt Marci conſtitutionem in vtrumque facta eſſe intelligatur, vt docuimus in primum huius Decadis errorem, vbi ſimilem aliam confutauimus interpretationem Bartoli & aliorum *ad l. ſi pater. 26. eodem.* quem locum paſſim illi intelligunt de pupillari expreſſa vt inducant occaſionem tractandi de vulgari tacita, cùm tamen nihil apertius ſit quàm tractari ea lege de ſubſtitutione ſimpliciter facta impuberi, & conſequenter in caſum vulgarem expreſſum, non in pupillarem. Illa verò di-
8 ſtinctio Bartoli, † an ſpes natiuitatis poſthumi defecerit poſt mortem teſtatoris vel antè per modicum tempus, an verò multo tempore ante mortem teſtatoris, neque legem vllam pro ſe habet neque rationem. Siue enim poſt defectam ſpem natiuitatis poſthumi teſtator ſuperuixerit longo tempore ſiue modico, ſemper erit quod ei imputetur quare filio ſuo, præſertim nondum nato, ſubſtituerit in caſum expreſſum pupillarem, ac non potiùs in caſum vulgarem, qui erat magis obuius, multóque commodior, ſi de faciendo ſibi herede in caſum non nati poſthumi cogitabat. Et quamuis nihil eſſet quod ei poſſet imputari non ideo tamen ſtatim conſequens fieret, vt verba directa & imperatiua itemque conditionalia, quæ ad vulgarem ſubſtitutionem concipiendam eſſent neceſſaria, ſuppleri ob hoc ſolùm oporteret, quod teſtator eum caſum non omiſiſſet, ſi de illo cogitaſſet? An fortè tam improuiſus & nouus caſus ille eſt de poſthumo qui in vtero ſit, nunquam naſcituro, vt eum præuidere non potuerit nec debuerit pater, tum maximè cùm ſubſtitutum dabat eidem poſthumo in eum caſum quo & naſceretur, & heres eſſet, & impubes tandem moreretur? Quid obſecro commune habet hæc ſpecies cum inopinatis illis euentibus, de quibus *in l. tractabatur. 14. D. de teſtam. milit. & in l. 3. C. de inoff. teſtam.* Rurſus ſi cum Bartolo nihil aliud hîc inſpicere volumus, niſi an nihil poſſit imputari patri. Cur diſtinguimus an patri longo vel modico tempore ſuperuixerit poſt habendi poſthumi ſpem abſciſſam, ac non potius an teſtamenti mutandi poteſtatem necne habuerit? An non enim facilè fieri poteſt, vt pater longo tempore ſuperuixerit, id eſt, tanto ſaltem, quantum ſufficere commodè potuerit ad mutandum teſtamentum? Quid ſi abortum ab vxore factum ignorauit, fortaſſe in longinquam peregrinatus prouinciam? Quid ſi ſciuit, ſed eo loco in quo non ſuppetebat tanta copia ciuium Romanorum vt ſeptem teſtes haberi poſſent, qui numerus ad ſolennitatem teſtamenti requirebatur? *vt in l. conficiuntur. 8. §. codicilli. D. de iur. codicil. & d. l. tractabatur.* Debuerat ergo Bartolus diſtinguere, an teſtamentum mutare pater potuiſſet, necne: non an per longum, an per breue tempus ſuperuixiſſet. Iam verò quod addit Bartolus † *ex l. vlt. C. de inſtit.* 9
& ſubſtit. à re noſtra omnino alienum eſt. Ibi enim ſubſtitutio ventri facta, trahitur à caſu vulgari expreſſo ad tacitum pupillarem, quod poſt conſtitutionem Diui Marci nouum non eſſe, cum interpretibus omnibus agnoſcimus. Non autem à caſu pupillari expreſſo ad vulgarem, quomodo trahi vult Bartolus in propoſita quæſtione. Hoc enim non ſolùm difficilius, ſed etiam prorſus ἀδύνατον & abſurdum, ob rationes in hanc rem à nobis ſupra congeſtas. Quinimò ex ea ipſa lege puto, non leue argumentum pro nobis, contra Bartolum, deduci poſſe. Nam ſi etiam poſt Marci conſtitutionem in hoc expreſsè latam, vt caſus vulgaris trahatur ad pupillarem, tanta fuit inter Iureconſultos contentio, vt neceſſaria fuerit autoritas Iuſtiniani ad hoc, vti ſubſtitutio facta ventri in caſum vulgarem *ſi poſthumus non naſcetur*, ad illum caſum traheretur, quo poſthumus, & naſceretur & impubes moreretur, (conſtitutio enim Marci ad ſpeciem pertinebat in qua eſſet facta ſubſtitutio in caſum vulgarem generalem *ſi filius heres non erit*, non in ſpecialem illum, *ſi non naſcetur*, qui quò ſpecialior eo difficiliùs extenſionem pati non poſſe videbatur) quânam autoritate quæſo, audet Bartolus dicere, ſubſtitutionem pupillarem expreſſam, factam ventri in caſum pupillarem, ſcilicet ſi poſthumus, & naſceretur, & eſſet heres & impubes moreretur, ad illum trahi debere, quo poſthumus non naſceretur? Quid hoc aliud eſt quàm agere Imperatorem, immo plus quàm Marcus, plus etiam quàm Iuſtinianus egerit? Facere nimirum vt pater qui non niſi de dando impuberi herede cogitauit, ſi poſthumus naſceretur, hoc ipſo ſibi, ſi non naſceretur poſthumus, heredem dediſſe videatur. Seuerior ſanè ſum quàm vt pati poſſim, hanc ſibi autoritatem interpretes noſtros vindicare, quam nec Imperator poſſet ſine rubore, tam aperta vi facta, & rationi, & legibus.

ERROR IV.

De vulgari ſubſtitutione quam tacitam vocant trahenda ad bona pupilli.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli in quæſtione de ſubſtituto filio impuberi dato in expreſſum caſum pupillarem an patri ſuccedat abſtinente filio, ex tacita vulgari & deinde pupillo moriente ex pupillari expreſſa.*

2 *Conſectaria quæ profluunt ex ſententia Bartoli, ab eodem probata.*

3 *Errare Bartolum in eo quod cenſet pupillo abſtinente admitti ſubſtitutum ex tacita vulgari ad bona patris, viuo adhuc impubere.*

4 *Vera ſententia l. qui fundum.* 87. §. *vlt. ad l. Falcidiam. ex qua colligitur pupilli abſtenti mortem expectandam eſſe, vt ſubſtitutus pupillaris admitti poſſit.*

5 *Mortuo pupillo, ſubſtitutum pupillarem ſuccedere ex pupillari non tantum in bonis pupilli abſtenti, ſed expreſſa etiam in bonis patris aduerſus Bart.*

6 *Vtraque ſubſtitutio & pupillaris expreſſa & tacita vulgaris in eiuſdem ſubſtituti perſona locum habere non poſſent aduerſus Bart.*

7 *Eſt de neceſſitate ſubſtitutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm fuit ipſe inſtitutus: ſecus ſi exheredatus, aduerſus eundem.*

8 *Patre & filio ſimul mortuis ſubſtitutum non admitti ex pupillari ad bona pupilli & ex vulgari ad bona patris, vt perperam cenſet Bart.*

9 *Subſtitutionem de qua agitur non continere vtrumque caſum copulatinè vt vult Bartolus.*

10 *Sententia Gontani putantis vulgarem à lege ſubintellectam ad ſolius pupilli bona pertinere, refertur & refellitur.*

MIrabilem hanc quæſtionem vocat Bart. *ad l.* 2. §. *ſed ſi quis. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* nec inſulsè. Mirum enim eſt, nemini ex prudentibus illis antiquis quorum habemus tam multa De ſubſtitutionibus reſponſa, in mentem vnquam veniſſe, vt quæſtionem hanc tractaret, ac ne quidem vt de vulgari tacita verbum vel vnum faceret. Placent tamen ſibi interpretes in ea tractanda, & frequentes eunt vt ſolent in ſententiam Bartoli
1 concludentis. Quoties † ſubſtitutus filio impuberi datus eſt in expreſſum caſum pupillarem, & pupillus paterna hereditate ſe abſtinet, ſuccedere ſubſtitutum ex tacita vulgari, nimirum in bonis patris, ſed eo tempore quo pupillus poſtea moritur, eundem ſubſtitutum ex pupillari expreſſà ſuccedere in bonis omnibus pupilli. Sic enim ille *ad l.* 1 *num.* 40. *eod. tit. De vulgar.*
2 *& pup. ſubſt.* Ita fit vt ſecundùm Bartolum † poſſit vtraque ſubſtitutio & pupillaris expreſſa & vulgaris tacita locum habere, quod nec ipſe diſſimulat *num.* 39. *ad fin.* tanquam quod non ſit abſurdum, propterea quòd, inquit ille, non eſt de neceſſitate pupillaris ſubſtitutionis quòd filius ſit heres, *ex l. pupillus.* 42. *alias l. Iulianus D. de acquir. hered.* Indéque etiam infert, ſi contingeret vt pater & filius ſimul & ſemel morerentur, ita neſciri poſſet quis eorum prior, quiſve poſterior deceſſiſſet admittendum fore ſubſtitutum ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò ad bona patris. Addita ratione quod ſubſtitutio iſta partim expreſſa pupillaris partim tacita vulgaris contineat vtrunque caſum copulatiuè, vt ſiue vterque caſus ſiue alteruter eueniat, ſufficiat *ex l. iam hoc iure.* 4. *De vulg. & pup. ſubſt.* Non habet tota hæc traditio plura verba quàm errata. Quod
† primùm ait Bart. pupillo abſtinente admittendum 3
ſubſtitutum ex tacita vulgari, ad bona patris viuo adhuc impubere, falſum eſt & apertè contra Iauoleni reſponſum *in l. paterfam.* 28. *de reb. autor. iudic. poſſid.* de cuius ſententia ſcripſimus *in Error. vlt. decadis præcedentis.* Pupillo enim abſtinente qui habuit ſubſtitutum pupillarem expectanda eſt neceſſario mors pupilli vt admitti poſſit ſubſtitutus, & interim quia creditoribus mora fieri non debet vendenda ſunt bona patris.
Idémque probatur † non obſcurè *ex l. qui fundum.* 87. 4
§. *vlt. D. ad leg. Falcid.* in illis verbis, *deinde impubere mortuo ex ſubſtitutione heres extiterit*, ſi cum Dyno & aliis pleriſque interpretibus de impubere abſtento eam legem intelligas quamuis ſoleant illi ea abuti, vt Bartolus refert ad probandam tacitam vulgarem quæ in expreſſa pupillari contineatur, ad impuberis bona porrigendam eſſe: Neſcio planè qua fronte, cùm ille loquatur Iulianus apertè de impubere, qui patri ſuus heres extiterit, & per cuius mediam perſonam hereditas patris ad ſubſtitutum peruenerit pro ea parte ex qua filius fuerat inſtitutus, vt probant verba illa, *licet enim pupillo heres exiſtat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac ſi patri heres extitiſſet* Si namque pupillus ſe abſtinuiſſet, ſubſtitutus pupillaris non poſſet videri heres fuiſſe patri mediatè non magis quàm filius ipſe immediatè, quamuis re vera vterque heres ſit patri ex mera iuris ratione, filius tanquam ſuus heres, ſubſtitutus verò tanquam ſui heredis heres. Sed hoc ſenſu accipienda non eſſe ſupradicta ex eo intelligimus, quod ita ſcribere debuiſſet, *quoniam filius patri heres extitit*, non quomodo ſcriptum eſt, *perinde acſi patri heres extitiſſet*: ſed quod res erat magis quàm quod eſſe videretur, exprimere Iulianus voluiſſet.
Rurſum quod addit Bartolus. Eo tempore † quo pu- 5
pillus poſtea moritur eundem ſubſtitutum pupillarem ſuccedere ex pupillari expreſſa in omnibus bonis pupilli, verum quidem eſt, ſed non eo modo & ſenſu quo Bartolus dixit, hoc eſt, ita vt ex illa pupillari expreſſa non ſuccedat pupillaris ſubſtitutus in bonis quoque patris, ſed in bonis pupilli duntaxat. Non immo per pupillarem ſuccedit promiſcuè in bonis omnibus, & patris & impuberis, quia reperit hereditates iunctas, paternam ſcilicet hereditatem in hereditate filij *l. ſed ſi plures* 10. §. *filio de vulg. & pupill ſubſt.* adeo vt quamuis omnia patris bona iam venierint viuo adhuc impubere ita vt nihil penitus ex iis ad ſubſtitutũ peruenerit, non eo minus tamen ex pupillaris hereditatis aditione, paternis quoque creditoribus, ſiqui ſuperſunt, reſpondere teneatur, tanquam heres patris per mediam impuberis perſonam, vt ſcriptum eſt *in d. l. paterfamilias.* Proinde nullius eſſe poteſt effectus illa vulgaris tacita quam ex huiuſmodi pupillari expreſſa noſtri inducunt, cùm neque poſſit facere vt viuo impubere ſubſtitutus admittatur ad hereditatem paternam, neque cùm mortuus pupillus eſt, egeat ſubſtitutus alia ſubſtitutione quàm pupillari vt patri ſuccedat & filio. Quid enim poteſt referre teſtatoris aut ſubſtituti, an ſuccedat ſubſtitutus ex vulgari tacita ipſi teſtatori immediatè, an ex pupillari expreſſa mediatè? Intereſſet ſanè vtriuſque vt poſſet ille ſuccedere immediatè. Nimirum teſtatoris ne viuo & ſe abſtinente impubere bonorum venditionem pati cogeretur, ſubſtituti autem ne ad ſuccedendum patri etiam cui ſtatim heres eſſe vellet, expectandam haberet mortem pupilli. Sed quoniam id fieri non poteſt ſalua iuris ratione quæ filium impuberem omnimodo facit ſuum & neceſſarium heredem patri, etiam ſe abſtinentem vt ſæpius diximus

diximus ex *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ.*
cauſſ. teſtam. l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic.
libert. ſatis debet eſſe vtrique quod mortuo tandem
impubere ſubſtitutus ſuccedat etiam patri, effectúque
ipſo perinde ſit acſi ab initio ſucceſſiſſet. Niſi quòd
bonorum venditio facta ſub nomine defuncti retractari
amplius non poteſt. Itaque quod tertio loco placet
Bartolo vtramque ſubſtitutionem & pupillarem ex-
preſſam & vulgárem tacitam locum habere poſſe in
perſona eiuſdem ſubſtituti, falſum ſanè eſt, quoniam
tacita ſi qua eſſet aut potiùs à lege ſubintellecta, quo-
modo elegantius vocat Goueanus, ea non induceretur
niſi in caſum neceſſitatis, & vt ita dicam, poſſibilita-
tis. At † ſicuti neceſſitas nulla eſt, inducendæ tacitæ
6 mortuo pupillo, quia ſufficit expreſſa pupillaris, ita
neque poſſibilitas vlla eiuſdem inducendæ ante mor-
tem pupilli, ne alioqui duplicem heredem, & quidem
vnumquemque ipſorum in ſolidum patri demus quod
fieri nunquam poteſt. *l. quod contra. 141. §. 5. de regulis*
iuris. Ratio autem illa, quam adfert Bartolus, quòd
7 non ſit de † neceſſitate pupillaris ſubſtitutionis vt
filius ſit heres ſicuti vera eſt in filio impubere exhere-
dato, cui etiam pupillariter ſubſtitui poſſe conſtat, ita
falſa in filio impubere inſtituto, quia non poteſt fieri
vt nõ ſit ille heres patris, cui & ſuus & neceſſarius eſt.
Et niſi eſſet vtique non poſſet valere pupillaris ſubſti-
tutio patre, neque filium, neque alium habente here-
dem, quoniam paternum teſtamentum confirmatum
eſſe neceſſe eſt ad hoc vt valeat pupillare. *l. 2. §. 1. d. l.*
ſed ſi plures. 10 §. ſi ex aſſe. l. ex pupillari. 44 de vulgari
& pupillari ſubſtitutione. l. apud Iulianum 11. §. idem
Iulianus. l. ita tamen. 27. §. à patre. verſ. quod ſi duo. D. ad
SC. Trebellianum. Ob idque melius dixerit quiſquis
dicet contra Bartolum. Immo eſſe de neceſſitate ſubſti-
tutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm fuit
ipſe inſtitutus ſiue ſolus ſiue cum herede: ſiquidem
negari non poteſt, quin ex eiuſdem pupillaris ſubſti-
tutionis neceſſitate ſit vt filius impubes cui pupillari-
ter ſubſtitutum fuit, & in patris poteſtate ſit & ſu-
perſtes patri. Vtrunque verò hoc non poteſt concur-
rere vt ſuperuiuat patri in cuius morientis fuit pote-
ſtate quin hoc ipſo patris heres ſit, & quidem neceſ-
ſarius ſiue abſtinere velit, ſiue nolit. Rurſus quod
8 Bartol. † infert, ſi contingeret, vt pater & filius ſimul
morerentur, puta in eodem naufragio, ita ne poſſet
ſciri vter eorum prior aut poſterior deceſſiſſet, admit-
tendum fore ſubſtitutum, ex pupillari ad bona pupilli,
ex vulgari verò ad bona patris, certe ridiculum eſt. Eo
namque caſu præſumitur filius impubes ante patrem
deceſſiſſe, *leg. qui duos. 9. §. vltim. leg. ſi mulier. 23. D. de*
rebus dub. vt è contrario, ſi filius fuit pubes præſumi-
tur ſuperuixiſſe *dict. leg. qui duos. §. cùm bello.* niſi fauor
aliquis, puta patronatus reuerentia, contrariam ſug-
gerat præſumptionem *§. ſi cum filio. eadem lege.* & con-
ſequenter, non poteſt pupillaris ſubſtitutio conſiſte-
re, aut heredem aliquomodo habere filius qui deceſſit
in patris poteſtate *leg. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill.*
ſubſtit. leg. quod ſi filius 11. D. de capt. & poſtlim. Planè
poſſet ſubſtitutus ex vulgari tacita patri ſuccedere, ſi
qua eſſet. Verùm nullam eſſe vulgarem tacitam, hoc
præſertim caſu quo filius deceſſerit viuo patre, iam
probauimus *in Error. 2. Decadis huius.* Nullus ergo in
hac ſpecie, ſiue de pupillari expreſsè, ſiue de vulgari
tacita, tractandi locus relinquitur. Quod ſi vel ex
præſumptione vel ex probatione aliqua filium impu-
berem patri ſuperuixiſſe, hoc ipſo conſtaret filium
patri heredem fuiſſe, nec tantùm nomine nudo, vt is
qui ſe abſtinet *leg. 2. §. ſed ſi ſint ſui heredes. D. ad SC.*
Tertyll. ſed etiam effectu ipſo nulla ſecuta abſtentione
ſaltem quæ probaretur: & ideo ſuccederet, quod iam
diſputauimus, ſuo herede exiſtente, quamuis ſe non
immiſcente, præſertim qui nec abſtineat nullum vul-
gari ſubſtituto ius aperiri, neque quod ad ius ciuile,
neque quod ad prætorem. Media verò illa ſententia
quam Bartolus inducit vt patre & filio ſimul mortuis,
neuter intelligatur ſuperuixiſſe, præter id quod nullo
iuris loco probatur ſuperioribus etiam legibus apertè
refellitur, quæ volunt pro caſuum diuerſitate, vel fi-
lium patri, vel patrem filio præmortuum, cenſeri.
Quod cùm ita ſit, non video qua ratione fieri poſſit,
quod vult Bartolus, vt ſubſtitutus in ea ſpecie poſſit
admitti & tanquam vulgaris & tanquam pupillaris.
Vulgaris enim ſupponit, patrem: pupillaris verò, fi-
lium ſuperuixiſſe. Quinimo nec aliter poſſet admitti
ſubſtitutus ex vulgari, quàm ſi probaret conditionem
ſubſtitutionis vulgaris extitiſſe, id eſt, filium inſtitu-
tum patri non ſuperuixiſſe. Nec rurſus ex pupillari
aliter quàm ſi probaret pupillaris conditionem eue-
niſſe, hoc eſt, filium ſuperuixiſſe, quia cùm ſubſtitu-
tiones omnes habeant adnexam aliquam conditionem,
neceſſe eſt eum qui agit ex diſpoſitione conditionali
ante omnia probare implementum conditionis, quo
non facto, non deficit quidem ius, ſed deficit proba-
tio *leg. duo ſunt Titij. 30. D. de teſtam. tutel.* & idcirco
dicendum eſſet, ſubſtitutum excludi ab vtriuſque,
tam patris, quàm filij hereditate teſtamentaria, vt *in*
leg. ſi eius. 34. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum. fi-
deicommiſſarius vocatus ad partem illius ex liberis
qui nouiſſimus moreretur, neutris partem conſequi-
tur, ſi non poſſit probare quis nouiſſimus deceſſerit,
eique ob hanc cauſam in vtriuſque hereditate præfer-
tur mater quæ vtrique ſuccedit ab inteſtato. In ea verò
ſpecie quam tractamus: De patre & filio ſimul mor-
tuis, hoc amplius eſſet quod quæ incertitudinis ratio
ſummoueret ſubſtitutum ab vtriuſque hereditate, ea-
dem legitimos quoque heredes ſummoueret ſi non
idem & patris & filij legitimus heres eſſet, vt *in dict. leg.*
ſi eius, quoniam neque patris, neque filij legitimus
heres, quiſquis ille eſſet, ſuccedendi ius haberet, ne-
que in totum neque pro parte, niſi probato, quod
ille ſuperuixiſſet cuius hereditatem ipſe vindicaret.
Atque ita probationum defectu hereditas vtraque va-
caret, fierentque bona vacantia. Et ob hanc nimirum
cauſam, ne abſurdum hoc eueniret, placuit ciuili
legiſlatori præſumptiones in defectum probationis in-
duci, vt in facti quoque incerto ius tamen certum
conſtitueretur, nec legitimarum hereditatum iura
fluctuarent. Denique quod corollarij loco addit Barto-
lus, † ſubſtitutionem iſtam partim expreſſam pupil- 9
larem, partim vulgarem tacitam, continere vtrumque
caſum copulatiuè, vt ſiue vterque, ſiue alteruter ca-
ſus eueniet, ſufficiat: hoc verò eſt quod probari opor-
tebat aliter, ac meliùs quam *ex d. l. 4. de vulg. & pupill.*
ſubſtit. de cuius ſententia & interpretatione ſcripſimus
in Errore vltimo Decadis præcedentis. Huic verò Bartoli
& aliorum interpretum errori quem nos refutauimus,
contrarius ille aliorum eſt, qui volunt † vulgarem 10
iſtam tacitam, aut vt vocare malunt, & elegantiùs, à
lege ſubintellectam, ad ſolius pupilli bona pertinere,
id eſt per eam fieri, vt ſoli impuberi non etiam patri
ſuccedatur. Quam ſententiam primus ni fallor induxit
Antonius Goueanus in ſuis illis acutiſſimis contra Bart.
commentariis *ad tit. de vulg. & pup. ſubſt.* diſtinguens
caſum vulgarem à ſubſtitutione vulgari: quaſi pupil-
laris caſus ſubſtitutioné impuberi facta in caſum pu-
pillarem trahendus quidem ſit ad caſum vulgarem, vt
pupillo etiam in eum caſum, quo heres non erit, ſub-
ſtitutus datus dici poſſit, ſed non ſubſtitutio pupilla-
ris ad ſubſtitutionem vulgarem. Motus ea potiſſimum
ratione quæ certè magna eſt, quod conſtitutioni Diui
Marci quæ ſola fecit, vt ſubſtitutio in alterum caſum
facta in vtrumque facta eſſe exiſtimetur, ſolus pupilli
fauor cauſam dedit, cuius vtique intererat teſtamen-
tarium potiùs quàm legitimum heredem habere, & cui
non

non poterat imputari, cur non aptioribus & apertioribus verbis heredem ſcripſiſſet, cùm non ipſe ſibi teſtamentum faciat, ſed pater ipſi. Nec ad rem facere quod hac ipſa ratione dicendum videatur ex hac vulgari tacita, etiam patri ſuccedi oportere, quod pupilli quoque interſit, vt patris teſtamentum confirmetur, ſine quo pupillare non valeret. Non enim ſi in aliquo fauendum pupillo fuit, vſque adeo tamen ei fauendum eſt, vt tota iuris ratio peruertatur, quod contingeret ſi ex pupillari teſtamento, paternum vires accipere poſſet, vt contra Bart. diſputauimus in ſuperioribus ex *l. ex pupillari. 44. de vulg. & pupill. ſubſt.* Sed & in eo non niſi per conſequentias faueretur pupillo, principaliter verò patri, cui tamen imputandum eſt, cur non aliter & aptius ſibi fecerit teſtamentum, per expreſſam vulgarem ſubſtitutionem, ne remaneret ſine herede in eum caſum quo filius heres non eſſet. Verùm quamquam iſta non inſubtiliter diſſeruntur, probantque optimè, ſi quid mei iudicij eſt, nullam eſſe poſſe vulgarem tacitam per quam patri ſuccedatur, nunquam tamen mihi perſuadebunt, aliquam vulgarem tacitam eſſe, per quam impuberi & quidem ſoli ſuccedatur. Nam vt ex alia parte Bartolus diſputat, inauditum eſt nec vllo vſquam iuris loco proditum, vt per vulgarem ſubſtitutionem, ſiue expreſſa, ſiue tacita illa ſit, impuberi heres detur. Illud verò longè abſurdius vt pupillaris ſubſtitutus ſuccedat impuberi quin ſuccedat etiam patri, tum quoque cùm filius impubes abſtinuit ſe ab hereditate patris, bonáque omnia paterna fuerunt vendita, vt in ſpecie *d. l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* Itaque cùm vtrumque verum ſit, & quod vult Goueanus contra Bartolum, nullam eſſe tacitam vulgarem per quam poſſit ſuccedi patri ad confirmandum paternum teſtamentum & quod vult Bartolus contra Goueanum, nullam poſſe tacitam vulgarem eſſe per quam pupillo ſuccedatur, quid aliud inferre poſſumus ex tam diſiunctis ſententiis, quàm quod omnino conſequens & veriſſimum eſt, vulgarem tacitam nullam eſſe?

ERROR V.

De tacita vulgari & pupillari cùm mater eſt in medio, & ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *An tacita vulgaris locum habeat cùm mater eſt in medio.*
2 *Diſtinctio Bartoli.*
3 *Rationes Bartoli.*
4 *Contraria autoris diſputatio.*
5 *Vulgaris tacita ſi qua eſſet, etiam matrem excluderet.*
6 *Tacita pupillaris etiam contra matrem locum habet.*
7 *Pupillarem ſubſtitutionem tacitam ſola Diui Marci Conſtitutionis poteſtas inducit non refragante teſtatoris voluntate.*
8 *Lex nihil facit ſub conditione.*
9 *Cur in ſpecie l. precibus. 8. C. de impuber. & al. ſubſt. is qui pupillo ſubſtitutus erat in caſum vulgarem expreſſum non admittitur in pupillarem.*
10 *Vera ſententia l. vlt. C. de inſt. & ſubſt. aduerſus interpretes aſſerta.*
11 *Tacitam pupillarem etiam contra matrem locum habere, probari ex l. Lucius 45. D. de vulg. & pup. ſubſt.*
12 *Reſponſio Bartoli & aliorum ad d. l. Lucius refertur & diluitur.*
13 *In ſpecie l. Scæuola. 76. ad Trebell. ſubſtitutio pupillaris etiam ipſo iure inutilis defenditur benigna interpretatione aduerſus matrem.*
14 *Ratio propter quam Bartolus tacitam pupillarem negat contra matrem admittendam exploditur.*
15 *Alia eiuſd. Bartoli ratio reiecta.*
16 *Commentitia interpretatio d. l. vlt. C. de inſt. à Bartolo inuecta refertur.*
17 *Refutatio eiuſdem interpretationis, in qua complures Bartoli errores notantur.*
18 *Ius adcreſcendi inter coheredes quando tacita quædam ſubſtitutio habeatur.*
19 *Error Bartoli putantis ſubſtitutum ſub ea conditione, ſi poſthumus non naſcetur, admittendum eſſe ex tacita vulgari etiam nato poſthumo, ſi mater in medio non ſit.*
20 *Subſtitutio vulgaris, ſi heres non erit, duos caſus continet, vnum voluntatis, alterum impotentiæ.*
21 *Suus heres cui extraneus coheres adiectus eſt, non eò minus ſuus heres manet.*
22 *In ſpecie d. l. vlt. admittitur ſubſtitutus non ex alia ſubſtitutione, quàm pupillari tacita.*

SEquens apud Bartolum quæſtio eſt *ad d. l. 1. num. 41. de vulg. & pup. ſubſt.* Verum tacita † vulgaris locum habeat cùm mater eſt in medio. Et diſtinguit † an de matre pupilli tractetur, an de matre teſtatoris. Si de matre pupilli, vult habere locum quod & Accurſius ſenſit, quia, inquit, per tacitam vulgarem non ſucceditur impuberi, ſed teſtatori, ob idque nullus poteſt eſſe fauor matris pupilli cùm agitur de patris hereditate. Si verò de matre teſtatoris, non eſſe inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris, eadem ratione qua nec tacita pupillaris contra pupilli matrem admittitur. Concludit itaque nec tacitam vulgarem, nec tacitam pupillarem admitti poſſe contra matrem illius cui ſuccedit. Idémque repetit *ad l. 2. num. 32. & 34. eod. tit.* vbi addit ita omnes interpretes exiſtimare *ex l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt. & l. precibus. 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* Adfertque duplicem † huius ſententiæ rationem. Vna eſt, quod cum per vulgarem, ſiue expreſſam, ſiue tacitam ſuccedatur patri, per vulgarem verò etiam tacitam ſuccedatur impuberi, non poteſt bona eſſe conſecutio vt teſtator, qui in ſua hereditate prætulit impuberis filij ſui matri extraneum, idem eundem ipſum voluerit præferre in filij quoque ſucceſſione *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Alia ratio eſt, quia mater cùm à filio præterita eſt, habet querelam inofficioſi teſtamenti quam non habet cùm à patre pupillariter ſubſtituente præterita fuit *l. Papinianus. 8. §. ſed nec impuberis. D. de inoff. teſtam.* Vnde noluit lex per ſuam interpretationem excludere matrem à querela, ſi eam teſtator expreſſè non excludit. Sic enim apud Bartolum legendum eſt. Mihi † tota hæc interpretum noſtrorum traditio non ſolùm ſuſpecta iampridem, ſed etiam improbabilis ſemper viſa fuit, vt ex iis conſtare poteſt quæ ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 9. & ſeqq. de ſententia d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. & d. l. precibus*, quas leges oſtendimus ad rem iſtam, opinionémque interpretum confirmandam nullomodo pertinere. Ideóque breuiores hic erimus, nec ea quæ ex illis locis peti commodè poſſunt, repetemus. Sed tamen vt habeant etiam qui hæc ſola legent in quo ſibi ſatisfaciant, dicemus obiter. De tacita quidem vulgari an teſtatoris matrem excludat, ſuperuacuam eſſe diſputationem, cùm huiuſmodi vulgaris ſubſtitutio tacita, vt iam diximus, nulla ſit, quæ † tamen ſi aliqua eſſet, matrem ipſius etiam teſtatoris excludere proculdubio deberet, quandoquidem vulgaris ſubſtitutio qualiſcunque tandem illa ſit, ſiue expreſſa, ſiue tacita, nihil aliud eſt quàm ſecunda inſtitutio, à qua incipere teſtamentum poteſt & debet poſtquam prima defecit,

defecit, quo admiſſo nullus legitimæ ſucceſſioni locus relinquitur, nec proinde matri ab inteſtato tantùm ſuccedendi, quia tritum eſt, quandiu deferri hereditas ex teſtamento poteſt non deferri eam ab inte-
6 ſtato. De tacita † verò pupillari non poſſe dubitari apud eos qui iuris rationem callent, quin locum habeat etiam contra matrem. Nempe quia teſtamentum filij eſt cuius vtique intereſt habere teſtamentarium heredem potiùs quàm legitimum; ſiue honorem inſpicias, quoniam nihil habet ciuis Romanus honorificentius factione teſtamenti, ſiue vtilitatem quòd pupilli ſalus ſit longè tutior, minúſque expoſita inſidiis agnatorum dato ei ſubſtituto pupillari præſertim qui ignoretur clauſis, vt ob hanc rationem olim fiebat, tabulis pupillaribus, nec niſi poſt pupilli mortem aperiri iuſſis, quemadmodum tractat Iuſtin. *in §. ſin autem quis ita.inſt.de pup.ſubſtit.* Atqui non poteſt filius habere teſtamentarium heredem per ſubſtitutionem pupillarem, ſiue expreſſa illa ſit, ſiue tacita, quin legitimi heredis cuiuſlibet etiam matris excluſio inducatur. Cùm igitur non poſſit fauor matris ad luctuoſam filij hereditatem admitti volentis tantus eſſe, vt non maior ipſius pupilli eſſe debeat ad habendum rationem ſalutis & vitæ pupilli, quippe quæ ſucceſſionis pupillaris cauſam tempúſque præueniat, fatendum eſt non poſſe fauorem matris efficere, vt ob id ſolùm nulla pupillaris ſubſtitutio eſſe intelligatur, quod ſi nulla eſſet, pupillo ſuccedere mater ab inteſtato poſſet. Alioqui dicendum eſſet futurum, vt ex euentu penderet ac non potiùs ex patris voluntate, & ex Marci conſtitutione, an vulgaris ſubſtitutio expreſſim facta filio impuberi contineret pupillarem necne, cùm in euentu dubio poſitum ſit, an filius in pupillari ætate moriturus ſit ante matrem, an poſt matrem. Quod tamen abſurdum
7 eſſet, quia pupillarem † ſubſtitutionem tacitam inducit poteſtas conſtitutionis ſola, quæ & hoc ſolùm requirit vt non refragetur voluntas teſtatoris *d.l.iam hoc iure.4.de vulg.& pup.ſubſt.* Nemo autem dixerit refragari voluntatem teſtatoris, ob id ſolùm quod mater ſit in medio, cum nihil de matre pater dixiſſe proponatur. Sicut nec illud dici poteſt. Eo tempore quo pater vel teſtatur vel moritur, inducendam quidem poteſtatem conſtitutionis, ſed ſub illa conditione, ſi ante filium mater moriatur (quod tamen dicendum eſſet, ſi ſententiam interpretum ſequeremur.) Nec enim lex
8 quicquam † facit vnquam ſub conditione, ſed vel purè & præcise vel nullomodo. Itaque vel iam tum, cùm pater teſtatur, aut ſaltem cùm moritur, facta impuberi filio ſubſtitutione vulgari expreſſa, locum habere incipit conſt. D. Marci, vt exinde certum eſſe incipiat moriente quandocunque impubere futurum vti debeat ſubſtitutus admitti iure pupillaris ſubſtitutionis & quidem omnimodo, i. ſiue tùm mater in medio erit, ſiue non. Vel ex eo teſtamenti mortiſve tempore certum eſt numquam admiſſum iri ſubſtitutum in caſum pupillarem, nec ſi filius poſt matrem decedat impubes. Pendêre namque ex futuro ac incerto euentu poteſtas conſtitutionis non poteſt: nec quemadmodum voluntas teſtatoris pleraſque tacitas conditiones recipit per interpretationem, *vt in l.cum auus.* 102. *de cond. & demonſt.* ita & poteſtas legis tacita vnquam conditione ſuſpenditur, niſi quæ ſit omnino ex natura actus, vt *in l. ſi ita legatum.*65.§.1.*l. aliquando.* 107.*de cond.&*
9 *demonſt.* Neque moueri debuerint † interpretes *ex d.l. precibus*, in cuius ſpecie is qui pupillo ſubſtitutus erat in caſum vulgarem expreſſum non admittitur in pupillarem, non quia mater eſſet in medio, vt volunt noſtri, ſed quia ſubſtitutio à patre milite facta proponitur, in cuius teſtamento ſpeciale eſt, vt conſtit. D. Marci de protrahendo caſu vulgari ad pupillarem locum non habeat, quoniam teſtamenta militum ſicut aliam legem nullam habent, niſi vt nullis legibus regantur, ita ex nuda militum voluntate æſtimanda ſunt, non ex legibus aut Imperatorum conſtitutionibus, quæ legum vim obtinent, interpretanda. *l. in teſtamento.6.C.de teſt.milit.* Idque eſt quod ſignificant verba illa Imperatorum *in d.l precibus.maritus quondam tuus miles defunctus.* Et rurſum, *ſi quidem in patris militis poſitus poteſtate*, vt mirum ſit in re tam aperta, iámque à recentioribus ferè omnibus bene obſeruata (ſi Cuiacium excipias quem pene incredibile eſt, tam grauiter erraſſe *lib.12. Obſeru. cap.27. in fin.*) tot tantóſque interpretes vltro cæcutiiſſe. Quod verò à Iuſtin.
† conſtitutum eſt *in l.vlt. C. de inſt. & ſubſtit.* vt mater 19
ſubſtituto pupillari præferatur, non eam rationem habet quaſi ſenſerit Iuſtinianus ex ratione iuris mentéque teſtatoris generaliter conſtituendum eſſe, quod interpretibus placet, vt tacita pupillaris nunquam inducatur contra matrem, ſed ex ſpecialibus facti circumſtantiis deducitur, quæ ſi in ſpecie illa non interueniſſent, aliud vtique conſtituturus fuerat Imperator, etiamſi mater in medio fuiſſet. Duæ autem potiſſimùm circumſtantiæ aderant, quæ pro matre valde vrgebant. Vna erat quod ſubſtitutus vocatus fuerat non in caſum illum generalem vulgaris ſubſtitutionis, *Si filius poſthumus heres non eſſet*, ſed ſpecialiter in illum *ſi poſthumus non naſceretur*, qui caſus etſi non eo minùs admittebat conſtitutionem Diui Marci (alioqui etiam ſublata de medio matre, ſubſtitutus admitti in caſum pupillarem nunquam poſſet) difficilius tamen recipiebat hanc interpretationem quàm ille generalior, *ſi poſthumus heres non eſſet*, quia quo ſpecialior caſus eſt qui expreſſus fuit, eo difficilius recipit interpretationem ne illa non tam interpretatio, quàm extenſio & ſuppletio dicenda eſſe videatur. Cúmque conſtitutio Diui Marci non aliter locum habeat, etiam in teſtamentis paganorum quàm ſi patris voluntas non refragetur. *dict.l.iam hoc iure. ad finem*, nemo non videt patrem qui ſubſtitutum vocauit in eum nominatim caſum quo mater nulla eſſet, id eſt, quo poſthumus non naſceretur (nec enim poteſt eſſe mater cuius filius nullus eſt, nec rurſum filius qui editus nunquam fuit, *l. in Falcidia 9. §.1. D.ad leg.Falcid.*) non ſimiliter cogitaſſe de illo vocando in eum caſum quo poſthumus naſceretur & poſtea decederet ſuperſtite matre ſi quidem ea ratione fieret, vt à luctuoſa filij hereditate excluderetur mater, quam teſtator matrem futuram eſſe non credidiſſet, in eum caſum quo ſubſtitutus admitteretur. Altera erat circunſtantia, quòd mater inſtituta erat ex parte hereditatis, datáque coheres poſthumo etiamſi poſthumum aliquem naſci contingeret. Inde namque voluntatis coniecturam magnam ſumebat Papinianus, quòd pater noluiſſet à luctuoſa filij hereditate excludi matrem, quam in propria ſua hereditate ipſi quoque filio coheredem dediſſet. Ergo ſi neque coheres data mater fuiſſet, neque ſubſtitutus in eum ſpecialiter caſum vocatus, quo poſthumus non naſceretur, immò ſi alterutrum illorum defuiſſet, non eſt dubitandum quin conſenſuri fuerint Papinianus & Vlpianus in reſpondendo pro ſubſtituto contra matrem. Nam nec Iulianus ipſe diſſimulat, quin eius conſtitutionis & ſpecies & ratio ſit ſingularis, nec facilè ad alios caſus porrigenda, vt oſtendunt verba illa *in huiuſmodi caſu.* Et verò quis dicat poſt Marci conſtitutionem ſi quæratur an vulgaris expreſſa facta verbis illis generalibus *ſi poſthumus heres non erit*, ad pupillarem trahenda ſit, voluntatis eſſe quæſtionem? Cuius enim effectus & poteſtatis eſſet ea conſtitutio, ſi ſaluam relinqueret quæſtionem voluntatis? Fateor quod iam dixi, non eſſe conſtitutioni locum ſi patris voluntas refragetur. Sed dico ei incumbere qui ſubſtitutum excludere vult, vt probet voluntatem patris refragari, non autem ſubſtituto eſſe imponendam neceſſitatem, vt probet à ſuis partibus

eſſe teſtatoris voluntatem. Nec ſi mater ſit in medio, præſertim ſi ponas factam fuiſſe ſubſtitutionem vulgarem filio impuberi iam nato. Alioqui non erat cur Vlpianus, Papinianus, & Iuſtinianus cõciperent quæſtionem in poſthumo & in ſubſtitutione facta in eum nominatim caſum quo poſthumus non naſceretur, denique cur tot vndique rationes tacitæ voluntatis pro matre cõquirerent, maximè ex eo quod fuiſſet filio coheres data ſi vna illa ratio ſufficere poterat, quod mater eſſet, ſolam autem matris præſentiam non facere vt eo minus tacita pupillaris inducatur effectúmque habeat
11 etiam contra matrem, † perinde ac contra quemlibet alium legitimum heredem, apparet manifeſtiſſimè ex *leg. Lucius.* 45. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* in cuius ſpecie reciproca ſubſtitutio, quæ non alia eſt quam vulgaris expreſſa, inter fratres facta, matre in medio exiſtente pupillarem tacitam non idcirco non continet quam mater in medio eſſet, at quia, vt lex ait, non eius conditionis ambo fratres erant, vt ſubſtitui pupillariter vtrique poſſet: cum alteruter naturalis eſſet, hoc eſt in ſeruitute ſuſceptus, vt *in leg. Lucius.* 88. §. *Dama. in fin. de leg.* 2. & conſequenter non ex iuſtis nuptiis, quæ ſcilicet inter ſeruos eſſe non poſſunt, nec proinde in patris poteſtate. Neque habent interpretes noſtri quod reſ-
12 pondeant. Niſi † quod in ea ſpecie ſubſtitutus erat ex liberis, quem propterea veriſimile erat ex voluntate patris præferendum matri, in eóque melioris conditionis eſſe debere quàm extraneum: quo nomine intelligunt omnem qui non ſit ex liberis etiamſi ſit frater teſtatoris. Sic enim Accurſius, Bartolus, & communiter cæteri ad *dict. leg. precibus in gloſ. magna.* & idem Bart. *ad dict. leg. Lucius num.* 1. Prorſus improbabiliter. Etſi enim nõ nego maiorem æquitatis & fauoris rationem plerunque facere pro liberis, quàm pro extraneis, vt in ſpecie *dict. leg. cum auus.* 102. *De condic. & demonſt. leg. cum acutiſſimi.* 30. *C. de fideic.* Attamen cùm de pupillari ſubſtitutione ſiue expreſſa ſiue tacita diſputatur, non tam ſubſtituti, quiſquis ille ſit, quàm impuberis, cui ſubſtitutio ſit, fauor inſpicitur, cuius ſolius gratia & ius ſubſtitutionis pupillaris moribus populi Romani inductum, & cõſtitutio D. Marci de caſu vulgari ad pupillarem porrigendo lata fuit. At impubes non poteſt non eſſe ex liberis teſtatoris, vt conuenit inter omnes. Cùm igitur omnes etiam fateantur meliorem filij teſtatoris quàm matris conditionem eſſe debere, conſequens fit, vt quoties voluntas nõ obſcura teſtatoris minimè refragatur, ea ſemper interpretatio capienda ſit quæ faueat ſubſtitutioni, quamuis inde futurum ſit vt mater in totũ excludatur, ſiue proponas filium teſtatoris ſiue extraneum fuiſſe ſubſtitutum. Idque meo iudicio non eleganter probari poteſt, ex eleganti illo Scæuolæ reſponſo, quod
13 extat in *leg. Scæuola.* 76. *D. ad SC. Trebell.* vbi † cùm ſubſtitutio pupillaris inutiliter impuberi facta proponatur, quòd in codicillis ſcripta fuiſſet, atque ita certum eſſe vniuerſam pupilli hereditatẽ iure legitimo ad matrem ſuperſtitem pertinere, non dubitat tamẽ Scæuola, quin benigna interpretatione defendenda ſit illa pupillaris ſubſtitutio iure fideicõmiſſi, vt mater eam pupilli hereditatem ſubſtitutis planè extraneis ex fideicõmiſſo reſtituere obligetur. Nam ſi ſubſtitutio pupillaris etiam ipſo iure inutilis defenditur benigna interpretatione contra matrem, vt in fideicõmiſſum conuertatur, quãto magis fuit Scæuola admiſſurus pupillarem tacitam vtilem ex vulgari expreſſa etiam vtili inducendam, concurrente fauore non modò ſubſtitutorũ & tuendæ voluntatis pupilli, ſed ipſius etiam impuberis vt cum teſtamento deceſſiſſe videri poſſet, quamuis ea ratione futurum eſſet vt legitimum ius matris læderetur? At ſanè quid poteſt abſurdius excogitari quàm vt dicamus
14 cum Bartolo, † tacitam pupillarem ob id potiſſimùm admittendam non eſſe contra matrem, quod ipſa de filij teſtamẽto inofficioſo non poſſit conqueri aduerſus pupillarem ſubſtitutum? Quænam obſecro iſta ratio eſt, vt tam pupilli hereditatem habere mater debeat, ob hoc ſolum, quod alioqui nec legitimam eſſet habitura? Nam ſi impuberis patri conceditur matrem etiam à legitima portione impunè remouere, nec voluntatis quæſtio vlla relinquitur cùm expreſſa ſubſtitutio pupillaris facta eſt, an à legitima quoque matrem impuberis excluſam eſſe pater voluerit, quidni eidem licebit idem aſſequi ſubſtituendo filio vulgariter, poſtquam D. Marco placuit ſufficere quod ſubſtitutio facta ſit impuberi in primum caſum vt in ſecundum quoque facta eſſe intelligatur? An fortè difficilius eſt vt mater à tota hereditate filij, quam à legitima portione remoueatur? Atque ita eluditur ſecunda ratio Bartoli à nobis initio capitis relata, quæ tamen maioris momenti eſſe videbatur. Prior enim
illa † quod per vulgarem ſuccedatur ſoli patri, per pu- 15
pillarẽ verò ſoli impuberi, prorſus leuis eſt. Cum enim ſubſtitutum ex pupillari tacita matri præferendum eſſe volumus, non argumentamur ab hereditate patris ad hereditatem pupilli ſed à pupilli expreſſa ad tacitam, & à tacita ad expreſſam, quod optimum & certiſſimum argumentum eſt poſt D. Marci conſtitutionem, cuius definitio cùm ſit generalis nec illam habens diſtinctionẽ quæ minimè prætermittenda erat. An mater ſuperſtes eſſet necne videre non poſſum cur non ſit etiam generaliter & indiſtinctè accipienda vulg. *l. de pretio.* 8. *D. de publician. in rem act. l. in fraudem.* 15. §. *vlt. D. de mil. teſt.* At ex aduerſo malè argumentantur contra nos Bartolus, Cuiacius, & cæteri, *ex d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* cum ab excluſione ſubſtituti dati poſthumo nondum nato, & in eum ſpecialiter caſum quo non naſcetur? argumentantur ad excluſionẽ ſubſtituti in caſum vulgarem generalem expreſſum dati filio iam nato. Eſt enim longè diuerſa horum caſuum ratio, præſertim cùm quæritur, non tam de admittendo ſubſtituto, quàm de matre excludẽda ab hereditate vt ſupra dictum eſt, ſed omnium
ſuauiſſimus eſt † dum ſubtilẽ agit in excogitando nouo, 16
vt ipſe gloriatur, intellectu *d. l. vlt.* Et ratio qua mouetur vt aduerſus Accurſium ſentiat, ſuauior. Ait enim non poſſe ſibi placere vt ex ea *l. vlt.* inferatur, tacitam pupillarem contra matrem admitti non debere, quia inquit, hoc eſſe certum iuris eſt certi & aperti *d. l. precibus.* Atqui in *d. l. vlt.* dicitur quod de illo caſu erat contentio inter Vlpianum & Papinianum. Ergo non eſt dicendum quod ipſi dubitaſſent de eo, quod eſt ius apertũ & clarum. Itaque aſſumit pro certo & explorato quod nos falſiſſimũ eſſe probauimus. Quid ergo noui habet quod adferat in quæſtione iam iis temporibus tantopere agitata? Hoc vnum, quod vult in ea ſpecie poſthumum natum deceſſiſſe non adita hereditate, nec exiſtentiam ſui heredis ibi operari aditionem, quod inquit, poſthumus haberet extraneum coheredem, *ex l. apud Iulianum* 11. §. *idem Iulianus. D. ad SC. Trebell.* Quæſtionem verò illam proponi, Vtrum ſubſtitutus admitti debeat ex vulgari tacita in hunc caſum, an mater. Et reſponderi, quod licet ibi tractetur de hereditate viri, tamen mater excludit ſubſtitutum, ex præſumpta volũtate defuncti, quia ipſam matrem inſtituit pro parte, & quia teſtator plus diligit matrem propter filios *l. cum quis.* 10. *C. de natur. liber.* Et ideo eſt veriſimile ait Bartolus quod velit hereditatem lucroſam ipſius defuncti ad eam pertinere & ſubſtitutum excludi, niſi mater prior decedat, quia tunc admittitur ſubſtitutus. Et hic eſt caſus ſingularis in illa lege. Alias autem tacita vulgaris admittitur contra matrem impuberis, quia de eius impuberis ſucceſ-
ſione tractatur. Hæc ipſa ſunt verba Bartoli. † erroribus 17
vndique redundantia. Primùm in eo quod ponit poſthumum natum deceſſiſſe non adita hereditate. Quaſi verò adeundam habeat patris hereditatem poſthumus qui ipſo iure heres eſt cùm ſit ſuus & neceſſarius, cuiuſque ſingulare hoc ius eſt vt & rumpat teſtamentum ſuccedendo & ſuccedat rumpendo *l.* 2. 3. *& paſſ. C. de poſthum.*

poſthum. hered. inſtit. l. nam etſi. 5. verſ. rumpendo. D. de inſuſt. rupt. Secundo in eo quod addit exiſtentiam ſui heredis nihil operati propter datũ poſthumo extraneum coheredem. Hoc n. iam nos refutauimus *in Err. 8. Dec. 30. ex l. 3. C. de iur. delib.* aliiſque iuris locis. Tertio in eo quod vult quæſtionem proponi de vulgari tacita & de ipſius patris hereditate cum tamẽ apertiſſimè proponatur de tacita pupillari & de impuberis ſucceſſione iis verbis *matrem magis ad eius venire ſucceſſionem. Eius* ſcilicet *impuberis.* Immediate ſiquidem præcedit *& impubere defuncto.* Quæ autem ſequitur ratio id ipſum demonſtrat, *ſi enim ſua ſubſtantiæ partem vxori dereliquit, multo magis & luctuoſam hereditatem ad matrem venire curauit,* luctuoſam enim hereditatem vt Iuſtinianus, nõ vt Bart. ineptè legit *lucroſam*: pupillarem ſolam intelligit, ad id reſpiciens quod liberorum hereditates etſi contra votum naturæ & parentum, tamen miſerationis & pietatis ratione ſuperſtitibus deferuntur *l. ſcripto. 7. §. vlt. D. vnd. liber. l. nam etſi. 5. in princ. D. de inoff. teſt. l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot.* Nec enim poteſt dici vxori luctuoſa eſſe heredi tas mariti cùm iure ciuili coniux cõiugi ab inteſtato non ſuccedat, ſed tantùm iure prætorio, ita demum ſi conſanguinei & propinqui nulli ſint. *L. vnic. C. vnd. vir. & vxor. l. 3. quor. bonor.* Eſtque apud Iuſtinia ũ antitheſis in illis verbis *ſubſtantiæ ſuæ partem, & luctuoſam hereditatem,* cũ n iuxta Bartoli interpretationẽ ſcribi potiùs debuiſſet, *Si enim ſuæ ſubſtantiæ partem vxori dereliquit, multo magis & aliam eiuſdem ſubſtantiæ partem ad matrem venire curauit.* Quæ tamẽ ratiocinatio eſſet ridicula. Quomodo enim poſſet bona eſſe cõſecutio ab ea hereditatis parte quæ vxori diſertis verbis data eſſet, ad eam in qua nec inſtituta ipſa fuiſſet, nec ſubſtituta? Et præterea quis fauor poſſet eſſe matris tanquam matris in ea hereditate quæ non eſſet? Aut cur ea portio ad matrem peruenire deberet propter filium qui heres nunquam extitiſſet? Rurſum quis vnquam audiit potiorem eſſe cauſam iuris adcreſcendi in hereditatibus, quam ſubſtitutionis? Etſi enim dici ſolet
18 ius adcreſcẽdi † inter coheredes eſſe veluti tacitã quandam ſubſtitutionem *l. ſi Titio & Meuio. 6. §. Iulianus. de leg. 2.* id tamen tunc obtinet cum in deficiente coheredis portione ſubſtitutus nemo fuit. Semper enim ſubſtitutus præfertur coniuncto, dummodo cõtingat caſus ſubſtitutionis *l. quidam teſtamento. 30. de vulg. & pupill. ſubſt. l. nunc. §. in primo. & §. ſin autem aliquid. C. de caduc. tollend.* quoniam hominis prouiſio tollit prouiſionem legis, vt vulgo noſtri ratiocinãtur quos refert & ſequitur Mich. Craſſ. *in §. ſubſtitut. q. 14.* vbi addit idem quoque placere interpretibus in vulgari tacita comprehẽſa in pupillari & quidẽ indiſtinctè, id eſt, tametſi qualitas aliqua ſanguinis vel adfectionis cõcurrat, quæ pro iure adcreſcendi facere videatur. Quod & ego libenter admitterẽ ſi perſuadere mihi poſſem aliquam eſſe tacitam vulgarem. Adieci *dummodo contingat caſus ſubſtitutionis* quia ſi pluribus ſimpliciter inſtitutis alius ſimpliciter ſubſtitueretur, is non tam vni ex inſtitutis quàm toti gradui videretur ſubſtitutus, vt ex communi concludit Craſſ. *d. q. 14. in fin.* probaturque *ex d. l. quidam.* Atqui non negat Bart. cõtingere caſum ſubſtitutionis in propoſita ſpecie ſi poſthum. natus fuerit, & hereditatem, vt ipſe loquitur, non adierit. Alioqui nec ſi mater in medio non eſſet, admitti deberet ſubſtitutus qui cõditione defectus fuiſſet, quem tamen admitti vult Bart. ſi mater ante filium deceſſerit. Cur non ergo admitteretur etiam matre in medio exiſtente? Quanquã in eo quoque errat
19 Bart. † ac multo grauius, quod putat ſubſtitutum ſub ea conditione, *ſi poſthumus non naſcetur,* admittendum eſſe ex tacita vulgari etiã nato poſthumo, ſi mater in medio non ſit. Qua enim ratione poteſt admitti, cùm defecit caſus in quem nominatim fuerat ſubſtitutus. Immo dicendum eſt nullomodo videri eum ſubſtitutum ne quidem ſub conditione, vt in diuerſa licèt ſpecie reſpõdit

Modeſt. in l. commodiſſimè 10. D. de liber. & poſth. Deniq; hoc vellem ſcire, Vnde Bartolus hauſerit vulgarẽ iſtam tacitam quam inducit non ex pupillari expreſſa, ſed ex vulgari expreſſa quidẽ, ſed in alium nominatim caſum facta. Scio vulgarem ſubſtitutionem † factam verbis illis 20
generalibus, *ſi heres non erit,* continere duos caſus qui licet ſpecialiter expreſſi non ſint, pro expreſſis tamen habentur, caſum ſcilicet noluntatis & caſum impotentiæ, vt interpretes loquuntur, ex quibus caſibus qui poſterior eſt, alios quoque plures ſub ſe continet, cùm variis de cauſis fieri poſſit, ne is qui inſtitutus fuit, poſſit eſſe heres etiamſi maximè velit. Sed nego ſubſtitutionẽ vulgarem factam expreſsè in caſum noluntatis trahi poſſe ad caſum impotentiæ aut contrà: neque verò minùs neceſſaria eſſet in banc rem cõſtitutio aliqua, quàm fuit neceſſaria poteſtas conſtitutionis D. Marci, vt caſus vulgaris ſubſtitutionis factæ impuberi traheretur ad pupillarem. Quòd ſi nec poſt illam conſtitutionẽ caſus pupillaris expreſſus trahi poteſt ad vulgarem, i. vt loquar apertiùs, ſi vulgaris tacita nulla eſt, etiam quæ ex pupillari expreſſa inducatur, quemadmodũ præcedentibus contra interpretes à nobis diſputatum eſt, qua fronte poſſumus inducere ſine iuris autoritate, ac ſine exemplo nouam iſtam vulgarem tacitam, quæ ex alia vulgari in contrarium nominatim caſum expreſſa colligatur. Adde quòd cũ in ſpecie *d. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* poſthumus natus patri heres fuerit ſuus & neceſſarius, nec vnquam aut ipſe, aut alius quiſquã ipſius nomine abſtinuiſſe proponatur, nullus vulgari ſubſtitutioni, ſiue expreſſæ, ſiue tacitæ locus relinquitur, quæ nimirũ nunquam fit, niſi in caſum non agnitæ hereditatis. *l. poſt aditam. 5. C. de impub. & aliis ſubſt. l. ex contractu. 44. D. de re iudic.* Tantumque abeſt vt dicendum ſit cum Bartolo, impeditũ fuiſſe ius ſui heredis propter adiectum extraneũ coheredem, vt è contrario vel ex vno illo maximè loco probare liceat. Suum heredem † etiam cui ex- 21
traneus coheres adiectus ſit, non eo minùs ſuum heredem manere, & cõſequenter non ſolùm ipſo iure heredem eſſe, quamuis ſe abſtineat, verùm etiam à prætore loco heredis haberi in omnibus ſi ſe non abſtinuerit. Nec enim dubitandum eſt quin ſiue Vlp. & Papin. ſiue Iuſtiniaũ cõſulas, admittatur ſubſtitutus † in ea ſpecie 22
quam tractamus, non ex vulgari ſubſtitutione expreſſa, quę proculdubio defecit nato poſthumo, cùm facta eſſet ſub ea conditione, *ſi poſthumus non naſceretur,* neq; rurſum ex vulgari tacita, quæ omnino nulla eſt, ſaltẽ quæ ex vulgari expreſſa induci queat aut debeat, ſed ex pupillari tacita, quam ex vulgari expreſſa elicit non coniectura voluntatis aut interpretatio prudentũ, ſed autoritas conſtitutionis D. Marci, quæ ſi non eſſet, nullomodo certè ſubſtitutus admitteretur, quod & cæteris omnib. interpretibus contra Bart. video placere, qui has Bartoli ambages & phantaſiam vocant. Neque tamen poteſt ea conſtitutio facere, vt omnimodo admittẽdus ſit ſubſtitutus, ſed ita demũ ſi vel poſthumus editus nõ ſit, quo caſu nõ ex tacita pupillari admittitur, ſed ex vulgari expreſſa, vel natus quidẽ ſit poſthumus, ſed ante ipſũ mater deceſſerit, propter concurrentes hoc caſu pro matre illas facti circunſtantias, de quibus ſuperiore cap. diximus, illam præſertim quod matre impuberis pater ipſi impuberi coheredẽ ex parte dediſſet. Inde namq; potiſſimum fit non vt voluntas patris refragetur, ne vulgaris caſus ex conſt. D. Marci trahatur ad pupillarem (alioqui nõ traheretur nec ſi prædefuncta eſſet mater) ſed vt voluntas refragetur ne trahi poſſit in præiudicium matris, cui ſi propriæ ſubſtantiæ partem pater reliquit, multo magis luctuoſam impuberis filij hereditatẽ ſaluam relinquere voluiſſe intelligitur, quam tamen ademiſſe dicendus eſſet, ſi in hunc quoque caſum ſuperſtite matre ſubſtitutum inuitaſſe crederetur. De alia vulgari tacita itẽm quę de pupillari quæ in compendioſa continetur an excludat matrem poſtea dicemus.

BIBLIOTECA NAZ. ... ROMA

ERROR VI.

De ſubſtitutione vulgari mixta vt vocat, partim expreſſa, partim tacita.

SVMMARIA.

1 *A Bartolo profecta diſtinctio ſubſtitutionis vulgaris in expreſſam, tacitam, & mixtam.*
2 *Expreſſa eidem triplex.*
3 *Quæ ſit omnino tacita ſubſtitutio.*
4 *Mixta duplex.*
5 *Contraria auctoris diſputatio, qua probat primùm nullam mixtam eſſe ſubſtitutionem.*
6 *Subſtitutio expreſſa facta in vnum caſum non poteſt porrigi ad alterum citra legiſlatoris autoritatem.*
7 *In conditionibus ſubſtitutionum paria non ſunt nolle & non poſſe.*
8 *Diſtinctio conditionis in neceſſariam & voluntariam cum de ſubſtitutione vulgari agitur eſt inutilis.*
9 *Error Bartoli exiſtimantis nepotem Aquilianum dicendum eſſe vulgarem ſubſtitutum.*
10 *Alij eiuſdem errores de productione vnius caſus ad alium in formula Galli Aquilij.*
11 *Vera ſententia l. Titius 25. §. 1. D. de lib. & poſthum. aduerſus Bartolum & ſequaces aſſerta.*
12 *Subſtitutio reciproca expreſſa eſt non tacita aut mixta quoad verba, contra Bart. & alios.*
13 *Propriè nulla eſt ſubſtitutio niſi quæ eſt vulgaris.*
14 *Subſtitutionis nomine ſimpliciter prolato vulgaris ſubſtitutio ſignificatur.*
15 *Reciproca ſubſtitutio quid.*
16 *Subſtitutio qualibet diſpoſitio eſt.*
17 *Subſtitutionem tacitam in compendioſa nullam contineri ex eo quod:*
18 *Pupillaris expreſſa vulgarem nullam continet ne quidem tacitam ſequitur quod multominus compendioſam contineat.*
19 *Vulgaris ſubſtitutio vnius eſt generis & ſpeciei quæ ſcilicet fit in caſum non acquiſita hereditatis.*
20 *Diſtinctiones hîc attendendæ.*

1 PRimus fuit Bartolus † qui triplicem fecit ſubſtitutionem vulgarem, vnam expreſſam, alteram tacitam, tertiam mixtam, id eſt partim expreſſam, partim tacitam. Et
2 rurſus expreſſam triplicem. † Vnam genere, id eſt verbis generalibus, qualem eſſe vult eam quæ continetur ſub reciproca & compendioſa, facta verbis generalibus, nec ſpecialiter collata in caſu vulgaris ſubſtitutionis, hoc eſt non agnitæ hereditatis. Secundam in ſpecie, id eſt quæ fit expreſſa, verbis ſpecialibus illis, *ſi heres non erit*. Tertiam ſingulariter & in indiuiduo, quæ vel vtrumque caſum voluntatis & impotentiæ, vel alterutrum continet nominatim. Tacitam
3 illam † quæ ſit omnino tacita, cuiuſmodi ait eſſe illam, quæ continetur in pupillari expreſſa facta in eum expreſſim caſum, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*. Alioqui ſi omiſſa ſit prior illa pars conditionis, *ſi heres erit*, volunt noſtri vulgarem illa tacitam quæ ſub pupillari expreſſa contineatur, non eſſe omnino tacitam, ſed potiùs expreſſam verbis generalibus, & habere effectum expreſſæ ſubſtitutionis vulgaris. Mixtam
4 denique † duplicem, vnam quod ad verba quæ ſit expreſſa in genere, & tacita in ſpecie, qualis illa eſt quam idem Bartolus conſtituit primam ſpeciem expreſſæ, id eſt quæ in reciproca & compendioſa cõtineatur. Aliam quod ad caſus, cùm alteruter tantùm caſus expreſſus eſt, vel impotentiæ vel voluntatis. Alterum enim caſum qui expreſſus non ſit, in expreſſo contineri vult Bartolus, ſiue in hereditate, ſiue in legatis fiat ſubſtitutio. Sed tamen hoc ita demum, ſi ſubſtitutio facta ſit in vnum caſum ſub conditione neceſſaria, qualis ea eſt quæ ponitur in formula Galli Aquilij, *ſi filius me viuo morietur*, non item ſi ſub conditione voluntaria, cuius proprium ius eſt, vt impleri debeat in forma ſpecifica. Item ſi facta extenſione de caſu ad caſum remaneat eadem ſubſtitutio, tam in perſona ſubſtituti, quàm in perſona inſtituti, non etiam ſi varietur perſona alterutrius. Denique niſi propter huiuſmodi extenſionem fieret, vt ea perſona excluderetur, quæ à teſtatore magis dilecta fuiſſet. Ita Bartol. ad *d. l. 1. & ad l. ſi mater. §. ſi filius de vulg. & pup. ſubſt. & ad l. Gallus. §. & quid ſi tantum. de lib. & poſthum.* cuius totam traditionem hanc, vulgò à cæteris probatam eſſe, teſtatur Mich. Graſſ. *in lib. Sentent. §. ſubſtitutio. quæſt.* 7. Quàm tamen falſa & inepta ſit, † puto ex iis quæ iam diximus ſatis apparere. Nam cùm probauerimus tacitam nullam eſſe, quæ ex pupillari expreſſa induci poſſit, ne quidem poſt Marci conſtitutionem, illud omnino ſequitur mixtam nullam eſſe. Quorum enim ſimplicia nulla ſunt, eorum neque mixta vlla eſſe poſſunt. Nec abſurdius quicquam dici poteſt, quàm vt ſubſtitutio † expreſſim facta in vnum caſum, porrigatur ad alterum, citra vllam conſtitutionem, & ſola interpretum noſtrorum autoritate, vt ex eo conſtat quod ante Diui Marci conſtitutionem ne quidem vulgaris caſus trahebatur ad pupillarem, quamuis pupilli magnus fauor id ſuadere videretur. *dict. leg. iam hoc iure. in princip. de vulg. & pupill. ſubſt.* Item ex eo quod ante Iuſtiniani conſtitutionem in *leg. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit.* poſthumus inſtitutus in eum caſum quo naſceretur viuo patre cenſebatur præteritus, ſi natus fuiſſet patre mortuo. Eſt enim lex illa vna ex quinquaginta Iuſtiniani deciſionibus continens ius nouum & iuris veteris correctorium, vt apparet ex *leg. commodiſſimè 10. D. de lib. & poſthum.* Adde *leg. Pater Seuerianam. 101. in princ. de cond. & demonſt.* Et verò quid ſimile aut commune habet hic caſus, *ſi heres eſſe nolet*, cum illo, *ſi heres eſſe non poterit*. Nam quod ait Bartolus, † paria eſſe *nolle, & non poſſe, ex leg. 1. §. vſus. D. de procurat.* non pertinet ad conditiones, quas eius naturæ eſſe, vt in forma ſpecifica impleri debeant, nec Bartolus ipſe diffitetur, *leg. qui heredi. 44. leg. Manius. 55. D. de cond. & demonſt.* illa diſtinctio, † An neceſſaria conditio ſit an voluntaria prorſus commentitia eſt, neque caſum aut exemplum vllum habere poteſt in vulgari ſubſtitutione, in qua ſicut neceſſarium eſt præponi conditionem non agnitæ hereditatis, ita voluntarium, an noluntatis caſus tantùm, an impotentiæ tantùm, an verò vterque exprimatur. Nec moueri debuit Bartolus ex eo quod ſcriptum credidit in *dict. leg. Gallus. 29. §. & quid ſi tantum*, in formula Galli Aquilij vnum caſum porrigi ad alium. Nam in hac ratiocinatione triplex Bartoli error eſt. Primus, † quod putat nepotem Aquilianum dicendum eſſe vulgarem ſubſtitutum, cùm tamen paſſim à Scæuola & aliis Iureconſultis dicatur inſtitutus, tota *d. l. Gallus & in d. l. ſi mater 33. §. ſi filius de vulg. & pup. ſubſt.* nunquam ſubſtitutus, quippe cui primo gradu & loco non ſecundo vt ſubſtitutis omnibus, defertur hereditas, quamuis filium quoque inſtitui neceſſe ſit. *d. l. Gallus. §. in omnibus.* nec poſſit vnquam fieri vt filius & nepos ad hereditatem ſimul admittantur: qua ratione duo heredum gradus eſſe dicuntur in *leg. cùm in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* vt explicauimus *lib. 9. Coniect. cap. 11.* Secundus, † quod exiſtimat Bartolus eam eſſe Scæuolæ ſententiam in *dict. §. & quid ſi tantum*, vt caſus vnus à teſtatore expreſſus in formula Galli Aquilij, ad alium non expreſſum porrigatur, quod non ita eſt. Id enim tantùm ſibi vult Scæuola, quãuis Galli Aquilij formula

formula concepta ſit in caſum mortis duntaxat, tamen ad ſimilitudinem caſus mortis permittendum eſſe teſtatori, vt alios morti ſimiles caſus exprimere poſſit per quos æque fiat, vt filij perſona non obſtet nepoti, quominus naſcatur ille ſuus heres auo, quod etiam pluribus à nobis explicatum eſt *dict. lib. 9. cap. 3.* Tertius, quòd cum Scæuola in *dict. § & quid ſi tantum*, non porrigat caſum mortis ad alios quoſlibet, ſed tantum ad ſimiles, id eſt, qui æquè ſint caſus impotentiæ, & per quos fiat ne filius ex quo ſperatur poſthumus nepos, patri ſuo ſuus heres eſſe poſſit. Bartolus tamen eum porriget etiam ad caſum voluntatis. Quaſi defendenda ſit inſtitutio nepotis Aquiliani, etiamſi filius inſtitutus ſuperuixerit patri, neque tamen ipſius heres eſſe voluerit, quod certè ridiculum eſt, & à iuris ratione, quæ Galli temporibus vigebat, alienum. Siquidem non poterat tùm inſtitui poſthumus niſi qui ſuus eſſet. Suus autem eſſe non poterat nepos qui anteuertebatur à patre quantumlibet ſe abſtinente. Nec melius eſt aliud argumentum, quod adfert Bartolus ex *leg. Titius. 25. §. 1. D. eodem titul. de liber. & poſthum.*
11 Tantùm † enim abeſt, vt verum ſit quod ille putat, & poſt eum cæteri vulgo, in ea ſpecie fauore teſtamenti, & propter ignorantiam teſtatoris natum haberi pro non nato, quaſi teſtator haud dubiè fuerit aliter prouiſurus ſi ſciuiſſet natum quem in vtero eſſe credebat. Vt è contrario non alia ratione moueatur Paulus, nec moueri potuerit ad eam inſtitutionem iure ciuili defendendam, quàm quòd editus fuiſſet partus antequam teſtamentum ſcriberetur, cùm ex eo fieret, vt non poſſet videri inſtitutus poſthumus alienus, qui eo iure inſtitui nullomodo potuiſſet, nec à volente teſtatore. Adeò vt dubitandi cauſa ea eſſet apud Paulum, quod teſtator neptis ſuæ filium inſtituiſſet, tanquam alienum poſthumum, cùm teſtamenti tempore editum illum fuiſſe ignoraret. Hoc enim ſignificant verba illa, *licèt ignorante teſtatore.* Ob idque non ſic Paulus loquitur, vt dicat inſtitutionem valere quamuis neptis teſtatoris enixa eſſet ante ſcriptum teſtamentum, ſed contrà, ita demum valere ſi enixa eſſet prius quàm teſtamentum ſcriberetur, hoc eſt, ideo valere, quod eo tempore iam eſſet enixa. Illa namque ratio dubitandi, quam noſtri adferunt, quòd hîc neptis filius non videretur inſtitutus, cùm teſtamenti verba relata eſſent ad id quod neptis in vtero tum geſtabat, leuiſſima ſanè eſt, cùm conſtaret de corpore de quo ſenſerat teſtator: & error tantùm eſſet in demonſtratione quæ ex improuiſo euentu falſa reperiebatur, cùm tamen veritatis primordium aliquod habuiſſet, vt loquitur Papinianus, licet in ſpecie diſſimili in *l. cum filius. 76. § heres meus. de leg. 2.* Cæterum nullus ibi erat expreſſus caſus, nulla conditio in quam eſſet inſtitutio collata. Nec proinde vllum ex eo loco argumentum ſumi poteſt pro Bartolo, vt probetur inſtitutionem vel ſubſtitutionem in vnum caſum factam ad alium porrigi poſſe vel debere, ſi bene Pauli mens & ratio percipiatur, quam nec nos bene perceperamus cùm de ea ſcribebamus *lib. 9. Coniect. cap. 2.* Mixta igitur ſubſtitutio vulgaris quod ad caſus nulla eſt. At neque quod ad verba. Nam quæ ſecundum interpretes continetur in reciproca, † & in compendioſa ea vulgaris
12 expreſſa omnino eſt vel penitus nulla. Expreſſa omnino eſt quæ reciproca, i. cùm pluribus heredibus ſcriptis, ſiue puberibus, ſiue impuberibus, teſtator adiecit, *eoſque inuicem ſubſtituo, vt in d. l. 4. l. coheredi. 41. § qui diſcretas & §. qui patrem l. Lucius. 45. de vulg. & pup. ſubſt.* Subſtitutionem enim vulgarem facit quidem conditio illa, *ſi inſtitutus heres non erit*, ſed non expreſſio conditionis. Nam & ipſum *ſubſtituendi* verbum per ſe prolatum ſufficere poteſt ad vulgarem ſubſtitutionem exprimendam, acſi adiectum eſſet *vulgariter*,
13 cùm propriè nulla ſit ſubſtitutio † niſi quæ eſt vulgaris. Siquidem ſubſtitutio nihil aliud eſt, quam ſecunda inſtitutio, vel quod effectu idem eſt, ſecundi heredis inſtitutio, vt eſt apud Vlp. & Caium Inſtit. eaque æſtimanda non ex ordine ſcripturæ, ſed ex gradu. Gradus autem ex delatione, vt is cui primo gradu defertur hereditas inſtitutus: cui verò defertur ſecundo gradu, is demum ſubſtitutus verè ſit. Atqui non alij quàm vulgari hæc definitio conuenit, ac ne quidem pupillari, quia licet ſubſtitutus pupillaris ſemper inſtituatur ſecundo loco vtpote cuius inſtitutionem præcedere debeat inſtitutio paterni heredis *l. 2. § primo autem eo. tit. de vulg.* nunquam tamen ei defertur ſecundo loco & gradu hereditas neque patris neque filij: non patris, quia vel ponimus inſtitutum pupillum fuiſſe vel exheredatum. Si inſtitutum, ita hereditas patris acquiritur filio quem ponendum etiam eſt patri ſuperſtitem, atque ita ſuum ex teſtamento heredem extitiſſe, vt fiat patrimonium filij, deſinatque eſſe hereditas patris, vt moriente poſtea pupillo deferatur ſubſtituto pupillari non tanquam hereditas patris, ſed tanquam hereditas filij, in qua patrimonium quod patris aliquando fuit, reperiatur. *l. ſed ſi plures 10. § filio. eo. l. paterfam. 28. de reb. autor. iud. poſſ.* Si verò exheredatum, nihil vnquam iuris eo caſu habet neque filius in hereditate patris, nec proinde ipſius ſubſtitutus, idem quatenus ſubſtitutus. Quomodo igitur aut quo ſenſu poſſet ſubſtitutus pupillaris dici ſecundo gradu inſtitutus? Ergo nec verè ſubſtitutus eſt, ſi vera eſt, vt eſt, quæ à nobis ex Vlpiano & Caio allata fuit definitio ſubſtitutionis. Et conſequenter fatendum eſt ſubſtitutionis † nomine ſimpliciter prolato, 14
vulgarem ſubſtitutionem totam ſignificari, & nihil referre cum teſtator aliquem ſimpliciter ſubſtituerit, an cum adiectione illa *vulgariter*, vt vulgaris ſubſtitutio facta intelligatur. Quemadmodũ itaque ridiculus eſſet qui diceret non eſſe omnino expreſſam vulgarem ſubſtitutionem, ſed partim expreſſam, partim tacitam, quæ ita facta eſſet *Titius heres eſto, Titio Sempronium vulgariter ſubſtituo*, quamuis non fuiſſet expreſſim adiecta conditio illa, *ſi Titius heres non erit*, (nam & omiſſa dictione *vulgariter*, ſolam tamen ſubſtitutionem vulgarem non etiam fideicommiſſariam ſupradictis verbis contineri vulgo creditum eſt, & rectè poſt Bartolum *ad d. l. Centurio eod.* vt atteſtatur Ant. Gomez. *variar. reſol. tom. 1. cap. 3. n. 4. & 5.*) Ita nec minùs ridiculi ſunt noſtri qui volunt vulgarẽ quæ in reciproca contineatur mixtam eſſe & partim expreſſam, partim tacitam ob id ſolum, quod non habeat expreſſam ſpecialiter conditionẽ illam *ſi heres alteruter non erit.* Quid enim aliud eſt reciproca ſubſtitutio † quàm vulgaris, mutua & expreſſa 15
ſubſtitutio? Aut quid poteſt referre ad faciẽdam expreſſam ſubſtitutionem vulgarem an conditio ſit expreſſa, quæ etiã cùm omiſſa eſt, neceſſariò ſubintelligi deberet? Cùm enim ſubſtitutio, quælibet diſpoſitio ſit *l. verbis* 16
legis. 120. de verb. ſignif. certum autẽ ſit, verba conditionalia non diſponere *l. ſi quis ſub conditione. 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* apparet æſtimandam eſſe vulgarẽ expreſſam ſubſtitutionem, non ex conditionalium verborum, ſed ex diſpoſitiuorũ expreſſione. Sufficit igitur expreſſum eſſe verbum *ſubſtituendi*, nulla etiam expreſſa cõditione. Nam & ſola eius verbi proprietas, vim & poteſtatem exprimit vulgaris ſubſtitutionis, quandoquidẽ ex latini ſermonis ratione ſubſtitui dicitur id omne, quod in alterius locum ſubrogatur. Herede autẽ aliquo inſtituto fieri nequit vt alius in locum eius ſubrogetur niſi in ſolum eum caſum, quo heres ipſe non erit: propterea quòd qui ſemel heres fuit, cùm ſẽper heres maneat, alij locũ facere amplius non poteſt. Quæ cùm ita ſint, tacita vulgaris ſubſtitutio nulla eſſe poteſt quæ in reciproca cõtineatur, niſi eo planè ſenſu quo vellet quis tacitam dicere illam quoque ſubſtitutionem vulgarem, quæ ſic facta eſſet, *Si Titius heres non erit, Sempronium ſubſtituo*, tãtùm ob id quòd neuter caſus ſpecialiter aut vt loquũtur

tur ſingulariter expreſſus eſſet, neque voluntatis ne-
que impotentiæ. Quod verò ad eam pertinent quam
noſtri volunt in compendioſa † contineri, eam ſi pro-
17 bauero nullam eſſe, ſtatim etiam probauero tacitam
dici non poſſe. Quia quod non eſt, id neque expreſſum
neque tacitum dici poſſe certum eſt. Nulla autem eſſe
probatur facile, non ex eo ſolum quod ius & nomen
compendioſæ ſubſtitutionis commentitium, & Docto-
rum noſtrorum imperitiæ merum inuentum eſt, vt in
ſequentibus docebitur, ſed ex eo quoque quod etiamſi
aliqua eſſet compendioſa ſubſtitutio qualem ſibi fin-
gunt interpretes, cùm teſtator ita ſcripſit, *Filius meus
heres eſto, Quandocunque filius meus deceſſerit, Titium
ſubſtituo*, nullus tamen vulgaris ſubſtitutionis ex hu-
iuſmodi verbis inducendæ color eſt, cum neque mors
neque tempus faciat vulgarem ſubſtitutionem, ſed ſo-
lus caſus non agnitæ hereditatis: qui caſus nec ex-
preſsè nec tacitè continetur in ſubſtitutione facta filio
impuberi heredi ſcripto, quem ſcilicet & ratio iuris &
voluntas teſtatoris imperantis vt heres ſit, ſuum ac ne-
ceſſarium heredem facit, nec patitur heredem non eſſe
aut heredis loco non haberi quod ad hoc vt ſubſtituto
locus fiat, (niſi adiecta ſit expreſſim conditio illa, *ſi
heres non erit*, quæ ex veriſimili patris voluntate tum
quoque impletur cùm filius ſe abſtinet, tametſi maneat
heres ipſo iure vt ſuo loco explicamus.) Adeo vt ſi
patri ſuperuiuat quamuis ab hereditate paterna ſe ab-
ſtineat, non poſſit tamen admitti ſubſtitutus etiam qui
verè pupillaris ſit, niſi mortuo demum pupillo, *dict.
leg. paterfamilias*: quo tempore non ex tacita vlla vul-
gari admittitur, ſed ex pupillari expreſſa, vt probant
verba *dict. leg. paterfamilias*. Ex quo loco omnium ma-
nifeſtiſſimè conficitur, quod placet noſtris poſt Baldum
ad leg. precibus. Cùm pupillaris ſubſtitutio facta eſt
omiſſis illis verbis *ſi heres erit*. vulgarem contentam ſub
expreſſa pupillari, non eſſe omnino tacitam ſed ex-
preſſam verbis generalibus & habere effectum expreſſæ
ſubſtitutionis vulgaris, quod & refert & probat *Mich.
Craſſ. in §. ſubſtitutio. queſt. 7. num. 6*. Nam in ſpecie *dicta
leg. paterfamilias*. omiſſa erant verba illa *ſi heres erit* ne-
que tamen ſubſtitutio vlla vulgaris eſſe intelligitur
pro ſubſtituto pupillari, ne quidem tacita nedum ex-
preſſa, & ob id non admittitur ſubſtitutus viuo pu-
pillo quantumuis abſtinente qui tamen admitteretur
ſi non ad hereditatem ſaltem ad bona ſi per expreſſam
vulgarem ſubſtitutus fuiſſet *leg. ex contractu. 44. D. de
re iudic.* Immo & ſi qua alia ratione impediretur ne
viuo pupillo ſuccedere patri poſſet, puta quod ſubſti-
tutionis pupillaris conditio mortem pupilli demon-
ſtraſſet, adhuc tamen dicendum eſſet ſaltem defuncto
impubere admittendum ſubſtitutum ad patris heredi-
tatem nec cogendum etiam ſuccedere pupillo ſi forte
pupillarem hereditatem ſuſpectam haberet. Nam & id-
ipſum contingeret ſi ille impuberi per vulgarem ex-
preſſam ſubſtitutus fuiſſet, cùm per vulgarem alij quam
teſtatori ſuccedere nemo poſſit, tantum abeſt vt ſit co-
gendus. Et tamen placet Iauoleno *in dict. leg. paterfa-
milias*. in omni ære alieno quod patris aut filij fuit ſub-
ſtitutum obligari nec ei permittendum vt ſeparet he-
reditates quæ in perſona impuberis ſemel iunctæ fue-
runt. Nempe quia non ex vulgari illa ſiue expreſſa ſiue
tacita poteſt ſuccedere qui expreſſim pupillariter ſub-
ſtitutus fuit, ſed tantum ex pupillari expreſſa: vt mo-
do dicebamus. Quòd ſi pupillaris † etiam expreſſa ſiue
conditionem illam habeat *ſi heres erit* ſiue non habeat,
18 vulgarem nullam continet ne quidem tacitam, quanto
minùs continebit ea quæ ab interpretibus compen-
dioſa appellatur, quæ nec alio colore poteſt videri con-
tinere quam quia contineat expreſſam pupillarem ſal-
tem verbis generalibus, vt loquuntur interpretes, quæ
ipſa, vt iidem volunt, continet tacitam vulgarem ex
Marci conſtitutione. Quamuis enim ſæpius diximus,
in quo perſtamus, conſtitutione Diui Marci factum
non eſſe vt caſus pupillaris trahatur ad vulgarem, ſed
è contrario tantum vt vulgaris in fauorem pupilli tra-
hatur ad pupillarem, maior tamen erroris prætextus
eſt pro iis qui tacitam aliquam vulgarem in pupillari
expreſſa contineri volunt, quàm pro iis qui in com-
pendioſa. Cùm Marci conſtitutio de vulgari & pupil-
lari ſubſtitutione locuta ſit, licèt non eo ſenſu: De
compendioſa verò nullomodo, vt neque alius quiſ-
quam ex prudentibus noſtris aut ex Imperatoribus.
Sed de hoc latiùs nobis dicendum erit cum tractabimus
de compendioſa & reciproca. Iam igitur concludamus
vulgarem ſubſtitutionem † vnius tantùm eſſe & gene- 19
ris & ſpeciei quæ ſcilicet fit in caſum non agnitæ here-
ditatis, nec quicquam referre, an caſum illum teſtator
expreſſerit, an verò heredi ſcripto aliquem ſimpliciter
ſubſtituerit, ſiue puberi, ſiue impuberi. Niſi quòd
cùm impuberi † vtrouis modo facta vulgaris ſubſtitu- 20
tio eſt, ea ex D. Marci conſtitutione pupillarem quo-
que continet, non etiam cùm facta eſt puberi vel ex-
traneo. Nec rurſum an ſubſtitutio facta ſit generaliter
in caſum hereditatis non agnitæ nullo expreſſo ſpe-
ciali caſu, ſiue voluntatis, ſiue impotentiæ. An vtroque
caſu illo expreſſo, an alterutro tantùm. Niſi quòd cùm
alteruter tantùm expreſſus fuit, alter qui omiſſus eſt
pro omiſſo habetur, ita vt ſi euenit non eo magis ad-
mittatur ſubſtitutus tanquam conditione defectus,
præterquàm ſi impuberi facta ſubſtitutio ſit, quo caſu
vulgaris etiam in vnum duntaxat caſum facta perinde
trahitur ad pupillarem ex Marci conſtitutione acſi vel
ſimpliciter neutro caſu expreſſo vel in vtrumque ca-
ſum nominatim facta eſſet *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.*
Eodem pupilli fauore qui conſtitutioni cauſam dedit.
hanc quoque interpretationem verbis conſtitutionis
non repugnantibus inducente.

ERROR VII.

De vulgari ſubſtitutione facta filiofamilias repu-diante, vel per iniunctum heredi onus reſtituendæ hereditatis, ſi heres non erit.

SVMMARIA.

1 *Verba illa ſi heres non erit, in vulgari ſubſtitutione quem ſenſum non habeant.*
2 *Emendatio Cuiacij in l. 40. D. de inſtit. hered. legen-tis, as pro alter ſemis, probata.*
3 *Error interpretum exiſtimantium, ſi alicuius filio-fam. herede inſtituto, vulgariter ſubſtitutum ſit, excludi ſubſtitutum, ſi filiuſfam. repudiauerit.*
4 *Rationem interpretum aduerſus ipſorum ſententiam facere.*
5 *Vt filius adeundo heredem patrem faciat, requiritur, vt iuſſum patris aditionem præcedat.*
6 *Idem in ſeruo obtinere: ita vt domini & ſerui volun-tates concurrere debeant.*
7 *Quomodo ratione acquiſitionis plus iuris habeat do-minus quàm pater.*
8 *Quatenus plus iuris habeat filiuſfam. ratione acqui-ſitionis quàm ſeruus.*
9 *Contra proprium factum venire quando quis poſſit.*
10 *Per ſolam filij repudiationem patrem heredem fieri, & ridiculum & patri iniurioſum.*
11 *Qui repudiat hereditatem non poteſt alium heredem facere, ſed tantùm acquirendæ hereditatis occaſio-nem in alium transferre.*
12 *Inſtituto filiofam. non cenſetur pater inſtitutus, ita vt ex propria perſona adire poſſit.*

13 *Que*

13 *Quæ ſunt facti ea neque ad patrem neque ad dominum tranſeunt.*
14 *Repudiante filioſam. quando admittatur ſubſtitutus.*
15 *Obiectio quâ mouetur Bartolus ad excludendum ſubſtitutum petita ex l. vltim. §. ſui autem. C. de bon. quæ liber.*
16 *Reſponſio autoris.*
17 *Quæſtio agitata apud interpp. an ita ſcripta ſubſtitutione,* Titius heres eſto, Si Titius heres non reſtituat hereditatem Sempronio, *Sempronius admittatur ex vulgari ſubſtitutione.*
18 *Sempronium, Titio non adeunte, non admitti ex fideicommiſſaria ſubſtit. contra Alberic. & Raynerium.*
19 *Sententia Baldi & aliorum cenſentium Sempronium admitti ex ſubſtitutione vulgari.*
20 *Superior interpretum opinio ab autore refellitur.*
21 *Reſtitutionem, quam meri facti vocant interpretes, hic inutilem & inanem eſſe.*
22 Titium heredem inſtituo, aut facio, *cur olim inutilis formula.*
23 *Quando in dubio ſubſtitutio habenda ſit potius directa quàm precaria.*

1 SCribit † Iuſtinianus *in §. vlt. Inſt. de vulg. ſubſt.* verba illa, *ſi heres non erit,* quæ in vulgari ſubſtitutione adiici ſolent in eo quidem quem alieno iuri ſubiectum eſſe teſtator ſcit, ita eſſe accipienda. Si neque ipſe heres erit neque alium heredem effecerit. In eo verò quem patremfamilias eſſe arbitratur, illud ſignificare. Si hereditatem ſibi vel ei cuius iuri poſtea ſubiectus eſſe cœperit, non adquiſierit. Quod ante Iuſtinianum ſcripſerat Iulianus in *l. ſi paterfamilias 40. D. de hered. inſtit.* vbi tractat, ſi paterfamilias Titium, quem ingenuum eſſe credebat, heredem ſcripſerit, eique *ſi heres non eſſet* Sempronium ſubſtituerit, deinde Titius quia ſeruus erat, iuſſu domini hereditatem adierit, Sempronium in partem hereditatis admitti & idcirco duos ſemiſſes in hoc caſu faciendos eſſe, ita vt as inter eum qui dominus inſtituti heredis fuerit & ſubſtitutum æquis portionibus diuidatur. Sic enim locus ille legendus eſt, &
2 corrigendus vt feliciter & præclarè Cuiacius † noſter obſeruauit. Conſtatque ex eo quod in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Pomponio, cum Parthenius quidam Cæſaris ſeruus heres ſcriptus eſſet tanquam ingenuus, & Cæſaris iuſſu hereditatem adiiſſet, diuiſam poſtea fuiſſe hereditatem inter Cæſarem & eum qui Parthenio fuerat ſubſtitutus. Non iniquo temperamento, cùm mera iuris ratio faceret pro domino, at teſtatoris voluntas pro ſubſtituto. Quid enim aliud eſt diuiſam fuiſſe hereditatem inter Cæſarem & ſubſtitutum, quàm quod vult Cuiacius, datum ſemiſſem vnum Cæſari, alium ſemiſſem ſubſtituto, non quod volunt interpretes, ideo fieri duos ſemiſſes, vt vnus inter dominum ſerui & ſubſtitutum diuidatur, alius totus domino ſoli detur. Quæ diſtributio nullam prorſus habet rationem cum tanto maior eſſe debeat fauor ſubſtituti quàm domini, quanto potior eſt cæteris omnibus voluntas teſtatoris in teſtamentis interpretandis. Teſtator autem non poterat cogitaſſe de domino, cùm inſtitueret eum quem dominum eſſe arbitrabatur. Itaque pro ſubſtituto facit non tantùm voluntas teſtatoris, ſed etiam vis verborum. Si quidem verum eſt heredem non eſſe illum qui cùm ſeruus ſit, hoc ipſo eſt incapax adquirendæ ſibi hereditatis. Et quod facit heredem dominum ex mera iuris ratione fit & ex concurrente voluntate teſtatoris eo demum caſu quo non fallitur in conditione heredis inſtituti non ex vi & poteſtate verborum, quæ nec aliud ſignificare poſſunt quàm quod teſtator voluit. *l. cùm proponas 3. C. eod.* Sed tolerabilis eſt hic error interpretum cui corrupta legis lectio cauſam dedit. Etſi non facilè ignoſco interpretibus verba legum quantumlibet mendoſa ſectantibus, nec in eo laborantibus vt rationem inueſtigent, ne quid contra rationem legibus cautum videatur, non magis quàm ſi & ratione & iudicio carerent. At ferre illud non poſſum, quod tam præcipitem errandi occaſionem inde ſumpſerint, exiſtimantes ſi teſtator inſtituerit † 3
alicuius filiumfamilias heredem, eique ſubſtituerit vulgariter, deinde filius repudiauerit excludi ſubſtitutum quaſi conditione defectum quod filius repudiando fecerit heredem patrem. Hanc enim communem eſſe noſtrorum opinionem teſtatur *Mich. Craſſ. in §. ſubſtitutio. quæſt. 8. num. 5. & quæſt. 9. num. 4. poſt Alex. in dict. l. cùm proponas. num. 4. & Rip. in l. 1. num. 156. de pupill. ſubſt.* Quæ ſententia quàm falſa ſit, ratio † ipſa 4
qua mouentur vt eam confirment, ſola oſtendit. Nec enim fieri poteſt vt filiusfamilias, heredem patrem faciat repudiando, quem faceret adeundo. Niſi fortè putamus abſurdum non eſſe, vt quantum ad hoc nihil diſtet inter aditionem & repudiationem. Non inficior ita comparatum eſſe ex ratione iuris vt per filium heredem inſtitutum pater heres fieri poſſit. Sed dico non aliter id contingere, quàm ſi filius adeat † 5
hereditatem & quidem iuſſu patris, quem iuſſum ideo præcedere neceſſe eſt vt aditio valeat, ex eâque hereditas acquiratur *l. qui in aliena. 6. §. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum & ſeqq. l. filiusfamilias. 9 1. D. de acquir. hered.* Nam neque ſeruus † heres inſtitutus aliter dominum 6
ſuum facere heredem poteſt, quàm ſi adeat iubente domino, ita vt vtriuſque voluntas concurrat & domini & ſerui, cùm poſſit ſeruus ſi velit etiam nolle adire atque ita locum facere ſubſtituto *dict. l. 3. C. de hered. inſtit. d. l. qui in aliena, §. vlt. alias l. cum qui mera verborum. de acquir. heredit.* Quod ſi pertinacia ſerui non dicam repudiantis hereditatem cuius ſcilicet repudiandæ ius non habet, ſed nolentis adire non ſolùm heredem non facit dominum ſed etiam vſque adeo nocet domino vt aperiat locum ſubſtituto, quanto minùs dicendum erit repudiationem filiifamilias poſſe facere hoc ipſo heredem patrem? Nam & in eo plus iuris † habet dominus quàm pater, quod domino & 7
ignoranti & inuito acquiritur per ſeruum ex omnibus pene cauſis, i. ex vniuerſis cæteris præter quam ex hereditaria *leg. etiam. 32. D. de acquir. rer. dom. l. ſeruus vetando. 62. de verborum obligat.* non etiam patri per filium. Et è contrario plus iuris † habet filiusfamilias 8
quam ſeruus, in hoc quod patre nolente ſibi acquiri, filiusfamilias acquiſitionis capax eſt, cuius omnino incapax eſt ſeruus. *l. cogi. 16. §. ſi pater. l. imperator. 50. D. ad SC. Trebellianum. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poſſeſ.* Nam ex hoc illud fit, vt ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 9.* Vnde etiam eſt quod delatam filiofamilias hereditatem, ſi pater repudiet ſine filio, nihil agit, vt præiudicet filio, ſed ſibi tantum nocet. *leg. qui heres. 13. §. vltim. de acquirend. heredit.* ſicut nec filius repudiando, ſine patre noceret patri, quominus eo poſtea mandante aperire poſſet, patrique hereditatem acquirere, quamuis ſibi ipſi non poſſet eam acquirere quam ſemel repudiaſſet. *leg. 4. Cod. eod.* Itaque vnum illud eſt, in quo fauere patri poſſumus cùm filius ſine patre hereditatem repudiauit, vt non idcirco prohibeatur pater heres fieri per filium ſi mandare ei velit vt adeat, quia nec nouum eſt vt alicui † liceat contra proprium factum 9
venire, ſi modò alieni non proprij compendij cauſa id faciat. Sed adeò patri fauere, vt per ſolam † filij inſtituti 10
repudiationem heres fiat, prorſus ridiculum eſt, & ipſi etiã patri iniurioſum, qui ſi ea ratione heres fieret, obligaretur oneribus hereditariis ignorans & inuitus, nec poſtea exonerari poſſet inuitis creditoribus, & legatariis quibus ſemel fuiſſet obligatus *leg. cum hered. 55. eod.* nec poteſt abſurdius quicquam dici, quàm vt plus poſſit repudiatio

Digitized by

pudiatio quàm aditio hereditatis per filiũ iniuſſu pa-
tris facta ad patrem hereditati obligandum: quod ta-
men contingeret, ſi filius repudiando fecerit heredem
patrem. Niſi fortè iuſſum patris ad hoc quoque requi-
rimus: quod nec ipſum ſufficiet niſi addamus patrem
qui non poſſit heres fieri niſi per filium, hoc ipſo vel-
let ſibi hereditatem acquiri, quod iubet eam à filio re-
pudiari. Quam rem ſi quis erit tam ineptus, vt proba-
re velit, non recuſo vt idem ille habeat me pro inepto.
Sed quid reſpondebit ad id quod Vlpianus ſcribit in
d.l.is qui heres.§.vlt. filium repudiando ita demum non
nocere patri ſi repudiet ſine patre? An non iis verbis
ſignificatur apertiſſimè. Nocere igitur ſi repudiet ſcien-
te patre & conſentiente? Quanquam noceret etiam
filius patri repudiando ſine patre ſi eum faceret here-
dem, cùm non parum incommodum ſit quod alienæ
hereditati fortaſſis damnoſæ quis obligetur, *d. l. qui in
aliena.l.ſeruo inuito.65.l.non enim.38. D.ad SC.Trebell.*
11 Denique ſicuti repudiando † nemo heres fit, ita neque
alium heredem facere poteſt, ſed tantùm acquirendæ
hereditatis occaſionem in alium transferre, qui fortè
vel ſubſtitutus ſit, vel proximi agnati iure ab inteſtato
ſucceſſurus: quo pertinet quod ait regula iuris, Non
velle heredem eſſe illum qui ad alium voluit transferre
hereditatem, *l.non vlt.6.D.de reg.iur.l.3 & 4 D.ſi quis
omiſſ.cauſſ.teſtam.l.ſi poſthum.5.§.ſi maritus.D de donat.*
12 *inter vir. & vxor.* Atqui inſtituto † filiofamilias nemo
dixerit inſtitutum patrem videri, vt proprio iure & ex
propria perſona poſſit adire, multo minùs vt citra adi-
tionem poſſit heres eſſe. Eius enim eſt adire cui delata
eſt hereditas, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, *l.de-
lata.151.D.de verb.ſignif.* Ei verò ſoli defertur ex teſta-
mento, qui fuit à teſtatore inſtitutus. Hic porro non
pater eſt, ſed filius, tum quoque cum patris contem-
platione inſtitutus fuit: quemadmodum & ſeruo inſti-
tuto, licet non poſſit dubitari quin ſit inſtitutus con-
templatione domini aut alterius cui poſſit acquirere,
putà fructuarij, *l.ſi ſerui.21.& ſeq.de vſufr.* cùm alioqui
factionem teſtamenti ex propria perſona habere non
poſſit non ideo tamen dici poteſt, dominus inſtitutus,
vt adeundæ hereditatis, quaſi ſibi delatæ ius habeat,
quia eſſe quem inſtitutum, facti eſt non iuris, quamuis
eſſe quem heredem iuris ſit non facti: quæ autem facti
13 † ſunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum tran-
ſeunt, *l. qui heredi 44. D. de condict. & demonſt.* Fal-
ſum igitur eſt repudiatione filiifamilias heredem fieri
patrem excludique ſubſtitutum. Illud ſanè verum eſt,
non idcirco admitti ſubſtitutum ſi filius repudiauerit
ſine patre, quia ita fieret vt patri noceret filij repudia-
tio, quæ tamen nocere non debet *dicta leg. is qui heres
13. §. vltim. D. de acquirend. heredit.* Tum ergo ad-
14 mittetur † ſubſtitutus cùm filius vel patre ſciente &
conſentiente repudiauerit vel deſierit poſſe adire, tam
ex propria voluntate quàm iubente ac mandante patre:
quod tum maximè contingit cùm ad iuſſum patris reſ-
pondet nolle ſe adire, quod etiam ſeruo reſpondere
liceret ad faciendum ſubſtituto locum, *dict. l.cùm pro-
ponas 3. Cod. de heredit. inſtitut.* Et hæc quidem om-
nia ex iuris ratione quàm veriſſimè diſputantur. Sed
dubitationem hic præcipuam facit Iuſtiniani conſtitu-
15 tio † in *leg. vltim. §. ſin autem. in ſecunda ætate. C. de
bonor. quæ liber.* vbi nolente filio delatam ſibi heredita-
tem adire iuſſu patris dat Iuſtinianus licentiam patri
vt eam adeat, & pleno iure habeat, ſiue aduentitij, ſiue
caſtrenſis peculij iure fuerat filio delata, *quaſi ipſe pater*,
inquit lex, *ab initio fuiſſet inſtitutus.* Ex quibus potiſſi-
mum verbis mouetur Bartolus ad *l.1.n.21.& 22.D. de
vulgar. & pupill.* vt pro patre ſentiat contra ſubſtitu-
tum. Illud etiam addens, quòd hoc caſu patrem facit
heredem filius repudiando, vt proinde conditio illa, *ſi
filius heres non erit*, deficere videatur, ſub qua tamen
16 datus ei fuerat ſubſtitutus. Ego verò contra puto: † Iu-
ſtiniani enim conſtitutio hac in re nouum planéque
mirabile ius induxit pro patre, vt quamuis nulla eius
mentio facta ſit in teſtamento, perinde tamen liceat ei
adire, acſi eſſet inſtitutus eo ſolo prætextu, quòd ſi fi-
lius adiiſſet, potuiſſet pater habere vſumfructum. Quaſi
ea res inducere debeat quoddam ius coniunctionis, &
adcreſcendi inter patrem & filium, ac ſi ambo eſſent ex
aliqua parte hereditatis inſtituti. At ſi cùm pater ad-
eunte filio ſibi vſumfructum acquirit, acquireret ex te-
ſtamento & ex iudicio teſtatoris, ac non potiùs ex diſ-
poſitione legis propter patriam poteſtatem quæ tum
reperitur. Quid enim ſi eo tempore quo teſtator mo-
ritur, filiusfamilias reperiretur emancipatus? Debet igi-
tur ea conſtitutio cancellis ſuis contineri, nec facilè ex-
tendi in præiudicium alterius præſertim ſubſtituti, qui
venit ex iudicio expreſſo teſtatoris, & cui non debet ca-
prioſum eſſe beneficium quod Iuſtinianus indulget
patri non inſtituto, non magis quàm quod prætor in-
dulget heredi ſub conditione inſtituto, *in l. Paulus no-
tat.8. D.de prætor.ſtipulat.* Id enim potius egit Iuſtinia-
nus, vt per aditionem patris recuſante filio conſeruaret
teſtamentum, quàm vt defuncti voluntatem euerteret.
Et vt iam olim Gulielm. de Cun. vulgari quidem, ſed
tamen non malo argumento diſputabat, prouiſio teſta-
toris debet facere vt ceſſet prouiſio legis, quæ procul-
dubio non ſolùm eſt exorbitans, vt noſtri loquuntur,
ſed etiam ſubſidiaria. Nam etſi patrem haberemus pro
inſtituto cum filio & pro coherede, cui accommodan-
dum eſſet ius adcreſcendi, quomodo Iuſtinianus eum
habere videtur, adhuc tamen vulgaris ſubſtitutus no-
uiſſimo iure coheredi præfertur. Nec ſanè poteſt ne-
gari quin conditio vulgaris ſubſtitutionis omnimodo
exiſtat filio repudiante, tametſi pater maximè heres eſſe
velit, cùm verum ſit filium, neque heredem eſſe, neque
heredem facere patrem. Hoc enim caſu tum quoque
cum pater fit heres non fit per filium qui repudiauit, &
cuius factum nullum intercedit, ſed per legem quæ pa-
trem ipſum habet pro inſtituto, vt Iuſtinianus ait. Ex
quo debuit potiùs colligere Bartolus, non fieri igitur
patrem heredem per filium, ſed ex perſona propria, &
ex conſtitutionis poteſtate. Quo admiſſo fatendum
eſt exiſtere conditionem vulgaris ſubſtitutionis. Idque
adeo verum eſt, vt eo quoque caſu quo filiusfamilias
adit iuſſu patris facitque patrem heredem adhuc tamen
dubitatum ſit à prudentibus, an nihilominus admitti
debeat ſubſtitutus *l. ſi quis 7. D. de acquirend. heredit.*
tantùm abeſt vt filio repudiante fuerint illi eum Barto-
lo pro patre contra ſubſtitutum reſponſuri. Superiori
quæſtioni proxima illa † eſt quam iidem interpretes 17
tractant ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto, ſi Ti-
tius heres non erit reſtituat hereditatem Sempronio*, an
Sempronius admitti poſſit, tanquam ex vulgari ſubſti-
tutione, ſi Titius heres eſſe nolit. Nam quin admitti
non debeat tanquam ex fideicommiſſaria, † dubitari vix 18
poteſt, tametſi ea fuerit ſententia Alberici poſt Rayner.
in tract.de vulgar.ſubſtitut. Non enim ſolum *reſtituendi*
verbum fideicommiſſariam ſubſtitutionem inducere
poteſt niſi cætera concurrant, quæ neceſſaria ſunt ad
hoc, vt hereditas ex fideicommiſſo reſtituatur, inter quæ
primum illud eſt, vt hereditatem habeat is à quo facien-
da reſtitutio eſt. Quomodo enim reſtitueret quis quod
non haberet? Itaque magis communiter † placuit vul- 19
garem eſſe hanc ſubſtitutionem, vt verbum *reſtituat*
vulgari ſubſtitutioni adiectum ſignificet nudum ipſius
heredis miniſterium & reſtitutionem quandam facti
non iuris: ſcilicet vt inſtitutus, quamuis nec ipſe adeat,
nec heres fiat, tamen reſtituat hereditatẽ ſubſtituto. Sic
enim Baldus ad *l.humanis.n.53.C.de impub.& aliis ſubſt.*
cuius opinionem veriorem eſſe ait Alexander in *l. ver-
bis ciuilibus,n.7 de vulg & pup.* Itémque Zaſius *in tra-
ctat.ſubſt.part vlt.q.1.reg.3.* Solentque pro hac ſenten-
tia quidam rationem adferre illam rationẽ quod in dubio
interpretanda

interpretanda ſit ſubſtitutio directa potius quàm obliqua, tum etiam cùm valere poſſet tanquam obliqua,
20 *cap. ſi pater. de teſtam in* 6. Ego contra puto & † ineptam eſſe huiuſmodi ſubſtitutionem & ineptam quæſtionem, ineptiores verò illos qui & quæſtionem hanc arduam vocant, & pro ſubſtituto reſpondent. Continet enim ea formula manifeſtam repugnantiam, cùm fieri nequeat quod teſtator tamen voluit, vt heres non ſit Titius, & nihilominus reſtituat hereditatem Sempronio. Quod & ante nos diſputauit Politus *in tractat. de vulg. ſubſtit.* Nam vt maximè velis reſtitutionem
21 † iſtam intelligere de ea quæ ſit meri facti, quis vnquam audit vulgarem ſubſtitutum qui iure directo ſuccedat cogi accipere hereditatem per manus instituti, qui iam repudiauit hereditatem? Aut quonam iure vel colore permittemus heredi inſtituto, vt poſt repudiationem attingat & contrectet res hereditarias? Nam ſtatim atque repudiatio ab inſtituto facta eſt, neceſſario incipit hereditas pertinere, vel ad ſubſtitutum vulgarem ſi quis ſit, vel ad legitimum heredem. Si ad legitimum heredem, ſanè non poterit ſubſtitutus inuito eo vel ignorante quidquam attingere hereditarium quin furtum faciat, ſi tale aliquid ſit, cuius furtum fieri poſſit, *l. ſi ſeruum 71. §. vltim. D. de acquir. heredit.* Si verò ad ſubſtitutum vulgarem, eget ille facto & miniſterio inſtituti ad acquirendam ſibi hereditatem? aut quomodo poteſt hanc in rem aptum videri nomen reſtitutionis? Cúmque acquiſitio hereditatis nuda voluntate fieri poſſit, niſi cùm aditionis ſolemnitas neceſſaria olim erat, *§. vlt. Inſtitut. de hered. qualit. & differ.* apparet non poſſe reſtitutionem iſtam, quam interpretes meri facti vocant, neceſſariam eſſe ſubſtituto, vt fiat heres. At nec rurſum vt fiat poſſeſſor, quia licèt hereditatis acquiſitio ea tantùm tribuat heredi quæ ſunt iuris, in quorum numero non eſt poſſeſſio cùm ſit illa facti magis quàm iuris, *l. cum heredes 23. D. de acquir. poſſeſſ. l. 1. §. Scæuola. D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. eſt* attamen poſt acquiſitionem hereditatis habet heres ius apprehendendæ propria autoritate poſſeſſionis rerum hereditariarum, nec indiget facto inſtituti qui iam repudiauit, quique ſi eum prohibere vellet ne poſſeſſionem occuparet, non poſſet. Taceo quòd cùm hereditas ſit meri iuris, & nullomodo facti, *l. hereditas 50. D. de petit. heredit. & dicto §. Scæuola*, non poteſt admittere reſtitutionem illam facti, quæ ex contrario nihil omnino iuris habeat. Atqui ponimus iuſſiſſe teſtatorem vt reſtitueretur hereditas ab inſtituto ſi is heres non eſſet, non autem vt reſtituerentur bona vel res hereditariæ, aut poſſeſſio ipſa bonorum & rerum hereditariarum. Non poteſt igitur ea ſumi interpretatio, vt reſtatur de huiuſmodi reſtitutione quæ meri facti ſenſiſſe videatur. Sicut ex diuerſo reſtitutio ſolius poſſeſſionis bonorum hereditariorum non poſſet conuenire acquiſitioni hereditatis, aut aptus eſſe modus ſubſtituti directò heredis faciendi, quandoquidem ſola hereditas illa eſt non etiam poſſeſſio hereditariarum rerum quæ heredem facere immediatè poteſt. Qua ratio-
22 ne vt alibi monuimus non valebat olim heredis † inſtitutio ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titium heredem inſtituo*, aut ita, *Titium heredem facio*, vt refert Vlpianus, in *fragment. titulo quemadmodum hered. inſtit. deb.* quia nec in teſtatoris poteſtate eſt, vt heredem faciat, ſed tantùm vt heredem, vel nuncupet vel ſcribat, ſolius autem legis eſt heredem facere, idque per mediam hereditatem. Quanto minùs illa inſtitutio valuiſſet Sempronij, *Titius ſi heres meus non erit, hereditatem reſtituat Sempronio*, præſertim quòd etiam captatoria quodammodo videri poſſet, quæ ex Titij voluntate factóque penderet, *l. illa inſtitutio 32. in princip. l. captatorias 70. cum l. ſequent. §. 1. D de hered. inſtit.* Quod ſi eo modo concepta inſtitutio non valeret nec ſubſtitutio valebit, quæ nihil aliud eſt quàm ſecunda vel ſecundi heredis inſtitutio vt ex Vlpiano & Calo ſupra diximus. Etſi autem non inficior has verborum & formularum ſolemnitates hodie ſublatas eſſe poſt Conſtantini conſtitutionem in *l. quoniam indignum 15. C. de teſtam.* non tamen vſque adeo & verba & iura omnia confuſa eſſe credendum eſt, vt ad inſtituendum vtiliter Sempronium, directóne ſubſtituendum ſufficiat hodie ita ſcribere, *Titius qui heres meus non erit*, aut, *ſi heres meus non erit, hereditatem Sempronio reſtituat.* Alioqui non ſolùm nulla ſupererit differentia inter hereditates directas & fideicommiſſarias, ſed neque aliqua erit tam inepta formula quæ non aptiſſima exiſtimari debeat, & vtilis ad faciendam heredis inſtitutionem, nec ſi teſtator hoc tantùm dixerit, *Arma virúmque cano.* Non eſſet meo iudicio illa ineptior quàm hæc de qua diſputamus. Quod autem interpretes adferunt contendam eſſe
in dubio † ſubſtitutionem directam potiùs quàm pre- 23
cariam & obliquam, tunc verè dicitur cùm ſubſtitutio non modò valet, ſed etiam vtroque modo valere poteſt, & tanquam directa & tanquam fideicommiſſaria: non autem cùm ſubſtitutio prorſus inutilis & inepta eſt. Præcedere namque debet vt ſubſtitutio vtilis ſit, quam vt diſputari debeat, directa ne ſit an precaria. Quamquam nec vllo caſu fieri poteſt vt eadem ſubſtitutio poſſit & directa & obliqua eſſe ſi prudentibus noſtris plus quàm interpretibus tribuamus, vt ex iis quæ de verbis communibus poſtea dicturi ſumus, intelligetur.

ERROR VIII.

Si quis inſtituerit filium ſuum & ex eo nepotem.

SVMMARIA.

1 *Teſtatoris filio & ex eo nepote inſtitutis, an hic cum illo ſimul admittatur, an verò ordine ſucceſſiuo & in quem caſum.*
2 *Bartolus cenſet admitti nepotem ordine tantùm ſucceſſiuo & quidem in vulgarem caſum.*
3 *Caſtrenſis etiam in caſum fideicommiſſarium nepotem admittentis opinio vulgò reprobata.*
4 *Ratio quâ nititur Bartolus cum ſequacibus.*
5 *Ordo neceſſitatis apud Bartolum quis.*
6 *Ordo adfectionis apud eundem.*
7 *Diſtinctio Bartoli inter has formulas* Inſtituo Titium & filium ipſius: & Inſtituo Titium cum filio.
8 *Bartoli diſtinctio reiecta frequentiori interpretum calculo, eo caſu quo inſtituantur perſonæ inter quas eſt ordo adfectionis.*
9 *Non refert an teſtator inſtituerit fratrem & filios, an verò fratrem & eius liberos.*
10 *Bartolus coniunctam malè reſoluit in diſiunctam.*
11 *Poteſt hodie auus inſtituere filium ſimul & ex eo naſciturum nepotem, ita vt nullus ſit hodie ordo neceſſitatis inter filium & nepotem contra Bart.*
12 *Filius & nepos poſſunt hodie coniunctim vocari licet ſint ex teſtatoris deſcendentibus.*
13 *Cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſt admittenda quæſtio voluntatis.*
14 *Si teſtator poteſt cum filio extraneum heredem inſtituere poterit filio coheredem dare.*
15 *Aliud argumentum contra ſententiam Bartoli petitum ex formula inſtituendi poſthumi nepotis à Gallo Aquilio inuecta.*
16 *Baldi ſententia de hac formula* filium & nepotem ex eo inſtituo, *exploditur.*
17 *Poſthumum inſtitutum in formula Galli vulgarem ſubſtitutum non rectè dici.*

18 *Quid iuris ſit, ex aliorum ſententia vbi teſtator Titium & ipſius liberos nondum natos inſtituit.*
19 *Autoris ſententia.*
20 *Quid item Iuris ſi quis Titium & liberos eius naſcituros ſubſtituerit.*

1 Cvm teſtator † filium ſuum heredem inſtituit, & ex eo nepotem, duplex quæſtio incidit circa nepotem. Prior illa vtrum ſimul cum filio admittatur tanquam copulatiuè inſtitutus an verò poſt filium eundémque patrem ſuum & ordine ſucceſſiuo quaſi non tam inſtitutus quàm ſubſtitutus videatur. Poſterior, ſi ſucceſſiuè admittitur & poſt patrem, vtrum in caſum vulgarem duntaxat, an & in fideicommiſſarium, id eſt, vtrum in eum duntaxat caſum, quo pater heres non ſit, an verò etiamſi heres fuerit. In vtraque autem quæſtione re-
2 ceptiſſima eſt apud noſtros Bartoli † traditio *ad §. quidam rectè l. Gallus, de liber. & poſthum.* non eſſe admittendum nepotem, niſi ordine ſucceſſiuo, nec rurſum niſi in caſum vulgarem. Vulgóque reprobata eſt con-
3 traria Pauli Caſtrenſis opinio ibidem exiſtimantis † Quibus caſibus liberi poſt patrem vocati ſunt ordine ſucceſſiuo ſuccedere illos in duplicem caſum, vulgarem nimirum & fideicommiſſarium. Vt contra Caſtrenſem teſtatur Decius *conſ.* 205. 248. 253. 251. Niſi euidens ſit, inquiunt, voluntas teſtatoris in contrarium, puta ſi verbis iis vſus ſit quæ habeant tractum temporis, ita vt compendioſam ſubſtitutionem poſſint inducere quæ contineat fideicommiſſariam. Sic enim poſt alios *Granet. conſ. 22. num. 7. & conſ.* 131. Item niſi ſubſtitutio talis ſit quæ nunquam potuerit valere iure directo, vt tractat Decius *dict. conſ.* 253. Cur verò non ſit admittendus nepos in hac ſpecie niſi poſt patrem & ordine ſuc-
4 ceſſiuo, illa ratio † adfertur à Bartolo & ab omnibus probatur (omnes enim cum Bartolo in hoc ſentiunt) quod quamuis inſtitutio facta ſit per copulam, &, cuius natura eſt vt faciat coniunctionem *l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* perinde tamen haberi debeat, acſi facta eſſet per diſiunctiuam, propterea quòd facta ſit inter eas perſonas inter quas cadat ordo neceſſitatis. Quanquam idem admittit Bartol. ſi non neceſſitatis ordo
5 ille ſit, ſed adfectionis. Neceſſitatis ordinem † vocant, cùm eæ perſonæ inſtituuntur quas inſtitui neceſſe eſt vt teſtamentum valeat, & quæ tamen ſimul admitti non poſſunt, cuiuſmodi ſunt filius & nepos Aquilianus. Nec enim poteſt hic inſtitui tanquam qui ſit poſthumus alienus, niſi in eum caſum quo ſuus naſcatur ac proinde quo pater ipſius iam vel mortuus vel emancipatus vel deportatus reperiatur. Adfectionis verò &
6 charitatis ordinem † appellat Bartolus, qui ex inſtanti ſucceſſione & ordine inducitur, inter eos quos inſtitui nil neceſſe eſt, & quos tamen ex teſtamento ſimul admitti nihil prohiberet. Tales ſunt frater & fratris filius. Fratris inquam eiuſdem. Nam alterius fratris filij cum alio fratre eodémque patruo ex Iuſtiniani conſtitutione hodie admittuntur iure repræſentationis, quod olim in deſcendentibus tantùm habebat locum, ad fratrum quoque filios protracto, *Nouell. 118. de heredit. ab inteſt. venient.* ſed fratris mei filius cum patre ſuo fratre meo nunquam ab inteſtato admittitur ad meam hereditatem. Itaque ordo neceſſitatis nullus eſſe poteſt niſi inter deſcendentes, adfectionis verò poteſt eſſe etiam inter tranſuerſales. Proinde ſi Titium fratrem meum heredem inſtituam & filium ipſius, putat Bartolus Titium ſolum primo loco vocatum intelligi, poſt ipſum autem & ordine ſucceſſiuo Titij filium ex *leg. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit. & leg. Lucius 85. D. de hered. inſtit.* quaſi iis locis ratio adfectionis faciat, vt diſiunctiua reſoluatur in coniunctiuam, nec difficilius ſit vt propter adfectionis ordinem coniunctiua reſol-
7 uatur in diſiunctiuam. Diſtinguit † tamen idem Bartolus an inſtituerim Titium & filium ipſius, an verò Titium cum filio. Etſi enim fatetur nullam eſſe differentiam inter has ſyllabas, &, cum, quantum ad inducendam coniunctionem *l. Titia 36. §. nihil diſtat. & l. 1. l. ſi quis Attio 7. D. de vſufruct. adcreſc.* aliud tamen eſſe ait, ſi quæratur vtrum iſta coniunctio intelligenda ſit ſimul, an ordine ſucceſſiuo, atque ita reſpondet ad *l. ſi mulieri 8. D. de vſufruct. admitt.* in cuius ſpecie vſusfructus matri & liberis relictus à marito eodémque patre, ad omnes ſimul pertinet, fuiſſe ſcilicet eum vſumfructum relictum non matri & liberis, ſed matri cum liberis: eodémque modo diluit aliam obiectionem ex *l. vltim. Cod. de impub. & aliis ſubſtit.* etſi fatetur, quod & verum eſt, fuiſſe ibi extraneos inſtitutos. Sed hanc poſteriorem † Bartolinæ traditionis partem, quæ ad 8
ordinem charitatis & adfectionis pertinet, multi improbant, & quidem calculo frequentiore, vt teſtatur *Didac. ad cap. Rainutius. §. numero ſecundo & tertio.* Sicut quod ille addit de differentia huiuſmodi formularum, *Titio & filiis, Titio cum filiis.* Verius enim creditur inter tranſuerſales copulam efficere vt eodem tempore & ex æquis partibus pater & filij ſuccedant, tanquam coniunctim inſtituti. Quæ fuit ſententia Barbatiæ in apoſtill. ad Bartolum in *d. §. quidam rectè, in lit. 9.* vbi ad quæſtionem quam eo loco proponit, ſi frater inſtituat ſororem & filios ſororis. An admittantur ſororis filij ſimul cum ſorore, reſpondet admitti, quia frater ſororem aut eius filios inſtituere non tenetur, vt intelligamus Bartoli ſententiam eo tantùm caſu recipiendam eſſe, quo adſit ordo neceſſitatis: quod & Decius reſpondit *dict. conſ.* 253. licèt contrariam ſententiam idem Decius magis probare videatur, *conſ. 205. poſt princ. & conſ. 662. itémque Granet. dict. conſ.* 22. Nam ſi copula, &, coniungit, ſicut & particula, *cum d. §. nihil diſtat. & d. l. ſi quis,* quomodo poſſunt videri non coniuncti, qui ſimul coniunctim admittuntur? Aut ſi ratio illa & ordo adfectionis aliquid in hac re poteſt, cur non idem admittit Bartolus inſtituto fratre cum filiis eius? Quare nec quicquam intereſt, vtrum in tranſuerſalibus liberi vocati ſint nomine collectiuo cum parentibus an nomine ſingulari. Illud namque duntaxat inſpiciendum eſt an vocati ſint copulatiuè, necne. Sicut refert † an teſtator inſtituerit *fratrem & ſuos* quo- 9
modo noſtri temporis tabelliones loqui ſolent, an verò *fratrem & eius liberos.* Nam & *ſuorum* appellatione intelliguntur per prius liberi vt idem *Decius ait dict. conſil.* 253. nec negat *Granet dict. conſ.* 22. Et hanc copulæ vim eſſe debere, non poteſt diſſimulare Bartolus qui hoc caſu eò tandem confugere cogitur vt dicat † reſol- 10
ui hoc caſu coniunctam in diſiunctam propter ordinem iſtum charitatis. Abutens in eam rem conſtitutione Iuſtiniani in *d. l. generaliter,* & reſponſo Scæuolæ, in *d. l. Lucius,* quibus locis è contrario diſiuncta quidem in coniunctam reſoluitur, ſed longè alia ratione vt ex iis videre eſt quæ nos de illarum legum interpretatione ſcripſimus *lib. 17. Coniecturarum.* Vno igitur illo caſu placet interpretibus traditio Bartoli quo inſtitutæ ſint perſonæ inter quas ſit ordo neceſſitatis. Quod ſi intelligatur † quomodo Iacobum de Aretio 11
intellexiſſe Bartol. refert, & nos ſupra explicauimus, vt ordo neceſſitatis non ſit niſi inter eas perſonas quæ ſimul inſtitui nequeant, nullus iam caſus ſupererit, qui hanc Bartoli ſententiam admittere poſſit. Is namque caſus, qui olim erat vnicus de poſthumo nepote Aquiliano, iam exploſus eſt poſtquam placuit Iuſtiniano vt non minùs alieni quàm ſui poſthumi inſtitutio valeat iure ciuili, lata in eam rem conſtitutione, quæ etſi non extat in nouo Codice, tamen relata & confirmata eſt in *§. poſthumo Inſtit. de legat.* Si quidem ea ſola ratio impediebat olim huius poſthumi inſtitutionem, quod teſtamenti tempore non videretur habere teſtamenti factionem tanquam qui eſſet alienus poſthumus, cùm à patre anteuerteretur.

intelligeretur. Totáque vtilitas & neceſſitas formulæ Aquilianæ in eo poſita fuit, vt ratio reperiretur inſtituendi vtiliter huius poſthumi collata inſtitutione in eum caſum, adeóque quod magis eſt in id tempus quo eſſet ſuus vt explicabimus *lib. 9. Coniect. ad dict. leg. Gallus.* Cùm igitur hodie poſthumus alienus quilibet dummodo ex ea quæ iure Quiritium vxor noſtra eſſe poſſit, factionem habeat teſtamenti, nec tantùm iure prætorio vt olim, ſed etiam ciuili *dict. §. poſthumo & §. poſthumus. eod. titul. de legat. & apertius in princip. titul. Inſtitut. de bonorum poſſeſſione*, conſequens eſt vt hodie poſſit auus inſtituere filium ſimul & ex eo naſciturum nepotem, nec iam vllus ordo ſit neceſſitatis, inter filium & nepotem. Si verò neceſſitatis ordinem

12 † inter eos eſſe intelligas quos inſtituere neceſſe eſt ſaltem ex ordine ſiue vt teſtamentum ab initio valeat, ſiue ne ex poſtfacto rumpatur, quomodo intelligebat Andræas quidam de Piſis quem Bartolus refert, & interpretes noſtri magis communiter intelligere videntur, erunt quidem hodie multò plures caſus quàm olim ad quos aptari hæc Bartoli traditio poſſit (quandoquidem ex *Nouella Iuſtiniani conſtitutione* 115. *Vt cùm de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, deſcendentes omnes ſine vlla ſexus aut conditionis differentia omnimodo inſtituendi ſunt vel adiecta cauſa exheredandi etiam à matre & aſcendentibus maternis, alioqui teſtamentum ipſo iure nullum eſt, quod olim ſecus erat) ſed tanto improbabilior erit & reprehenſibilior traditio, quanto periculoſior, & vſus frequentioris. Etenim cùm, vt modò diximus, nullus hodie caſus ſit in quo deſcendentes etiam diuerſi gradus à quouis ex aſcendentibus inſtitui ſimul poſſint, neque voluntas teſtantis refragetur, quæ nec aliunde meliùs quàm ex vi & proprietate verborum, quibus teſtator vſus ſit, dignoſci queat, quid cauſæ eſt obſecro cur teſtamenti verbis ita conceptis, *Filius meus & nepos ex eo meus heredes mihi ſunto* nepos ſimul admitti cum filio non debeat cum quo ſimul & coniunctim vocatus fuit? Nam quod maior videatur eſſe ratio inſtituendi filij quàm nepotis vtpote quem tanto dilectiorem fuiſſe credibile ſit quanto proximioris gradus fuit *l. heredes mei. 57. §. vltim. ad Senatuſconſultum Trebellianum. leg. cùm pater. 77. §. penultim. de leg. 2.* mouere quidem teſtatorem potuit & debuit vt filium nepoti præferret, nec filio nepotem coheredem daret ſi non ſuberat cauſa quæ nos perſæpe latet quamuis teſtatorem ipſum non latuerit, aliter faciendi, ſed non ſimiliter mouere nos debet, vt contra proprietatem & ſenſum verborum ordinem ſucceſſionis inducamus inter eos quos teſtator ſimul & coniunctim vocauit, tam apertè vt non potuerit apertiùs.

13 Nam cùm † in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt admittenda quæſtio voluntatis, *leg. ille, aut ille. 25. §. 1. de legat. 3.* neque inquirendum eſt, quid teſtator velle aut potuerit, aut debuerit cùm appareat quid voluerit, etiamſi remotiores aut proximioribus prætulerit, aut cum proximioribus vocauerit *leg. omnia. 32. alias leg. cum ita. §. in fideicommiſſo. de legat. 2.* Nec ſanè aliud quicquam eſt in quo à ſeculi noſtri Doctoribus circa quæſtiones teſtamentarias grauiùs & pernicioſiùs erretur, non valentibus iam teſtatoribus tam aptè & apertè loqui, vt poſſint effugere quæſtiones quas leguleij & pragmatici noſtri mera iuris ignoratione comminiſcuntur & inducunt ex ementitiis coniecturis voluntatis.

14 Et verò ſi † fuit in arbitrio teſtatoris filium ſuum & extraneum coniunctim heredes inſtituere, nec Bartolus iſ ſe negaret quin eo caſu extraneus ſimul cum filio admitteretur (concedit enim ſi quis Titium & filium Sempronij inſtituat, coniunctim illos admitti ex *leg. interdum. 23. in princip. de hered. inſtitut. cui adde leg. ſi ego. 26. D. de acquirend. hered.*) cur volumus deteriorem conditionem eſſe nepotis quàm extranei? Aut quænam ratio iſta eſt, vt quia minùs diligi debuit nepos, quàm filius, minus etiam dilectus videatur, quàm ſi eſſet omnino extraneus? Cur non ergo tum etiam quando fuit inſtitutus cum patre, ſaltem eo iure cenſebitur quo alius quilibet extraneus cenſeretur? In eamque rem textus eſt omnium apertiſſimus in *leg. penult. §. inſtituto. de legat. 2. & in cap. Raynutius. vbi etiam Didacus Couarr. in 9. 2. num. 1. Extr. de teſtam.* Sed me illud præcipuè mouet, † quod illo quoque caſu quo inſti- 15
tutus ſit nepos qui ſimul cum patre admitti non poſſet, id eſt, in caſu Galli Aquilij, non puto veram eſſe Bartoli traditionem, validamque poſthumi nepotis inſtitutionem ita factam *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, vt poſt filium admitti poſſit nepos ex vulgari ſubſtitutione. In eóque non tantùm à Bartolo ſed à cæteris quoque interpretibus omnibus qui cum Bartolo vniuerſi ſentiunt, ego libenter diſſentio. Primùm quia licèt Scæuola in *dict. leg. Gallus. §. quidam rectè* (qui vnus locus omnes decepit) eorum ſententiam probet qui poſt inductam à Gallo formulam inſtituendi poſthumi nepotis, non putant neceſſariam eſſe vt quicquam exprimat teſtator de morte filij, ſed ſufficere vt ſimpliciter filium inſtituat, non in ea tamen eſt hæreſi vt putet valere hodie quibuſcumque verbis conceptam poſthumi nepotis Aquiliani inſtitutionem. Illud enim omnino ſemper requiritur ita inſtitui poſthumum nepotem, itémque filium ex quo is poſthumus nepos ſperatur, vt appareat duos à teſtatore factos eſſe gradus heredum ne vnquam filius & nepos ſimul vocati videantur. *l. cum in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* Atqui ſupradicta formula *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, nihil habet quod præ ſe ferat duos gradus heredum, cùm è contrario aptior alia nulla ſit ad vocandum cum filio nepotem coniunctim & eodem gradu. Non poteſt igitur heri vt valeat. Aut illa etiam valebit, *filium meum cum poſthumo ex eo nepote heredem inſtituo*, quod tamen nec Bartolus ipſe auderet dicere, quia ſyllaba *cum*, inquit, denotat quandam ſimilitudinem. Syllaba vero, *&*, magis eſt continuatiua nec requirit concurſum vtriuſque ſed tantùm vt verificetur in quolibet copulatiuorum licèt diuerſis temporibus. Sic enim ſubtiliter illa ratiocinatur. Sed cùm nobis concedat non valituram illam inſtitutionem poſthumi nepotis quæ facta eſſet per coniunctionem, *cum*, propterea quod ea coniunctio non admittat iſtam ordinis ſucceſſiui interpretationem, ne quidem inter eas perſonas inter quas ſit ordo neceſſitatis, iam ipſius eſt probare aliud eſſe, ſi facta ſit inſtitutio per coniunctionem, *&*, rationémque aliquam reddere, cur Scæuolam velit intelligere de inſtitutione facta filij & nepotis, potiùs quàm de inſtitutione filij cum nepote. Ac ſanè ita eſſe, vt non poſſit videri ſenſiſſe Scæuola, de poſthumi nepotis inſtitutione coniunctim facta cum inſtitutione filij, apparet ſatis ex eo quod poſteaquam de huiuſmodi nepotis inſtitutione diu multúmque tractauit, monet tandem *in §. in omnibus*, in iis omnibus ſpeciebus quas expoſuit obſeruandum illud eſſe, vt filius ante omnia heres inſtituatur ex aliqua parte, quia nec præteriri poſſet, nec exheredari poſt mortem ſuam quin teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Quæ admonitio eſſet ſuperuacua ſaltem eo caſu quo iam ſcripſiſſet in *dict. §. quidam rectè*, inſtitui poſſe filium coniunctim cum nepote. Cúmque in ea poſthumi nepotis inſtituendi formula quæ omnium ampliſſima eſt in principio legis poſita, non proponatur filius inſtitutus, ſed nepos duntaxat, quia ſupponit Scæuola fuiſſe filium ſeparatim ac primo gradu inſtitutum, nec tractat niſi de ipſius nepotis inſtitutione, cur in alia eiuſdem nepotis inſtituendi formula, quam breuiùs concipi poſſe ait, ipſius quoque filij inſtitutionem, ſiue coniunctim, ſiue disiunctim volumus contineri? Nam nec aliud vult Scæuola, niſi quod non eſt neceſſe, vt in poſthumi nepotis inſtitutione mors filij exprimatur.

exprimatur. At non ideò requirit aut ſupponit fieri poſſe, vt filius & nepos coniuncti per copulam, *&*, ſimul inſtituantur. Immò ſi propius inſpicias, hanc interpretationem excludit, cùm ſubiicit ita demum valere huius nepotis inſtitutionem etiam non expreſſo caſu mortis, ſi caſus ille ex verbis inſtitutionis concipi poſſit. Nam præter id quod hæc adiectio demonſtrat, non facilè paſſurum Scæuolam quod vult Bartolus, vt nepotis inſtitutio ſumat interpretationem ex commentitia voluntatis coniectura aduerſus vim & proprietatem verborum, quis dicat præter Bartol. & eos qui non ſunt ingenioſiores Bartolo, ita concepta nepotis Aquiliani inſtitutione, *filius meus & nepos ex eo mei heredes ſunto*, poſſe ex verbis talibus concipi caſum a Gallo Aquilio expreſſum de nepote, non niſi poſt filij mortem vocando, ac ſi in caſum mortis filij expreſſim vocatus eſſet? An fortaſſis, aut alia nulla, aut illa omnium optima nedum bona ratio eſt inſtituendi nepotis poſt mortem filij, ſi vna cum filio inſtituatur? Debuit ergo Bartolus contentus eſſe aliis exemplis quæ adfert in illius loci explicationem, quæ omnibus illis abſurdis carent. Vnum eſt ſi auus ita ſcripſerit, *ſi filius meus heres non erit, qui mihi ex eo naſcetur nepos heres eſto.* Alterum eſt hoc ſola verborum figura non effectu diſſimile, *Filio meo nepotem meum ſubſtituo*, quo verbo ſupra diximus ſolam vulgarem ſubſtitutionem propriè ſignificari. His enim duobus caſibus nihil quidem de morte filij exprimitur, ſed tamen idem ille caſus quo filius decedat viuo teſtatore, in vulgari ſubſtitutione comprehenditur. *lege. cum ex filio 39. §. quidam. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Et quamuis ante formulam à Gallo Aquilio ſubtiliter excogitatam vulgaris ſubſtitutio non poſſet ſufficere ad nepotis huius inſtitutionem, hodie tamen ſufficit, & aptiſſima eſſe intelligitur ob eas rationes quas attuli *lib. 9. Coniecturarum cap. 10. & lib. 10. cap. 1.* Vnde alia omnia peti volumus, quæ contra Bartolum hîc diſputanda eſſent de ſententia *dicti §. quidam rectè.* Miror ſanè Baldum cui perpetuum fuit ſtudium Bartolo contradicendi, tam parum in hoc vidiſſe, vt cum Bartolo
16 ſenſerit. Is † enim ad *dict. §. quidam rectè*, ita notat, ſufficere vt auus inſtituat filium & nepotem his verbis *filium & nepotem ex eo inſtituo*, & ſic facta inſtitutione verbum *inſtituendi* ad filium relatum propriè: ad nepotem verò, pro *ſubſtituere* ſumendum eſſe: quod quàm ridiculum ſit apparet ex ipſo quoque interpretum noſtrorum tritiſſimo brocardico. Cùm vnum verbum eſt plura determinabilia determinans, æqualem debere fieri determinationem *ex leg. iam hoc iure. 4. De vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Quando enim poſſit meliùs aut tutiùs ei brocardico locus eſſe, quàm cùm determinabilia per copulam, *&*, coniunguntur, vt in caſu propoſito? Non repeto quod iam ſupra dixi Scæuolæ temporibus non potuiſſe valere inſtitutionem etiam filij iam nati, quæ facta fuiſſet per verbum *inſtituo* ſi Vlpiano credimus *titul. quemadm. hered. inſt. poſſ.* Qui ergo poteſt exemplum illud accommodatum eſſe ad Scæuolam vt poſthumi quoque nepotis inſtitutio longè difficilior vtiliter concipiatur? Verùm his omnibus nugis illud vnum caſum dedit quod habent illi omnes pro re explorata, duce ſemper Accurſio,
17 poſthumum † nepotem inſtitutum ex præſcripto Aquilianæ formulæ ſubſtitutum vulgarem dici debere non inſtitutum, quod nos iam refutauimus in Error. 7. Decadis huius, & fuſius in coniecturis noſtris cùm paſſim dicatur inſtitutus nunquam ſubſtitutus vt apparet ex tot. *dict. leg. Gallus & ex leg. ſi mater. 33. §. ſi filius. De vulg. & pupill. ſubſt.* Nunquam enim ei defertur ſecundo gradu hereditas, ſed ſemper primo, cùm tamen vulgaris ſubſtitutio ex ſecundo gradu, gradus autem ex delatione æſtimetur. Nec quod ſupra diximus caſum Galli Aquilij in vulgari quoque ſubſtitutione contineri, huic ſententiæ noſtræ contrarium eſt. Id enim eo pertinet, vt qui alteri vulgariter ſubſtitutus fuit *ſi is heres non erit*, perinde admitti poſſit ſi heres inſtitutus viuo teſtatore deceſſerit, ac ſi fuiſſet ille ſuperſtes teſtatori & hereditatem repudiaſſet. Verùm cùm hac differentia quod inſtituto mortuo poſt teſtatorem & ante aditam hereditatem admittitur ſubſtitutus iure ſubſtitutionis & tanquam ſubſtitutus: qui tamen præmortuo inſtituto ante teſtatorem, non admittitur tanquam ſubſtitutus, at potiùs tanquam inſtitutus, euanente ſubſtitutione in inſtitutionem, ob hoc ipſum quod in hoc caſu hereditas quæ viuentis teſtatoris nulla fuit, nec proinde inſtituto deferri vnquam potuit, ſubſtituto ipſi & primùm & ſoli defertur, quæ ſententia & ratio eſt *dict. l. cum ex filio 39. §. vlt. eod. tit. de vulg. ſubſt.* vbi ob hanc cauſam ſubſtitutus qui euaſit in inſtitutum admittitur in iure accreſcendi inſtitutis, cum quibus tamen concurrere non poſſet tanquam in remotiore gradu conſtitutus, ſi iure ſubſtituti admitteretur. Faciunt ergo ineptè interpretes noſtri cùm ad vulgares ſubſtitutos accommodant ea quæ ſcripta ſunt de inſtituto nepote Aquiliano. Tanto autem ineptiùs quòd etiamſi eſſet iſte dicendus ſubſtitutus vulgaris, non ideo tamen poſſet eadem ipſius ratio conſtitui quæ aliorum ſubſtitutorum, quia certum eſt nepotem Aquilianum, ſi ius illud inſpiciamus quod Galli Aquilij & Scæuolæ temporibus obtinebat, nullo caſu potuiſſe cum filio concurrere in aui ſucceſſione, quoniam ſi teſtator ſuperſtes eſſet quomodo ſuperſtitem eſſe oportebat vt poſſet ſuccedere, non poterat poſthumus nepos non naſci alienus, ac proinde talis, qui non poterat inſtitui iure ciuili. Ob idque mirum non eſſet admiſſa etiam hac formula quæ interpretibus tantopere placet, *inſtituo filium meum, & ex eo nepotem*, non niſi ordine ſucceſſiuo inſtitutum videri nepotem, qui nec volente teſtatore admitti cum patre ſuo vnquam poſſet. *dict. leg. cum in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* In eóque ſunt omnino ridiculi interpretes qui nepotem hunc tum etiam cùm à teſtatore diſertis verbis inſtitutus eſt, habent pro ſubſtituto: quem è contrario etiamſi expreſſim ſubſtitutus eſſet, deberent habere pro inſtituto, euadente ſubſtitutione, vt modo dicebamus in inſtitutionem, quo modo euadere illam preſſus neceſſe eſt vt nepos admitti poſſit. At ſubſtituto vulgariter alio quolibet præter nepotem hunc Aquilianum, non idem tractari poteſt, cùm nihil prohibeat quominus ex vulgari ſubſtitutione ſuccedat in omnem caſum quo inſtitutus heres non ſit, ſiue quia nolit ſiue quia non poſſit, & ſiue viuo ſiue iam mortuo teſtatore inſtitutus deceſſerit. Neque neceſſe eſt vt euadat ille in inſtitutum cùm poſſit ſuccedere tanquam ſubſtitutus, quando ſubſtitutus eſt. Eadem igitur ratione fatendum eſt, ſi nepos hic talis ſit qui poſſit etiam viuo filio inſtitui & heres eſſe, quippe ſimul cum filio inſtitutus ſit, quomodo inſtitui hodie poteſt nepos quoque Aquilianus, nihil cauſæ eſſe cur inducamus ordinem illum ſucceſſionis & pro ſubſtituto habeamus illum qui non ſolùm ſit inſtitutus, ſed etiam coniunctim inſtitutus, cum eo cum quo etiam coniunctim admitti poſſit. Ceſſante iam ratione illa quæ feciſſet olim vt aliud Scæuola in nepote Aquiliano reſpondiſſet, ſi tamen ei vnquam tale quid in mentem veniſſet vt reſponderet quod ab eo reſponſum interpretes arbitrantur. Nec ſimile eſt exemplum quod ſolent adferre noſtri inter quos Guid. Pap. *conſ. 60.* de patre ſibi filiis ſuis ſtipulante vt dicemus in Error. ſequent. At quid ſi † quis 18
inſtituerit Titium, ſiue filius ille ſit, ſiue frater, ſiue extraneus quilibet *& ipſius liberos*, nondum eo tempore natos? Hoc quoque caſu putant plerique videri vocatos liberos ordine ſucceſſiuo, cùm ſimul admitti nequeant qui nondum ſunt nati, deque illo tantùm

diſputant

diſputant vtrum in caſum vulgarem duntaxat vocati videantur, an in caſum etiam fideicommiſſi, eaſdémque ferè diſtinctiones adhibent quas ſupra retulimus circa nepotem cum patre inſtitutum. Ego verò ma-
19 gis eſſe puto † vt eos qui coniunctim cum alio inſtituti ſunt, vel cum ipſo quoque coniunctim ſuccedere neceſſe ſit, vel nullomodo. Itaque cùm ab initio valeat eorum inſtitutio, poſtquàm placuit poſthumum quemlibet etiam alienum heredem inſtitui poſſe, non tam illud inſpiciendum eſt, vtrum in rerum natura ſint tempore teſtamenti, quàm vtrum eo tempore quo & hereditas, & hereditatis delatio ex teſtamento per legem aliqua eſſe incipit, ſi eo tempore vel iam editi vel ſaltem concepti ſint, habebant commodum inſtitutionis ſimulque cum patre ipſo admittentur. Si verò tunc neque editi neque concepti proponantur, poteſt quidem tentari nullius momenti eſſe quoad eos inſtitutionem totamque hereditatem pertinere ad Titium qui ſolus inſtitutus reperitur nemine partem ei faciente (Quod enim ei relinquitur qui delationis faciendæ tempore in rerum natura non eſt, pro non ſcripto haberi conuenit, ſiquidem poteſtas legis cuius eſt hereditatem deferre, non poteſt in ſuſpenſo manere ſi inſtitutio ipſa non aliqua conditione ſuſpendatur.) Verius arbitror, hoc caſu pendere inſtitutionem in id vſque tempus quo vel nati fuerint Titio liberi vel certum eſſe cœperit nullos amplius naſci poſſe, quoniam negari non poteſt quin eorum omnium qui nondum nati ſunt inſtitutio tacitam illam conditionem habeat, ſi naſcentur: quæ vtrum expreſſa ſit an tacitè ſubintelligatur parum refert quod ad hoc vt retineat inſtitutionem in ſuſpenſo *l. interdum. 73. D. de verbor. oblig.* Interim igitur partem habebit Titius, & quidem dimidiam, quia quotquot liberi ei naſcituri ſunt nonniſi ad vnam dimidiam vocati intelliguntur, tanquam vocati ſub vno eodémque nomine collectiuo liberorum *d. l. ſi quis Attio. 7. D. de vſufr. adcreſc.* Alterius verò partis bonorum curator dandus erit, qui bona interim adminiſtret in eorum commodum qui ex ea parte heredes quandoque futuri ſunt, ſiue Titij liberi ſint, ſiue ipſe Titius, vt fieri ſolet quoties heres expectatur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Nam vt Titius qui non niſi ex parte ſcriptus fuit totam hereditatem habeat quandiu coheredem aliquem habere poteſt licèt nullum adhuc habeat fieri certè nequit. *l. 2. D. ſi pars hered. petat. l. planè. 34. §. ſi coniunctim de legat. 1. leg. coniunctim* 80.
20 *de legat.* 3. Multo magis idem obtinebit † ſi quis ſubſtituerit, *Titium & liberos eius naſcituros.* Nam cùm ſubſtitutio vulgaris quælibet tacitam habeat conditionem vel expreſſam. Si heres non erit ille qui fuit inſtitutus, faciliùs eſt vt vulgariter ſubſtituantur nondum nati, quàm vt inſtituantur, ſiquidem ſufficere poteſt vt vel in hominum, vel ſaltem in rerum natura reperiantur eo tempore quo euenit conditio ſubſtitutionis, id eſt quo heres inſtitutus deſiit poſſe heres eſſe, ſiue per mortem, ſiue per repudiationem excluſus. Etſi nec tempus illud vſque adeò ſpectandum eſſe arbitror vt non poſſint admitti ex ea ſubſtitutione illi etiam qui poſtea concepti fuerint, propter aliam tacitam conditionem illam quam ſupra diximus ineſſe inſtitutioni naſciturorum, *ſi naſcentur.* Eadem namque ratio facit vt neceſſariò inſit etiam ſubſtitutioni. Scio equidem placere multis liberorum, ſiue inſtitutorum, ſiue ſubſtitutorum mentionem quantumlibet generalem ad eos reſtringendam eſſe qui tempore conditionis euenientis iam nati reperiantur. Sed mihi videtur nimia & improbabilis hæc reſtrictio, cui proprietas verbi repugnet. An non enim æquè ſunt liberi Titij quotquot ei quandocunque naſcuntur. Illud probabilius defendi poteſt. Inſtitutis cum Titio, vel ſubſtitutis ipſius liberis ſimpliciter, illos ſolos videri inſtitutos aut ſubſtitutos ſi qui ſint, qui iam editi fuerunt vel ſaltem concepti moriente teſtatore, vt pote quos credibile ſit prædilectos fuiſſe hactenus, ne per concurſum aliorum, qui poſtea nati ac teſtatori omnino incogniti fuerunt, ipſorum portio minuatur. Exemplo eius quod de fideicommiſſo familiæ relicto ſcribit Modeſtinus in *l. omnia. 32. aliàs leg. cùm ita. §. in fideicommiſſo. de leg. 2.* Sed ſi nulli eo tempore fuerunt, vel qui fuerunt deceſſerint antequam heredes eſſent, non poteſt hæc interpretatio alios excludere quominus cum Titio patre admittantur. Planè quamuis dici ſoleat liberorum nomine deſcendentes omnes etiam qui remotioris gradus ſint contineri *l. liberorum. 220. de verborum ſignificatio.* non ideo tamen credendum eſt Titio datos videri coheredes non tantùm filios eius, verùm etiam nepotes & pronepotes filiis exiſtentibus. Quoties enim plurium graduum perſonæ ſub vno eodémque nomine collectiuo vocantur, illi priore loco videntur inuitati non qui priore tempore, ſed qui priore gradu procreati ſunt *d. §. in fideicommiſſo. iunct. l. ſi heredes mei. 57. §. vlt. ad SC. Trebell.* Nullis verò filiis exiſtentibus nihil vetat etiam nepotes tanquam liberos Titio auo coheredes fieri, ſed eos demum qui viuo ipſo ſaltem concepti fuerint, alioqui nec nepotes ipſius dici poſſunt qui eo iam mortuo ſint concepti *l. 1. §. ſi quis proximior. D. vnd. cognat. l. Titius. 6. & ſeq. D. de ſuis & legit.*

ERROR IX.

De patre ſtipulante, aut aliter contrahente pro ſe & filiis ſuis.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an ſucceſſionis ordo inducatur quum quis ſtipulatur ſibi & filiis ſuis.*
2 *Iudicium autoris de Guid. Pap.*
3 *Bartoli opinio de quæſtione propoſita.*
4 *Sententia l. ſi tibi. 17. §. ſi pactus. D. de pactis. expoſita aduerſus Gloſſ. & Bart.*
5 *Verba expuncta ex dict. l. ſi tibi. 17. §. ſi quis paciſcatur.*
6 *Liberis ex contractu per patrem acquiri non poteſt.*
7 *Doli exceptionem filio non dari ex pacto patris aduerſus interpretes, & n. 10*
8 *Doli exceptio eſt ſubſidiaria exceptioni pacti, ſicut exceptio in factum eſt ſubſidiaria exceptioni doli.*
9 *Emendatio leg. 4. §. aduerſus. 16. D. de dol. mal. except.*
11 *Emendatio l. heredi. 21. §. nos autem. D. de pactis, ex qua educitur conciliatio Pauli & Iuliani.*
12 *Pactum patris qui paciſcitur ne à ſe filioque ſuo petatur, ſoli patri prodeſt.*
13 *Alij paciſci, aut ſtipulari, aut aliter contrahere nemo poteſt.*
14 *Cùm quis ſtipulatur filio quem habet in poteſtate, ſtipulatio non valet in perſona filij, ſed in perſona patris.*
15 *Vera ſententia l. pater. 23. D. de pact. dotal. Cuiacio & aliis interpretibus incognita.*
16 *Cùm quis ſibi filiiſque ſuis ſtipulatur, ſiue copulatiuè ſiue disiunctiuè inutilis eſt in ſtipulatione liberorum expreſſio: & quæ ſit eius iuris ratio.*
17 *Cùm quis ſibi & heredi ſtipulatur, inutilis eſt heredis expreſſio aduerſus Bart.*
18 *Si quis ſtipuletur ſibi & filiis ſuis heredibus, ſtipulatio non proderit filiis ſi non ſint heredes, nec heredibus ſi non ſint filij ſtipulatoris.*
19 *Cùm quis ſibi & Titio heredi ſuo ſtipulatur ſi alium quàm Titium habeat heredem, huic potiùs exceptio doli dabitur quàm actio ex ſtipulatu, & cur.*

20 *Exceptio*

20 *Exceptio pacti quibus perſonis detur, item actio ex ſtipulatu.*

21 *Ratio Bartoli qua probat filios admitti ordine ſucceſſiuo, vbi pater ſtipulatus eſt ſibi & filiis ſuis, refertur & diluitur.*

22 *Obiectio petita ab operis libertorum, quarum valet ſtipulatio in fauorem liberorum.*

23 *Reſponſio autoris, ius operarum ſpeciale eſſe docentis.*

24 *Operæ etiam non promiſſæ à liberto debentur patrono & eius liberis.*

25 *Liberi patroni non habent ius patronatus viuo patre, & n.27.*

26 *Patroni liberi vnde habeant ius patronatus.*

SVnt quos pudeat ſequi aliorum errores, niſi hoc agant, vt ratione aliqua id facere videantur, quibus tamen euenire neceſſe eſt, vt nouis erroribus ſe implicent, cùm errori ratio fauere, ac ſuppetias ferre nunquam poſſit. Hoc autem in ſupra diſputata quæſtione iis euenit, qui vt cum Bartolo defendant inſtitutionem coniunctim factam earum perſonarum, inter quas ordo adfectionis cadat, intelligendam ita eſſe, vt inter eas ordo etiam ſucceſſionis inducatur, adferunt rationem. Quoniam, inquiunt, idem contingere cernimus ſi pa-
1 ter † ſibi & filiis ſuis ſtipuletur. Nam ſibi primùm, deinde poſt mortem ſuam filiis ſuis dari ſtipulatus intel-
2 ligitur. Quomodo ratiocinatur Guid. Pap. † *conſ*. 60. vt eſt ille perpetuus & exercitatiſſimus in Bartoli erroribus tuendis & comprobandis, ita vt vix aliud quicquam ſciuiſſe videatur, quam quod Bartolum ſciuiſſe putabat, ſed ſi verum amamus, quæ Bartolus ignorauit. Quanquam eſſet fortaſſis Papiniano noſtro æquiparandus, ne addam præferendus ſi omnia ſciuiſſet, quæ Bartolus neſciuit. At nec Bartolus ipſe tam facilè audet propoſitionem illam adſtruere de ſucceſſionis ordine inducendo in contractibus, ſi quis pro ſe & filiis ſuis aliquid ſtipulatus ſit vel emerit vel aliter contraxerit. Dignámque putat eſſe quæſtionem quam ſeparatim tractat, *in d.l. Gallus. 29. §. quidam rectè de liber. & poſthum.* Itaque poſtquam circa inſtitutionem eas adhibuit diſtinctiones quas proximo capite retulimus & refutauimus, quærit ille ex propoſito *num*. 8. quid in contractibus? Et refert quidem errare nonnullos in contractibus quoque ordinem eundem ſucceſſionis lo-
3 cum habere. Sed tamen diſtinguendum † eſſe putat quid actum ſit, id autem potiſſimum eſſe conſiderandum ex qualitate & conditione rerum ſuper quibus pactum contractúſve interponitur. Vt ſi tales ſint quæ de ſui natura transeant ad heredes, videatur pater acquirere voluiſſe filiis vt heredibus, & ſic non pro virilibus, ſed pro hereditariis portionibus ſi fortè ex inæqualibus fuerint inſtituti: ſi verò tales ſint quæ de ſui natura non tranſeant niſi ad filios, tunc videatur ſtipulatus filiis vt filiis non vt heredibus. Ex quo infert admittendos eſſe filios ex eiuſmodi contractu poſt mortem patris pro virilibus non pro hereditariis portionibus, adſeritque exemplum in operis libertorum ex *l. vt iuriſiurandi. 7. §. ſi liberi. iunct. l. ſi quis operas. 5. D. de oper. libert.* Itémque in emphyteuſi eccleſiaſtica quam placet non tranſire ad extraneos heredes ſed tantùm ad filios & nepotes. Ex *Nouell. 7. de non alien. aut permut. reb. eccleſ. cap. 3. §. emphyteuſin.* In dubio autem & alio non apparente concludit videri patrem filiis pactum eſſe non vt filiis, ſed vt heredibus ſecutus opinionem gloſſæ quæ hoc ipſum nominatim tradit in *l.*
4 *ſi ſibi. 7. §. ſi pactus. D. de pact.* qui tamen † locus ſi quid video, hanc ſententiam apertiſſimè conuellit. Ibi enim Paulus ſcribit. Si pactus ſim ne à me néve à Titio petatur, non profuturum hoc pactum Titio etiamſi heres mihi extiterit, quia ex poſtfacto, inquit, pactum illud confirmari non poteſt, cùm ab initio fuerit inutile quantum ad perſonam Titij cui non magis exceptio quàm actio per me acquiri potuit. *Et hoc Iulianus ſcribit in patre*, inquit Paulus, *qui pactus erat ne à ſe néve à filia peteretur, cum filia patri heres extitiſſet.* Filiam ſcilicet quanquam heredem patris, non poſſe tueri ſe huiuſmodi pacti exceptione, aut alia vlla ratione commodum ſibi aliquod ex eo comparare, cùm neque ex propria perſona ius vllum habere poſſit ex pacto patris, per quem nihil poteſt acquiri filiæ *leg. cum dos. 7. verſ. ſi verò filia. D. de pact. dotal.* neque tanquam ipſius patris heres, quando pactum fuit perſonale, quale iſtud eſt ex qua parte paciſcitur pater ne à ſe petatur, vt idem Paulus ſcribit *in ead. leg. ſi ſibi §. ſi quis paciſcatur*, vbi
verba illa, † *ſed vt ab herede petatur*, quæ lineis inter- 5
cluſa ſunt, quomodo ſolent eſſe quæ ſunt ſuſpecta, deleri haud dubiè omnino debent, quia tum quoque cùm quis paciſcitur ne à ſe petatur, licet non addiderit ſed vt ab herede petatur, heredi tamen non prodeſſe exceptionem certum eſt. At qua ratione pater paciſci filiæ non poteſt, nudo pacto, eadem neque ſtipulari aliúdve liberorum gratia contrahere poteſt, quia generaliter verum eſt quod ait Pomponius in *dict. leg. cum dos*, patri quidem per liberos quos in poteſtate
habet acquiri poſſe, ſed liberis † per patrem non poſſe. 6
Nec verum eſt quod vulgo noſtri ad Paulum ſupradicto loco notant, filiam non poſſe equidem habere exceptionem pacti ex pacto patris etiam cuius heres
ſit, ſed dandam † ei exceptionem doli ex eo quod idem 7
Paulus ſcribit ex eodem Iuliano in *leg. & heredi 21. §. nos autem. D. eod. tit. de pact.* illis verbis, *Iulianus quoque ſcribit ſi pater pactus ſit ne à ſe néve à filio petatur, magis eſt vt pacti exceptio filiofamilias danda non ſit, ſed doli proſit.* Nam ſi ita eſſet, quid obſecro in effectu referret, an pacti an verò doli exceptionem haberet filia ex pacto patris? Aut quomodo verum eſſe poſſet, quod Paulus apertè ſcribit tam in *dict. §. ſi pactus* quam *in dict. §. nos autem*, pactum patris ne à filio filiave petatur, ſoli patri prodeſſe, ſi filij aut filiæ nomine conueniatur, non etiam ipſis liberis etiam quos habeat in poteſtate. An non tam prodeſſet pactum ex quo daretur exceptio doli, quàm ex quo exceptio pacti? Et quamuis non negem multum referre quantum ad rationem iuris prætorij quod exceptiones introduxit, an
pacti exceptio detur an doli, quoniam hæc † illi ſub- 8
ſidiaria eſſe ſolet, ſicut in factum exceptio ſubſidiaria eſt exceptioni doli. *l. reſcriptum. 10 §. vltim. eod. iunct. l. licet famoſa. 7. §. nec exceptiones. D. de obſeq. parent. &
patr. præſt. l. 4. §. aduerſus D. de doli mali except.* (vbi † 9
malè, *apud bonos mores*, pro eo legendum eſt, *apud bo-
nos viros.*) Attamen ſi † effectum rei & poteſtatem ex- 10
ceptionis conſideres, quid poteſt intereſſe an hæc an illa exceptio accommodetur, cùm is qui excipit, tantùm per vnam quantum per aliam conſequatur? Denique quid videri poteſt facere dolo malo is qui pactus cum patre de non petendo à perſona patris, nec à perſona filiæ, vtiliter quidem quod ad patrem, ſed inutiliter quod ad filiam, à filia petit ſiue viuo ſiue mortuo patre, ac ſiue ſit illa heres patris ſiue non ſit? Neutro enim caſu venit contra pactum, neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam patris cuius illa heres ſit, quia fuit pactum perſonale, & conſequenter extinctum cum patris perſona, nec tranſmiſſibile ad heredem. Neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam filiæ, quia cùm hoc intuitu ſit inutile, etiam apud prætorem, qui animaduertit ante omnia ne pactum inter alios initum aliis noceat aut proſit *leg. ſi vnus. 27. §. pacta quæ turpem. verſic. ante omnia. D. de pact.* pro non interpoſito habetur. Sed tamen vrgent valde pro interpretibus ſuprà relata Pauli & Iuliani verba, & tam fortiter, vt cùm pro me conſtet de iuris ratione, dubitandum non ſit, quin vnus hîc eſſe videatur ex iis locis qui

emendatione

11 emendatione noſtra indigent. Lubricus enim † error
fuit & qui facilè potuit irrepere ex imperitia primùm
ſcriptoris alicuius, deinde etiam interpretis, cùm ſcri-
ptum eſſet more Florentini librarij, *ſed ſoli Proſit*, pro
eo quod pluribus literis ſcribendum fuiſſet, *ſed ſoli
patri proſit*, litera *P*. maiuſcula pro duabus poſita, qua-
rum altera ſufficere poſſet ad integram dictionem, *pa-
tri*, ſignificandam, altera ſubſeruiret principio ſequen-
tis dictionis *proſit*, quod quia non intellexerunt, pu-
tantes ſcriptum, *ſed ſoli proſit*, facilè in eum errorem
prolapſi ſunt, vt pro *ſoli*, crediderint reponendum *doli*.
Facit autem hæc noſtra emendatio vt & Paulus & Iu-
lianus non ſolum inter ſe: verùm etiam cum ſeipſis
bene conueniant, qui alioqui à ſeipſis quoque diſſen-
tirent. Id enim vtroque loco & Paulus & Iulianus
12 ſcripſerunt † ſoli patri non etiam filiæ tale pactum
prodeſſe debere. Patri inquam ſiue proprio, ſiue filij
ſui filiæve nomine conueniatur, ſed diuerſis tamen, vt
aiunt, reſpectibus. Ipſi enim, ſi proprio nomine con-
ueniatur, prodeſt pactum quatenus pactus ille eſt, ne à
ſe petatur. Si verò ex perſona & nomine filij vel filiæ,
prodeſt ei quatenus pactus eſt ne à filio petatur. Eate-
nus ſiquidem intereſt patris, vt pactum à ſe ipſo inter-
poſitum defendatur, ſuúmque effectum habeat: id fa-
ciente iure poteſtatis, vt quemadmodum ex contracti-
bus filiorum quos in poteſtate noſtra habemus conue-
niri poſſumus, ita paciſci & conſulere nobis poſſumus
ne ab iis petatur, vt eorum nomine non conueniamur.
Quod ſi pactum non valet in perſona filij cum pater
ſibi & filio ſuo paciſcitur, ſimiliter nec ſtipulatio vale-
bit, aliúſve vllus contractus, quoniam vna eadémque
13 eſt iuris regula, † quæ facit vt alij nec paciſci nec ſti-
pulari aliúdue contrahere quiſquam poſſit, quoniam
ad hoc comparatæ ſunt obligationes omnes vt vnuſ-
quiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta
38. §. alteri. D. de verborum obligatio. iunct. l. ſi mihi &
Titio* 110. *ead. leg. fundus ille 64. D. de contrahend.
14 emptio.* Non dico ſtipulationem † non valere ſi quis
filio ſuo ſtipuletur quem habet in poteſtate. Valet enim
perinde ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus eſſet. *leg. eum qui
56. §. qui ſibi leg. dominus 39. de verborum obligat.* Sed
dico, non valere ſtipulationem in perſona filij vt ex ea
filius ipſe agere ſibique commodum aliquod parare
poſſit, ne quidem patre mortuo, adeóque nec ſi pater
contulerit ſtipulationem in id tempus quo pater ipſe
iam erit mortuus, vt in ſpecie *leg. pater. 23. D. de pact.
15 dotal.* vbi † non dubitat Africanus quin inutilis ſtipu-
latio ſit quantum ad filios, quibus in poteſtate conſti-
tutis, pater poſt mortem ſuam dari ſtipulatus fuerat,
non ſecùs quàm ſi ſibi aut poſt mortem ſuam extraneo
cuilibet, puta Titio ſtipulatus fuiſſet. Id enim eſt quod
ſignificat poſtrema illa legis clauſula *& perinde haben-
dum acſi talis ſtipulatio interpoſita fuiſſet, ſi nauis ex
Aſia venerit, mihi poſt mortem meam Lucio Titio dari
ſpondes?* Et quamuis placeat Africano ex eiuſmodi ſti-
pulatione filios agere poſſe, & duas dotis partes petere
quæ fuerant in ſtipulationem deductæ, non tamen ad-
mittit eos vt filios, ſed vt heredes quoſlibet, vt oſten-
dit reſponſi ratio quam ille adfert iis verbis, *etenim eius
ſtipulationis vim hanc eſſe, vt ſi in matrimonio mortua
filia eſſet, dos patri redderetur*, nulla ſcilicet facta men-
tione liberorum. Vt intelligamus cùm eorum mentio
facta eſt, licèt fuerint illi ſtipulationis tempore in pa-
tris poteſtate, ipſorum tamen perſonas pro non adie-
ctis habendas eſſe, ſicuti pro non adiecto habendus
eſſet extraneus cui dari ſtipulator, *poſt mortem ſuam*,
ſtipulatus fuiſſet. Atqui ſi non eſſet adiecta liberorum
mentio in ſtipulatione, nemo diceret poſſe illos ex ea
ſtipulatione agere tanquam filios, nec ſi eſſent heredes
patris, ſed ſolum ius illud haberent, vt poſſent agere
tanquam alij quilibet heredes patris, quoniam quiſquis
ſibi paciſcitur vel ſtipulatur, non tantùm ſibi: ſed
etiam heredibus ſuis paciſci & ſtipulari intelligitur
leg. ſi pactum 9. D. de probat. Idem ergo dicendum
eſt, cùm eorum mentio facta fuit in ſtipulatione: quod
omnium apertiſſimè exprimunt vltima illa legis verba,
*nam etſi poſt mortem ſtipulationis nauis veniſſet, heredi
deberi.* Et hæc proculdubio Africani ſententia eſt,
quam tamen magnus Africani interpres non perce-
pit, vt nec alius quiſquam ex cæteris aut veteribus aut
recentioribus quemadmodum alio loco pluribus oſten-
demus. Igitur cùm ex eiuſmodi ſtipulatione patris qui
ſibi & filiis ſuis ſiue ſimpliciter ſiue poſt mortem ſuam
dari ſtipulatus eſt, nullum ius acquiri poſſit liberis, niſi
vt ſi heredes ſint, actionem illam habeant, quam alius
quilibet extaneus heres iure hereditario habiturus eſ-
ſet: fatebor quidem quod vult Bartolus non niſi ordi-
ne ſucceſſiuo admitti eos poſſe, cùm viuentis hominis
neque heres, neque hereditas eſſe poſſit, ſed non æquè
admittam quod idem ille vult, hoc ius iis competitu-
rum ex verbis ſtipulationis, quibus facta ſit ipſorum
mentio, & ex vi coniunctionis mutatæ in diſiunctio-
nem, cùm vtroque caſu æquè ſit † inutilis expreſſio 16
liberorum, ſiue pater ſibi & filiis ſuis, ſiue ſibi aut filiis
ſuis ſtipulatus proponatur. Nam & cùm quis ſibi † & 17
heredi ſuo, aut ſibi vel heredi ſuo dari ſtipulatur, inu-
tilis omnino eſt expreſſio perſonæ heredis: Non quia
heres agere ex ea ſtipulatione non poſſit: ſed quia
perinde agendi ius haberet, etiamſi nihil de illo in ſti-
pulatione cautum eſſet, nec agit tanquam nominatus
ſiue proprio nomine, vt putà Titij, ſiue appellatiuo,
heredis, ſed tanquam heres ſtipulatoris, cui ſtipulatori
verum eſt quæſitum ius fuiſſe: cum quod ad eius per-
ſonam attinet, non poſſit inutilis videri ſtipulatio.
Ideoque ſi in ſtipulatione † nominati ſint filij ſub vtro- 18
que nomine & filiorum & heredum: contingat autem
alios ſtipulatori eſſe heredes, non proderit filiis quod
ſint filij, cùm non ſint heredes, quanquam nocebit ve-
ris heredibus quòd non filij ſint heredes, *l. tale pactum*
40. *§. vlt. D. de pact.* quia nulla quidem ratio eſt cur
proprium non eri attendi debeat eius cui ſtipulari de-
functus nec noluit nec potuit, niſi tanquam heredi.
Difficiliùs ſanè eſt vt cùm quis ſibi & Titio heredi ſuo 19
ſtipulatur, deinde alium quàm Titium habet heredem,
actio ex ſtipulatione detur heredi, quàm vt eidem detur
exceptio doli in ſpecie *dict. §. vlt.* quia ad inducendam
exceptionem doli ſufficit aliquid fieri contra id quod
actum eſt à paciſcentibus vel contrahentibus. Expreſſio
autem nominis perſonæ, quæ paciſcens vel ſtipulator
eo tempore ſperabat heredem ſibi fore, non facit quin
appareat paciſcentem vel ſtipulatorem ei perſonæ tan-
quam heredi potiùs, quàm quaſi Titio aut quaſi fratri
proſpicere voluiſſe. Vt verò detur actio ex ſtipulatione
non ſufficit voluntas contrahentium, niſi adſint etiam
verba ſtipulationis. Verba autem euidenter repugnant
cùm Titij vel fratris nomen expreſſum eſt, licèt adiecta
qualitate heredis, vt alius heres quilibet, qui neque
Titius neque frater ſit ſtipulatione contineri intelliga-
tur. Vnde eſt quod nec in ſpecie *d. §. vlt.* dat Papinia-
nus heredi exceptionem pacti, ſed tantùm exceptionem
doli quæ ſubſidiaria eſt exceptionis pacti *l. reſcriptum*
10. *§. vlt. eod.* quia nimirum exceptio pacti † non aliis 20
dari poteſt quàm iis, quorum perſonæ pacto nomina-
tim comprehenſæ ſunt, vel eorum ſucceſſoribus, ſicut
neque actio ex ſtipulatu aliis quàm qui in ſtipulatione
nominati fuerunt. Nec facilius eſt vt pacti exceptio,
quàm vt ex ſtipulatu actio detur ei, de quo nihil in
pacto vel in ſtipulatione dictum eſt. Sed vt detur doli
exceptio ei quoque de quo nihil dictum fuit, dum-
modò actum de illo fuerit, facillimum eſt. Atque ita
intelligi proculdubio debet Papinianus. Alia ratio, † 21
quam adfert Bartolus vt probet ex ſtipulatione quam
pater interpoſuerit pro ſe & pro filiis ſuis admitti filios
ordine ſucceſſiuo, non melior eſt. Ait enim, quod

filio acquiritur ex ſtipulatione & prouiſione patris eſſe profectitium, ex eóque infert. Non igitur poſſe acquiri filio niſi poſt mortem patris: quia ſi viuo patre acquireretur patri per filium etiam hodie, cùm nihil in peculio profectitio immutatum ſit à Iuſtiniano in *leg. cum oportet 6. & leg. vltim. Cod. de bonor. quæ liber.* Nam probat quidem hæc ratio nihil poſſe filio acquiri viuo patre ex ſtipulatione patris: ſed non probat poſſe quicquam acquiri filio etiam poſt mortem patris. Priùs enim probandum eſſet valere ſtipulationem quantum ad perſonam & vtilitatem filij, ſiue pater ſibi & filio ſuo, ſiue ſibi aut filio ſuo dari ſtipulatus ſit, quod nos negamus tum quoque cùm poſt mortem patris collata ſtipulatio eſt, *ex dict. leg. pater. 23. & leg. ſi ita conuenerat. 9. D. de pact. dotal.* Atqui nec Bartolus probat, nec pro Bartolo probare quiſquam poſſit, valere huiuſmodi ſtipulationem quod ad filij perſonam & vtilitatem. Et quamuis caſus ille ſit dubitabilior, ſi pater ſtipulatus ſit dari poſt ſuam mortem filiis ſuis propter aliquos iuris locos, qui in ea ſpecie videntur vtilem actionem dare filio etiam qui non ſit heres patris, *leg. quodcunque 45. §. ſi quis ita. D. de verbor. obligat. l. pater. 7. Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.* de quarum legum ſententia ſcribemus fortaſſe latiùs *lib. 19. Coniecturarum*, hic tamen caſus quem nunc tractamus de patre qui ſibi & filiis ſuis ſimpliciter ſtipulatus eſt coniunctim, aut etiam disiunctim, *ſibi aut filiis ſuis*, nullam omnino recipit dubitationem, quin ſi liberorum mentio haberi debeat pro non adiecta, ſiue proponas in poteſtate fuiſſe liberos ſtipulationis tempore, ſiue iam tum emancipatos: & rurſum, ſiue pactus ſit pater filiis tanquam filiis, ſiue tanquam heredibus, ſiue denique hoc expreſſo, quòd iis proſpicere vellet tanquam heredibus, ſiue ex tacito intellectu, & per interpreta-
22 tionem ea præſumptio capiatur. Nec pugnat † cum hac noſtra ſententia quod noſtri obiiciunt de operis liberti, valere earum ſtipulationem etiam in fauorem & vtilitatem liberorum, ſi quis à liberto ſibi liberiſque ſuis operas ſtipulatus ſit ex *dict. leg. ſi quis operas 5. D. de oper. libert.* adeóque licèt liberi non ſint heredes patris, vt conſtat ex eo, quod Caius ſcribit in *leg. cum patronus 22. §. 1. eod.* cùm libertus promiſerit patrono ſe operas daturum, neque adiecerit *liberiſque eius*, nihilominùs liberis deberi: ſed ita demum ſi patri heredes extiterint, vt in hoc minus iuris habeant quàm liberi, quorum mentio adiecta eſt in ſtipulatione, quòd in illis de quibus cauit ſtipulatio non eſt neceſſe vt ſint
23 heredes. Nam reſpondeo † eſſe hoc ius ſpeciale operarum, vt eas à liberto ſtipulari poſſit patronus, non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis, vt hoc veluti præmio inuitentur domini ad dandam eo faciliùs ſeruis ſuis libertatem, cuius beneficium tantum eſſe creditur, & re vera eſt, vt nihil non poſſit ex ea cauſa libertus debere patrono, & liberis patroni. Vſque adeò vt
24 quamuis operæ † nullæ promiſſæ ſint, non eo minus tamen naturâ deberi intelligantur *leg. ſi non ſortem 26. §. libertus. D. de condict. indeb.* nec minus patroni liberis etiamſi patris heredes non ſint, quàm ipſi patrono: quia & cùm heredes non ſunt patronorum, tamen iura retinent, dum ne ſint exheredati, *leg. ſi operarum 29. D. de oper. libert.* & cùm heredes ſunt inſtituti etiam ex inæqualibus partibus, patronorum tamen ius & nomen habent, & conſequenter operarum petitionem pro partibus æqualibus, non pro hereditariis, *dict. leg. vt iuſiurandi 7. §. ſi liberi. eod.* quod ego ſic intelligo, etiamſi operas illas patronus ſibi tantùm, non etiam liberis ſuis ſtipulatus ſit. Quinimò quod magis eſt, interdum operarum manet petitio, etiamſi ius patroni non ſit, vt euenit in fratribus eius cui adſignatus eſt libertus, aut in nepote alterius patroni, extante alterius patroni filio, *leg. 4. & vltim. eod.* Cur non ergo debeat licere patrono ſtipulari operas à liberto non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis, in illum etiam caſum, quo non ſint illi futuri heredes? multo magis concepta ſimpliciter ſtipulatione, quomodo concipi ſolebat non expreſſo eo, an liberos heredes habiturus eſſet pater, necne. Nam libertus non magnam in hoc iniuriam patiebatur, cùm operarum ſtipulatio ad heredem extraneum tranſire non poſſet, niſi poſt litem à patrono conteſtatam, *dict. leg. ſi operarum*, iunctis iis quæ de illius loci emendatione & interpretatione ſcribit Curtius *lib. 7. Obſeru. cap. 14.* quod indignum eſſet ciuem Romanum obligari ad operas alij præſtandas, quàm ei ipſi à quo libertatem accepiſſet, aut ſaltem liberis eius. Quod igitur non poterat patronus heredi ſuo extraneo acquirere, fuit æquum vt poſſet liberis ſuis etiam non heredibus ſtipulari, aut etiam citra ſtipulationem liberis ſuis acquirere, & in eos transferre, ita demum ſi heredes, vt plus iuris haberent qui eſſent & liberi & heredes, quàm qui vel liberi tantùm, vel heredes tantùm. Quoties autem pater ſibi ſuiſque liberis ſtipulatur, non vocantur liberi ſimul & coniunctim cum patre, ſed ordine ſucceſſiuo. Non propter ordinem illum adiectionis quem ponderat Bartolus, ſed propter ordinem neceſſitatis, quia fieri nequit vt patronus, & patroni liberi ſimul admittantur ad ius patronatus, nec proinde ad petitionem operarum, quæ non niſi propter ius patronatus debentur. Non enim habent liberi † ius illud patronatus, 25
quandiu pater viuit, niſi quod iis tum quoque debetur reuerentia, ne in ius vocari à liberto poſſint ſine venia prætoris, *leg. adoptiuum 8. §. vltim. D. de in ius vocand.* Nec quod patris & filij vna eadémque perſona eſſe creditur, propter ius patriæ poteſtatis, facere debet vt exiſtimemus commune eſſe ius patronatus patri & liberis eodem tempore. Siquidem non † ius patriæ 26
poteſtatis illud eſt, quod tribuit filio patroni ius patronatus, ſed nomen filij. Vnde eſt quod parui refert an emancipati ſint filij, an in poteſtate, *dict. leg. vt iuriſiurandi 7. §. parui autem refert, de oper. libert.* dum ne ſint exhæredati, *dict. leg. ſi operarum 29. eod. iunct. l. ſi ex patronis 12. §. 1. & ll. ſeqq. leg. Paulus 47. de bonor. libert.* Ex qua exceptione tanto magis apparet nullum ius patronatus habere liberos patroni, niſi ex perſona patris: alioqui ſi quod haberent ex perſona propria non poſſet iis auferri per exheredationem, nec rurſus ſi quod habuiſſent viuo patre & cum patre, ſiue quod ad cauſam ſucceſſionis, ſiue quod ad exactionem operarum. Et inde etiam eſt quod dubitatum olim fuit, an libertorum iura ſalua eſſent liberis quorum pater perduellionis damnatus, aut ex alia cauſa punitus eſſet: quanquam ex benignitate Imperatorum placuit ſalua eſſe *leg. iura libertorum 4. D. de iur. patron.* Denique dicitur ius patronatus tranſire à patre in liberos, *dict. leg. adoptiuum. §. vlt.* & à patre ad liberos peruenire in *l. 3. D. de interd. & releg.* vt appareat fieri † non poſſe, 27
vti patrono viuo liberi ipſius iura patronatus, aut operarum exactionem habere intelligantur, nec ſi pater velit, ſicut nec in poteſtate patris eſt, qui libertatem ipſe dedit vt liberos ſuos faciat patronos, cùm patronus ille ſit qui manumiſit, & quidem ſolus quandiu viuit. Proinde mirum videri non debet ex ſtipulatione, quam patronus pro ſe liberiſque ſuis interpoſuerit, non admitti liberos ad exactionem operarum, niſi ordine ſucceſſiuo, & mortuo demum patre, vel ob hoc ipſum ne nimis libertus oneretur, ſi patrono permittatur non tantùm pro ſe, quod magnum per ſe eſt, ſed etiam pro liberis ſuis ſe viuo, & coniunctim ſtipulari operas ab homine & libero & ciue Romano, quamuis non ingenuo, ſed libertino. Satiſque eſſe debet patrono, quòd ex hac cauſa permittitur ei contra iuris communes regulas ſtipulari liberis ſuis, vt ex ſtipulatione operas petere poſſint poſt mortem patris. Sed non poteſt bona eſſe conſecutio, ſi quis ex eo inferat quomodo infert Bart.

Idem

Idem ergo admittendum eſſe ſi quis pro ſe ſuiſque liberis centum, aut quid aliud ab extraneo, id eſt, qui eius libertus non ſit, ſtipuletur. Diſſimilitudo namque in eo eſt, quod poſteriore hoc caſu non valet ſtipulatio quantum ad perſonas liberorum, & idcirco nullus quæſtioni locus relinquitur, an admitti debeant ſimul cum patre an ordine ſucceſſiuo: cùm etiamſi admittantur poſt patrem, non tamen admittantur tanquam nominati in ſtipulatione, ſed tanquam alij quilibet ſtipulatoris heredes etiam qui nominati non fuiſſent.

ERROR X.

De emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit.

SVMMARIA.

1 *An emphyteuſis in filios quatenus filij ſunt tranſeat ex ſtipulatione patris pro ſe filiiſque ſuis eam accipientis.*
2 *Bartoli & cæterorum Dd. ſententia affirmans.*
3 *Sententiam Bartoli non confirmari, vt vulgò putant per Nou. 7. §. emphyteuſim.*
4 *Error Iulij Clari.*
5 *Pater non magis poteſt acquirere liberis in emphyteuſi quàm in reliquis rebus.*
6 *Ex notarij ſtipulatione cui abſenti quæratur actio ſecundum generalem gentium conſuetudinem.*
7 *Filiusfam. ſtipulando acquirit patri non ſibi.*
8 *Ex ſtipulatione filij collata in tempus defuncti patris nulla datur actio filio.*
9 *Stipulatio à notario pro patre & filiis interpoſita actionem filiis non parit.*
10 *Error Bartoli ad emphyteuſim ex æqualibus partibus filios admittentis qui ex inæqualibus partibus inſtituti ſunt.*
11 *In operis libertorum cæteriſque ad ius patronatus pertinentibus liberi ſpecialiter ſuccedunt non tanquam heredes ſed tanquam liberi.*
12 *In emphyteuſi liberi ſuccedunt vt heredes non vt liberi.*
13 *Licet inter feudum & emphyteuſim magna ſit conuenientia, tamen ius ſucceſſionis liberorum in feudo ad emphyteuſim non poteſt produci.*
14 *Sola concedentis voluntas non ſufficit vt emphyteuſis primi accipientis liberis acquiratur quamuis non ſint heredes.*
15 *Feudi & emphyteuſeos differentia.*
16 *In emphyteuſi quam quis pro ſe & filiis ſuis accipit nulla fit ſubſtitutio fideicommiſſaria.*
17 *Ex pacto non poteſt acquiri actio in rem.*
18 *Actio in perſonam ex contractu emphyteutico liberis accipientis dari nequit aduerſus patrem aut concedentem eo caſu quo non ſunt heredes accipientis.*
19 *Quid ſi conuentum ſit, vt emphyteuſis non ad heredes extraneos ſed filios accipientis tranſeat.*
20 *Qui rem ſuam alicui tradit certa lege adiecta in fauorem tertij, non ſe ſed accipientem tertio obligat quod in emphyteuſi etiam obtinet.*
21 *In ſpecie ſupra propoſita non dari actionem filiis in conceſſione emphyteuſeos nominatis aduerſus extraneos heredes accipientis.*
22 *Aliena & inſubtilis Ioannis Coraſij pro errore interpretum argumentatio.*
23 *Conceſſa tibi & Titio filio tuo emphyteuſi, filius coniunctim eſt admittendus non ordine ſucceſſiuo.*
24 *Sex falſa propoſitiones interpretum de emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit explodantur.*
25 *Emphyteuſeos & feudi diſcrimen.*

QVod autem poſtremo loco adduci ſolet à
Bart. & cæteris de emphyteuſi,† quam quis 1
pro ſe ſuiſque liberis acceperit, interpoſita
etiam, vt fieri ſolet in eam rem ſtipulatio-
ne. Admittendos ſcilicet liberos † poſt mortem patris 2
& ordine ſucceſſiuo ad emphyteuſim, & quidem pro
virilibus portionibus, licèt inæqualiter inſtitui propo-
nantur. Etſi Doctores noſtros omnes in eo conſentire
video, vereor tamen ne non ſit verum. Nam quod Iu-
ſtin. † conſtituit in *dict. §. emphyteuſim. Nouell. 7. de* 3
reb. eccleſ. non alien. vt emphyteuſis Eccleſiaſtica non
poſſit tranſire ad extraneos heredes, ſed tantùm ad fi-
lios vſque ad ſecundum gradum, non ita eſt accipien-
dum, quaſi velit Iuſtinianus, quod volunt noſtri, poſſe
filios in emphyteuſi ſuccedere ex patris ſtipulatione
tanquam filios, tametſi non ſint heredes, ſed è contra-
rio, vt ita demum poſſint in emphyteuſi ſuccedere,
tanquam filij, ſi etiam heredes ſint: hactenúſque tan-
tùm proſit iis ius filiorum & nomen, quatenus prodeſſe
iis poteſt ius & nomen heredum, aliis qui liberi non
eſſent minimè profuturum. Et ita eſſe vt Iuſtinianus
duo iſta coniunctim requirat, quòd eius qui emphy-
teuſim accepit filij, & filij ſint, & heredes, probant cla-
riſſimè verba illa, *& in duobus eiuſdem perſonæ heredi-
bus*, i. heredum gradibus, *deinceps, filiis tantùm ſolis
maſculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriuſque naturæ.*
Item quod ſequitur, *alioqui non tranſire ad aliquem al-
terum heredem.* Illa namque dictio *alterum*, implicat
heredes etiam eſſe oportere illos, in quos prius dixerat
emphyteuſim tranſire. Ex eóque infero, non ex ſtipu-
latione patris tranſire emphyteuſim Eccleſiaſticam in
filios, ſed iure hereditario. Nec enim illud etiam re-
quirit Iuſtinianus vt qui emphyteuſim accepit ali-
quam filiorum ſuorum mentionem adiecerit (in quo
errauit † Iulius Clarus *in §. emphyt. quæſt* 28 *à. num. 1.* 4
fin. vbi ait emphyteuſim Eccleſiaſticam ſimpliciter con-
ceſſam, nulla facta mentione filiorum, nec heredum,
finiri ſtricto iure in perſona accipientis, & de hoc eſſe
textum, vt ipſe loquitur, rotundum in *d. §. emphyteu-
ſim*,) imo vult, vt ſimpliciter accepta emphyteuſis
tranſeat ex ſui natura ad filios & nepotes accipientis,
quamuis nulla eorum mentio facta ſit, non etiam ad
pronepotes, aut ad extraneos heredes, etiamſi de ipſis
expreſſim cautum proponatur. Solúmque in viro &
vxore hoc exigit, vt de iis nominatim conuenerit, ſi ad
emphyteuſim admitti velint, non tanquam vir & vxor,
quod neque filiis tanquam filiis conceditur, ſed tan-
quam heredes, ſi tales reperiantur. Sic namque Iuſtin.
ſcribit, *aut vxore aut viro, ſi hoc videlicet de vxore aut
viro expreſſim nominetur.* Ex diuerſo autem cùm in con-
cedenda, vel potiùs conſtituenda emphyteuſi mentio
expreſſa ſit liberorum accipientis, ſiue patris ſtipulatio
interuenerit aliqua, ſiue nulla, dico accipientis liberos
non ex ſtipulatione ſuccedere, ſed tanquam heredes
ſtipulatoris, vt proinde mirum non ſit admitti eos poſt
mortem & ordine ſucceſſiuo, cùm viuentis patris he-
redes eſſe non poſſint. Moueor autem ex eo quod iam
ſupra probaui huiuſmodi ſtipulationem non valere
quantum ad expreſſas perſonas liberorum. Quænam
enim ratio eſſe poteſt, propter quam liceat patri † ac- 5
quirere filio ſuo in emphyteuſi potiuſquàm in rebus
cæteris? Nonne eadem ratio & iuris communis, & pa-
triæ poteſtatis obſtare in emphyteuſi debet, quæ in
cæteris quoque rebus obſtaret? Nec mutat quod ge-
nerali ferè gentium omnium conſuetudine item obti-
nuit, vt ex notarij ſtipulatione acquiri poſſit actio cui-
libet etiam abſenti & ignoranti. Nam hoc etiam ad-
miſſo, † iis demum prodeſſe debet notarij ſtipulatio, 6
qui

qui poſſent ipſi ſtipulando ſibi acquirere, in quorum
7 numero non eſt filiusfamilias, qui ſi ipſe ſiue ſolus, †
ſiue coniunctim cum patre ſtipularetur, proculdubio
acquireret patri non ſibi, præſertim ſi purè ſtipulare-
tur, nec conferret ſtipulationem in id tempus, quod
eſſet poſt mortem patris. Quando & ſi ſub conditio-
ne ſtipuletur, quæ exiſtat poſteaquàm factus eſt ſui
iuris, non ideo tamen filio emolumentum actionis ac-
quiritur, ſed patri, *leg. ſi filiusfamilias 78. D. de verbor.
obligat.* quia vt ea lex habet, ſtipulationis tempus in-
ſpiciendum eſt, quoties quæritur, cui actio ex ſtipulatu
acquiratur. Vox enim filij, vox eſt patris, quod ad
hoc, vt patri acquiratur, tam quod filius quàm quod
pater ſtipulatur, *§. ſi quis alij. Inſtitut. de inutil. ſtipu-
lat.* Quòd ſi nihil impediret quominùs valeret eiuſ-
modi ſtipulatio in perſona & fauore liberorum etiam
viuo patre ſaltem accedente notarij ſtipulatione, dicerem
vtique admittendos fore liberos cum patre, non ordi-
ne ſucceſſiuo, ſed ſimul & eodem tempore: quoniam
ita facerent verba ſtipulationis, quibus pater liberique
coniuncti fuiſſent. Nullo addito per quod videri poſ-
ſit in tempus mortis patris collata ſtipulatio propter
liberos potiùs quàm propter patrem. Adde quod ne-
8 que ferenda † eſſet illa ſtipulatio, quam filiusfamilias
conferre vellet in id tempus quo pater iam eſſet defun-
ctus. Eſſet enim ea res peſſimi exempli, votúmque in-
duceret captandæ mortis patris quam ob cauſam nulla
vſquam liberis noſtris talium ſtipulationum exempla
proponuntur, ſed earum tantùm quas parentes ipſi ſic
interpoſuerint vt voluerint dari poſt mortem ſuam
filiis vel nepotibus ſuis, vt in *dict. leg. quodcunque 45.
§. ſi quis ita, de verbor. obligat. & dict. leg. pater. 7 Cod.
de pact. conuent.* quibus tamen locis non niſi vtilis actio
datur ex ipſius quoque patris ſtipulatione, quamuis ea
patris voluntas careat culpa & mala ſuſpicione, ſiue
patris, ſiue filij perſonam ſpectemus. Quantò minùs
ergo ſiue directa, ſiue vtilis dabitur ex ſtipulatione filij
collata in tempus defuncti patris? Hoc verò ſi ita eſt,
vt nec ab ipſo filio interpoſita ſtipulatio valitura ſit
quæ expreſsè collata fuerit in tempus mortis patris,
non magis quàm quæ pura, licèt alia atque alia ratio-
9 ne: cur magis defendemus ſtipulationem † à notario
prò patre ac filiis ſimul interpoſitam? aut cur ei hanc
dabimus interpretationem, vt videatur notarius libe-
rorum nomine ſtipulatus in id tempus, quo pater ſit
mortuus, cùm eo modo ſtipulari nec filiis ipſis præ-
ſentibus permitteretur? Conſequenter ridiculum eſt,
10 quod vult Bartolus, † vt ſi eius, qui emphyteuſim ac-
cepit, liberi ex inæqualibus partibus inſtituti ſint, ni-
hilominùs vt ex virilibus portionibus ad emphyteuſim
admittantur, tanquam qui non vt heredes admittan-
tur, ſed vt filij. Nam cùm nihil eis profuturum eſſet,
quòd eſſent filij ſi non eſſent etiam heredes, vt dixi-
mus, nec niſi iure hereditario admittantur, fieri nequit
vt non pro hereditariis portionibus admitti debeant.
Implicat enim contradictionem, vt admittantur tan-
quam heredes & tamen pro aliis portionibus, quàm
quæ ſint hereditariæ: ſicut & obligari dicuntur pro
portionibus hereditariis, qui tanquam heredes obli-
gantur, *leg. ſi ita quis 66. & paſſ. de heredit. inſtitut. leg.
ſiue à certis. D. de duob. reis* Nec ſimile eſt exemplum,
quo Bartolus vtitur de operis libertorum ex *dict. leg. iu-
riſiurandi 7. §. ſi liberi. D. de oper. libert.* Nam vt ſu-
11 pra diximus in operis † libertorum cæteriſque perti-
nentibus ad ius patronatus liberi ſuccedunt non tan-
quam heredes, ſed tanquam liberi. At in emphyteuſi
12 † è contrario non tanquam liberi: ſed tanquam here-
13 des. Similius eſt quod adduci ſolet de feudo, † quia
eadem ferè iura in feudo & emphyteuſi obtinent, niſi
in quibus caſibus diuerſa expreſſim conſtituta repe-
riuntur, vt paſſim noſtri iactitant, quoties de feudo ad
emphyteuſim argumentantur, aut contrà. Atqui cer-
tum ius eſt in feudis ſuccedere filios & nepotes ex filio
loco ſui patris, omnes æqualiter, etiamſi in heredi-
tate inæqualiter fuerint inſtituti, adeóque in feudo
ipſo. Nulla ſcilicet ordinatione defuncti in feudo ma-
nente vel valente, vt ſcriptum eſt in *lib. 1. feudor. titul.
§. de ſucceſſ. feud. in princip.* Idem ergo in emphyteuſi
quoque obtinere videatur, ſed non ita eſt. Nam in
feudis ita obtinet iure conſtituto contra veram aper-
támque iuris rationem. In emphyteuſi verò nihil tale
conſtitutum legimus. Non igitur quod in feudis con-
tra iuris rationem conſtitutum eſt, produci debet ad
conſequentias, & ad emphyteuſim, cuius etſi hoc ius
proprium eſſe dicitur poſt conſtitutionem Zenonis in
leg. 1. Cod. de iur. emphyt. vt non aliam formam & na-
turam habeat, quàm quæ ex contrahentium pactioni-
bus conſtituatur, debet tamen omnino id intelligi
cum hoc temperamento, vti ne per eas pactiones re-
gulæ iuris violentur, quæ tamen violarentur, ſi ex ſti-
pulatione patris aliquod ius acquiri poſſet filiis etiam
non heredibus. Itemque ſi quicquid filiusfamilias
eiuſve nomine notarius ſtipularetur, id non acquire-
retur aut ſoli patri, ſi tale eſſet quod patri per filium
acquiri poſſet, aut patri & liberis ſimul cùm iis omni-
bus coniunctim ſtipulatus eſſet de ea re cuius capaces
eſſent liberi etiam viuo patre. Neque rurſum dici po-
teſt † ſolam concedentis voluntatem ſufficere, vt em- 14
phyteuſis non tantùm primo accipienti: ſed ipſius
etiam liberis acquiratur, quamuis non ſint heredes.
Nam præter id quod hoc falſum eſt, cùm regulariter
nemo poſſit rerum etiam ſuarum dominium transferre
ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem in patrem, qui em-
phyteuſim accipit, tranſlata, non poſſit ſimiliter vi-
deri tranſlata in filium, nec ſimul cum patre, quia duo
in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt:
nec ordine ſucceſſiuo poſt patrem, ſi filius non ſit he-
res patris. Dico longè aliam eſſe voluntatem illius
qui concedit tibi emphyteuſim pro te & filiis tuis;
quam vt videri debeat eandem emphyteuſim filiis tuis,
etiamſi heredes non eſſent, conceſſiſſe: ſic enim po-
tiùs ea verba ſunt accipienda, & iuris rationi conue-
nientiùs, vt cùm emphyteuſis ex ſui natura tranſire
poſſit ad quoſcunque heredes quantumlibet extra-
neos (in quo differt † à feudo ſi emphyteuſim Eccle- 15
ſiaſticam excipias ſecundum ea quæ ex communi ve-
ráque Doctorum ſententia tractat Iulius Clarus in *dict.
§. emphyteoſis, quæſtione vigeſima octaua, ex dict. §. em-
phyteuſim*) nolit tamen iſte concedens tranſire illam
ad alios tuos heredes quàm ad eos qui ſint etiam fi-
lij tui. Idque ſiue heredum qualitatem adiecit, con-
ceſſa emphyteuſi pro te & filiis tuis heredibus qui ca-
ſus nullam omnino recipit dubitationem, ſiue non
adiecerit. Expreſſa enim filiorum mentio adiicitur
fauore concedentis ad aſtringendam conceſſionem,
quæ alioqui ex ratione iuris latiorem reciperet in-
terpretationem, non pro te tuiſue liberis ad eam,
vt vulgo creditur, ampliandam. Idémque tracta-
ri poteſt ſi non tam conceſſionem ex parte conce-
dentis, quàm ſtipulationem ex parte accipientis con-
ſideremus. Nam & cùm emphyteuſim pro te tuiſ-
que filiis ſtipularis, credendus es filiorum tuorum
mentionem feciſſe, non vt iis ius aliquid acqui-
reres, in eum quoque caſum quo ipſi heredes tui
non forent, quod nec ſi voluiſſes facere, tamen
potuiſſes, ac potiùs vt poſſes emphyteuſim tibi con-
ceſſam ſaltem in filios tuos tranſmittere: quam a-
lioquin is qui concedebat tibi, noluiſſet tranſito-
riam eſſe ad heredes tuos. Cæterùm ſi non ſint illi
heredes tui, contendo non ſolùm in poteſta-
te tua non fuiſſe, vt iis ſiue ſtipulando, ſiue per
traditionem accipiendo quicquam iuris acquire-
res, quod iam probauimus, ſed quòd magis eſt,
nec potuiſſe concedentem hoc facere, vt ex pacto
contractúque

contractúque tecum inito emphyteuſis ad filios tuos, quamuis heredes tui non eſſent, tranſmitteretur. Ius enim quod ſemel tibi quæſitum fuit, quomodo poteſt poſt mortẽ tuam acquiri filiis tuis, qui tui heredes non ſint, per ſolam voluntatem illius, qui tibi emphyteuſim conceſſit, cùm ex die conceſſionis non plus iuris habeat ille, quàm filij tui, quod ad hoc, vt te inuito de emphyteuſi diſponere poſſit? ſed etſi voluntas tua cum ipſius voluntate concurreret, quis dicat ex ſola voluntate tua fieri poſſe, vt ius tibi quæſitum in heredes tuos tranſmittatur citra viam ſucceſſionis, aut alium quempiam ex legitimis modis per quos placuit iura & dominia ab vno in alium tranſire poſſe. An fortè dicemus
16 factam † eſſe in emphyteuſi ſubſtitutionem fideicommiſſariam, quam volunt noſtri etiam per contractum fieri poſſe? ex *leg. quoties 7. Cod. de donat. quæ ſub mod. leg. 1. Cod. de donat. cauſ. mort.* At hoc ridiculum eſt, vt ſuo loco probabimus, cum de illarum legum interpretatione in tractatu de donationibus diſſeremus. Opúſque eſſet hoc caſu aliqua conſtitutione Imperatorum, quæ vtilem in rem actionem daret filiis tanquam ſecundis emphyteutis, contra patrem primum emphyteutam, quemadmodum in ſpecie *dict. leg. 3.* fuit neceſſaria Imperatorum conſtitutio ad dandum in rem actionem poſteriori donatario, in priorem. Nam ſi nihil niſi iuris rationem intuearis, ea certe non pati-
17 tur, vt ex pacto † vnquam acquiratur in rem actio: ne quidem ei qui pactus fuit *leg. traditionibus 20. Cod. de pact. leg. 3. C. de pact. int. empt. & vendit.* quanto minùs ei qui ipſe pactus non ſit, ſed qui ex alterius pacto agere
18 velit? Actio autem † in perſonam, qualis illa eſt, quæ ex contractu emphyteutico competit, ſi qua dari poſſet filiis eius qui emphyteuſim accepit ob id ſolùm quod in conceſſione nominati eſſent, non contra alium dari poſſet, aut deberet, quàm contra concedentem ipſum qui hanc emphyteuſi legem dixiſſet. Nam contra patrem qui propriis filiis neque promiſerit quicquam, neque promittere vtiliter potuerit obſtante vinculo poteſtatis, quomodo aut ex quo daretur? *l. ſiue emancipatis 17. C. de donat. l. Imperator 50. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Atqui etiam pro concedente ratio illa faceret, filiiſque accipientis obſtaret, quòd non cum ipſis contractus initus eſt, ſed cum eorum patre, qui ſibi tantùm non etiam filiis ſuis & acquiſierit, & acquirere potuerit. Itémque quòd cùm iam tranſtulerit rem emphyteuticam in patrem, qui primus emphyteuſim pro ſe accepit, nihil amplius habet quod in ipſius filios transferre poſſit, ſiue viuo patre ſiue mortuo: quia nec poteſt emphyteuſim ab extraneis heredibus, quos pater reliquerit, auocare, quandiu vectigal annuum ſoluetur, quod eo nomine pendi ab initio placuit, *l. 1. & 2. D. ſi ager vectig. pet. l. 2. & vlt. C. de iure*
19 *emphyt.* Niſi fortè proponas † conueniſſe nominatum vt ad accipientis heredes extraneos tranſire emphyteuſis non poſſet, ſed ad filios omnimodo perueniret. Hoc enim caſu fateor competituram concedenti eiuſue heredibus perſonalem ex contractu actionem aduerſus heredes accipientis, vt lex contractus ſeruetur. Sed cùm hoc caſu alia ratio non ſit propter quam concedens habeat hanc actionem, quàm quia eam ipſe legem emphyteuſi dixerit, apparet non ideo poſſe illum à filiis accipientis conueniri, ne quidem ad hoc vt ipſis cedat eam actionem quam habet contra heredes accipientis extraneos, ad quod tantùm teneri ſolent ij qui non aliam ob cauſam tenentur, quàm quòd habeant in alium actionem, *leg. quod debetur 51. in fin. D. de pecul.* quoniam cùm eam legem emphyteuſi dixit, vt ad filios accipientis, etiamſi heredes non eſſent, peruenire deberet, emphyteutæ legem dixit, non ſibi, quod vnum potiſſimum inſpici debet, quoties quæritur an ex lege contractui dicta conueniendus aliquis ſit, necne, *leg. Lucius 40. §. 1. D. de fideicommiſſ. libert.* Sibi quidem legem dixiſſe credendus eſt hactenus, vt ſi vellet emphyteuſim reuocare ab accipientis heredibus iiſdémque filiis, non poſſet, quia eo caſu heredes haberent actionem & multo magis exceptionem hereditariam ex contractu non tanquam filij: ſed tanquam heredes, vt contractui pareretur, cùm eſſent illi heredes ſtipulatoris, & iuſti poſſeſſores. At vt ſibi legem dixiſſe videatur fauore filiorum accipientis, eo vſque vt ipſis obligari voluerit ad faciendum vti emphyteuſim haberent poſt mortem patris, etiamſi patris heredes non eſſent, dici proculdubio non poteſt, quia hoc caſu neque poſſunt habere actionem vllam aut exceptionem hereditariam ex perſona patris, cùm non ſint heredes, neque ex propria perſona cùm neque ipſi ſtipulati ſint: neque alius quiſpiam pro iis ſtipulari potuerit, in eum præſertim & expreſſum caſum quo mortuus eſſet pater,
vt iam diximus. Taceo, quod † qui rem ſuam alicui 20
tradit certa lege adiecta in fauorem alterius tertij, non ideo ſe obligat illi tertio, ſed accipientem. Niſi hactenus ad ſummum ne legem illam in tertij fauorem adiectam poſſit reuocare inuito ſaltem eo, qui tali lege accepit. De quo tractant noſtri poſt Bartolum ad *l. qui Romæ 122. §. Flauius, de verb. oblig.* Ergo qui emphyteuſim tibi conceſſit pro te & filiis tuis, etiamſi heredes tui non forent, nullomodo dici poteſt filiis tuis obligatus, poſteaquam rem emphyteuticam tibi tradidit. Satis enim ei eſt quod dicat non impedire, vel morari ſe quominùs contractui pareatur. Si qua igitur actio filiis in conceſſione nominatis poſſet competere ob eam nominationem, ea danda eſſet contra heredes pa-
tris quod † ipſum tamen multo minùs dici poteſt, cùm 21
neque ipſi quicquam promiſerint, neque pater, cuius illi ſunt heredes, quique nec obligari filiis ſuis potuit, tametſi maximè voluiſſet. Et verò tum quoque cùm ex inſtrumenti verbis conſtaret, notarium non modò pro accipiente, ſed etiam pro ipſius filiis ſtipulatum fuiſſe, quis non videt interpoſitam ſtipulationem contra concedentem, ne à contractu reſilire poſſet, non contra patrem, niſi pro ipſo concedente, viciſſim vt accipientem patrem obligatum haberet, ad omnes contractus leges adimplendas? Quodnam ergo ex tali conceſſione poteſt eſſe ius filiorum, cùm non ſint heredes patris, cùm hoc caſu ipſe quoque pater qui ab initio proſpectum iis voluerat quantum potuerat, hoc ipſo mutaſſe videatur voluntatem quod alios heredes habere maluit. Itaque quamuis non fuerit in eius arbitrio, vt mutaret voluntatem in præiudicium concedentis, & in fauorem heredum extraneorum, ad quos noluit concedens vt emphyteuſis peruenire vnquam poſſet, potiùs tamen ferendum eſſet, vt inſtitutis extraneis emphyteuſis ad concedentem rediret, tanquam nulla ſuperſtite perſona in quam tranſire poſſet propter diſertas filiorum & heredum perſonas, quam vt filiis vlla ſiue in rem, ſiue in perſonam actio eo nomine daretur, ſiue contra concedentem, ſiue contra patrem eorúmve ſucceſſores. Ex eóque
apparet quàm parum ſubtiliter † Ioannes Corraſius 22
hunc interpretum errorem, quem nos refellimus, probare voluerit ex eo quod Vlpianus ſcribit in *dict. leg. quodcunque 45. §. ſi quis ita, de verbor. obligat.* ex ea patris ſtipulatione, *Poſt mortem meam filiæ meæ dari,* vtilem actionem filiæ competere, licèt patri heres non exiſtat. Quid enim habet ſimile caſus ille cum eo quem nunc tractamus? In illo datur actio filiæ cui nominatim pater ſtipulatus eſt dari poſt mortem ſuam, & datur contra promiſſorem, vt impleat & præſtet quod promiſit, quia nec aliter implere & præſtare poteſt, quàm ſi det filiæ quod adhuc nulli dedit. At nos eum caſum tractamus in quo filij ſtipulatoris agere velint poſt mortem patris ex ea ſtipulatione quam pater purè interpoſuerit: nec tam pro filiis ſuis quàm pro ſe primùm, pro filiis verò non niſi in conſequen-

etiam ex tacita iuris communis interpretatione, ſi heredes ipſi eſſent. Denique cui ſtipulationi iam ſatisfecerit promiſſor per tranſlationem factam rei emphyteuticæ in patrem ipſum, qui emphyteuſim accepit, vt nihil amplius faciendum habeat, dum ne quid noui faciat
23 aduerſus contractum. Quod ſi poneres tibi † & Titio filio tuo nominatim conceſſam emphyteuſim fuiſſe, nihil ſanè obſtaret, quominus filio tuo tantumdem iuris quantum tibi ex ea conceſſione quæreretur, ſi modo vel ipſe ſibi ſtipulatus fuiſſet, vel notarius eius nomine, cum ſit hodie filiusfamilias capax aduentitiorum etiam inuito patre, niſi quod eorum vſusfructus ad patrem pertinet. *lege cùm oportet. 6. Codice de bon. quæ liber.* Itaque coniunctim tecum eſſet admittendus filius tuus ad emphyteuſim tanquam alius extraneus quilibet non ordine ſucceſſiuo: Neque hoc Bartolus ipſe negaret, qui cùm è contrario ſcribit admittendum filium poſt mortem patris, eum caſum tractat quo pater ipſe ſtipulatus ſit pro filio, quaſi eo caſu emphyteuſis etiam ab alio quàm à patre profecta, cenſenda ſit profectitia potiùs quàm aduentitia, cùm acquiratur filio ex patris ſtipulatione. In quo tamen rurſum fallitur, quia non patris ſtipulatio illa eſt, quæ rem emphyteuticam acquirit filio, nec promiſſio concedentis, ſed traditio per concedentem, eundémque dominum facta quæ tota extrinſeca, & aduentitia eſt. Igitur vel ponimus ſecutam eſſe traditionem in tua tuique filij ſimul perſona, vel in filij tui perſona ſecutam non eſſe. Poſteriore caſu nulla eſt acquiſitio in perſona filij tui, cùm neque traditio vlla interuenerit (ſine qua tamen poſſeſſio in eum transferri non potuit, nec dominium illud, quod à noſtris vulgo vtile appellatur) neque ſtipulatio tua ex ea parte valuerit ad acquirendam filio tuo actionem, ſiue viuo te, ſiue mortuo. Priore verò caſu bona & vtilis acquiſitio eſt, non minùs in filij tui perſona, quàm in tua, non propter tuam ſtipulationem, ſed propter factam ei æquè ac tibi traditionem, ideóque nihil hic eſt quod de filio tuo per ordinem ſucceſſiuum admittendo tractari poſſit, ſiue hoc ſiue illo caſu. Superio-
24 ribus conſequens eſt, vt omnino falſæ † ſint omnes ferè propoſitiones, quas adſtruere noſtri ſolent de emphyteuſi quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit, ſed eæ potiſſimum quæ ſequuntur. Prima eſt, quam Bartolus tradit ad *leg. mortis cauſa capitur. D. de mort. cauſ. donation.* & *Iaſ. laudat in leg. 2. numero 210. Cod. de iur. emphyt.* Mortuo patre, qui rem aliquam acceperat in emphyteuſim pro ſe & filiis ſuis, filios emphyteuſim illam conſequi à domino directo ex mortis cauſa capione. Non enim mortis cauſa capitur, quod vel hereditario iure, vel nullomodo capi neceſſe eſt. Secunda, quam nos iam refutauimus. Poſſe filios ad hanc emphyteuſim admitti, etiamſi non ſint heredes patris. Tertia, quam ex præcedentibus infert *Iaſ. dict. numer. 210.* Non poſſe patrem priuare aliquem ex filiis ſuis hoc iure emphyteutico, omnes vero multo minus cùm non à patre id habeant, ſed à vero domino, quem iſti directum vocant. Quarta, quam tradit Iulius Clarus *dict. quæſtio. 37. poſt Salicet. ad Authent. vnde ſi parens, numer. 5. & alios ibidem. Cod. de inoffic. teſtament.* Filios etiam repudiantes hereditatem patris, poſſe nihilominùs hoc caſu ſuccedere in emphyteuſi, quam pater acceperat pro ſe & filiis ſuis, ſimpliciter, non adiecta heredum qualitatis mentione. Quinta, quam proponit & defendit contra Bartolum Didacus Couarruuias *in 3. part. rubric. de teſtament. numer. 26.* filios emphyteuſim hanc capere non mortis cauſa, vt vult Bartolus, ſed ex vero nominato & ſpeciali titulo emphyteuſeos. Sicuti & in feudo, inquit, vocati cenſentur & inuitati ab ipſo primo concedente filij poſiti in diſpoſitione, & ab ipſo domino titulum ius & cauſam capiunt. Nam in feudo, inquam, fateor hoc verum eſſe, *cap. vnic. vbi Iſern. & Paſd. de feud. March. cap. vnic. de gradib. ſucceſſ. in feud. & in cap. vnic. de natur. ſucceſſ. feud.* Sed nego idem eſſe in emphyteuſi, quam dico non niſi hereditario iure ad filios eius, qui accepit, quantumuis in conceſſione nominatos, per-
uenire poſſe. Emphyteuſis † enim contractus eſt, in 25
quo proinde non tam quid contrahentes voluerint, quàm quid velle potuerint inſpiciendum eſt: quanquam, vt dixi, nec facta expreſſim filiorum mentione, voluntas tamen illa, ſiue concedentis, ſiue accipientis videri poteſt, vt in emphyteuſi ſuccedant filij, etiamſi non ſint heredes, ſed potius vt in emphyteuſi non ſuccedant heredes, ſi non erunt filij. Opponitur enim ſtipulatio illa, *pro ſe & filiis ſuis*, ſiue adiectum ſit *heredibus*, ſiue non ſit, illi ſtipulationi quam vulgo notarij ſic concipere ſolent, *pro ſe & ſuis heredibus quibuſcunque*, quo verbo non eſt dubium quin extranei quilibet comprehendantur, inquit Clarus *dict. quæſt. 28. num. 9.* At feudum cùm ſit beneficium, donatio eſt: cuius interpretatio præſertim fauorabilis, & quæ liberalitatem ampliet tota pendet ex ſolius donatoris voluntate, maximè poſtquam placuit Iuſtiniano poſſe illam hodie fieri nuda etiam pollicitatione, *leg. ſi quis argentum 35. §. penultim. Cod. de donat.* conſequenter abſenti quoque & ignoranti, quod in contractibus ſecus eſt præſertim correſpectiuis, cuiuſmodi eſt emphyteuticus. Sexta & æquè falſa propoſitio illa eſt, quam Didacus poſt multos pro vera tradit ſupradicto loco. Inter filios illius, qui emphyteuſim pro ſe & filiis ſuis acceperat eſſe ius adcreſcendi non ex proprio iure adcreſcendi, ſed vi taciti pacti & ex lege conceſſionis. Non nego eſſe inter eos ius adcreſcendi. Sed nego naſci ius illud ex vi taciti pacti, vt iſti volunt, aut ex eo quod in mortis cauſa capionibus iuri adcreſcendi locus ſit, vt vult Bartolus, quod tamen negat Mat. notab. 153. Verùm dico id aliunde non fieri quàm ex eo quod hoc caſu ſuccedant filij in emphyteuſi iure hereditario, & tanquam heredes, non tanquam filij. Nemo enim neſcit inter heredes quantumuis diſiunctos, adeóque inuitos locum eſſe iuri adcreſcendi. Et ob id nimirum ſi ponas eſſe illos heredes ex inæqualibus portionibus, dicam futurum vt repudiantis portio in emphyteuſi cæteris adcreſcat pro hereditariis, non pro virilibus portionibus, ſicut contingit in reliqua hereditate. Sed de his omnibus erit alius aptior dicendi locus. Eſt enim tractatus hic de feudo & emphyteuſi digniſſimus, de quo plures Decades ſeparatim ſuo tempore conſcribamus. Nunc inſtitutam De ſubſtitutionibus tractationem proſequamur.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De illo qui ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Et ad Nou. 3. De heredit. & Falcid.

SVMMARIA.

1 *Queſtio de eo qui per imperitiam notarij ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum an & quomodo ſuccedere poſſit.*
2 *Queſtionis ſenſus.*
3 *Sententia Bartoli aſſerentis eſſe in poteſtate ſubſtituti vtrum velit ſuccedere ex directa ſubſtitutione, an ex fideicommiſſaria.*
4 *Probationes quibus vtitur Bart.*
5 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*
6 *Senatuſconſultum Pegaſianum quo olim cogebantur heredes adire fideicommiſſario poſtulante, à Iuſtiniano penitus eſt ſublatum.*
7 *Non poteſt hodie cogi heres inſtitutus vt poſt repudiationem adeat fideicommiſſario poſtulante.*
8 *Subſtitutus vulgaris idemque fideicommiſſarius quid iuris habeat in ſuccedendo.*
9 *Ratio Conſtitutionis Nou. 1.*
10 *Cur olim liceret vulgari ſubſtituto eidémque fideicommiſſario vniuerſali omiſſa ſubſtitutione cogere heredem vt adiret.*
11 *Quatenus locus ſit priuilegio inducto à Iuſtiniano Nou. 1. c. 1.*
12 *Non magis hodie intereſt vulgaris ſubſtituti eiuſdémque fideicommiſſarij, vt hereditatem adeat ex lege Iuſtiniani, quàm ex vulgari ſubſtitutione.*
13 *Differentia inter coactionem quæ fiebat olim ex Pegaſiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio, Nou. 1.*
14 *Fideicommiſſarius vniuerſalis, qui quatenus talis adit, ſi itidem fuerit vulgaris ſubſtitutus, ad omnia ſubſtitutionis onera tenetur.*
15 *Qui amiſit vulgarem ſubſtitutionem non poteſt adire hereditatem ex fideicommiſſo: alio herede ex teſtamento exiſtente.*
16 *Quorum interſit vt teſtator habeat heredem teſtamentarium.*
17 *Fideicommiſſario vniuerſali quando locus ſit ex conſtitutione, Nou. 1.*
18 *Suus heres impubes non poteſt cogi vt adeat hereditatem, ſed vt reſtituat hereditatem cui ſe immiſcuit.*
19 *De ſubſtitutione facta per verba partim directa partim obliqua vel communia traditio Bartoli refutatur.*
20 *Cur odioſa à Sc̃to. Pegaſian. introducta coactio.*

1 FAcit † imperitia notariorum noſtri temporis, vt in pleriſque teſtamentis, tum quoque cùm inſtituto heredi iam puberi facta ſubſtitutio eſt, in concipienda tamen clauſula ſubſtitutionis hæc verba adiiciantur, *vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum*, dum id agunt miſeri notarij, ne quid per imperitiam omittere videantur, nec tamen quid ſit vulgariter, aut pupillariter aut per fideicommiſſum ſubſtituere intelligunt. Nec deſunt qui etiam interſerant, *exemplariter*, digni ſanè quibus ipſis exemplariter ſubſtituatur, qui ſunt adeò ſtulti, vt etiam ſanæ mentis heredi exemplariter ſubſtitui poſſe arbitrentur. Niſi fortè digniores ſunt, quibus parcatur, quàm qui puberi pupillariter ſubſtitutum fuiſſe ponunt, cùm ſit multò faciliùs, vt ex ſano & prudente homine fiat quis demens & furioſus, quàm vt ex pubere fiat impubes. Non eſt igitur inutilis & ocioſa quæſtio de poteſtate ſupradictæ clauſulæ. Quo ſcilicet iure poſſit ſuccedere, qui ita ſubſtitutus eſt. An ex vulgari, an ex pupillari, ſi fortè inſtitutus, quod plerumque euenit, impubes fuit, an denique ex fideicommiſſaria, & an electionem habeat ex vtra ſuccedere malit: an verò inutilis ſit tota clauſula propter implicitam contradictionem: cùm fieri nequeat, vt eadem perſona ſuccedat eidem perſonæ iure directo, & per fideicommiſſum, præſertim cùm vulgaris ſubſtitutio fiat in caſum non aditæ hereditatis, qui dicitur primus caſus in *l. precibus* 8. *iunct. l. poſt aditam* 5. *C. de impuber. & aliis ſubſtitutionibus*, fideicommiſſaria verò non niſi in caſum agnitæ hereditatis, *l. quia poterat.* 4. *& paſſ. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Eamque quæſtionem tractat Bartolus *ad l. centurio, num.* 38. *de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Non quaſi poſſit dubitari, † quin 2
ex ſupraſcriptis verbis valeat ſubſtitutio tanquam vulgaris, contingente caſu vulgari, itémque tanquam pupillaris contingente caſu pupillari, denique tanquam fideicommiſſaria contingente caſu fideicommiſſi: ſed vt ſciamus an contingente caſu vulgaris ſubſtitutionis id eſt, non adita per inſtitutum hereditate, permittendum ſit ſubſtituto, vt nihilominus cogat heredem adire, & hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, an verò cogendus ſit ſuccedere iure directo, & ex vulgari ſubſtitutione ſi hereditatem obtinere velit. Concludit autem Bartolus † eſſe in electione ſubſtituti, vtrum velit 3
ſuccedere ex directa ſubſtitutione, an ex fideicommiſſaria. Quemadmodum etſi ſubſtitutio facta eſſet per verba, quorum alterum eſſet merè directum, vt ipſe loquitur, alterum merè obliquum, vel etiam commune: aut vnum merè obliquum, alterum commune, vt in exemplis ibidem allatis. Erit igitur ſecundum Bartolum in poteſtate vulgaris ſubſtituti, eiuſdémque fideicommiſſarij, vtrùm repudiante inſtituto malit ſuccedere directo, & ex vulgari ſubſtitutione an heredem compellere, vt adeat & reſtituat. Quam ſententiam communiter receptam eſſe teſtatur poſt alios Mich. Craſſ. *in §. ſubſtitutio, quæſtio* 8. *numero vltimo*, eamque probat † Bartolus ex *leg. ſi quis ſeruo* 56. *D. de manumiſſ.* 4
teſtament. vbi ſcribit Paulus, Si quis ſeruo dederit teſtamento libertatem & directò, & per fideicommiſſum, in poteſtate ſerui eſſe, vtrùm velit ex directo, an ex fideicommiſſo ad libertatem peruenire, & ita Marcum Imperatorem reſcripſiſſe: ſed meliùs & apertiùs ex *leg. recuſare* 6. *§. Titius. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* vbi Vlpianus ait, Si Titius heres inſtitutus Sempronio ſubſtituto rogatus ſit eidem Sempronio hereditatem reſtituere, & inſtitutus ſuſpectam dicat

Digitized by Google

hereditatem, poſſe quidem deliberari tanquam de re dubia, vtrum cogendus ſit adire Sempronio poſtulante, ſed tamen verius eſſe cogendum eum: quia, inquit, Sempronij poteſt intereſſe vt habeat hereditatem ex inſtitutione, id eſt, ex iure & perſona inſtituti, in cuius nimirum iura ſuccedit, cùm per fideicommiſſum reſtituitur hereditas ex Trebelliano, potiùs quàm ex ſubſtitutione, ſi fortè ſubſtitutio legatis vel libertatibus onerata ſit. Nam etſi legitimus heres fuerit is, cui fideicommiſſaria hereditas relicta eſt, idem dicitur, vt non eo minùs poſſit heredem inſtitutum cogere ad adeundum, quòd omiſſa ex teſtamento hereditate ſucceſſurus ſit ab inteſtato, ſi malit ſuccedere ex teſtamento. Qui §. tam apertus eſt pro Bartolo, vt vix vllus du-
5 bitationi locus relictus eſſe videatur. Mihi † tamen dubitationem illud facit quod video coactionem illam quæ fideicommiſſario poſtulante fieri olim ſolebat ex Senatuſconſulto Pegaſiano, ſublatam eſſe hodie, to-
6 túmque † ipſum Senatuſconſultum Pegaſianum abolitum ea Iuſtiniani conſtitutione quæ extat *Nouell. 1. de heredit. & Falcid.* vbi ſancit inter cætera, vt nolente inſtituto adire, neque ſubſtituto vulgari, neque herede, liceat fideicommiſſario vniuerſali hereditatem ſibi per aditionem acquirere, aut ſi fideicommiſſarius vniuerſalis nullus ſit vel adire nolit, idem iuris habeat fideicommiſſarius ſingularis, aut legatarius, prout à teſtatore magis honoratus quiſque ſit non ex ordine ſcripturæ, ſed ex relicti quantitate, quouſque ad ſeruos perueniatur, quibus libertas eodem teſtamento relicta ſit, inter quos tamen ordo nominationis attendatur, poſtquam non magis precioſa videri poteſt libertas, quæ vni quàm quæ alij relicta fuit. Non poteſt igitur
7 verum eſſe † quod noſtri volunt, & quod Vlpiani temporibus verum erat, cogendum heredem inſtitutum, vt poſt repudiationem adeat fideicommiſſario poſtulante. Inauditum enim eſt vt coactio fiat alio iure quàm Senatuſconſulto Pegaſiano, quod tamen hodie nullum prorſus eſt, abrogato etiam magna ex parte Trebelliano eadem Iuſtiniani conſtitutione, præſertim verò ſi aliam iungas quæ eiuſdem Iuſtiniani eſt in *leg. penultim. Cod. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, *de quo alibi ſcripſimus.* Porrò ceſſante coactione alteru-
8 trum neceſſarium videtur, vt vel ſubſtitutus † vulgaris idémque fideicommiſſarius adeat ex vulgari ſubſtitutione, vt coheredem, ſi quis ſit, excludat, (ſolum namque inſtitutum, eique datum ſubſtitutum præfert coheredi Iuſtinianus,) vel vt locum faciat coheredi, eúmque præferri patiatur ſi nolit ipſe ſubſtitutus ſuccedere niſi ex fideicommiſſo, cùm fideicommiſſario vniuerſali coheres eadem conſtitutione præferatur. Et quamuis coheres quoque ex aliqua fortaſſis cauſa adire nolit, vix tamen eſt vt eius conſtitutionis prætextu fauendum vſque adeò ſit vulgari ſubſtituto, qui egit ipſe etiam quantum potuit vt teſtamentum deſtitueretur, vti permittendum ei ſit tandem hereditatem adire iure fideicommiſſarij vniuerſalis, tametſi alij cuilibet fideicommiſſario vniuerſali idipſum permitteretur, cùm non alia, ſaltem melior Iuſtinianeæ conſtitutionis
9 † ratio adferri poſſit, quàm quod iniquum videretur ſola voluntate eorum, qui hereditatem ex teſtamento adire potuiſſent, deſtitui teſtamentum in eorum iniuriam quibus aliquid eo teſtamento relictum eſſet, ac quibus imputari nihil poſſet. Quæ ratio non poteſt conuenire fideicommiſſario vniuerſali, qui cùm eſſet ille vulgaris quoque ſubſtitutus & hereditatem ex eo capite conſequi poſſet, noluit tamen adire. Huic enim poteſt imputari cur non adierit cùm potuerit. Et quamuis ea ratio non potuiſſet olim ſufficere ad hoc vt eſſet ille habendus indignus auxilio Senatuſconſulti Pegaſiani, quod generaliter & indiſtinctè loquebatur de cogendo herede rogato quoties fideicommiſſarius vniuerſalis quilibet hereditatem fideicommiſſariam ſuo periculo adiri ſibique reſtitui poſtularet. Ceſſante tamen nunc ſublatóque Pegaſiano cui iam nullo penitus caſu locus eſſe queat, ſufficit hæc eadem ratio, ne is de quo tractamus admittendus ſit ad beneficium illud Iuſtiniani, tam nouum mirúmque, quo factum eſt vt hereditatem adire poſſit etiam is qui nullomodo nullaque ex parte fuit inſtitutus. Nec enim quicquam eſt in tota Iuſtiniani conſtitutione ex quo poſſit conijci voluiſſe Iuſtinianum, vt ſi quando idem eſſet vulgaris ſubſtitutus & vniuerſalis fideicommiſſarius, liceret ei repudiata ſubſtitutione, ex qua iure communi adire potuiſſet implorare beneficium & priuilegium nouæ conſtitutionis ad hereditatem adeundam ex fideicommiſſo. Eratque olim multo facilius vt vulgari ſubſtituto poſt omiſſam quoque ex ſubſtitutione hereditatem ſupereſſet auxilium Senatuſconſulti Pegaſiani, quod erat ex iure communi, quàm vt hodie liceat ei repudiato remedio illo quod vnicum habet ex iure communi adeundæ hereditatis ex ſubſtitutione, priuilegium poſtulare, cuius poſtulandi neceſſitatem vltro ipſe ſibi impoſuerit, & quod tamen non aliam ob cauſam inductum eſt quàm vt iis ſubueniretur qui alioquin per alterius factum & iniuriam periclitarentur. Accedit quòd ratio quæ olim faciebat vt liceret vulgari ſubſtituto eidémque fideicommiſſario vniuerſali omiſſa ſubſtitutione cogere heredem ad adeundum, eadem locum hodie habere non poteſt ad Iuſtiniani beneficium pro eo
inducendum. Ratio illa † erat quam ex Vlpiano iam 10
attulimus, quod poſſet intereſſe ſubſtituti hereditatem conſequi ex fideicommiſſo potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione, ſi fortè ſubſtitutio legatis & libertatibus
onerata proponeretur. At Iuſtinianus † non aliter 11
priuilegio ſuo locum eſſe vult quàm ſi is qui ex eo hereditatem adit, omnia præſtet quæcunque teſtamento illo præſtari teſtator voluit, déque ea re cautionem interponat, onere, vt ait conſtitutio, vbique cohærente.
Nihil igitur hodie † poteſt intereſſe vulgaris ſubſtituti 12
eiuſdemque fideicommiſſarij vt hereditatem habeat ex lege Iuſtiniani potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione: cùm vtroque caſu perinde fiat vt libertatibus & legatis, quibus onerata ſubſtitutio eſt, obligetur. Imo multo durius ſi ex lege Iuſtiniani ſuccedat quàm ſi ex vulgari ſubſtitutione, quoniam ſuccedendo ex Iuſtiniani lege omnia omnino præſtare debet quæcunque teſtamento cuilibet & quolibet relicta fuerunt, cum tamen ſi ex vulgari ſubſtitutione ſuccederet, ea tantum deberet, quæ à ſe vel nominatim relicta, vel ex reſcripto Seueri tacitè repetita eſſent, non etiam quæ ab inſtituto nominatim data fuiſſent *l. licèt Imperator 74. de legat. 1.*
Et verò manifeſta inter † coactionem quæ fiebat olim 13
ex Pegaſiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio Iuſtiniani diſſimilitudo illa eſt, quod cum heres inſtitutus, qui ſuſpectam dixerat, olim cogebatur adire ex inſtitutione, faciebat aditio illa quantumuis coacta, vt deficeret conditio vulgaris ſubſtitutionis, quæ illa erat, ſi is qui ſcriptus heres fuerat, heres non eſſet, ac proinde vt intercederent illa etiam omnia legata fideicommiſſa, & libertates, quibus onerata ſubſtitutio fuiſſet: quorum ſcilicet præſtandorum obligatio nulla ſubeſſe poterat, quin prius conditio ſubſtitutionis extitiſſet, adeoque hereditas adita ex ſubſtitutione fuiſſet. Nec enim minus heres fiebat qui coactus adierat quam qui vltro & ſponte. Alioqui fruſtra fuiſſet coactio quæ effectum illum acquiſitionis hereditatis non induxiſſet. At cùm hodie ex priuilegio legis Iuſtinianeæ fideicommiſſarius vniuerſalis adit hereditatem, non ideo fit vt qui primo loco heres ſcriptus fuerat, heres fiat, quinimo vt neque heres ſit, neque heres fieri vnquam poſſit, adita iam ab alio hereditate, cùm neque plures in ſolidum heredes eſſe poſſint vnius eiuſdémque hominis, neque is qui ſemel heres fuit deſinere vnquam heres eſſe. Ita fit vt vulgaris ſubſtitutionis conditio

non

non ſolùm exiſtat, ſed etiam ita exiſtat, ne poſtea deficere vnquam poſſit, ſublato iam vetere illo iure cogendi ex Pegaſiano heredis ad adeundum poſt repudiationem, & conſequenter vt libertates, legata & fideicommiſſa omnia, quæ à ſubſtitutione vulgari relicta fuerunt, debeantur, non minùs quàm quæ ab inſtitutione, tametſi vulgaris ſubſtitutus non adeat hereditatem ex ſubſtitutione. Nam neque inſtitutus adiit, quem nos ponimus & repudiaſſe, & cogi vt adeat amplius non poſſe. Neque tamen dubitandum eſt, quin ſi fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue ſingularis, ſiue aliquis ex legatariis ſecundum ordinem à Iuſtiniano præſcriptum hereditatem adierit, omnia debiturus ſit, quæcunque & ab inſtituto relicta fuerint & à ſubſtituto: quia licèt ad inducendam obligationem eorum præſtandorum, quæ vel ab inſtituto, vel à ſubſtituto relicta ſunt, non ſoleat ſufficere quod extiterit conditio inſtitutionis vel ſubſtitutionis, niſi etiam illud concurrat vt adita ſit hereditas ex inſtitutione vel ex ſubſtitutione: hoc tamen nouum & ſingulare ius eſt à Iuſtiniano inductum conſeruandarum vltimarum voluntatem gratia, cùm nulla in eo fiat iniuria illi qui ad onerum ab inſtituto vel ſubſtituto relictorum præſtationem obligatur, cui è contrario ſupra modum fauetur in eo, quòd non ſolùm ea conſequitur quæ ſibi relicta fuerant, & quæ alioquin ex iuris veteris ratione intercidiſſent, ſed etiam hereditatem ſibi totam acquirit, in qua tamen non fuerat inſtitutus: oneribus autem hereditariis ideo tantùm adſtringitur, quia heres eſſe voluit, cùm aliorum exemplo hereditatem repudiare potuiſſet ſi voluiſſet, ac niſi tanti æſtimaſſet relicto ſibi commodo non carere. Quanto igitur magis ad
14 omnia † ſubſtitutionis onera exequenda obligatum eſſe oportebit fideicommiſſarium vniuerſalem, qui hereditatem adierit ex Iuſtiniani conſtitutione, ſi idem ille ſit vulgaris quoque ſubſtitutus, tametſi non tanquam ſubſtitutus adierit, ſed tanquam fideicommiſſarius vniuerſalis? Quod ſi nihil ei profuturum eſt hereditatem adiiſſe ex fideicommiſſo, potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione: imo nociturum quod ad legata & fideicommiſſa ab inſtituto nominatim relicta, quæ ille ex Iuſtiniani lege præſtare cogeretur, non præſtiturus ſi ſuo communique iure adiiſſet ex ſubſtitutione (nec enim Iuſtinianus noui quicquam induxit eo caſu, quo adeatur hereditas ſiue ab inſtituto, ſiue à ſubſtituto, qui poſſit adire ex iure communi) Concludo nullam
15 hodie ſubeſſe rationem † propter quam permittendum ei ſit etiamſi maximè velit adire ex fideicommiſſo poſtquàm omiſerit vulgarem ſubſtitutionem (quam vtique omittit, quiſquis hereditatem habere mauult ex fideicommiſſo, vel ob hoc ipſum quod fideicommiſſum agnoſcit) ſed ad alios eodem teſtamento honoratos peruenire hereditatem debere, ſi qui ſint qui heredes eſſe velint. Nam omnibus repudiantibus, cùm nemo ſit futurus qui huic vulgari ſubſtituto controuerſiam faciat hereditatis, ne quidem fiſcus, quem ego poſt honoratos omnes, ſi hereditatem habere vellet, ei præponerem. Nec impedio ego quominus ſit heres hic ſubſtitutus vero iure velit ſiue ex fideicommiſſo, ſiue ex vulgari ſubſtitutione, vt, quod Iuſtinianus omnino agit, heredem aliquem ex teſtamento defunctus habeat potiùs quàm nullum. Siquidem in eo verſatur commo-
16 dum † non ſolùm teſtatoris, cuius & voluntati & exiſtimationi conſulitur, ſed etiam creditorum & legatariorum, iniuria verò nullius, præterquàm legitimorum heredum, quorum tamen nullam hic rationem haberi Iuſtinianus voluit, quandiu ratione aliqua poſſet fieri vt teſtamentum non deſtitueretur. Sed ſi quis ex eo teſtamento heres alius eſſe poſſit quàm hic ſubſtitutus vulgaris: idémque fideicommiſſarius vniuerſalis, etiam fiſcus, vt dixi (hoc enim caſu fiſcum admittit Iuſtinianus, non vt aliàs admitti iure communi fiſcus ſolet: tanquam ad bona vacantia nemine herede exiſtente: ſed tanquam heredem ex teſtamento, quamuis non niſi poſt legitimos ſucceſſores, quos ipſos quoque vult admitti ſuo ordine, id eſt, poſt omnes in teſtamento nominatos, nec tanquam legitimos, ſed velut ſcriptos, vt eo colore teſtamenti oneribus adſtringantur.) Non patiar vt hodie in ipſius electione ſit hereditatem ex fideicommiſſo adire, quam omiſerit ex vulgari ſubſtitutione: quando nec Iuſtiniani conſtitutio locum † vllum facit fideicommiſſario vniuerſali 17
niſi poſt excluſum gradum vulgaris ſubſtitutionis, §. *ſi verò ſubſtitutio*, *d. Nouell.* 1. Quam enim electionem dabat ei ius vetus, non alia de cauſa dabat, quàm quòd ipſius intereſſet, aut ſaltem intereſſe aliquo caſu poſſet, non quod ipſius leuitati & inconſtantiæ videretur indulgendum, vt hereditatem quam ex vno capite omiſiſſet, ex alio ad eundem prorſus effectum conſequendum agnoſceret. At hodie neque ipſius intereſt, neque intereſſe vllo caſu poteſt. Eandem igitur electionem ei dare, quam dat Bar. & poſt eum cæteri, abſurdum ſanè eſt. At neque video quorſum noſtri hoc in caſu de coactione tractent, cùm quæſtio ſit de ſubſtitutione facta impuberi filio qui fuerit in patris morientis poteſtate, atque ita ſuus heres patri (Alioqui non minùs ineptè adiecta eſſet in huiuſmodi ſubſtitutione dictio *pupillariter*, quàm ſi ſuo quidem heredi: ſed tamen iam puberi facta ſubſtitutio probaretur.) Siquidem † 18
ſuus heres cùm idem ſemper ſit & neceſſarius, nulla indiget aditione *l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit.* at neque immixtione, ſi modo hereditatem reſtituere ex Trebelliano velit, *l. ita tamen* 27. §. *ſi pater filium. D. ad SC. Trebell.* Quòd ſi nec hereditatem reſtituere velit, quam ipſo iure acquiſitam habet, nec ei ſe immiſcere, fateor coactionem quidem fore neceſſariam nec tantùm vt reſtituat, ſed etiam vt ſe immiſceat, *d. l. recuſare* 6. §. *Sed & ad filium. eod.* quia prætor, ex cuius iuriſdictione fideicommiſſi reſtitutio fit, neque poteſt habere pro herede filium qui ſe abſtinuit, quantum ad onus aliquod ei iniungendum, quale eſt reſtitutionis, *l. ſi filius* 12. *D. de interrog. in iur. fac.* neque habere hereditatis reſtitutionem pro bona ab eo factam quem non habeat pro herede. Sed nego cogendum à prætore filium vt adeat, quia cùm abſentia, quæ ex eiuſdem prætoris iuriſdictione eſt: neque ius neque nomen ſui heredis tollat, non poteſt fieri vt adire cogi debeat is qui iam heres eſt *l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert. l. neceſſariis* 57. *D. de acquir. heredit.* ſed ſufficit vt ſe immiſceat ad hoc, vt à prætore habeatur pro herede, qualis re vera eſt. Quod autem addit Bartolus de ſubſtitutione † facta per verba partim directa 19
partim obliqua vel communia, vt eo caſu electionem ſubſtituto det an ſuccedere velit ex iure directo an ex fideicommiſſo, ridiculum etiam eſt, & ex iis quæ iam diximus, ſatis confutatum. Cùm non poſſit locus eſſe huic electioni præterquàm inſtituto repudiante, qui cogi poſſit ex Pegaſiano ad adeundum. Nam ſi poneres inſtitutum adiiſſe, intercideret vulgaris ſubſtitutio *dict. l. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Si verò ponas repudiaſſe, fit quidem locus ſubſtitutioni vulgari, ſed nullus fideicommiſſo relinquitur quo ſcilicet in neceſſarium antecedens præſupponit aditam fuiſſe hereditatem. Itaque vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit, alterutrum prorſus neceſſarium eſt, vt vel inſtitutus cogatur adire, quomodo cogebatur olim ex Pegaſiano, vel adeat ipſe hereditatem iure fideicommiſſarij vniuerſalis, ex noua Iuſtin. conſtit. in *d. Nouell.* 1. *D. de heredit. & Falcid.* Atqui neutrum dici poteſt, quia neque cogendi heredis ius vllum ſupereſt poſt ſublatum ſupradicta Iuſtiniani lege Pegaſianum, neque rurſus Iuſtinianeæ conſtitutionis priuilegium fauórque implorari ab eo poteſt, qui ſubſtitutionis onera detrectat, quique ob eam cauſam ex ſubſtitutione heres

heres eſſe noluit cùm poſſet. Neceſſe igitur eſt, vt quiſ-
quis hodie vulgariter & per fideicommiſſum ſubſtitu-
tus fuit, nullo caſu electionem habeat ſuccedendi vel
ex vulgari ſubſtitutione vel ex fideicommiſſo, ſed co-
gatur vel omnino ſuccedere ex fideicommiſſo, ſi adita
vltro fuerit ab inſtituto hereditas, vel ex vulgari ſub-
ſtitutione ſi inſtitutus repudiauerit, vel nullomodo.
20 Ac ſanè † odioſa res illa erat quam Senatuſconſultum
Pegaſianum induxerat vt poſtulante fideicommiſſario
cogi heres poſſet ad hereditatem adeundam, quam non
modo ſuſpectam dixiſſet, verùm etiam expreſſim repu-
diaſſet: cum ea coactio fieri non poſſet citra vim ali-
quam & impreſſionem quæ ciuis Rom. libertatem ali-
quo modo imminuere ac lædere videretur: ob idque
nec facilè permittebatur vt adire quis cogeretur: ne
quidem prætextu reſtituendæ hered. fideicommiſſ.
quantum neceſſe eſſet ad voluntatem defuncti conſer-
uandam & indemnitatem fideicommiſſ. præſtandam.
Vnde erat quod pluribus heredibus inſtitutis, ſi omnes
recuſarent, ſatis erat vel vnum cogi adire, ne iniuria
fieret alteri, ſi fruſtra nulláque imminente neceſſitate
cogeretur. *l. cogi 16. §. cùm quidam iunct. l. apud Iulia-
num 11. §. idem Iulianus, & d. l. ita tamen 27. §. à pa-
tre, verſ. quod ſi duo. D. ad Senatuſconſultum Trebellia-
num*, quamuis non ideo damnum eſſet ſubiturus ex ea
aditione quam coactus, & alieno periculo feciſſet *l. 4.
eod.* Vt non abs re Iuſtin. remedium illud coactionis
ſublatum voluerit, & aliud introductum non minùs
quidem à ratione iuris alienum, ſed tamen fauorabilius
hoc ipſo, quod expeditius ad conſeruanda non modò
fideicommiſſa vniuerſalia, quibus ſolis Senatuſcon-
ſultum Pegaſianum proſpexerat, ſed etiam ſingularia,
itémque legata, & libertates, omnia denique vtiliter
relicta in teſtamento, quod alioqui eſſet in eo vt deſti-
tueretur. In eo quoque errat Bartolus quod ſupponit
verba quædam eſſe communia. Qui error quoniam in
hoc, De ſubſtitutionibus tractatu omnium frequentiſ-
ſimus & pernicioſiſſimus eſt, cogit nos vt in eum ſe-
quenti capite diſputemus.

ERROR II.

De verbis quæ vocant communia, Quale eſſe volunt verbum ſubſtituo, *Et de verbo* inſtituo.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de verbis communibus multorum grauiúmque errorum cauſa.*
2 *Verborum quibus vti ſolent teſtatores, diuiſio interpretum trimembris.*
3 *Sententia autoris de propoſita diuiſione.*
4 *Directorum verborum vſus.*
5 *Obliqua ſeu precaria verba in quem vſum comparata.*
6 *Precaria verba quæ: quæ item imperatiua.*
7 *Nulla eſſe verba communia aduerſus interpretes.*
8 *Verba quædam eſſe communia perperam colligi ab interpretibus ex l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pup. ſubſtit.*
9 *Couarruuiam malè fulcire errorem interpretum ex leg. generaliter. §. cùm autem. Cod. de inſtitut. & ſubſtit.*
10 *Verbum* ſubſtituo *non æquè ſignificat fideicommiſſum ac ſubſtitutionem vulgarem.*
11 *Verbum* inſtituo *an directum & n. 15.*
12 *Verbum* iubeo *quale.*
13 *Verborum directorum inepta diſtinctio à Bartolo inuecta conuellitur.*
14 *Verba communia iure gentium qualia Bartolo.*
16 *Lex nulla fit verbis indicatiuis, ſed ſemper imperatiuis.*
17 *Verbi* lego *vis propria.*
18 *Quodnam verborum diſcrimen ſuſtulerit Conſtantin.*
19 *Verbum* ſubſtituo *an directum, an verò commune.*
20 *Verba inflexa ſiue obliqua non ſemper accipiuntur pro precariis, & quodnam ſit inter hæc diſcrimen.*
21 *Summa verborum diuiſio, & ſubdiuiſio ex veriori autoris ſententia.*

GRedi † vix poteſt, quàm multorum, quàm- 1
que grauium errorum pater iſte ſit, quem
non profligandum ſuſcipimus, De verbis
communibus, quomodo à noſtris appel-
lantur illa quæ illi, & directa & precaria ſimul eſſe arbi-
trantur. Nam ſiue de vulgari, ſiue de pupillari, ſiue de
fideicommiſſaria, vel etiam compendioſa, vt vocant,
ſubſtitutione diſputatio apud noſtros inſtituatur, ſtatim
videas eos diſtinguere, quibus verbis ſubſtitutio facta
proponatur, an directis, an obliquis, an communibus,
& pro verborum diuerſitate aliter atque aliter ad quæ-
ſtionem quamlibet propoſitam reſpondere. Sed &
inde fluxerunt nouæ illæ ſpecies ſubſtitutionum fidei-
commiſſaria & compendioſa, quas neque prudentes
noſtri, aut Imperatores vnquam agnouerunt, neque
ipſi etiam interpretes induxiſſent, ſi commentum iſtud
verborum communium, in quo ſibi tantopere placent,
reiicere potuiſſent, vt ex iis quæ poſtea circa fideicom-
miſſariam & compendioſam ſubſtitutionem tractabi-
mus, intelligitur. Summam ergo verborum † quibus 2
teſtatores in teſtamentis, præſertim verò in ſubſtitu-
tionibus vtuntur, diuiſionem illam eſſe volunt, vt alia
ſint directa, quæ & legitima, & ciuilia, & imperatiua
dicuntur à prudentibus: alia iſtis ex diametro oppoſi-
ta, obliqua, inflexa, illegitima & precaria, aut vt loqui-
tur Vlpianus in fragmentis, precatiua. Alia denique
communia quæ vtrique vſui ſeruiant, exprimendæ ſci-
licet voluntatis, ſiue directæ, ſiue precariæ. De verbis
† directis, itémque de precariis dubitatio nulla eſt, 3
quin & aliqua ſint, & eum vſum habeant quem inter-
pretes volunt, nimirum directa † illum, vt ſubſeruiant 4
teſtatori aliquid in teſtamento imperanti poſtquàm
lege duodecim tabularum conſtitutum eſt, vti paterfa-
milias quilibet ſuæ rei legaſſit, hoc eſt, legem fecerit,
ita ius eſſe. Legis enim hoc inter cætera proprium eſt,
imperare, *l. legis virtus 6. D. de legib.* vnde eſt quod
pro ſynonimis omnia iſta vſurpantur, *verba directa, le-
gitima, ciuilia imperatiua*, quoniam leges ciuiles, cùm
imperant, & vt imperent, eiuſmodi verbis vtuntur.
Obliqua † verò & precaria in eum vſum comparata eſſe 5
conſtat: vt inſeruiant teſtatori ſi quando tale aliquid
conſtituat quod fieri quidem velit: ſed quod tamen
imperare, aut nolit, aut non poſſit, hoc eſt cùm per fi-
deicommiſſum aliquid relinquit. Quænam verò iſta
verba † ſint, ſaltem quæ magis in vſu habeantur docet 6
Iuſtinianus in *§. vltim. Inſtitut. de ſingul. reb. per fideic.
relict.* vbi ait eſſe iſta, *rogo, peto, volo, mando, fidei tuæ
committo*, quæ ſingula perinde, inquit, firma ſunt atque
ſi omnia in vnum coniecta eſſent. Directa nuſpiam nu-
merantur aut in exemplum adferuntur: quoniam eiuſ-
modi ſunt omnia quæ ſunt imperatiua, & ea tantùm
quæ ſunt imperatiua, quæ dignoſcere difficile non eſt,
vel minimo grammatico, nedum Iuriſconſulto. etſi in
hoc quoque ab interpretibus & pragmaticis noſtris er-
ratur, vt mox dicemus. De communibus præcipua fe-
réque tota diſputatio eſt, quæ etſi longiorem tractatum
exigeret, quia tamen iam ſatis fusè à nobis pertractata
fuit *lib. 14. Coniect. cap. 2.* breuiores hîc nos eſſe facilè
patietur.

7 patietur. In ſumma negamus verba † vlla eſſe com-
munia eo ſenſu quo eſſe volunt interpretes, id eſt,
quæ & directorum vim habere poſſint: præſertim in
eadem clauſula & ab eodem teſtatore prolata, & ad
eandem rem ac perſonam relata. Cùm fieri nequeat,
vt quis vno eodemque verbo & roget ſimul & impe-
ret non magis quàm ſi vellet eodem ſpiritu flare, vt
apud Plautum eſt, & ſorbere, Magnum verò & inuin-
cibile pro nobis argumentum eſt, quod cùm tot locis
agatur in iure noſtro de verbis directis &, obliquis,
nuſquam tamen videas mentionem factam commu-
8 nium. Nam qui vnus locus † in hanc rem adduci ſolet
ex *leg. iam hoc iure 4. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* in
illis verbis, *hoc communi verbo, eoſque inuicem ſubſtituo*,
ad rem omnino non pertinet, vt & Bartolus ipſe ad
eam legem bene animaduertit: licet non omnino bene
ſenſum Modeſtini perceperit. Non enim is Modeſtini
ſenſus eſt, qui interpretum, vt verbum, *ſubſtituo*, com-
mune ſit ad directam, & ad fideicommiſſariam ſubſti-
tutionem, in quo miror ex recentioribus hallucinatum
Didicum Couarruuiam, receptis aliorum erroribus vt
paſſim ſolet inſiſtentem ad *cap. Raynutius. §. 9. num. 5.
Extr. de teſtam.* (nec enim tractat ibi Modeſtinus de
fideicommiſſaria, ſed tantùm de vulgari & pupillari
ſubſtitutione quæ vtraque eſt directa) Nec ruſum
quomodo politiores plerique intelligunt vt verbum,
ſubſtituo, ſit commune ad vulgarem & pupillarem ſub-
ſtitutionem, etſi verum hoc eſſe non inficior. Sed com-
mune verbum dixit Modeſtinus totam illam formulam,
eoſque inuicem ſubſtituo, in qua dictio, *inuicem*, ſola illa
eſt quæ facit vt ſubſtitutio ſit communis & reciproca
inter illos omnes quibus facta fuit, acſi alter alteri no-
minatim viciſſimque per duplicem formulam fuiſſet
9 ſubſtitutus. Quod verò idem Didacus † poſt alios pro
eadem Bartoli ſententia tuenda textum adfert Iuſtinia-
ni in *leg. generaliter 6. §. cum autem. Cod. de inſtitut. &
ſubſtitut.* vbi ſubſtitutionem pro fideicommiſſo Iuſti-
nianus dixit, quàm parum ad rem faciat oſtendemus
cùm tractabimus, & probabimus fideicommiſſariam
ſubſtitutionem propriè nullam eſſe: quæ ſcilicet fieri
poſſit per verbum, *ſubſtituo*, quamuis ſumpta largo
modo ſubſtitutionis appellatione pro ſubrogatione
qualibet, quæ vnius rei in alterius locum fiat, poſſis
perinde fideicommiſſariam ſubſtitutionem dicere, at-
que dicimus ſubſtitutionem vitium aut arborum quæ
ſubrogatæ ſunt in locum demortuarum. Sed aliud eſt
dicere ſubrogationem illam fideicommiſſarij in locum
heredis quæ fit per fideicommiſſum eſſe ſubſtitutio-
nem. Aliud verò dicere quod interpretes noſtri volunt:
10 fideicommiſſum † quoque non minùs quàm vulgarem
ſubſtitutionem per verbum *ſubſtituo* fieri poſſe: quod
dicere falſum eſt. Subſtitutio namque in hereditate
fieri nequit per verbum hoc *ſubſtituo*: quin directa
ſemper cenſenda ſit, nunquam fideicommiſſaria. Etſi
quando in libris noſtris nomen ſubſtitutionis vſurpa-
tum legimus, cùm de fideicommiſſo agitur, ponere de-
bemus relictum fuiſſe fideicommiſſum verbis precariis
& fideicommiſſo conuenientibus, vt conſtat ex *l. cum
acutiſſimi 30. C. de fideic. & leg. cum auus 102. De con-
dit. & demonſtr.* quæ iungendæ ſunt cum *dict. leg. ge-
neraliter. §. cum autem.* Itemque ex *leg. Titia Seio 87.
§. Seia libertis de leg. 2.* vbi Paulus duos ſubſtitutionis
gradus factos eſſe ait, & quidem in fideicommiſſo, nec
tamen ponit factum fuiſſe fideicommiſſum per verbum
ſubſtituo: ſed per verbum *fideicommitto*, adiecto etiam
illo *reſtituat*, quæ nemo vnquam dixit aut directa eſſe,
aut communia verba. Nec diſſimilis Bartoli error eſt,
11 cùm, vt probet verbum † *inſtituo* eſſe directum, adducit
eos locos qui loquuntur de herede inſtituto vt *leg. 1.
D. de heredit. inſtit. leg. 1. De vulg. & pupill. ſubſtit. leg.
penult. D. de inſpic. vent.* Quaſi verò non alius heres
inſtitutus dici poſſit quam qui ſcriptus ſit per verbum
Inſtituo, quod tamen quàm falſum ſit ex ſequentibus
apparebit. Dubitari magis poteſt de verbo *iubeo* † quòd 12
cùm ex Latini ſermonis ratione ſit precarium: non mi-
nùs quàm verbum *cupio*, interdum tamen poteſt eſſe
directum ſi pro *impero* accipiatur, *leg. 2. C. commun. de
legat.* Ad quod certè reſpicit *Vlpian. in tit. 21. quem
hered. inſtit. deb.* cùm ait illam inſtitutionem iam olim
valuiſſe *Titium heredem eſſe iubeo.* Sed tamen nuſquam
reperias poſſe illud in eadem clauſula & directum eſſe,
& precarium, nec eſt difficile ex adiunctis verbis intel-
ligere in quo ſenſu ſit vſurpatum à teſtatore. Eſt au-
tem longè abſurdior illa etiam Bartoli diſtinctio † cir- 13
ca verba directa, vt eorum alia ſint ciuilia, alia non ci-
uilia, ciuilia quæ iure, inquit, ciuili ſunt introducta, vt
verbum, *heres eſto.* Non ciuilia verò quæ diriguntur ad
ſubſtitutum vt ipſe de manu ſua capiat non ab alio:
ſed quæ nullum de iure ciuili habent ſignificatum:
quoniam iuris ciuilis verba non ſunt, & ideo in dubio
intelliguntur ſecundum quod caſus eueniet. In quo
numero ponit iſta pro exemplis *accipiat, capiat, moria-
tur.* Sic enim ille ad *dict. leg. centurio num. 15. & ſeq.*
Prorſus commentitiè. Nulla enim alia directa pruden-
tes noſtri agnoſcunt, niſi quæ ſunt ciuilia, legitima &
imperatiua, vſurpantque iſta omnia pro ſynonimis, vt
ſuprà diximus & conſtat ex *leg. verbis ciuilib. 7. eod. tit.
dict. leg. 2. C. commun. de legat. leg. quoniam indignum
15. C. de teſtam.* & aliis locis quotquot ſunt qui de di-
rectis verbis loquuntur. Ex quo fortiſſimum argumen-
tum ſumitur contra Bartolum, vt ea verba quæ ipſe vo-
cat directa non ciuilia, ſicut ciuilia non ſunt, vel faten-
te ipſo Bartolo, ita neque directa eſſe intelligamus, ſi
enim directa eſſent, vtique eſſent etiam ciuilia, cùm
verborum directorum, non ciuilium nulla vſpiam men-
tio fiat. Neque verò ſi cæteris interpretibus credimus
quicquam differunt in effectu à verbis communibus
quod ad hoc vt obligari poſſint, quomodo loquitur
Mich. Craſſ. in dict. §. ſubſtitutio quæſt. 5. num. 8. Vnde
& idem *Bart. num. 44.* verba iſta directa non ciuilia ſua-
uiter appellat nouo alio nomine communia † iure gen- 14
tium. Sed erit vtilius, vt de ſingulis, aut de iis ſaltem
quorum frequentior vſus eſt diſſeramus. Primum oc-
currit verbum *inſtituo* † quo nemo dubitat quin ſit di- 15
rectum, quod nominatim tradit *Bart. ad dict. leg. centu-
rio, num. 47.* Ego verò non ſolùm dubito, ſed etiam fal-
ſum id eſſe puto, ſi prudentes noſtros conſulamus apud
quos improbatas olim fuiſſe huiuſmodi formulas inſti-
tuendi heredis *Titium heredem inſtituo*, *Titium here-
dem facio*, iam ſæpius monuimus ex Vlpiano *in frag-
ment. tit. 21. quemadm. hered. inſtit. deb.* Nempe quod
non eſſent illa verba legis, hoc eſt imperatiua ſed indi-
catiua. Lex enim permiſit quidem patrifamilias & ciui
Romano facere teſtamentum, ſed non aliter quàm ſi
faceret per modum legis. Lex † autem nulla fit verbis 16
indicatiuis: ſed ſemper imperatiuis. Nec eſt contra-
rium quod legatum valet ita datum *lego Titio fundum
Cornelianum*, cùm tamen ſit ille modus indicatiuus,
non imperatiuus. Eſt enim hæc propria vis verbi iſtius
† *lego*, vt quamuis indicatiui modi ſit: attamen pro im- 17
peratiuo habeatur, quandoquidem nihil refert an quis
dicat *lego*, an verò *per legis modum diſpono*: quo ſenſu
lex duodecim tabularum in concedenda teſtamenti fa-
ctione quæ tota ex heredum inſtitutione magis quàm
ex legatis æſtimatur, ita ſcripſit *paterfamilias vti ſua
rei legaſſit.* Hoc ipſum verò *per modum legis diſponere*,
quid aliud eſt quàm diſponere imperatiuè? Nam & ſi-
militer valuiſſet olim iſta inſtitutio quamuis per ver-
bum indicatiui modi facta, *Titium heredem eſſe iubeo
vel impero*, vt ſupradicto loco Vlp. teſtatur. Et inde eſt
quod qui olim legabat per verbum *do*, ſolebat, imò verò
debebat addere verbum, *lego*, hoc modo, *Titio fundum
Cornelianum do, lego*, ſumptis ſcilicet duobus his verbis
coniunctim pro vno, vt bene legaſſe videretur. Planè
hoc

18 hodie poſt conſtitutionem † Imperatoris Conſtantini
in *leg. quoniam indignum* 15. *C. de teſtam.* dubitandum
non eſt quin valeant huiuſmodi etiam inſtitutiones
quarum formulas iſtas expreſſim Conſtantinus pro-
bat. Verùm non quia verbum, *inſtituo*, aut, *facio*, ma-
gis directum ſit quàm olim eſſet, at quia nihil hodie
refert, an imperatiuis & directis verbis fiat inſtitutio,
an inflexis, vt lex ait, quo inflexorum nomine ſignifi-
cat Conſtantinus ea omnia quæ non ſunt imperatiua,
non quomodo vult Bartolus ea quæ oſtendant per ma-
nus alterius accipiendum eſſe id quod à teſtatore re-
linquitur, putà ſi teſtator dixerit, *mando*, vel, *volo Ti-
tium heredem eſſe*, quibus verbis nemo dixerit id actum
eſſe vt Titius hereditatem per alterius manus accipiat,
cùm eum ipſum heredem eſſe teſtator noluerit, nec ta-
men negari poteſt eſſe iſta verba inflexa, ob idque pro-
pria fideicommiſſorum, *dict. §. vlt. Inſtit. de ſingul. reb.
per fideic. relict.* hoc ipſo quod non ſunt imperatiua.
Alioquin fuerit ſanè perabſurdum exiſtimare à Con-
ſtantino factum eſſe, vt valeat hodie inſtitutio heredis
facta etiam per ea verba quæ demonſtrent voluiſſe te-
ſtatorem vt hereditas per manus alterius caperetur, putà
ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius incipiat hereditatem
meam per manus heredis legitimi*: aut ita, *Heres meus
legitimus hereditatem meam Titio reſtituito.* Ita enim
fieret vt confunderentur prorſus non tantùm iura: ſed
etiam nomina hereditatum directarum & fideicommiſ-
ſariarum, & conſequenter teſtamentorum & codicillo-
rum, de quo nunquam Conſtantinus cogitauit. Poſt
cuius conſtitutionem etſi nihil intereſt quibus verbis
directiſne & imperatiuis, an inflexis teſtator volunta-
tem ſuam declarauit, illud tamen ſemper requiritur vt
conſtet teſtatorem voluiſſe hereditatem dare non fidei-
commiſſum, & heredem facere non fideicommiſſarium.
At de illo dubitari eleganter poteſt, ſi verbum, *inſtituo*
non erat olim directum, vt proculdubio non erat, cur
19 magis verbum *ſubſtituo*, † directum cenſeretur. Dire-
ctum namque fuiſſe dubitandum non eſt, & valuiſſe
directam ſubſtitutionem ſiue vulgarem ſiue pupilla-
rem, quæ per hoc verbum, *ſubſtituo*, facta eſſet, *l. iam
hoc iure* 4. *de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. Luc. Titius
Seio* 53. *D. de heredit. inſtit.* cum tamen nihil aliud ſit
dicere, *ſubſtituo*, quam, *ſecundo loco inſtituo*, ſi nihil aliud
ſubſtituo eſt quam ſecunda inſtitutio vel ſecundi he-
redis, nec magis imperatiui modi verbum ſit, *ſubſtituo*,
quàm *inſtituo.* Sed reſpondendum eſt præcedente inſti-
tutione quæ facta ſit verbis directis & imperatiuis,
quomodo eam olim fieri neceſſe erat, verbum *ſubſtituo*,
quod ſubſequitur, habere vim & ſenſum imperatiui,
quia cùm nihil aliud ſignificet ex ſui proprietate, niſi
quòd qui ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubrogatur,
inde fit vt ſi effectum rei & voluntatem teſtatoris inſpi-
cias, quiſquis ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubroga-
tur, idem verbis directis & imperatiuis ſecundo loco
inſtitui videatur, ſcilicet iis ipſis, quibus teſtator vſus
eſt in primi heredis inſtitutione, quaſi iiſdem illis, ſed
tacitè & verborum compendio repetitis, quod non ſi-
militer dici poteſt de verbo, *inſtituo*, quod cùm ſemper
præcedere debeat, non ſequi (teſtamentum enim ab in-
ſtitutione incipere olim neceſſe erat, *l. 1. §. prius autem.
D. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. ante heredis Inſt. de legat.*)
non poteſt illam recipere interpretationem vt per rela-
tionem ad quid aliud videri poſſit facta verbis directis,
& imperatiuis, ſi nulla ſint expreſſa. Quare nec valuiſ-
ſet olim ſubſtitutio ita concepta *Titius heres eſto, ſi Ti-
tius heres non erit, Sempronium inſtituo*, quia non fuiſ-
ſent habenda pro repetitis in ſubſtitutione verba im-
peratiua, quorum loco aliud inflexum nec imperatiuum
expreſſim ſubſtitutum eſſet: quamuis non negem ho-
die poſt ſupradictam Iuſtiniani legem huiuſmodi quo-
que ſubſtitutionem iure directo valituram, quia & pri-
ma inſtitutio valeret. Ex quo apparet quantopere errет
Bartolus *dict. num.* 47. & Bartolum ſecuti cæteri exiſti-
mantes verbum, *inſtituo*, eſſe directum, *ſubſtituo* autem
commune, cùm à contrario debuerint dicere verbum
ſubſtituo, poſitum poſt inſtitutionem, verbis directis &
imperatiuis factam, eſſe merè directum, & imperatiuum
ſemper, nunquam commune, multo minùs inflexum.
Verbum verò *inſtituo*, nunquam eſſe directum aut com-
mune, ſed ſemper inflexum, quia nunquam impera-
tiuum eſt. Addidi *poſitum poſt inſtitutionem verbis di-
rectis & imperatiuis factam*, quia ſi poneres vocatum
quem fuiſſe ad hereditatem per fideicommiſſum, eique
ſubſtitutum Sempronium hoc modo, *Rogo te heres mi,
vt hereditatem meam Titio reſtituas, Titio Sempronium
ſubſtituo*, non eſſet dubitandum quin Sempronius quo-
que per fideicommiſſum ad eandem hereditatem voca-
tus intelligeretur, quandoquidem ſubrogatus eſſet in
locum Titij quem teſtator non niſi per fideicommiſſum
inuitaſſet, vt in *l. Scæuola* 76. *ad Trebell. l. cùm propone-
batur* 64. *de leg.* 2. *& alibi paſſim.* Et hoc ſenſu verum
eſt quod ait Bart. *d. num.* 47. verbum *ſubſtituo*, eſſe ge-
neralius, quàm verbum *inſtituo.* An ergo fatebimur ſal-
tem verbum hoc, *ſubſtituo* eſſe commune, tanquam
quod & directæ & precariæ ſubſtitutioni ſubſeruiat?
Ne hoc quidem. Imo inferemus ex eo potiùs neque
directum verbum eſſe cùm fideicommiſſis vſui eſſe poſ-
ſit, neque obliquum & inflexum proſit etiam ad dire-
ctam ſubſtitutionem. Eſt enim longè facilius, vt ſit neu-
trum, id eſt, neque directum neque obliquum, quàm vt
ſit vtrumque quale eſſet commune. Ac ſanè ita eſt. Non
aliam vim & ſignificationem habet hoc verbum ad ex-
primendam voluntatem, ſiue directam, ſiue precariam
quàm quæ ex diſpoſitione præcedente in qua ſubſtitu-
tio fiat, colligi poteſt, ideóque non tam commune, ſi
propriè loqui velimus, quàm indifferens dici debet.
Quod cùm ita ſit, fatendum eſt non magis fieri poſſe,
vt verbum *ſubſtituo*, poſitum poſt inſtitutionem verbis
imperatiuis conceptam flectatur ad fideicommiſſum,
quàm flecti poſſet ſubſtitutio quæ facta eſſet per verba
illa, *ſi Titius heres non erit, Sempronius heres eſto* (quam
tamen formulam nec Bart. ipſe negat trahi ad fidei-
commiſſum nunquam poſſe, ſi modo poſſit aliquo tem-
pore vel caſu valere iure directo: quoniam verba illa
non tantùm directa ſunt, ſed etiam directa ciuilia vt
ipſe loquitur ad *dict. l. centurio, num.* 15.) Si quidem nec
alia ratione poteſt iure directo valere, ſubſtitutio quæ
facta eſt per verbum, *ſubſtituo*, quàm quia videatur facta
iis ipſis verbis directis, quæ in inſtitutione præceſſe-
runt, quæ ſi non eſſent non magis poſſet valere ſubſti-
tutio facta per verbum, *ſubſtituo*, quam inſtitutio facta
per verbum, *inſtituo*, quia neutrum eſt directum, neque
imperatiuum: inſpecto ſcilicet iure vetere quod obti-
nuit vſque ad tempora Conſtantini, poſt cuius conſti-
tutionem in *d. l. quoniam indignum*, perinde ſanè valent
ſubſtitutiones directæ atque inſtitutiones etiam factæ
verbis inflexis, id eſt, non directis, non imperatiuis,
dum ne tamen precariis. Hoc enim obſeruandum eſt
non quemadmodum directa, imperatiua, legitima &
ciuilia verba pro ſynonymis vſurpantur, vt ſupra di-
ctum eſt, ita ex aduerſo, *inflexa*, † vel quod idem eſt, 20
obliqua, pro precariis ſemper accipi oportere. Inflexa
enim & obliqua opponuntur directis & imperatiuis,
non tanquam contraria, ſed tanquam contradictoria.
Precaria verò non tanquam contradictoria, ſed tan-
quam contraria. Ideoque inter directa ſeu imperatiua,
& inflexa ſeu obliqua medium nullum eſt, vt nec eſſe
ſolet inter contradictoria. Et omne verbum quod dire-
ctum atque imperatiuum non eſt, obliquum atque in-
flexum eſſe neceſſe eſt, id eſt, vt contradictionem melius
exprimamus, non directum, non imperatiuum. At in-
ter directa ſeu imperatiua & precaria, medium genus
eſt eorum, quæ nec imperatiua ſunt nec precaria & ſim-
pliciter obliqua & inflexa, cuiuſmodi iſta ſunt, *volo,
mando,*

mando, inſtituo, heredem facio, ſubſtituo, & ſi qua ſunt ſimilia: quæ nemo vtique dixerit eſſe precaria, cùm imperatiuis propiùs accedere videantur, quamquam nec verè ſunt imperatiua. Illa verè ſunt imperatiua. Illa verè ſunt precaria, *Peto, rogo, fides tua committo*. Denique omnia quæ ſunt precaria ſunt etiam obliqua & inflexa. Sed non viciſſim omnia quæ ſunt inflexa & obliqua ſunt etiam precaria. Et idcirco Conſtantinus in *d.l.quoniam*, non ita legem concepit, vt nihil hodie interſit an heredis inſtitutio facta ſit verbis imperatiuis an precariis, quod eſſet ridiculum, ſed an facta ſit verbis imperatiuis & directis, an inflexis. Summa
23 igitur † verborum diuiſio illa eſt, vt diſtinctiùs rem explicemus, quod alia ſunt directa, ſeu imperatiua, ſeu ciuilia, ſeu legitima, alia verò inflexa ſeu obliqua, id eſt non directa, non imperatiua, non ciuilia, non legitima. Rurſus inflexorum ſeu obliquorum alia ſunt precaria, alia verò non precaria, id eſt quæ non magis ſunt precaria, quàm imperatiua. Et conſequenter inflexorum ſeu obliquorum verborum ſpecies non tam media eſt inter imperatiua & precatiua, quàm ſpecies ſpecifica è diametro oppoſita verbis imperatiuis conſentáque ſub eodem genere ſcilicet verborum. Genus verò, aut vt logici vocant, ſpecies generica quod ad verba precatiua. Continens nimirum ſub ſe duas illas verborum ſpecies quarum vna ſit verborum precariorum, alia eorum quæ nec precaria ſint nec imperatiua. De aliis verbis quæ communia noſtri vocant, ſequenti capite ſubiiciamus.

ERROR III.

De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur, & aliis quæ vocant, vel directa non ciuilia, vel communia iure gentium, aut ciuili.

SVMMARIA.

1 *Quæ verba directa non ciuilia, item quæ communia ex interpretum placitis.*

2 *De verbis directis & imperatiuis nouiſſima autoris ſententia.*

3 *Cur olim dubitatum an valeret iſta inſtitutio* Titius heres ſit.

4 *Cur olim inutilis hæc inſtitutio,* Titius heres erit.

5 *Item hæc*, Titius hereditatem meam accipiat: *& num.7.*

6 *Cur hæc olim dubia*, Titius hereditatis meæ dominus eſto.

8 Titius bona mea accipiat, *inutilis olim inſtitutio.*

9 Titius fundum Cornelianum accipiat *inutile olim legatum.*

10 *Imo & hodie quoque, ſicut & inutilis illa eſt etiam inſtitutio*, Titius meam hereditatem accipiat.

11 *Ex eo quòd formulam illam* Titium heredem inſtituo *probanit Conſtantinus, non ſequi prædictas inſtitutionis aut legati formulas approbatas eſſe.*

12 *Quibus adiunctis verbis rectificetur illa formula* Titius hereditatem meam accipiat, aut bona, aut fundum.

13 *De verbo* Adcreſcat *ſententia interpretum refellitur.*

14 *Item & de verbo moriatur.*

15 *De verbis quæ communia dicuntur interpretibus perueniat, pertineat, habeat, &c.*

16 *De Sententia leg. quoniam indignum. 15. C. de teſtament.*

ETſi quæ interpretes noſtri tractare ſolent circa ſubſtitutiones per occaſionem verborum, vt vocant, communium, ea vel omnia vel ſaltem maiori ex parte corruere neceſſe eſt, ex iis quæ de verbis, *inſtituo, & ſubſtituo*, contra eoſdem interpretes proximè diſputauimus: quia tamen alia verba multa ſunt, quæ fatentur quidem illi non eſſe directa ciuilia, ſed vel directa non ciuilia eſſe volunt, vel ſaltem communia, de iis quoque omnibus nunc dicendum nobis eſt. Eiuſmodi ſunt † ea, de qui- 1
bus in huius capitis inſcriptione. Ex quibus volunt directa eſſe illa, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, cætera verò eſſe omnia communia, vt tractat *Bart. ad d. l. Centurio. num.27. & à num.48. incluſiuè vſque ad finem*, & ex recepta interpretum traditione *Mich.Craſſ.in §. ſubſtitutio quæſt.5. per tot.* Quod aiunt de verbis directis mihi aliquando probabile videbatur, ratione illa, quod ſint iſta omnia verba imperatiua. Iam enim diximus in præcedentibus verba directa, ciuilia, legitima, & imperatiua eſſe ſynonyma, & pro iiſdem vſurpari. Sed poſtea † 2
meliùs viſum eſt non omnia imperatiua directa quoque eſſe, & ciuilia, & legitima, licèt quæcunque ſunt directa & ciuilia, & legitima, ea ſint etiam & neceſſe ſit eſſe imperatiua. Nam quæ ſunt imperatiua præſentis temporis, cuiuſmodi ſunt illa omnia, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, (quamuis poſtremum hoc includat tractum temporis ſucceſſiui) ea ſi per ſe & abſolutè, hoc eſt tanquam imperatiua proferantur, non poſſunt idonea videri ad teſtatoris voluntatem imperatiuè declarandam: cùm teſtamentorum omnium ius proprium illud ſit, vt in futurum tempus conferantur, id eſt, quod erit poſt mortem teſtatoris. *l.1. D. qui teſtam. facer.poſſ.* Idcóque omnia exempla quæ in libris noſtris habemus verborum imperatiuorum, ſiue in heredum inſtitutionibus, ſiue in legatis vſurpandorum ad futurum tempus non ad præſens referuntur, qualia ſunt illa, *heres eſto. functum habeto, ſumito, præcipito, dato.* Nec alia † meo iudicio dubitandi ratio fuit apud Vl- 3
pianum in *tit.2.quemad.hered.inſtit.deb.* cùm ait illam quoque inſtitutionem valere, *Titius heres ſit*, quàm quòd verbum illud imperatiui quidem modi eſt, ſed tamen temporis præſentis: ſicut à contrario † non va- 4
luiſſet olim ea inſtitutio *Titius heres erit*, quamuis concepta eſſet per verbum futuri temporis, quia non erat concepta per verbum imperatiui modi, ob eámque cauſam fuit neceſſaria lex Conſtantini in *l. quoniam indignum.15.C.de teſtam.* Sed videtur verbum, *ſit* imperatiuè ſcriptum, licèt ſit temporis præſentis, habuiſſe hac in re neſcio quid ſpeciale propter magnam ſimilitudinem & proximitatem quam habet cum verbo, *eſto*, pro quo plerumque ſumitur etiam in ſenſu imperatiui, grammatica non valde reluctante. Ergo ſi quis olim heredem † ita inſtituiſſet, *Titius heredita-* 5
tem meam accipiat, proculdubio malè heredem inſtituiſſet, nec teſtamentum valuiſſet, quia teſtatoris non erat aut hereditatem facere, aut hereditatis accipiendæ ius heredi dare quod vtrumque ſolius legis erat, ſed heredem vel ſcribere, vel nuncupare. Prius enim eſt vt quis heres inſtitutus ſit, quàm vt ex teſtamẽto hereditatem accipere poſſit. Non poteſt autem heres eſſe qui à teſtatore inſtitutus non fuit, quia licèt etiam legis ſit heredem facere ſicut & hereditatem *l. filiusfamilias.18. D. ad leg. Falcid.* non alium tamen heredem lex facit ex teſtamento, quàm quem teſtator inſtituit, & quidem eo modo, quo inſtituere debuit, quandoquidem condito vtiliter teſtamento nihil aliud faciendum lex habet, niſi vt confirmet teſtatoris voluntatem. *l. lege obuenire.130. iunct. d.l. verbis legis.120. de verborum ſignificat.* Adeò vt dubitaretur † olim an ea inſtitutio 6
valeret,

valeret, *Titius hereditatis meæ dominus eſto*, quamquam placuit valere. *l. his verbis. 48. in princ. D. de hered. inſtit.* propterea quòd parum intereſt an heredem teſtator dixerit an dominum, cùm heredis appellatione nihil niſi dominus ſignificetur. *§. vlt. Inſt. de*
7 *hered. qualit. & differ.* Quanto igitur fuiſſet certius † inſtitutionem illam non valere, *Titius hereditatem meam accipiat*? Nam & implicabat contradictionem ea clauſula in qua eſſet concepta inſtitutio, ſi ea dici inſtitutio debuiſſet, per verbum præſentis temporis, & nihilominus collata in futurum propter adiectam hereditatis mentionem acſi ſcriptum fuiſſet, *Titius præſenti tempore accipiat hereditatem meam, quæ nulla-*
8 *dum eſt: ſed quæ futura erit.* Quid ſi teſtator ſcripſiſſet, *Titius mea bona accipiat*? Multo minùs videri potuiſſet facta inſtitutio directa: quia licet non implicaſſet contradictionem hæc clauſula, cùm iam bona ſint in tempore illo præſenti quo fit teſtamentum, abſurdum tamen eſt ius illum acquiri ex inſtitutione quandiu teſtator viuit & inſpecto præſenti illo tempore conditi teſtamenti, quia non poteſt acquiri priuſquàm teſtamentum per legem confirmetur, quod porrò non confirmatur, niſi mortuo demum teſtatore. Et tamen cùm verba eſſent relata ad tempus conditi teſtamenti, non poſſet lex teſtamentum illud confirmare, quin confirmaret eo ipſo modo quo teſtator bona ſua ad heredem peruenire voluiſſet, verbiſque conceptis declaraſſet: quia teſtantis voluntatem quamlibet aut nullomodo lex confirmat, aut eo ipſo modo confirmat, quo teſtator voluit. Ac proinde tametſi non quod ad verba, tamen quod ad legis vim & poteſtatem; haberet hæc res implicitam contradictionem, vt teſtamentum, & iam inde ab ipſo teſtamenti tempore, & non niſi mortuo demum teſtatore per legem confirmatum videretur, perinde acſi teſtator ita teſtatus fuiſſet, vt ſe adhuc viuo teſtamentum ſuum vires habere præcepiſſet. Eadémque ratio locum haberet etiam in legatis, etſi legatorum minùs ſolennia videntur fuiſſe verba, quàm inſtitutionum. Nam qui
9 † ita ſcribit, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, iam ex eo tempore facit poteſtatem Titio accipiendi fundi, qui iam tum eſt, quia non ſicut hereditas: ita & fundus fit per mortem teſtatoris, quod non ſimiliter poteſt dici, cùm ita ſcriptum eſt, *Titius fundum Cornelianum accipito.* Illud enim verbum imperatiuum futuri temporis commodum eſſet ad expectandum tempus illud quo lex teſtamentum eſſet confirmatura, nec aliam ob cauſam olim fuiſſe inductum vſum verborum imperatiuorum futuri temporis, credendum eſt, quaſi qui non modo aptior: ſed etiam omnino in eam rem neceſſarius eſſe crederetur. Nec eſt quod quis dicat huiuſmodi verba omnia etiam in præſenti tempore ſcripta ſatis habere tractum temporis, ex eo ſolo, quòd in teſtamento ſcripta ſunt cuius confirmatio nulla futura ſit niſi poſt mortem. Ob id enim voluit lex conferri voluntatem in tempus futurum, & conſequenter exprimi verbis futuri temporis non præſentis, ne alioqui teſtantis voluntas poteſtatem legis occupando præpediret. Idque adeo verum eſt vt quamuis Conſtantini lex has omnes ſolennitates & obſeruationes ſuſtuliſſe videatur in heredum Inſtitutionibus in *d. l. quoniam indignum*, ſicut & Iuſtinianus in legatis in
10 *l. 2. C. commun. de legat.* vix tamen † recipi poſſe putem, vt etiam hodie defendi debeat illa inſtitutio, *Titius meam hereditatem accipiat*, aut illud legatum, *Titius fundum Cornelianum recipiat*, quia planè abſurdum futurum ſit dicere adprobatas ab Imperatoribus eas quoque clauſulas, quæ implicitam habeant contradictionem: fuitque iis multo facilius, tollere ſolennitatem illam, quæ requirebat vt verba eſſent imperatiua, & quæ ſola deſignatur conſtitutione Conſtantini, quàm illam quæ illud etiam exigebat vt verba iſta imperatiua in futuro tempore conciperentur. Nam vt deberent eſſe imperatiua faciebat tantùm rigor legis duodecim tabularum, quæ non alias voluntates confirmabat, quàm quæ per verba legis eſſent expreſſæ, & conſequenter per verba imperatiua. Vt verò deberent eſſe futuri temporis faciebat neceſſitas iuris & voluntatis, ne alioqui contradictionis implicatio, aut in verbis teſtatoris, aut in legis poteſtate induceretur. Quis autem dicat imperatores facere aut voluiſſe aut potuiſſe id quod implicet contradictionem, quod nec à Deo Opt. Max. vnquam fieri, Theologi admittunt. Nec poteſt obiici † quod Conſtantini lex eam 11
inſtitutionem expreſſim adprobat, *Titium heredem inſtituo* in qua tamen verbum, *inſtituo*, non ſolum indicatiui modi eſt: ſed etiam temporis præſentis. Eſt enim verbum relatum ad perſonam ipſius teſtatoris, cuius factum quod tum interuenit, cùm fit teſtamentum ſicuti præſens eſt, nec poteſt futurum eſſe, ita præſentis temporis verbo optimè ſignificatur, neque alia de cauſa erat olim illa formula improbata, quàm quòd per verbum imperatiuum concepta non eſſet, vt ſuperiore capite dicebamus. At clauſulæ illæ de quibus agimus ad perſonam factúmque heredis referuntur, qui ſicut nullus eſſe poteſt niſi mortuo demum teſtatore, ita nec priùs habere ius aliquod in hereditate quæ nulla dum eſt, nec ſi teſtator velit, quomodo vult vtique qui imperat ei, vt præſenti tempore accipiat vel bona, vel hereditatem, vel fundum. Aliud ſi
† poneres teſtatorem ita ſcripſiſſe, *volo*, aut *mando vt Titius hereditatem meam accipiat*, aut *bona*, aut *fundum*. Nec enim dubitandum eſt quin hodie vtilis eſſet 12
hæc clauſula etiam in herede inſtituendo, in qua ſcilicet verbum *volo*, aut *mando*, aut aliquod aliud ſimile habens tractum temporis & regens omnia ſequentia, facit vt non ad præſens, id eſt teſtamenti tempus relatum videri debeat verbum *accipiat*, quod hoc caſu non imperatiui modi eſt, ſed ſubiunctiui, ſic dicti ſi grammaticos conſulamus quia non ſtat per ſe quomodo ſtant verba quæ ſunt imperatiui, ſed pendet ex eo cui ſubiungitur. Itaque nullam implicat contradictionem iſta clauſula, quam ſuperior, vt probauimus, implicaret. De verbis, *Adcreſcat*, & Moriatur, neſcio planè quid interpretes ſibi velint, aut quis horum verborum vſus eſſe poſſit, ſiue in heredibus inſtituendis ſiue in legatis, & fideicommiſſis relinquendis: niſi qui & qualis ex adiunctis & præcedentibus verbis in-
feratur. Vt † in *leg. codicillis. 34. in princip. D. de* 13
vſufr. legat. vbi verba illa, *vt qui ab his deceſſerit, portio eius reliquis adcreſcat*, pendent ex illis præcedentibus *dari volo*, quæ ſunt verba fideicommiſſi. Quod ſi bene vidiſſet Bartolus, nihil cauſæ fuiſſet, cur dixiſſet ideo verbum *adcreſcat*, eo loco aptari ad fideicommiſſum quod ſcriptum eſſet in codicillis, in quibus appoſita quælibet alia verba directa trahuntur, inquit ad fideicommiſſum *ex leg. Scæuola. 76. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Quæ propoſitio, neque in ſe vera eſt, quoniam quæcunque in codicillis teſtamento non confirmatis relinquuntur directis verbis ea prorſus inutilia ſunt, nec iure fideicommiſſi defenduntur extra caſum *d. l. Scæuola.* de cuius ſententia & ratione alibi fuſiſſimè ſcripſimus. Neque ad ſpeciem *dict. leg. codicillis accommodata*, quoniam etſi ea ſcriptura in teſtamento non in codicillis poſita fuiſſet: non alium tamen ſenſum habuiſſet verbum *adcreſcat*, adiectum fideicommiſſo, cùm in teſtamentis quoque non minùs, quàm in codicillis fideicommiſſa relinqui poſſint. Nec ſanè video qua ratione verbum hoc poſſit directum dici vel obliquum. Siquidem nec heredis inſtituendi, nec legati aut fideicommiſſi relinquendi verbum eſt, at in id duntaxat comparatum, vt exprimat voluntatem teſtatoris quod

ad

ad ius adcreſcendi, cui iuri adcreſcendi locum eſſe conſtat, quoties voluntas teſtatoris concurrit, ſiue ſint illi heredes, ſiue legatarij, ſiue fideicommiſſarij. Cumque ius adcreſcendi ſit ex legibus, tum quoque cùm ex teſtantis voluntate proficiſcitur, non eſt dubitandum quin ſemper adcreſcat ipſo iure ea portio quæ adcreſcit, ſiue de heredis inſtitutione quæratur, ſiue fideicommiſſo, aut legato, nec vllum in ea re hominis factum requiratur. Ad quod reſpiciens Bartolus vult eſſe verbum directum, probatque ex *leg. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. & ex tot. tit. C. quand. non petent. part. petent. adcreſc.* Suauiter mehercule. Quaſi verò iis locis agatur de verbo *adcreſcat*, à teſtatore aliquo, ac non potiùs ab Imperatoribus prolato. Sed
24 illud † ſuauius eſt quod idem Bartolus & alij tractant de verbo *moriatur*, dantes exemplum ſi ita ſcriptum ſit, *Titius Sempronio moriatur*, pro eo quod poſſet ſcribi pluribus. *Quod reliqui Titio, perueniat directò ad Sempronium.* Quis enim ſic vnquam loquatur, qui vel minimum Latinè ſciat? Nec diſſimulat Didac. Couar. eſſe græciſmum, cuius tamen non video cur ſenſum directum eſſe velimus potiùs quàm obliquum. Nam & alteri perinde mori dici poteſt is ex cuius morte commodum aliquod ad alterum peruenit iure fideicommiſſi, acſi directo iure perueniret. Ni fortè ad id noſtri reſpiciunt, quod in ſupraſcripto exemplo nullum poteſt factum Titij interuenire, quem Sempronio mori teſtator iuſſit, ob idque videtur eſſe neceſſe, vt fiat ipſo iure quod in Sempronij fauorem fieri teſtator voluit. Sed tamen nihil vetat pro Titij facto, quod ſanè interuenire nullum poteſt, intercedere factum heredis Titij, perinde atque ſit cùm quis poſt mortem ſuam hereditatem reſtituere, aut quid aliud facere rogatus eſt. Non enim eo minùs fideicommiſſum datum intelligitur quod impoſſibile ſit à Titio iam mortuo reſtitui hereditatem: ſufficitque reſtituendo obligationem cœpiſſe in perſona Titij, executionem verò ab ipſius herede fieri poſſe. *l. coheredi. 41. §. cùm filia de vulg. & pupill. ſubſtit.* Etſi autem verbum hoc *moriatur*, imperatiuum eſſe poteſt, non tamen eo ſenſu quo dicimus imperatiua eſſe oportere verba quæ ſunt ciuilia & directa. Quodnam enim nouum per legis modum imperandi genus eſt, imperare quem alij vt moriatur? An fortè legis modo diſponere iſtud eſt, quia ſic loqui lex ſolet, cùm alicui pœnam irrogat capita-
25 lem? Cætera verò verba † illa *Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur*, quæ volunt noſtri eſſe communia vix etiam vllum bonum ſenſum habent, aut vllum vſum niſi præcedat verbum *volo*, aut quod aliud ſimile, cuius ratione fieri debeat, vt non tam imperatiui modi iſta ſint, quàm ſubiunctiui, vt proinde dicta eſſe nunquam poſſint. Præſertim cùm ſi quando ſint imperatiua, tamen futuri temporis non ſint, ſed præſentis, quod nos ſupra diximus verbis directis & ciuilibus, & legitimis conuenire nullomodo poſſe. Maximè ſi ius illud inſpiciamus quod prudentum temporibus obtinebat, ex quorum reſponſis conantur interpretes has verborum differentias, & inducere & probare. Nam cum eſſent olim ſolennia verba non modò inſtitutionum, ſed etiam legatorum adeóque fideicommiſſorum, nuſquam reperias vllum ex iſtis verbis quæ appellant communia in vſu & numero ſolennium fuiſſe, ſi ſola & ſine adiuncto alio ex ſolennibus proferrentur. Hodie verò etſi verborum iſta ſolennitas ſublata eſt, non tamen vſque adeò confuſa ſunt, & iura & verba inſtitutionum, legatorum, & fideicommiſſorum, vt promiſcnè omnia omnibus ſubſeruiant, ſed illud ſemper inſpiciendum eſt, quale verbum illud ſit quod abſolutè præcedat, & à quo cætera regantur, & in quem caſum teſtator vſus ſit ſupradictis verbis, *Perueniat, Pertineat, Succedat*, & ſimilibus. Nam ſi in caſum quo bona de quibus diſponit iam ad alium pertinere cœperint, ſiue inſtitutionis, ſiue legati aut fideicommiſſi iure, non poteſt fieri, vt directorum verborum vim & poteſtatem habeant, quia non eſt in poteſtate teſtatoris, vt directò quicquam diſponat de bonis iam alij acquiſitis. E contrario autem in caſum quo bona nemini adhuc ſint acquiſita, non poteſt facere teſtator, vt ea verba vim habeant inflexorum obliquorum & precatiuorum, quoniam dominum factum eſſe, oportet illum qui vt quid præſtet rogetur & oneretur. Itaque ſi quis ita ſcripſerit, *Titius heres eſto. Si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, poterit fortaſſe videri directa inſtitutio, non quia verbum *pertineat*, aut verbum *volo* ſit directum vel commune, ſed quia Conſtantino placuit verbis quoque inflexis, & non directis inſtitutionem directam fieri poſſe, dummodo caſus ipſaque rei natura non repugnet. Si verò teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto. Si Titius heres erit, & ſine liberis deceſſerit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, fieri nequit vt directa ſubſtitutio facta videatur, quæ ſcilicet in caſum agnitæ hereditatis alij quàm impuberi fieri non poteſt, ideóque prorſus neceſſe eſt, vt talis ſcriptura ad fideicommiſſum adaptetur. Etſi vereor † ne non tam ſit generalis quam eſſe 16
creditur ſententia Conſtantini in *d. l. quoniam indignum.* Siue enim verba conſtitutionis inſpicias, tractant nominatim de inſtitutione, vt nihil interſit quibus verbis fiat inſtitutio, ſiue rationem illam æquitatis qua potiſſimum Conſtantinus mouetur, ne ex inani obſeruatione verborum ſupremæ hominum voluntates corruant, non conuenit ea ratio præterquàm inſtitutioni, quæ caput eſt & fundamentum totius teſtamenti. Non igitur protrahenda eſt conſtitutio ad ſubſtitutiones, ſiue directas, ſiue fideicommiſſarias, quas nihil vetat non valere, ſi non aptis & idoneis verbis factæ ſint, ſaluo nihilominus manente teſtamento, quod vt aliquando valuerit, ſufficit inſtitutionem valuiſſe. Quare in ſupraſcripta priore ſpecie cùm teſtator ita ſcripſit, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non erit, volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*, probabiliùs defendi poſſe arbitror, Titio non volente, aut non valente adire hereditatem, fieri locum heredi legitimo, nec niſi iure fideicommiſſi hereditatem teſtatoris ad Sempronium peruenire poſſe. Fideicommiſſi inquam, à legitimo herede præſtandi, tanquam qui ſolus oneratus videri debeat, etiamſi nulla ſint à legitimis heredibus repetita fideicommiſſa, neque adiecta vlla clauſula codicillari. Quem enim alium præterquàm legitimum heredem oneraſſe videri poteſt is, qui hereditatem fideicommiſſariam reliquit Sempronio, non ab herede inſtituto; ſed è contrario in caſum illum quo heres inſtitutus heres non eſſet? Nam quod dici ſolet, Si teſtamentum vel ab initio non valeat, vel ex poſtfacto deſtituatur, non adita ex eo hereditate, non ſolùm legata, ſed etiam fideicommiſſa eodem teſtamento relicta corruere, niſi à legitimis ſucceſſoribus fideicommiſſa repetita ſint. *l. eam quam, 14. C. de fideicom.* in iis demum fideicommiſſis obtinet quæ iniuncta fuerunt heredi inſtituto: non etiam in iis quæ relicta ſint in caſum deſtituti teſtamenti. Ratio enim huius iuris alia non eſt, quàm quod ea quæ quis à ſcripto herede reliquit, credendus ſit non aliter fuiſſe relicturus, quam ſi ille heres eſſet, quod non ſimiliter dici poteſt de iis quæ teſtator reliquit in eum caſum quo heres ſcriptus heres non eſſet. Et quemadmodum nihil prohibet ita fieri teſtamentum, vt tamen hereditas legitimo heredi priore loco deferatur, vt in ſpecie *l. ſi quis ita. 82. D. de hered. inſtit.* Ita nec quicquam vetat in ea ſcriptura quam teſtator tanquam teſtamentum valere voluerit, data eſſe fideicommiſſa ab heredibus legitimis. Nempe ſi data

ſint in eum caſum quo ex teſtamento heres eſſet. Quid enim refert an teſtator fideicommiſſa relinquens in teſtamento petierit primum è legitimo herede, an verò ea tantùm repetierit? Et tamen ſi teſtamentum ab iis verbis incepiſſet, *volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*: non eſſet dubitandum poſt Conſtantini legem, quin hereditas iure directo & ex inſtitutione ad Sempronium tanquam vtiliter inſtitutum pertineret. Separanda igitur eſt hac in re inſtitutio à ſubſtitutione, & concludendum nihil immutatum fuiſſe de vetere verborum obſeruatione quod ad ſubſtitutiones ſiue directas, ſiue, vt vocant, fideicommiſſarias, quia nec fuit neceſſe quicquam immutare, cùm voluntas teſtatoris, quæ verbis non directis & imperatiuis, ſed inflexis declarata fuit, extra inſtitutionem poſſit defendi tanquam inflexa, & non minùs ſaluo teſtamento, quam ſalua propria verborum ſignificatione, à qua non video cur liceat vnquam recedere, ſi nulla ſubſit cauſa vel neceſſitas recedendi, quæ certè tunc tantùm ſubeſt, cùm agitur de inſtitutione defendenda, ſine qua nec teſtamentum ipſum valere poteſt. Sine illa, inquam, inſtitutione, quæ valeat iure directo. Nam ea quæ iure fideicommiſſi defenderetur, etſi non eſſet omnino inutilis, tamen non prodeſſet ad cauſam teſtamenti, cuius ſubſtantia directam inſtitutionem omnimodo requirit. Et hoc nimirum eſt quod Conſtantinus dicebat indignum eſſe ob inanem verborum obſeruationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum, vt ſignificaret, in iis cauſis in quibus periculum non eſt ne ex obſeruatione verborum fiant irritæ tabulæ, ſaluam hodie ſupereſſe verborum differentiam, nec poſſe directo iure valere illam voluntatem, quæ verbis inflexis non directis fuerit declarata. Verùm de his plura fortaſſe dicemus, cùm tractabimus de compendioſa & de fideicommiſſaria ſubſtitutione. Ibi enim occurrit paſſim, quod de verbis iſtis diſputari oporteat, directane ſint an communia, & quis eorum ſit vſus, quem tamen tractatum in tertiam fortaſſe Chiliadis huius partem conferemus.

ERROR IV.

De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an tranſmiſſarius vulgari ſubſtituto præferatur.*

2 *Tranſmiſſionis ſpecies ex ſententia interpretum.*

3 *Reſponſio interpretum ad quæſtionem propoſitam, & reſponſionis fulcra.*

4 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*

5 *Tranſmiſſio quæ fit iure ſuitatis per vulgarem ſubſtitutionem non excluditur, & n. 7.*

6 *Ius ſuitatis datione vulgaris ſubſtituti non extinguitur.*

8 *Theodoſianus tranſmiſſarius ſubſtituto præferendus eſt, Iuſtinianeus verò poſtponendus.*

9 *Tranſmiſſarius Theodoſianus tranſmittit hereditatem in deſcendentes tanquam acquiſitam, non tanquam acquirendam, & n. 12.*

10 *Si tranſmittatur hereditas tanquam acquiſita, non ſequi eam tranſmitti in heredes etiam extraneos.*

11 *Cur Theodoſius in deſcendentium arbitrio reliquerit an eiuſmodi hereditatem agnoſcere vellent, an recuſare.*

13 *Recuſatio & repudiatio hereditatis quomodo differant.*

14 *Verborum proprietas in poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus exactè non requirenda.*

Redimus ad tractatum de vulgari ſubſtitutione vt quæſtiones præcipuas quæ ad eum pertinent abſoluamus, priuſquàm ad alias ſubſtitutionum ſpecies tranſeamus. Hæc autem inter cæteras non ignobilis quæſtio
† eſt, de tranſmiſſario, id eſt, in quem ſiue hereditas, 1
ſiue ius deliberandi, ab herede inſtituto tranſmittitur.
An vulgari ſubſtituto præferatur. Diſtinguunt noſtri
tres † ſpecies tranſmiſſionis. Primam, quæ ex ſui here- 2
dis, & vt loquuntur, ex ſuitatis iure proficiſcatur. Secundam, quæ ex Theodoſij conſtitutione, in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* cùm agitur de aſcendentis hereditate tranſmittenda à deſcendente in alium deſcendentem. Tertiam, quæ à Iuſtiniano inducta eſt in *l. cùm antiquioribus.* 10. *C. de iur. deliber.* de tranſmittendo iure deliberandi ſi heres neque adita neque repudiata hereditate intra annum, quem habebat ad deliberandum,
deceſſerit. In prima † tranſmiſſionis ſpecie volunt tranſ- 3
miſſario præferri ſubſtitutum, quia neque tranſmiſſarium vllum eſſe patiuntur, cùm, inquiunt, ius & exiſtentia ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem extinguatur. In duabus verò poſterioribus, tranſmiſſarium præferunt ſubſtituto. Vt ex communi Doctorum ſententia concludit, *Mich. Craſſ. in lib. ſentent. §. ſubſtitutio quæſt. 9. num 3. poſt Bart. ad l. 1. num. 10. de vulg. & pup. ſubſt. & ad l. ſi paterfamilias. 40. D. de hered. inſtit.* Rationem illam adferunt, quòd in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, hunc ſenſum habeant, ſi neque ipſe heres erit, neque alium heredem fecerit, *d. l. paterfamilias & §. vlt. Inſtit. de vulg. ſubſt.* Atqui hic heres inſtitutus moriendo facit alium heredem, illum ſcilicet in quem tranſmittit aut hereditatem quaſi iam agnitam, aut ſaltem ius deliberandi ad eam adeundam. Excludi ergo ſubſtitutum neceſſe eſt, non quidem præciſè, ſed in id vſque tempus quo heres heredis idémque tranſmiſſarius declaret an heres eſſe velit, nécne, ſiquidem non aliter heres fit tranſmiſſarius, quàm ſi velit, vt conſtat ex *d. l. vnic. & d. l. cùm antiquioribus.* In eámque rèm citat etiam Bartolus, quod Paulus ſcribit in *l. ſi quis filiumfamilias. 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Si filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri heredem extitiſſe deceſſerit, relicto filio neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Etſi enim hac in clauſula nihil eſt ex quo poſſit colligi caſum illum à Paulo tractari quo adſit vulgaris ſubſtitutus, id tamen colligit Bartolus ex coniunctione huius §. *cum princ. eiuſdem legis,* vbi proponit Paulus filiumfamilias heredem inſtitutum, & ita in teſtamento ſcriptum eſſe *ſi mihi Titius iſte filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto,* neque dubitat quin filiofamilias adeunte iuſſu patris, excludatur ſubſtitutus. Quaſi vtriuſque loci adfinitas facere debeat vt coniungantur, coniunctio autem euincere, vt ſit dicendum in poſteriore ſpecie datum fuiſſe ſubſti-
tutum, ſicut in priore. At videamus † ne tota iſta inter- 4
pretum iuriſprudentia ſit peruerſa, & ei quæ à prudentibus ipſis tradita fuit, ex diametro cõtraria. Nam quod
ad eam tranſmiſſionis † ſpeciem quæ fit iure ſuitatis de 5
qua in *l. apud hoſtes. 8. C. de ſuis & legit.* & alibi paſſim, falſum planè eſt quod volunt excludi eam per vulga-
rem ſubſtitutionem, ſicut & falſum eſt ius ipſum † ſui- 6
tatis extingui datione vulgari ſubſtituti. Tantùm enim abeſt vt ſuus heres deſinat ſuus heres eſſe: ob id ſolùm quòd habeat vulgarem ſubſtitutum, vt è contrario nec ſi abſtineat à patris hereditate: adhuc tamen poſſit admitti ſubſtitutus ad hereditatem: quippe quæ amplius hereditas non eſt cùm habeat iam heredem *l. cùm quaſi 30. § ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* ſed tantùm ad bona eſt admittendus per bonorum poſſeſſionem ſecundum

cundum tabulas petendam apud prætorem, qui hunc
ſuum heredem ſe abſtinentem quamuis heres reuera ſit,
non tamen habet heredis loco *l. ex contract. 44. D. de re
iudic. l. ſi filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* De quo
quia iam in præcedentibus multa ſcripſimus, plura hîc
non addemus. Pendet enim hic error non ex illo tan-
tum, quo volunt interpretes, per dationem vulgaris
ſubſtituti tolli exiſtentiam ſui heredis, ſed etiam ex
alio, quem nos ſuo quoque loco refutauimus, qui
habet, Poſt inductum à prætore beneficium abſtentio-
nis, non aliter heredem eſſe filium quàm ſi ſe immiſ-
cuerit, ſuamque voluntatem declarauerit, quòd nolit
ſe abſtinere. Cùm igitur veriſſimum ſit, quod illi fal-
ſum putant, neque propter beneficium abſtentionis,
neque propter vulgarem ſubſtitutionem extingui ius
ſui heredis, mirum non eſt, illud è contrario falſiſſi-
mum eſſe, quod iidem iſti pro vero habent, ſui heredi
7 † tranſmiſſarium, ſiue ex deſcendentibus ille ſit, ſiue
extraneus heres per vulgarem ſubſtitutum excludi.
Nam ſi heres eſt ipſo iure, quomodo fieri poteſt, vt
non tranſmittat hereditatem ad heredes quoſcunque,
quantumlibet extraneos, per quamcunque aliam he-
reditatem iam acquiſitam? Aut vt non excludatur vul-
garis ſubſtitutus, qui non fuit ſubſtitutus niſi ſub illa
conditione, *ſi filius heres non eſſet*? Et verò ſi ex mera
iuris ratione deficit huiuſmodi conditio tum quoque
cùm ſuus heres ſe abſtinet, quia nihilominus reuera
heres eſt, quanto magis defeciſſe dicenda eſt, cùm ſuus
heres neque abſtinuit ſe neque immiſcuit, ſed non
declarata voluntate deceſſit? Nihil enim eſt hoc caſu
quod facere poſſit vt conditio, quæ reuera defecit, ha-
beri tamen debeat pro impleta, id eſt, vt hic ſuus he-
res, qui reuera heres fuit, heres nunquam fuiſſe in-
telligatur. Quod verò ad poſteriores duas tranſmiſſio-
8 nis † ſpecies pertinet, ſiue de aſcendentis hereditate
à deſcendente in deſcendentem tranſmittenda, ſiue de
iure deliberandi agatur. Dico contra quàm interpretes
velint diſtinguendos eſſe hos caſus, neque idem iu-
ris, vt ab illis fit, in vtraque ſpecie conſtituendum
eſſe, vt omnimodo ſubſtitutus excludatur, ſed ſepa-
randum tranſmiſſarium Theodoſianum à Iuſtinianeo,
Theodoſianum ſubſtituto præferendum, Iuſtinianeum
verò poſtponendum. De Theodoſiano quia in eo mihi
conuenit cum interpretibus expedita res eſt. Fecit enim
Theodoſ. in *d. l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* vt
ſibi ſeu filiæ nepotes, aut neptes, pronepotes aut pro-
neptes à patre vel matre, auo, vel auia, proauo vel
proauia, ſcripti heredes, licèt non ſint inuicem ſub-
ſtituti, ſeu cum extraneis ſeu ſoli ſint inſtituti, & ante
apertas tabulas defuncti, ſiue ſe nouerint ſcriptos he-
redes, ſiue ignorauerint, in liberos cuiuſcumque ſint
ſexus vel gradus, derelictam ſibi hereditatem aut he-
reditariam portionem poſſint tranſmittere, ipſorúm-
que liberi eam quaſi ſibi debitam vindicare. Ex
9 quibus verbis apparet tranſmitti † hoc caſu heredita-
tem ab aſcendentibus in deſcendentes non tanquam
acquirendam, vt vulgo interpretes volunt, ſed tan-
quam acquiſitam. Non dico tanquam aditam, ſed tan-
quam acquiſitam: quia eſt quidem hic vnus ex caſi-
bus, in quibus hereditas non adita tranſmittitur, vt ait
Iuſtinianus in *l. vn. § an nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* ſed
non in quibus hereditas non acquiſita tranſmittatur.
Non potuit adiri ab ignorante, ſed potuit tamen ac-
quiri ignoranti poteſtate conſtitutionis: ſic & in *l. ſi
infanti. 18. C. de iure delib.* Alioqui non hereditas ipſa,
aut portio hereditaria tranſmitteretur, quod ait conſti-
tutio, ſed ius tantùm deliberandi vel adeundi, vt con-
tingit in ea tranſmiſſione, quæ fit in extraneos, de qua
in *d. l. cum antiquioribus.* Cúmque ea procuidubio fue-
rit mens Theodoſij, vt tranſmiſſarius alij cuicunque
heredi futuro etiam ſubſtituto præferatur ratione ſcili-
cet ac æquitate conſtitutionis locum habente pro deſ-
cendentibus etiam contra ſubſtitutum, hæc tamen in-
terpretatio noſtrorum, quæ vult tranſmitti hereditatem
tanquam adeundam, locum aperit ſubſtituto, vt inuito
etiam, ſi voles, Theodoſio debeat præferri tranſmiſſa-
rio, cùm extitit conditio ſubſtitutionis. Fuit enim lon-
gè facilius Theodoſio facere vt aſcendentium heredita-
tes ipſo iure deſcendentibus acquirerentur, protracto
ad omnes deſcendentes eo iure quod in ſuis tantùm
heredibus olim obtinebat, ad hunc ſolum effectum, vt
in deſcendentes alios tranſmitti poſſent, quàm vt non
acquiſitæ tranſmitterentur in præiudicium etiam illius
qui à teſtatore expreſſim ſubſtitutus eſſet in hunc ca-
ſum non acquiſitæ hereditatis. Hoc enim ſenſu tolleret
Theodoſius illud ius, quod iam eſſet acquiſitum ſub-
ſtituto, cui tamen nec voluit, nec niſi iniuſtiſſimè po-
tuiſſet aliud ius tollere, quàm acquirendum. Ita verò
non aliter facere potuit, quàm inducendo, vt hereditas
etiam ignoranti acquireretur, ne vnquam poſſet exi-
ſtere conditio ſubſtitutionis. Minor namque eſt iniu-
ria facere vt ſubſtitutionis conditio exiſtere non poſſit
inuito deſcendente, ſi tranſmiſſionis ius volet ſuſcipe-
re, quàm facere vt poſt impletam quoque ſubſtitutionis
conditionem nihilominus ſubſtitutus excludatur. Illa
ſiquidem iniuria ſolùm afficit ſubſtitutum, non etiam
voluntatem teſtatoris, cuius votum vtique fuit vt deſ-
cendentem à ſe inſtitutum haberet heredem: Hoc verò
afficere non modò teſtatorem ſubſtitutum, ſed etiam
verba teſtamenti, expreſſamque voluntatem teſtatoris.
Atquin, dicat aliquis † ſi tranſmitteretur hereditas tan- 10
quam acquiſita, tranſmitti poſſet in heredes quoſcun-
que, etiam extraneos: quod tamen non ita eſt. Ego verò
hanc nego conſecutionem. Nam cùm hæc tranſmiſſio
non fiat ex iure communi, ſed ex autoritate conſtitu-
tionis, potuit ei Theodoſius talem formam & naturam
dare, qualem voluit: nec quærenda eſt ratio iuris in his,
quæ conſtituta ſunt contra regulas iuris. Id enim Theo-
doſius egit vt tranſmiſſario, non vt tranſmittenti fauc-
ret. Nos verò id agere debemus vt conſtitutio, quæ à
iure communi abhorret, minùs ſanè quàm fieri poſſit
abhorreat ab æquitate. Nec rurſus eſt † contrarium, 11
quod Theodoſius in deſcendentium arbitrio reliquit,
an eiuſmodi hereditatem agnoſcere vellent, an recuſa-
re: qui ſenſus eſt illius exceptionis *ſi tamen heredita-
tem non recuſant.* Id enim ideo factum eſt, fierique de-
buit, ne alioqui, dum id agebat ille vt deſcendentibus
proſpiceret, iis potius noceret, ſi inuitis omnibus illis
faceret omnimodo acquiſitam hereditatem, quæ for-
taſſe ſuſpecta eſſet, aut euidenter damnoſa. Nam & præ-
mortui aſcendentes à quibus fit tranſmiſſio, ſi viue-
rent, haberent arbitrium vel abſtinendi ſi tamen eſſent
ſui heredes, vel repudiandi ſi non eſſent ſui. Cur non
igitur eodem iure & arbitrio vtantur ij in quos fit trãſ-
miſſio? vt argumentatur Paulus in *d. l. ſi quis. 8. § 1. D. de
acquir. hered.* Cæterùm vt intelligamus tranſmitti hoc
caſu hereditatem † non quaſi acquirendam, ſed quaſi 12
acquiſitam, obſeruandum eſt ſupradictam exceptionem
à Theodoſio ita conceptam eſſe, *Si tamen eam heredita-
tem non recuſant*: non autem hoc modo, *ſi tamen eam
hereditatem adire velint.* Aliud enim eſt hereditatem
adire, aliud non recuſare. Aditur hereditas nondum ac-
quiſita, recuſatur ea quæ iam acquiſita ſit: *l. ſi filius. 12.
D. de vulg. & pupill.* In eóque differt etiam recuſatio † à 13
repudiatione, quia quod iam acquiſitũ eſt recuſari qui-
dem poteſt, ſed repudiari non poteſt. *l. 1. § decretalis. D.
de ſucceſſ. edict. l. 4. C. de repud. vel abſtinend. hered.* & ob
id recuſandi verbo vſus eſt Theodoſius, nõ repudiandi.
Quò etiam pertinet verbum, *Vindicare*, poſitum in ea-
dem conſtitutione. Nec enim vindicare quiſquã poteſt,
niſi quod iam ſuum ſit & acquiſitum *l. Quintus. 27. §.
argento. D. de aur. & arg. legat.* Etſi quod ad hoc, male me
habent verba illa in cõſtitutione adiecta, *quaſi debitam.*
Cùm enim id tantùm vindicare poſſimus, quod iam

noſtrum eſt,fieri autem nequeat,vt quod iam noſtrum
eſt adhuc nobis debeatur,ſiquidem magis noſtrum fieri
non poteſt.§.*ſic itaque. Inſt. de act*.certè implicat con-
tradictionem, vt eadem res & vindicetur & debita di-
catur,multóque magis,vt quaſi debita vindicetur. Sed
14 non eſt tanta verborum † proprietas tam exactè deſi-
deranda in conſtitutionibus poſteriorum Imperato-
rum, præſertim Theodoſij & Valentiniani, quorum
temporibus iam erat multum de vetere illa prudentum
priorúmque Imperatorum eloquentia diminutum.Nec
ſanè aliud quidquam voluit iis verbis ſignificare Theo-
doſius, quàm aſcendentium ſucceſſiones debitas eſſe
deſcendentibus ex communi parentum omnium & na-
turæ ipſius voto: vt ſcriptum eſt,*l.nam etſi 15.in princ. D.de inoff.teſt l.ſcripto.7.§.vlt.D.vnd; lib.* ideóque non
debere mirum videri aut inuidioſum quod in deſcen-
dentes faciliùs tranſmittantur. Et proinde iis verbis,
tanquam debitam, cauſa eſt vt æquitas conſtitutionis
nouæ potiùs quàm formalis ratio vindicationis ſignifi-
cetur, vt & in *l.liberto.26.D.de bon.libert.* vbi non diſ-
ſimili locutione vtitur Africanus. Hoc autem præſup-
poſito, vt hereditas in caſu illius conſtitutionis ha-
beatur pro acquiſita, quis iam miretur tranſmiſſarium
præferri ſubſtituto? Non enim præfertur quaſi fauora-
bilior tantùm, ſed ob id potiſſimùm quòd ſubſtitutio-
nis vulgaris conditio defeciſſe intelligatur, quæ illa
erat,*ſi heres non eſſet*,is quem conſtitutio facit heredem:
Etſi de tota eius conſtitutionis ſententia & poteſtate
latius in ſequentibus dicendum nobis erit.

ERROR V.

De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari preferatur.

SVMMARIA.

1 *Diſcrimen inter tranſmiſſarium Theodoſianum & Iuſtinianeum.*
2 *Tranſmiſſarius Iuſtinianeus non prefertur ſubſtituto vulgari.*
3 *Ex Bartoli ſententia ſequi ſubſtitutum vulgarem ſub duplici conditione ſubſtitutum videri.*
4 *Senſus verborum* ſi heres non erit *quibus conditio vulgaris ſubſtitutionis concipi ſolet, ſecundum Bartoli affectus.*
5 *Non facit alium heredem qui pendente tempore ad deliberandum competente moritur.*
6 *Tranſmiſſio in caſu conſtitutionis Iuſtinianeæ non poteſt cenſeri fieri ab herede inſtituto dum eſt in viuis.*

IAm verò vt ad tranſmiſſarium Iuſtinia-
næum veniamus, dico aliam † eſſe illius
1 quàm Theodoſiani tranſmiſſarij ratio-
nem, quia non vt ille hereditatis tranſ-
miſſarius eſt: ſed tantùm iuris deliberandi, vt apertiſ-
ſimè conſtituit Iuſtinianus in *d.l.cùm antiquioribus*,
quia non fecit Iuſtinianus vt extraneus, id eſt quiſ-
quis non eſt ex deſcendentibus ſi heres inſtitutus ſit,
& ante agnitam vel repudiatam hereditatem deceſſerit,
ſiue impetrato iam tempore ad deliberandum,ſiue non-
dum impetrato, videatur hoc ipſo heres fuiſſe quòd
non repudiauerit,tranſmittátque ad heredes heredita-
tem quaſi iam acquiſitam, ſed tantùm vt illud ipſum
ius deliberandi quod habuit tranſmittat ad heredem,
& intra illud ipſum tempus cuius ipſe anguſtiis con-
cludebatur, ſi modo hereditatem ſibi delatam fuiſſe
ſciuit. Et conſequenter non facit Iuſtiniani conſtitu-
tio, quin verum ſit heredem non fuiſſe illum qui de-
ceſſit ante agnitam hereditatem quamuis durante tem-
pore ad deliberandum competente. Quod ſi ita eſt il-
lud quoque fateri oportet, non impedire † hanc Iuſti- 2
niani conſtitutionem, quominùs extiterit conditio
vulgaris ſubſtitutionis, quæ porrò extitiſſe non poteſt,
quin ſubſtitutus vel admittatur, vel iniuriam patiatur.
Pro qua ratione illud etiam facit, quo ius ſubſtituti
non tantùm causâ, ſed etiam tempore ius tranſmiſ-
ſarij anteuertit. Ius enim tranſmiſſarij non incipit niſi
à quo tempore heredis hereditas eſt, & heres, id eſt
quo defunctus iam ſit is, qui habuit ius adeundi & de-
liberandi. Nam quandiu is viuit, qui primus heres eſt,
tractari de ipſius herede non poteſt, an ſit tranſmiſſa-
rius qui nondum eſt heres heredis, cùm viuentis nulla
ſit hereditas, *l 1. D. de hered. vel act. vendit. l.1. D.pro hered.* At ius ſubſtituti vulgaris incipit ab eo inſtanti
quo adhuc viuit is, qui priore loco fuerat inſtitutus.
Quia ex quo inſtanti moritur (inſtans autem illud mor-
tis certum eſt adſcribi vitæ, *l.qui duos.18.§.1.D.de manum. teſtam.l.vlt.D.de cond. inſtit.*) certum eſſe incipit
non an plius poſſe ab eo adiri hereditatem, ſi quidem
aditio facti eſt, factum autem nullum eſt quod natura-
liter fieri in inſtanti poſſit. Vnde etiam eſt quod non
ſolùm hereditas ipſa, quæ non eſt adita non tranſmit-
titur, ſed neque ius adeundi,tanquam quod defuncto
competere deſierit in vita ſua, id eſt cùm moreretur.
Ideoque ex eo inſtanti ius incipit vulgaris ſubſtituti,
adeo vt ei deferatur hereditas, quæ nondum eſt, neque
vnquam in futurum poteſt eſſe primo heredi acquiſita.
Hactenus ſaltem vt impleatur conditio vulgaris ſubſti-
tutionis priuſquàm de tranſmiſſarij perſona vel iure,
quæſtio vlla occurrere poſſit. Alioqui ſi cum Bartolo
† & cæteris tranſmiſſarium præferas ſubſtituto, fateri 3
te neceſſe erit, ſubſtitutum vulgarem qui poſt Titium
fuerat ſecundo gradu inſtitutus ſub vnica illa condi-
tione *ſi Titius heres non eſſet*,videri ſubſtitutum ſub du-
plici conditione & in hunc veluti modũ,*ſi neque Titius neque heres Titij heres mihi erit*,quod tamẽ quàm abſur-
dum ſit, nemo ignorat, niſi ſi quis neſcit conditiones
extrinſecus neque ſupplendas vnquam eſſe, neque
multiplicandas, vtpote quæ ſint odioſæ, vel hoc ſolo
quod diſpoſitionem cui adhibentur, & deſtruunt ſi
exiſtant, & priùs etiam quàm exiſtant, ſuſpendunt.
Quod bene præſentiſcens Bartolus & quotquot Bar-
tolum hac in re ſequuntur interpretes, coguntur eò
rem deducere vt negent morte inſtituti, qui heredita-
tem nec adierit, nec repudiauerit conditionem exiſtere
vulgaris ſubſtitutionis,quoniam poſſit adhuc deficere,
ſcilicet heredis herede in quem ius deliberandi tranſ-
miſſum ſit, quandocunque poſtmodum adeunte. Hoc
verò probant ratione, ſi diis placet, pereleganti nec in-
ſubtili. Propterea quòd verba † illa, *ſi heres non erit* per 4
quæ concipi ſolet conditio vulgaris ſubſtitutionis
hunc ſenſum habent, ſi neque ipſe heres erit, neque
mutata conditione alium heredem fecerit *dict.l.ſi paterfamilias 40. D. de hered. inſtit. d.§.vlt.Inſt. de vulg. ſubſtit.*Atqui facit,inquiunt,alium heredem,cum tranſ-
mittit in heredem ius deliberandi, cùm per eam tranſ-
miſſionem fiat, vt heres ipſius ſit heres teſtatoris. De-
ficit igitur conditio vulgaris ſubſtitutionis, propter
tranſmiſſionem. Hîc verò liceat mihi quæſo exclamare.
Quis tam fatuam rationem Bartoli fuiſſe crederet ſi
non is ipſe dixiſſet. Quaſi verò poſſit † alium facere 5
heredem is, qui iam mortuus, & conſequenter qui
nullus eſt. Aliquem certè neceſſe eſt eum eſſe qui
alium heredem facere velit, non minus quàm illum
qui ipſe fieri heres velit. Vtroque enim caſu factum
ipſius requiritur, id eſt, aditio ſine qua extraneus ne-
que heres fieri neque heredem alium facere poteſt.
Mortuus autem vt adeat, immò vt heres fiat etiamſi
aditio neceſſaria non eſſet, prorſus impoſſibile eſt.
Et verò quod ſupradictis locis ita ſcriptum eſt, *neque*

mutata conditione alium heredem fecerit, quomodo ad
mortuum accommodari poteſt? An fortè aliqua mor-
tui conditio eſſe poteſt vt alia eſſe poſſit. At rurſus hic
idem noſter Bartolus ſeipſo ſubtilior factus, ſuauiter
& facetè replicat eum qui moritur mutare conditio-
nem, quod ſanè ridiculum eſt. Mutare namque con-
ditionem is demum dici poteſt qui aliquando aliquam
habuit, nunc aliam habet, quod non conuenit ei qui
per mortem nullus eſſe cœpit. Quanquam nec ſufficit
mutatam eſſe conditionem, ſed illud etiam requiri-
tur, vt mutata conditione alium faciat heredem. Ergo
vt aliquis ſit. Nec igitur fieri illud poteſt vt poſt mor-
tem ſuam faciat heredem tranſmiſſarium. Præſertim
cùm nec alio iure tranſmiſſarius poſſit heres eſſe primi
teſtatoris quàm quia ſecundi heres eſt: Siquidem ius
hoc tranſmiſſionis ab herede non in alium tranſmitti
Iuſtinianus voluit quàm in heredem heredis, & qui-
dem quatenus heredem, non quatenus Titium aut
Sempronium. Iam autem diximus viuentis neque he-
reditatem neque heredem eſſe poſſe: Quod idcirco
ſpecialiter notare volumus, ne quis fortè ſubtiliùs
agendo putet ſe argumenti noſtri vim effugere poſſe
6 ſi dicat tranſmiſſionem † fieri à viuente, ac proinde
antequàm nullus omnino ſit à quo ea fit. Nam cùm
in omni motu etiam ſecundum philoſophos præcipuè
conſiderandus ſit terminus ad quem, & tranſmiſſio
hæc fiat in heredis inſtituti heredem, qui niſi poſt
mortem inſtituti nemo eſſe poteſt, omnino conſe-
quens eſt, vt tranſmiſſio fiat poſt mortem inſtituti,
nec proinde ab ipſo inſtituto qui iam nullus ſit, ſed
à Iuſtiniano, & ſola Imperatoriæ conſtitutionis po-
teſtate, aliena proculdubio non tantùm à iure vetere,
ſed quod etiam neceſſarium eſt, à iuris ratione. Ita
enim fecit Iuſtinianus vt plus iuris habeat heres he-
redis hoc ipſo quod tranſmiſſarius eſt, quàm habuerit
ille cuius heres eſt, in mortis ſuæ inſtanti. Ius nam-
que deliberandi de adeunda hereditate tamdiu durat,
quamdiu is qui deliberat in eo eſt, vt adire poſſit:
Alioqui an non fruſtratoria & ridicula eſſet illius de-
liberatio qui heres eſſe nunquam poſſet? Atqui cer-
tum eſt eum qui dum viueret deliberabat an heres eſſe
vellet nécne, ſtatim atque incepit mori, deſiiſſe here-
ditatem adire vnquam poſſe, cùm aditio ſit facti, vt
diximus, & quidem talis facti quod in mortis inſtanti
fieri nequit, quoniam per eum ipſum qui moritur fieri
deberet, non per alium, *d. leg. vltim. D. de condic. inſtit.*
Ergo quemadmodum ius adeundi perit in illo inſtanti
mortis ideóque non tranſit ad heredem, ne aliter po-
ſito iure dicendum eſſet plus iuris in heredem tranſ-
mitti, quàm ipſe defunctus tempore mortis ſuæ ha-
buiſſet. Ita & in neceſſarium antecedens ius quoque
ipſum deliberandi in eodem inſtanti mortis perire ne-
ceſſe eſt, in eoque plus iuris habere heredem heredis,
quàm heres ipſe moriens habuerit. Quæ res manifeſtè
violat regulam iuris, quæ non patitur, vt quis in
alium transferat id quod ipſe non habeat, aut vt in
cuiuſquam heredem tranſeant iura, quæ defunctus
deſierat habere cùm moreretur. Nec enim hereditas
ſucceſſio eſt in vniuerſa iura, quæ ante mortem ſuam
habuit defunctus, ſed in ea tantùm, quæ habuit
mortis tempore, Quomodo etiam bonorum
poſſeſſionem hereditatis exemplo de-
finit Vlp. in *leg. 3. §. bonorum*
D. de bonor. poſſ.

* * *

ERROR VI.

*De differentia iuris abſtinendi & iuris delibe-
randi Ad l. cum antiquioribus. 19.
C. de iur. delib.*

SVMMARIA.

1 *Occaſionem vnde ſumpſerit Iuſtinianus noui iuris conſtituendi in l. antiquioribus. 19. C. de iur. delib.*

2 *Lapſus Triboniani in ſententia Pauli ICti percipienda.*

3 *Diuerſitas inter caſum quem tractat Paulus in leg. ſi quis filiumfam. 7. §. 1. D. de acquir. hered. & eum, de quo ſcribit Iuſtinianus in dict. l. antiquioribus.*

4 *Ius deliberandi pertinet tantum ad heredes extraneos: ſicut beneficium abſtenſionis ad ſuos: ſeparationis ad neceſſarios.*

5 *Exceptio.*

6 *Ex eo quod nepoti ſaluum ius abſtinendi conſeruatur, non ſequi ius deliberandi heredi heredis conſeruari debuiſſe.*

7 *Iuris deliberandi & abſtinendi diſcrimina.*

8 *Nepos in d. l. 7. vnde habeat ius abſtinendi.*

9 *Ratio Pauli malè intellecta à Iuſtiniano quónam pertineat.*

Atque huius quidem tam noui † iuris ita 1
conſtituẽdi occaſionem Iuſtinianus captat,
vt apertè ipſe profitetur, *in dict. leg. cùm
antiquioribus*, ex eo quod Iulius Paulus iam
olim reſponderat circa ſuos heredes (quos idem ille
peſſimè vocat filiosfamilias, quaſi nomen illud reti-
nere poſſint etiam mortuo patre) vt deliberantes poſ-
ſent hereditatem paternam in poſteritatem ſuam tranſ-
mittere, ſed in eo tamen labitur, † vt alias paſſim ſo- 2
let Tribonianus manifeſtiſſima iuris veteris ignoratio-
ne. Paulus enim cuius illa ipſa ni fallor ſententia extat
in *d. l. ſi quis filiumfamilias. 7. §. 1. de acquir. hered.* tra-
ctauerat de tranſmittenda per ſuos heredes paterna he-
reditate, quæ cùm ſit ipſo iure acquiſita ſuo heredi,
non poteſt fieri vt ab ipſius ſiue patrimonio ſiue here-
ditate vnquam ſeparetur, nec ſi millies ipſe viuus abſti-
nuerit. Neque rurſus de iure deliberandi an eſſet
adeunda hereditas nécne (quodnam enim ius delibe-
randi eſſe poteſt in perſona illius, qui non ſolùm ſuus
heres ſit ſed etiam neceſſarius, & cui patris hereditas
vel inuito iam ſit acquiſita?) ſed hoc tantùm ſupra-
dicto loco ſcripſerat quod iam in præcedentibus dixi-
mus, ſi filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri
heredem extitiſſe deceſſerit, relicto filio perinde he-
rede neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere
ſe ab aui hereditate, quia & patri eius permitteretur.
Quibus verbis nihil aliud innuit niſi, † quòd abſten- 3
tionis beneficium in aui hereditate non eſt nepoti de-
negandum, quod filius ipſe & habuit dum vixit, &
haberet hodie ſi viueret. Quid verò commune habet
cum hoc caſu tranſmiſſio iuris deliberandi de adeunda
extranei hereditate extraneo in extraneum? Apud Pau-
lum non dubitabatur, quin tranſmiſſa eſſet hereditas
à ſuo & neceſſario herede, in ſuum & neceſſarium he-
redem, nec tantùm ab ignorante in ignorantem, ſed
etiã quod magis eſt ab inuito in inuitum. Ita vt neque
poſſet dubitari de iure deliberandi circa hereditatem
adeundam, Sed de illo tantùm, An permittendum
eſſet nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, à qua &

pater eius, ſi viueret, abſtinere poſſet. At Iuſtinianus
eum caſum tractat, quo hereditas extranei non ſit
adita, & proinde quo ſit acquirenda per heredem he-
redis, & quo adhuc deliberari poſſit an ſit adeunda,
néene. In caſu Pauli non euenit illud abſurdum vt
plus iuris habeat nepos quàm filius. Habet enim tan-
tundem, cùm habeat nepos & eandem hereditatem
acquiſitam, & idem ius ſe abſtinendi, quod filius ha-
buit. Sed apud Iuſtinianum euenit hoc abſurdum vt
diximus quod plus iuris habet heredis heres, quàm
heres ipſe inſtitutus, cùm habet ſaluum ius deliberandi
quod heres inſtitutus antequam mortuus fuiſſet ac
moriendo amiſerat. Dicat aliquis, Eſſe quidem hanc
differentiam inter ſuum heredem & extraneum, quod
ſuus heres repudiare non poteſt, ſed abſtinere tantùm,
Extraneus verò non abſtinere dicitur ſed repudiare.
Verùm eſſe vtrique commune ius deliberandi, quod
quemadmodum extraneus deliberare poteſt & debet,
an ſibi delatam hereditatem aditurus ſit an repudiatu-
rus: Ita & ſuus heres an immiſcere ſe debeat, an abſti-
nere, propterea quòd effectu tantùm conſequitur ſe
immiſcendo quantum extraneus adeundo, vt ſcilicet
abſtinere amplius non poſſit *leg. neceſſarius. 57. leg. cum*
bonis. 87. de acquir. hered. & contrà tantum conſequitur
ſe abſtinendo quantum extraneus repudiando, vt non
habeatur pro herede, *dict. leg. neceſſarius, leg. ſi filius.*
12. D. de interrog. in iur. fac. Et hoc ſanè eſt quod Iuſti-
4 nianum † fefellit, vt in ea quoque ſpecie quam Pau-
lus tractauit, loquutus de iure deliberandi, de quo ta-
men Paulus non fuerat locutus: Quaſi deliberare di-
cendus ſit ſuus heres quandiu liberum habet arbitrium
aut ſe immiſcendi aut ſe abſtinendi: At non ita eſt. Ius
enim deliberandi neceſſarium antecedens eſt aditionis,
& repudiationis, non autem immixtionis aut abſten-
tionis: ob idque inauditum eſt apud Iureconſultos vt
de iure deliberandi agatur, cùm de ſuo herede diſpu-
tatur, ſed tunc tantùm cùm de extraneis heredibus,
quorum proprium eſt hoc beneficium deliberationis,
ſicuti ſuorum heredum eſt beneficium abſtentionis,
neceſſariorum verò beneficium ſeparationis *leg. 1. §. vlt.*
5 *D. de ſeparat. leg. 1. & tot. tit. D. de iur. deliber.* Excipio †
ſpeciem quam Caius tractat in *leg. ſi quis ſuus. 8. ill. tit.*
cùm ſuus heres ſe abſtinuit, & poſtea tempus petit ad
deliberandum. Tunc enim eſt ei indulgendum per-
inde ac ſi eſſet extraneus, quia poſt abſtentionem ha-
betur pro extraneo, & pro non herede, vt diximus,
quod ad prætorem, ex cuius tamen iuriſdictione ius
deliberandi eſt. Sed citra abſtentionem non audiret
eum prætor, ſi peteret ius deliberandi, cùm ſuo iure
nec adito prætore poſſit abſtinere quandiu ſe non im-
miſcuit. *l. ei qui. 12. D. de acquir. hered.* & contrà ſe im-
miſcere, quandiu ſe non abſtinuit, immo etiam poſt-
quàm ſe abſtinuit dummodo bona nondum ſint ven-
dita vt alibi ſcripſimus, ex *l. vlt. C. eod.* At rurſus inſta-
bit fortè quiſpiam, Perinde hoc caſu euenire abſur-
dum illud quod nos Iuſtiniano obiicimus, vt plus iu-
ris habeat heres quàm defunctus cùm abſtentio ſit facti
non minùs quàm aditio, nec magis fieri poſſit vt quis
abſtineat ſe in inſtanti mortis, quàm vt adeat, ſiqui-
dem abſtentio ſit actus ſolennis, qui etiam verba & fa-
ctum aliquod nedum voluntatem ſolam deſiderat. Cur
ergo nepoti permittemus vt ſe abſtineat? Aut ſi ſaluum
ei conſeruamus abſtinendi ius, quod pater ipſius mo-
riendo amiſerat, quis miretur Iuſtinianum conſeruare
heredis ius deliberandi etiam quod primus heres inſti-
6 tutus per mortem ſuam amiſerit? Verùm reſpondeo †
eſſe iſta longè diſſimilia, quia cùm extraneus morien-
do amiſit non modo ius adeundi, ſed etiam deliberan-
di, ſequitur vt verum ſit dicere illum neque heredem
vnquam fuiſſe neque eſſe amplius poſſe: quæ res facit
vt plus daturi ſimus heredi eius quàm ipſe moriens ha-
buerit, ſi permittamus heredi vt ſaluum habeat ius de-
liberandi, & quod eſt conſequens etiam adeundi he-
reditatem. Cùm verò ſuus heres mortuus eſt ante ab-
ſtentionem aut immixtionem, è contrario ſequitur vt
verum ſit dicere, non ſolùm heredem illum fuiſſe, ſed
etiam pro non herede habitum eum numquam fuiſſe,
neque haberi amplius poſſe. Facit ergo ea res vt tanto
magis dicendum ſit nepotem qui etiam patri ſuo ne-
ceſſarius heres ſit, neceſſarium eſſe auo. Tantum abeſt
vt ei plus daturi ſimus quàm pater habuerit ſi demus
ei ius deliberandi. An non enim minus eſt habere ius
deliberandi de acquirenda hereditate, quàm habere
iam acquiſitam. Quòd ſi replices, Immo plus eſſe quòd
poſſit ſuus heres abſtinere, quàm quod non poſſit,
Dicam, poſſe tentari ſubtiliter, neque ius illud quod
filius habuit vt ſe abſtinere poſſet morte ipſius interci-
diſſe, in eóque potiſſimam elucere † differentiam in- 7
ter ius deliberationis & abſtentionis. Quia licet abſten-
tio ſit facti, facultas tamen abſtinendi eſt meri iuris
prætorij, cuius, vt ita dicam, duratio non æſtimatur
ex alio iure quod morte intercidat, quomodo ius de-
liberandi pendet omnino ex iure adeundi vel repu-
diandi, ſed in contrarium per ſe ſubſiſtit, quia non
ordinatur ad nouum aliquod factum quod per mortem
ſe non abſtinentis deſinat impleri poſſe, aut propter
quod videri debeat conſiſtere in faciendo, ſed pendet
ex non facto, id eſt, ex non immixtione, quia ſufficit,
vt ſe non immiſcuerit filius ad hoc vt retineat abſti-
nendi facultatem. Atqui ex eo ſolo quod deceſſerit
ante abſtentionem non poteſt immixtio aliqua inferri,
cùm inter abſtentionem & immixtionem detur me-
dium, quod neque abſtentio ſit neque immixtio. Non
poteſt igitur ob id ſolum quod ante abſtentionem mor-
tuus ſit, amiſiſſe facultatem ſe abſtinendi, cùm non
ideo poſſit dici ſe immiſcuiſſe quod ſe non abſtinuerit,
at neque eo magis minúſve heres eſſe, cùm neque ab-
ſtentio neque immixtio facere potuerit vt eo magis
minúſve heres eſſet. Is quidem qui moritur deſinit
poſſe de facto ſe abſtinere, ſed non ideo amittit ius ſe
abſtinendi, quia nihil facit aut facere poſſe deſinit,
propter quod debeat amittere, cùm potiùs id fecerit
aut facere poſſe deſierit propter quod credendus ſit
abſtinendi beneficium nunquam amiſiſſe, quia nun-
quam ſe immiſcuit, & deſiit ſe immiſcere vnquam
poſſe. Idémque proculdubio de iure deliberandi in ex-
traneo herede tractari poſſet ſi ius deliberandi per ſe
ſtaret nec eſſet ordinatum ad aditionem vel repudiatio-
nem hereditatis, quod vtrumque facti eſt & quidem
noui & talis facti quod per mortem deliberantis deſi-
nit ſequi vnquam poſſe. Nam qui deliberando mori-
tur, nihil quidem facit propter quod amittere debeat
ius deliberandi, cùm è contrario ex tunc incipiat ve-
rum eſſe nunquam illum aut adiſſe aut repudiaſſe
quandiu vixit, quæ res aptior eſt ad ius hoc deliberandi
conſeruandum quàm perimendum, ſed tamen deſinit
poſſe facere id cuius gratia deliberandi ius compara-
tum eſt, quia deſinit poſſe adire vel repudiare heredi-
tatem, quorum neutrum qui facere poteſt eum ne-
ceſſe eſt fruſtra quoque ius deliberandi retinere. Deni-
que ius deliberandi pendet ex facto futuro quod per
mortem intercidit. Ius abſtinendi contrà, non ſolum
non pendet neque in ſubſtantia ſua neque in ordine,
ex facto aliquo, ſed etiam pendet ex non facto quod
per mortem impletur potiùs quàm deſtruitur, quia pen-
det vt diximus ex non immixtione. Et quamuis verum
ſit non poſſe amplius ſe immiſcere filium qui moritur
ante immixtionem, cùm tamen perinde ſit heres citra
immixtionem atque ſi ſe immiſcuiſſet, non ex eo ſolo
debet amittere ius abſtinendi, quo ſcilicet perinde in-
diget ob hoc ipſum quod alioqui non ſolùm heres eſt,
ſed etiam habetur pro herede quandiu ſe non abſtinuerit.

Eſt

Eſt enim comparatum ius abſtentionis propter hereditatis acquiſitionem iam factam, quæ cùm facta ſit non poteſt morte filij intercidere, neque aliquam immixtionem requirere. Ius verò deliberandi comparatum eſt propter acquiſitionem hereditatis futuram, quæ tamen moriente eo qui deliberabat deſinit ſequi vnquam poſſe. Ideo mirum non eſt ius deliberandi morte intercidere tanquam ex eo tempore inutile & nullius vnquam effectus futurum. Ius verò abſtinendi non æquè, tanquam cuius retinendi cauſa & neceſſitas ſemper, durante nimirum ea hereditatis acquiſitione quæ iam ipſo iure facta eſt. Quanquam ſi verum amamus hæc differentia magis ſubtilis eſt quàm vera: Cùm negari non poſſit, quin ius abſtinendi ordinatum ſit ad abſtentionem quæ facti eſt non minus quàm ius deliberandi ad aditionem. Fruſtra itaque prætor conſeruaret ius abſtinendi in perſona illius qui abſtinere amplius nunquam poteſt. Ergo non ſic accipiendus eſt
8 Paulus † quaſi exiſtimauerit ius abſtinendi quod ſuus heres viuus habuiſſet, quamuis moriens amiſiſſet, in ipſius tamen heredem tranſmitti poſſe. Nam ſi filius hic qui prius deceſſerat quàm ſe neceſſarium patri ſuo heredem extitiſſe cognouiſſet, extraneum aliquem, id eſt, non etiam ſuum & neceſſarium heredem reliquiſſet, is extraneus heres haud dubiè abſtinendi beneficium non haberet, nec ſi moriens ſuus heres id habuiſſet quia imputari ei poſſet cur vltro filij hereditatem agnouiſſet quæ cum patris hereditate iuncta eſſe cœpiſſet: quaſi hoc ipſo vtriuſque hereditatis oneribus vltro ſe obligaſſet vt in *l. paterfamilias* 18. *De reb. aut. iud. poſſ. leg. ſed ſi plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sed eſt priuilegium hoc nepotis vt poſſit abſtinere ſe ab aui hereditate, quia non minus patri ſuo quàm auo neceſſarius heres eſt non voluntarius & ex electione. Ergo ex ſua non ex patris ſui perſona. Et quamuis videatur ei poſſe imputari, cur patris hereditatem cum aui hereditate iunctam retinere velit, à qua poſſet etiam abſtinere ſi vellet, pro eo tamen ſuccurrit illa ratio quam adfert Papin. in *l. ſi filius. 2. D de vulg. & pup. ſubſtit.* quod ius dicenti propoſitum eſſe debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere, vt intelligamus eſſe facilius vt paternam hereditatem cum auita iam ipſo iure coniunctam impunè retineat nepos, id eſt, ita vt non ob id velut pœnæ nomine ab aui hereditate abſtinere prohibeatur, quàm vt extraneus, ex duabus hereditatibus coniunctis alterutram dumtaxat ſibi poſſit acquirere, quoniam ita fieret vt ſepararet hereditates, quod impoſſibile eſt, & quas nec abſtentio ſeparat, ſed cauſam tantùm, & onus bonorum. Et ob id Paulus in *d. l. ſi quis. §. 1.* poſtquam de neceſſario herede locutus eſt, deditque ei poteſtatem abſtinendi ſe ab aui hereditate retinendo paternam, poſteà ſubiungit veluti regulam iuris quæ in omnibus cæteris caſibus locum habeat, In omni ſucceſſione, hoc eſt, ſiue teſtamentaria, ſiue legitima quæ extraneo deferatur. Eum qui heres illi extiterit, qui in Titio heres fuit, Titio quoque heredem eſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Quod pluribus à nobis explicatum eſt *Decade* 31. *in Err.* 9. Ex quo apparet rationem
9 illam Pauli, † *quia & patri eius permitteretur*, quæ Iuſtiniano errandi, támque abſurdi iuris conſtituendi occaſionem præbuit in neceſſario quidem herede veram & bonam eſſe, ſed non æquè ad eum caſum accommodari poſſe quo extraneus heres ſit illius qui ſe poterat abſtinere. Quamquam enim verum eſſet quod proximè diſputauimus, & tandem negauimus, ius illud abſtinendi morte non intercidiſſe, quomodo verum eſt heredem ſuccedere in iura omnia quæ defunctus habuerit tempore mortis, nihil tamen ex eo inferri poteſt fauore extranei heredis cuius non ſit eadem ratio quæ fuit defuncti, hoc eſt, cui poſſit imputari cur hereditatem filij cum patris hereditate iunctam agnouerit, quod imputari non poſſet nepoti, qui heres ipſo iure inuenitur antequàm voluerit heres eſſe. Itaque in nepote quidem vt habeat beneficium abſtinendi ab aui hereditate ſufficit ratio illa, quod pater ipſius moriens idem ius habuit, ſed non ſufficeret in extraneo herede. Quod ſi extraneus heres non ſuccedit in ius abſtinendi quod defuncto competiit, nec ſuccederet etiamſi in ipſo mortis inſtanti adhuc competiiſſet, quamuis in eo etiam ipſius filij aliquod incommodum verſari videatur, cùm eo futurum ſit vt metu onerum patris timidiùs quis hereditatem filij aditurus ſit, quanto abſurdius eſt quod captata occaſione ex illo Pauli reſponſo Iuſtinianus conſtituit vt heres quantumlibet extraneus ſuccedat in ius deliberandi quod defunctus habuerit quidem ante mortem ſuam, ſed deſierit ius habere viuus & in momento mortis ſuæ? Nam & multo fauorabilius eſt ius abſtinendi per quod fiat ne quis cogatur ſe immiſcere bonis tametſi re vera ſuis, quàm ius deliberandi per quod fiat vt hereditatis acquirendæ ius nanciſcatur ille, qui nunquam aut heres inſtitutus, aut proximus agnatus fuit, ſed tantùm vel heredis inſtituti vel agnati proximi heres. Iuris enim ratio ex diametro repugnat ne poſſit quis hereditatem ſibi nunquam delatam acquirere. At non repugnat ne poſſit ab hereditate ſibi acquiſita abſtinere, quia nec abſtentio facit vt acquiſita hereditas deſinat eſſe acquiſita, ſed tantùm vt quod ad onera & commoda hereditaria pro non acquiſita habeatur apud prætorem.

ERROR VII.

De ſententia §. cùm autem. leg. vnic. C. de caduc. tollend. & leg. ſi quis filiumfamilias. 7. in princ. D. de acquir. hered. & l. 3. C. de iur. delib.

SVMMARIA.

1 *Textus quo Bartoli aſſeclæ probari putant tranſmiſſarium præferri ſubſtituto vulgari.*
2 *Ratio quâ idem conſtabilire nititur And. Fachineus.*
3 *Quis ſit caſus vulgaris ſubſtitutionis aduerſus Fachineum.*
4 *Vera ſententia l. vnica. C. de caduc. tollend.*
5 *Ripæ ratiocinatio deducta ex d. l. vnica refellitur.*
6 *Ius tranſmiſſionis cur inductum.*
7 *Subſtitutus vocatur per ordinariam prouiſionem, tranſmiſſarius verò per ſubſidiariam.*
8 *L. ſi quis filiumfamilias. 7. D. de acquir. vel amitt. hered. nullatenus probare tranſmiſſarium vulgari ſubſtituto præferri.*
9 *Sed ex ea potius educi argumentum pro ſubſtituto contra tranſmiſſarium.*
10 *Heres inſtitutus tranſmittendo ius deliberandi, alium heredem non facit, contra interpretes.*
11 *Heres per alium factus quis dicatur.*
12 *Conditio ad actum neceſſaria non poteſt per æquipollens adimpleri contra pragmaticos.*
13 *Refellitur collectio interpretum ducta ex eo quod putant conditionem ad actum neceſſariam poſſe per æquipollens adimpleri.*
14 *Quarta obiectio interpretum diluitur, & docetur ex eo quod ius adcreſcendi non impedit tranſmiſſionem, non ſequi, quod ſubſtitutio eam non impediat.*
15 *De qua tranſmiſſione agatur in leg. 3. C. de iur. delib.*

16 *Iuſtinia*

16 *Iuſtinianus non hoc ſibi propoſuit in l. vnique. C. de cad. toll. vt læderet ius ſubſtituti vulgaris, ſed vt faueret heredi heredis nullo existente ſubſtituto vulgari.*

GLoriatur Bartolus ad *leg ſed etſi pro dote. 10.§.vlt.de legat.præſt.* inuentum à ſe primùm hoc dubium. An ſubſtituto vulgari præferendus ſit tranſmiſſarius an poſtponendus. Sed gloriantur recentiores qui eandem Bartoli ſententiam pro tranſmiſſario ſequuntur, quod Bartolo fuerint ſubtiliores, qui textum Iuſtiniani pro hac Bartoli ſententia omnino, vt quidam putant, facien-
1 tem obſeruauerint quem ille prætermiſerat. Is † eſt in *l.vnic.§.cùm autem.C.de cad.toll.* cuius hæc ſunt verba, *Cùm autem in ſuperiore legis parte, non aditam hereditatem minimè niſi quibuſdam perſonis, ad heredes defuncti tranſmitti diſpoſuimus, neceſſe eſt ſi quis ſolidam hereditatem non adierit, hanc ſi quidem habeat ſubſtitutum ad eum, ſi voluerit & potuerit peruenire, quòd ſi hoc non ſit vel ab inteſtato ſucceſſores eam ſuſcipiant, vel ſi nulli ſunt vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* Ea namque Iuſtiniani ſententia eſſe creditur, Hereditatem non aditam non tranſmitti exceptis liberorum perſonis & ſalua tranſmiſſione iuris deliberandi ex *leg. cum antiquioribus. 19. C. de iur. delib.* His ceſſantibus hereditatem non aditam ad ſubſtitutos deuolui, & iis nolentibus, vel non valentibus, ad heredes ab inteſtato pertinere, & iis non adeuntibus ad fiſcum. Igitur, ſubſtitutus, inquiunt, non admittitur niſi cùm prorſus ceſſat ius tranſmiſſionis, atque adeo ipſum tranſmiſſionis ius ſubſtitutioni præfertur. Verba ſunt Andreæ Fachinei diligentiſſimi hac noſtra ætate ſcriptoris *lib.4. cap.62.controuerſ. iur.* vbi non ſolùm errorem communem ſequitur, ſed etiam confirmare nititur, hac ra-
2 tione, † quòd ſubſtitutus vulgaris à teſtatore vocetur in eum caſum quo inſtitutus vel nolit vel non poſſit heres eſſe. Atqui cùm is decedit intra annum qui ad deliberandum datur non poteſt verè dici illum non potuiſſe vel noluiſſe heredem eſſe, quia nec repudiauit hereditatem, & heres eſſe poterat, ſed caſus euenit non expreſſus à teſtatore quoniam nec adiuit nec repudiauit heres. Ergo, inquit, ſubſtitutioni locus eſſe non
3 poteſt. Verùm hæc ratio apertè falſa eſt. Caſus † enim vulgaris ſubſtitutionis non ille eſt ſi inſtitutus repudiauerit aut ſi heres nullo tempore eſſe poterit, ſed hic vnus quamuis generalior & alios ſpecialiores ſub ſe continens, *ſi heres non erit*, quem caſum negari non poteſt exiſtere viuo etiam inſtituto qui moritur ante aditam aut repudiatam hereditatem, licèt non repudiauerit, & aliquando heres eſſe potuerit, quia non eo minùs verum eſt illum heredem non fuiſſe, neque eſſe amplius poſſe. Non eſt igitur caſus hic nouus, ſed ille ipſe qui fuit expreſſus à teſtatore, quique cùm viuo adhuc herede euenerit, (quoniam vt in præcedentibus diſputauimus certum eſt hereditatem in vltimo illo mortis inſtanti adire non poſſe,) fatendum eſt tempore anteriorem eſſe cauſam vulgaris ſubſtituti quàm tranſmiſſarij, ob idque tranſmiſſario præferri eum de-
4 bere. Neque verò contrà Iuſtiniano † viſum fuiſſe credendum eſt. Supradicto enim loco nihil minùs agit Iuſtinianus, quàm vt conſtituat vter ſit præferendus an tranſmiſſarius an ſubſtitutus, ſed in illo tantùm eſt vt oſtendat quid fieri oporteat de ea hereditate ante cuius aditionem inſtitutus deceſſerit. Videbatur enim caduca omnia vſque adeò ſuſtuliſſe vt nullo penitus caſu locus hodie fiſco relictus eſſet. Quod tamen non ita eſt. Si enim hereditas adita non ſit ab inteſtato ſicuti ſubſtituto ſi quis ſit, primùm defertur, ſi verò ſubſtitutus nullus ſit, aut hereditatem adire non vult, ea ad legitimos ſucceſſores pertinet. Ita ſi neque ſubſtitutus neque legitimus heres quiſquam eſſe aut poſſit aut velit, neceſſe eſt vt ad fiſcum & ærarium deuoluatur aut iure caducitatis, ſi ius illud inſpiciamus quod Codicis vtriuſque temporibus obtinebat, aut etiam ex teſtamento ſi Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem 1. *de hered. & Falcid.* quæ fiſco ius dedit poſt omnes teſtamentarios & legitimos vt hereditatem poſſit adire quanquam nec ex teſtamento, nec ab inteſtato: quod olim certè nunquam fuit. Quid verò ſi neque ſubſtitutus, neque legitimus ſucceſſor vllus, ſed tamen adſit aliquis tranſmiſſarius, ſiue Theodoſianus, ſiue Iuſtinianeus? Nullam hic caſus habet dubitationem, quia neque fiſco locus eſſe poſſit, cùm non poſſint dici vacantia bona quæ per occaſionem tranſmiſſionis hereditatis, habere poſſunt heredem. Quid enim refert an hereditas adita ſit ab herede inſtituto, an verò ab ipſius herede adiri poſſit ex poteſtate tranſmiſſionis? Quare nec erat cur hunc caſum Iuſtinianus exprimeret, præſertim cùm ad quæſtionem illam vter præferri deberet, an tranſmiſſarius an inſtitutus, non ſimpliciter reſponderi potuiſſet, ac diſtingui oportuiſſet inter tranſmiſſarium Theodoſianum, & Iuſtinianeum, vt Theodoſianus quidem præferretur, Iuſtinianeus verò poſtponeretur. Nec minùs tamen erat neceſſe vt exceptio illa ſubiiceretur, *niſi quibuſdam perſonis*, ne ſecum pugnare Iuſtinianus videretur ſi generaliter & indiſtinctè ſcriberet hereditatem non aditam non tranſmitti, cùm anteà, id eſt, in §. *in nouiſſimo*, excepiſſet perſonas liberorum & eorum in quos voluit ipſe tranſmitti poſſe ius deliberandi. Cæterùm, cùm verba illa, *niſi quibuſdam perſonis*, non niſi velut per parentheſim interiecta ſint, non eſt quod ex iis argumentum ſumatur, quaſi ſint cum aliis quæ in eodem §. ſcripta ſunt, con-
iuncta. Vnde neque probare † illud poſſum, quod in 5
contrariam ſententiam Ripa diſputat ad *l.1. num.138. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ex illo ipſo loco potius probari teſtamentum fieri caducum (ſic enim ille loquitur pro eo quod voluit, & debuit dicere, *caduca bona*, nam ne quidem hereditas quatenus hereditas caduca propriè dici poteſt) vbi non habet locum tranſmiſſio, & ſic cadere ad venientes ab inteſtato vel ad fiſcum, niſi inſtitutus adiuerit ſolidam hereditatem, vel niſi adſit ſubſtitutus qui velit & poſſit adire. Ex quo infert ille. Ergo à contrario vbi haberet locum tranſmiſſio, teſtamentum non redderetur caducum, etiamſi inſtitutus vel ſubſtitutus non adirent. Hoc autem, inquiunt, eſſe non poteſt niſi vltimo loco vocentur ij ad quos fit tranſmiſſio. Et conſequenter bene ſequitur quod poſt ſubſtitutum veniunt alij iure tranſmiſſionis. Nam & in hoc errat Ripa quod non obſeruat eadem illa verba, *niſi quibuſdam perſonis*, quæ omnes in ſuam ſententiam tam miſerè detorquent, non poſſe tanquam exceptionem accommodari ad ſequentia iſta, *tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur*, quod tamen Ripæ ratio præſupponit, ſed ad regulam de hereditate non adita minime ad heredem tranſmittenda. Alioqui ſi bene Ripa argumentaretur, perinde probaret legitimum heredem atque vulgarem ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum eſſe. Quod tamen verè dici poteſt, cùm hereditas quæ tranſmiſſario, ſiue defertur, ſiue acquiritur, ſiue ex Theodoſij, ſiue ex Iuſtiniani conſtitutione ſit teſtamentaria, quæ verò legitimis heredibus ea tantùm ſit legitima, cui nec locus vllus eſt quandiu teſtamentaria durat. Illa etiam Ripæ ratio falſa eſt quam ſubiicit, cùm ait, Sicuti teſtatores ad caducitatem remouendam ſæpe faciunt ſubſtitutiones, Ita & legem in certis caſibus conceſſiſſe, vt hereditas non adita tranſmitteretur pariter ad excludendam caducorum obſeruationem, vt nimirum inferat prouiſionem illius legis eſſe ſubſidiariam, & ideo ceſſare debere vbi ordinaria prouiſio ſubeſt. Non enim verum
eſt inductum † eſſe ius tranſmiſſionis contra caduci- 6
tates

tates duntaxat, cùm etiam inductum ſit fauore perſo-
narum ac teſtamentorum, ne tam facilè deſtituerentur
ſupremæ hominum voluntates, neceſſéque eſſet
deuolui rem ad legitimos ab inteſtato venientes, vt
conſtat ex *leg. vnica. C. de his qui ante apert. tabul. &*
ex dict. l. cùm in antiquioribus. 19. Cod. de iure delib.
Rursúſque probaret eadem hæc ratio ſi vera eſſet, præ-
ferendos eſſe tranſmiſſario legitimos heredes, quia
vocantur legitimi ex ordinaria diſpoſitione legis,
tranſmiſſarius verò, ſi bene Ripa ſentit, non niſi ex
ſubſidiaria. Atqui non poteſt negare quin ſubſidiaria
ſit prouiſio legis, quæ tranſmiſſarium vocat. Fateor,
ſeu ſubſidiaria, tanquam ex teſtamento delata vel ac-
quiſita hereditate illi in quem tranſmittitur. Et idcirco
hactenus bona eſt Ripæ ratiocinatio, vt inferre liceat
ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum, quoniam cùm
vtraque adeſt prouiſio & ordinaria & ſubſidiaria, in
eundem caſum teſtati, certum eſt potiorem eſſe ordi-
7 nariam, ſubſtitutus † autem vocatur ex teſtamento &
per ordinariam prouiſionem & quidem teſtatoris, non
legis, niſi ſubſequentis voluntatem teſtatoris. Tranſ-
miſſarius verò non niſi per ſubſidiariam prouiſionem,
eamque non legis, ſed teſtatoris, quamuis ex teſta-
mento. Adieci, *in eundem caſum teſtati*, quia ſi con-
tendatur inter heredem legitimum & tranſmiſſarium,
vocatur quidem tranſmiſſarius, itémque legitimus
heres, vtérque ex diſpoſitione legis, adeóque legiti-
mus ex ordinaria, tranſmiſſarius autem ex ſubſidiaria,
ſed tamen tranſmiſſarius haud dubiè præfertur, quia
cauſa teſtati quantumuis ſubſidiaria præfertur cauſæ
inteſtati quantumlibet ordinaria ſit prouiſio per quam
inteſtati ſucceſſio defertur. Sed hæc ad Iuſtinianum
8 ſufficiant. Alia Bartoli obiectio quæ ſit † ex Paulo in
d. l. ſi quis filiumfamilias 7. in princip. iunct. §. 1. nul-
lius planè momenti eſt, fatentibus etiam illis ipſis qui
hunc Bartoli errorem ſequuntur. Nam principium legis
loquitur quidem de ſubſtituto, ſed non de tranſmiſ-
ſario. Reſponſum autem quod eſt in §. 1. præterquàm
quod ad ſpeciem planè diuerſam pertinet, neque de
ſubſtituto neque de tranſmiſſario loquitur; ſed de filio
qui reuera ſuo patri ſuus & neceſſarius heres extiterit:
atque ita hereditatem paternam vt acquiſitam in ne-
potem tranſmiſerit. De nepote verò qui ab aui here-
ditate abſtinere & velit & poſſit, non tam quòd in
eum ſit tranſmiſſum ius abſtinendi, quo pater vti po-
tuit, quàm quòd ſine vllo facto ſuo & ipſo iure repe-
riatur neceſſarius heres aui per mediam perſonam pa-
tris, cui etiam neceſſarius ipſe heres eſt: vt ſuprà ex-
plicauimus. Et quamuis de tranſmiſſario iuris abſti-
nendi reſponſum illud intelligeremus, ad rem tamen
noſtram non pertineret. Tractamus enim de tranſmiſ-
ſario qui ſit idcirco tranſmiſſarius, vt hereditatem ac-
quirere ſibi poſſit, quæ à defuncto adita non fuerat,
ſiue habere illam velit quaſi iam acquiſitam defuncto,
licèt nunquam aditam, vt in caſu conſtitutionis Theo-
doſianæ, ſine beneficio iuris deliberandi, quod ſem-
per præcedit hereditatis acquiſitionem. At Paulus in
dict. §. 1. etiam ſecundum Bartolum tractaret de illo
tranſmiſſario in quem tranſmiſſum eſſet ius omittendæ
hereditatis, aut quod idem eſt ius deliberandi non ad
hereditatem acquirendam ſed ad omittendam illam,
quæ iam ipſo iure acquiſita. Quod ius deliberandi ad
omittendam hereditatem iam acquiſitam etiamſi ius
deliberandi bene dici poſſet, valdè tamen differret ab
eo de quo diſputauimus, quod competat ad eam here-
ditatem quæ nondum acquiſita ſit, acquirendam,
eſſétque multo tranſmiſſibilius: quia facilius eſt, vt
quis abſtineat re iam ſua, quàm vt rem nondum ſuam:
nec ſibi delatam ſibi acquirat. Quinimò ſi ſubtiliùs
intueare, poteſt ex illo Pauli loco in principio legis
9 ſumi † argumentum non leue contra tranſmiſſarium
pro ſubſtituto. Scribit enim Paulus, ſi quis filiumfa-
milias heredem inſtituerit, & ita inſcripſerit, *ſi mihi*
Titius ille filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres
eſto, filio adeunte iuſſu patris excludi ſubſtitutum.
Quænam verò dubitandi ratio pro ſubſtituto eſſe po-
terat? Illa vna quod videretur hoc caſu conditio ſub-
ſtitutionis extitiſſe, cùm verum ſit filiumfamilias
hunc heredem non eſſe quamuis patrem heredem fe-
cerit. Quanto magis ergo fuerat Paulus pro ſubſtituto
reſponſurus contra tranſmiſſarium: eo caſu quo inſti-
tutus heres nullomodo adiiſſet, nec proinde aut heres
ipſe fuiſſet, aut alium heredem feciſſet. Quod enim
iactitant interpretes † heredem inſtitutum tranſmit- 10
tendo ius deliberandi alium heredem facere: quippe
quia alius adire poſſit ſi velit, hoc iam nos refutaui-
mus in præcedentibus: quia cùm eiuſmodi aditio à
tranſmiſſario facienda: non niſi poſt tranſmittentis
mortem fieri poſſit, apparet eum qui mortuus iam ſit
non magis poſſe alium heredem facere quam heredem
ipſum eſſe. Ac prætereà implicat contradictionem vt
dicatur heredem facere tranſmiſſarium ob id quod fa-
ciat vt tranſmiſſarius adire poſſit ſi velit. Heres † enim 11
per alium factus is demum dicitur qui è contrario, cùm
heres iam ſit, nulla amplius indiget aditione, alioqui
per ſe ipſum non per alium heres ſit is, qui per ſuam &
propriam aditionem ſit heres, licet ab alio ius adeundi
nactus ſit. Et conditio illa, *ſi heres non erit*, quæ hunc
ſenſum habere dicitur in perſona quæ non eſt ſui iu-
ris, *ſi neque is heres erit, neque alium heredem fecerit*, ita
proculdubio accipi debet, quod ad hanc poſteriorem
partem, ſi alium aditione ſua heredem non fecerit.
Aliter enim ſubſtituto locum fieri neceſſe eſt, vt in-
nuunt illa Pauli verba, *filio adeunte iuſſu patris, ſubſti-*
tutus excluditur, vt intelligamus non aliter excludi
ſubſtitutum quàm filio adeunte. Atqui non adit ille
nec adire amplius poteſt, qui moritur ante aditam he-
reditatem, licèt ius deliberandi & adeundi in alium
tranſmittat. Ergo hoc ipſo facit locum ſubſtituto. Alia
noſtrorum argumenta æquè leuia ſunt. Aiunt condi-
tionem † ad actum neceſſariam poſſe adimpleri per 12
æquipollens, vt loquuntur ad *l. Gallus. 29. §. & quid ſi*
tantum per ill. textus de liber. & poſthum. Ergo & illam
conditionem vulgaris ſubſtitutionis, *ſi heres non erit*,
poſſe adimpleri per æquipollens, Nempe ſi inſtitutus
heres non erit, vel per ſe vel fictè per heredem ſuum.
Antecedens verò falſum eſt, quia conditiones debent
impleri in forma ſpecifica non per æquipollens, *l. qui*
heredi. 44. leg. Mauius. 55. de condic. & demonſtr. niſi
cùm veriſimilis voluntas teſtatoris aliud ſuadet, quo-
niam ea ſola eſt quæ conditiones regit. *lege in conditio-*
nibus. 19. in princip. & §. ſi patronus eodem. Hic autem
tranſmiſſarius de quo agimus, eum quoque cum ad-
mittitur non ex teſtatoris voluntate admittitur, ſed ex
ſola poteſtate conſtitutionis Iuſtiniani. Nec enim is
qui inſtituit heredem Titium de Titij quoque herede
cogitauit, nec quis ille futurus eſſet præſcire potuit vt
iudicium ſuum in eum conferret, ob idque dicimus
heredem heredis licèt ſit heres teſtatoris *lege vltim. C.*
de hered. inſtit. non tamen venire ex iudicio teſtatoris,
leg. qui liberis 8. §. vltim. de vulg. & pupill. ſubſtit. Quæ-
nam igitur ratio eſt vt ex voluntate teſtatoris præfera-
tur ſubſtituto qui habet expreſſam pro ſe voluntatem.
Neque verò ſupradictum Doctorum brocardicum bene
proponebatur ex *dicto §. & quibus ſi tantùm*, cuius lon-
gè alia ſententia eſt, vt ſæpius monuimus. Sed col-
lectio † & conſecutio quam ex eo antecedente noſtri 13
faciunt, longè abſurdior eſt. Non enim poteſt dici
conditionem illam, *ſi inſtitutus non erit*, tum impleri
per æquipollens, cùm inſtitutus eſt heres fictè per he-
redem ſuum. Immo alia eſt illa conditio, *ſi heres Titij*
mihi heres non erit, ab iſta, *ſi Titius mihi heres non erit*,
& adeò eſt alia vt non poſſit exiſtere quin alia deficiat:
quia impoſſibile eſt vt eo caſu quo Titius heres factus
ſit

ſit per aditionem, Titij quoque heres per propriam aditionem heres fiat. Illud verò longè minùs fieri poteſt, vt quis fiat heres ficte per heredem ſuum. Nam cùm non niſi poſt mortem ſuam heredem habere poſſit: non magis fictè quàm verè poteſt fieri heres per heredem ſuum, quia fictiones debent aptari ad eos caſus ad quos ipſa etiam veritas aptari poſſet, *lege conceſſionibus. 13. D. de interrog. in iur. faciend.* qui autem iam mortuus eſt, heres amplius eſſe aut fieri nunquam poteſt. Cúmque deficiente per mortem inſtituto exiſtat conditio vulgaris ſubſtitutionis hoc ipſo quod incipit verum eſſe dicere illum neque heredem vnquam fuiſſe, neque eſſe vnquam poſſe, quomodo fieri obſecro poteſt, vt conditio quæ fuit impleta per mortem tranſmittentis antequàm vllus adhuc eſſet tranſmiſſarius poſtea tranſmiſſarij facto deficere vnquam poſſit? Vt enim deficere poſſit conditio eam neceſſe eſt adhuc eſſe & manere conditionem, ſiquidem quæ non eſt, deficere nec poteſt. Atqui non eſt conditio poſtquam fuit impleta non magis, quàm ſi eſſet defecta, *l. hac conditio 10 in fine princip. de condit. & demonſt.* quoniam implementum conditionis facit actum purum qui erat conditionalis, ſicut & conditionis defectus facit nullum. Impoſſibile igitur eſt vt propter tranſmiſſarij perſonam deficiat vulgaris ſubſtitutionis conditio, quæ extitit per mortem tranſmittentis. Et quod noſtri ſolent dicere conditionem adimpleri poſſe per æquipollens, vt maximè verum eſſet, ad eas tamen conditiones non poſſet pertinere quæ iam vel exti-
14 tiſſent vel defeciſſent. Ruſſus obiiciunt † iidem interpretes pro Bartolo, ius adcreſcendi non impedire tranſmiſſionem ex *lege 3. C. de iur. delib.* Ergo neque ſubſtitutionem poſſe idem illud ius impedire, cùm ius adcreſcendi tacita quædam ſubſtitutio appellatur in *leg. ſi Titio. 61. §. Iulianus. D. de legat. 2. nouiſſ. leg. non iuſtam. 4. C. ad SC. Trebell.* At nos ſimiliter reſpondemus, malam eſſe conſecutionem. Ideo namque ius adcreſcendi non impedit tranſmiſſionem, quia eſt ex lege ſicut & ius tranſmiſſionis, ex lege, inquam, id agente neceſſariò ne defuncti perſona quæ fuit indiuidua per heredem pro parte repræſentetur. Hoc enim eſt quòd ſæpius diximus. Adcreſcendi ius in hereditatibus eſſe ex neceſſitate, non ex voluntate, ita vt inter heredes non ſolùm inuitos locum habeat, ſed inuito etiam teſtatore. At ius vulgaris ſubſtitutionis eſt ex iudicio expreſſo teſtatoris. Mirum igitur non eſt excludi ius adcreſcendi per tranſmiſſionem: vulgarem verò ſubſtitutionem non excludi, cùm tranſmiſſio ſit etiam ex lege, faciatque ne vlla ſubſit neceſſitas inducendi iuris adcreſcendi inter coheredes. (Tunc enim ſubeſt neceſſitas, cùm alioqui eueniret vt quæ non adcreſceret portio vacaret. Non autem vacat quæ ad deficientis coheredis heredem tranſmittitur.) Subſtitutio autem ſit ex teſtatoris voluntate, cui proculdubio fieret iniuria, ſi hereditas ad alium pertineret, quàm ad eum qui expreſſim vocatus eſſet ex ſubſtitutione cuius conditio extitiſſet. Vbi enim certa & aperta eſt voluntas teſtatoris: lex non ſe interponit niſi hactenus, vt eam voluntatem ſubſequatur, adiuuet, tueatur. Ceſſante voluntate, omnia lex gerit pro arbitrio circa legitimam hereditatem, quia & qui moritur inteſtatus, legis voluntatem ſubſequi intelligitur, non etiam id agere, vt voluntatem ipſius lex ſubſequatur. Neque tamen illud ferre facilè poſſumus vt in hanc rem abutantur
15 noſtri *dicta lege. 3. C. de iur. delib.* Ibi † enim non agitur de tranſmiſſione iuris deliberandi de quo nos diſputamus, ſed de tranſmiſſione hereditatis acquiſitæ iure, vt vocant, ſuitatis. Qui caſus nullam habet dubitationem, quin potior ſit cauſa eius qui ſuo heredi heres extiterit, quàm coheredis ius adcreſcendi obtendentis, cùm ius adcreſcendi nullum ſit, nec eſſe poſſit in ea portione quæ iam alij fuit acquiſita, *leg. vnic. §. his ita defunctis. C. de caduc. tollend.* Nam & eadem ratione ſit vt dici oporteat in illa ſpecie vulgarem quoque ſubſtitutum excludi, propter defectum ſcilicet illius conditionis, *ſi heres non erit*, quæ non minùs deficit cùm is cui facta erat ſubſtitutio heres fuit ipſo iure, & citra aditionem, quàm ſi per aditionem heres factus eſſet. Sed captioſa eſt, vt nemo non videt, argumentatio à tranſmiſſione hereditatis iam acquiſitæ ad tranſmiſſionem iuris deliberandi circa hereditatem nondum acquiſitam. Itémque à coherede ad ſubſtitutum. Ab eo qui vocatur ex voluntate tacita ad eum qui vocatur ex voluntate expreſſa. Nam vel fatemur teſtatorem qui inſtituto heredi vulgarem ſubſtitutum dedit cogitaſſe de tranſmiſſario vel non cogitaſſe. Si cogitauit, vtique tanto magis voluit ei præferri ſubſtitutum quandoquidem eam duntaxat conditionem ſubſtitutioni adſcripſit, *ſi inſtitutus non eſſet heres*, nulla prorſus facta tranſmiſſarij mentione, qui tamen æquè in conditione ponendus erat, ſi teſtator non minùs per tranſmiſſarij, quàm per inſtituti aditionem ſubſtitutum excludi voluiſſet. Si verò de tranſmiſſario non cogitauit, de ſubſtituto autem cogitauit quem expreſſim vocatum voluit, qua fronte poſſumus dicere tranſmiſſarium ſubſtituto præferendum eſſe, ſiue addas, *ex tacita teſtatoris voluntate*, ſiue non pudeat etiam addere, *contra teſtatoris voluntatem*, quod poſtremum eſſet ſanè multo abſurdius. Non enim id egit Iuſtinianus, vt teſtantium voluntates deſtrueret, ſed potiùs vt adiuuaret aut etiam ſuppleret in eum caſum in quem teſtator ipſe nominatim non cauiſſet. Atqui euerteretur voluntas teſtatoris ſi tranſmiſſarius ſubſti-
tuto præferretur. Et verò Iuſtinianum † nihil minùs 16
egiſſe, quàm vt vulgaris ſubſtituti ius læderet, ex eo quoque appatet, quod de hereditate teſtamentaria & legitima promiſcuè loquitur, vt ſignificet non alio caſu ſe fauere teſtamentario heredi, quàm in quo caſu faueret etiam legitimo quantum ad tranſmiſſionem iuris deliberandi. Atqui cùm fauetur legitimo heredi, ſubſtitutus vulgaris nullus eſt, quia niſi ex teſtamento ſubſtitutio vulgaris eſſe nulla poteſt. Ergo & heredi teſtamentario tum demum fauere Iuſtinianus voluit, cùm vulgariter ſubſtitutus nemo fuit. Nam neque neceſſe erat proſpici à Iuſtiniano in eum caſum in quem iam aliter, ac multo melius certioréque iudicio prouiſum fuiſſet ab teſtatore. Fauet enim Iuſtinianus heredis heredi: planè ſibi non minùs quàm teſtatori incognito, & quiſquis ille ſit, Teſtator verò fauere voluit vulgari ſubſtituto quem & cognouit & nominauit, quemque licèt inſtituto heredi poſtpoſuerit: non tamen æquè fuerit poſtpoſiturus heredis heredi, quem ignorauit, & de quo nullomodo vnquam cogitauit. Niſi fortè hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe arbitramur, vt quiſquis petiit tempus ad deliberandum hoc ipſo habendus ſit pro eo qui iam acquiſiuerit hereditatem: quod tamen non ita eſt. Alioqui non liceret ipſius heredi eidémque tranſmiſſario repudiare hereditatem quæ pro iam acquiſita haberetur. Vt taceam quod Iuſtinianus conſtituit vt ius deliberandi tranſmittatur non eo tantùm caſu quo tempus petitum fuerit ad deliberandum, ſed illo etiam quo deceſſerit heres ante impetratam deliberationem, quo tamen caſu nemo dixerit hereditatem poſſe haberi pro acquiſita præſertim verò in extraneo. Denique Iuſtinianus hoc nouum ius & tam abſurdum tranſmittendæ in extraneum alienæ hereditatis per medium ius deliberandi, eo demum caſu induxit & inducere voluiſſe credendus eſt, quo nihil eſſet interpoſitum inter perſonas tranſmittentis & tranſmiſſarij, quod tranſmiſſionem illam impediret. Atqui cùm vulgaris ſubſtitutus adeſt interponitur perſona & ius ipſius inter tranſmittentem & tranſmiſſarium, quia viuo adhuc tranſmittente impletur conditio, vt diximus, vulgaris ſubſtitutionis, & conſequenter

ſequenter primo poſt ipſius mortem inſtanti nihil iam
eſt quod obſtet quominus hereditas teſtamentaria ſub-
ſtituto deferatur, antequàm tranſmiſſario ius vllum ac-
quiſitum videri poſſit. Proinde ipſam ſubſtituti perſo-
nam tranſmiſſario obſtare neceſſe eſt ne ius illud habere
poſſit contra teſtatoris voluntatem, quod ex Iuſtiniani
conſtitutione habiturus eſſet non reluctante voluntate,
ſi ſubſtitutus nemo proponeretur.

ERROR VIII.

De tranſmiſſione reſtitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cum adeſt vulgaris ſubſtitutus. Ad l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Argumentum quo Fachineus probare nititur beneficium iuris deliberandi tranſmitti ad heredem inſtituti excluſo ſubſtituto.*

2 *Reſtitutio in integrum quæ minori competiit tranſit in ipſius heredem.*

3 *Minoris heres reſtitui in integrum non poteſt aduerſus repudiationem à minore factam. & n. 5.*

4 *Hereditas non ſolùm quæ repudiata ſit, ad heredem tranſmitti non poteſt, ſed etiam quæ non ſit adita.*

6 *Quo caſu minoris heres iure poſſit reſtitutionem in integrum petere.*

7 *Explicatur ſententia l. 24. §. Scæuola. D. de minoribus.*

8 *Refellitur conſecutio argumenti Fachinei, numero primo propoſiti allato diſcrimine inter tranſmiſſionem quæ fit per reſtitutionem in integrum, & tranſmiſſionem iuris deliberandi.*

EX iis obiectionibus, quæ tam multæ
pro Bartolo fieri ſolent ab illis qui
tranſmiſſarium præferunt vulgari ſub-
ſtituto in ea quæſtione, quam nunc tra-
ctamus, Vna illa eſt, eáque non leuis,
vt videtur, momenti, quòd beneficium
1 † reſtitutionis in integrum tranſit ad heredem mino-
ris, qui hereditatem repudiauit, adeóque excluſo vul-
gari ſubſtituto, dummodo ſit res integra, Ex *leg. quòd ſi
minor 24. §. Scæuola. D. de minor.* Conſequens enim
videtur, vt beneficium iuris deliberandi, quod datur ex
leg. cum in antiquioribus 19. Cod. de iur. delib. multo
magis tranſmittatur ad heredem inſtituti, excluſo ſub-
ſtituto. Quomodo ratiocinatur *Andr. Fachin. lib. 4.
Controuerſ. iur. cap. 62.* Nos verò qui ſubſtituti cauſam
tuemur, videamus an verum ſit quod iſti obiiciunt de
tranſmiſſione in integrum reſtitutionis: Deinde vt-
cunque verum eſſet, an conſecutio defendi poſſet à be-
neficio tranſmiſſionis reſtitutionis in integrum ad be-
neficium tranſmiſſionis iuris deliberandi. Reſtitutio-
2 nem † in integrum, quæ minori competiit tranſire in
ipſius heredem non nego, ſicut & in aliis omnibus ſpe-
ciebus reſtitutionis euenit vt ad heredem tranſmittan-
tur *leg. non ſolum 6. D. de in integr. reſtit. leg. minor au-
tem 18. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de minor.* Nec illud rur-
ſus inficior, ſi minor hereditatem lucroſam repudiaue-
rit, aut eius adeundæ tempora elabi paſſus ſit, poſſe il-
lum reſtitui in integrum ad eam adeundam: quemad-
modum è contrario ſi damnoſam hereditatem adiiſſet,
reſtitui poſſet ad repudiandam *dict. §. Scæuola, leg. 1. &
2. Cod. ſi minor ab heredit. ſe abſtin. leg. 1. & 2. Cod. ſi
vt omiſſa heredit.* Sed tamen nego minoris † heredem 3
inſtitui poſſe in integrum aduerſus repudiationem à
minore factam. Mouet me quod hac parte longè alia
ratio eſt minoris, alia heredum ipſius. Minorem, qui
delatam ſibi hereditatem repudiauit, ſola repudiatio
excludit & ſummouet ab hereditate. Ideóque cùm fieri
poſſit vt iuuenili leuitate ductus eam hereditatem re-
pudiauerit, quam ſi maior & conſultior fuiſſet, adire
potiùs voluiſſet, æquiſſimum eſt ei ſuccurri auxilio re-
ſtitutionis, vt aduerſus cætera damna omnia, quæ in-
currit ob lubricum ætatis, & inconſultam facilitatem.
At minoris heredem in hoc ipſo caſu duo ſummouent.
Primum hoc, quod minor ipſe repudiauit: Secundum
illud, quòd ex repudiatione infertur neceſſariò, quòd
minor non adiit hereditatem neque adire voluit, quam
etiam repudiauit. Vt enim minoris aut alterius cuiuſli-
bet heres nullum ius habeat hereditatis adeundæ, quæ
defuncto fuerat delata, non illud neceſſe eſt repudia-
tam fuiſſe à minore hereditatem, ſed ſufficit vt non ſit
adita, quoniam regula iuris habet, Hereditatem † non 4
ſolùm quæ repudiata ſit, ad heredem tranſmitti non
poſſe, ſed etiam quæ non ſit adita. Itaque etiamſi minor
hereditatem non repudiaſſet, non eo minùs tamen mi-
noris heres ab adeunda hereditate ſummoueretur, vel
ob hoc ſolùm quod minor hereditatem non adiiſſet.
Nec tantùm à iure communi adeundæ hereditatis ſum-
moueretur, ſed etiam ab omni auxilio & beneficio re-
ſtitutionis. Quomodo enim aut quonam colore poſſet
in integrum reſtitutio heredi minoris competere, quæ
minori ipſi nunquam competiiſſet? *l. Pannonius 86. D.
de acquir. heredit. l. 1. Cod. de reſtit. milit.* Atqui minori
huic, qui hereditatem nunquam repudiaſſet, at ſolum-
modò non adiiſſet, nulla reſtitutio competere poterat.
Non ob id tantùm quod in non adeundo factum nul-
lum ſit contra quod reſtitutio peti poſſit (neque enim
perpetua eſſet hæc ratio, ſi fortè minor paſſus eſſet elabi
tempora intra quæ adire debuiſſet, qui caſus haud du-
biè admitteret reſtitutionem, quamuis nullum factum
interceſſiſſet, quia ſufficeret negligentiam in non fa-
ciendo interueniſſe *leg. 3. §. ſi quid minori. verſ. etſi he-
res leg. aut prætor 7. alias leg. etſi §. penult. & vltim. D. de
minor.*) ſed ob eam potiſſimùm rationem, quòd heredi
quandiu neque repudiatione neque tempore excluſus
eſt, quominùs adire poſſit, permittendum eſt vt adeat
quandocunque *l. ſi curatoris 9. Cod. de iur. delib.* & id-
circo cùm læſus dici non poſſit neque vtilis neque ne-
ceſſaria poteſt ei eſſe reſtitutio. Quis ergo putet poſſe
illam eſſe vtilem heredi minoris? Quod ſi heredi mi-
noris competere non poteſt, cùm minor deceſſit neque
adita neque repudiata hereditate cur ei magis compe-
tet eo caſu quo minor † repudiauerit? Dices ratiocina- 5
tionem hanc minùs bonam eſſe, quia cùm ſecuta eſt re-
pudiatio iam cœpit competere minori reſtitutio quæ
nulla interueniente repudiatione, non competiiſſet. At
ſanè fatendum hoc eſſet non eſſe bonam conſecutio-
nem, ſi, quod obiectio præſupponit, ſola repudiatio
minoris induceret reſtitutionem. Nam cùm heres in
omnia defuncti iura ſuccedat, vtique ius petendæ reſti-
tutionis quod habuiſſet minor ex die factæ repudiatio-
nis, tranſiret in ipſius heredem, tametſi minor non petita
reſtitutione deceſſiſſet. Sed falſum illud eſt, ex ſola re-
pudiatione minoris, naſci ius petendæ reſtitutionis.
Nam neque minor ætas, neque aliud quicquã eſt quod
æquitatem reſtitutionis in minore poſſit inducere, ex-
cepta læſione quæ cum ætatis fauore concurrat, nec vn-
quam auditur minor petens reſtitutionem, niſi hæc duo
coniunctim probet, ſe & minorẽ & læſum fuiſſe *d. l. quod
ſi minor. §. non ſemper l. verum 11. §. ſciendũ eſt. D. de min.
l. nã poſteaquàm 9. §. ſi minor. D. de iur.* Atqui non poteſt
dici minor læſus ex eo ſolo quòd repudiauerit heredit.
etiam quæ opulentiſſima proponatur, adeóque cuius re-
pudiãdæ alia cauſa nulla ſit, quouſque ſaltẽ hereditatis

adeundæ animum recipiat, quem prius abiecerat. Nemo enim læditur repudiando hereditatem cuius adeundæ voluntatem ne tunc quidem habet, cùm multæ poſſint eſſe cauſæ etiam vanæ, propter quas nolit vel prudentiſſimus quis implicare ſe negotiis hereditatis quantumlibet locupletis & lucroſæ, nec quicquam præſcribi debeat cur heres eſſe nolit *l.4.D.ad SC.Trebell. leg. ſi in teſtamento 22.§. vlt. D.ſi quis omiſſ.cauſ. teſtam.* Cùm igitur ponamus non modò repudiatam eſſe à minore hereditatem, ſed etiam deceſſiſſe illum poſt repudiationem, neque ſolum ante petitam in integrum reſtitutionem, ſed quod magis eſt ante declaratam voluntatem, quòd heres eſſe vellet quódque eum repudiationis pœniteret: Optima certè conſecutio eſt, quamuis potuerit ipſe reſtitui ſi heres fieri voluiſſet, non ideo tamen dandam ipſius heredi reſtitutionem quando poſt repudiationem minor deceſſit, non magis quàm ſi ante repudiationem deceſſiſſet, quia non magis vno quàm alio caſu læſus dici poteſt: Vnoque de-
6 mum illo † caſu poſſet minoris heres iure petere reſtitutionem ſi minor deceſſiſſet voluntate ſua declarata, quod heres eſſe vellet, multóque magis ſi in integrum reſtitutionis poſtulationem aliqua ratione præparaſſet. Quanquam enim hoc etiam caſu æquè verum eſt deceſſiſſe minorem hereditate non adita: Hereditatem verò non aditam non tranſmitti, non tamen nocet heredi minoris quod hereditas non ſit adita, quoniam ea non aditio, vt ita dicam, ex ſola repudiatione naſci intelligitur, quæ ſi non interueniſſet vtique hereditatem adiſſet minor quam adire & voluiſſet & potuiſſet. Indéque fit vt dubitari non poſſit quin læſus fuerit minor eam hereditatem repudiando, quam poſtmodum ſibi acquirere voluit, nec tamen potuit propter repudiationem. Atqui hoc ipſo quod & minor & læſus fuit, certum eſt eum in integrum reſtitui potuiſſe. Hoc igitur vno demum caſu, & alio præterea nullo, fatendum eſt heredem minoris poſt repudiationem defuncti ex autoris ſui perſona in integrum reſtitui poſſe. Alioqui plus iuris haberet minoris heres ad petendam reſtitutionem eo caſu quo minor expreſſim hereditatem repudiaſſet, quàm ſi idem minor neque adita neque repudiata hereditate deceſſiſſet: quod tamen ſanè perquam abſurdum foret. Repudiatio enim ſi aliud nihil conſideres facere debet quo minùs non quo magis admittatur ad hereditatem ſiue minor ſiue minoris heres.
7 Neque huic noſtræ ſententiæ † contrarium eſt quod ex Scæuola Paulus ſcribit in *d.l. quod ſi minor 24.§.Scæuola de minor.* Si quis iuuenili leuitate ductus omiſerit vel repudiauerit hereditatem vel bonorum poſſeſſionem, ſiquidem omnia in integro ſint, omnimodo audiendum eſſe, ſi verò iam diſtracta hereditate & negotiis finitis ad pecuniam laboribus ſubſtituti partam veniat repellendum eſſe, *multóque parcius ex hac cauſa heredem minoris reſtituendum eſſe.* Etſi enim vltima hæc verba videntur præ ſe ferre in hac ſpecie minoris quoque heredem rebus omnibus integris poſſe reſtitui etiam contra ſubſtitutum, tametſi parciùs & difficiliùs quàm minor ipſe reſtitueretur: Attamen facilis reſponſio eſt non poſſe Paulum vel Scæuolam ita intelligi vt ad dandam minoris heredi reſtitutionem non ſint neceſſaria ea omnia quæ neceſſaria eſſent ad minorem ipſum reſtituendum. Alioqui faciliùs minoris heres quàm minor ipſe reſtitueretur, quod Paulus diſertè negat. Ergo cùm ſola minoris repudiatio non faciat vt poſſit reſtitui tanquam læſus nec ſi omnia in integro ſint, ſi non etiam illud concurrat vt minor dicat velle ſe reſtitui aduerſus repudiationem, aut quod effectu idem eſt, velle ſe heredem eſſe: Hoc ipſum quoque interueniſſe ponendum eſt quoties quærimus, An heres minoris reſtitui poſſit, Ex generali illo nec vnquam falſo brocardico, Terminos habiles ſemper eſſe ſupponendos. Nec eſt quòd quis replicet, Ad conſtituendam eandem rationem minoris & heredis ipſius, poſſe ſufficere vt dicamus non aliter reſtituendum eſſe minoris heredem, quàm ſi reſtitui ipſe & heres eſſe velit. Nam licèt hoc omnimodo requiratur, quia non niſi petenti reſtitutionem dat prætor, nec niſi ei qui heres eſſe velit quoties reſtitutio petitur ad hereditatem acquirendam quæ fuerat omiſſa vel repudiata, ſiue reſtitutionem quis petat proprio nomine ſiue ex defuncti perſona: Si tamen iure hereditario & ex perſona defuncti petatur reſtitutio, illud etiam omnino requiritur, & ante omnia, vt ipſi defuncto competierit ius petendæ reſtitutionis, ac proinde in neceſſarium antecedens vt læſus fuiſſe probetur, Ergo & vt voluerit ipſe mutato conſilio heres eſſe. Neque ſufficit, quòd velle potuerit, Niſi potentia illa in actum deducta ſit, quoniam alioqui moriendo deſiit poſſe velle. At vbi voluit ſemel, cùm ex eo inſtanti ſe per repudiationem læſum fuiſſe oſtenderit, non facit mors ſuperueniens, vt ius petendæ reſtitutionis, quod læſio peperit, extinguatur, quominùs ad minoris heredem tranſmitti poſſit. Qua de re tamen, id eſt, de toto hoc iure tranſmittendæ hereditatis non aditæ aut tranſmittendæ reſtitutionis ad hereditatem adeundam, ſi quis plura ſcire volet, legat quæ ſcripſimus *lib.14.Coniect. cap.1.* Nunc enim id tantum agimus vt oſtendamus quomodo accipiendum ſit quod volunt noſtri, Ius petendæ reſtitutionis ad hereditatem adeundam tranſmitti in heredem minoris etiam in præiudicium vulgaris ſubſtituti, ne quem fallat reſponſum illud Pauli quod modo interpretati
ſumus. Iam verò videamus, † an ex iſto antecedente 8
poſſit inferri quod iidem illi inferunt: Ergo beneficium iuris deliberandi quod datur ex *d.l.cùm in antiquioribus,* tranſmittetur ad heredem inſtituti excluſo ſubſtituto. Apparet autem vicioſam eſſe collectionem, quoniam longè diuerſa eſt ratio eius tranſmiſſionis, quæ fit beneficio reſtitutionis in integrum, & eius quæ ſine reſtitutione. Reſtitutionis namque ius propriū illud eſt quod & ſonus ipſe nominis demonſtrat, vt ex omni parte reponat omnia in priſtinum ſtatum, quantum per naturam iuriſque poteſtatem fieri poteſt *d.l. quod ſi minor.§. reſtitutio l.vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. reſtit.* Atqui ſi minor heres inſtitutus nunquam hereditatem repudiaſſet, ſine dubio excluſiſſet ſubſtitutum vulgarem, quandoquidem certum eſt ſubſtituto nullum eſſe locum quamdiu inſtitutus admitti poteſt. Ergo & cùm repudiauit, quamuis in ea repudiatione totum ius adeundæ hereditatis amiſerit, & amittendo tranſtulerit in ſubſtitutum, cùm tamen poſtea reſtitutio datur ſiue illi ipſi minori ſiue ipſius heredi ad hereditatem adeundam quæ fuerat repudiata, recurrit ad minorem eiúſve heredem vi & poteſtate reſtitutionis illud ipſum ius quod repudiatio & læſio abſtulerat. Proinde nec mirum illud eſt, excludi ſubſtitutum poſt repudiationē eodem ipſo iure quo per aditionem factam ante repudiationem excluderetur. Adeò, vt quamuis interim adierit ſubſtitutus ex ſubſtitutione (nec enim ob id ſolum adire prohibetur ſubſtitutus, quod aduerſus repudiationem poſſit adhuc minor reſtitui, nec ex incerto reſtitutionis pendeat ius quod per ſe certum eſt, ſucceſſionis) non tamen debeat ea res nocere minori, eiúſve heredi, quominus audiendus ſit petens reſtitutionem, dummodò ſint omnia integra, id eſt, dum ne adhuc diſtractæ ſint à ſubſtituto res hereditariæ. Quia licet prætor, ex cuius iuriſdictione ſunt omnes in integrum reſtitutiones, non poſſit facere, quod neque ius ciuile facere poſſet vt ſubſtitutus qui ſemel heres fuit, heres eſſe deſinat *l.aut prætor.7.§.ſed quod Papin.C.de min.* facit tamen concedēdo in integrū reſtitutionem vt inſtitutus minor eiuſve heres, qui per aditionē fieri heres ampliùs non poteſt, vtiles actiones habere debeat, directáſque ſubſtituto denegari oporteat, vt effectu ipſo inſtitutus pro herede habeatur, eiúſve heres, nō autē ſubſtitutus. At trāſmiſſionis

iuris

iuris deliberandi alia ratio eſt, quia non retroagitur ob tempus quo inſtitutus adire potuit, vt hereditas à tranſmiſſario adita, iam inde ab ipſo tranſmittente adita videatur. Ideóque non impedit, quominùs ſubſtitutus tranſmiſſarij ius quod re vera ille præuenit, effectu quoque ipſo præueniſſe exiſtimetur, quia tranſmiſſarij ius non incipit niſi ex quo die adiit hereditatem heredis inſtituti, ſubſtituti verò ius incipit ex quo inſtanti mortuus eſt heres inſtitutus, facta iam tum pura ſubſtitutione per implementum conditionis quod contingit, viuo adhuc & moriente inſtituto. Et conſequenter ſubſtitutum tranſmiſſario iuris deliberandi præferri non modo æquum, ſed etiam iuris rationi omnino conſentaneum eſt: Poſtponi autem tranſmiſſario reſtitutionis in integrum, ſi ita libeat appellare, dummodo tamen in eo ſint omnia vt in integrum reſtitutionem admittant, id eſt, dum ne ſint iam diſtractæ res hereditariæ, *dict. §. Scæuola, leg. vltim. Cod. de repud. vel abſtin. heredit.* de cuius etiam ſententia alibi ſcripſimus.

ERROR IX.

De ſententia l. vnic. C. de his qui ant. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommiſſa. Et de iure recuſandi.

SVMMARIA.

1 *Atopia de nouo iure conſtituto ab Impp. in l. vnic. C. de his qui ant. ap. tab.*
2 *Quibus liberis caueat d. l. vnic conſtitutio.*
3 *Quiſquis hereditatem ſibi acquirere vult per aditionem eum neceſſe eſt de iure ſuo certum eſſe.*
4 *Quid d. l. vnica induxerit.*
5 *Perſona in d. l. expreſſa tranſmittunt hereditatem in poſteros non quaſi acquirendam, ſed quaſi acquiſitam.*
6 *Cur in d. l. adiuncta ſit illa exceptio ſi tamen hereditatem non recuſant.*
7 *Diſcrimen inter liberos qui habent beneficium abſtinendi, & eos qui ex d. l. vnic. habent beneficium recuſandi.*
8 *Quidnam ſit ius recuſandi ab Impp. in d. l. primùm inductum; & quibus competat.*
9 *Iuris recuſandi effectum.*
10 *Differentia inter heredem & eum qui bona tantùm habet.*
11 *D. l. vnica cur generaliter de quibuſuis liberis concepta ſit.*
12 *In quo plus Iuris habeant ſui heredes quàm alij liberi.*
13 *In tranſmiſſione hereditatis aſcendentium in deſcendentes quale ſit diſcrimen inter liberos qui ſunt ſui heredes & eos qui non ſunt ſui.*
14 *Accurſij lapſus.*
15 *Beneficium iuris recuſandi latiùs patet, quàm iuris abſtinendi.*
16 *Quomodo verum ſit ſublatam eſſe à Iuſtiniano differentiam ſuitatis & emancipationis.*
17 *Ad tranſmiſſionem hereditatis aſcendentium in deſcendentes quid requiratur.*
18 *Extraneus qui adit hereditatem ſui heredis qui patri ſuo neceſſarius heres extitit hereditates quas confuſas reperit non poteſt ſeparare.*
19 *De priuilegio à Theodoſio liberis circa legata & fideicommiſſa conceſſo.*
20 *Diſcrimen inter hereditates & legata ſeu fideicommiſſa.*
21 *Qua legata & fideicommiſſa ab ignorantibus tranſmittantur.*
22 *De quibus legatis & fideicommiſſis loquatur dict. l. vnic.*
23 *Quando lex Papia liberos non premeret inductâ caducitate.*
24 *Quidnam impedimentum tollere voluerit Theodoſius circa legata & fideicommiſſa fauore liberorum.*
25 *Hodie tranſmittitur legatum ſeu fideic. à deſcendente in quemlibet heredem etiam: & quæ ſit huius iuris ratio.*

DVbitaui † aliquando quid noui fuerit inductum ea Imperatorum Theodoſij & Valentiniani conſtitutione, de qua iam in præcedentibus dicere cœpimus & quæ extat in *leg. vnic. Cod. de his qui ant. apert. tabul.* Nam quod pertinet ad liberos primi gradus à patre inſtitutos, de quibus priore loco lex loquitur, certum eſt ſi in poteſtate eſſent, iam olim ita ius fuiſſe, vt paternam hereditatem iure ſuitatis tranſmitterent ad heredes quoſcunque etiam extraneos nedum ad deſcendentes *leg. 3. de iur. delib. leg. apud hoſtes 8. Cod. de ſuis & legit.* Cum tamen Theodoſij conſtitutio non aliud ius liberis à patre inſtitutis tribuat, quàm vt patris hereditatem ad ſuos tantùm deſcendentes tranſmittant: Itaque alterutrum neceſſariò dicendum videtur. Vel de emancipatis duntaxat intelligendam eſſe hac parte conſtitutionem. Vel ſuorum heredum ius fuiſſe imminutum, quod poſterius dici certè non poteſt, cùm appareat è contrario id agere Imperatores vt liberorum ius augeant, eorum ſaltem qui ſunt ad tertium vſque gradum. At rurſus quod ad alios liberos pertinet, in remotiore poſt primum gradu conſtitutos, vel à matre aut auo proauóve ſiue paterno ſiue materno inſtitutos difficile etiam videtur dicere quid noui Imperatores induxerint. Nam ſiue inſtituti eſſent liberi ex aſſe, poterant iure communi heredes fieri etiam ante apertas tabulas, quia lex Iulia de caducis non pertinebat ad heredes ex aſſe inſtitutos, vt probauimus *lib. 3. Coniect. cap. 16. ex l. 1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* & Vlpian. *in fragment. tit. 17. de caduc. in princip.* Siue ex parte tantùm, adhuc tamen poterant, adire clauſis tabulis non quidem ex iure communi, ſed quia lex Iulia & Papia erubuerat iugum ſuum imponere liberis vſque ad tertium gradum, vt Iuſtinianus refert in *leg. vnic. Cod. de caduc. tollend.* iiſque ſeruauerat ius antiquum vt ſcribit Vlp. *in tit. de caduc.* & conſtat ex *dict. leg. 3. Cod. de iur. delib.* vbi Gordianus hanc heredum ex aſſe aut ex parte inſtitutorum differentiam ſic explicat, vt dicat filium à patre inſtitutum ex aſſe, etiam clauſis tabulis heredem potuiſſe exiſtere, inſtitutum verò ex parte nihilominùs ſtatim ſuum ei heredem extitiſſe: Non quaſi heres etiam non extiterit, ſed tantùm exiſtere potuerit is qui ex aſſe inſtitutus fuit. Verùm ad ſignificandum acquiſitionem hereditatis in ſuo herede ex aſſe inſtituto poſſe voluntariam eſſe ante apertas quoque tabulas, in eo autem qui fuerit inſtitutus ex parte, nullam eſſe poſſe niſi quæ ſit neceſſaria, & ex iure (vt aiunt) ſuitatis. Quod igitur egebant iſta conſtitutione liberi vſque ad tertium gradum, ſi tabularum aperturam expectare non cogebantur? At qui non excedit conſtitutio pronepotes, Iam ergo iis prouiſum ſatis eſſe videbatur per legem Iuliam Papiam, quæ perſonas ipſorum exceperat, ne ante apertas tabulas heredes eſſe prohiberentur. Sed tamen poſtea comperi non eo minùs vtilem adeóque neceſſariam fuiſſe conſtitutionem † vt liberis 2
non quidem ſuis heredibus, ſed cæteris ſiue à patre ſiue à matre ſiue ab auo ſiue à proauo aut paterno, aut materno inſtitutis in omnem euentum caueretur. Cùm facilè poſſet contingere, vt eo quoque caſu quo potuiſ-

ſent adire tamen non adiiſſent, aliqua re impediti, rur-
ſúmque vt nec adire poſſent ante apertas tabulas, for-
taſſe quod ignorarent an ex aſſe, an ex parte, aut ſi ex
3 parte, ex quanta ſcripti eſſent. Quiſquis † enim he-
reditatem ſibi acquirere vult per aditionem, eum ne-
ceſſe eſt de iure ſuo certum eſſe, *leg. qui hereditatem
19. leg. heres inſtitutus 32. D. de acquir. heredit.* Atqui
4 fecit † conſtitutio non ſolùm vt liberi poſſint heredes
fieri clauſis tabulis, ſed etiam vt citra aditionem & ipſo
iure facti heredes intelligantur, quantum ad hunc ef-
fectum vt hereditatem tranſmittere poſſint ad ſuos
deſcendentes, ſi eam ſibi acquiſitam eſſe deſcendentes
velint. Multum ergo ea conſtitutione fuit additum
iuri quod antea in huiuſmodi perſonarum fauorem ob-
tinebat. Vult enim conſtitutio filios ſeu filias, nepo-
tes aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel
matre, auo vel auia, proauo vel proauia ſcriptos he-
redes, licet non ſint inuicem ſubſtituti, ſeu cum extra-
neis, ſeu ſoli ſint inſtituti & ante apertas tabulas de-
functi, ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes, ſiue ignora-
uerint in liberos ſuos cuiuſcunque ſint ſexus vel gra-
dus derelictam ſibi hereditariam portionem poſſe tranſ-
mittere, memoratáſque perſonas, ſi tamen hereditatem
non recuſant nulla huiuſmodi præſcriptione ſibi ob-
ſtante, eam tanquam debitam vindicare. Quod nos
ſuprà diximus ſic accipiendum eſſe vt huiuſmodi per-
5 ſonæ † in poſteros ſuos tranſmittant hereditatem, non
quaſi acquirendam, ſed quaſi acquiſitam. Exemplo
eius quod iidem Imperatores iam ante conſtituerant
de hereditate infanti delata, nec per patrem ipſius in-
fantis nomine adita, vt ſi infans viuo patre decederet,
poſſet nihilominus pater eam iure patrio vindicare,
quaſi iam infanti quæſitam vt ſcriptum eſt in prima
parte legis *ſi infanti 18. Cod. de iure delib.* Alioqui
non de hereditate ipſa vel de hereditaria portione
tranſmittenda loqui debuiſſent Imperatores, quomo-
do loquitur lex & titulus ſub quo lex poſita eſt, De his
qui *ant. apert. tabul. heredit. tranſmitt.* ſed de tranſmit-
tendo iure deliberandi, vt à Iuſtiniano factum fuit in
dict. l. cùm in antiquioribus 19. Cod. de iure delib. Nec
6 quòd Imperatores hanc exceptionem † ſubiiciunt, *ſi
tamen hereditatem non recuſant*, facere debet vt de ſolo
deliberandi iure tranſmittendo ſenſiſſe videantur. Sunt
enim iſta longè diuerſa, Tranſmitti ius deliberandi de
adeunda hereditate, Et, Tranſmitti hereditatem ipſam
in liberos ſub ea exceptione, ſi modò eam non recu-
ſent. Nam imò verò poſterior hic loquendi modus
oſtendit manifeſtè tractari de hereditate quaſi iam ac-
quiſita. Cùm in hereditate nondum acquiſita, dubi-
tandi ratio nulla poſſet occurrere quin iis quibus de-
ferretur liberum eſſe deberet eam recuſare *leg. nec emere
16. Cod. de iure delib.* & ridiculus vtique eſſet qui dice-
ret ius deliberandi ita demum tranſmitti ſi non recuſe-
tur ab eo in quem tranſmittitur, cùm vel nomen ipſum
iuris deliberandi præ ſe ferat eligendi, hoc eſt, vel ag-
noſcendæ vel recuſandæ hereditatis libertatem. At
quia id agebant Imperatores vt hereditas quæ reuera
nec adita eſſet, nec acquiſita, nihilominùs in tranſ-
mittentis liberos tanquam acquiſita tranſmitteretur,
fuit neceſſaria illa exceptio, *ſi tamen hereditatem non re-
cuſarent*, quoniam erat contra vulgares iuris regulas vt
hereditatem iam acquiſitam liceret recuſare: Nimirum
extra eas perſonas quibus abſtinendi beneficium datum
eſt à prætore, id eſt, ſuorum & neceſſariorum heredum.
Porrò non fecerunt Imperatores neque ſalua iuriſpru-
dentia facere potuerunt, vt eſſent ſui heredes liberi
omnes, præſertim qui à matre aliiſque ex materna linea
aſcendentibus ſcripti fuiſſent, vt hoc ipſo debuerit iis
communicari beneficium abſtentionis. Sed tamen fe-
cerunt quod facere potuerunt, vt aſcendentium here-
ditates iis ipſo iure ac citra factum vllum acquireren-
tur. Nam de hereditatibus omnibus ſicuti ſunt ex iure
ciuili, ita & pro arbitrio ciuilis legiſlator diſponit, præ-
ſertim verò Imperator qui eſt ſupra leges. Et ideo non
ſolùm fuit æquiſſimum, ſed etiam neceſſarium exce-
ptionem illam ſubiici, darique liberis tranſmiſſariis
eandem poteſtatem recuſandæ hereditatis ſi heredes
eſſe nolint, quam haberet perſona ipſa quæ tranſmiſit
ſi hodie viueret. Quomodo iam olim erat conſtitutum
in ſuis heredibus & neceſſariis vt ſi paternam heredita-
tem in ſuos quoque ac neceſſarios heredes tranſmitte-
rent, idem ius abſtinendi ab aui hereditate nepos habe-
ret quod filius habuiſſet, *leg. ſi quis filiumfamilias 7.
§. 1. D. de acquirenda hereditate.* Quanquam inter hos
caſus † diuerſitas illa eſt, quod in ſuis heredibus habet 7
filius beneficium abſtinendi, quia etiam inuitus & ig-
norans ac ipſo iure inuenitur. In cæteris verò liberis,
quibus dat Theodoſius priuilegium tranſmiſſionis,
non idem eſt, quia quandiu viuunt non facit eos Theo-
doſius heredes ipſo iure, vt indigeant beneficio abſti-
nendi (alioqui tranſmitterent hereditatem ad quoſ-
cunque heredes quantumlibet extraneos, quod tamen
conſtitutio nec facit nec patitur) ſed poſſunt illi pro
arbitrio tanquam alij heredes quilibet hereditatem vel
adire vel repudiare. Itaque liberi eorum in quos tranſ-
mittitur ea hereditas tanquam acquiſita, ne alioqui
nullomodo tranſmitti poſſit, ſicuti plus iuris in hoc
habent quàm parentes, quod ipſo iure heredes repe-
riuntur, ita indigent eo iure & fauore quo parentes
non indigebant, vt licere iis debeat recuſare heredita-
tem quam repudiare ſi vellent non poſſent. Quod enim
acquiſitum iam eſt, recuſari quidem & omitti poteſt,
at repudiari non poteſt, *l. 1. §. decret. D. de ſucceſſ. edict.*
Eſtque ius hoc meo iudicio valde nouum † & ab Im- 8
peratoribus ea primùm conſtitutione inductum, quod
neque ius repudiandi poſſis dicere, neque ius abſtinen-
di, ſed nouo ac penè, vt ita dixerim, medio nomine,
ius recuſandi, nulla alia iuris parte vſurpatum. Ius enim
repudiandi extraneorum duntaxat heredum eſt. Ius ab-
ſtinendi ſuorum & neceſſariorum. Ius ſeparationis im-
petrandæ eorum qui neceſſarij tantùm ſunt, Ius verò
iſtud recuſandi proprium eorum liberorum quos Theo-
doſiana conſtitutio tranſmiſſarios facit, qui ſicuti plus
iuris habent quàm extranei heredes in eo, quod nulla
indigent aditione ad acquirendam hereditatem. Ita mi-
nùs quàm ſui heredes in eo quod neque ſunt ſui ne-
que neceſſarij, cùm nec in poteſtate matris parentúmve
maternorum fuerint vnquam aut eſſe potuerint, & ita
conſtituunt medium quoddam genus heredum, quos
non meliùs poſſis exprimere aut aptius quàm per ne-
gationem, ſi voces, *nec ſuos nec extraneos*, qui cum ne-
que repudiare poſſint, quia non ſunt extranei, neque
abſtinere, quia non ſunt ſui, vtique indigent iure recu-
ſandi ne inuiti fiant heredes ex ea conſtitutione, quæ
non niſi fauore ipſorum lata fuit. Cuius † ſententiæ 9
effectus ille eſt vt poſt recuſationem non poſſint tan-
quam heredes eſſe obligati, quomodo ſunt ipſo iure
obligati ſui heredes etiam poſt abſtentionem, *l. neceſſa-
riis 57. D. de acquir. heredit.* quia tanto maiorem vim
habet recuſatio hæc quàm abſtentio ad omittendam
hereditatem, quanto minus iuris habent in hereditate
ante recuſationem non ſui nec neceſſarij heredes, quàm
qui & ſui & neceſſarij ſunt. Vnde etiam fit vt liberis
iſtis recuſantibus, perueniat ea hereditas ad illos ipſos
ad quos ex iuris ratione perueniret ſi Theodoſij conſti-
tutio nulla eſſet. Cùm tamen abſtinente ſuo herede, qui
etiam poſt abſtentionem nihilominus heres ipſo iure
maneat, non poſſit hereditas quæ iam heredem & domi-
num habet ad alium ſiue coheredem ſiue ſubſtitutum
pertinere, ſed bona tantum quæ in hereditate fuerunt,
quomodo loquitur Scæuola in *l. ex contractu 44. D. de
re iudic.* quod longè diuerſum eſt, vt à nobis explicatum
fuit ſuo loco. Directas † enim actiones habet quiſquis 10
heres eſt, ſiue iure adcreſcendi, ſiue iure ſubſtitutionis,

ſiue iure legitimæ ſucceſſionis. Qui verò bona tan-
tum habet, factus bonorum poſſeſſor à prætore (qui
ſuum heredem ſe abſtinentem pro herede haberi non
patitur) is vtiles tantùm actiones habet, non etiam di-
rectas, quæ ſcilicet penes duos ſimul & in ſolidum eſſe
11 non poſſunt. Hinc verò factum eſſe arbitror † vt
Theodoſius conſtitutionis ſuæ verba generaliter con-
ceperit de liberis nepotibus & pronepotibus, ſiue à
patre, ſiue à matre, ſiue ab auo, ſiue à proauo paterno
vel materno heredibus inſtitutis, ſine vlla diſtinctione
ſuorum heredum & emancipatorum, etiam quod ad
paternam hereditatem, vt ſignificaret factos hodie per
eam conſtitutionem omnes liberos eiuſdem conditio-
nis in aſcendentium hereditate qualibet ipſo iure ac-
quirenda, non quidem ſimpliciter & in omnibus, ſed
quantum ad effectum eius hereditatis in poſteros tranſ-
mittendæ quippe quòd aſcendentium hereditates non
minùs debitæ ſint deſcendentibus etiamſi non ſint ſui
heredes, quàm ſi ſui heredes eſſent *leg. nam etſi is. in
princip. D. de inoff. teſtam. l. ſcripto 7. §. vltim. D. vnd.*
12 *liber. l. vltim. D. de bonor. damnat.* Non enim plus †
iuris habent ſui heredes quàm cæteri liberi in eo,
quod iis hereditas magis debeatur, ſed in eo tantùm,
quod cum ſuccedunt non tam ad aliena quàm ad pro-
pria bona venire intelliguntur, *leg. in ſuis 11. D. de li-
ber. & poſthum. l. 1. §. largius. D. de ſucceſſ. edict.* Ob
idque non ſic loquitur Theodoſius vt dicat poſſe deſ-
cendentes aſcendentis hereditatem vindicare tanquam
ſuam, qui modus loquendi ſuis heredibus ſolis vel ſal-
tem magis conueniret, ſed *tanquam debitam*, vt eam ra-
tionem exprimeret, quæ liberis omnibus etiam non ſuis
heredibus conueniret. Ex quo tanto magis intelligi-
mus verum eſſe quod nos volumus & iam probauimus
in *Error. 4. Decadis huius*, contra interpretes noſtros
id egiſſe Theodoſium vt hereditas tranſmittatur, non
tanquam acquirenda, ſed tanquam acquiſita. Alioqui
fuiſſent proculdubio diſtinguendi ſui heredes ab eman-
cipatis, & hereditas patris, & aui proauique paterni
qui ſoli ſuos heredes habere poſſunt, ab hereditate ma-
tris & aſcendentium maternorum, qui ſuos heredes
habere numquam poſſunt. Neque tamen hoc ita vo-
lumus accipi quaſi hodie non plus iuris habeat ſuus
heres in patris aut aui paterni hereditate, quàm in he-
reditate matris: Abſurdum enim eſſet conſtitutionem
quæ liberorum iura ampliauit, exæquando propemo-
dum ſuis heredibus non ſuos, ſic interpretari vt ſuo-
rum heredum (qui etiam liberi ſunt, & hoc amplius
ſui heredes) ius reſtrinxerit. Sed hoc dicimus, quan-
13 tum ad effectum tranſmittendæ † aſcendentium here-
ditatis in deſcendentes quaſi iam acquiſitæ nihil planè
inter ſuos & non ſuos heredes hodie intereſſe. Niſi
quod ſui heredes eam tranſmittunt ſuo iure quod an-
tiquum habent, id eſt, tanquam ſui & conſequenter
etiam in quoſcunque extraneos. Non ſui verò non
niſi ex nouo iure & beneficio conſtitutionis Theodo-
ſianæ, ac proinde non tanquam ſui, ſed tanquam libe-
ri, nec in quoſcunque, ſed in eos tantùm de quibus
conſtitutio locuta eſt, id eſt, qui ſint ex deſcendenti-
bus, ita vt ne quidem in aſcendentes tranſmittere illam
poſſint vt bene contra Accurſium diſputat Bartolus
licèt moueatur malè ex *leg. 2. §. ſi quis ex liberis. D. ad
SC. Tertyll.* qui locus pertinet ad ius vetus quod ante
14 Theodoſium obtinebat, Sicut & malè † Accurſius mo-
uebatur ex *leg. hoſtes 3. Cod. de ſuis & legit. hered.* quæ
de ſuis tantùm heredibus loquitur, Niſi fortè ex hoc
ipſo conijcere volumus in ea fuiſſe Accurſium ſen-
tentia, vt crediderit Theodoſium liberis omnibus de-
diſſe iura ſuorum heredum in aſcendentium hereditate,
In quo planè ſi ita ſenſit, errauit. Vnde illud etiam fit
vt ſuis heredibus eorúmque poſteris qui etiam ſint
iidem ſui & neceſſarij heredes neceſſarium hodie ſit
perinde ac olim beneficium abſtinendi, quòd tamen
cæteris liberorum perſonis neque neceſſarium eſſe ne-
que locum habere poteſt hodie magis quàm olim.
Omnibus tamen conuenit beneficium iuris recuſandi,
† de quo loquitur conſtitutio, quia, *recuſandi* no- 15
men generalius eſt, quàm abſtinendi. Quiſquis ſe
abſtinet recuſare etiam hereditatem dicitur. At non
contra dicitur ſe abſtinere quiſquis recuſat: Nam &
qui repudiat recuſat, qui tamen niſi ſtultè dici non po-
teſt abſtinere. Nec valde diſſimile eſt, quod aliàs dici
ſolet ſublatam eſſe hodie à Iuſtiniano † differentiam 16
omnem ſuitatis & emancipationis quantum ad ſucceſ-
ſionem inteſtati, *Nouell. 118. de heredit. ab inteſt. ve-
niens. cap. 1.* Id enim verum quidem eſt, ſed non ita
accipiendum vt emancipati hodie ſuccedant parenti-
bus tanquam ſui, aut vt qui olim erant ſui, hodie ſui
eſſe deſierint, ſed ita, vt cum ſuis ſuccedant emancipa-
ti, at non tanquam ſui, ſed tanquam non ſui, hoc eſt,
ita vt facto aliquo & aditione egeant vel geſtione pro
herede ad acquirendam hereditatem paternam, Exce-
pto vno illo caſu noſtro Theodoſianæ conſtitutionis,
id eſt, quo agatur de hereditate illa paterna non ad ex-
traneos heredes, ſed ad liberos tranſmittenda. Sic enim
conſtitutiones aliæ ex aliis interpretandæ ſunt, vt
quantum fieri poteſt inter ſe conſentiant. Quod au-
tem dicimus cum Theodoſio tranſmitti † aſcenden- 17
tium hereditatem ad deſcendentes, non vſque adeo
ſimpliciter verum eſt vt ad effectum huius tranſmiſſio-
nis nihil aliud in deſcendentibus requiratur niſi vt ſint
deſcendentes: Illud enim præterea requiritur non qui-
dem vt ſint inſtituti, quomodo loquitur poſt Accur-
ſium Bartolus ad hanc legem, *num* 3. ſed vt ſint etiam
heredes ſaltem legitimi illorum à quibus tranſmiſſio
fit, vt poſſit ea tranſmiſſio fieri iure hereditario. Quo
enim alio iure poſſet nepos maternus ſuccedere in
auiæ hereditate quæ ipſi filio aliquando quæſita intel-
ligeretur, ſi nepos ipſe filij heres non eſſet? Quod ſi
heres quidem ſit, ſed fortaſſe pro dimidia tantùm, puta
extraneo ei adſcripto coherede: totam hereditatem ex
tranſmiſſione, ſed coniuncto adcreſcendi iure conſe-
quetur, quia hereditas neque pro parte defuncto ac-
quiri potuit, neque in totum acquiſita pro parte tranſ-
mitti, neque rurſus ad extraneum tranſmitti ceſſante
poteſtate conſtitutionis, quæ de extraneis locuta non
fuit, quos è contrario ab hoc beneficio excluſit, lo-
quendo de liberis & deſcendentibus duntaxat. In quo
magis nouum mirúmque videri debet ius quod Theo-
doſius introduxit. Nam cùm tranſmittentis heredi-
tas non acquiratur tranſmiſſario inuito, fortè qui non
ſit ſuus heres (pone enim agi de auiæ non paternæ,
ſed maternæ hereditate delata filiæ, quæ poſtmodum
ſuperſtitibus liberis ante aditam hereditatem deceſſe-
rit,) ob idque factum nepotum interuenire neceſſe ſit
ad acquirendam matris ſucceſſionem, alienum ſanè
videtur à iuris ratione vt liceat iis recuſare auitam
hereditatem, quæ matri acquiſita fuiſſe intelligatur,
& maternam nihilominùs retinere. Non enim idem
permitteretur extraneo † vltro adeunti hereditatem 18
ſui heredis qui patri ſuo neceſſarius heres extitiſſet:
neque liceret ei ſeparare hereditates quas vnitas &
confuſas reperiſſet, ſiue tanquam teſtamentarius ve-
niret, ſiue tanquam legitimus, ſiue tanquam ſubſtitu-
tus vt in *leg. paterfamilias 28. de reb. autor. indic. poſ-
ſidend.* Hoc ſiquidem caſu illud obtinet quod Paulus
ſcribit in *leg. ſi quis filiumfamilias 7. §. vltim. de acqui-
rend. vel omitt. hereditat.* In omni ſucceſſione illum
qui heres extitit alij qui Titio fuerat heres, Titio
quoque heredem eſſe videri vſque adeò vt nec Ti-
tij omittere hereditatem poſſit. Sed in caſu Theo-
doſianæ conſtitutionis ideo aliud eſt, quia heredi-
tas aſcendentis non acquiritur ſimpliciter & abſolutè
deſcendentibus, qui ſui heredes non ſunt, quomo-
do ſuis heredibus acquireretur, ſed ſecundum quid

tantum, id eſt, vt iam explicauimus, quantum ad effectum tranſmittendæ in poſteros hereditatis, nec rurſus hoc ipſum ſimpliciter, ſed cum hac exceptione, ſi deſcendentes eam hereditatem non recuſent. Iis namque recuſantibus, noluit Theodoſius haberi hereditatem pro acquiſita ei qui alioquin ipſam quaſi acquiſitam ad poſteros tranſmiſiſſet, ſi tranſmiſſionis beneficio vti voluiſſent. Potuit namque Theodoſius in nouo iſto iure inducendo conſtituere quicquid voluit, & quam ſiue acquiſitioni, ſiue tranſmiſſioni formam voluit præſcribere: Cùmque non tam liberis ipſis heredibus inſtitutis & ante aditam hereditatem defunctis: quàm ipſorum poſteris conſulere voluerit, nulla erat ratio, cur cogeret poſteros tanquam tranſmiſſarios hereditatem tranſmiſſam agnoſcere, niſi vellent etiam tranſmittentis hereditate carere. Aut cur aſcendentis hereditatem haberet pro ipſo iure acquiſita tranſmittenti fauore tranſmiſſarij, ſi tranſmiſſarius nemo eſſe vellet. Sed hæc dixiſſe ſufficiat, quod ad hereditatis tranſmiſſionem vt ſciatur quid noui Theodoſius circa hereditates induxerit. Sed addendum etiam aliquid eſt, de legatis & fideicommiſſis, de quibus eadem conſtitutio loquitur in hæc verba, *Quod ſcilicet etiam ſuper legatis ſeu fideicommiſſis à patre vel à matre, auo vel auia, proauo vel proauia derelictis locum habet.* Nam difficilius
19 videtur intelligere quodnam iſtud nouum † priuilegium ſit liberorum circa legata & fideicommiſſa. Cùm ea ſit ſempérque fuerit differentia notiſſima inter here-
20 ditates † & legata ſeu fideicommiſſa, quod hereditates ſicut ignorantibus non acquiruntur, ita neque ab ignorantibus tranſmittuntur: Legata verò & fideicommiſſa è contrario & ignorantibus acquiruntur, & ab ignorantibus tranſmittuntur, *leg. filiuſfamilias 16. in fin. D. qui teſtam. facer. poſſunt l. cùm pater 77. §. ſurdo de*
21 *legat. 2.* Verùm dicendum eſt, † in iis demum legatis & fideicommiſſis hoc obtinere, quorum dies iam ceſſerit, viuo adhuc legatario & fideicommiſſario. Diem enim ceſſiſſe neceſſe eſt vt tranſmiſſioni locus eſſe poſſit, *leg. 2. 3. 4. & paſſ. D. quand dies legat. vel fideicomm. ced. l. 2. leg. penult. & vlt. C. eod.* Conſtitutionem verò
22 nouam † loqui de iis legatis & fideicommiſſis quorum dies nunquam ceſſerit, defunctis ſcilicet legatariis & fideicommiſſariis ante apertas tabulas. Neque enim poterat fieri vt dies legatorum & fideicommiſſorum ab herede præſtandorum prius cederet quàm dies acquirendæ hereditatis, qui porrò non cedebat heredibus extraneis inſtitutis niſi poſt apertas tabulas: Interim igitur defunctis legatariis & fideicommiſſariis tametſi eſſent illi ex liberis etiam in primo ſi voles gradu neceſſe erat caduca fieri & euaneſcere legata ac fideicommiſſa quæcunque iis relicta fuiſſent. Neque contrarium eſt quod ſupradiximus ex Vlpiano *fragment. tit.*
23 *17. de caduc. §. penult.* legem Papiam † erubuiſſe iugum ſuum imponere liberis & parentibus vſque ad tertium gradum. Id enim ita verum erat ſi ipſi heredes ſcripti fuiſſent, quemadmodum Iuſtinianus ipſe interpretatur in *dict. leg. vnic. §. 1. Cod. de caduc. tollend.* idémque Vlpian. *tit. 18. qui hab. ius antiq. in caduc.* quod neſcio an quiſquam adhuc obſeruauerit. Non ergo ſi quid iis relictum fuiſſet per legatum aut fideicommiſſum extraneis heredibus inſtitutis. Siue quòd non tam fauorabiles viderentur liberi, quos parens ipſe vel exheredaſſet vel præteriſſet, nec inſtitutione dignos iudicaſſet, quamuis adſcripto iis aliquo legato vel fideicommiſſo, ſiue, quòd non ſibi abſurdiſſimè potuiſſet ita ius conſtitui vt priùs cederet dies legatorum vel fideicommiſſorum quàm hereditatis. Itaque ſicuti fauor liberorum quibus aliquid teſtamento relictum eſſet, facere non poterat vt eo magis poſſet heres extraneus inſtitutus acquirere ſibi hereditatem ante apertas tabulas itaque vt eiuſmodi legatorum & fideicommiſſorum dies ante apertas tabulas cederet, non magis quàm ſi extraneis relictum quid fuiſſet. Theodoſius † verò hoc quoque 24
immutatum volens fauore liberorum conſtitui, Non quidem generaliter vt quæ ab aſcendentibus relicta ſunt legata vel fideicommiſſa tranſmittantur in deſcendentes, etiamſi legatarius vel fideicommiſſarius deceſſerit ante diem legati cedentem (ita enim ſequeretur tranſmiſſioni locum fore, tametſi legatarius aut fideicommiſſarius viuo teſtatore deceſſiſſet, quod eſſet abſurdiſſimum) ſed vt quaſi acquiſita tranſmittantur in deſcendentes etiamſi is à quo tranſmiſſio fit deceſſerit ante apertas tabulas, Nimirum ſi deceſſerit defuncto iam teſtatore. Nullum enim aliud impedimentum fauore liberorum tollere Theodoſius voluit, niſi quod lex Papia attulerat, non etiam illud quod ex iuris antiqui ratione ſuberat, quoties legatarius vel fideicommiſſarius defunctus eſſet viuo teſtatore. Igitur poſt eam Theodoſij conſtitutionem, ſi quid ab aſcendente deſcendenti relictum fuiſſet legati vel fideicommiſſi iure, & is deſcendens mortuus eſſet ante legatum vel fideicommiſſum agnitum extraneo herede relicto, non potuiſſet eiuſmodi legati ſeu fideicommiſſi tranſmiſſio fieri in extraneum heredem, quia conſtitutio de facienda in deſcendentes duntaxat tranſmiſſione locuta eſſet. Et tamen ſi quæratur quid hodie iuris ſit, non eſt dubitandum quin † hoc caſu tranſmiſſio fiat in heredem 25
quemlibet quantumcunque extraneum. Nempe propter conſtitutionem non illam Theodoſij, ſed nouam Iuſtiniani, quæ legem Papiam de caducis omnino ſuſtulit, fecitque vt legatorum & fideicommiſſorum omnium purè relictorum dies hodie cedat non ab apertis tabulis, vt temporibus Theodoſij, ſed ex die mortis, & conſequenter vt poſſint hodie tranſmitti non minùs in extraneos quoſlibet, quàm in deſcendentes, *d. l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de cad. toll.* Adieci, *purè relictorum*, quia in legatis & fideicommiſſis conditionalibus aliud eſt cùm dies eorum non cedat ante conditionis euentum *dict. l. vnic. §. ſin autem aliquid ſub conditione.* Inde namque fieri neceſſe eſt vt mortuo ante conditionem impletam legatario vel fideicommiſſario etiam qui fuerit ex liberis, nulla tamen legati vel fideicommiſſi tranſmiſſio fieri poſſit, ne quidem in deſcendentes ſiue Theodoſianum ante Iuſtinianeum ius ſpectes, vt bene ad hanc legem Accurſius quoque vidit à Bartolo cæteriſque magis communiter probatus, quamuis idem Accurſius parum conſultò contra ſcripſerat *ad leg. is cui 42. D. de oblig. & action.*

ERROR X.

De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpretum de Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati ſucceſſionem producenda.*
2 *Oppoſita autoris ſententia.*
3 *Quinam inteſtati dicantur, tacitè videri legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſuris relinquere, eóſque inſtituere.*
4 *Codicilli ab inteſtato etiam facti valent.*
5 *Ratio quâ nititur Theodoſij conſtitutio.*
6 *Ad quem caſum pertineat Theodoſii conſtitutio.*
7 *Quæ ratio Theodoſium impulerit ad ius nouum inducendum.*
8 *Theodoſius conſtituit vt liberis non noceret, quod ante apertas tabulas deceſſiſſent, ſiue inſtituti fuiſſent, ſiue legata vel fideicommiſſa meruiſſent.*
9 *Cùm nullæ ſunt tabulæ ceſſant ea quæ Theodoſium ad ius nouum conſtituendum impulerunt.*

10 *Lex*

10 *Lex Theodoſij non poteſt protrahi ad cauſam inteſtati.*

11 *Acquirendæ hereditatis impedimenta varia.*

12 *Lex Papia nihil habet commune cum ſucceſſione inteſtati.*

13 *Ad tranſmiſſionis priuilegium inducendum quæ requirantur.*

14 *Non omni caſu hereditas aſcendentis tranſmittitur à deſcendente in deſcendentes.*

15 *Tranſmiſſionis beneficium ad eos quoque deſcendentes pertinet qui nati ſunt, adeóque concepti poſt mortem primi aſcendentis de cuius hereditate agitur.*

1 Conſentiens † vox eſt interpretum omnium & pragmaticorum poſt Accurſium & Bartolum ad *legem vnicam. Cod. de his qui ante apert. tabul. hered. tranſmitt.* ius illud nouum quod Theodoſius ea conſtitutione induxit de aſcendentium hereditatibus quamuis non aditis, tamen tanquam acquiſitis in deſcendentes tranſmittendis, non minùs habere locum ſi ab inteſtato quàm ex teſtamento ſuccedatur. Non quod verba conſtitutionis hanc interpretationem ſuadeant, quæ ad illum caſum apertè pertinent, quo tabulæ extent, & ante apertas tabulas liberi deceſſerint: Sed quia conſtitutionis fauor, & æquitas non minùs locum habere videatur in perſonis deſcendentium cùm ab inteſtato ſucceditur, quàm ſi ex teſtamento ſuccederetur, Ne aſcendentium hereditate fraudentur quæ iis debita eſt naturali quodam iure, adeóque ex voto ipſo & deſiderio parentum qui cùm inteſtati decedunt ſuperſtitibus liberis, quorum ſciunt primas eſſe partes in cauſa ſucceſſionis inteſtati, non minùs id proculdubio agunt, vt liberos habeant heredes quam ſi eos nominatim
2 ſcriberent in teſtamento. At mihi † contrà ſemper viſum eſt eam Theodoſij conſtitutionem ſicuti de inteſtati ſucceſſione nullomodo loquitur ita neque ad inteſtati caſum adaptari poſſe. Neque puto iam de eo quemquam dubitaturum, qui ea bene percipiat, quæ proximo capite diſputauimus. Nam ſiue verba conſtitutionis inſpicimus ex quibus potiſſimum eſt inſpicienda & indaganda mens conſtituentis, tota conſtitutio eſt de his qui ante apertas tabulas hereditatem tranſmittunt, ab inteſtato autem nihil eſt quod de tabulis vel apertis vel aperiendis tractari poſſit, ſiue rationem conſtitutionis attendimus, illa affertur in vltima legis parte, quòd indignum ſit fortuitas ob cauſas vel caſus humanos fraudari deſcendentes auita vel proauita ſucceſſione alióſque aduerſus auitum vel proauitum deſiderium aut inſtitutum inſperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Quæ ratio vel nulla vel certè minor eſt cùm ſucceditur ab inteſtato. Euenit enim plerumque vt ab inteſtato heredes illi ſint quos omnium minimè habere paterfamilias voluiſſet, puta ſi fortè inteſtatus ille deceſſerit contra voluntatem ſuam, fortaſſis morte præuentus cùm ſe ad teſtamentum faciendum accingeret, aut teſtium ſolemnem numerum aut denique cæterorum quæ tam multa ad factionem teſtamenti requiruntur, opportunitatem ex-
3 pectaret. Nam quod dicitur, † cum qui inteſtatus moritur tacitè videri relinquere legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſuris, tacitéque illos inſtituiſſe cenſeri *l. conficiuntur 8. iunct. l. 3. in princip. D. de iur. codicill.* indéque eſſe vt poſſit quilibet legitimos heredes ſuos grauare fideicommiſſo, vt in iiſdem locis ſcriptum eſt & in *l. ab exheredati 126. de legat. 1.* ad eos demum inteſtatos pertinet, qui teſtamentum facere, cùm poſſent noluerunt vt vltro inteſtati morerentur. Etſi non
4 nego † valere codicillos ab inteſtato factos etiamſi eo tempore facti ſint, quo paterfamilias teſtamentum facere non potuiſſet ob aliquod impedimentum facti, tametſi maximè voluiſſet *dict. l. conficiuntur. §. codicillis* quia ſufficit ad validitatem codicillorum, vt qui codicillos fecit, habuerit eo tempore factionem teſtamenti. licèt in eas anguſtias ſe coniecerit aut temporis aut loci vt retento iure teſtandi, defecerit tamen facto teſtari poſſe. Sed non facit ea res vt ex toto & deſiderio patrisfamilias qui teſtamentum facere cogitabat extranei heredis habendi gratia ipſius hereditas perueniat ad legitimos ſucceſſores. Multo minùs, vt in omni caſu legitimæ ſucceſſionis inſtitutus ille videatur qui ſuccedit ab inteſtato; Alioqui paullatim dicendum erit teſtatum quoque deceſſiſſe illum, qui ſiue volens ſiue inuitus deceſſerit inteſtatus. Quid enim aliud eſt decedere teſtatum quàm decedere aliquo herede inſtituto?
5 Atqui conſtitutio † Theodoſij ea potiſſimùm æquitatis ratione nititur, Ne contra deſiderium & inſtitutum parentum hereditates ipſorum ad alios quàm ad deſcendentes perueniant. Ad illum † igitur duntaxat caſum 6
conſtitutio pertinet, quo teſtamentum factum ſit, in eóque inſtitutus fuerit ab aſcendente ille ex deſcendentibus qui tranſmittit hereditatem in ſuos deſcendentes. Hoc enim caſu quamuis nihil in teſtamento dictum ſit de iis deſcendentibus in quos tranſmiſſio ſit, coniectura tamen pietatis auitæ vel proauitæ facit, vt in qua portione filium ſuum quis heredem inſtituit, eam ipſam portionem ad filij poſteros hereditario iure peruenire voluiſſe intelligatur, vt ſubtiliſſimè Papinianus ratiocinatur in ſpecie *l. cum auus 102. de condit. & demonſtr. & Iuſtinianus in l. cum acutiſſimi 30. Cod. de fideic.* At rurſum, ſi eam præcipuè rationem inueſtigare † volumus quæ Theodoſium impellere potuit, ac 7
propemodum cogere debuit vt tam nouum & ab ipſius iuris ratione alienum ius induceret, apparebit manifeſtius quàm parum ſubtiliter faciant qui quod à Theodoſio conſtitutum eſt expreſsè in caſum teſtati, tam audacter protrahunt ad caſum inteſtati. Ratio non alia maiórve eſſe potuit, quàm quòd antea eueniret plerumque, vt quamuis lex Papia iugum ſuum liberis ad tertium vſque gradum conſtitutis imponere erubuiſſet, liberi tamen heredes inſtituti, ſi ante apertas tabulas morerentur, parentum hereditates amitterent quippe quas ſibi acquirere non potuiſſent, Obſtante non tam lege Papia quàm tabularum obſignatione per quam perſæpe fieri neceſſe erat, vt qui heredes ſcripti eſſent ſiue liberi ſiue extranei, ſe tamen ſcriptos ignorarent, ex eóque adire prohiberentur. Nec enim vnquam licuit heredi inſtituto adire, niſi qui ſe inſtitutum ſciret. Idque eſt quod ait conſtitutio in *verſ. ſiquidem perindignum eſt fortuitas ob cauſas vel caſus humanos, &c.* Fortuitum enim illud eſt & ad caſus humanos pertinens, niſi quod non fit ſine magna perpetuáque Dei Optim. Max. prouidentia, vt qui inſtitutus fuit moriatur non ſolùm ante apertas tabulas, ſed priùs etiam quàm inſtitutum ſe ſciat. Id verò cùm euenit, perindignum ſanè videtur & iniquum vt inopinatus ille euentus adferat liberis iacturam hereditatis aſcendentium: Cùm non fuerit in poteſtate inſtituti ante apertas tabulas defuncti, vt vel non tam citò moreretur, vel aliunde quàm ex apertura tabularum addiſceret heredem ſe inſtitutum, vel denique adiret hereditatem priuſquàm ſibi delatam fuiſſe ſciret: ob idque non poſſit ei imputari cur non fecerit, quod vt faceret non fuit in eius poteſtate. Eadem porro iniquitas euidentior eſt in legatis & fideicommiſſis quæ relicta ſint vni liberorum heredibus extraneis inſtitutis. Nam cùm extraneos illos inſtitutos ex partibus lex Papia non pateretur hereditatem adire ante apertas tabulas, nec proinde priùs cedere diem legatorum vel fideicommiſſorum ab iis heredibus præſtandorum, An non erat iniquum interſcidere legata & fideicommiſſa, non quidem eo caſu quo ſcripti heredes ante apertas tabulas deceſſiſſent (fiebat enim caduca hereditas cum onere legatorum & fidei-
commiſſorum,

commiſſorum, quemadmodum & legata ipſa ac fideicommiſſa fiebant caduca cum ſuo onere vt Vlp. *ſcribit in fragm. tit. 17. de caduc. in fin.*) ſed eo demum caſu quo liberi ipſi iidémque legatarij aut fideicommiſſarij nondum apertis tabulis mortui fuiſſent? Multo minùs enim poterat fieri vt legata vel fideicommiſſa conſequerentur, aut peterent etiam quæ ſibi relicta eſſe ſcirent, quorum ſcilicet dies ante apertas tabulas non ceſſiſſet. Vt ergo huic iniquitati & periculo Theodoſius occurreret, iuſtiſſimè conſtituit † vt liberis non noceret quod
8 ante apertas tabulas deceſſiſſent ſiue inſtituti heredes fuiſſent, ſiue legata vel fideicommiſſa meruiſſent. At
9 ceſſant iſta omnia cum nullæ ſint tabulæ, † quia eo caſu ſi de hereditate agamus, non poteſt ignorare legitimus ſucceſſor quiſquis ille ſit, ſed in primis ſi ſit ex deſcendentibus, quin delata ſit ei hereditas aſcendentis, ob idque poteſt illam pro arbitrio quandocunque ſibi acquirere vel adeundo, vel ſaltem pro herede gerendo nuda etiam voluntate §. *ult. Inſtit. de heredit. qualit. & differ.* Et conſequenter ſi deceſſerit non agnita hereditate, eſt quod illi imputetur, quare non agnouerit, Nec ratio vlla eſt cur fauore liberorum ipſius, habeatur hereditas pro ipſi acquiſita ipſo iure quam ille ſibi acquirere viuus cum poſſet ſi non noluit, certè nec voluit. Si verò de fideicommiſſis tractamus (idem de legatis ab inteſtato tractari nequit cum non poſſint relinqui niſi in teſtamento aut in codicillis teſtamento confirmatis) certum eſt eorum diem cedere ex inſtanti mortis eius perſonæ quæ fideicommiſſum reliquit, & de cuius hereditate agitur, atque ita in poteſtate fideicommiſſariorum eſſe vt ſtatim agant, Adeóque ſi prius deceſſerint quàm egerint ſiue agere potuerint ſiue non potuerint, fortaſſis nondum per heredem legitimum adita hereditate, nihilominùs fideicommiſſi actionem in fideicommiſſarij heredes tranſmitti non ſolùm ſi deſcendentes ſint, ſed etiam ſi aſcendentes omninóve extranei. Proinde non poteſt dari caſus in quo neceſſaria fuerit conſtitutio Theodoſij ad faciendum vt fideicommiſſa deſcendentibus relicta ab inteſtato in ipſorum poſteros & deſcendentes tranſmitti poſſint. Nam neque lex Papia neque aliud quidpiam vnquam obſtitit quominus fideicommiſſorum ab inteſtato relictorum dies cederet ex inſtanti mortis nec conſequenter quominus tranſmiſſio eorum fieri poſſet in fideicommiſſarij heredes quoſcunque: Igitur conſtitutio iſta Theodoſij, nec qua parte de legatis, nec qua de fideicommiſſis loquitur, interpretationem illam recipere poteſt vt habeat locum ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, illud etiam ſit conſequens vt neque in hereditatibus ea interpretatio capi poſſit. Aperta enim ſunt verba Theodoſij illud ipſum in poſteriore legis parte conſtitui circa legata & fideicommiſſa, quod circa hereditates conſtitutum fuerat in priore. Ergo vel tota
10 lex, † vel nulla pars legis protrahi poteſt ad cauſam inteſtati. Non tota vt probauimus. Ergo pars eius nulla. Et ſanè hoc vnum egit Theodoſius vt deſcendentibus qui vel hereditatem vel legatum vel fideicommiſſum ab aſcendente accepiſſent proſpiceret, ne ſi forte morerentur ante apertas tabulas damnum ex eo vllum ſentirent. Non etiam vt hereditas aut legatum vel fideicommiſſum iis omnimodo acquireretur, id eſt, in eum quoque caſum quo nec ſublata lege Papia acquiri potuiſſet: Denique legis Papiæ duntaxat non autem iuris communis & antiqui obſtaculum tollere Theodoſius voluit, in fauorem quidem deſcendentium teſtamento honoratorum, ſed tamen ita demum ſi fauor ille cederet commodo aliorum qui eſſent etiam ex deſcendentibus. Finge itaque adhuc durare legem Papiam nec à Iuſtiniano fuiſſe ſublatam, filiúmque à matre vel ab auo materno heredem inſtitutum, qui ſubinde deceſſerit, non adita quidem hereditate, ſed tamen poſt apertas tabulas, & ſuperſtitibus liberis,

An dicemus locum eſſe nouæ conſtitutioni vt hereditas illa quaſi iam acquiſita in heredis inſtituti poſteros tranſmittatur? Non puto, quia poſt apertas tabulas nullus legi Papiæ locus ſupereſt, ſuccedítque ius commune quod non patitur vt hereditas non adita tranſmittatur non ſolùm ſi aliquid poſſit † imputari ei qui 11
non adiit, ſed etiamſi nihil, fortè quod ignorauerit ſibi delatam hereditatem quantumuis probabili ignorantia, puta quod abeſſet eo tempore quo paterfamilias deceſſit, aut quo apertæ fuerunt tabulæ. Quid enim ſi filius hic inſtitutus deceſſerit, non ſolùm ante apertas tabulas, ſed etiam priuſquàm ſciret mortuum eſſe teſtatorem quem adhuc viuere exiſtimabat? Aut quid ſi de iure ſuo dubitabat, fortè ſuſpicans teſtatorem non habuiſſe factionem teſtamenti? His omnibus caſibus, & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, conſtat ex ratione iuris communis non modò tranſmitti non poſſe hereditatem nondum aditam, ſed neque adiri ab herede inſtituto tametſi maximè velit, *leg. qui hereditatem 19. l. in repudianda 23. leg. heres inſtitutus 32. & paſſ. D. de acquir. heredit.* nec minùs hodie poſt ſublatam à Iuſtiniano legem Papiam quàm ſi lex Papia vigeret. Non enim ex lege Papia, ſed ex iure communi omnia hæc acquirendæ hereditatis impedimenta proficiſcuntur. Si ergo his etiam caſibus in quibus adſunt tabulæ teſtamenti, nihilominus conſtitutio Theodoſij locum habet, quia nihil habent illi caſus commune cum lege Papia, Quantò minùs habebit locum ſi ab inteſtato ſuccedatur? Nam neque aliquid commune habet lex Papia cum ſucceſſione inteſtati, neque hoc caſu amittit 12
nepos aui hereditatem propter legem Papiam, aut propter euentum aliquem cui lex Papia cauſam dederit, ſed propter regulas iuris communis. Nec mouemur ex illis verbis legis, *ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes ſiue ignorauerint.* Non enim hunc ſenſum habent quaſi omnimodo & indiſtinctè tranſmiſſionis priuilegium liberis heredibus inſtitutis concedere Theodoſius voluerit, ſed intelligi debent ſuppoſitis, vt ſemper fieri oportet, terminis habilibus, id eſt, talibus quales eſſe neceſſe eſt, vt hereditatis primùm acquiſitio non impediatur. Quo enim colore feciſſet Imperator vt hereditas pro ipſo iure acquiſita haberetur, quam expreſſa voluntate ſibi acquirere inſtitutus heres etiamſi maximè voluiſſet tamen non potuiſſet, incertus nimirum de iure ſuo? At neque ad tranſmiſſionis † priuilegium inducendum 13
illud ſufficit vt hereditas ipſa fuerit, quod aiunt, acquiſibilis ex parte tam hereditatis quàm heredis inſtituti, ſed illud præterea requiritur vt non poſſit imputari ei qui acquirere potuit, cur non acquiſiuerit, quomodo poteſt imputari ei qui poſt apertas tabulas cùm ſe heredem ſiue ex aſſe ſiue ex parte ſcriptum compeiſſet, negligens tamen fuit in ea hereditate acquirenda tandémque priùs deceſſit quàm adiret. Ceſſante namque impedimento legis Papiæ poſt aperturam tabularum, ſicut poterat hic inſtitutus hereditatem adire ex iure communi, ita & non adeundo videtur vti voluiſſe, & vſus eſſe iure communi, cùm nullo iam priuilegio ad hereditatem acquirendam indigeret. Nec illud rurſum ſufficit, vt nihil poſſit imputari ei qui non adiit, ſi non etiam concurrat, vt cauſa propter quam imputari nihil queat, proficiſcatur ex iuſta ignoratione cui occaſionem id tantùm præbuerit quod clauſæ fuerint tabulæ. Nam ſi ideo ignorauit ſe inſtitutum heredem quod nec ſciuerit factum à parente teſtamentum, nec crediderit parentem deceſſiſſe, aut ſi qua alia de cauſa idcirco non adiit quod de iure ſuo dubitauit, nihil ad heredes ſuos tranſmittere poteſt, nec magis ad deſcendentes quàm ad extraneos. Dices imò verò conſtitutionem fauere liberis quod ad hoc priuilegium tranſmiſſionis: non ſolùm ſi ignorauerint ſe ſcriptos heredes, verùm etiam ſi ſciuerint, cùm tamen iis qui ſciuerunt poſſit imputari cur non adierint ante apertas

apertas tabulas, nimirum lege Papia nihil quod ad hoc obſtante liberis, aut parentibus ad tertium vſque gradum. Reſpondeo fauere quidem liberis etiam qui ſciuerunt ſe inſtitutos (quanquam maior erat in iſtis ratio dubitandi, minórque æquitas iis ſubueniendi) ſed ita demum ſi deceſſerint ante apertas tabulas,non item ſi poſtea. Hoc enim omnino Theodoſius requirit, vt ante apertas tabulas defuncti ſint, vt quod clauſæ ſunt tabulæ iuſtam præbeat excuſationem non aditæ hereditatis, ei quoque qui nihilominus adire potuerat ſi voluiſſet. Ideo fortaſſe quod etiamſi aliunde ſciuerit quæ in tabulis continentur, probabilem tamen ignorantiæ cauſam poteſt prætexere, qua ex parte aut quibus conditionibus heres ſcriptus eſſet, quæ omnia æquum eſt ſcire illum qui adire vult & poteſt priuſquàm adeat. Poſteaquàm verò apertæ ſunt tabulæ nulla prætexendæ ignorantiæ probabilis cauſa ſupereſt, nec ſi abſens apertarum tabularum tempore fuerit is qui heres inſtitutus eſt, poſteáque deceſſerit antequàm apertas reſciret, quoniam abſentia,mors, & alia huiuſmodi emergentia quæ aditionem vel remorantur, vel impediunt, extrinſecus accidunt non ex eo quod tabulæ, vel clauſæ fuerint vel apertæ, idcóque perinde accidere poſſunt etiam poſt apertas tabulas, & perinde accidunt hodie poſt legem Papiam ſublatam. Et quamuis laudandus ſit magis quàm vituperandus is,qui poſt etiam quàm ſciuit ſe inſtitutum heredem adhuc deliberat & cunctatur an debeat adire necne, ſi tamen interim decedat non adita hereditate æqui bonique conſulere debet, quod ad heredem ſuum nihil tranſmittit, quippe qui tanti habuit periculo amittendæ hereditatis, maius periculum dubiæ hereditatis inconſulto adeundæ effugere. In ſumma quemadmodum erraret qui diceret Theodoſium communicaſſe liberis omnibus ea iura omnia quæ olim propria erant ſuorum heredum, tametſi propoſitionem hanc reſtringeret ad cauſam tranſmiſſionis, adeóque hoc etiam addito *in ſolos deſcendentes.* Ita & errare illos fatendum eſt,qui † 14
putant omnimodo & omni caſu hereditatem aſcendentis tranſmitti à deſcendente in deſcendentes. Nam cùm non tranſmittatur tanquam acquirenda, ſed tanquam acquiſita, vt ſemper diximus. Idem hoc eſſet, quod dicere, Omnimodo & omni caſu acquiri hereditatem liberis etiam ignorantibus,& ſiue in iure,ſiue in facto errantibus,aut titubantibus. Quod ipſum tamen aliis quàm ſuis heredibus conuenire nullomodo poteſt,qui cùm ſint heredes ſtatim & ipſo iure non ſolùm ignorantes, ſed etiam inuiti, & citra vllam aditionem, *l. in ſuis 14. D. de lib. & poſthum. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* parum refert an ſciant,an ignorent,an dubitent. Illud planè non nego quod poſt Dynum,& Cynum tractat Bart.in vltima ad hanc legem quæſtione. Hinc tranſmiſſionis beneficium † ad eos 15
quoque deſcendentes pertinere qui nati ſint adeóque concepti poſt mortem primi aſcendentis de cuius hereditate agitur. Idcunque prorſus conſequens eſt ei quod volumus tranſmitti hereditatem tanquam acquiſitam ei à quo tranſmittitur. Quid enim poteſt intereſſe an conceptus ſit viuo auo is qui à patre non ab auo hereditatem habere intelligitur? Alioqui ſi cum interpretibus quis ſentiat tranſmitti hereditatem quaſi adeundam, difficilius eſt vt tranſmittatur in nepotem qui auo viuo conceptus non fuerit,præſertim ſi iuncto alio eorundem interpretum errore, ponas tractari de ſucceſſione inteſtati, quia neque nepos, neque cognatus, aut alio vllo modo coniunctus defuncto eſſe intelligitur ille qui poſt ipſius mortem conceptus eſt *l. Titius 7. & ſeq. D. de ſuis & legit. & l. 1. §. ſi quis proximior. D. vnde cognat.* Quanquam ſi aliud nihil vrgeret,poſſet dici eam ſententiam ad illos pertinere,qui ab inteſtato ſuccedunt ex perſona propria, non ad illos qui ex perſona alterius & iure tranſmiſſionis.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento in ſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum.

SVMMARIA.

1 *Celebres conſtitutiones Imperatorum de teſtamentis inter liberos factis.*
2 *Conſtantini conſtitutionis ſumma.*
3 *Theodoſiana conſtitutio,& eius ſanctio.*
4 *Iuſtiniani conſtitutio,& eius ſumma.*
5 *In teſtamento imperfecto inter liberos parentis literas neſcientis an ſufficiat alium pro eo ſcripſiſſe.*
6 *Cùm agitur de ſcriptura,quæ bonorum diuiſionem inter liberos continet,ſufficit liberorum omnium ſubſcriptio.*
7 *Secus eſt ſi diuiſio fiat hereditatis ex partibus inæqualibus.*
8 *Diuiſio hereditatis non eſt confundenda cum diuiſione bonorum.*
9 *Verba Auth. ſi modò. Cod. famil. erciſc. pertinere ad eam ſcripturam, quæ ſolam diuiſionem bonorum continet.*
10 *Sola liberorum ſubſcriptio non ſufficit, niſi agatur de patris ſchedula per quam facta ſit tantum bonorum diuiſio.*
11 *Error Irnerij.*

TRes ſunt celebres † Imperatorum con- 1
ſtitutiones de teſtamentis inter liberos factis. Prima Conſtantini in *l. vlt. C. famil. erciſc.* Secunda Theodoſij in *l. hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* Tertia Iuſtiniani in *Nouell. 107.* cui titulus eſt, *De teſtam. imperfect. à parent. in liber. fact.* Conſtantinus † primus induxit, vt inter li- 2
beros omnes, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati, & ſiue ex eodem, ſiue ex diuerſo veniant gradu, dummodo pariter ad ſucceſſionem inteſtati vocentur, iure ſcilicet repræſentationis quod inter deſcendentes in infinitum ſemper locum habuit, ſiue cœptum, neque impletum teſtamentum, vel codicillus ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſiue quocunque alio modo ſcripturæ quibuſcunque verbis vel indiciis inueniantur relictæ, ab inteſtato

inteſtato quidem vocentur liberi ad ſucceſſionem, ſed tamen iudicio familiæ erciſcundæ diſpoſitio defuncti ſeruato Senatuſconſulti auxilio, id eſt, retenta quarta ex Pegaſiano, cuſtodiatur, etiamſi ſolemnitate legum fuerit deſtituta. Nempe quod ad liberos, non etiam quod ad alios, ſi qua perſona extranea liberis permixta eſſe proponatur. Ante quam conſtitutionem ita ius erat, vt ſufficeret quidem declaratam eſſe voluntatem quibuſcunque verbis, ſed non quibuſcunque indiciis: verba enim neceſſaria erant, vt conſtat ex *l. filij 16. eod.*
5 *tit.* Theodoſius † verò tractans de teſtamento imperfecto, etſi non vult defuncti voluntatem tenere quæ in eo declarata ſit, ſubiicit tamen exceptionem, *niſi inter ſolos liberos*, ne dubitare quis poſſit, quin ex imperfecto quoque teſtamento inter liberos voluntas conſeruanda ſit, cuiuſcunque tandem ſit ſexus & naturæ parens qui teſtatus eſt, vt loquitur Iuſtinianus in *præfatione dicta Nouell.* 107. vbi apertè teſtatur additum hoc fuiſſe à Theodoſio ad Conſtantini legem, quæ de patribus tantùm loquebatur. Etſi enim verba conſtitutionis de parente generaliter loquuntur, quo nomine certum eſt vtriuſque ſexus parentem ſignificari, *l. 4. §. parentem. D. de in ius vocand.* bene tamen Iuſtinianus vidit de ſolis patribus ſenſiſſe Conſtantinum, ob hoc ipſum quòd de iis tantùm liberis locutus fuerat, qui vel eſſent ſui vel emancipati, quorum neutrum conuenire poteſt liberis reſpectu matris, aut aliorum aſcendentium maternorum, quippe qui nec ſuos heredes habent, nec proinde emancipatos *l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. §. fœminæ. Inſtit. de adopt.* Et ſanè maior erat ratio fauendi iudicio patris quàm matris, cum paternum conſilium & iudicium longè tutius eſſe ſoleat legibúſque minùs ſuſpectum, quàm maternum, vt in tutoris datione aliiſque non paucis exemplis videre eſt. Theodoſium tamen vt idem iuris in vtriuſque ſexus parente conſtitueret mouere potuit mouitque proculdubio fauor ſucceſſionis, debitáque parentis cuiuſlibet iudicio reuerentia, cùm æquo iure liberi ad vtriuſque parentis hereditatem vocentur, & vtrique parenti, licèt inæqualis ſit eorum poteſtas, par tamen & æqualis reuerentia pietáſque debeatur, *l. 4. D. de curat. furioſ. l. 7. §. vlt. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bonor. damnat.* Ex quo apparet in *d. §. ex imperfecto*, verba illa, *à parentibus vtriuſque ſexus*, quæ in nonnullis editionibus tanquam irreptitia vel ſaltem ſuſpecta notantur, omnino retinenda eſſe, nec alij quàm Theodoſio, ſi Iuſtinianum conſulimus, adſcribi poſſe. At cùm duabus illis Conſtantini & Theodoſij conſtitutionibus, plerique, quod paſſim fieri ſolet, ſic abuterentur vt diuinantibus magis quàm interpretantibus egere viderentur, putauit Iuſtinianus
4 † *dict. Nouell.* 107. adhibendum eſſe temperamentum ne cum Iuſtiniano ipſo dicam emendationem, vt non quælibet parentis voluntas quibuſcunque iudiciis & coniecturis declarata inter liberos defendatur, quomodo antea defendebatur, ſed ea demum quæ certas habeat ſolemnitates, nouella illa conſtitutione præſcriptas. Nimirum vt ſi literas ſciat, tempus facti teſtamenti primùm declaret ſua ſubſcriptione, deinde quoque filiorum nomina propria manu. Tertiò vncias ex quibus liberos ſcripſit heredes, non ſignis numerorum ſignificandas, ſed per omnes totáſque literas declarandas, vt vndique claræ & indubitatæ conſiſtant. Cur
5 verò addidit † Iuſtinianus, *ſi literas ſciat?* An quod in eo qui literas neſcit, ſolemnitas iſta non ſit neceſſaria, ſufficiatque alium pro eo ſcripſiſſe teſtamentum illud minus ſolemne dummodo integris literis ſcripſerit non notis? Ita nonnulli putant quod probare non poſſum, quia non id agit Iuſtinianus, vt Conſtantini & Theodoſij leges ampliet, ſed potius vt coerceat effrenatam illam obſcurè teſtandi licentiam qua earum conſtitutionum prætextu parentes paſſim abutebantur. Atqui conſtitutiones non loquebantur, niſi de eo qui in ſcriptis aliquid diſpoſuiſſet, vt verba ipſa præ ſe ferunt. Porrò in ſcriptis ita teſtari nemo poterat, vt aliena manu heredem ſcribere poſſet, niſi ſaltem ipſe ſubſcripſiſſet, ſi ius vetus inſpicias, at ne quidem ſi ſubſcripſiſſet, inſpecto iure Codicis, vt conſtat ex *leg. iubemus 29. C. de teſtam.* quæ quamuis ſit Iuſtiniani, non alia tamen teſtamenta valere patitur, quàm quæ vel manus vel lingua teſtatoris fecerit, in quo numero non poteſt contineri teſtamentum aliena manu conſcriptum, non magis quàm quod aliena manu dictatum eſſet. Nec fuit hac parte quicquam immutatum ante Nouellam eiuſdem Iuſtiniani 119. cui titulus eſt, *Vt ſponſalit. largit. §. quia verò*, vbi primum Iuſtinianus induxit, vt ſecundum priſcam conſuetudinem liceat teſtari, quæ nihil aliud exigebat niſi vt & teſtatoris & teſtium ſubſcriptio adhiberetur, non etiam vt heredis nomen, ſiue teſtatoris, ſiue alicuius ex teſtibus manu ſcriberetur, vt idem Iuſtinianus refert *in Inſtit. tit. de teſtam. ordin.* Itaque eo tempore quo facta eſt dicta conſtitutio Nouella 107 id ius obtinebat quod fuerat conſtitutum *in dict. leg. iubemus*, ex eáque proinde lege conſtitutio planè interpretanda eſt, & conſequenter non de alio in ſcriptis facto teſtamento intelligenda, quàm quod factum ſit à teſtatore literas ſciente. Quomodo enim qui literas neſciret, ipſe aut heredis nomen ſcribere, aut ſubſcribere poſſet? Sanè non nego poſſe hodie teſtamentum in ſcriptis fieri etiam ab eo qui literas ignoret cùm quacunque manu nomen heredis ſcribi poſſit. Sed nego ad hæc teſtamenta pertinere conſtitutiones illas Imperatorum, De teſtamentis imperfectis, ideóque contendo noua opus fore conſtitutione, vt quis poſſet dicere voluntatem defuncti ex eiuſmodi teſtamentis tuendam eſſe. Si tamen non de teſtamento agatur, ſed de ea ſcriptura, † quæ non tam hereditatis, quàm bo- 6
norum diuiſionem inter liberos contineat, voluit Iuſtinianus ſufficere liberorum omnium (non etiam vnius ex ipſis, vt malè vulgo creditur) inter quos partitio fit, ſubſcriptionem *§. quia verò d. Nouell. de teſtam. imperfect.* Nimirum quia eo caſu de ſolo iure liberorum agi videtur, & vt eiuſmodi diuiſio iure contractus valeat magis, quàm iure vltimæ voluntatis (poſtquam placuit valere pactum de hereditate tertij viuentis, dummodò tertius ille conſentiat, & in eadem voluntate perſeueret, *l. vlt. C. de pact.*) tantum abeſt vt poſſit valere iure teſtamenti. Quod & ex communi noſtrorum ſententia bene ſcribit Iulius Clarus *in §. teſtamentum, quæſt. 14. ſed pone.* Niſi quod nimis generaliter loqui videntur noſtri, cum hoc ipſum tradunt de qualibet ſchedula patris, quæ à patre nec ſcripta fuerit nec ſubſcripta. Si enim poneres † patris ſchedulam extare, nec ſcriptam 7
ab eo, nec ſubſcriptam, qua contineretur diuiſio hereditatis ex aliis portionibus quàm quæ liberos contingerent ab inteſtato, id eſt, ex inæqualibus, vtique non ob id ſolùm poſſet valere, quod liberi omnes etiam ex minore parte inſtituti conſenſiſſent, & ſubſcripſiſſent. Neque ad hunc caſum aptari meo iudicio poteſt Iuſtiniani conſtitutio, quoniam non eſt in poteſtate liberorum, neque alterius quàm teſtatoris aut legis, vt portiones hereditarias conſtituat, nec proinde fieri vlla pactione poteſt, vt inæquales hereditatis partes ij habeant, quos lex ipſa ex æqualibus facit heredes, cùm teſtamentum nullum factum eſt. Quid enim aliud eſt hereditarias partes conſtituere, quàm hereditatem ipſam huic & huic pro parte dare? Atqui hereditas neque per contractum neque aliter quàm per teſtamentum dari ab alio quàm à lege poteſt, *l. hereditas 5. Cod. de pact. conuent. tam ſup. dot.* Neceſſe igitur eſt eam ſcripturam, quæ diuiſionem hereditatis contineat, aut à teſtatore ſcriptam ſubſcriptámve eſſe, aut nullomodo valere, non magis contractus, quàm teſtamenti iure. Etſi enim tùm quoque cùm à teſtatore ipſo ſcripta vel ſubſcripta eſt, non eo magis valeat iure teſtamenti vel contractus,

tractus, valet tamen iure voluntatis ab inteſtato propter
autoritatẽ conſtitutionum Imperatorum Conſtantini,
Theodoſij & Iuſtiniani, quæ ad hunc caſum expreſsè
pertinent, quibus ceſſantibus nihil eſt quod poſſimus
dicere præter id, quod ſit ex iure communi: ex quo
porrò nemo dixerit valere poſſe voluntatem, ne quidem
ab inteſtato, quæ nullam penitus habeat obſeruatio-
nem. Nam & in voluntate inteſtati, teſtium quoque
numerus aliquis, & alia pleraque requiruntur, quæ in-
teruenire in ſcriptura patris inter liberos non eſt ne-
ceſſe, vt ſequenti capite dicemus. Nec putet quiſpiam
8 eſſe hanc inanem, & verbalem tantùm diſtinctionem †
bonorum & hereditatis. Habet enim optimam ratio-
nem, quia nihil vetat etiam illum qui ex ſemiſſe heres
ſit eam facere bonorum diuiſionem, per quam longè
minorem quàm dimidiam bonorum partem conſequa-
tur: cùm non eo minùs futurum ſit, vt ex ſemiſſe ſit &
videri debeat heres: quod non ſimiliter dici poſſet de
illo, qui cùm eſſet legitimus heres ex ſemiſſe non niſi
tertiam tamen hereditatis partem haberet. Implicat
enim contradictionem, vt quis ſit heres ex ſemiſſe, nec
ſemiſſem habeat hereditatis, cùm hereditas illa ſit quæ
facit heredem, non etiam bona, vel quantitas bono-
rum. Nam & euenit plerunque vt qui ex certa heredi-
tatis parte ſcriptus eſt, pro ea tamen parte iubeatur
contentus eſſe certis rebus quarum æſtimatio eius par-
tis æſtimationi non reſpondeat: quo tamen caſu perin-
de tenetur oneribus omnibus hereditatis pro ea parte
ex qua ſcriptus fuit, acſi pro eadem parte haberet com-
petentem bonorum portionem *l. ex facto 35. D. de he-
redit. inſtit.* vt appareat nihilominus eſſe illum & in-
telligi pro ea parte verè heredem. Ergo quod ſcriptum
9 eſt in *Authent.* † *ſi modo C. famil. erciſc. Si modò ſubii-
ciatur huic ſcripturæ vel ipſius parentis vel omnium, in-
ter quos ſit partitio, liberorum ſubſcriptio*, non ita acci-
piendum eſt, quaſi ad confirmandam patris ſchedulam
quamlibet nihil interſit an pater ipſe an liberi ſubſcri-
pſerint, ſed reſtringendum neceſſariò eſt ad eam ſcri-
pturam quæ ſolam bonorum diuiſionem contineat,
Vt conſtat ex *Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. cap. 7. §. &
quod ſæpe: Vnde ſumpta eſt dict. auth. ſi modò, & ex dict.
Nouell. 107. § quia vero*, vbi eadem illa prior Iuſtiniani
conſtitutio & refertur & confirmatur. Nam ea quoque
Conſtantini lex ad quam Irnerius accommodauit ius
nouum, non niſi de diuiſione loquitur, & de iudicio
familiæ erciſcundæ, quod etiam titulus ipſe oſtendit,
ſub quo lex poſita eſt: Quanquam illud ſemper ca-
uendum eſt quod monuimus ne diuiſionem heredita-
tis cum diuiſione bonorum confundamus. Etenim
Conſtantini lex quæ patris ſchedulam inter liberos
tuetur quibuſcunque indiciis & coniecturis ſuffultam,
illam quoque diuiſionem complectitur, quæ à patre
facta ſit hereditatis non bonorum. Eſt enim lex gene-
ralis: Iuſtiniani autem conſtitutio quæ ad legem Con-
ſtantini hoc addit vt neceſſaria ſit ſubſcriptio vel teſta-
toris vel liberorum, eſt quidem etiam generalis, ſi diſ-
iunctim de patris ſubſcriptione accipiatur, quia nulla
eſt patris ſcriptura tam imperfecta quæ non etiam ho-
die defendatur ſi habeat ſubſcriptionem teſtatoris,
dummodo talem qualem eſſe illam voluit Iuſtinianus,
id eſt, quæ & nomina liberorum, & tempus teſtamen-
ti, & modum vnciarum contineat, ſed non æquè ſi ac-
cipiatur ſeparatim de ſubſcriptione liberorum, quan-
10 doquidem ſola † liberorum ſubſcriptio nunquam ſuf-
ficit, niſi cùm agitur de ea patris ſchedula per quam
facta ſit tantum diuiſio bonorum. Errauítque procul-
dubio Irnerius in concipienda *dict. aut.* ſi modò vt &
aliàs perſæpe, ſi aliter intellexit, Vt & in concipienda
Auth. quod ſine *C. de teſtam. quemadmodum dicemus in
Error. 9. Decad. ſequentis.* Vt iam mirandum non ſit, ab
interpretibus quoque omnibus erratum hîc eſſe, quos
refert & ſequitur Iul. Clar. *in § teſtam. qu. 24.* qui ſcili-
cet Irnerij Authenticas pro Iuſtiniani legibus vbique
acceperunt.

ERROR II.

Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint.

SVMMARIA.

1 *An in teſtamento parentis inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe.*

2 *Sententia interpretum negans Iuſtiniani conſtitutione ſubnixa.*

3 *Contraria Cuiacij teſtes requirentis ſententia & eius fundamina.*

4 *Reſponſiones Cuiacij ad conſtit. Conſtantini, Theodoſij, & Iuſtiniani.*

5 *Defenditur ab autore reſponſio Cuiacij ad conſtitutionem Theodoſij aduerſus quorundam impugnationem.*

6 *Neceſſarios non eſſe teſtes ad defendendam inter liberos patris voluntatem aduerſus Cuiacium.*

7 *Nullum teſtamentum defendi poteſt iure teſtamenti ſine teſtibus: nec voluntas nuncupatiuo teſtamento declarata aliter probari poteſt quàm per teſtes.*

8 *Teſtamentum imperfectum inter liberos non ad aliud prodeſt, quàm vt defuncti voluntas ab inteſtato conſeruetur.*

9 *Diluitur argumentum Cuiacij depromptum ex l. & in epiſtola. C. de fideicommiſſ.*

10 *Theodoſius non præſcripſit vt in vltima parentis inteſtati voluntate inter liberos teſtes adhiberentur.*

11 *Neque etiam Iuſtinianus in Nou. 107.*

Etſi lex Conſtantini, de qua ſuperiore ca-
pite diximus, generaliter habet valere in-
ter liberos quamlibet patris ſcripturam,
etiam quæ legum ſolemnitate deſtituatur,
quia tamen nihil cauet nominatim de teſtibus, quos
regulariter in omni vltima inteſtati quoque voluntate
adhiberi moris ſolemnis eſt, *l. vlt. C. de codicill. l. vlt. C.
de donat. cauſ. mort.* hinc dubitandi † occaſio apud in- 1
terpretes, An in huiuſmodi teſtamento inter liberos
adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe. Nam neque Theo-
doſij neque Iuſtiniani conſtitutiones circa hæc teſta-
menta ſubſecutæ, quicquam de hoc cauent. Niſi quod
Iuſtinianus *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* cùm requirit
teſtes in patris voluntate etiam inter liberos facta,
quantum ad ea quæ perſonis extraneis relicta propo-
nuntur, hoc ipſo videtur innuere non obſcurè quan-
tum ad ipſos liberos nullis teſtibus opus eſſe. Atque
ita vulgo interpretes † noſtri ratiocinantur, quos ferè 2
omnes video in hanc ſententiam conuenire, teſte Andr.
Gayll. *lib. 2. pract. obſeru. cap. 112.* Solus inter eos, qui
præcipuæ ſunt autoritatis, Iacobus Cuiacius † conſul- 3
tatione prima contrariam ſententiam induxit. Non
poſſe voluntatem patris valere ne quidem inter liberos
ſi non habeat teſtium ſolemnitatem, quippe quæ tam
neceſſaria eſt ad teſtamenti validitatem, vt ipſum etiam
teſtamenti nomen ab ea fluxiſſe videatur: implicétque
contradictionem vt dicatur teſtamentum ea diſpoſitio
quæ nullis teſtibus fulciatur. Neque ſanè poteſt ne-
gari quin vulgaris regula iuris faciat pro viro doctiſſi-
mo, cui proinde ad victoriam poſſet ſufficere, quod
nihil hac de re ab Imperatoribus conſtitutum eſſet. Vt
verò ſibi primùm, deinde aliis hoc perſuadeat, legem † 4
Conſtantini ſic eludit vt dicat, ſufficere quidem hodie
ex

Digitized by Google

ex ea lege qualiacunque indicia & quaſlibet coniectu-
ras voluntatis paternæ vt habent verba conſtitutionis,
ſed eiuſmodi verbis non excludi neceſſitatem adhiben-
dorum teſtium, non magis quàm cùm dicimus fidei-
commiſſum etiam nutu relinqui poſſe, *l. & in epiſtola*
22. C. de fideic. Theodoſianam autem conſtitutionem
negat facere ad propoſitam quæſtionem, quia loquatur
tantùm de teſtamento imperfecto, id eſt, vt eadem ipſa
lex interpretatur, quod finem ſuum non habeat, ſub-
ſcriptiones nimirum & ſignacula teſtium, quæ ſicut alia
planéque diuerſa, ita longè minor ſolemnitas eſt quam
teſtium adhibendorum. Poſtremò ad Iuſtiniani Nouel-
lam conſtitutionem reſpondet, Ex ea potiùs apparere
non id velle Iuſtinianum, vt nulla prorſus ſolemnitas
hodie neceſſaria ſit in huiuſmodi teſtamentis paren-
tum inter liberos. Porrò ſi qua ſuperſit, non poſſe dici
ſublatam illam quæ omnium potiſſima eſſe exiſtime-
5 tur. Quod ait de † Theodoſij conſtitutione veriſſi-
mum ſanè eſt, maléque à nonnullis ex eo refellitur,
quod Iuſtin. *dict. Nouell.* 107. ſcribit Theodoſium idem
conſtituiſſe in matribus & aſcendentibus vtriuſque na-
turæ, quod Conſtantinus primùm in patribus ſolis
conſtituerat, Quaſi Iuſtiniani ſenſus ſit tam generalem
fuiſſe Theodoſij quàm Conſtantini legem, vt proinde
ſicut Conſtantini ita & Theodoſij conſtitutio cauſas
omnes complectatur, ex quibus alioqui teſtamentum
iure communi valere non poſſet. Quod certè non ita
eſt, ſi Theodoſium conſtitutionis ſuæ vt autorem ita &
interpretem habere volumus. Ad vnum enim illum
caſum Theodoſij lex coarctata fuit quo patris teſta-
mentum eſſet imperfectum, eo prorſus ſenſu quem
tradit vir doctiſſimus, cùm tamen Conſtantini lex ſit
generalis. Neque video cur neceſſe ſit petere ex Iuſti-
niano quid Theodoſius conſtituerit, cùm totam ipſam
Theodoſij legem habeamus, eámque tam apertis ver-
bis de eo tantùm teſtamento quod imperfectum ſit
conſcriptam, vt nec Iuſtiniano ipſi aut Triboniano
quantumuis plerumque caliganti aliter videri potue-
rit, ſi Theodoſij mentem ſcrutari magis quàm pro
arbitrio ſupplere aut hic aut ille voluiſſet. Nam & quod
Theodoſium conſtituiſſe Iuſtinianus refert, probánt-
que ipſa Theodoſij verba, vt idem iuris eſſet in paren-
tibus vtriuſque ſexus, quid prohibet coanguſtari ad
eum ipſum caſum ad quem conſtitutio coanguſtatur.
Aut quomodo fieri poteſt vt latiùs pateat ea parentum
vtriúſque ſexus ſimilitudo à Theodoſio primùm indu-
cta, quàm reliqua pars legis Theodoſianæ? Cuius con-
textum totum & ſeriem quiſquis inſpiciet facilè ob-
ſeruabit, nihil minùs agere Theodoſium, quàm vt de
quibuſlibet parentum ſcripturis inter liberos confir-
mandis quicquam tractaret. Sed cùm ex profeſſo age-
ret de teſtamentis imperfectis, quibus neque ſignacula
neque ſubſcriptiones teſtium adeſſent, eáque valere
non pateretur, coactus fuit excipere teſtamenta patrum
inter liberos, ne alioqui nimis generali conſtitutione
legem Conſtantini abrogaſſe videretur, tùm per occa-
ſionem magis quam ex propoſito matrum quoque te-
ſtamentis imperfectis fauere, in eóque ſolo Conſtanti-
ni legem extendere quam in reliquo ſufficiebat conſer-
uatam & intactam reliquiſſe: Illum namque caſum lex
Conſtantini diſertè expreſſerat quo teſtamentum pa-
tris [illegible] duntaxat neque impletum proponeretur.
Quod ipſum quid aliud eſt dicere, quàm quo teſtamen-
tum patris imperfectum eſſet. Itaque in hoc quidem
caſu admittendum neceſſario eſt Theodoſium id ipſum
in matribus conſtitutum voluiſſe, quod in patribus
ſanxerat Conſtantinus: Sed non ideo fatebor tam ge-
neralem eſſe Theodoſianæ quam Conſtantinianæ legis
ſententiam ſiue in patribus ſiue in matribus quando
nec id euincunt verba legis, quæ de imperfecto dun-
taxat teſtamento ſpecialiter, vt diximus, loquuntur,
nec tanta ratio eſt fauendi matribus æquè ac patribus
in hoc vt quælibet ſcriptura ſufficiat ad conſeruan-
dam ex indiciis & coniecturis quibuſcunque matris
inter liberos voluntatem, quanta eſt fauendi quod ad
cauſam teſtamenti imperfecti, quia quod teſtamento
imperfecto defuit, vt perficeretur, ſuppleri potuit &
debuit aliunde quàm à perſona ipſa quæ teſtatur, ni-
mirum ab ipſis teſtibus, nec facit eius ſolemnitatis
omiſſio ne minùs clara ſit voluntas teſtantis quàm ſi te-
ſtamentū pleniſſimè perfectum eſſet. Nemo autem ne-
gauerit fauorabiliorem eſſe voluntatem, quæ clara &
aperta licèt minùs ſolemnis eſt, quàm quæ nec clara
nec ſolemnis, Cuiuſmodi illa eſt quæ per indicia tan-
tùm & coniecturas colligenda eſt ex ſcriptura ſolem-
nitatibus neceſſariis deſtituta. Ego igitur ſentio cum
Iacobo Cuiacio contra interpretes adeóque contra Iu-
ſtinianum ipſum (nam proculdubio contra Cuiacium
ſenſit hac parte Iuſtinianus) circa hanc Theodoſianæ
legis interpretationem, Scilicet non niſi de teſtamen-
tis imperfectis egiſſe Theodoſium, ideóque nullum ex
ea lege argumentum ſumi poſſe ad probandum quòd
hodie non ſit neceſſaria ſolemnitas adhibendorum te-
ſtium in teſtamento inter liberos, cùm ſit hoc extra cau-
ſam imperfecti teſtamenti, faciátque potiùs vt num-
quam cœptum teſtamentum videri debeat, quàm vt
numquam completum. Nam quemadmodum ſubſcri-
ptiones & ſignacula teſtium ad finem teſtamenti perti-
nent, vt ait conſtitutio, ita & neceſſe eſt ab interuentu
& rogatu teſtium incipere teſtamentum vt ſolemniter
cœptum dici poſſit, ſicuti conſtat ex vetere illa formu-
la quæ ſolemnis erat teſtatoribus ad teſtes rogandos.
At non illud æquè probare poſſum quod vult vir do-
ctiſſimus, neceſſarios † eſſe teſtes ad defendendam pa- 6
tris inter liberos voluntatem. Doleóque ſanè quòd
tanto viro tam infeliciter ceſſerit, vt prima ſtatim con-
ſultatione in tam grauem impegerit errorem. Video
enim pragmaticorum noſtrorum inſcitiam captare hinc
occaſionem ſibi gratulandi, & in nobiliſſimos quoſque
iuris profeſſores inſultandi, quaſi vix alij vlli ſint ine-
ptiores ad reſpondendum in foro de iure ex ipſa etiam
iuris ratione nedum ex praxi, quàm qui ius ipſum in
ſcholis docent. Quanquam ſi non pro iis reſpondere-
mus ad Cuiacij obiectionem illam de teſtibus in fidei-
commiſſo quoque quod ſolo nutu relinquitur adhi-
bendis, vix futurum puto vt ex toto eorum grege quiſ-
quam bene reſpondere poſſet. Certè nemo hucuſque
fuit quem viderim qui bene reſponderit. Nec facilè
poſſum videre quid reſponderi poſſit ab eo qui cum in-
terpretibus ſentiat, ſic accipiendas eſſe iſtas Imperato-
rum conſtitutiones, vt teſtamenta imperfecta omnibúſ-
que ſolemnitatibus deſtituta defendantur iure teſta-
mentorum inter liberos, & vt eæ conſtitutiones ad
nuncupatiua quoque teſtamenta pertineant. Quomodo
enim fieri poteſt, vt teſtamentum † vllum defendatur 7
teſtamenti iure ſine teſtibus? Aut vt voluntas teſta-
mento nuncupatiuo declarata probari poſſit aliter
quàm per teſtes? At nos qui contrà defendimus teſta-
menta † iſta non ad aliud prodeſſe quàm defuncti vo- 8
luntas ab inteſtato conſeruetur, nec ad nuncupatiua
extendi conſtitutiones oportere, de quo in ſequenti-
bus dicemus, facilè reſpondemus, Non potuiſſe Con-
ſtantinum neceſſariam putare in huiuſmodi teſtamen-
tis ſolemnitatem teſtium, cuius ſcilicet temporibus ita
ius erat, vt nulla inteſtati voluntas, quæ modò per
ſcripturam probaretur, egeret teſtibus, ſufficerétque
fidem ſcripturæ conſtare, quæ vtique conſtare poterat,
aut per teſtes etiam qui ſcriptionis tempore non ad-
fuiſſent, aut per comparationem literarum, ſi ſcriptu-
ræ veritas in dubium vocaretur, vt alio iam loco à no-
bis probatum eſt, *l. vlt. in princ. De legat. 2. iunct. leg.*
cùm pater 77. §. donationis eod. l. cùm quis decedens 37.
§. pater. de legat. 3. Nec † repugnat quod in dict. *l. &* 9
in epiſtola ſcriptum eſt, adhibitis teſtibus. Referenda
enim

enim ſunt ea verba non ad id quod in principio legis Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt & in epiſtola & in libello fideicommiſſum relinqui poſſe, quomodo malè Cuiacius videtur intellexiſſe, ſed ad id quod ſequitur etiam ſine ſcriptura imò & nutu fideicommiſſum poſſe dari, quia quod ſine ſcriptura, & multo magis quod nutu tantùm datur, ſi teſtes non ſint adhibiti: nullomodo probari poteſt. Neque nouum eſt, vt ad proxima tantùm referri debeat quod ad omnia referri nequit, quoties præſertim diuerſa eorum ratio eſt.

10 Etſi verò primus † Theodoſius conſtituit poſteà, vt in omni vltima voluntate excepto teſtamento, quinque teſtes ſiue rogati fuerint, ſiue fortuitò venerint, debeant adhiberi, *d.l.vlt. C.de codicill.* non ideò tamen idipſum conſtituiſſe videri poteſt de vltima parentis inteſtati voluntate inter liberos, quippe quam nulla noua iuris ſolemnitate conſtrictam voluit, non magis quàm Conſtantinus, cuius conſtitutionem non ſolùm confirmatam hac parte, ſed etiam auctam voluit fauore parentum, vt melioris eſſent hodie conditionis, quàm illos eſſe Conſtantinus voluiſſet: qui tamen eſſent longè deterioris, ſi voluntas eorum hodie non defenderetur niſi adhibitis teſtibus, quos Conſtantini lex nullos re-
11 quirebat. Idem ergo de nouella quoque Iuſtiniani † cõſtitutione iudicium eſſe debet, vt quamuis non omnem omnino ſolemnitatem ex parentum teſtamentis ſublatam eſſe Iuſtinianus voluerit, de adhibendis tamen teſtibus non cogitauerit, de quibus nec Conſtantinus, nec Theodoſius cogitarant. Idque apparet ſanè non obſcurè ex eo, quod Iuſtinianus eadem Nouella cùm tractat de iis quæ perſonis extraneis relicta ſint, non omittit ſolemnitatem illam teſtium adhibendorum, quam tamen omiſerat tractans de parente inter liberos teſtante. Cur enim tam variè locutus fuiſſet, ſi ius idem vtroque caſu conſtitutum voluiſſet? vt non diſſimiliter idem Iuſtinianus circa voluntatem teſtatoris interpretandam argumentatur in *l.vnic.§.vbi autem verſ.ſin autem ad deficientis C. de cad. toll.* Quot verò teſtes Iuſtinianus requirat quantum ad extraneos, alia quæſtio eſt de qua dicemus *in Error. 3. Decad. ſeq.*

ERROR III.

*De parentum voluntate minùs ſolemni inter liberos teſtati an inteſtati iure defendenda.
Et quid ſi parens inæqualiter bona ſua diuiſerit.*

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an voluntas parentis inter liberos minùs ſolemnis defendatur iure teſtati, an potiùs inteſtati.*
2 *Sententia Accurſij iure inteſtati defendi ſcientis.*
3 *Contraria aliorum ſententia.*
4 *Accurſij opinio præfertur, & rationibus ſtabilitur.*
5 *Prima probatio ducta ex Conſtantini conſtitutione in l.vlt. C. fam. erciſc. inducitur & ab impugnatione aduerſariorum defenditur.*
6 *Secunda petita ex conſtitutione Theodoſij in l. hac conſultiſſima 21. C.de teſtam.*
7 *Ex Iuſtiniani Nouell. de teſtam. imperfect. non poſſe colligi parentis teſtamentum imperfectum iure teſtamenti defendi.*
8 *Interpretes quid fefellerit.*
9 *Argumentum pro interpretibus ex d. Nouell. petitum affertur & refellitur.*
10 *Quæſtio Doctorum otioſa & ridicula.*

PRæcipua hæc quæſtio eſt in toto tractatu iſto, De teſtamentis imperfectis inter liberos, & ab interpretibus noſtris variè tractata. Etſi enim omnes conſentiunt ex teſtamento ſiue imperfecto ſiue qualibet alia iuris ſolemnitate deſtituto defendendam eſſe patris inter liberos voluntatem ex Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani conſtitutionibus, de quibus proximo capite diſſeruimus. Niſi quod nonnulli volunt omnimodo adhibendam eſſe teſtium ſolemnitatem, Non tamen inter
eos conuenit an defendatur † ea voluntas iure teſtati 1
an potiùs iure inteſtati. Sunt qui velint † defendi iure 2
inteſtati, ſed hi perpauci, Accurſium ſecuti ad *§.ex imperf.l.hac conſultiſſima. C.de teſt.* Alij verò, id eſt, ferè
omnes volunt † hoc eſſe priuilegium teſtamenti inter 3
liberos conditi vt iure teſtamenti defendatur ſaltem poſt Iuſtiniani *Nou.107.de teſt.imperf.* Quam crebriorem eſſe noſtrorum traditionem ad *d. §. ex imperf.* tam certum eſt vt apud eos qui non in alio laborant quàm vt inueſtigent quænam communior ſententia ſit, nullus in hac quæſtione dubitationi locus relictus eſſe vi-
deatur. Mihi † Accurſius noſter vt in cæteris pleriſque, 4
ita & hac in re ſemper viſus eſt longè meliùs ſentiſſe.
Nam ſi † Conſtantini legis verba reſpicimus, vt ſunt 5
illa potiſſimùm attendenda, tanquam quæ primùm hoc ius nouum induxerint, non poteſt meo iudicio negari quin idem ſenſerit ille quod Accurſius in illo loco *d. l. C.famil.erciſc.licèt ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur,* Quid enim potuit ſcribi apertius, vt intelligeremus liberos hoc caſu ſuccedere patri ab inteſtato, nec eſſe nouum, vt voluntas teſtamento declarata defendatur, nec tamen ex teſtamento, ſed ab inteſtato. Neque poteſt reſponderi quod vulgo reſpondetur intelligendum Conſtantinum de illo caſu quo heres nemo inſtitutus ſit in teſtamento. Repugnãt enim verba illa conſtitutionis, *ſiue cœptum neque impletum teſtamẽtum,* cum temporibus Conſtanti ius ita eſſet, vt teſtamentum ab heredis inſtitutione incipere oporteret, *§. ante heredis. Inſt. de legat.* Repugnare etiam plerique putãt, quod eadem conſtitutio habet, ex eiuſmodi voluntate in teſtamento imperfecto, aut aliter minùs ſolemni declarata ſuccedentes liberos ſi fideicommiſſo aliqui inuicem grauati ſint, cogendos quidem fideicommiſſum præſtare, ſed ſeruato Senatuſconſulti auxilio. Quaſi non poſſet eſſe locus Senatuſconſulto Trebelliano, cuius (inquiunt) fit ibi mentio ſi nullus eſſet heres inſtitutus. At mihi replicatio hæc non probatur, cùm ab inteſtato quoque fideicommiſſa etiam vniuerſalia relinqui poſſint, & ob eam cauſam lex Falcidia protracta ſit etiam ad cauſam inteſtati per conſtitutionem Diui Pij quam Paulus refert in *l.filiuſfam.18.D.ad l. Falc.* Nec enim Senatuſconſultum Pegaſianum quod primum induxit ius quartæ ex fideicommiſſis ſiue vniuerſalibus ſiue ſingularibus retinendæ quoque Conſtantini temporibus nondum erat abrogatum transfuſúmque in Trebellianum, quicquam cauerat de fideicommiſſis quæ ab inteſtato relicta eſſent: Si quidem de iis ſolis egerat, de quibus Senatuſconſultum Trebellianum factum erat, ac proinde quæ ex teſtamento relicta proponerentur, non quæ ab inteſtato *l.1.D.ad SC.Treb.* In eóque alius iſtorum error eſt qui verba illa Conſtantini: *ſeruato Senatuſcõſulti auxilio,* de Trebelliano intelligũt, quę intelligi proculdubio debent de Pegaſiano, cum non alium ſenſum habeant quàm hunc, *retenta quarta,* quartæ autem retentio ex Pegaſiano ſit non ex Trebelliano; niſi ex quo tempore ſublata eſt poteſtas Pegaſiani tranſlatáque in Trebellianum, quod Iuſtinianus primus fecit non Conſtantinus. Planè cùm Senatuſconſultum vtrumque & Trebellianum & Pegaſianum habeat locum etiam facto teſtamento, iſque vnus caſus Senatuſconſulti vtriuſque verbis deſignatus ſit, nulla prorſus ratio eſt cur Conſtantini lex quæ ſpeciem illam complectitur, in qua Senatuſconſulti auxilio locus eſſe poſſit, reſtringatur ad cauſam inteſtati, aut quod idem eſt ad eam ſcripturã in qua nullus heres inſtitutus proponebatur,

Illud verò longè improbabilius eſt, quod iidem reſpon-
dent, poſſe quidem filios heredes à patre inſtitutos in
ſcriptura minùs ſolemni ſuccedere ab inteſtato. Sed
tamen non prohiberi etiam ex teſtamento ſuccedere ſi
velint. Etſi enim non nego fieri poſſe vt quis ius ha-
beat ſuccedendi ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ſi
fortè idem ſit & teſtamentarius heres & legitimus, qui
ſenſus eſt *l. quoties duplici 91. De reg. iur.* id tamen non
aliter obtinet quàm ſi teſtamentaria ſucceſſio priùs re-
pudiata ſit ſiue expreſ-è ſiue tacitè: *l. illud dubitari 77.
D. de acquir. heredit.* quia quandiu ex teſtamento adiri
hereditas poteſt, ab inteſtato non defertur, *l. quandiu
poteſt 30. eod.* Itaque numquam verum eſt vocari ad
ſucceſſionem inteſtati eum, qui vocatur ad ſucceſſio-
nem teſtati, quandoquidem vocatio eſt ex lege heredi-
tatem deferente, quam porrò ex vtroque iure teſtati ſi-
mul & inteſtati nunquam lex defert. Atqui conſtitu-
tio Conſtantini eum diſertè caſum exprimit quo liberi
vocentur ad ſucceſſionem ab inteſtato. Ergo excludit
illum quo poſſint iidem ſuccedere ex teſtamento etiam-
ſi maximè velint. Alioqui debuerat Conſtantinus ſcri-
bere, *licèt ab inteſtato ſuccedant liberi*, non quomodo
ſcriptum eſt *ad ſucceſſionem liberi vocentur.* Relatis ſci-
licet verbis ad acquiſitionem hereditatis, & ad factum
6 liberorum non ad ius ſucceſſionis. Lex † autem Theo-
doſiana etſi non tam apertè exprimit quod liberi ex te-
ſtamento imperfecto ſuccedant ab inteſtato, cùm ta-
men Conſtantini ſupradictam legem ſupponat, non
aliam vtique recipere poteſt interpretationem, vt à no-
bis ſuperiore capite ſatis diſputatum eſt. Nihil enim
noui Theodoſius induxit, niſi vt quod in ſolis patri-
bus Conſtantinus ſanxerat, vt vtriuſque ſexus parenti-
bus obtineret. Nimirum eo ipſo modo quo fuerat à
Conſtantino in patribus conſtitutum. Fietque hoc
probabilius ſi iungas quod in §. *vlt.* eiuſdem Theodo-
ſianæ conſtitutionis ſcriptum eſt, Si quis duo teſtamen-
ta fecerit, prius ſolemne & perfectum, poſterius mi-
nus ſolemne & imperfectum, & in priore quidem eos
heredes ſcripſerit, qui ab inteſtato ad teſtatoris ſucceſ-
ſionem venire non poterant, in ſecunda verò voluntate
eos ſcribere inſtituerit, qui ab inteſtato ad eius heredi-
tatem vocantur, prius teſtamentum infirmetur, ſecunda
verò voluntas non quaſi teſtamentum, ſed quaſi vltima
voluntas inteſtati ſeruetur. Eadem namque ratione di-
cendum eſt inſtitutis liberis in ſcriptura, ſiuæ quæ alia
qualibet ratione minùs ſolemnis eſſe videatur, ſufficere
parentibus debere quod ex priuilegio ab Imperatori-
bus indulta voluntas eorum ſeruetur iure voluntatis
inteſtati, non etiam iure teſtamenti. Nam nec viden-
tur Imperatores tam ad id reſpexiſſe vt teſtamentis fa-
uerent quàm vt teſtatoribus, neque rurſum vt paren-
tibus fauerent, tam moti ſunt fauore parentum aut li-
berorum quàm ratione illa, quod ea omnium fauorabi-
liſſima voluntas videretur, quæ inter eos tantùm obti-
neret, qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri, ſiue eſſent ij
liberi; ſiue agnati, aut in alio genere gradúve legiti-
morum heredum. Quæ porrò ratio nequaquam euincit
vt cuſtodienda ſit ea voluntas iure teſtamenti, ſed tan-
tùm vt iure inteſtati. Neque idcirco nullum aut paruum
priuilegium videri debet, quod induxit Conſtantinus,
cùm, ſi eius conſtitutionis autoritas non eſſet, non
magis ab inteſtato quàm ex teſtamento defendi ea vo-
luntas poſſet, non ſolùm quæ declarata eſſet in ea ſcrip-
tura, quam teſtator iure teſtamenti valere putaſſet aut
voluiſſet, verum etiam quæ in codicillis tanquam ab
int.ſtato factis, ſi cœpti tantum illi non autem perfecti
fuiſſent. Non. n. vt voluntas quælibet iure inteſtati de-
f.ndatur, illud ſufficit quod ex teſtamento valere non
poſſit, niſi etiam concurrat vt ab inteſtato ea valere
voluerit is qui teſtamentum fecit *l. 2. D. de iur. codic. l.
vlt. C. eod. l. Titia 13. D. de inoff. teſtam.* Nec rutſuſ ab in-
teſtato factos fuiſſe codicillos ſufficit vt valeant, niſi ſint
perfecti, ſi vulgarem iuris rationem intueare & hunc
caſum excipias de parentis ſiue imperfecta ſiue minùs
ſolemni voluntate qualibet inter liberos conſeruanda
ex legibus Conſtantini & Theodoſij. Etſi autem Iuſti-
niani † conſtitutio Nouella *de teſtam. imperfect.* quæ 7
totum hoc ius ita confirmauit, vt tamen aliqua ex parte
immutauerit, frequentem facit teſtamenti mentionem,
nihilomagis interpretationem illam admittit vt paren-
tis teſtamentum iure teſtamenti defendatur. Nam cùm
Iuſtinianus non id egerit vt teſtamentorum huiuſmodi
imperfectorum fauorem ampliaret, ſed potiùs vt re-
ſtringeret, quemadmodum in præcedentibus diſputaui-
mus, abſurdum ſanè fuerit exiſtimare poſt eam Iuſtinia-
ni conſtitutionem defendi iure teſtamenti parentis in-
ter liberos voluntatem, cui non aliud priuilegium
Conſtantinus & Theodoſius datum voluerant, quàm
vt inteſtati iure defenderentur. Interpretes noſtros † 8
quotquot hunc errorem ſecuti ſunt, id vnum feſellit,
quod teſtamentum à voluntate non diſtinxerunt, nec
quicquam intereſſe putarunt, an dicamus valere teſta-
mentum, an verò valere voluntatem, præſertim teſta-
mento declaratam, cùm tamen ſint illa longè diuerſa, &
ab ipſo etiam Iuſtiniano in fine §. *& ſiquidem eiuſdem
Nouell. ſeparata.* Omne teſtamentum voluntas vltima
eſt, aut ſi mauis voluntatis noſtræ iuſta ſententia vt ha-
bet definitio teſtamenti. At non è conuerſo vltima om-
nis voluntas teſtamentum eſt, cùm etiam ab inteſtato
fieri poſſit, putà per codicillos nullo teſtamento confir-
matos aut per epiſtolam: cuius quoque meminit *dict. l.
vlt. C. fam. erciſc.* quæ lex cùm caſus iſtos omnes con-
iungat, ſiue teſtamentum cœptum & inchoatum, neque
perfectum ſit, ſiue (inquit) codicillus aut epiſtola paren-
tis eſſe memoretur, omnino cóſequens eſt, vt quemad-
modum codicillis ab inteſtato factis declaratam volun-
taté aut per epiſtolá, nemo nullam eſſe dixerit, nec poſſe
defendi iure teſtati: ita neque illam poſſimus dicere ex
teſtamento tuendam quæ declarata ſit in teſtamento
minùs ſolemni & imperfecto, vel ex vulgatiſſima illa
interpretum noſtrorum traditione, quæ in pluribus de-
terminabilibus (vt loquuntur) æqualem vult fieri deter-
minationem. Pro interpretibus † tamen illud valde vr- 9
gere videtur, quòd Iuſtiniani Nouell. loquitur de lega-
tis in eiuſmodi teſtamento imperfecto extraneæ perſo-
næ relictis, eàque valere vult ſi coram teſtibus fuerint
data: cùm tamen certum ſit ex ratione iuris non poſſe
legata relinqui ab inteſtato, in eoque differre à fidei-
commiſſis. Sed reſponderi poteſt Iuſtinianũ ad id reſpe-
xiſſe, quòd iam tũ ſuſtulerat omnes differentias legato-
rum & fideicommiſſorum, *l. 2. C. commun. de leg.* Ex his
verò intelligimus valde † otioſam & ridiculam eſſe 10
quæſtionem quæ à Doctoribus noſtris tanta contentio-
ne agitatur, An ſupradictis Imperatorum conſtitutioni-
bus locus ſit, ſi parens inter liberos bona ſua inæquali-
ter diuiſiſſe proponatur. Etſi enim non nego fauorabi-
lem eſſe, ſeruandámque quantum fieri poteſt in-
ter liberos æqualitatem, ſiue eiuſdem ſiue diuerſi ſint
matrimonij, cùm tamen ab inteſtato eam æqualitatem
lex ipſa conſtituat, quid prodeſſet factam eſſe à patre di-
uiſionem, eámque à lege comprobari ſi non aliter vale-
ret, quàm ſeruata inter liberos æqualitate? Neque verò
ad ſolum fauorem liberorum reſpexerunt Impp. qui hoc
ius nouum conſtituerunt, vt falsò ſupponunt qui pro
æqualitate iſta ſentiunt, vt nec ad ſolum fauorem pa-
rentis, quomodo in contrarium multi malè argumen-
tantur, ſed ad coniunctum fauorem liberorum, parentis
& vltimæ voluntatis. Quare nec illa diſtinctio proban-
da eſt, an inæqualitas magna ſit an modica, licèt ita ſen-
tiat Iul. Clar. in §. *teſtam. q. 14. n. 8.*

ERROR

ERROR IV.

De teſtamento nuncupatiuo minus ſolemni, inter liberos.

SVMMARIA.

1 *Teſtamenta in ſcriptis hodie minus frequentia, quam nuncupatiua.*
2 *Teſtamentum nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit, quam teſtamentum in ſcriptis.*
3 *An conſtitutiones Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani pertineant quoque ad teſtamentum nuncupatiuum patris inter liberos.*
4 *Sententia Martini gloſſatoris negans.*
5 *Contra pragmaticorum opinio.*
6 *Et opinionis probatio.*
7 *Tertia ſententia Cornei & aliorum diſtinctionem adhibentium.*
8 *Diſtinctionis refutatio.*
9 *Martini aſſertio ab autore probatur & rationibus adſtruitur.*
10 *L. vlt. Cod. famil. erciſc. non pertinere ad huiuſmodi minus ſolemnia parentum teſtamenta nuncupatiua.*
11 *Quàm infirma ſit ratio qua colligunt interpretes nullam eſſe neceſſariam in teſtamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obſeruationem.*
12 *Quem ſenſum habeant verba illa Nou.* 107. ſi literas ſciat.
13 *Diluitur ratio interpretum petita ab æquitate & fauore teſtamentorum.*
14 *Teſtamentorum ſolemnitates cur introductæ.*
15 *Probatio per teſtes magis obnoxia eſt falſitati, quam probatio per ſcripturam.*
16 *Intereſt parentum & liberorum, vt ius ita conſtituatur vt in parentis teſtamento nuncupatiuo nulla ſint neceſſaria ſolemnitates.*
17 *Vnus teſtis quamuis non faciat plenam probationem facit tamen indicium.*
18 *Minus ſuſpecta eſt probatio quæ fit per ſcripturam teſtatoris, quàm quæ per teſtes.*
19 *Colligi ex l. 21. Cod. de teſtamentis teſtamentum nuncupatiuum inter liberos non valere ſine ſolemnitate.*

1 CVm minùs frequens † ſit hodie vſus eorum
teſtamentorum, quæ in ſcriptis appellantur,
frequentiſſimus verò eorum quæ per
nuncupationem fiunt, licèt ad futuram perpetuámque
rei memoriam per notarios conſcribantur:
parum vtilis eſſet quæſtio illa quam in præcedentibus
tractauimus, De imperfectis minúſque ſolemnibus parentum
inter liberos teſtamentis per ſcripturam conditis,
niſi hæc ſubiiceretur de nuncupatiuis: An ob id
quod inter liberos facta ſint, defendi debeant iure non
quidem teſtamenti, ſed ſaltem inteſtati, quamuis non
habeant debitas ſolemnitates. Etſi enim teſtamentum
2 † nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit,
quàm teſtamentum in ſcriptis: quod ideo ſolemne
appellari ſolet propter ſubſcriptiones & ſignacula teſtium,
habet tamen & ipſum ſua ſolemnia, inter quæ
illud præcipuè vt non poſſit fieri niſi coram ſeptem teſtibus
maſculis & puberibus in eam rem vocatis & rogatis,
qui teſtatoris voluntatem tanquam teſtamentum
ſine ſcriptura facientis audierint, vt loquitur Theodoſius
in *dict. leg. hac conſultiſſima* 21. §. *per nuncupationem.*
3 *C. de teſtam.* Huic autem quæſtioni † de minùs
ſolemni teſtamento nuncupatiuo patris inter liberos
cauſam illud dedit, quod neque Conſtantini, neque
Theodoſij, neque Iuſtiniani leges de alio teſtamento
loquuntur, quam quod per ſcripturam factum ſit, vt
proinde temerarium videatur eas ad nuncupatiua teſtamenta
producere: At ex alia parte fauor vltimæ voluntatis
iunctus cum fauore parentum & liberorum
ſuadere videtur, vt putare debeamus parum intereſſe,
an de teſtamento in ſcriptis agamus, an de nuncupatiuo,
cùm nec quicquam referre Conſtantinus voluerit
an de teſtamento agatur, an verò de epiſtola vel codicillis,
quorum tamen fauorabilem cauſam nemo dixerit
eſſe debere, quàm teſtamenti nuncupatiui. Inter
omnes ſiquidem vltimas voluntates primum ſine dubio
locum illa obtinet, quæ fit per teſtamentum ſiue in
ſcriptis illud ſit, ſiue nuncupatiuum. Pauci ſequuntur
opinionem † Martini antiqui gloſſatoris, qui negabat 4
eas conſtitutiones ad teſtamenta nuncupatiua pertinere.
Communior enim noſtrorum ſententia † eſt æquè 5
in foro atque in ſcholis recepta teſtamenta nuncupatiua
parentum inter liberos non ſolùm eodem priuilegio
gaudere quo teſtamenta in ſcriptis, ſed hoc amplius,
quòd nec indigent forma Nouellæ conſtitutionis, at
quoquomodo confecta ſint cuſtodiri debent dummodo
ex indiciis, coniecturis & aliis quibuſcunque modis
conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licèt
vltima hæc voluntas omni legum ſolemnitate deſtituta
proponatur. Sic namque poſt alios Iulius Clarus
in §. *teſtamentum, quæſt.* 11. Huiúſque opinionis
probationem † ſumere noſtri ſolent non aliunde quàm 6
ex *dict. l. vlt. Cod. famil. erciſc.* quaſi eius conſtitutionis
ſententia ſit generalis ad confirmandas quaſlibet
parentum inter liberos diſpoſitiones, quantumcumque
iuris ſolemnitate deſtitutas. Niſi quod addunt
eandem æquitatis rationem qua optimus Imperator
motus fuit æquè locum habere in vtroque genere teſtamenti,
ſiue ad fauorem vltimæ voluntatis reſpicias
(tam enim vltima voluntas eſt, quæ per nuncupationem,
quàm quæ per teſtamentum in ſcriptis declarata)
ſiue ad fauorem parentis teſtantis, aut etiam liberorum.
Non deſunt † tamen quibus religio ſit tam no- 7
uam opinionem indiſtinctè admittere, quæ nullius
conſtitutionis autoritate nitatur, ſed qui putent diſtinguendum
an teſtator literas ſciuerit, an ignorauerit, vt
ſi ſciuerit non alias teſtamentum ipſius imperfectum
inter liberos conditum obtineat, quam ſi eam formam
obſeruauerit, quæ præſcripta eſt à Iuſtiniano *Nouell.*
107. *De teſtam. imperf.* Si verò literas ignorauerit,
non eo minùs valeat teſtamentum quòd ea Nouellæ
forma ſeruata non ſit, quia, inquiunt, de eo qui literas
ignorat non loquitur Nouella Iuſtiniani. Quam diſtinctionem
† primus, vt puto, induxit Philipp. Corneus 8
conſ. 218. *lib.* 3. ſed hæc diſtinctio vulgo improbata eſt,
tanquam quæ teſtamenti nuncupatiui fauorem impugnet,
qui ſemper idem eſt ſiue literas parens ſciuerit
ſiue ignorauerit. Ego ſanè diſtinctionem hanc non
probo quam neque rationis neque conſtitutionis vllius
autoritate niti video, ſed quemadmodum interpretes
indiſtinctè pro teſtamento nuncupatiuo reſpondendum
eſſe putant: Ita ego † ex contrario pro huiuſ- 9
modi voluntatis inualiditate, Adeóque ex ea ipſa ratione
qua mouentur illi vt contra nos ſentiant, Nempe
quia de teſtamento in ſcriptis tantùm, aut vt melius dicam,
de illa ſolùm voluntate, quæ in ſcripturam teſtãtis
collata ſit, omnes eæ leges loquuntur, ex quibus tamen
huiuſmodi voluntatis per nuncupationem declaratæ,
confirmatio inducenda eſſet: Conſtantini ſcilicet, Theodoſij
& Iuſtiniani. Ac de duabus quidem poſterioribus
omnes fatentur. De Conſtantini verò lege ſunt qui aliter
ſentiant, & quos non pudeat ſcribere, probari manifeſtè
communem opinionem ex *d. l. vlt. C. famil. erciſc.*
Quos † ego certè mirari ſatis non poſſum, qui non vi- 10
derint, aut perpendere noluerint verba illa *d. l. vlt. Scriptura
quibuſcunque verbis vel indiciis inueniantur relicta.*

Iis namque verbis tota legis ſententia reſtringitur, nec quicquam in ea conſtitutione eſt, quod ad teſtamenta nuncupatiua vel accommodari vel trahi poſſit. Fateor (quod iſtos, ni fallor, decepit) Conſtantini legem non eſſe reſcriptam ad teſtamenta in ſcriptis de quibus iam ſolis & Theodoſij & Iuſtiniani Conſtitutiones loquuntur, ſed ad cæteras quoque vltimas voluntates pertinere etiam quæ extra teſtamentum in ſcriptis conditum ſcriptæ ſint, puta in epiſtola vel in codicillis. At nego poſſe idcirco produci ad teſtamenta nuncupatiua, cùm verbis ſupradictis reſtricta ſit ad eam voluntatem quæ per patris ſcripturam probetur: quæ res nihil commune aut ſimile habet cum teſtamentis nuncupatiuis, quorum ſubſtantia & probatio tum quoque cùm in ſcripturam redacta ſunt, non ex ſcripto tamen pendet aut æſtimatur, ſed ex nuncupatione quam propria lingua & voce teſtator fecerit, teſteſque audiuerint, *leg. heredes palam 21. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Neque
11 poſſum intelligere † quam rationem habeat ea collectio qua noſtri vtuntur, cum dicunt, ideo nullam eſſe neceſſariam in teſtamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obſeruationem, quod Iuſtiniani conſtitutio, quæ prima poſt Conſtantini tempora iſtiuſmodi teſtamentorum ſolemnitates introduxit, non loquitur, niſi de teſtamento in ſcriptis. Quaſi verò ex ſola Iuſtiniani conſtitutione ſit, non etiam ex iure communi vt teſtamenta nuncupatiua inter quoſcunque tandem facta, id eſt, ſiue inter liberos, ſiue inter extraneos ſuas habeant ſolemnitates. Poſſet quidem hoc verè dici, ſi lex Conſtantini quæ omnes omnino teſtamentorum ſolemnitates ex parentum inter liberos teſtamentis ſuſtulit, de teſtamentis quoque nuncupatiuis locuta fuiſſet, quoniam eo ſuppoſito non quid ante Conſtantinum obtinuiſſet, ſed quid poſt Conſtantinum immutatum eſſet, quæri oporteret: ac proinde quid Iuſtinianus voluiſſet, qui & primus & ſolus id ius Conſtantinianum immutauit, quod medius inter Conſtantinum & Iuſtinianum Theodoſius auxerat, potiùs quàm immutauerat. At nos iam oſtendimus Conſtantinum non tam de teſtamento, quàm de ſcriptura patris de patrimonio ſuo inter liberos diſponentis legem tuliſſe, atque ita nihil minus quàm de teſtamento nuncupatiuo ſenſiſſe. Non ergo quid ex Conſtantini lege à Iuſtiniano immutatum ſit inſpiciendum eſt, ſed quid ante Conſtantinum obtinuerit, quoties de teſtamenti
12 nuncupatiui iure ac viribus diſputatur. Nec iam † eſt quod quis contra nos moueatur ex verbis illis Nouellæ Iuſtiniani, *ſi litteras ſciat.* Non enim hunc ſenſum habent, quaſi ab eo qui litteras neſcit, (quem proinde inſpecto eo iure quod tunc obtinebat, per nuncupationem teſtari neceſſe eſſet,) aut nullas prorſus, aut leuiores paucioreſve ſolemnitates adhiberi Iuſtinianus voluerit, ſed hunc à contrario, vt in tali teſtatore nullus priuilegio locus eſſe poſſit, neque dubitationi quin omnes eæ omnino ſolemnitates quæ in extranei cuiuſlibet teſtamento nuncupatiuo neceſſariæ ſunt, etiam in parentis quantumcunque inter liberos diſponentis teſtamento exigantur, quemadmodum in primum huius Decadis Errorem interpretati ſumus, niſi fortè interpretibus quoque hoc indulgere volu-
13 mus vt agant Imperatores. Illa tantùm obiectio † nobis diluenda ſupereſt quam ſumunt interpretes ex rationibus æquitatis, & fauore teſtamentorum: quòd teſtamento nuncupatiuo rationes iſtæ non minùs conueniant quàm ei quòd factum eſt in ſcriptis. At facilis erit reſponſio ſi inter hæc tam diuerſa teſtamentorum genera diuerſitatis rationem aliquam afferemus. Occur-
14 rit verò ſtatim quòd dicamus teſtamentorum † ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem faciendorum ſolemnitates non aliam ob cauſam introductas eſſe, quàm vt in re tanti momenti tórque fraudibus obnoxia, (de cuius ſcilicet veritate ac viribus diſputatur defuncto iam eo qui teſtamentum feciſſe dicitur,) omnis falſi comminiſcendi ratio præriperetur, *l. iubemus 29. verſ. ſi enim. C. de teſtam.* Vnde etiam fit vt in iis vltimæ voluntatis ſpeciebus quæ minoris momenti eſſe exiſtimantur: propterea quod in iis hereditas dari non poſſit, cuiuſmodi ſunt codicilli, epiſtolæ, donationes cauſa mortis, & ſi quæ ſunt aliæ huius generis, vel nullæ prorſus ſolemnitates vel ſaltem pauciores, ac vt ita dicam tenuiores requirantur. Atqui nemo neſcit, quòd experientia quotidiana ſummo multorum malo docet, multo maius falſitatis † periculum ſubeſſe in iis pro- 15
bationibus quæ per teſtes, quàm in iis quæ per ſcripturam fiunt. Adeò vt hanc ob cauſam pleraque ſint in iure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita eſt, vt in ſpecie *leg. penult. Cod. ſi minor ſe maior. dixer. leg. teſtium facilitatem 18. Cod. de teſtib.* Quid enim facilius quàm duos aut tres teſtes reperire qui dicant ſe audiſſe patremfamilias inter liberos ſuos hoc vel illo modo diſponentem? Neque verò cuiuſquam magis intereſt quàm & parentum † ipſorum & liberorum ne ita ius conſtituatur vt in 16
parentis teſtamento nuncupatiuo nullæ ſint neceſſariæ ſolemnitates, quomodo in teſtamentis militaribus ſolebat dicere Traianus, cuius reſcriptum perelegans & ad rem noſtram valde accommodatum extat in *leg. Diuus 24. de teſtam. milit.* Cùmque Iuſtinianus ea potiſſimum ratione motum ſe profiteatur vt in parentum teſtamentis per ſcripturam faciendis aliquas ſolemnitates requirat, quas neque Conſtantinus neque Theodoſius vllas exegerat, quòd videret plerunque defunctorum voluntates diuinari, quo abſurdius dici nihil poteſt, quis non videt plus quàm diuinationem, hoc eſt, merum commentum fore, ſi hoc ius inducamus vt teſtamentum nuncupatiuum parentis inter liberos quibuſcunque indiciis, & coniecturis probari poſſit, & conſiſtere, licèt omni legum ſolemnitate ſit deſtitutum. Ita enim fiet vt dicendum ſit vel vnum teſtem poſſe ſufficere, ſiquidem certum eſt vnum teſtem † 17
quamuis non faciat plenam probationem, facere tamen indicium, quinimò ſi noſtris interpretibus plus quàm iuris rationi tribuimus ſemiplenam probationem: quod tamen adeo abſurdum & periculoſum eſt, vt etiamſi prorſus conſequens hoc ſit ei interpretum traditioni, quam nos refellimus, non reperiatur ex ipſis qui adhuc auſus ſit dicere: Omnes enim requirunt duos ſaltem aut tres teſtes, moti ex illo Euangelij loco. *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum*, quaſi ſit hæc ſolemnitas iuris, vt imperitè aiunt, naturalis, quæ nullo iure poſſit remitti. Ergo tametſi quæcunque indicia & verba ſufficere Conſtantinus voluerit, illa tamen ſiue indicia ſiue verba in ſcripturis eſſe voluit non in ore teſtium cùm diſertè loquatur de ſcripturis: Nimirum quia ſemper minùs ſuſpecta † probatio eſt quæ 18
fit per qualemcunque ſcripturam teſtatoris bene quomodocunque recognitam, quàm quæ per teſtes quantumuis probatos. Dices ipſam quoque recognitionem per teſtes fieri debere tùm quoque cùm fit per comparationem literarum, ac proinde non minus ſubeſſe hic periculum falſitatis comminiſcendæ, *leg. comparationes 20. Cod. de fideicommiſſ. inſtrum.* At reſpondeo longè difficilius eſſe vt falſum fiat in recognitione ſcripturæ, quàm in probanda defuncti hominis voluntate, quia poteſt recognitio faciliùs probari & per plures teſtes, quàm voluntas, cuius tota probatio petenda ſit à teſtibus, ſiquidem ſcripturam recognoſcere poſſunt omnes quotquot eum, cuius ſcriptura profertur, ſcribentem aliquando viderunt, licèt ſcripturam ipſam, de cuius veritate quæritur, fieri non viderint. Et ex iis etiam qui ſcribentem numquam viderunt, iſti qui tantæ ſint peritiæ vt ex characteris forma & literarum comparatione eandem hominis quantumlibet ignoti manum poſſint agnoſcere. Ex quo fit vt non tam facilè

poſſint

poſſint reperiri teſtes qui circa recognitionem ſcripturæ velint id falsò dicere, quod poſtmodum alij tam multi poſſint obſeruare, certiſſiméque adfirmare falſo dictum eſſe. Nam quo facilius falſum vt & aliud crimen quodlibet detegi poteſt, eo difficilius committitur. Voluntas verò defuncti hominis de qua non extet ſcriptura vlla, ſicuti per alios teſtes probari non poteſt quàm qui ſe præſentes fuiſſe audeant dicere, Ita ſi per aliquos falsò probata ſit,difficillimè vllas in contrarium probationes admittit: Nec ſi adſint multi qui dicunt eodem ſe tempore & loco adfuiſſe, nec quicquam audiuiſſe, quoniam ſufficit ſolemnem numerum exaudire, *l.heredes palam* 21. *D.qui teſtam.facer.poſſeſſ.* ſoláque ferè probandi falſi ratio illa ſupereſt, vt probetur teſtes illos qui ſe & præſentes fuiſſe & audiuiſſe dicunt eo tempore abfuiſſe vt audire nullomodo potuerint: quod tamen tam certò & tam præcisè probandum eſt, vt vix quicquam poſſit eſſe difficilioris probationis. Hanc verò noſtram interpretationem præter illa quæ iam diximus id etiam mirificè probat,
19 quod Theodoſius † in *d.l.hac conſultiſſima* 21. *C.de teſtam. poſtquam dixit in d.* §. *ex imperfecto*, voluntatem quæ per teſtamentum in ſcriptis conditum ſed imperfectum declarata ſit non tenere niſi inter liberos, ſubiungit ſtatim de teſtamentis per nuncupationem, vt non aliter valeant, quàm ſi ſeptem teſtes ſimul vno eodémque tempore collecti teſtatoris voluntatem,vt ſine ſcriptura teſtamentum facientis, audierint. Neque hîc repetit eandem exceptionem, *Niſi inter ſolos liberos*, quæ tamen nec prætermiſſa fuiſſet nec prætermittenda ſi putaſſet Theodoſius idem ius in vtroque teſtamenti genere à Conſtantino vel conſtitutum vel conſtituendum fuiſſe: Et verò ſi Theodoſius ipſe teſtamentum imperfectum definit, quod à teſtibus neque ſubſcriptum neque ſignatum eſt, qua fronte poſſumus eam conſtitutionem protrahere ad teſtamenta nuncupatiua, tanquam quæ ipſa etiam imperfecta eſſe poſſint, cum neque ſubſcriptiones, neque ſignacula teſtium pro ſolemnitate requirant, ne tum quidem cum ad futuram rei geſtæ memoriam ſcribuntur? Niſi vbi ius municipale inſtrumentis & ſcripturis omnibus teſtes habentibus hanc imponit nouam ſolemnitatis neceſſitatem planè à iuris ratione alienam *l.pen.§.penult. D.de pign.Iuncta.l.4 eod.l.4.D.de fid.inſtr.*

ERROR V.

De teſtamento minùs ſolemni facto in fauorem liberorum naturalium.

SVMMARIA.

1 *Naturalium liberorum nomen eſſe æquiuocum.*
2 *An conſtitutiones Conſtantini,Theodoſij & Iuſtiniani protrahenda ſint ad liberos naturales ex illicito coitu natos.*
3 *Speculatoris & Pauli Caſtrenſis ſententia affirmans, & eius fundamina.*
4 *Contraria opinio communior.*
5 *Sententiam Speculatoris malè fulciri verbis l. vlt. C. de confir.tut.*
6 *Rationis,quâ communis ſententia adſtruitur leuitas.*
7 *Lex Conſtantiniana ad adoptiuos quoque liberos pertinet.*
8 *Vera ratio quâ liberos naturales à Conſtantiniana legis beneficio excludit.*
9 *Legem Theodoſij ad liberos naturales non pertinere.*
10 *Conſtitutiones Conſtan.Theod. & Iuſtiniani non aliis liberis proſpexerunt quàm qui ab inteſtato ſuccedere poſſunt.*
11 *Naturales liberi quatenus ſuccedunt ab inteſtato.*
12 *Quatenus dd.conſtitutiones ad liberos naturales pertrahi queant.*
13 *Dd.Conſtitutiones ad nepotes illegitimos nullatenus pertinere.*
14 *Multiplex liberorum diſtinctio in propoſita controuerſia adhibenda.*
15 *An ex eo quòd liberi naturales, neque ſunt ſui neque emancipati ſequatur beneficium Conſtantini ad eos non pertinere.*

PRæſanda eſſent multa de naturalibus liberis vt hæc quæſtio bene intelligeretur, niſi de toto illo iure quod circa naturales liberos & olim obtinuit, & hodie obtinet, ſeparatim ac proprium haberemus tractatum breui edendum ad interpretationem *l. vlt. C. de naturalib. liber.* Satis erit monuiſſe, *naturalium* † *liberorum nomen*,eſſe æquiuocum,& idcirco ante omnia diſtinguen- 1
dum. Aliquando enim ad eos tantùm pertinet qui in ſeruitute & ex contubernio nati ſunt quo ſenſu paſſim videas à prudentibus noſtris dici liberos naturales vt in *l.Lucius Titius* 88.§. *Dama de legat.*2.*l. naturali* 7. *D.de confirm.tutor.l. Lucius* 45.*de vulg. & pupill. ſubſtitut.* & alibi paſſim. Niſi cùm naturales dicunt eos quos hodie vulgo naturales & legitimos appellamus ad differentiam adoptiuorum qui legitimi tantùm ſunt non etiam naturales, Vt in tractatu de adoptionibus. Aliquando autem naturalium appellatio ad eos refertur qui nati ſunt ex concubina, aut ex alio quolibet illicito coitu. Qui ſenſus etſi neque prudentibus noſtris, neque Imperatoribus primis cognitus ante tempora Conſtantini, vt refert Iuſtinianus *Nouell.89.quib. mod. natur. effic. ſui*, in vulgari tamen vſu loquendi tam frequens eſt à temporibus Conſtantini, quàm vitium ipſum illiciti coitus, ex quo materia & occaſio nominis deſcendit. Poteſt igitur propoſita quæſtio † 2
ad vtramque naturalium ſpeciem accommodari, quamuis multo vtilius ad poſteriorem, cùm prioris generis naturales hodie nulli eſſe inter nos poſſint non magis quàm ſerui. Placet autem nonnullis ea ſententia quæ fuit primùm Speculatoris † in *tit.de inſtrum.edit.§.compendiosè*, probata proinde à Paulo Caſtrenſi ad *d.l. hac* 3
conſultiſſima. §. *ex imperfecto. C. de teſtam.* vt etiam ad huiuſmodi filios duntaxat naturales protrahendæ ſint Imperatorum Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani conſtitutiones. Ideo fortaſſe quod ſint fauorabiles, & conſequenter benigna interpretatione adiuuandæ *vulg.l.cùm quidam* 19. *D. de liber. & poſthum. leg. hoc modo* 64. *D.de condic.& demonſtr.* Præſertim cùm idem Iuſtinianus in *l.vlt.Cod. de confirm.tutor.* hoc ipſum ſatis apertè exprimere videatur iis verbis, *Naturalibus liberis prouidentes damus licentiam patribus eorum in iis rebus quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint:* Senſus enim ille pleriſque creditur vt ſufficiat quoquomodo relictum aliquid eſſe filio naturali à patre: Ergo etiamſi minùs ſolemniter. Alioqui nemo bene fit dicturus,Poſſe quoquomodo relinqui id quod non niſi ſolemniter relinqui poſſit. Contraria † tamen opinio 4
vt verior,ita & communior eſt, ſi credimus Iulio Claro in §. *teſtamentum*, *quaſt.* 12. *& Antonino Teſſauro Deciſ. Pedem.* 94. Nam quod ad Iuſtiniani † legem 5
attinet, facile eſt videre verba illa, *quocunque modo* non ad neglectas iuris communis ſolemnitates pertinere: Sed ad diuerſas relinquendi ſpecies, quarum aliæ inter viuos ſunt, aliæ ad vltimam voluntatem ſpectantes. Nam lex illa ſicuti facit ius nouum, ita pendet ex eo, quod aliis eiuſdem Iuſtiniani aliorúmque Imperatorum legibus, naturales iſti capaces facti erant capiendi à parentibus ex teſtamento vſque ad certam quantitatem, id eſt, vſque ad vnciam quidem indiſtinctè, *leg.* 2. *Cod. de natur. liber.* ſupra vnciam autem eo toto caſu

quo legitimi liberi nulli eſſent, neque legitima vxor *Auth. licèt eod.* Idque ſignificant etiam verba illa, *d. leg. vltim. dederint vel reliquerint.* Dediſſe namque dicitur magis propriè ac ex vſu loquendi, qui dedit inter viuos, reliquiſſe verò qui in vltima voluntate. Nec Accurſius noſter ad eam legem hanc interpretationem
6 ignorauit. Ratio † tamen illa qua vnica mouentur noſtri, vt contra Speculatorem ſentiant, leuior mihi videtur, quàm vt debuerit eos mouere. Aiunt enim leges quæ de parentis inter liberos ſiue filios teſtamento imperfecto loquuntur, non de aliis eſſe accipiendas, quàm qui vere & propriè filij ſint. Filium autem definiri eum qui ex legitimo matrimonio ſit natus, *leg. filium 6. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quòd ſi quandóque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes illud exprimi ſolere ipſis legibus, in hac verò ſpecie nulla id legé expreſſum fuiſſe. At ſi ratio hæc bona veráque eſſet, ſequeretur idem prorſus de adoptiuis filiis dicendum fore quod iſti dicunt de naturalibus. Non poſſe in iis locum habere conſtitutiones, quæ de imperfectis huiuſmodi teſtamentis ſcriptæ ſunt, cùm æquè verum ſit non eſſe propriè filios illos quos adoptio non natura fecit, at potius commentitios, vt Papinianus vocare illos videtur in *l. fideicommiſſum 76. De condic. & demonſtr.* cùm ait fideicommiſſum à filiis relictum ſub ea conditione ſi quis ex iis diem ſuum obierit ſine liberis, adoptionis commento non excludi. Cui nec diſſimile valdè eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi ita quis 51. §. 1. de legat. 2.* eum cui in tempus liberorum pars tertia legata eſt, non poſſe adoptando conſequi legatum. Adoptiui namque filij non ſunt nati filij, tantum abeſt vt ſint nati ex legitimo matrimonio, hoc tamen amplius habent quàm adoptiui, quod ex illo nati ſunt, cuius dicuntur eſſe filij naturales, vt proinde tanto verius ſit filios illos eſſe. Naturaliter enim eſſe dicitur id quod reuera eſt, remota iuris poteſtate, *l. 3. §. aperire. D. de SC. Syllan.* vnde etiam fit, vt propter liberos naturales plerunque deficiat fideicommiſſum, quod non deficeret propter adoptiuos, *l. cum pater. 77 §. volo, de legat. iunct. l. ex facto 17. § ſi quis rogatus 1. ad SC. Trebell.* Et tamen certum eſt in adopti-
7 uis † quoque liberis locum eſſe legis Conſtantinianæ, quæ de omnibus illis loquitur, qui ſunt ſui heredes: quorum numero vtique adoptiui non minùs quàm qui naturales & legitimi ſunt, continentur. Nam & illis æquè teſtamentaria ac legitima hereditas debetur, ſi non ob ea certo rectóque iudicio ſut moueamur. Non igitur ea ſola ratio filios naturales à Conſtantinianæ legis beneficio excludere debet, quod ex legitimo matrimonio nati non ſint, cùm non excludat adoptiuos.
8 Ratio † igitur vera quæ pro communi ſententia tuenda adferri debuit, & quam nemo adfert, illa eſt, quòd lex Conſtantini de iis tantùm liberis loquitur, qui vel ſui ſunt vel emancipati, quorum neutrum conuenit naturalibus ſiue ex concubinatu ſiue etiam ex contubernio ſuſceptos proponamus, quia cùm ſui ſint ij qui ſunt in poteſtate, emancipati verò qui aliquando in poteſtate fuerunt, neutrum dicere poteſt de naturalibus iſtis qui in poteſtate nec ſunt, nec vnquam eſſe potuerunt, quandoquidem ius patriæ poteſtatis non eſt niſi ex iuſtis nuptiis, *Inſtit. de patr. poteſt.* Extra iuſtas autem nuptias naſcitur quiſquis vel ex contubernio naſcitur vel ex concubinatu, obque id nec iis ſubſtituere pupillariter naturalis pater poteſt, *d. leg. Lucius 45. De vulg. & pupill. ſubſtit.* nec tutorem dare extra caſum & formam *dict. leg. vlt. Cod. de confirm. tutor.* quia & vtrumque ius & ſubſtituendi pupillariter & tutorem dandi proficiſcitur ex iure patriæ poteſtatis.
9 Quanquam autem ſubſecuta Theodoſij † conſtitutio induxiſſe videtur, vt nihil aliud in liberis inſpiciendum ſit niſi an ſint liberi, non etiam illud an ſui ſint emancipati, cùm legem Conſtantini quæ de patribus tantùm locuta fuerat, extenderit ad matres, maternóſque aſcendentes, quorum reſpectu conſtat liberos neque ſuos dici poſſe neque emancipatos, ſi tamen ſubtilius intueare, non ita eſt: quoniam iis demum liberis quantum ad matris maternorúmque aſcendentium ſucceſſionem prodeſſe Theodoſius voluit, quamuis nec ſuis emancipatis, quibus ſcilicet iam Conſtantinus proſpexerat quantum ad ſucceſſionem patris. Nec enim aliud fecit Theodoſius niſi quod Conſtantini legem de patribus tantùm locutam protraxit ad matres. Ergo iis tantùm liberis proſpicere quantum ad matrem Theodoſius voluit, qui relatione ad patrem facta vel ſui dicendi eſſent vel emancipati. Atqui non ſunt in hoc numero liberi naturales, vt probauimus. Non magis ergo ad Theodoſianæ quàm ad Conſtantinianæ legis ſiue verba ſiue ſententiam iſti pertinent. Et conſequenter noua lege opus eſſet, nouóque Imperatore ad faciendum vt in iis ius idem ſtatueretur, quod in aliis ſtatutum fuit à Conſtantino, *argum. leg. liberos 18. & l. ſeq.* in illis verbis *eo quòd nulla conſtitutio,* &c. *C. de collat.* Idque apparebit euidentiùs ſi cum hac ratione aliam iungas petendam ab iis quæ à nobis diſputata ſunt in
Error. 3. Nempe quod ſiue Conſtantini † ſiue Theodo- 10
ſij ſiue Iuſtiniani legem conſideres non aliud priuilegium liberis datum eſt niſi vt inter eos voluntas parentis ex teſtamento, ſiue imperfecto ſiue aliter nullo iure inteſtati defendatur. Ergo nec aliis liberis quàm qui ab inteſtato ſuccedere poſſint. Atqui naturales liberi ſiue ex contubernio ſiue ex concubinatu ſuſcepti propo-
nantur, numquam ſuccedunt ab inteſtato. Niſi † fortè 11
in duas vncias eo ſolo caſu quo neque ſoboles ciuilis neque legitima coniux ſuperſit, vt ſcriptum eſt in *dict. auth. licet patri. C. de natur. liber.* Hoc enim Iuſtinianus tandem induxit, *iunct. Nouell. 86. quib. mod. natur. effic. ſui.* cùm antea ſemper obtinuiſſet, vt ab omni ſucceſſione inteſtati naturales iſti arcerentur eodem Iuſtiniano teſte in *l. vlt. C. de natur. liber.* Quo enim iure vocarentur, qui neque ſui ſunt, neque agnati? *l. ſcripto 7. D. vnd. liber. d. l. vlt. C. de natur. liber.* Hactenus enim duntaxat iis proſpectum erat à prioribus Imperatoribus vt inſtitui heredes poſſent vſque ad certum modum, cùm toto iure vetere incogniti fuiſſent, & incapaces tanquam alienigenæ, & peregrini *d. Nouell. 89. in princip. iunct. l. 1. C. de heredit. inſtit.* Igitur fieri non poteſt, vt ad huiuſmodi naturales liberos eæ conſtitutiones protrahantur: Nimirum ſub hac tamen exceptione: Niſi
quatenus † ab inteſtato ſuccedere poſſunt, id eſt, Extra 12
eum caſum quo neque legitimi vlli ſint liberi, neque legitima coniux, & intra duarum duntaxat vnciarum modum. In eóque puto erratum eſſe ab interpretibus noſtris, quorum nemo hanc adhibet diſtinctionem, vt nec quiſquam in hac quæſtione conſiderat ius ſuccedendi ab inteſtato, cuius tamen præcipua ratio habenda eſt, quoties de voluntate ex teſtamento imperfecto defendenda, diſputatur: ita vt non niſi ridiculè poſſis quæſtionem concipere. An ad iſtas Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani leges ij pertineant qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, cùm illis legibus nihil aliud factum ſit, niſi vt voluntas defendatur ab inteſtato. Planè ſi
de nepotibus † illegitimis tractemus, ſiue ſint illegiti- 13
mi ex illegitimo, ſiue illegitimi ex legitimo, ſiue legitimi, ex illegitimo, quæ tria ſunt genera illegitimorum nepotum, vt ait, *dict. l. vlt.* & quæratur an ad eos pertineant hæ conſtitutiones. Reſpondendum erit intrepidè & indiſtinctè non pertinere, quia nullo penitus caſu poſſunt iſti nepotes ab inteſtato ſuccedere, nec magis auo aliiſque ſuperioribus aſcendentibus, quàm vlli ex cognatis, ſi quis ſaltem huiuſmodi cognationis verbum ad tam degeneres homines velit extendere, vt vtar verbis Iuſtiniani in *dict. l. vlt.* quam legem hac parte incorrectam manſiſſe conſentiunt interpretes omnes, & in hoc vno ſapiunt, qui in cæteris omnibus ad hunc

hunc tractatum ſpectantibus omnes omnino deſipuerunt. Itaque hinc videmus in propoſita quæſtione † 14
multum intereſſe, an de liberis naturalibus & legitimis tractemus, an de iis qui ſint naturales tantùm. Et rurſum, cùm de iis qui ſunt naturales tantùm, an de filiis primi gradus, an de nepotibus. Nam in liberis naturalibus & legitimis locum habent ſupradictæ Imperatorum conſtitutiones ſine vlla graduum diſtinctione, quia poſſint ij omnes ſuccedere ab inteſtato ſalua graduum prærogatiua, vt ſcriptum eſt in Auth. Defuncto. *C. ad SC. Tertyll.* In iis verò qui naturales tantùm ſunt, diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an primi ſint gradus an vlterioris. In liberis primi gradus ſubdiſtinguendum eſt an poſſint aliqua ex parte ſuccedere ab inteſtato néc ne. Id eſt an aliqui adſint legitimi liberi aut legitima coniux, an non: Vt ſi propter defectum legitimorum poſſint ab inteſtato ſuccedere, habeant in iis locum conſtitutiones vſque ad eam hereditatis partem, in qua ſuccedere poſſunt. Si minùs aliud reſponderi oporteat. In liberis verò naturalibus vlterioris gradus putà nepotibus aut pronepotibus, ſine vlla diſtinctione dicendum eſt, neque de iis ſenſiſſe Imperatores, neque ad eos per interpretationem protrahi poſſe Imperatorum conſtitutiones. Vnum
15 eſt † quod huic noſtræ diſtinctioni valde aduerſari videatur: Id nimirum quod ſupra diximus, non de aliis liberis locutum fuiſſe Conſtantinum quàm qui vel ſui ſint vel emancipati, quorum neutrum conuenit liberis naturalibus, ne tum quidem cùm ſuccedere poſſunt ab inteſtato, nullis exiſtentibus legitimis. Verùm reſponderi meo iudicio poteſt, Conſtantini legem ita conceptam fuiſſe, quòd eo tempore ita ius eſſet vt non alij liberi ſuccedere ab inteſtato poſſent, ſiue ciuili iure ſiue prætorio, quàm qui ſui vel adhuc eſſent, vel aliquando fuiſſent, cùm naturalium & ius & nomen nondum eſſet cognitum, tantum abeſt vt poſſent ſuccedere ab inteſtato, quod Iuſtinianus longo poſt interuallo primus induxit. At poſteaquàm Iuſtiniano placuit, vt certo caſu & ad certum vſque modum liberi naturales capaces ſint ſuccedendi ab inteſtato, non tam illud inſpiciendum iam eſſe, an ſint ij ſui vel emancipati, quàm vtrum tales ſint quibus & liberorum nomen, & ius ab inteſtato ſuccedendi conuenire poſſit: quomodo vtique iis conuenit, licèt neque ſui ſint, neque emancipati.

ERROR VI.

De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſolenni.

SVMMARIA.

1 *An patris teſtamentum minus ſolenne inter liberos illegitimos legitimatos valeat ex Conſtantini conſtitutione.*
2 *Sententia affirmantis comprobatio, & n. 4.*
3 *Filiofam. non ſolùm natura, ſed etiam lex facit ſiue per adoptionem, ſiue per legitimationem.*
4 *Legitimatorum nomen æquiuocum eſſe.*
5 *Suorum nomine, quo vſa eſt lex Conſtantini continentur legitimati non minùs quàm legitimi.*
6 *Suus heres deſinitur ex tempore mortis patrisfam.*
7 *Filij legitimi & ſui heredis differentia.*
8 *In lege ſine hominis voluntate interpretanda cùm quæritur quinam liberorum appellatione contineantur, quid inſpiciendum.*
9 *An legitimatus per reſcriptum Principis præferatur fideicommiſſario, cui rogatus quis ſit reſtituere hereditatem ſi ſine liberis naturalibus & legitimis decedat.*
10 *Quid iuris ſit in eadem quæſtione ſi legitimatio facta ſit per ſubſequens matrimonium.*
11 *Primogenij priuilegium legitimè priori nato competens non amittitur per fratris naturalis & illegitimi antè nati legitimationem.*
12 *Diluitur obiectio petita ex l. vlt. C. de his qui veni. æt. imp. quâ nonnulli conantur probare Conſt. Theod. & Iuſt. conſtitutiones ad legitimatos non pertinere.*

LIquet iam ex ſuperioribus, quid nos ad propoſitam quæſtionem † reſpondendum 1
arbitremur. Etſi enim differentiæ multæ ſunt inter liberos legitimos & legitimatos, ita vt non ſatis propriè dici poſſint legitimi qui ſunt legitimati. Tamen quod ad propoſitam quæſtionem attinet, nihil prorſus intereſſe † poteſt, an liberi 2
quibus pater in teſtamento minùs ſolenni aliquid dederit legitimi ſint an legitimati. Siquidem tam hi quàm illi ex ipſa iuris ciuilis ratione capaces ſunt ſuccedendi ab inteſtato indiſtinctè, hoc eſt, non adhibita ea diſtinctione. An aliqua ſit ſoboles aut coniux legitima, necne: quippe qui ſint vere liberi, adeóque ſui heredes, non minùs quàm ſi & naturales eſſent, & legitimi. Filios enim familiâs † non ſolùm natura, ſed etiam lex 3
facit, ſiue per adoptionem, qui modus fuit veteri iuriſprudentiæ notiſſimus. *leg. 1. & tot. tit. D. de adopt.* ſiue per legitimationem, cuius variæ ſpecies à poſterioribus Imperatoribus fuerunt introductæ, & à Iuſtiniano noſtro partim retentæ, partim emendatæ *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Et *Nouell. 74. quib. mod. natur. legit.* Cúmque † lex Conſtantini quæ extat in *dict. leg.* 4
vltim. C. famil. erciſcun. de iis liberis nominatim loquatur qui ſunt ſui heredes, ſui verò ſint non minùs qui legitimati ſunt quàm qui ab initio legitimi fuerunt, planè non video quid impediat quominùs de legitimatis idem ius quod de legitimis hac parte ſit conſtituendum. Etſi non ignoro ipſum quoque legitimatorum † nomen æquiuocum eſſe. Poteſt enim ad eos 5
aptari qui nunquam fuerunt naturales, ſed ab initio legitimi, quos equidem magis propriè liceat dicere legitimos, quia nunquam illegitimi fuerunt, non magis quàm naturales, cuiuſmodi ſunt qui per adoptionem ſpecialem, aut per adrogationem adſciti ſunt in numerum liberorum, ſed quos tamen poſſis etiam non malè dicere legitimos, cùm ſit verum factos eſſe illos legitimos qui anteà non erant: legitimari enim aliud nihil eſt quàm legitimum fieri. Poteſt etiam & multo conuenientius ad eos accommodari, qui ita fuerunt non legitimi vt fuerint etiam illegitimi, quia fuerunt aliquando naturales tantùm. Et hoc ſenſu legitimati paſſim dicuntur in ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus, & in propoſita quæſtione. Cæterum ſiue hoc ſiue illo modo legitimatorum nomen ſumatur, ſuus heres eſt quiſquis eſt legitimatus, hoc ipſo quod legitimus eſt. Pertinent igitur legitimati omnes ad Conſtantini legem, ex qua parte de ſuis heredibus locuta fuit. Nec proinde ad rem pertinet ſi quis obiiciat non omnes diſpoſitiones quæ de liberis legitimis loquuntur ad legitimatos extendi poſſe, putà ſi quis locutus ſit de Titij liberis legitimis ex proprio ipſius corpore procreatis, vt in ea ſpecie quam tractat Guid. Pap. Aut ſi de emphyteuſi eccleſiaſtica agatur, quam placuit ad illegitimos legitimatos peruenire non poſſe, ſi non expreſſa & ſpecialis mentio de iis facta ſit, vt ex communi noſtrorum ſententia teſtatur Iulius Clar. *in §. emphyteuſis.* Non enim de legitimis heredibus locuta eſt lex Conſtantini, ſed de ſuis tantùm, quo † nomine legi- 6
timati vtique nó minùs quàm legitimi ipſi vt diximus, continentur: quia *ſuorum* nomen non eſt æquiuocum,

 aut

aut analogum quomodo legitimatorum, vt iis conue-
niat magis propriè qui legitimi ab initio fuerunt,
quàm iis qui ex poſtfacto legitimi facti ſunt. Omnes
ſiquidem æquè ſunt ſui heredes, cùm æquè ſint in po-
teſtate, primumque gradum obtineant in cauſa ſucce-
6 dendi inſpecto tempore mortis, quod vnicum † præ-
cisè inſpiciendum eſt, quoties de ſui heredis nomine
ac iure diſputatur, *l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi filiumfa-
milias 33. D. de teſtam. milit.* Ante mortem enim patris-
familias ſicuti heres nullus eſſe poteſt: neque ſuus he-
res, quia viuentis non eſt hereditas, *l. 1. D. de heredit. vel
act. vendit. l. 1. D. pro heredit.* & conſequenter non cadit
in ſuos heredes ea diſtinctio quæ cadit in legitimos, an
ab initio tales fuerint, an ex poſtfacto: quia non quem-
7 admodum filius † legitimus, ita & ſuus heres quiſ-
quam naſcitur, niſi qui naſcitur poſt mortem illius de
cuius hereditate agitur, qui autem poſt mortem naſci-
tur, ſi non ſuus heres ſit eo tempore quo naſcitur, ſuus
poſtea fieri nunquam poteſt, ſi excipias caſum ſingula-
rem, *l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt. & l. 1. §. ſciendum.
D. de ſuis & leg.* Et ratio differentiæ perſpicua eſt, quia
filius quidem definitur ex natiuitate illius qui filius di-
citur, ſed cùm adiecta nota filiumfamilias dicimus, eum
ſignificamus quem non tam natura quàm lex talem fe-
cerit, quoniam ſicuti ſola natura filios facit, ita & fi-
liosfamilias ſola lex, quæ porrò in eo differt à natura,
quod nullo inſtanti certo concluditur, quominùs po-
teſtatem ſuam exerceat, vt filiumfamilias hodiè faciat
eum, qui heri filiusfamilias non fuit. At natura non
poteſt facere vt qui hodiè natus eſt, ſi non ſit filius Ti-
tij poſtea filius vnquam fiat. Suus autem heres defini-
tur ex tempore mortis patrisfamilias, vt diximus, &
æſtimatur ex vnico illo inſtanti, adeò vt neque lex ipſa
poſſit ex poſtfacto ſuum heredem facere illum qui talis
non fuerit, tunc cùm de ſuo herede tractandum fuit.
Inde igitur euenit, vt neque filius, neque ſuus heres
ex poſtfacto quiſquam fieri poſſit, at filiusfamilias &
quod idem eſt legitimus filius non minùs ex poſtfacto
poſſit quis fieri, quam ab initio eſſe: facto ſcilicet illo
legitimo interueniente per quem liberi legitimi fiunt,
ſiue aliquando illegitimi fuerint, ſiue nunquam. Deni-
8 que ſiue de lege, † ſiue de hominis voluntate interpre-
tanda tractetur, ſi de illo quæratur, an liberorum ap-
pellatione, aut legitimi, aut legitimati contineantur, an
ij tantùm qui & naturales ſint & legitimi, vnum illud
inſpiciendum eſt, an iis verbis vſus ſit legiſlator aut te-
ſtator, quæ naturæ an iis quæ ſolius legis factum de-
monſtrent. Priore caſu, neque legitimati continentur,
neque ij qui ab initio legitimi fuerunt, ſi non ſint
etiam naturales, quia natura veritatem vult, lex verò
nihil facit niſi per fictionem, vt ſuperiore capite dice-
bamus ex *leg. fideicommiſſum 76. de condic. & demonſtr.
leg. ſi ita quis 51. §. de legat. 2.* ex quibus locis etiam ap-
paret, ſi ſolum nomen *liberorum*, aut *filiorum*, expreſ-
ſum ſit, nulla alia nota adiecta, non alios ſignificatos
intelligi quàm qui reuera & naturaliter filij ſint, non
qui ciuiliter & fictitiè tantum *leg. vltim. D. de iur. delib.*
vbi quod Iauolenus ex Labeone opponit verum filium
ei qui ſit naturalis duntaxat, non ad eum filium perti-
net qui ſit legitimus tantùm (hic enim multò minus
dici poteſt verus filius quàm ſi eſſet naturalis tantùm)
ſed ad eum qui ſit & legitimus ſimul & naturalis, hoc
eſt, ex iuſtis nuptiis ſuſceptus. Sed hoc ita ſi à teſta-
tore prolatum ſit illud liberorum aut filiorum nomen,
non ſi à lege. Lex enim cùm liberos aut filios ſimpli-
citer dicit, quidni de ſuis, id eſt, de iis quos pro liberis
habet ſenſiſſe intelligatur, ac proinde de legitimis
etiam qui nunquam fuerint naturales? Poſteriore au-
tem caſu, cùm ſiue teſtator ſiue legiſlator iis verbis vſus
eſt quæ legis poteſtatem potiùs quàm naturæ factum
demonſtrent, non poteſt res habere dubitationem quin
legitimi quilibet contineantur ſiue ab initio legitimi
tantùm fuerint, ſiue ex poſtfacto tales effecti per legiti-
mationem, cùm antea illegitimi fuiſſent: vt puta ſi vel
ſuos heredes dixerit vel filiosfamilias *leg. 1. D. de adopt.
& d. leg. vltim. Cod. famil. erciſc.* Planè cùm adiicitur
nota illa, *ex proprio corpore procreatis* ſiue ad liberorum
aut filiorum, ſiue ad filiorumfamilias mentionem adii-
ciatur, & ſiue à teſtatore ſiue à lege apertiſſimum eſt
eos liberos demonſtrari, qui à natura ſint non qui à
lege, vt mirum non ſit huiuſmodi liberorum appella-
tione non legitimos tantum, ſed legitimatos tamen
comprehendi, eo ſenſu quo legitimatos diximus eſſe
illos magis propriè qui naturales & illegitimi aliquan-
do fuerunt. Nam quod naturalibus deeſt vt ſint legiti-
mi, facilè id ſupplere lex quandocunque poteſt. At
quod legitimis deeſt vt ſint naturales, id neque lex ne-
que natura ipſa ſupplere vnquam poteſt. Ergo in pro-
poſita quæſtione cùm, vt probauimus, lex Conſtantini
ad eos quoque pertineat liberos qui legitimi tantum
ſunt, quanto magis pertinebit ad naturales illegitimos
legitimatos? Nam hi præter id quod ſunt etiam legi-
timi, habent hoc amplius quàm qui legitimi tantùm
ſunt, quod ſunt præterea naturales. Quamquam ſi
quæratur † an legitimi fieri poſſint, præſertim per reſ- 9
criptum Principis in præiudicium fideicommiſſarij, cui
rogatus quis ſit hereditatem reſtituere ſub ea condi-
tione, *Si ſine liberis naturalibus & legitimis decedat*, vt
legitimati fideicommiſſarium hunc excludant, alia quæ-
ſtio eſt, de qua nobis & alio loco dicendum erit, & aliud
fortaſſe quàm quod vulgo traditum eſt ab interpreti-
bus qui licet non vno omnium voto, frequentiores ta-
men eunt in illam ſententiam vt contra fideicommiſſa-
rium reſpondeant pro legitimato: cùm tamen hac in re
non maior iuris ratio faciat pro legitimatione quàm
pro adoptione, vt ſiue huius ſiue illius commento fi-
deicommiſſarij ius lædatur, quod vtique non magis
lædi poteſt facto Principis, quàm facto priuati de fidei-
commiſſo reſtituendo grauati *dict. l. fideicommiſſum 76.
de condic. & demonſtr. d. l. ſi ita quis 51. § de legat. 2. l. §.
meritò, & §. ſi quis à Principe D. ne quid in loc. public.
l. penult. & vlt. D. de natal. reſtitut.* Scilicet cum facta
eſt legitimatio poſt iniunctum fideicommiſſum & fi-
deicommiſſario non vocato. Nam ſi legitimatio fidei-
commiſſum præceſſerit, nihil obſtat ſanè quominus
diſpoſitio facta de liberis naturalibus & legitimis ad
huiuſmodi legitimatos retrahatur qui eo tempore &
naturales, & verè legitimi reperiuntur, Vt non malè
ratiocinatur & diſtinguit Andr. Fachin. *lib. 4. Controuer.
quæſt. 53.* Ideo autem loquimur de legitimatione facta
per reſcriptum, quoniam in † ea quæ per ſubſequens 10
matrimonium facta eſſet, aliud probari oporteret, quòd
ea legitimationum omnium non modò optima, ſed
etiam fauorabiliſſima & ſanctiſſima eſſe exiſtimetur,
propter ſacramenti religionem & poteſtatem, *cap. san-
ta. Extr. qui filij ſint legitim.* Nullum enim commen-
tum, nulla, vt Iuſtinianus loquitur, machinatio eſt in
huiuſmodi legitimatione, cui cauſam dat ſolum legis
diuinæ præſcriptum, & neceſſitas delendi peccati. Niſi
ponas in fideicommiſſi conditione poſitos fuiſſe libe-
ros non ſub ea qualitate natalium & legitimorum, ſed
ex legitimo matrimonio procreatos, quomodo vt pluri-
mùm hodie concipi tales conditiones ſolent. Superue-
niens namque matrimonium etſi non modò legitimum
eſt, ſed etiam legitimos facit liberos omnes antea na-
tos, facere tamen nequit vt ex legitimo matrimonio
procreati ſint qui ante matrimonium procreati fuerunt,
quia hæc verba coniungunt natiuitatem cum legitimi-
tate, vt ita dicam, matrimonij, vt neceſſe ſit matrimo-
nium fuiſſe legitimum iam eo tempore quo nati ſint ij
qui ſe in conditione poſitos velint dicere. Quæ res fa-
cit vt legitimatio etiam per ſubſequens matrimonium
facta nunquam retrotrahatur ad tempus natalium, præ-
ſertim verò in præiudicium tertij cui medio tempore

ſui fuerit acquiſitum. §. *ſi quis ſanè. verſ. liceat. & §. ſit igitur licentia dict. Nouell. 74. quib. mod. nat. effic. legit.* Vnde etiam eſt quod vulgo bene creditur, Primogenij
11 † priuilegium quod quis habuit tanquam prior legitimè natus non poſſe ei auferri ob id ſolùm quod frater naturalis, & illegitimus ante illum natus, poſtea factus ſit legitimus ex matrimonio ſubſequenti. Vt concludit Andr. Tiraq. *De primogen. quæſt.* 34. ſiquidem ipſum primogeniti nomen natiuitatem demonſtrat cuius tempore ſi matrimonium legitimum non fuit, licèt poſteà legitimum fiat, non poſſunt dici ex legitimo matrimonio geniti qui antè nati fuerunt. Quæ cùm ita ſint nullo modo dubitari poteſt quin ſupradictæ Conſtantini, Theodoſij, & Iuſtiniani conſtitutiones de teſtamento minùs ſolenni inter liberos condito, ad eos quoque liberos pertineant, qui per ſubſequens matrimonium legitimati ſunt, cùm iis etiam conueniant, vt probauimus, qui alio quouis modo legitimi effecti proponãtur. Nec mouere quemquam debet, quod afferunt contrariæ ſententiæ † aſſer-
12 tores ex *leg. vltim. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Nam quod ibi ſcriptum eſt facta legitimæ ætatis mentione illam tantummodo ætatem intellectam videri quæ viginti quinque annorum curriculis compleatur, non quæ ab imperiali beneficio ſuppleatur, longè diſſimilem rationem habet, quia tunc quoque cum Princeps veniam ætatis alicui tribuit non id agit vt faciat eum maiorem, quod nec ſi velit facere poteſt, ſed contrà, vt non ſit neceſſe maiorem illum eſſe, ac proinde nulla cauſa eſt vt legitimam ætatem illam intelligamus, quod autoritate imperiali ſuppletur. At cùm Princeps legitimum facit eum, qui illegitimus fuit, non tantum veniam ei tribuit legitimitatis, ſed etiam facit illum legitimum, quoniam quicquid lex poteſt facere id omne, multo magis poteſt facere Princeps qui eſt ſupra leges. Itaque nihil fit contra rationem aut proprietatem verborum cùm appellatione legitimorum ij quoque comprehenduntur, qui verè legitimi facti ſunt ſiue per reſcriptum Principis, ſiue per ſubſequentis matrimonij ſanctitatem.

ERROR VII.

De pia cauſa inſtituta in minus ſolemni teſtamento.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de voluntate minùs ſolenni in piam cauſam collata, an valeat ex conſtitutionibus de quibus antea.*
2 *Dd. conſtitutiones de ſolis liberis intelligendas eſſe.*
3 *Sententia arbitrantium in hac re idem eſſe priuilegium piæ cauſæ quod liberorum.*
4 *Relictum piæ cauſæ in voluntate minùs ſolenni neque ex teſtamento, neque ab inteſtato defendi poteſt.*
5 *Priuilegia piæ cauſæ à Tiraquello congeſta vnde ducta.*
6 *Quomodo in propoſita controuerſia quæſtio ſit concipienda, & decidenda.*
7 *Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio ſtatuatur.*
8 *Nullus eſt fauor libertatis relictæ in teſtamento imperfecto: ideóque nec piæ cauſæ.*
9 *Obiectio petita ex l. 38. D. de fideicom. libert. qua colligitur libertatem ex imperfecto teſtamento deberi.*
10 *Solutio obiectionis & d. l. 38. interpretatio.*
11 *Poſtrema d. l. verba, & ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda, irreptitia eſſe.*
12 *Id quod ex cauſa fideicommiſſi indebitum datum eſt quando repeti poſſit.*
13 *Quando impediatur repetitio eius quod ſolutum eſt ex cauſa iudicati, eo qui ſoluit putante ſe condemnatum.*
14 *Hallucinatio imperiti interpretis qui d. l. 38. deprauauit.*
15 *Alia emendatio d. l. & correctio lectionis Florentinæ.*

NEque hæc quæſtio † prætermittenda eſt. 1
De voluntate in teſtamento minùs ſolenni declarata, & in piam aliquam cauſam collata. Vtrum ex iis Imperatorum conſtitutionibus, de quibus ſuprà diximus, & quæ non niſi de teſtamento inter liberos condito loquuntur, defendenda ſit ex mente Imperatorum, iuſtave iuris interpretatione. Quæſtio in eo eſſe creditur, Vtrum eadem cauſa idémque fauor eſſe debeat piæ cauſæ ac liberorum. Alioquin † aperta ſunt verba 2
Conſtantini & Theodoſij ad ſolos liberos pertinentia in *leg. vltim. Cod. famil. & in l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. Cod. de teſtament.* ſed omnium apertiſſima conſtitutio Iuſtiniani *Nouell.* 107. *de teſtament. imperfect.* vbi diſertè ſcriptum eſt, ſi quis vxori, aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa, aut libertates, ea omnia ita demum ſint firma, ſi non ſolùm ſcripta ſint propria manu teſtatoris, ſed etiam dicta coram teſtibus, hoc expreſſo per teſtatorem quod omnia in diſpoſitione poſita conſequenter poſt diſpoſitionem inter liberos factam, & ipſe ſcripſerit, & valere velit. Quibus verbis cùm neque vxor excipiatur, cuius perſona coniunctiſſima eſt, ob idque ab extraneis perſonis meritò ſeparata, neque libertates, quarum fauor ad piam cauſam pertinere exiſtimatur, & à fideicommiſſis pecuniariis multum diſtare, *leg. in teſtamento.* 38. *& leg. ſeq. in princip. D. de fideicom. libert.* apparet de ſolis liberis priuilegium conſtitutionis intelligi & poſſe & debere. Vulgo tamen creditum † eſt idem priuile- 3
gium eſſe in hac re, vt & in aliis pleriſque iuris partibus, liberorum & piæ cauſæ, ſiue quòd teſtator non minùs animam ſuam quàm liberos dilexiſſe putandus ſit, ſiue quod ſumma ſemper ſit illa ratio quæ pro religione facit *leg. ſunt perſonæ* 43. *D. de religioſ. & ſumptib. fun.* Sed quàm falſa ſit hæc ſententia † vel 4
tacentibus nobis intelligere iam poteſt, quiſquis bene perceperit ea quæ huculque diximus de conſtitutionum principalium circa ius hoc nouum interpretatione. Nam cùm non alia fuerit mens Imperatorum, tunc quoque cùm liberis fauere voluerũt, quàm vt imperfecta illa minúſque ſolennis voluntas parentis inter liberos ab inteſtato cuſtodiatur, vt ſæpius diximus & probauimus, quid abſurdius eſſe poteſt quàm exiſtimare idem priuilegium piæ cauſæ dandum eſſe, quæ tamen ab inteſtato ſuccedere nullo caſu, nullóque modo poſſit? In quo miror lapſos eſſe, non illos equidem, qui putant voluntatem illam minùs ſolennem tanquam ex teſtamento defendi poſſe (faciliùs enim eſſet vt exemplo eorum quæ liberis parens reliquiſſet, illa etiam valerent quæ eodem teſtamento in piam aliquam cauſam relicta proponerentur) ſed eos interpretes, qui cùm bene ſentiant, quod & nos ſentimus, priuilegium conſtitutionum non niſi ad ſucceſſionem inteſtati pertinere, non tamen animaduertunt ſe plus fauere piæ cauſæ, quàm liberis cùm id agunt vt parem & æqualem faciant omnium conditionem, An non enim maius priuilegium eſſet quod haberet pia cauſa, vt quicquid in piam cauſam relictum eſſet, valeret, tametſi pia cauſa neque ex teſtamento ſuccedere poſſet neque ab inteſtato quàm quod habent

bent liberi, vt quod iis in eiuſmodi voluntate minus ſollenni relictum eſt ab inteſtato ſuſtineatur? Quamquam nec poſſum videre quo iure aut iuris colore poſſit defendi relictum piæ cauſæ, ſi neque ex teſtamento neque ab inteſtato defendatur. Cùm certiſſimum ſit quicquid ex defuncti hominis voluntate petitur & debetur: id neceſſe omnino eſſe vt vel tanquam ex teſtamento vel tanquam ab inteſtato debeatur. Quòd ſi hoc dilemmate victus quiſpiam cogatur dicere quod nos ſemper negabimus, eáque in piam cauſam relicta ſint, ſic defendenda eſſe tanquam debita ex teſtamento, vtique hoc ipſo fatebitur, quod nos pro abſurdo conſequenti ponimus. Plus ergo iuris habituram hac in re piam cauſam quàm liberos. Siquidem multò fauorabilius & honorabilius eſt ſuccedere, aut quid aliud percipere ex teſtamento, quàm ab inteſtato. Ex quo apparet priuilegia † illa piæ cauſæ quæ tam multa con-
5 gerit Andreas Tiraquellus in tractatu quem ex profeſſo edidit de priuilegiis piæ cauſæ, & quæ omnia ferè ad liberorum comparationem referuntur ex Doctorum opinionibus, magis quàm ex vera, ni fallimur, iuris ratione, ad quæſtionem hanc extendi non poſſe.
6 In qua † non tam illud inquirendum eſt, quod inquirunt interpretes, An idem fauor eſſe debeat piæ cauſæ qui liberorum, Quam vtrum ab inteſtato ſuccedere poſſit pia cauſa, quomodo liberi poſſunt, an non poſſit: Cúmque exploratiſſimum ſit non poſſe, prorſus conſequens eſt, vt quod liberis indultum Imperatores voluerunt, nemo quantumuis audax protrahere queat niſi valdè imperitè & ridiculè ad piam cauſam. Neque verò alia ratio eſt propter quam nullum hac parte priuilegium ſit vxoris, non magis quàm alterius extranei cuiuſlibet, niſi quod vxor marito ſuccedere ab inteſtato non magis quàm alius quilibet omnino extraneus poteſt, *leg. vlt. Cod. quor. bonor.* Alio-
7 qui cùm fauor † duntaxat perſonæ attenditur, qui ex coniunctione vt plurimùm æſtimatur, nouum non eſt vt vxoris & liberorum par & æqualis conditio ſtatuatur. Vt cùm quæritur, An valeat legatum vel fideicommiſſum rei alienæ relictum ab eo qui alienam eſſe ignorabat, *leg. cùm alienam. 10. Cod. de legat.* aut de legatis præſtandis petita contra tabulas bonorum poſſeſſione, *leg. 1. D. de legat. præſt.* nimirum ſi vel dos ipſa mulieri legata ſit, vel aliquid pro dote, non etiam ſi quid aliud præter dotem, *leg. virilis. 8. §. ſi quid vxori cum ſeqq. eod.* Quinimò cùm ſupra relata
8 Iuſtiniani conſtitutio † non excipiat libertates, quas tamen diximus ab interpretibus noſtris, inter pias cauſas annumerari, quid aliud exigimus, vt tutò inferamus. Nullo igitur priuilegio hac in re piam cauſam gaudere. Si quis enim fauor eſſet piæ cauſæ, eſſet maximè libertatis, quæ non priuata res, ſed publica eſſe dicitur in *leg. ſi quis rogatus 53. D. de fideicom. liber.* & cuius fauore tam multa ſunt contra iuris rigorem ſiue conſtituta ſiue recepta, *leg. generaliter. 24. §. ſi quis ſeruo eo. tit. & §. vltim. Inſtit. de dona.* Hoc ipſum tamen quòd dicimus nullum eſſe fauorem libertatis relictæ in teſtamento imperfecto, aut quod alia qualibet
9 ratione minùs ſollenne ſit, pugnare † videtur cum eo quod ſcriptum eſt in *d. leg. in teſtamento. 30. D. de fideicom. liber.* vbi cùm quidam proponeretur in teſtamento quod perfectum non erat, alumnæ ſuæ libertatem & fideicommiſſa dediſſe, & filij teſtatoris iidémque legitimi heredes omnia vt ab inteſtato egiſſent, eámque alumnam manumiſiſſent, poſtea verò apud Imperatorem dubitaretur, an ea libera eſſet, refert Paulus Imperatorem quæſiſſe an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet, & interlocutum tandem fuiſſe, Etiamſi nihil ab inteſtato pater petiiſſet, pios tamen filios debuiſſe manumittere eam, quam pater dilexiſſet: Itaque pronuntiaſſe tandem, & decreuiſſe alumnam rectè manumiſſam, & ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda. Atque ita communiter interpretes ex eius loci autoritate ſentiunt, non ſolum libertatem, ſed etiam fideicommiſſa libertati conſequentia deberi ex imperfecto quoque teſtamento, quod & Cuiacius ſcripſit ad *leg. ex ea ſcriptura. 29. D. qui teſtam. facer. poſſ.* At ego † longè aliam & Pauli, & 10
Imperatoris mentem eſſe arbitror. Nec enim apud Imperatorem dubitabatur, an libertas alumnæ deberetur, ſed an competeret, neque rurſus an competeret ex teſtamento, quod imperfectum nulliúſque momenti eſſe conſtabat, ſed an ex manumiſſione quam filij iidémque heredes & domini fecerant poſt mortem patris. Ratio autem dubitandi erat, quia non alia videbatur fuiſſe cauſa dandæ libertatis, quàm quod pater eam dediſſet, vt proinde filij probabiliter poſſent credere ſe obligatos, vt eam libertatem præſtarent quam pater directò dediſſet, quaſi multò magis per fideicommiſſum daturus eam fuerit, ſi putaſſet non valituram directò. Directam enim non fideicommiſſariam libertatem in ea ſpecie datam fuiſſe probant non obſcurè illa legis verba *alumnæ ſuæ libertatem & fideicommiſſa dedit*, cùm ſi ipſa quoque libertas per fideicommiſſum data fuiſſet, ſcribendum erat, *libertatem per fideicommiſſum & alia dedit.* Primo autem intuitu credidit Imperator quæſtionem eſſe facti potiùs, quàm iuris, & ob id quæſiit à litigatoribus, an alumna fuiſſet manumiſſa tanquam ex cauſa fideicommiſſi, an verò nulla alia de cauſa quàm quòd liberam eam eſſe manumiſſores vellent. Quaſi mox pronunciaturus, poſteriore quidem caſu competere ex manumiſſione libertatem, quam nihil impediret. Priore verò caſu non competere, propterea quòd data eſſet ex falſa cauſa, id eſt, velut ex fideicommiſſo quod vtique nullum ſuberat, neque ex teſtamento, cùm teſtamentum imperfectum proponeretur, neque ab inteſtato, cùm nihil pater ab inteſtato petiiſſet. Sed poſtea re meliùs perpenſa interlocutus eſt, id eſt, antequàm pronunciaret cùm adhuc cauſa ageretur, dixit pios filios debuiſſe manumittere eam quam pater dilexiſſet. Eáque nimirum ratione motus tandem pronunciauit rectè illam manumiſſam, hoc eſt, omiſſa facti quæſtione libertatem indiſtinctè ex ea manumiſſione competiiſſe, propterea quod etiamſi velut ex cauſa fideicommiſſi quod reuera nullum ſuberat, libertatem datam eſſe conſtitiſſet, ſublata tamen falſa illa opinione ſupererat cauſa pietatis, quæ ſicut in pecunia vel alia re qualibet indebitè ſoluta indebiti condictionem impediret vt eleganter ſcriptum eſt in *leg. cùm is. 36. §. mulier. D. de condict. indeb.* ita & multo magis facere debeat ne libertas quaſi ſine cauſa & perperam data impediretur: Præſertim, cùm in cæteris quoque omnibus relictis pecuniariis, quorum fauor longe minor eſt, id obtineat, vt ſi quid ex teſtamento aliave minùs ſollenni voluntate ſolutum ſit, repeti poſtea velut indebitum non poſſit *leg. 2. leg. ſi veritas. 23. C. de fideicom.* Quid ergo de aliis fideicommiſſis pecuniariis huic eidem alumnæ relictis dicendum erit? Nihil de iis apud Imperatorem quærebatur, puto quia nec de iis ratio quærendi & dubitandi vlla erat, cùm neque adhuc præſtita eſſent, neque vllo iure deberentur. Nam nec libertas ipſa ex teſtamento illo imperfecto vel competeret ipſo iure, vel debita dici poſſet, vt ad eam præſtandam heredes vllo iure tenerentur, ſi nondum præſtita probaretur. Eáque cauſa pietatis qua motus fuit Imperator, vt libertatem ex manumiſſione per filios facta competere decerneret, non poteſt ſufficere ad eoſdem filios obligandos, vt eam præſtent ſi eo nomine conueniantur, iuriſque maiorem quàm pietatis rationem habere velint. Et tamen ſequitur † apud 11
Paulum in fine legis, *& ideo fideicommiſſa ei præſtanda.* Inepta prorſus & improbabili collectione. Malum namque argumentum eſt à libertate ad fideicommiſſum

ſum pecuniarium, ſi quidem vt in *leg. ſeq.* idem Paulus ſcribit non eſt ſimilis cauſa libertatis & pecuniarij fideicommiſſi. Sed multo peiór collectio eſt à libertate præſtita ad fideicommiſſum pecuniarium præſtandum: cùm longè difficilius ſit libertatem, vel ex ſola pietatis cauſa præſtitam reuocare, quàm nec præſtitam nec debitam denegare. Et verò ſi verum eſt vt eſt, quod proximè diximus, ne quidem libertatem in hac ſpecie deberi, quandiu non eſt præſtita, quantominùs fideicommiſſum pecuniarium debebitur, aut pro debito habebitur, quod præſtitum nunquam fuit? Nam ſi præſtitum eſſet, faterer eandem fore quod ad hoc rationem & libertatis & debiti pecuniarij, qui ad cauſam pietatis pertineat, vt quælibet voluntas defuncti etiam quæ ſit minùs ſolennis vbi impleta eſt, nullum pœnitentiæ locum relinquat. Sed nos tractamus de fideicommiſſis pecuniariis nondum præſtitis, cùm quærimus an ſint præſtanda. Concludendum igitur eſt non eſſe præſtanda ab heredibus, qui neque ſuccedunt ex eo teſtamento inutili in quo fideicommiſſa relicta ſunt, neque rogati fuerunt ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, quis non fateatur irrepritia eſſe poſtrema illa legis verba, omninóque delenda? Imperitum interpretem fefellit, quod putauit eam Pauli & Imperatoris mentem eſſe, vt in hac ſpecie libertas etiam quæ nondum præſtita ſit, debeatur ex cauſa fideicommiſſi, quamuis non fuerint fideicommiſſa repetita ab inteſtato: eamque ſententiam eſſe illorum verborum, *an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet*, cùm è contrario is potius ſit ſenſus, quem ſuprà attulimus, vt multo difficiliùs defendatur libertas præſtita ex cauſa fideicommiſſi, quod reuera nullum fuit, quàm ſi vltro & ſponte præſtita eſſet ab eo qui ſciens ſe non debere, non niſi de iure domini manumiſiſſet. Quod enim dici ſo-
12 let, id † quod ex cauſa fideicommiſſi indebitum datum eſt, ſi non per errorem ſolutum ſit repeti poſſe, *lege penultima. §. ſi quis ius ignorans. D. de iur. & facti ignorant.* ad ea pertinet quæ per fideicommiſſum verè relicta ſunt, ſed inutiliter, putà in teſtamento minùs ſolenni, non ad ea de quibus præſtandis heres nullo modo ſit rogatus. Atqui ponimus & iam probauimus libertatem de qua conſulebatur Imperator, non per fideicommiſſum, ſed directo datam fuiſſe. Non igitur ad eius reuocationem impediendam ſufficere poſſet, quod opinione fideicommiſſi fuiſſet præſtita ſi non illud etiam concurreret, quod ſublata falſa illa opinione ſupererat cauſa pietatis, quæ libertatem ſimul competentem retineret. Nam & quod idem Paulus ſcripſit in *leg. cùm putarem. 36. D. famil. erciſcund.* ad impedien-
13 dam † repetitionem eius, quod ſolutum ſit ex cauſa iudicati, ſufficere quòd quis ſe putet condemnatum, haud dubiè ita accipiendum eſt ſi condemnatio aliqua de facto, vt loquuntur, quamuis nulliter facta, præceſſerit, non autem vt nullo interueniente iudicato ſufficiat, quod is qui ſoluit opinetur ſe condemnatum per ſententiam, quæ tamen nunquam fuerit lata. Fefellit
14 † etiam interpretem, quod verba illa *quæſiit Imperator an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet*, ſic accepit acſi ſcriptum eſſet, *quæſitum eſt apud Imperatorem, an velut ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa alumna libera eſſet*, quod tamen longè diuerſum eſt. Hæc enim poſterior locutio continet quæſtionem iuris, vtrum ancilla eadémque alumna quæ manumiſſa fuit ſit libera. Prior verò quæſtionem facti, vtrum fuerit manumiſſa velut ex cauſa fideicommiſſi. Interrogatus & conſultus erat Imperator à litigatoribus de quæſtione iuris, ipſe verò vt par erat, litigatores interrogabat de quæſtione facti, vt ſolet ius oriri ex facto. Longéque aliud eſt dicere quod Paulus dicit, *quæſiit Imperator*, aliud verò quod interpretes iſte ſenſit *quæſitum eſt ab Imperatore*. Quāquam, vt explicauimus in ea facti quæſtione non conquieuit Imperator qui meliùs poſtea vidit eo quoque caſu quo manumiſſa fuerit ancilla, velut ex cauſa fideicommiſſi, conſeruandam ei nihilominus libertatem non quaſi præſtitam ex cauſa fideicommiſſi, quod vtique nullum fuit, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, ſed quaſi præſtitam intuitu pietatis ei quam manumiſſorum pater non ſolùm dilexiſſet, verùm etiam directo liberam eſſe voluiſſet. Cùm ergo neque Imperatoris, neque Pauli mens illa ſit, vt ea libertas defendatur iure fideicommiſſi, nemo poſſit niſi ridiculè argumentari à libertate ad cætera fideicommiſſa eidem alumnæ in eodem teſtamento relicta, neque tamen aut præſtita, aut ab inteſtatò repetita. Non enim quemadmodum fideicommiſſi pecuniarij capax non eſt alumna ſine libertate, ita è contrario poteſt dici non poſſe illam eſſe liberam, quin habeat fideicommiſſum pecuniarium in neceſſarium, ſiue conſequens, ſiue antecedens. Nihil igitur cauſæ fuit cur ex libertatis datione interpres ſic inferre deberet, *& ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda.* Sicut nec ratio vlla erat cur Imperator de libertate tantùm conſultus pronunciaret de fideicommiſſis pecuniariis, de quibus nullomodo quærebatur. Quòd ſi quid obſtaret ne tota illa
adiectio † imperito interpreti adſcriberetur, dicerem 15
textum eſſe emendandum & pro iis verbis, *& ideo* legendum *ſed non*, quomodo Cuiacius *lib. 1. cap. 37.* emendauit Pomponium in *l. ſtatuliberi. 29. D. de ſtatulib.* aut quod eſſet probabilius *at non.* Quid enim facilius, quam pro *at.* ſcriptum eſſe *&*, rurſumque pro *non*, ſcriptum eſſe *ideo*, his notis *ion*, quibus vti ſolent etiam hodie exſcriptores cùm id agunt, vt breuiter ſcribant, niſi malis pro *&*, legere *nec.* qui error etiam in Pand. Florent. ſatis frequenter occurrit, & ſanè expeditior hæc emendatio eſt. Vtcumque ſit, mihi certè de Imperatoris & Pauli mente, ac quod præcipuum eſt, de vera iuris ratione omnino liquet. In eadem lege, Florentina lectio vitioſa eſt in illis verbis, *etiamſi ab inteſtato pater petiiſſet*. Deeſt enim dictio *nihil*, quæ non deeſt in Codicibus vulgaribus.

ERROR VIII.

De teſtamento imperfecto ratione voluntatis.

SVMMARIA.

1. *An teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valeat.*
2. *Negantium fulcra.*
3. *L. ex ea ſcriptura. 29. D. qui teſt. fac. poſſ. ad teſtamenta imperfecta ratione ſolennitatis pertinere.*
4. *Exemplum teſtamenti preparatum quid ſignificet.*
5. *Imperfecta voluntas quæ.*
6. *Ne quidem militis teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valere.*
7. *Clauſula codicillaris defectum voluntatis ſupplere nequit.*
8. *Diſpoſitio patris inter liberos, quæ ſit imperfecta ratione voluntatis, an ſeruanda ſit.*
9. *Sententia interpretum indiſtinctè negantium refertur & refellitur.*
10. *Sententia autoris diſtinctionem hîc adhibentis.*

TRactauimus hucuſque de teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem facto quod ſit imperfectum ratione ſolennitatis.
Quid ſi ſit † imperfectum ratione volunta- 1
tis? Difficilius eſt vt ſuſtineatur, † quia nec voluntas 2
ferè vlla dici poteſt, quæ eſt imperfecta, nec proinde fauor vllus conſeruandæ voluntatis, quæ ſit nulla. Inde namque eſt quod quoties quis exemplum teſtamenti

d by Google

menti præparat, & priùs decedit quàm teſtetur, non
valent ne quidem quaſi ex codicillis quæ in exemplo
ſcripta ſunt, licèt verba fideicommiſſi ſcriptura ha-
beat, & ita Diuum Pium decreuiſſe Mæcianus ſcribit,
quem Vlpianus refert in *l. fideicommiſſ.* 11. §.1 *de le-
gat.* 3. Cui ſimile eſſe creditur, quod ſcriptum eſt in *l.
ex ea ſcriptura.* 29. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* Ex ea ſcri-
ptura quæ ad teſtamentum faciendum parabatur, ſi
nullo iure teſtamentum perfectum eſſet, nec ea quæ
in fideicommiſſorum verba habent peti poſſe. Quam-
3 quam videtur is locus † intelligendus eſſe potiùs de
teſtamento imperfecto ratione ſolennitatis, quàm de
eo quod ſit imperfectum ratione voluntatis, vt apertè
probant verba illa, *ſi nullo iure teſtamentum perfectum
eſſet.* Neque aliam exiſtimandum eſt Vlpiani ſenten-
tiam in *d. l. fideicommiſſa.* §.1. Exemplum enim teſta-
4 menti † præparatum nihil aliud ſignificat quàm ſcri-
pturam quæ contineat plenam & abſolutam declara-
tionem voluntatis, ſed quæ tamen non ſit teſtamen-
tum: propterea quòd eas ſolennitates non habeat
quas deſiderat teſtamentum, vt vel in ſcriptis, vel per
nuncupationem factum dici poſſit. Errant itaque meo
iudicio, qui ex noſtris putant accipiendos eſſe locos
illos de teſtamento imperfecto ratione voluntatis. Im-
5 perfecta † namque voluntas illa demum eſt, quæ non
tota expreſſa fuit, ſiue à teſtatore, ſiue à teſtaturo, non
etiam illa quæ tota declarata fuerit in ea ſcriptura
quam teſtaturus paterfamil. parabat ad teſtamentum,
licèt poſtea non fuerit teſtatus. Ad teſtamenti enim
ſolennitatem pertinet, non ad cauſam voluntatis vt
exemplum teſtamenti fiat teſtamentum, cùm non in
alio differat exemplum teſtamenti paratum ad teſta-
mentum faciendum à teſtamento ipſo, quàm in eo,
quod exemplo deſunt ſolennitates, ſine quibus teſta-
mentum eſſe non poteſt, quia nec quælibet teſtatio
voluntatis teſtamentum eſt: ſed ea tantum quæ ſit
iuſta, id eſt, iuris ſolennitatibus munita *l.1. D. qui
teſtam. facer. poſſ.* Fortior erit ratio, ſi quis dicat volun-
tatem quamlibet militis eſſe teſtamentum. *l. eius mili-
tis.* 34. *in fin. D. de teſtam. milit.* quia non ſicuti Pagano-
rum, ita & militum iuſtam voluntatem eſſe neceſſe eſt,
6 ſed ſufficit vt ſit nuda. *l. 1. eod.* neque tamen † poſſe va-
lere teſtamentum militis, quod ſit imperfectum ratio-
ne voluntatis. *l. Diuus Traianus.* 24. *eod.* ne contra vo-
luntatem inducantur priuilegia quæ fuerunt data mi-
litibus fauore duntaxat voluntatis conſeruandæ. Nam
quod dici ſolet, *Si miles teſtamentum imperfectum re-
linquat*, ſcripturam quæ profertur, perfecti teſtamenti
poteſtatem obtinere. *l. miles ſi teſtamentum.* 35. *eod.* de
eo teſtamento intelligi debet, quod ſit imperfectum
ratione ſolennitatis tantùm, non etiam voluntatis, vt
oſtendit ratio quæ in eadem lege ſequitur iis verbis,
nam militis teſtamentum ſola perficitur voluntate. Eo-
démque modo accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l.
eius militis.* 34. § 1. Eius qui militia miſſus intra annum
teſtamentum facere cœpit, nec perficere potuit, nihi-
lominus ruptum eſſe prius teſtamentum quod in mili-
tia factum fuerat, ſi iure militiæ fuerat ſcriptum, non
etiamſi iure communi. Inauditum enim eſt & abſur-
dum, vt per poſterius teſtamentum quod imperfectum
ſit ratione voluntatis, rumpatur prius, quod fuerat
perfectum, ſiue iure militiæ, ſiue iure communi. Addi
etiam poteſt quod neque ex interpretibus noſtris qui-
7 dam ignorarunt, clauſulam † codicillarem quæ de-
fectum ſolennitatis ſupplere ſolet *d. l. ex ea ſcriptura.*
§. 1 *l. Lucius.* 88. *§. vlt. de legat.* 2. numquam tamen ſup-
plere defectum voluntatis. Sic enim reſpondit Decius
& eleganter *conſilio* 205. *ad fin.* In quo tamen video
paſſim errare pragmaticos noſtros, & eos omnes qui
tam multos congerunt effectus clauſulæ codicillaris,
quorum ſanè pars magna corruet, ſi Decij ſententia
recipiatur, quæ vt veriſſima, ita omnino recipienda eſt.

An igitur dicemus ſeruandam † non eſſe inter liberos 8
diſpoſitionem parentis, quæ ſit imperfecta ratione vo-
luntatis? Sic vulgo interpretes † ſentiunt, quos refert 9
& ſequitur Iulius Clarus in *§. teſtamentum quæſt.* 9. Et
Andreas Gayll. *lib.* 2. *pract. obſeru. cap.* 112. ſed moti ex
ſupradictis iuris locis, quos oſtendimus ad rem non
pertinere, quòd loquantur de teſtamento imperfecto
ratione ſolennitatis. Et præterea nihil aliud ex iis locis
inferre poſſis, tametſi velles eos intelligere de teſta-
mento imperfecto ratione voluntatis, quàm quod ad-
mittam libentiſſimè, eiuſmodi teſtamentum non valere
iure teſtamenti, neque ex eo tanquam ex teſtamento
ſuccedi poſſe. At nos iam diximus ſæpius in præce-
dentibus, harum diſpoſitionum inter liberos condita-
rum priuilegium illud eſſe, vt defendantur non iure
teſtamenti etiamſi in teſtamento ſcriptæ ſint, ſed ab in-
teſtato. Quid ergo attinet diſtinguere an teſtamentum
ſit imperfectum ratione ſolennitatis, an ratione volun-
tatis? Nec vrget quod iiſdem locis negatur illa etiam
valere, quia in talibus teſtamentis data ſint ſub verbis
fideicommiſſorum. Etſi enim fideicommiſſa ab inteſta-
to quoque dari poſſe certum eſt, non ideo tamen fit vt
ab inteſtato deberi poſſint ea quæ in teſtamento qua-
cumque ratione imperfecto relicta fuerunt, niſi à legi-
timis heredibus fuerint repetita *dict. l. ex ea ſcriptura.*
*§. 1. dict. leg. Lucius. §. vlt. l. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. C. de
Codicill. l. generaliter* 24. *§. ex teſtamento. D de fideicom.
libert. l. 1, C. eod.* quia nec ea voluntas videri poteſt eius
qui teſtamentum facere ſe dicit, vt ab inteſtato quic-
quam debeatur aut præſtetur, niſi cùm id exprimit *l. in
teſtamento,* 38. *D. eod.* de cuius ſententia & lectione
proximo capite dicebamus. Nec rurſum ex iis Pandecta-
rum locis bonum argumentum ſumi poteſt ad conſti-
tuendum ius quod ex nouis Imperatorum conſtitutio-
nibus obtinere debeat circa parentum teſtamenta inter
liberos facta: poſtquam placuit Imperatoribus in *dict.
l. vltim. C. famil. erciſcun. dict. l. hac conſultiſſima. §. ex im-
perfecto. C. de teſtament. & d. Nouell.* 107. *de teſtament.
imperf.* vti ea teſtamenta quæ olim ita erant nulla, vt
neque ex teſtamento, neque ab inteſtato defuncti vo-
luntas ſeruanda eſſet, hodie proſint ad conſeruandam
voluntatem ab inteſtato. Verùm quamquam hæc ita
ſunt, non tamen facilè admitti † illud poteſt, vt vo- 10
luntas imperfecta cuſtodienda ſit inter liberos, nec
magis ab inteſtato, quàm ex teſtamento. Ratione illa,
quam initio capitis attulimus, quòd voluntas dici non
poſſit, quæ perfecta non eſt, & partibus ſuis omnibus
abſoluta. Diſtinctio igitur aliqua eſt adhibenda, quam
tamen nemo adhibet, an patris voluntas in teſtamento
imperfecto declarata, imperfecta ſit circa perſonas libe-
rorum an circa extraneos, quos vel coheredes filiis dare
deſtinabat pater, vel legatarios aut fideicommiſſarios
facere, in eodem teſtamento. Priore caſu id obtinebit,
quod diximus non poſſe patris voluntatem defendi ne
quidem ab inteſtato & inter liberos quæ non fuerit
perfecta, vt puta ſi mater plures habens liberos heredi-
tatem ſuam aut potiùs bona cœperit inter eos diſtri-
buere, & poſt datam vni aut alteri portionem, cùm ad-
huc plures diſtribuendæ ſupereſſent, obmutuerit, & ſic
deceſſerit non declarata quantum ad cæteros liberos
voluntate. Hîc enim nulla ratio eſt, cur imperfecta illa
voluntas quod ad liberos nominatos defendatur, cùm
neſciri poſſit quid de cæteris ſenſerit, quidve fuerit
conſtituturus ſi teſtamentum compleuiſſet. Dixi, *cùm
adhuc plures diſtribuendæ ſupereſſent*, quoniam ſi vna
tantùm ſupereſſet, non eſſet difficile ex aliis quæ fuiſ-
ſent diſtributæ coniecturam facere quid pater voluiſſet
in eam venire quam non expreſſit. Nimirum id omne
quod in cæteras expreſſim collatum non reperiretur.
Poſteriore verò caſu nihil ſanè vetat defendi volunta-
tem patris inter liberos cum inter eos perfecta ſit, quã-
uis quod ad extraneos ſit imperfecta, quandoquidem
nec

nec quicquam prodeſſet perfectam eſſe voluntatem quod ad extraneos ſi quid ex iuris ſolennibus deeſſet. Finge patrem poſt ſcriptos ex æquis fortaſſe partibus liberos voluiſſe coheredem eis extraneum dare, neque tamen dediſſe præuentum morte, cùm iam fortè prima inſtitutionis verba proferre cœpiſſet. Imperfectum vtique erit teſtamentum, quia non fuerunt completæ inſtitutiones, ex quibus teſtamentum æſtimatur, ſed non eo minùs tenebit voluntas iure inteſtati inter liberos, eorúmque commodo cedet quicquid extraneus fuerat habiturus ſi teſtamentum abſolutum fuiſſet, idque pro hereditariis portionibus, ſiue ſint æquales illæ ſiue inæquales.

ERROR IX.

De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere conditionem quam poſtea non addidit. Ad l. 2. & l. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. & l. pen. C. de inſtit. & ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *Sitne perfectum eius teſtamentum qui omiſit conditionem, quam inſtitutioni addere deſtinarat.*
2 *Iuſtiniani conſtitutio in l. penult. C. de inſtit. & ſubſtit.*
3 *Dubitatio orta ex l. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. vbi omiſſa conditio vitiat inſtitutionem.*
4 *Dubij exſolutio Accurſiana refertur & refellitur.*
5 *Alia d. §. tantundem interpretatio Accurſiana expenſa & reiecta.*
6 *De iure quod obtinet in obſcura teſtatoris voluntate accipiendam eſſe dict. l. 9. & Iuſtiniani quoque conſtitutionem.*
7 *Diſſenſeritne Iuſtinianus à Marcello: vbi de Papiniani autoritate.*
8 *D. l. 9. §. tantundem eſſe corruptum inſerta negatione, quæ omnino remouenda eſt.*
9 *Emendatio & interpretatio clauſula,* ſed ſi conditionem, *d. §. tantundem, vbi elegans diſtinctio ab eo qui conditionem non addidit, quam inſtitutioni inſerere deſtinarat.*
10 *Iuſtiniani conſtitutionem non pertinere ad ſpeciem de qua Vlpianus & Marcellus in d. leg. quoties.*
11 *Conſtitutionis Iuſtinianeæ abſurditas.*
12 *Inepta Iuſtiniani argumentatio à Papiniani reſponſo, tanquam à ſimili ducta.*
13 *Diſſenſiſſe Iuſtinianum in d. conſtit. à Marcello & Vlpiano in d. l. quoties.*
14 *Triboniani inſcitia.*

1 AD ſuperiorem quæſtionem quæ fuit de imperfecta voluntate hic quoque tractatus pertinet de illo † qui deſtinans conditionem aliquam addere inſtitutioni heredis quem iam ſcripſerat, poſtea deceſſit nulla adiecta conditione, An eius teſtamentum perfectum cenſeri debeat quantum ad voluntatem, an imperfectum. Etſi
2 enim extat conſtitutio † Iuſtiniani in *leg. penultim. C. de inſtit. & ſubſtit.* qua cautum eſt vt ſi ita ſcriptum inueniatur in teſtamento, *Titius heres eſto ſecundum conditiones infraſcriptas*, nec quicquam aliud adiectum ſit, neque vlla conditio appoſita, non eo minùs teſtamentum completum eſſe, puramque inſtitutionem habere intelligatur, ipſa verò conditionum pollicita-
3 tio pro ſuperuacua habeatur. Attamen facit † dubitationem, quod in contrarium videtur Marcellus reſpondiſſe quem Vlpianus refert & probat in *leg. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtitut.* Si teſtator deſtinans inſerere conditionem inſtitutioni heredis nullam addiderit, habendum eſſe heredem pro non inſtituto. Accurſius † tentat an dici poſſit Marcelli ſententiam ab Vlpiano referri potiùs quàm probari, vt & in *leg. 2. eod. tit.* vbi idem Vlpianus refert. Circa eos qui ita inſtituti ſunt heredes, *ex partibus quas adſcripſero*, non putaſſe Marcellum eos eſſe heredes nullis adſcriptis partibus, non magis quàm ſi ſub expreſſa conditione ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero*. Sed magis eſſe ait, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur. *Ex quibus partibus adſcripſero, ſi minus ex æquis*, quaſi duplici facta inſtitutione, prima conditionali, ſecunda pura, eámque ſententiam à Celſo probatam eſſe fauore ſcilicet tuendæ inſtitutionis. Aliter atque in illa inſtitutione, *Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit Seius heres eſto.* Tunc enim ſi non eſt à Titio ſcriptus heres, nec Seium ab eo inſtitutum eſſe. Nec immeritò, inquit Vlpianus quia hoc poſteriore caſu creditur ineſſe conditio, nec alia eſſe inſtitutio quàm conditionalis, quod non ſimile eſt in caſu Marcelli, quamuis Marcellus iſta ſimilia putabat. Verùm non video quid ſimile aut commune habeat ille tractatus, cum propoſita quæſtione de qua idem Vlpianus in *d. §. tantundem*, niſi quod vtrobique proponit Vlpianus quæſtionem ex Marcello, Marcellique ſententiam refert, ſed ita vt in *d. l. 2.* eam ſententiam apertè improbet, vt dixit, quam è contrario probat in quæſtione *d. §.* tantundem, vbi poſtquam addidit eodem contextu, *ſed ſi conditionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem ſcriptum eſt*, ſubiicit ſtatim, *Quam ſententiam & ipſe & nos probamus.* Quibus verbis an non apertè Vlpianus totam illam Marcelli ſententiam probat? Probabilius † igitur 5
videri poteſt quod idem Accurſius notat intelligendum eſſe Marcellum & Vlpianum in *d. §.* tantundem de eo qui factæ à ſe inſtitutioni deſtinabat conditionem interere non aliter inſtituturus. Hunc enim certũ eſt voluiſſe inſtitutionem facere omnino conditionalem, neque voluntatem ipſius pati vt pro inſtituto habeatur is qui reperitur inſtitutus purè, cùm noluerit teſtator eſſe illum heredem niſi ſub conditione. Sed tamen huic etiam interpretationi illud obſtat quod manifeſtam continet diuinationem, cùm hoc vnum Vlpianus ex Marcello ſcribat, *de eo qui conditionem deſtinans inſerere non addidit. Nam & tunc pro non inſtituto putat:* In qua clauſula nihil prorſus eſt quod voluntatis quæſtionem poſſit admittere, nedum inducere. Neque verò credendum eſt Marcellum aut Vlpianum de caſu tam certo & indubitabili tractare voluiſſe. Quis enim neſcit in huiuſmodi quæſtionibus, quæ circa vltimas voluntates occurrunt, nihil aliud inquirendum eſſe, niſi quid voluerit teſtator, idque ſi appareat omnino, ſequendum eſſe, cum etiam cùm verba non modò deficiunt, ſed etiam refragantur? *leg. non aliter. 63. D. de verb. ſignific.* Atqui tractatus præſertim qui tantis Iureconſultis dignus ſit, non poteſt eſſe de re tam certa & indubitabili vulgat. *leg. Domitius. 27. D. qui teſtam. facer. poſſ. leg. quod Labeo. 9. D. de Carbon. edict.* Sicut & Iuſtiniani conſtitutio in *d. leg. penult. C. de inſt. & ſubſtit.* quantumuis generalis eſſe videatur, eum tamen caſum procul dubio non complectitur quo propoſitas illius qui deſtinauerat inſerere conditionem, nec inſeruerat, certam eſſe voluntatem, quòd nollet inſtitutum aliter quàm ſub conditione heredem eſſe. Igitur accipiendus † eſt vterque locus de iure illo quod 6
obtineat in obſcura teſtatoris voluntate, ac proinde ſi nihil aliud ſit quod meliùs adferre poſſimus, Marcellum & Vlpianum à Iuſtiniano, aut potiùs Iuſtinianum ab ipſis diſſenſiſſe fatendum erit. Quod tamen † ne dici 7
poſſit illud facit, quod non ſolùm nihil Iuſtinianus de

Marcello exprimit, vt ſolet, cum veterum Iureconſultorum ſententias explodit, verum etiam autoritate Papiniani vtitur, ſumpto argumento ab eo quod Papinianus reſponderat in *l. cum pater.77.§.vltim. de leg.2.* de teſtatore qui vicos certis finibus circumſcriptos ciuitati reliquerat, eorúmque fines alia ſcriptura ſe demonſtraturum promiſerat, nec tamen morte præuentus id fecerat, Non eo minùs valere fideicommiſſum acſi teſtator fines illos demonſtraſſet. Quid enim attinebat ab huiuſmodi ſpecie tam aliena & diſſimili argumentum trahere ad propoſitam quæſtionem, de qua in contrarium aperta extaret Marcelli & Vlpiani ſententia. Potuiſſet fortaſſis ſolius Papiniani autoritas Marcellum & Vlpianum vincere, ſi in eadem ſpecie contra illos Papinianus ſenſiſſet: quanquam certum eſt non maiorem Papiniani quàm cæterorum prudentum autoritatem fuiſſe niſi hactenus vt ſingulos vinceret, à pluribus verò ſi vel duo tantum eſſent vinceretur. At in ea ſpecie de qua Marcellus & Vlpianus alterius partis nominis Iureconſulti diſertè reſpondiſſent, Papinianus verò nihil: ſanè non potuiſſet eorum ſententia conuelli ſola autoritate reſponſi, quod à Papiniano quidem redditum, ſed ad aliam ſpeciem accommodatum fuiſſet.
8 Dicendum † itaque eſt, ni fallor, corruptiſſimum eſſe locum illum Marcelli & Vlpiani, ex eóque detrahendam omnino negationem quæ iſtas peperit difficultates. Verius enim eſt, ſi teſtator deſtinans inſerere conditionem inſtitutioni nullam addiderit, heredem nihilominùs habendum eſſe pro inſtituto. Idque ipſe etiam contextus verborum demonſtrat, quibus vtitur Vlpianus vt quæſtionem quam nunc tractamus cum præcedente conuertat, *Tantundem*, inquit, *Marcellus tractat & in eo qui conditionem deſtinans inſerere addidit.* Quid enim hoc aliud eſt, quàm Marcellum in hac ſpecie idem iuris conſtituere, quod conſtitutum fuerit in præcedenti? Atqui in præcedentibus dixerat Vlpianus, Siue maiorem portionem adſcripſerit teſtamentarius, aut quod difficilius eſt teſtator, cùm minorem adſcribere vellet, vt pro quadrante ſemiſſem, ex quadrante fore heredem, quia ineſt quadrans in ſemiſſe, Siue quis pro centum ducenta per notam ſcripſerit idem iuris eſſe, *Nam & ibi*, inquit, *vtrumque ſcriptum eſt, & quod voluit & quod adiectum eſt: quæ ſententia non eſt ſine ratione.* Tantundem igitur ex Vlpiani ſententia dicendum eſt in eo qui fuit purè inſtitutus à teſtatore deſtinante conditionem adiicere quam poſtea non adiecit, vt pro inſtituto habeatur. Nam & hoc caſu idipſum ſcriptum eſſe videtur quod teſtator voluit, quia licèt ab initio deſtinaret inſerere conditionem, cùm tamen poſtea nullam addiderit, non alia de cauſa id feciſſe credendus eſt, quàm qui nec addere voluerit. Atque hanc Vlpiani Marcellique ſententiam fuiſſe apertum eſſet, ſi non corrupta eſſent etiam illa quæ ſe-
9 quuntur, in quibus † puto tranſpoſita negatione illa quam ex priore clauſula tollimus legendum ita eſſe, *ſed ſi conditionem non addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem ſcriptum eſt.* Hoc nimirum ſenſu vt ſi teſtator, qui puræ inſtitutioni conditionem addere deſtinauerat, eam non addiderit, diſtingui oporteat quam ob cauſam non addiderit, Verum ob id quod eum pœnituerit prioris voluntatis, malueritque puram relinquere inſtitutionem quam priùs deſtinauerat facere conditionalem, quod ſanè in dubio præſumendum eſt, cùm voluntas non minùs ex non facto quàm ex facto interdum colligatur, *leg. vnic.§.vbi autem legatary verſ. ſin autem ad deficientis in fin.Cod.de caduc. tollend.* An verò ob id potiùs quòd nollet hunc heredem eſſe aliter quàm ſub conditione, aut, vt Vlpianus loquitur, quod detracta conditione heredem illum eſſe nollet. Priore caſu habendus eſt pro inſtituto & quidem purè, quia verum eſt purè inſtitutum fuiſſe, nec inſtitutioni voluntatem deeſſe, tametſi voluntas ab initio non ſatis ſcripturæ conſenſerit, cùm teſtator de conditionali facienda inſtitutione cogitaret. Poſteriore verò caſu habendus eſt pro non inſtituto, quia cùm neque ab initio, neque ex poſtfacto voluntas cum ſcriptura conſenſerit, inſpiciendum neceſſariò eſt quid teſtator voluerit, potiùs quàm quid ſcripſerit, & pro non ſcripto haberi conuenit quicquid contra voluntatem ſcriptum reperitur. Et conſequenter ſi propriè loqui volumus, dicendum eſt in hac ſpecie heredem non tam habendum pro non inſtituto quàm nec inſtitutum eſſe, vt loquitur Vlpianus. Nemo enim dici poteſt inſtitutus niſi qui ſit ſcriptus eo animo & ea voluntate vt fiat heres. Atqui ponimus teſtatorem neque voluiſſe detracta conditione heredem eſſe hunc quem ſecundum figuram verborum inſtituerat purè, neque tamen conditionem addidiſſe. Quemadmodum igitur non poſſet heres eſſe is qui neque ſcriptus neque nuncupatus eſſet, tametſi haberet pro ſe voluntatem, quia non nuda voluntate, ſed certis tantùm iiſque legitimis modis heres fieri poſſe placuit. Ita neque hic heres eſſe poteſt qui deficitur voluntate quamuis aut ſcriptus aut nuncupatus adeóque purè inueniatur: Exemplo eius quod in principio *d. leg.quoties* Vlpianus noſter ſcribit, Quoties qui volens alium heredem ſcribere alium heredem ſcripſerit in corpore hominis errans, neque eum heredem eſſe qui ſcriptus eſt, quia voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam ſcriptus non eſt. Vulgatæ autem editionis vitium maximum illud eſt quod poſt verba illa, *dum nollet*, habet additum comma, quaſi tractet Vlpianus de teſtatore qui tam ſtultus fuerit, vt addiderit conditionem quam addere nullam volebat, quo abſurdius vtique dici nihil poteſt. Cur enim addidit ſi nolebat? Nec ſimiliter poſſis interpretationi noſtræ obiicere. Cur ergo non addidit *ſi volebat*? quia facilius eſt, longéque minùs inconueniens, vt quis non faciat quod facere deſtinauit etiam non mutata voluntate, quàm vt faciat quod facere nolit. Expreſſior ſiquidem voluntas eſt quæ ex facto colligitur, quam quæ ex non facto. Neque rurſus video quomodo poſſint ad conditionem referri ſequentia illa: *nec nuncupatum videri*. Nam cùm *nuncupare* nihil aliud ſit, quàm ore nominare, vix vnquã reperias prudentes noſtros tam impropriè loqui vt cõditionẽ nuncupari vel nominari dicãt. Formulam enim habet conditio non nomen, niſi hoc ipſum quod cõditio appellatur. Detrahendum igitur eſt comma, & vnico ſpiritu legendum *dum nollet detracta ea heredem futurũ*, eodem plane ſenſu quo ſi ſcriptum eſſet apertius, *dum detracta ea heredem futurum nollet*. Errori autem cauſam dedit detractio negationis quæ addẽda eſt in illis præcedentibus, *ſed ſi conditionem addidit*. Nam quiſquis ita legeret, *ſed ſi conditionem non addidit dum nollet*: numquam ſubiiceret quod imperitus interpres ab Vlpiano affirmatiuè ſubiectum credidit, *detracta ea heredem futurum*. Quomodo enim poſſet detrahi conditio quæ addita nunquam fuiſſet, & quam nec addere teſtator voluiſſet? Quod verò cõditio detracta fuerit facilè fieri ex eo potuit, quod cũ fortè paucioribus literis ſcriptũ eſſet vt moris olim erat *condic. non addidit*, incautus librarius confuſis prioribus dictionibus putauit ſcriptum eſſe, *conditionem*, & ita fecit affirmatiuam lectionẽ quæ erat negatiua. In ſumma cùm in *d.§.* tantũdem Vlpianus duplicem ſpeciem proponat, vtraque eſt de teſtatore, qui deſtinans addere puræ conſtitutioni conditionem, eam non addidit: ſed prior eſt de illo qui idcirco non addidit, quia nec addere voluit, vt purã relinqueret inſtitutionem, mutata, vt ſupra diximus, voluntate. Poſterior verò de eo qui noluit addere conditionem, non ob mutatam voluntatem, ſed ne faceret conditionalem inſtitutionem quam tamen omnimodo volebat eſſe conditionalem. Atque ita interpretanda eſt aduerſatiua illa *ſed ſi*, quæ proculdubio imperitũ interpretem decepit, non

Digitized by Google

non quomodo ille interpretatus eſt, quaſi in poſteriore ſpecie tractetur de conditione addita in priore. Ex hoc
10 porrò intelligimus † longè aliam eſſe ſpeciem de qua Marcellus & Vlpianus tractant, aliam verò illam de qua Iuſtinianus nouam edidit conſtitutionem: Marcellus enim & Vlpianus eam ſpeciem tractant in qua fuerit facta purè inſtitutio, id eſt, neque conditio vlla, neque conditionis mentione adſcripta, ſed ab eo tamen qui mente deſtinabat inſerere conditionem, quæ deſtinatio ex iis quæ ab eodem teſtatore extra teſtamentum acta vel dicta ſint coniici plerunque poteſt. At Iuſtinianus tractat de inſtitutione quæ facta ſit additis his verbis, *ſecundum infra ſcriptas conditiones*, ac proinde quæ expreſſam habeat conditionis mentionem, quæque ideo aut numquam aut certè multo difficiliùs pura videri poſſit. Proinde mirum non eſt Iuſtinianum in eo iure conſtituendo nihil de Marcelli & Vlpiani ſententia referre, quæ ad aliam ſpeciem pertinebat. Sed illud planè mirum eſt tam abſurdam conſtitutionem ab eo latam eſſe, vt inſtitutio facta his verbis, *ſecundum infra ſcriptas conditiones*, nullis poſtea adſcriptis conditionibus purè facta exiſtimetur. Etſi namque non poteſt adiectio illa facere vt conditio vlla inſtitutione addita dici poſſit, facit tamen ne inſtitutio vlla ratione videri debeat pura, quamuis nulla conditio ſit ſubiecta, ſiquidem apertiſſimè demonſtrat voluntatem teſtatoris illam fuiſſe, vt puram inſtitutionem non faceret qui heredem inſtituit ſecundum infra ſcriptas conditiones. Nec bona eſt conſecutio, vt quia nullis adiectis conditionibus inſtitutio conditionalis dici non poteſt, eo magis debeat cenſeri pura. Potiùs enim eſſet inferendum nullam prorſus eſſe inſtitutionem. Non puram, quia teſtator ab initio egit de facienda illa conditionali, eámque ſuam voluntatem apertiſſimis ſcripturæ verbis declarauit, nec vnquam poſtea ſcripturam immutauit. Non conditionalem, quia licèt talem eam eſſe teſtator omnimodo voluerit, nullam tamen conditionem adſcripſit, ita vt non poſſit dici ſub qua conditione fuerit heres hic inſtitutus, licèt illud quoque verum ſit, nec purè inſtitutum fuiſſe, cùm inſtitutio ſcindi nequeat, nec verba illa, *Titius heres eſto*, ab iſtis immediatè ſequentibus ſeparari, *ſecundum infra ſcriptas conditiones*. In eóque differt inſtitutio iſta ab ea quæ facta ſit purè à teſtatore deſtinante aliquam inſerere conditionem. Illam enim nihil impedit puram eſſe aut ſaltem puram fieri, ſi contraria deſtinatione teſtator nullam adiicere conditionem velit. At quæ habet illam adiectionem, *ſecundum infraſcriptas conditiones*, numquam pura fieri poteſt, nec ſi teſtator puram facere velit, niſi etiam ipſo facto adiectionem illam tollat, quia, vt iam dixi, inſtitutio numquam ex ſola voluntate ſed ex ſcriptura quoque vel ſaltem ex eo quod palam nuncupatum fuit æſtimatur. Ineptius verò eſt
11 argumentum † quod Iuſtinianus à Papiniani reſponſo, tanquam à ſimili deducit. Nam in ea ſpecie de qua conſultus fuerat Papinianus, vici quos teſtator ciuitati per fideicommiſſum reliquerat proprios fines habebant, vt diſertè habent verba Papiniani in *dict. §. vlt. d. l. cum pater 77. de legat.* 2. ideóque tametſi teſtator morte præuentus non expreſſiſſet fines quos ſe per aliam ſcripturam expreſſurum & demonſtraturum promiſerat, nihil tamen obſtabat quo minùs fideicommiſſum deberetur tanquam vtiliter datum, cùm de ea re conſtaret quæ per fideicommiſſum relicta erat. In propoſito autem caſu nullis à teſtatore expreſſis conditionibus quas expreſſurum ſe dixerat, nulla alia conditio ſubeſt quæ inſtitutioni naturaliter inſit, quantumlibet dixerit teſtator velle ſe inſtitutionem eſſe conditionalem, quia omnis inſtitutio naturaliter & ſua ſponte eſt pura, cùm extrinſecum quid ſit & accidentale vt fiat conditionalis. Nec eò magis tamen pura videri poteſt ea inſtitutio quam teſtator addendo verba illa *ſecundum infraſcriptas conditiones*, voluit facere conditionalem. Fuiſſet autem rectius argumentum Iuſtiniani ſi Papinianus reſpondiſſet de illo caſu quo teſtator reliquiſſet ciuitati vicos quorum fines demonſtraturum ſe promiſiſſet alios, quàm qui in eum vſque diem fuiſſent. Tunc enim aliud proculdubio reſpondiſſet Papinianus mortuo ante demonſtratos fines teſtatore, quia nec ſciri potuiſſet, non dicam de quo, ſed de quanto corpore teſtator ſenſiſſet, atque ita incertum corpus relictum fuiſſe appareret, ſiquidem certum illud corpus eſt quod quale quantúmque ſit vel per relationem ad aliud demonſtrari poteſt, *l. certum 6. D. de reb. credit. leg. vbi autem 75. D. de verb. oblig.* Tum verò ſi bona eſſet collectio ab ea ſpecie de qua Papinianus reſpondit ad eam de qua Iuſtinianus tractat, ſequeretur, fore vt inſtitutio pura fieret etiam quam teſtator ipſo teſtamenti tempore conditionalem facere voluiſſet, ſi morte præuentus conditionem quam ab initio deſtinauerat addere, non addidiſſet. Illum enim expreſsè caſum Papinianus tractat quo teſtator morte præuentus non fecerit quod ſe facturum promiſerat, vt Iuſtinianus quoque fatetur. Atquin quoties teſtator, qui inſtitutioni conditionem addere deſtinabat, ideo non addidit quia morte præuentus fuerit, verum eſt non fuiſſe mutatam ab eo voluntatem & conſequenter noluiſſe illum vt detracta conditione heres eſſet is quem heredem inſtituit, licèt inſpecta verborum figura inſtituerit eum purè ſi modò deſtinabat animo inſtitutioni adiicere conditionem. Hanc enim deſtinationem mutatam eſſe oporteret, vt fieret inſtitutio pura, quam ſola deſtinatio faciebat conditionalem. Atque ita eò tandem res recidet, vt dicendum ſit † diſ- 12
ſenſiſſe Iuſtinianum à Marcello & Vlpiano in *d. §. tantundem*, iuxta eam interpretationem & emendationem, quam attulimus, quæ habet non videri nuncupatum heredem illum cuius inſtitutioni teſtator voluit conditionem aliquam addere, tametſi nullam addiderit ſi modò in ea manſerit voluntate, vt nollet detracta conditione heredem illum eſſe. Nam ſi hoc verè dicitur, tum quoque cùm deſtinatio illa teſtatoris animo tacita retinetur, ſi modo quacunque ratione de ea conſtare poſſit, quanto magis idem obtinebit cùm deſtinationi accedit ſcriptura inſtitutionis habentis adiectionem illam, *ſecundum infraſcriptas conditiones*, & talis ſcriptura manet integra, non tantùm facto ipſo & re vera, ſed etiam quod magis eſt, eiuſdem teſtatoris deſtinatione? Debuerat ſaltem Iuſtinianus ſuam conſtitutionem ad eum caſum coanguſtare, quo teſtator voluntatem mutaſſet, nec tamen ſcripturam mutare morte præuentus potuiſſet. Quanquam ne quidem hoc caſu eam conſtitutionem rationi iuris conſentaneam eſſe arbitrarer: quia quod ſemel ritè, rectè, ac ſecundum teſtatoris voluntatem in teſtamento ſcriptum eſt, quantum ad heredis inſtitutionem, quæ & caput teſtamenti & quid indiuiduum eſt, id poſtea pro parte tolli aut corrigi non poteſt, multò minùs ſola voluntate, ſi ſalua in contrarium remaneat ſcriptura. At cùm teſtator morte præuentus non adiicit conditionem quam adiicere deſtinauerat, tantò magis habenda eſt inſtitutio pro conditionali non pro pura, quippe quam teſtator & ab initio conditionalem facere voluerit, & poſteà facturus vtique fuerit ſi per humanæ ſortis rationem licuiſſet. Accidit itaque Triboniano † in 13
hac ſpecie quod aliàs ſæpe, vt iis quæ à prudentibus vel Imperatoribus circa alias ſpecies conſtituta ſunt, dum ſe vti putat, vt nouum & inauditum quidpiam conſtituat, abutatur euidentiſſimè, ac decipiatur cùm decipit, imo & antè quàm decipiat.

ERROR X.

De inſtitutione ſic facta, Ex partibus quas adſcripſi, *aut*, ex partibus quas adſcripſero, *aut*, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit. *Ad d.l.2. & l.hoc articulo 19. D.de hered.inſtit.*

SVMMARIA.

1 *Sententia l. 2. D. de hered. inſtit. & diſtinctio in eâ propoſita refertur & refellitur.*
2 *Relatiui natura.*
3 *Falſa demonſtratio in teſtamentis vitiare non ſolet ea quibus adiungitur.*
4 *Triboniani verba inſerta l. 2. D de hered. inſtit.*
5 *Nunquam vna eademque res diuerſo iure cenſeri poteſt.*
6 *Tribonianus IC̃torum nomina & autoritatem ementiri ſolet.*
7 *Plus poteſt conditionis figura expreſſa, quàm tacita.*
8 *Alia clauſula à Triboniano d. l. 2. inſerta.*
9 *Triboniani inſcitia.*
10 *Differentia inter has formulas* ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, & ex partibus quas adſcripſi.
11 *Conditionum natura.*
12 *Inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem multum intereſt.*
13 *Quid proſpexerit Tribonianus in deprauanda l. 2. D. de hered. inſtit.*
14 *Deciſio propoſita ab initio controuerſia ex mente autoris.*
15 *Triboniani verſutia & inſcitia.*
16 *Tribonianus corrupit l.hoc articulo 19. D. de hered. inſtit.*
17 *Tribonianus prætexit humanitatem cùm legibus vim infert.*

AD eandem verò Triboniani inſcitiam referendum mihi videtur quod ſub Vlpiani
nomine ſcriptum eſt in *d. l.2. ad fin. D.de hered.inſtit.* in hæc verba, *Poteſt autem intereſſe*, vtrum quis ita ſcribat, *Ex his partibus quas adſcripſi* an *adſcripſero*, vt *ſuperiori modo dicas nullis adſcriptis partibus nullam eſſe inſtitutionem, quomodo in illis Marcellus, Ex his partibus, ex quibus matris teſtamento ſcripti fuiſſent heredes ſunto: ſi inteſtata mater deceſſerit*
1 *hos non eſſe inſtitutos.* Quorum verborũ † non alius ſenſus eſt, quàm hic, Multum intereſſe an teſtatoris enunciatio relata ſit ad tempus præteritum an ad futurum. Priore caſu nullam eſſe inſtitutionem nullis adſcriptis partibus, Poſteriore verò eſſe vtilem etiamſi nullæ ſint adſcriptæ portiones. Quæ tamen diſtinctio apertè falſa eſt. Nam cùm inſtitutio relata eſt ad partes enunciatas per verbum præteriti temporis, nulla ratio eſt cur videri debeat conditionalis, aut ſi qua ratio ſit ea ipſa multo magis conditionalem facit inſtitutionem cum enunciatio collata eſt in tẽpus futurum. Certi namque iuris
2 eſt relatiuum † ſi iungatur verbo futuri temporis facere conditionem, quod iunctum verbo præteriti, aut præſentis temporis faceret demonſtrationem, *l. Stichum qui meus erit. 6. de legat. 1. l. nuper. 85. ad fin. de legat. 3. l. ſcribit. 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. nominatim. 34. §. 1. de cond. & demonſt.* Qua ratione videbatur moueri Marcellus, vt diceret heredes inſtitutos hoc modo, *ex partibus quas adſcripſero*, non magis heredes eſſe nullis adſcriptis partibus quàm ſi ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero*, vt Vlpianus refert in *princip. d. l. 2.* quod vtique, non ſimiliter dixiſſet Marcellus ita facta inſtitutione *ex partibus quas adſcripſi*, quo caſu bene vidiſſet nõ eſſe hanc niſi falſam demonſtrationem, quæ † in teſta-
3 mentis vitiare non ſolet *l. demonſtratio. 17. de condit. & demonſtr.* nec magis cùm in ipſa heredis inſtitutione occurrit, quàm cùm in legatis vel fideicommiſſis *l. ſi in nomine. 4. C. de teſtam. l. non ideo. 5. C. de hered. inſtit.* Cur enim vitiaretur inſtitutio propter non adiectas portiones inſtitutione ſic cõcepta, *Ex partibus quas adſcripſi*, cum etiamſi nullas teſtator adſcripſerit, hoc ipſo tamen æquas adſcripſiſſe intelligatur iuris intellectu & poteſtate ? *d. l. quoties. 9. §. heredes. D. eod.* Non idem eſt cùm per modum conditionis actum eſt de partibus in futurum adſcribendis, quoniã conditiones omnes ſicut facti ſunt, ita de facto impleri debent non ſola poteſtate iuris: ideóque nullis adſcriptis partibus vitiatur inſtitutio quæ ita fuerat concepta *ex partibus quas adſcripſero*, quaſi defecta conditione ſub qua fuerant heredes inſtituti, ſi iuris rationem cum Marcello conſulamus potiùs 4
quàm Tribonianum, † cuius proculdubio etiam eſt tota illa clauſula *d. l. 2. ſed magis eſt vt ſic vtraque inſtitutio accipatur, ſi voluntas defuncti non refragetur, Ex quibus partibus adſcripſero ſi minùs ex æquis quaſi duplici facta inſtitutione.* Quis enim vnquam audiit vnica verborum præciſorum formula duplicem inſtitutionem contineri, atque quod abſurdius & deformius eſt, difformem, vt vna pura, altera conditionalis eſſe exiſtimetur: cùm in cæteris rebus omnibus quæ alioqui minoris ſunt, & 5
ſolennitatis & momenti, ſoleat dici nunquam † poſſe aut debere vnam eandémque rem diuerſo iure cenſeri, *l. enim qui ædes. 23. D. de vſucap. l. 4. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Non magis certè hoc fieri poteſt quàm vt vna numero eadémque inſtitutio, partim pura ſit, partim conditionalis. Deinde ſi verum eſt vt eſt, nec Tribonianus ipſe negat illa verba *ex partibus quas adſcripſero*, conditionalem inſtitutionem continere, perinde atque illa, *ſi partes adſcripſero*, cur non perinde liceat mihi dicere, quacumque inſtitutione facta ſub qualiquali conditione, videri heredem inſtitutum dupliciter, ſub conditione quidem, ſi conditio extiterit, purè verò, ſi deficiet: cùm è contrario nemo neſciat deficere & euaneſcere inſtitutionem conditionalem deficiente conditione, tantũ abeſt vt ex eo pura fiat. Adde quod neque bonum ſenſum habere poteſt ea exceptio, *ſi voluntas teſtatoris non refragatur.* An non enim refragatur apertiſſimè ne poſſit dici pura inſtitutio cui teſtator expreſſam illam iniecit cõditionem, *ſi partes adſcripſero*, hactenus ſaltem, vt in dubio voluntatis probatio exigenda ſit ab eo qui conditionalem inſtitutionem velit in puram cõuertere, & ex ſimplici facere duplicem? Nec me turbat quod in eadem *l. 2.* adiectum video, *quam ſententiam Celſus lib. 16. Digeſtorum probat.*
Noui enim † artem hominis qui vt facinora ſua occultet aliorum prudentum nomina & autoritatem adferre ſolet: quod ei difficile non fuit poſt Celſi cæterorumque Iureconſultorum libros peſſimo, nec vllis vnquam ſuppliciis expiando ipſius cõſilio & ſcelere combuſtos: qui ſi hodie extaret æquè facilè nobis eſſet eius mẽdacia atque imperitiam detegere. Sed præter ea quæ diximus, illud etiam Triboniani manum & inſcitiam prodit apertiùs quod hanc ſuam ineptã interpretationem adhibet non minus ad hanc inſtitutionis formulã, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero*, quam ad illam, *ex partibus quas adſcripſero*: quaſi tam facile ſit conditionis vim violare, cùm ea per modum conditionis expreſſa eſt, atque ſi expreſſa non eſſet: quod vtique non ita eſt. Plus † namque poteſt conditionis figura expreſſa quàm tacita, *leg. ſi ita. 65. §. 1. de* 7
legat. 1. leg. ſeruo libertatem. 47. leg. nonnunquam. 52. de condit. & demonſtr. leg. in ratione. 30. §. tametſi. D ad leg. Falcid. longéque facilius eſt vt ea inſtitutio, *Titius & Sempronius heredes ſunto ex partibus quas adſcripſero*, habeatur pro pura, ſaltẽ aliquo caſu & ex aliqua parte, quàm hæc quæ non tantùm ſenſu, ſed etiã verbis ipſis omninò conditionalis eſt, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero.* Ergo quod ſequitur † in 8
dict.

Digitized by Google

*dict.leg.2. Aliter atque in illa inſtitutione , Ex qua parte
me Titius heredem ſcripſit , Tunc enim ſi non eſt à Titio
ſcriptus, nec Seius ab eo,nec immerito : hic enim creditur
ineſſe conditio, ſed Marcellus hac ſimilia putat,*totũ Tri-
boniano non Vlpiano tribuendum eſt ſiue contextum
verborum parum elegantem conſideres,ſiue ineptitudi-
nem illam rationis. *Hic enim creditur ineſſe conditio.*
Fatendum enim eſt aut ineptam eſſe rationem , aut ita
concipi debuiſſe.*Hac enim conditionalis tantùm creditur
eſſe inſtitutio.*Aliæ ſiquidẽ,de quibus proximè diximus,
& quas Marcellus ſimiles eſſe putabat,Tribonianus ve-
rò diſſimiles eſſe vult an non etiam fatente Triboniano
tales ſunt vt iis conditio ineſſe credatur ? Vtique cum
priùs dixerit videri eas ſingulas continere duplicem in-
ſtitutionem, quarum prior ſit conditionalis. Atqui in-
ſtitutio cui conditio ineſt fit omnino irrita deficiente
conditione. Aut ergo malè Marcellus ſiue à Celſo,ſiue
à Triboniano reprehenſus fuit,aut mala ratione moue-
tur ſiue Celſus ille ſit ſiue Tribonianus, vt inſtitutio-
nem illam,*ex qua parte me Titius heredem ſcripſit,Seius
heres eſto* , dicat eſſe diſſimilem cæteris quaſi duplicem
inſtitutionem continentibus,conditionalem vnam,pu-
ram alteram. Quidni enim perinde dici poterit, ineſſe
quidem illi inſtitutioni conditionem, *Si teſtator à Ti-
tio heres ſcriptus ſit*, idcóque ex ea parte conditionalem
eſſe inſtitutionem, ſed non eò minùs puram videri de-
bere ſi conditio illa defeciſſe proponatur?Quod tamen
ſi abſurdum eſt,vt ſanè & à Celſi quoque ſentẽtia alie-
num,æquè abſurdum in aliis ſupradictis inſtitutionum
formulis illud ipſum videri debet. Illud verò omnium
9 ſuauiſſimũ eſt,† quod ex illa inſtitutione, *ex qua parte
me Titius heredem ſcripſit Seius heres eſto*, quam Tribo-
niano ipſe fatetur eſſe merè conditionalem , hoc eſt ita
vt nullo modo nullóque caſu euadere in puram poſſit,
ſumpſit ille tam præcipitem errandi occaſionẽ, vt eam
diſtinctionem ſubiungeret quæ ſequitur in verſic.*poteſt*
an enunciatio relata ſit ad præteritũ tempus an ad fu-
turum. Nempe quia vidit eam formulam per verbum
præteriti temporis conceptam eſſe : nec animaduertit
10 quantum interſit an teſtator ita ſcripſerit , † *Ex parte
me Titius heredem ſcripſit* , an ita , *ex partibus quas ad-
ſcripſi*.Etſi enim vtrique huic formulæ commune illud
eſt vt concepta ſit per verbum præteriti temporis,prior
tamen non eo minùs eſt conditionalis,acſi futurum tẽ-
pus demonſtraret *leg. hoc articulo 29. eod. tit.* poſterior
verò ſemper pura eſt,nihil præterea niſi falſam habens
demonſtrationem , numquam conditionalis : vt ſuprà
probauimus. Et ratio differentiæ eſt , quia cùm teſtator
per verba ſiue præteriti ſiue futuri temporis tertiæ per-
ſonæ factum demonſtrauit,probabiliter ignorare poteſt
quod perſona illud vel iam fecerit vel factura ſit,ob id-
que conditionem inſtitutioni hoc ipſo inieciſſe intel-
ligitur ſi iam factum fuit , vel fiet quod poſitum eſt in
formula inſtitutionis. At cùm teſtator ſe ad proprium
factum retulit , non aliter conditionem facere noluiſſe
intelligitur quàm ſi ad futurum quoque tempus ſe re-
11 tulerit , quia cùm omnium conditionum † proprium
illud ſit vt circa res incertas verſentur , ex iis omnibus
quæ ad factum noſtrum pertinent,ea ſola incerta videri
poſſunt quæ ſunt futura quantumlibet ſint in noſtra
poteſtate. Atque huius noſtræ ſententiæ argumentum
fortiſſimum ſumi poteſt ex eo quod Paulus ſcribit in
l.legaui.25.De liber.legat.valere huiuſmodi legatũ, *Ti-
tio centum aureos quos mihi debet lego*,etiamſi nihil mihi
Titius debeat , quaſi falſa tantùm demonſtratione ad-
iecta.Illud verò nõ valere,*Titio centum aureos quos mihi
12 Seius debet lego*,ſi nihil Seius debeat quia inter † falſam
demonſtrationem & falſam conditionem ſeu cauſam
multum intereſt,vt ait Vlp. in *leg.ſi ſit legatum.75.§.1.
verſ.quòd ſi addiderit de legat.1*. Sic enim loci illi con-
iungendi ſunt , & ambo explicandi ex iis quæ ſcripſi-
mus de ſententia & emendatione, *dict. leg. legaui lib.5.*
*coniect.cap.2.*Videtur autem Tribonianus † in corrum- 13
penda ſub Vlpiani nomine tota illa Marcelli ſententia
quæ extat in *dict.leg.2.* (nihil enim video in tota lege
à primis verbis ad extrema vſque quod manum Tribo-
niani non prodat) reſpexiſſe ad Iuſtiniani conſtitutio-
nem in *dict.leg.penult.Cod.de inſtit.& ſubſtit.*aut potiùs
ad fauorem inſtitutionis & teſtamenti quo ſolo fauore
nititur ea conſtitutio. Nam cùm Iuſtiniano placuiſſet
vt ea inſtitutio valeret , *Titius heres eſto iuxta infraſcri-
ptas conditiones* , quamuis nulla adſcripta conditione,
formuláque in futurum tempus collata , neceſſe erat
alterutrum euenire, vt vel inſtitutiones omnes eodem
vitio laborantes æquè validas faceret,vel vt eas inuali-
das ſolas redderet quæ in præteritum tempus collatæ
eſſent. Priorem dilemmatis partem eligere Triboniа-
nus auſus non eſt cùm videret illam inſtitutionem tan-
quam conditionalem ab omnibus improbari , *Ex qua
parte Titius me ſcripſit heredem , Seius heres eſto*, ſi non
ſim à Titio heres ſcriptus.Elegit itaque tanquã coactus
poſteriorem quam reiicere omnimodo debuerat. Nos
verò vt totam tractationem † hanc alioqui ſatis intri- 14
catam dilucidè concludamus,dicimus eſſe diſtinguen-
dum , an ad ipſius teſtatoris , an ad extranei perſonam
relata ſit enunciatio , vt ſi ad perſonam extranei omni-
modo ſit conditionalis inſtitutio ſiue facta ſit per verba
præteriti temporis ſiue per futuri *dict.l.hoc articulo.19.
iunct.leg.ille autem 71. eod.* vbi ſcriptum eſt huiuſmodi
inſtitutiones in præteritum tempus conferendas eſſe
non in futurum ne captatoriæ videantur,*leg.1.in final.
D.de his quæ pro non ſcript.hab.*Si autem ad perſonam te-
ſtatoris ſubdiſtingui oporteat , an per verba præteriti
temporis an per verba futuri,vt priore caſu demonſtra-
tio tantùm ſit non conditio , poſteriore verò conditio
ſit non demonſtratio, etiamſi nulla conditionis men-
tio facta ſit,ſed tantùm partium adſcribendarum. Quã-
to magis ſi dictum ſit ; *iuxta conditiones infraſcriptas*;
facta conditionum aut conditionis expreſſa mentione.
Planè ſi teſtator qui nullas adhuc adſcripſit conditio-
nes heredem inſtituat hoc addito *iuxta conditiones ſu-
pradictas* , aut , *ſupraſcriptas* , non faciet ea adiectio vt
ſit inſtitutio conditionalis ; quia demonſtratio quæ
falſa reperitur , non poteſt immutare qualitatem & na-
turam inſtitutionis. Quicquid autem præteriti tem-
poris eſt , id omnino neceſſe eſt aut verum eſſe aut fal-
ſum : licèt plerunque à nobis ignoretur , cum è con-
trario illa quæ in futurum conferuntur incerta ſint
pendeántque ex euentu. Vnde eſt , quod faciunt con-
ditionem , *leg. cùm ad præſens. 37. cum duab.ſeqq. D.
de reb.credit.* quia poſſunt eſſe & non eſſe , licèt non
defuerint ex prudentibus noſtris qui imprudenter fa-
ctum aliquod eſſe credentes exiſtimauerint futura non
minùs certa eſſe per rerum naturam , ac ea quæ iam
ſint aut aliquando fuerint , inter quos Paulus fuit in
leg. ſed etſi 28. in fin. D. de iudic. Parcerem autem Tri-
boniano ſi in conſtituendo eo iure quod inducit , *dict.
leg. pen. Cod. de inſtitut.& ſubſtit.* Imperatorem egiſſet
non Iureconſultum. Poſſet enim dici nihil aliud in-
tuitum eum fuiſſe niſi fauorem teſtamentorum & in-
ſtitutionum ex quibus teſtamenta æſtimantur. Sed
non poſſum ferre quod ille † abutitur autoritate Pa- 15
piniani , vt nihil niſi ex ſumma veráque iuris ratione
conſtituere videatur. Sicut & in *dict. l.2. §. vltim.*
abutitur ille autoritate Marcelli , qui ſcripſerat &
verè ; heredes ita ſcriptos, *ex his partibus ex quibus te-
ſtamento matris ſcripti fuiſſent heredes ſunto* ; non eſſe
inſtitutos ſi mater deceſſerit inteſtata. Non enim poſſis
niſi ridiculè ex eo inferre quod infert Tribonianus. Il-
lam igitur inſtitutionem nullius eſſe momenti , *ex his
partibus quas adſcripſi* ſi nullas teſtator adſcripſerit. In
hac enim formula , vt monuimus, factum ipſius teſta-
toris demonſtratur , quæ res falſam duntaxat demon-
ſtrationem facit, In ea verò formula de qua apud Mar-

cellum demonſtratur factum extraneæ perſonæ, quæ res omnimodo inducit conditionem, *dict. leg. hoc articulo. 19. eod. tit.* In qua etiam lege,
26 † vt hoc breuiter addamus, non puto dubitari poſſe quin Pomponij ſententiam idem hic Tribonianus noſter corrupit. Nam cùm ſcripſiſſet Pomponius hoc articulo, *quiſquis*, omnes ſignificari, & ex eo poſt Labeonem intuliſſet, ſi ita ſcriptum ſit, *Titius & Seius quanta quiſque eorum ex parte heredem me ſcriptum habuerit, heres mihi eſto*, niſi omnes habeant ſcriptum heredem teſtatorem, neutrum heredem eſſe poſſe, addita etiam ratione optima, *quoniam ad omnium factum ſermo refertur*, ſubiunxit Tribonianus de ſuo, ſubtiliter ſi diis placet, *in quo puto teſtatoris mentem reſpiciendam. Sed humanius eſt eum quidem qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit in tantam partem ei heredem fore, Qui autem eum non ſcripſerit, nec ad hereditatem eius admitti.* Solet enim Tri-
17 bonianus † tum maximè humanitatis prætextum obtendere cùm iuris rationi & legibus vim apertam facit. In propoſito autem illud prorſus inhumanum eſt quod facit vim etiam voluntati teſtatoris. Si enim alteruter duntaxat ex ſcriptis heredibus inſtituerit heredem hunc teſtatorem, qui in conditione inſtitutionis poſuit, vt ab vtroque inſtitueretur, an non violatur voluntas ſi defecta conditione per eum qui hunc teſtatorem heredem ſcribere noluit, alius admittatur? Deinde cùm non poſſit alius ille admitti niſi in tantam partem ex quanta ſcripſerit teſtatorem, ſi ſcripſerit ex dimidia tantum quis aliam hereditatis dimidiam habebit? An non fiet contra voluntatem adeóque contra verba ipſa Triboniani ſi totum habeat is qui ex parte tantùm ſcripſit teſtatorem? Denique dictio illa, *quidem*, abundat. Scribendum enim erat, *ſed humanius eſt eum qui teſtatorem ſuum heredem ſcripſerit, &c.* aut ſi dictionem illam retineas, ſcribi debuerat in hunc modum, *ſed humanius eſt eum quidem qui ſuum teſtatorem non ſcripſerit, nec ad hereditatem eius admitti, Eum verò qui ſcripſerit, in tantam partem ei heredem fore.* Hunc enim ſcripturæ ordinem Pomponij & Labeonis ſententia prioribus legis verbis expreſſa poſtulabat. Sed nimis multa in miſerum Tribonianum. Iam ad pragmaticos & interpretes noſtros redeamus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaſexta.

ERROR PRIMVS.

De ſubintelligenda in teſtamento parentis inter liberos clauſula codicillari.

SVMMARIA.

1 *Tribus rationibus probant interpretes teſtamentum imperfectum inter liberos iure teſtamenti valere.*
2 *Rationes interpretum falſas eſſe aut ineptas.*
3 *Implicat contradictionem vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, & vt defendatur per clauſulam codicillarem.*
4 *Cuiacius poſt alios cenſet in omnibus omnium teſtamentis ſubintelligendam eſſe clauſulam Codicillarem.*
5 *Contrariam ſententiam veriorem eſſe.*
6 *Clauſula Codicillaris effectus.*
7 *Teſtamentum cum codicillis ab inteſtato factis nihil habere commune.*
8 *In teſtamentis inter liberos aut ad pias cauſas factis, clauſulam codicillarem ſubintelligendam non eſſe, aduerſus interpretes.*
9 *Ratio quæ mouit interpretes refertur & retorquetur.*
10 *Ex conſtitutionibus Impp. parentis voluntas inter liberos non defenditur tanquam habens clauſulam codicillarem.*
11 *Ad quas diſpoſitiones pertineat Conſtantini conſtitutio in l. vlt. C. fam. erciſc.*
12 *Clauſulæ quæ pendent ex voluntate nullo caſu à lege ſubintelliguntur.*

1 Vi † teſtamentum imperfectum inter liberos iure teſtamenti valere volunt, triplicem rationem adferre ſolent. Primam, quo huiuſmodi teſtamentum cenſeatur adnexam habere clauſulam codicillarem, cuius ea vis eſſe ſolet vt ſuſtineat teſtamentum quomodo pragmatici & interpretes noſtri loqui ſolent. Secundam, quòd in teſtamento à parente inter liberos condito non ſint attendendæ ſolennitates iuris ciuilis, ſed merum ius gentium, ſecundum quod non niſi de patris voluntate quærendum eſt an ſit perfecta néc ne. Tertiam, quòd iure naturali parentum hereditas liberis debeatur. Sic enim Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obſeru. cap. 112. poſt gloſſ. in l. coheredi. 41. §. cùm filia in verb. non valuit. D. de vulg. & pup. ſub. & in l. filij in verb. teſtato. C. famil. erciſc. Alex. conſ. 105. n. 5. vol. 7. Iaſ. in l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. num. 2. & 8. Cod. de teſtam. & ad auth. nouiſſima. n. 21. Cod. de inoff. teſtam.* Quæ rationes † om- 2
nes ſicuti ad falſum probandum adferuntur, ita vel falſæ ſunt vel ineptæ. Falſa eſt ſecũda, quia nullæ ſunt iure gentium teſtamentorum ſolennitates, vt ſequenti capite dicemus. Inepta eſt tertia licèt ſit vera, quoniam cùm parentum hereditas liberis omnibus ab inteſtato æqualiter iure naturæ debeatur, *l. vlt. D. de bon. damn. l. inter filios. 11. C. fam. erciſc. l. matris. 4. D. ad SC. Tertyll.* conſequens fieret vt non aliter parentis inter liberos voluntas ſeruanda eſſet, quàm ſi æqualiter inſtitui proponerẽtur, quod etſi pleriſque ita eſſe viſum eſt, falſum tamen eſſe probauimus ad finem Erroris 3. Decade ſuperiore. Prima verò & falſa eſt & inepta. Falſa, quia nemo vnquam ex prudentibus noſtris vel dixit, vel admiſſurus fuit in teſtamento inter liberos, magis quàm in cæteris ſubintelligendam eſſe clauſulam codicillarẽ, vt mox probabimus. Inepta, quoniam etſi verum hoc eſſet, vt in huiuſmodi teſtamento ſubintelligi eam oporteret, non tamen facere poſſet, vt parentis teſtamentũ iure teſtamenti valeret, ſed tantùm vt teſtantis voluntas in eo teſtamento declarata iure inteſtati defenderetur, acſi expreſſa eſſet in codicillis ab inteſtato factis. Hic namque ſenſus eſt, hæc poteſtas clauſulæ codicillaris, vt iam à nobis probatum eſt in prima Chiliadis noſtræ parte. Apparétque ex ea ipſa formula quã interpretes & pragmatici præſcribunt, quæ nõ aliã quàm vt ſi teſtamentũ non

non valeat iure teſtamenti, valeat ſaltem iure codicil-
3 lorum. Implicat † igitur contradictionem vt teſtamen-
tum valeat iure teſtamenti, & defendatur per clauſu-
lam codicillarem, quæ ſcilicet ſemper conditionalis eſt
& cuius conditio deficit ſubſiſtente teſtamento. Sed
oſtendamus clauſulam iſtam codicillarem in teſtamen-
to inter liberos, non magis quàm in cæteris ſubintel-
4 ligi vnquam poſſe. Non deſunt † qui dicant ſubintel-
ligendam eſſe in omnibus omnium teſtamentis, quam
ſententiam, quod magis miror, ſecutus eſt ex recentio-
ribus Iacobus Cuiacius, ſiue quoniam, vt ille ait, du-
bitandum non ſit, quin teſtatorum omnium eadem ſit
voluntas quæ illius Lucij Titij de quo in *l. pen. §. vlt. de*
legat. 2. vt ſi quid minùs ritè perítéve fecerint, pro iu-
re tamen legitimo haberi debeat ſani hominis voluntas,
ſiue potiùs, vt alij ratiocinantur, quòd cùm is ferè
omnium non modò teſtatorum, ſed etiam notariorum
mos & ſtylus ſit, vt in teſtamentis clauſula hæc adda-
tur, credendum ſit per errorem potiùs quàm conſultò
prætermiſſam eam eſſe, ſi quando prætermiſſa reperia-
tur, vnde eſt quod tanta contentione diſputant noſtri
interpretes poſt Bartol. ad *l. 1. D. de iur. codicill.* An cùm
è contrario adiecta reperitur hæc clauſula, credenda ſit
ex voluntate teſtatoris adiecta eſſe, quod vtique &
probabilius & receptius eſt, an potiùs vt pleriqué vo-
luerunt, ex vulgari ſtylo & conſuetudine notariorum
Sed tamen, & in foro & in ſcholis, vt alibi monuimus,
5 iampridem exploſus † hic error eſt, neque extra teſta-
menta quæ inter liberos, aut ad piam cauſam fiunt,
neceſſe ſit exprimi clauſulam codicillarem, quando-
quidem quiſquis teſtamentum facit nihil minùs agit,
quam vt codicillos ab inteſtato facere videatur, niſi for-
tè tam ſtultus proponatur, vt ei potiùs interdicendum
ſit factione teſtamenti & codicillorum, ſi putat eſſe
poſſe decedere teſtatum ſimul & inteſtatum. Et verò
6 cum † clauſulæ codicillaris effectus vnicus ille ſit, vt
legitimi ſucceſſores rogati videantur de præſtandis ab
inteſtato iis omnibus quæ in teſtamento data ſunt, acſi
in codicillis ab inteſtato factis relicta eſſent, quis dicat
teſtatorem videri cogitaſſe de legitimis heredibus cùm
teſtamentum ordinauit, in quo fortaſſis extraneum he-
redem inſtituit, niſi vt eos excluderet, non etiam vt vel
honoraret, vel oneraret? Quòd ſi fortè iidem teſta-
mento ſcripti reperiantur, qui ab inteſtato ſucceſſuri
eſſent. Attamen ne tum quidem de clauſula codicillari
adſcribenda cogitaſſe teſtator intelligitur, quoniam ni-
7 hil omnino ſimile aut commune † habet teſtamentum
cum codicillis ab inteſtato factis, ſicut neque ſucceſſio
teſtati cum ſucceſſione inteſtati. In eámque apertiſſi-
ma ſunt verba *l. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. Cod. eod. d.*
l. coheredi 41. §. cùm filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.
l. generaliter 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert. l. 1.
Cod. eod. ne alios iuris locos, qui plures adferri poſ-
8 ſent, conquiramus. Sola teſtamenta † quæ inter libe-
ros facta ſint, ab interpretibus excipiuntur, quaſi quæ
priuilegium hoc habere debeant, vt clauſulam codicil-
larem ſemper adnexam habere exiſtimentur, niſi quod
eâdem audaciâ interpretes idipſum protrahunt ad teſta-
menta facta in fauorem piæ cauſæ. Moti ex perpetuo
illo errore, quo exiſtimant priuilegia omnia liberis
conceſſa etiam ad piam cauſam protrahi & poſſe & de-
bere, vtpote quæ filij loco eſſe credatur. Ego verò non
video quid diſſimile ſit in teſtamentis inter liberos, aut
ad pias cauſas factis, & propter quod in iis locum ha-
beant illæ ipſæ rationes, quas proximè attulimus ad
probandam clauſulam codicillarem in aliorum teſta-
mentis ſubintelligi nunquam debere. An non enim
æquè de teſtamento faciendo cogitat qui teſtatur inter
liberos, atque ſi inter extraneos teſtaretur? Quam ergo
voluntatem habere poteſt, aut decedendi ab inteſtato,
aut liberos ſuos tanquam legitimos ſibi heredes futu-
ros, & ab inteſtato grauandi? An fortè ſolus fauor li-
berorum, aut pia cauſa facere poterit, vt neque curan-
da, neque inquirenda ſit hac in re voluntas teſtatoris,
quaſi paullatim eò tandem decurrendum ſit, vt dicamus
clauſulam hanc videri adiectam à lege potiùs quàm à
teſtatore? Atqui eſſet hoc longè abſurdius, quia legis
quidem eſt hereditatem præſertim legitimam, & ab in-
teſtato deferre *l. lege obuenire 130. de verb. ſignific.* ſed
non legitimos ſucceſſores fideicommiſſis vllis, aut aliis
præſtationibus onerare, ſi eos paterfamilias non onera-
uit, quia neque legis eſt fideicommiſſa relinquere, ſed
patrisfamilias, ſiue cum teſtamento, ſiue ab inteſtato
decedentis. Mouit † fefellitque interpretes omnes 9
hoc vnum, quod vident ex Imperatorum conſtitutio-
nibus, de quibus præcedente Decade ſcripſimus de-
fendi teſtamenta parentum inter liberos etiam quæ
ſint imperfecta, vel qua alia ratione nullius momenti,
l. vlt. Cod. famil. erciſc. dict. l. hac conſultiſſima 21. §. ex
imperfecto. Cod. de teſtam. Nouell. 107. de teſtam. im-
perfect. Non alia, vt putant, ratione, quàm quod pa-
rentum omnium ea voluntas eſſe credenda ſit, vt hu-
iuſmodi teſtamenta inter liberos omni meliori modo
valere velint. Atqui hæc ipſa ratio facere potius de-
buerat, vt aliud iuris eſſe interpretes agnoſcerent, quia
ſi iuris ratio ita ferret, vt clauſula codicillaris in paren-
tum teſtamentis inter liberos ſubintelligeretur, nullis
opus erat Imperatorum conſtitutionibus ad confir-
mandas eiuſmodi voluntates, cùm nec aliud Imperato-
res induxerint, niſi vt ab inteſtato ex voluntates defen-
dantur, quod vtique ſubintellectæ clauſulæ codicilla-
ris poteſtas ſua natura alioqui potuiſſet: aut ſi cum iiſ-
dem interpretibus ſentire velis, factum eſſe ab Impera-
toribus, vt teſtamenta parentum imperfecta, iure ni-
hilominus teſtamentorum ſuſtineantur, quod nos im-
probauimus in *dict. Error. 3. Decadis ſuperioris*, tan-
to magis falſum reperitur commentum iſtud de ſubin-
telligenda in iſtiuſmodi teſtamentis clauſula codicil-
lari, ſiquidem, vt initio capitis diſputauimus, nullus
poteſt eſſe vſus & effectus clauſulæ codicillaris in eo
teſtamento quod ſubſiſtat iure teſtamenti. Nec rurſus 10
pro tuenda interpretum opinione poſſis dicere, ſaltem
poſt ſupra relatas Imperatorum conſtitutiones cœpiſſe
dici poſſe, quod volunt interpretes clauſulam codicil-
larem in hoc teſtamentorum genere ſubintelligendam
eſſe. Nam quemadmodum clauſula iſta codicillaris
nulla egebat noua conſtitutione, vt ſuum illum habe-
ret effectum conſeruandæ parentum inter liberos ab in-
teſtato voluntatis. Ita neque Imperatorum autoritas
potuit egere auxilio clauſulæ codicillaris ad inducen-
dum, vt parentis voluntas quælibet, de qua etiam per
coniecturas & iudicia conſtaret, iure voluntatis inte-
ſtatis defenderetur. Et verò cùm ex ratione iuris ſaltem
eius quo vtimur poſt Theodoſij conſtitutionem in *l.*
vlt. in fin. Cod. de codicill. non aliter valeant codicilli
quam ſi habeant quinque teſtes, dicendum eſſet ſi nihil
aliud Imperatores induxiſſent niſi vt in teſtamentis
inter liberos clauſula codicillaris ſubintelligeretur,
non aliter locum fore conſtitutionibus, quam ſi quin-
que teſtibus parentis voluntas munita eſſet: quod ta-
men falſum eſſe nec interpretes ipſi diffitentur, qui vel
nullos teſtes requirunt, ſi patris ſchedula & ſcriptura
priuata ipſius voluntatem inter liberos continens pro-
feratur, vt ſupradicto loco concludit Andr. Gayll. *nu. 7.*
& 8. poſt Bart. & Caſtren. an l. ſi is qui. D. qui teſtam. fa-
cer. poſſ. Bald. & Iaſ. ad *Auth. quod ſine. Cod. famil. er-*
ciſc. vel duobus teſtibus contenti ſunt, ſi pater volue-
rit teſtari per nuncupationem. Adeo vt putent ſi patris
ſcriptura duos teſtes habeat, vel nuncupatio à patre
facta, defendendam eſſe voluntatem iure teſtamenti
non codicillorum, teſte eodem Andr. Gayll. *num. 13.*
verſ. ſexto amplia, poſt gloſ. in l. filij in verb. ab inteſtato,
& ibid. Salic. & Fulgoſ. C. famil. erciſc. Imol. in l. ſi fi-
lius qui in poteſtate. D. de liber. & poſthum. Iaſ. in d. §.

ex imperfecto, *num.* 14. de quo in ſequenti capite latiùs dicemus. Non ergo defenditur ex conſtitutionibus parentis voluntas inter liberos, tanquam habens clauſulam codicillarem, ſed è contrario tanquam non habens. Nam etſi pater qui inter liberos ſuos teſtatur, clauſulam codicillarem expreſſim adiecíſſet, non eo magis tamen ipſius voluntas iure codicillorum ab inteſtato defendi poſſet, ſi vel teſtes nulli adfuiſſent, vel qua alia ratione imperfecti, neque completi proferrentur codicilli, detracta ſcilicet conſtitutionum autoritate, ſed tantùm iure cuiuſlibet voluntatis inteſtati, quod & iam olim obtinebat, *d. l. filij* 26. *Cod. famil. erciſc.* in illis verbis, *ſed etſi tam circa teſtamentum, quàm circa codicillos iudicium eius deficiat*, quod vtique nihil aliud eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet, *ſi ſcriptura patris, neque iure teſtamenti valere poſſit, neque iure codicillorum.* Quantò minus ergo eam vim habebit ſubintellecta iſta, & planè commentitia clauſula codicillaris? Nec enim maior ſolet, aut poteſt eſſe ius taciti quàm expreſſi, vt eſt in Doctorum brocardico. Itaque non minus fuit neceſſaria conſtitutionum autoritas ad confirmandam ab inteſtato parentis voluntatem, quæ in codicillis imperfectis declarata eſſet, quam ad confirmandam eam quæ teſtamento imperfecto contineretur. Sed & illud obſeruandum eſt conſtitutionem Imperatoris Conſtan-
11 tini quæ prima hoc ius induxit in *l. vlt. C. famil. erciſc.* non ſolùm ad teſtamenta minùs ſolemnia & codicillos imperfectos pertinere; ſed ad eas etiam voluntates, quæ per epiſtolam fuerint declaratæ, adeóque per aliam quamlibet ſcripturam, vt conſtat ex illis verbis, *ſiue cœptum neque impletum teſtamentum vel codicillos, ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſiue quocunque alio modo ſcripturæ quibuſcunque verbis, vel indiciis inueniantur relicta.* Cur ergo volumus Conſtantinum cogitaſſe de parentum teſtamentis iure codicillorum potius quam iure epiſtolæ vel alterius cuiuſlibet vltimæ ab inteſtato voluntatis defendendis? Cúmque nec codicilli ipſi, niſi quinque teſtes habeant, codicillorum iure defendi poſſint, neque tamen eo minus valeant ex lege Conſtantini iure cuiuſlibet vltimæ voluntatis inteſtati, quænam vtilitas aut neceſſitas eſſe poteſt ſubintelligendæ iſtiuſmodi clauſulæ codicillaris in teſtamento, quod non magis codicillorum iure ab inteſtato valere poſſit, quàm iure teſtamenti? Nec quod in eo teſtamento fortaſſe tot adfuerint teſtes quot adeſſe neceſſe erat, vt codicilli ab inteſtato vtiliter facti viderentur, facere debebit vt eo magis clauſulam codicillarem ſubintelligi oporteat, cùm ſufficiant conſtitutiones quæ volunt citra auxilium talis clauſulæ defendi voluntatem iure inteſtati, eóque alio quam codicillorum, nec fuerit difficilius Imperatoribus conſtituere, vt teſtamenta imperfecta valerent citra ius, & nomen codicillorum, quàm vt codicilli ipſi citra ius & nomen epiſtolæ, aut donationis cauſa mortis. Eſt enim illa vltima voluntas quam conſtitutiones defendunt, prorſus innominata, & quæ non magis codicillorum, quam teſtamenti aut epiſtolæ nomine donari poſſit. Denique
12 nullo † vnquam caſu videas à lege ſubintelligi huiuſmodi clauſulas quæ pendent ex voluntate, quia voluntatis quæſtio eſt facti, *leg. voluntatis* 7. *Cod. de fideicommiſſ.* quod autem facti non iuris eſt, à iure ſuppleri nunquam poteſt, *leg. in bello* 12. §. *facti. D. de captiu. & poſtlim. leg. denique* 19. *D. ex quib. cauſ. maiorib.* Iam autem diximus clauſulam codicillarem totam vim ſuam deſumere ex teſtantis qui eam adſcribit, voluntate. Ac prætereà tum quoque cùm lex aliquid ſubintelligere, & vult & poteſt, aliquam tamen ſubeſſe neceſſitatem oportet, aut vtilitatem quæ ad ipſum ſubintelligi ſuadeat. Omnes enim iſtæ ſubintellectiones ſunt fictiones, quæ nunquam inducendæ ſunt, aut admittendæ niſi ex neceſſitate. Nulla porro hic neceſſitas ſubeſt, ad confirmanda parentum inter liberos teſtamenta, ſufficiente conſtitutionum imperialium poteſtate.

ERROR II.

De ſolemnitatibus iuris gentium in teſtamento inter liberos adhibendis.

SVMMARIA.

1 *Teſtamenta parentum imperfecta inter liberos defendi cenſent interpretes quod in iis requirantur tantùm ſolemnitates iuris gentium.*
2 *Nulla ſunt teſtamentorum ex iure gentium ſolemnitates, aduerſus interpretes: & n.* 6.
3 *Teſtamenti factio eſt iuris ciuilis & ratione ſolemnitatum, & originis quoque: non verò iuris gentium.*
4 *Teſtamenti factio cur dicatur eſſe iuris publici.*
5 *Vſus teſtamentorum apud omnes gentes receptus, non facit, vt teſtamentum ſit ex iure gentium: cum nitatur ratione ciuili.*
7 *De teſtamento militari agentes Senatuſconſulti nunquam meminerunt ſolemnitatum iuris gentium.*
8 *Sic nec Impp. cùm tractant de teſtamento tempore peſtis condito.*
9 *Neque Iuſtinianus tractans de ruſticorum teſtamento.*
10 *Interpretes docere non poſſunt quæ ſint in teſtamentis ſolemnitates iuris gentium.*
11 *Duorum teſtium fortuitorum, vtriuſque ſexus, & cuiuſcunque rationis non eſt ſolemnitas teſtamentorum ex iure gentium ducta.*
12 *Probationes omnes ſunt iuris ciuilis: nec vllus teſtium numerus ad rem quampiam probandam iure gentium eſt praſcriptus.*
13 *Cur duo teſtes ſufficiant, vbi numerus non adiicitur.*
14 *Heredi ſcripto quis controuerſiam hereditatis facere poſſit, ſi merum ius gentium attendamus.*
15 *Ex iure ciuili eſt non tantum hereditas, ſed etiam hereditatis petitio, cæteraque actiones omnes.*

ERat illa ſecunda ratio quam initio præcedentis capitis ab interpretibus noſtris adferri dicebamus, cur † teſtamenta parentum imperfecta inter liberos defendantur. 1
Quia, inquiunt, in huiuſmodi teſtamentis non ſunt neceſſariæ ſolemnitates iuris ciuilis, ſed ſufficiunt eæ quæ ſunt ex iure gentium, quod nihil aliud inquirit niſi an perfecta ſit voluntas teſtatoris an non, vt tractat Iaſ. ad *l. hac conſultiſſima* 21. §. *ex imperfecto*, *num.* 2. *Cod. de teſtam.* Idemque tractare noſtri ſolent cùm diſputant de teſtamentis ad pias cauſas, aut quæ facta ſint tempore militiæ, vel peſtis. In iis ſcilicet nihil aliud requiri, niſi vt eas habeant ſolemnitates quas ius gentium præſcribit, licet deſint eæ quas ad præcludendam fraudibus viam conſtitutas voluit ciuilis legiſlator. Nos autem ſupra iam attigimus † ridiculam eſſe hanc tradi- 2
tionem, quia nullæ ſint teſtamentorum ex iure gentium ſolemnitates, idque nos hoc capite probaturos eſſe polliciti ſumus. Quod vt præſtemus apertiſſimè ac commodiſſimè, illud primum pro certo habendum eſt, quod à vulgaribus interpretibus ignorarunt, à nobis iam ſæpius traditum probatumque eſt, teſtamenti † 3
factionem totam eſſe iuris ciuilis, nulla ex parte autem eſſe iuris gentium. Nec ſolum ſi ſolemnitates ſpectemus, in quo ſanè omnes conueniunt, ſed etiam ſi originem & rationem inducendorum teſtamentorum. Etſi enim tam magna ratio fuit permittendi, aut potius inducendi

inducendi factionem teſtamenti, vt vix vlla vnquam gens fuerit quæ teſtamentis vſa non ſit, quia homo ſicut ad acquirendum natus eſt, ita nihil magis appetit quàm vt iis acquirat & paret, quos viuus poſſit ſibi mortuo eligere ſucceſſores, ipſa tamen ratio naturalis obſtabat ne teſtamentum facere vbiuis gentium quiſquam poſſet: quoniam ſicuti nihil tam eſt conueniens rationi & æquitati naturali, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi, *leg. qua ratione 9. §. nihil autem D. de acquir. rer. domin.* ita è contrario nihil eſt quod à naturali ratione magis abhorreat, quam vt quis transferat in alium plus iuris quàm ipſe habeat, *leg. traditio 20. eod. leg. nemo plus iuris 74. de regular. iur.* aut vt iuris quod ipſe in præſenti habet tranſlationem conferat in id tempus quo nullum ius ſit habiturus. Nihil ſiquidem refert, an de transferendo dominio agat is qui dominus non eſt, an verò is equidem qui dominus eſt collata conuentione in id tempus quo dominus non erit, quoniam diſpoſitio quælibet creditur facta, eo tempore in quod confertur, *leg. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dotalib. leg. quod ſponſæ. Cod. de donation. ant. nupt.* Porro is qui teſtatur, licèt eo tempore quo teſtamentum facit, dominus ſit rerum ſuarum, quas idcirco ſi vellet alienare inter viuos, pro arbitrio poſſet, confert tamen effectum ſuæ diſpoſitionis in id tempus quo amplius non erit dominus, id eſt, poſt mortem ſuam, *leg. 1. D. qui teſtam. facer. poſſunt.* Nec enim dominus eſſe poteſt qui mortuus eſt, quia hoc ipſo eſt nullus, vnde & illud ſit, vt in nullius bonis eſſe dicantur res hereditariæ antequam heres aliquis exiſtat, *leg. 1. D. de rer. diuiſ.* & nullius libertus eſſe, qui defuncti libertus eſt *l. 4. in princip. D. de bonor. libert. iunct. leg. 3. §. planè ſi fortè. D. de legit. tutor.* Proinde vix eſt vt non de alienis bonis teſtari videatur etiam is qui de ſuis teſtatur, quod tamen abſurdum eſt, *leg. conficiuntur 8. §. ſi poſt teſtamentum, verſic. & de alienis. D. de iur. codicill.* Certè diſponit de rebus non ſuis, cùm certò ſit deſiturus eas habere in dominio ſuo, antequàm diſpoſitio effectum ſortiatur. Ridiculum igitur eſt exiſtimare quod vulgus interpretum exiſtimat teſtamenti factionem eſſe ex iure gentium. Quæ nec aliam ob cauſam dicitur eſſe † iuris publici in *leg. 3. D. qui teſtam. fa-*
4 *cer. poſſunt.* quàm quod ſit iuris ciuilis, cuius partem conſtituit ius illud, quod ſpecialiori denominatione publicum appellatur, ita vt iure publico fieri dicatur, quod ſit iure teſtamenti, *leg. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. Falcid. iunct. leg. qui duos 42. D. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Nec quod adferunt interpretes teſta-
5 mentorum † vſum apud omnes gentes receptum fuiſſe, & longè ante promulgatas leges duodecim tabularum ad rem facit. Cum enim quæritur an quid ex iure gentium ſit, an ex iure ciuili, non tam illud inſpiciendum eſt, an apud omnes gentes obtineat necne, quàm verum ex naturali ratione inductum ſit, an ex ciuili: ſiquidem quemadmodum ius omne æſtimatur, pendétque ex ratione, ita ius naturale itemque ius gentium ex ratione naturali (hac ſola differentia, vt hoc obiter dicam, quod ius naturale verſatur circa eas res quæ hominibus communes ſunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quæ hominibus ſolis conueniunt) ius verò ciuile ex ratione ciuili. Alioqui dicendum erit hodie ſtipulationes eſſe iuris gentium cùm nulla ferè gens ſit, quæ non vtatur ſtipulationibus quas tamen nemo neſcit eſſe iuris ciuilis, ſi earum origo ſpectetur, & ratio quæ ipſas induxit *§. de conſtituta. Inſtitut. de action.* Hoc verò præſuppoſito quod negari meo iudicio non poteſt. Originem teſtamentorum eſſe ex iure ciuili, prorſus conſequens ſit quod contra interpretes probandum ſuſcepimus, vt teſtamentorum ſolemnitates nullæ ex iure gentium eſſe poſſint. Neque enim † teſtamentorum ſolemnitates 6
vel intellectu ipſo percipi poſſunt ſine teſtamento cui tanquam ſubiecto inſunt velut accidentia. Proinde ſi teſtamenta iuri gentium incognita ſunt, eorum quoque ſolemnitates eodem iure omnino incognitas eſſe neceſſe eſt. Et quemadmodum præpoſterum eſſet dicere iuris gentium eſſe id quod ab initio fuiſſet iuris ciuilis, cùm ius gentium ordine temporis & naturæ ſit antiquius iure ciuili. Ita & præpoſterum erit ſi quis dicat, teſtamentorum, quæ omnia ſint iuris ciuilis, ſolemnitates aliquas eſſe iuris gentium, quæ omnes vtique ſunt iuris ciuilis, ſi ius ciuile ſumas quatenus à naturali vel gentium iure diſtinguitur, generaliter tamen ita vt ius quoque prætorium comprehendat, ex quo etiam nonnullæ teſtamentorum ſolemnitates inductæ fuerunt, vt Iuſtinianus in Inſtitutionibus refert, *tit. de teſtam. ordin.* A primo enim illo tempore quo vſus teſtamentorum introductus fuit, dubitandum non eſt quin eorum quoque ſolemnitates eodem iure ciuili fuerint introductæ. Vt proinde nulla poſtmodum cauſa vel neceſſitas ſubeſſe potuerit implorandi iuris gentium ad alias inducendas. Nam ius quidem gentium conſtitutum fuit vt ſuppetias ferret iuri naturali, & ſimiliter ius ciuile, vt ſuppetias ferret iuri gentium, ſi quando per improborum ciuium procaciam & perfidiam violaretur, ſed vt ius naturale vel gentium ſubſidio ſit, & quaſi ſuccenturiatum iuri ciuili prorſus inauditum eſt, neque vnquam regreſſus ſit à iure ciuili ad ius gentium, vt neque à iure gentium ad ius naturale. Indeque eſt quòd cum Iureconſulti † de teſta- 7
mento militari loquuntur, in quo conſtat non eſſe neceſſarias iuris ciuilis ſolemnitates quæ in paganorum teſtamentis requiruntur, nunquam tamen & nuſquam meminerunt ſolemnitatem iuris gentium, quaſi ſufficiat militibus ſi iure gentium teſtentur, ſed hoc vnum inculcant, licere militibus teſtari quomodo poſſint, quomodo velint ſine vlla legum obſeruatione dummodo qualitercunque conſtet de ipſorum voluntate, *l. 1. leg. Diuus Traianus 24. & paſſ. D. de teſtam. milit.* Sic & Imperatores † cùm tractant de teſtamento tempore 8
peſtis condito in *leg. caſus maioris 8. Cod. de teſtam.* in quo teſtamenti genere certum eſt non omnes iuris ciuilis ſolemnitates neceſſariò adhibendas eſſe, non tamen ex iure gentium ſumunt eas ſolemnitates quæ remanent neceſſariæ, ſed hoc tantùm dicunt, aliquid de iure laxatum eſſe, ſed non prorſus reliquam teſtamentorum ſolemnitatem eſſe peremptam: Vt intelligamus ſi perempta eſſet omnis illa teſtamentorum ſolemnitas quam ius ciuile introduxit, fore vt nulla penitus ne quidem ex iure gentium ſupereſſet, quia nec aliæ vllæ ſunt teſtamentorum ſolemnitates, quàm quæ ex iure ciuili. Sic denique Iuſtinianus † noſter, 9
qui tam ſæpe, maximè verò in Conſtitutionibus Codicis & in Nouellis omnium negligentiſſimè locutus eſt, cùm de ruſticorum teſtamentis tractat in *leg. vltim. eod. tit. Cod. de teſtam.* poſtquàm diſertè ſcripſit quod nos proximè diſputauimus teſtamentorum ordinationem ſub certa definitione legum inſtitutam eſſe, nec homines ruſticos quibus non eſt legum peritia, poſſe tantum legum ſubtilitatem cuſtodire in vltimis ſuis voluntatibus, vt inferat iis proinde ſuccurrendum eſſe, etſi nullum non mouet lapidem vt nouæ conſtitutioni, quomodo ſolet, prætextum aliquem quærat, nulla tamen legis parte recurrit ad ius gentium, aut ad ſolemnitates ex eo gentium iure introductas, ſed primùm ad antiquas leges & Poſteriorum Imperatorum conſtitutiones per quas ruſticitati ſemper conſultum fuiſſe ait, & in multis legum ſubtilitatibus ſtrictam obſeruationem ei remiſſam eſſe, vt habet proœmium conſtitutionis, deinde ad Dei humanitatem, ad quam reſpicientem ſe motum dicit vt ruſticorum ſimplicitati ſubueniret.

ſubueniret. Poſtremò ad antiquam ruſticanorum con-
ſuetudinem quam vult haberi pro lege. An non au-
tem illud omnium maximè conueniens erat, vt in iis
teſtamentis quæ & ruri fierent & à ruſticis, neque lite-
rarum, neque literatorum copiam habentibus ſi
quando vnquàm aliàs, eæ tantùm requirerentur ſo-
lemnitates quæ eſſent ex iure gentium ſi quæ tales eſ-
ſent, Maximè cùm in fine legis ſcriptum ſit in hæc
verba. *Quod igitur quiſque ruſticorum, ſicut prædi-
ctum eſt pro ſuis rebus diſpoſuerit hoc omni modo legum
ſubtilitate remiſſa firmum validúmque conſiſtat.* Fuit
ergo incognita non tantùm prudentibus: ſed ipſi
etiam Iuſtiniano commentitia iſta diſtinctio ſolemni-
tatum in teſtamentis adhibendarum, vt aliæ ſint ex
iure gentium, aliæ ex iure ciuili. Neque verò illi ipſi
10 interpretes noſtri, † qui diſtinctionem hanc vt alia
tam multa commenti ſunt, facilè poſſint, ſi ſeriò in-
terrogentur, reſpondere, quænam ſint iſtæ ſolemnita-
tes quas ex iure gentium inductas eſſe fabulantur.
Quid enim difficilius aut per ipſam rerum naturam
impoſſibilius, quàm dicere quid & quale ſit id quod
nihil eſt, aut vbi ſit quod nuſquam eſt? Hanc tamen
vnam adferre ſolent in qua pluralis ille ſolemnitatum
11 numerus verificetur, vt duos † teſtes interueniſſe ſuffi-
ciat, eóſque fortuitos, & vtriuſque ſexus, item cuiuſ-
cunque nationis. Miror non addere illos, *& ætatis.*
Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant, iique om-
nes maſculi, puberes ciues, & rogati fatentur eſſe æ-
què hæc omnia ex iuris ciuilis conſtitutione. Nec
enim ius gentium agnoſcit quantum ad hanc rem atti-
net, diſtinctionem iſtam hominum, ætatum, natio-
num & ſexuum. Vt ex eo quoque apparet quod etiam
in codicillis qui Romæ fiunt ea obſeruatio neceſſaria
non eſt, quorum ſcilicet origo non aliam cauſam ha-
buit quàm vt conficiendorum codicillorum faciliorem
poteſtatem haberent ij quos alioquin vel penuria te-
ſtium, vel quod aliud impedimentum ſolemniter te-
ſtari prohiberet, *tot. tit. Inſtitut. de codicill. dict. lege
conficiuntur* 8. §. *codicilli. D. eod.* Non ignoto tritam
illam noſtrorum ſententiam quæ à Chriſti Domini no-
ſtri ore profecta, in hanc rem ab interpretibus detor-
queri ſolere (vt alia pleraque ex diuinis literis de-
prompta nec tam alienis ſenſibus facilè temeranda)
In ore duorum vel trium ſtet omne verbum. Sed quid
obſecro habet hoc commune cum iure gentium aut
cum ſolemnitatibus teſtamentorum ex iure gentium
eruendis? Inferendum potiùs eſſet ſolemnitatem illam
adhibendorum duorum vel trium teſtium, ſiue in teſta-
mento ſiue in alia re qualibet eſſe ex iure diuino, tan-
quàm quæ à Deo ipſo Optim. Max. fuerit conſtituta.
Quod tamen quàm falſum ſit, ex eo intelligimus quod
Pontifices ipſi, quibus omnibus nihil vnquam fuit an-
tiquius, quàm vti ne quid conſtituerent quod à iure
diuino abhorreret, non alia teſtamenta valere paſſi
ſunt quàm quæ facta ſint coram duobus teſtibus & Pa-
rocho *cap. cum eſſes. Extr. de teſtam.* quamuis eo loco
ſupradicta Euangelij verba referantur, non tam vt ſo-
lemnitatem hanc à iure diuino eſſe appareat, cùm ne-
que de teſtamento vllo neque de parocho tùm Chri-
ſtus loqueretur, quàm ne quis putet adeo neceſſa-
rium eſſe omnimodo numerum ſeptem teſtium vt non
poſſint duo ſufficere: ſi præterea interueniat paro-
chus, cuius præſentia probitáſque nullam fraudis
ſuſpicionem ſubeſſe patiatur. Nec ſanè ſi merum ius
gentium conſulas, numerus vllus ſiuè binarius ſiue
alius præſcriptus eſt ad probationem non dicam teſta-
menti, ſed neque alterius rei cuius veritas ſit in obſcu-
ro. Quid enim eſſet in obſcuro aut quod tantas pro-
bationes exigeret quantis hodie paſſim opus eſt ſi per
hominum perfidiam ius gentium non violaretur?
Cúmque probationum vſus etiam hodie nullus ſit niſi
propter iudicia & actiones. At non prorſus conſe-
quens † eſt vt quemadmodum & actiones & iudicia 12
ſunt iuris ciuilis, quod omnes fatentur, ita & ſint
probationes? Non ergo ex iure gentium, Quod &
non obſcurè colligi poteſt ex *leg. 1. D. de teſtibus in
verſ. quamquam*, vbi ſcriptum eſt numerum teſtium
legibus definitum eſſe, cúmque quibuſdam legibus
ampliſſimum, ſed poſtea ex conſtitutionibus Princi-
pum ad numerum ſufficientem coarctatum. Quo
etiam pertinet quod Vlpianus † ſcribit in *leg. vbi nu-* 13
merus 12. *eod.* duos teſtes ſufficere vbi numerus non
adiicitur, ſcilicet in ea lege quæ de teſtibus loquitur.
An quia vt noſtri volunt, ius gentium contentum ſit
numero duorum? Minimè, ſed quia vt Vlpianus
ſubiicit pluralis elocutio nimirum legis, duorum nu-
mero contenta eſt. Atqui, inquies, nulla eſt perfidia
legitimi heredis qui teſtamentum quod eo fortaſſis ab-
ſente factum ſit ignorat & negat. Fateor, ſed non ex
eo inferre poſſis ad probandum teſtamentum eſſe ex
iure gentium vt duo teſtes requirantur. Non ſolùm
quia priùs tibi probandum eſſet, quod iam negaui, te-
ſtamenta eſſe iuri gentium cognita, ſed etiam quia ſi
† merum ius gentium inſpicias, neque legitimus he- 14
res, neque alius quiſquam eſt qui heredi ſcripto con-
trouerſiam hereditatis facere poſſit, cùm vel ipſum
nomen legitimi heredis oſtendat deſcendere nos ad
ius ciuile quoties de legitimo herede tractamus. Solus
ille controuerſiam facere poſſet qui defuncti bona pri-
mus occupaſſet. At eo caſu occupator ille haud du-
biè vinceret, nec quicquam heredi ſcripto prodeſſet,
quod probaret teſtamentum, etiamſi poneres quod
falſiſſimum eſt, aliquam actionem iure gentium eo
nomine comparatam eſſe, cuius exercendæ gratia pro-
bationes requirerentur: quia iure gentium res non
habet dubitationem quin primi occupantis fiant quæ
in bonis ſunt nullius. In quo numero eſſe res omnes
hereditarias antequàm heres aliquis exiſtat ipſum
etiam ius ciuile fatetur, cuius autoritate ob eam cau-
ſam neceſſe fuit induci fictionem hereditatis quæ in
diem vſque aditionis vicem perſonæ defuncti ſuſtine-
ret, ne dici poſſet bona eſſe nullius quæ dominum
aliquem interim habere intelligerentur, quamuis non
etiam poſſeſſorem *dict. leg. 1. D. de rer. diuiſ. leg. cùm
heredes* 23. *D. de acquirend. poſſeſſ. leg. heres D. here-
ditas* 22. *D. vſuc. leg. liber. homo* 13. §. *ſi ſeruus here-
ditarius, leg. ob id.* 43. *D. ad leg. Acquil. leg. ſi ante*
25. *D. de interrogat. in iureiurand. fac. leg. non minus*
31. §. 1. *D. de hereditat. inſtitution.* Ex quo apparet
non poſſe iure gentium dari caſum in quo tractari poſ-
ſit de probando teſtamento, ſed totum hoc pertinere ad
ius ciuile ex quo † eſt non ſolum hereditas, ſed etiam 15
petitio hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ,
vt & cæteræ omnes actiones, & quæ ad actiones exer-
cendas neceſſariæ ſunt probationes, quarum nulla planè
eſſet neceſſitas, ſi ius gentium ab improbis hominibus
non violaretur.

ERROR III.

*De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex
liberis legitimam reliquerit alio titulo,
quàm inſtitutionis.*

SVMMARIA.

1 *Diſpoſitionem inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm inſtitutionis, ceſſare cur velint interpretes plerique.*

2 *Iaſon cum aliis ſentit etiam inter liberos diſpoſitionem valere*

valere in qua vni ex liberis legitima titulo legati relicta eſt.

3 *Iuriſprudentiæ infælicitas.*

4 *Iaſonis ſententia refellitur variis erroribus exploſis.*

5 *Legitima deſcendentibus debita titulo Inſtitutionis non eſt neceſſario relinquenda, dummodo ex aliqua hereditatis parte filius ſit inſtitutus vel exheredatus.*

6 *Refellitur ſententia interpretum n. 1. propoſita, & varia eorundem poſitiones euertuntur.*

7 *Heres ex certa re inſtitutus non habetur niſi loco legatarij, cum alius adſcriptus eſt heres vniuerſalis.*

8 *Titulus inſtitutionis quatenus honorificus.*

9 *Parentes non coguntur preciſè liberos ſuos inſtituere, ſed ſub diſiunctione.*

10 *Quo caſu locum habeant Conſtitutiones Impp. de teſtamento imperfecto inter liberos.*

11 *Quot teſtibus debeant probari legata aut fideicommiſſa extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos, & nu. 13.*

12 *Iuſtinianus primus conſtituit vt in ſcriptura imperfecta pater inter liberos teſtans poſſit extraneis legata relinquere.*

14 *Liberorum Ius ſingulare non eſt vt expreſſim eos inſtitui neceſſe ſit, aduerſus interpretes.*

15 *Subſtitui ei nequit qui nullo modo inſtituitur.*

16 *Ex voluntate teſtatoris cauſa inteſtati poteſt praecedere cauſam teſtati in ordine ſuccedendi.*

1 SIt † pater teſtatus ſit inter liberos, ſed ita tamen vt vni ex liberis legitimam relinquerit alio titulo quàm inſtitutionis. Placet interpretibus noſtris non valere teſtamentum, & ceſſare hoc caſu diſpoſitionem vt loquitur, *§. ex imperfecto, l. hac conſultiſſima 21. Cod. de teſtam. vt tractat Salicet. ad Auth. nouiſſima & ibid. Alber. n. 1. Cod. de inoffic. teſtam. Alex. conſ. 76. incip. ponderatis his num. 17. vol. 3. Iul. Clar. in §. teſtamentum queſt. 8. num. 7.* Rationem adferunt, quia inſtitutionis titulus cùm ſit longè honorabilior, reſpicit fauorem liberorum quibus non ſolum honorificentius, ſed etiam multo commodius eſt ſuccedere ex inſtitutione quàm ex legato *l. filium 5. §. ſed & ſi portio. D. de legat. praeſt.* ſiue propter ius adcreſcendi, quod etiam inter inſtitutos in re certa locum habere volunt interpretes. Siue ad hoc vt propria autoritate ac ſine licentia heredis poſſint occupare eam rem ex qua fuerunt inſtituti, quod vtique facere non poſſent citra metum interdicti, Quod legatorum, vt à nobis alio loco pluribus diſputatum eſt. Atqui quod conſtitutum fuit in *d. §. ex imperfecto*, non aliam rationem habet quàm fauorem liberorum, vt iidem interpretes pro certo ſupponunt. Ergo non debet ea conſtitutio in ipſorum odium retorqueri, quomodo retorqueretur ſi huiuſmodi teſtamenta in quibus legitima alio quam inſtitutionis titulo relicta eſſet defenderetur, *vulg. l. quod fauore 6. Cod. de legib. l. nulla 25. D. eod.* Addunt non ſufficere ad validitatem teſtamenti in perſonis liberorum tacitam inſtitutionem, quæ, inquiunt, in extraneis admitteretur, putà in hunc modum, *ſi is qui ab inteſtato mihi ſucceſſurus eſt heres eſſe nolit, ſubſtituo Titium.* Ratione illa quod liberos neceſſe eſt vel inſtitui vel exheredari, *§. 1. Inſtitut. de exhered. liber. l. inter cætera 30. D. de liber. & poſthum. ſic enim Andr. Gayll. lib. 2. practic. obſeru. cap. 112. num. 11. & 12. poſt Iulium Clarum in d.*
2 *§. teſtamentum, queſt. 35. num. 2.* At alij contra † volunt non eo minùs valere patris teſtamentum inter liberos, quòd vni ex ipſis relicta ſit legitima titulo fortaſſis legati, quam ſententiam ſcripſit *Iaſ. ad d. §. ex imperfecto num. 4.* ſe putare veram ſicut euangelium. Motus ex eo quod defectus tituli inſtitutionis ſit defectus ſolemnitatis inductæ iure ciuili non à iure gentium, ob idque nec curandus videatur, ſuppoſito nimirum eo quod in præcedentibus diximus ab interpretibus probatum eſſe. In teſtamentis inter liberos non alias quam iuris gentium, ſolemnitates neceſſariò requiri. Hîc verò liceat mihi quæſo exclamare, Quàm miſera maléque tuta eſſet religio noſtra, ſi euangelij ſacroſancti veritas indubitata tam ſtultis falſiſque opinionibus Iaſonis reſponderet! Aut è contrario quàm felix iuriſprudentia, beatique nos omnes qui iuriſprudentiam profitemur, ſi quam toti Eccleſiæ promiſit Deus Opt. Max. Spiritus ſancti præſentiam ne aberrare vnquam poſſit, eandem Doctorib. noſtris promiſiſſet tum ſaltem cùm in vnam ſententiam conuenirent, ne dubitare poſſemus, quin è contrario verum eſſet, quod ab omnibus probaretur. At neſcio † quo facto aut potiùs 3
neſcio qua iuriſprudentiæ noſtræ infelicitate factum eſt vt vix quicquam abſurdius dici poſſit, quàm quod noſtri pro vero & explorato habent conſentientibus omnium votis, ſi modò tale illud ſit, quod aliquam vel minimam poſſit apud peritiores recipere dubitationem. Neque ſane huius rei exemplum luculentius quærendum eſt, quàm quod nunc præ manibus habemus. Quid enim ſtultius ſomniari ab ægroto poteſt, quam quod vult Iaſon † audétque dicere, perinde atque Euangelium verum eſſe, valere teſtamentum parentis inter liberos, etiamſi vni ex liberis relicta ſit legitima alio titulo, quàm inſtitutionis? Imò verò etiamſi relicta eſſet liberis omnibus legitima cuiuſque portio titulo ac iure inſtitutionis, non eo magis tamen valeret iure ciuili teſtamentum, ſi neque eſſent ij omnes inſtituti heredes ex aliqua hereditatis parte neque exheredati, vt contra omnium interpretum opinionem probauimus apertiſſimè in Error. Decadis. Ratio autem illa quam adfert Iaſon, quòd ſolemnitas illa relinquendæ liberis legitimæ titulo inſtitutionis non ſit à iure gentium, ſed à iure ciuili, duplicem continet errorem. Vnum illum quod putat hanc vnam eſſe ex teſtamentorum ſolemnitatibus iure ciuili introductis, vt legitimam † præſertim deſcendentibus debitam relinqui 5
oporteat titulo inſtitutionis, quod falſum eſt. Nam ſicuti ad validitatem teſtamenti iam diximus non ſufficere, vt filio relicta ſit legitima titulo inſtitutionis, niſi etiam illud concurrat vt ex aliqua hereditatis parte filius vel inſtitutus ſit vel exheredatus. Ita è contrario ſi ponas ex aliqua vel minima, non dico bonorum, ſed hereditatis particula inſtitutum fuiſſe filium, vel è tota hereditate exheredatum, nil neceſſe eſt relinqui filio legitimam titulo inſtitutionis, vt eo magis valeat teſtamentum: ſed ſufficit vt quoquo titulo relinquatur. Adeo vt etiamſi minus legitima relictum fuerit, nulla tamen ratio ſuperſit impugnandi teſtamenti, ſed agendi duntaxat ad ſupplementum ex *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam. & §. hac autem diſpoſuimus. Nouell. 115. vt cùm de appell. cognoſc.* Alius Iaſonis error eſt, quod cùm negat hanc relinquendæ titulo inſtitutionis legitimæ ſolemnitatem eſſe ex iure gentium, licèt verè neget, hoc ipſo tamen agnoſcit aliquas eſſe teſtamentorum ſolemnitates iure gentium comparatas, quod nos proximo capite refutauimus. Debuerat igitur Iaſon hanc ſuæ ſententiæ rationem adferre, quòd nulla ſiue gentium, ſiue ciuili iure talis inducta ſit ſolemnitas, vt legitimam oporteat relinqui liberis titulo inſtitutionis: quamquam, vt fieret bona ratio, addendum eſſet *dummodo ex aliqua hereditatis parte filius eſſet inſtitutus vel exheredatus.* Quod tamen Iaſon non addidit, quia nec didicerat addendum eſſe. In eo denique labitur Iaſon, quod cum vulgo cæterorum interpretum exiſtimat factum fuiſſe à Theodoſio in *dict. §. ex imperfecto*, vt teſtamenta parentum inter liberos quæ ſolemnitatibus iuris ciuilis deſtituta ſunt, ſi modo eas habeant quas iidem illi vocant ſolemnitates iuris gentium defendantur

defendantur iure teſtamentorum : quod nos etiam in
præcedentibus confutauimus, cùm in contrarium pro-
bauimus nihil aliud egiſſe Conſtantinum in *l. vlt. Cod.
famil. erciſc.* Theodoſium in *dict. §. ex imperfecto*, & Iu-
ſtinianum *Nouell.* 107. *de teſtam. imperfect.* quàm vt pa-
rentum inter liberos voluntates iure inteſtati tuerentur.
tur. Atque hæc quidem id nouum iſtud Iaſonis euan-
gelium confutandum adduxiſſe ſufficiat, vt iam ad com-
munem errorem confutandum accedamus. Primùm
6 autem † confutari poteſt iis ipſis rationibus, quibus
error Iaſonis. laborat enim iiſdem vitiis in eo quod
ſupponit, ex ratione iuris communis relinquendam eſſe
liberis legitimam titulo inſtitutionis, etiamſi filius ex
nulla hereditatis parte ſit inſtitutus, neque exhereda-
tus : Item ſolemnitates teſtamentorum alias eſſe à iure
gentium, alias à iure ciuili. Poſtremò valere huiuſmodi
teſtamenta parentum inter liberos, ex conſtitutione
Theodoſij iure teſtamentorum : quæ omnia falsò &
abſurdè dicuntur. Sed in communi errore illud amplius
& peius eſt quàm in errore Iaſonis, quod volunt alij,
liberos adeo inſtituendos eſſe, quia ad liberorum fauo-
rem id maximè reſpiciat vt inſtituantur, cùm & hono-
rabilior, & longè vtilior ſit titulus inſtitutionis quàm
legati aut fideicommiſſi. Nam & hoc quoque nos re-
futauimus in prima Chiliadis huius parte, & oſtendi-
7 mus heredem † ex certa re inſtitutum non haberi niſi
loco legatarij, cùm alius adſcriptus eſt heres vniuerſa-
lis. Nec repugnat Vlpianus in *d. l.* 5. *§. ſed etſi portio de*
8 *legat. præſt.* Non enim ait, ſolum † inſtitutionis titulum
eſſe honorificentiorem ſi quis ex re certa inſtitutus
proponatur, ſed hoc tantùm ſcribit, *hereditates non ſo-
lum honeſto titulo, ſed & pleniore honore tribui*, vt intelli-
gamus honorem hunc qui in inſtitutione maior eſſe
creditur, non tam ex eo deſcendere quod quis inſtitu-
tus ſit, quàm ex eo deſcendere quod quis inſtitutus in
hereditate : quia nec inſtitutio, ſed hereditas illa eſt,
quæ honorem hunc tribuit inſtituto vt defuncti per-
ſonam repræſentet, eiuſdémque iuris eſſe cenſeatur cu-
ius fuerat defunctus. Itaque vt bona ſit hæc ratio Do-
ctorum debet concludere, inſtituendos eſſe liberos non
in legitima ſed in hereditate, aut in aliqua hereditatis
parte, quod longè diuerſum eſt, quoniam legitima
etiam apud interpretes noſtros qui in hoc bene ſen-
tiunt, non hereditatis portio eſt, ſed bonorum, cùm
eius ratio non niſi deducto ære alieno conſtituatur,
quod ex bonis tantùm non etiam ex hereditate vn-
quam deducitur, *l. Papinianus* 8. *quarta autem. D. de
inoff. teſtam.* Sed etſi nihil aliud inſpiciendum eſſet,
quàm quòd volunt interpretes, nimirum quid liberis
fauorabilius eſſet, ſequeretur, nec eſſe parentibus per-
mittendum vt in eiuſmodi teſtamentis imperfectis li-
beros ſuos exheredarent : quod etſi nos pro vero ma-
gis quàm pro abſurdo habemus, quia non putamus hu-
iuſmodi voluntates alio quàm inteſtati iure defendi,
abſurdiſſimum porrò fuerit credere exheredationem ab
inteſtato fieri poſſe, vt in ſequentibus latius dicemus :
apud interpretes tamen neceſſe eſt vt pro abſurdo ha-
beatur, quippe qui velint hæc teſtamenta imperfecta
valere iure teſtamentorum. Nulla enim vnquam talis
9 lex teſtamentis dicta eſt, vt Parentes † cogantur præci-
sè & omnimodo liberos ſuos inſtituere, ſed alternatim
& ſub disiunctione, vt neceſſe habeant eos vel inſtitue-
re vel exheredare, *d. §.* 1 *Inſt. de exher. liber. & poſtum. he-
red. inſtit. vel exhered.* ad tollendum ſcilicet & exclu-
dendum vitium præteritionis, quod non minùs per ex-
heredationem tollitur quàm per inſtitutionem. Exce-
pto vno illo caſu quo poſthumus nepos ex conſilio
Galli Aquilij fuerit inſtitutus. Filium enim qui teſta-
menti tempore præcedit, adeo neceſſe eſt, vt non ſit li-
berum patri exheredare, ne alioqui poſt mortem ſuam
exheredatus filius videretur, *leg. Gallus* 29. *§. in omni-
bus eodem tit.* Denique huic interpretum errori illud
etiam conſequens fieret, vt non niſi æqualiter inſtitui
poſſent liberi à parêtibus in huiuſmodi teſtamentis im-
perfectis, ſiquidem admiſſa inæquali inſtitutione, ſi-
cuti fauetur iis qui reperiuntur inſtituti ex maiore por-
tione quàm quæ ab inteſtato eos contingeret, ita
econtrario cæteris qui minùs conſequuntur, quàm ab
inteſtato fuiſſent conſecuturi, damnum irrogatur : nec
poteſt vni faueri ſi tres pluresve ſint liberi, quin cæte-
ris omnibus noceatur, cùm ex omnium cæterorum por-
tionibus delibari neceſſe ſit, quod in vnum ſupra con-
tingentem ab inteſtato portionem conferatur. Niſi pa-
rens tanto magis aliquos ex liberis grauare voluerit vt
pluribus faueret. Atqui iam probauimus in præceden-
tibus, conſtitutiones iſtas Imperatorum Conſtantini,
Theodoſij & Iuſtiniani ad eum caſum coarctari non
poſſe, quo liberi æqualiter fuerint heredes inſtituti.
Non igitur bona eſt illa ratio propter quam cogendi
ſint parentes, vt legitimam relinquant liberis titulo
inſtitutionis. Ne ſcilicet in odium liberorum retor-
queatur, quod ipſorum fauore inductum fuit, quia non
tantùm ad liberorum fauorem reſpexerunt Imperato-
res, verùm etiam ad coniunctum fauorem parentum,
inter liberos teſtantium, & prætereà ad fauorem vltimæ
voluntatis, ita vt quo † caſu triplex iſte fauor non 10
concurrit, non poſſint locum habere ſupradictæ conſti-
tutiones : Caſus verò ille alius non eſt, quàm ſi pater
aliúſve parens quilibet habens liberos, non tantùm in-
ter eos, ſed etiam inter extraneos teſtari velit. Nam
cùm parens inter ſolos liberos teſtatus eſt, quoquomo-
do de bonis ſuis diſpoſuerit, dum ne liberos exhereda-
uerit, vel minus legitima portione cuiquam ipſorum
reliquerit, ſatis interueniſſe creditur fauor liberorum
quantum ad inducendam poteſtatem conſtitutionum,
tametſi ex inæqualibus portionibus inſtituti ſint. Nec
aliud erit etiamſi perſonis liberorum extraneas miſcue-
rit, cùm quod ad extraneas perſonas attinet ſi fuerint
inſtitutæ, habeatur inſtitutio pro non ſcripta. Dico, *ſi
fuerint inſtitutæ*, quoniam ſi extranei non inſtituti ſed
legatarij vel fideicommiſſarij vel liberi ſcripti propo-
nantur, valebunt vtique legata, fideicommiſſa & liber-
tates, dummodò probentur † non ſolum per eam ſcri- 11
pturam imperfectam, ſed etiam per teſtes, & quidem
non pauciores quàm quinque. Sic enim accipio quod
ſcribit *Iuſtin. in dict. Nouell.* 107. *cap.* 1. *dictáque à teſta-
toribus coram teſtibus*, neque ſententiam illorum probo
qui in hac re duobus teſtibus contenti ſunt. Etſi enim
pluralis elocutio, quod illi obiiciunt, verificatur in
duobus, id tamen nunc obtinet cum alius numerus ad-
iectus non eſt, vt ait *l. vbi numerus* 12. *D. de teſtib.* Hic
verò numerus alius quàm binarius adiectus eſt, non
quidem à Iuſtiniano in *dict. cap.* 1. ſed à Theodoſio in
l. vlt. in fin. C. de codicill. vbi conſtituit vt in omni vlti-
ma voluntate quinque ad minus teſtes requirantur,
quod & Iuſtinianus ipſe confirmauit in *l. vlt. C. de do-
nat. cauſ. mort.* etiam in ruſticanorum teſtamentis quæ
tamen voluit libera eſſe ab omni legum obſeruatione
in *l. vlt. C. de teſtam.* Neque mirum videri debet nihil à
Iuſtiniano expreſſim conſtitutum fuiſſe de numero te-
ſtium in *dicto cap.* 1. cùm de ea re tractaret quæ priori-
bus legibus iam fuerat definita, ita vt exiſtimauerit pa-
rum referre an ita ſcriberet, *coram teſtibus*, ſimpliciter,
an verò hoc etiam addito quod per iuſtam interpreta-
tionem omnino addendum eſt, *in qualibet vltima vo-
luntate requiſitis.* Alioqui debuiſſet Iuſtinianus de bi-
nario numero expreſſim conſtituere, feciſſétque ſi ca-
ſum hunc ſpecialem à generalibus conſtitutionibus
quæ in qualibet vltima voluntate quinque teſtes requi-
runt, excipere voluiſſet. Præſertim cum illud etiam
noui † inducat, vt in eiuſmodi ſcriptura imperfecta 12
poſſint extraneis quoque perſonis relinqui legata, quæ
tamen certum eſt ratione iuris non poſſe relinqui ab
inteſtato, *l. illud* 13. *in fin. D. de iur. codicill.* Nimirum
quia

quia reſpicit ad priores ſuas conſtitutiones, quibus iam fecerat, vt nulla prorſus inter legata & fideicommiſſa diuerſitas ſupereſſet, *l. 2. C. commun. de legat.* Fideicommiſſa enim ab inteſtato relinqui poſſe nemo ambiget, *l. filiusfam. 18. D. ad l. Falcid. l. & in epiſtola 22. de fideic.* Eſſent autem duo valde ſingularia ne dicam abſurda quæ Iuſtiniani conſtitutio induxiſſet, ſi feciſſet vt in ea ſcriptura quæ non valeret niſi iure inteſtati legata non ſolùm relinqui poſſent extraneis, ſed etiam ita relinqui
13 vt † duobus teſtibus contenta eſſent, quæ omni alio caſu, ſi non ſeptem, quinque ſaltem teſtes requirerent. Quòd ſi poſſem mihi perſuadere cum interpretibus eam fuiſſe Iuſtiniani mentem vt huiuſmodi teſtamenta imperfecta iure teſtamentorum defenderentur, de illo etiam non dubitarem quin eadem Iuſtiniani conſtitutio qua parte requirit teſtes ad validanda legata & fideicommiſſa in extraneas perſonas collata de ſeptem teſtibus intelligi deberet. Ne alioqui in numero quoque teſtium videretur meliorem feciſſe conditionem legatariorum extraneorum vbi teſtamentum imperfectum eſſet quàm ſi perfectum fuiſſet? Cùm tamen ſatis ſupérque iis eſſe debeat quod hactenus iis conſultum voluerit Iuſtinianus vt legata ipſis data coram teſtibus quamuis in teſtamento imperfecto perinde valeant, acſi in teſtamento perfecto data fuiſſent. Nam vt ſint fauorabiliora quantum ad numerum teſtium quàm ſi teſtamentum perfectum eſſet, nullo certè colore peti poteſt. At quia ſic Iuſtinianum intelligo vt teſtamenta imperfecta nõ alio iure valere voluerit quàm ſucceſſionis inteſtati, ex eo nimirum moueor vt ſiue de legatis ſiue de fideicommiſſis in exteros collatis agatur, non plures quàm quinque teſtes requiram, quia nec plures in qualibet vltima inteſtati voluntate requiruntur. Supereſt vt illud etiam moneamus, in iis rationibus quas ſuprà diximus, adferri ab interpretibus vt errorem iſtum, quem nos nunc conuellimus, tueantur, illud
14 etiam falſum eſſe quod aiunt ſingulare † ius eſſe liberorum vt expreſſim eos inſtitui neceſſe ſit, nec ſufficiat tacitè fuiſſe inſtitutos, quaſi verò in extraneorum inſtitutionibus aliud obtineat. Nam imo verò heredibus omnibus ſiue ſui ſint & neceſſarij, ſiue neceſſarij tantùm, ſiue extranei commune illud eſt vt expreſsè inſtitui debeant, nec tacita inſtitutio vllo vnquam caſu ſufficiat etiamſi non deficiat voluntas teſtatoris, *l. quoties 9. in princ. D. de hered. inſtit. l. iubemus 29. C. de teſtam.* Itaque in exemplo illo quod adferunt de teſtatore ita locuto, *Si is qui mihi ab inteſtato ſucceſſurus eſt heres eſſe nolit, ſubſtituo Titium*, negandum eſt non ſolùm quod illi volunt legitimum heredem hoc ipſo ſcriptum videri, ſed conſequenter illud quoque quod ſupponunt pro vero, valere hanc Titij ſubſtitutionem. Non enim fieri
15 poteſt † vt bene quis ſubſtituatur ei qui nullo modo inſtitutus reperiatur, *l. ex facto 19. D. de hered.* cùm ſubſtitutio vulgaris nihil aliud ſit quàm inſtitutio ſecunda, vel quod idem ſecundi heredis. Secundus autem heres non niſi ex primi comparatione dicatur. Illa ſanè inſtitutio valet, *ſi legitimus ſucceſſor heres mihi eſſe nolet, Titius heres eſto, l. ſi quis ita 81. eod.* at non quaſi Titio vulgariter ſubſtituto, ſed potiùs quaſi inſtituto & ſub qualibet alia conditione, cùm nihil obſtet quominùs ex
16 voluntate † teſtatoris cauſa inteſtati præcedat cauſam teſtati in ordine ſuccedendi, vt ad eum locum Baldus notat. Indéque potius apparet inſtitutionem tacitam non magis in agnato proximo, qui ſi cum liberis confeератur, extraneus eſt, quàm in liberis ipſis ſufficere. Alioquin eſſet in illa ſpecie legitimus heres habendus pro tacitè inſtituto, & conſequenter Titius pro ſubſtituto nec hereditas teſtamentaria poſt legitimam deferretur, quod tamen à Scæuolæ non minùs quàm à Baldi ſenſu abhorret.

ERROR IV.

De patre qui in teſtamento, vni ex liberis reliquit minus legitimâ.

SVMMARIA.

1 *Diuidendæ inter liberos hereditatis arbitrium parentibus quatenus liberum.*
2 *Quid iuris vbi minus legitima vni ex liberis parens reliquit.*
3 *Teſtamento non facto non eſt quod de legitima tractetur.*
4 *Ab inteſtato lex æqualiter diuidit inter liberos hereditatem.*
5 *Actio quæ datur ad ſupplementum cur dicatur actio ex teſtamento.*
6 *Quid iuris ſi pater bona ſua inter liberos in teſtamento imperfecto diuiſerit, vt vni minus legitimâ reliquerit.*
7 *Non teneri filium qui integram legitimam non habet iudicio ſtare defuncti.*
8 *Eo caſu ad legitimæ ſupplementum non eſſe recurrendum.*
9 *Quo remedio filio grauato in legitimâ, tempore Conſtantini & Theodoſij proſpectum eſſet.*
10 *Legitima cur Falcidia nomine olim appellata.*
11 *Quibus Iuſtiniani conſtitutionibus conſulatur filio in legitima onerato.*
12 *Ex Nouell. 39. malè inferre interpretes filium fideicommiſſo grauatum duplicem quartam detrahere poſſe.*

Diuidendæ † inter liberos hereditatis arbitrium parentibus liberum eſſe certum eſt, dummodo non minùs is qui pietatis ſibi conſcius eſt, id eſt, qui impium nihil admiſit, partis quæ inteſtato defuncto potuit ad eum pertinere, legitimam portionem quæ olim quarta erat, hodie triens vel ſemis eſt, ex iudicio parentis obtineat, *leg. parentibus 8. Cod. de inoff. teſtam. iunct. Auth. vnde etſi parens*, vbi Iaſ. *num. eod. l. quoties 10. vbi gloſſ. & DD. famil. erciſc. l. hac edictali 6. §. 1. C. de ſecund. nupt.* Quod ſi † minùs legitima vni ex liberis parens reliquerit, habet filius querelam inofficioſi teſtamenti iure vetere inſpecto: ex Iuſtiniani autem conſtitutionibus actionem ad ſupplementum *l. omnimodo 30. C. de inoff. teſtam. §. hac autem diſpoſuimus, Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc.* Sed hoc ita ſi teſtamentum factum ſit. Alioqui † non eſt quod de legitima tractetur, quæ ſcilicet nihil aliud eſt quàm portio eius portionis quæ ab inteſtato contingeret, *dict. l. parentibus, & l. quæ nuper. 31 eod. tit.* Nullo autem facto teſtamento ea ipſa portio ſingulis liberis debetur, quæ ſingulos contingit ab inteſtato lex † æqualiter diuidit inter liberos hereditatẽ *l. inter filias 11. C. fam. erciſc.* Vnde etiam eſt quod actio † quæ datur ad ſupplementũ dicitur actio † ex teſtamẽto, quia licèt id quod iure ſupplementi petitur non fuerit relictum in teſtamento, perinde tamen habetur ex teſtatoris voluntate ac ſi relictum eſſet. Non quaſi de eo teſtator cogitauerit (idẽ enim eſt etiamſi disertè prohibuerit teſtator ne quid ampliùs petatur, cùm quicquid in fraudem legitimæ adſcriptũ eſt pro non ſcripto habeatur ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.*) ſed quia cùm alterutrum omnimodo euenire neceſſe ſit, vt vel ſuppleatur filio legitima, vel teſtamentum per querelam inofficioſi reſcindatur, ſiquidem filium in legitima damno affici non oportet, non eſt dubitandum, quin teſtator idémque parens, quantumuis malè fuerit erga filium affectus, ele-

ctorus tamen eſſet ſi viueret, vt filius ſaluo teſtamento
legitimã integrã conſequeretur, repugnantibus licèt iis
verbis quæ aliquando in teſtamento addidiſſet, quàm vt
teſtamentum euerteret, multóque ampliorẽ portionem
ab inteſtato nanciſceretur. Nam vt ab inteſtato ſuccedat
filius, nec tamen in legitima portione ſuccedat, fieri, vt
iam dixi, nullomodo poteſt. Hinc verò perelegans du-
bitandi occaſio naſcitur circa teſtamenta de quibus
nunc tractamus, ſiue imperfecta velis dicere, ſiue in-
iuſta propter defectum ſolemnitatum, & nullius mo-
menti. Naſcitur autem non apud interpretes qui nul-
lam hac parte agnoſcunt differentiam inter teſtamenta
perfecta & imperfecta, cùm hæc perinde atque illa ve-
lint valere iure teſtamenti, ſed apud nos qui non pati-
mur defendi teſtamenta imperfecta ne quidem ex Im-
peratorum conſtitutionibus niſi iure voluntatis inte-
6 ſtati. Quid † enim ſi pater bona ſua omnia inter libe-
ros omnes in eiuſmodi teſtamento imperfecto diuiſe-
rit, ſed ita tamen vt vni ex ipſis minùs reliquerit, quàm
neceſſe fuerit ad complendam legitimam portionem.
7 An dicemus † hunc qui legitimam non habeat inte-
gram, cogendum ſtare iudicio defuncti, vt legitimæ
ſupplementum petere prohibeatur. Atqui nulla vn-
quam lex fuit, quæ parenti arbitrium dederit fraudan-
dæ legitimæ liberorum, quippe quæ non tantùm ciuili,
ſed etiam naturali ſi non iure, ſaltem ratione debeatur,
l. vlt. D. de bonor. damn. l. nam etſi 15. *D. de inoff. te-
ſtam. l. ſcripto* 7. *§ vlt. D. vnd. liber.* Rurſum ſi ve-
8 rum eſt, vt eſt, quod diximus, nihil † eſſe quod de le-
gitima ab inteſtato tractari poſſit, illud etiam conſe-
quens fit vt neque de legitimæ ſupplemento diſputari
queat. Præſertim verò ſi illud etiam eſt, quod addimus
ſupplementum legitimæ nonniſi actione ex teſtamen-
to peti poſſe. Quænam enim actio ex teſtamento com-
petere poteſt, vbi teſtamentum nullum factum eſt, ſuc-
ceditúrque ab inteſtato. Et præterea cùm actio ad ſup-
plementum comparata ſit & introducta per Iuſtinia-
num in vicem & locum querelæ inofficioſi teſtamenti
vt humaniore remedio proſpiceretur filio, ne qua ipſi
fraus fieret in legitima, neque tamen defuncti patris-
familias iudicia tanquam dementis & inſani reſcinde-
rentur. Omnino conſentaneum eſt, vt quo caſu non
potuiſſet ante Iuſtinianum locus eſſe querelæ inoffi-
cioſi teſtamenti, nec hodie locus fiat actioni ad ſupple-
mentum. Porro implicaret contradictionem, vt que-
rela inofficioſi teſtamenti competeret eo caſu quo te-
ſtamentum nullum factum eſſet, quod vel ipſum que-
relæ inofficioſi teſtamenti nomen demonſtrat. Neque
igitur fieri poteſt vt actio ad ſupplementum vel neceſ-
ſaria vel vtilis eſſe poſſit diuiſa per parentem inter li-
beros ab inteſtato quantumlibet inæqualiter heredi-
tate. An ergo ita fiet vt plus iuris habeat pater, vel
plus poteſtatis ad fraudandam legitimam liberorum
ſi inter eos bona diuidat ab inteſtato, quàm ſi facto te-
ſtamento? Eſſet verò abſurdius hoc & iniquius quàm
vt ferri poſſit. Itaque dicendum eſt filio qui in legiti-
ma oneratus inuenitur, conſulendum quidem eſſe, ſed
9 aliter quàm per actionem ad ſupplementum. Erat †
autem olim expeditiſſima ratio per quam ei conſule-
retur ſiue Conſtantinianæ ſiue Theodoſianæ legis tem-
pora inſpicimus. Etenim cùm ab inteſtato liberi om-
nes ſuccedant ex iis partibus quas lex conſtituit, hoc
eſt ex æqualibus, non poterat facere ſiue hereditatis
ſiue bonorum diuiſio inæqualis à patre conſtituta, vt
eo minorem legitimæ ſucceſſionis portionem conſe-
queretur ille ex liberis, cui minùs pater reliquiſſet, ſi-
quidem priuatorum cautiones legum autoritate non
cenſentur, vt Papinianus dicebat in *l. vlt. de ſuis & le-
git.* Sed tantùm vt ex portione illius quem pater mi-
nùs dilexerat, ſumeretur quanto plus pater quàm lex
in aliorum portionibus eſſe voluiſſet. Hoc verò fieri
non poterat quin Senatuſconſulti Pegaſiani autoritas
induceretur ad retinendam quartam portionem ex eo
quod fratrem fratribus præſtare neceſſe eſſet, tanquam
ex fideicommiſſo, tametſi nullis fideicommiſſi verbis
teſtator ad grauandũ filium vſus proponeretur: quando
in fideicommiſſis non tam illud inſpiciendum eſt cum
quo quis loquatur, quàm in quem voluntatis intentio
dirigatur, *l. miles ad ſororem.* 75. *in princ. l. cùm pater.*
77. *donationis. de legat.* 2. Idque nimirum eſt quod ait
lex Conſtantini, *iudicio familiæ erciſcundæ, licèt ab
inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur, ſeruato Sena-
tuſconſulti auxilio defuncti diſpoſitio cuſtodiatur.* Iam
enim eo tempore obtinuerat ex reſcripto Diui Pij vt
legis Falcidiæ, itémque Senatuſconſulti Pegaſiani po-
teſtas inducta eſſet in inteſtatorum ſucceſſionibus pro-
pter fideicommiſſa, *d. l. filiusfamilias* 18. *ad leg. Fal-
cid.* & propter donationes inter virum & vxorem, quæ
fideicommiſſi partibus funguntur, *l. in donationibus*
12. *C. eod.* Ita fiebat vt filius quem pater in legitima
quoque per inæqualem diuiſionem lædere voluerat
integram ſemper Falcidiam retineret, & conſequenter
inter integram legitimam, cùm ea quantitas, cuius re-
tentio competebat ſiue ex legatis per legem falcidiam
ſiue ex fideicommiſſis per Senatuſconſultum Pegaſia-
num reſponderet quantitati legitimæ portionis. Vtra-
que enim erat quarta. Vnde & paſſim à prudentibus
& à prioribus Imperatoribus † legitima non alio quàm 10
falcidiæ nomine appellatur, vt alibi probauimus, cùm
ex hoc etiam probauimus filium heredem inſtitutum
eundémque de hereditate per fideicommiſſum reſti-
tuenda grauatum vnam duntaxat quartam ex ratione
iuris deducere olim potuiſſe, *l. quamquam* 10. *eod. l. iu-
bemus* 6. *C. ad SC. Trebell. l. Papinianus* 8. *§. quarta &
§. vnde ſi quis. D. de inoff. teſtam.* Proinde fieri nullo
modo poterat, vt per bonorum diuiſionem quantum-
uis inæqualem à patre factam filius aliquod in legiti-
ma damnum pateretur. Sed hodie dubitationem illud
facit, quod non videtur ampliùs huic remedio locus
eſſe, poſtquàm placuit Iuſtiniano vt legitima libero-
rum augeretur, & ex quadrante fieret triens vel ſemis,
non aucta tamen falcidia legatorum vel fideicommiſ-
ſorum. Tametſi enim filio cui pater minus relictum
voluit, portionem quartam tribuas ex tota illa portio-
ne quæ ipſum contingit ab inteſtato, non tamen aſſe-
queris vt legitimã integram habeat quæ vel ſemis pro
numero liberorum eſſe deberet. Nouo igitur aliquo † 11
remedio eſt opus, quod ipſum tamen non aliunde
quàm ex eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionibus video
peti poſſe. An vero ex ea quæ extat in *l. quoniam in
prioribus* 34. *C. de inoff. teſtam.* vbi conſtituit ille, vt le-
gitima portio nullum onus nullumque grauamen re-
cipere poſſit, & vt ſi quid contrà ſcriptum erit pro non
ſcripto habeatur? Non puto: etſi ea lege paſſim abutun-
tur noſtri vt probent legitimam liberorum fideicom-
miſſo grauari minimè poſſe. Iis enim temporibus qui-
bus ea conſtitutio à Iuſtiniano lata eſt, nihil neceſſe
erat tale quid caueri ad impediendum ne legitima fi-
deicommiſſo grauaretur, cùm iam ſatis prouiſum eſſet
Senatuſconſulto Pegaſiano per retentionẽ quartæ ſiue
ex teſtamento ſiue ab inteſtato fideicommiſſum datum
proponeretur, nec plus adhuc eo tempore in legitima
portione quàm in falcidia eſſet. Nondum enim auxerat
Iuſtinianus legitimam, vt ex quadrante faceret trien-
tem vel ſemiſſem quod ab eo poſtea factum eſt in *No-
uell.* 18. *de trient. & ſemiſſ. Vnde ſumpta eſt Auth. nouiſſi-
ma, C. de inoff. teſt.* Vt taceam verba *d. l. quoniam,* apertè
caſum illum demonſtrare quo factum ſit teſtamentum,
quia nec aliter tractandum eſſet de legitima portione,
non magis quàm de querela inofficioſi teſtamenti, vt
ſupra diximus. Qui enim ab inteſtato ſuccedit pro virili
ſua & hereditaria portione, vtique plus habet quàm le-
gitimã, cùm habeat integrã hereditariam portionem, cu-
ius nonniſi partẽ conſtituit tota illa portio quã nos le-
gitimam

gitimam appellamus: Adeò vt ſi vellet portionem hereditariam repudiare, vel vt meliùs loquar, omittere, ac ſola portione legitima contentus eſſe, audiri non deberet vt bene noſtri tractant poſt Barr. ad *l. quia poterat 4. D. ad SC. Trebell.* Quia enim fronte debeti ſibi legitimam poſſet is dicere cui parens dediſſet totam eam portionem quæ ab inteſtato ad eum fuerat peruentura, ſiue ex teſtamento dediſſet ſiue ab inteſtato? Petendum itaque remedium eſt ex Iuſtiniani *Nou.* 39. cui titulus eſt *de reſtit. & ea quæ parit xj. menſ. in* §. quamobrem; vbi diſertè conſtituit vt quiſquis rerum ſuarum fideicommiſſum facere vult, priùs & ante omnia teneatur ſeruare filio legitimam portionem, non quartam (hoc enim iam emendatum fuerat) ſed tertiam modis omnibus aut ſaltem mediam, ſecundum numerum filiorum. Sicut enim ſunt generalia huius conſtitutionis verba, ita & generaliter de fideicommiſſo quolibet intelligenda, ſiue per teſtamentum ſiue ab inteſtato relictum ſit. Quid enim refert an hoc vel illo modo relictum ſit, cùm vtroque caſu eiuſdem ſit iuris & poteſtatis? Fideicommiſſum ergo quod pater filio reliquerit, quamuis relatum ad totam ipſius portionem nulla legitimæ facta detractione, habendum erit pro non ſcripto ad eam vſque quantitatem quæ portioni legitimæ reſpondeat, id autem duntaxat in fideicommiſſo eſſe intelligetur, quod detracta legitima ſupererit. Et conſequenter in propoſita quæſtione vtcunque parens inter liberos ſiue hereditatis ſuæ, ſiue bonorum diuiſionem fecerit, officium tamen arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debebit, vt ei quoque cui minùs pater reliquit, nihilominùs legitimam integram adiudicet, facta ei poteſtate retinendæ ad eam vſque quantitatem hereditariæ portionis, acſi legitimam ipſam pater ipſe dediſſet. Cùm tamen olim non aliud arbitri officium eſſet, quàm vt grauato filio, ſi Senatuſconſulti auxilium implorare vellet, quartam ex fideicommiſſo deducere concederetur, *dict. l. vlt. Cod. famil. erciſc.* Ex quo enim quadrans ille legitimarius in trientem vel ſemiſſem commutatus eſt, cœpit mancum eſſe vetus auxilium Senatuſconſulti ad præſtandum filio grauato plenam indemnitatem, fuitque imploranda poteſtas nouæ conſtitutionis: quæ non in eo tantùm differt à Senatuſconſulto quod loquitur illa de triente vel ſemiſſe, Senatuſconſultum verò non niſi de quadrante. Sed in hoc etiam quod prohibet ne fideicommiſſo grauari filius hodie poſſit in legitima cùm olim è contrario Senatuſconſultum Pegaſianum non illud induxiſſet ne fideicommiſſo totius hereditatis grauari heres quilibet etiam filius poſſet (in quo differebat à lege falcidia quæ non dabat teſtatori liberam legandi facultatem niſi de dodrante *l. 1. D. ad leg. Falcid.*) ſed tantùm vt ſi de tota hereditate reſtituenda rogatus eſſet, ius tamen habeat retinendæ ac deducendæ ex fideicommiſſo quartæ, perinde atque ex legatis per legem falcidiam retinere concedebatur, *§. ſed quia Inſtit.*
12 *de fideic. heredit.* Abutuntur + tamen valde imprudenter hac Iuſtiniani conſtitutione illi, qui volunt per eam factum eſſe quod fatentur olim non fuiſſe, vt hodie filius fideicommiſſo grauatus duplicem quartam detrahere poſſit, legitimam ſcilicet ex illa Iuſtiniani lege, Trebellianicam verò ex fideicommiſſo. Priùs enim probare deberent aut ex iuris ratione aut ex Iuſtiniani verbis, Ei qui tanquam filius iam habeat legitimam permitti Trebellianicæ detractionem ex reliqua hereditate quæ ſola ſit in fideicommiſſo: quod tamen numquam probabunt, quia nec verum eſſe poteſt. Non enim cuilibet heredi grauato permiſſa eſt Trebellianicæ detractio, ſed ei tantùm qui fuerit grauatus ſupra dodrantem: quod de illo dici nequit qui pro ſua legitima non tantùm quadrantem habeat, ſed etiam trientem vel ſemiſſem. Præſertim cùm in Trebellianicam imputanda ſint omnia quæcunque grauatus heres ha-

buerit quoque titulo ex bonis eius qui fideicommiſſum iniunxit, *leg. in quartam 90. D. ad leg. Falcid.* Quanto magis ergo legitima imputanda erit: quam etſi filius habere debet non tanquam heres ſed tanquam filius cùm à patre inſtitutus non eſt, habet tamen non ſolùm tanquam filius ſed etiam quaſi heres, quoties inſtitutus reperitur. Alioqui conſequens fieret, vt officio pietatis quod patrem obligat ad legitimam filio tanquam filio relinquendam nunquam ſatisfeciſſe pater videretur, nec ſi filium ex toto aſſe heredem ſcripſiſſet: quod tamen non niſi perabſurdè ac ridiculè dici poteſt. Quid enim amplius facere potuit pater qui filium heredem ex aſſe ſcripſit? Niſi fortè volumus ei imputare cur non deceſſerit inteſtatus vſque ad legitimam filij hereditatem, ex reliquo autem patrimonio teſtatus: quod eſſet adhuc ſtultius. Nec enim poteſt quis decedere teſtatus pro parte ſiue hereditatis ſiue bonorum, ſiue temporis, & pro parte inteſtatus: nec rurſum cuiquam imputari vnquam poteſt cur non deceſſerit inteſtatus, *leg. poſthumus 6. D. de inoff. teſtam.* Denique legitima portio non ea eſt quam pater filio relinquere præſertim iure inſtitutionis non poſſit, ſed è contrario ei omnimodo relinquere debeat vt ſecurè teſtetur. Quidni ergo liceat ei ſponte facere, quod etiamſi nollet, inuitus tamen facere per leges compellatur? *argum. leg. quod autem 6. §. apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* Sed hoc aliter adiectum ſit. Nos inſtitutam diſputationem perſequamur.

ERROR V.

De vnius ex liberis exheredatione facta in parentis teſtamento inter liberos imperfecto.

SVMMARIA.

1 *Non eſt permittendum parenti inter liberos minùs ſolemniter teſtanti vt quemquam ex liberis exheredet.*
2 *Ab inteſtato non fit exheredatio.*
3 *Exheredatio non priùs vim habet quàm adita fuerit hereditas.*
4 *Quandiu hereditas ex teſtamento adita non eſt, tandiu durat ſpes ſucceſſionis ab inteſtato.*
5 *Querela inofficioſi teſtamenti non priùs competit quam adita fuerit hereditas.*
6 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum.*
7 *Conſtitutiones Impp. Conſtantini, Theodoſij quæ parentum teſtamenta imperfecta inter liberos tuentur ad eum caſum non pertinent quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus.*
8 *Qui familiæ erciſcundæ iudicio agit hoc ipſo confitetur aduerſarium ſibi eſſe heredem.*
9 *Ex Nou. 107. ſequi liberos ex aliquibus vnum inſtitui deberi in teſtamento imperfecto.*
10 *Teſtamenta parentum imperfecta non defendi ex Conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. & num. 12.*
11 *Quodnam fuerit Imp. propoſitum Conſtitutionibus de teſtamentis parentum imperfectis, aduerſus interpretes.*
13 *L. hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecto. C. de teſt. non probari voluntatem imperfectam patris vnum ex liberis exheredantis.*

QVæſtionem hanc attigimus iam in præcedentibus cùm de legitima in teſtamento parentis inter liberos inſtitutionis titulo relinquenda tracta-

bamus : adeóque quid nobis de ea videatur inſinua-
1 uimus. Nempe eſſe † permittendum patri inter libe-
ros minùs ſolemniter teſtanti, vt quemquam ex libe-
ris ſuis exheredet, neque ad huiuſmodi exheredatio-
nem confirmandam ſiue Conſtantini, ſiue Theodoſij,
ſiue Iuſtiniani legem pertinere, Ratio noſtra illa eſt,
quoniam vt ſæpius à nobis dictum probatúmque fuit,
imperfecta huiuſmodi teſtamenta non conſeruantur
iure teſtamentorum ſed tantùm iure voluntatis inteſta-
2 ti, ab inteſtato † autem fieri exheredatio numquam
poteſt, quia implicat contradictionem vt exheredetur
is, qui ab inteſtato ſuccedit. Quid enim aliud eſt ex-
heredari quàm ſummoueri ab hereditate? Quid verò
aliud, ab inteſtato ſuccedere, quàm admitti ad heredi-
tatem? Neque poſſit quis ſic iſta conciliare vt per ex-
heredationem ſummoueatur filius ab hereditate poſt-
quàm per ſucceſſionem inteſtati ad eam fuerit admiſ-
ſus. Non enim eſſet hoc ſummoueri ab hereditate, ſed
hereditatem iam acquiſitam amittere, quomodo amit-
tit ille cui tanquam indigno auffertur. At exheredatio
non auffert hereditatem acquiſitam, ſed ſummouendo
perſonam impedit hereditatis acquiſitionem. Sera nam-
que eſſet poteſtas & vis exheredationis ſi in id tempus
conferretur quo hereditas eſſet acquiſita, quandoqui-
dem is qui ſemel heres fuiſſet numquam poſſet deſi-
nere eſſe heres, *l. ei qui ſoluendo 88. D. de heredit. in-
ſtit.* præſertim verò filius qui adeò ſuus & neceſſarius
heres eſt, vt tum quoque cùm ſe abſtinuit perinde ta-
men verum ſit etiam poſt edictum prætoris non eo mi-
nùs heredem illum manere, *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi
ſuus. D. de fideicommiſſ. libert.* Quod etſi de alio etiam
herede quolibet verè dicitur, ſiue teſtamentarius ille
ſit, ſiue legitimus, multò tamen certiùs de legitimo,
quia in teſtamentario faciliùs contingere poteſt vt,
quamuis reuera heres fuerit, pro eo tamen habeatur,
acſi nunquam heres fuiſſet, putà ſi ruptum ſit teſta-
mentum ex poſtfacto per querelam inofficioſi teſta-
menti *leg. circa 24. D. de inoff. teſtam.* cùm ea querela
non detur niſi in heredem & poſt aditam hereditatem,
*l. Papinianus 8. §. ſi conditioni eod. l. ſi quis filium 34. in
fin. Cod. eod.* qui caſus in legitimo herede contingere
non poteſt, quia nec ab inteſtato, locus eſt querelæ
inofficioſi teſtamenti, vt ſuperiore capite diſputaui-
3 mus. Indéque etiam eſt quod exheredatio † quantum-
uis ritè ac rectè iuſtéque facta non prius vim & effe-
ctum habere incipit quàm adita fuerit hereditas. Non
ſolùm odio exheredationis, & ne alioqui teſtamen-
tum quod herede ſcripto adeunte deſtituitur, & per
omnia ſit irritum ad ſolam exheredationis notam pro-
ficere videatur, vt ait Tryphoninus in *l. filium 20. D. de
4 bonorum poſſeſſ. contr. tabul.* Sed etiam quia quandiu †
hereditas ex teſtamento adita non eſt, tandiu ſpes du-
rat ſucceſſionis ab inteſtato, ſiquidem aditio ſola illa
eſt quæ omnino confirmat teſtamentum, quod alio-
quin deſtitui & irritum fieri neceſſe eſt ſi hereditas ex
teſtamento non adeatur: In eum autem caſum quo ab
inteſtato ſuccedatur non eſt quærendum de exhereda-
tione quæ niſi ex teſtamento valere non poteſt, & quæ
non alium ob finem fit, quàm ne is qui exheredatus
eſt ſuccedere vnquam poſſit, neque ex teſtamento ne-
que ab inteſtato. Ex quo illud etiam conſequitur quod
5 proximè diximus, vt querela inofficioſi † teſtamenti
non competat niſi poſt aditam hereditatem, quia nec
ad aliud competit, quàm vt deleat & perimat notam
exheredationis, quæ porro ante hereditatis aditionem
nulla dum in effectu eſſe intelligitur. Sicut è contra-
6 rio dicimus bonorum † poſſeſſionem contra tabulas
dari ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum
in *l. quod vulgo 19. De bonorum poſſeſſionem contra tabu-
las*, quoniam liberis præteritis tantùm datur non etiam
exheredatis *l. non putauit. 8. eod.* Verum igitur eſt, quod
volumus exheredationem ab inteſtato neque fieri ne-
que valere poſſe, ac proinde conſtitutiones Imperato-
rum † Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani quæ paren- 7
tum teſtamenta imperfecta, nulliúſque alioquin mo-
menti tuentur inter liberos ad eum caſum non perti-
nere quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus. Quod
in Conſtantini quidem lege tam apertum eſt vt nihil
dici poſſit apertius. Sic enim incipit. *Inter omnes dun-
taxat heredes ſuos qui ex quolibet venientes gradu pares
tamen videntur eſſe*, id eſt, qui licèt in diſpari gradu
ſint, tamen pariter vocantur ad ſucceſſionem inteſtati,
ſcilicet per ius repræſentationis, quod vtique ab inte-
ſtato tantùm locum habet non etiam ex teſtamento.
Sequitur verò, *vel emancipatos quos prætor ad ſucceſſio-
nem vocat.* Ergo non exheredatos, quia non putauit
prætor exheredatione notatos ad bonorum poſſeſſio-
nem, ne quidem contra tabulas admittendos, ſicut nec
iure ciuili teſtamenta parentum turbant, quominùs ea
ſtare & conſiſtere patiantur, *dict. l. non putauit. in princ.*
Quanto minùs igitur ad bonorum poſſeſſionem inte-
ſtati? Planè, vt ſequitur apud Vlpianum, ſi emancipati
iidémque exheredati liberi velint querelam inofficioſi
proponere, eſt in ipſorum arbitrio, ſcilicet petita prius
bonorum poſſeſſione, quæ ob eam cauſam litis ordi-
nandæ gratia peti dicebatur, de qua in *l. poſthum. 6. §.
vlt. cum l. ſeq. & l. Papin. 6. in princ. D. de inoff. teſtam.*
Addit lex Conſtantini *licèt ab inteſtato ad ſucceſſionem
liberi vocentur.* Quod vtique de liberis omnibus intel-
ligendum eſt, non ob id ſolùm, quòd vt eſt in vulgari
noſtrorum brocardico, indefinita æquipolleat vniuer-
ſali, *l. ſi pluribus 44. de legat. 2. l. ſi plures 98. de legat. 3.*
ſed etiam quia fieri non poſſet vt ex liberis quidam ab
inteſtato ſuccederent, alij verò per exheredationem à
ſucceſſione ſummouerentur, cùm vt diximus, exhereda-
tio non poſſit fieri niſi in teſtamento, ſimul autem de
teſtamento & de inteſtati ſucceſſione tractari nequeat.
Poſtremò illud in Conſtantini lege obſeruandum eſt,
quod non aliter vult ſeruari hanc minus ſolemnem pa-
rentis inter liberos voluntatem quàm officio & æqui-
tate arbitri familiæ erciſcundæ. Sic enim habet, *iudicio
familiæ erciſcundæ defuncti diſpoſitio cuſtodiatur.* Atqui
iudicium familiæ erciſcundæ locum non habet niſi in-
ter coheredes *l. 1. in fin. l. cùm putarem 36. verſ. ſed tu vi-
deris & paſſ. D. eod.* adeò vt qui † familiæ erciſcundæ 8
iudicio agit hoc ipſo confiteatur aduerſarium ſibi eſſe
coheredem, quomodo detracta ex Baſilicis negatione
legendum eſt in *l. qui familiæ 37. eod.* licèt confeſſio illa
ſi erronea ſit retractari quandoque poſſit, dum ne con-
demnatio ſit ſecuta, *d. l. cùm putarem.* Porrò non poteſt
aut coheres eſſe aut pro coherede haberi is, qui fuit ex-
heredatus. Cùm ergo minùs ſolemnis voluntas parentis
inter liberos non niſi familiæ erciſcundæ iudicio cuſto-
diatur, planè conſentaneum eſt vt de liberis exheredatis
intelligi conſtitutio non poſſit. Inauditum enim eſt vt
exheredatio vlla per arbitrium familiæ erciſcundæ con-
firmetur, cùm officium arbitri ſit hereditatem commu-
nem inter coheredes iuxta teſtatoris voluntatem diui-
dere, non etiam exheredationem à teſtatore factam vel
improbare vel confirmare. In hanc verò eandem ſen-
tentiam apertiſſima etiam eſt conſtitutio † Iuſtiniani 9
in *d. Nou. 107. de teſt. imperf.* in illis verbis, *volumus ſi
quis literas ſciens inter ſuos filios voluerit facere diſpoſi-
tionem; primum quidem eius tempus ſubſcriptione decla-
ret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc
vncias in quibus ſcripſit eos heredes, &c.* Filios ergo om-
nes ex aliquibus vnciis ſcriptos fuiſſe Iuſtin. non ali-
quem ex ipſis exheredatū. Quamquam non ita hoc ac-
cipiendum eſt quaſi velit Iuſtin. non aliam parentis in-
ter liberos minùs ſolemnem voluntatem tuendam eſſe
quàm in qua liberorum omnium inſtitutio continea-
tur. Quid enim ſi non tam hereditatis quàm bonorum
ſuorum diuiſionem facere parens voluerit? Inter hæc
namque multum intereſſe oſtendimus in Errorem

Decadis

Decadis ſuperioris. Quid ſi non de faciendo teſtamento, ſed de epiſtola vel de codicillis conſcribendis cogitauerit? Facilè prætermiſerit hereditariam inſtitutionem, quæ nec per epiſtolam nec per codicillos fieri poteſt, *leg. illud* 13. §. 1. *D. de iur. codicill.* nec eo minus tamen conſeruanda erit ipſius voluntas ſaltem ex Conſtantiniana lege, quæ perinde loquitur de epiſtola & de codicillis atque de teſtamento imperfecto, *dict. leg. vltim. Cod. famil. erciſcun.* Cur ergo requirit Iuſtinianus vt liberi inter quos Parens minùs ſolemniter diſponere voluit, ex aliquibus vnciis heredes fuerint inſtituti? Nimirum quia non de qualibet parentis inter liberos diſpoſitione tractat eo loco, ſed tantùm vt ipſa Nouellæ inſcriptio demonſtrat, *De teſtamentis imperfectis*, teſtamentum autem ſine inſtitutione heredis nullum eſt, quæ ſit caput, fundamentum & principium teſtamenti. Eo præſertim iure quod Conſtantini & Theodoſij temporibus obtinebat, vt inutile eſſet teſtamentum quod non inciperet ab inſtitutione, §. *ante heredis. Inſtitut. de legat.* vbi Iuſtinianus à ſe primùm hoc emendatum fuiſſe gloriatur. Ad alias verò parentum diſpoſitiones per quas bonorum ſuorum inter liberos fecerint diuiſionem citra vllam inſtitutionem, alia Nouellæ pars pertinet, quæ eſt in *capit.* 3. §. quia verò nouimus. Cæterùm ex hoc etiam apparet, quàm verum ſit, quod nos volumus
10 ipſa etiam teſtamenta † parentum imperfecta, non defendi ex conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. Nam ſi defenderentur iure teſtamentorum, quid obſtaret quominùs valerent, etiam vno ex liberis per parentem exheredato? An non exheredatio æquè ac inſtitutio fieri in teſtamento poteſt? Aut quomodo poſſet voluntas parentis inter liberos inſtitutos defendi, iure teſtamenti, quin ipſa etiam exheredatio defenderetur? Alioqui exheredatum neceſſe eſſet ſuccedere ab inteſtato, fratres verò inſtitutis ſuccedere ex teſtamento: quod abſurdiſſimum imo impoſſibile eſſet. Rurſum, cur è contrario faceret vnius ex liberis exheredatio, vt cæterorum qui inſtituti eſſent ius læderetur? Maximè verò ſi proponas rectè iuſtéque factam exheredationem. Quis enim filij iure exheredati fauor, quodnam priuilegium eſſe debeat, ſiue contra fratres inſtitutos, ſiue contra patrem? At audio interpretes illud ipſum rurſus obiicientes, quod iam toties refutauimus, eas Imperatorum conſtitutiones reſpicere ad fauorem liberorum, qui potiùs offenderetur ſi exhe-
11 redationi faueremus. Ego verò hoc primùm nego † quod illi pro vero ſupponunt, reſpexiſſe Imperatores ad fauorem liberorum potiùs quàm patris. Nec ſanè aliud propoſitum Imperatoribus fuit, quàm vt fauerent vltimæ voluntati prudentis patris inter liberos ſuos, piè iuſtéque magis quàm ritè diſponentis. Deinde vt maximè verum eſſet, nihil aliud egiſſe Imperatores niſi vt liberis fauerent, id tamen ita eſſe accipiendum, vt iis fauere voluiſſent quos fauore dignos putaſſent. Inſtitutis igitur, non etiam exheredatis: præſertim verò, ſi, quod euenit plerunque, plures inſtituti reperirentur, vnus verò aut alter tantùm exheredatus. Quidni enim & fauor & numerus inſtitutorum vinceret fauorem ſi quis eſſet, ac numerum exheredatorum? aut cur impiorum liberorum quos pater iuſtè exheredaſſet, improbus fauor noceret inſtitutis, quos pater piè iuſtéque heredes inſtituiſſet? Atqui noceret, ſi faceret vt eò minùs teſtamentum parentis imperfectum iure teſtamenti ſuſtineretur. Non ſolùm quia illis quoque liberis ipſis qui ſunt inſtituti, commodius & honorificentius eſt ſuccedere ex teſtamento quàm ab inteſtato, etiamſi non plus ex teſtamento, quàm ab inteſtato conſequerentur. Verùm etiam quia non ſubſiſtente exheredatione, quam pater in teſtamento imperfecto ſcripſiſſet, neceſſe eſſet euenire, vt quemadmodum exheredatus ſuccederet ab inteſtato, ita & ſimiliter ab inteſtato ſuccederent illi etiam liberi qui fuiſſent inſtituti, ne alioqui videretur pater pro parte liberorum deceſſiſſe teſtator, & pro parte inteſtatus. Ab inteſtato autem minus conſequerentur inſtituti liberi, quàm ex teſtamento conſecuti fuerant, nimirum faciente iis partem exheredato, qui ex teſtamento nullam feciſſet. Neque eſt quod quis replicet, imputandum eſſe patri, qui aliquem ex liberis ſuis exheredare voluit, cur non ſolemniter fuerit teſtatus. Si enim ratio hæc bona eſſet, æquè probaret, nec inſtitutionem inæqualem liberorum defendendam eſſe cùm perinde dici poſſet imputandum eſſe patri cur non ritè teſtatus eſſet, ſi nolebat æqualiter heredes eſſe liberos quos lex ab inteſtato ex æquis partibus erat vocatura. Ac multo magis dicendum eſſet non valituram parentis diſpoſitionem imperfectam, per quam vni ex liberis, aut ſolam legitimam, aut minùs legitimâ, aut etiam nihil reliquiſſet, cùm his omnibus caſibus proculdubio damnum ſentiat filius, cui minùs datur quàm habiturus fuiſſet ab inteſtato. Parùmque diſtat hic ab exheredato, ſi nihil prorſus ei relictum proponatur, niſi quod inuito quoque patre legitimam perinde habere debet ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi relicta ei fuiſſet, vt ſuperiore capite dicebamus. Atqui valent huiuſmodi omnes parentum inter liberos diſpoſitiones, quemadmodum probauimus in præcedentibus. Cum ergo quæritur, an parentis voluntas minùs ſolemnis ſeruanda ſit inter liberos non illud inſpiciendum eſt, an poſſit imputari ei cur non ſolemniter fuerit teſtatus, ne tum quidem, cùm eius voluntas ſeruari non poteſt niſi iure inteſtati: Multo
† igitur minùs imputari poſſet ei, qui in tali teſtamen- 12
to vnum ex filiis ſuis exheredaſſet, cur teſtamentum non perfeciſſet, meliúſque teſtatus non fuiſſet, ſi huiuſmodi teſtamenta defenderentur ex conſtitutionibus iure teſtamentorum. Nec enim poſſet ei obiici exheredationem non potuiſſe fieri niſi in ſolemni teſtamento, cum teſtamentum hoc etiam minùs ſolemne, ſatis tamen pro ſolemni haberetur eo ipſo, quod nihilominus teſtamenti iure ſuſtineretur. Ad quid enim comparatæ ſunt iure tot ſolemnitates teſtamentorum, aut quem effectum habere illud poteſt quòd adhibitæ fuerint, niſi quòd alioqui ex teſtamento ſuccedi non poſſet? Quicquid ergo in teſtamento ſolemni fieri poſſet, idipſum omne fatendum eſt fieri poſſe in teſtamento quantumlibet imperfecto minúſque ſolemni, ſi modo tale ſit quod perinde ſuſtineatur iure teſtamenti acſi ſolemne eſſet, ac proinde exheredationem quoque: Nec enim tam facile eſt illud admittere, vt exheredatio fiat ab inteſtato, quàm vt fiat in teſtamento imperfecto minúſve ſolemni, ſi quidem tale teſtamentum imperfectum minúſve ſolemne non eo minùs teſtamenti ius & nomen retinet, ſtatim atque ſupponis perinde illud teſtamenti iure ſuſtineri, acſi nihil ei ex ſolemnibus deeſſet. Atqui probauimus, non de eo cogitaſſe Imperatores, vt in huiuſmodi teſtamentis exheredationem fieri paterentur, ſed de illo tantùm vt parentis voluntatem conſeruarent inter liberos omnes ſimul ſuccedentes, in quo numero exheredati non continentur. Conſequens igitur eſt, neque de eo ipſos cogitaſſe, vt teſtamenta iſta iure teſtamentorum defenderentur, ſed ab inte-
ſtato tantùm. Vna lex Theodoſij † quæ dubitatio- 13
nem hîc aliquam facere videatur in *dict. leg. hac conſultiſſima* 21. §. *ex imperfecto. Codice de teſtam.* vbi expreſsè conſtitutum eſt & indiſtinctè, ex imperfecto quoque teſtamento defuncti voluntatem inter liberos tenere. Quâ verborum generalitate ea quoque voluntas contineri videtur per quam vnus ex liberis fuerit exheredatus. Sed non ita eſt, quia in præcedente Decade ſæpius inculcauimus, non id agit Theodoſius eo loco, vt nouum aliquod ius hac in re con-

ſtituat, ſed tantùm vt à ſuæ conſtitutionis poteſtate ius illud excipiat quod lex Conſtantini iam induxerat. Niſi quòd additum voluit vt lex Conſtantini quæ de patribus duntaxat locuta fuerat, ad vtriuſque ſexus parentes protraheretur: Itaque extra eam adiectionem, Theodoſij conſtitutio interpretanda eſt ex lege Conſtantini, quam nos iam oſtendimus ſic omnino accipi oportere, vt neque caſum illum poſſit comprehendere, quo vnus ex liberis fuerit exheredatus, neque interpretationem iſtam admittere, vt teſtamentum imperfectum ſuſtineatur iure teſtamenti, nec ob hoc ipſum quod inter liberos ſuccedentes admitti ius repræſentationis, vt ſuprà attigimus, cui tamen numquam locus eſſe poteſt niſi ab inteſtato, vt alibi diſſeremus.

ERROR VI.

De teſtamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus teſtibus.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum patris imperfectum coram duobus teſtibus conditum an defendatur iure teſtamenti.*
2 *Accurſij & aliorum iuris interpretum affirmantium ſententia refertur.*
3 *Relatæ ſententiæ ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Imperfectum teſtamentum quodnam dicatur.*
6 *Noua l. vlt. C. de fam. erciſc. ſanctio circa parentum teſtamenta imperfecta.*
7 *Legati & prælegati differentia.*
8 *Error interpretum.*

NOn quidem conuenit inter omnes iuris noſtri interpretes, an parentum teſtamenta omnia imperfecta de quibus agimus defendantur inter liberos iure teſtamentorum: Quamquam enim receptior illa opinio eſt, quæ vult defendi, non deſunt tamen qui nobiſcum in contrarium ſentiant, non tam teſtamenta ipſa ex principalibus Conſtitutionibus defendi, quàm voluntatem in ipſis declaratam, & iure inteſtati. Sed quantum ad ea
1 teſtamenta † pertinet quæ coram duobus teſtibus con-
2 dita reperiantur, vix quiſquam eſt ex interpretibus † qui non modò fateatur, verùm etiam mordicùs defendat, valere illa iure teſtamenti. Sic enim Accurſ. ad *leg. filij in verb. ab inteſtato. C. famil. erciſc. vbi etiam Bald. Salicet. & Fulgoſ. Imol. in l. ſi filius in poteſtate. D. de liber. & poſthum.* & poſt eos Iaſ. ad *l. hac conſultiſſima* 21. *§. ex imperfecto, num.* 14. *C. de teſtam.* vbi ex hoc infert ille ad ſtatuta quæ ſunt tam multa in Italia fœminas ab inteſtato excludentia. Nimirum non eſſe iis locum, ſi parens inter liberos coram duobus teſtibus teſtamentum feciſſe proponatur, quod non poſſit videri ab inteſtato deceſſiſſe is, qui in ea deceſſit voluntate quæ teſtamenti iure defendi queat. Cuius tamen ſententiæ quam ego mirabilem eſſe ſemper duxi, non aliam ratio-
3 nem adferri † video, quàm quæ à nobis in præcedentibus, iam non modò relata ſed etiam confutata eſt, quod in teſtamentis parentum inter liberos eæ ſolemnitates ſufficiant quæ ſunt ex iure gentium, nec maiores illæ requirantur quæ ſunt ex iure ciuili, & quæ in aliis aliorum teſtamentis requirerentur. Inter eas autem quæ ex mero iure gentium eſſe exiſtimantur, vna illa eſt vt adſint duo teſtes qui ſupremam defuncti voluntatem ab ipſo audiuerint. Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant inuentum proculdubio & commentum eſt iuris ciuilis, §. 1. *Inſtit. de teſtam. ordin.* At ego commentum iſtud & ſomnium interpretum noſtrorum eſſe dico, quod illi volunt aliquas eſſe teſtamentorum ſolemnitates ex iure gentium. Et inter cæteras hanc potiſſimùm de duobus teſtibus adhibendis. De quo quia iam ſatis copioſè & ex propoſito ſcripſi in Errorem huius Decadis ſecundum, nihil nunc erit repetendum. Hoc tantùm addendum, Nulla conſtitutione † 4
aut ratione probari poſſe, quod aiunt, Teſtamenti iure defendendum eſſe teſtamentum quod coram duobus teſtibus conditum reperiatur, ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. Omnes enim Imperatorum conſtitutiones quæ parentibus inter liberos teſtantibus fauere voluerunt, ſicuti de adhibenda teſtium ſolemnitate non loquuntur, ita neque de iſtiuſmodi teſtamentis imperfectis iure teſtamentorum defendendis. Sed tantùm de conſeruanda parentis inter liberos voluntate ab inteſtato dummodum, per ſcripturam de illa conſtare poſſit ſiue nulli prorſus teſtes, ſiue pauciores quàm ſeptem, qui ſolemnis numerus eſt adhibiti reperiantur. Quinimò etiamſi ſeptem teſtes adhibiti fuerint, quorum tamen ſigna & ſubſcriptiones deſint. Propriè namque imperfectum teſtamentum † illud eſt, quod 5
finem non habet: finis autem teſtamenti in ſcriptis de quo ſolo imperatores ſenſerunt, ſubſcriptiones ſunt, & ſignacula teſtium, quomodo ratiocinantur Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima.* Itaque ſicuti plus æquo iniurioſi ſunt liberis, minúſque rigidi interpretes illi, qui non aliter conſeruandam putant patris inter liberos voluntatem, ne quidem iure inteſtati quàm ſi habeat teſtes, vt diſputauimus in Error. 2. Decadis præcedentis. Ita nimis faciles & indulgentes illi, qui duobus teſtibus contenti ſunt, vt eam parentis inter liberos voluntatem tueantur etiam iure teſtamenti, quæ nec ſi ſeptem teſtes adfuiſſent, defendi tamen poſſet iure teſtamenti, ſi quid vel minimum ex ſubſcriptionibus & ſignaculis teſtium deeſſet. Quam in rem præter illa quæ diſputauimus in præcedentibus, aperta etiam ſunt verba Diocletiani & Maximiani in *d. l. filij* 16. *C. famil. erciſc.* vbi ſcriptum eſt ſi tam circa teſtamentum quàm circa codicillos iudicium parentis deficiat, id eſt, vt iam alio loco interpretati ſumus, ſi patris ſcriptura quæ proferur, talis ſit, vt neque teſtamenti neque codicillorum iure defendi poſſit, veruntamen quibuſcunque verbis voluntas eius declarata fuerit, ſuccedi quidem patri ab inteſtato, ſed tamen aditum iudicem familiæ erciſcundæ iudicio ſequi debere voluntatem patris, ſeruato retentionis modo ex Senatuſconſulto, id eſt, permiſſa ex Pegaſiano quartæ retentione ei, qui in minori quàm hereditaria portione inſtitutus reperitur. Idque iuris autoritate ſignificari. Ex quo intelligimus non eſſe noua omnia neque à iuris ratione aliena, quæ Conſtantinus poſtea conſtituit in *d. l. vlt.* ſed in eo tantùm
† quod addit, *vel quibuſcunque indiciis*, cùm priores 6
Imperatores dixiſſent tantùm, *quibuſcunque verbis.* Erant enim neceſſaria olim verba nec ſufficiebant indicia, quæ ſufficere voluit Conſtantinus, cuius lex in cæteris concepta eſt iiſdem ferè verbis quibus vſi ſunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. filij.* Quod nequis forte miretur, obſeruandum eſt quod eadem lex ait voluntatem iſtam parentis quibuſcunque verbis declaratam non ſeruari iure actionis, quaſi valida ſint etiam inter liberos quæ in eiuſmodi ſiue teſtamentis ſiue codicillis imperfectis continentur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ, id eſt, æquitate ſolius iudicij, cuius ea natura & conditio eſt vt arbiter in omnibus & per omnia ſequi debeat defuncti voluntatem nec minùs cùm ab inteſtato ſucceditur, quàm cùm ex teſtamento. Quæ res facit, vt ius liberorum non tam pendeat ex ſcriptura patris, quam ex poteſtate adiudicationis, quæ fit per arbitrium in iudicio familiæ erciſcundæ, ita vt ante illam adiudicationem nullum prorſus ſit ius liberorum. Quomodo euenit cùm donatio inter viuos à patre

patre in filium familias collata eiuſdem patris morte confirmata eſt, *l. familiæ cuius* 18. *eod.* Cui conſequens eſt, vt ſi pater vni ex liberis ſuis aliquid prælegauerit, iſque omiſſa hereditaria portione ne fortè oneribus hereditariis pro ea parte teneatur, prælegato contentus eſſe malit, non ſit admittendus ad prælegati ſiue petitionem ſiue retentionem: quia verum eſt etiam inter liberos non valere huiuſmodi prælegatum, neque poſſe confirmari per arbitrum familiæ erciſcundæ, qui ſcilicet nullus eſſe poteſt quantum ad eum qui non vult eſſe coheres, quia nec inter alios accipi tale iudicium poteſt quàm inter coheredes, *l. cum putarem* 56. *& ſeq. D. eod.* Cùm tamen ſi prælegatum valeret, ſiue liberorum, ſiue vltimæ voluntatis fauore, poſſet vtique vel peti vel retineri ſaltem pro ea parte quæ à coherede acciperetur, *l. miles ad ſororem* 75. §. 1. *De legat.* 1. adeóque totum ſi non prælegatum, ſed ſimpliciter legatum proponeretur, *l. qui filiab.* 17. §. *vlt. cum l. ſeq. de legat.* 1. Hæc enim vt alibi monuimus, differentia eſt inter legatum

7 † & prælegatum quod legari etiam extraneo poteſt, prælegari verò non niſi vni ex heredibus, quod & prælegati nomen ipſum demonſtrat, itemque præceptionis. (Sunt enim iſta ſynonima, niſi quod verba legati per præceptionem ad perſonam legatarij diriguntur) quomodo namque poſſet quis dici præcipere, hoc eſt antè capere qui eo accepto aliud præterea

8 caperet nihil? Errant † igitur euidenter noſtri, cum notant ad *d. l. filij*, ſeruandam eſſe quamlibet parentis inter liberos voluntatem, quamuis minùs ſolemnem. Debuerunt enim dicere ſeruandam eſſe illam demum quæ officio arbitri familiæ erciſcundæ confirmari poſſit, aliam verò præterea nullam, non ſolùm ſi ius vetus inſpicias, ſed etiam ſi nouas poſteriorum conſtitutiones. Idque non modò ſi nulli teſtes adfuerint, ſed etiam ſi duo pluréſve, dum ne ſeptem, aut etiam ſeptem, dum ne ſubſcriptiones aut ſignacula teſtium omnium, aliæve ſolemnitates interuenerint. In ſumma, eſt quidem ſeruanda parentis voluntas inter liberos, at non tam ab ipſis liberis, quàm ab arbitro, qui ſi qua de cauſa nullus inter liberos acceptus ſit, nullam ipſi habere inuicem poſſunt actionem, vt ea quæ parens diſpoſuerit impleatur.

ERROR VII.

De clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda.*
2 *Imperfecta teſtamenta parentum inter liberos non ſunt verè ac propriè teſtamenta, aduerſus interpretes.*
3 *An huiuſmodi teſtamenta ipſo iure tolli queant.*
4 *An verò per exceptionem, vbi inciſum eſt vel inductum à parente teſtamentum.*
5 *Sententia l. vlt. D. de his quæ in teſt. del.*
6 *Falli interpretes in expoſitione Nou.* 107. *de imperf. teſt. C.* 2.
7 *Error interpretum de reuocando teſtamento etiam inualido per poſterius clauſulam derogatoriam habens refellitur.*
8 *Interpretes ſuum errorem malè fulcire ex verbis Nou.* 107.
9 *Teſtamentum imperfectum, vbi aliud perfectum poſtea fit, non euadit in codicillos teſtamentarios.*
10 *Teſtamentum imperfectum cenſetur reuocatum per poſterius, etiamſi nulla in hoc illius facta ſit mentio.*
11 *Clauſulâ derogatoriâ poſterioris teſtamenti vim & validitatem impediri eſt interpretum ſomnium, &* num. 15.
12 *Per voluntatem inteſtati præcedentem abſurdum eſt vt impediatur validitas poſtea facti teſtamenti.*
13 *Teſtamenta parentum imperfecta vt valeant debent confirmari & adiuuari per officium arbitri familiæ erciſcundæ.*
14 *Clauſula derogatoria in voluntate parentis imperfecta contenta effectui quando locus ſit.*
16 *Clauſulam derogatoriam cur ſubintelligi velint interpretes in teſtamentis parentum imperfectis.*
17 *Imperfectum teſtamentum parentis inter liberos defenditur iure inteſtati, non verò inter extraneos.*
18 *Clauſulam derogatoriam in parentis teſtamento inter liberos imperfecto ſubintelligi non poſſe.*
19 *Vnde æſtimari ſoleat quod ſubintelligitur.*

SAtis non fuit interpretibus noſtris tam multa comminiſci abſurda circa parentum teſtamenta imperfecta inter liberos niſi etiam illud addidiſſent quod nunc refutandum ſuſcipimus. De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligenda, Sic enim exiſtimant † teſta- 1
mentum a patre conditum inter liberos cum ſolemnitate, *Auth. quod ſine. C. de teſtam.* non ſolum non tolli ipſo iure, at neque ope exceptionis, ne quidem per inciſionem ſeu inductionem & lituram teſtamenti, ſed requiri expreſſam reuocationem, nec rurſus eam ſufficere niſi etiam illud concurrat, vt factum ſit aliud teſtamentum perfectum & ſolemne, in quo præterea contineatur clauſula derogatoria quæ talis teſtamenti mentionem facit ſpecialem, *per text. in Auth. hoc inter liberos eod. tit. quæ ſumpta eſt ex cap.* 2. *Nou. l.* 107. *de teſtam. imperfect.* Ita Iaſ. ad *d. Authent. hoc inter nu.* 1. *Angel. & Alex. in leg. noſtram, penult. eod. tit. quos refert & ſequitur Andr. Gayll. lib.* 2. *obſeru. pract. cap.* 112. *num.* 13. *ad fin.* Quæ traditio non pluribus abundat verbis, quàm erroribus. Illud enim primum falſum eſt quod volunt imperfecta huiuſmodi teſtamenta parentum inter liberos eſſe verè teſtamenta. Quamuis enim ſic appellentur tota *dict. Nouell.* 107. *de teſtam. imperfect.* non magis tamen verè & ſimpliciter teſtamenta dici poſſunt, quàm vt homo ſimpliciter dicatur is, qui vel iam mortuus, vel non niſi pictus ſit. Teſtamenta quidem dicuntur quoniam fiunt à parentibus ſub eo nomine teſtamenti, ſed cum hac adiectione, *imperfecta*, & ſecundum quid. Solent autem Logici dicere, ab eo quod eſt vel dicitur ſecundum quid, non poſſe inferri ab eo quod ſit vel dicatur ſimpliciter: in quo tamen video non ſolum pragmaticos noſtros omnium peſſimos logicos paſſim decipi, ſed etiam interpretes pragmaticis noſtris non multo meliores. Deinde quod aiunt non tolli hæc † teſtamenta ipſo iure per 3
contrariam voluntatem etſi non falsò, tamen ridiculè dicitur. Ea namque demum ipſo iure tolli poſſunt quæ ipſo etiam iure ſubſiſtunt. Vnde eſt quod habet iuris regula nihil tam naturale eſſe quàm vnum quodque diſſolui eo iure quo colligatum eſt, *l. nihil tam naturale* 35. *de regul. iur.* At qui teſtamenta hæc, vt diximus, ipſo iure non ſubſiſtunt, id eſt, iure ciuili (quod iis verbis, *ipſo iure* ſignificatur) non ſolùm ſi iuris communis rationem inſpicias, ſed etiam ſi imperatorum conſtitutiones, quæ, vt à nobis probatum eſt in præcedentibus, nihil aliud induxerunt niſi vt voluntas in huiuſmodi teſtamentis imperfectis declarata quibuſcunque non modò verbis, verùm etiam indiciis, iure inteſtati defendatur ſola poteſtate iudicij familiæ erciſcundæ, ac per officium arbitri. Non igitur poteſt fieri vt

ipſo iure tollantur, nec ſi aliud teſtamentum quantumuis perfectum poſtea ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem conditum proponatur : quo tamen caſu non eſt ex interpretibus qui non dicat teſtamentum imperfectum tolli ipſo iure. Tertium abſurdum eſt, quòd volunt huiuſmodi teſtamenta † ne quidem per exceptio-
4 nem tolli, tametſi inciſum fuerit vel inductum à parente ipſo teſtamentum. Certi namque iuris eſt doli exceptionem ei nocere qui aliquid petat ex eo teſtamento, quòd à teſtatore ipſo inciſum inductúmve reperiatur, tanquam qui veniat contra voluntatem, etiamſi teſtamentum tanquam legitimo modo conditum ſeptémque teſtium ſigna habens valuerit aliquando *d. l. noſtram, verſic. ſancientes.* Sicut & ille qui duobus factis teſtamentis poſteriores tabulas incidit vt priores ſupremas relinqueret, cum priore teſtamento deceſſiſſe intelligitur, *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento. verſ. non ſecus D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Quod enim poteſt maius indicium eſſe mutatæ voluntatis quàm ſi teſtamentum vel incidatur, vel inducatur? Ideóque nimirum is cuius nomen in teſtamento voluntate teſtatoris perductum eſt, ſicut ad adeundam hereditatem iure ciuili, ita & ad petendam iure prætorio bonorum poſſeſſionem ſcriptus non intelligitur, quamuis nomen eius legatur inquit Iulianus in *l. ſi ita ſcriptum. 8. §. is autem eod. tit.* Quid ergo neceſſe eſt aliud fieri teſtamentum ad auferendam ei hereditatem vel bonorum poſſeſſionem, quam ex eo ipſo in quo ſcriptus eſt, conſequi nunquam poſſit? Tunc enim ſolet poſterius teſtamentum eſſe neceſſarium ad prius reuocandum, cùm prius tale eſt ex quo vel adiri poſſet hereditas vel bonorum poſſeſſio peti, ſi aliud teſtamentum poſterius nullum eſſet, priuſque omnino eſt vt teſtamentum primum aliquod eſſe oporteat, quàm vt de ſecundo tractetur. Adeo vt neque vlla probatio à legitimis heredib. exigenda ſit, quòd ſupremas tabulas quas ſolas habebat teſtator inciderit vel induxerit, vt inteſtatus moreretur. Qua enim alia mente poſſet videri id feciſſe, cùm id fecerit per quod tabulæ quæ in id vſque tempus valuerant, deſierint valere? Nec eſt contrarium quod hanc voluntatis probationem exigere videtur
5 Paulus † ad Papinianum in *l. vlt. D. de his quæ in teſtam. delent.* vbi ſcribit in hæc verba, *ſed ſi vt inteſtatus moreretur incidit tabulas, & hoc adprobauerint hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, ſcriptis auocabitur hereditas.* Obſeruandum namque eſt, tractari eo loco de teſtatore qui pluribus tabulis eodem exemplo ſcriptis vna ex iis in publico depoſitas abſtulerat & deleuerat, alias verò intactas reliquerat ex quibus tamen perinde atque ex ablatis deletiſque res geſtas declarabat. Proinde non poterat ex vnarum inciſione vel inductione concludi, at neque coniici, quòd inteſtatus decedere voluiſſet, cùm alias extare ſufficeret, vt teſtatum eum decedere voluiſſe ac deceſſiſſe appareret. Siquidem nemo dixerit neceſſaria eſſe duo exempla teſtamenti vt quis teſtatus deceſſiſſe intelligatur. Probationem igitur voluntatis defuncti bene Paulus exigebat vt ſcriptis heredibus hereditas auocaretur, nimirum tanquam indignis *l. cum tabulis. 16 §. vlt. D. de his quæ vt indign.* in eoque cum Papiniano conueniebat, vt explicauimus, *libr. 18.*
6 *Coniect. cap. 16.* Minus verò † obſtat [quamquam hoc vnum interpretes omnes fefellit] quod Nouella Iuſtiniani conſtitutio 107. *De teſtam. imperf. cap. 2.* quamuis loquatur de teſtamento rumpendo, requirit tamen aliud factum eſſe teſtamentum idque perfectum. Nec enim Iuſtinianus eum caſum tractat quo vtrumque concurrat vt teſtator & ſcripturam teſtamenti ruperit, & aliud prætereà teſtamentum fecerit, quaſi vtrumque concurrere ſit neceſſe, aut ſaltem poſterius teſtamentum interuenire ad ſcripturam priorem infirmandam; quomodo interpretes arbitrãtur: ſed duos caſu diſtinguit, quorum alter eſt, Si ea ſcriptura quam parens inter liberos teſtamentum eſſe primùm voluerat poſtmodum ab eo rupta ſit vel quod idem eſt ſiue inciſa ſiue inducta, & cancellata: Alter verò, ſi aliud teſtamentum pater fecerit ſolenniter ac iure perfecerit, vtroque autem caſu etiamſi horum alterum dumtaxat interuenerit, vult Iuſtinianus, quod nolle non potuit, vt prior illa ſcriptura quæ alioquin valitura fuerat officio arbitri familiæ erciſcundæ fiat prorſus inanis, inutilis, nulliúſque momenti. Nec magis requirit, tanquam quid neceſſarium, vt factum ſit ſecundum teſtamentum eo caſu quo ſcripturam pater ipſe ruperit, quàm vt ſcriptura rupta ſit eo caſu quo pater aliud fecerit teſtamentum: qui tamen caſus nullam apud noſtros interpretes recipit dubitationem. Non enim quemadmodum exigunt vt ad inductionem & cancellationem prioris teſtamenti accedat autoritas poſterioris perfecti, & ſolenniter completi. Ita è contrario audent exigere vt ad poſterioris teſtamenti poteſtatem accedat inciſio & cancellatio prioris. Cur enim aut quonam colore requirerent rumpi ſcripturam & chartam prioris teſtamenti imperfecti facto alio poſteriore eoque perfecto, cùm per poſterius teſtamentum, ſi modò iure perfectum ſit, rumpatur prius ipſo iure etiam quod iure valuit, tametſi chartam ſcripturámque prioris teſtamenti intactam illibatámque teſtator reliquerit, *§. poſteriore. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. l. 1. & 2. D. de iniuſt. rupt. l. ſi quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* Et hanc Iuſtiniani ſententiam fuiſſe fatebitur ſanè quiſquis verba conſtitutionis legere ac ponderare volet. Sed in
hoc quoque & quarto loco interpretes † noſtri errant, 7
quod poſterius teſtamentum quantumuis ſeptem teſtium ſignis, cæteriſque ſolennibus omnibus munitum non aliter habent pro ſatis perfecto validóque ad prius, quamquam prorſus inualidum reuocandum, neſi, quod magis eſt, prioris teſtamenti ſcriptura chartáque rupta ſit, quàm ſi habeat clauſulam derogatoriam, per quam priori teſtamento expreſſim derogatum reperiatur. Quid enim commune habet cum poſterioris teſtamenti perfectione quòd clauſulam derogatoriam vel aliquam habeat vel nullam? Aut quis credat magis eſſe neceſſariam clauſulam derogatoriam ad reuocandum teſtamentum, quod tale ſit tamque infirmum vt iure teſtamenti valere numquam poſſit, quam ad reuocandum illud quod iure perfectum fuerit, & ex quo tam adiri hereditas quàm bonorum poſſeſſio peti potuiſſet? Quo plus enim vitium quid habet ſiue teſtamentum illud ſit, ſiue quid aliud, tanto difficilius eſt, vt infirmari rumpique poſſit. Sed & ſi quis caſus eſt in quo prius teſtamentum non aliter tollatur per poſterius, quàm ſi prioris mentio ſpecialis facta ſit, qualem caſum apud interpretes facilius eſt, quàm apud prudentes inuenire, vt in ſequentibus dicemus, non ideo tamen minùs perfectum videri teſtamentum poteſt quod non derogauerit priori ſi nihil niſi formam teſtamenti extrinſecam, & ſolennitatem ſpectemus: ſed ob eam dumtaxat cauſam nullius momenti eſt ſi interpretibus credimus quod teſtatoris ſui voluntatem non habere intelligatur, ex qua tamen pendet ac æſtimanda eſt præcipua vis teſtamenti, defectúſque ille eſt voluntatis non ſolennitatis, defectus inquam voluntatis non ex parte ſed in totum, vt proinde tametſi de teſtamento ratione voluntatis imperfecto ſentire quis velit, hoc tamen caſu non tam imperfectum teſtamentum, quàm
nec cœptum dici debere videatur. Errandi † tamen oc- 8
caſionem interpretibus præbuerunt verba conſtitutionis, quæ ſic concepta ſunt, quaſi velit Iuſtinianus expreſſam fieri prioris voluntatis mentionem, cùm quoque cũ ſolenniter factum eſt poſterius teſtamẽtum. Sic enim conſtitutio habet, *Hoc enim concedimus eum agere hoc ipſum expreſſim ſignificantem ſub præſentia teſtium ſeptem, quia & ſi fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere vlterius vult, ſed rurſum vult aliam*

facere

ſcribere & hanc aut in teſtamento perfecto faciat omnia
teſtamentorum habente ſigna, aut in non ſcripta perfecta
voluntate, videri eum defectum eſſe prioribus infirmus fa-
ctis ex ſecunda eius ſecundùm imperfectum teſtamentum
aut voluntatem, diſpoſitione. Sed obſeruare debuerunt,
quod non obſeruarunt, verba conſtitutionis ad eum
caſum pertinere, quo teſtator inceperit à prioris vo-
luntatis reuocatione: quod cùm fit fateor non ſuffice-
re illam reuocationem niſi aliud etiam teſtamentum
fiat, quod ſit perfectum. At ſi teſtator incipiat à ſecun-
do teſtamento perfecto vt reuocet prius quod erat im-
perfectum, dico nullam eſſe neceſſariam ſpecialem re-
uocationem prioris voluntatis. Et ratio eſt, quia inte-
ſtatus decedere non poteſt qui decedit cum teſtamento
perfecto. Voluntas autem illa quæ teſtamento priore
imperfecto continebatur numquam in eo fuit vt po-
tuerit valere alio iure, quàm voluntatis inteſtati. Hoc
ipſo igitur quod ſecundum teſtamentum fit & perfi-
citur ſolemniter, priorem illam voluntatem ſatis ſupér-
que reuocatam intelligi neceſſe eſt ne alioqui eueniat
vt idem pater teſtatus ſimul & inteſtatus deceſſiſſe vi-
deatur, quod tamen non magis parenti inter liberos
teſtanti permiſſum eſt quàm cæteris paganis, ſi non
aliqua noua & hactenus inaudita conſtitutio in eam
rem proferatur. Neque enim verendum eſt ne euadat
9 in † codicillos teſtamentarios, quomodo eueniret fa-
ctis ante teſtamentum codicillis, & eo tempore quo
paterfamilias nondum de teſtamento faciendo cogita-
bat, ſecutóque poſtea teſtamento. Quo caſu codicilli
vtique per ſubſequens teſtamentum confirmati vide-
rentur, factique teſtamentarij qui antè facti fuerant
tanquam ab inteſtato potiùs validari, licèt teſtamento
ſpecialiter confirmati non eſſent, vt à Seuero & Anto-
nino contra Papiniani ſententiam ſcriptum fuiſſe re-
fert Iuſtinianus in *§. tantum. Inſtitut. de codicill. iunct.*
l. ante tabulas. 5. D. de iur. codicill. Nam diuerſitatis
ratio euidens illa eſt, quòd multo facilius ſit vt codi-
cilli tanquam ab inteſtato facti euadant in codicillos
teſtamentarios propter factum poſtea teſtamentum,
quàm vt teſtamentum impefectum euadat in codicil-
los. Codicilli enim ab initio facti vt valerent tanquam
codicilli ſemper tales remanent, & quod nouam illam
qualitatem induunt, vt fiant teſtamentarij, fit ex neceſ-
ſitate propter factum quandocumque poſtea teſtamen-
tum, quod non magis patitur, vt ij anteriores codicilli
valeant ab inteſtato quàm vt inteſtatus deceſſerit is
qui teſtamentum ſolemne faciendo voluit decedere
teſtatus. At imperfectum teſtamentum à patre factum
inter liberos, nec valuit, nec potuit valere vnquam iu-
re codicillorum, ne quidem quaſi ab inteſtato factorum
etiamſi ponas quinque teſtes adfuiſſe, multò minùs
ſi non tot interuenerint, ſed tantùm iure cuiuſlibet
vltimæ voluntatis inteſtati, quoniam pater qui teſtari
voluit eamque ſuam voluntatem teſtamentum appel-
lauit, nihil minùs egit, quàm vt faceret codicillos ſiue
ex teſtamento ſiue ab inteſtato, ſi non expreſſim adie-
cerit clauſulam codicillitatem, quam non adiectam
ſubintelligi nunquam debere probauimus in primum
huius Decadis Errorem. Quam enim voluntatem ab
inteſtato decedendi habere potuit is qui teſtamentum
ſe facere putauit nec niſi de teſtamento faciendo cogi-
tauit? Mirum ergo non eſt huiuſmodi teſtamentum
imperfectum non euadere in codicillos teſtamentarios
ob id ſolùm quod poſtea factum ſit aliud perfectum-
que teſtamentum. Prius namque faciendum eſſet, vt
ex teſtamento fierent codicilli & quidem tanquam ab
inteſtato facti, quàm vt aſſumeret naturam & qualita-
tem illam teſtamentariorum: cùm prius ſit eſſe: & eſſe
10 quid, quàm eſſe quale. Porrò ſi teſtamentum † illud
imperfectum facto alio poſteriore, perfectóque teſta-
mento valere non poteſt, neque tanquam teſtamen-
tum, quia eſt imperfectum, neque iure codicillorum
ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato factorum, quia id
teſtator non voluit, neque iure vltimæ voluntatis in-
teſtati, quia teſtamentum ſolemne adeſt, quamuis nulla
in poſteriore teſtamento facta ſit mentio prioris. Quæ-
ro cur non reuocatum dici debeat prius teſtamentum
imperfectum etiamſi per poſterius non fuerit ei expreſ-
sè derogatum? Aut ad quid prodeſſe poteſt dicere non
eſſe reuocatum, ſi nihilominus effectum nullum habere
poteſt? Dices fortaſſe, Immò debere ſuum ſortiri effe-
ctum quaſi poſteriore teſtamento inutili exiſtente pro-
pter vim & poteſtatem tacitæ illius clauſulæ deroga-
toriæ, quam Doctores noſtri in teſtamento illo priore
quantumlibet imperfecto ſubintelligi volunt. Hoc
enim eſt quod aiunt. Poſterius teſtamentum licet om-
nes habeat ſolemnitates, ideo tamen non valere ſaltem
quantum ad hunc effectum, vt reuocet prius, quòd ei
pater derogaſſe videatur cùm prius inter liberos teſta-
tus fuit, niſi eum prioris illius voluntatis expreſſim
pœniteret. Sed reſpondeo non niſi abſurdè hoc dici
poſſe. Primùm quia quod interpretibus placet de clau-
ſula † derogatoria vt poſterioris teſtamenti vim & va- 11
liditatem impedire poſſit, merum ſomnium eſt, vt in ſe-
quentibus dicemus. Deinde, quia vt maximè id verum
eſſet, eo tamen dumtaxat caſu locum habere poſſet quo
prius teſtamentum eſſet factum in quo clauſula dero-
gatoria vel contineretur, vel ſubintelligeretur. Nam vt
per eam ſcripturam non niſi iure inteſtati valere poſſit
permittatur patri aut alij cuilibet legem ſibi dicere ne
poſtea teſtari vtiliter poſſit, ſi non expreſſim deroget
priori voluntati ab inteſtato factæ, prorſus nouum eſt
& ante hanc diem inauditum. Poteſtas namque clau-
ſulæ derogatoriæ ſi qua eſt tota vim ſumit ex viribus
teſtamenti in quo vel expreſsè vel tacitè continetur.
Adeò vt ſi tale teſtamentum non valeat, neque valere
poſſit clauſula derogatoria in eo adſcripta. Ne alioqui
eueniat vt teſtamentum in reliquis omnibus nullum ad
hoc ſolum proficiat vt teſtari quodammodo interdica-
tur libera teſtamenti factione; hactenus ſaltem tamen
facilè, aliud teſtamentum facere poſſit, quod tamen
tantò minùs impediri oporteret, quanto magis eſſet
neceſſe vt fieret, priore non ſubſiſtente. Denique abſur-
dum eſt † vt per voluntatem inteſtati præcedentem 12
impediatur validitas poſtea facti teſtamenti, quod ſuas
omnes habeat ſolemnitates. Atqui certum eſt huiuſmo-
di teſtamenta parentum imperfecta inter liberos non
ſolùm non valere niſi iure vltimæ voluntatis inteſtati,
ſed neque † eo iure valere poſſe niſi confirmentur & 13
adiuuentur per officium arbitri familiæ erciſcundæ, vt
ſupra probauimus ex *l. filij. 16. & l. vlt. C. famil. erciſc.*
Quomodo igitur impedire poſſunt ne valeat poſtea fa-
ctum teſtamentum per quod non fuerit tali voluntati
expreſſim derogatum? Si enim familiæ erciſcundæ iu-
dicem & arbitrum ſumi neceſſe eſt ad talem inteſtati
voluntatem confirmandam, nec maior poteſt eſſe ius
clauſulæ derogatoriæ quæ ſecundum interpretes tacitè
ſubintelligitur in huiuſmodi voluntate quàm ſi ex-
preſſa eſſet, nec rurſus maior eſſet vis clauſulæ expreſ-
ſæ, quàm principalis ipſius voluntatis, cuius retinen-
dæ gratia clauſulam iſtam derogatoriam adiici opor-
tuerit. Omninò conſequens eſt vt nullum effectum † 14
habere debeat ea clauſula derogatoria priùs quam acce-
ptum ſit iudicium familiæ erciſcundæ. Quo admiſſo il-
lud etiam fit vt non poſſit impedire, ne inter fratres ſu-
mendus ſit arbiter familiæ erciſcundæ, qui hereditatem
inter eos diuidat ex teſtamento, quod nos ponimus, &
poſtea & ſolemniter factum eſſe. Tunc enim ſumitur
arbiter familiæ ab inteſtato erciſcundæ, cùm ex teſta-
mento diuidi hereditas non poteſt. Præpoſterum igitur
eſt vt arbitri familiæ erciſcundæ officium quod volun-
tatem illam inteſtati tueri poſſet ſi ab inteſtato diuiden-
da eſſet hereditas, impediat ne ſumi poſſit arbiter ad di-
uidendam ex poſteriore teſtamento eóque perfecto he-
reditatem

reditatem. Vt verò arbiter ſumptus ad diuidendam ex teſtamento hereditatem tueatur priorem voluntatem iure inteſtati, manifeſtam ſanè implicat contradictionem: Sed illud magis vt tueri debeat clauſulam derogatoriam, etiam quæ expreſſa fuerit in priore illa voluntate: ſi per eam clauſulam futurum eſt vt teſtamentum nunquam valuiſſe intelligatur, quod tamen iam fuerit confirmatum non modò per legem ex inſtanti mortis teſtatoris, ſed etiam per aditionem, adeóque per iudicem ipſum & arbitrum familiæ erciſcundæ ad diuiſionem ex teſtamento faciendam datum: Siquidem apertiſſimum eſt neque ex teſtamento hereditatem diuidi poſſe neque arbitrum in eam rem dari quin teſtamentum fuerit confirmatum poſtquam verò ſemel confirmatum fuit, qua tandem arte vel ſubtilitate aſſequi potuerunt interpretes vt alius arbiter dandus ſit ad diuidendam ad inteſtato hereditatem, qui clauſulam derogatoriam in teſtamento imperfecto adiectam tueri debeat cum reliqua omni voluntate iure voluntatis inteſtati ad extinguendam vim poſterioris teſtamenti, quod iam effectum ſuum pleniſſimum habuerit?

15 Et ſanè ſi verum eſſet, † quod volunt interpretes clauſulam derogatoriam quam in teſtamento parentis inter liberos ſubintelligi aiunt, eam vim habere, vt poſterius teſtamentum quantumuis perfectum ſolemne impediat, ne valere poſſit niſi prior voluntas expreſſim reuocata ſit, ſequeretur ſi quid in eo teſtamento poſteriore legatum vel fideicommiſſi titulo relictum eſſet extraneis perſonis, ne quidem id valiturum. Quoties enim teſtamentum ipſum non valet, præſertim verò defectu voluntatis, & ea de cauſa quod is qui teſtatus dicitur nullo modo teſtari voluerit, quis dicat valere poſſe legata vel fideicommiſſa in eo teſtamento contenta? Nam etſi teſtamentum ab initio valuiſſet, ſi tamen poſtea deſtitueretur non adita ex eo hereditate, legata quoque & fideicommiſſa intercidere neceſſe eſſet, quæ tamen aliquando valuiſſent, *l. ſi nemo. 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam. 14. C. de fideicomm.* Atqui ne ipſi quidem interpretes audent hoc dicere. Iſtam enim

16 clauſulam † derogatoriam ideo tantùm comminiſcuntur, & ſubintelligi volunt in huiuſmodi teſtamentis imperfectis, vt conſeruent priorem patris inter liberos voluntatem, non etiam vt quantum ad extraneas perſonas deſtruant poſteriorem. Cur enim, aut quomodo deſtruerent, cùm ſi quid in priore illo teſtamento imperfecto clauſulam derogatoriam habente extraneis relictum eſſet, coram teſtibus ſaltem quinque: multo magis ſi ſeptem adfuiſſent totum id valere Iuſtinianus voluerit, *dict. Nouell. 107. cap. 1. de teſtam. imperf.* vnde ſumpta eſt *dict. Auth. quod ſine. C. de teſtam.* Quidni ergo multo magis valebunt ea quæ relicta ſint in teſtamento iure ac ſolemniter perfecto? Cùm igitur ea quæ in poſteriore teſtamento perfecto relicta ſunt extraneis omnimodo valeant, fatendum eſt in neceſſarium antecedens ipſum quoque teſtamentum valere, neque poſſe vires eius impediri ex ſola poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento imperfecto propter ſolos liberos ſubintellectæ. Itaque fiet vt poſterius teſtamentum ſolemne partim valeat, ſcilicet quantum ad extraneos, partim non valeat, ſcilicet quantum ad liberos: quod tamen fuerit perabſurdum. Quamuis

17 enim de teſtamento † imperfecto verè dicatur voluntatem in eo declaratam defendi quantum ad liberos, non autem quantum ad extraneos, *dict. l. vlt. C. famil. erciſc.* ne tamen id abſurdum videri debeat, facit quod etiam quantum ad liberos defenditur iure inteſtati non ex teſtamento, vt proinde non eueniat hoc caſu quod in ſuperiore eueniret, vt pater pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur. Nam & quatenus defenditur iure inteſtati, non tamen ſola voluntatis poteſtate defenditur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ, cuius eſt in adiudicationibus faciendis ſequi voluntatem teſtatoris, cúmque iudicium familiæ erciſcundæ non habeat locum niſi inter coheredes, ab inteſtato autem extraneus nemo heres eſſe poſſit, quia hereditas non niſi teſtamento extraneis datur, *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent.* apparet non tam ex aliqua vel æquitate, vel Imperatoris voluntate, quàm ex mera neceſſitate fieri, vt voluntas teſtamento imperfecto declarata quantum ad extraneos defendi nullomodo poſſit. At ſi quis è contrario dicere ſimiliter vellet, ex perfecto teſtamento quod pater poſt imperfectum feciſſet, tuendam eſſe voluntatem quantum ad extraneos, non etiam quantum ad liberos, propter clauſulam derogatoriam, quæ quantum ad liberos non quantum ad extraneos ſubintelligeretur: faceret ille patrem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum: quod iuris ratio non permittit. Et conſequenter dicendum eſt clauſulam derogatoriam quæ non poteſt ſubintelligi ad impediendam vim poſterioris teſtamenti perfecti, ſi quid fortè in eo relictum ſit extraneis, neque liberorum fauore ſubintelligi debere, vt quantum ad eos pertinet maior prioris, quàm poſterioris voluntatis ratio habeatur. Addamus, ſi clauſula † iſta derogatoria in pa- 18
rentis teſtamento inter liberos imperfecto ſubintelligenda eſſet, futurum vt ad validandum poſterius teſtamentum non ſufficeret factam eſſe in eo ſpecialem & expreſſam prioris mentionem, niſi etiam ipſius clauſulæ derogatoriæ mentio & derogatio expreſſa facta proponeretur. Sic enim vt plurimùm concipi ſolet clauſula derogatoria. Ne aliter poſterius teſtamentum valere poſſit, quàm ſi ita factum ſit, vt ipſorum verborum quibus concepta clauſula eſt expreſſam contineat deſignationem & relationem. Quomodo autem deſignari poſſet clauſula, quæ tantùm ſubintellecta eſſet, nec vſquam expreſſa fuiſſet? Sed & cùm aliter concipi ſoleat, quoties exprimitur, quænam obſecro poteſt eſſe formula huiuſmodi clauſulæ ſubintellectæ? Quicquid enim ſubintelligitur, ſolet † ex eo æſtimari quod 19
expreſſum eſſe conueniret: ideóque ſi nec per diuinationem conijcere quis poſſit, quid exprimi potuerit præcisè, i. quid omninò expreſſurus fuerit teſtator, ſi nihil ſubintelligi voluiſſet, planè non video quid ſubintelligere poſſimus. Subintelligimus caſum ſubſtitutionis vulgaris in pupillari expreſſa, & contrà, caſum pupillaris ſubſtitutionis in vulgari expreſſa poſt Diui Marci & Veri conſtitutionem, de qua in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. quamuis. 4. C. de impub.* quia vtriuſque ſubſtitutionis formula certáque eſt ſempérque eadem, ſaltem quantum ad vim & poteſtatem, quoties exprimitur. At clauſulæ derogatoriæ nulla eſt certa formula, nunquam igitur ſubintelligenda: maximè in teſtamento imperfecto, cum neque in eo quod perfectum eſſet, ſubintelligeretur. Nam in teſtamentis perfectis nihil innouatum eſt ne quidem inter liberos, quia nec fuit neceſſe, ſufficiente liberis iure communi.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione Auth. hoc inter liberos C. de teſtam.

SVMMARIA.

1. *Vnde & quomodo colligant interpretes in teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe.*
2. *Teſtamentum ſolemne & perfectum per poſterius rumpi non poteſt, niſi hoc æquè ſolẽne & perfectũ fuerit.*
3. *Definitio teſtamenti à Modeſtino allata quibus teſtamentis conueniat.*

4. Solum

4 *Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt.*

5 *In teſtamento imperfecto inter liberos clauſula derogatoria neque exprimi neque ſubintelligi poteſt.*

6 *Rationes dubitandi cur teſtamentum inter liberos imperfectum, non alia contraria voluntate quàm ſolemni reuocari voluerit Iuſtinianus.*

7 *Ratio decidendi, quia præſumitur pater in ea voluntate deceſſiſſe, ſi charta reperiatur integra & numero 9.*

8 *Cancellatio teſtamenti quando teſtamentum non infirmare cenſeatur.*

10 *Quid iuris ſit vbi pater rumpendæ chartæ voluntatem imperfectam continentis facultatem non habuerit.*

11 *Iuſtinianus diſtinguit inter caſum quo pater voluntatem mutauerit, & cum quo tantùm mutare voluerit.*

12 *Alia Iuſtiniani definitio.*

13 *Quædam ſpecies vltimæ voluntatis non poſſunt aliter quàm per ſcripturam fieri.*

14 *Teſtamentum nuncupatiuum habet ſolemnitates teſtibus potius quam oculis fidelibus ſubiectas.*

15 *Ratio dubitandi cur teſtamenti imperfecti inter liberos ſcriptura non tollatur per contrariam codicillorum ſcripturam.*

16 *Vera decidendi ratio.*

17 *Teſtamentum inter liberos imperfectum quomodo ab alia qualibet vltima inteſtati voluntate differat.*

18 *Conſtitutio Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis ad quas voluntates vltimas ſit reſtringenda.*

19 *Qui codicilli paterni imperfecti inter liberos defendantur.*

20 *Cur neceſſarium ſit teſtamentum ad reuocandam patris voluntatem in teſtamento imperfecto declaratam, nec ſufficiant codicilli: & n. 22.*

21 *Teſtamentum nullum eſſe poteſt ſine heredis inſtitutione.*

23 *Solemnitas quam requirit Iuſtinianus in Nou. 107. ad quam priorem imperfectam parentis voluntatem euertendam ſit neceſſaria.*

24 *Imperfectum inter liberos teſtamentum reuocatur per poſterius perfectum ſiue in ſcriptis ſiue nuncupatiuum.*

25 *Nec ſufficit nuda & verbalis reuocatio, neque hæc poſteriori teſtamento neceſſario adiungenda eſt.*

26 *Nec etiam ſufficiunt codicilli ſiue perfecti ſiue imperfecti.*

27 *Neque teſtamentum poſterius imperfectum: & numero 29.*

28 *Fauorabilior eſt datio quàm ademptio hereditatis: & quatenus hereditas ſemel data adiri non poſſit.*

VNVM illud mirum eſt, necdum à nobis in proxima diſputatione explicatum, quod ſupra relatis verbis. *Nouell. 107. de teſtam. imperfect. cap. 1.* vnde ſumpta eſt *Auth. hoc inter C. de teſtam.* Iuſtinianus conſtituit. Ad reuocandum teſtamentum imperfectum à parente inter liberos conditum non ſufficere, vt parens ipſe dixerit nolle ſe eam ſcripturam vlteriùs valere, ſed hoc præthereà exigi, vt aliud faciat idque perfectum teſtamentum, ſiue in
1 ſcriptis, ſiue per nuncupationem. Hoc † enim eſt quod interpretes noſtros maximè præcipites egit in hunc errorem, vt credant in teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe. Sic namque ratiocinatur: ſi clauſula derogatoria in eiuſmodi teſtamento non ſubintelligeretur, fore vt ſufficeret priorem voluntatem quæ imperfecta fuiſſet tolli per contrariam voluntatem, quamuis ſimiliter imperfectam ſicut & perfectum teſtamentum prius per poſterius æquè tolleretur, vt eadem ſeruetur proportio teſtamenti imperfecti ad imperfectum, quæ perfecti ad perfectum ſeruaretur. Clauſula enim derogatoria hoc facere videtur, vt ſit neceſſarium poſterius teſtamentum perfectum, quandoquidem nec teſtamento perfecto contenta illa eſt, ſed exigit etiam, vt teſtamentum illud poſterius & perfectum ſpecialem contineat derogatoriæ clauſulæ mentionem & reuocationem. Verùm id tùm rectè dicitur cùm præcedit teſtamentũ † aliquod ſolemne perfectúmque quod etiamſi 2
nullam haberet clauſulam derogatoriam, per aliud tamen poſterius niſi quod æquè ſolemne perfectúmque eſſet, rumpi non poſſet, *l. 1. D. de iniuſt. rupt. § poſteriore. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Itaque præſupponit hæc interpretum ratiocinatio alium illum perpetuum errorem quem nos iam toties confutauimus. Teſtamenta parentum imperfecta inter liberos defendi iure teſtamentorum. Vt enim clauſula derogatoria effectum aliquem iuris à iure habeat, eam neceſſe eſt ſcriptam eſſe, aut ſaltem ſi cum interpretibus hac parte ſentire quis velit, ſubintelligi in ea voluntate quæ iuris vinculum habeat, quæque ob eam cauſam iuſta dici poſſit. Quomodo enim clauſulæ derogatoriæ vim aliquam dare ius poſſet ad confirmandam eam voluntatem, quæ ipſa nullo iuris vinculo contineretur? Atquin ſoli teſtamento conuenit illa definitio, vt ſit iuſta voluntatis noſtræ ſententia, nec cuilibet † teſtamento, ſed ei 3
tantùm quòd à pagano factum proponatur. Nam in teſtamentis quidem militaribus non tam iuſta, quàm nuda teſtantis voluntas inſpicitur, codicillos verò, epiſtolas, & alias ſi quæ ſunt ſpecies vltimæ voluntatis, certum eſt nullo iuris vinculo contineri, præterquàm ſi pendeant ex teſtamento, ſiue antè, ſiue poſt facto, cuius pars quædam dici poſſit, vt de codicillis teſtamentariis ſcriptum eſt in *l. 2. § codicillorum, l. ab inteſtato. 16. in fin. & paſſ. D. de iur. codic. l. penult. D. teſt. quemadm. aper.* Solum igitur teſtamentum † illud eſt, quod clau- 4
ſulam derogatoriam continere poteſt. Proinde ſi verum eſt, vt eſt, quod volumus, imperfectum parentis inter liberos teſtamentum iure teſtamenti valere nunquam poſſe, conſequens ſit, vt in tali teſtamento † 5
clauſula derogatoria neque exprimi, neque ſubintelligi vllo modo poſſit. Nam nec ex ipſa Imper. Conſtit. factum eſt, vt iuris autoritatem aliquam habeant hæc teſtamenta, ne quidem ab inteſtato, quod facere vtique potuiſſent, ſi voluiſſent imperatores, tanquam qui ſint ſupra leges, ſed tantùm illud ipſum conſtituerunt, quod iam erat in iure vetere, vt officio arbitri familiæ erciſcundæ ea voluntas ab inteſtato defendi poſſet per adiudicationem: niſi quod addidit Conſtantinus, vt in eam rem poſſent ſufficere iudicia quælibet voluntatis, cùm antea verba perſpicua licèt non ſolemnia requirerentur. Quod ipſum Iuſtinianus poſtea non modò non ampliauit, ſed etiam reſtrinxit cum lege Conſtantini plerique iam paſſim abuterentur, parentúmque voluntates non tam defenderent quàm diuinarent, ac ferè pro arbitrio comminiſcerentur, vt Iuſtin. ipſe ait. Et hæc ratio addi commodè poteſt ad eas quas ſuperiore capite attulimus, vt probaremus falſum eſſe quod interpretes volunt & iactitant De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligenda. Sed tamen hoc ipſum eſt quod magis me torquet, meámque dubitationem auget. Cur † ergo ad hæc te- 6
ſtamenta imperfecta omninò euertenda, vt ne quidem iure voluntatis inteſtati defendatur, non ſufficiat quod expreſſa voluntatis declaratione reuocentur, niſi etiam illud accedat, vt poſterius aliud ſit perfectúmque teſtamentum. Nam ſi non ſolùm clauſulam derogatoriam nullam habere intelliguntur, quia nec poſſunt, nec niſi iure voluntatis inteſtati adeóque officio arbitri familiæ erciſcundæ potius quàm iure defenduntur, quid eſt quod habere poſſint tam firmum, tamque efficax vt ad

ea reuocanda non ſufficiat contraria quælibet volun-
tas? Aut quodnam erit priuilegium perfecti teſtamen-
ti, vt tolli nequeat per aliud poſterius niſi quod ſit
etiam iure perfectum, ſi in teſtamento imperfecto idem
iuris eſt? Denique quid faciliius quàm vt voluntas quæ-
libet inteſtati nullo iure ſuffulta per contrariam volun-
tatem perimatur, etiamſi poſterior illa voluntas in te-
ſtamento perfecto non fuerit declarata? Et cum ei quo-
que qui in teſtamento ſolemni ſcriptus fuit, nihil id
proſit, ſiue ad adeundam hereditatem, ſiue ad petendam
bonorum poſſeſſionem ſaltem cum effectu vt defuncti
bona retinere poſſit, ſi non retinuerit defuncti volun-
tatem, vt ſuperiore capite dicebamus ex *l. ſi ita ſcri-
ptum.* 8. *§. is autem, & l. qui ex liberis.* 11. *§. teſtamento. D.
de bonor. poſſ. ſecund. tabul. l. vlt. in fin. D. de his quæ in
teſt. delent.* cur liberis proderit voluntas inteſtati pa-
rentis quæ non durauerit? Aut qua fronte poteſt quiſ-
que ex iis petere ab arbitrio familiæ erciſcundæ, vt ex
officio ſuo voluntatem defuncti tueatur contra volun-
tatem? An non ad officium arbitri pertinet, vt eam volū-
tatem defendat quæ ſuprema reperiatur, non eam quæ
fuerit quidem aliquando, ſed in qua tamen ad extre-
mum vſque vitæ ſpiritum pater minimè perſeuerauit?
Nam etſi pater in filiumfamilias donationem aliquam
inter viuos contulerit, quam iure ciuili non valere
certum eſt propter vinculum patriæ poteſtatis, *leg. ſiue
emancipatis* 17. *C. de donat.* ad officium quidem arbitri
familiæ erciſcundæ pertinet vt eam tueatur, donataſ-
que res filio donatario præcipuas adiudicet, *leg.* 2. *Cod.
de inoffic. donat.* ſed ſub ea tamen exceptione, *ſi non
poſtea contrarium patris iudicium probetur*, vt ſcriptum
eſt in *leg. filia cuius* 18. *Cod. famil. erciſc.* Cur ergo plus
iuris habebit patris voluntas in teſtamento imperfecto
declarata, vt ab arbitrio familiæ erciſcundæ tuenda ſi
etiamſi pater in contraria deceſſerit voluntate? An for-
tè minus ambulatoria eſt patris voluntas ad extremum
vſque vitæ exitum, ſi in teſtamento imperfecto declara-
ta ſit, quàm ſi in eo quod fuerit perfectum ſuiſque nu-
meris omnibus abſolutum? aut quàm ſi in perfecta qui-
dem, ſed inutili & improbata donatione? Quam ergo
rationem habere Iuſtiniani conſtitutio poteſt? Non
equidem ſoleo valde laborare in rationibus inueſti-
gandis, quoties aliquam Iuſtiniani conſtitutionem tra-
cto, præſertim verò in qua faciat ille ius nouum quod
nunquam poteſt non eſſe à iuris ratione alienum: ſed
tamen vt in propoſito caſu laborare debeam, illud facit
ac propemodum me cogit, quod vix aliter fieri poſſe
video, vt hic interpretum noſtrorum error profligetur
circa clauſulam iſtam derogatoriam in parentis teſta-
mento inter liberos ſubintelligendam, niſi ratio intel-
ligatur qua moueri non modò potuerit, ſed etiam de-
buerit Iuſtinianus, vt teſtamentum parentis imperfe-
ctum non aliter contraria voluntate deſtrui pateretur,
quàm ſi poſterior illa & contraria voluntas in teſta-
7 mentum perfectum collata eſſet. Ratio † autem illa oc-
currit, quæ adferri meo iudicio non malè poſſit, &
quàm à nemine tactam inuenio, quòd non de alia pa-
tris voluntate tuenda loquitur Iuſtinianus, quàm quæ
à patre ipſa ſcripta ſit manu propria, vt habent verba
conſtitutionis: ac proinde cuius chartam poſſit pater
rumpere ſtatim, atque vult eam non valere. Ex eo nam-
que fit vt quamuis voluntatem ſuam coram teſtibus
etiam ſi voles ſeptem declarauerit quod eam ſcripturam
vlterius valere nolit, facilè tamen credi poſſit ad prio-
rem illā voluntatem rediiſſe, in eâque decedere voluiſ-
ſe, ſi quandiu vixit integram eam retinuerit quam vti-
que rumpere ſi voluiſſet potuiſſet? Quid enim prohi-
bebat quominus rumperet, ſi nunquam in poſterum va-
lere illam aut conualeſcere vellet? Nam & ſimili pro-
8 pemodum ratione fit, vt quamuis ſufficiat † cancella-
tum eſſe teſtamentum, ad hoc vt qui teſtatus fuerat
probetur voluiſſe decedere inteſtatus, ſi tamen pluri-
bus exemplis idem teſtamentum ſcriptum ſit, quorum
alterum teſtator cancellauerit, alterum retinuerit, non
idcirco dici poſſit inteſtatus niſi heredes legitimi pro-
bent ea mente factam cancellationem, vt is inteſtatus
moreretur: quæ ſententia & ratio eſt *d. l. vlt. D. de his
quæ in teſtam. delent.* quia voluntas decedendi cum te-
ſtamento durare videatur quandiu exemplum vel vni-
cum teſtamenti retinetur. Neque † verò nouum eſt vt 9
voluntas quæ defecerat iudicio recenti rediiſſe intelli-
gatur, quemadmodum eleganter ait Papinianus in *d. l.
qui ex liberis. §. teſtamento.* cuius recentis iudicij non le-
ue indicium illud eſt, ſi pater mortuus eam ſcripturam
integram & incorruptam habuerit, quam viuus rumpe-
re poterat ſi voluiſſet. Adeò vt ob hanc cauſam nolit
Iuſtinianus contrariam iſtam patris voluntatem proba-
ri per teſtes, quanticunque ſint qui dicant patrem vo-
luiſſe recedere aut receſſiſſe à priore. Non quaſi ſit hic
caſus ex eorū numero in quibus probatio per ſcriptu-
ram vel omninò neceſſaria ſit, vel maioris autoritatis
quàm quæ fiat per teſtes (ſi enim factum eſſet aliquod
teſtamentum dummodo perfectum quamuis per nun-
cupationem tantum ſine dubio prius imperfectum, li-
cet ſcriptum tolleretur, vt ſequitur apud Iuſtinianum)
ſed quia quandiu prius illud teſtamentum imperfe-
ctum ruptum non eſt, neque per inciſionem, neque per
poſterius teſtamentum perfectum, tandiu probabiliter
credi poteſt, patrem mutata rurſus ea poſteriore volun-
tate, quam præſentibus teſtibus declarauerat, ad prio-
rem quæ tum defecerat, rediiſſe. Quòd apertiſſimè Iu-
ſtinianus exprimit iis verbis, *Et ſi quidem vſque ad mor-
tem maneat hoc ſchema, nullus poſtea deducet teſtes, quia
voluit fortè talem voluntatem commutare, aut conuertere,
aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum eſt,
& aliam facere voluntatem, declarantem perfectam eius
ſententiam, quam competiit valere?* Ex quo mihi videor
inferre poſſe, non ſolum quod in præced. Dec. diſputa-
ui conſtitutionem iſtam ad teſtamenta nuncupatiua
imperfecta non pertinere, quæ ſcilicet nullomodo rum-
pi poſſunt niſi poſteriore alio perfectóque teſtamento,
nec ſi fuerint ſcripta: cùm non idcirco ex ſcriptura æſti-
mentur, ſed ex eo quod nuncupatum fuit & ex fide te-
ſtium. Verùm etiam ſi ſcriptura † teſtamenti imperfe- 10
cti inter liberos conditi non ſit in poteſtate patris eo
tempore & loco in quo dicit nolle ſe priorem volunta-
tem valere, ita vt rumpere illam non poſſit etiamſi ma-
ximè velit, poſſe ſolam ipſius declarationem ſufficere
ad prius teſtamentum quod imperfectum fuit euerten-
dum, nec requiri vt præterea faciat aliud perfectúmque
teſtamentum, ſi modo decedat in eadem poſteriore vo-
luntate priùs quàm eius ſcripturæ chartæque rumpen-
dæ poteſtatem nanciſcatur. Quoniam hoc caſu ceſſet
ratio qua mouetur Iuſtinianus, ne velit ſolam eiuſmodi
declarationem ſufficere, nec ſi per mille teſtes probetur.
Illa nimirum, quam exprimunt verba iſta, *cui licuit rum-
pere quod factum eſt.* Præſertim ſi addas declarationem
contrariæ voluntatis factam fuiſſe eo loco & tempore
in quo non licuerit patri facere aliud teſtamentum per-
fectum fortaſſis propter deficientem teſtium numerum,
qui neceſſarius fuiſſet *l. conficiuntur.* 9. *§. codic. D. de iur.
codic. l. vlt. C. de teſt.* Quamquam videtur Iuſtinianus † 11
diſtinguere caſum illum, quo pater voluntatem muta-
uerit ab eo caſu quo voluerit tantùm mutare. Nam licèt
ad voluntatem & ſcripturam imperfectam deſtruendam
ſufficere videretur ſolum propoſitum mutandæ volun-
tatis, quæ ipſa ſimiliter voluntas imperfecta dici poſſet,
tamen non vult Iuſtinianus eam facti quæſtionem re-
linqui, & ex teſtium fide pendêre, at neque ſufficere
propoſitum illud mutandæ voluntatis etiamſi probe-
tur, quandiu ſcripturam penes ſe integram retinuit pa-
ter qui voluntatem dicitur mutare voluiſſe: quia fortius
eſt indicium retentæ prioris voluntatis, etiam poſt pro-
poſitam eius mutationem, quod ex chartæ retentione
colligi

colligitur. Quid ergo ſi pater non ſolùm dixiſſe probe-
tur per teſtes, quòd vellet mutare voluntatem, ſed etiã
expreſſim mutauerit, eáque mutatio per ſufficientem
12 teſtium numerum comprobetur? Diſtinguendum † rur-
ſus eſt cum Iuſtiniano, an poſterior voluntas perfecta
ſit, necne, vt ſi perfecta ſit ſiue ſcripta ſiue non ſcripta,
nulla prioris ſcripturæ ratio habeatur, ſi imperfecta ſit,
nulla poſterioris. Perfectam autem non ſcriptam vo-
luntatem accipere debemus, quomodo interpretes, pro
13 perfecto teſtamento nuncupatiuo. Nam aliæ ſpecies †
vltimæ voluntatis, cuiuſmodi ſunt, epiſtola, codicilli, &
ſi quid aliud eſt ſimile, non niſi per ſcripturam fieri
poſſunt, quod & nomina ipſa epiſtolæ & codicillorum
demonſtrant, *l. litera* 17. *l. vlt. D. de iur. codic.* dixitque
Iuſtinianus perfectam voluntatem non ſcriptam ad
differentiam teſtamenti in ſcriptis, de quo in illis ver-
bis, *& hanc aut in teſtamento perfecto faciat omnia te-*
14 *ſtamentorum habente ſigna.* Nec enim teſtamentum †
nuncupatiuum habet vlla teſtamenti ſigna, licèt ſuas
etiam habet ſolemnitates, ſed eas teſtibus potiùs quàm
oculis fidelibus ſubiectas, *l. in teſtamentis.* 26. *C. de teſt.*
Proinde non ſatis eſt ex Iuſtiniano ſi pater mutata vo-
luntate quam expreſſerat in teſtamento imperfecto in-
ter liberos condito, conſcribat codicillos quibus vo-
luntatem ſuam contrariam declaret: ſed opus eſt teſta-
mento eóque perfecto. Nempè, vt ſuprà explicauimus,
ſi priorem ſcripturam integram retineat, cuius ſi vellet,
rumpendæ liberam haberet facultatem. Ea namque ru-
pta nihil amplius quærendum eſſet, neque de illo la-
borandum an teſtamentum aliquod ſecutum fuiſſet
15 nécne, & an perfectum, an imperfectum. Hoc verò eſt
quod magis mirum videatur, ſcripturam † teſtamenti
imperfecti non poſſe tolli per contrariam ſcripturam
codicillorum etiam perfectorum. Nam vt non tollatur
per expreſſam quoque mutationem voluntatis, quæ
tamen non probetur niſi per teſtes, ratio in promptu
illa eſſe videtur, quòd naturale ſit vnumquodque diſſol-
ui, eo modo quo colligatum eſt, oportere, & conſequen-
ter per ſcripturam quod per ſcripturam contractum
fuit. *l. prout.* 80. *D. de ſolut. l. nihil tam naturale.* 35. *de re-*
gul. iur. Etſi non vſque adeò perpetua eſt ea regula vt
teſtamentum ſolemne in ſcriptis conditum non poſſit
rumpi per teſtamentum nuncupatiuum. Sufficit enim
poſterius quoquomodo valere vt prius quoquomodo
factum rumpatur, *l. ſancimus.* 27. *C. de teſt.* Sed hoc ipſa
ratio tanto magis ſuadet, vt teſtamentum imperfectum
per ſcripturam conditum reuocari poſſit per contra-
riam ſcripturam etiam quæ non valeat niſi iure codi-
cillorum, cùm hoc caſu eiuſdem naturæ & poteſtatis
ſit vtraque voluntas inteſtati. Quinimò in ſcriptura
codicillorum hoc plus eſt, quod ea in ſuo genere eſt
perfecta, poteſtque actionem producere, aut ſaltem ex-
traordinariam perſecutionem fideicommiſſorum in co-
dicillis relictorum: cùm tamen ſcriptura teſtamenti
imperfecti etiam inter liberos conditi nihil aliud face-
re poſſit, ne quidem poſt tot Imperatorum conſtitutio-
nes niſi quod inducit officium arbitri familiæ erciſcun-
dæ in adiudicationibus faciendis. Quid ergo eſt quod
impedire poſſit ne teſtamentum imperfectum tollatur
per codicillos perfectos? An ea ratio quam attulimus
in præcedentibus quòd videatur pater ad priorem vo-
luntatem rediiſſe, ſi eius voluntatis ſcripturam penes ſe
mortis tempore habuiſſe comperiatur? Minimè. Tunc
enim dumtaxat huic rationi locus eſſe poteſt, cùm à
priore voluntate hactenus tantum receſſit pater quod
dixit nolle ſe illam valere: non etiam cum voluntatem
contrariam expreſſit perfectéque compleuit, ſiue per
epiſtolam ſiue per codicillos. Alioqui dicendum eſſet
nec vllam poſterioris teſtamenti ritè perfecti rationem
habendam fore ſi pater imperfecti teſtamenti ſcriptu-
ram penes ſe integram retinuiſſet: quod tamen non ſo-
lùm à ratione, ſed etiam à Iuſtiniani mente verbiſque
omninò abhorret. Illa igitur ratio † potiùs afferenda eſt, 16
quòd cùm teſtamenta iſthæc imperfecta non valeant,
niſi ſint inteſtati, non poſſunt videri ſublata per codi-
cillos quantumlibet perfectos poſtea factos, per quos
ſcilicet non fit vt eo minùs deceſſerit pater inteſtatus.
Vt neque alia vlla ratione inteſtati ſucceſſio impediri
poteſt quàm per teſtamentum, nec ſi teſtator voluerit
teſtari, quemadmodum è contrario qui teſtatus fuit non
ex eo ſolo inteſtatus fieri poteſt quod dicat nolle ſe te-
ſtamentum valere, malléque mori inteſtatum, *§. ex eo*
autem. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. Si non prætereà
incidat tabulas, vel cancellet. *l. § penult. D. ſi tabul. teſt.*
nul. ex tab. vnd. liber. Teſtamento itaque opus eſt ne pa-
ter hic decedat inteſtatus, & conſequenter vt ea volun-
tas reuocata intelligatur quæ ab inteſtato valere poſſit.
Dices, verum quidem eſſe voluntatem quæ non niſi ab
inteſtato valere potuit reuocatam intelligi per factum
poſtea teſtamentum, ſed non eſſe bonam conſecutio-
nem ſi quis ex eo inferat, Non igitur poſſe reuocari vo-
luntatem inteſtati niſi per teſtamentum: Vt ex eo con-
ſtat, quod ſi quis ab inteſtato factis codicillis fidei-
commiſſa reliquerit, eadem haud dubiè per contrarios
codicillos reuocare poteſt, nec ob eam rem loquitur fa-
cere teſtamentum, *l. cum proponatis.* 3. *C. de codic. l. clari.*
19. *C. de fideic.* At reſpondeo voluntatem hanc à patre
inter liberos in teſtamento imperfecto declaratam, li-
cet non defendatur niſi iure inteſtati, adeóque officio
arbitri familiæ erciſcundæ, vt diximus, in hoc tamen
differre † à qualibet alia vltima inteſtati voluntate, 17
quod non niſi per teſtamentum reuocari poteſt, ſiue
quia accedente auxilio & adminiculo arbitri familiæ er-
ciſcundæ tantum eſſet habitura iurium in effectu ad
diuidendam inter liberos ab inteſtato hereditatem,
quantum haberet teſtamentum iure perfectum ad fa-
ciendam eiuſdem hereditatis ex teſtamento diuiſionem:
ſiue quòd cùm à patre talis ſcriptura fiat ea mente vt
valeat iure teſtamenti, quamuis neque formam iuriſdi-
ctionis mutare neque iuri publico derogare ſit ei per-
miſſum vt ait *l. teſtandi.* 13. *C. de teſt.* non videatur de
priore illa voluntate ſeriò mutanda cogitare, niſi faciat
illud ipſum quod eſſet ei faciendum ſi vellet recedere
ab ea voluntate quam in teſtamento ritè perfecto de-
claraſſet. Atqui non poſſet perfectum teſtamentum per
codicillos: Ergo nec ei permittendum eſt vt per codi-
cillos euertat teſtamentum imperfectum: Quando nec
per codicillos adimi poteſt hereditas quæ tamen per
imperfectum teſtamentum, etſi nec ritè nec ſolemniter,
rectè nihilominùs data intelligitur, cum eam voluntatẽ
arbiter familiæ erciſcundæ ſequi perinde cogatus acſi
teſtamentum valeret. Cur enim melioris conditionis ſit
pater qui teſtamentum condidit, imperfectum quidem,
ſed tamen tale quod voluerit valere iure teſtamenti,
quodque effectum ſuum pleniſſimum licèt ab inteſtato
eſſet habiturum, ſi non reuocaretur, quàm ſi teſtamentũ
ſolemne condidiſſet? In eóque obſeruandum eſt conſti-
tutionem † Iuſtiniani quæ de teſtamentis imperfectis 18
loquitur ad ea reſtringendam eſſe, non ad cæteras quaſ-
libet parentum inter liberos voluntates extendendam,
ſi enim pater de bonis ſuis per codicillos ſuos perfe-
ctos ſiue imperfectos diſpoſuiſſe proponeretur, nulla
ratio eſt cur non licere illi deberet ab ea voluntate re-
cedere nullo etiam in contrarium facto teſtamento, ſi
modò id feciſſet per quod voluntas in prioribus codi-
cillis declarata tolli poteſt, & ſolet. Quamuis nõ minùs
verum ſit ſeruandam omnimodo patris inter liberos vo-
luntatem quæ in codicillis declarata fuerit imperfectis,
quàm eam quæ declarata ſit in teſtamento imperfecto?
Nempè quia cum loquimur de codicillis † paternis im- 19
perfectis inter liberos defendendis ex Conſtantiniana
conſtitutione in *l. vlt. C. fam. erciſc.* de illis intelligimus
in quibus id ſcriptum eſt, quod iure cõmuni valiturum
eſſet ſi codicilli perfecti fuiſſent, ne alioqui plus iuris &

poteſtatis habeant imperfecti codicilli, quàm perfecti.
In codicillis autem etiamſi eſſent perfecti, non poſſet
pater hereditatem ſuam ne liberis quidem directo dare,
ſed tantùm per fideicommiſſum. Ergo eos demum co-
dicillos imperfectos patris inter liberos tueri debemus,
in quibus hereditas directo data non ſit: nec proinde
mirum eſt ad eos reuocandos non eſſe neceſſarium te-
ſtamentum cuius tunc neceſſarius eſt vſus, cùm heredi-
tas vel danda eſt directò, vel adimenda, quorum neu-
trum per codicillos quantumlibet perfectos fieri poteſt.
*§. codicillis. Inſtit. de codicill. l. quidam. 27. §. 1. D. de cond.
inſtit.* E contrario igitur neceſſarium † eſt teſtamentum
ad reuocandam eam patris voluntatem quæ fuerit in
teſtamento imperfecto declarata, cùm eo caſu tractan-
dum ſit de adimenda directò hereditate, quæ per teſta-
mentum imperfectum fuerat directò, nec inutiliter,
21 quamquam neque ſolemniter, data. Teſtamentum †
enim nullum eſſe poteſt, ne quidem imperfectum ſine
aliqua heredis inſtitutione, quæ ſi nulla eſſet, non tam
imperfectum quàm nec cœptum dici deberet, cùm ſi iu-
ris rationem inſpicias, eius præſertim quod Conſtanti-
ni temporibus adhuc obtinebat, incipere teſtamentum
debeat ab inſtitutione, *§ ante heredis. Inſtit. de legat. l. 2.
§. priùs autem, de vulg. & pup. ſubſtit.* At lex Conſtantini
diſertè loquitur de teſtamento cœpto nec completo.
Ergo de teſtamento, imperfecto quidem, ſed in quo li-
beri, adeóque omnes, vt ſuo loco probauimus, inſtituti
reperiantur. Nec minùs conſtitutio Iuſtiniani, quæ à le-
ge Conſtantini in eo tantùm diſſimilis eſt, quod Con-
ſtantinus de qualibet patris voluntate imperfecta lo-
cutus fuerat, Iuſtinianus verò de teſtamentis dumtaxat
imperfectis tractat, maiorémque in iis ſicut condendis
ita & euertendis obſeruationem requirit, quàm Con-
ſtantinus requirendam putaſſet. In ſumma teſtamen-
tum imperfectum licet ipſo iure nullum ſit, *d. §. in fin.
Inſt quib. mod. teſt. infir.* cùm tamen inter liberos defen-
datur iure inteſtati accedente auxilio arbitri familiæ
erciſcundæ, non eſt inutile, quandoquidem facit vt in
effectu tantundem conſequantur liberi quantum ſi
22 teſtamentum valeret, quamuis alio iure. Nihil igitur †
abſurdi eſt hereditatem, quæ in eo data non inutiliter
fuerit, adimi non poſſe per codicillos, non magis quàm
ſi ſolemniter data fuiſſet. Quid enim referre hac parte
poteſt, an ſolemniter data ſit, necne, ſi modò data ſit vti-
liter? Et quemadmodum codicilli à patre conditi in-
ter liberos, ſiue perfecti, ſiue imperfecti nullum priuile-
gium habere debent quantum ad hereditatem in iis di-
rectò datam, vt ſuprà diximus, ita neque illi per quos
hereditas liberis in teſtamento, ſiue perfecto, ſiue imper-
fecto iam data, iiſdem adimatur. Haberent autem ſi fa-
cere poſſent, vt teſtamentum imperfectum per eiuſmodi
codicillos, ſiue perfectos, ſiue imperfectos reuocatum
intelligeretur: inducerent enim ademptionem heredi-
tatis hoc ipſo quod facerent ne arbiter familiæ erciſ-
cundæ in diuidenda hereditate poſſet ſequi eam volun-
tatem quam pater inſtituens filios heredes in teſtamen-
to imperfecto declaraſſet: cùm ſolo illo arbitri officio
& auxilio, vt hereditas à patre liberis in eiuſmodi te-
ſtamento non inutiliter data eſſe videatur. Ex quibus
23 apparet eam ſolemnitatem, † quam Iuſtinianus exigit
ad euertendam priorem imperfectam patris inter libe-
ros voluntatem, non eſſe neceſſariam, ſi prior illa vo-
luntas in codicillis tantùm, ſiue perfectis, ſiue imperfe-
ctis fuerit declarata, aut in qua alia ſpecie vltimæ vo-
luntatis extra cauſam teſtamenti, ſed nunc tantùm cùm
agitur de imperfecto teſtamento euertendo: quaſi no-
men ipſum teſtamenti etiam quod nullo iuris vinculo
nitatur hanc requirat ſolemnitatem, quoties teſtamen-
tum tale eſt, ex quo ſi non reuocaretur, effectum ple-
niſſimum ſaltem ab inteſtato habere patris voluntas
24 poſſet. Cæterùm facto poſteriore teſtamento † perfe-
cto, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem, dubitan-
dum non eſt quin prius quod imperfectum fuerat, hoc
ipſo euertatur, etiamſi nulla eius mentio facta ſit in po-
ſteriore, quia & perfectum teſtamentum per poſterius
æquè perfectum euerteretur, quod tamen imperfecto
potentius, aut certè non infirmius eſſe deberet. Et
quod Iuſtiniani conſtitutio † vtrumque exigere vide- 25
tur, vt & dicat pater nolle ſe priorem voluntatem vale-
re, & aliud teſtamentum faciat, tunc locum habere po-
teſt cùm pater incipit à nuda reuocatione, vt ita dicam,
verbali, non etiam cùm à facto ipſo quod interuenerit
quando fit ſecundum teſtamentum. Cùm incipit à nu-
da verbalique reuocatione, id eſt cùm hoc tantùm dicit
nolle ſe priorem voluntatem valere, nihil agit, niſi aliud
etiam faciat teſtamentum, quia nec quicquam ageret
etiamſi à voluntate illa recederet per codicillos perfe-
ctos, quorum vtique maior deberet eſſe poteſtas quam
nudæ iſtius voluntatis, quæ nihil aliud eſt quàm nuda
pœnitentia. Hereditas namque teſtamento non inutili
quamuis iniuſto data, non magis per ſolam pœniten-
tiam quàm per abſolutos codicillos adimi poteſt. At
cùm pater incipit ab ipſo facto, id eſt à confectione &
perfectione poſterioris teſtamenti, nil neceſſe eſt vt præ-
tereà declaret expreſſim pœnitere ſe prioris voluntatis.
Quippè qui ſciat aut ſcire debeat, ſiue prior illa volun-
tas defendenda ſit iure teſtamenti, quomodo interpre-
tibus placet, non poſſe quem in paganis decedere cum
duobus teſtamentis, ſiue iure teſtamenti, quod nos vo-
lumus, nec illud fieri poſſe, vt voluntatem vllam ab in-
teſtato relinquat is qui teſtatus decedit. Proinde ſi è
contrario ponas † nullum poſterius teſtamentum ſub- 26
ſecutum eſſe, ſed tantùm codicillos, ſiue perfectos, ſiue
imperfectos etiam per quos pater expreſſim receſſerit à
priore voluntate (alioqui nihil prohiberet priorem vo-
luntatem ſeruari ſaluis nihilominùs codicillis, quibus
nihil contrarium contineretur) non ideò tamen prior
voluntas reuocata intelligetur, non propter ſubintel-
lectam vllam clauſulam derogatoriam, vt interpretes
noſtri ſomniant, ſed ex ratione iuris communis, quæ
non patitur vt hereditas in teſtamento etiam iniuſto
minuſque ſolemni non inutiliter data, per codicillos
adimatur. At cur non ſufficeret ademptam eſſe ſaltem
per aliud teſtamentum poſterius † etiam imperfectum, 27
vt prius quod imperfectum etiam fuiſſe ponimus, tol-
leretur eo ipſo modo quo factum fuiſſet? Nimirum, in-
quam, quia non maior vis eſſe poteſt imperfecti teſta-
menti, quàm codicillorum ad hereditatem adimendam,
quæ priore teſtamento quamuis imperfecto non inuti-
liter fuerat data, ſi ſolam merámque inſpicias iuris ra-
tionem. Si verò æquitatem, non tantus vtique debet
eſſe fauor teſtamenti imperfecti ad euertendam vltimã
parentis inter liberos voluntatem, quæ alioqui effectum
ſuum habitura fuit, quantus ad inducendum officium
arbitri familiæ erciſcundæ cuius adminiculo ſuſtinea-
tur ea voluntas quam alioqui mera iuris ratio valere
non pateretur. Semper enim fauorabilior eſt datio † 28
quam ademptio hereditatis *l. cùm quidam. 19. D. de lib.
& poſth.* Adeóque regula iuris eſt hereditatem ſemel
datam adimi non poſſe, *l. ſi ita ſcriptum. 13. §. regula, eod.*
ſaltem facilè, vt loquitur Vlp. *in l. 1. §. pen. D. de his quæ
in teſt. delent.* i. non niſi per inſtitutionem eámque va-
lidam, non etiam per ſolam exheredationem, quomodo
Caius explicat *in l. ſi certarum. 17. §. ſi eodem. D. de teſt.
milit.* Nam cùm heredi inſtituto non poſſit à ſeipſo adi-
mi hereditas, vt neque libertas aut aliud quicquam, *l.
ſed ſi conditioni. 6. §. vlt. D. de hered. inſtit.* à quo fieri poſ-
ſet vt adimeretur liberis, niſi à liberis ipſis, quos ſolos
ponimus priore teſtamẽto imperfecto fuiſſe inſtitutos?
Ponendum ſi quidem eſt eoſdem liberos in poſteriore
quoque teſtamento ſimiliter imperfecto ſcriptos fuiſſe,
ſed ex aliis partibus, quam in priore, extraneum verò
neminem, cùm etiam extraneus aliquis adiectus reperi-
retur cuius perſonam pro non adiecta haberi oporteret.

Quare

19 Quare nec aliud probandum puto etiamſi poſterius † teſtamentum imperfectum propria patris manu totum ſcriptum eſſe proponatur, ſi non illud etiam concurrat, vt prioris teſtamenti ſcripturam idem pater ruperit, ſiue ante, ſiue poſt ſecundùm teſtamentum, quia quandiu integram penes ſe retinet priorem quamuis imperfectam, poteſt videri ad eam voluntatem rediiſſe, in eaque decedere voluiſſe, cùm poſteriorem per quàm à priore receſſiſſe videbatur non perfecerit, niſi ponas morte præuentum illum, aut qua alia ratione impeditum non perfeciſſe, cùm perficere cogitaret. Hoc enim probato, maiorem vtique haberem poſterioris voluntatis rationem quam prioris, ſi modò haberet poſterior omnes illas ſolemnitates, quas prior, & quas Iuſtiniani conſtitutio requirit. Sed extra hunc caſum tantùm abeſt, vt prius teſtamentum imperfectum debeat videri euerſum per poſterius æque imperfectum, vt potiùs ex eo quod aliud teſtamentum facere pater cœperit ad euertendum prius, tanto magis poſſit conijci voluiſſe illum, vt prius valeret per poſterius non euerteretur. Cur enim alioqui de poſteriore teſtamento faciendo cogitaſſet? Sicut & ex eo quod poſterius non perfeciſſet cùm poſſet, priorem verò ſcripturam integram penes ſe retinuit in diem vſque mortis, non obſcurè conijci poteſt, quod prius teſtamentum per poſterius euerti voluerit. Alias rationes ſi quis quærat pro tuenda Iuſtiniani conſtitutione meliores, vt puto non inueniet: nos ſanè his contenti ſumus.

ERROR IX.

De imperfecto patris teſtamento alteriùs quàm patris manuſcripto, ſed ex ipſius patris mandato.

SVMMARIA.

1 *An imperfectum patris teſtamentum alterius manu, ſed ex patris mandato ſcriptum valeat.*
2 *Conſtitutionis Iuſtinianeæ ad quæſtionis deciſionem pertinentis duplex interpretatio à Dd. allata refertur.*
3 *Iuſtinianum non ita loqui quaſi ſufficiat vt teſtamentum imperfectum plenis literis: non notis ſcriptum ſit, aduerſus primæ ſententiæ autores.*
4 *Teſtamentum imperfectum parentis, alterius manu ſcriptum non poſſe tanquam nuncupatiuum defendi aduerſus ſecundæ ſententiæ autores.*
5 *Fieri non poteſt vt teſtamentum quod quis fecit tanquam valiturum iure teſtamenti, euadat in nuncupatiuum.*
6 *Teſtamentum vnde æſtimetur nuncupatiuum.*
7 *Error interpretum de teſtamento nuncupatiuo.*
8 *Alius error interpretum cenſentium ſi teſtator cœperit facere teſtamentum in ſcriptis & non adhibuerit omnes ſolemnitates requiſitas, nihilominus valere teſtam. vt nuncupatiuum.*
9 *Interpretes abuti l. 3. D. de teſt. milit. ad ſuum errorem fulciendum.*
10 *Cur ſcriptura quam quis voluit valere iure teſtamenti in ſcriptis nunquam poſſit valere iure nuncupatiui.*
11 *Tribonianus induxit, vt teſtamentum in ſcriptis factum eſſe, & heredem palam eſſe nuncupatum ſimul ſtare poſſent.*
12 *Cùm heres palam eſt nuncupatus coram. 7. teſtibus teſtamentum cenſeri poteſt nuncupatiuum etiamſi ſubſcriptiones & ſignacula adſint.*
13 *Scriptura in contractibus cur adhibeantur.*
14 *Iuſtinianus nouiſſimè conſtituit, vt quamuis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptum non eſſet, non ideo tamen ab ipſo teſtatore nuncupari heredem neceſſe eſſet.*
15 *Teſtamentum parentis imperfectum quod alterius manus ſcriptum eſt valere non poſſe aduerſus interpretes.*
16 *Vt parens ſcribat propria manu nomina liberorum, tempus teſtamenti & modum vnciarum, eſt ſolemnitas omnino neceſſaria.*
17 *Iuſtinianea conſtitutio in quibus diſcedat à Conſtantini & Theodoſij legibus, & quas ſolemnitates requirat.*
18 *Irnerij error in Auth. quod ſine. C. de teſt.*
19 *Subſcriptionem liberorum quando ſufficere velit Iuſtinianus.*
20 *Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in teſtamento inter liberos.*
21 *Conſtitutionem Theodoſij non fauere interpretum ſententiæ.*

PARENTIBVS † inter liberos ſuos teſtaturis accidit ſæpenumero, vt ſiue literas ſciat is qui teſtari vult, ſiue neſciat, non ipſe, ſed ex ipſius mandato, aut notarius, aut alius teſtamentum ſcribat, deſignétque nomina etiam liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum. Quod cum factum eſt quæri ſolet an valeat teſtamentum, quod alioqui ſit imperfectum, nec ſuas omnes habeat ſolemnitates. Etſi enim aperta in hanc rem videtur conſtitutio † Iuſtin. *Nou.* 107. quæ diſertè vult vt ſi quis literas ſciens voluerit inter filios ſuos facere diſpoſitionem, primùm eius tempus ſubſcriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias, in quibus ſcripſit eos heredes. Non deſunt tamen qui putent Iuſtiniani mentem non illam eſſe, vt patris teſtamentum inter liberos non aliter valeat quàm ſi ſua manu quiſque literis parens ſcripſerit omnia ſupradicta, ſed hanc potius, Vt ſiue parens ſiue alius pro eo teſtamentum ſcribat, illud planis pleniſque literis ſcribendum ſit non notis. Alij verò contrà putant, non quidem valere poſſe hoc teſtamentum tanquam teſtamentum in ſcriptis, ſed valere tamen tanquam teſtamentum nuncupatiuum ex *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ex imperfecto. C. de teſt.* Quam eſſe communem noſtrorum opinionem conſtat ex iis quæ noſtri ſcribunt ad *d. §. ex imperf. Iaſ. ad Auth. quod ſine n.* 1. *in fin. Andr. Gayl. lib.* 2. *pract. obſer. c.* 112. *n.* 15. Ego vtramque ſententiam improbabilem eſſe puto. Priorem † quidem quoniam Iuſtinianus non ita loquitur quaſi ad paterni teſtamenti validitatem nihil aliud exigat niſi vt ſcriptum ſit plenis literis non notis, ſed ita vt velit propria manu teſtatoris ſcripta eſſe omnia illa quæ iſti ab alio quolibet ſcribi poſſe volunt, & conſequenter vt alioqui nullius momenti ſit ea patris ſcriptura, quæ hanc formam & ſolemnitatem non habeat. Nam & imperfecta parentum teſtamenta hodie poſt eam cōſtitutionem habent ſuas ſolemnitates ſicut & perfecta ſuas habent à iure communi. Idque ita conſtitui tanto æquius fuit quanto durius & periculoſius eſt vt imperfectum teſtamentum ſuſtineatur, quamuis nonniſi iure voluntatis inteſtati. Poſteriorem † verò ſententiam ne probare poſſim illud facit, Primum, quod video neque Theodoſij neque Iuſtiniani leges ad teſtamenta nuncupatiua pertinere, ſed ad ea tantum quæ per ſcripturam fiunt, vt à nobis probatum eſt Decade ſuperiore. Deinde quod etiamſi ad teſtamenta nuncupatiua pertinerent, non ideò tamen poſſet hoc teſtamentum defendi iure teſtamenti nuncupatiui, quia nec teſtamentum à patre inter liberos conditum in ſcriptis etiā omnes habeat ſolemnitates, quas Iuſtiniani conſtitutio præſcripſit, iure tamen teſtamēti defenderetur ſed iure voluntatis inteſtati, vt iam toties inculcauimus. Poſtremò quia fieri † nunquam poteſt, vt teſtamentum quod quis fecerit tanquam valiturum iure teſtamenti in ſcri-

ptis, euadat in nuncupatiuum. Niſi fortè poneres ab
eodem teſtatore heredis nomen & ſcriptum eſſe, & pro-
6 prio ipſius ore palam nuncupatum. Æſtimatur † enim
teſtamentum nuncupatiuum ex ea heredis nuncupa-
tione ac nominatione quæ palam fit, indéque nomen
etiam traxit, *l. heredes palam. 21. D. qui teſtam. fac. poſſ.*
7 Grauiſque error † interpretum noſtrorum ille eſt, quod
de teſtamento nuncupatiuo ſic loquuntur, quaſi ad
aliud conſtituendum ſufficiat non poſſe teſtamentum
valere iure teſtamenti in ſcriptis: nec fieri poſſe, fiát-
que ſæpenumero vt vllo iure valeat teſtamentum, id
eſt, neque tanquam in ſcriptis, neque tanquam nun-
cupatiuum. Quantuſcumque enim fauor ſit paterni
teſtamenti, quomodo fieri poteſt, vt valeret iure teſta-
menti nuncupatiui, ſi pater id animo agitauit vt per
ſcripturam teſtaretur, nec liberorum etiam quos here-
des habere voluit, nomina tamen vnquam nuncupa-
8 uit? Quare & illud æquè ſtultum † eſt quod iiſdem in-
terpretibus noſtris placet, ſi teſtator cœperit facere te-
ſtamentum in ſcriptis, & non adhibuerit omnes ſo-
lemnitates requiſitas, putà quod non omnes teſtes ſub-
ſcripſerint aut ſignauerint, nihilominus valere huiuſ-
modi teſtamentum tanquam nuncupatiuum. Quod
expreſſim tradit Andr. Gayll. ſupradicto loco poſt Ci-
num Alber. Fulgoſ. & Iaſon. *in d. l. hac conſultiſſima. §.
per nuncupationem. Bald. in leg. final. Cod. de iur. codicill.
Imol. in leg. 1. §. ſin autem. De hered. inſtitut.* Quid enim
eſt in hac ſpecie quod face e poſſit, quominùs dici po-
tiùs debeat tale teſtamentum nullomodo valere, neque
tanquam in ſcriptis, quia imperfectum eſt ſuíſque ne-
ceſſariis ſolemnibus deſtitutum, neque tanquam nun-
cupatiuum, quia heres non fuerit nuncupatus. Illa ve-
9 rò ſtultior † ratio eſt, quam iidem adferunt ex *l. 3. D. te-
ſtam. milit.* quaſi legis illius ſententia ſimile aliquid ha-
beat cum hac ſpecie vel commune: quod certè non ita
eſt. Ibi enim Vlp. ex Pomponio tractat de milite qui
cùm deſtinaſſet iure communi facere teſtamentum, de-
feceràt antè quàm teſtaretur. Et ait non eſſe cur quiſ-
quam dubitet quin teſtamentum valeat iure militari:
neque enim, inquit, qui voluit iure communi teſtari
ſtatim beneficio militari renunciauit, nec credendus
eſt quiſquam genus teſtandi eligere ad impugnanda iu-
dicia ſua: quemadmodum plerique pagani ſolent, cùm
teſtamenta faciunt per ſcripturam adiicere, velle ſe hoc
etiam vice codicillorum valere, quo caſu nemo dixe-
rit, ſi imperfectum ſit teſtamentum, codicillos non eſ-
ſe. Itaque his caſibus teſtamentum quod quis deſtina-
uerat facere iure communi, ſi eo iure perfectum non
ſit, tamen defenditur, aut iure militari ſi à milite factum
ſit, aut iure codicillorum, ſi adiecta fuerit clauſula codi-
cillaris: Nempè quia licèt deficiant eæ ſolemnitates
quæ eſſent neceſſariæ ad teſtamentum in ſcriptis perfi-
ciendum, adſunt tamen ea omnia quæ requiruntur, vt
teſtamentum valeat iure militari, vel vice codicillorum:
nec quicquam erat quod obſtare videretur, niſi quod
voluntatem teſtator habuerat teſtandi iure communi.
Sed non poteſt ea voluntas facere, vt eo minùs videa-
tur teſtator voluiſſe ſuam voluntatem alio iure valere,
ſi iure communi valere non poſſet. At nos de illo tra-
ctamus qui deſtinans teſtari in ſcriptis, eo tamen mo-
do ſit teſtatus, vt non omnia fecerit quæ neceſſaria
erant ad hoc, vt teſtamentum valeret, aut iure teſta-
menti in ſcriptis, aut tanquam nuncupatiuum. Nam
vt teſtaretur in ſcriptis, curare debuerat ne quid ex
ſubſcriptionibus, aut ſignis teſtium deeſſet. Vt verò
per nuncupationem, nuncupandus erat heres, quod
nos ex facto proponimus factum non fuiſſe. Neque
fieri potuit vt animum habuerit teſtandi in ſcriptis ſi-
mul & per nuncupationem, cùm aliud planè ſit ſcribe-
re, aliud nuncupare, aliud tacere, aliud loqui. Et
quemadmodum ea ſcriptura quam teſtator voluit va-
lere iure teſtamenti, licet habeat ea omnia quæ neceſ-
ſaria ſunt in codicillis, non idcirco defenditur iure co-
dicillorum, niſi cùm expreſsè id dictum eſt, vt omnium
apertiſſimè probat ſupradictus Vlpiani locus. Nempe
quia quiſquis teſtari velle ſe dicit, hoc ipſo profitetur
non habere ſe animum conſcribendorum codicillorum,
cùm tota ſpecie differant codicilli: præſertim qui ab
inteſtato fiunt, à teſtamento, non minùs quàm ſucceſſio
inteſtati à ſucceſſione teſtati: ita & admittendum † 10
neceſſario ad eam ſcripturam, quam quis voluerit va-
lere iure teſtamenti in ſcriptis, multo minùs valere vn-
quam poſſe iure teſtamenti nuncupatiui, non illa ſolùm
ratione quod non videatur is animus fuiſſe teſtantis
qui in ſcriptis teſtari voluit, vt per nuncupationem te-
ſtaretur, ſicuti diximus de codicillis: ſed etiam quia in
teſtamento nuncupatiuo hoc plus eſt quam in codicil-
lis, quod ea quæ ſunt neceſſaria ad conſtituendum te-
ſtamentum nuncupatiuum, fieri nunquam poteſt vt in-
ſint teſtamento in ſcriptis. Non magis quam vt eodem
teſtamento, heres aliquis ſit & nuncupatiuus & non ſit,
nullo modo poteſt dici teſtamentum in ſcriptis. E con-
trario ſi nuncupatus non ſit, nullo modo nuncupati-
uum: nec ſi paterfamilias in ſcriptis teſtaturus, alteri
ſcribendum, vt plerumque fit, teſtamentum dictauerit,
vt in *l. quoties. 9. §. 1. D. de hered. inſt.* Etſi enim, qui di-
ctat nomen heredis hoc ipſo heredem nuncupet, nun-
cupat tamen ſcriptori tantùm qui excipit dictata, non
autem palam & coram teſtibus teſtamentariis quod om-
ninò neceſſarium eſt, vt teſtamentum per nuncupatio-
nem factum videatur, *d. l. heredes palam. 21. in princ. D.
qui teſt. fac. poſſ.* Alioqui nunquam fieri poſſet vt in ſcri-
ptis teſtaretur qui voluntatem ſuam non ipſe ſcribe-
ret, ſed alij dictaret. Tribonianus † noſter cui nihil fuit 11
dulcius quàm vt autoritate Iuſtinianei nominis ea cõ-
ſtitueret quæ à iuris ratione quàm maximè abhorre-
rent, in ea primus fuit opinione, vt putaret poſſe iſta
ſimul ſtare, quod teſtamentum in ſcriptis factum eſſet,
& nihilominus heres palam nuncupatus, *in l. iubemus.
29. C. de teſt. verſ. Oportet enim omnimodo, vel ex literis
teſtatoris, vel ex voce quidem teſtatoris, literis autem te-
ſtium qui ad elogium conficiendum fuerant conuocati, no-
mina manifeſtari heredum. Quemadmodum enim*, inquit,
*in elogio, quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtato-
rem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita & in
teſtamentis per ſcripturam conficiendis, cùm ipſe teſtator
manu ſua ſcribere heredes vel noluerit, vel non potuerit,
voce tamen eius eos manifeſtari oportet.* Nam ante hanc
conſtitutionem ita ius erat, vt in teſtamento in ſcriptis
nomen heredis, ſiue à teſtatore ipſo, ſiue ab vno ex te-
ſtib. ſiue ab alio quolibet ſcribi ſatis eſſet, nec nuncupa-
ri oporteret dummodo teſtatoris ſubſcriptio adeſſet, vt
diximus *in Error. 1. Decad. prec.* ex eodem Iuſtin. *in tit. de
teſt. ordin.* Cùm enim heres † palam nuncupatus eſt, & 12
quidem coram ſeptem teſtib. quæ ſolemnitas numeri
huius teſtium communis eſt vtrique generi teſtamen-
torum, ſiue per ſcripturam fiant, ſiue per nuncupationẽ,
quid obſecro impedire poteſt, ne omnimodo factum vi-
deri debeat teſtamentum nuncupatiuum, etiamſi adſint
ſubſcriptiones & ſignacula, tam teſtium, quàm teſtato-
ris? Has ſiquidem ſolemnitates omnes licet ad teſtamen-
ta, in ſcriptis, non ad nuncupatiua pertineant, nihil ta-
men vetat in teſtamentis quoque nuncupatiuis adhi-
beri, eo prorſus modo quo etiam fieri paſſim videmus,
vt teſtamenta nuncupatiua ſcribantur, ad æternam ſci-
licet rei memoriam, vt loquitur Iuſtin. *d. l. iubemus*, i. nõ
tam ad ſubſtantiam & ſolemnitatem actus quam ad pro-
bationem interpoſitæ ſolemnitatis, quæ potiſſima † ra- 13
tio eſt adhibendarum etiam in contractibus ſcriptura-
rum *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum.* Nec enim ſo-
lent ea quæ abundant vitiare, nec ſuperuacua cautio
nocere, *l. non ſolent. 94. de regul. iur.* & cùm dicimus
non eſſe iſtas ſolemnitates nuncupatiuorum teſta-
mentorum, non hoc ſignificamus, quòd in teſtamentis
nunca

nuncupatiuis ſalua actus ſubſtantia adhiberi non poſſint, ſed hoc tantùm quod adhiberi eas non ſit neceſſe. Cæterùm ſi adhibeantur, non eo minùs valebit teſtamentum iure nuncupatiui, nec eo magis iure teſtamenti in ſcriptis, quoties teſtator, propria lingua nomen heredis nuncupauit, licèt idem nomen, ſiue à teſtatore ipſo, ſiue ab alio ſcriptum reperiatur. Quare nec Iuſtinianus in ea conſtitutione conquieuit: ſed cùm videret pleraque teſtamenta tanquam in ſcriptis facta ſubuerti ea ratione quod ſolemnitas iſta non interueniſſet nuncupationis heredis, coactus fuit ius vetus, quod
14 abrogauerat, in vſum reuocare, i. conſtituere vt † quamuis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptum non eſſet, non ideò tamen ab ipſo teſtatore nuncupari heredem neceſſe eſſet. §. *quia verò. Nouell.* 119. *vt ſponſal. largit.* vnde ſumpta eſt *Auth. & non obſeruato. C. de teſtam.* Quid enim erat abſurdius, quàm feciſſe vt heredis nuncupatio ex qua ſola ſemper æſtimata eſt vis & ſubſtantia teſtamenti nuncupatiui, fieret ſolemnitas teſtamenti in ſcriptis? Illud verò dignum eſt obſeruatione, noſtrámque ſententiam mirificè confirmat, quod Iuſtin. ſcribit *in d. §. quia verò*, teſtamenta plurima per eam Codicis conſtitutionem ſubuertenda fuiſſe, quod pleríque teſtatorum nollent cognitum eſſe teſtibus nomen heredis, quæ proculdubio mens eſt omnium qui in ſcriptis teſtari volunt, quippè quibus alioquin eſſet longè commodius teſtari per nuncupationem, teſtandique genus illud eligere, quod multo pauciores habeat ſolemnitates, *l. in teſtamentis.* 26. *C. eod. tit. de teſtam.* Nam ſi quo caſu fieri vnquam poſſet, vt teſtamentum quod quis in ſcriptis facere voluiſſet, defenderetur iure teſtamenti nuncupatiui, is maximè caſus eſſet in quo teſtator heredem propria lingua nuncupaſſet, neque tamen ipſius nomen ab aliquo ex teſtibus ſcribi curaſſet. Vt enim nomen heredis quod teſtator propria manu ſcribere vel noluit, vel non potuit, ſcribendum ſit ab aliquo ex teſtibus, noua ſolemnitas eſt quam Iuſtin. induxit *in d. l. iubemus*, quantum ad teſtamenta quæ fiunt in ſcriptis, non quantum ad nuncupatiua. Atqui poſt eam conſtitutionem quæ extat *in d. l. iubemus*, inualida erant teſtamenta in ſcriptis quæ ſic facta eſſent, vt nomen heredis ab vno ex teſtibus ſcriptum non fuiſſet, tametſi teſtator nomen illud palam nuncupaſſet: ſicuti neque quicquam profuiſſet ſcriptum eſſe ab vno ex teſtibus nomen heredis, ſi teſtator illud ipſum nomen propria lingua coram ſeptem teſtibus minimè nuncupaſſet. Vtramque enim ſolemnitatem iungit conſtitutio Codicis. Non ergo defendebantur teſtamenta tanquam nuncupatiua, licèt nihil deeſſet ex ſolemnibus teſtamenti nuncupatiui, quoties dixerat teſtator velle ſe in ſcriptis teſtari. Adeò implicat contradictionem, vt velit quis idem teſtamentum valere & tanquam in ſcriptis, & tanquam nuncupatiuum, ſi non hoc ipſum teſtator expreſſim diſpoſuerit ſub diſiunctione, in hunc modum, Vt, *ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti in ſcriptis, valeat iure nuncupatiui.* Quomodo euenit, vt ea voluntas defendi poſſit iure codicillorum, quam tamen teſtator fecerat eo animo vt valeret iure teſtamenti, ſcilicèt cùm adiecta eſt clauſula codicillaris, quæ ſemper habet diſiunctionem, & conditionem, *d. l.* 3. *D. de teſtam. milit. l.* 1. *D. de iur. codicill.* Mea igitur in propoſita † quæſtione
15 ſententia eſt, Teſtamentum patris imperfectum quod non habeat ſolemnitates à Iuſtiniano præſcriptas, quia non ipſius parentis, ſed vel notarij, vel alterius manu ſcriptum proponatur, nullomodo valere poſſe, nec tanquam in ſcriptis, quod omnes fatentur, cùm ſcriptura careat ſuis ſolemnibus, neque tanquam nuncupatiuum, quando patris voluntas ea præcisè, aut diſiunctiuè non fuit, vt per nuncupationem teſtaretur: nec denique iure voluntatis inteſtati, cum eo demum caſu voluerit Iuſtin. ſeruari ab inteſtato huiuſmodi patris voluntatem, quo nihil ex iis ſolemnibus deeſſet, quæ nouella conſtitutio præſcripſit ad viam fraudibus præcludendam. De quo nullus dubitandi locus relinquetur, ſi ea legantur, quæ ſcripſimus *in Errorem.* 4. *Decadis ſuperioris*, cùm diſputauimus, an *Imper. conſtit. de imperfectis parentum teſtamentis*, ad teſtamenta nuncupatiua pertineant. Quicquid enim teſtium fidei committitur, multò magis periculo falſitatis ſubiicitur, quam quòd per ſcripturam ipſius patris probatur, quæ licet ipſa quoque probanda ſit per teſtes, probatur tamen certiùs non ob id ſolùm quod per plures teſtes probari poſſit, verùm etiam quia non tam citò falſarius quiſpiam de ſcriptura mentiturus ſit cuius veritatem ſciat per alios tam multos probari poſſe. Nec ſanè video cur defendi potiùs debeat illa patris voluntas quam patre dictante mandantéque alius ſcripſerit, quam illa quæ declarata ſit coram minore teſtium numero à patre volente teſtari per nuncupationem. Vtroque enim caſu voluntatis probatio pendet à fide teſtium, & rurſum vtroque caſu deficit autoritas conſtitutionis Iuſtinianeæ deficientibus ſolemnitatibus quas conſtitutio introduxit. Quare non eſt quod quis dicat nihil intereſſe an parens ipſe ſcripſerit nomina liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum, an verò alij omnia iſta ſcribenda mandauerit, dummodò conſtet de mandato. Nam immò vero multum intereſt, cùm ea ſolemnitas † præ- 16
ſcripta eſt, vt propriam teſtatoris manum adhibitam fuiſſe oporteat, præſertim ob eam cauſam ne quaſi falſi committendi ratio ſupereſſit. Quidni enim ſolemnitates præſcriptæ imperfectis teſtamentis perinde ſeruandæ ſunt vt defendantur voluntates tanquam in teſtamentis imperfectis declaratæ, atque ſeruandæ ſunt eæ quæ perfectis ſcribuntur, vt valeant iure teſtamentorum perfectorum? An non maius falſitatis periculum eſt, in teſtamento imperfecto, quàm in eo quod ſit perfectum? Neque dura vel iniqua videri poteſt conſtitutio quæ huiuſmodi voluntates in teſtamentis imperfectis declaratas non niſi certis modis & caſibus valere patitur, quas alioqui mea iuris ratio nullo caſu, nullóque modo valere pateretur: Iſtque omninò quod parenti qui teſtari voluit, imputetur, quare nec perfectorum nec imperfectorum teſtamentorum ſolemnitates adhibuerit, ſi cum teſtamento aliquo ſiue perfecto ſiue imperfecto decedere cogitauit. Et verò non aliam ob cauſam Iuſtinianus huiuſmodi ſolemnitates introduxit, quas † neque Conſtantini, neque Theodoſij leges re- 17
quirebant, niſi vt intelligeret quiſquis etiam inter liberos teſtari vellet, vel eo prorſus & præcisè modo teſtandum ſibi eſſe ſi imperfectè teſtari vellet, vel omnes omninò adhibendas ſolemnitates quas ius vetus exigebat in condendis teſtamentis ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. In quo tamen non tam iuri veteri quàm Conſtantini & Theodoſij legibus quantum ad propoſitam quæſtionem, derogauit. Nam & iam olim ita ius erat, vt non aliam parentis inter liberos voluntatem ab inteſtato tueri arbiter deberet iudicio familiæ erciſcundæ, quàm quæ per ipſius parentis ſcripturam declarata eſſet, non etiam quæ per teſtes: Atque ita debet accipi quod ſcriptum eſt *in l. filij.* 16. *Codic. familia erciſcunda*, *verùm quibuſcunque verbis voluntas eius declarata ſit*, de verbis nimirum ſcriptis, non de nuncupatis, vt ex eo conſtat quod lex loquitur promiſcuè de teſtamento & de codicillis qui non poſſunt eſſe non ſcripti. Item ex eo quod alioquin fatendum eſſet Conſtantinum *in dict. leg. vltim. eodem titulo*, reſtrinxiſſe ius vetus, quod tamen nemo non videt è contrario fuiſſe ab illo ampliatum. Cùm enim requirerentur olim verba, voluit Conſtantinus poſſe notas quaſlibet ac indicia quæcunque ſufficere, quod ipſum Iuſtinianus poſtea immutauit. Sed ita tamen vt contentus non fuerit ius antiquum repetere, quod ante Conſtantinum obtinebat, verùm in eo

eo præterea voluerit iuri veteri derogare, vt cogeretur parens & nomina liberorum, & tempus teſtamenti & vnciarum modum propria manu ſcribere, quorum omnium nihil olim requirebatur, ſi teſtatoris ſubſcriptio adeſſet, quæ faceret ne dubitari poſſet, quia patris teſtamentum eſſet aliave ſcriptura. Hoc enim vnum erat neceſſarium, vt ſcripturam quæ proferebatur parentis fuiſſe appareret, quod non minùs ex ſola ſubſcriptione quàm ex totius voluntatis ſcriptura colligebatur. At hodie non ſolùm non ſufficit ſubſcriptio ſi non contineat omnia ſupradicta, ſed nec è contrario ſufficit parentem propria manu ſcripſiſſe & nomina liberorum & tempus teſtamenti & vnciarum modum, niſi etiam ſubſcripſerit. Cùm Iuſtinianus apertiſſimè ſubſcriptionem exigat in illis verbis, *Volumus, ſi quis literas ſciens inter filios ſuos voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem eius ſubſcriptione tempus declaret, deinde quoque*
18 *filiorum nomina, &c.* In eoque miror deceptum fuiſſe † Irnerium, *in Auth. quod ſine. C. de teſt.* vbi ſic ille accipit Iuſtiniani conſtitutionem, quaſi cæteræ ſolemnitates ſine ſubſcriptione ſufficiant, & viciſſim ſola ſubſcriptio ſine cæteris ſolemnitatibus (ſaltem ſi teſtator in ſubſcriptione mentionem faciat teſtamentum eſſe cui ſubſcripſerit, vt loqui ur Iul. Clar. *in §. teſtamentum. q. 14*) neque ſubſcriptio neceſſaria ſit niſi cùm ſolemnitates aliæ deficiunt. Cùm tamen Iuſtinianus omnes iſtas ſolemnitates coniunctim exigat, quarum vnam vel minimam ſufficere voluerat Conſtantinus, ſolis quoque indiciis contentus, ſiue ipſius parentis ſubſcriptio aliqua, ſiue nulla interueniſſet. Nec eſt contrarium quod idem Iuſtinianus *in cap. 5. dict. Nouell. de teſtam. imperf.*
19 vult ſufficere ſubſcriptionem † liberorum. Id enim ad eum caſum pertinet, quo pater non tam teſtamentum imperfectum inter liberos ſuos facere voluerit, quàm bonorum ſuorum diuiſionem, ſecundum ea quæ ſcripſimus in *Error.* 1. Decadis præcedentis ad interpretationem *Auth. ſi modo C. famil. erciſc.* quam ex *dict. cap.* 5. idem Irnerius deſumpſit. Notandùmque eſt quod *in d. cap.* 5. Iuſtinianus inſcribit, *ſi autem & in diuiſione ipſe ſubſcripſerit, & clara omnia per ſubſcriptionem ſuam fecerit, ſit & hoc ratum, quoniam & hoc legiſlatione noſtra continetur.* Quid enim apertius ſcribi potuit, vt intelligeremus priorem eius conſtitutionis partem ita in-
20 telligendam eſſe, vt neceſſaria ſit ſubſcriptio † teſtatoris, nimirum quoties id agit pater vt non ſolùm bona ſua diuidat ſed etiam hereditatem: nec ideò tamen quælibet ſubſcriptio ſufficiat eo caſu, ſed illa demum quæ omnia faciat clara, id eſt, quæ & tempus teſtamenti, & filiorum nomina & modum vnciarum expreſſim declaret: Non quod neceſſe ſit omnia iſta in ſubſcriptione contineri, ſi ponas ſcripturam ipſam teſtamenti quæ omnia eadem illa contineat, manu teſtatoris exaratam eſſe: Sed quia facilè poſſit accidere, & verò plerumque accidat, vt parenti moribundo, cui tantum non ſit virium quantùm neceſſe eſſet ad teſtamentum perficiendum, nec etiam liceat per morbi temporiſve anguſtias teſtamenti ſcripturam propria manu conficere: ſitque illi multo commodius, & expeditius ſubſcriptione ſua facere clara omnia quæ ad teſtamenti ſubſtantiam magis pertinere exiſtimantur. Hanc verò noſtram ad Iuſtinianum interpretationem illud etiam valdè confirmat, ni fallimur, quod idem Iuſtinianus conſtituit, *Nouell. 119. vt ſponſalit. largit. §. quia verò*, vt non valentibus teſtatoribus aut nolentibus eam cuſtodire ſubtilitatem quam induxerat, *d. l. iubemus*, ſcribendi nomen heredis propria manu teſtatoris vel vnius ex teſtibus, ſed ſecundum priſcam conſuetudinem teſtari malentibus, ſiue per ſe aliquis ſiue per alterius perſonam nomen heredis inſcripſerit, ratum quidem ſit teſtamentum, ſed ita demum ſi omninò reliquam legitimam obſeruationem in teſtamento teſtator obſeruauerit. Etſi enim eo loco Iuſtinianus de teſtamentis parentum imperfectis nominatim non loquitur, tamen cùm conſtitutio generalis ſit ad omnia teſtamenta pertinens, taráque poſt eam conſtitutionem de teſtamentis imperfectis, vt ordo ipſe Nouellarum demonſtrat, non video cur excipi debent parentum teſtamenta imperfecta. Præſertim cùm illa ipſa conſtitutio, quæ iis amplius fauet, hoc ipſum nominatim exigat vt liberorum nomina cum tempore teſtamenti & modo vnciarum ſcripta ſint propria parentis manu, non quidem in charta ipſa quæ teſtamenti ſcripturam continet, ſed ſaltem in ſubſcriptione per teſtatorem ipſum facienda, vt iam oſtendimus. Niſi fortè reſpondeas poſteriorem Iuſtiniani legem loqui de iis teſtamentis quæ poſſint & debeant valere iure teſtamentorum, non de aliis quæ non defendantur niſi iure voluntatis inteſtati, Cuiuſmodi eſſe diximus imperfecta parentum inter liberos teſtamenta. Sed præter id quod hanc reſponſionem nunquam laudabunt interpretes qui magis probant vt huiuſmodi teſtamenta quamuis imperfecta, iure teſtamentorum defendantur. Non eſt dubitandum quin Iuſtinianus, cùm ea teſtamenta infirmat quæ non habeant omninò reliqua legitimam obſeruationem, non minùs de voluntate ipſa infirmanda ſenſerit, quàm de teſtamento, vt neque teſtati neque inteſtati iure teſtamentum ſuſtineatur, quod ſolemnitatibus ſuis deſtitutum eſt. Concludamus igitur teſtamentum parentis imperfectum inter liberos, in quo non ſint ſcripta ipſius teſtatoris manu ea omnia quæ Nouella Iuſtiniani conſtitutio præſcribit, nullomodo valere, neque perfecti teſtamenti iure, id eſt neque tanquam teſtamentum ſine in ſcriptis, ſiue nuncupatiuum, neque tanquam voluntatem inteſtati, etiamſi conſtet parente ipſo dictante exceptum id fuiſſe à notario, vel ab alio exſcriptore. Nec pro interpretibus † facit conſtitutio Theo- 21
doſij qua vna mouentur *in d. §. ex imperfecto.* Siue quòd nihil ea noui inducat, niſi quod ad vtrumque parentem extendit Conſtantini legem de ſolis patribus loquutam, quæ tamen parentis ſcripturam omnimodo requirebat, ſiue quòd vtraque illa lex & Conſtantiniana & Theodoſiana, quæ imperfectis parentum inter liberos teſtamentis plus æquo fauere videbantur, haud dubiè correcta ſit & emendata per Iuſtinianum hactenus, vt non alia eiuſmodi teſtamenta hodie valeant ne quidem iure voluntatis inteſtati, quàm quæ omnes illas habeant quæ à Iuſtiniano præſcriptæ fuerunt teſtamentorum imperfectorum ſolemnitates.

ERROR X.

De teſtatore inter liberos diſponente, qui notarium adhibere volens priùs deceſſit, quàm notarius accederet.

SVMMARIA.

1. *An valeat teſtamentum parentis, inter liberos minùs ritè teſtati, quando notarium adhibere volens, deceſſit priùs quàm notarius accederet.*
2. *Sententia interpretum putantium huiuſmodi teſtamentum ob defectum voluntatis non valere: & eius ſententiæ fundamina.*
3. *Opinio Saliceti de ſcriptura patris inter liberos teſtamentum continentis, & in capſa poſt mortem patris reperta inualiditate.*
4. *Oppoſita aliorum interpretum ſententia, qua ſtatuunt teſtamentum patris de quo num. 1. valere: quòd defectus ſit ſolemnitatis potiùs quàm voluntatis.*
5. *Autor hanc ſententiam probat, rationem verò reiicio: & num. 11.*

6. Notarij

6 *Notarij interuentus non eſt de teſtamentorum ſolemnitate.*
7 *Notarij cur adhibeantur ad inſtrumenta ſcribenda.*
8 *Non eſt in teſtatoris poteſtate vt ſolemnitatem nouam inducat.*
9 *Non eſſe defectum voluntatis in ſpecie propoſita nu.1. aduerſus primæ ſententiæ autores.*
10 *Non adhibito notario non deficit voluntas, aut iuris ſolemnitas, ſed probationis ſpecies, quam interuentus notarij attuliſſet.*
11 *Differentia inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua.*
13 *Error eorum qui cenſent teſtamentum de quo num.1. non valere propter defectum voluntatis.*
14 *Quod teſtator voluntatem mutare potuerit, non facit vt eo minus valeat teſtamentum.*

1 NOn parua inter noſtros contentio † eſt, ſi
pater minùs ritè inter liberos teſtatus no-
tarium adhibere voluerit, vt plerunque
ſolent notarij ad teſtamenta quælibet ſiue
conſcribenda ſiue publicanda accerſiri, priùs autem de-
ceſſerit quàm notarius accedere vel voluerit vel potue-
rit. An nihilominùs teſtamentum ſuſtineatur eo iure
quo cætera parentum inter liberos teſtamenta. Poni-
mus enim omnes eas ſolemnitates interueniſſe, quas
nouella Iuſtiniani conſtitutio in eiuſmodi teſtamentis
imperfectis requirit, nec niſi notarij miniſterium quod
teſtator non lex exigebat, hîc defuiſſe. Quamquam &
patre inter liberos ſolemniter teſtato eadem quæſtio
poteſt emergere, ſi ponas patrem qui per ſcripturam te-
ſtatus fuerat, notarium adhibere poſtmodum voluiſſe.
Putant autem noſtri quæſtionem hanc in eo eſſe, An
voluntatis defectus ſit an ſolemnitatis. Nam ſi quis
admittat eſſe defectum ſolemnitatis, non videtur du-
bitandum quin valeat inter liberos, cùm in eo teſta-
mentorum genere ſecundum interpretes noſtros ſu-
blatæ ſint omnes ſolemnitates, niſi quæ ſint ex iure
gentium, in quibus nemo poſuerit teſtamenti publica-
tionem, aut notarij interuentionem. Si verò magis pla-
ceat eſſe defectum voluntatis, omnes conſentiunt nul-
lum poſſe hac parte priuilegium eſſe paterni teſtamen-
2 ti, quod voluntatem habeat imperfectam. Plerique †
autem putant eſſe hunc defectum voluntatis potiùs
quàm ſolemnitatis, ob idque nec teſtamentum vale-
re. Pro quibus illud facit quod eſt in vulgari noſtro-
rum brocardico, quandiu agendum aliquid ſupereſt
nihil prorſus actum videri, *leg. penult. in fin. Cod. de his
quibus vt indign.* Cùm totum illud tempus quod præ-
cedit completam teſtamenti lectionem, liberum ſit te-
ſtatori ad mutanda, detrahenda, addenda quæcunque
vel addere vel detrahere vel mutare velit in ſuo teſta-
mento, & ſæpe accidat vt etiam inter legendum ple-
raque vel deleantur vel emendentur, ita iubente teſta-
tore tanquam ad id quod agit eo tempore diligentiùs
attendente: Vt proinde non poſſit dici plenam eſſe
numeriſque omnibus abſolutam voluntatem cui ali-
quid addere vel detrahere teſtator adhuc pro arbitrio
poſſit, etiam quod ad inſtitutionem heredis, ex qua vis
potiſſima teſtamenti æſtimatur: Maximè verò cùm te-
ſtator qui notarium accerſiri iubet eam ſuæ voluntati
legem dicere videatur, vt non aliter illam valere velit
quàm ſi notarij fide ac ſubſcriptione muniatur, quod
plerunque ſummo iudicio faciunt teſtatores, vt fraudi-
bus & falſitatibus viam præcludant, cuius in publica
ſcriptura comminiſcendæ difficilior dolus eſt, quàm
in priuata. Accedit ratio illa, quod ad cuiuſlibet teſta-
menti ſubſtantiam pertinere illud videatur, teſtator
profiteatur & declaret eam ſcripturam quæ profertur
ſuum eſſe teſtamentum, *l. hac conſultiſſima. 8. §. at cùm
humana fragilitas*, in illis verbis, *elogium ipſe ſuum pro-
fiteatur agnoſcere. Cod. qui teſt. fac. poſſ. & l. hac conſultiſ-
ſima. 21. ibi, dum tamen teſtibus præſentibus teſtator ſuum
eſſe teſtamentum dixerit C. de teſtam.* Qua ratione motus
Salicetus † ad *d. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto*, in 3
ea eſt opinione, vt putet, ſi ſcriptura manu patris ſcri-
pta inter liberos reperiatur in capſa poſt mortem patris
quam non appareat fuiſſe lectam & publicatam, nul-
lius eam eſſe momenti, non ſolùm ratione omiſſæ ſo-
lemnitatis, ſed etiam ex defectu principaliter volunta-
tis: quod & Alexand. refert *conſ. 76. num. 12. volum. 3.*
Quæ opinio licèt à pleriſque notata ſit, & magis com-
muniter improbata propterea quod nuſpiam leges re-
quirant lectionem & publicationem teſtamenti im-
perfecti pro ſolemnitate, vt bene contra Salicetum diſ-
putat *Iaſ. in Auth. quod ſine. Cod. de teſtam.* neque rur-
ſus vt teſtator profiteatur ſcripturam quæ profertur
ſuum eſſe teſtamentum, niſi cùm teſtamentum ſit co-
ram teſtibus, quos ſupra probauimus nullos requiri in
parentis teſtamento inter liberos, videtur tamen pro-
babilius defendi poſſe in ea ſpecie quam tractamus;
cùm teſtator ipſe hanc legem ſibi dicere voluit, vt teſta-
mentum à notario legeretur, & publicaretur: Nulla
enim fit iniuria teſtatori, cùm ipſius teſtamentum ob
eam cauſam fit irritum, quod non ſit adhibita ſolem-
nitas quam ipſe voluit adhiberi. Frequentior tamen
Doctorum † noſtrorum ſchola in eam magis inclinat 4
ſententiam, vt hic ſit defectus ſolemnitatis potiùs
quàm voluntatis, ideóque non impediat quominus
tale teſtamentum parentis inter liberos ſuſtineatur, non
quidem ex iure communi, ſed ex priuilegio. Quod ex-
preſſim concludit Iaſ. ad *dict. §. ex imperfecto, num. 4.
poſt Baldum in l. vlt. Cod. de fideic. Alex. dict. conſ. 76.
lib. 3. & poſt eos Andr. Gayll. lib. 2. practic. obſeruat.
cap. 112. num. 16.* Mihi ſententia † quidem iſta pro- 5
batur ſed ratio non item. Nam vt ad teſtamentum ritè
ac ſolemniter conficiendum adhiberi notarium opor-
teat, nullo prorſus iure cautum eſt, nulla etiam con-
ſuetudine introductum. Etſi enim mos ille apud om-
nes ferè gentes inualuit adhibendorum in teſtamentis
notariorum, non ideo tamen hoc fit quòd ea teſta-
mentorum † ſolemnitas eſſe exiſtimetur, ſiue in ſcri- 6
ptis teſtari quis velit, ſiue per nuncupationem, ſed quo-
niam certior iſta ratio eſt conſeruandæ voluntatis, pro-
bandæque ad futuram rei memoriam: quæ etiam cauſa
eſt conſcribendorum inſtrumentorum, de iis quoque
contractibus qui ſcripturam non requirunt, *leg. 4. D.
de pignor. l. 4. D. de fideic. inſtrum.* Et quia parum eſſet
extare ſcripturam cuius fides in dubium vocari poſſet,
placuit in eam rem vt plurimùm adhiberi † notarium, 7
cuius fides faceret vt de inſtrumenti tanquam publici
veritate diſputari non oporteret. Neque hoc negat
quiſquam ex interpretibus, ſi teſtator nihil dixerit de
notario adhibendo. Sed cùm teſtator notarium accer-
ſiri iuſſit, hic verò caſus eſt in quo volunt illi eſſe hanc
vnam ex ſolemnitatibus teſtamenti: Et in hoc ego ab
iis diſſentio. Nec enim puto eſſe in teſtatoris † pote- 8
ſtate vt ſolemnitatem nouam inducat extra eas quæ le-
gibus aut conſtitutionibus inductæ fuerunt, ſicuti nec
poteſt facere, vt non ſint neceſſariæ ſolemnitates illæ
quas ius noſtrum ſiue ciuile ſiue prætorium introdu-
xit. Vtrumque ſiquidem pendet ex eodem iuris prin-
cipio, de quo in *leg. nemo poteſt 55. de legat. 1. & in l.
teſtandi 13. C. de teſtam.* Neminem poſſe facere quin
leges in ſuo teſtamento locum habeant, & teſtandi de
pecunia ſua facultatem permiſſam eſſe, vſque adeò cer-
tis regulis & legibus, vt neque iuriſdictionis formam
pro arbitrio mutare, neque iuri publico derogare cui-
quam ſit permiſſum: Itaque finge teſtatorem expreſſim
caviſſe vt non aliter ſuum teſtamentum valeret quàm ſi
octo teſtes in eo adhibiti reperirentur, adhibitos verò
fuiſſe ſeptem duntaxat. Non dubito quin æquè vali-
turum ſit teſtamentum ac ſi nihil in contrarium à teſta-
tore cautum eſſet, quia & pro non cauto habendum eſt

quicquid contra vel præter leges cautum eſt, ne alio-
quin eueniat vt priuatorum cautiones legum autorita-
te cenſeantur, quod Papinianus nunquam admitteret,
l. vlt. D. de ſuis & legit. Sicut è contrario ſi teſtator diſer-
tè præciperet vt teſtamentum ſuum valeret coram ſex
teſtibus, quis tamen diceret eo magis valiturum eſſe te-
ſtamentum, quod ſolemnem teſtium numerum non
haberet? Eiuſdem namque poteſtatis & autoritatis eſt,
ſolemnitatibus à iure præſcriptis aliquid addere vel
detrahere. Et conſequenter eiuſdem amentiæ & inſa-
niæ alterutrum facere velle illum, qui velle non poſſit.
Atqui nemo eſt tam ſtultus qui putet liberam ſibi eſſe
teſtandi facultatem niſi quam habeat à lege. Ergo ne-
que alias ſolemnitates teſtamento ſuo præſcribere quiſ-
quam poteſt aut debet, quàm quas lex ipſa aut alia quæ-
libet conſtitutio quæ vim legis obtineat, præſcripſit.
Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt extra cauſam eſſe ſo-
lemnitatum teſtamenti, vt notarius aliquis adhibeatur
vel nullus, etiamſi maximè id egerit teſtator vt notarius
adhiberetur. Quod ex iis etiam quæ ſequenti Decade
circa clauſulam derogatoriam dicturi ſumus, clarius in-
telligitur. Atſi non eſt defectus hic ſolemnitatis, erit-ne
9 ſtatim conſequens vt ſit defectus voluntatis? Ne † hoc
quidem arbitror dici poſſe. Quis enim teſtator vnquam
cogitet de adhibendo notario ea mente, vt ſi qua de
cauſa præſertim fortuita notarius non interuenerit, te-
ſtamentum valere nolit? An non ita fieret contra vul-
gare noſtrorum brocardicum vt inducta ad vnum fi-
nem, contrarium effectum operarentur? *l. legata inuti-
liter 19. de legat 1. leg. legata 14. D. de adim. legat.* &
contra id quod Vlp. ſcribit in *l. 3. D. de teſt. mil.* non eſſe
credendum quemquam eligere id genus teſtandi per
quod iudicia ſua ſubuertantur. An forte aliam ob cau-
ſam notarius adhiberi ſolet, quàm vt teſtamenti cauſa
ſit in tutiore loco? Quod ſi tum quoque cùm notarius
adhiberetur nihil aliud accedit viribus teſtamenti quod
ſuas iam habeat ſolemnitates, niſi quod per inſtrumenti
publici fidem certior fit, commodiuſque ad poſteros
tranſmittitur probatio voluntatis, quid aliud incom-
10 modi † adferre poteſt quod notarius nullus interuene-
rit, niſi vt deficiat hæc probationis ſpecies, quam inter-
uentus notarij attuliſſet? Hoc ipſum vero quod hæc
aut illa probationis ſpecies deficiat ſiue de teſtamento
ſiue de alia re qualibet agatur, cuiuſnam obſecro pon-
deris & momenti eſſe poteſt, quoties adſunt aliæ ſuffi-
cientes, & idoneæ probationes? Nullius omnino, cùm
nihil referat qua ratione quid probetur, dummodo
probetur eo modo qui iure non ſit improbatus, vt in
eleganti ſpecie tractat Vlpianus in *leg. qui tabulas 27. §.
inde poteſt queri. D. de furt. & Scæuola in l. cùm tabernam
34. §. 1. D. de pign.* vbi ait ſi conuenerit de pignore non
idcirco pignoris obligationem ceſſare quod dies vel
Conſules additi, vel tabulæ ſignatæ non ſint. Eſt autem
accommodatior ad rem noſtram textus in *l. vlt. in princ.
de legat. 2.* vbi cùm apud eundem Scæuolam propone-
retur quidam teſtamento ſuo ſignificaſſe vt ſi quid ob-
ſignatum reliquiſſet, id vice codicillorum valeret, epi-
ſtola autem reperta eſſet quæ non erat obſignata, &
quæreretur an ea quæ epiſtola continebantur, deberen-
tur. Reſpondet Scæuola ſi epiſtolæ fides conſtaret, de-
beri omnia quæ teſtator in ea dari ſe velle ſignificauit.
Cui conuenit etiam quod Marcianus ſcribit in *l. diui
6. §. licèt. D. de iur. codic.* licet in confirmatione codicil-
lorum paterfamilias adiecerit vt non alios valere velit,
quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere
factos ab eo poſtea codicillos, etiamſi neque ab eo ſig-
nati neque eius manu ſcripti, ſubſcriptive proponan-
tur. Si enim ita eſt vt neque in codicillis noceat defe-
ctus ſolemnitatis, quam teſtator adhiberi voluit, tametſi
codicillorum ſolemnitas nulla ſit à legibus conſtituta,
quæ proinde multo faciliùs ex teſtatoris arbitrio pen-
dere poſſit, quanto minùs nocebit in teſtamentis quæ
ſuas habeant à iure ſolemnitates, quibus addere quic-
quam vel detrahere vt quis maximè velit, non tamen
poſſit? Quòd ſi propter † non adhibitum notarium 11
quem teſtator adhiberi voluerat, nullus aut ſolemnita-
tis aut voluntatis defectus ſubeſſe intelligitur, quid ob-
ſecro cauſæ eſſe poteſt cur eo magis inutile & inefficax
videri debeat teſtamentum, ſiue perfectum ſiue imper-
fectum proponatur, ſi modò nihil deſit ex cæteris ſo-
lemnibus quæ ad teſtamenta ſiue perfecta ſiue imper-
fecta conſcribenda requiri leges voluerunt? Quare nec
aliud erit etiamſi quis coram teſtibus ſeptem rogatis
ritéque adhibitis nuncupato herede atque ita facto per
nuncupationem citra ſcripturam teſtamento, dixerit
velle ſe notarium adhibere. Id enim credendus eſt di-
xiſſe & facere voluiſſe ad voluntatis ſuæ probationem
perpetuandam, vt diximus, non ad ſui teſtamenti vires
aut ſuſpendendas aut euacuandas: Nec aliam hac parte
inter teſtamenta † in ſcriptis & nuncupatiua differen- 12
tiam agnoſco, niſi quòd, quæ in ſcriptis fiunt imperfe-
cta eſſe poſſunt, nec eo minùs tamen valere iure inteſtati
ſi eas habent ſolemnitates quas nouella Iuſtiniani
conſtitutio præſcripſit. Nuncupatiua verò imperfecta
nulla eſſe poſſunt, ſaltem ex quibus voluntas tuenda ſit
ne quidem iure inteſtati, vt probauimus ſuo loco. Sed
& in eo † errant, qui volunt huiuſmodi teſtamentum, 13
in quo non fuit adhibitus notarius quem adhiberi pa-
ter voluerat, nullius eſſe momenti etiam inter liberos
propter defectum voluntatis quòd putant Imperato-
rum conſtitutiones non pertinere ad teſtamenta quæ
ſint imperfecta ratione voluntatis. Nam & hæc quoque
ſententia iam à nobis confutata eſt, cum ea tamen di-
ſtinctione quam adhibuimus in Error. 8. Decadis præ-
cedentis. Atqui, inquies, poterat teſtator accedente no-
tario & teſtamentum legente mutare voluntatem aut
in parte aut etiam in totum. Fateor, nam & potuit mu-
tare perinde, abſente etiam notario: Sed non † poteſt ea 14
res facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ne alioqui di-
cendum ſit ne illud quidem valiturum in quo notarius
adhibitus fuerit, aut poſt quod factum nihil de adhi-
bendo notario teſtator dixerit. Quandoquidem & hoc
æquè mutari poteſt. Non igitur inſpiciendum eſt an
teſtator voluntatem mutare potuerit, ſed an mutauerit,
quam nec mutaſſe aut mutaturus fuiſſe credendus eſt ſi
non expreſſim mutata probetur. *l. eum qui 22. D. de pro-
bat.* Nam nec adhuc mutat qui de ea mutanda iam co-
gitat, adeóque nec qui vult mutare quouſque mutet.
Aliúdque eſt mutare, ſicut & aliud eſt teſtari, illud verò
teſtari velle.

ANTONII

ANTONII FABRI IC.
Decas Trigeſimaſeptima.

ERROR I.

De teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato, nullis exiſtentibus liberis, aut iis præteritis.*

2 *Quid ad priorem quæſtionis partem reſpondendum ſit ex Vlp. in l. 2. D. de iniuſt. rupt.*

3 *Teſtamenti militaris, & eius in quo fuerint ſcripti legitimi ſucceſſores conuenientia & differentia.*

4 *De teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato quid conſtituerit Theodoſius in l. 21. §. vlt. C. de teſt.*

5 *Differentia inter teſtamentum inter liberos imperfectum & id in quo inſtituti ſunt legitimi ſucceſſores.*

6 *Refutatur ſententia Cuiacij teſtes in teſtamento inter liberos imperfecto requirentis.*

7 *Quodnam ius nouum circa teſtamenta imperfecta in quibus inſtituti ſunt legitimi ſucceſſores induxerit Theodoſius in d. l. 21. C. de teſt.*

8 *In l. 2. D. de iniuſt. rupt. à compoſitoribus iuris intruſam eſſe exceptionem de teſtamento poſteriori imperfecto, in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato.*

ABſoluimus proxima Decade tractatum
De imperfectis parentum inter liberos
teſtamentis, ſed non prorſus tractatum
De teſtamentis imperfectis. Supereſt
1 enim quæſtio † illa tractanda. Quid
ſi in teſtamento imperfecto inſtituti
ſint non liberi ipſi, qui nulli eſſe proponantur, ſed
alij quilibet legitimi ſucceſſores ab inteſtato venientes.
Item quid ſi aliqui ſint liberi, ſed quos tamen pater
præterierit in eo teſtamento. Nam & hoc quoque teſtamentum
imperfectum appellat Caius in quo filius
præteritus ſit in *leg. ſi duobus* 12. §. *ſi prius. D. de bonor.*
2 *poſſeſſ. contr. tabul.* Ad priorem quæſtionis † partem illud
pertinet, quod Vlpianus ſcribit in *leg. 2. D. de iniuſt. rupt.*
Tunc prius teſtamentum rumpi cum poſterius
ritè perfectum eſt. Niſi fortè poſterius, inquit,
vel iure militari factum ſit, vel in eo ſcriptus fuerit is,
qui ab inteſtato venire poteſt: Tunc enim & poſteriore
non perfecto ſuperius rumpitur. Quibus verbis etſi
videtur Vlpianus eandem conſtituere rationem teſtamenti
militaris, & eius in quo fuerint ſcripti legitimi
3 ſucceſſores, obſeruandum † tamen eſt non in alio eſſe
bonam comparationem niſi in eo, vt per huiuſmodi
teſtamentum poſterius imperfectum rumpatur prius
quantumcumque perfectum: At non etiam in eo, vt
quemadmodum teſtamentum militare teſtamenti iure
defenditur, ita & defendatur illud in quo inſtituti ſint
venientes ab inteſtato: Aliud enim eſt rumpi teſtamentum
prius, aliud verò valere poſterius, ſatiſque magnum
priuilegium eſt teſtamenti in quo inſtituti ſunt legitimi
ſucceſſores, vt quamuis imperfectum ſit, tamen
rumpat ſuperius contra iuris communis regulas, tametſi
non eo magis valeat iure teſtamenti: Eſtque in
hanc rem apertiſſima Theodoſij † conſtitutio in *leg.* 4
hac conſultiſſima 21. §. *vltim. Cod. de teſtam.* vbi poſteaquàm
decreuit ille conuenienter iuri veteri, vt ſi quis
teſtamento iure perfecto poſtea ad aliud venerit teſtamentum
non aliàs quòd antè factum eſt infirmetur,
quàm ſi id quod ſecundò facere teſtator inſtituit,
iure fuerit conſummatum. Niſi fortè in priore teſtamento
ſcriptis his qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem
vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda
voluntate teſtator eos ſcribere inſtituerit qui ab
inteſtato ad eius hereditatem vocantur. Subiungit in
hæc verba, *Eo enim caſu licet imperfecta videatur ſcriptura
poſterior, infirmato priore teſtamento ſecundum eius
voluntatem non quaſi teſtamentum, ſed quaſi vltimam
voluntatem inteſtati valere ſancimus.* Quibus verbis etſi
nihil noui Theodoſius conſtituit, ſi iam olim Vlpianus
illud ipſum ſenſerat & ſcripſerat in *d. l. 2. D. de iniuſt.
rupt.* ſic tamen loquitur, acſi conſtitueret, propterea
quod in præcedentibus diſpoſuerat expreſſim ne ex
imperfecto teſtamento voluntas teneret niſi inter ſolos
liberos: quod facilè ſic accipere quis potuiſſet, vt
ne quidem inteſtati iure defendi deberet ea voluntas
quam quis declaraſſet in teſtamento poſteriore imperfecto
fauore legitimorum ſucceſſorum, ſi non hoc nominatim
Theodoſius addidiſſet, de poſteriore teſtamento
iure inteſtati defendendo. Quo admiſſo ſi quis
inferat, Futurum igitur vt nihil interſit an liberi ſcripti
in teſtamento imperfecto, an verò legitimi quilibet
ſucceſſores, cùm nec aliud ſit priuilegium teſtamenti
imperfecti inter liberos conditi, quàm vt ab inteſtato
ſuſtineatur, quemadmodum in præcedentibus
Decadibus à nobis diſputatum fuit. Reſpondebo, Imò
priuilegium liberorum maximum eſſe ſiue præceſſerit
teſtamentum aliquod perfectum, ſiue nullum. In eo
nimirum quod, vt ſequitur apud Theodoſium, non
aliter imperfectum † illud teſtamentum defenditur 5
iure vltimæ voluntatis ab inteſtato fauore legitimorum
heredum quàm ſi quinque teſtes interuenerint,
qui tamen nulli in teſtamento inter liberos condito requiruntur,
ſi modò de parentis voluntate conſtet per
ipſius ſcripturam de cuius fide non dubitetur. Vnde
fortiſſimum argumentum † ſumi poteſt, pro ea ſenten- 6
tia quam nos propugnauimus contra Cuiacium exiſtimantem
in teſtamento parentis inter liberos requiri
teſtes. Quod ſi ita eſſet vtique non pauciores, quàm
quinque requirerentur. Eo autem numero requiſito
poſſet dici in quo eſſent liberi melioris conditionis.
Niſi fortaſſe quis in eo quoque contra nos ſentiret
quod teſtamentum patris imperfectum inter liberos
teſtamenti iure defendendum eſſe arbitraretur: quod
nos & negauimus ſemper, & negabimus, ſiue teſtes
aliqui ſiue nulli in eo teſtamento adhibiti proponantur.
Planè cùm quinque teſtes adhibiti fuerunt, non
eſt abſurdum aut mirum eodem iure cenſeri teſtamentum
imperfectum in quo inſtituti ſunt venientes ab
inteſtato, atque ſi in eo liberi eſſent inſtituti. Non magis,
quàm vt teſtamento iure perfecto par ſit cauſa

liberorum

liberorum & extraneorum. Vtrumque enim ſit, non quia melior in nullo eſſe debeat conditio liberorum, ſed quia non ſit in quo melior eſſe poſſit, cùm voluntas in extraneos collata ſuas habet ſolemnitates, ſiue quas ex teſtamento habere debeat, ſiue quas ab inteſtato. Hoc enim addendum eſt quia ſicuti teſtamenti perfecti ſolemnitas illa eſt vt habeat ſeptem teſtes, ita & voluntatis inteſtati vt habeat quinque poſt aliam eiuſdem Theodoſij conſtitutionem in *leg. vlt. C. de codicill.* Ante quam, vt ſæpius alibi monuimus, nullus in eam rem teſtium numerus erat præſcriptus, & ſufficiebat, vt de ea voluntate quæ inteſtati iure defendenda eſſet, quoquomodo conſtaret. In eóque ſaltem haud

7 dubiè ius nouum † fecit Theodoſius, in *d. l. hac conſultiſſima. § vlt.* quod eam priorem ſuam legem ſecutus, quam & Iuſtinianus probauit in *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* addidit neceſſitatem adhibendorum in teſtamento imperfecto quinque teſtium, ad prius teſtamentum perfectum reuocandum, quam non addiderat Vlpian. in *d. l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Niſi fortè probabilius quis putet, quod iam olim Accurſius ſcripſit ad *d. l. 2.* Com-

8 poſitorum † eſſe, non Vlpiani exceptionem. illum de teſtamento poſteriori imperfecto, in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato: Nam præter id quod ratio iuris eam exceptionem admittere nullomodo poteſt, nullúſque in toto iure vetere locus eſt alius quo idipſum probari poſſit, negare non poteſt quin ea Theodoſianæ conſtitutionis verba, quæ ſupra retulimus, ſint verba Imperatoris, ius planè nouum, & antea inauditum conſtituentis. Atque ita omnimodo ſentiendum eſſe exiſtimo. Et hæc quidem ad priorem propoſitæ quæſtionis partem ſcripſiſſe ſufficiat.

ERROR II.

De ſententia & ratione, §. ſi prius, l. ſi duobus 12. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.

SVMMARIA.

1 *Quid ſentiat Caius Iuriſconſultus in l. ſi duobus §. ſi prius D. de bon. poſſ. contr. tab. de teſtamento imperfecto in quo inſtituti ſunt legitimi ſucceſſores, filio præterito.*

2 *Imperfectum teſtamentum qua notione vocet Caius: quo verò ſenſu Theodoſius & Iuſtinianus.*

3 *Ratio cur teſtamentum in quo præteritus eſt filius in poteſtate imperfectum appellet Caius.*

4 *Ἀτοπία aduerſus Caij verba illa* ſi remoto filio potiores futuri ſint in ea hereditate poſteriore teſtamento ſcripti heredes.

5 *Legitimi ſucceſſores in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti non quaſi ex teſtamento ſuccedunt, ſed iure vltimæ voluntatis ab inteſtato.*

6 *Cur dubia verba illa Caij* filius præteritus *rectè petet bonorum poſſeſſionem.*

7 *In filij poteſtate non eſſe vt conualidet poſterius teſtamentum imperfectum, deinde illud ipſum rumpat petita bonorum poſſeſſione contra tabulas.*

8 *Dubitatio de caſu quo heredes poſteriori teſtamento ſcripti hereditatem obtinere poſſint remoto filio præterito, & exiſtente teſtamento anteriori perfecto in quo filius eſt exheredatus.*

9 *De eo ipſo caſu autoris ſententia.*

10 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas, & bonorum poſſ. ſecundum tabulas differentia.*

11 *Ius petendæ bonorum poſſeſſionis quod habet filius in poſteriori teſtamento imperfecto præteritus vnde pendeat: & quibus caſibus eam vtiliter petat.*

AD poſteriorem verò illud pertinet, quod Caius † tractat in *d. l. ſi duobus. §. ſi prius. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Si prius teſtamentum exter iure factum, in quo filius exheredatus eſt, conſequens verò imperfectum, in quo præteritus ſit filius, poſteriore teſtamento præteritum, rectè bonorum poſſeſſionem petiturum ſi remoto quoque filio potiores ſint in ea hereditate, poſteriore teſtamento ſcripti heredes. In quo reſponſo illud primùm mirari quis poſſit, quod Caius imperfectum 1

† vocat teſtamentum in quo filius præteritus ſit. Longè alio ſenſu quàm quo hucuſque à nobis actum eſt de teſtamentis imperfectis. Imperfecta namque teſtamenta ſolemus dicere cum Theodoſio in *d. l. hac conſultiſſima*, & cum Iuſtiniano in *§. penult. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* ea quæ finem ſuum non habent, cùm rei cuiuſque perfectio ex ipſius fine conſtituatur, ac proinde illa tantùm quæ teſtium ſubſcriptionibus & ſignaculis ſunt deſtituta. Quæ verò ideò non valent quod in iis præteritus ſit aliquis ex liberis qui erant in poteſtate, iniuſta potius appellantur & nullius momenti, *l. 1. D. de iniuſt. rupt.* quia licet habeant ſeptem teſtium numerum & ſigna & ſubſcriptiones, tamen non eo magis valere poſſunt. Verùm reſponderi † pro Caio po- 2

teſt, hæc quoque imperfecta teſtamenta nec impropriè aut inleganter appellari, propterea quod cùm filij in poteſtate neceſſariò inſtituendi ſint vel exheredandi, *l. inter cæteras 30. iunct. l. Gallius 29. §. in omnibus. D. de liber. & poſthum.* non poteſt dici perfectum & abſolutum eſſe teſtamentum, in quo vni ex liberis præteritus ſit, hoc eſt, neque inſtitutus neque exheredatus. Poteſt quidem eſſe, dicique cæptum, quia caput & principium teſtamenti cuiuſlibet ſecundum veteris iuriſprudentiæ tempora conſiſtit in inſtitutione, quæ poteſt eſſe extranei quoque perinde ac ſui heredis, ſed non poteſt dici perfectum, quandiu neque inſtitutus neque exheredatus fuit is quem omnimodo neceſſe erat vel inſtitui vel exheredari: cùm ſit iſta vna ex teſtamentorum ſolemnitatibus non minùs quàm illa vt ſeptem teſtes totidémque teſtium ſigna & ſubſcriptiones adhibeantur. Sed illud magis mirum † eſt quod Caius ait contra he- 3

redem in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtitutum poſſe præteritum filium petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi remoto filio potiores futuri ſint in ea hereditate poſteriore teſtamento ſcripti heredes. Quomodo enim poſſunt eſſe potiores niſi rumpatur prius teſtamentum? Quomodo autem rumpi poteſt prius, quod nos ponimus iure factum eſſe, ſi poſterius ſit imperfectum? Nam quod iam diſputauimus, Perfectum prius poſſe rumpi per imperfectum poſterius, cùm in eo poſteriore inſtituti ſunt venientes ab inteſtato præter id quod à Theodoſio primùm introductum eſt, planéque abhorret ab eo iure quod Caij temporibus obtinebat, vt diximus ad finem cap. præcedentis ad hunc etiam caſum accommodari non poteſt, in quo proponitur præteritus is, qui ab inteſtato quoque ſucceſſurus eſſet ſi cauſa inteſtati locum habere poſſet, quæ proinde ne locum habere hic poſſit, illud impedit, quod voluntas defuncti perinde ſubuerteretur ſi præteritus filius cum inſtitutis admitteretur: quem tamen ab inteſtato admitti neceſſe eſſet, ſi eo iure ſuccederetur. Præſertim cùm veriſſimum ſit quod diximus & probauimus ex *d. l. hac conſultiſſima. § vlt. C. de teſtam.* legitimos † ſucceſſores in poſteriore teſtamento im- 5

perfecto ſcriptos non quaſi ex teſtamento ſuccedere, ſed iure vltimæ voluntatis ab inteſtato: & conſequenter non alio caſu quàm quo poſſit defendi ea voluntas iure ſucceſſionis inteſtati, non quo ſubuertenda in aliquo ſit & violanda vt in reliquo defendatur, quod vtique contingeret ſi iure inteſtati ſuſtineretur teſtamentum in quo præteritus eſſet vnus ex liberis ab inteſtato ſucceſſuris. Eueniret enim vt ſuccederet antequam

vnus

vnus ex liberis ad inteſtati ſucceſſionem ſimul cum fra-
tribus vocatus, & nihilominus contra voluntatem pa-
6 tris à quo præteritus fuiſſet. Rurſum ſi filius hic † in
poſteriore teſtamento imperfecto præteritus, neque ex
poſteriore teſtamento imperfecto ſuccedere poteſt, quia
in eo fuerit præteritus, neque ex priore quia in eo fuit
exheredatus, neque ab inteſtato, quia ceſſante cauſa
poſterioris teſtamenti imperfecti, ſupereſt prius perfe-
ctum, per quod inteſtati ſucceſſio excluditur, quanam
obſecro ratione admitti poteſt ad bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas? Nam & ex teſtamento ſuccedere
dicitur qui per hanc ſpeciem bonorum poſſeſſionis
ſuccedit, licet ſuccedendo rumpat teſtamentum, §. *ſunt
autem. Inſtitut. de bonorum poſſeſſ.* & abſurdum videtur
vt per huiuſmodi bonorum poſſeſſionem rumpatur
poſterius teſtamentum, quod non modò imperfectum
eſt, ſed etiam tale vt eo rupto, nihilo magis ſucceſſu-
rus ſit hic filius, cui ſemper obſtabit prius teſtamen-
tum quod ponimus eſſe perfectum, & iure factum. Sic
igitur fiet vt omni auxilio & ciuili & prætorio filius
hic deſtituatur. Nec enim quiſquam dixerit audien-
dum cum ſi velit petere poſſeſſionem contra tabulas
priores, in quibus ſcilicet fuit exheredatus, *leg. non po-
tuit 8. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Denique ſi in ea
ſpecie quam Caius tractat, prius teſtamentum ruptum
eſt per poſterius, quid neceſſe eſt filio præterito petere
bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriores ad
eas rumpendas quæ ipſo iure non valent? Si verò non
eſt prius ruptum per poſterius, quænam poteſt eſſe vti-
litas bonorum poſſeſſionis in rumpendo teſtamento
poſteriore, quo nimirum rupto adhuc ſuperſit prius
7 quod rumpi nunquam poſſit? An fortè dicendum †
erit in filij præteriti poteſtate & arbitrio eſſe debere, vt
conualidet poſterius teſtamentum alioqui imperfe-
ctum, vel ad hoc ſolùm vt per poſterius rumpatur
prius, mox verò poſterius quoque rumpatur petita
contra tabulas bonorum poſſeſſione? Ita nonnullos
grauiſſimos viros ſentire ſcio: Quaſi liberis permit-
tendum ſit ſiue præteriti ſiue immerenter exheredari
proponantur, vt genus euertendi teſtamenti poſſint eli-
gere, quod ipſis fauorabilius, & commodius videatur.
Sed non ita eſt: Neque enim ratio iuris patitur vt in
poteſtate & arbitrio filij ſit an teſtamentum patris va-
leat, an ſit nullum, non magis quàm illud an ſit inoffi-
cioſum nec-ne: Nec proinde pendet aliunde quàm ab
eadem ipſa iuris ratione. An prius teſtamentum rum-
patur per poſterius, aut an rumpendum ſit per quere-
lam inofficioſi teſtamenti, an per bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas. Quare nec ſi loquitur Caius in
dict. §. ſi prius, vt dicat filium in poſteriore teſtamento
imperfecto præteritum poſſe petere bonorum poſſeſ-
ſionem contra tabulas, ita demum ſi velit prius teſta-
mentum ruptum eſſe per poſterius, aut ſi malit bono-
rum poſſeſſionem contra tabulas agnoſcere quàm di-
cere teſtamentum nullum. Sed eo demum caſu admitti
filium præteritum in poſteriore teſtamento & in priore
exheredatum ad beneficium bonorum poſſeſſionis
contra tabulas, ſi remoto quoque filio potiores in ea
hereditate futuri ſint poſteriore teſtamento ſcripti he-
redes: quod vtique nemo dixerit in eiuſdem filij eſſe
arbitrio & poteſtate, cùm pendeat ex iuris ratione.
Vnde eſt quod ſequitur apud Caium. *Et ita ius habet,
vt cùm is contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem
amoto filio poſſit obtinere hereditatem, filius quoque rectè
videatur petere bonorum poſſeſſionem, Si verò ille non poſ-
ſit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.* Illa
8 ergo ſemper manet dubitatio, † quiſnam caſus eſſe poſ-
ſit in quo heredes poſteriore teſtamento ſcripti, heredi-
tatem obtinere poſſint remoto filio qui in eo teſta-
mento fuit præteritus, cùm adeſt aliud teſtamentum
anterius & perfectum in quo idem filius fuerat exhere-
datus. Non ignoro poſſe dici ex eo quoque teſtamen-
to in quo ſuus heres præteritus ſit, poſſe nihilominus
peti bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ſi modò
ſeptem teſtium ſigna habeat: quia nec aliud prætor
inquirit in danda bonorum poſſeſſione ſecundùm ta-
bulas, niſi an ſigna teſtium habeant, nec raſæ vel can-
cellatæ ſint, & an teſtator habuerit teſtamenti factio-
nem vtroque tempore & teſtamenti & mortis, *leg. 1. &
paſſ. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Sed ea bonorum poſ-
ſeſſio plerumque eſt ſine re, non ſolùm ſi filius ipſe
præteritus iure ſuo vti velit & hereditatem ab inteſta-
to vindicare, ſed etiam ſi beneficio fratris præteriti edi-
ctum committentis, alius frater etiam qui fuerit ex he-
reditatis parte aliqua inſtitutus eodem iure vtatur, *leg.
is qui in poteſtate 15. cum ſequent. D. de legat. præſt.* In
propoſito autem alia ratio eſt quæ videatur facere vt ea
bonorum poſſeſſio quam ſecundum poſteriores tabu-
las agnitam fuiſſe ponimus, non poſſit eſſe cum re.
Nempe quòd non minùs prætor eandem ſpeciem bo-
norum poſſeſſionis ſecundum tabulas daturus ſit here-
dibus inſtitutis in teſtamento priore perfecto. Imo tan-
to magis quanto fauorabilius & potentius eſt teſta-
mentum, quod perfectum, quàm quod imperfectum
eſt. Data autem ex duplici teſtamento diuerſis here-
dibus duplici bonorum poſſeſſione, ſi controuertatur
vtra debeat eſſe cum re, vtra ſine re, apertiſſimum eſt
cum vtraque non poſſit eſſe cum re, ſicut nec iure ci-
uili duo in ſolidum heredes eſſe poſſunt, ſine re futu-
ram illam quæ competit ex teſtamento imperfecto,
Illam verò cum re quæ ex perfecto. Quid enim facere
poſſit, vt non melior & potentior eſſe debeat cauſa te-
ſtamenti perfecti quàm imperfecti? Quod ſi ita eſt quo-
modo vnquam fiet, quantumuis remoto filio qui in
poſteriore teſtamento imperfecto, præteritus fuit, vt
heredes in eo teſtamento ſcripti obtineant heredita-
tem? Siquidem excluſo filio adhuc ſupereſt cauſa prio-
ris teſtamenti, quæ facit vt potior eſſe debeat conditio
heredum in eo inſtitutorum. Niſi proponas ruptum
eſſe ipſo iure teſtamentum prius per poſterius, quod
tamen, vt iam diximus, contingere nunquam poteſt,
cum in poſteriore præteritus eſt vnus ex liberis, qui ab
inteſtato fuerat ſucceſſurus, ſiue qui in eo teſtamento
inſtituti ſunt proponantur eſſe ex liberis, ſiue agnati
poſt filium proximiores: quia ſicuti omnium liberorum
in cauſa ſucceſſionis inteſtati par & æquale ius eſt,
quandiu aliquis ex liberis ſupereſt, certum eſt, nullam
agnatorum rationem haberi poſſe, quippe quos neque
lex duodecim tabularum, neque prætor ad ſucceſſionem
vnquam vocet cum liberis, ſed ſub ea conditione, *ſi
ſuus heres non erit, leg. 1. & paſſ. D. de ſuis & legit.* Ego
igitur puto intelligendum eſſe Caium de illo † caſu, quo 9
ſcripti fuerint in poſteriore teſtamento imperfecto alij
teſtatoris liberi qui in priore eodémque perfecto teſta-
mento fuerant exheredati, extraneo, aut quod hac par-
te idem eſt, aliquo ex agnatis herede inſtituto. Tunc
enim, cùm ſubſequens inſtitutio deleat notam exhere-
dationis, faciátque vt qui in priore teſtamento ſcripti
fuerant, non poſſint amplius dicere liberos illos qui in
poſteriore teſtamento, quamuis imperfecto, inſtituti
ſunt, pro exheredatis habendos eſſe, neceſſario eueniт
vt prius teſtamentum in quo fuerant exheredati, non
tam rumpetur per poſterius quàm euacuetur, & inutile
fiat, non propter factam in eo inſtitutionem perſona-
rum ab inteſtato ſuccedentium quandoquidem poni-
mus vnum ex liberis præteritum fuiſſe. Sed quia verum
eſt prius teſtamentum ex perfecto factum fuiſſe imper-
fectum, tanquam in quo præteriti fuerint liberi, quos
moriente patre nemo poſſit dicere eo teſtamento vel in-
ſtitutos fuiſſe vel exheredatos. Etſi enim reuera fuerunt
exheredati tempore teſtamenti inſpecto, non tamen ha-
beri poſſunt pro exheredatis, quia non durarunt exhe-
redati, cùm poſtmodum ab eodem patre fuerint inſtituti
antè quàm exheredatio effectum ſuum habere cœperit,
quem

quem habere incipit poſt mortem duntaxat patris, adóque non niſi ex die aditæ hereditatis, *l. ſi quis filium 34. in final. C. de inoffic. teſtam.* Nam ſi dubitandum aliquando fuit apud Papinianum an nota exheredationis ſublata eſſet per ſubſecutam adoptionem, in *l. filio 23. de liber. & poſthum.* quanto minùs dubitari poteſt an ſublata ſit per ſequentem inſtitutionem quamuis factam in teſtamento alioquin inutili & imperfecto? Nam vt filius primùm exheredatus, & poſtea inſtitutus in teſtamento inutili poſſit admitti ad paternam hereditatem ſaltem ab inteſtato, non eſt neceſſe vt valeat poſterius teſtamentum, ſed ſufficit non ei nocere priorem exheredationem, quod ipſum quoque proinde ſufficit ad prius teſtamentum quod valuerat euertendum, quo ſcilicet ſubſiſtente filius in eo exheredatus admitti nunquam poſſet neque ab inteſtato cùm adeſſet teſtamentum, neque ex teſtamento in quo fuiſſet non modò inſtitutus, verùm etiam exheredatus. Proinde extranei qui in priore illo teſtamento perfecto fuerant inſtituti non poſſunt facere, vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas ab iiſdem liberis agnita qui in priore teſtamento fuerant exheredati, in poſteriore inſtituti, ſit ſine re, cùm non poſſint ipſi rem obtinere quaſi excluſis filiis, quos pater ipſe mortis ſuæ tempore noluerit eſſe excluſos, ſed inſtitutos. Alioqui dicendum eſſet neceſſariam fore filiis iſtis in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis querelam inofficioſi teſtamenti ad infirmandam, & damnandam patris memoriam, qui ipſe tamen illud idem teſtamentum euertere notámque exheredationis abſtergere voluiſſet, iiſdem ipſis liberis quos prius exheredauerat alio poſteriore ac ſaniore iudicio licet minùs ſolemniter inſtitutis: quod certè iniquum eſſet, nec minùs patri ipſi quàm liberis iniurioſum. Hoc autem admiſſo quod negari non poteſt, in hac ſpecie liberos poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutos non ſolum poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere, ſed talem etiam quæ omnimodo futura ſit cum re ſi à fratre præterito nullam hereditatis controuerſiam patiantur. Conſequens fit quod Caius ſcribit, vt poſſit filius præteritus contra poſteriores illas tabulas petere bonorum poſſeſſionem, quæ vt peti poſſit, ſufficit ſecundum tabulas peti potuiſſe quæ effectum habere potuerit aliquo caſu, licet poſtea peti poſſe deſierit vt ſcriptum eſt in *l. quod vulgo 19. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* de cuius ſententia ſcripſimus multa, quæ ad hunc tractatum pertinent *lib. 1. Coniect. cap. 19.* At ſi poſteriore teſtamento inſtituti heredes non poſſent eſſe potiores heredibus inſtitutis in priore teſtamento perfecto, non eſſet permittendum filio præterito vt poſſet contra poſteriores tabulas petere bonorum poſſeſſionem, non propter heredes in iis poſterioribus tabulis ſcriptos, quibus nulla ſanè fit iniuria cùm omnimodò à ſucceſſione excludantur, ſed propter heredes in prioribus inſtitutos, quibus euidens iniuria fieret ſi filio præterito, qui ab iis ritè exheredatus fuit, bonorum poſſeſſio contra tabulas daretur, quia ſic eueniret vt iis emolumentum ſucceſſionis eriperetur, cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam ſit ſine re & ſine ef-
10 fectu, in quo † differt à bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quæ licet debeat poſſe aliquo caſu eſſe cum re, (alioqui faceret prætor actum inutilem & ridiculum cùm eam daret) plerunque tamen ſine re eſt, vt Vlpianus in Titulis ſcribit *tit. de bonor. poſſ.* & nos pluribus lo-
11 cis docuimus. Itaque ius † filij poſteriore teſtamento imperfecto præteriti, quantum ad petendam bonorum poſſeſſionem contra tabulas pendere à iure heredum in eodem teſtamento inſtitutorum, vt ſi non habeant ius retinendæ ſucceſſionis aduerſus eos, qui in priore teſtamento perfecto ſcripti fuerant, nec ius habeat filius præteritus petendæ bonorum poſſeſſionis. Habeat verò ſi remoto filio futuri eſſent illi potiores. Ita namque fit vt hoc poſteriore caſu bonorum poſſeſſio contra tabulas non faciat iniuriam heredibus in priore teſtamento inſtitutis, quos alij heredes in poſteriore ſcriptis, contra quos iure ſuo vtitur filius præteritus petendo bonorum poſſeſſionem contra tabulas, perinde acſi hereditatem ab inteſtato vindicaret. Quid enim refert quantum ad effectum, an hereditatem vindicet iure ciuili, an verò ſuccedat iure prætorio in bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cùm vtroque caſu ſucceſſionis commodum & emolumentum conſequatur? Quod ſi poneremus in poſteriore teſtamento imperfecto ſcriptos fuiſſe extraneos heredes, nec teſtatori alios fuiſſe liberos, quàm filium illum quem ponimus in poſteriore teſtamento fuiſſe præteritum, in priore exheredatum, etſi vix poſſet fieri vt eſſent potiores iis, qui in priore perfecto ſcripti fuiſſent quantumlibet ij quoque extranei proponerentur (quoniam in pari cauſa & conditione heredum fauorabiliores & potiores eſſe deberent illi, qui in teſtamento perfecto quàm qui in imperfecto ſcripti fuiſſent.) Adhuc tamen dici poſſet aliquo caſu poſſe potiores eſſe: nimirum ſi prioribus aliquid obſtet, propter quod non videretur retinuiſſe defuncti voluntatem. Vtputa ſi teſtator poſt factum prius teſtamentum dederit ſe adrogandum, deinde rurſum ſui iuris effectus aliud teſtamentum condiderit imperfectum, in quo vnum ex filiis ſuis præterierit. Quidni enim hoc caſu poſteriore teſtamento ſcripti heredes etiam extranei, poterunt habere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas filio remoto ſiue per abſtentionem, ſiue qua alia ratione, quandoquidem habituri ſunt doli exceptionem aduerſus alios heredes ex priore teſtamento hereditatem vindicantes? *l. qui ex liberis 11. § teſtam. D. de bon. poſſ. ſecund. tabul.* Idémque erit ſi ponas priore teſtamento ſcriptos heredes factos fuiſſe incapaces viuo adhuc teſtatore vt hereditatem obtinere non poſſint. Eo namque caſu ſolus filius præteritus impedire poteſt ne cum re ſit bonorum poſſeſſio, quam ſecundum tabulas prætor dederit heredibus etiam extraneis, in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis. His ergo caſibus vtiliter filius præteritus petet contra tabulas bonorum poſſeſſionem. At ſi poneremus in eo poſteriore teſtamento ſcriptos fuiſſe agnatos, nihilo eſſent ipſi fauorabiliores quàm extranei, cùm, vt diximus, pro extraneis habeantur quandiu ab aliquo, vel vno ex liberis anteuertantur. Nec quòd abſtinente filio poſſit eos prætor admittere tanquam agnatos ex edicti ſucceſſorij poteſtate, *l. defunctus. 6. C. de legit. hered.* facere debet vt teſtamentum imperfectum in quo fuerunt inſtituti, perinde poſſit nouo iure rumpere prius perfectum, etiam filio præterito ſe abſtinente, atque rumperet ſi filius in medio non eſſet. Vt enim rumpatur prius teſtamentum perfectum per poſterius in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato ex nouo iure ciuili eſt, non autem ex iure prætorio. Iure autem ciuili neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſio eſt, *l. 1. § ſciendum. D. de ſuis & legit. § placebat. inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Vnus ergo ille caſus ſupereſt, qui à nobis propoſitus & explicatus fuit, quem ad Caij reſponſum accommodare poſſis: Si ponas in poſteriore teſtamento liberos fuiſſe inſtitutos, excepto eo, qui fuit præteritus. Sed non eſt Caius ad hunc caſum coarctandus, cùm idem poſſit contingere pluribus caſibus etiam extraneo herede in poſterioribus tabulis imperfectis inſtituto, vt proximè annotauimus: quod tamen nemo ante nos fortaſſis obſeruauit.

ERROR III.

De teſtamento poſteriore in quo filius eſt præteritus, an rumpat prius.

SVMMARIA.

1 *Bartolus & eius ſequaces falsò autumant per teſtamentum ſecundum, in quo filius eſt præteritus, ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato rumpi teſtamentum prius & n. 5.*

2 *Cur Caius in l. ſi duobus §. ſi prius D. de bonorum poſſ. contr. tab. det bonorum poſſeſſionem filio præterito.*

3 *In caſu d. l. ruptum non eſſe teſtamentum prius per poſterius.*

4 *Quid inquirendum in reſponſo Caij.*

6 *Erronea Bartoli dicentis d. §. ſi prius. debere intelligi de emancipato, interpretatio.*

7 *Filij emancipati præteritione neque nullum neque iniuſtum fieri poteſt teſtamentum.*

EX his apparet, reſponſum illud Caij in *d. leg. ſi duobus. 12. §. ſi prius D. de bon poſſ. contr. tabul.* Non pertinere ad propoſitam diſputationem. De priore teſtamento perfecto rumpendo per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, longéque aliam eſſe Caij & ſententiam & rationem quàm vulgo exiſtimetur. Sic enim
1 noſtri ſentiunt poſt Bartolum † ad eum locum per teſtamentum ſecundum in quo filius eſt præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, rumpi teſtamentū prius, quod omninò falſum eſt Non enim dat Caius
2 † bonorum poſſeſſionem contra tabulas filio præterito ratione illa quod teſtamentum prius ruptum ſit per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, ſed quia multis modis contingere poteſt, vt quamuis prius teſtamentum non ſit ruptum per poſterius, potiores tamen eſſe debeant qui ſcripti ſunt in priore, vt in omnibus illis caſibus proximo capite relatis: Et inter ceteros cùm per inſtitutionem factam in ſecundo teſtamento euacuata exheredatione quæ facta fuerat in primo cœpit prius teſtamentum eſſe imperfectum, quod ab initio fuerat perfectum, vt proinde nil fuerit neceſſe illud rumpi, quemadmodum ſupra explicauimus. Itaque ſi poneres in teſtamēto illo poſteriore non fuiſſe adhibitos ſeptem teſtes, darétne Caius filio præterito bonorum poſſeſſionem cùm requirat omnimodo vt ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ, neque ex iis tabulis adiri poſſet hereditas iure ciuili cùm non valeant ipſo iure, propter filij præteritionem. Bonorum igitur poſſeſſio contra tabulas illas poſteriores dari non poſſet, quia non datur, niſi contra eas ex quibus vel adiri poteſt hereditas vel bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti *dict. leg. quod vulgo.* Contra priores verò tabulas in quibus filius fuerat exheredatus multo minùs, quia ſiue dicamùs, eas corruere & euacuari per inſtitutioné in poſteriores collatam aliorum liberorum qui in prioribus fuerant exheredati, eadem ratio locum habet quam proximè attulimus, ne rumpi poſſint per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quippe quæ non datur niſi aduerſus eas tabulas ex quibus vel adiri hereditas iure ciuili, vel bonorum poſſeſſio agnoſci iure prætorio poſſit. Siue priores illas tabulas ſubſiſtere velimus, ſubſiſtere quoque exheredationem neceſſe eſt quæ filium exheredatum facit indignum beneficio prætoris, *dict. leg. non putauit.* Cui conſequens eſſet etiam hodie quod Caius non obſcurè innuit vt eo caſu filius in prioribus tabulis exheredatus in poſterioribus præteritus omnino excluderetur, quia ſcilicet in poſteriore teſtamento ſcripti heredes non poſſent eſſe potiores, quantumuis eſſent ex liberis. Priores namque intelligere debemus eos demum qui ſuccedant tanquam ex teſtamento non qui ſuccedant ab inteſtato. Quomodo enim poſſent ſuccedere ab inteſtato ſubſiſtente priore alio teſtamento in quo iidem fuiſſent exheredati? Aut quid commune habet cum iure dandæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quod, qui in iis tabulis inſtituti fuerint, poſſint ſuccedere ab inteſtato, cùm per eam bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuccedatur, vt diximus, ex teſtamento? Neque verò Caius in toto illo reſponſo quicquam exprimit de venientibus ab inteſtato. Tantum abeſt vt quod ait de obtinenda hereditate per heredes in poſteriore teſtamento ſcriptos debeat intelligi de illa ab inteſtato obtinenda, quod proculdubio Caij temporibus nullo caſu poterat euenire. Cum igitur eo caſu quo heredes in poſteriore teſtamento ſcripti hereditatem ex eo teſtamento obtinere non poſſunt neque ciuili iure, neque prætorio, velit Caius filium præteritum excludi, Apparet non eſſe igitur hoc caſu ruptum † teſtamentum prius per poſterius minus ſolenne etiam in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, quia ſi ruptum eſſet prius, haud dubiè filius præteritus non excluderetur à paterna ſucceſſione, ſed ad eam admitteretur, adéoque citra bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia neque noceret ei poſterius teſtamentum quod eſſet nullum ratione præteritionis, neque prius quod per poſterius ruptum eſſet. At excludi filium vult Caius, ſi poſteriore teſtamento ſcripti heredes non ſint futuri ex eo teſtamento potiores. Non igitur habet prius teſtamentum pro rupto per poſterius, nec ſi ſeptem teſtium ſigna adeſſent, quia defectus ſolennitatis teſtium, licèt maius vicium ſit, quàm vitium præteritionis ſui heredis, quantum ad prætorem in iure dandæ bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, quæ ſiue cum re, ſiue ſine re futura ſit, non tamen potentior eſt ad impediendum ne venientes ab inteſtato in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtituti poſſint ſuccedere ab inteſtato, vt conſtat ex *dict. leg. hac conſultiſſima. paragrapho vltim.* vbi hic nominatim caſus traditur de teſtamento in quo non adfuerint niſi quinque teſtes. Ergo in illo Caij † reſponſo non illud inquirendum eſt quod vnum inquirunt interpretes. An in 4
poſteriore teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato vt eo magis minúſve prius teſtamentum rumpatur. Sed illud tantum an poſteriore teſtamento ſcripti heredes futuri ſint in ea hereditate potiores & quidem ex eo ipſo teſtamento in quo fuerunt inſtituti, ſcilicet vel adeundo hereditatem iure ciuili, vel ſaltem petendo bonorum poſſeſſionem ſecudùm tabulas cum re Non tanquam rupto priore per poſterius: ſed tanquam euacuata exheredatione per mutatam patris voluntatem, qui eoſdem filios in poſteriore inſtituit quos in priore voluerat exheredatos, ſi ponas in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos. Aut tanquam extincto aliqua ratione vel debilitato iure heredum in priore teſtamento inſtitutorum, ſi ponas etiam extraneos in poſteriore fuiſſe inſtitutos. Itaque finge in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos, qui, vt paſſim hodie fit circa fœminas, excluſi fuerint à ſucceſſione inteſtati aut per iuratam renunciationem, factam ex iuſta cauſa præceptæ forſitan portionis, aut per ſtatutum. Nullus erit eorum fauor neque ad ſuccedendum ab inteſtato: neque ad rumpendum prius teſtamentum fauore ſucceſſionis inteſtati. Et tamen ſi ponas eoſdem liberos in priore teſtamento fuiſſe omnes exheredatos, in poſteriore verò vnum ex iis præteritum reliquis omnibus inſtitutis, non dubitabo quin idem Caij reſponſum habere locum debeat fauore filij præteriti, vt

perinde danda ſit ei bonorum poſſeſſio contra tabulas quia æquè verum eſt ipſius fratres in poſteriore inſtitutos & qui in priore fuerant exheredati fore potiores heredibus extraneis in priore inſtitutis. Cùm iis ſufficiat quod habent tabulas ſeptem teſtium ſignis ſignatas, vt ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem accipere poſſint, & quidem futuram cum re, propter purgatam per poſteriorem inſtitutionem exheredationis notam, quæ aſperſa fuerat in priore teſtamento. E contrario finge teſtamentum poſterius eſſe imperfectum non propter præteritionem filij, ſed propter non adhibitam teſtium ſolemnitatem, ita vt ex eo neque adiri hereditas poſſit, neque peti bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, in eóque inſtitutos fuiſſe proximos agnatos nullis liberis exiſtentibus. Erunt proculdubio ex iuris ratione potiores heredes in priore teſtamento inſtituti quantumuis extranei, cùm ex iis tabulis quæ non habent ſolemnem numerum teſtium, neque adiri hereditas iure ciuili poſſit, neque bonorum poſſeſſio peti iure prætorio: tametſi non poſſit hoc caſu tractari de bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ non niſi liberis datur. Non igitur ſolus fauor venientium ab inteſtato poteſt facere vt prius teſtamentum alioqui perfectum rumpatur per poſterius imperfectum, ſi nihil niſi eam iuris rationem inueſtigemus, quæ Caij temporibus obtinebat, ſumpta Theodoſianæ conſtitutionis poteſtate, quæ hac in re nouum ius ſine dubio fecit.
5 Itaque quod vult Bartolus, † putátque probari omnino ex *dict.* §. *ſi prius.* Per teſtamentum ſecundum in quo filius ſit præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, rumpi teſtamentum prius, certè falſum ſi ad ius Pandectarum referatur, ſed & quod magis eſt, etiam poſt Theodoſij conſtitutionem æquè falſum id reperitur, cùm Theodoſij conſtitutio caſum hunc non complectatur quo teſtamentum poſterius ſit imperfectum propter vnius ex liberis præteritionem, neque verò per interpretationem ad eum extendi poſſit, quia implicat contradictionem, vt ab inteſtato cuſtodiatur voluntas patris qui vnum ex liberis præteriit, niſi ponas talem eſſe perſonam præteritam quæ ab inteſtato ſuccedere non poſſit, excluſam fortè à ſucceſſione inteſtati, vt diximus, aut per ſtatutum, aut per iuratam renuntiationem. Hoc enim caſu talis perſonæ præteritio, etſi imperfectum & iniuſtum faceret teſtamentum ſecundùm ea, quæ nos diſputauimus aduerſus contrariam interpretum noſtrorum traditionem *Decad.* 14. *Error*..... non tamen poſſet impedire ne ab inteſtato ij ſoli ſuccedere deberent qui reperirentur inſtituti, nec proinde quia prius teſtamentum perfectum per poſterius quantumlibet imperfectum rumperetur ſiue illud tantum faceret poſterius imperfectum, quod præterita eſſet aliqua perſona ex iis quæ iure ciuili debuerant vel inſtitui vel exheredari, ſiue illud etiam concurreret, quod aliqua deeſſet ex cæteris ſolemnitatibus teſtamentorum, præſertim circa teſtium vel numerum vel ſignacula, vel ſubſcriptiones. Suauiter igitur non minus quàm verè Bartolus ad *dict.* §. *ſi prius*, fatetur neſcire ſe alibi caſum ſimilem, aut alium iuris locum quo probari poſſit rumpi teſtamentum prius per poſterius in quo filius ſit præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato: Sed illud addere debuerat ne quidem ex illo iuris loco probari poſſe tam falſam concluſionem, quæ nullo alio iuris loco probetur, plurimis verò improbetur. Maximè verò ex *leg. ſi filius qui in poteſtate.* 7. *D. de liber. & poſthum.* vbi Paulus diſertè ſcribit, ſi filius qui in poteſtate eſt præteritus ſit, etiamſi poſtea viuo patre decedat non valere teſtamentum nec ſuperius rumpi. Quod & ad eum locum Bartolus ipſe fatetur, poſt gloſſam. Reſpondens ad *dict.* §. *ſi prius*, qui val-
6 de obſtare videbatur, loqui † eo loco Caium de præterito filio emancipato non de ſuo herede, quod tamen omnino ridiculum eſt, ab eodem ipſo Bart. ad *dict.* §. *ſi prius*, bene reprehenſum. Si quid enim toto in iure certum eſt, illud eſt certiſſimum, filij emancipa-
ti † præteritione, neque nullum neque iniuſtum fieri 7
teſtamentum, nec proinde dubitari poſſe quin per ſecundum teſtamentum in quo filius emancipatus præteritus fuit, ſi cæteras habeat ſolemnitates, ruptum ſit prius quantumcunque perfectum. Cui conſequenter fatendum eſt filio præterito emancipato competere hoc caſu omnimodo & indiſtinctè bonorum poſſeſſionem contra tabulas, neque neceſſariam aut accommodatam fore diſtinctionem illam, quam tamen ponit Caius in *dict.* §. *ſi prius*, tanquam ex iuris ratione omnino neceſſariam. Vt vel ex hoc maxime appareat tractari à Caio caſum illum, quo teſtamentum prius non ſit ruptum per poſterius, quia ſi eſſet ruptum nullus diſtinctioni locus relinqueretur, quia contra poſteriores tabulas dari filio præterito bonorum poſſeſſio deberet. Et quamuis exigat Caius vt poſteriore teſtamento ſcripti heredes ſint potiores, non ideo tamen exigit vt prius teſtamentum ſit ruptum (in quo vno Bartolus aliique interpretes decipiuntur) cum fieri poſſit, vt ſaluis viribus prioris teſtamenti potiores nihilominus ſint heredes ſcripti in poſteriore, quemadmodum à nobis ſuprà explicatum eſt. Sed ad refellendas alias ab aliis allatas ad Caium interpretationes veniamus.

ERROR IV.

De filio in poſterioribus tabulis præterito, qui per querelam inofficioſi rupit priores in quibus fuerat exheredatus.

SVMMARIA.

1 *Interpretatio dict.* §. *ſi prius, allata à P. Paulo Pariſio.*
2 *Eiuſdem interpretationis refutatio.*
3 *Querela inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionis contra tabulas differentia.*
4 *Querela inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſio contra tabulas in eandem perſonam nunquam concurrunt.*
5 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re, & ſine effectu.*
6 *Reſponſio pro Pariſio euertitur.*
7 *Diſtinctio Caij in d.*§.*prius quò pertineat.*
8 *In ſpecie d.* §. *ſi prius, nullo caſu poteſt concurrere bonorum poſſeſſio contra tabulas cum querela inofficioſi teſtamenti.*
9 *Ratio qua probat Pariſius rupto per querelam primo teſtamento adhuc vtilem eſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & eiuſdem refutatio.*
10 *Querela inofficioſi effectus.*
11 *Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quomodo à prætore detur.*
12 *Non aditio hereditatis non eſt modus rumpendi teſtamentum.*
13 *Quodnam teſtamentum dicatur deſtitui per non aditionem.*
14 *Nunquam eiuſdem hominis hereditas ex diuerſis teſtamentis aditur.*
15 *Lex duo eiuſdem hominis teſtamenta nunquam confirmat, exceptis militaribus.*
16 *Lex nihil vnquam agit ſub conditione.*
17 *Secundum quas tabulas prætor det bonorum poſſeſſionem: & quid in ea danda inſpiciat.*
18 *De præterita teſtamenti confirmatione.*
19 *Confirmari teſtamentum à lege vel prætore quid ſit.*

20 *Delatio*

Digit

20 *Delatio hereditatis ſiue bon. poſſeſſionis eſt iuris, agnitio verò & acquiſitio facti: & quomodo differant quæ iuris quæque facti ſunt.*

21 *Quando det prætor bon. poſſeſſionem ſecundum tabulas ex eo teſtamento in quo ſuus heres eſt præteritus.*

22 *Pariſij hallucinatio in Caio interpretando, & quam malè diſtinctionem Caij intellexit.*

INter cæteras ad Caium interpretationes quas afferunt, qui Bartolo ſubtiles videri volunt in interpretatione *d.§.ſi prius. l. ſi duobus. 12. D. de bon. poſſeſ. cont. tabul.* ſubtiliſſima videtur illa quam primus, quod ſciam tradidit
1 Petrus Paulus Pariſius † in additionibus ſuis ad Bart.
in *l.ſi filium qui in poteſtate 7. D. de lib. & poſthum.* vbi neglectis Alexandri ſolutionibus, iactitat habere ſe nouum, & vt loquitur peregrinum intellectum. Ait autem quod & nos iam ſcripſeramus capite præcedente, antequàm additionem illam vidiſſemus: non ita Caium loqui in *dict.§.ſi prius*, vt dicat quod cæteri omnes interpretes abſurde præſupponunt cum Bartolo, *Per teſtamentum poſterius in quo ſuus heres præteritus fuerit, rumpi prius:* ſed hoc tantùm ſcribere, Si filius qui in primo teſtamento exheredatus fuerat, in ſecundo fuerit præteritus, tunc demum poſſe illum petere bonorum poſſeſſionem contra poſteriores tabulas, quando remoto filio ſcripti in ſecundo poſſent petere ſecundùm tabulas, ita vt eſſent potiores. Hoc verò, inquit, facile poteſt fieri etiamſi prius teſtamentum non ſit ruptum per poſterius, ſi quo alio modo rumpatur, putà ſi filius in primo exheredatus contra illud querelam propoſuerit & obtinuerit: quia tunc, inquit, petet contra tabulas, quoniam remoto filio instituti in ſecundo haberent bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Addit, *vel ſi primum rumpatur, quia hereditas non adeatur: quo caſu erit idem, Et ſic antequàm filius intentet querela, ſi rumpat teſtamentum, non poteſt petere contra tabulas.* Itaque in eo diſſentit quidem Pariſius à cæteris, quod ad dandam filio in poſterioribus tabulis præterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non requirit quod illi requirunt, vt prius teſtamentum ruptum ſit per poſterius, ſed in eo tamen cum illis conuenit quod vult neceſſarium eſſe, vt prius teſtamentum ruptum ſit antequàm poſſit dari filio præterito bonorum poſſeſſio contra ſecundum. Duos autem illos caſus affert quibus teſtamentum prius rumpatur, vnum per querelam inofficioſi teſtamenti, alium verò per non aditionem hereditatis.
Malè † in omnibus niſi in eo quod nobis conſentit.
2 Caius enim vt det filio præterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non magis exigit vt prius teſtamentum aliquo modo ruptum ſit, quàm vt per poſterius ruptum probetur, ſed illud tantùm requirit, vt poſteriore teſtamento ſcripti heredes ſint potiores iis qui in priore ſcripti fuerunt, quod nos in præcedentibus iam oſtendimus facilè fieri poſſe ſaluo quoque priore teſtamento, nec vno tantùm caſu, ſed pluribus quos hîc inculcare nil eſt neceſſe. Deinde ſi ponas filium hunc in poſteriore teſtamento præteritum, qui in priore fuerat exheredatus, propoſuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti contra prius teſtamentum & obtinuiſſe, dico fieri poſtea nullo modo, nullóque caſu poſſe, vt hic idem filius petere poſſit bonorum poſſeſſionem contra poſterius teſtamentum. Etſi enim ſcio differre querelam † inofficioſi teſtamenti à bonorum poſſeſ-
3 ſione contra tabulas, cùm in aliis multis, tum in eo maximè quod qui petit contra tabulas & rumpendo ſuccedit, & ſuccedendo rumpit, qui verò proponit querelam inofficioſi, rumpit quidem teſtamentum ſi obtineat, ſed non eo magis ſuccedit, at facit tantum ſibi locum, aut alij qui ſit in gradu ſuccedendi, vt habeat viam apertam ad ſuccedendum ab inteſtato, *leg. poſthumus. 6. D. de inofficioſo teſtamento.* Hoc tamen defendo, querelam † inofficioſi teſtamenti cum bonorum poſſeſſione contra tabulas in eandem perſonam con- 4
currere nunquam poſſe, & eum qui propoſuerit querelam ſi obtinuit non poſſe amplius petere contra tabulas, quemadmodum è contrario qui petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nunquam indiget querela ad ſuccedendum: quod vtrumque probatur non malè ex *leg. non putauit. 8. D. de bonor. poſſeſſio. contr. tabul.* Ratio eſt, quia per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſucceditur ex teſtamento. Per querelam autem inofficioſi teſtamenti non aperitur via niſi ſucceſſioni inteſtati, fieri verò nequit vt in eadem hereditate & ex teſtamento & ab inteſtato ſuccedatur, non magis quàm vt quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. Item quia rupto per inofficioſi querelam teſtamento, atque ita aperto iure ſuccedendi ab inteſtato non poteſt amplius hereditas adiri ex teſtamento, aut bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti: nec igitur peti bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ ſine effectu foret, vt inquit Iureconſultus *in l. quod vulgo. 19. eodem titul. de cont. tabul.* Hæc enim bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re, & ſine effectu. Effectus porro alius eſſe non poteſt, quàm vt rumpat teſtamentum, cuius tamen rumpendi, neque ratio, neque 5
neceſſitas vlla ſubeſt poſtquam ſuccedi iam poteſt ab inteſtato Nec eſt quod quis pro Pariſio † reſpondeat, 6
iſta procedere ratione vnius & eiuſdem teſtamenti. At nos cum caſum tractare in quo plura ſint teſtamenta, quorum altero rupto per querelam nihil prohibeat alterum quoque poſtea rumpi per contra tabulas. Nam immo verò non magis hoc fieri poteſt circa plura teſtamenta, quàm circa vnum & idem teſtamentum, ſicut nec fieri vllomodo poteſt, vt quis decedat cum pluribus teſtamentis. Nec enim aliud teſtamentum per querelam rumpi poteſt, quàm illud demum quo rupto poſſit ſuccedi ab inteſtato, ac proinde poſt quod ruptum non ſupereſt aliud teſtamentum rumpendum vt ſuccedatur, ſiue ex teſtamento per contra tabulas, ſiue ab inteſtato.
Et illa Caij † diſtinctio in *dict. §. ſi prius*, an heredes in 7
poſteriore teſtamento ſcripti ſint potiores heredibus in priore ſcriptis necne, vt priore caſu filius præteritus in poſteriore teſtamento, & exheredatus in primo admittatur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, poſteriore verò caſu excludatur. Non aliò pertinet quàm vt intelligamus eo caſu quo heredes in ſecundo teſtamento potiores futuri ſint, non indigere filium querela inofficioſi teſtamenti, neque contra iſtos à quibus non fuit exheredatus, ſed præteritus, neque contra heredes in primo teſtamento ſcriptos, quippe quos pro victis haberi oporteat hoc ipſo quod filius alios heredes vicerit, à quibus ipſi vincantur. Sufficere igitur vt filius hic contra poſteriores tabulas agnoſcat bonorum poſſeſſionem. Contrà autem, illo caſu quo heredes in primo teſtamento ſcripti potiores futuri non ſint, inutilem fore filio præterito bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſiue contra iſtos à quibus fuit exheredatus, ſiue contra inſtitutos in ſecundo teſtamento, cùm nihil poſſit ei prodeſſe victoria aduerſus eos obtenta, qui ipſi nihil vnquam iuris in ea hereditate, aut habuiſſent, aut habere potuiſſent. Sufficere igitur huic filio vt proponat inofficioſi querelam aduerſus heredes in priore teſtamento ſcriptos, à quibus fuit ipſe exheredatus. Ita fit vt in † ſpecie *dict. §. ſi prius*, nullo caſu poſſit concurrere bonorum poſſeſſio contra tabulas, cum querela 8
inofficioſi teſtamenti, ſiue potiores futuri ſint remoto filio heredes illi qui in priore teſtamẽto ſcripti ſunt, ſiue qui in poſteriore. Ratio autem † quã affert Pariſius, vt probet rupto per querelam primo teſtamento, poſſe ad-

huc vtilem eſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas,
quoniã, inquit, rupto priore teſtamento poſſent qui in
ſecūdo inſtituti ſũt agnoſcere filio remoto bonorũ poſ-
ſeſſionem ſecundum tabulas, euidenter falſa eſt: cùm
nullo iuris loco ſcriptum ſit poſt propoſitam inofficioſi
querelam quæ obtinuerit poſſe adhuc locum eſſe ag-
noſcendæ bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, ſiue
in fauorem ipſius heredis qui victus ſit, ſiue in fauo-
rem alterius, pro ea ſcilicet parte hereditatis, pro qua
factus ſit per querelam locus ſucceſſioni inteſtati. Al-
terutrum enim omnino euenire neceſſe eſt, vt vel in-
officioſi querela prorſus ſit inanis & eluſoria, vel vt
viam aperiat ſucceſſioni ab inteſtato. Siquidem non
10 alium effectum † habet quàm vt pro ea ſaltem heredi-
tatis parte pro qua proponitur, patremfamilias faciat
inteſtatum. *l. circa. 24. l. Titia. 15. & paſſ. D. de inoff. te-
ſtament.* Patremfamilias autem facto inteſtato poſſe dari
à prætore bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas
planè inauditum eſt, & tam abſurdũ vt nihil dici poſſit
abſurdius. Quamquam enim prætor eam bonorum †
poſſeſſionem facilè dat & de plano, ac ſine vlla cauſæ
11 cognitione, vnde etiam fit vt ea plerunque ſit ſine re,
quemadmodum ſæpius diximus ex Vlpiano in *tit. de
bonorum poſſeſſion.* nunquam tamẽ eam prætor dat quin
poſſit aliquo caſu eſſe cum re & effectu: nec alioqui edi-
ctum & beneficium prætoris, non tantum ei qui ina-
nem bonorum poſſeſſionem peteret, ſed ipſi quoque
prætori ludibrio eſſe videretur. Atqui nullo caſu po-
teſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eſſe cum re,
poſteaquàm aperta eſt via ſuccedendi ab inteſtato. Nul-
lo igitur caſu fieri poteſt, vt poſt querelam inofficioſi
propoſitam quæ vicerit, tractari amplius poſſit de dan-
da ſecundum tabulas bonorum poſſeſſione, nec proin-
de de bonorum poſſeſſione contra tabulas, cuius nimi-
rum ius tamdiu duntaxat durat, quamdiu ius bonorum
poſſeſſionis ſecundum tabulas, cùm per vtramque per-
inde ſuccedatur ex teſtamento. Quod verò addit Pari-
ſius ſecundum caſum, *Si prius teſtamentum ideo rum-
patur, quod ex eo hereditas non adeatur*, non ſolùm im-
prudenter, ſed etiam valde imperitè à tanto viro dictum
mihi videtur. Non ſolùm quia non eſt hic modus †
12 rumpendi teſtamenti, ſi hereditas ex eo non adeatur,
quandoquidem tale teſtamentum deſtitui dicitur, aut
irritum fieri, non rumpi, quod longè diuerſum eſt *l. 1.
D. de iniuſt. rupt.* Sed etiam, quia illud demum teſta-
13 mentum † dicitur deſtitui & irritum fieri per non adi-
tionem, ex quo adiri hereditas potuit aliquando. Atqui
14 nunquam fieri poteſt, vt eiuſdem hominis † heredi-
tas ex diuerſis teſtamentis adiri poſſit, nec ſi vnus idém-
que heres in pluribus teſtamentis ſcriptus proponatur:
multo minùs ſi ex diuerſis teſtamentis, diuerſi ſint
heredes. Ergo fatendum eſt in ſpecie *d. §. ſi prius*, vel
adiri hereditatem nunquam potuiſſe ex priore teſtamē-
to, vel ſi adiri potuit aliquando, non ob id magis poſſe
adiri ex ſecundo, quod deſierit poſſe adiri ex primo.
Non enim ex alio adiri vnquam poteſt, quàm quod
fuerit confirmatum per legem moriente teſtatore, † lex
15 autem neque duo eiuſdem hominis teſtamenta vnquã
confirmat, ſi excipias militaria. *l. militis codicillis. 36. §.
1. D. de teſtamen. milit.* neque pluribus factis teſtamen-
tis vnquam confirmat poſterius ſub ea conditione, ſi ex
16 priore nemo hereditatem adibit, quia nihil lex † vn-
quam agit ſub conditione, ſed ſemper purè & in ipſo
inſtanti mortis, ita vt teſtamentum quod non confir-
matur in eo inſtanti in quo teſtator moritur, confir-
mari poſtea nunquam poſſit. Dices fortaſſe, aliud eſſe
de aditione hereditatis, aliud verò de agnitione
bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas diſputare, &
facilius eſſe vt ſecundum poſteriores tabulas detur bo-
norum poſſeſſio etiam futura cum re, ſi ex prioribus he-
reditas adiri poſſe deſierit, quàm vt ex poſterioribus ta-
bulis, quas lex nunquam confirmauerit, poſſit fieri
aditio, quæ eſt ex iure ciuili, & ex lege. Ego verò
contendo nihil prorſus hac parte inter iſta intereſſe,
quia neque ſecundum † alias tabulas bonorum poſ- 17
ſeſſionem prætor dat, quàm quæ inſpecto tempore
mortis confirmatæ ſint, vel à lege, vel ſaltem ab ipſo
prætore. Vnde etiam fit vt in danda eiuſmodi bono-
rum poſſeſſione illud potiſſimum inſpicere prætor ſo-
leat, an teſtator eo mortis tempore habuerit teſtamen-
ti factionem *l. 1. §. ſufficit D. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul.*
Prætor † autem nunquam confirmat duo eiuſdem ho-
minis teſtamenta non magis quàm lex. Cúmque non 18
poſſit non confirmare teſtamentum prius, quod iure
factum fuiſſe ponimus, ex eóque bonorum poſſeſſio-
nem ſecundum tabulas deferre, etiam quæ cum re &
effectu omnimodò ſit futura, conſequens eſt vt poſte-
rius teſtamentum in quo ſuus heres præteritus reperi-
tur, confirmare nec poſſit nec debeat, neque ex eo bo-
norum poſſeſſionem ſecundum tabulas deferre, quàm
alioqui eodem tempore deferret ex diuerſis teſtamen-
tis. Eodem tempore, quoniam ſiquando bonorum
poſſeſſio ſecundum tabulas ex aliquo, ſiue priore, ſiue
poſteriore teſtamento defertur, eam neceſſe eſt non di-
co agnoſci, ſed deferri edicto prætoris, vel in ipſo in-
ſtanti mortis, vel nunquam. Deferri enim ex priore
purè, ex poſteriore verò ſub ea veluti conditione: Si ex
priore, neque adiri hereditas, neque bon. poſſeſſio ſecū-
dum tabulas peti poterit. quomodo Pariſius intellexit,
nullomodo poteſt. Confirmari. n. teſtamentum à lege,
non illud eſt, Adiri ex eo hereditatem, ſed tantùm adiri 19
quandoque poſſe: ſicut & confirmari teſtamentum à
prætore, non illud eſt, Bonorum poſſeſſionem ſecun-
dum eas tabulas ſtatim dari, ſed aliquando poſſe. Planè,
deferri ſtatim vtramque hereditatem ſcilicet à lege, bo-
norum poſſeſſionem à prætore: quoniam delatio, † 20
ſiue hereditatis, ſiue bonorum poſſeſſionis eſt iuris, ag-
nitio verò & acquiſitio facti. Quæ iuris ſunt, fiunt ſta-
tim & purè, quæ verò facti in tempore. Neque ſimile
eſt quod ex eo quoque teſtamento, † in quo ſuus he- 21
res præteritus ſit, ſi modo habet ſeptem teſtiũ ſigna &
ſubſcriptiones, nec aliud quicquam obſtet, prætor dat
ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem, adeóque fu-
turam cum re ſi frater præteritus iure ſuo vti, partém-
que ſuam fratribus auocare nolit. *l. filio præterito. 17. D.
de iniuſt. rupt.* Id enim fit cum aliud teſtamentum nul-
lum eſt, quod à lege vel à prætore confirmari poſſit, non
etiam cùm aliud teſtamentum extat iure factum, cu-
ius confirmationem, ex eóque delationem bonorum
poſſeſſionis ſecundum tabulas nihil impedire poſſit,
ſiue ciuili, ſiue prætorio iure. Denique facilius eſt vt
teſtamentum imperfectum ex æquitate tueatur prætor
cùm illud vnicum eſt, quàm vt eo caſu quo aliud te-
ſtamentum præcedit iuſtum & perfectum, quod tamen
euerti neceſſe ſit priuſquàm poſterior ratio aliqua ha-
beri poſſit. Quid enim ageret prætor tuendo teſtamen-
tum imperfectum, vt euerteret perfectum? Si vtrum-
que tueri & confirmare poſſet, faceret ſanè pro ſua
æquitate, ſed cùm non niſi alterutrum tueri poſſit &
debeat, etiam ad deferendam ex eo bonorum poſſeſſio-
nem ſecundum tabulas, nihil aliud facere poteſt quàm
vt perfectum tueatur, imperfectum verò penitus deſe-
rat. Neque igitur hoc caſu deferet vnquam bonorum
poſſeſſionem contra poſteriores tabulas imperfectas,
ſecundum quas è contrario bonorum poſſeſſionem
dare nunquam poſſet. In eo autem egregiè hallucina-
tur † Pariſius, quod Caium ſic intelligit, acſi diceret in 22
ſpecie *d. §. ſi prius*, eo demum tempore poſſe filium præ-
teritum in ſecundo teſtamento petere bonorum poſſeſ-
ſionem contra tabulas, quando iam ruptum fuerit
prius teſtamentum, per querelam aut per non adi-
tionem. Cum tamen diſiunctio, quam Caius adhi-
bet, caſuum denotet diuerſitatem non etiam tem-
porum in eodem caſu. Diſtinguit enim an caſus
talis

talis ſit, in quo heredes poſteriore teſtamento ſcripti poſſint eſſe potiores ab initio & eo tempore inſpecto, quo teſtamentum confirmari neceſſe eſt, & ciuili iure & prætorio, vel nunquam: an verò caſus talis ſit in quo ij qui poſteriore teſtamento ſcripti ſunt, nunquam poſſint eſſe potiores: vt priore demum caſu poſſit filio præterito vtilis eſſe bonorum poſſeſſio contra tabulas non etiam poſteriore. At Pariſius nulla caſuum facta diſtinctione diſtinguit tantum tempora in hunc modum, an filius præteritus velit petere bonorum poſſeſſionem contra poſteriores tabulas eo tempore quo prius teſtamentum nondum fuerit ruptum per querelam aut deſtitutum, an poſtea, vt ſi poſtea ſit audiendus, ſi antea non item: quæ diſtinctio prorſus alia eſt, & à Iureconſulti ſenſu aliena. Nam illa caſuum diſtinctio quam Caius fecit, eò pertinet, vt vno caſu audiendus ſit omni tempore filius præteritus petens contra tabulas bonorum poſſeſſionem, id eſt, etiamſi incipiat ab ea bonorum poſſeſſionis petitione, nec vnquam id egerit aut expectauerit vt prius teſtamentum, vel rumperetur, vel deſtitueretur, ſcilicet ſi potiores in ea hereditate futuri ſint poſteriore teſtamento ſcripti heredes. Alio autem caſu, id eſt, ſi non ſint iſti potiores futuri, nullo tempore audiendus ſit hic filius, petens bonorum poſſeſſionem contra tabulas, id eſt, nec ſi egerit querela, & obtinuerit aut expectauerit, vt prius teſtamentum irritum fieret ac deſtitutum: quia bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſicut & eam, quæ ſecundum tabulas defertur, neceſſe eſt, vel competere ex ipſo inſtanti mortis, vel nunquam. Nempe cuius non poſſit ius ex aliquo futuro euentu pendere, non magis quàm confirmatio ipſa poſterioris teſtamenti. Illud etiam Pariſij interpretationem deſtruit, quod Caius vt filio in poſterioribus tabulis præterito det bonorum poſſeſſionem contra tabulas requirit vt heredes in iis tabulis ſcripti potiores ſint in ea hereditate *filio remoto*, id eſt, ſubducta perſona filij præteriti, & ſuppoſito quod filius hic præteritus nolit vti iure ſuo, ita vt tota de hereditate controuerſia non inter alios diſcutienda ſuperſit, quàm inter eos qui ſcripti ſunt in priore teſtamento & eos qui in poſteriore. At Pariſius ſic Caium intelligit, vt filij præteriti perſonam factúmque interuenire neceſſe ſit ad victoriam poſterioribus heredibus contra priores comparandam. Quis enim præter filium ipſum proponere querelam poſſit ad rumpendum prius teſtamentum? Ita fit vt ſecundum Pariſij interpretationem poſteriore teſtamento ſcripti heredes potiores ſint heredibus ſcriptis in priore *propter filium*, quos tamen Caius vult potiores eſſe pro ſuo iure *filio remoto*, id eſt, tales qui à filio quidem ipſo vinci poſſint, ſed qui tamen poſſint & ipſi vincere heredes in priore teſtamento ſcriptos, & hereditatem obtinere ſi filius non ſe interponat. Nunc iudicium eſto Doctorum omnium an Pariſius melius & feliciùs quàm Bartolus Caij ſententiam ſit aſſecutus.

ERROR V.

De teſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, & instituti ſunt venientes ab inteſtato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum.

SVMMARIA.

1 *Bartolus cenſet teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi inſtituti ſint venientes ab inteſtato valere interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum.*

2 *D. Sententia Bartoli refutatio.*

3 *Ex teſtamentorum ſolemnitate vna hæc eſt, vt liberi in poteſtate inſtituantur vel exheredentur.*

4 *Teſtamentum ſolemnitates non aliunde pendent quàm à lege.*

5 *Reſtrictionem propoſitionis n. 1. propoſita allatam à Bartolo à iure alienam eſſe.*

6 *An ſit vllus fauor teſtamentorum in quibus inſtituuntur venientes ab inteſtato.*

7 *Bartolum ſuam ſententiam perperam adſtruere ex d. §. ſi prius.*

8 *Conciliatio l. ſi duob. §. ſi prius. D. de bon. poſſ. contr. tabul. & l. ſi filius 7. D. liber. & poſt. à Bartolo allata quàm ſit inepta & falſa.*

9 *Reſponſio Bartoli ad l. filio 17. D. de iniuſt. rupt. & eius euerſio.*

10 *Teſtamentum in quo filius præteritus eſt etiam fatente Bartolo tale eſt vt nunquam ex eo poſſit adiri hereditas.*

11 *Nec conualeſcit ex æquitate prætoria per filij approbationem.*

12 *Se abſtinente filio: quomodo defendatur ex æquo & bono teſtamentum, in quo filius fuit præteritus.*

13 *Erronea ſectatorum Bartoli ſententia defendentium teſtamentum in quo filius in poteſtate eſt præteritus conualeſcere iure prætorio per ſolam filij abſtentionem.*

14 *Cum filius præteritus iure ſuo vtitur, & auocat hereditatis partem, ex eiuſmodi teſtamento prætor non poteſt amplius dare bon. poſſeſſionem ſecundum tabulas.*

15 *Error alius Bartoli in productione conſtitutionis Theodoſij de teſtamentis parentum imperfectis.*

EST hoc etiam vnum ex notabilibus † 1
Bartoli ad *d. l. ſi duobus* 12. *§. ſi prius. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi in eo inſtituti ſint venientes ab inteſtato valere interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. Sic enim ille ad *dict. §. ſi prius,*
num. 3. Notabile † ſanè notabiliſſimum, ſi tam eſſet ve- 2
rum, quàm euidenter falſum eſt. Pugnat enim cum certiſſimis principiis iuris, quæ teſtamentum patris in quo filius in poteſtate præteritus ſit, nullo prorſus caſu nullóque tempore valere patiuntur, nec ſi filius ille præteritus decedat viuo patre, vt in præcedentibus diximus *l. ſi filius qui in poteſtate 7. D. de liber. & poſthu-*
mis. Eſt namque hæc vna † ex teſtamentorum ſolem- 3
nitatibus & quidem præcipua, vt liberi omnes, qui vel teſtamenti, vel mortis tempore in patris poteſtate reperiuntur, omnimodo ſint, vel inſtituendi, vel exheredandi, *l. 1. & 3. D. de iniuſt. rupt. l. Gallus 29. §. in omnibus, & l. ſeq. D. de liber. & poſthum.* Cúmque ſolemnita-
tes † teſtamentorum non aliunde pendeant quàm à 4
lege ipſa quæ & eas induxit, & his veluti anguſtiis teſtandi licentiam conſtringi voluit, *l. teſtandi 13. Cod. de teſtam.* quid, obſecro, abſurdius eſſe poteſt, quàm exiſtimare in filij præteriti arbitrio & poteſtate eſſe an tale teſtamentum valeat necne? Ita namque fieret vt iuris ciuilis autoritas ex hominis voluntate penderet, quod prudentes nunquam admitterent, *l. ordine 15. D. ad municip.* Neque verò Bartolus ipſe audet hoc dicere, Teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus ſit, interim valere donec filius dicat nullum, ſed propoſitio-
nem hanc vt minùs † abſurdam faciat, reſtringit ad eum 5
caſum quo in huiuſmodi teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Quaſi omnium fauorabiliſſima ſint huiuſmodi teſtamenta, ex quibus hereditas defertur iis, qui etiamſi non eſſent inſtituti, ab inteſtato tamen ſucceſſuri eſſent. Sed tamen in hoc quoque nec minùs
apertè labitur. Fauor enim horum teſtamentorum, † in 6
quibus inſtituũtur illi qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri,

planè nullus eſt ſi iuris ratio veterúmque prudentum autoritas conſulatur: cum primus Theodoſius conſtitueritin *l.hac conſultiſſima* 21. §.*vlt. C.de teſtam.* vt per tale teſtamentum etiam imperfectum rumpatur prius quantumlibet iure validum & perfectum. Theodoſius verò etſi inuita iuriſprudentia huiuſmodi teſtamentis fauere voluit, hactenus tamen iis fauendum eſſe putauit, vt prius teſtamentum poſſint rumpere, & defuncti voluntas ex iis, ſi quinque teſtes habeant tuenda ſit, at non etiam vt valeant quaſi teſtamenta, cum verbis conſtitutionis manifeſtè contineatur, vt valeant iure duntaxat vltimæ voluntatis ab inteſtato. Non igitur ex ea Theodoſij lege argumentum ſumi poteſt pro Bartolo, vt fauore legitimorum ſucceſſorum magis valeat iure ciuili teſtamentum in quo præteritus ſit ſuus heres quàm ſi alius extraneus quilibet in eo teſtamento inſtitutus reperiretur. Quod ſi ne quidem poſt Theodoſij conſtitutionem verè id dici poteſt, quanto improbabilius obſecro eſt, quod vult Bartolus iam ipſis Caij temporibus idipſum obtinuiſſe? Et tamen vnus ille Caij
7 † locus eſt quo mouetur Bartolus, vt ita putet, hoc nimirum argumento, quod ſi non eſſet poſſibile ex huiuſmodi teſtamento in quo legitimi ſucceſſores inſtituti eſſent, adiri hereditatem de iure ciuili primum teſtamentum per iſtud ſecundum non rumperetur: *d. l. ſi filius qui in poteſtate* 7. *D.de liber. & poſthum. l. cum in ſecũdo* 16. *D.de iniuſt.rupt.l.ſi quis cũ* 16. §.1. *D.de vulgar.& pupill.ſubſtit.* Atqui non dubitat Bartolus, quin Caij ſententia ſit in ſpecie *dict.* §.*ſi prius*, teſtamentum prius rumpi per poſterius, quia non poteſt videre quanam alia ratione fieri queat, vt filius in ſecundo teſtamento præteritus, & in primo exheredatus poſſit petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriores quandiu priores ſubſiſtunt. Nec tamen poteſt ille dicere, tantam vim regulariter eſſe teſtamenti in quo præteritus ſit filius in poteſtate vt prius teſtamentum perfectum poſſit rumpere, quoniam videt à Paulo contrà reſponſum in *d.l.ſi filius* 7. Quid ergo? Locos iſtos ſic
8 † conciliat, vt apud Paulum non rumpatur prius teſtamentum per poſterius in quo præteritus ſit filius in poteſtate, quia inquit non erant in illa ſpecie inſtituti venientes ab inteſtato. Apud Caium verò rumpatur, quia inſtituti erant ab inteſtato ſucceſſuri. Omnia diuinatiuè & commentitiè. Quis enim Bartolo reuelauit reſtringendam Pauli ſententiam, quæ alioqui generalis eſt ad eum caſum quo extranei fuerint inſtituti potiùs quàm liberi? An forte faciliùs aut ſæpius ſolet illud contingere vt quis filium ſuum quem in poteſtate habet, prætereat propter extraneos quàm propter alios liberos? Rurſum vt iam diſputauimus in præcedentibus quid eſt apud Caium ex quo poſſit velle illum & pro ſuppoſito habere, vt prius teſtamentum in quo filius fuerat exheredatus rumpatur per prius in quo idem filius fuit præteritus? Ac præterea quid in toto illo Caij reſponſo, quod vel minimam coniecturam præbeat inſtitutionis poſteriore teſtamento collatæ in legitimos ſucceſſores? Sunt igitur omnia iſta commen-
9 titia & nugatoria. Sed & præuidet Bartolus † poſſe ſententiam ſuam fortiter impugnari & ex eo quod Papinianus noſter reſpondit in *leg.filio præterito* 17. *de iniuſt. rupt.teſtam.* filio præterito qui fuit in patris poteſtate & fratribus eius inſtitutis, etiam ſi ille bonis patris ſe abſtineat, nec fratribus auocet partem ſuam hereditatis, tamen ex ſubtilitate iuris teſtamentum non valere, ideoque nec legata nec libertates ipſo iure competere, ſed ex bono & æquo tantùm defendi. Reſpondet autem planè incertus & neſcius quid habeat reſpondendum. Si teneamus, inquit, fuiſſe hoc additum à compoſitoribus quod ſcriptum eſt in *l.2.D.eod.tit.* vt rumpatur prius teſtamentum perfectum per poſterius imperfectum, in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, habeo reſponſionem claram, quod lex Papiniani reſpexit iura antiqua, ſi verò intelligimus quod hoc erat de iure antiquo, pro ſolutione cogita. Fateatur ergo Bartolus quod nec quiſquam negare poſſit, inſpecto iure vetere non poſſe defendi teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, etiamſi in eo fuerint inſtituti venientes ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, cur igitur à Caio aliter reſponſum fuiſſe arbitratur? Aut quid eſt obſecro in toto Caij reſponſo, quod poſſis dicere fuiſſe à compoſitoribus immutatum? Aut quomodo fieri poteſt, vt per tale teſtamentum poſterius imperfectum, rumpatur prius perfectum, ſi poſterius tale eſt ex quo nunquam adiri poſſit hereditas? Et verò, nec Bartolus ipſe diffitetur ad *dict. l. ſi filius* 7. *de liber.*
& poſthum. teſtamentum † in quo filius præteritus eſt 10
tale eſſe, vt nunquam ex eo poſſit adiri hereditas, licet velit conualeſcere illud ex æquitate prætoria per expreſſam filij approbationem: hactenus vt ex eo dari poſſit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. In quo
tamen † etiam fallitur: non enim iuris prætorij magis 11
quàm iuris ciuilis autoritas pendere poteſt ex filij præteriti arbitrio & voluntate, quod tamen contingeret ſi iure prætorio conualeſceret teſtamentum propter filij præteriti adprobationem. Quare nec ſic Papinianus loquitur in *dict. leg. filio*, vt dicat conualeſcere teſtamentum ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, tametſi filius ſe
abſtineat bonis patris, ſed tantùm † ait defendi volun- 12
tatem patris ex bono & æquo etiam quod ad legata & libertates, quod ſic accipiendum eſt non vt teſtamentum conualeſcat iure prætorio (teſtamentum enim quod moriente teſtatore non valuit iure prætorio poſtea conualeſcere nunquam poteſt) ſed vt ex eo teſtamento, ſi modo fuerit ſeptem teſtium ſignis ſignatum, potuerit prætor dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas quam dat de plano, & ſine cauſæ cognitione etiam ex eo teſtamento quod nullum ſit de iure prætorio futurum, nimirum ſine re, ſi frater præteritus iure ſuo vti velit, quæ tamen non poſſet eſſe ſine re ſi daretur ex eo teſtamento quod iure prætorio valeret, vt in ſpecie *leg. poſthumus* 12. *eod. titul.* At cùm filius præteritus iure ſuo vti non vult, ſéque abſtinet bonis patris, ea bonorum poſſeſſio quæ tanquam data ex inutili teſtamento futura erat ſine re, ſi filius iure ſuo vti voluiſſet, euadit in bonorum poſſeſſionem cum re, ſed ex euentu potiùs quàm ex aliqua, ſiue ciuilis, ſiue prætorij iuris ratione & vt loquitur *leg.2.D.de riuis*, occaſione potiùs quàm iure, quia nemo eſt, qui eis auferre velit, quibus prætor dederat eam bonorum poſſeſſionem: Poſteaquàm verò cœpit ea bonorum poſſeſſio eſſe cum re, non autoritate iuris prætorij, ſed facto ſolo & voluntate filij præteriti, qui ius ſuum exequi noluit, ſuccedit æquitas iuris prætorij, quæ facit non vt conualeſcat teſtamentum (quid enim neceſſe eſt conualeſcere cùm iam habuit effectum? ſed vt perinde teneantur heredes ſcripti ad præſtanda legata & libertates, ac ſi teſtamentum iure ciuili valuiſſet, & eo prorſus modo quo tenerentur, etiamſi rupiſſent ipſi teſtamentum per contra tabulas occaſione fratris præteriti, qui tamen iure ſuo non vteretur, vt in ſpecie *l.nonnunquam* 14. *D. de legat. præſtan.* Et quemadmodum ridiculus eſſet qui diceret in ea ſpecie *dict. l.nonnunquam* conualeſcere iure prætorio teſtamentum ob id ſolum quod filij qui accepiſſent bonorum poſſeſſionem contra tabulas, obligati eſſent ad præſtationem omnium legatorum, cùm è contrario ruptum fuerit iure prætorio per contra tabulas, quod antea & ciuili & prætorio
iure valebat. Ita multo magis ridiculi † ſunt illi qui 13
cum Bartolo defendunt teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, quod conſtat nullum eſſe, nec minùs prætorio quàm ciuili iure, conualeſcere poſtea iure prætorio per ſolam filij præteriti abſtentionem. Moti ex eo tantùm quòd fratres inſtituti incipiant ex eo tempore debere legata. Quaſi bona ſit conſecutio,

Legata

Digitized by Google

Legata omnia debentur, ergo teſtamentum conualuit: quæ tamen eſt inepta. Nam ſi legata deberi poſſunt, tum quoque cùm teſtamentum iure prætorio ruptum fuit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ita vt non eo magis teſtamentum conualeſcere dicatur, quid prohibet legata deberi æquitate prætoria ex eo teſtamento, quod neque validum, neque ruptum vnquam fuerit, quódque nec hodie conualeſcat? Eadem namque ratio vtroque caſu locum habet ad heredes ſcriptos præſtationi legatorum obligandos, quod quamuis teſtamentum ſit & maneat, vel nullum, vel ruptum, neque minùs prætorio quàm ciuili iure, tantundem tamen illi ex hereditate conſequuntur fratre præterito ſe abſtinente quantum conſequerentur, ſi teſtamentum iure ciuili nedum prætorio valeret. Cur non ergo tantundem præſtabunt? Neque enim occaſio fratris præteriti lucro adficere debet fratres inſtitutos, cùm præteritus iure ſuo non vtatur, quemadmodum eleganter ratiocinatur Vlpianus *in dict. l. nonnunquam*, de quo & nos plura ſcripſimus *lib.* 10. *coniect. cap.* 14. *& in Error.* 3.

14 *Decad.* 13. Ex his verò apparet, cùm filius † præteritus iure ſuo vtitur, & auocat hæreditatis partem fratribus, ſiue per contra tabulas, ſiue ab inteſtato, nihil enim refert, non incipere nullum eſſe, aut apparere teſtamentum quod iam antea, & fuit & apparuit omni iure nullum, ſed incipere in eo eſſe, vt exinde non poſſit prætor ex eiuſmodi teſtamento bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare, quippè quæ nullo amplius caſu cum re, & effectu eſſe poſſet, aut ſi quam iam antè dederat, fiat ea inanis, & nullius omninò commodi, etiam pro iis partibus quas inſtituti fratres ab inteſtato habere deberent, cùm fieri nequeat, vt vno ex fratribus ab inteſtato ſuccedente, aut ex teſtamento quidem, ſed per contra tabulas, duret ius bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas, quæ ex diametro aduerſatur, & bonorum poſſeſſioni contra tabulas, & ſucceſſioni inteſtati. Adeò vt facilius ſit bonorum poſſeſſionem contra tabulas euadere in bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vt in ſpecie *dict. l. nonnunquam*, quàm vt duæ iſtæ bonorum poſſeſſiones ſecundum tabulas & contra tabulas in eandem ſucceſſionem poſſint concurrere, aut bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas cum ſucceſſione inteſtati. Sed & illud quoque Bartolum malè habuit quod non potuit videre *ad dict. §. ſi prius*, quomodo poſſit bonorum poſſeſſio contra tabulas dari aduerſus teſtamentum, in quo fuit præteritus filius, etiamſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, cùm tale teſtamentum non defendatur tanquam teſtamentum, ſed iure voluntatis inteſtati *dict. l. hac conſultiſſima.* 21. *§. vlt. C. de teſt.* De quo ſequenti capite tractandum erit. Sed illud in-

15 terim monendum, in eo etiam errare † Bartolum quod vult Theodoſij conſtitutionem *in dict. §. vlt.* hunc quoque caſum complecti quo præteritus ſit vnus ex filiis ab inteſtato ſucceſſuris, quod certè non ita eſt. Nam neque conſtitutiones quæ fauent teſtamentis parentum inter liberos ad hunc caſum pertinent, cùm fieri nequeat, vt inſtituti ſint venientes ab inteſtato cùm aliquis ex liberis, aut præteritus fuit, aut exheredatus, vt diſputauimus Decade ſuperiore. Et melius idem Bart. *ad dict. leg. ſi filius*, vbi probat opinionem Accurſij ad eum locum exiſtimantis conſtitutionem Theodoſij *in dict. §. vltim.* ceſſare, ſi quis ex liberis in poteſtate conſtitutis præteritus proponatur. Nec ſanè mutaſſet ſententiam *ad dict. §. ſi prius*, niſi reſponſum Caij cuius neque ſenſum, neque rationem percipere potuit, eum fefelliſſet.

ERROR VI.

De bonorum poſſeſſione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit ſuus heres.

SVMMARIA.

1 *Mirari Bartolum & alios aduerſus tabulas quibus eſt præteritus filius dari filio bonorum poſſeſſionem.*

2 *Reſponſio Bartoli qua nititur ſuperiori dubio ſatisfacere.*

3 *Error Bartoli putantis illud etiam teſtamentum ſolemne eſſe in quo ſuus heres neque inſtitutus neque exheredatus.*

4 *Teſtamentum illud eſt iniuſtum, & nullius momenti in quo præteritus eſt ſaluus heres.*

5 *Alius error Bartoli affirmantis teſtamentum propriè eſſe etiam in quo ſuus heres præteritus ſit.*

6 *Tertius error Bartoli putantis bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem.*

7 *Contra teſtamentum imperfectum de quo agitur in §. vlt. l. hac conſultiſſ. C. de teſt. non dari bon. poſſeſſionem contra tabulas.*

8 *Quomodo ex autoris ſententia verum ſit illud Caij, aduerſus tabulas in quibus præteritus eſt filius in poteſtate bonor. poſſeſſionem filio vtiliter dari, & num.* 10.

9 *Præteritio ſui heredis non pertinet ad ſolemnitates quas ius prætorium agnoſcit.*

10 *Quod tabulæ ſint ipſo iure nullæ non impedit quin à prætore detur præterito bonorum poſſeſſio.*

11 *Beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas ad quem finem inductum ſit à prætore.*

12 *Reſponſum Caij nihil habere commune cùm Theodoſij conſtitutione.*

CVm tabulæ in quibus præteritus eſt filius qui fuit in poteſtate, nullæ ſint ipſo iure, ſiue ius ciuile, ſiue prætorium ſpectemus, vt proximo capite diſputauimus, mirum † videtur Bartolo ad *l. ſi duobus.* 12. *§ ſi prius. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* quod eo loco Caius ſcribit contra huiuſmodi tabulas dandam nihilominùs eſſe filio præterito bonorum poſſeſſionem. Nec miror ſanè id aliis quoque interpretibus non minùs quàm Bartolo mirum fuiſſe: ſiquidem certum eſt bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ ſine re & effectu nunquam eſſe poteſt, non aduerſus alias tabulas competere quàm ex quibus, vel adiri hereditas poſſit iure ciuili, vel bonorum poſſeſſio peti iure prætorio, *l. quod vulg.* 19. *eod. tit.* quorum tamen neutrum videtur dici poſſe de iis tabulis, in quibus præteritus fuit filius in poteſtate: ſed miror neque Bartolo, neque alij vlli interpreti veniſſe in mentem, quid reſpondendum ſit ad hanc obiectionem. Nihil enim aliud habet Bartolus † quod reſpondeat, niſi quod ait quando teſtamentum deficit ratione omiſſæ ſolemnitatis non poſſe dici propriè teſtamentum, ſed quando adſunt ſolemnitates licet facta ſit præteritio, tunc eſſe propriè teſtamentum: vel, inquit, licet non ſit propriè teſtamentum, tamen vltima voluntas contra tabulas. In quibus verbis tres potiſſimùm errores continentur. Primus ille, † quod de ſui heredis præteritione ſic tractat Bartolus, quaſi non ſit hæc vna ex ſolemnitatibus teſtamentorum, cùm putet fieri poſſe, vt teſtamentum ſit ſolemne, etiam in quo ſuus heres, neque inſtitutus fuerit neque exheredatus. Quod tamen non ita eſt: nam inter cætera quæ

Digitized by Google

ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, pro ſolemnitate, principale ius eſt de liberis inſtituendis vel exheredandis, inquit idem Caius noſter *in l. inter cætera 30. de liber. & poſthum.* Vnde fit vt cùm eadem teſtamenta, non iure facta dicantur, in quibus iuris
4 ſolemnia defuerunt, *l. 2. D. de iniuſt. rupt.* iniuſta † quoque dicantur illa, in quibus præteritus fuit filius iam natus qui debuerat vel inſtitui vel exheredari, *leg. 3. §. ex his apparet. eod. tit.* Quid enim aliud eſt teſtamentum iniuſtum quàm quod non iure factum eſt. Etſi hoc ampliùs eſt in teſtamento in quo præteritus fuit ſuus heres quod dicitur eſſe nullius momenti, quo etiam nomine ſi quis donauerit alia teſtamenta non iure facta is proculdubio non errauerit, cùm teſtamentorum iura & vires pendeant à iuris autoritate & legum *leg. verbis legis 126. l. lege obuenire 139. de verb. ſignific* tametſi Papinianus hæc duo tanquam ſeparata vſurpet *in dict. leg. 1. de iniuſt. rupt.* Indéque etiam eſt quod huiuſmodi teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt, imperfectum appellat Caius *in dict. §. ſi prius,* quippè quòd non ſuas omnes partes habeat, & ſolemnitates. Secundus † Bartoli error eſt huic finitimus, quod audet ad-
5 firmare teſtamentum propriè eſſe etiam in quo ſuus heres præteritus ſit. Quomodo enim teſtamentum propriè dici poteſt ſi non modo imperfectum eſt, nam & imperfecta teſtamenta dicimus non propriè & ſimpliciter ſed ſecundum quid, *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* quomodo dicimus hominem mortuum vel pictum] ſed etiam nullius omninò momenti *dict. leg. 2. leg. ſi filius. 7. D. de liber. & poſthum.* Quamquam non perſtat Bartolus niſi dubitanter in hoc errore: Subiicit enim, *vel licet non ſit propriè teſtamentum, tamen eſt vltima voluntas contra quam datur contra tabulas.* Hic
6 verò tertius Bartoli † error eſt quo putat bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem, etiam quæ ab inteſtato dumtaxat locum habere poſſet. Quod ſi ita eſſet, daretur ergo contra codicillos ab inteſtato factos, contra fideicommiſſum per epiſtolam relictum, adeóque contra donationem cauſa mortis. [Nam hæ omnes ſpecies ſunt vltimæ voluntatis.] quod tamen nemo vnquam dixit, nec dicet niſi qui planè bardus & ſtultus videri volet. In ea verò vltimæ voluntatis ſpecie de qua nunc tractamus, id eſt quæ collata ſit in teſtamentum imperfectum in quo præteritus fuerit filius in poteſtate & inſtituti venientes ab inteſtato, ſi hoc demus Bartolo, quod proximo capite negauimus, ad hunc caſum protrahi
7 poſſit conſtitutio † illa Theodoſij quæ extat *in dict. leg. hac conſultiſſima. 21. §. vltim. Cod. de teſtam.* non poſſe verum eſſe, quod vult Bartolus infirmari eam poſſe ac debere per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ex eo intelligimus quod Theodoſius huiuſmodi teſtamentis hactenus dumtaxat fauet, vt voluntas in iis declarata defendatur non tanquam teſtamentum, ſed iure inteſtati. Quo præſuppoſito relinquitur neceſſariò vt non poſſit ea voluntas admittere vſum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, cuius effectus in eo totus eſt, & vt rumpat teſtamentum, & faciat vt ex teſtamento ſuccedere dicatur is qui & ſuccedendo rumpit, & rumpendo ſuccedit, *§. Sunt autem Inſtitut. de bonorum poſſeſſ.* Quomodo enim poſſet bonorum poſſeſſio contra tabulas aut rumpere teſtamentum, aut aperire viam ſucceſſioni teſtamentariæ, cùm voluntas vltima de qua rumpenda agitur, vires ex ſeipſa nullas habet niſi ab inteſtato? Falſum igitur eſt, quod vult Bartolus contra teſtamentum imperfectum de quo agitur *in dict. §. vltim. leg. hac conſultiſſima,* id eſt etiam in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato poſſe dari bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Nec ſi proponas teſtamentum illud non laborare vitio præteritionis, ſed qua alia ratione imperfectum eſſe, propter omiſſam ſolemnitatem aliquam circa teſtium vel numerum, vel ſignacula, vel ſubſcriptiones. Neque tamen eo minùs verum eſt quod Caius ſcribit *in dict. §. ſi prius.* Aduer-
ſus † eas tabulas in quibus filius præteritus ſit, qui 8
erat in poteſtate, bonorum poſſeſſionem filio præterito vtiliter dari poſſe: Sed indiget hoc explicatione: Nimirum vt eo demum caſu verè hoc dicatur, quo tale teſtamentum in quo filius præteritus eſt cæteras ſuas habeat ſolemnitates iure etiam prætorio requiſitas, id eſt quantum ad teſtium numerum, ſignacula & ſubſcriptiones. Nam quod modo diſputauimus contra Bartolum, eſſe hanc vnam ex ſolemnitatibus teſtamentorum, vt ſuus heres vel inſtituatur vel exheredetur, iure quidem ciuili verum eſt ex quo ſui heredis no-
men & ius deſcendit, ſed non etiam iure † prætorio, 9
quòd ſicut abhorret iſta nomina ciuilia, vt inducat aut potiùs retineat naturalia. Ita nihil aliud exigit ad hoc vt deferat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, niſi vt tabulæ proferantur ſeptem teſtium ſignis ſignatæ non roſæ nec raſæ aut cancellatæ, & vt ab eo factæ ſint, qui teſtamenti factionem habuerit vtroque tempore & teſtamenti, & mortis *dict. leg. 1. & paſſ. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Itaque vitium præteritionis ſui heredis licèt faciat teſtamentum nullum & iniuſtum, non minùs prætorio iure, quàm ciuili vt ex eo conſtat quod ſuo herede præterito prætor ſtatim defert liberis bonorum poſſeſſionem ex capite. Vnde liberi ab inteſtato non expectata præteriti voluntate an patris teſtamentum adprobaturus ſit, néc-ne *l... in fin. D. ſi tab. teſt. null. extab. leg. vltim. D. de liber. & poſthum.* quia tamen non pertinet ad ſolemnitates quas ius præ-
torum agnoſcit, non impedit quominùs † ex eo te- 10
ſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas dari poſſit. Præſertim cùm ea ſpecies bonorum poſſeſſionis ſit ex illarum numero quæ non ſolùm de plano dantur & ſine cauſæ cognitione, ſed etiam plerumque ſine re & ſine effectu. Qualis vtique ſemper illa eſt quæ datur ſecundum tabulas in quibus ſuus heres præteritus fuit, ſi modò velit ille ius ſuum exequi ſiue vindicando hereditatem iure ciuili ab inteſtato ſiue petendo contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Nec enim conceſſa bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas impedit ne filius præteritus ius ſuum etiam per prætorem ipſum exequatur. At quia fieri poteſt vt ea bonorum poſſeſſio quam prætor heredi ſcripto dedit ſecundùm eas tabulas in quibus ſuus heres præteritus fuit, euadat aliquo caſu in bonorum poſſeſſionem vtilem, efficacem, & cum re. Nempè ſi filius præteritus exequi ius ſuum nolit, malitque paternis bonis abſtinere. Inde eſt quod non inutiliter prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſecundùm quas heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem vel iam dederit vel dare ſaltem potuerit: quia non poteſt ea bonorum poſſeſſio contra tabulas eſſe ſine re & effectu, cùm faciat vt ſecundùm eas tabulas bonorum poſſeſſio vel dari exinde nunquam poſſit, vel quæ data fuerat, ea deſinat poſſe vnquam eſſe cum re & cum effectu: Qui ſenſus eſt, *leg. quod vulgo. 19. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Quare ad rem non pertinet quod tabulæ illæ ſint
ipſo iure nullæ,† nec minùs quòd ad ius prætoriũ atti- 11
net, quàm quod ad ius ciuile. Id enim facit dumtaxat vt neque ex iis adiri poſſit iureciuili hereditas, neque iure prætorio peti ſecundùm eas talis bonorum poſſeſſio quæ omninò ſit futura cum re, qualis vtique eſſet illa quam ex iis tabulis prætor daret ſi teſtamentum in quo præteritus fuit filius pro iuſto & valido haberetur. Sed non facit vitium illud præteritionis, vt non poſſit ſecundum eas tabulas dari bonorum poſſeſſio ex euentu futuro vel ſine re ſi filius præteritus ius ſuum exequeretur, vel cum re ſi mallet ille abſtinere bonis patris. Vt verò fiat illa ſine re, quid intereſſe poteſt an filius præteritus ius ſuum exequatur vindicando hereditatem iure ciuili, an petendo contra tabulas? Aut cur non

non ſuo heredi præterito dabit prætor bonorum poſ-
ſeſſionē cõtra tabulas quam daret præterito emancipa-
to? Etſi enim ſuo herede præterito hoc amplius eſt quod
teſtamentum vtroque iure ciuili, & prætorio nullius
eſt momenti, non item cùm præteritus fuit filius emã-
cipatus. Attamen quod ad prætorem attinet qui in dan-
da liberis bonorum poſſeſſione nihil niſi naturale li-
berorum nomen intuetur, reiecta ſuitatis & emanci-
pationis diſtinctione, nihil prorſus intereſt an qui præ-
teritus eſt ſuus fuerit, an emancipatus dummodo
fuerit ex iis liberis quos prætor poſſit & debeat
12 habere in numero liberorum: Nec alium † in fi-
nem inductum eſt à prætore beneficium bonorum poſ-
ſeſſionis contra tabulas, niſi vt emancipatis præteritis
ſuccurreret ad exemplum eius quod iure ciuili conſti-
tutum erat fauore ſuorum præteritorum, *leg. non puta-
uit. 8. in princip. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* vt proinde
mirandum non ſit dari à prætore bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas etiam ſuo præterito. Nec alioqui
ei noceat, quod plus iuris habent quàm emancipatus
in eo, vt teſtamentum non magis ciuili quam prætorio
iure valere patiatur. Id namque facere quidem poteſt
facitque vt ſuus heres præteritus vindicare poſſit he-
reditatem iure ciuili citra auxilium iuris prætorij, quod
neceſſarium eſt præterito emancipato, ſed non debet
eripere ſuo heredi commodum bonorum poſſeſſionis
contra tabulas, quam prætor daret præterito emanci-
pato. His conſequens eſt, vt ſi tabulæ in quibus fuit
ſuus heres præteritus ſeptem teſtium ſignis ſignatæ
non ſint, nõ poſſit locus eſſe bonorũ poſſeſſioni contra
tabulas etiamſi liberi ſoli ab inteſtato ſucceſſuri in iis
ſcripti proponantur, ne quidem poſt ſupradictã Theo-
doſij conſtitutionem, quia neque bonorum poſſeſſio
ſecundùm eas tabulas dari à prætore poſſet, ne quidem
talis quæ ſine re ſemper & omni caſu ſit futura. Et con-
ſequenter non poſſet dici quem effectum haberet iſta
bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ tamen ſine re &
effectu eſſe nunquam poteſt *dict. leg. quod vulgo in fin.*
Ex quo fit tãto manifeſtius quod ſæpius in præcedēti-
13 bus, reſponſum illud † Caij in quo interpretando tam
infeliciter laborat Bartolus, nihil habere cõmune cum
Theodoſij conſtitutione *in dict. leg. hac conſultiſſima. §.
vltim.* Caius enim dat ſuo heredi præterito bonorum
poſſeſſionem cõtra tabulas, ſed præſuppoſitis terminis
habilibus, id eſt, ita demum ſi ſeptem teſtium ſignis fue-
rint ſignatæ, ſiue ab inteſtato veniētes ſiue alij penitus
extranei fuerint inſtituti. Theodoſius verò ea demum
teſtamenta imperfecta tuetur iure voluntatis inteſtati,
quæ non modo legitimorum heredum inſtitutionem
contineant, ſed etiam in teſtium ſolennitate deficiant,
dum ne pauciores teſtes habeant quàm quinque. Ita-
que ridiculum eſt tractare de accommodanda bono-
rum poſſeſſione contra tabulas ad caſum Theodoſianæ
conſtitutionis. Sed vel ad id præterea maximè, quod
neque Theodoſius caſum illum complexus eſt quo
aliquis ex liberis præteritus reperiretur, vt monuimus
ad finem capitis præcedentis, & alibi ſæpe. Aliquem
autem ex liberis præteritum fuiſſe neceſſe eſt quoties
agitur de bonorum poſſeſſione contra tabulas, quippe
quæ non datur niſi liberis vel præteritis, vel interdum
etiam inſtitutis quidem, ſed occaſione fratris præteriti
edictum committentis. *leg. is qui in poteſtate. 15. & leg.
ſeq. D. de legat. præſt.*

ERROR VII.

De clauſula derogatoria in priore teſtamento ad poſterius impediendum appoſita.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpretum erronea de poteſtata clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento ad poſterius impediendum appoſita.*
2 *Quid contra cæteros interpretes de poteſtate clauſulæ derogatoriæ ſenſerit Iacobus de Aretio à Bartolo probatus.*
3 *Ratio qua nititur interpretum communis ſententia.*
4 *Interpretes volunt non reuocari primum teſtamentum, etiamſi extaret ſtatutum, quòd vltimum teſtamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorum in primo appoſitorum.*
5 *Sententia interpretum de poteſtate clauſulæ derogatoriæ à iure alienam eſſe.*
6 *Iuris eſt explorati, poſteriori teſtamento rumpi prius atque ideo euerti omnia quæ in priori continentur.*
7 *L. ſi quis in principio. 22. D. de legat. 2. non fulcire ſententiam interpretum.*
8 *Diſcrimen inter legata & teſtamenta ratione conſtitutionis & euerſionis.*
9 *Nuda voluntate impediri non poteſt teſtamentum, ſi omnia illa concurrant quæ lex præſcribit ad teſtamentum ordinandum.*
10 *Quiſquis teſtatur facit legem.*
11 *Etiam eius qui per vim dolúmve alterius teſtatus eſt teſtamentum valet, hereditas tamen aufertur heredi tanquam indigno.*
12 *Quomodo teſtamentum ſine voluntate eſſe non poſſit.*
13 *Non audiendus eſt teſtator qui poſtquam teſtamentum fecit, dicit ſe non habuiſſe teſtandi facultatem.*
14 *Simulatio mendacium eſt.*
15 *Allegatio & exceptio ſimulationis quando locum habeat, & cui illa competat.*
16 *Quando quæ ſimulatione geſta ſunt pro infectis habeantur.*
17 *Nemini turpitudinem propriam allegare permittitur.*
18 *Et qui teſtatus eſt ſecundum legis præſcriptum non eſt permittendum, neque alij cuiquam ex eius perſona vt dicat teſtamentum fuiſſe ſimulatum.*
19 *Simulatio eius qui ſimulatè facit teſtamentum eſt improbior ſimulatione inter priuatos.*
20 *Cautio clauſulæ derogatoriæ in fraudem legum à priuato adhibita in teſtando valere non debet.*
21 *Clauſulam derogatoriam nullius eſſe momenti ex pronuntiatis Iuriſprudentiæ certiſſimis conficitur.*
22 *Clauſula derogatoria habens effectum quam aiunt Dd. conſtringit liberam teſtandi facultatem: quæ potius erat amplianda, quam coarctanda.*

NOn eſt grauior alius noſtrorum error
circa teſtamenta & periculoſior, nullus
tamen & in ſcholis & in foro frequen-
tior, quàm hic quem antiqui gloſſatores
inuexerunt, De poteſtate clauſulæ derogatoriæ appo-
ſitæ in priore teſtamento ad poſterius impediendum. 1
Sic enim omnes vno ore ſentiunt. † Huiuſmodi clau-
ſulæ derogatoriæ vim illam eſſe ac poteſtatem vt nul-
lum & inualidum faciat poſterius teſtamentum quan-
tumlibet ſolennitatibus iuris omnibus ſubnixum, niſi
in poſteriore teſtamento facta ſit expreſſa mentio & re-
uocatio

uocatio clauſulæ derogatoriæ. *Secuti gloſ. ad leg. ſi quis in principio. 22. de lega. 3. vbi Bart. & alij tractant. Bald. Salycet. & alij ad leg. ſancimus Cod. de teſtam.* Solus
2 Iacob. † de Aretio ſolum omnem errorem hunc & detexit & impugnauit, Diſtinguens vt Bart. refert ad *dict. leg. ſi quis num. 4.* An verba ſint derogatoria actus teſtandi, an verò alicuius duntaxat ſolennitatis in teſtamento adhibendæ an voluntatis tantùm. Vt prioribus duobus caſibus nihil operentur, quia nemini liceat aut inteſtabilem ſe facere, *leg. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. D. de verbor. obligat.* aut ſolennitates teſtamentorum quæ iuris publici ſunt immutare, *leg. Diui. 6. §. licet. D. de iur. Codicill.* Tertio autem caſu valeant & operentur niſi expreſſa interueniat reuocatio prioris voluntatis ex *dict. leg. ſi quis in principio. & leg. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. de legat. 1.* Sed ea diſtinctio & ſententia Iacobi, quamuis à Bartolo probata quantum ad verba derogatoria appoſita circa poſſibilitatem ipſam teſtandi, vt ille loquitur, à cæteris tamen omnibus vulgo improbata penituſque exploſa eſt, vt teſtatur Guid. Pap. *quaſt. 127. num. 2.* & nominatim Bartolum quoque reprehendit Salycetus ad *dict. leg. ſancimus.* exiſtimans verba derogatoria etiamſi poſſibilitatem ipſam teſtandi reſpiciant, perinde tamen effectum habere ſi non expreſſim reuocentur, ratione illa quòd quantumcunque præciſa ſint non auferant liberam teſtandi facultatem cùm poſſint reuocari ſi teſtator expreſſim & ſpecialiter dixerit in poſteriore teſtamento pœnitere ſe prioris
3 voluntatis. Iſtorum autem omnium † ratio quam adferunt illa eſt, quòd verba derogatoria vim habeant cuiuſdam proteſtationis præambulæ, quæ proinde declarat in ſecundo teſtamento deeſſe voluntatem ex *leg. & ſi quis 14. §. plerique. D. de relig. & ſumpt. funer. leg. qui in altera. 6. §. vlt. D. de acquir. her.* Quo præſuppoſito dicunt ſecundum teſtamentum non eſſe teſtamentum neque ſecundum definitionem teſtamenti poſitam in *l. 1. D. qui teſt. facer. poſſ.* neque ſecundùm alluſionem vocabuli de qua Iuſtin. *in princip. titul. Inſtitut. de teſtament.* ſed eſſe quoddam cimbalum tinniens, dans ſine mente ſonum, per quod videtur teſtator apparenter complacere ſed non cum effectu, vt loquitur M. Anton. Natta *conſ. 639 incip. paruam dubitationem. numer. 3.* vbi addit, primum teſtamentum hoc caſu non tam eſſe primum, quam ſolum, quia ſecundum eſt nullum deficiente conſenſu, & ſupremam voluntatem non minus hic præualere quamuis poſtrema ſcriptura non præualeat. Adeo autem ſibi placent interpretes in hoc
4 errore, vt non dubitent † adfirmare idem dicendum eſſe etiamſi extaret ſtatutum, quod vltimum teſtamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorũ primo appoſitorum. Quia inquiunt tale ſtatutum eſſet nullum quaſi factum aduerſus ius gentium, quod requirit in teſtamento voluntatem teſtantis, quam non habet ſecundum teſtamentum, propter præcedentia verba primi, vt conſuluit Paulus Caſtrenſ. *conſil. 344. incipient.* videtur ſine dubio dicendum *lib. 2.* quem ſupradicto loco refert & ſequitur Natta. Addens etiam pro confirmatione, quod ſecundum teſtamentum in hac ſpecie eſt ſimulatum, cùm teſtator nihil intendat agere propter proteſtationem præcedentem. Vnde, inquit, ſtatutũ diſponendo quod vltimũ teſtamẽtũ teneat, non obſtantibus verbis derogatoriis primi, videtur remouere ne poſſit excipi de ſimulatione contra vltimum teſtamentum. Atqui ſtatutum remouens exceptionem ſimulationis eſt nullum; quia eſt contra ius naturale, ſiquidem vbi deficit conſenſus, ibi deficit ius naturale, *l. 7. §. conuentionis. D. de pact. Bald. conſil. 118. prætermittendum eſt. colum. 2. lib. 4.* Tale igitur ſtatutũ ſi quod extaret, eſſet nullum & extraordinario etiam eccleſiæ ſubſidio, ſi aliud non competeret, eneruandum. Ego
5 verò illud primùm miror tam abſurdam † ſententiam, & à notiſſimis iuris principiis alienam à tot interpretibus, ſine vllo iuris loco probari potuiſſe. Nam cùm in libris noſtris tot ſint exempla plurium teſtamentorum ab eadem perſona cõditorum, nuſquam tamen videas, aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam eſſe vſpiam mentionem clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ ad poſterius impediendum, ſed paſſim & generaliter traditum. Poſteriore † teſtamento 6
rumpi prius & conſequenter euerti omnia quæ in priore continebantur, ac proinde ipſam quoque clauſulam derogatoriam ſi qua erat, dummodo poſterius fuerit iure perfectum, *l. g. 1. & 2. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtament. l. ſi quis prior. 29. D. ad Senatuſcon ſult. Trebel. §. poſteriore. Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.* & aliis innumeris iuris locis. Nimia ergo audacia iſta eſt tot iuris locos per hanc exceptionem reſtringere, quæ nulli vnquã Iureconſultorũ, aut Imperatorũ in mentem venerit, ſi non ſit appoſita clauſula derogatoria in priore teſtamento, aut certè imprudentes valde fuerunt Iureconſulti noſtri, quos tamen prudentes ſolemus dicere, qui de tam mirabili clauſula cuius tam frequẽs hodie in teſtamentis vſus eſt, nihil vnquam ſcripſerint aut cogitarint. Nam quod ſolent noſtri obiicere † ex *dict. leg.* 7
ſi quis, in principio. 22. de legat. 3. longè alienum eſt a propoſita diſputatione. Ibi enim agitur de clauſulâ derogatoria legati in eo ipſo teſtamento relicti, in quo etiam clauſula derogatoria adiecta proponatur. At nos tractamus de clauſula derogatoria appoſita in priore teſtamento ad impediendum aliud teſtamentum & poſterius & perfectum. Inter quos caſus euidens differentia illa eſt quod legata † licèt nuda voluntate & ſine 8
verbis non relinquantur, nuda tamen voluntate adimi poſſunt, *leg. 3. §. 1. ſequ. D. de adim. legat.* Teſtamenta verò ſicuti nuda voluntate non conſtituuntur. *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento. D. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul.* ita neque nuda voluntate tolluntur, *§. ex eo. Inſtit. quib. mod. teſt. infirm.* Immo quod totius diſputationis huius caput eſt, & quod neque Iacobus de Aretio, neque alius quiſquam dixit, nuda voluntate † impediri non 9
poteſt teſtamentum, ſi cætera omnia concurrant, quæ lex neceſſaria eſſe vult ad teſtamentum ordinandum. Hoc volo dicere, Si quis dicat ſe velle facere teſtamentum, & coram idoneo numero teſtium inſtituat heredem, & adhibeat omnes ſolennitates quæ in teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuo requiruntur, valere proculdubio teſtamentum, etiamſi teſtator re vera non habeat animum teſtandi: nec licere hoc caſu teſtanti etiamſi maximè velit actum facere inutilem & deriſorium defectu ſuæ voluntatis, ſi modò in cæteris omnibus ſatisfaciat voluntati legis. Ratio eſt, quoniam quiſquis † teſtatur facit legem, ideoque verbis legis & 10
imperatiuis vti cogitur. Vnde eſt quod lex duodecim tabularum in permittenda teſtamenti factione, vt vno verbo & heredum inſtitutiones, & legata, & libertates, & tutelas complecteretur, vſa eſt verbo *legaſſit. l. verbis legis 120 de verborum ſignificat.* quod nihil aliud eſt quàm *per legis modum diſpoſuerit.* Facit ergo id quod & ſolus, & vniuerſus populus facere poſſet & deberet, quia ſolius populi eſt legem facere Senatorio magiſtratu interrogante. *§. lex eſt. inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Itaque ſicuti ridiculus eſſet qui poſt legem ab vniuerſo populo latam vellet dicere & probare populum non habuiſſe voluntatem legis ferendæ. Et ille magis qui poſteaquam Conſuli legem roganti, reſpondiſſet ſolenne illud verbum, *Vti rogas*, vellet dicere non habuiſſe ſe tunc animum ſerio reſpondendi, & ad legem ferendam concurrendi (quid enim aliud id eſſet quàm illudere legibus & reipublicæ:) Itaque ridiculus eſt quiſquis teſtãdo faciens legẽ iure ac nomine populi vniuerſi, & omnes adhibendo neceſſarias ſolemnitates, putat tamen adhuc ſe poſſe nihil agere, ſi modò intra ſe id agat, vt nihil agit. Quatenus enim teſtando legem facit, totius populi corpus repræſentat: quatenus

autem

autem id mente agitat, vt non habeat voluntatem teſtandi, priuatum hominem agit. In eo igitur conflictu actus & voluntatis actui contrariæ magis inſpiciendum eſt quod vniuerſus populus feciſſe creditur, quàm quod facere noluit homuncio, quem non puduit tam impudenter abuti legibus, vt iis ipſis illuderet. Idque
11 adeò verum eſt, vt etiamſi qui per vim † dolúmve alterius condiderit teſtamentum, licèt neque poſſit ei quicquam imputari, neque de ipſius voluntate dubitari, quod eum heredem habere noluerit quem ſcripſit, valeat nihilominus teſtamentum, nec aliud remedium ſuperſit, niſi vt ei, qui ſic ſcriptus eſt, hereditas tanquam indigno auferatur, *l. 1. l. 2. §. vlt. D. ſi quis aliqu. teſtar. prohib. vel coëg.* Non enim relinqui debet quæſtio voluntatis in eo actu qui habeat non ſolùm expreſſa verba voluntatem id ipſum agendi declarantia (quorſum enim verba niſi vt ſignificent id ipſum quod exprimunt, inquit IC. *in l. Labeo. 7. in fin. D. de ſupell. legat. l. ille aut ille. 23. l. non aliter. 63. de legat. 3. l. ſi aliy. 19. D. de vſufruct. legat.*) ſed interuenientem quoque iuris & legum autoritatem, adeóque qui actus ipſe nihil aliud ſit quàm lex. Neque ad rem pertinet ſi quis obiiciat teſtamentum, non aliter aut vim, aut nomen legis habere poſſe, quàm ſi adſit voluntas teſtantis.
12 Etſi enim non nego teſtamentum ſine † voluntate nullum eſſe poſſe. Id tamen eo pertinet, vt non alia voluntas per legem confirmata dici poſſit, quàm quæ in teſtamentum collata ſit, at non etiam vt poſt teſtamentum ſolemniter conditum liceat de viribus eius dubitare hoc ſolo prætextu quaſi conditum ſit teſtamentum ſine voluntate teſtandi. Nam neque poſt priuatam ſtipulationem audiendus eſſet, qui diceret ſe aduerſario ſuo non niſi ſeriò ſtipulanti non ſeriò reſpondiſſe. Quantò minùs ergo audiendus eſt qui poſt legem in teſtando factam, reſponſóque totius populi nomine quaſi ad Conſulis interrogationem dato, negat ſeriò à ſe reſponſum fuiſſe? Lex ſiquidem ex parte ſua nihil agit perperam & in vanum, ſed omnia vt prudenter, ita
13 ſeriò. Nec igitur pati poteſt vt teſtatori, † cui legis auxilium, quo teſtari poſſit imploranti, idipſum ſeriò indulſerit, liceat poſtea dicere id ſe non ſeriò implorâſſe, & teſtandi voluntatem à qua teſtamentum incipere debuerat, nunquam habuiſſe. Quid enim abſurdius quàm eum qui teſtamentum ſe facere dixerit, quique mentem ſuam adeò ſolemniter teſtatus & conteſtatus ſit adhibitis tot teſtibus, poſtmodum negare quod vnquam habuerit animum teſtandi? An non eſt hoc euidentiſſimum & impudentiſſimum mendacium? Neque verò hoc negant interpretes, qui vt diximus teſtamentum poſterius propter clauſulam derogatoriam in priore adpoſitam, ſimulatum eſſe volunt. Neque enim ſimu-
14 latio † quicquam aliud quàm mendacium eſt. At quis vnquam audiit licere cuipiam ſibi ipſi mendacium ſuum obiicere, & mendacij ſui conſequi fructum? Frequentiſſima eſt, fateor, allegatio & exceptio ſimulatio-
15 nis, † ſed in contractibus, quia eam qui obiicit, aduerſario ſuo obiicit non ſibi, at non etiam in teſtamentis quæ pendent ex ſolius teſtantis voluntate, cui proinde non eſt permittendum, vt legis decipiendæ gratia quicquam faciat ſimulatè. Nam ſi ſimulatio in priuati necem facta legibus ſemper vindicatur, quanto magis ea vindicanda eſt, quę fit in fraudem & deciſionem legum, adeóque quod plus eſt, in actu ipſo legis faciendæ. Dices fortaſsè pro interpretibus, non aliam ſimulationi pœnam à legibus conſtitutam eſſe, quàm vt omnia ſimulatè geſta pro infectis habeantur, *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod ſimulat. concip. l. ſi ex pretio. 6. C. ſi certum petat.* Conſequens igitur potius eſſe, vt poſterius teſtamentum tanquam quod ſit ſimulatum, nullius planè ſit momenti. Sed reſpondeo falla-
16 cem & captioſam eſſe argumentationem. Tunc enim † quæ ſimulatè geſta ſunt pro infectis habentur, cùm pro infectis haberi vult is qui ſimulationem paſſus eſt, at non etiam ſi inuito eo ſimulationem allegare velit is qui dolum fecit. Improbè namque facit quiſquis reſiſtit, quominus ex ſuo mendacio conueniatur, *l. rem alienam. 41. D. de pignor. act.* nec cuiquam † turpitudi- 17
nem ſuam propriam allegare permittitur, *l. alias. 18. in fin. vbi Bart. D. de iureiur. l. ſi plures. 38. in fin. D. de adminiſt. & peric. tutor. l. itaque. 12. §. 1. D. de furt.* Eadem igitur ratione dicendum eſt, ſi † is quis legis auxilium 18
implorans ad teſtandum quaſi mox teſtamentum, & legem facturus ſimulatè dumtaxat id faciat, reuera autem nullam habeat teſtandi voluntatem, non eſſe ei permittendum, aut alij cuiquam ex eius perſona, vt dicat teſtamentum fuiſſe ſimulatum. Immò tanto magis in pœnam ſimulationis teſtamentum valere, ſi lex id valere velit. Quis verò dubitat quin velit valere, cùm videat & imploratum fuiſſe auxilium ſuum à teſtatore vt poſſet ille teſtari, & adhibitas omnes ſolemnitates, quas adhiberi oportuit ad ſolemniter & ſeriò teſtandum? Quin & maior ratio eſt hoc caſu, quàm ſi de ſimulatione inter priuatos ageretur. Nam in priuatorum † 19
contractibus etiamſi autor ſimulationis ille ſit qui dolum ſtruit in aduerſarium, tamen is quoque in cuius necem fit ſimulatio, conſcius eſt & particeps ſimulationis. Alioqui nihil ageretur, ſi non conſentirent omnes contrahentes in eadem re agenda, *l. in omnibus rebus. 51. l. in omnibus negotiis. 17. D. de obligat. & action.* Proinde obici ei quodammodo poteſt cur ſimulationi conſenſerit. At cùm quis ſimulatè facit teſtamentum, ſolus ille ſimulat vt irrideat leges, neque eiuſmodi ſimulationis vllo modo conſcia eſt lex quæ deciperetur, ſi decipi ſe pateretur. Atqui non alia ratio eſt impediendi, ne per hanc ſimulationem lex decipiatur quæ interuenit, & ſuas ſecum adfert ſolemnitates, quàm ita poſito iure vt teſtamentum quod ſimulatum facere voluit non valeret, tanquam validum iuſtúmque defendatur. Alioqui ſimulationis & fraudis ſuæ effectum haberet teſtator, ſi teſtamentum quaſi ſimulatum non valeret. Cúmque priuatorum cautiones legum autoritate cenſeri abſurdum putauerit Papin. *in l. vlt. D. de ſuis & legit.* eueniret hoc caſu quod eſſet longè abſurdius, vt plus poſſet priuati cautio, adeóque quod magis eſt excogitata in fraudem legis, quàm ipſa legis autoritas. Priuati namque cautio faceret ne poſſet valere teſtamentum, quod tamen iuris publici legúmque autoritas valere vellet. Quòd ſi omnia quæcumque in fraudem, ſiue Velleiani, ſiue alterius ſenatuſconſulti excogitata dici poſſunt, nullius omninò ſunt momenti, vt Paulus ſcribit *in l. quidam, 29. §. vlt. D. ad SC. Velleian.* quanto minùs ferendum eſt vt valeat cautio † deroga- 20
toriæ clauſulæ in fraudem legum adhibita in teſtando, cùm nec niſi à lege habeamus, non ſolum vt teſtari poſſimus, ſed etiam vt dicamus teſtari nos velle? Aut poteſt-ne fieri vt ea clauſula derogatoria poſſit videri adhibita vtiliter in fraudem poſterioris teſtamenti, quin hoc ipſo adhibita ſit in fraudem legum, ex quibus alioquin eſſet illud valiturum? Hoc verò ſi quis admittat, quod iam probauimus, non poſſe fieri vt audiatur is qui ſolemniter & iure teſtatus velit poſtea negare ſibi vnquam animum fuiſſe teſtandi, aut ita teſtandi. Illud etiam admittendum eſt nullius eſſe roboris clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam ad euertendum poſterius. Cùm ad aliud prodeſſe non poſſit etiam ſecundum interpretes, quàm vt proteſtationis cuiuſdam loco ſit quæ faciat, vt teſtandi voluntas in ſecundo teſtamento defuiſſe videatur: implicet verò cōtradictionem vt citra mendacium & illuſionem teſtandi voluntas non ſit in eo qui ritè ac ſolemniter teſtatur adhibitis quoque tot teſtibus ad teſtimonium voluntati ſuæ perhibendum. Nam ſi præſens idémque tacitus defectus voluntatis non impedit teſtamentum, quod habet expreſſæ voluntatis manifeſtam probationem, multo

multo minùs impediet proteſtatio futuri defectus voluntatis, quandoquidem facilè poteſt contingere vt is etiam qui ſic proteſtatus fuerit quaſi non habiturus teſtandi voluntatem futuri teſtamenti tempore, eam tamen poſtmodum habeat in actu ipſo teſtandi, tametſi proteſtationem illam, & clauſulam derogatoriam non reuocauerit, ſiue conſulto non reuocauerit, ſiue per obliuionem. Non enim video quænam coniectura capi poſſit retentæ prioris voluntatis ob id ſolùm quod teſtator memor clauſulæ derogatoriæ non tamen eam
21 reuocauerit, quippè quàm † à iuris peritioribus dicere potuit nullius eſſe momenti ſi modo Papinianum alióſque prudentes potius quàm Bartolum cæteróſque interpretes conſulere voluiſſet. Omnes enim prudentes conſentiunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici, *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* priuatorum verò pactionibus vel cautionibus iuri publico derogari non poſſe *leg. ius publicum. 43. D. de pact. dict. leg. vltim. de ſuis & legit. leg. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Denique teſtandi de pecunia ſua facultatem cuique ſic eſſe permiſſam certis legibus & conditionibus, vt neque iuriſdictionis formam mutare neque iuri publico derogare cuiquam permittatur, *leg. teſtandi. 13. Cod. de teſtam.* Inter cæteras verò leges & conditiones teſtamentorum quibus licentia data fuit, præcipua hæc eſt vt nemo poſſit ſiue in teſtamento ſuo ſiue extra teſtamentum facere quin leges in teſtamento ſuo locum habeant *leg. nemo poteſt. 55. de legat. 1.* nec proinde eam ſibi legem dicere, ne poſſit recedere à priori voluntate, *d. l. ſi quis in principio. de leg. 3.* aut in ſumma quicquam aliud facere per quod libertas teſtandi conſtringatur nedum penitus tollatur *leg. cùm duobus. 52. alias, leg. ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. D. pro ſo-*
22 *cio.* At negari non poteſt quin clauſula † derogatoria ſi eum effectum habeat quem Doctores volunt conſtringat liberam illam teſtandi facultatem, quia licet velint manere in arbitrio teſtatoris, vt eam clauſulam reuocet ſi mutet voluntatem, multo tamen liberiorem teſtandi facultatem habet quiſquis nulla indiget reuocatione ad liberè ſecuréque teſtandum, quàm qui propria cautione ſe conſtrinxit ne teſtamentum mutare poſſit, niſi hoc vel illud faciendo, cùm eueniat plerumque, vt non faciat quod faciendum eſſet ad recuperandam teſtandi facultatem, oblitus fortaſſis eorum quæ priore teſtamento continebantur. Aut ex longinquitate temporis aut propter implicationem verborum, vt in ſpecie de qua Guid. Pap. *d. quæſt. 117.* Aut denique quod frequentius eſt propter humanæ fragilitatis conditionem, quæ mortis cogitatione perturbata minùs poteſt plures res memoria conſequi aut retinere vt Imperator Iuſtinus ait *in leg. hac conſultiſſima. 8. verſic. at cum humana fragilitas. Cod. qui teſtam. facere poſſ.* Quomodo enim huius clauſulæ derogatoriæ meminiſſe poſſit is qui vix ſui ipſius aut etiam Dei Opt. Max. eo tempore ſit memor? Niſi fortè volumus ei imputare cur non citiùs fecerit teſtamentum, & eo tempore quo magis vigebat memoria: quod tamen ſi quis velit dicere, non video cur non expeditius futurum ſit dicere imputandum eſſe morienti cur moriatur aut cur teſtari velit. Atqui certum eſt, liberam hanc teſtandi facultatem, nullis aut temporis aut memoriæ finibus eſſe coarctandam, ſed ampliandam potiùs vt tamdiu duret, quandiu is qui teſtari vult tantum habet virium & ſpiritus, quantum neceſſe eſt ad implendas omnes teſtamenti ſolemnitates. Et nemo non videt intereſſe teſtatoris cuiuſlibet vt valeat poſterius teſtamentum omnimodo, nec ſubiaceat quæſtioni facti, quam inducit vſus clauſulæ derogatoriæ. An eius clauſulæ memor eſſet teſtator néc-ne, cùm poſterius teſtamentum ordinabat. Inducta enim vel minima facti quæſtio apertiſſimum & præſentaneum iniicit periculum ſubuertendi teſtamenti, cùm aperiat viam, vel falſitati teſtium, vel præſumptionibus, quibus nihil eſt periculoſius, cùm vt plurimùm poſitæ ſint in religione & arbitrio iudicantis, vt & illa ipſa hodie quis iuris ſunt certioris. Imperitia interpretum eo vſque progreſſa, vt omnia de quibus dubitant quantumlibet certa ſint & ex iuris ratione indubitata, faciant arbitraria. Non arbitraria verò illa ſola, in quibus errant.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione l. ſi quis in principio. 22. de legat. 3. l. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. & l. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de leg. 1.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum iure factum non poteſt nullum eſſe defectu voluntatis etiamſi maximè id vellet teſtator, ſiue defectus ille probetur per clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento, ſiue alia ratione.*

2 *In l. ſi quis in principio. 22. D. de leg. 3. agitur de clauſula derogatoria legati, non teſtamenti.*

3 *Ratio dubitandi, ſi clauſ. derogatoria valet in legato, valere quoque debet in teſtamento, quia vtrumque eſt lex, & legatum ex teſtamento pendet.*

4 *Quomodo ex Hermogeniani verbis colligant interpretes non eſſe habendam rationem vltimæ voluntatis ſi non ſit ſpecialiter reuocata prior, per quam fuerat derogatum poſteriori.*

5 *Interpretum collectio ex l. 12. §. in legat. D. de leg. 1. qua inferunt ſecundum teſtamentum non valere ſi ex clauſula derogatoria in primo appoſita conſtet animum teſtandi defuiſſe in teſtatore cùm poſterius teſt. ordinabat.*

6 *Clauſula derogatoria in principio teſtamenti appoſita, non ſemper facit vt legatum poſteriore ſcriptura relictum non valeat quaſi nec datum, ſed è contrario plerumque vt non valeat quaſi ademptum.*

7 *Verba derogatoria vim habent cuiuſdam ademptionis etiam ex Bartoli ſententia, cuius notatur inconſtantia.*

8 *Clauſula derogatoria in legatis adpoſita non facit regulariter vt legatum poſterius habeatur pro non dato, ſed tantùm vt habeatur pro adempto.*

9 *Exceptio petita ex d. §. in legatis.*

10 *Ademptio in legatis quomodo præcedat aut ſequatur dationem.*

11 *Non poteſt fieri, vt clauſula derogatoria in primo teſtamento adſcripta deſtruat ſecundum niſi per viam ademptionis hereditatis.*

12 *Explicatur regula iuris, hereditas adimi non poteſt, & propoſita controuerſia accommodatur.*

13 *Differentia inter legatum & hereditatem.*

14 *Inter eadem conuenientia.*

15 *Concluſio de clauſula derogatoriæ inutilitate.*

16 *Explicatur & defenditur aduerſus interpretes vera dicta l. ſi quis in principio ſententia.*

17 *Probatur clauſulam à Triboniano additam eſſe l. ſi quis.*

18 *Cuiacius lapſus in d. l. ſi quis interpretatione.*

19 *Differentia inter legatum & hereditatem.*

20 *Notatur antinomia inter dict. leg. ſi quis & leg. ſi mihi 12. §. in legatis. D. de leg. 1. atque l. 14. eod.*

21 *Conciliatio dd. ll. ab autore adfertur petita ex diſtinctione formularum legati, quibus vtuntur Pomponius & Hermogenianus.*

22 Si

22 *Si teſtator ita ſcribat,* cui bis legauero ſemel debe-ri volo: *& deinde ſciens & prudens eidem bis le-get, vtrunque legatum debetur.*

23 *Si teſtator eandem formulam adſcriberet vt ſcienti prudenti facultatem bis eidem legandi auferret: illa foret inutilis.*

24 *Cuiacij lapſus.*

25 *Quis ſit ſcopus teſtatoris ita concipientis formu-lam,* cui bis legauero, ei tantum ſemel deberi volo.

26 *Quæ ſit vis illius formulæ.* Quod infra Titio legaue-ro id neque do, neque lego: *& quibus aliis formulis eneruetur.*

27 *Differentia inter illas formulas*, Quod infra Titio legauero id neque do neque lego: *&* cui bis le-gauero ſemel deberi volo.

1 PROBAVIMVS capite ſuperiore teſtamentum † ſolenniter & iure fa-ctum non poſſe nullum eſſe defectu voluntatis etiamſi maximè id velit teſtator, ſiue defectus ille voluntatis probetur per clauſulam derogato-riam poſitam in priore teſtamento, ſiue per ſimpli-cem aliquam proteſtationem, aut quàlibet alia ra-tione. Sed nondum planè reſpondimus ad eos iuris locos, quibus moueri quis poſſit vt pro interpretibus contra nos ſentiat. Etſi enim quod attinet ad † *leg.*
2 *ſi quis in principio.* 22. *de legat.* 3. iam monuimus tractari eo loco de clauſula derogatoria legati non de clauſula derogatoria teſtamenti. Addita etiam di-uerſitatis ratione, quod non ſicut legata ita & teſtamen-ta nuda voluntate deleantur. Tamen quod in te-
3 ſtamentis † diſputauimus non poſſe obtendi defe-ctum voluntatis ad ea euertenda ſi teſtator omnes ad-hibuerit iuris ſolennitates, ad legata quoque videtur pertinere cùm ex teſtamento pendeant, nec minùs le-gem faciat qui legat quàm qui heredem inſtituit. Vn-de & legati nomen manauit, & diffinitio quam tradit Vlp. in *fragment. tit. de legat.* cùm ait legatum eſſe quod legis modo imperatiuè relinquitur. Neque tamen dubitari poteſt quin clauſula derogatoria quam nos hac ratione docuimus nihil operari poſſe in pri-mo teſtamento contra ſecundum, vtilis & efficax ſit
4 in legatis. Nam † in *dict. leg. ſi quis.* etſi præfa-fatur Hermogenianus, Si quis in principio teſta-menti adſcripſerit, *cui bis legauero, ſemel deberi vo-lo,* & poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit, ſupremam voluntatem haberi potiorem, quia nemo poſſit legem ſibi dicere vt non liceat recedere à priore voluntate, ſubiungit tamen in hæc verba, *ſed hoc ita locum habebit ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe & voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat.* Ita innuens à con-trario ſenſu quod inferunt interpretes non eſſe ha-bendam rationem vltimæ voluntatis ſi non ſit ſpecia-liter reuocata prior per quam fuerat derogatum po-ſteriori: quod conuenit reſponſo Vlpiani in *leg. ſi ita ſit adſcriptum* 14. *de leg.* 1. qui locus alioqui cum Hermogeniani lege pugnare videretur, Et apertius Pomponius in *leg. ſi mihi & tibi.* 12. *paragapho, in legatis, de legat.* 1. poſtquàm propoſuit regulam iu-ris quæ vult in legatis nouiſſimas ſcripturas valere, quia mutari cauſa præcedentis legati vel die vel con-ditione vel in totum ademptione poteſt. Ita vt ſi ſub alia & alia conditione legatum ademptumſit, no-uiſſimam ademptionem ſpectari oporteat, ſubiicit,
5 interdum tamen in legatis † non poſteriorem ſed præcedentem ſcripturam valere. Nam ſi ità, inquit, ſcripſero. *Quod Titio infra legauero id neque do neque lego,* quod infra legatum erit non valebit. Non alia vtique ratione videtur, quam, quod ex verbis illis præcedentibus appareat in legato poſtea facto animum legandi Titio, teſtatori defuiſſe. Cur non ergo ſimili-ter dicemus ſecundum teſtamentum valere non poſſe, ſi ex clauſula derogatoria in primo appoſita conſtet ani-mum teſtandi defuiſſe in teſtatore cùm poſterius teſta-mentum ordinabat? Hic vero nodus eſt quem oportet diſſoluere, vt tota hæc res melius intelligatur. Illud autem præmittendum eſt, tum etiam cùm de legatis † 6 agitur, clauſulam derogatoriam in principio teſtamen-ti appoſitam non ſemper facere vt legatum poſteriore ſcriptura relictum non valeat quaſi nec datum, ſed è contrario plerunque vt non valeat quaſi ademptum, quod & Vlpianus ſenſit *dict. l. ſi ita ſit adſcriptum,* quamuis ſubiungat nec datum videri legatum quod ademptum fuit. Inſpecto ſcilicet effectu rei, potiùs quàm veritate ac ſubtilitate iuris, quæ ſane non pati-tur, vt adimi quicquam poſſit niſi quod datum ſit *l.* 3. §. *conditio. D. de adim. legat.* Verba enim derogatoria † vim habent cuiuſdam ademptionis, quod & fatetur 7 diſerte Bart. *poſt gloſſ. ad d. l. ſi quis num.* 6. etſi vix eſt vt non ſecum pugnet qui paullo ante ſcripſerat poſt Ci-num clauſulam derogatoriam habere vim proteſtatio-nis præambulæ quæ declaret in ſequenti ſcriptura de-eſſe voluntatem. Nam legatum ſine voluntate legandi nullum eſſe poſſe certum eſt, legatum porro quod nul-lum ſit adimi nullomodo poſſe, longéque aliud eſſe le-gatum non dare, aliud vero datum adimere. Sed ſen-ſerit Bartolus vtcunque voluerit. Dico clauſulam † derogatoriam in legatis adpoſitam non facere regulari- 8 ter vt legatum poſterius habeatur, pro non dato, ſed tantùm vt habeatur, pro adempto: Exceptio † tamen 9 caſum de quo in *dict.* §. *in legatis,* vbi magis eſſe puto vt poſterius legatum non detur, tanquam non lega-tum, non tanquam ademptum. Qui enim dicit ſe lega-re & non legare pugnantia loquitur, & nihil agit vt poſtea dicemus. Nec obſtat ei quod de ademptione dicimus ſi quis obiiciat præpoſterum eſſe vt ademptio præcedat dationem. Non enim præcedit † ordine intel- 10 lectus aut temporis quamuis præcedat ordine ſcriptu-ræ. Nam qui ſic loquitur, *quod infra Titio legauero id ei dari nolo,* nullam vim habere vult hanc ſcripturam niſi poſtea Titio leget. Vbi autem Titio legauit, tunc demum vult ſuperioris ſcripturæ poteſtatem eam eſſe vt quod Titio reuera legatum fuit: non debeatur, Ergo vt ademptũ intelligatur quia quod legatum aliquando fuit in teſtamento vtili non aliter fieri poteſt vt non de-beatur, quàm ſi adimatur. Nulla autem hic repugnan-tia & contradictio eſt propter quam dici poſſit lega-tum datum non fuiſſe, cùm aliud ſit non legare, aliud vero legatum dari nolle, quod nihil aliud eſt quàm le-gatum adimere. Ergo ſi quis velit cum interpretib. † 11 noſtris eandem facere vim & poteſtatem clauſulæ de-rogatoriæ ad ſubuertendum poſterius teſtamentum, quam eſſe prudentes voluerunt in legatis ad poſterio-rem legati ſcripturam eneruandam, eum fateri neceſ-ſe erit, fore vt per huiuſmodi clauſulam hereditas po-ſteriore teſtamento data, adempta eſſe exiſtimetur. Nec ſanè ratio alia vlla ſupereſt faciendi, vt clau-ſulâ derogatoria in primo teſtamento adſcripta de-ſtruat ſecundum niſi per viam ademptionis, cùm probauerimus non poſſe ex eiuſmodi clauſula induci nullitatem ſecundi teſtamenti prætextu deficientis voluntatis. Atqui regula iuris eſt hereditatem † adimi 12 non poſſe *leg. ſi ita ſcriptum* 13. §. *regula. D. de liber & poſth. l. ſi certatum.* 17. §. *ſi eodem D. de teſtam. milit.* ſcili-cet per exheredationem vt ſcriptum eſt in *d.* §. *ſi eodem,* aut per ſimplicem ademptionem ſiue in eodem ſiue in alio factam, quomodo legata adimuntur. Tunc enim vni hereditas bene adimitur, cùm alij datur, quod non fit niſi per inſtitutionem, & quidem quæ in alio teſtamen-to

to fiat. Nam ſi in eodem teſtamento eadem hereditas pluribus detur adeóque ſingulis ex aſſe, nulli hereditas adempta eſſe creditur, ſed omnib. data, teſtatore ad ſecũdum aut tertium aſſem tranſgreſſo. Multo minùs igitur fieri poteſt vt per prius teſtamentum adempta videatur hereditas quæ dabitur per ſecundum, quandoquidem etſi iam in ſecundo teſtamento data eſſet, non niſi per tertium teſtamentum adimi poſſet. Non enim ſicut in legatis diximus, ademptionem quæ præcedit, ordine ſcripturæ, non tamen præcedere ordine naturæ aut temporis aut intellectus. Ita & in ea hereditatis ademptione dici poteſt quàm clauſula derogatoria non poteſt inducere niſi ex inſtitutione facta in primo teſtamento Nam cum ademptio hereditatis non poſſit fieri niſi per inſtitutionem, habet vtique primum teſtamentum ſuam inſtitutionẽ antequàm fiat ſecundum. Et conſequenter etiam ordine temporis neceſſe erit vt ademptio ante donationem hereditatis facta eſſe intelligatur ſi clauſula iſta derogatoria in priore teſtamento adpoſita aliquid operetur; quod tamen quàm abſurdum futurum ſit quis non videt. Itémque ſi quis velit dicere quod in legatis diximus eodem tempore fieri & dationem & ademptionem. Id enim non magis fieri poteſt quàm vt quis eodem tempore duo faciat teſtamenta cùm ſeparatã eſſe oporteat inſtitutionem per quam hereditas data ab inſtitutione adimitur, & in ſeparato fieri teſtamento. Ne alioqui hereditas aut pluribus data potius quàm vni adempta videatur, vt iam diximus, aut heredi inſtituto à ſe ipſo adempta, quod eſſet adhuc abſurdius, *l. ſed ſi conditioni 6. in fin. D. de hered. inſtit.* Aperta igitur eſt † differẽtia
13 legati & hereditatis, vt intelligamus clauſulam derogatoriam quæ ideo valet in legatis quod poſſint adimi, contraria ratione non poſſe valere in hereditatibus, quoniam adimi non poſſint. Item quia pluralitate data teſtamentorum, quæ neceſſariò præſupponitur cùm agimus de clauſula derogatoria appoſita in teſtamento ad ſecundum deſtruendum, non poteſt fieri vt vtrumque teſtamentum valeat, nec proinde vtraque voluntas in vtroque teſtamento declarata, nec rurſus vt primum teſtamentũ potius ſit ſecundo, cùm hereditas in ſecundo data per primum adempta videri non poſſit quia nec in ſecundo ipſo adimi poſſet, quin et ipſi heredi qui in ſecũdo inſtitutus eſſet à ſeipſo adẽpta intelligeretur. Quis enim patiatur fieri poſſe in primo teſtamẽto ad ſecundi deſtructionẽ id quod ne quidẽ in ſecũdo ipſo fieri poſſet? An in legatis omnia ſunt diſſimilia, quoniam in eodem teſtamento legatũ & dari, & adimi poteſt, cùmque per aliam poſteriorem voluntatem adimitur, non eſt neceſſe vt ſit aliud teſtamentum, nec rurſus vt legatum quod vni adimitur in alium transferatur. Itaque nihil abſurdi eſt, vt legatum in teſtamento datum eodem teſtamento adimatur, aut etiam in codicillis, eo teſtamento confirmatis, ſiue ademptionis ſcriptura præcedat ſiue ſequatur ſcripturam le-
14 gati. Sed erit bona comparatio † hereditatis & legati, ſi ponas velle teſtatorem in priore teſtamento adimere legata quæ daturus ſit in poſteriore. Hoc enim non magis facere poteſt quã vt adimat in primo teſtamento hereditatem quam daturus ſit in ſecundo, cùm fieri nequeat, vt habeat quis duo teſtamenta, neque vt prius non reuocetur per poſterius quod ſit perfectum. Nec denique vt reuocato priore teſtamento non etiam reuocatæ ſint omnes clauſulæ quæcunque eo teſtamento continebantur. actus enim teſtamenti indiuiduus eſt, nec vnquam auditum fuit vt prius teſtamentum per poſterius non in totum reuocetur; cum quoque cùm vtroque teſtamento iidem heredes fuerunt inſtituti *l. ſi iure 28. de legat. 3.* Atqui ademptio quæ in priore teſtamento fit eorum quæ in poſteriore dabuntur ſiue hereditas ſit ſiue legatum, neceſſario ſuppo-
nit vtrunque teſtamentum valere, prius quidem vt ſit quod adimat, poſterius vero vt ſit quod adimatur. Con-
cludendum † igitur eſt clauſulam derogatoriam vnius 15
teſtamenti ad alterum, quibuſcunque tandem verbis concipiatur ſiue vt deroget poſſibilitati teſtandi, ſiue vt immutet ſolennitates teſtamenti, ſiue vt ſubtrahat voluntatem in ſecũdo teſtamento neceſſariam, nullius omnino eſſe momenti. De quo ne dubitare quiſquam poſſit, illud etiam facit, quod tum quoque cùm
de legatis agitur vt in ſpecie † *dict. leg. ſi quis in* 16
principio, teſtatore ita locuto, *cui bis legauero ſemel deberi volo*, non dubitat Hermogenianus quin cui poſtea ſæpius legatum fuerit, ſæpius quoque legatum debeatur, potiórque ſit poſterior ſcriptura: Rationem quam adfert, quod nemini liceat eam ſibi legem dicere vt non poſſit recedere à priori voluntate, Dummodo poſterior ſcriptura non excidat ignoranti, id eſt dum ſciat teſtatoriam ſe legaſſe illi cui iterum legat. Sic enim Hermogenianus intelligi vult, ne pugnet cum Vlpiano in *leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat. 1.* & ita accipiendum quod ait *dict. leg. ſi quis*, in illis verbis, *ſciens eidem ſæpe legauerit*, non quomodo interpretes noſtri vulgo, qui id referunt ad clauſulam derogatoriam, quaſi eam ſcire debeat teſtator, & eius meminiſſe vt ab ea voluntate, quantum habuerat, receſſiſſe videatur. Cum è contrario dicendum potius ſit ſufficere ad clauſulam derogatoriam extinguendam vt eius oblitus ſit quis reuocare id, quod à ſe dictum factũm ve non meminerit? Ac ſi rurſus dicas cum interpretibus ſcientiam requiri ad inducendam neceſſitatem reuocationis, & tanquam in neceſſarium antecedens, dicendum erit non debuiſſe Hermogenianum ſic loqui, quomodo locutus eſt affirmatiuè, *ſi ſciens ſæpius eidem legauerit ſupremam voluntatem potiorem haberi.* ſubiecta conditione affirmatiua, *ſi ſpecialiter dixerit ſe prioris voluntatis pœnituiſſe*, ſed debuerat ſcribere negatiuè, ſi ſciens teſtator ſæpius eidem legauerit ſupremam voluntatem, potiorem non haberi, deinde ſubiungere exceptionem aut negatiuam conditionem, *Si non ſpecialiter dixerit*, ſe prioris voluntatis pœnituiſſe. Scientia enim aut (vt potius loquendum eſſet) memoria clauſulæ derogatoriæ magis facit vt poſterior ſcriptura non debeat haberi potior quàm vt debeat haberi. At cùm quis prudens & ſciens eidem ſæpius legat ſiue memor ſiue immemor prioris illius clauſulæ, *Cui bis legauero ei ſemel deberi volo*, vtique vult ſæpius legatum deberi, in eoque recedit à priore voluntate. Neque dubito quin ita ſimplici-
ter ſcripſerit Hermogenianus †, non additis illis ver- 17
bis, *ſed hoc ita locum habebit ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſibi pœnituiſſe & voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat*, quam totam clauſulam Triboniani eſſe non Hermogeniani bene iam ante nos obſeruauit Iacob. Cuiac. *lib. 14. obſeruat. cap. 7.* probauitque non ſolum ex inconcinna illa parumque eleganti verborum ſtructura, [ne dicam barbara] quis enim latinè ſic loquitur, *ſibi pœnituiſſe & accipiat* pro *acciperet*] itémque ex legis inſcriptione quæ ſumpta eſt ex libris Epitomarum; Sed ex eo etiam quod non bene conuenit ea conditio ſuperioribus. Cur enim ſcientiam Iureconſultus requireret ſi præterea vellet ſpecialem fieri derogationem? Aut cur ſpecialem fieri derogationem ſi contentus eſſet ſcientia? Aut quomodo poſſet non ſcire is, qui etiam expreſſim & ſpecialiter dero-
garet? Quanquam in eo errat Cuiacius † quoq; cum cæ- 18
teris quòd ſcientiam illam refert ad clauſulã derogatoriam. Itemque in eo quod non diſtinguit, An clauſula derogatoriam ſit appoſita in teſtamẽto ad adimendũ legatũ, an vero ſubuertendum poſterius teſtamentum. Illud ſanè bene obſeruat ſolere Tribonianum requirere ſpecialem expreſſionem etiam vbi ratio iuris ſpecialem

non

Digitized by Google

non requirit, vt in *l. vlt. Cod. de nouat. & Nouell.* 99. quod & nos alibi oſtendimus ex alijs pluribus exemplis ſumptis etiam ex legibus Pandectarum à Triboniano corruptis. Quod ſi Hermogenianus clauſulæ derogatoriæ poteſtatem non agnouit ne quidem ad eneruandam poſteriorem ſcripturam legati, quanto minùs fuit ille agniturus ad ſubuertendum poſterius teſtamentum. Nã hæc quoque inter legatum † & teſtamentum differentia afferri poteſt præter eas quas ſuprà attulimus, quod quamuis legatum non poſſit relinqui niſi in teſtamento, inſpecta iuris veteris ratione, nec minùs faciat legem de bonis ſuis qui legat quàm qui heredem inſtituit, minùs tamen legibus illudit qui legat non habens voluntatem legandi vt nihil agat, quàm qui heredem inſtituit, quoniam ſublato legato, ſiue quòd ademptum ſiue quòd voluntatis defectu nec datum videatur, non ideo tamen corruit aut deriſorius fit actus ille teſtandi, quomodo corrueret, & fieret deriſorius, ſi teſtamentum poſterius per prius impediretur: quia teſtamentum æſtimatur ex heredis inſtitutione non ex legato, & cùm quis teſtando dicitur facere legem, non tam ſingula ſpectantur quæ teſtamento continentur, alioqui quot eſſent legata tot leges factæ viderentur, quam totum ipſum teſtamentum, quaſi vnum quid & indiuiduum, quo ſubſiſtente, licèt in eo deriſorium aliquod ſit legatum, non eo minùs verum eſt factam eſſe à teſtatore legem, nec quicquam in fraudem ſpretúmve legum à teſtatore factum fuiſſe cùm teſtamentum valeat, etiam inutili facto legato. Sed no-
20 ua tamen difficultas † hîc exoritur, quam nec Cuiacius ipſe diſſoluit, qui ſolus eam præuidere potuit, quod ſublata deletaque tota illa clauſula Tribonianea, quæ ſola interpretes noſtros præcipites egit, pugnare videbitur Hermogenianus in *d. l. ſi quis cum Pomponio. in d. §. in legatis.* Hermogeniani namque ſententia illa relinquetur, vt ſi quis in teſtamenti ſui principio ita ſcripſerit, *Cui bis legauero ſemel deberi volo*, & poſtea ſciens & prudens eidem ſæpius legauerit, ſæpius legatum debeatur, quia nemini liceat eam ſibi legem dicere vt non poſſit recedere à priore voluntate. At Pomponius apertè ſcribit *d. §. in legatis*, ſi teſtator ita dixerit, *Quod infra Titio legauero id neque do neque lego*, deinde Titio aliquid legauerit, legatum propter ſuperiorem ſcripturam non deberi. Nec ſanè improbabile eſt Tribonianum, eo Pomponij reſponſo permotum, & alio reſponſo Vlpiani cuius iam meminimus in *leg. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de legat.* 1. cum aliam conciliationis rationem nullam reperiret, ſupradictam clauſulam & conditionem ad Hermogenianum addidiſſe. Sed reſ-
21 ponderi meo † iudicio commodè poteſt, multum inter has loquendi formulas intereſſe. Nam quod ad Pomponium attinet, qui ſic loquitur, *Quod infra Titio legauero id neque do neque lego*, enixam voluntatem oſtendit legati non modò adimendi, ſed etiã nec dãdi. Oratione concepta negatiuè, adeóq; per duplicem negationẽ. Dici enim ſolet & verum eſt negationẽ magis negare quàm affirmatio affirmet. neq; rurſus poteſt ea clauſula effectum illum habere, ſi non hunc habeat quem vult Pomponius vt impediat ne legatum Titio debeatur. Nam cùm teſtator ita locutus poſtea Titio legat, non tam videtur à priore voluntate recedere, quam id facere ſine quo prior illa voluntas effectum nullum habere potuiſſet, neque in hunc cadit hæc diſtinctio, an prudens & ſciens an ignorans leget, ſiquidem ignorans nemo legat. At is, qui ſcribit †, *Cui bis*
22 *legauero ſemel deberi volo*, præter id quod affirmatiuè loquendo minùs enixam præ ſe fert adimendi legati voluntatem, quod à ſe bis datum & multiplicatum videri non prohibet, videtur etiam ita ſcribere magis diffidens ſuæ memoriæ quod facilè poſſit ægrotanti homini & moribundo accidere vt iterum leget ei cui non meminerit iam ſe legaſſe, quam vt ſibi adimat ſæpius eidem legandi facultatem. Itaque vt legatum vtrumque debeatur nihil aliud exigimus, niſi vt teſtator ſæpius eidem legauerit ſciens, & prudens, id eſt, quomodo explicauimus, memor iam ſe eidem legaſſe: nec eo magis inutilem efficimus clauſulam, quæ ſcilicet operaretur ademptionem poſterioris legati, ſi probaretur teſtator fuiſſe immemor prioris legati cùm iterum legabat: Aut, vt dicam melius, ſi non probaret legatarius ſcientiam & memoriam teſtatoris quod prioris legati meminiſſet, putà ſi poſterius legatum haberet dictionem vulgarem, *hoc amplius*, aut *vltra*, aut quam aliam ſimilem ex iis quæ repetitiuæ & implicatiuæ appellantur. Scientiæ enim probatio hoc caſu exigenda eſt à legatario, non obliuionis ab herede, pro quo ſatisfacit præſumptio collecta ex iis verbis, quibus teſtator ſe memoriæ ſuæ diffidere oſtendit. Vnde eſt quod Vlpian. in *dict. leg. ſi ita adſcriptum.* reſpondet ſimpliciter pro herede, non niſi ſemel ab eo legatum deberi, quia non proponebatur ex facto teſtatorem ſcientem ſæpius eidem legauiſſe. Nam ſi teſtator eam † clauſulam adſcripſiſſet, 23
vt ſibi etiam prudenti & ſcienti adimeret facultatem legandi ſæpius eidem legatario, proculdubio clauſula non valeret. Hoc enim eſt quod ait Hermogenianus nemini licere ſibi eam legem dicere, vt non poſſit recedere à priore voluntate. Nam qui ſciens & prudens ſæpius legat, quid aliud vult, niſi vt ſæpius legatum debeatur? Immo, inquies, id potius facit ſine quo prior illa clauſula effectum habere non poſſet, vt diximus in ſpecie quam tractat Pomponius. At iam dixi, Immo poſſe effectum habere clauſulam non probata per legatarium ſcientia & memoria prioris legati, vt apud Vlpian. in *dict. leg. ſi ita adſcriptum.* Deinde in ſpecie Pomponij illud etiam diſſimile eſt, quod prior clauſula non aliquam voluntatem continet, ſed tantùm noluntatem, ideóque qui ſic loquitur, *Quod infra Titio legauero id neque do neque lego*, non poteſt videri eam ſibi legem dicere ne poſſit recedere à priore voluntate quæ adhuc nulla ſit, ſed id tantùm agit vt quamuis poſtea dicat ſe legare, nondum tamen videatur habere voluntatem legandi. Facilius namque eſt, vt quis nondum incipiat velle, quam poſtquam velle cœpit, ſubinde voluntatem mutare prohibeatur. Siquidem voluntas ſemper libera eſt ex quo quis incipit hoc vel illud velle: At voluntas vt ſit aliqua neceſſe eſt priuſquàm libera eſſe poſſit, aut mutabilis. Proinde ſi apud Hermogenianum poneres ita locutum teſtatorem, *Cui bis legauero ei neque lego niſi ſemel*, æquè dicerem ei cui bis legatum fuiſſet, non niſi ſemel debitum iri, hoc eſt, non niſi vnicum duntaxat legatum: illud verò, non exiguius quomodo Cuiacius
male † putat ex *leg. ſemper in obſcuris.* 9. *de regul. iur.* 24
[hic enim nihil obſcurum eſt propter quod ad eam regulã iuris recurrendum ſit, & alia ſpecies eſt de qua in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum in fin.* vbi agitur de ademptione ſimpliciter facta poſt multa legata relicta ita vt non poſſet dici quod nam vel eandem vel daptũ videri deberet.] ſed prius, quia poſtquam ſemel hic teſtator legauit, quicquid poſtea legat quantum, aut quantuluncunque tandem illud ſit pro non dato, pro-
que non legato habendum eſt. Sed cum teſtator † 25
ita concipit formulam, quomodo concepta eſt apud Hermogenianum, *Cui bis legauero ei ſemel tantùm deberi volo*, non id agit vt poſtea ſæpius legando videatur voluntas deficere in poſteriore legato, ſed potius vt adimat ſequentia legata ne debeantur: quod apertè Vlpianus ſcribit in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de leg.* 1. quæ ademptio cùm non tantum in noluntate conſiſtat, ſed etiam in voluntate, contrariam voluntatem haud dubiè admittit, quæ vt probetur ſufficit quod conſtet teſtatorem non obliuione prioris legi, ac ſed prudentem & ſcientem ſæpiùs eidem legauiſſe. An ergo

ergo admittimus poſſe quem ſibi legem dicere ne poſſit recedere à priore voluntate? Minimè. Nam neque poteſt eſſe duplex noluntas quomodo duplex voluntas eſt. Ergo nec vna prior, alia poſterior. Sed qui ſic lo-
26 quitur †, *Quod infra Titio legauero id neque do lego,* non eam ſibi legem dicit ne aliquando poſſit velle, quod nunc declarat ſe nolle, ſed tantùm verbis ſuis quæ proferet cùm legabit, eam vim aufert, quam alioqui eſſent habitura adſignificandam voluntatem propter expreſſam contrariã voluntatem quouſq; incipiat velle. Itaque ſi poſtea ſic ſcriberet, *Titio fundum Cornelianum do lego quia datum ei & legatum volo,* valeret vtique legatum propter præſentem, quæ ſuperueniſſet legandi voluntatem, quam noluntas præterita impedire non poſſet. Idemque eſſe puto ſi teſtator ita ſcripſerit *Titio fundum Cornelianum deberi volo.* quia ſatis eſt vt teſtator voluntatem ſuam apertè expreſſerit, non tantùm legando, quod non ſufficeret, ſed expreſſim addendo quod velit, etiam nulla facta clauſulæ dero-
27 gatoriæ mentione. Poteſt etiam inter has formulas † differentia illa obſeruari, quod in teſtatoris poteſtate magis eſt vt non det & leget cùm dat & legat, quia ſine voluntate dandi & legandi, neque datum, neque legatum vllum eſt, quàm vt quod dat & legat non debeatur. Vt enim legatum debeatur, necne ex iuris autoritate eſt, iuris autem ratio facit, vt legatum quod vtiliter & ſollenniter relictum eſt niſi poſt ademptum fuerit, omnimodo debeatur. Itaque cùm is qui ita dixerat, *Quod infrà Titio legauero, id neq; do, neq; lego,* poſtea fundũ legat, id facit quod in ipſius poteſtate eſt quia ſic legat, vt nihil legare videatur, propter deficientẽ ipſius voluntatem ex qua pendebat, an legaret, an non. Proinde mirum non eſt, legatum non deberi, quia nec vllum eſſe intelligitur, cùm teſtator legando id ipſum faciat, quod expreſſim dixerat ſe non facere, ſecùmque pugnet legando & non legando cuius repugnantiæ & contradictionis effectus alius eſſe non poteſt quàm vt neutrum ratum ſit vt habet regula iuris in *l. vbi pugnantia.* 188. *de regul. iur.* acſi ſcriptum eſſet, *Titio fundum Cornelianum do lego, Non do, non lego.* & conſequenter vt non valeat legatum. Sufficit enim heredi vt ſcriptura legati non valeat, licet nec valeat ea quæ cũ legato pugnat quia legati ſcripturã omnimodo valere neceſſe eſt vt legatum debeatur. Heres verò nulla eget ſcriptura vt retineat legatũ inutiliter relictũ, *leg. legatũ eſt delibatio.* 116, *de legat.* 1. At cũ is qui ſic dixerat, *Cui bis legauero ſemel deberi volo,* poſtea idem ſæpius legat, id facit quod poſſet non facere, non autem id quod non poſſet facere etiamſi maximè vellet. Poterat facere ſemel tantùm legando, vt non niſi ſemel legatum deberetur, quia & ſemel tantum legare potuiſſet ſi voluiſſet. Sed non poterat facere vt ſæpius legando ſemel tantùm deberetur legatum, quia toties deberi lex vult quoties à teſtatore relictum fuit niſi proponas eſſe legatum ſpeciei aut generis quidem, ſed per modum ſpeciei relictum quod multiplicari non poſſit *leg. planè,* 34. §. 1. *de leg.* 1. Et tamen legando ſæpius nihil facit quod antea dixerit ſe non facere, quomodo faceret ſi dixiſſet, *Cui bis legauero ſemel tantum do lego,* ſed cùm ſæpius legat, verum eſt eum ſæpius legare, necquicquam eſt in verbis clauſulæ derogatoriæ propter quod dicendum ſit eum ſemel tantum legaſſe. Atqui non poteſt fieri vti leget, quin velit legatum deberi, quia voluntatem hanc legandi cocomitatur ſtatim poteſtas iuris, quæ confirmat legatum ex die teſtamenti hactenus ſaltem vt cedente die debeatur. Hoc ipſo igitur quod hic teſtator bis legat, dummodò ſciens & memor prioris legati vt lex ait [ne alioqui pugnet Vlpian. *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de legat.* 1.] recedit à priore voluntate qua expreſſerat velle ſe vt cui bis legaret ſemel tantum deberetur: Nec proinde aliud quicquam eſt, quod poſſit impedire ne legatum ſæpius relictum ſæpius debeatur, niſi quod idem teſtator initio voluerat vt legatum hoc quamuis repetitum, ſemel tantùm deberetur. Hoc autem impedire non poteſt ne ſæpius debeatur, quia nemo poteſt eam ſibi legem dicere ne à priore voluntate recedere poſſit. At cùm is qui dixerat, *quod infra Titio legauero, id neque do neque lego,* poſtea Titio legat, id ſolùm & præcisè quod expreſſim ſibi prohibuerat, & prohibere potuerat, ne faceret, quia legat id quod dixerat ſe non legare: cùm poſſet non legare, & quemadmodum non legando legat, ita & legando non legat. In ſumma nihil agit, quia iuris autoritas non patrocinatur huic legato cui voluntas deeſt. Nam tam videtur teſtator hic à priori voluntate recedere cùm legat quàm cum ſeipſo pugnare contradictoriè, ſiquidem inter, *dare & non dare, legare & non legare* quæ ſunt contradictoria facti, medium nullum eſt. Quo non ſimiliter dici poteſt de illo qui ſæpius legat id, quod ſe dixerat ſemel tantum deberi velle. Non enim ille eſt qui facit vt legatum ſæpius debeatur, ſed ratio iuris, quam non potuit ille prohibere. Quod verò ille ipſe eſt qui ſæpius legat, non poteſt inducere contradictionem, quia non ſibi legem dixerat ne legaret, ſed tantùm ne ſæpius legatum deberetur. Legare autem, & non velle deberi legatum non ſunt contradictoria, ſed tantum diuerſa, & quidem ita vt ſub vno eodémque genere non contineantur, quippe quorum vnum ſit facti, alterum iuris. Denique quod magis eſt, inter Non velle deberi legatum, & velle deberi medium aliquod eſt, ſcilicet, *legare,* cum niſi legando facere nemo poſſit vt legatum debeatur. Vt & inter omnia iuris extrema medium aliquod eſſe neceſſe eſt quod in faciendo vel non faciendo conſiſtat vt ex eo ius vel non ius oriatur. Nihil porrò prohibet quominus teſtator verè dicatur legaſſe ſæpius, quiſquis ſæpius legauit, quoties præcedens clauſula derogatoria non ſic concepta eſt vt teſtator dixerit ſe non ſæpius, ſed tantum prohibuerit ſæpius deberi. Aliud enim hic facit cum ſæpius legat, quam quod fieri prohibuit: Nec quemadmodum facto ſuo legem dare potuit ne faceret, ita etiam potuit impedire aut immutare ius quod ex ſuo facto naſciturum eſſet.

ERROR IX.

De teſtatore qui legem ſibi dixit maioris ſolennitatis in ſecundo teſtamento adhibendæ Ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1. *Rationibus confutata de clauſulis derogatoriis interpretum opinio legum textibus ſubuertenda proponitur.*
2. *Sententia l. Diui. 6. §. licet, D. de iur. Codic. & ſententiæ ratio aduerſus interpretes inducta.*
3. *Prima reſponſio interpretum & eiuſdem ex Bartolo confutatio.*
4. *Secunda ſolutio interpretum: & eiuſdem reprehenſio ex Bartolo.*
5. *Bartoli reprehenſio reijcitur, & ſolutio interpretum aliter refellitur.*
6. *Tertia ſolutio, & eiuſdem impugnatio.*
7. *Quarta ſolutio quæ fuit Oldradi & Andreæ de Piſis probata Zaſio.*
8. *Quartæ ſolutionis confutatio.*
9. *Quinta ſolutio quæ eſt Bartoli refertur & refellitur.*
10. *Nugatoria quorundam ſolutio exploſa.*

Non

1 NON videbimur † aut nobis aut aliis ſatisfeciſſe confutato tot rationibus errore iſto interpretum circa clauſulas derogatorias teſtamentorum, datiſque tam multis reſponſionibus ad eos iuris locos quibus interpretes mouentur, niſi etiam legum autoritate pugnemus & vincamus. Occurrunt autem duo potiſſimum iuris loci, ad hanc quæſtionem maximè pertinentes nec interpretibus ipſis incogniti, ſed quos illi putant eludere ſe poſſe ſuis parum argutis ſubtilitatibus & commentis, niſi nos ſubtiliùs, in contrarium nitamur. Pri-
2 mus † eſt in *l. Diui. 6. §. licèt, D. de iur codicil.* vbi Marcianus tractans de illo qui in confirmatione codicillorum adiecerat, vt non aliàs valere illos vellet quàm ſi ſua manu ſignati eſſent & ſubſcripti. Ait valere tamen codicillos ab eo factos poſtea, licèt neque ab ipſo ſignati neque manu eius ſubſcripti fuerint, quoniam inquit ea quæ poſtea geruntur, prioribus derogant. Quæ ratio vt nemo non videt generalis eſt, & pertinens ad confirmandam poſteriorem quamlibet voluntatem etiam cui teſtator voluerit per priorem derogare, ſiue poſterior illa declarata ſit in codicillis eo teſtamento confirmatis, ſiue in alio poſteriore teſtamento. Nam ſi codicilli poſt teſtamentum facti qui ex teſtamento ipſo ita pendent vt ab eo vires capiant, derogant voluntati quæ in contrarium expreſſa fuerat in teſtamento, etiam citra vllam ſpecialem derogationem, quanto magis videri debet derogatum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ, per poſterius teſtamentum quod neque pendet neque pendere vllo modo poteſt à priore? Rurſus ſi in codicillis non poteſt præcedens clauſula derogatoria facere vt videatur voluntas defuiſſe, cùm tamen nuda voluntate conſtent, nec vllam iuris ſolennitatem exigant, quanto minùs faciet clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta, vt in poſteriore quod ritè ac ſolenniter factum fuerit, credendus ſit teſtator nullam habuiſſe teſtandi voluntatem? Agnoſcunt interpretes eſſe hoc contrariũ terribile, vt loquũtur, ad quod nihil omnino reſpondet quod placere poſſit, neque tamen ex eo moueri & perſuaderi poſſunt vt errorem ſuum agnoſcant. Aſſerunt autem plures ſolutiones poſt *gloſſ. ad d. l. ſiquis in princip. 22. de legat. 1.* ſed quas omnes ipſe etiam Bart. improbat, vt in alea omnium peſſima & improbabiliſſima conquieſcat. Prima † illa eſt, ſequentem
3 voluntatem emanantem ſimpliciter, id eſt ſine ſpeciali clauſulæ derogatoriæ reuocatione valere quidem ipſo iure, & ita eſſe accipiendum quod ſcribitur in *d. §. licet,* ſed tolli ope exceptionis ex *d. l. ſiquis.* Bartolus reprehendit & rectè, quia Marcianus in *dicto* §. ſic loquitur, vt non dubitet quin ſequens voluntas declarata in poſterioribus codicillis quibus fuerat in teſtamento derogatum, plenum effectum habere debeat. Et è contrario nullum de neceſſitate exceptionis opponendæ verbum eſt apud Hermogenianum in *d. l. ſiquis.* Secunda
4 † ſolutio eſt, multum intereſſe an verba derogatoria ponantur in codẽ teſtamẽto in quo legatur, an in alio teſtamẽto, vt priore caſu neceſſaria ſit ſpecialis reuocatio, *d. l. ſi quis.* poſteriore verò non ſit neceſſaria *d. §. licet.* Bartol. etiam reprehendit ex *dict. leg. ſi quis.* vbi dicitur nihil intereſſe an teſtator qui in teſtamento ita ſcripſerat, *Cui his legauero, ſemel deberi volo,* poſtea legauerit ſæpius in eodem teſtamento an in codicillis poſtea factis. Vnde inquit, ſiue legetur in teſtamento, in quo fuerunt verba derogatoria, ſiue in codicillis poſtea factis, ſiue in alio poſteriore teſtamento [hoc enim omnino ſenſit Bartolus, licèt non addat] requiritur reuocatio ſpecialis. Sed hæc reprehenſio †
5 non eſt recta: quia quod legatur in codicillis poſt teſtamentũ factis, & conſequenter eo teſtamento confirmatis perinde habendũ eſt ac ſi eo ipſo teſtamento relictum eſſet, propter ſingulare ius codicillorum teſtamentariorum, vt quæcunque in his ſcribuntur, perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent *l. 2. ab inteſtato. 26. ad fin. ff. de iur. codic.* Nam & inde eſt quod in huiuſmodi teſtamentariis codicillis legata dari poſſunt, quæ alioqui certum eſt non poſſe dari in codicillis ab inteſtato factis *l. illud 13. §. tractari. eod. tit.* At quod in poſteriore teſtamento legatur, non poteſt videri legatum in priore, quia non pendet poſterius teſtamentum à priore cum è contrario prius per poſterius ſubuertatur. Ideóque fatendum eſt nil eſſe neceſſe ad eneruandam clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam vt ea per poſterius teſtamentum ſpecialiter reuocetur, in eóque noſtros errare, qui abutuntur reſponſo Hermogeniani in *d. l. ſi quis,* vt quod ibi ſcriptum eſt de clauſula derogatoria poſterioris legati, protrahant ad clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti, Etiam admiſſo eo quod nos cum Cuiacio negauimus in præcedentibus, vt tota illa clauſula quæ requirit ſpecialem clauſulæ derogatoriæ reuocationem Hermogen. ſit, non Triboniani. Veruntamen neque iſtorum ſolutio bona eſt. Nam neque tunc cùm in eodem teſtamento adeſt clauſula derogatoria legati & legatum, neceſſaria eſt vlla ſpecialis reuocatio ſi iuris rationi plus quàm Triboniani iudicio tribuamus. Deinde vt maximè id verum eſſet, tanto magis contra hos pugnaret reſponſum Marciani in *d. §. licet.* Etſi enim tractat Marcianus de clauſula in teſtamento appoſita per quam voluerit teſtator derogare codicillis poſt teſtamentum factis, tractat tamen de codicillis eo priore teſtamento confirmatis, & conſequenter qui tales ſunt, vt quicquid in iis ſcriptum eſt, in ipſo teſtamento ſcriptum intelligatur vt iam diximus. Tanto magis ergo ſecundum iſtorum diſtinctionem neceſſaria eſſet ſpecialis reuocatio, quam tamen Marcianus nullam requirit, ne quidem generalem, extra tacitam illam quæ poſteriorem voluntatem ſemper concomitatur, vt deroget priori. Itaque impingunt iſti in eundem errorem in quem etiam Bartolus, quod non vident habenda eſſe pro ſcriptis in teſtamento quæcunque ſcribuntur in codicillis teſtamento confirmatis. Tertia † ſolutio 6
eſt referre an clauſula derogatoria ponatur antequam legetur vel poſtea. Ridiculè, non ſolùm quia tàm in *d. paragrapho, licet quàm in dict. leg. ſi quis,* tractatur de clauſula derogatoria quæ præceſſerit. Sed etiam cùm clauſula derogatoria ſequitur, non poteſt eſſe locus quæſtioni an reuocata illa ſit per legatum aut aliam voluntatem poſteriorem cùm tota reuocationis tacitæ inducendæ ratio pendeat ex eo quod poſteriora derogant prioribus vt Marcianus ait. *Quarta* † ſolutio fuit Oldradi & Andreæ de Piſis quos refert
Bartolus, Conſtituendam eſſe differentiam inter verba 7
derogatoria ſolennitatis & derogatoria voluntatis, quæ fuit vetus illa diſtinctio Iacobi de Aretio ſuperius à nobis relata. In §. *licèt*. fuiſſe verba derogatoria ſolennitas, quæ ſolennitas eſt iuris publici, ideóque talem clauſulam derogatoriam reuocari per ſimplicem contrariã voluntatem, quia de facili res redit ad ſuam naturam *l. ſi vnus, 27. §. pactus ne peteret, D. de pact.* At in *d. l. ſi quis* fuiſſe derogatoria circa legatum ſeu voluntatem legandi, quam teſtator poteſt tollere ſicut vult, cum à ſua libera voluntate dependeat & ideo requiri ſpecialem reuocationem. Hanc verò ſolutionem tanquam omnium optimam probat Zaſius ad *l. ſi mihi & tibi duodecima, paragrapho, in legatis, de leg.*
primo. Sed parum ſubtiliter † vt mihi videtur. 8
Nam, quod bene obſeruat Bartolus, non ita ſcripſerat teſtator apud Marcianum, *Volo quod in codicillis meis requiratur iſta ſolennitas quod ego me ſubſcribam & mea manu ſignem,* quibus verbis videretur derogaſſe ſolennitati tantùm non etiam voluntati, ſed vlterius procedendo dixerat velle ſe vt non alias codicilli valerẽt quos poſtea facturus eſſet, quam ſi ab eo ſignati

manúque eius ſubſcripti eſſent, quæ verba ſine dubio ſunt derogatoria voluntatis: ob idque concepta diſpoſitiuè quatenus derogant voluntati, conditionaliter autem dumtaxat quatenus derogant ſolemnitati vt argutè ratiocinatur. Cuius ſententiam ſecutus Paulus Caſtrenſ. *ad d.§. vt legatis*, ait quòd ſi quis in priore teſtamento diceret, *nolo aliud teſtamentum facere poſſe niſi cum decem teſtibus*, ea clauſula nihil operaretur, neque impediret quominùs valeret poſterius teſtamentum, etiam quod coram ſeptem tantùm teſtibus factum eſſet, quoniam ea clauſula ſolemnitati tantùm derogaret quod fieri non poteſt. Sed ſi vltra prædicta verba teſtator adiungeret, *& ſi contingat me aliud facere teſtamentum in quo non ſint adhibiti decem teſtes nolo illud valere*, tunc operaretur, & valeret clauſula ad ſubuertendum poſterius teſtamentum, quia eſſet derogatoria voluntati. In quo tamen fallitur, reſpondétque apertiſſimè, contra *d.§.licèt*. Nam ſi nihil nocet teſtatori quod in teſtamento legem ſibi dixerit adhibendæ alicuius ſolemnitatis in codicillis qui ex ratione iuris nullam ſolemnitatem habent, nec exigunt, quanto minùs ei nocebit, quod legem ſibi dicere voluerit maioris ſolemnitatis adhibendæ in teſtamento quod ſuas habet eaſque certas & perpetuas ſolemnitates? An non æquè contra leges cautio illa eſt, cùm quis non vult valere poſterius teſtamentum paucioribus quàm decem teſtibus munitum, atque ſi è contrario præciperet valere teſtamentum quod quinque vel quatuor tantum teſtes haberet? Eiuſdem nimirum potentiæ eſt ſtatutis ſolemnitatibus aliquid addere, vel detrahere, nec alterius eſt addere quam eius qui poſſet detrahere vel contra. Itaque licèt Marcianus ſupradicto loco non loquatur de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti ſed de derogatoria poſterioris codicillis. Ex eo tamen fortiſſimum & inuincibile argumentum pro nobis ſumitur quantum ad clauſulam derogatoriam teſtamenti, quia cum codicilli teſtamentarij per teſtamentum ante factum confirmati ab ipſo pendeant vt diximus, nec vllas habeant à iure ſolemnitates, multo maior ratio eſſet vt ea clauſula derogatoria in teſtamento adſcripta noceret codicillis, quàm vt noceat teſtamento poſteriori quod & ſuas habet à lege ſolemnitates, & à teſtamento priore nullomodo pendet. Atqui non nocet clauſula derogatoria codicillis poſtea factis etiamſi fuerit derogatoria voluntatis. Ergo multò minùs nocebit poſteriori teſtamento. Quod ſi ex illo Marciani reſponſo probatur apertiſſimè nihil operari clauſulam derogatoriam nec ſi fuerit derogatoria voluntatis tantùm, quantò apertiùs probabitur, quod & Oldradus & Iacob. de Aretio & antiqui illi fatebantur nihil operari debere clauſulam derogatoriam, quæ ſit derogatoria ſolemnitatis? Et tamen communior interpretum opinio eſt, tum quoque cùm ſolemnitati tantùm derogare teſtator voluit, valere clauſulam derogatoriam, niſi ſpecialiter reuocetur, quod & Bart. ipſe concludit *ad leg. omnes populi. in 3. quæſt. in principio de inſtit. & iur. Salicet. in leg. ſancimus. Cod. de teſtam. poſt gloſſ. ad dict.§.* in legatis quo abſurdius nihil ſanè dici poteſt. Etſi enim verum quod Salicetus obiicit eiuſmodi clauſulam derogatoriam ſolemnitatis perinde reuocari ſpecialiter poſſe, ac ſi eſſet derogatoria voluntatis. Vt inferat, Non igitur ex ea tolli teſtatori liberam & cum ſolitis ſolemnitatibus teſtandi facultatem, non eo minùs tamen verum eſt in eo lædi autoritatem legum quod vel pluribus vel paucioribus ſolemnitatibus illa teſtandi facultas conſtringitur, quod priuatorum cautionibus contra ius publicum fieri certè nullomodo poteſt *l. teſtandi. 13. C. de teſtam. l. nemo poteſt. 55. d. leg. 1. l. vltim. D. de ſuis & legit.* Neque tamen video quid ſit quod tractare noſtri poſſint de clauſula derogatoria ſolemnitatis in ſpecie *d.§.licèt*, cùm ibi Marcianus agat de codicillis qui nullam omninò habuerunt olim iuris ſolemnitatem quia nec legibus cogniti erant vt Iuſtin. ſcribit *in tit. de codicill. Inſtit.* Ac ſanè in ea ſpecie fatendum eſt teſtatorem, neque addere neque detrahere quicquam voluiſſe ſolemnitati codicillorum quæ nulla eſt, ſed tantùm voluiſſe addere ſolemnitatem vt faceret ſolemnes, vt ita dixerim, codicillos quales à iure cogniti nulli ſunt. Supereſt † igitur vt videamus 9
quid tandem Bart. & alij ad Marcianum reſpondeant, vt ſuum illud de clauſula derogatoria commentum tueantur. Reſpondent verò poſt *gloſſ. in d.§. licèt*, debere Marcianum intelligi ex Hermogeniano, valere nimirum codicillos poſt teſtamentum factos non obſtante derogatoria in teſtamento adſcripta, ſed ita demum ſi ea clauſula ſpecialiter fuerit reuocata. Sed quis non videt quod Cuiacius fatetur *lib. 14. obſeruat. cap. 7.* hanc ſubauditionem plus nimio habere licentiæ? Nihil ſiquidem prorſus eſt apud Marcianum ex qua poſſit vel minima coniecturæ occaſio capi quod in ea ſpecie teſtator expreſſim & ſpecialiter reuocauerit voluntatem quam expreſſerat in teſtamento. Quin etiam ratio qua Marcianus mouetur contrariam ſuadet interpretationem: *quoniam*, inquit, *poſteriora derogant prioribus*. Ita innuens moueri ſe ex eo quod poſterius factum potiùs quàm poſterius dictum ſit. Sufficit enim factos eſſe poſt teſtamentum codicillos neque à teſtatore ſignatos neque manu eius ſubſcriptos, vt appareat teſtatorem voluiſſe per hæc poſteriora derogare prioribus, etiamſi non addiderit ſpecialem reuocationem, quandoquidem nihil intereſt factis an verbis voluntas declaretur, *leg. Pomponius ſcribit 9. D. de negot. geſt. leg. non tantùm. 5. D. rat. rem haber.* Imò potentior eſt voluntatis declaratio quæ ex facto colligitur, quàm quæ fit verbis. Alia igitur interpretatio & reſponſio pro interpretibus quærenda eſt, aut fatendum ſententiam noſtram Marciano placuiſſe, nec eam tantùm in cathedra pulchram eſſe, vt Cinus dicebat, ſed etiam in foro probandam, in quo deflendum maximè eſt quod hucuſque tam ſæpe pronunciatum ſit & quotidie pronuncietur pro errore iſto interpretum contra manifeſtiſſimam iuris rationem in tot teſtamentorum euerſionem, & iacturam tot hereditatum iis ablatarum qui poſteriore teſtamento ſcripti reperiantur, quaſi nihil iuris habeant illi pro quibus omnes leges clamant. Illud non eſt prætermittendum † æquè nugatores eſſe iſtos qui dicunt apud 10
Marcianum fuiſſe teſtatorem ignorantem quem Hermogenianus ponit ſcientem. Nam & id æquè commentitium eſt, & ab ea ratione, qua Marcianus moueri ſe dicit, alienum.

ERROR X.

De ſententia & ratione l. vltim. in principio de leg. 2. & l. conficiuntur. 8. §. vltim. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1. *Deciſio Sceuolæ in ſpecie l. vlt. in pr. D. de leg. 2. refertur & aduerſus interpretum commentum de clauſulis teſtamentorum derogatoriis inducitur.*
2. *Reſponſio interpretum diſtinguentium an clauſula derogatoria expreſſa ſit, an tacitè à contrario ſenſu collecta refellitur.*
3. *Alia interpretum reſponſio diuinatoria conuellitur.*
4. *Accurſium, Bartolum & alios perperam cenſere in ſpecie d. l. vlt. in pr. nullam eſſe clauſulam niſi à contrario ſenſu.*
5. *Vera ſententia l. conficiuntur. 8. §. vlt. D. de iure C. aduerſus Bartolum defenſa.*
6. *Cur in ſpecie d. l. vlt. valent ea quæ data fuerant in epiſtola non obſignata, cùm teſtator non aliam ſcripturam*

pturam confirmaſſet quàm quæ obſignata reperiretur. At in d. l. conficiuntur, non valent codicilli anteriores, ſolis nouiſſimis confirmatis.

7 *Quauis vltima voluntas eſt ambulatoria vſque ad mortem.*

8 *Cùm primos codicillos facit is qui poſtmodum facit alios, non id agit vt faciat codicillos inutiles.*

9 *Bartoli falſa traditio refellitur.*

10 *Sententia Petri de bella-Pertica à Bartolo probata reiicitur.*

11 *Error Bartoli putantis Scæuolam ad probandam fidem epiſtolæ quinque teſtes requirere.*

12 *Lapſus Cuiacij in dict. leg. vltim. in princ. interpretanda.*

13 *Omnibus actibus ſolemnibus commune eſt, vt qui ſolemnitates adhibuit, nunquam poſſit dicere voluntatem ſibi defuiſſe id agendi quod agere ſe dixit.*

14 *Quo pertineat diſtinctio tradita ab Hermogeniano in l ſi quis in princ. D. de legat. 3.*

15 *Multum intereſſe an verba teſtatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur.*

16 *De clauſula derogatoria circa leges & Principum conſtitutiones.*

1 LOCVS † hic alius eſt, qui pro ſententia noſtra vrget contra interpretes, vt appareat clauſulam derogatoriam etiam in legatis nullius eſſe momenti. Quidam teſtamento filium & vxorem ſuam heredes inſtituerat, & cauerat vt ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice codicillorum valeret. Poſtea epiſtolam ſcripſerat in qua & quidquid in peculio habuerat filius ei donauerat, & adiecerat præcipua hæc eum ſuique iuris & poſt mortem ſuam habere velle: quæ tamen epiſtola non fuit obſignata. Quærebatur an quæ epiſtola continerentur ad filium pertinerent. Reſpondit Scæuola *in l. vlt. in princip. de legat. 2.* ſi fides epiſtolæ conſtaret deberi, quæ teſtator in ea dare ſe velle ſignificauit. Non igitur validitas epiſtolæ impeditur per clauſulam illam in teſtamento appoſitam quæ omnibus ſcripturis non obſignatis derogaſſe videbatur. Et ita interpretes quoque omnes
2 ſentire coguntur. Sed reſpondent voluntatem † teſtatoris derogatoriam in ea ſpecie non ſumi niſi tacitè à contrario ſenſu, indéque fieri vt per tacitam quoque voluntatem contrariam reuocetur, nec ſpeciali indigeat reuocatione. Aliud igitur reſponſurum fuiſſe Scæuolam ſi verba derogatoria fuiſſent expreſſa, puta ſi teſtator diſertis verbis cauiſſet ne qua ipſius epiſtola ſcripturáve alia valeret niſi quæ eſſet obſignata. In quo quàm euidenter fallantur ex eo intelligimus, quod ſi talia teſtatoris verba proponerentur, eſſet hic caſus ille ipſe de quo reſpondit Marcianus *in l. Diui 6. §. licet, de iur. codicill.* de cuius loci ſententia ſcripſimus capite ſuperiore. Et tamen non dubitat Marcianus quin clauſula derogatoria eo caſu nullius planè ſit momenti, etiamſi non fuerit ſpecialiter reuocata. Non ergo bona diſtinctio eſt an clauſula derogatoria expreſſa ſit, an tacitè à contrario ſenſu collecta. Eritque multò commo-
3 dius † ne dicam tolerabilius ad eam confugere diuinationem ad quam iidem interpretes confugiunt vt effugiant Marcianum, cùm ponunt adiectam fuiſſe in poſteriore ſcriptura ſpecialem prioris voluntatis reuocationem. Quod tamen ſi quis velit dicere, replicabo idipſum quod iam ſupra dixi circa ſpeciem Marciani, nihil eſſe apud Scæuolam vt neque apud Marcianum, ex quo poſſit conijci reuocatam fuiſſe ſiue ſpecialiter ſiue generaliter priorem voluntatem. Ac proinde ſubauditionem hanc plus nimio habere licentiæ vt Cuiacius loquitur *lib. 14. cap. 7.* ita vt non tam ſubauditio vel ſupplerio quàm nugatoria diuinatio dicenda ſit.
4 Sed & falſum eſt † quod Accurſius, Bart. & alij volunt in ſpecie *d. l. vlt. in princip.* nullam eſſe clauſulam derogatoriam niſi à contrario ſenſu. Cùm enim neque codicilli neque aliæ vltimæ voluntates poſt teſtamentum conditæ aliter valeant, quàm ſi confirmatio facta ſit in teſtamento, apparet confirmatione facta codicillorum certi generis, putà quos teſtator ipſe obſignaſſet, nullo eſſe opus argumento à contrario ſenſu: vt alterius generis codicillis derogatum dici poſſit, ſed ſufficere quod non ſint confirmati: atque ita nihil intereſſe an poſterioribus codicillis alterius generis expreſsè derogatum ſit, an verò per ſolam confirmationem. In eámque rem elegans eſt reſponſum Pauli † *in l. conficiuntur. 8. §. vlt. D. de iur. codicill.* vbi ſcribit ille, ſi quis certi 5
generis codicillos confirmauerit, putà, *Quos nouiſſimos fecero*, non vtique ſtatim quæ codicillis dantur videri conſiſtere, quandiu alij quoque fieri poſſunt, & ideò ſi alij poſtea fiant legata in prioribus data non deberi, nec valere. Cur enim non valent niſi quia non fuerunt confirmata, etiamſi neque expreſsè neque tacitè fuerit iis derogatum? Nec eſt quod quis cum Bartolo reſpondeat, apud Paulum duo interueniſſe, ſcilicet primam voluntatem derogatoriam tacitè & codicillos poſteriores, per quæ duo ſimul coniuncta videantur codicilli medio tempore facti non valere quaſi fuerint in pendenti. Nam quod ad primam illam voluntatem tacitè derogatoriam attinet, iam diximus nullam hîc eſſe: cùm nec vlla neceſſitas ſubſit eam inducendi, ſufficiente non confirmatione quæ minùs quàm derogatio eſt, quia eſt quid merè negatiuum aut priuatiuum, derogatio autem quælibet ſiue expreſſa ſit ſiue tacita, eſt quid poſitiuum. Quod verò addit Bart. de codicillis poſterioribus per eos fuiſſe reuocatos codicillos anteriores ridiculum eſt. Non enim euenit in codicillis quod in teſtamentis vt nemo poſſit cum pluribus decedere, quia codicillos plures facere quiuis poteſt *d. l. Diui, §. codic.* Et ideò non quemadmodum qui facit poſterius teſtamentum, hoc ipſo reuocat prius ita dici poteſt ex poſteriorum codicillorum confectione anteriores reuocatos intelligi, niſi quatenus haberent contrariam voluntatem, puta ſi quod in anterioribus datū fuerat, in poſterioribus ademptum proponeretur. Hoc namque eſt quod nos perpetuum eſſe volumus, vt per poſteriorem voluntatem priori derogetur. Sed non eſt hic ſenſus Paul. *in d. §. vlt.* quin ille potiùs vt nihil eorum valeat quæ in prioribus codicillis relicta ſunt, etiamſi nihil per poſteriores fuerit derogatum, quia vt non valeant priores codicilli ſufficit non fuiſſe illos confirmatos, licèt nec fuerint abrogati. Nihil ergo intereſt, an teſtator certi generis codicillos dumtaxat confirmauerit, an verò etiam addiderit expreſſim ſe non alterius generis vllos codicillos valere velle. Vtroque enim caſu alterius generis codicilli non valent, non tanquam iis aut expreſsè aut tacitè derogatum ſit, ſed tanquam qui non fuerint confirmati. Dices cur ergo † in ſpecie *d. l.* 6
de leg. 2. valent omnia quæ data fuerunt in epiſtola non obſignata cùm teſtator non aliam ſcripturam confirmaſſet quàm quæ obſignata reperiretur? In ſpecie autem *d. l. conficiuntur. 8. §. vlt. de iur. codic.* non valent codicilli anteriores, propterea quòd ſolos nouiſſimos teſtator confirmaſſet? Hîc ego acumen & ſubtilitatem interpretum noſtrorum deſidero, ex quibus nemo hunc modum diſſoluit. Puto autem multùm referre, an teſtator confirmauerit codicillos nouiſſimos, & poſtea plures fecerit vt *in d. §. vlt.* an verò eos codicillos confirmauerit quos ſua manu obſignaret, poſtea verò codicillos non obſignatos, aut quod idem eſt, vice codicillorum epiſtolam non obſignatam reliquerit, vt in *d. l. vlt. in princ.* Priore caſu non valere codicillos anteriores tanquam nullomodo confirmatos licèt nec abrogatos. Poſteriore autem caſu valere codicillos etiam non obſignatos, & quidem quod magis eſt, tanquam confirmatos. Differentiæ ratio eſt, quia teſtator qui poſt co-

dicillos nouiſſimos confirmatos facit plures codicillos,
nihil facit propter quod videri debeat recedere à priore
voluntate, cùm neque intellectu poſſint percipi vlli co-
dicilli nouiſſimi niſi ex comparatione priorum. Itaque
nihil cauſæ eſt cur non prima illa voluntas ſeruanda ſit
quæ confirmauit certi dumtaxat generis codicillos, id
eſt non quoſlibet, ſed eos tantum qui nouiſſimi eſſent.
At is qui poſt confirmatos eos tantùm codicillos, quos
obſignatos relinqueret, codicillos conſcripſit, nec obſi-
gnauit, aliquid facit ex quo apparet voluiſſe illum re-
cedere à priore voluntate. Cur enim codicillos feciſſet
niſi vt valerent? Cur verò non obſignatos, niſi quia
voluit etiam non obſignatos valere? Sciens nimirum
neceſſe non eſſe ad codicillorum validitatem vt vel te-
ſtatoris manu ſcripti ſint, vel ab eo ſignati, *d. l. Diu. §.
codicillos*, vbi ob hanc cauſam Marcianus ſtatim ſubii-
cit [quod mallem vnico contextu legere quàm diſcre-
to] Licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias
adiecerit vt non aliàs valere illos velit, quàm ſua manu
ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere quoſcumque fe-
cerit etiam non ſignatos neque ab eo ſubſcriptos, quòd
ea quæ poſtea geruntur, derogent prioribus. Denique
qui confirmat codicillos nouiſſimos, non excludit con-
fectionem, ſed tantùm confirmationem plurium codi-
cillorum, quamuis ſi vnos tantùm codicillos facerent
non minùs eſſent illi futuri nouiſſimi, quippè quos
alij nulli ſequerentur *l. qui duos. 9. D. de reb. dub. l. ex
duobus. 34. de vulg. & pup. ſubſt. l. proximus. 92. l. in vul-
gari. 161. de verb. ſignif.* Qui verò confirmat codicillos
tantùm eos qui erunt obſignati excludit non tantùm
confirmationem, ſed etiam confectionem aliorum non
obſignatorum. Alioqui dicendum eſſet cogitaſſe illum
de codicillis inutilibus fruſtra faciendis, quod tamen
nunquam præſumendum eſt. Cùm ergo eo tempore
quo confirmauit codicillos eam habuerit voluntatem,
vt non alios codicillos vnquam faceret quam qui va-
lerẽt, rurſum vt non alij valerent quàm qui eſſent obſi-
gnati, neceſſariò conſequens eſt vt ſi poſtea faciat codi-
cillos non obſignatos ſiue memor ſiue immemor prio-
ris voluntatis, recedat omninò ab illa priore voluntate.
Quo admiſſo illud etiam conſequens fit vt poſterior
voluntas potior eſſe debeat, valeantque codicilli etiam
non obſignati, quoniam huic voluntati præter id quod
vltima eſt, etiam ius patrocinatur quod non exigit obſi-
gnationem codicillorum vt valere poſſint. Itaque hoc
caſu ſuccedit ea propoſitio quam Hermogenianus tra-
dit *in l. ſi quis in principio 22. de leg. 3.* Neminem poſſe
ſibi eam legem dicere vt à priore voluntate recedere
non poſſit, quod & ſcriptum eſt *in l. quod autem. 7. §.
penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* Eſt enim hoc ius non
tantùm eius voluntatis quæ in teſtamento declarata
7 ſit, ſed alterius quoque cuiuſlibet vltimæ † voluntatis,
vt ambulatoria ſit ad ſupremum vſque vitæ exitum *l.
cùm hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam eod. l. 4. D. de adim. le-
gat.* Replicabis fortaſsè. Fieri non poſſe vt quis certi
generis codicillos confirmet, quin cogitet de aliis co-
dicillis inutiliter faciendis, etiam cùm nouiſſimos con-
firmat, ſiquidem pluribus factis codicillis inutiles om-
nimodo reperiuntur qui priores facti erunt *d. l. confi-
8 ciuntur. §. vlt.* Ego verò hoc nego, quia cùm primos †
codicillos facit is qui poſtmodum facit alios, non id
agit vt faciat codicillos inutiles. Quippè qui omnimo-
do eſſent valituri ſi contingeret mori teſtatorem nullis
aliis factis codicillis. Quare nec ait Paulus eſſe illos
ſtatim vel vtiles vel inutiles, ſed eſſe in pendenti quan-
diu alij fieri poſſunt. Quod ergo inutiles fiunt per ſub-
ſequentes codicillos non fit quod ab initio cogitatum
ſit de inutilibus codicillis faciendis, ſed ex ſuperue-
niente noua voluntate, quæ codicillos illos priores vti-
liter factos & vt eſſent aliquando vtiles, vlterius vale-
re aut in pendenti eſſe non patitur, aliis poſtea factis,
qui efficiant vt priores intercedant non tanquam reuo-
cati per poſteriores, ſed tanquã non confirmati, ob hoc
ſolum quod propter nouiſſimos qui ſuperuenerunt ip-
ſi nouiſſimi eſſe deſierunt, & habere voluntatem teſta-
toris quæ ſola faciebat vt valere poſſent. Itaque & quod
ſcriptum eſt *in d. §. vlt.* non valere codicillos non no-
uiſſimos, & quod *in d. l. vlt.* valere codicillorum vice
epiſtolam non obſignatam, fit vtrumque ex eodem illo
iuris principio nullam exceptionem admittente, quod
vult liberam eſſe teſtatori mutandæ voluntatis faculta-
tem. Nam qui confirmatis nouiſſimis dumtaxat codi-
cillis plures poſtea codicillos facit, non mutat per no-
uiſſimos eam voluntatem quam habuit tempore con-
firmationis, ſed illam ſolum quam habuerit tempore
priorum codicillorum, faciendo ſcilicet vt non ſint am-
plius nouiſſimi illi, quos tamen nec fecerat nec con-
firmauerat, niſi tanquam nouiſſimos futuros vt vale-
rent. Qui verò poſt confirmatos dumtaxat eos *codi-*
cillos qui obſignati eſſent, facit codicillos, nec eos ob-
ſignat, mutat haud dubiè voluntatem quam habuit
tempore confirmationis, cum faciat è diametro contra
id quod facere deſtinauerat. Ex his verò intelligimus
falſum etiam eſſe quod tradit † Bart. *ad dict. leg. ſi quis* 9
in princip. num. 2. quod ſi in ſpecie *d. l. vlt. in princip.
de legat. 2.* teſtator duplicem epiſtolam ſcripſiſſet, pri-
mam non obſignatam, & ſecundam obſignatam, fieret
per vltimam coniuncta voluntate prima, vt prior epi-
ſtola non valeret *arg. dict. leg. conficiuntur, §. vlt.* Nam il-
lo etiam caſu, adhuc tamen inter Marciani & Scæuolæ
quæſtiones hoc intereſſet, quod non quemadmodum
codicilli poſteriores faciunt vt priores deſinant & eſſe
nouiſſimi, & valere tanquam qui neque facti neque
confirmati ſint niſi quaſi nouiſſimi futuri. Ita & epi-
ſtola vltima obſignata facere poteſt vt prior quæ obſi-
gnata non fuit, nec eo minùs tamen ab initio valuit,
deſinat valere, quia non fuerat prior facta vel confir-
mata, vt valeret tanquam nouiſſima, ſed vt valeret tan-
quam epiſtola tametſi obſignata non eſſet: Cui volun-
tati nihil contrarium ſuperuenit cùm alia epiſtola fit
itaque obſignata, quia nihil vetat vtramque valere, mu-
tata nimirum voluntate iam eo tempore quo prior epi-
ſtola fiebat ea mente vt valeret quamuis non obſigna-
retur. At cùm plures codicilli fiunt ab eo qui nouiſſi-
mos tantùm confirmauit, ſicut fieri non poteſt vt ſint
omnes nouiſſimi, ita neque vt omnes valeant, ſiue
priorem voluntatem reſpicias quæ nouiſſimos tantùm
confirmauit, & à qua nemo dixerit receſſiſſe teſtatorem
cùm priores codicillos fecit, quos vtique ſperabat no-
uiſſimos futuros, ſiue poſteriorem, quæ cum prioribus
codicillis nouos addidit, non priori voluntati quæ in
teſtamento de confirmandis nouiſſimis codicillis ex-
preſſa fuerat, ſed prioribus tantùm codicillis quos no-
uiſſimos eſſe noluit, derogauit. Nec eſt quod dicas pro
Bartolo perinde poſſe valere vtroſque codicillos &
priores & poſteriores, atque illos qui ſint & illos qui
non ſint obſignati, cùm non ſit magis ex natura & ſo-
lemnitate codicillorum, vt vni, quàm vt obſignati ſint.
Id enim tunc verè diceretur cùm teſtator codicillos
ſuos quoſlibet, aut ſimpliciter confirmaſſet, non etiam
cùm ad nouiſſimos confirmationem reſtrinxit, quo caſu
priores qui non reperiuntur confirmati non poſſunt
valere, tanquam nullam teſtatoris voluntatem haben-
tes, neque primam neque vltimam. Non primam, quia
de nouiſſimis tantùm codicillis confirmandis, vt dixi-
mus, actum fuit. Non vltimam, quia per poſteriores co-
dicillos nihil fit, ex quo poſſit dici receſſum à priore
voluntate, non magis quàm per priores, ſed tantùm ab
eo quod prioribus codicillis continebatur: cum eſſet
in poteſtate teſtatoris non ſolum facere vt priores illi
codicilli eſſent nouiſſimi, nullis aliis poſtea factis, ſed
etiamſi alios codicillos facere voluiſſet, in poſteriori-
bus omnia illa addere quæ prioribus data erant, vt ita
neque à voluntate declarata in confirmatione codicil-
lorum,

lorum, neque ab eo quod in prioribus codicillis conſtitutum fuerat vlla ex parte receſſum dici poſſet. Poſtremò nec illud dici poteſt quod dicebat vetus ille interpres Petrus † quem Bartol. refert ac probat, in ſpecie, *d. l. vltima*, verba illa quæ clauſulam derogatoriam ſiue expreſſam, ſiue tacitam inducere videntur adiecta fuiſſe ad argumentum, vt inducant fideicommiſſum, ideóque non debere inducere diminutionem, *l. legata inutiliter. 19. de legat. 1.* Nam negari non poteſt, quin teſtator qui eos tantùm codicillos confirmat quos obſignabit, ſit tunc temporis, vt alios qui obſignati non erunt valere nolit perinde acſi expreſſim id cauiſſet, cùm non alij valere poſſint quàm qui ſunt confirmati: itaque fatendum eſt adiectionem illam de obſignatione codicillorum non eſſe factam ad augmentum, ſed potiùs ad diminutionem & reſtrictionem. Et quod nihilominus eos qui obſignati non ſunt, dicimus valere adeóque tanquam confirmatos, non ideò fit quaſi ſua ſponte valere poſſint citra confirmationem, ſed quia mutauit voluntatem, quam mutare & voluit, & potuit teſtator, cùm quos fecit codicillos non obſignauit: adeò ſemper verum eſt poſteriora prioribus derogare. In illo etiam errat
11 Bartolus quòd † Scæuolam ſic interpretatur, vt ad probandam fidem epiſtolæ quinque teſtes neceſſarios eſſe putauerit, quod non ita eſt. Primus enim Theodoſius *in l. vlt. C. de codic.* induxit vt in codicillis, & alia quælibet vltima voluntate extra teſtamentum, non pauciores quàm quinque teſtes requirantur. At Scæuolæ temporibus ſufficiebat, vt quoquomodo conſtaret epiſtolam manu teſtatoris ſcriptam fuiſſe, ſiue per duos teſtes id probaretur, *l. vbi numerus. 12. D. de teſtib.* ſiue per literarum comparationem. Nullam enim iuris ſolemnitatem olim habebant codicilli, quam hodie vnam hanc habent, vt ſine quinque teſtibus expediri non poſſint, non magis quàm teſtamenta ſine ſeptem. Non fuit in
12 hac quæſtione Iacobus Cuiacius † multo ſubtilior Bartolo cæteriſque veteribus interpretibus. Etſi enim nobiſcum benè ſentit in eo quod vult non alia ratione moueri Scæuol. *in d. l. vlt. in princ.* quàm quòd potuerit teſtator prudens, & ſciens mutare voluntatem. In eo tamen errat, quod vt probet teſtatorem in ea ſpecie ſciētem & prudentem à priore voluntate receſſiſſe hoc vnū intuetur, quod teſtator ille non ſatis habuit filio peculium palàm donare, ſed etiam adiecit ſe id præcipuum ſuique iuris filium ſuum, & poſt mortem ſuam habere velle: quæ tamen omnia enixam quidem patris erga filium voluntatem probant, ſed non mutationem voluntatis, vt aliam epiſtolam valere pater vellet, quàm quæ eſſet obſignata. Cùm neceſſe ſit omnia ſcribi quæcumque in epiſtola continentur priuſquam obſignetur. Nihil autem vetet etiam poſt declaratam adeo enixis verbis tantam patris erga filium voluntatem ſupereſſe adhuc neceſſitatem obſignandæ epiſtolæ ex eiuſdem patris voluntate: quem proinde credibile eſt, ſi aliud nihil pro filio adferas, quàm quod epiſtola continetur, hoc ipſo quod epiſtolam obſignare noluit receſſiſſe ab iis omnibus quæ per epiſtolam in filium contulerat, & pœnitentia ductum maluiſſe nihil agere, quàm ſolemnitatem voluntati ſuæ à ſeipſo præſcriptam complere. Debuit ergo potiùs dicere Cuiacius, quod & nos dicimus, Probari in hac ſpecie mutationem voluntatis ex eo ſolo, quod teſtator qui prius cauerat, vt ea demum epiſtola vice codicillorum valeret quam obſignatam relinqueret, poſtea tamen epiſtolam fecit quam non obſignauit. Alterutrum enim prorſus neceſſe eſt, vt dicamus. Vel receſſiſſe illum à priore voluntate, vel epiſtolam inutilem & illuſoriam facere voluiſſe, quorum illud facilè potuit facere, hoc verò nonniſi abſurdè ac ridiculè. Etſi enim ius ciuile, neque codicillos, neque epiſtolas agnoſcit, neque aliam vltimam voluntatem quàm quæ ſolemni teſtamento declarata ſit, non eo minus tamen verum eſt habere hominem à lege vt poſſit condere vltimam voluntatem etiam per codicillos, quia ſi lex primùm facultatem hanc ſolemniter teſtandi non dediſſet, nunquam vſus codicillorum, aut inductus aut confirmatus fuiſſet. Tantóque maius beneficium videri debet quod à legibus habet is qui moritur cum minus ſolemni voluntate, quod ſcit voluntatem ſuam etiamſi nullas habeat ſolemnitates, nihilominùs ratam fore. Igitur perinde illuderet legibus, & iuri noſtro quiſquis vellet facere codicillos deriſorios aut epiſtolam inutilem, atque ſi vellet ſolemniter teſtando ſubtrahere tamen ſibi voluntatem teſtandi, vt nihil egiſſe videretur. Niſi quod tam multæ ſolemnitates in teſtamento adhibitæ, tanto magis demonſtrant, non fruſtra, ſed ſeriò id agi quod adeò ſolemniter agatur. Id enim non tantùm teſtamentis conuenit, ſed omnibus actibus † ſo- 13
lemnibus commune eſt, vt qui ſolemnitates adhibuit, nunquam poſſit dicere voluntatem ſibi defuiſſe id agēdi quod agere ſe dixit. Omnes namque ſolemnitates ſunt à lege, cui manifeſtiſſimè & impudentiſſimè hac ratione illuderetur. Quare nec Scæuola *in d. l. vlt.* reſpondit ea tantùm valere quæ pater in filium tam enixè contuliſſet, ſed omnia quæ per epiſtolam dari ſe velle ſignificauit, vt intelligamus reſponſi rationem non ex patris erga filium adiectione petendam eſſe, ſed ex mutatione voluntatis propter conſcriptam poſt teſtamentum epiſtolam quæ non fuerit obſignata. Neque verò in hanc ſpeciem cadit illa diſtinctio † quam adhibet 14
Hermogenian. *in d. l. ſi quis, in princ. de legat. 3.* an teſtator ſciens epiſtolam, aut codicillos facit, qui non intelligat his modis condi vltimam voluntatem quæ omnimodo valitura ſit, ſi nihil deſit ex iis quę ad validitatem ius requirit. At quamuis ſimiliter verum ſit neminem ignorantem legare, facilè tamen fieri poteſt vt quis ignorans ſæpius leget, id eſt non memor ſe iam eidem legaſſe, ſiue rem eandem legauerit, ſiue diuerſam. Hoc enim eſt hoc iam in præcedentibus monui, ſcientiam quam requirit Hermogenian. *in dict. leg. ſi quis*, neque ad clauſulam derogatoriam quæ præceſſerit referri debere, neque ad actum ipſum legandi, vt ab interpretibus à Cuiacio factum eſt, ſed ad memoriam prioris legati, vt proinde diſtinctio iſta ſcientiæ vel ignorantiæ, non aliter locum habeat quàm in ſpecie *d. l. ſi quis, & leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat. 1.* hoc eſt cum is qui initio teſtamenti ſic ſcripſerat, *cui bis legauero, ſemel deberi volo*, poſtea eidem legauit ſæpius, & quæritur an legatum ſæpius debeatur. In eóque errauit euidenter Cuiacius, exiſtimans apud Hermogenianum dici teſtatorem *ſcientem*, pro eo quod ille interpretatur, *ſcientem prudentem.* Quaſi ſupradicta verba, *cui bis legauero, ſemel deberi volo*, ſint hominis diffidentis ſuæ non tantùm memoriæ, ſed etiam conſtantiæ, dum veretur ne ſuaſionibus fortè ac blanditiis amicorum non poſſit reſiſtere, vt præmuniat ſe ſtatim ab initio, ſibique præcaueat in poſterum ne ea res ipſi heredive ipſius fraudi ſit. Hoc verò non ita eſt. Si quis enim ſic loquitur ſuæ diffidens memoriæ prudenter quidem facit, cùm facilè contingat homini præſertim moribundo & mortis cogitatione turbato, vt eidem ſæpius leget, cui tamen ſemel tantum dari velit, ignorans ſcilicet ac immemor ſe iam legaſſe quod ſupra diximus eſſe in dubio præſumendū ex *d. l. ſi ita ſit adſcriptum*, ſed ſi diffidat ſuæ conſtantię putétque ea ratione poſſe ſe aſſequi vt quāuis ſciens leget ſæpius non tamen niſi ſemel legatū debeatur, quin prius ille recuperet voluntatē ſæpius vltro legandi, is proculdubio errore labitur, vt in ſimili loquitur *Iuriſc. in l. ſi alij. 19. D. de vſufr. legat.* Etſi enim animum non habeat ſæpius legandi, ſæpius tamen legatū debebitur quod ſæpius relictū fuerit, ſi modo ſciens & memor ſe iā legaſſe, iterum leget. Huic namque poteſt imputari cur id faciat, quod lex non alium finem patitur fieri niſi legatum debeatur: quod ei ſoli non poſſis imputare qui per obliuionem prioris legati addit poſterius, nullum proinde habens

animum ſæpius legandi, *leg. Seia.* 20. *in princip. de inſtruct. & inſtrument. legat.* At quid ſi in ſpecie *dict. leg. vlt.* & *l. Diui.* 6. §. *licèt de iur. codicill.* teſtator ita dixiſſet, *Si quas ſcripturas non obſignatas reliquero, eas neque ſcribo, neque relinquo.* Dicerem eo caſu non valituras illas quæ non obſignatæ reperirentur, ſiue epiſtolæ eſſent, ſiue codicilli: quia non poteſt mutatio voluntatis colligi eo facto quod ille ipſe qui facit, neget ſe facere velle, *ex leg. ſi mihi & tibi.* 12. §. *in legatis, de legat. prim.*
15 Ita multum intereſt, † an verba teſtatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur. Si ad factum, operantur ne teſtator poſtea faciendo id quod ſe non facere dixerat, quicquam feciſſe videatur, dummodò faciat in eodem teſtamento. Hoc enim neceſſe eſt ad inducendam repugnantiam & contradictionem, quæ alioqui nulla eſſe poteſt pluribus factis teſtamentis, cùm ſtatim atque poſterius perfectum eſt, tollatur prius. Si verò ad ius relata ſint, nihil operantur, quia interueniens factum contrarium priori voluntati, contrariam quoque voluntatem demonſtrat, vt à nobis in ſuperioribus explicatum fuit. De clauſula † derogatoria circa leges & Principum conſtitutiones alius tractatus eſt, in quo placet 16
mihi quod ſupradicto loco Cuiacius notat ſufficere, vt quiſquis poſteriorem legem facit aut conſtitutionem, habeat voluntatem priorem abrogandæ, licèt nullam ſubiiciat ſpecialem prioris derogationem. Nulla enim alia lege quàm propria voluntate conſtringitur, ne legem nouam facere & veterem abrogare poſſit, ſiue populus ille ſit, ſiue Princeps. Quod in priuato ſecus eſt qui non poteſt, non velle quod leges volunt. Leges autem omnes volunt, vt quiſquis vltimam voluntatem condit præſertim ſolemnem: poſtea non poſſit dicere voluntatem ſibi in eo actu defuiſſe, nec cuiquam liberum eſſe patiuntur aliquid deriſoriè agere circa vltimas voluntates, ſi nihil deſit ex iis quæ à iure ad voluntatis confirmationem requiruntur.

ANTONII FABRI IC. Decas Trigeſimaoctaua.

ERROR I.

De clauſula derogatoriæ reuocatione, an ſpecialis eſſe debeat, an verò ſufficiat generalis.

SVMMARIA.

1 *Clauſula derogatoria voluntatis ex ſententia interpretum expreſſim reuocari poteſt.*
2 *Qualem eſſe oporteat clauſula derogatoria reuocationem, vt valida ſit & efficax.*
3 *In genere quando fiat reuocatio: quando in ſpecie: quando denique in indiuiduo.*
4 *Ex Marci Antonij Nattæ & aliorum ſententia adhibenda eſt ſpecialis reuocatio.*
5 *Probatur ſententia aientium non requiri indiuidualem, ſed ſufficere ſpecialem reuocationem.*
6 *Si teſtamentum vnicum præceſſerit, an ſufficiat in poſteriore adhibitam fuiſſe clauſulam illam, non obſtante alio quocumque meo teſtamento.*
7 *Diſtinctio teſtamenti à Socino ex Aretino relati, & reſponſio ad quæſtionem, n. 6. propoſitam.*
8 *Quænam ſpecialis reuocatio requiratur ab Hermogeniano in l. ſi quis in princ. D. de legat. 3.*
9 *Falſum eſſe illud Socini, teſtamentum generale prædicari de omnibus contentis in teſtamento, tanquam genus de ſuis ſpeciebus, & tot eſſe teſtamenta quot ſunt diſpoſitiones in teſtamento contentæ.*
10 *Reuocato teſtamento cenſetur clauſula derogatoria in eo adſcripta.*
11 *Illa etiam quæ extra teſtamentum fieri potuerunt ſi in teſtamento facta ſint, neceſſariò corruunt & reuocantur, reuocato, aliterve corruente teſtamento.*
12 *Abſurda quæ ſequuntur ſententiam interpretum arbitrantium non reuocari prius teſtamentum, niſi reuocetur clauſula derogatoria.*
13 *Differentia inter clauſulam reuocatoriam legati poſterioris: & clauſulam reuocatoriam poſterioris teſtamenti.*
14 *Concluſio autoris de reuocatione teſtamenti in quo clauſula derogatoria inſerta eſt.*
15 *Obiectio Socini diluitur.*

OTIOSA & ſuperuacua erit hæc quæſtio 1
apud eos qui ex ſuperiore Decade didicerint clauſulas derogatorias per quas mutandæ voluntatis libertas quoquomodo conſtringatur, vel reſtringatur, nullius eſſe momenti. Sed quia tamen non tantum nobis tribuimus, vt tam inueteratum errorem ſcriptis noſtris tam citò profligatum iri ſperemus, cæteros errores circa clauſulam derogatoriam inductos qui ex primo illo fluxerunt, proſequemur, vt ex iis quoque qui adhuc in poſterum errare volent, ſi qui erunt tam imprudentes, hoc tamen à nobis habeant etiam inuiti, vt minùs errent. Ex iis omnibus † qui volunt eam eſſe clauſulæ derogatoriæ vim 2
& poteſtatem, vt impediat ſecundi teſtamenti validitatem cùm fuit derogatoria duntaxat voluntatis, nemo eſt qui non fateatur, poſſe tamen illam expreſſim reuocari. Nam & qui poſt Salicet. *ad l. ſancimus. C. de teſt.* defendunt valere huiuſmodi clauſulas, tum quoque cùm expreſſim derogatoriæ ſunt ſolemnitatis, adeóque facultatis, & vt loquuntur, poſſibilitatis teſtandi, non alia ratione mouentur, quàm quòd expreſſim quoque reuocari quandoque poſſint, ſi velit teſtator ſaluam ſibi pro arbitrio teſtandi voluntatem ſupereſſe. Quæritur itaque qualem † eſſe oporteat clauſulæ derogatoriæ 3
reuocationem, vt valida ſit & efficax. In eo autem conſentiunt expreſſam eſſe oportere, nec tacitam ſufficere. Sed cùm tribus modis exprimi quid poſſit, In genere, in ſpecie, & in indiuiduo, dubitant, an generalis reuocatio ſufficiat, an verò ſpecialis neceſſaria ſit adeóque indiuidua. In genere † tunc reuocationem fieri volunt 4
cùm in ſecundo teſtamento adiicitur vulgaris illa clauſula quæ hodie ex ſtilo Notariorum adiici ſolet in omnibus etiam primis teſtamentis, *Caſſans & irritans quodcumque teſtamentum præcedens*, aut quod effectu idem eſt, *non obſtante quoque teſtamento.* In ſpecie verò, cùm teſtator ita ſcribit, *non obſtante quacumque clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita.* In indiuiduo denique ſi verba ipſa clauſulæ derogatoriæ referantur & expri

exprimantur hoc modo, *non obſtante clauſula derogatoria concepta ſub tali formula verborum*, vt ex communi aliorum ſententia tractat Marc. Anton. Natta, *conſ. 639. n. 8.*
4 vbi concludit † neque generalem reuocationem ſufficere, neque indiuidualem illam requiri, ſed adhibendam eſſe ſpecialem. Per textum *in leg. ſi quis in princ. 22. D. de legat. 3.* in illis verbis, *ſi ſpecialiter dixerit*, vbi etiam Bart. & alij quos refert & ſequitur Socin. *ad leg. ſi mihi & tibi. 12. §. in legatis, n. 5. & 6. de legat. 1.* Quod aiunt
5 non requiri † indiuidualem, vt vocant, ſed ſufficere ſpecialem, ſicut ab omnibus admittitur, ita veriſſimum eſt extra omnem dubitationem: quia ſi clauſulam derogatoriam in indiuiduo reuocari oporteret, nihil eſſet faciliùs quàm vt obliuione verborum quæ exprimenda eſſent, eriperetur teſtatori facultas mutandi teſtamenti, cùm nihil ſit labilius hominis memoria, *l. peregrè. 44. in princ. de acq. poſſeſſ.* Itaque ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit, *non obſtante quocumque teſtamento per me condito & clauſulis derogatoriis in eo appoſitis*, volunt omnes reuocationem iſtam valere tanquam ſpecialem poſt Bart. *ad d. l. ſi quis n. 10.* vbi ponit caſum in fortioribus terminis ſi teſtator conditionaliter tantùm meminiſſet verborum derogatoriorum hoc modo, *etiamſi in eo teſtamento eſſent quædam verba derogatoria.* Item ſi clauſula derogatoria ſic eſſet concepta. *Quod ſi aliud teſtamentum fecero, nolo valere niſi ſit obſeruata talis ſolemnitas, Etſi in eo fuerint appoſita verba reuocatiua iſtius clauſula nolo valere*, quia, inquit Bartol. quocumque modo ſint facta verba reuocatoria ſi prioris voluntatis faciunt mentionem & etiam qualitatis teſtamenti ſufficit ad reuocationem quod ſit reuocata clauſula derogatoria, nec neceſſe eſt quod verba ſingulariter exprimantur. Multò magis idem dicendum erit ſi in poſteriore teſtamento ita ſcriptum ſit *non obſtantibus quibuſcumque verbis in primo teſtamento appoſitis etiamſi de talibus verbis oportet ſpecialem fieri mentionem quorum tenorem hic haberi voluit pro expreſſis.* Qui caſus eſt de quo ita conſuluit & reſpondit Feder. de Senis *conſ. 47. incip. habita ſuper caſu prædicto.* Bald. & Angel. *in l. omnes. 4. per ill. text. C. de praſcript. 30. vel 40. annor.* vbi idē eſſe volunt, etiamſi clauſula reuocatoria in poſteriore teſtamento ſic concepta ſit, *non obſtante aliquo alio teſtamento etiamſi de eo fieri debeat mentio ſpecialis.* Quæ tamen ſpecies à ſuperiore diſſimilis eſt nec videtur carere dubitatione cùm aliud ſit reuocari ſpecialiter prius teſtamentum: aliud verò reuocari ſpecialiter clauſulam derogatoriam poſitam priore teſtamento: nec ſufficiat reuocari ſpecialiter teſtamentum in quo fuit clauſula derogatoria ſi non ipſa etiam clauſula reuocetur. Nam
6 & inde eſt quod in illa quæſtione ſi † teſtamentum vnicum præceſſerit, an ſufficiat in poſteriore adhibitam fuiſſe clauſulam illam, *non obſtante alio quocumque meo teſtamento*, vt clauſula derogatoria benè reuocata intelligatur, etſi Bartolus affirmatiuam partem ſecutus eſt, *d. num. 10.* quaſi generalis relatio ad teſtamentum, quod eſt vnicum, haberi debeat pro ſpeciali ratione *ex leg. . & 2. de liber. & poſt. leg. ſi optio. 13. D. de optio. legat.* contraria tamen ſententia receptior eſt, teſte Alex. *conſ. 25. incip. viſo teſt am. vol. 3.* Non alia meliore ratione quàm quia ipſum quidem prius teſtamentum hoc caſu ſpecialiter reuocatum eſſe videatur, at non ipſa etiam clauſula derogatoria appoſita in eo teſtamento: vt ſubtiliter ratiocinatur Socin. *ad dict. §. in legatis, num. 5. & 8.*
7 vbi notat † ex Aretino, teſtamentum dupliciter poſſe conſiderari. Primò, reſpectu formæ, &, vt ipſe loquitur, contextualitatis, & hoc reſpectu dici vnum *leg. ſi is qui. 25. D. qui teſt. facer. poſſ. iunct. leg. heredes palam. 21. §. vlt. eod. leg. cùm antiquitas. 28. C. de teſt.* Secundò, reſpectu plurium contentorum in teſtamento, & tunc quot ſunt diſpoſitiones tot poſſe dici teſtamenta, cùm teſtamentum dicatur teſtatio mentis: Ex quo infert quod teſtamentum tanquam genus prædicatur de diſpoſitionibus contentis in eo, ſcilicet inſtitutione heredis legatis, clauſula derogatoria & aliis contentis tanquam de ſuis ſpeciebus, & quælibet diſpoſitio, puta legatum prædicatur de ſuis indiuiduis. Et conſequenter quod clauſula illa, *non obſtante quocumque teſtamento*, etiamſi vnum duntaxat teſtamentū de facto præceſſerit [de iure namque plura præcedere non poſſe certum eſt] licèt ſit ſpecialis quantum ad teſtamentum, non eſt tamen ſpecialis ſed generalis quantum ad clauſulam derogatoriam, ob idque nec ſufficit. Per textum *in d. l. ſi quis.* Mihi tamen tota hæc diſtinctio & traditio ſuſpecta eſt. Quamquam enim ſpecialem reuocationem † Hermogenianus 8
exigit *in d. l. ſi quis*, ſi modò Hermogeniani ſunt verba illa quibus decipiuntur interpretes, & quæ nos poſt Cuiacium docuimus in præcedentibus eſſe Triboniani. Non tamen exigit ſpecialem reuocationem clauſulæ derogatoriæ, vt Socin. & alij præſuppenunt, ſed tantùm ſpecialem reuocationem prioris voluntatis, id eſt, vt verba ipſa legis explicant, quòd teſtator dicat pœnitere ſe præcedentis voluntatis, & diſponat contrà quam prius diſpoſuerat. Hoc enim eſt quod lex ait, *& voluiſſe vt legatarius plura legata accipiat.* Et quamuis in clauſula derogatoria poſterioris tantum legati difficilè ſit, vt reuocetur prior voluntas, quin clauſula ipſa derogatoria pariter reuocetur. In ea tamen de qua nunc agimus, id eſt, quæ ſit derogatoria poſterioris teſtamenti quid vetat teſtatorem dicere quod pœniteat ſe prioris voluntatis, etiamſi non addat ſpecialem clauſulæ derogatoriæ reuocationem? An non ſatis ſpecialiter dicit ſe pœnitere, cùm non modò aliud facit teſtamentum, ſed etiam alium heredem? Nam ſi apud Hermogenianum, ſufficit vt teſtator qui ita ſcripſerat, *Cui bis legauero, ſemel deberi volo*, poſtea dicat velle ſe, vt legatarius plura legata accipiat, ne poſſit dubitari quin eum pœnituerit prioris voluntatis, etiam nulla clauſulæ derogatoriæ expreſſim facta mentione, Cur non ſufficiet ad reuocandam clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam, quod factum ſit aliud teſtamentum in quo ſpecialiter reuocatum ſit prius, quantumuis clauſula derogatoria in priore contenta generaliter tantùm non 10
etiam ſpecialiter reuocata proponatur? An fortè fieri poteſt, vt non recedat à priore teſtamento is qui condit poſterius, aut vt non recedat à priore voluntate qui recedit à priore teſtamento. Quòd ſi is qui poſt teſtamentum à ſe ſolemniter conditum præbet ſe adrogandum, vſque adeò à priori voluntate recedere intelligitur, vt quamuis moriatur ſui iuris nullo alio facto teſtamento; ſi tamen ſcriptus heres bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petat, doli mali exceptione ſubmouendus ſit, quia dando ſe in adrogationem teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in familiam & domum alienam tranſtulerit vt Papin. ratiocinatur *in leg. penult. §. vlt. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* quanto magis à priori voluntate receſſiſſe credendus eſt quiſquis aliud teſtamentum fecit, aliúmque fortunarum ſuarum ſucceſſorem elegit, tametſi de clauſula derogatoria neque in genere neque in ſpecie quicquam dixerit? ſed quanto apertius ſi teſtamentum ipſum in quo clauſula derogatoria continebatur, ſpecialiter reuocauerit? Pœnitentiam enim illam, quam apud Hermogenianum Tribonianus exigit, quid neceſſe eſt probari verbis, ſi probetur facto ipſo? Aut etiamſi verbis probanda eſſet, quibúſnam aliis opus eſt quàm ex quibus appareat pœnitere teſtatorem prioris teſtamenti? Aut quando poteſt apparere manifeſtiùs, quod eum pœniteat quàm cùm non contentus aliud facere teſtamentum reuocat expreſſim prius per poſterius? Sed neque verum eſt quod vult Socinus † teſta- 9
mentum in genere prædicari de omnibus contentis in teſtamento tanquam genus de ſuis ſpeciebus, & tot eſſe teſtamenta quot ſunt diſpoſitiones quæ in teſtamento continentur. Eſſet enim falſa propoſitio ſi quis diceret legatum aut tutelam eſſe teſtamentum: Multò magis

gis

gis iſta, *Clauſulam derogatoriam in priore teſtamento ad-
ſcriptam eſſe prius teſtamentum.* Æſtimatur enim teſta-
mentum ex ſola inſtitutione à qua neceſſe eſt vt vires
capiant, & legata & clauſulæ omnes teſtamentariæ: Et
10 conſequenter fieri non poteſt, quin reuocato † ſpecia-
liter teſtamento, ipſa quoque heredis inſtitutio per
æquipollens ſpecialiter & expreſſim reuocata intellliga-
tur. Nec rurſus vt reuocata inſtitutione non etiam cæ-
tera omnia reuocata exiſtimari debeant, quæ pendent ab
inſtitutione. Ergo & clauſula derogatoria quam vtique
nemo dixerit poſſe ſaluam, & efficacem conſiſtere niſi
ſaluo ſubſiſtente teſtamento. Sed etſi verum eſſet quòd
Socinus vult clauſulam derogatoriam in priore teſta-
mento adſcriptam poſſe ſeparatim dici teſtamentum,
ob id ſolùm quòd ſit teſtatio mentis, [quaſi verò ſicut
omne teſtamentum ex alluſione vocabuli eſt teſtatio
mentis, ita è conuerſo omnis teſtatio mentis teſtamen-
tum ſit] hoc ipſo ſtatim conſequens fiet, vt ad eam re-
uocandam ſufficiat prius teſtamentum per poſterius
ſaltem expreſſim & ſpecialiter reuocatum eſſe. Alioqui
paulatim eò vſque abſurdi progrediemur, vt dicamus
reuocato priore teſtamento per poſterius, etiamſi nul-
la in priore fuerit clauſula derogatoria, nihil tamen re-
uocatum fuiſſe ſi non inſtitutiones quoque & legata &
cætera omnia reuocentur, quæ priore teſtamento con-
tinebantur. Nam ſecundum Socini ſententiam facilè
cuiuis licebit cauillari reuocatum quidem eſſe teſta-
mentum, ſed tot fuiſſe teſtamenta quot fuerunt diſpo-
ſitiones in priore illo teſtamento, ideóque non tam te-
ſtamenti quàm teſtamentorum reuocationem fieri de-
buiſſe. Quòd ſi verum eſt & omnes fatentur, reuocato
teſtamento nihil aliud exigi vt omnia quæ in eo conti-
nentur, reuocata intelligantur, eo ſaltem caſu quo nulla
ſit in teſtamento clauſula derogatoria, quidni eadem
ratione fatebimur clauſulam derogatoriam ſi qua in eo
teſtamento reuocato adſcripta ſit, reuocatam quoque
intelligi debere? Cur enim potentior eſſe debeat, quàm
legata, & cætera in eodem teſtamento contenta, ſiue ſin-
gula pro vnius teſtamenti partibus recipias, ſiue pro
totidem teſtamentis ſeparatis? Nam quod in priore te-
ſtamento adiecta ſit, vel non ſit clauſula derogatoria, ad
id tantùm prodeſſe poteſt, vt reuocato priore teſtamen-
to ipſa etiam clauſula derogatoria ſi qua inſerta fuit,
reuocata dici debeat, quæ ſi nulla fuiſſet vtique reuoca-
ri non potuiſſet. At non etiam vt impediat reuocatio-
nem teſtamenti ne ipſa quoque ſimul cum teſtamento
reuocata videatur. Ita enim fieret vt prius teſtamen-
tum quod alioqui per ſecundum foret ipſo iure reuoca-
tum defenderetur, vireſque ſuas acciperet ex clauſula
derogatoria, quæ tamen ipſa pendeat à teſtamento. At-
qui ita vt principale confirmaretur per acceſſorium, &
totum per partem: quæ omnia quàm abſurda ſint, ſi
Iureconſultos conſulamus, docet ſatis ratiocinatio
Papin. *in l. quod per manus. 10. D. de iur. codicill. & Paul.
in l. ex pupillari. 44. de vulg. & pup. ſubſt.* Nec ad rem
pertinebit ſi quis obiiciat clauſulam derogatoriam non
tantùm poſſe conſiderari tanquam partem teſtamenti,
ſed etiam quaſi proteſtationem quandam præambulam
quæ declaret voluntatem & conſenſum in poſteriore
teſtamento deeſſe. Sic verò conſideratam non eſſe ne-
ceſſarium vt pendeat à teſtamento, cùm poſſit proteſta-
tio fieri & plerumque commodiùs, etiam extra teſtamen-
11 tum. Nam reſpondeo illa etiam † quæ extra teſtamen-
tum fieri potuerunt ſi in teſtamento facta ſint, neceſſa-
rio corruere & reuocari, reuocato alitérve corruente te-
ſtamento, vt cernere eſt in fideicommiſſis, quæ certum
eſt & ab inteſtato relinqui poſſe: & tamen cùm in te-
ſtamento relicta ſunt ſi teſtamentum corruat, nullo mo-
do deberi niſi à legitimis ſucceſſoribus fuerint repeti-
ta *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert. l. 1.
C. eod. l. ea quam. 14. C. de fideic.* quia quiſquis fideicom-
miſſum in teſtamento ſimpliciter relinquit videtur id

animo agitare, vt ita demum velit illud valere ſi teſta-
mentum quoque valeat, *l. ſi iure. 18. de legat. 3.* Præpo-
ſterum igitur † eſt ac proinde ridiculum dicere, Impe- 12
diri reuocationem prioris teſtamenti ob clauſulam de-
rogatoriam in eo appoſitam, cùm prius eſſe debeat vt
teſtamentum non ſit reuocatum, quàm vt clauſula de-
rogatoria in ipſo adſcripta debeat aliquid operari. Sed
illud euidentius abſurdum dicere. Non pœnitere teſta-
torem ſpecialiter prioris voluntatis, cùm expreſſim eum
pœnitet prioris teſtamenti. Aut non pœnitere illum
prioris teſtamenti, cùm poſterius condit, quod ſit iure
perfectum. Nam vel neceſſe eſt, vt putet poſſe quem
decedere cum pluribus teſtamentis, quod tamen ne
quidem ex clauſula derogatoria colligi poteſt, quippè
quæ ſupponit non niſi vnum teſtamentum valere poſ-
ſe, Vel vt poſterius teſtamentum condendo ſolemni-
ter, illudat manifeſtè non modo teſtibus, ſed etiam legi-
bus: quorum neutrum ſanè lex ferre poteſt, quæ tamen
ſola hac in re conſulenda eſt, cùm ſola tribuat & indul-
geat ius teſtandi. In eoque manifeſta eſt differentiæ ra-
tio inter clauſulam † derogatoriam poſterioris legati in 13
eodem teſtamento relicti & clauſulam derogatoriam
poſterioris teſtamenti, vt ſuperiore Decade oſtendimus,
quia non ſicut poteſt in eodem teſtamento eidem ſæ-
piùs legari, pluraque legata in eodem teſtamento relin-
qui in ſpecie *d. l. ſi quis.* Ita poteſt fieri vt quis decedat
cum duobus teſtamentis. Proinde mirum non eſt quod
nos volumus, etiam admiſſo eo quod interpretes putant
& nos negamus, vt clauſula poſterioris legati deroga-
toria ſpecialiter & expreſſim reuocanda ſit. Non adeò
tamen fieri conſequens, vt clauſulam poſterioris teſta-
menti derogatoriam ſpecialiter in poſteriore reuocari
oporteat, cùm citra vllam ſpecialem expreſſionem reuo-
cetur ſatis per ipſius teſtamenti prioris reuocationem,
teſtamentum verò prius per poſterius. Concludamus † 14
igitur ad reuocandum teſtamentum prius in quo tal[is]
clauſula inſerta fuerit, non modò ſufficere generalem
reuocationem, ſed neque neceſſariam illam eſſe, ſuffi-
ciente ſola poſterioris teſtamenti poteſtate propter con-
iunctam iuris autoritatem: Nec quicquam referre qui-
bus verbis clauſula derogatoria concepta ſit: Nec rur-
ſus an vnum teſtamentum præceſſerit an plura. Adeó-
que nec an in poſteriore teſtamento facta ſit aliqua mé-
tio prioris, an nulla. Quod ſi admiſſo interpretum er-
rore fateamur clauſulam derogatoriam poſterioris te-
ſtamenti alicuius eſſe ponderis, vt expreſsè illam reuo-
cari oporteat, hoc ſaltem aſſecuti videmur vt iam appa-
reat generalem quamlibet reuocationem ſufficere, nec
ſpecialem requiri. Nam ſi nullam requiri probauimus,
multò magis probatum relinquitur ſufficere genera-
lem. Nec me mouet quod Socinus † obiicit ex *leg. 1. §.* 15
inter. D. ad leg. Cornel. de falſ. vt probet aliud eſſe con-
firmari teſtamentum aliquod generaliter, quòd ſit cùm
vna ſubſcriptione confirmantur omnia quæcunque te-
ſtamento continentur. Aliud verò confirmari ſpeciali-
ter aliquid quod in eo contineatur, per ſpecialem ſcili-
cet ſubſcriptionem: Inferens ex eo, pari ratione genera-
lem teſtamenti derogationem & reprobationem dici de-
bere, cùm teſtamentum ipſum reuocatur & generaliter
omnia in eo contenta, Specialem verò ſi quid ex iis
quæ in teſtamento continentur ſpecialiter reuocetur.
Etenim reſpondeo non eandem eſſe hac parte adpro-
bandi & reuocandi teſtamenti rationem. Adprobatio-
nem teſtamenti generalem non ſemper ſufficere ſed in-
terdum ſpecialem requiri, vt in ſpecie *d. §. inter;* cùm ex-
traneus ſibi aliquid in alterius teſtamento adſcripſit,
quia fieri facilè poteſt, vt toto reliquo ſubſiſtente teſta-
mento, illa tamen clauſula falſa ſit per quam ſibi ex-
traneus adſcripſit, quomodo illam pro falſa habet lex
Cornelia, ſi non ſpeciali adprobatione ſuſpicio iſta falſi
purgetur. At fieri nunquam poteſt, vt reuocato gene-
raliter teſtamento, non etiam reuocata intelligantur
omnia,

Digitized by

omnia, quæ in teſtamento fuerant conſtituta, quia ſi teſtamentum ipſum non valet propter reuocationem, nihil quoque valere poteſt eorum omnium quæ eo teſtamento continentur. Quid ergo poteſt prodeſſe, ſpecialiter reuocari clauſulam derogatoriam, aut qua ratione poteſt neceſſaria videri talis reuocatio ſpecialis, ſi teſtamentum ipſum ſpecialiter nedum generaliter reuocatum proponatur, per poſterius teſtamentum, in quo præſertim alij fuerint heredes inſtituti, quàm qui fuerant in priore?

ERROR II.

Si in ſecundo teſtamento appoſita ſit clauſula, non obſtante tali teſtamento manu talis tabellionis recepto, Et de aliis caſibus. Et ad l. ſancimus. 25. C. de teſtam.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli de reuocatione teſtamenti per hanc clauſulam* non obſtante tali teſtamento manu talis tabellionis recepto.

2 *Quid Baldus hic ſenſerit.*

3 *Quid Socinus.*

4 *Quæ circumſtantiæ iudicem maximè mouere debeant vt pro ſecundo teſtamento pronuntiet ex placito interpretum.*

5 *Sententia autoris de poſterioris teſtamenti validitate.*

6 *Secundum teſtamentum factum coram Principe vel iudice ex omnium ſententia primum tollit.*

7 *Cur teſtes teſtamentarij durare debeant donec ſuprema conteſtatio peragatur.*

8 *Interpretes volunt reuocationem ſpecialem neceſſariam non eſſe ſi ſecundum teſtamentum factum ſit integro decennio poſt primum.*

9 *An debeat maior eſſe fauor teſtamenti ſecundi perfecti poſt lapſum decennium, quam eius quod fuerit perfectum altero die poſt primum.*

10 *Teſtamentum non eſt ex earum rerum genere quæ nuda voluntate aut conſtitui poſſunt aut reuocari.*

11 *Qui fiat vt hodie poſterius teſtamentum factum poſt decennium etiam minus ſolemniter tollat prius.*

12 *Lapſus decennij prodeſſe poteſt ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento adhibitæ.*

13 *Iuſtinianus non id egit vt poſterius teſtamentum tacitam intelligatur habere clauſulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm poſt decennium factum eſt.*

14 *Fruſtra quæri à Socino & aliis coniecturas mutatæ voluntatis cùm adſunt expreſſa teſtatoris verba.*

1 HABVIT hic caſus diſſentientes nobiliores interpretes. Bartolus † enim *ad leg. ſi quis in princ. num. 8. de legat. 3.* putat non ſufficere huiuſmodi reuocationem. Niſi clauſula derogatoria in priore teſtamento poſita ſimpliciter fuerit concepta in hunc modum, *ſi aliud teſtamentum fecero nolo valere*, nullis aliis verbis additis quæ facere debeant, vt ſpecialiori opus ſit re-

2 uocatione. Baldus † verò *in leg. humanum, C. de legib.* ſufficere omni caſu talem reuocationem tanquam quæ ſatis ſpecialis ſit hoc ipſo quod tam ſpecificam habet relationem ad prius teſtamentum: quam ſententiam alij quoque ſecuti ſunt quos refert Socin. *ad leg. ſi mi-*

3 *hi & tibi. 12. §. in legatis, num. 9. de legat. 1.* Ipſe † verò valdè dubius, quod iis euenire neceſſe eſt qui à iuris ratione aberrantes fluctuant in errore, non facilè poteſt decernere in quã partem propenſior eſſe debeat. Ait enim conſiderandum eſſe quod aut volumus ſecũdum teſtamentũ præualere, quaſi appoſita ſit ſufficiens clauſula reuocatoria hoc ipſo quod facta eſt relatio ſpecifica ad prius teſtamentũ. Et hoc, inquit, eſt falſũ, quia dicitur eſſe generalis, non ſpecialis. Aut volumus dicere ſecundum teſtamentum præualere, quaſi tunc dicatur clarè conſtare de mente teſtatoris ex eo quia multũ ſpecificè retulit ſe ad certum teſtamentum manu certi tabellionis conſcriptum. Et tunc fortè non eſſet abſurdũ dicere, quòd ſecundum præualeret, quia, inquit, iſta eſt vna maxima in hac materia ſecundùm Doctores, quòd vbi poſſumus coniecturare teſtatorem voluiſſe ſecundũ teſtamentum valere non curamus qualiter clauſula reuocatoria appoſita fuerit. Itaque vt nihil concludat, hoc vnũ concludit, quod hodie Doctoribus noſtris frequentiſſimum eſt, Eſſe rem hanc ex earum numero quas arbitrarias vocant, & in hac quæſtione poſſe iudicem ex variis circumſtantiis aliquando in vnam, aliquando in alteram partem moueri. Circumſtantiæ † autem quæ in- 4

dicem maximè debeant mouere, vt pro ſecundo teſtamento pronuntiet, iuxta ea quæ idem Socin. tradit *n. 15. & ſeqq.* hæ potiſſimum ſunt. Si inter primum & ſecundum teſtamentum interceſſerit decennium. Ex *l. ſancimus. 27.* vbi Bald. *& alij. C. de teſtam.* quæ induxit vt prius teſtamentum quamuis perfectum tollatur per poſterius etiam imperfectum tam ex contraria voluntate quàm ex curſu temporali, quamquam nulla ibi mentio clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ, vt nec alio vllo iuris loco. Item ſi poſt primum & ante ſecundum teſtamentum interuenerint graues inimicitiæ inter teſtatorem & heredem in priore teſtamento inſtitutum, *arg. l. 3. in fin. D. de adim. leg. l. in confirmando. 8. l. vtilitatem. 10. D. de confir. tutor.* Item ſi magna ſit adfectio teſtatoris erga perſonam in poſteriore teſtamento ſcriptam. Ex Bald. *in leg. ſi in iure. C. de manum. teſt.* Rurſum ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit velle ſecundum teſtamentum omninò valere, & quod in eo contenta ſortiatur effectum. Iuxta opinionem Baldi *conſ. 196. incip.* Reperitur quod quidam dixit *lib. 3.* vbi ait perinde hoc eſſe ac ſi ſpecialiter teſtator expreſſiſſet de clauſula derogatoria cùm nihil aliud requiratur vbi conſtare poteſt de mente teſtatoris. Ex traditis per Ioan. Andr. *in cap. 1. de conſtit. in 6.* Poſtremò ſi teſtator in ſecundo teſtamento dixerit velle ſe illud eſſe præciſum. Nam & hoc verbum volunt noſtri habere vim clauſulæ derogatoriæ, ſecuti Iacob. de Aretin. *leg. omnes populi. de inſtit. & iur. Abbat. in cap. ex parte de reſcript. Ioa. Andr. in c. 1. ad fin. de exceſſ. prælat. lib. 6.* Ego verò ſicut † om- 5

nibus iſtis caſibus in quibus fatentur noſtri teſtamentum poſterius valere cum ipſis ſentio, quia nec aliud ſentirem etiamſi ex ſupradictis omnibus circumſtantiis quarum aliquam ipſi requirunt, nulla prorſus interueniret. Ita non poſſum facere quin ridiculum eſſe putem dubitare. An in ea ſpecie quam propoſuimus præualere debeat omnimodo poſterius teſtamentum. Quidni enim præualeat etiam ſecundum ipſas interpretum traditiones cùm tam aperta ſit hoc caſu reuocatio, & tam ſpecifica prioris teſtamenti, per deſignationem perſonæ tabellionis qui teſtamentum excepit? Aut quis tunc dubitationi locus relinquitur an teſtator ſenſerit de eo teſtamento reuocando? Neque rurſus video quomodò poſſint iſta ſtare quæ tamen Socinus & alij pro compatibilibus habent, vti non modò teſtamentum prius ſed ipſam quoque clauſulam derogatoriam teſtamento illo priore appoſitam ſpecialiter reuocari oporteat, Et vt ſufficiat conſtare de mente teſtatoris, quod velit ſecundum teſtamentum valere. An non enim ſemper conſtat & quidem clariſſimè, quoties poſterius teſtamentũ iure perfectum eſt cùm nullomodo fieri queat vt ſubſiſtat vtrumque teſtamentũ, aut vt non ex iuris ratione prius teſtamentum per poſterius perfectum euertatur, etiam-

ſi nulla prorſus facta ſit mentio prioris teſtamenti ?
Quantò magis ergo ſi expreſſim ſiue ſpecialibus ſiue
generalibus tantùm verbis fuerit reuocatum ? Aut ſi
hoc quoque caſu voluntas in poſteriore teſtamento
deeſſe intelligitur propter præcedentis clauſulæ dero-
gatoriæ poteſtatem, quid obſecro prodeſſe poteſt ad
poſterius teſtamentum confirmandum quod teſtator
dixerit velle ſe illud præciſum eſſe, aut omninò valere
& quod in eo contenta effectum ſortiantur ? Cur
non enim perinde liceat dicere in iis poſterioris teſta-
menti verbis non minùs quàm in cæteris deeſſe volun-
tatem ſi clauſula derogatoria non ſit ſpecialiter reuoca-
ta ? Aut quis teſtator eſt qui non perinde credendus
ſit velle, vt poſterius ſuum teſtamentum valeat & ſor-
tiatur effectum etiam cùm de eo nihil cauit, atque cùm
expreſſim & ſpecialiter id dixit. An fortè quiſquam eſt
tam ſtultus & ridiculus qui teſtamentum ſolemniter
perficiat ideò tantùm, vt nihil agat. Quid verò vn-
quam egerit vel aget ſeriò is qui in re tam ſolemni,
tam honorifica hiſtrionem velit agere dum fingit ſe
agere teſtatorem. Quòd ſi quando ſecundum teſtamen-
6 tum † factum eſt coram Principe vel coram iudice, om-
nes conſentiunt tolli primum per ſecundum, vt Bald.
Alex. & alij notant *in dict. leg. ſancimus*, quia coram
iudice ac fortiùs coram Principe præſumatur ceſſare
omnis ſuſpicio machinationis, vt tractat Socin. *ad dict.*
§. in legatis, num. 13. *ex leg.* 1. *Cod. de pred. cur. lib.* 10.
quidni eadem erit poteſtas & autoritas legis quæ Prin-
cipis vel Iudicis, cùm niſi præſente lege & ſuas ſolem-
nitates adhibente teſtamentum fieri non poſſit. Quam-
uis enim lex in eo differat à Iudice & à Principe quod
neque videt neque videtur, vt præſentem vim vel do-
lum, aut impedire aut coërcere poſſit, an non tamen
æquè ſufficienter conſulit teſtatori, ne quo tempore
teſtator vim vllam dolúmve pati poſſit cùm iubet ad-
eſſe ſeptem teſtes, maſculos, puberes, & ciues Roma-
nos, qui vnico contextu teſtamentum fieri videant, ne-
que quicquam ſe præſentibus, aut vi aut dolo malo
fieri patiantur ? Nam & ob eam cauſam conſtitutum
7 eſt, vt teſtes, † qui in teſtamento propter ſolemnita-
tem adhibentur, durare debeant donec ſuprema conte-
ſtatio peragatur, vt Vlpianus ſcribit *in l. qui teſtamen-*
tò. 20. *§. & veteres. D. qui teſtament. facer. poſſ.* Ne ſci-
licet dubitari poſſit in toto illo actu teſtandi, qui vni-
cus & indiuiduus eſt nihil interueniſſe quod à legibus
boniſve moribus abhorreat. Adeò vt ſi vel vnus ex te-
ſtibus eo in loco vbi teſtamentum factum eſt inuitus
detentus ſit, non valeat teſtamentum, *dict. l. qui teſt.*
§. vlt. quia lex non tantùm teſtatoris, ſed teſtium quo-
que liberam vult eſſe voluntatem. Dices poſſe facilè
contingere vt interueniat vis & dolus ante factum te-
ſtamentum, licèt non interueniat in actu ipſo teſtandi,
& coram teſtibus. In eam rem comparatum eſſe vſum
clauſulæ derogatoriæ, vt ſe præmuniat teſtator aduer-
ſus fraudes vel blanditias, quas ſibi vel ab aduerſariis,
vel ab amicis aut conſanguineis timet. At ego eadem
ratione contendam, Neque illud teſtamentum poſte-
rius debere præualere quod factum ſit coram iudice
vel Principe, ſi in priore fuerat adiecta clauſula dero-
gatoria, quoniam præſentia iudicis vel Principis, ex-
cludit quidem ſuſpicionem omnem præſentis doli,
metúſve, ne quicquam præſente Principe vel iudice
dolo malo, aut per vim metúmve factum videatur,
[quam in rem ſolet etiam ſufficere præſentia amico-
rum, *l. tranſactionem.* 35. *Codic. de tranſact.* quidni
etiam multo magis præſentia ſeptem teſtium in teſta-
mento adhibitorum, qui vt plurimùm ex amiciori-
bus eligi ſolent] ſed non excludit vim vel fraudem
quæ interuenerit antequàm ad iudicem vel ad Prin-
cipem iretur, quandoquidem eodem dolo metúve,
quo quis ad iudicem vel ad Principem ire cogitur, vt
contra voluntatem ſuam teſtetur etiam prohibeatur ne
apud iudicem vel Principem audeat conqueri de dolo
illo, metúve ſibi illato, cùm ſciat non poſſe ſibi ſem-
per adeſſe iudicem vel Principem ad vim fraudémve
arcendam, quam ab aliis ſibi timet. Non igitur maior
ratio eſt, vt clauſulæ derogatoriæ ſpecialis reuocatio
neceſſaria ſit in eo poſteriore teſtamento, quod ſolem-
niter factum ſit coram ſeptem teſtibus qui legis, to-
tiúſque populi maieſtatem repræſentant, quàm in eo
quod coram iudice vel Principe factum proponatur.
Sed & interpretibus noſtris illud valdè obſtat, quod
iam diximus eos fateri † poſt Baldum *ad dict. leg. ſan-* 8
cimus. Clauſulæ derogatoriæ reuocationem ſpecialem
neceſſariam non eſſe, ſi ſecundum teſtamentum fa-
ctum ſit integro decennio poſt primum. Nec enim Iu-
ſtiniani conſtitutio *in dict. leg. ſancimus*, vllam tribuit
vim poſteriori teſtamento poſt tranſcurſionem vt ipſe
loquitur, decennij facto, niſi quantam ipſo iure habe-
ret poſterius teſtamentum, quod ritè factum perfe-
ctúmque eſſet ſequenti die poſt prius, vt ex legis ver-
bis apparet. Ergo ſi clauſula derogatoria in priore te-
ſtamento appoſita non impedit poſterius teſtamentum
etiam per quod non fuerit ſpecialiter reuocata, ſi fa-
ctum illud ſit poſt decennium, neque impediet aliud
poſterius quodlibet quocumque tempore factum dum-
modò iure perfectum. Neque reſponderi pro interpre-
tibus poteſt Iuſtiniani conſtitutionem æquiparare te-
ſtamentum poſterius quod iure perfectum ſit, teſta-
mento imperfecto quod conditum ſit poſt lapſum de-
cennij, ſed ſi teſtamentum † ſecundum ſit & iure per- 9
fectum, & præterea lapſu decennij fauorabile, æquum
eſſe vt in hoc plus iuris habeat quàm aliud teſtamen-
tum perfectum quodlibet, vt citra illam ſpecialem re-
uocationem poſſit prius teſtamentum euertere, quod
priorem clauſulam derogatoriam habebat. Nam re-
plicabo, immò verò non poſſe maiorem eſſe fauorem
teſtamenti ſecundi perfecti poſt lapſum decennium,
quàm eius quod fuerit perfectum altero, aut tertio
die poſt primum : ſiquidem teſtamento perfecto, ne-
que perfectius aliud, neque proinde fauorabilius vl-
lum intelligi poteſt, præſertim verò ex ſolo lapſu tem-
poris, cùm è contrario, quo antiquius eſt primum te-
ſtamentum, eo fauorabilius videri debeat, ſi nulla
eius reuocandi cauſa noua probetur emerſiſſe. Quam-
quam nec cauſam reuocandi teſtamenti aliquam ſu-
perueniſſe ſatis eſt, vt debeat haberi pro reuocato, quia
non eſt teſtamentum † ex earum rerum genere quæ nu- 10
da voluntate, aut conſtitui poſſint aut reuocari, *leg.*
penult. §. vltim. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. §. pe-
nult. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm. multò mi-
nùs ex ſola coniectura mutatæ voluntatis, inducta ex
inimicitiis quæ ſuperuenerunt : quamuis ſufficerent
illæ ad inducendam tacitam legati vel fideicommiſſi
ademptionem, *dict. leg.* 3. *§. vltim. & l.* 4. *D. de adim.*
legat. At neque in tota illa Iuſtiniani conſtitutione
verbum vllum eſt, ex quo poſſit colligi id egiſſe Iu-
ſtinianum, vt poſteriori teſtamento clauſulam tacitam
ineſſe velit ad prioris teſtamenti reuocationem. Ma-
ximè verò ſi ponas in priore teſtamento adeſſe clau-
ſulam derogatoriam, quæ aliquo caſu vel tempore de-
buerit habere effectum. Quod enim hodie † poſte- 11
rius teſtamentum factum poſt decennium etiam mi-
nùs ſolemniter, tollit prius, non fit ex poteſtate vlti-
mæ voluntatis tanquam reuocatoriæ, ſed ſola pote-
ſtate conſtitutionis Iuſtinianeæ quæ inuita iuriſpru-
dentia nouum hoc ius induxit. Cùm ergo ea conſtitu-
tio non loquatur de teſtamento ſolemniter facto poſt
decennium, quia nec indigebat vlla conſtitutione no-
ua teſtamentum tale, vt primum teſtamentum quan-
tumuis ſolemne rumperet ipſo iure : nihil cauſæ eſt
cur ſine lege debeamus fauere teſtamentis ſecundis
poſt

poſt decennium ritè factis potiùs quàm cæteris ante decennium bene ordinatis. Illud verò adhuc abſurdius eſt iis nos fauere quantum ad inducentem tacitam clauſulam reuocatoriam, clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento contentæ, cùm in ipſo etiam legis caſu, hoc eſt, poſteriore teſtamento exiſtente imperfecto, nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum reperiatur. Poteſt ſa-
12 nè lapſus † decennij prodeſſe ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibitæ. Eo prætextu quod per lapſum decennij obliuionis præſumptio inducatur, vt notant noſtri *ad l. peregrè. 44. D. de acquir. poſſeſſ.* Sed hæc ratio non tam inducit tacitam reuocationem clauſulæ derogatoriæ [quomodo enim tacitè illam reuocaſſe videri poteſt qui nec expreſsè potuit reuocare propter obliuionem?] quam tollit eius reuocandæ neceſſitatem, quoniam arctaretur quis ad impoſſibile ſi cogeretur eam clauſulam ſpecialiter reuocare, cuius nullo modo meminiſſet. Deinde quid ſi ex facto proponatur, probetúrque teſtatorem poſterioris teſtamenti tempore non tantùm fuiſſe memorem prioris, ſed etiam clauſulæ derogatoriæ in eo adſcriptæ, quam tamen non reuocauerit ſpecialiter in poſteriore? Ceſſabit hoc caſu fauor temporis quoad præſumptionem obliuionis inducendam, quia ſemper & in omnibus præſumptio cedit probationi veritatis. Et tamen æquè verum erit iuxta interpretum ſententiam, per poſterius teſtamentum nullam habens clauſulam reuocatoriam euerſum fuiſſe prius quod habebat derogatoriam, Nimirum propter concurrentem, vt illi volunt, lapſum decennij cum poteſtate perfecti & poſterioris teſtamenti. Non igitur ſolus prætextus obliuionis quæ ex decennio præſumitur, probabilem facere poteſt hanc interpretum ſententiam, quæ nec Iuſtiniani conſtitutione noua, neque alia vlla, vel veteris, vel noui iuris lege adiuuatur. Aut ſi
13 Iuſtinianum † id egiſſe volumus, vt poſterius teſtamentum tacitam intelligatur habere clauſulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm poſt decennium factum eſt ſolemniter, peto indicari mihi quodnam ſit hac de re verbum in tota conſtitutione, aut rationem aliquam adferri, cur minùs fauorabile ſit teſtamentum iure perfectum, quod antè quàm quod poſt decennium factum ſit. Illud ſanè in tota hac quæſtione ſummopere notandum eſt, quod Socinus ex intentione, vt ipſe loquitur, Doctorum omnium notat, *d. nu. 25.* ſumendam eſſe hanc concluſionem generalem, quod ex quibuſcumque coniecturis iudici conſtare poſſet quod teſtator voluit ſecundum teſtamentum præualere, tollitur primum, licèt ſecundum etiam eſſet ſimpliciter factum, quia tota hæc materia eſt fundata in præſumpta voluntate teſtatoris. In quo nec ego diſſentio, niſi quod hoc
14 amplius volo, Fruſtra † quæri ab iis coniecturas mutatæ voluntatis, vbi neque in ratione iuris, neque in verbis poſterioris teſtamenti vlla ambiguitas eſt, quominùs voluerit teſtator prius teſtamentum per poſterius reuocare, *l. ille aut ille. 23. §. 1. de legat. 3.* abſurdúmque eſſe plus hac in re tribui coniecturis etiam aliunde quàm à teſtamento ipſo petitis, quàm tribuatur expreſſis & diſertis verbis poſterioris teſtamenti.

ERROR III.

De teſtamento per vim vel dolum condito in fauorem doloſi.

SVMMARIA.

1 *Q. an teſtamentum valeat quod factum eſt per vim dolúmve aut heredis inſtituti, aut alterius cuiuſlibet.*
2 *Bartoli & ſequacium de propoſita quæſtione ſententia.*
3 *Oppoſita Iaſonis & Vaſquij opinio.*
4 *Valere teſtamentum etiam per vim & impreſſionem factum, aduerſus Iaſonem.*
5 *Quas actiones prætor concedat aut deneget.*
6 *Quæ indignis auferuntur ea omnia fiſco applicantur.*
7 *Perſona quæ à ſucceſſione ſemel excluſa eſt ſemper ac perpetuò manet excluſa.*
8 *Poſtquam ſucceſſum eſt ex teſtamento nunquam ſuccedi poteſt ab inteſtato.*
9 *Cùm ex teſtamento quod per vim dolúmve factum eſt adiri poſſit hereditas & acquiri, ſequitur neceſſariò vertere ipſum teſtamentum.*
10 *Reſponſio Vaſquij ad leges quæ auferunt hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fiſco; & reſponſionis confutatio.*
11 *A ratione iuris incipere debet, quiſquis veram legum ſententiam aſſequi vult.*
12 *Quænam ſit ratio iuris, cur etiam per vim dolúmve teſtamentum valeat.*
13 *Teſtamentum eſt nullius momenti, cùm in ipſo actu teſtandi vis dolúſve interuenit.*
14 *Prima obiectio Iaſonis & Vaſquij refertur & diluitur.*
15 *Secunda obiectio Vaſquij petita ex vulgaribus teſtamentorum regulis, & eiuſdem confutatio.*
16 *Tertia obiectio petita ab eo quod nec matrimonium valeat, vbi alteruter coniugum coactus refellitur.*
17 *Quarta obiectio Vaſquij refertur & refellitur.*
18 *Quæ actiones dentur ei qui alterius improbitate læſus eſt in eo quod hic coëgerit teſtari defunctum, qui aliàs legitimo heredi hereditatem erat relicturus, & num. 19.*

QVONIAM in præcedentibus diximus, vt clauſulæ derogatoriæ poteſtatem eliderémus, cuius vſum noſtri induxerunt aduerſus metum futuri doli, aut futuræ coactionis quam nos quis timeat, vel ab amicis, vel ab aduerſariis: valere teſtamentum etiam per vim & impreſſionem factum, dummodò ſit ſolemne. Ex eóque apparére nunquam poſſe fieri, vt qui ſolemniter teſtatus eſt audiendus ſit, ſi dicat teſtandi voluntatem ſibi defuiſſe (is enim maximè audiendus eſſet, qui ſe per vim vel dolum alterius coactum probaret, vt teſtaretur) de illo nunc diſputare cogimur, an teſtamentum † valeat quod factũ 2
ſit per vim dolúmve, aut eius ipſius qui heres inſtitutus eſt, aut alterius cuiuſlibet. Ne alioqui obſcurum per obſcurius, adeóque quod magis turpe eſſet, falſum per falſius probaſſe videamur. Quamquam enim communis ea eſt noſtrorum ſententia † poſt Bart. *ad l. vlt. D. ſi* 3
quis aliq. teſtar. prob. vel coëg. ſiue per vim, ſiue per dolum alterius teſtari quis coactus ſit, aut teſtamentum mutare prohibitus, valere nihilominùs ipſo iure teſtamentum ita vt adiri ex eo hereditas poſſit, ſed hereditatem ab inſtitutis tanquam indignis ablatam fiſco applicari, excluſis illis qui ſi teſtamentum nullum factum eſſet, ab inteſtato venturi fuerant. Non deſunt tamen qui contra putent huiuſmodi teſtamenta per vim vel dolum extorta nullius omninò eſſe momenti. Inter quos Iaſon † quem refert, & ſequitur ex recentioribus Hiſpanis ſubtiliſſimus Fernand. Vaſquius, *§. 17. n. 5. & ſeqq.* 4
vbi contrariam aliorum ſententiam tam multis rationibus confutat, & iis quidem ad quas nemo hucuſque reſponderit, vt tandem concludat ſibi eam ridendam potius quàm confutandam videri. Nos contra, † qui pro communi non tam interpretum quàm prudentum opinione pugnamus, quid in vtramque partem adferri poſſit, videamus. Ac primùm pro nobis illud euidenter facit, quòd quibus locis Iurecconſulti aut Imperatores tractant de illo, qui per vim, vel per dolũ prohibuit aliquẽ teſtari,

teſtari, vel coëgit, ſemper habent eum pro indigno,
denegántque ei actiones hereditarias, vt locum faciant,
fiſco, *leg. 1. & 2. ſi quis aliq. teſtar prob. D. & C.* Quorum omnium nihil dici poſſet, ſi teſtamentum ipſo iure non valeret. Quas enim actiones habere poſſet ex inutili teſtamento is qui eſſet inſtitutus? Si verò nul-
5 las haberet, quænam obſecro eidem denegari poſſent?
Prætor † enim cuius eſt actiones concedere vel denegare, inſpecto nimirum iure vetere quo actionum & formularum impetratio nondum erat ſublata per Conſtantini & Theodoſij leges quæ extant, *ſub tit. Cod. de formul. & impetr. act. ſublat.* ſicuti non alias actiones concedere poteſt, quàm quæ vel ciuili, vel prætorio, vel ſaltem extraordinario iure competunt, ita neque alias denegare. Prius ſiquidem eſt vt actio competat, quàm vt vel detur à prætore vel denegetur. Et rurſus, quomodo poſſet hereditas auferri heredibus in eiuſmodi teſtamento inſtitutis, tanquam indignis, quam ipſi nunquam habuiſſent? Nam & ob eam cauſam totus *tit. de his quæ vt indign. D. & C.* ſic accipitur ab inter-
6 pretibus omnibus & rectè, vt quæ indignis † auferuntur omnia fiſco applicentur: nimirum propterea quod ea neceſſe eſt indignis primum acquiri ex teſtamento, per quam acquiſitionem extincto ſemel iure illorum, qui alioquin erant venturi ab inteſtato, nihil ſupereſt quod de illis poſtea tractari poſſit, aut cur aliquam iis iniuriam facere videri fiſcus debeat, qui nihil ſibi vindicat niſi quod ipſi nunquam fuerant habituri, quippè per acquiſitionem iam ex teſtamento factam excluſi. Eſt enim veriſſima & perpetua in omnibus præſertim ordinariis inteſtatorum ſucceſſionibus regula illa quam & interpretes noſtri extra certos caſus probant. Perſo-
7 nam quæ à ſucceſſione † ſemel excluſa fuerit ſemper ac perpetuò manere excluſam nec ſanè vllus caſus excipiendus eſſet, ſi non inductæ eſſent hodie quædam excluſiones temporariæ per ſtatuta locorum & per iuratas renunciationes, quibus filiæ præſertim dotatæ excluduntur à parentum inteſtatorum ſucceſſionibus fauore maſculorum, & quandiu maſculi ſupererunt, de quibus Bart. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Itaque progreſſus quidem fit à ſucceſſione teſtati ad ſucceſſionem inteſtati, antequam ſucceſſio ex teſtamento acquiſita ſit, *l. 1. D. ſi tab. teſtam. null. extab. vnd. liber.* Sed poſtquam
8 † ſucceſſum ſemel eſt ex teſtamento nunquam ſuccedi poteſt ab inteſtato, ſicuti nec fieri regreſſus à ſucceſſione inteſtati ad ſucceſſionem teſtati, niſi cùm ea lex fuit teſtamenti, vt *in leg. ſi quis ita. 82. D. de hered. inſtitut.*
9 Cùm igitur ex † teſtamento quod per vim dolúmve factum eſt, adiri poſſit hereditas & acquiri, vt deinde heredi tanquam indigno auferri poſſit & fiſco applicari, fatendum neceſſariò eſt valere ipſo iure teſtamentum, quoniam inauditum eſt adiri poſſe hereditatem ex eo teſtamento quod non valeat, cùm hereditatis delatio ſemper præcedat aditionem, *leg. delata 153. de verbor. ſignificat.* lex autem cuius ſolius eſt hereditatem deferre, nunquam deferat ex eo teſtamento, quod ipſa non confirmauerit moriente teſtatore, nec rurſus confirmet vnquam teſtamentum quod minùs ſolemniter factum proponatur, *leg. lege obuenire. 130 eod. tit.* Nec reſponderi poteſt quod Vaſquius † reſpondet, leges illas
10 quæ auferunt hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fiſco, ſiue teſtari alium quis coëgerit ſiue prohibuerit ad eum caſum coarctandas eſſe quo ſint illi veri quidem heredes, ſed alio iure quàm ex eo teſtamento, puta ſi iidem illi qui ab inteſtato ſucceſſuri erant coëgerint teſtatorem, vt heredes eos ſcriberet cùm aliud ſcribere vellet, quo caſu ceſſante quoque cauſa teſtamenti quod ipſi per vim extorſerint, remanent nihilominùs heredes ſaltem ab inteſtato, vt proinde poſſit iis meritò tanquam indignis auferri hereditas, quam neque ex teſtamento neque ab inteſtato haberent, ſi vim non feciſſent. Nam poteſt quidem hæc interpretatio in eos cadere qui alium quem teſtari prohibuerunt, ſiue ipſius hereditatem ab inteſtato hac ratione conſecuti ſint tanquam legitimi ſucceſſores, ſiue ex alio priore teſtamento quod immutatum fuiſſet ſi prohibitio teſtandi nulla interueniſſet. At non poteſt cadere in eos qui teſtatorem teſtari coëgerunt. Non ſolùm quod vix ſit, vt hæc coactio per eos fiat qui poſſint ſuccedere ab inteſtato cùm nullo iſti egeant teſtamento ad ſuccedendum, poſſitque iis ſufficere, ſi prohibeant teſtari volentem ne teſtetur. Verùm etiam quia ratio nulla eſſet, vt heredibus ſcriptis auferretur tanquam indignis hereditas quam non haberent quaſi ſcripti & ex eo teſtamento, ſed tanquam legitimi & ab inteſtato. Ibi enim pœna eſſe debet vbi delictum eſt. Delictum autem iſtorum nullum fuit circa ſucceſſionem inteſtati; ſed tantùm circa ſucceſſionem teſtamentariam, cùm teſtatorem cogendo, vt teſtaretur, tanto magis fecerint ne ab inteſtato hereditas deferri poſſet, ſecuta præſertim ex eo teſtamento aditione. Hactenus ergo puniri debent ne lucrum aliquod ex eo teſtamento retinere poſſint; non etiam, vt iis tanquam legitimis heredibus hereditas auferatur, quippe quam nec ab inteſtato habuerint, nec habere vnquam potuerint à quo tempore ſibi eam ex teſtamento acquiſiuerunt. Quamquam ſi omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem illam ab inteſtato poſſidere vellent, vt fiſcum excluderent, non deberet ea res fraudi eſſe fiſco, in cuius iniuriam conſilium malum quod ab initio iniiſſent mutare poſtea non potuiſſent iuxta regulam iuris, *leg. nemo poteſt mutare. 75. de regul. iur.* Alioquin eſſet ineptiſſima illa ratio auferendæ iis legitimæ ſucceſſionis, quod patrem familias per vim teſtari coëgiſſent: Nec alio caſu bona eſſe poteſt quàm quo per vim prohibita facultate teſtandi acquiſiuerit quis ſibi ius ſuccedendi ab inteſtato. Itaque ſi legibus agamus, expeditum eſt valere teſtamentum etiam quod vi dolóve alterius factum fuerit. Si verò
ratio iuris quærenda eſt, à qua † meo iudicio incipere 11
ſemper debet quiſquis veram legum ſententiam aſſequi velit. Iam docuimus in præcedentibus actum te-
ſtandi tam ſolemnem † eſſe, vt cùm in eo adhibitæ 12
ſunt omnes iuris ſolemnitates non ſit poſtea permittendum ſiue teſtatori ſiue alij cuilibet, vt dicat teſtandi voluntatem in eo actu defuiſſe. Et quamuis ea res non purget dolum metúmve, ſi quis præceſſerit factionem teſtamenti, quin perinde vindicandus ſit in perſona eius, qui vel dolum admiſit, vel vim metúmve intulit, ſufficit tamen ad hoc ne dici poſſit, teſtamentum ſine voluntate teſtandi factum eſſe: non quod coacta voluntas hoc caſu voluntas dici debeat, in quo ſcilicet ſi quando vnquam aliàs debet eſſe libera, ſed quia neque coacta poteſt dici inſpecto eo tempore in quo tam ſolemniter declarata fuit, ac præſente quodammodo ipſa lege, cuius vicem ſolemnitates iuris obti-
nuerunt. Nam ſi poneres in actu ipſo teſtandi † vim 13
dolúmve interueniſſe, quod non aliter fieri poſſet quàm ipſis quoque teſtibus vim illam dolúmve participantibus, ſiue faciendo, equidem non dubitarem quin teſtamentum ipſo iure nullius eſſet momenti, cùm vel vni ex teſtibus vim factam eſſe ſufficiat eo tempore, vt teſtamentum infirmetur, *dict. leg. qui teſtamento. 20. §. vltim. D. qui teſtament. facer. poſſ.* Quanto magis eo tempore teſtator ipſe, aut vim aut dolum patiatur? Sed aliud eſt de ea vi tractare quæ teſtamentum præceſſerit, ad quam pertinet diſputatio noſtra, aliud verò de illa quæ in actu ipſo teſtamenti interuenerit, de qua nunc tractamus. Ponimus enim teſtamentum ſolemniter factum fuiſſe. Implicat verò contradictionem, vt ſolemniter factum ſit, & vt vis aliqua, ſiue teſtatori, ſiue teſtibus impreſſa fuerit eo tempore quo fiebat, cum ſit hæc vna ex teſtamentorum ſolemnitatibus, vt teſtes non ſolum adeſſe,

eſſe, ſed etiam à teſtatore ipſo rogatos eſſe oporteat.
Cui ſolemnitati nihil tam contrarium eſſe poteſt, quàm
ſi vel inuiti teſtes detineantur vel inuitus teſtator vt
eos roget per vim adigatur. Ex quibus facillimum eſt
ad omnia Iaſonis & Vaſquij argumenta reſpondere.
14 Primùm enim obiiciunt † quod Vlpian. ſcribit *in d.l.*
vlt.qui teſtamento. Si teſtes inuiti detenti ſint ibi vbi te-
ſtamentum factum eſt, non valere teſtamentum. Quan-
to minùs ergo valebit, inquiunt, ſi non teſtibus: ſed te-
ſtatori facta vis probetur; Nos vero fatemur bonam eſ-
ſe ratiocinationem à teſtibus ad teſtatorem, ſed non ſi-
militer ab ea vi, & coactione de qua loquimur, ad eam
de qua Vlpian. *in d.§.vlt.aut contrà.* Vis facta, ſiue teſti-
bus, ſiue teſtatori in actu ipſo teſtandi, impedit ſanè va-
liditatem teſtamenti, ſed non ea per quam coactus quis
fuit, vt ſumeret conſilium teſtandi, ſi poſtea ſolemnita-
tes omnes interuenerunt ne alioqui eueniat, vt & te-
ſtibus & legibus illudere videatur is qui non ſolùm
teſtandi voluntatem qualemqualem præ ſe fert, ſed etiã
liberam, & talem vt in teſtium poteſtate non ſit ſuſpi-
cari vim aliquam dolúmve in eo actu interuenire. Præ-
ſertim cùm fieri etiam poſſit, vt qui teſtandi conſilium
nunquam cœpiſſet ſi vis ei facta non fuiſſet, poſtea te-
ſtatus ſit ſeriò & ex animi ſui ſententia. Quòd quoniam
in ipſius mente poſitum eſt, quam inueſtigare lex non
poteſt, aut percipere melius quàm ex verbis factiſque
teſtatoris, quid aliud facere poteſt niſi vt credat ſeriò
teſtari ſic voluiſſe illum, qui & iis verbis vſus eſt, quibus
teſtamenta concipiuntur, & eas prætereà ſolemnitates
adhibuit, quas adhibere coguntur ij demum qui ſeriò
& iure teſtari volunt, qui denique nullam eo tempore
& coram teſtibus ſignificationem dedit contrariæ vo-
luntatis, aut violentiæ ſibi illatæ. Quamquam ea res, vt
dixi, non excuſat factum illius qui poſtea probatur in-
tuliſſe vim, vel dolum admiſiſſe, vt is qui omninò non
teſtari, aut aliter teſtari voluerat ſic teſtaretur, quomi-
nus id quod tam improbè malóque more contra leges
geſtum eſt, ipſis etiam legibus vindicetur. Et ſanè quid
eſſet incertius iure teſtamentorum ſi eorum validitas
impediri poſſet ex ea vi quæ aliquando illata fuiſſet an-
te teſtamentum, & de qua nihil vnquam teſtes audiuiſ-
ſent vel ſuſpicari potuiſſent? Maximè cùm ſi qua vis,
vel metus dolúſve inferatur ad teſtandum, in occulto
id fieri ſoleat, & tam cautè, vt eius probatio non niſi
difficillima eſſe poſſit. Atqui conſtanter veteres pru-
dentes decreuerunt, iura teſtamentorum ipſa per ſe fir-
ma eſſe oportere, non ex alieno aut arbitrio aut facto
pendere, *leg. illa inſtitutio.* 32. *D. de hered. inſtit.* Adeò vt
neque ex ipſius teſtatoris arbitrio pendere poſſint. Etſi
enim poſitum eſt in arbitrio teſtatoris an teſtari velit,
néc-ne, & an hunc, an illum heredem inſtituere. Si ta-
men teſtetur ſolemniter, non eſt in ipſius arbitrio an te-
ſtamentum valeat, néc-ne. Et quod de iudicibus ſcribit
Papin. *in leg. ordine.* 15. *D. ad municip.* facti quidem quæ-
ſtionem in poteſtate ipſorum eſſe, ſed iuris autoritatem
non eſſe, idem de teſtatoribus quoque omnibus dici
poteſt, iuris autoritatem ad quam pertinet vt teſtamen-
ta vel confirmet vel infirmet in eorum arbitrio non eſ-
ſe niſi hactenus, vt in eorum poteſtate ſit, ſolemnitates
neceſſarias vel adhibere, vel non adhibere, quod facti
15 eſt non iuris. Quòd verò iidem Iaſon † & Vaſquius
afferunt ex vulgaribus illis teſtamentorum regulis,
Teſtamentum eſſe voluntatis noſtræ non alienæ iuſtam
ſententiam, & ſic dictum à teſtatione mentis, deberét-
que liberum eſſe teſtatori cuilibet teſtandi arbitrium,
leg. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ. quorum omnium nihil videtur
poſſe conuenire ei teſtamento quod per vim, dolúmve
alterius factum probetur, quippè cui non tam teſtatoris
quam eius qui vim dolúmve intulit voluntas cauſam
& formam dediſſe videatur, facillimè ex ſupradictis
diſſoluitur. Lex enim non poteſt non habere pro vo-
luntate teſtatoris omnem illam voluntatem quam te-
ſtator ſuam eſſe dicit coram teſtibus, & inter ipſas iu-
ris ſolemnitates, neque curat quid ante teſtamentum
factum ſit, ſed quid ipſo teſtandi actu fiat, quia neque
ex iis quæ præceſſerunt æſtimatur teſtamentum, ſed ex
momentanea illa & indiuidua ſupremi iudicij conte-
ſtatione, in qua ſatis eſt, neque vim neque dolum præ-
ſentem interueniſſe, ſed adhibitas eſſe illas ſolemnita-
tes quibus contenta lex eſt, vt de viribus teſtamenti
dubitari non poſſit. Propter quam cauſam ſolet hodie
in omnibus ferè teſtamentis adhiberi cautio illa, vt te-
ſtator dicat coram teſtibus, ſe neque vi neque dolo ſed
ſpontè & vltro teſtari. Quæ clauſula licèt non excludat
probationes doli ante teſtamentum adhibiti præſertim
quia notarij magis quàm ipſius teſtatoris verba illa eſ-
ſe creduntur, prodeſſe tamen debet ad hoc vt præſen-
tem vim dolumve coram teſtibus non fuiſſe paſſum te-
ſtatorem appareat, quod ſatis eſt ad validitatem teſta-
menti. Minùs autem me mouet quod obiicitur † de 16
matrimonio, Non valere illud ſi alteruter coniugum
coactus probetur, *cap. gemma, de ſponſal.* Eſt enim hac
parte longè diſpar ratio matrimonij & teſtamenti, quia
matrimonium eſt coniunctio quæ fit non tantùm à le-
ge diuina ſed etiam à Deo ipſo, quem non poteſt latere
ſecretum coactæ voluntatis, quique ideò coactam il-
lam voluntatem habet pro noluntate, cum quoque cùm
ab hominibus libera & ſpontanea eſſe creditur. At in
teſtamentis ordinandis ſola legis autoritas ſe interpo-
nit, lex autem neſcit coactam eſſe voluntatem illam,
quam teſtator ipſe ſpontaneam dicit, neque credit poſſe
fieri vt non eo tempore voluntas libera & ſeria ſit, quæ
tot ſolemnitatibus munitur. Illa fortior † obiectio vi- 17
detur, quam Vaſquius ait poſſe ſolam ſufficere tanquam
quæ naturali potiſſimùm nitatur æquitate, quòd abſur-
dum ſit, & iniquum legitimos ſucceſſores propter quos
nolebat teſtator facere teſtamentum vt heredes illos
habere poſſet, affici damno & amittere hereditatem ob
improbum factum eius, qui patremfamilias inuitum
adegit ad teſtandum, nec quicquam cauſæ eſſe cur præ-
textu heredis inſtituti qui certè indignus eſt, emolu-
mentum hereditatis legitimæ auferatur iis qui nihil
peccauerunt. Ne aliter poſito iure fatendum ſit alieno
odio alium prægrauari, quod Iuſtinianus iniquum eſſe
ait *in l. ſi quis ſuo.* 35. *§. legis. Cod. de inoffic. teſtam.* Sed
reſpondendum eſt hanc obiectionem, ſupponere pro
verò id quod nos tanquam falſum negamus, teſtamen-
tum, vi dolóve malo extortum nullius eſſe momenti.
Nam ſi non valeret ac nihilominùs hereditas fiſco ap-
plicaretur, fieret ſanè iniuria legitimis heredibus qui ex
alieno facto damnum hereditatis incurrerent. Sed cùm
valeat teſtamentum, atque ita excluſa ſit ſucceſſio inte-
ſtati, cui nimirum locus eſſe non poteſt ſubſiſtente te-
ſtamento ex quo adiri poſſit hereditas, non habent le-
gitimi heredes de quo conquerantur, niſi de ipſo te-
ſtatore, qui teſtando etiam per vim dolúmve alterius,
fecit tamen ne poſſent illi vnquam ſuccedere ab inte-
ſtato. Habent certè etiam quod de illo conquerantur
qui vim metúmve intulit. Hactenus nempè vt per
actionem de dolo † conſequantur quanti ſua intereſt, 18
in quo pretium ſaltem amiſſæ hereditatis continebi-
tur, *leg. Lucius.* 88. *§. Sempronia, de leg.* 2. Sed aliud eſt
eos de indemnitate conſequenda, aliud verò de iure
teſtamenti aut legitimæ ſucceſſionis, diſputare: neque
apertior in hanc rem textus quærendus eſt, quàm in
reſponſo illo Scæuolæ quod extat, *in dict. §. Sempronia,*
vbi cùm proponeretur Semproniam ſubſtitutam here-
di inſtituto legata accepiſſe ſub ea conditione ſi heres
non eſſet. Illa verò contenderet dolo malo heredis
inſtituti factum eſſe, quominùs teſtatrix volens eam
primo gradu heredem ſcribere, mutaret teſtamentum.
Non ponit Scæuola dubitatum ex ea cauſa fuiſſe de vi-
ribus teſtamenti an valeret néc-ne, ſed tantùm de in-
demnitate quam per actionem de dolo Sempronia

vrgebat: vnde etiam eſt quod ibi Scæuola reſpondet, Semproniam etiamſi in actione illa. De dolo non obtinuerit, legati tamen quod in eo teſtamento ipſi relictum fuerat perſecutionem ſaluam habere, quia vt ibidem verè notat Baldus, non tam teſtamentum ipſum quàm perſonam heredis impugnaſſe intelligitur, ob idque nec commodum teſtamenti admittere debet. Atqui certum eſt in toto hoc tractatu nihil prorſus intereſſe, an vis adhibita ſit doluſve in eo vt quis teſtari cogeretur, an in eo vt vel omninò teſtari, vel teſtamentum quod ante feciſſet mutare prohiberetur. Omni caſu te-
19 ſtamentum valere fatendum eſt, ſolámque † de dolo actionem ei qui ex alterius improbitate læſus ſit, ſupereſſe. Niſi quod noſtri etiam dant condictionem ad duplum ex Iuſtiniani *Nou.* 134. *vt nulli iudic. c.* 3. §. *& hoc peruenit*, locum illum intelligentes nec abſurdè non tantùm de iudicibus, ſed & de alio quolibet, propter verba illa quæ in hanc rem aperiſſima, *vel alij cuilibet*. Nec enim priuato cuiquam permittendum eſt quod ipſis etiam iudicibus interdicatur, licet nonnulli ex noſtris interpretibus de illo dubitarint, vt videre eſt apud Iaſ. *in l.* 1. *C. ſi quis aliqu. teſt. prohib.*

ERROR IV.

Si non exiſtente ſoluendo eo, qui dolo malo teſtari quem prohibuit vel coëgit, pars læſa velit agere contra fiſcum.

SVMMARIA.

1 *Bartolus exiſtimat non exiſtente ſoluendo eo qui dolo malo teſtari quem prohibuit vel coegit, partem læſam agere poſſe contra fiſcum.*
2 *Relata Bart. ſententia confutatio.*
3 *Leges quas affert Bartolus, ad diſſimiles caſus pertinere.*
4 *Pœnæ depenſæ repeti non ſolent.*

1 PLANE quod addit Bart. † *ad d. l. vlt. num.* 2. *D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Si is qui dolo malo vel per vim alium teſtari prohibuit vel coëgit, non ſit ſoluendo ad indemnitatem ei qui læſus fuerit præſtandam, regreſſum læſo dandum eſſe contra fiſcum arg. *l. vlt. in princ. D. de eo per quem fact. erit. & l. planè ſi filium.* 94. §. 1. *de legat.* 1. etſi magnum temperamentum eſt ad corrigendam eam iniquitatem quam huic ſententiæ Vaſquius obiicit, nullomodo probabile
2 videtur. Nec enim † poteſt legitimus heres agere contra fiſcum, quin hoc ipſo fateatur fiſcum aliquod ius habere in ea hereditate: qui porrò in ea nullum habere poteſt, quin valeat teſtamentum, nec rurſus valere teſtamentum quin extinctum ſit ius omne ſuccedendi ab inteſtato. Cúmque præmium & commodum fiſci pœna ſit heredis inſtituti, qui nec ob aliam cauſam tenetur actione de dolo ei quem læſit, niſi dolus ipſius coërceatur, quid obſecro cauſæ eſt, cur pœna fiſco applicata ex legibus, eidem fiſco auferri debeat in ſubſidium ad præſtandam indemnitatem ei cum quo fiſcus, neque contraxerit, neque quaſi contraxerit, & cui fiſcus neque ſit, neque vnquam fuerit obligatus? Exempla verò quæ
3 ſumit Bart. † ex *d. leg. vlt. de eo per quem fact. erit, & ex d. l. planè.* §. 1. valdè diſſimilia ſunt. Nam in ſpecie *d. l. vlt.* in ſubſidium tenetur is qui in iudicio ſiſtere debuit, ſi is cuius dolo malo factum eſt ne ſiſteret non ſit ſoluendo: ne alioqui vt lex ait, ipſe qui reus eſt lucrum faciat, & actor damno adficiatur qui habuit eum obligatum, vt in iudicio ſiſteret. At fiſcus non poteſt dici reus cùm nihil debeat, & abſurdum ſit pœnam eum ſubire, ſius in ſubſidium ex facto illius, ex quo lucrum potiùs pœnæ nomine conſequatur. In ſpecie autem *d. l. planè.* §. 1. is ad quem hereditas exemptione ſerui heredis ſcripti peruenerit, ex cauſa cogendus eſt fideicommiſſum præſtare, id eſt ſi Dominus ſerui heredis ſcripti, idémque venditor ſoluendo non erit, quia verum eſt eum poſſidere hereditatem quæ fuerat per fideicommiſſum relicta, nec æquum eſt venditionem ſerui eſſe fraudi fideicommiſſario qui ius habuit, quominùs fideicommiſſum ſibi debitum conſequatur. At nullum eſt nec vnquam fuit ius legitimorum heredum in hereditate, quæ ex teſtamento quamuis per vim dolúmve facto delata eſt alteri & poſtmodum in pœnam coactionis ad fiſcum deuoluta. Nulla igitur ratio eſt propter quam fiſcus in ſubſidium teneri debeat, non magis quam vt principaliter, quantumuis non ſoluendo ſit is qui nec factus eſt talis, niſi vt fiſcum faceret locupletiorem. Et certè lex videbitur impoſita verbis magis quam rebus ſi quod dicimus heredi ſcripto auferri, tanquam indigno hereditatem & applicari fiſco ſic intelligatur, vt tamen potior cauſa eſſe debeat venientium ab inteſtato quàm fiſci eo caſu quo is cui fiſcus aufert, non ſit ſoluendo ad præſtãdam legitimis heredibus indemnitatem. Tandémque in effectu recidet hæc ſententia in illam Iaſonis & Vaſquij exiſtimantium legitimos heredes fiſco præferri debere. Quòd tamen quàm abſurdum ſit ex illo etiam intelligi poteſt, quod in hac hereditate ad fiſcum deuoluta, non modo reipſa nullum vnquam ius fuit legitimorum heredum, ſed neque probabili ſpe, quia improba eſt ſpes quæ admixtam habet ſollicitudinem de hereditate viuentis, *leg.* 2. §. *interdum. de vulg. & pup. ſubſt. leg. ita tamen.* 27. §. *à patre D. ad SC. Trebell.* etiam in perſonis libertorum *l.* 1. §. *ſi impubere. D. de collat. bonor.* qui tamen benè ad propria bona venire dicuntur, *l.* 1. §. *largius. D. de ſucceſſ. edict. l. in ſuis.* 11. *D. de liber. & poſthum.* Facit etiam contra Bartolum quod eſt in iuris regula, Pœnas † depenſas repeti non 4
ſolere, *l. pœna* 42. *D. de condict. indeb. l. ſi pignore.* 22. *in princ. &* § 1. *D. de pignor. act. l. id quod pœna.* 74. *D. de ſolut. l. quod à quoquam.* 46. *de regul. iur.* Etſi enim regula iuris habet non debere pœnam eidem reſtitui à quo exacta fuit. Ita innuens non fore abſurdum vt alteri reſtituatur, In propoſito tamen vt abſurdum videri debeat, a fiſco eam reſtitui legitimis heredibus, illud facit quod legitimos heredes vincebat is cui fiſcus abſtulit hereditatem, cùm eſſent legitimi heredes excluſi per teſtamentum antequam fiſcus admitteretur. Itaque poteſt hoc caſu fiſcus tueri ſe contra legitimos heredes vulgari etiam illo brocardico, *Si vinco vincentem vos multo magis vinco vos, vulg. l. de acceſſionibus.* 14. *D. de diuerſ. tempor. præſcript.*

ERROR V.

De legatis in eo teſtamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum ſit, aut mutari prohibitum.

SVMMARIA.

1 *Q. An valeant legata in eo teſtamento relicta quod per vim dolúmve alterius factum eſt, aut mutari prohibitum.*
2 *Quid pro legatariis afferat Bartolus.*
3 *Quid contra legatarios idem obiiciat.*
4 *Bartoli diſtinctio qua propoſitæ quæſtioni ſatisfacit.*
5 *Ex diſtinctione Bartoli ſequi valere ipſo iure teſtamentum etiam per vim extortum.*
6 *Iuris loci ex quibus probat Bartolus legata valere an pertineant ad teſtamenta vi dolóve malo facta, an ad ea quæ mutare prohibentur teſtatores.*

7 *Sententia*

7 Sententia l.1.§.1.D.ſi quis aliqu.teſt ar.prob. vel coeg.
8 Sententia l.2.§. vlt.D.ſi quis aliq. teſt.prob.

1 HAnc quæſtionem † proponit Bart. ad
l. vlt. num.3.D ſi quis aliq. teſt ar.probib.
vel coeger. quæ licet non magnam videri
poſſit habere difficultatem, à nobis ta-
men prætermittenda non fuit, quia per-
tinet ad ea quæ contra Iaſonem & Vaſquium diſputa-
uimus apertiſſimè confirmanda. Diſputat autem Bart.
2 in vtramque partem. Ac primum pro legatariis, † vt
probet etiam ex teſtamento per vim facto legata deberi
ex *l.1.§.8.D. eod.* vbi Vlpianus ſcribit ſi dominus dolo
fecerit mutaretur teſtamentum in quo ſeruus eius ſcri-
ptus erat, quamuis manumiſſus adierit hereditatem,
nihilominus actiones ei denegari cùm & liberis eius ſi
quid datum fuerit denegari debeant, etſi non fuerint
in poteſtate. Sed ſi legatum, inquit, ei relictum ſit, id-
que reſtituere ſit rogatus, conſequens erit dicere ad-
mitti eum ad legatum, quod non ipſe habuiſſet, ſed ad
alium ſit tranſlaturus. Valet igitur hoc caſu fideicom-
miſſum in eo teſtamento relictum, & propter fideicom-
miſſum etiam legatum fideicommiſſi onere adfectum.
Item ex *l.2.§.vlt.eod.* vbi Paulus ait ſi fidei eius qui do-
lum admiſit, commiſſum eſt, vt hereditatem reſtitue-
ret, eam hereditatem caducam fieri cum ſuis oneribus,
vt commodum legis falcidiæ fiſcus ſentiat, dodrantis
autem fideicommiſſarius. Poſtea contra legatarios †
3 idem Bart. obiicit, cum teſtamentum per vim dolúmve
factum eſt, non magis legatarios quam heredes habere
voluntatem teſtatoris, & ideò æquè indignos eſſe qui
legata conſequantur. Neque ad rem pertinere quod il-
li ipſi nec vim, nec dolum admiſerint Propterea quod
non idcirco debeant eſſe melioris cõditionis ne ex dolo
alieno lucrentur. Tandem concludit, † diſtinguendum
4 eſſe, An conſtet per vim dolúmve factam eſſe heredum
inſtitutionem, nec aliud quicquam præterea, An verò
teſtatorem coactum deceptúmve totam illam volunta-
tem codidiſſe, vt priore caſu ſolæ inſtitutiones corru-
ant, legata verò debeantur & fideicommiſſa quæcun-
que meo teſtamento data fuerint: poſteriore autem
caſu legata quoq. & fideicommiſſa intercidant, etiamſi
neque legatariorum neque fideicommiſſariorum dolus
interueniſſe probetur. Quæ Bartoli diſtinctio ſi vera
5 eſt, vt eſt, illud omnimodo inferri † ex ea poteſt contra
Iaſonem & Vaſquum. Valere ipſo iure teſtamentum
etiam per vim extortum: Nam ſi non valeret, quomo-
do legata ex eo vel fideicommiſſa deberi vlla poſſent?
Erit fortaſſe qui pro iis reſpondeat [ipſi enim nihil reſ-
6 pondent] ſupradictos iuris † locos ex quibus probat
Bartolus legata valere & fideicommiſſa, non pertinere
ad illum caſum, quo teſtamentum vi dolove malo fa-
ctum fuerit, ſed ad illum potiùs quo quis poſt factum
ſolenniter ac liberè teſtamentum prohibitus ſit per
vim aut dolum ne id mutaret, cum mutare vellet. Quo
caſu nec Vaſquius ipſe negat valere prius teſtamen-
tum ex eóque adiri hereditatem poſſe, ſed auferri
poſtea ſcripto heredi tanquam indigno, qui ſcilicet
non videatur retinuiſſe voluntatem, quam defectus
mutare prohibitus non fuit. Nec ſanè poteſt negari
quin hæc interpretatio conueniat Vlpiano, cuius ver-
ba illa ſunt, *ſi dominus dolo fecerit ne mutaretur teſta-
mentum, d.l.1.§.1.D.ſi quis aliq. teſt ar.probib.vel coeger.*
Sed ſi verum amamus, non conuenit Paulo in *d.l.§.vlt.
eod.* cuius verba iſta, *ſi fidei eius, qui dolum admiſit com-
miſſum eſt*, præter id quod ſunt generalia, & conſe-
quenter ad hunc quoque caſum conditi per vim teſta-
menti adaptanda, tantum abeſt, vt ad aliam illam ſpe-
ciem prohibitæ mutationis teſtamenti reſtringi debe-
ant, vt nec illam complecti poſſint, quia quoties ſcri-
ptis heredibus ideo hereditas ablata eſt, quòd teſtator
aliud teſtamentum facere mutata voluntate voluit &
impeditus ab ipſis eſt, ab vniuerſo priore iudicio re-
ceſſiſſe intelligitur, vt idem Paulus ſcribit in *leg. ſi ſcri-
ptis. 19. D.de his quæ vt indign.* Quid enim probabi-
liter credi poteſt non fuiſſe mutaturus eorum omniũ
quæ teſtamento continen tur, qui teſtamentum ipſum
mutare voluit, nec potuit? Æquiſſimum ergo eſt vt hoc
caſu neque legata, neque fideicommiſſa vlla debean-
tur. Niſi fortè ex facto proponatur teſtatorem non niſi
inſtitutiones mutare voluiſſe, quomodo interpretandũ
& accipiendum neceſſario eſt quod Vlpianus tractat
in *d.l.1.§.1.* ne alioqui pugnet cum Paulo, cuius ſen-
tentia non procedit niſi in dubia eius, qui teſtamen-
tum mutare voluit, voluntate. Sicque Vlpiani † ſenſus
erit & verus & apertus. Prohibita per heredem inſti- 7
tutum eiuſue dominum teſtamenti mutatione nihil
quidem deberi poſſe ex iis quæ ſiue domino ſiue ſeruo
eiúſve liberis quamuis in poteſtate non conſtitutis da-
tum fuerit ſiue inſtitutionis titulo, ſiue legati: Sed ex-
cipienda tamen legata quæ teſtator ab eo transferri vo-
luerit in alium ex cauſa fideicommiſſi. Eo nimirum ca-
ſu quo non poſſit dici mutata voluntas teſtatoris erga
fideicommiſſarium, ſiue liquidò id conſtet, ſiue per
probabiles coniecturas ex perſonarum qualitate & ad-
fectione arbitrio iudicis æſtimandas, quæ omnia neque
Bartolus, neque alius quiſquam ex interpretib. vide-
tur bene explicaſſe. Non enim diſtinguunt an relicta
ſint legata in eo teſtamento quod per vim factum ſit, an
in eo quod fuerit mutari prohibitum. At apud Pau-
lum qui † in *d.l. 2. §.vlt.* ſimpliciter ponit fidei eius 8
commiſſum eſſe qui dolum admiſerit, vt hereditatem
alij reſtitueret, & valere tale fideicommiſſum etiam
poſt hereditatem fiſco applicatam, vt perinde à fiſco
reſtitui debeat hereditas detracta falcidia, atque per
heredem inſtitutum fuiſſet reſtituenda, ſi indignus non
fuiſſet. Nihil eſt quod melius aut probabilius dicere
poſſimus quàm de illo Paulum loqui, cuius dolo malo
coactus fuerit teſtator vt teſtaretur, ſiue nunc primùm,
ſiue ſecundo loco. Vterque enim caſus ad edictum
prætoris pertinet, quoniam vtroq, modo par & æqua-
lis iniuria fit teſtatori ſiue nunc primùm cogatur face-
re teſtamentum ne ab inteſtato habeat heredes illos
quos alioquĩ habere voluiſſet, ſiue facto iam teſtamẽ-
to aliud facere compellantur vel alium inſtituat here-
dem quàm qui ab eo fuerat electus in priore. Nec inter
hos caſus alia differentia eſt niſi quod cùm quis nunc
primùm teſtari cogitur fit iniuria legitimis heredibus
qui ab inteſtato fuerant ſucceſſuri. Cum verò ſecun-
dum teſtamentum per vim extorquetur, fit iniuria he-
redibus in primo inſtitutis qui etiam extranei eſſe po-
tuerant. Cæterum ſi quis intelligere Paulum velit de
illo caſu, quo quis per vim dolúmve prohibuerit dun-
taxat ne quis nunc primùm teſtaretur (iam enim alium
excluſimus quo prohibitus ſit teſtator iterum teſtari &
mutare voluntatem) nunquam aſſequetur vt tractari
poſſit de fideicommiſſo de quo tamen Paulus tractat in
dict.§. vlt. Nemo.n. prohibendo alium teſtari ſeipſum
onerat fideicommiſſo: Niſi forte volumus eum qui pro-
hibitus ſit teſtari non fuiſſe prohibitum facere codicil-
los in quibus ab inteſtato fideicommiſſum hereditatis
reliquerit. Sed quamuis hoc fieri poſſit, vt qui prohibi-
tus fuit teſtari ab agnato proximo iam fecerit codicil-
los quibus eum onerauerit fideicommiſſo ab inteſtato,
non poteſt tamen hæc interpretatio ſubſiſtere, quia ſi-
cut is qui facto iam teſtamento aliud facere voluit &
prohibitus fuit ab vniuerſo iudicio, quod in priore te-
ſtamento declarauerat receſſiſſe intelligitur, ita vt ne-
que legata neque fideicommiſſa vlla ex priore illo de-
beantur, niſi quorum aliunde conſtet duraſſe volunta-
tem vt ſupra diximus ex *dict. leg. ſi ſcriptis 19.D.de his
quæ vt indign.* Ita & qui factis ab inteſtato codicillis
teſtamentum poſtea facere voluit, ac ne faceret impe-
ditus eſt, ab omni ea priore inteſtati voluntate receſ-

ſuũ agnoſcat, planè non video, quid ad eas Vaſquij rationes reſpõdere poſſit, quas ille ipſe Vaſquio ſuppeditauit contra nos in eo caſuquo vis teſtatori facta ſit ab herede inſtituto. Nulla. n. diſſimilitudinis ratio reddi poteſt, cur teſtamentum per vim extortum magis minúſve debeat valere vno caſu quam alio. In eóque pro Vaſquio contra Iaſonem ſentio, ſed contra vtrumque in eo quod volo vtroque caſu valere teſtamentum, ſi nõ in ipſo actu teſtandi, & inter ſolennia vis adhibita proponatur. Cum è contrario Vaſquius vtroque caſu velit eſſe teſtamentum nullius momenti, Iaſon verò vno ca-
5 ſu valere, alio non valere. Sed Iaſonis error grauior † in eo eſt quod quo caſu valere vult teſtamentum fauore nimirum heredis inſtituti, qui ipſe neque vim neque dolum admiſerit, nec participauerit, excludit etiam fiſcum, nec vult heredi ſcripto auferri hereditatem tanquam indigno. Motus ex eo tantum, vt appareat, quod non poſſit videri indignus is qui fraudem, neque fecit, neq; ſciuit. Quæ tamen ratio mala eſt: Indignus enim eſt in hoc tractatu, quiſquis non retinuit volũtatem defuncti, licèt nullus in eam rem dolus ipſius interuenerit, aut qui teſtatorem defunctum detulit, quamuis & præmium ex ea cauſa meruerit. *l. 1. l. cum tabulis. 16. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* Atqui non poteſt dici eum qui ſcriptus eſt in teſtamento, per alterius vim extorto habere defuncti voluntatem, non magis quam ſi vim ipſe feciſſet. Vtroque enim caſu æquè verum eſt ſcriptum eſſe heredem illum quem teſtator habere noluerat, vt propoſitum eſt in *d. l. 1. C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Vtroque igitur caſu heres ſcriptus indignus eſt indiſtinctè, ſiue vim ipſe fecerit, ſiue alius pro eo, ſiue ſciente, ſiue ignorante.
6 Nec moueri Iaſon debuit † ex *l. nihil intereſt. 5. C. de eo quod met. cauſ.* quaſi ex ea probetur vim ab alio illatam non nocere niſi ſcienti. Nam immo vero certum eſt in edicto illo nihil referre à quo vis facta ſit metuſve illatus, nec an ſciente illo qui conuenitur an ignorante: quia verba edicti in rem concepta ſunt. *l. metum. 9. §. 1. & vlt. l. ſi cum. 14. §. in hac actione. D. eod. l. ſed ex dolo. 15. §. vlt. D. de dolo.* vt non improbabiliter poſſit quis ſuſpicari in *d. l. nihil intereſt.* legendum eſſe *inſciente*, pro *ſciente*, vt & in *l. ſi ſeruus. 34. D. de vſuc.* Sed quamuis nihil immutaretur: aliud tamen eſt de edicto *quod met. cauſ. diſputare.* Aliud verò de hereditate ſcriptis heredibus auferenda tanquam indignis. Cum indignus ſit quiſquis non habet voluntatem defuncti, quæ res cadere poteſt in ignorantem perinde ac in ſci-
7 entem, vt iam dixi. Illa melior ratio videtur, † quam Accurſ. ad *d. l. 1. adducit*, quod dolus vnius non debeat alteri nocere, ex *leg. metum. 9. §. animaduertendum. verſ. ſed licet. D. de eo quod met. cauſ. l. & eleganter. 7. in princ. D. de dolo. & reg. l. non debet alteri. 74. de regul. iur.* Adeo vt in illo ipſo edicto de quo agimus, neque fratris factum fratri noceat, neque legatariis factum heredis inſtituti. *leg. 2. §. fratris. & ſequ. D. ſi quis aliq. te-*
8 *ſtar. prohib.* Verum iam olim Bartolus † bene reſpondit. Immo vero dolum alterius mihi nocere, ſi ſit immediata cauſa acquiſitionis meæ, indéque eſſe quod mei procuratoris dolus mihi nocet, ſi ex eius dolo lucrum conſequi velim. *l. procurator. 11. D. de dol. except. l. 1. § ſi quis tamen. & ſeq. D. de vi & vi armat.* Et in propoſita quæſtione inſtituto ſeruo, vel filiofamilias, ſi poſtea dolo malo, vel domini, vel patris prohibitus ſit teſtator ne teſtamentum mutaret, eum dolum nocere ſeruo manumiſſo, & filiofamilias emancipato, vt actiones ei perinde denegari debeant, atque ſi dolum ipſe adhibuiſſet, apertè ſcribit Iulianus in *l. vnic. D. quib. non compet. bono. poſſ.* vbi ait non contineri hunc caſum verbis edicti, vt intelligamus ita eum reſpondere ex iuſta ad edictum interpretatione. Nec ſimile eſt quod dolus heredis inſtituti qui teſtatorem coegit ad teſtandum non nocet legatariis, vt diximus capite præcedenti. Hoc enim tunc verè dicitur cum vis facta eſt teſtatori circa inſtitutionem tantum non etiam circa legata. At nos eum caſum tractamus, quo quis vnius dolo coactus ſit ad alium heredem inſtituendum. Atque ita etiam Bart. noſter reſpondit. Ad ſupradictos vero iuris locos, quibus in contrarium niti quis velit, vt probet cum Accurſio dolum vnius alteri non nocere. Reſpondet idem Bart. non eſſe in iis ſpeciebus dolum alterius immediatam cauſam acquiſitionis meæ, ſed mediatam duntaxat. Immediatam vero, meam operam in *dict. verſ. ſed licet.* meum contractum in *dict. l. & eleganter.* Non
male. Sed potuit etiam & † melius reſpondere. Multum referre an quis dicat, dolum alterius mihi nocere, 9
vt damnum aliquod incurrem, an verò hactenus ne lucrum ex eo commodumve conſequi poſſim. Priore ſenſu verum eſt dolum vnius alteri nunquam nocere, poſteriore verò non item. Nam neque hoc caſu tam dicendus eſt nocere quàm non prodeſſe, quod longè diuerſũ eſt ſi quis bene & partitè loqui velit. Aliud enim eſt nocere, aliud non prodeſſe, ſicut è contrario, aliud prodeſſe, aliud non nocere. *leg. iuris ignorantia. 7. cum duab. ſeqq. D. de iur. & fact. ignor.* Eſt namque *non prodeſſe*, medium quoddam inter *prodeſſe*, & *nocere* Et ſimiliter *non nocere*, iuris autem regula quæ vix vllam exceptionem patitur, illa eſt Dolum vnius alteri neque prodeſſe, neque nocere. *l. vlt. Cod. de acquir. poſſ. l. bona fide. 27. §. 1. D. ad SC. Velleian.* vbi Papinianus ait, Cùm ex contractu ſerui, qui cum muliere contraxit agens dominus exceptione Senatuſconſulti ſubmouetur, non tam videri factam deteriorem domini conditionem per ſeruum, quod ratio iuris non admitteret. *l. melior. 133. de reg. iur.* quàm nihil domino fuiſſe quæſitum. Sic & in propoſito dicendum eſt, cum propter dolum eius qui teſtatorem coegit, vt me heredem inſtitueret, aufertur mihi tanquam indigno hereditas, non tam fieri conditionem meam deteriorem ex dolo alterius, quod iniquum eſſet, quàm nihil mihi ex ipſius dolo acquiſitum eſſe, quia nec acquiri quicquam debuit. Nec enim hodie inuenirem me inſtitutum ſi dolum ipſe non admi-
ſiſſet. Alioqui ſi poneres † talẽ eſſe me qui etiamſi ni- 10
hil ille dolo feciſſet, fuiſſem tamen ſucceſſurus, aut tanquam proximus agnatus, aut tanquam priore alio teſtamento iam inſtitutus, aliud ſanè dicendum eſſet, nec mihi eripienda eſſet hereditas, nec dolus alienus non modo non prodeſſet, verum etiam noceret. Quod & Bartolus bene ſenſit ad *d. l. vlt. num.* 7. vbi ait quod dicitur, Dolum eius qui teſtari aliquem coegit, vel prohibuit, non debere proximiori nocere, tunc verum eſſe cum cauſa proximitatis cauſatur à ſanguine & conſanguinitate, vt ipſe loquitur, non etiam cùm à dolo tertij qui extraneum heredem inſtitui fecit. Vnde etiam eſt quod idem Bartolus tractat in *l. 1. §. ſi dominus. eod. tit.* Si maritus † prohibuerit vxorem facere teſta- 11
mentum licet eo propoſito, vt mulieris liberi etiam cõmunes poſſent ei ſuccedere ab inteſtato, & quidem cum effectu, id eſt, ita vt non ſit auferenda iis hereditas tanquam indignis, quia non ſuccedunt hoc caſu ex facto & dolo patris, ſed ex poteſtate legis quæ ipſa nihil dolo fecit, licet dolus patris huic legitimæ ſucceſſioni præbuerit non tam cauſam, quomodo tamẽ Bart. loquitur & malè, quam occaſionem. Aliud itaque eſſet ſi mater inſtitutis priore teſtamento liberis aliud teſtamentum facere voluiſſet ad alios heredes ſibi eligendos, & à marito prohibita fuiſſet. Tunc enim dolus mariti noceret liberis, ne ex priore teſtamento poſſent ſuccedere, niſi ad amittendam hereditatem eámque fiſco applicandam, quoniam in hac ſpecie nihil præbet cauſam ſucceſſioni teſtamentariæ præter dolum mariti, cùm ſi is teſtamentum mutari non prohibuiſſet, ſuccedi hodie non poſſet ex priore illo, quod mutatum reperiretur. Quare ad rem non pertinebit, ſiquis pro liberis obiiciat fuiſſe illos æquè ſucceſſuros ab inteſtato etiamſi

etiamſi prius teſtamentum pro ſe non haberent. Nam ſi ſecundum teſtamentum factum fuiſſet quo mater alios ſibi heredes deſtinabat, non magis legitimæ ſucceſſioni quam priori teſtamento locus vllus relictus fuiſſet. Quamquam hoc ipſum quod volo poſt Bart. liberis hoc caſu auferendam hereditatem eſſe tanquam indignis, puto ſic accipi oportere, ſi ſuccedere voluerint ex priore illo teſtamento, quod mater voluerat mutare. Non item ſi omiſſa cauſa teſtamenti ex quo ſciant non poſſe ſe hereditatem retinere, malint ſuccedere ab inteſtato. Nec enim poſſunt videri fraudem fiſco facere, qui potius ſibi conſulunt ne ex dolo patris, fraudem ipſi damnúmque patiantur *leg. quia autē. 6. §. ſi patronus D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cum pater. 77. §. Titio fratri antepenult. de legat.* 2. Neque vero poſſet vlla diuerſitatis ratio ſatis probabilis adferri inter hunc caſum, & illum quo maritus vxorem nunc primum teſtari prohibuiſſet, vt vno caſu magis quam alio auferenda ſit legitima hereditas liberis tanquam indignis, quam ſcilicet vtroque caſu habent ex lege non ex dolo patris, licet per occaſionem doli paterni. Quin etiam abſurdum eſſet deteriorem haberi conditionem ob id ſolùm quod priore matris teſtamento fuerint inſtituti, ſi modò non ex illo teſtamento velint ſuccedere, ſed ab inteſtato. Quod tamen dignum fuit obſeruatione, & animaduerſione ad Bartolum, qui in hoc certè mancus fuit ad *dict. §. dominus.* Sed videtur ſuppleuiſſe ad *leg. vlt. numer.* 11. *verſic. item prædicta vera eod. tit.* vbi eadem quæſtione propoſita de marito qui prohibuit vxorem vel teſtari vel mutare teſtamentum ad hoc vt omnes filij ſuccederent, concludit non nocere id liberis quominus ab inteſtato ſuccedant. Etſi non videtur ad rem
12 pertinere quod ille rationis † loco addit, tam patrem prohibentem quam matrem eſſe in æquali gradu liberis ideóque ex pari illa coniunctione tolli omnem doli ſuſpicionem ex *l. penult. §.* 1. *D. de rit. nupt.* Maxime, inquit, hodie & nouo iure quo mater neceſſe habet liberos ſuos in aliquo inſtituere *nouell.* 115. *vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* Nam etſi prohibitio non à patre facta eſſet ſed ab alio, qui aut nullam aut minorem adfectionem haberet erga liberos, non aliud tamen iuris foret, quia perpetuo verum eſt quod idem Bart. tradit in *dict. verſ. item prædicta.* prohibitionem tertij, quiſquis ille ſit, non poſſe nocere ſucceſſuris ab inteſtato. Deinde quid attinet ex pari illa parentum erga liberos adfectione patrem excuſare à doli præſumptione, cùm ponamus dolo malo patris factum eſſe ne teſtamentum à matre mutaretur, ad hoc vt filij omnes ſuccederent ſiue ex priore teſtamento ſiue ab inteſtato. Alioqui nec eſſet locus quæſtioni cùm nec ei edicto locus ſit niſi de dolo eóque manifeſtiſſimo interueniente. Non eſt autem quod quis in hac ſpecie liberis obiiciat, quod nos in præcedentibus diſputauimus non poſſe omiſſa cauſa teſtamenti in fraudem fiſci ab inteſtato ſuccedi. Tunc enim id obtinet cùm idem ille eſt qui & dolum admiſit & ſuccedere vult ab inteſtato, ſiue dolum admiſerit in cogendo teſtatore vt teſtaretur, ſiue in prohibendo eo ne teſtamentum mutaret. Ita namque fieret vt in fiſci iniuriam conſilium mutaret, quod iuris regula fieri non patitur, ne quidem in iniuriam priuati. *l. nemo poteſt mutare.* 75. *de reg. iur.* At nos eum caſum tractamus in quo nullus ex patre liberorum dolus interuenerit, ac proinde in quo non poſſit iis obiici quod mutent conſilium in fradem fiſci. Quibus ſanè eo magis fauendum eſt, quod cum ſint liberi pene ad propria bona veniunt quando parentibus ſuccedunt, ſiue ex teſtamento ſuccedant ſiue ab inteſtato *leg.* 1. *paragrapho, largius. D. de ſucceſſ. edict.* Etſi neque in aliis ab inteſtato ſuccedentibus aliud erit ſi fortè ponas prohibitum quem teſtari aut mutare teſtamentum ad hoc vt prohibiti frater aliúſve agnatus proximus ſaluam haberet ſuccedendi facultatem ſiue ex priore teſtamento ſiue ab inteſtato, dum tamen cautionem illam agnatus proximus adhibeat vt ſuccedat, non ex teſtamento ne locum faciat fiſco, ſed ab inteſtato.

ERROR VII.

Si frater fratrem teſtari, aut teſtamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis.

SVMMARIA.

1 *Quibus caſibus cenſeant interpretes quæri poſſe an fratris factum noceat fratri, cum agitur de fratre qui fratrem teſtari aut teſtamentum mutare prohibuit.*
2 *Diſtinctio Bartoli pertinens ad eum caſum, quo quis ab initio teſtari prohibetur.*
3 *Obiectio Bartoli qua colligitur in caſu propoſitæ diſtinctionis fratris factum fratri nocere æquum eſſe, & ἀπορίας ex Bartolo diſſolutio.*
4 *Alia d. obiectionis ſolutio ab autore propoſita, & reſponſionis Bartoli cenſura.*
5 *Legitimi heredes tacitè inſtituti quando videantur.*
6 *Varij caſus quibus ab inteſtato ſuccedentes ex tacita defuncti voluntate ſuccedere non dicuntur.*
7 *Cur non auferatur hereditas legitimis heredibus eo caſu quo quis per vim aut dolum prohibuit ne frater teſtaretur.*
8 *Sententia Bartoli de quo caſu quis prohibuit ne frater mutaret teſtamentum.*
9 *Cùm quis prohibet ne frater mutet teſtamentum hereditas applicatur fiſco, etiamſi prohibens non fuerit inſtitutus aduerſus Bart.*
10 *Pronuntiatum Pauli* factum fratris fratri non nocet non *pertinet ad eum quo frater fratrem prohibuit ne mutaret teſtamentum.*
11 *Cum quis alium teſtari prohibet qui volebat mutare teſtamentum, prohitio illa ſcriptis heredibus quando noceat aut non noceat.*
12 *Cum ex pluribus inſtitutis quidam dolo faciunt ne teſtamentum mutetur, non nocet ea res cæteris.*
13 *Bartolum malè colligere factum prohibentis extraneis inſtitutis non nocere, ex eo quod factum prohibentis non noceat legatariis & fideicommiſſariis.*
14 *Dolus prohibentis legatariis & fideicommiſſariis quando noceat aut non noceat.*
15 *Sententia l. cum quidam 12. D. de his quæ vt indign.*
16 *Legata in priori teſtamento relicta valent ſi poſterius fuerit inualidum.*
17 *Cum quis poſterius teſtamentum facere voluit, facturuſque fuit, ſi per vim dolumve prohibitus non fuiſſet, videtur teſtator in dubio receſſiſſe ab vniuerſo priore iudicio.*
18 *Clauſula illa* caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c. *in poſteriori teſtamento non iure facto appoſita non ſufficit vt heredes aut legatarios pro indignis teſtator habuiſſe videatur.*
19 *Probatur Vigilij ſententia de inutili notariorum cautione in poſteriori teſtamento adhiberi ſolitæ.*

HVic etiam quæſtioni viam aperuerunt interpretum noſtrorum contentiones. Etſi enim Paulus in *l.* 2 *§. fratris. D. ſi quis aliq. teſtar. probit.* apertè ſcribit fratris factum fratri

1 fratri non nocere, obſeruant tamen interpretes † poſt
Accurſium ad illum locum poſſe duobus caſibus fieri
vt quæri oporteat an factum fratris noceat fratri. Vno,
ſi frater fratrem nunc primùm, & vt loquuntur, de nouo
teſtari non coegerit, ſed prohibuerit, vt ab inteſtato fra-
tres omnes ſuperſtites ſuccedere poſſent. Altero, ſi cùm
vnus ex fratribus priore fratris teſtamento ſolus eſſet
inſtitutus, eundẽ fratrem volentem teſtamentum mu-
tare, prohibuerit ne mutaret. Prior caſus nullam certè
2 habet dubitationem. Quoties enim † quis ab initio te-
ſtari prohibetur, vera eſt & indubitata diſtinctio quam
tradit Bart. ad *l.vlt.num.9.eod.tit.* Aut eum qui prohibet
eſſe proximiorem & talem qui ſolus ab inteſtato ſuc-
ceſſurus ſit. Aut non eſſe proximiorem ſed vel remo-
tiorem, vel vnum ex proximioribus, quòd alium ha-
beat vel à quo anteuertatur, vel cum quo concurrat. Si
proximior ſit, factum ipſius non ei tantum nocere, ſed
cæteris quoque omnibus quos ille in cauſa legitimæ
ſucceſſionis anteuertit, vt hereditas ei tanquam indi-
gno auferatur, & fiſco applicetur *leg.1.in princip.eod.*
Si vero vel parem habeat in gradu vel anteriorem, ſibi
quidem eum nocere, ſed aliis non nocere. Sed tamen
3 adhuc dubitat ipſe Bart.† & contra diſtinctionem hanc
obiicit illud ipſum quod nos ex eiuſdem Bartoli ſen-
tentia diſputauimus in ſuperioribus, ſi quis teſtatorem
cogat vt alium etiam ignorantem inſtituat heredem, lo-
cum eſſe edicto, ex eóque fieri locum fiſco vt heredi
ſcripto hereditas tanquam indigno auferatur. Atqui
ſi quis impedit teſtari volentem ne teſtetur, is videtur
illum cogere vt hereditatem relinquat venientibus ab
inteſtato. Siquidem ſuccedentes ab inteſtato non alio
iure aut colore ſuccedunt, quam quod tacitè inſtituti
videantur *l.3.in princip.leg.conficiuntur.8.§.1.D.de iur.
codicill.* Fratris ergo factum etiam hoc caſu fratri noce-
re æquum eſt. Neque vero habet Bartol. quod ad hanc
obiectionem reſpondeat, niſi quod procederet ſi con-
ſtaret teſtamenti factionem prohibitam ei fuiſſe qui
volebat alios heredes inſtituere quam legitimos ſuc-
ceſſores: Sed quod diximus ex vnius prohibitione non
impediri ius ab inteſtato ſuccedentium in anteriore
aut eodem gradu conſtitutorum, eo demum caſu locum
habere quo probetur quod quis alium prohibuerit te-
ſtari ſimpliciter, cum fieri poterat ſi teſtamentum fe-
ciſſet, vt legitimos heredes inſtitui iſſet. In quo tamen
4 vereor † ne Pauli ſententiam Bartolus nimis reſtringat.
fratris enim factum frati non nocere indiſtincte Paulus
ait, neque video cur ad nouam hanc Bartoli diſtinctio-
nem recurrendũ ſit, cum ad obiectionem illam quæ di-
ſtinctioni cauſam præbuit reſponderi facilè poſſit ex
iis quæ proximo capite diximus: Multum intereſſe an
coactus ſit teſtator, vt heredem extraneum inſtitueret
qui non erat ſucceſſurus ab inteſtato, An vero prohi-
bitus ſit teſtari, vt legitimo ſucceſſori locus aperiretur.
Priore caſu apertè fit contra edictum, quia extraneus
ille inſtitutus non poteſt conſequi hereditatem ex tali
teſtamento quin proſit ei dolus eius, qui teſtatorem
coegit. Poſteriore vero nihil fit contra edictum quia
dolus coactoris non tam præbuit cauſam legitimæ ſuc-
ceſſioni, quam occaſionem, cum legitimus ſucceſſor
ſuccedat ex beneficio legis immediatè, quod beneficiũ
ignoranti eripi ob dolum alterius, non modò abſurdum
eſſet, verum etiam iniurioſum. Præſertim cùm fieri po-
tuerit vt is qui coactionis tempore voluntatem habe-
bat condendi teſtamenti ad excludendos ab hereditate
legitimos ſucceſſores, poſtea fuerit voluntatem muta-
turus, ſiue ante, ſiue poſt factum teſtamentum, quibuſ-
cunque aliis heredibus legitimos prælaturus. Neque
vero tam generaliter & abſolute verum eſt, quod pro
vero aſſumit Bartolus. Legitimos † heredes tacitè in-
5 ſtitutos videri, nec alio iure ſuccedere quàm quaſi
ſcriptos. Id enim tunc quidem verè dicitur, cum
paterfamilias fideicommiſſum aliquod ab iis relinquit
ab inteſtato vt in *d.l.3.d.l.conficiuntur. de iur. codicill.
l.ab exheredati.126. de legat.1.* Sed quid ſi inuitus † 6
quis decedat inteſtatus, qui ſcilicet teſtari vellet ad ex-
traneos heredes eligendos ſi poſſet, nec tamen teſtan-
di habeat facultatem, forte non habens ſufficientem
copiam teſtium vt in *d.l.conficiuntur. 8.§.codicills.* Aut
quid ſi iam cœpto teſtamento primiſque heredibus
nominatis, cùm in eo eſſet vt ſecundos iamiam nomi-
naret, obmutuerit, atque ita imperfecto teſtamento de-
ceſſerit vt in *l.ſi is qui teſtamentum 25. D. qui teſtam.
facer.poſſ.* Quid denique ſi putabat iam deceſſiſſe filium
aut fratrem aliumve, qui tamen mortis tempore & vi-
uus & proximus agnatus reperiatur, aut ſi alium ab in-
teſtato heredem habeat, quàm de quo habendo cogi-
tabat. vt in *l.qui graui.11.cum duab.ſeq. l. ab inteſtato.
16. l.pen.D.de iur.codicill. l. cum pater.77.§.cum exi-
ſtimaret. de legat.* 2. His omnibus caſibus nemo dixe-
rit ab inteſtato ſuccedi ex tacita patrisfamilias defun-
cti voluntate, cùm e contrario, aut contra aut ſaltem
præter eius voluntatem ſuccedatur: Neque tamen eo
magis aufertur hereditas legitimis ſucceſſoribus tan-
quam indignis eo prætextu quod non habeant defun-
cti voluntatem, quippe quibus ſufficit quod à lege
vocati ſint, nec iuſta aliqua defuncti voluntate à be-
neficio legis excluſi. Eadem igitur ratione dicendum
eſt. Etiamſi quis per † vim aut dolum prohibuerit ne 7
frater teſtaretur ad hoc, vt hereditas iure inteſtati ad
legitimos heredes deuolueretur, quam teſtaturus pa-
terfamilias volebat in extraneos transferre, non ob id
tamen auferendam eſſe legitimis ſucceſſoribus heredi-
tatem tanquam indignis, cum non eam habeant quaſi
vel expreſsè vel tacitè inſtituti, ſed tanquã legitimi, hoc
eſt à ſola lege vocati, cuius beneficio neque ipſi indi-
gnos ſe reddiderint, qui nihil dolo malo egerunt, ne-
que ex alterius facto indigni fieri potuerint, quomodo
potuiſſent ſi extranei fuiſſent ac per alterius vim do-
lúmve inſtituti: quia indignitas heredis tunc demum
æſtimatur ex eo quod non habeat ille pro ſe defuncti
voluntatem, cum potuit & debuit ſuccedere ex vo-
luntate, non autem cum ex lege: quæ ſcilicet nullam
voluntatis aut expreſſæ aut tacitæ concomitantiam re-
quirit, dum ne per contrariam eamque iuſtam volun-
tatem impediatur. *Poſterior* caſus quem initio capitis
propoſuimus dubitabilior eſt. ſi vnus ex fratribus cùm
priore fratris teſtamento ſolus eſſet inſtitutus, eundem
fratrem volentem mutare teſtamentum prohibuerit ne
mutaret. Circa quem † caſum diſtinguit rurſum Bar- 8
tolus more ſuo, nec aptius & felicius quàm ſoleat. An
is qui prohibuit eſſet inſtitutus in primo teſtamento,
an nõ. Vt ſi, neque ipſe neque ipſius vel filius vel ſeruus
fuit inſtitutus, eius prohibitio non impediat ſuccedere
inſtitutos in primo, & notat. in *d.l.1.in princip.ſi quis
aliqu.teſtar.prohib.vel coëg.& ex d.l.2.§.fratris* Niſi cõ-
ſtaret, inquit, quod teſtator volebat mutare teſtamẽtum
reſpectu heredis inſtituti, & alium inſtituere, quo ca-
ſu perinde eſſet ac ſi teſtatorem coegiſſet vt illum here-
dem inſtitueret. Quid namque intereſt an te compel-
lam vt Titium inſtituas, an vt in facta iam Titij inſti-
tutione perſeueres? Si vero ipſe prohibens erat inſti-
tutus in primo teſtamento, ſubdiſtinguit Bart. an eſſet
ille inſtitutus cũ aliis an ſolus. Si cum aliis, admittit do-
lũ ipſius aliis non nocere, ſi modo nihil ipſi dolo fece-
rint ex *dict.leg.1.paragrapho,vltim.& d.§.fratris.* Nimi-
rum ſi non conſtet voluiſſe teſtatorem mutare teſta-
mentum etiam quod ad inſtitutiones illorum qui ni-
hil dolo fecerunt. Si vero ſolus erat inſtitutus, iterum
ſubdiſtinguit, An æque ſolus eſſet ſucceſſurus ab
inteſtato, an cum aliis: Si ſolus auferri hereditatem
ei tanquam indigno, & applicari fiſco ex *dict. leg.
1. inprincip. D. eod.* Si vero cum aliis, eſſe quidem
nonnullos qui putent factum ipſius aliis nocere non
debere quominus ſuccedant ab inteſtato vel in totum

ſi ſiue

ſi ſint proximiores vel pro parte ſi in pari ſint gradu
ſuccedendi ex *dict. paragrapho. patris.* Sed magis eſſe
vt fiſco locus fiat:acſi teſtatorem quis compuliſſet vt ſe
inſtitueret *vt in l.1.C.eod.* Ratione illa iam allata, quod
nihil planè interſit an te compellam vt heredem me
inſtituas, an vt in facta inſtitutione perſeueres: Ego
vero ſicut poſteriorem huius diſtinctionis partem, to-
támque ſubdiſtinctionem probo, ita priorem nullomo-
6 do probare poſſum. Tametſi † enim is qui per vim
dolumue malum prohibuit ne teſtamentum mutare-
tur non fuerit heres inſtitutus nec eius aut filius aut
ſeruus, ſed alius quilibet, tamen non dubito quin per-
inde locus ſit fiſco ad auferendam ſcriptis heredibus
etiam ignorantibus hereditatem, perinde atque ſi coa-
ctus ab eo fuiſſet teſtator vt eoſdem illos heredes In-
ſtitueret. Nam quemadmodum in poſteriore ſubdiſtin-
ctionis parte nullam agnoſcit Bartolus differentiam, &
hoc rectè, an qui ſolus heres inſtitutus fuit cùm ab
inteſtato alios coheredes eſſet habiturus teſtatorem
compulerit vt ſe inſtitueret, an vero eum prohibuerit
ne priorem inſtitutionem mutaret, Ita nec dici poteſt
quicquam intereſſe an te cogam vt alium inſtituas, an
te prohibeam ne inſtitutionem mutes quam mutare
velles. Vtroque enim caſu euenit vt cogam te habere
heredem & quidem ex teſtamento, illum quem habe-
re nolles. Et conſequenter vt heres priore teſtamen-
to ſcriptus non habeat voluntatem defuncti cum ta-
men non ſuccedat niſi ex voluntate. Qui verus &
proprius caſus eſt eius indignitatis inducendæ quæ
fiſco locum faciat vt proximo capite dicebamus. Po-
nimus ſiquidem heredes iſtos priore illo teſtamen-
to inſtitutos ſucceſſiſſe ex teſtamento ſiue potuerint
ſiue non potuerit ſuccedere ab inteſtato. Nam ſi ab
inteſtato ſuccedere vellent tanquam agnati proximi
& legitimi ſucceſſores, vt fiſcum excluderent & ne
admitterent hereditatem ob tertij dolum quem non
participaſſent, vtique putarem licere hoc eis debere,
quandoquidem hoc caſu fraudem non tam facere
quàm excludere viderentur, vt docuimus in præce-
dentibus. Nec faci contra nos pro Bartolo quod ille
10 obiicit ex *dict. leg. 2. paragrapho, fratris,* factum †
fratris fratri non nocere. Nam vt idem Bart. fate-
tur ad finem ſuæ diſtinctionis, non poteſt locus ille
accommodari ad eum caſum quo fratre fratrem prohi-
buerit ne mutaret teſtamentum, in quo alius frater,
aut ille ipſe qui prohibuit, fuiſſet inſtitutus, ſed ad il-
lum duntaxat quo frater fratrem prohibuerit ne de
nouo teſtaretur. Quinimo cùm ilo etiam caſu quo
frater fratrem prohibuit de nouo teſtari, Bartolus ve-
lit fratris factum fratri nocere ſi conſtet teſtaturum
fuiſſe patremfamilias in fauorem aliorum ſi prohi-
bitus non fuiſſet, quidni hoc idem admittit ille,
cùm frater fratrem prohibuit teſtamentum mutare?
Siquidem fieri non poteſt vt nolit mutare inſtitu-
tionem qui vult teſtamentum mutare, cum teſta-
mentum ex inſtitutione æſtimetur. Itaque exceptio
illa quam addit *Bart. ſi conſtaret*, inquit, *quod teſta-
tor volebat mutare primum teſtamentum reſpectu here-
dis inſtituti & volebat inſtituere alium*, planè ine-
pta & ridicula eſt. Debueratque potius Bartolus
11 ſcribere, Eo caſu quo quis † alium teſtari prohi-
bet qui volebat mutare teſtamentum, prohibitio-
nem nullam nocere ſcriptis in primo teſtamento,
niſi conſtaret quòd nolebat teſtator mutare teſta-
mentum, reſpectu heredis inſtituti, ſed reſpectu
ſubſtitutorum aut legatariorum, fideicommiſſario-
rum: quod ſanè in dubio præſumendum non eſt, cum
qui dicit teſtamentum non tam ſubſtitutiones ſiue
directas, ſiue precarias aut legata aut fideicommiſ-
ſa eo nomine intelligat, quàm inſtitutiones, Idem
eſſet ſi conſtaret teſtatorem, qui in primo teſtamento
plures heredes inſtituerat, voluiſſe mutare teſtamen-
tum quod ad inſtitutionem quorundam, non etiam
aliorum. Eo namque caſu teſtandi prohibitionem ab
alio factam non oporteret nocere iis quorum reſpe-
ctu non cogitaſſet teſtator de mutanda voluntate, ſed
iis tantum circa quos voluntatem mutaſſet. Neque
nouum eſt vt edicto locus ſit pro parte heredum cum
plures fuerunt inſtituti, Nam etſi ex inſtitutis qui-
dam † duntaxat dolo malo feciſſent ne teſtamentum 12
mutaretur non noceret ea res cæteris qui nihil dolo
malo feciſſent *dict. leg. 1. §. vlt. eod.* Niſi conſtaret te-
ſtatorem etiam quod ad alios voluiſſe mutare volunta-
tem, vt Bart. interpretatur. Et recte Eſſent enim eo
caſu indigni illi qui non retinuiſſent voluntatem ex
qua tamen ſucceſſiſſent, non minus quam ſi coactus
fuiſſet teſtator, vt eos inſtitueret heredes *dict. leg. C. eod.*
Minus vrget pro Bartolo quod ille † obiicit, Factum 13
prohibentis non nocere legatariis & fideicommiſſariis
etiam extraneis *l. 1. §. ſed ſi legatum. & l. 1. §. vlt. D. eod.*
vt inferat, Nec igitur inſtitutis extraneis nocere non
debere. Primum quia ſi eſſet bona ratiocinatio ſeque-
retur. Neque nocituram extraneo heredi inſtituto eam
vim, quam quis adhibuiſſet in teſtatore cogendo vt
eum inſtitueret, quia neque legatariis & fideicommiſ-
ſariis noceret *d. l. 2. §. vlt.* Et tamen fatetur Bart. nec ſi
vellet poſſet negare quod nos pro eo contra Iaſonem in
præcedentibus probauimus, Nocere inſtituto extraneo
quantumuis ignoranti eam vim quam alius fecerit ad
cogendum teſtatorem vt hic inſtitueretur ex *d. l. 1. C.
eod.* Non eſt igitur bonum argumentum à legatariis &
fideicommiſſariis ad heredes. Et ratio diuerſitatis eſt,
quia teſtamentum, vt iam diximus, æſtimatur ex inſti-
tutione non ex legatis aut fideicommiſſis aut aliis
quæ in teſtamento relinquuntur. Deinde quod ait Bart.
dolum † prohibentis non nocere legatariis & fidei- 14
commiſſariis, qui ſcilicet dolum non participauerunt,
etſi verum eſt in eo caſu quis compulſus ſit ad teſtan-
dum ſiue pro ipſo coactore ſiue pro alio quolibet,
non tamen æquè poteſt admitti eo caſu quo dolus ad-
miſſus ſit in prohibendo ne mutaretur teſtamentum,
[qui tamen caſus eſt quem nunc tractamus] quoniam
quiſquis teſtamentum mutare voluit is in dubio cre-
dendus eſt ab vniuerſo priore iudicio receſſiſſe. *l. ſi ſcri-
ptis. 19. D. de his quæ vt indign.* id eſt non tantùm quod
ad inſtitutiones, ſed etiam quod ad legata, fidei com-
miſſa, & cætera omnia. In eoque iam ſupra monui er-
raſſe Bart. ad *d. l. vlt. num. 11. & 12.* vbi ſiue vlla caſuum
iſtorum diſtinctione, vult legata valere, niſi probetur
contraria voluntas teſtatoris, quæ tamen è contrario
probanda eſt à legatariiis, quod teſtator voluerit lega-
ta ſalua manere cùm cogitauit de mutando teſtamento.
Ad quem caſum dixi coarctandum eſſe quod in con-
trarium videtur ſcribere Vlp. in *d. §. ſed ſi legatum.* Nec
obſtat reſponſum † Papiniani in *l. cum quidam. 12. eod. 15
tit. de his quæ vt indign.* vbi cum tractaretur de eo qui
per poſterius teſtamentum inualidum à priore receſſe-
rat, legata nihilominus valere ſcriptum eſt in fine le-
gis. Obſeruandum enim eſt quod nemo obſeruat, aliam
eſſe ſpeciem quæ apud Papinianum proponitur in
principio legis, aliam quæ in fine. In principio tracta-
tur de illo qui teſtamentum non ſolum mutare volue-
rit, ſed etiam mutauerit inſtitutis in ſecundo teſtamen-
to iis quos inſtituere non potuerat. In fine autem legis
de illo cuius tanquam indigni nomen teſtator can-
cellauerat. Et ad hanc nimirum poſteriorem ſpe-
ciem pertinet quod à Diuo Marco conſtitutum Papi-
nianus refert, vt legata ſalua manerent, adeoque quod
magis eſt ſaluas ei conſeruandas eſſe præceptiones, ſi
non contraria teſtatoris voluntas probaretur. Nempe,
quia non poteſt videri ab vniuerſo priore iudicio re-
ceſſiſſe is qui heredis nomen duntaxat cancellauit,
quomodo recedit ille qui condit aliud teſtamentum,
adeóque qui vult condere ſi modò per vim dolúmue
alicuius

alicuius prohibeatur ne id facere poſſit. Cancellatio enim eſt facti, ex quo nihil poteſt inferri niſi quatenus factum & cancellatum eſt. Itaque cætera quæ in eodem teſtamento non cancellata reperiuntur nihilominus valent, propter eas quas attulimus *lib.* 18. *Coniect.* At non ſimiliter poſſunt valere legata in priori teſtamento relicta, cùm teſtator aliud teſtamentum facere nolens, ab vniuerſa recedit voluntate. Dixi *aliud teſtamentum facere volens*, non modo quia hic caſus eſt de quo diſputamus, ſed etiam vt intelligamus, referre maxime, an teſtator reuera fecerit aliud poſterius teſtamentum, ſed inualidum, an verò, teſtamentum duntaxat mutare voluerit, nec tamen mutauerit, quia per vim do-
16 lúmve alterius fuerit impeditus. Priore caſu nihil † eſt propter quod legata valere minus debeant, cum prius teſtamentum non ſit ruptum, vt lex ait: nam & inſtitutiones conſeruarentur ſi teſtator ſecundum teſtamentum inualidum feciſſet ſimpliciter, non adiecta ſuæ voluntatis declaratione quod priore teſtamento inſtitutos pro indignis & malè meritis haberet, vt bene hac parte Papinianum interpretatur Bart. ad *d. l. cum quidam ex l. cancellauerat. D. de his quæ in teſtam. delent. & l. hereditas. 4. C. de his quib. vt indign.* Alioqui certum eſt, ſi poſterius teſtamentum non valeat, vſque adeo primum ſubſiſtere, vt neque heredibus hereditas, neque legatariis legatum quaſi indignis auferatur, vt nec fideicommiſſarius fideicommiſſum, quia quod ad inſtitutiones pertinet, eæ nuda voluntate non infirmantur. *l. militis. 38. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Cætera verò omnia etſi nuda voluntate infirmari poſſent, non tamen pro infirmatis habentur. Ideo quòd credendus ſit teſtator ita demum à priore teſtamento velle recedi, ſi poſterius valiturum ſit, vt Pomponius ait in *l. ſi. iure.* 18. *de legat.* 3. Niſi ad reuocationem minus ſolennem teſtamenti ſolennis accedat lapſus decennij ex *l. ſancimus* 21. *C. de teſtam.* Quod cum ita ſit, apparet rationem illam Papiniani qua vtitur contra heredes *qui non habuerunt ſupremam voluntatem* [ſi tamen ea verba rationis loco accipienda ſunt, an non potius pro demonſtratione illorum duntaxat heredum quos teſtator habuit pro indignis] non ex eo ſolo poſſe vim ſumere quod teſtamentum poſterius factum ſit inualidum, niſi etiam illud accedat, vt eos expreſsè indignos teſtator dixerit, ſaltem reuocata expreſſim priore inſtitutione, vt maximè aliud nihil contra eos requirere quis velit. Cum enim poſterius teſtamentum quod minimè valet, non faciat quin ſupremum ſit illud quod alioqui primum eſſet, neceſſariò illud etiam conſequens eſt, vt ſuprema voluntas dici debeat illa quæ in eodem teſtamento continetur: ac proinde vt eo demum caſu poſſit dici heredes prius ſcriptos ſupremam voluntatem non habere, quo teſtator voluntatem ſuam mutatam eſſe declarauerit aliter quàm per poſterioris teſtamenti inutilem confectionem. In ſumma nihil hoc caſu diſtant inſtitutiones à legatis & fideicommiſſis, quia æquè fieri è contrario poſſet, vt ſaluis inſtitutionibus legata
17 fierent caduca, itémque fideicōmiſſa, legatariis & fideicōmiſſariis, ſiue omnibus, ſiue quibuſdam reputatis indignis, ac malè meritis, nulla tamē circa heredes tali facta declaratione. At cum quis poſterius † teſtamentum nullū fecit, ſed tantum facere voluit facturúſque fuit, ſi per vim dolumve prohibitus nō fuiſſet, dicimus videri teſtatorem in dubio receſſiſſe ab vniuerſo priore iudicio, nec minus quantum ad legata & fideicommiſſa, quàm quod ad inſtitutiones. In cóque peiorem facimus conditionem & heredum & legatariorum & fideicommiſſariorum, quàm ſi factum eſſet poſterius teſtamentum inualidum. Quoniam qui teſtari voluit & prohibitus fuit, credendus eſt vtiliter ac iure teſtaturus fuiſſe ſi prohibitus non fuiſſet: quo facto vtique nihil eorum omnium quæ priore teſtamento ſcripta fuerant, valere potuiſſet. Quæ præſumptio non cadit in eum quem apparet, & teſtatum & inutiliter teſtatum fuiſſe. Non. n. quid iſte facere voluerit inſpiciendum eſt, ſed quid iam fecerit. Fecit autem nihil, quia poſterius teſtamentum non ſolenne quod fecit nullum eſt, nulliuſque effectus: niſi teſtator expreſſim priorem voluntatem reuocauerit vt indignos eſſe oſtenderet, vel heredes, vel legatarios aut fideicommiſſarios. Eo namque caſu proceſſet teſtamentum ad hoc, vt ex illo quamuis nullo declararetur & probaretur voluntas, *leg. vltim. D. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt.* 18
Quia ergo, ſi in poſteriore † teſtamento adiecta eſſet clauſula illa quæ paſſim hodie adiici ſolet, *Caſſans & irritans omnia teſtamenta. &c.* & poſterius illud teſtamentum non iure factum reperitur. An diceremus auferendam tamen heredib. priore teſtamento ſcriptis hereditatem, itemq. legatariis, & fideicommiſſariis relicta omnia, & quidem tanquam indignis? Nam ea clauſula manifeſtam continens prioris teſtamenti derogationem, tametſi iure inutilem ad eneruandas vires prioris teſtamenti, hactenus tamen efficax videri poteſt, vt oſtendat teſtatorem à priore voluntate expreſſim receſſiſſe, nec voluiſſe vt ſuprema voluntas illa eſſet quam primo teſtamento declaraſſet. Verum hoc non ſufficit, vt heredes aut legatarios pro indignis teſtator habuiſſe videatur, ſi non aliunde id probetur *dict. §. veteranus & dict. l. hereditas.* Nec enim ſunt ſimpliciter indigni omnes qui non habent voluntatem, ſed ij tantum quibus eam eripuit teſtator tanquam malè meritis &
indignis. Præſertim cùm hæc clauſula reuocatoria apponatur hodie tam ſæpe, ne dicam ſemper, vt ex notariorum ſtilo, potius quàm ex teſtandis ſpeciali iudicio adiici videatur. Quare nec poſſum non probare † quod Viglius & alij tractant ad *§. poſteriore. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm.* Poſt Bartolum ad *leg. ſi iure.* 18. *numer.* 4. *de legat.* 3. inutilem eſſe notariorum cautionem quam in poſteriore teſtamento ſolent adhibere ad rumpendum prius, quod nimirum per poſterius rumpitur, & quidem ipſo iure iure etiamſi nihil de eo dictum ſit in poſteriore, ſi poſterius valeat. Neque ad auferendam heredibus in priore teſtamento ſcriptis hereditatem tanquam indignis, ſi poſterius non valeat, niſi aliunde probentur indigni. *dict. §. veteranus. dict. l.* 4. Atque ita intelligendus & explicandus eſt Papinianus in *dict. l. cum quidam.* non quomodo apud Accurſium, qui nihil hic vidit. 19

ERROR VIII.

Si per blanditias ſine dolo & vi factum ſit ſecundum teſtamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter inſtituerat in primo.

SVMMARIA. 1

1 *Si quis per blanditias citra vim & dolum id egerit vt teſtaturi iudicium erga ſe prouocaret, non incidit in edictum* Si quis aliq. teſt. proh. vel coeg.
2 *Sententia Angeli de eo qui per blanditias fecit, vt is qui priore teſtamento alium heredem inſtituit iterum teſtetur, & blandientem ipſum inſtituat.*
3 *Iaſonis opinio de propoſita ſpecie.*
4 *Autoris aduerſus vtriuſque ſententia patronos diſputatio.*
5 *Quo caſu hereditas ad fiſcum peruentura eſſet ſi vis doluſve interceſſiſſet, eodem caſu dolo nullo interueniente hereditas ad eum qui poſteriore teſtamento ſcriptus eſt pertinet.*
6 *Actionem de dolo in propoſita ſpecie dari non poſſe.*
7 *Neque enim actionem in factum.*
8 *Alterius iudicium & beneuolentiam blandis ſermoni-*

bus in ſe prouocare non eſt prohibitum, dummodo dolus malus abſit.

9 *Iaſonis exceptio inepta refellitur.*

10 *Angelum pro ſententia confirmanda male adducere, l.4.D.de inoff.teſt.*

11 *Iuſtinianus probationem cauſæ exheredationis liberorum exigit ab heredibus patris, cum antea liberi tenerentur probare ſe immerenter exheredatos.*

12 *De quibus blanditiis loquatur Caius in l.non eſt enim.4.D.de inoff. teſt.*

FATENTVR omnes qui † per blanditias
citra vim & dolum id egerit vt teſtaturi
hominis iudicium erga ſe prouocaret, non
incidere in edictum *Si quis aliq. teſtar.*
probib.vel coeg. Nam & hoc diſertè ſcriptum eſt *in l.vlt.*
C.eod.tit.l.captatorias.70.D. de hered. inſtit. & elegan-
ter Papinianus noſter in *D.l.ſi quis aliq.teſt.probib.Vi-*
rum, inquit, *qui non per vim nec per dolum quominus*
vxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret inter-
ceſſerat. ſed, vt fieri adſolet, offenſam ægræ mulieris mari-
tali ſermone placauerat, in crimen non incidiſſe reſpondi,
nec ei quod teſtamento datum fuerat, auferendum. Sed
2 tamen ſi quis † per blanditias fecerit vt is qui priore
teſtamento alium heredem inſtituit, iterum teſtetur, &
blandientem ipſum inſtituat, Plerique putant, etſi ſe-
cundum teſtamentum valeat, dandam tamen heredi in-
ſtituto in priore actionem ſi non de dolo (ponimus
enim dolum nullum interueniſſe) ſaltem in factum ad
reuocandam hereditatem ab eo qui fuerit in poſteriore.
Quam ſententiam primus induxit Angel. ad *d.l.vlt.*
Cod ſi quis aliq. teſtar. probib. & ad l.non enim. 4. D.de
inoff.teſtam. vbi refert ita iudicatum fuiſſe Peruſiis, dum
eſſet ipſe Vicarius Epiſcopi, Cum quidam prius teſta-
mentum feciſſet in quo religioſos quoſdam inſtitue-
rat, Poſtea verò quidam agnati ei perſuaſiſſent, quod
erat malè factum inſtituere tales religioſos, quia talem
hereditatem conuerterent ad malum, atque ita feciſ-
ſent vt eos ipſe inſtitueret, Potiorem eſſe debere cau-
ſam religioſorũ ad ſuccedendum ex priore teſtamento.
Eámque deciſionem & vtilem & notandam eſſe aiunt
non illi tantùm, qui eiuſdem ſunt opinionis. Inter quos
Bartol. Cepoll. Veron. *cautell.* 38. ſed illi etiam qui
3 contra ſentiunt: in quorum numero † Iaſon eſt ad tit.
C.ſi quis aliq. teſtar. probib.num.vlt.poſt. gloſ. ad l.quic-
quid. vbi etiam. Cin.C.arbitr.tutel. qui nolunt probari
dolum malum heredis in ſecundo teſtamento ſcripti vt
hereditas ab eo auocari poſſit. Ego † autem neque illis
4 aſſentior: Nam quemadmodum ſi dolus nullus inter-
uenerit non poteſt locus eſſe edicto prætoris contra
eos propoſito qui aliquem teſtari vel prohibuerunt
vel coegerunt, quoniam verba edicti nominatim exi-
gunt dolum ſiue cogentis ſiue prohibentis, ita cùm
dolus aliquis probatur non ſolùm poſterius teſta-
mentum valet, ſed etiam ita valet vt ex cohereditas
& adiri poſſit, & adita fiſco applicari debeat, adeo-
que prius etiam quam adita ſit tanquam quæ pro-
pter dolum in poſteriore teſtamento adhibitum caduca
facta ſit, vt bene Bart. notat ad. *l. vlt. num.15.ff.ſi quis*
aliq.teſtar.probib. ex l.2.§.vlt.eod. & ex l. cum quidam.
12 de his quæ vt indign. Neutro igitur caſu poteſt ſuc-
cedere aut hereditatem auocare is qui priore teſtamen-
to fuit inſtitutus. Nam ſi ius haberet ſuccedendi eo
quoque caſu, quo dolus in mutando priore teſtamen-
to interueniſſet, non poſſet hereditas applicari fiſco ex
perſona eius qui in ſecundo inſtitutus fuiſſet, nec mi-
nus fiſco quam poſteriori heredi præferendus eſſet is
qui in primo ſcriptus reperiretur: Ne alioqui à fiſco
iniuriam pateretur. Quod ſi ne tum quidem cum heres
poſteriore teſtamento ſcriptus in dolo fuit hereditas
tamen ad heredem priore teſtamento ſcriptum per-
tinet, quanto minus pertinebit ſi nihil dolo malo, ſed
per blanditias duntaxat factum eſſe proponatur? Gene-
ralis namque & perpetua propoſitio in hoc tractatu
eſt, quo caſu † hereditas ad fiſcum peruentura eſſet ſi 5
vis dolúſve interceſſiſſet, eodem caſu dolo nullo inter-
ueniente hereditatem ad eum qui poſteriore teſtamen-
to ſcriptus ſit pertinere, quia nihil tanquam indigno
auferri poteſt, niſi quod ille, vel iam acquiſierit, vel
ſaltem acquirendi ſibi ius habuerit. Parum ſiquidem
refert, an hereditas ipſa, an ius tantum hereditatis ad-
eundæ ipſi eripiatur. Et è contrario, quo caſu heredi-
tas ad eum qui teſtamento priore ſcriptus eſt pertine-
re poſſet excluſo non tantum fiſco propter deficientem
dolum, dolive probationem, ſed illo etiam quem teſta-
tor in poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, Eodem caſu ta-
metſi dolus interueniſſet, fiſcus tamen excluderetur,
tanquam qui non plus iuris habere poſſit quam habe-
ret is qui indignus dicitur, ſi fiſcus non eſſet. Atqui
nec negat quiſquam, nec negare poteſt, fiſco locum
fieri, ſiue coactus fuerit per dolum vt teſtatur, vt nunc
primum teſtaretur, ſiue vt teſtamentum mutaret,
vtrumque enim æque contra leges & contra bonos
mores eſt. Fatendum ergo eſt, ſi dolus nullus interue-
nerit, nec proinde vis quæ ſine dolo malo eſſe nun-
quam poteſt, hereditatem ad eum ſpectare debere qui
fuerit in poſteriore teſtamento inſtitutus, & quidem
cum effectu, vt nulla actione per eum qui in priore
ſcriptus fuerat, auocari ab eo poſſit. Et vero quænam,
obſecro, actio in hanc rem comparata dici poteſt? Non
quidam † actio de dolo; etſi eam quoque dat Angelus, 6
quia certum eſt nunquam poſſe ei locum eſſe niſi vbi
dolus interuenit, qui ſemper probandus eſt, non mo-
dò ſi agatur, ſed etiamſi excipiatur de dolo *l.dolum.6.C.*
de dolo.l. quoties.18. §.qui dolo.D. de probat. Nec rur-
ſum actio † in factum, quæ ſolet eſſe ſubſidiaria actio- 7
nis de dolo, ſiue propter reuerentiam perſonarum, ſiue
qua alia ratione de dolo agi non poſſit. *l.non debet 11.§.*
1. D.de dolo.l.ſi ſuperſtite.5.C.eod. Hãc enim adiectionẽ
nõ quodlibet factũ inducit, ſed illud demũ quod actio-
ne aliqua vindicandum videatur: quale iſtud non eſt,
cùm iure ſuo vtatur qui ſuccedit ex poſteriore teſta-
mento valido, ac iure perfecto, nec alterius iudicium
† beneuolentiam blandis ſermonibus in ſe prouocare 8
ſit prohibitum, dummodo dolus malus abſit, vt initio
capitis præfati ſumus. Et verò ſi tum quoque cum
poſterioris heredis dolus interuenit, non tamen datur
actio, ſiue de dolo, ſiue in factum ei qui in priore ſcri-
ptus fuerat ad hereditatem auocandam, quippe quæ ad
fiſcum deuoluitur, ſed ad hoc tantum vt ei qui dolum
paſſus eſt, indemnitas præſtetur, quemadmodum dixi-
mus in præcedentibus ex *l.Lucius. 88 §.Sempronia.de*
legat. 2. Cur plus iuris habere debebit is qui priore te-
ſtamento ſcriptus fuit, vt hereditatem auocare poſſit à
poſteriore herede cuius dolus nullus probetur? An non
ei ſatis ſuperque cautum eſſet, indulta ipſi actione in
perſonam pro indemnitate conſequenda, quã habuiſſet
ſi dolus interueniſſet? At neq; ratio vlla eſt, cur ad hunc
quoque caſum talis actio protrahatur. Et enim vt in-
demnitatem priori heredi, poſterior præſtare debeat, ea
tantum ratio facit, quod alioqui poſterior heres ex dolo
ſuo lucraretur. Quæ ſola ratio fuit inducendæ iam
olim, & actionis & exceptionis doli. *l.1.D.de doli ex-*
cept.l.ne ex dolo.12.D.de dolo. Atqui hæc ratio ceſſat in
eo qui nihil dolo admiſit, ſed iure tantum ſuo vſus eſt.
Nulla ergo actione perſonali teneri poteſt, non magis
quàm petitione hereditatis, cùm neque contraxerit vel
quaſi, neque deliquerit vel quaſi, nec denique aliud
quicquam egerit ex quo ſiue legiſlator ciuilis ſiue
prætor actionem aliquam prodiderit quæ dari poſ-
ſit. Illa autem exceptio † quam ponit Iaſon, *niſi* 9
probaretur dolus malus ſecundi, æquè inepta eſt. Dolus
namque interueniens ſecundi heredis, tametſi eum
obliget vt non ſolum de hereditatem tanquam indignus a-
mittere

mittere debeat, ſed etiam hoc nomine teneri ei cui dolo
malo præripuit occaſionem habendæ hereditatis vt ni-
mirum indemnitatem ei præſtet, *d. §.Sempronia*. Nul-
lam tamen parere actionem poteſt, per quam poſſit is
qui in priore teſtamento ſcriptus fuerat hereditatem
auocare ab eo, qui in poſteriore inſtitutus fuit. Cùm
è contrario faciat vt hereditas ad fiſcum deuoluatur, at-
que ita impediat tanto magis ne heres priore teſtamen-
to ſcriptus auocare illam poſſit. Nec enim facit quo-
minus valeat ipſo iure ſecundum teſtamentum, & euer-
tat prius, ex quo proinde fieri nequit vt hereditas vn-
10 quam peti aut auocari poſſit. Quòd verò Angelus † pro
ſententia ſua confirmanda adducit ex *d.l.non eſt enim*.4.
D.de inoffic. teſtam. parum videtur mihi ad rem perti-
nere. Nihil enim aliud ibi Caius ſcribit, niſi quod non
eſt conſentiendum parentibus qui iniuriam aduerſus
liberos ſuos teſtamento inducunt, cùm plerumque id
faciant, linimentis inſtigationibuſve corrupti. Ex quo
loco longè probabilius & aptius inferre poſſumus, ex
ſolis blanditiis & inſtigationibus etiam quæ dolum ad-
nexum habeant, non modò nõ impediri validitatẽ teſta-
mẽti, ſed neq; poſſe teſtamentũ euerti, ſi non aliud iuris
auxilium concurrat, quomodo in ea ſpecie concurrit
querela inofficioſi teſtamenti, cuius tamen proponen-
dæ nulla ſubeſſet neceſſitas exheredato filio ſine cauſa
& propter ſolas blanditias nouercæ, ſi blanditiarum
allegatio & probatio ſufficeret, quam non ſufficere ex
illo etiam apparet quod neque ſatis erat Caij tempo-
ribus propoſitam eſſe ab exheredato filio querelam. ſi
non illud quoque probaret, immerenter ſe exhereda-
tum *l.liberi*.28.*C.de inoff.teſtam.* quod ius manſit vſque
11 ad tempora Iuſtiniani † qui probationem cauſæ exhe-
redationis liberorum exigit ab heredibus patris in *l.
omnimodo*.30.*eod.* Quamquam ne locus ille Caij ad rem
noſtram faciat, illud etiam in cauſa eſt quod nos de iis
blanditiis loquimur, quæ dolum nullum habeant ad-
mixtum: de quibus in *l.vlt.D.& C.ſi quis aliq. teſtar.*
12 *probib. Caius † vero in dict. leg. non eſt enim*, de iis lo-
quitur quæ non careant dolo malo & machinatione.
Sic enim reſpondendum eſt non quomodo Bart. & Sa-
licet. qui dicunt blanditias illas verſari circa prohibi-
tum. Nullo enim iure præterquam nouo ac Iuſtinianeo
prohibita eſt exheredatio etiam quæ facta ſit ſine cauſa,
licet quæ talis eſt ſubuertatur facilè per querelam in-
officioſi. Nec rurſus quomodo Iaſon, quod ibi blandi-
tiæ tendebant in perniciem alterius inſtituti: Nam
imò vero tendebant in perniciem filij qui exheredatus
proponebatur, & in vtilitatem eius qui fuerat inſti-
tutus.

ERROR IX.

De actione quæ competit fiſco aduerſus heredem indignum ad aufferendam ei hereditatem.

SVMMARIA.

1 Quomodo ſit practicandus *tit.D.& C.Si quis aliq. teſt.probib. & quænam actio fiſco competat aduerſus heredem indignum ex ſententia Bartoli.*

2 *Expenditur ſententia Bartoli, & oſtenditur rectè Bartolum ſtatuere inſtituendam aduerſus heredem indignum accuſationem criminalem, & ſuper accuſatione ferendam ſententiam.*

3 *Bartolum non rectè addere per ſententiam iudicis heredi indigno imponendam eſſe pœnam extraordinariam.*

4 *Malè quoque Bartolum ſtatuere ſententiam aduerſus condemnatum habituram effectum confiſcationis bonorum.*

5 *Non poſſe fieri vt heres inſtitutus & per aditionem iam verus heres effectus petitione hereditatis à fiſco conueniatur, contra Bart. & n.9.*

6 *Petitio hereditatis cui & aduerſus quem detur.*

7 *Nequidem vtilem petitionem hereditatis fiſco competere aduerſus Alex. & Fulgoſij ſententiam.*

8 *Interpretes ſuam ſententiam perperam adſtruere ex verbis Senatuſconſulti in l. item veniunt. §.præter hæc.D.de petit.hered.*

10 *Hereditatis petitio eſt actio ciuilis.*

VALDE laborant noſtri vt doceant quomo-
do ſit practicandus (ſic enim loquuntur)
*titulus ille.D.& C.ſi quis aliq. teſtar. pro-
bib. vel.coeg.* & quænam actio danda ſit
fiſco ad auferendam heredibus ſiue ſcriptis ſiue legiti-
mis hereditatem. De quo † Bart. quærit ad *l.1.in prin- 1
cip. num.5.& ad l.vlt. num.5. D.ill.tit.* Et vtroque loco
concludit hunc rei gerendæ ordinem eſſe debere vt qui
incidit in edictum accuſetur eo nomine criminaliter,
& feratur contra eum ſententia per quam imponatur
pœna extraordinaria, vt eo facto ſententia contra ipſum
habeat effectum confiſcationis bonorum, & exinde cõ-
ueniatur ille pro hereditate, petitione hereditatis. Sicq.
accipiendum eſſe quod de hereditate ab indignis aliis
auferenda ſcriptum eſt in *l.1.C.de his quib. vt indign.
arg.l.in cognitione*.13.*D.de SC.Silan.* Sic enim & Bart.
& alij omnes vulgo exiſtimant poſt gloſ. ad *d.l.* 1. pe-
titionem hereditatis competere fiſco aduerſus indi-
gnum quemlibet ad auferendam hereditatem. Etſi eam
Accurſij ſententiam Bartolus mirari ſolebat, vt à Baldo
ita referente ſe audiuiſſe teſtatur Paul. Caſtr. ad *d.l.* 1
Nec abs re. Falſa enim eſt vt mox probabimus. Quod
ait Bart. † de inſtituenda criminali accuſatione non diſ- 2
plicet. Crimen enim eſt, ſi quis per vim dolúmve teſta-
ri alium vel cogat, vel prohibeat *l.1.Cod.ſi quis aliq.teſt.
probib.* & conſequenter crimínoſum eſt ſi quis cõmittat
id, propter quod ex illo edicto debeat conueniri *l.vlt.
eod.l.vlt.D.eod.* Rurſum quod addit de ferenda ſenten-
tia ſuper eiuſmodi accuſatione, perinde verum eſt. Quid
enim prodeſſet inſtitutam eſſe accuſationem ſi ſen-
tentia nõ ferretur? Sed quod ſubiungit de imponenda
† per eam ſententiam pœna extraordinaria, non video 3
quam habeat rationem. Sufficit enim pœna ordinaria,
cùm ea ſiue legibus, ſiue conſtitutionibus Principum,
ſiue edictis prætorum certa eſt conſtituta, nec quic-
quam cauſæ eſt cur ordinariæ extraordinaria iungatur,
nec rurſus cur aliud quicquam in ſententia contineа-
tur, niſi quod reus fecerit contra edictum: Nam & hoc
caſu etiam nihil reus de pœna ſubiecerit, tamen legis
& edicti poteſtas aduerſus eum exercebitur. Cùm fa-
cti quidem quæſtio in iudicantis arbitrio ſit, pœnæ ve-
ro perſecutio non eius voluntati mandetur, ſed legis
autoritati reſeruetur, vt ex Papiniano Marcianus tra-
ctat in *l.1.§.1.ff.ad SC.Turpill. iunct. l.ordine* 15. *in
princ. D.ad municip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quæ
pœna grauior, & vltra legem impoſita ſit à magiſtratu,
ea res proſit condemnato ad exiſtimationem eius con-
ſeruandam cuius alioquin iacturam incurrere deberet,
quaſi duriore ſententia cum eo de ipſius exiſtimatione
tranſactum videatur, v ait Vlp. in *l.quid ergo* 13.*§.pœna
grauior. D.de his qui not. infam.* Proinde ſtatim atque
pronunciatũ eſt reum feciſſe in edictum, hoc ipſo ſuc-
cedit pœna edicti, vt & reus indignus habeatur, &
tanquam indigno hereditas auferatur. Quod ſi hoc
etiam in ſententia iudex addere velit, vt pronunciet
heredem indignum eſſe, quamquam nil neceſſe eſt, fa-
cile tamen hoc ferri poteſt, immo fortaſſis melius fue-
rit, ſed vt extraordinariam pœnam addat, nullomodo
ferri poteſt. Illud vero multo minus quoniam quod
ſequitur apud Bartolum. Eam ſententiam † aduer- 4

ſus condemnatum habituram effectum confiſcationis
bonorum. Quomodo enim fieri poteſt vt confiſcatio-
nis effectum habeat ſententia quæ pœnam aliquam ir-
rogauerit extraordinariam ſi nihil dixerit de confiſca-
tione? Aut etiam vt iudex poſſit confiſcationis pœnam
infligere, vbi lex aliam irrogat pœnam? Siue enim ius
vetus inſpicias, vix erat vt ex vlla cauſa irrogaretur
confiſcatio vniuerſorum bonorum vt notant plerique
ad *l. 1. & vlt. D. de bon. damnat.* etſi de eo nihil nunc
adfirmamus. Siue ius nouum intueamur, certum eſt ho-
die non niſi ex certis cauſis iiſque perpaucis licere iu-
dici confiſcare, præſertim vero vniuerſa bona. Inter
eas verò cauſas hanc non eſſe ſi quid factum ſit aduer-
ſus edictum prætoris, *ſi quis alium teſtar. prohib. vel coeg.*
Inauditum enim eſt vt ex hac cauſa vel confiſcatio bo-
norum vniuerſorum vel alia vlla pœna extraordinaria
vel ordinaria irrogetur, præter eam quæ heredem ha-
beat pro indigno vt hereditas fiſco applicetur. Alio-
quin fruſtra eſſet tractare aut pronuntiare de heredis
indignitate, cum ſi confiſcanda eſſent vniuerſa ipſius
bona, fieret vt illa etiam amitteret quæ aliunde quàm ex
hereditate ipſa habuiſſet, & quorum tamen reſpectu in-
dignus dici non poſſet. At rurſum ſi Bartolus ſic intel-
ligit, vt iudex qui de crimine cognoſcit, ea demum bo-
na confiſcare debeat, quæ ſunt ex hereditate, quid aliud
obſecro eſt quod agendum ſuperſit, aut propter quod
petitio hereditatis, aliave actio inſtituenda ſit poſt ſen-
tentiam, vt bona ad fiſcum deuoluantur? An non
ſatis deuoluta ſunt, ſi ſint confiſcata? Aut cur volumus
iterum condemnari eum, qui ex eadem cauſa iam ſit
condemnatus? Sed quod in tota hac quæſtione præci-
puum eſt, Dico non poſſe † iuris rationem pati vt heres
5 inſtitutus & per aditionem iam verus heres factus, pe-
titione hereditatis à fiſco conueniatur. Certiſſimum ſi-
quidem eſt hereditatis petitionem † neque dari alij
6 quàm ei qui ſit heres, aut ex teſtamento aut ab inteſta-
to, neque contra alium quam eum qui vel totam here-
ditatem vel rem aliquam hereditariam poſſideat ſine
titulo, & pro herede tantum cùm reuera heres non ſit,
aut pro poſſeſſore qui interrogatus cur poſſideat, nihil
aliud reſpondere poteſt, quam quia poſſidet *l. regulari-
ter. 9. cum ſeqq. D. de hered. petit.* Atqui cùm † heredi-
7 tas alicui aufertur tanquam indigno, neque fiſcus ideò
fit heres *leg. inter eos. 51. §. vlt. vbi gloſſ. D. de fideiuſſ. l.
quoties. 14. ad fin. D. de nouat.* neque eo magis deſinit
heres eſſe is qui indignus pronuntiatus eſt, cùm ſemel
heres fuerit *l. ei qui ſoluendo 88. de hered. inſtit. leg. ex
facto. 43. §. Iulius Longinus. D. de vulg. & pupill. ſubſt.*
vbi Paulus diſertè ſcribit. Eum qui in fraudem legum
fidē accõmodat, & adeundo heredem effici, & non de-
ſinere eſſe heredem, licèt res quæ ipſi relictæ ſunt, aufe-
rantur. Ideóque & ex ſecundis tabulis quibus pater
filio ſuo impuberi ſubſtituerat, *Quiſquis ſibi heres eſſet,*
in tantum poſſe indignum hunc heredem eſſe in quan-
tum ſcriptus eſſet. Satis enim punitum eſſe in eo in
quo fecit contra leges. Nullo igitur iure aut iuris co-
lore fieri poteſt, vt petitio hereditatis fiſco aduerſus
indignum heredem accommodetur. Idque ipſi etiam
interpretes fateri coguntur, qui vt hanc obiectionem
effugiant, admittunt petitionem hanc hereditatis dire-
ctam non eſſe ſed vtilem. Quod nominatim tradunt
Alex. & Fulgo. *ad d. l. 1. Cod. de his quib. vt indign.* Ex-
emplo ſcilicet poſſeſſoriæ petitionis hereditatis quæ
datur bonorum poſſeſſori *tot. tit. D. de poſſeſſ. hered. pe-
tit.* aut fideicommiſſariæ, quæ datur fideicommiſſario
tot. tit. de fideic hered. petit. Neutra enim iſtarum dire-
cta eſt petitio hereditatis, & ex iure ciuili, ſed vtraque
vtilis & prætoria, quia neque bonorum poſſeſſor ne-
que fideicommiſſarius iure ciuili heres eſt, ſed vter-
que iure prætorio heredis loco habetur, quia vniuerſa-
les ſunt ſucceſſores *l. 1. & 2. ff. de bonorum poſſeſſ. l. 1. &
2. & paſſ. ff. ad SC. Trebel. §. reſtituta. Inſtit. de fidei-
com. hered.* Verum non poteſt hæc interpretum ſubti-
litas † obiectionem noſtram diluere. Primum quia lon- 8
ge alia cauſa eſt fiſci qui hereditatem indigno abſtulit,
alia vero bonorum poſſeſſoris, aut fideicommiſſarij
vniuerſalis. Iſti enim iuris ſucceſſores ſunt, ob idque
nimirum habentur loco heredum & hereditatis, actio-
nibus non quidem directis, ſed tamen vtilibus & ex-
periri & conueniri poſſunt. Fiſcus vero etiam poſtquã
hereditatem indigno abſtulit, non eo magis tamen iu-
ris ſucceſſor eſt. Idque omnino conſequens eſt ei quod
ſupra diximus non fieri illum heredem, quia ſi eſſet iu-
ris ſucceſſor, ita tamen vt neque idcirco bonorum poſ-
ſeſſor fieret neque fideicommiſſarius, non aliud quàm
heredis nomen habere poſſet. Item ei quod diximus
heredem qui poſt aditionem indignus pronunciatus
eſt, nihilo magis heredem remanere: Hoc enim admiſ-
ſo neceſſe eſſet admittere duos eiuſdem hominis he-
redes in ſolidum contra iuris regulam, de qua in *l. quod
contra. 141. §. vni duo. de reg. iur.* ſi indigno manente
herede fiſcus heredis etiam iure ac nomine cenſeretur.
Indéque eſt quod creditoribus hereditariis fiſcus num-
quam tenetur, neque ab iis conueniri vlla perſonali
actione poteſt, tanquam qui eum quoque cùm heredi-
tatem indigno abſtulit non tam hereditatem quam bo-
na abſtuliſſe exiſtimetur. Nam & hereditas eſſe deſinit
per aditionem veri heredis fitque ipſius patrimonium,
nec per ablationem & auocationem illam à fiſco factam
redire poteſt ad priſtinam cauſam hereditatis, quia non
eam aufert fiſcus hoc colore, quaſi nunquam pertinue-
rit, aut fingenda ſit nunquam pertinuiſſe ad heredem
indignum. Sed è contrario tanquam in qua ius ille ha-
buerit ad eam acquirendam, ſed non ad retinendam.
Itaque non elidit ius heredis indigni fiſcus, at ſuppo-
nit potiùs & confirmat vt illud ipſum ſibi applicet. Et
ob eam nimirum cauſam, cùm creditoribus hereditariis
nulla actio dari poſſit neque contra fiſcum, quia nulla
competit, cùm non ſit heres, neque contra heredem in-
dignum cui fiſcus abſtulit hereditatem, quia licèt ipſo
iure competat tanquam contra verum heredem, ini-
quum tamen eſt & inhumanum actionem dari in eum
cui bona ablata ſunt, *leg. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. cre-
dit.* non alia ratio ſupereſt conſulendi creditoribus
quàm ſi ex bonis fiſco applicandis æs alienum ante
omnia detrahatur, vt id demum fiſco acquiſitum intel-
ligatur quod ſupererit deducto ære alieno *l. 1. §. an
bona. l. non poſſunt. 11. de iur. fiſc.* Nam & extra hunc
caſum ſolemus bona dicere quæ deducto ære alieno ſu-
perſunt, *l. ſubſignatum. 39. §. 1. de verb. ſignif. l. mulier.
72. D. de iur dot. l. 2. §. 1. ff. de collat.* Ex eo igitur intel-
ligimus petitionem hereditatis contra heredem indi-
gnum fiſco dari non poſſe, ne quidem vtilem, nec re-
ctam eſſe fiſci & aliorum quibus vtilis petitio heredi-
tatis indulgetur, comparationem, etiam ex parte fiſci.
Sed etſi bona eſſet comparatio ex parte fiſci, illud ta-
men adhuc obſtaret ex parte heredis indigni, vt petitio-
ne hereditatis à fiſco cõueniri nõ poſſet, quod ille ipſe
heres verus eſt, vt diximus. ac proinde talis contra quem
impoſſibile ſit petitionem hereditatis dari quæ nec ad-
uerſus alium vllum datur cum titulo poſſidentem *l. 2.
l. cogi. 11. C. de petit. hered.* quanto minus contra verum
heredem? Nam & ſimiliter dicimus fideicommiſſariam
hereditatis petitionem quæ ad exemplum petitionis ci-
uilis comparata eſt eoſdémque effectus habet *l. 1. ff. de
fideic. hered. petit.* numquam tamen exerceri poſſe in cũ
ipſum qui fideicommiſſariam hereditatem reſtituit *l.
vlt. §. penult. eod.* Nempe quia non ab alio quàm qui ve-
rus heres ſit reſtitui hereditas poteſt *dict. l. 1. ff. ad SC.
Trebell. l. mulier. 22. §. vlt. eod.* reſtitutio autem non facit
vt deſinat ille heres eſſe *d. §. reſt. Inſt. de fideic. hered.* ab-
ſurdum porro eſſet petitionem hereditatis nec minùs eã
quæ vtilis quàm quæ directa ſit contra verum heredem
exerceri. Nihil ergo agunt interpretes noſtri cũ iſtã he-
reditatis

reditatis petitionem quam fiſco aduerſus heredem in-
dignum accommodant, vtilem eſſe volunt vt eam ab
9 obiectione noſtra tueantur. Fefellit eos textus ſena-
tuſconſulti ab Vlpiano † relati & explicat in *l. item
veniunt. 20. §. preter hec & ſeqq. ff. de petit. hered.* Ver-
ba enim ſenatuſconſulti licet ad priuatorum quoque
cauſas protractum illud ſit à prudẽtibus ex rationis (vt
noſtri loquuntur) identitate per fiſcum petita. Ergo,
inferunt iſti viri boni, de petitione hereditatis quam
inſtituere fiſcus poſſit ad vindicandam hereditatem
quamlibet caducam: Atqui caduca ſit hereditas ei de-
lata & acquiſita qui patremfamilias teſtari vel prohi-
buerit vel coegerit *l. 2. §. vlt. D. ſi quis aliq. teſt. prohib.
vel coeg. l. cum quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Po-
teſt igitur hæc quoque per petitionem hereditatis
vindicari. Atque ita ipſi ratiocinantur. Sed valde in-
ſubtiliter, pace tantorum virorum hoc dixerim, ne di-
cam imperitè. Non enim verba illius ſenatuſconſulti
tam generalia ſunt, vt omnes complectantur caſus, in
quibus hereditatem quaſi caducam fiſcus perſequi &
vindicare à quocunque velit: at è contrario excludunt
diſertè hunc caſum de quo tractamus, id eſt in quo
hereditas per verum heredem poſſideatur. Siquidem
de iis ſpecialiter locutus eſt Senatus, qui ſe heredes exi-
ſtimant. Ac proinde qui non ſunt veri heredes. Non
igitur de indignis, quos diximus & probauimus veros
heredes & eſſe & manere. Neque vero deſunt innume-
ra exempla hereditatum, quæ caducæ factæ ſint ex alia
cauſa quam indignitatis, & quarum ratione nihil pro-
hibeat inſtitui petitionem hereditatis non directam
ſed vtilem à fiſco, cum poſſeſſores non ſunt veri here-
des, ſiue ſe heredes eſſe exiſtiment, ſiue ſe heredes
non eſſe ſciant, id eſt, ſiue bonæ ſiue malæ fidei poſ-
ſeſſores proponantur. At vt petitio hereditatis ſiue di-
recta ſiue vtilis detur fiſco contra eum qui verus heres
ſit, neque Senatus, neque Vlpianus, neque alius vllus
ex viris prudentibus noſtris vnquam dixit. Immo ni
fallor ea cauſa fuit faciendi ſenatuſconſulti, vt quid
in cauſis fiſcalibus ſequendum eſſet ſciri poſſet, cùm
ordinaria ciuilis actio petitionis hereditatis fiſco com-
petere non poſſet nequidem aduerſus non heredem
cum nec ipſe heres eſſet neque rurſus vlla ex iis quas
prætor extra ordinem pro ſua iuriſdictione induxit. Ni-
ſi forte putamus ante ſenatuſconſultũ illud incogni-
tam fuiſſe petitionem hereditatis, quod tamen abſur-
10 dum eſſet dicere, cum hereditatis † petitio dicatur eſſe
actio ciuilis, id eſt, manans ex interpretatione pruden-
tum ad legem 12 *tabul.* ex qua ius ipſum hereditatum
deſcendit ſiue teſtamentariarum ſiue legitimarum *l. 1.
2. & 3. ff. ill. tit. de pet. hered. l. lege obuenire. 130. de verb.
ſignif.* Idq; verba etiã ipſa ſenatuſconſulti præſeferunt.

ERROR X.

*De ſententia l. 1. C. de his quib. vt indig. & quid
hodie iuris obtineat cùm tractatur de
indignis.*

SVMMARIA.

1 *Diſcrimen inter eum cui tanquam indigno heredita-
tem fiſcus aufert, & alios à quibus hereditatem
fiſcus petit, de quibus eſt SCtum relatum in l. 20. §.
6. D. de petit. hered.*

2 *Cur deterioris conditionis ſit is qui vere heres eſt in
ſpecie l. 1. C. de his quibus vt indig. quam qui falſo
quidem, ſed bona fide exiſtimat ſe heredem.*

3 *Indigni coguntur reſtituere omnes fructus etiam quos
perceperunt ante litem motam.*

4 *Indigni quatenus vſuras fiſco debeant.*

5 *Cur in ſpecie l. 1. C. de his quibus vt indign. ex tem-
pore tantum moræ litis vſuræ debeantur, interpre-
tum placita referuntur.*

6 *Ad dubitationem propoſitam autoris reſponſio verior.
& n. 8.*

7 *Mora quando contrahi intelligatur.*

9 *Cur aliud in fructibus, aliud in vſuris ab indigno de-
pendendis ius conſtitutum ſit.*

10 *Fructus ſunt acceſſiones naturales, vſuræ vero indu-
ſtriales.*

11 *Titulus* his quibus vt indign. *vt apud Gallos & ple-
raſque alias gentes eſt abrogatus.*

12 *An heres indignus cui olim fiſcus hereditatem aufe-
rebat eam hodie retinere debeat, an vero ad legiti-
mos heredes debeat pertinere, & rurſus qua actione.*

ET verò iure alio † cenſeri hunc cui tãquam 1
indigno hereditatem fiſcus aufert, alio cæ-
teros à quibus hereditatem fiſcus petit, &
de quib. ſenatuſconſ. factum eſt ſi modò ſe
heredes exiſtimauerint, atque ita fuerint bonæ fidei
poſſeſſores, ex eo quoque apparet in *d. l. 1. C. de his
quib. vt indign.* conſtitutum eſt vt heredes quos necem
teſtatoris inultam reliquiſſe, conſtiterit, fructus inte-
gros reddere cogantur, id eſt vt ſequentia explicant
etiam eos perceperint ante litem motam: Ratione illa
quæ in textu ſequitur, quod non videatur bonæ fidei
poſſeſſores ante illatam controuerſiam fuiſſe qui debi-
tum officium pietatis ſcientes omiſerunt. Cum tamen
ex eo ſenatuſconſulto quod circa fiſcales here-
ditatis petitiones factum eſt, non niſi ex die illa-
tæ controuerſiæ fructus reddere poſſeſſor tenea-
tur, tanquam qui in nullum vſque diem bonæ fidei
poſſeſſor, ſi aliud nihil obſtet, fuiſſe exiſtimetur. Ita fit
quod non immeritò mirari quis poſſit vt deterioris † 2
conditionis ſit is qui vere heres eſt in ſpecie *d. l. 1.*
quàm qui falſò quidem ſed bona fide exiſtimat ſe here-
dem, Nempe quia bonam fidem inducit probabilis er-
ror facti, qui facile poteſt interuenire, ſi forte agnatus
proximus putet nullum eſſe factum teſtamentum ab eo
qui tamen teſtamentum fecerit, & alium heredem in-
ſtituerit eius cuius perſona hereditas caduca facta ſit,
puta defuncti ante apertas tabulas, vt exemplum peta-
mus ex eo iure quod prudentum temporibus obtine-
bat. Qui autem ideo indignus eſt quod ſciens neglexe-
rit vindictam necis defuncti cuius heres eſt, non niſi
in iure errat ſi neſcit ſe indignum eſſe, & ideo quamuis
nulla ei adhuc controuerſia inferatur, non eo magis
tamen videri poteſt bonæ fidei poſſeſſor, vt fructus ante
perceptos, aliorum exemplo qui à fiſco conueniuntur,
præſtare non compellatur. Quo exemplo idem iuris
eſſe puto in cæteris omnibus indignis ex quacunque
cauſa indigni ſint, ſiue quod tacitam fidem accommo-
dauerint in fraudem legum, ſiue quod defunctum te-
ſtari vel prohibuerint vel coegerint. Omnibus enim
hoc commune eſt, vt cum ex proprio facto indigni ſint,
proprij autem facti ignorantiam non poſſint præten-
dere *l. quamquam. 7. D. ad SC. Velleian.* eos neceſſe ſit
errare in iure, ſi putant ius ſibi eſſe retinendæ heredi-
tatis, etiam prius quàm eius cõtrouerſiam vllam à fiſco
patiantur. Atque ita Papinianũ ſenſiſſe conſtat ex *l. here-
dem 17. & l. ſeqq. D. de his quæ vt indign.* in quarum al-
tera tractans de illo qui ſciens defuncti vindictam in-
ſuper habuit, in altera vero de illo qui tacitum fidei-
commiſſum in fraudem legis ſuſcepit, in vtraque tamen
vult cogendum † eſſe indignum vt fructus omnes om- 3
nino reſtituat, etiam quos perceperit ante litem motam:
quod bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe non videatur, Exem-
plo, inquit, bonorũ fiſco vindicatorum, de quorum fru-
ctibus dubitari non poteſt quin omnimodo fiſco debeã-
tur, Vſurarũ † alia ratio eſt. Placet enim eas fiſco non de- 4
beri niſi ex die litis motæ ſiue de tacito fideicõmiſſo, ſiue

de inſuper habita nece defuncti controuerſiæ, ſed ta-
men ex eo die deberi etiam pretium eorum quæ quis
non tantùm ex rerum hereditariarum, ſed ex ipſorum
quoque fructuum ante perceptorum diſtractione ha-
buerit, at non etiam eorum fructuum quos in vſu ha-
buit. Horum enim pretia tantùm reſtitui ſatis eſt, in-
quit Papin. *in d.l. cum qui.* 18. *in princip.* vbi tamen ſub-
iungit, Imperatorem Seuerum benignè decreuiſſe vt
bonorum tacitè relictorum citra diſtinctionem tempo-
ris fructus tantùm debeantur, id eſt ſiue ante ſiue poſt
motam litem percepti ſint, eorum tamen vſuræ nullæ
debeantur. In quo melioris conditionis eſſe Impera-
tor voluit eum qui indignus eſt ob ſuſceptum taciti
fideicommiſſi ſecretum, quàm eum qui indignus ſit
ob inultam necem defuncti, aut ob vim factam dolúm-
ve illatum teſtatori, Non quidem ex ratione aliqua iu-
ris quæ hanc diuerſitatem inducat, ſed ex ſola benigni-
tate. Ideò fortaſsè quod qui tacitam fidem accommo-
dat ſolis legibus fraudem facit vt faueat teſtatori, Qui
verò ex qualibet alia cauſa indignus eſt, non tantùm
legibus fraudem facit, ſed ei quoque cuius hereditatem
poſſidet, & idcirco ſicut duplici odio dignus eſt, ita &
5 maiore pœna. Dices, Cur non ergo præſtat † vſuras ni-
ſi ex die moræ litis ac non potiùs ex die moræ, vt dici
ſolet in aliis bonæ fidei iudiciis, *l. mora.* 32. *§. in bona fi-
dei. D. de vſur. l. in bonæ fidei.* 13. *C. eod.* Nam & in hoc
hæſitarunt interpretes noſtri, ſupponentes dari hoc ca-
ſu petitionem hereditatis quæ inter bonæ fidei actio-
nes à Iuſtiniano connumeratur *in §. action. inſtit. de act.*
Neque verò facilè poſſunt ſe extricare vt videre eſt
apud Accurſium qui *in d. l.* 1. tres adfert ſolutiones,
quæ à cæteris omnibus omnes improbantur, Tandem-
que in hoc conquieſcunt interpretes, vt dicant in bo-
næ fidei quidem iudiciis vſuras venire à tempore mo-
ræ, ſed tunc demum quando exercentur ea iudicia con-
tra illum qui nullum ius habet in ea re pro qua conue-
nitur, ſed ſi contra eum exerceantur, qui mero iure ali-
quod ius habeat, licèt eo priuari poſſit, aliud eſſe nec
tunc venire vſuras à tempore moræ, ſed tantùm ex die
litis motæ. Atque ita poſt Paulum Caſtrenſem conclu-
dit *Iaſ. ad d.l. in fin.* Parum acutè. Primùm, quia lex
non ponit quod illi ponunt agi in ea ſpecie de petitio-
ne hereditatis. Deinde, quia Seueri temporibus, & an-
te conſtitutionem Iuſtiniani *in l. vlt. in fin. C. de petit.
hered.* nondum erat conſtitutum vt petitio hereditatis
inter bonæ fidei iudicia computaretur. Tertiò, quia
tantum abeſt vt eius cui tanquam indigno aufertur he-
reditas melior conditio eſſe debeat ob id quod reuera
heres ſit, & ius habeat in hereditate, quàm illius qui
nullum ius habet, ſed tantùm bonæ fidei poſſeſſor eſt,
Vt è contrario ſit ille deterioris in eo quod fructus
omnes reſtituere compellitur etiam perceptos ante li-
tem motam, quod in cæteris qui petitione hereditatis
etiam à fiſco conueniuntur diuerſum eſt, vt proximè
oſtendimus. Quia nimirum non ſunt iſta repugnantia,
vt heres habeat ius in hereditate, tanquam qui reuera
heres ſit, & tamen malæ fidei poſſeſſor eſſe credatur.
Poſtremò etiamſi poneres conueniri petitione heredi-
tatis à fiſco illum, qui in hereditate nullum ius habe-
ret, ſed bonæ fidei tantùm poſſeſſor eſſet, non aliud ta-
men iuris quod ad fructuum & aliarum rerum heredita-
riarum quæ diſtractæ ſint, aut pecuniarum vſuras ſer-
uaretur, niſi hactenus vt nec ex die motæ litis & illatæ
controuerſiæ deberentur. Nullas enim omninò deberi
ſupradicto ſenatuſconſulto expreſſum eſt. De illo igi-
tur potiùs dubitare interpretes debuerant. Cur in caſu
ſenatuſconſulti mota lite & inſtituta petitione heredi-
tatis vſuræ nullæ debeantur pecuniarum ex diſtractio-
ne redactarum, ne quidem ex die motæ litis, Quàm, Cur
in ſpecie, *d. l.* 1. ex tempore tantum motæ litis debean-
tur: in vtraque autem quæſtione illud etiam explican-
dum eſt, Cur alia fructuum, alia vſurarum ratio conſti-
tuatur. Ego reſpondeo. Ad eam primum dubitationem
† quæ interpretes agitat. De vſuris ab herede indigno 6
à die tantùm litis motæ non à die moræ præſtandis. In
hoc errare interpretes quod diem motæ litis alium eſſe
putant, quàm diem moræ. Nam ex ipſis Senatuſcon-
ſulti ſupradicti verbis, motam litem petitámque here-
ditatem intelligere debemus, cum primùm ſcierit quiſ-
que eam à ſe peti, hoc eſt cùm primùm, aut denuncia-
tum ſit ei, aut literis, vel edicto euocatus ſit, quod &
Vlpianus inculcat *in d. l. item veniunt, §. petitam.* Quo-
modo autem contrahi mora poteſt quæ hoc tempus an-
tecedat? Nam & tunc contrahi mora † intelligitur, 7
cum quis congruo loco & tempore interpellatus fuit,
d.l. moral. in princ. quæ interpellatio † ſicuti neceſſariò 8
ſcientiam inducit ita & facit, vt exinde mota lis videa-
tur, ſaltem quantum ad hoc iudicium petitionis here-
ditatis. Niſi poneres talem eſſe ſpeciem, in qua contra-
heretur mora in re ipſa & ipſo iure, vt putà fauore mi-
noris ætatis, *leg. in minorum.* 3. *Cod. in quibus cauſ. reſt. in
integr. neceſſ. non eſt, l. Titia Seio.* 87. *§. vſuras, de legat.* 2.
Sed is caſus alienus eſt à diſputatione noſtra, quæ eſt
de fiſco actore non de minore. Quod ergo Imper. Se-
uerus conſtituit, vt indignus cui hereditatem fiſcus au-
fert, vſuras præſtare debeat ex die motæ litis, illud ip-
ſum eſt quod noſtri volunt præſtandas eſſe à die moræ.
Diligentérque ſeparandum eſt tempus litis motæ à
tempore litis conteſtatæ. Non enim ſimiliter poſſet di-
ci conteſtatam videri litem ex die ſcientiæ, cum conte-
ſtatio ſit actus ſolemnis, qui olim non niſi apud præ-
torem fiebat, hodie verò non niſi apud iudicem, *l. vni.
C. de lit. conteſt. l. ſed etſi lege.* 25. *§. ſi ante ff. de petit. he-
red.* Quamquam etſi litis conteſtatæ mentio facta eſſet
à Seuero *in d. l.* 1. adhuc tamen dici poſſe reſcriptum
ita intelligi debere, vt neque motæ litis, neque moræ
tempus idcirco excluſum videretur, ſed illud tantum
tempus quod & moram & motam litem præceſſiſſet,
quomodo verba ipſa Senatuſconſulti interpretatur
Vlpianus *in d. §. ſi ante.* Et nos quoque alias interpre-
tati ſumus *tit. C. de vſur. & fruct. leg.* vbi ſcriptum
eſt legatorum fructus & vſuras deberi ex die litis con-
teſtatæ. Nempè ſi non aliqua mora conteſtationem
præceſſiſſe probetur Quandoquidem conſtat ſi mora in
ſoluendis legatis vel fideicommiſſis facta ſit, ex die mo-
ræ vſuras deberi, *d. §. vſuras, & d. l. in minorem l. ſi quis
ſeruo.* 84. *de leg.* 2. *cum ſimilib.* Qua etiam ratione dice-
rem ſi tempus motæ litis diuerſum eſſet à tempore mo-
ræ, ſic accipiendum fore reſcriptum Seueri. De vſuris
ex die tantùm litis motæ præſtandis, non mora aliqua
præceſſiſſet, Non enim ad excludendum præcedentis
moræ tempus ita ſcriptum eſt *in d. l.* 1. ſed ad excluden-
dum, vt iam dixi tempus omne quod præcedit moram,
ad differentiam fructuum, à quibus dependendis nec
immune illud tempus eſt. Illud igitur duntaxat expli-
candum ſupereſt: cur aliud † hac parte in fructibus, 9
aliud in vſuris fuerit conſtitutum. Si de fructuum vſu-
ris loqueremur, de quibus & Papin. *in d. l. cum qui.*
aperta eſſet ratio diſſimilitudinis, quia fructus ſunt ac-
ceſſiones, fructuum verò vſuræ acceſſionum acceſſiones
quæ vel prohibitæ ſint, vel ſi quando permiſſæ in
odium malæ fidei poſſeſſoris, tamen ſunt odioſiores,
l. vltim Cod. de vſur. Sed cùm Seueri reſcriptum loqua-
tur etiam de vſuris pretiorum ex rebus ipſis heredita-
riis diſtractis redactorum, quarum fructus hodie præ-
ſtarentur, ſi diſtractæ non fuiſſent, difficilè videtur di-
cere cur non eadem conſtituta ſit ratio fructuum &
vſurarum, cùm dici ſoleat vſuras vicem fructuum obti-
nere, nec debere à fructibus ſeparari, *l. vſuræ.* 4. *D. de
vſur.* Dicendum eſt fauorabiliorem eſſe fructuum re-
ſtitutionem, quàm vſurarum, quia fructus ſunt acceſ-
ſiones naturales quas qui præſtat non idcirco fit pau-
perior, ſed tantùm non locupletior, cùm idipſum re-
ſtituat quod percepit, *l. indebiti.* 15. *D. de cond. indebl.*

videamus.

videamus. 38. §. ſi actionem, de vſur. At vſuræ non acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt loquuntur, induſtriales, quia non tam ex re ipſa, hoc eſt ex pecunia quæ ſui natura ſterilis eſt, aut ex iure, quàm ex negotiatione percipiuntur, vt eleganter Papin. dicebat *in l. ſi iure. 62. D. de rei vindic.* Itaque durius agitur cum reo ſi ad vſurarum, quàm ſi ad fructuum reſtitutionem condemnetur. Vnde etiam eſt quod in bonæ fidei iudiciis cùm vſuræ non debeantur niſi ex die moræ, fructus tamen omnimodo debentur, *d. l. videamus. §. pen.* hoc eſt etiamſi mora nulla facta ſit, quia in eo nulla ſit iniuria ei qui
10 ex bona fide † condemnatur, de quo alibi ſcripſimus. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione, ni fallimur, veriſſimè diſputantur, & inſpecto eo iure quod Seueri
11 temporibus obtinebat. Sed cùm hodie totus † ille *tit. de his quib. vt indign.* apud pleraſque gentes abrogatus ſit, quomodo apud Gallos abrogatum eſſe refert Bugnonius Gallus in ſuo illo tractatu. *De legib. abrog.* dubita-
12 ri eleganter poteſt quid iuris ſit: An ſcilicet heres † indignus, cui olim fiſcus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat, an verò ad legitimos heredes pertinere debeat, & rurſus qua actione. Nec enim dubitandum eſt quin hodie perinde ac olim valeat teſtamentum, ex quo hereditas etiam indigno acquiritur, veréque ſit heres is quoque qui indignus eſt: vt proinde legitimi heredes, & ab inteſtato venientes non videantur ſuccedere poſſe ſuo iure, ſed egere aliqua actione ad auferendam heredi ſcripto hereditatem. Atqui nulla talis actio iure prodita eſt. Quinimò repugnat hoc Principiis iuris, vt hereditas poſtquàm ex teſtamento acquiſita fuit ad legitimos heredes reuertatur. Condictio igitur ſaltem ex lege aliqua dari deberet. At quid ſi non lege aliqua, ſed moribus tantum ius illud vetus fiſcale fuerit abrogatum? Condictio ex moribus nulla eſt. Verùm enim verò cùm fiſcale ius in hoc ſublatum ſit, non fauore indigni heredis, qui ſemper eodem odio dignus eſt quo fuit olim, ſed fauore legitimorum heredum, dicendum eſt permittendum eſſe legitimis heredibus vt adeant, ſibique hereditatem adferant ab inteſtato, tum vbi conueniuntur ab herede teſtamentario petitione hereditatis ex teſtamento, cum ſummoueant exceptione doli mali, vt & in ſpecie, *leg. penult. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Dolo enim malo facit quiſquis prætextu teſtamenti, & captata occaſione iuris ciuilis eam petit hereditatem, qua tamen indignum ſe reddiderit, *arg. leg. 1. ff. de doli except.* Et quamuis nullo iure legitimi heredes poſſint hereditatem ſuam dicere, quæ ex teſtamento iuſto alij delata & acquiſita eſt, ſufficit tamen iis, ad vincendum quod poſſeſſores ſint, & iuſtam habeant exceptionem, cuius vires ex perſona petentis æſtimari debeant, cùm alioquin potior ſit cauſa poſſeſſoris in re pari, hoc eſt in pari non iure, vt eleganter Paulus quamuis in diſſimili ſpecie reſpondit *in l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* At quid ſi indignus ipſe poſſideat. Autoritas quidem iudicis imploranda erit, ne quid per vim & malo more factum videri poſſit. Sed eo ipſo modo proponenda erit actio à legitimis ſucceſſoribus acſi nullum teſtamentum eſſet. Producto autem teſtamento ad elidendam legitimorum heredum intentionem, debebunt illi replicare de dolo malo, vt ea ratione non quidem teſtamentum ipſum euertant, quod neque per exceptionem neque per replicationem doli vnquam ſubuerti poteſt, ſed tamen aſſequantur, vt nullam ex eo teſtamento vtilitatem heres ſcriptus aut petere aut retinere poſſit. Quam in rem mihi videtur accommodatiſſimus textus Papin. *in d. l. pen. §. vlt.* in cuius ſpecie licet heres ſcriptus non habeatur pro indigno, quia teſtator mutauerat voluntatem non propter malè merita heredis, ſed quia voluerat ſe adrogandum dare, perinde tamen acſi indignus eſſet arcetur à commodo hereditatis teſtamentariæ, cùm non habeat pro ſe ſupremam teſtatoris voluntatem. Nec eo minus tamen teſtamentum ipſo iure valet. Etſi rurſus quamuis valeat, non impedit quominùs legitimi heredes ſuccedere ab inteſtato poſſint, non quidem ipſo iure, ſed beneficio exceptionis doli quæ iis accommodatur contra heredem ſcriptum volentem agere ex teſtamento. Porrò cui poſſidenti exceptionem doli damus eidem ſi cogatur agere contra eum à quo potiùs conueniri deberet, replicationem æquè facilè & ex eodem æquitatis fonte dandam eſſe notiſſimum eſt. Et ex his abſolutus ſit tractatus quem interſerere coacti ſumus ad interpretationem *tituli. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coegit.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimanona.

ERROR I.

De clauſula derogatoria appoſita in teſtamento minus ſolemni, vel rupto ex cauſa præteritionis, aut exheredationis.

SVMMARIA.

1 *QQ. hoc capite tractanda. 1. quid iuris ſit, vbi appoſita eſt clauſula derogatoria in teſtamento minus ſolemni. 2. Quid ſi in teſtamento rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis.*
2 *Reſponſio Bartoli ad 1. quæſtionem.*
3 *Eiuſdem ad ſecundam quæſt. reſponſio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Bartolus ſtatuit clauſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ, quæ declaret in ſecundo teſtamento cui expreſſim derogatum ſit, voluntatem teſtandi non adeſſe.*
6 *Ex actu quoque nullo declaratur voluntas.*
7 *Clauſula derogatoria in quibus vim ademptionis habeat.*
8 *Quomodo intelligendum illud, In codicillis hereditatem neque dari, neque adimi poſſe.*
9 *Si clauſula derogatoria haberet vim proteſtationis & ſubtrahendæ voluntatis, etiam appoſita in teſtamento minus ſolemni impediret validitatem poſterioris teſtamenti contra Bart.*
10 *Si clauſula derogatoria ſit appoſita in teſtamento quod ruptum ſit vel factum irritum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, corruunt inſtitutiones, legata verò & cætera firma manent.*
11 *Excutitur Bartoli reſponſio ad ſecundam quæſtionem.*
12 *Reſponſio autoris ad vtramque quæſtionem.*

INTERIECTVS ſuperiore Decade tractatus de illo qui aliquem teſtari prohibuit, vel coëgit, inſtitutam noſtram de clauſula derogatoria diſputationem interrupit, quam nos nunc abſoluemus. Duplex autem occurrit hoc capite
1 tractanda inſpectio. Vna, † quid ſi appoſita ſit clauſula derogatoria in teſtamento minùs ſolemni. Altera quid ſi in teſtamento rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis. Vtramque quæſtionem proponit Bart. *ad leg. ſi quis in princ.* 22. *n.* 6. *&* 7. *de legat.* 3. Ad priorem † verò reſpondet, Verba derogatoria habere vim
2 cuiuſdam ademptionis. Ex notat, per gloſ. magnam *d. l. ſi quis.* Et ideò ad hoc vt adimatur hereditas debere id fieri in voluntate ſolemni, quia in codicillis neque dari neque adimi hereditas poteſt, *l.* 2. *C. de codic. l. quidam.* 27. *§. vlt. D. de codic. inſt.* Et oportere, quòd in tali voluntate adimatur ex qua poſſit adiri hereditas, vt idem Bart. notat *ad l. ſi iure.* 18. *de legat.* 3. Sed in ademptione legati non requiri tantam ſolemnitatem *ex l. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de legat.* 1. *& fideicommiſſum.* 27. *Cod. de fideicommiſſ.* Melior textus eſt *in l. militis.* 36. *§. veteranus. D. de teſtam. milit.* Itaque quod ad legata in poſteriore teſtamento ſolemni relicta, vult Bartolus clauſulam derogatoriam in priore teſtamento etiam minùs ſolemni adhibitam operari ne debeantur. Ad poſteriorem
3 † verò quæſtionem reſpondet Bart. eodem ferè modo. In quantum derogatoria verba continent ademptionem hereditatis, atque ita reſpiciunt inſtitutionem, nihil poſſe operari. Secùs verò in quantum reſpiciunt legata & fideicommiſſa, quia Nouella Iuſtiniani conſtitutio. 115. *vt cùm de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, vnde ſumpta eſt, *Auth. ex cauſa. C. de liber. præter.* rupto teſtamento vel irrito facto ex cauſa præteritionis vel exheredationis, conſeruat teſtamentum quantum ad legata, & fideicommiſſa, & cætera omnia in eo contenta, præterquàm quod ad inſtitutiones. Ego non
4 † ſolùm vtramque hanc quæſtionem otioſam eſſe arbitror, ſi verum eſt vt eſt quod probauimus in præcedentibus, merum commentum eſſe Doctorum noſtrorum quicquid illi de clauſula poſterioris teſtamenti derogatoria nugantur, ſed etiamſi qua talis clauſula admitti poſſet quæ his quæſtionibus locum faceret, longè aliter quàm à Bartolo factum ſit, ad eas reſpondendum eſſe. Nam quod ad priorem attinet, vt ex Bartoli traditionibus contra Bartolum ipſum diſputemus, vult ille ad *d. l. ſi quis in princ. num.* 4. quod & ante eum Cinus docuerat, huiuſmodi clauſulam † derogatoriam habere
5 vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ quæ declarat in ſecundo teſtamento cui expreſſim derogatum ſit, voluntatem teſtandi non adeſſe. Atqui voluntas illa & & proteſtatio probari poteſt ex priore teſtamento etiam
6 non ſolemni, cùm dici ſoleat verúmque ſit ex † actu quoque nullo declarari voluntatem, *l. vlt. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. cùm quidam.* 12. *D. de his quæ vt indign.* Non ergo quod clauſula derogatoria appoſita ſit in nõ ſolemni teſtamento vim & effectum eius impedire poteſt. Quid enim referre debet an prius teſtamentum in quo appoſita illa eſt, valeat néc-ne, cùm poſſet ea proteſtatio fieri quocumque alio loco & tempore id eſt etiam extra teſtamentum? Aut ſi eam cùm in teſtamento inutili appoſita eſt inutilem eſſe volumus, quoniam vt à nobis diſputatum eſt in præcedentibus: Illa etiam quæ extra teſtamentum fieri poſſent, ſi tamen in teſtamẽto facta ſint non aliter valere poſſunt, quàm ſi teſtamentum quoque ipſum valeat. Cur volumus manere illam vtilem & validam ad impedienda legata quæ ſecundo teſtamento relicta fuerint? Etenim quod pro ratione adfert Bartolus clauſulam derogatoriam habere vim ademptionis, hereditatem verò in voluntate minùs ſolemni adimi non poſſe ad rem omninò non pertinet.
7 Quia ea poteſt quidem eſſe vis clauſulæ derogatoriæ in iis demum qui adimi poſſunt, adéoque in eodem teſtamento, cuiuſmodi ſunt legata, fideicommiſſa & ſimilia de quibus *in d. l. ſi quis in princ. & apertiùs in l. ſi ita ſit adſcriptum.* 14. *de legat.* 1. at non in iis quæ adimi non poſſunt, cuiuſmodi eſt hereditas. Nam vt diximus *in Error.* 8. *Decad.* 37. regula iuris eſt hereditatem adimi non poſſe, *l. ſi ita ſcriptum.* 13. *§. regula. D. de liber. & poſthum.* Eam præſertim quam nondum quis dederit, ſed quam poſtea daturus ſit, & quidem in alio teſtamento. Id enim adimi tantùm poteſt quod in eodem teſtamento vel datum ſit vel dari ſaltem poſſit: In quo numero non eſt hereditas alia poſteriore teſtamento relinquenda, cùm habere duo teſtamenta non magis quis poſſit quàm duas hereditates, Et quod dicitur, in codicillis † hereditatem neque dari neque adimi poſſe, 8
non hunc ſenſum habet quaſi in ſolemni teſtamento ſicut dari poteſt ita & adimi poſſit, ſed eo pertinet vt intelligamus, hoc plus eſſe in teſtamento quàm in codicillis, quod in eo hereditas dari poteſt, quæ porrò hoc ipſo quod vni datur, alij qui eam alioquin habiturus eſſet adempta eſſe intelligitur, vt ſuo loco explicauimus, vt proinde non aliter adimatur, quam ſi detur. Sed etſi vera eſſet ratio iſta Bartoli quæ vult clauſulam derogatoriam habere vim ademptionis non minus in hereditatib. alio teſtamento relictis, Attamen contra Bartolum ſufficeret quod alia quoque ratio vera eſſet, quam idem Bart. & alij omnes probant, ex eo ſumpta quod eadem † clauſula vim habeat proteſtationis præambulæ (vt loquuntur) ad ſubtrahendam voluntatem à futuro actu, qui tamen ſine voluntate perfici non poſſit. Etſi enim difficilis reuocatur datio hereditatis quàm legati, vt ait Bartolus, ſi tamen initium inſpicias & tempus illud quo nec hereditas adhuc data ſit nec legatum, illud vtrique commune eſſe conſtat, vt neutrum dari poſſit ſine dandi voluntate, quam nec ſufficit adeſſe in danda hereditate ſi non ſit ſolennis. Itaque quamuis clauſula derogatoria non poſſet ex vna parte, & quatenus vim ademptionis habet, impedire validitatem poſterioris teſtamenti cùm eſſet appoſita in priore minùs ſolenni, ſufficeret tamen ad hunc ipſum effectum inducendum, quod haberet vim proteſtationis, & ſubtrahendæ voluntatis, Nec minùs quantum ad hereditatem quàm quod ad legata, & fideicommiſſa in quibus hoc vltro Bartolus admittit. Quod vero ad poſteriorem quæſtionem pertinet, Si clauſula derogatoria ſit appoſita in eo teſtamento quod ruptum ſit vel factum irritum ex cauſa præteritionis, aut exheredationis, conſtituit quidem Iuſtinianus inuita etiam iuriſprudentia vt inſtitutiones tãtum corruant, legata vero & cætera omnia valida remaneant, *d. Auth. ex cauſa. C. de liber. præter.* Sed non video
† qua ratione poſſit quis ex hoc inferre cum Bartolo, 10
Conſeruandam igitur eſſe clauſulã derogatoriã quę deſtruat legata ſiue in eodẽ ſiue in alio teſtamento relicta, Aut infirmãdã quatenùs reſpicit inſtitutiones ne valere poſſint. Potius enim è contrario inferendum eſſet, Inutilem eſſe debere clauſulam derogatoriam quod attineret ad legata, & cætera quæ Iuſtiniani conſtitutio vult valere, vtilem verò ad euertendas eas inſtitutiones quas nec Iuſtiniani conſtitutio valere patitur: Niſi fortè ad id reſpexit Bartolus, quod nulla opus eſt clauſula derogatoria ad infirmanda ea quæ iam ipſo iure non valeant, ſed tantùm ad infirmanda ea quæ alioqui valerent. Verum ſi ita Bartolus ſenſit, non debuit igitur hereditates diſtinguere à legatis. Cùm enim tractemus de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti, quæ poſita ſit in priore rupto ex cauſa præteritionis, vel exheredationis, Apparet non de ea inſtitutione nos tractare, quæ in eodẽ teſtamento ſcripta ſit, ſed de ea quæ in alio poſteriore, quam idcirco non poſſumus dicere nullam eſſe, cùm ponamus teſtamentum poſterius valere, Quidni ergo valebit clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita, vt deſtruat poſteriorem inſtitutionem

Sed videtur potius ad id reſpexiſſe Bartolus, quod eadẽ
11 eſſe debeat ratio † dationis & ademptionis, Vt quẽadmodum datio hereditatis quæ per inſtitutionem fit non conſeruatur ex Iuſtinianea conſtitutione, ita neque conſeruatur ademptio quæ per clauſulam derogatoriam fieri intelligitur. Contrà autem conſeruatur ademptio legati qua inducit poteſtas clauſulæ derogatoriæ, quoniam & datio legati ſi qua eo teſtamento facta eſſet, conſeruaretur. At neque interpretatio hæc Iuſtiniani verbis aut menti vllomodo cõuenit: Egit enim Iuſtinianus de conſeruanda legatorum datione, non de conſeruanda eorumdam ademptione, cuius ſcilicet conſeruandæ nulla ſubeſt neceſſitas, cum teſtamentum in quo data ſunt legata, vel ab initio non valuit, vel ex poſtfacto deſiit valere tanquam ruptum aut irritum factum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, Nempe ſi de iis legatis agamus, quæ in eodem teſtamento fuerint relicta: Nam ſi de ijs quæ in alio & poſteriore teſtamento data ſint, ſicut ad ea non pertinet conſtitutio Iuſtiniani, ita neque de ipſorum ademptione confirmanda cogitaſſe dici poteſt. Et omnino improbabilis eſt iſta interpretatio, vt imperator qui legatorum dationem confirmatam voluit fauore legatorum, hoc ipſo ademptionem quoque legatorum ſiue in eodem ſiue in alio teſtamento relictorum confirmaſſe intelligatur. Præſertim cùm facta in priore teſtamento ademptio legatorum in poſteriore datorum, etiamſi fieri poſſet quod nos ſemper negauimus, non poſſit eſſe non odioſa, habentibus legatariis pro ſe voluntatem illam defuncti, quæ ſaltem ordine temporis & ſcripturæ ſuprema dici poſſit, eámque iuſtam & ſollennem, quam proinde abſurdum ſit, aut impediri aut euerti per contrariam, quæ & prior fuerit, & minùs ſolennis. Quod autem vult Bart. Clauſulam derogatoriam nihil operari quatenus reſpicit inſtitutiones, vt eadem ſit ratio ademptionis & dationis hereditatis, ſupponit perpetuum illum errorem Bartoli & noſtrorum quod hereditas adimi poſſit, quam nos toties diximus & probauimus adimi non poſſe. Debuit ergo Bartolus † ad
12 vtramque quæſtionem reſpondere, quod nos reſpondemus Clauſulã derogatoriam appoſitam in teſtamento, ſiue minus ſolenni ſiue rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis nihil prorſus operari poſſe neque quod ad inſtitutiones, neque quod ad legata. Vt hoc ſaltem caſu obtineat quod nos generaliter volumus, Clauſulam iſtam ſi per eam poſteriori teſtamento derogare quis velit, nullius vnquam eſſe momenti, nec ſi teſtamento ſolenni iuſtóque appoſita proponatur.

ERROR II.

De iuramento appoſito in priore teſtamento an habeat vim clauſulæ derogatoriæ. Et De clauſula Omni meliori modo.

SVMMARIA.

1 *Vnde manarit erronea illa pragmaticorum ſententia, Teſtamentum iuratum mutari & reuocari non poſſe.*

2 *Iuramentum quo quis ſibi legem dicit, ne à priore voluntate recedere poſſit non eſſe obligatorium quod ſit contra bonos mores, aduerſus Bart.*

3 *Reiicitur diſtinctio Couarruuiæ docentis iuſiurandum non eſſe obligatorium ſi ſit contra bonos mores naturales, ſecus ſi contrà ciuiles.*

4 *Nihil eſt homini tam naturale quàm vt habeat liberam voluntatem.*

5 *Teſtandi facultatem ſibi aut alij qui præripit contra bonos mores facit.*

6 *Facultas teſtandi eſt à lege, nec niſi per legem tolli poteſt.*

7 *Iuſiurandum quo quis ſibi conatur vim teſtandi eripere non poteſt habere vim & effectum clauſulæ derogatoriæ.*

8 *De vi clauſulæ* omni meliori modo.

9 *Sententia l. cum pater. 77. §. filius matrem. D. de legat. 2.*

10 *Errores Bartoli de vi clauſulæ iuriſiurandi, clauſulæ* omni meliori modó.

11 *Non eſſe periurum qui reuocat teſtamentum iuratum contra Ioan. Andr.*

12 *Diſtinctio Ioan. Andreæ inter actus contra quos iurans venire poteſt, aut non poteſt.*

MVltorum ſed imperitiorum pragmaticorum vulgaris vox eſt, Teſtamentum † 1
iuratum mutari & reuocari non poſſe. Cui errori cauſam illud præbuit quod frequentiſſimo doctorum noſtrorum ſuffragio receptum eſt, Iuſiurandum habere vim clauſulæ derogatoriæ ad impediendum poſterius teſtamentum, perinde ac ſi clauſula derogatoria expreſſim adiecta eſſet in priore. Quod diſertè tradit Bart. ad *l. ſi quis in principio. num. 15. de legat. 3. ſecutus opinionem Ioan. Andr. ad cap. quod ſemel de regul. iur. in 6.* Mouetur autem hac vna ratione quod iuramentum in teſtamento appoſitum habeat vim hanc, vt perinde ſit acſi teſtator diceret, velle ſe teſtamentum valere omni iure quo valere poteſt *ex l. cùm pater. 77. §. filius matrem de legat.* 2. vbi cum filius quidam matrem ſuam heredem ſcripſiſſe proponeretur, eámque eum iuſiurandi religione rogauiſſe, vt fideicommiſſa tabulis data præſtaret. Papinianus reſpondet, Etiamſi teſtamentum nullo iure factum eſſet, nihilo minùs matrem legitimam heredem cogendam præſtare fideicommiſſa. Propterea quod enixæ, inquit voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur. Non vero qui clauſulam iſtam poſterioris teſtamenti derogatoriam nullam agnoſcimus, ne tum quidem cum expreſſa fuit, quid de hac Bart. opinione ſentiamus, difficile non eſt intelligere. Falſum nimirum illam eſſe, nec poſſe quicquam dici abſurdius. Qui enim iurat † velle ſe, vt ſupremum ſit teſtamentum illud in 2
quo iurat, nec id à ſe vnquam reuocatum iri, aliud agit niſi vt eam ſibi legem dicat ne à priore voluntate recedere poſſit, quam legem vtique ſibi dicere nemo poteſt. *dict. l. ſi quis in principio. & l. quod autem. 7. §. penult. de donat. int. vir. & vxor.* Nec quod eam legem ſibi dicat adhibito etiam iureiurando ad rem facit, niſi vt tanto magis appareat niti eum contra leges, & conſequenter fruſtra illum agere, vt legum poteſtatem & autoritatem labefactet. Certum namque eſt nullam eſſe vim iuriſiurandi, ſi in id adhibeatur vt aliquid fiat contra leges. *l. non dubium. 5. in fin. C. de legib. l. iuriſgentium. 7. §. & generaliter. D. de pact.* Et in ſpecie extat reſcriptum Seueri & Anton. à Marciano relatum in *l. ſi quis inquilinos. 112. §. vlt. de leg.* 1. Iuſiurandum contra vim legum & autoritatem iuris in teſtamento ſcriptum nullius eſſe momenti. Nec eſt quod quis dicat iuri ciuili hac parte derogatum eſſe per ius pontificium quo diſtricte cauetur, vt ſeruari debeat iuſiurandum quodcunque ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ *cap. cùm contingat. extr. de iureiur. & cap. quamuis pactũ. de pact. in 6.* Nam immo vero iuris quoq; pontificij regula illa eſt, Non eſſe obligatorium iuramentum quod præſtitum ſit contra bonos mores. *cap. non eſt. obligatorium. de reg. iur. in 6.* Atqui contra bonos mores eſt, vt cuiquam hominum libera teſtandi facultas auferatur, qua nihil eſt aut fauorabilius, aut honorificentius, quæ tamen per huiuſmodi iuſiurandum ſi præciſè ſeruandum eſſet, auferretur. Non eſt igitur obligatorium hoc iuſiurandum. Atque ita Bart. quoque concludit ad *d. l. ſi quis*

quis, num. 14. Poſt. Petr. & Cyn. in *l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ.*
ex l. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. *de verb. oblig. l. ex*
eo. 4. *C. de inutil. ſtipul.* vbi diſerte ſcriptum eſt omnes
iſtas cautiones eſſe ideo inutiles iure ciuili, quod ſint
contra bonos mores. Neque eſt quod quis cum Didaco
Couarr. & aliis nonnullis interpretibus ſupradictam
iuris pontificij regulam explicantibus diſtinguat hac
parte mores ciuiles à naturalibus, qua regula illis de eo
tantum iureiurando intelligi debeat quod ſit cõtra bo-
nos mores naturales, non etiam de illo quod ſit contra
ciuiles. Poteſt enim cadere quidẽ hæc diſtinctio in mo-
res, quorum ſi de iis ſimpliciter loquamur, alij natura-
les ſunt, alij ciuiles: ſed non poteſt cadere in bonos mo-
res, de quibus tamen agitur in *d. l. ſtipulatio.* & *d. l. ex*
eo. Bonos enim mores cùm dicimus ſolos eos intelligi-
mus, quos non tantum lex ciuilis, ſed ipſa etiam natura
pro bonis probiſque habeat. Sicut & bonum aliquem
cum dicimus naturalem non ciuilem bonitatem intel-
ligimus. Eam ſcilicet ex qua non ſolum bonus ciuis, ſed
etiam bonus vir, & bene à natura ad probationem in-
firmatus æſtimari debeat. Deinde quamuis non à natu-
ra homo habeat, ſed à lege vt teſtari poſſit, non eo mi-
nus tamen fit vt contra bonos mores naturales non ſit,
ſi ea teſtandi facultas homini eripiatur, quia naturale
omnium hominum votum illud eſt vt teſtari liberè poſ-
ſit, tametſi ratio naturalis ſufficere in eam rem ſola non
potuiſſet, niſi legis auxilium præſtò fuiſſet. Ac præte-
4 rea quoniam nihil eſt homini † tam naturale quam vt
liberam habeat voluntatem, liberumq; arbitrium faci-
endi quicquid velit, ex iis ſcilicet quæ facere cum vult,
poteſt: Adeo vt nec homo dicẽdus amplius eſſet is qui
deſineret poſſe velle & nolle, Poſtquam igitur per le-
gem factũ eſt vt poſſit quilibet ciuis teſtari ſi velit, per-
inde violatur naturalis illa libertas, cùm alicui eripitur
facultas libera quam quiſque habet ad edendum, biben-
dum, dormiendum, bene etiam maléque operandum.
5 Ergo contra bonos † mores quoſlibet, id eſt etiam na-
turales facit quiſquis aut ſibi aut alij pręcipit liberã hãc
teſtandi facultatem. Dico *ſibi aut alij.* Etſi enim quid
alij præripit, hoc etiam reſpectu contra bonos mores
facit, quod nimis ſollicitus videtur de hereditate viuẽ-
tis, quæ ſolicitudo non niſi improba eſſe poteſt cùm
plena ſit triſtiſſimi & periculoſiſſimi euentus *l. vlt. C. de*
pact. l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. ſubſt. quod nõ
ſimiliter de eo dici poteſt qui proprio iureiurãdo eã te-
ſtandi facultatẽ non pręripit niſi ſibi ipſi: Attamẽ vt ea-
dẽ huius, quæ illius ratio eſſe debeat, illud facit quod ex
eodem fonte profluit vt nemo aut ſibi aut alij eam liber-
tatem teſtandi auferre poſſit, Nempe quia eam nemo
6 habet aut à ſe aut ab alio, ſed tantum † à lege, in quo
numero quæ ſunt, nec per alium quam per legem ipſã
tolli poſſunt *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et vero ſi poſſet
quis ſibi ipſi ſolus eam legem dicere ne teſtari in poſte-
rum poſſet, cur non obligaretur de ea re cum alio pa-
ciſcendo? Nec enim aliud faceret qui de ea re paciſcere-
tur ſiue per ſtipulationem, ſiue per nudam conuentio-
nem, in contractu tamen vtili adhibitam in *l. pact. quod*
dotali. 14. *C. de pact.* niſi quod eam ſibi legem diceret ex
conuentione cum alio inita. Quam idcirco tanto magis
valere ęquum eſſet ſi citra conuentionem cuiquam pri-
uato eam ſibi legem dicere liceret. Idque eſt quod *Vlp.*
ait in d. l. quod autem 7. *§. pen. de donat. int. vir. & vxor.*
non poſſe quem velle vt ſibi ea lex imponatur ne vo-
lũtatem mutare poſſit. Qui ergo per iuſiurandum pro-
prium hoc ſe aſſe qui poſſe putat, id agit ſanè vt faciat
quod ſcit ſe facere non poſſe etiamſi maximè velit. At-
qui iuſiurandum, vt de temporis antiquitate quidam
ſcripſit, licet multum poſſit, non eſt tamen omnipotens
ſicut Deus: vt omnia poſſit facere etiam illa quæ per
naturã fieri nullo modo poſſunt. Nam & Theologi no-
ſtri, quorum propria de libero arbitrio diſputatio eſt,
pro certo habeant, Eſſe hanc rem ex earum genere quæ
implicant contradictionem, Vt qui homo eſt non ha-
beat ſemperque retineat liberam agendi quod voluerit
voluntatem. Hoc igitur ſuppoſito quod negari non
poteſt, adeóque quod apud omnes in confeſſo eſt, Ne-
minem poſſe teſtandi facultatem ſibi præripere, nequi-
dem per adhibitam iuriſiurandi religionem: Illud omni-
no ſequitur vt iuſiurandum † hoc quod diximus & 7
probauimus nullius eſſe momenti non poſſit deroga-
toriæ clauſulæ vim & effectum habere. Vulgatum nã-
que eſt & veriſſimum, id quod nullum ſit, nullum poſ-
ſe effectum producere: Priúſque eſt vt iuſiurandũ vim
aliquam habeat, quàm vt operari poſſit illud ipſum
quod operaretur clauſula *omni meliori modo.* Quamquã
nec illud videre poſſum quid ſimile aut commune ha-
beat clauſula illa † *omni meliori modo* cum clauſula de- 8
rogatoria. Finge namque teſtatorem in teſtamento ſuo
expreſſim cauiſſe vt id valeret omni meliori modo, nec
quicquam de clauſula derogatoria dixiſſe. Faciet qui-
dem expreſſa clauſula vt ſi teſtamentum aliud valere
non poſſit iure teſtamenti in ſcriptis quamuis pro
tali factum ſit, valere debeat iure teſtamenti nuncupa-
tiui ſi adſint omnia, quæ in teſtamento nuncupatiuo
requiruntur: Adeoque ſi voles vt ſi neque tanquam in
ſcriptis neque tanquam nuncupatiuum valere poſſit,
deficiente fortaſſis aliqua ex iis ſolennitatib. quæ vtri-
que teſtamentorum generi ſunt communes, defenda-
tur tamen ea voluntas iure codicilorum ab inteſtato.
Sed vt idem operetur ea clauſula, quod operaretur ex-
preſſa derogatoria ad impediendas vires poſterioris te-
ſtamenti ſi quod ritè ac ſolenniter factum ſit, dici meo
iudicio nullo modo poteſt. Eſt enim extra cauſam vali-
ditatis prioris teſtamẽti vt per poſterius rũpatur vel non
rũpatur, Et tantũ abeſt vt validitas prioris obſtet ne poſ-
ſit rũpi, vt è contrario non aliud teſtamentũ rumpi poſ-
ſit, quã quod teneat ipſo iure *l. 1. l. nã etſi. 5. D. de iniuſt.*
rupt. Proinde non eſt bona cõſecutio ſi quis dicat Clau-
ſulã *omni meliori modo* fauere vt teſtamentũ omni mo-
do valeat, Ergo facere ne per poſterius rumpi poſſit.
Vtrunque enim ſimul ſtare commode poteſt vt & prius
teſtamentum valeat & per poſterius rumpatur. Atque
ita eſſe ex eo quoque intelligimus quod neque hoc fa-
cere poteſt clauſula illa *omni meliori modo,* vt teſtamen-
tum omni modo defendatur iure teſtamenti [quid enim
ſi, vt dixi, deſit aliquid ex ſolennibus?] ſed tantum vt
voluntas in eo teſtamento declarata defendatur iure
codicillorum ſaltem ab inteſtato. Quomodo ergo po-
terit impedire, ne prius teſtamentum rumpatur per po-
ſterius, & ne ſuccedatur ex poſteriore teſtamento quod
ſit iure perfectum? Si quidem quandiu ſuccedi ex ali-
quo teſtamento poteſt certum eſt non poſſe ſuccedi ab
inteſtato, & cùm dicimus clauſulam *omni meliori modo,*
prodeſſe ad conſeruandam voluntatem ab inteſtato, non
illud ſignificamus facere clauſulam illam vt ſuccedatur
ab inteſtato quæ adhibetur è contrario potius in id vt
teſtamentum iure teſtamenti quantum fieri poteſt de-
fendatur, ſed vt defendatur ab inteſtato voluntas teſta-
toris ſi locus ſit ſucceſſioni inteſtati. Vt ergo ſciatur, an
ſucceſſioni inteſtati locus ſit necne, non illud inſpici-
endum eſt an clauſula illa adiecta ſit teſtamento, ſed an
teſtamentum aliquod ſit ſiue prius illud in quo ſit in-
ſerta clauſula, ſiue aliud poſterius ex quo ſuccedi poſſit.
Nam & cum prius teſtamentum iure factum eſt, conſtat
inutilem eſſe clàuſulam iſtam, quippe quæ tacitam
conditionem eam habeat, *ſi teſtamentum non valebit*
eo modo quo agitur vt valeat, ſicut clauſula codicillaris
habet illam, *ſi teſtamentum nullo modo valebit iure*
teſtamenti. Deficiente namque conditione clauſulæ
ipſam quoque clauſulam conditionalem euaneſ-
cere neceſſe eſt. Denique clauſulæ iſtæ non lædunt
ius commune quantum ad ſolennitates aut conden-
di aut reuocandi teſtamenti, ſed tantum conſeruant
voluntatem eo caſu quo alio qui futurum eſſet vt ea
interci-

interciderer teſtamento ipſo intercidente. At cùm teſtamentum prius intercidit tanquam ruptum per poſterius, cùm intercidat ex noua eiuſdem teſtatoris voluntate nihil cauſæ eſt cur clauſula, *omni meliori modo*, aut etiam codicillaris in priore teſtamento oppoſita conſeruare debeat voluntatem, quæ fuerit reuocata, aut impedire reuocationem factam ex mera & libera volũtate. Multò igitur minùs hoc facere poterit clauſula adhibiti iuriſiurandi, etiam admiſſo eo quòd eſſet clauſula illa verbis & æquipollens clauſulæ, *omni meliori modo*. Nec ab hac noſtra ſententia diſcrepat † Papin. *in*
9 *d.§. filius matrem*, vbi ait dumtaxat preces enixæ voluntatis quam interpoſita iuriſiurandi religio præmonſtrabat, ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectas fuiſſe, id eſt, tam ad legitimam quàm ad teſtamentariam quaſi iiſdem fideicommiſſis quæ in teſtamento data fuerant à legitimo herede repetitis. Sed non ait Papinianus eaſdem preces ad aliud teſtamentum quodlibet æquè porrigi debuiſſe. Nam ſi facto proponeretur teſtatorem qui in priore teſtamento eas preces iuriſiurandi religione firmatas adhibuiſſet, aliud feciſſe teſtamentum in quo ea fideicommiſſa non repetiiſſet, quis credat reſponſurum Papinianum pro fideicommiſſariis, vt eandem deberent habere actionem contra heredes in ſecundo teſtamento ſcriptos quam habuiſſent contra inſtitutos primo? Nempè facilius eſt vt ex tam enixæ voluntatis probatione colligamus, teſtatorem voluiſſe fideicommiſſa ab herede teſtamentario, data à legitimo ſucceſſore intelligi repetita, quam vt ab iis heredibus quos ſcripſerit in poſteriore teſtamento. Vel ideò quod cùm magis dilexerit heredem teſtamentarium quem prætulit, quàm legitimum quem excluſit, nihil abſurdi eſt ſi capiatur ea interpretatio quæ non meliorem faciat conditionem legitimi heredis quàm teſtamentarij, ſi modò verba teſtamenti aut ſuadere aut admittere poſſint eam interpretationem. At eſſet abſurdum eam ſumere coniecturam quæ parem faceret conditionem heredum in vtroque teſtamento ſcriptorum, cùm ij qui in poſteriore ſcripti, nec vllo modo grauati reperiuntur, fuerint haud dubiè dilectiores, quàm qui & ſcripti ſunt in priore poſtea reuocato, & nominatim grauati. Et tamen ſi vera eſſet Bartoli & interpretum traditio, quam nunc confutamus, conſequens ei eſſet vt non ſolùm fideicõmiſſa deberentur quæ in priore teſtamẽto relicta eſſent, ſed quod eſſet abſurdius, vt deberentur ex priore teſtamento, tametſi aliud & poſterius ritè factum eſſet. Quoniam idem contingeret ſecundum noſtros ſi clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta proponeretur. Atque fieret vt clauſula ſiue iuriſiurandi, ſiue illa, *omni meliori modo*, quæ non poſſet facere quominùs ab inteſtato ſuccederetur, faceret tamen ne poſſet ſuccedi ex poſteriori teſtamento ſolemni & perfecto, & conſequenter vt cauſa teſtamenti debilior eſſet aduerſus illas clauſulas, quàm cauſa inteſtati. Duplex igitur in hac re
10 Bartoli † & aliorum error fuit. Vnus ille quod volunt clauſulam iuriſiurandi, tum quoque cùm inutile illud eſt & nullius momenti æquipollere clauſulæ, *omni meliori modo*. Alter, quòd volunt clauſulam, *omni meliori modo*, æquipollere clauſulæ derogatoriæ. Tertius fuit
11 Ioann. † Andr. *ad d. cap. quod ſemel de reg. iur. in 6.* & ſequacium exiſtimantium eum qui iurauit ſe non reuocaturum teſtamentum, ſi poſtea reuocet iure quidem id facere haſtenus vt ſecundum teſtamentum valeat, ſed tamen eſſe periurum. Quomodo enim periurus eſſe poteſt, ſi iuſiurandum non eſt obligatorium tanquã quod ſit contra bonos mores, vt ex Bartolo ipſo ſupra diſputauimus? Illa verò Ioannis Andreæ † diſtinctio æquè
12 improbabilis eſt, & aliena. An id de quo agitur tale ſit vt pendeat à mera voluntate iurantis, nec ei neceſſe ſit adire prætorem, cuiuſmodi eſt facere teſtamentum. An verò non pendeat à iurantis voluntate, ſed neceſſe habeat ire ad prætorem. Vt priore caſu non obſtante iuramento poſſit contrauenire. Sed tamen periurus fiat poſteriore verò non poſſit contrauenire, quia prætor non debeat eſſe autor periurij. Nam ſi hæc diſtinctio vera eſſet, ſequeretur contra Ioan Andr. nec valiturum poſterius teſtamentum, quia licèt ad teſtandum non ſit adeundus prætor, adeunda tamen lex eſt ſine qua nemo teſtari poteſt: lex autem non magis periurio fauere aut peierandi licentiam dare poteſt quàm prætor. Et tamen conſtat inter omnes ex iuramento actum teſtandi non impediri.

ERROR III.

De iuramento appoſito in poſteriore teſtamento ad derogandum clauſula derogatoria appoſita in priore.

SVMMARIA.

1 *An iuramentum appoſitum in poſteriori teſtamento habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam appoſitam in priori.*
2 *Baldi & Papij ſententia affirmans quibus rationibus ab iis firmetur.*
3 *Sententia autoris de propoſita quæſtione admiſſa vulgari ſententia de poteſtate clauſula derogatoria.*
4 *Errare interpretes quod clauſulam iuriſiurandi in ſecundo teſtamento adhibiti ſufficere putant ad reuocandum primum teſtamentum.*
5 *Iuramentum non valet quod certo & deliberato indicio caret.*
6 *Teſtamentum vi dolóve extortum valet ipſo iure, dummodo inter ipſa teſtamenti ſolemnia neque vis neque dolus interuenerit.*
7 *Iuſiurandum per vim aut metum ſiue dolo malo extortum non eſt obligatorium.*
8 *Præſumptionis metus & doli aduerſus poſterius teſtamentum cùm in priori adhibita eſt clauſula derogatoria non eliditur per iuramentum in poſteriori additum.*
9 *Quibus caſibus iuſiurandum prodeſſe poſſit ad clauſulam derogatoriam reuocandam, ſuppoſitis interpretum de vi clauſula derogatoria placitis.*
10 *Vis clauſula derogatoria præcipua in quo conſiſtat.*
11 *Iuſiurandum in quocumque actu interpoſitum ſequitur naturam illius actus in quo adhibetur.*
12 *Reſponſio ad primam rationem pro ſententia Baldi & Papij allatam.*
13 *Solutio ſecunda.*

QVOD volunt interpretes vt iuſiurandum appoſitum in priore teſtamento habeat vim clauſulæ derogatoriæ ad poſterius impediendum, facit locum huic quæſtioni de iuriſiurandi clauſula appoſita † in poſteriori teſtamento an habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam quæ adhibita fuerat in priore, ſi alia ſpecialior & expreſſior nulla interuenerit. Video autem omnes in hoc conſentire vt putent adfirmatiuè reſpondendum eſſe poſt Bald. *ad l. ſancimus circ. fin. C. de teſtam. quem refert & probat Guid. Pap. q. 128.* vbi concludit iuramentum hoc caſu idem operari acſi teſtator ſpecificè mentionem feciſſet de clauſulis derogatoriis in primo teſtamento adiectis; Eiúſque ſententiæ duplex potiſſimùm ratio adferri ſolet. Prima quam ibid. ex Baldo ponit Guid. Pap. quod non reuocatio ipſa clauſulæ derogatoriæ operetur validitatem ſecundi teſtamenti, ſed voluntas ipſius teſtatoris, quæ præſumitur mutata ſi verba derogatoria in primo teſtamento adiecta in ſecundo reuocentur. Ex quo ſequitur vt ſi appareat de voluntate mutata, puta quia

quia teſtator ita iurauit, tunc ſecundum teſtamentum
præualere debeat,etiamſi non habeat derogatoriam de-
rogatoriæ. Altera ratio eſt, quia inter cætera iuramenti
priuilegia quæ à Doctoribus noſtris penè innumera re-
cenſentur, hoc vnum eſt, vt habeat vim ſpecifici & ex-
preſſi conſenſus vt notant omnes ad illius Papiniani
reſponſum de quo ſuperiore capite dicebamus *in l. cum
pater. 77. §. filius matrem, de leg. 2.* Nihil ergo intereſt an
clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita, ex-
preſſim reuocata ſit per clauſulam reuocatoriam appo-
ſitam in ſecundo, an verò per adhibitum ſimpliciter
iuſiurandum. Cùm dici ſoleat quod eſt in vulgari no-
ſtrorum brocardico, Nihil referre quid ex æquipollen-
tibus fiat. Ego verò, † qui nihil puto verius dici poſſe,
3 quam quod probaui in præcedentibus, nullam eſſe clau-
ſulam derogatoriam quæ poſſit facere, ne per ſecundum
teſtamentum quod alioqui iuſtum & perfectum ſit tol-
latur primum ipſo iure, nõ poſſum dubitare quin mul-
tò magis verum ſit quod illi noſtri volunt, Valere omni-
modo poſterius teſtamentum in quo adiecta ſit clauſu-
la iuriſiurandi. Cur enim minoris poteſtatis & efficaciæ
debeat eſſe teſtamentum, quod teſtator dixerit & iura-
uerit velle ſe valere? Sed hoc tamen poſſum dicere, Sup-
4 poſito † errore illo interpretum qui has omnes circa
clauſulam derogatoriam quæſtiones inuexit, De pote-
ſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibi-
tæ, vt poſterioris teſtamenti vires impedire poſſit, ſi
non expreſſim & ſpecialiter in eo reuocata ſit. In hoc
etiam errare interpretes quod clauſulam iuriſiurandi in
ſecundo teſtamento adhibiti ſufficere putant vt reuo-
catio benè facta intelligatur. Nam ſi admittimus clau-
ſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtatio-
nis præambulæ quæ oſtendat in poſteriore teſtamento
deeſſe voluntatem, vt Cinus dicebat, & Bart. probat *ad
l. ſi quis in princ. num. 4. de leg. 3.* adeò vt nihil proſit ad
reuocandum primum, quod teſtator in ſecundo dixerit.
Velle ſe id ſuum eſſe ſupremum teſtamentum, quód-
que omnes in eo adhibuerit iuris ſolemnitates, ſuam
quoque ſi voles ſubſcriptionem, obſignationem ſeptem
etiam teſtium & ſignacula & ſubſcriptiones. Quaſi om-
nia iſta ſimul iuncta non ſufficiant ad faciendum vt te-
ſtandi voluntas aliqua in ſecundo teſtamento adfuiſſe
videatur. Quidni adhibito etiam iureiurando pergimus
cauillari, & ſi non prorſus adfirmare ſaltem ſuſpicari
poſſe fieri vt teſtator lingua quidem iurauerit ſed tamẽ
geſſerit mentem, vt ille dicebat, iniuratam: Qui enim
exiſtimat cum interpretibus noſtris abſurdum non eſſe
vt quis faciat teſtamentum ſolemne ſine teſtandi vo-
luntate, cur putabit abſurdum eſſe vt quis iuret ſine te-
ſtandi voluntate. Atqui non magis iuramentum quàm
teſtamentum poteſt valere ſi non habeat iurantis vo-
luntatem cùm ex tribus illis notiſſimis comitibus iu-
5 riſiurandi primum ac præcipuum ſit iudicium: Vt ni-
mirum † certo & deliberato iudicio iuratum fuiſſe ap-
pareat, quod porrò iudicium ibi eſſe non poteſt vbi nec
iurandi voluntas eſt. Quinimò hoc plus eſt in teſta-
6 mento quàm in iureiurando, quod teſtamentum † etiam
vi dolóve extortum valet ipſo iure, dummodò inter ip-
ſa teſtamenti ſolemnia neque vis neque dolus interue-
nerit, vt tota ferè Decade ſuperiore probauimus *ex tit.
D. & C. ſi quis aliqu. teſtar. prohib. vel coëg.* At iuſiuran-
7 dum † ſiue per vim aut metum ſiue dolo malo extor-
tum eſſe probetur, nullius planè momenti eſt, nec obli-
gatorium dici poteſt: quia exigit pleniſſimam volunta-
tis libertatem, cùm præſtetur Deo, quem latère nõ poſ-
ſit, an is qui iurat paſſus ſit vim aliquam, vel metum,
vel dolum. Facilius ergo eſt vt iuramentum in ſecundo
teſtamento appoſitum nullius momenti ſit, quàm vt
8 ſecundum ipſum teſtamentum per ſe non ſufficiat ad
prius reuocandum. Præſertim ſi verum † illud quoque
eſt quod pro vero coguntur habere interpretes vt clau-
ſulæ derogatoriæ vim adſtruant: Quoties in priore te-
ſtamento adhibita eſt clauſula derogatoria, præſumi te-
ſtamentum poſterius quod expreſſam reuocationem nõ
contineat, extortum eſſe per vim vel metum, vel per do-
lum, aduerſus quem prudens & prouidens teſtator,
voluerit ſe præmunire cùm prius teſtamentum ordina-
uit, Cur enim putemus elidi hanc præſumptionem per
iuramentum additum in poſteriore teſtamento cùm ni-
hil prohibeat ipſum quoque iuramentum eadem vi eo-
démve dolo extortum eſſe. Cur non potius eadem &
vis & metus & doli præſumptio quam inducit clauſula
derogatoria ad iuſiurandum quoque protrahatur? Qua-
ſi verò ad purgandum violentiæ dolive ſuſpicionem
ſufficiat id facere quod tamen æquè vim ac dolum ad-
mittere poſſit. Et verò cùm ponamus factum eſſe te-
ſtamentũ poſterius ab eo qui non erat immemor clau-
ſulæ derogatoriæ adhibitæ in priore (nam in eo qui eſ-
ſet immemor aut propter lapſum decennij aut propter
implicationem verborum quibus clauſula derogatoria
concepta fuiſſet aliud eſſe omnes volunt) vt nulla opus
ſit ſpeciali reuocatione quamuis iuramentum nullum
in poſteriore teſtamento interuenerit. An non proba-
bile eſt teſtatorem qui nullam eius clauſulæ cuius me-
minerat mentionem facere voluit in poſteriore teſta-
mento, à priore voluntate, quantumuis iurauerit, rece-
dere noluiſſe. At fortè difficiliùs ei erat clauſulam dero-
gatoriam expreſſim & ſpecialiter reuocare, quàm iurare,
ſi reuocandi animum habuiſſet? Planè duobus caſibus
† putarem iuſiurandum prodeſſe ad clauſulam deroga- 9
toriam reuocandam. Primus eſt, Si teſtator iuret non
recordari ſe verborum clauſulæ derogatoriæ quam ad-
hibuit in priore teſtamento, aut an aliud teſtamentum
vllum vnquam fecerit, in quo adſit clauſula aliqua de-
rogatoria: Hoc enim caſu ſtandum vtique eſt iuramen-
to, de ea præſertim re quæ in ipſius animo & memoria
reſidebat, *argum. d. l. cum quis decedens, 37. § codicill. de
leg. 3.* etiamſi neque decennium præterierit, neque ver-
ba clauſulæ fuerint adeò intricata, vt tam citò memoria
excidere potuerint. Quamquam & hoc caſu etiam ci-
tra iuramentum vix eſt, vt non credi debeat ſimplici ad-
firmationi teſtatoris, vtique ea ſimplex adfirmatio non
debeat haberi pro ſpeciali reuocatione clauſulæ dero-
gatoriæ cuius etiam ſpecialem fecerit mentionem. Om-
nes namque fatentur adiuuandum eſſe ſecundum te-
ſtamentum quantum fieri poteſt, ſi quid vel minimum
ſit ex quo conijcere liceat teſtatorem à iudicio priore
recedere voluiſſe: ſed poteſt iuriſiurandi adiectio pro-
deſſe ad tollendam omnem dubitationem. Alius caſus
eſt, Si teſtator iuret neque vi, neque dolo malo cuiuſ-
quam factum eſſe, vt ſecundum faceret teſtamentum, &
addat, nec vi aut dolo vllius ita ſe iurare. Nã cùm clau-
ſulæ † derogatoriæ vis præcipua in eo conſiſtat, vt in- 10
ducat præſumptionem violentiæ, vel metus, vel doli
contra ſecundum teſtamentum, nulla vel melior, vel
aptior clauſulæ derogatoriæ reuocatio eſſe poteſt, quàm
quæ fiat iis verbis ex quibus certò, & liquidò conſtare
poſſit ſecundum teſtamentum, neque vi, neque dolo
malo factum fuiſſe, quamuis nulla ſpecialior aut ex-
preſſior clauſulę mentio facta proponatur. Conſtare au-
tem certius non poteſt, quàm per hoc teſtatoris iuſiu-
randum. De quo an valeat dubitari non poteſt, cùm aſ-
ſertorium ſit, nõ promiſſorium. Eo vſque ſaltem donec
contrarium probetur. Nam ſi ex apertioribus probatio-
nibus appareret ſimulatum & falſum fuiſſe iuſiurandum
& vi dolóve malo extortum, illud ſemper obſeruandum
eſſet vt præſumptio cederet veritati, minorque adfirma-
tioni teſtatoris, quàm rei geſtæ probationibus fides ad-
hiberetur. Sed extra hos duos caſus vix eſſe puto, vt ma-
ior vis eſſe debeat iuriſiurandi in poſteriore teſtamento
adhibiti, quàm clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in prio-
ri. Apud eos ſcilicet qui eiuſmodi clauſulæ derogatorię
tantam poteſtatem eſſe volunt. Alioquin quid erit facì-
lius, quàm omnes illas cautiones, quibus voluit teſtator

ſibi proſpicere aduerſus periculum quod præuiderit condendi alterius teſtamenti, adhibita illa vnica in ſecundo teſtamento iuriſiurandi formula eludere? Taceo
11 quòd certiſſimum eſt: Iuſiurandum † in quocumque actu interpoſitum ſequi naturam illius actus in quo adhibetur, *l. vlt. C. de non numer. pecun.* Ex quo ſequitur ſi teſtator iurauerit in ſecundo teſtamento quod alioqui fuerat non valiturum defectu voluntatis, nullius quoque momenti iuſiurandum eſſe debere ſi ſimpliciter iurauerit teſtator velle ſe poſterius teſtamentum valere, niſi prætereà talibus verbis conceptum ſit vt dubitari nequeat teſtatorem à priori voluntate receſſiſſe. Indéque facilis reſponſio eſt ad duas illas rationes pro tuendo interpretum errore ſuperiùs allatas. Etſi enim
12 fateor † quòd vult Baldus ad validitatem poſterioris teſtamenti ſufficere vt appareat mutatam eſſe voluntatem licèt reuocatio nulla ſpecialis facta ſit. Nego tamen probari poſſe mutatam ex eo ſolo quod teſtator iurauerit ſe poſterius teſtamentum valere, quoniam vt diximus, eadem violentiæ dolique præſumptione laborat iuramentum qua teſtamentum, adeóque faciliùs ex ea impediri poteſt, quàm teſtamentum ipſum. Quòd verò
13 addunt † noſtri iuramentum habere vim ſpecificationis, vt ita dicam, & expreſſionis, tunc demum admitti poteſt cùm de ea re agitur quæ expediri poteſt nuda & ſimplici voluntate, quia prodeſt iuſiurandum ad enixam voluntatem teſtificandam, vt in ſpecie, *d. §. filius matrem.* vbi de illo tantùm quærebatur. An fideicommiſſa in teſtamento inutili data à legitimis heredibus repetita intelligerentur, quæ repeti vtique poterant ſicut & relinqui nuda voluntate, & quibuſcumque verbis dummodo aptis ad ſignificandam voluntatem. At in propoſita quæſtione, cùm in priore teſtamento adeſt clauſula derogatoria quæ facit vt in poſteriore voluntas deeſſe videatur, non poteſt ſecundum teſtamentum expediri prima illa voluntate teſtandi nec ſi concurrant omnes iuris ſolemnitates [diſputauimus enim ſuppoſito errore interpretum pro vero] ſed ante omnia opus eſt, vt mutetur prior voluntas, & ab ea recedatur, ad hoc vt poſteriori teſtamento locus aliquis fieri poſſit. Probandum igitur eſſet, quod nos negamus, poſſe ſufficere ad probandam voluntatis mutationem quod teſtator iurauerit velle ſe valere poſterius teſtamentum. Potuit enim æquè facilè iurare per vim aut dolum, ſciens tamen & cogitans adhuc durare vim clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento appoſitæ ad poſterius impediendum, *arg. l. ſicut. §. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hyp. ſoluit.* Sanè ſi poneres teſtatorem iuraſſe mutatam à ſe voluntatem, res careret dubitatione, quoniam & citra iuſiurandum ſimplici teſtatoris adfirmationi ea de re credendum eſſet, *d. l. ſi quis in princ. 22. D. de leg. 1.*

ERROR IV.

De clauſula derogatoria iurata.

SVMMARIA.

1 *Variæ interpretum ſententiæ de quæſtione, an aliqua ratione fieri poſſit vt eam ſibi quis legem præcisè dicat ne à priore teſtamento recedere poſſit.*

2 *Quæſtio inter Bartoli aſſeclas de clauſula derogatoria iurata, & eorumdem ad quæſtionem reſponſio.*

3 *Autoris diſputatio aduerſus eos qui iuramenti clauſulæ derogatoriæ prioris teſtamenti additi eam eſſe poteſtatem volunt, vt inducat neceſſitatem clauſulæ in indiuiduo reuocandæ.*

4 *Quando clauſulæ derogatoriæ mentionem facere teſtator non cogatur ex interpretum ſententia.*

5 *Qui ſpecialiter reuocauit clauſulam derogatoriam iuratam, ſpecialem etiam iuriſiurandi mentionem feciſſe videtur.*

6 *In propoſito caſu locum non habere propoſitionem, Ea vis eſt iuriſiurandi vt ſpecialem ipſius mentionem fieri oporteat.*

7 *Si ſpecialis clauſulæ derogatoriæ reuocatio non ſufficeret, ne quidem iuſiurandum in ſecundo teſtamento adhibitum citra ſpecialem clauſulæ reuocationem ſufficere poſſet.*

8 *Expreſſa multa & proſunt & nocent, quæ ſi expreſſa non eſſent, perinde quidem ineſſent, ſed tamen non æquè vel prodeſſent.*

VIx credibile, ſed tamen veriſſimum eſt, non multò plures interpretum noſtrorum eſſe opiniones quàm errores: nec nobis fore difficilius de iis Chiliades quàm Decades ſcribere, ſi tantùm haberemus otij quantum & materiei & animi ad ſcribendum. Qui ſibi perſuaſerunt poſſe fieri per clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam vt poſterius teſtamentum quamuis alioquin iuſtum & ſolemne, impediatur tanquam deficiente teſtandi voluntate, ij ſubinde quærunt † An 1
aliqua ratione fieri poſſit vt eam ſibi quis legem præcisè dicat, ne à priore teſtamento recedere poſſit. Nec defuerunt qui dixerint poſſe hoc fieri. Quidam ita ſi teſtator præmonuerit ſecundum teſtamentum quod facturus ſit, fore fictum & ſimulatum, nec ob aliam cauſam factum quam ad declinandam indignationem conſanguineorum. Alij ita, ſi teſtator dicat velle ſe ſi contingat aliud teſtamentum à ſe fieri vt omnia quæ in priore diſpoſuit in poſteriore contineantur: Alij ſi teſtator non ſtet in nudis terminis vltimæ voluntatis, ſed tranſeat ad contractum donando ex tunc bona ſua omnia heredi inſtituto ſi teſtamentum mutari contingat. Aut ſaltem ea vendendo pro tanto pretio quod iam ſibi ſolutum eſſe fateatur: Alij denique ſi teſtator iuret nunquam ſe reuocaturum priorem illam voluntatem. Quas omnes opiniones ſigillatim & ex ordine refellit Bart. *ad l. ſi quis in principio, à num. 11. vſque ad 15. de legat. 3.* tam benè vt in iis diffuſius refellendis nos immorari nil ſit neceſſe: Sed ex illis ipſis qui Bartolum ſecuti fatentur non poſſe teſtamenti poſterioris factionem præcisè impediri, plerique adhuc diſputant,
An † fieri ſaltem poſſit per clauſulam derogatoriam vt 2
prius teſtamentum difficiliùs reuocetur, etiamſi clauſula ipſa derogatoria per teſtamentum poſterius ſpecialiter reuocata eſſe proponatur. Tandémque concludunt præſentiſſimum eſſe remedium ſi teſtator iureiurando clauſulam derogatoriam confirmet, quia, inquiunt, ſequens derogatio quamuis ſpecialis ſit non tollit præcedentem diſpoſitionem iuramento firmatam ſi de iuramento facta mentio non fuerit. Per gloſſ. *in cap. cùm non deceat de elect. libro 6.* Niſi in poſteriore quoque teſtamento adſit iuſiurandum, quo caſu fatentur tolli clauſulam prioris teſtamenti iuratam, proptereà quòd ea ſit vis iuriſiurandi vt faciat actum valere omni meliori modo quo valere poteſt ex *l. cùm pater. 77. §. filius matrem, de legat. 2.* Res eo recidit, vt cùm in priore teſtamento adiecta eſt clauſula derogatoria quæ iureiurando confirmata ſit, non putent ſufficere ſpecialem illius clauſulæ reuocationem, quam alioquin ſufficere omnes conſentiunt ſed indiuidualem illam requirant, quæ nullo iureiurando interueniente non requireretur. In quo † mirum eſt tanto 3
maiorem vim eos tribuere clauſulæ derogatoriæ quanto minorem deberent. Nam cùm nihil ſit quod clauſulæ iſtius vim tam impediat, quàm quòd liberam teſtandi facultatem nullo modo conſtringi poſſe prudentes voluerint, *l. cùm duobus. 51. alias, l. ſi fratdu, §. idem reſpondit ſocietatem, D. pro ſocio.* An non conſe

conſequens eſt, vt quo magis per clauſulam derogato-
riam ea libertas conſtringeretur, eo minus virium & ef-
ficaciæ clauſula debeat habere ad poſterius teſtamētum
impediendum? Atqui tantò magis conſtringit quanto
difficiliorem facit prioris teſtamenti reuocationem.
Libertas namque teſtandi non ex eo ſolo æſtimatur,
quod quis ſemel teſtando poſſit de rebus ſuis omni-
bus pro arbitrio diſponere dum ne quid faciat contra
leges, ſed ex eo quoque quod mutare voluntatem poſ-
ſit, nouúmque teſtamentum condere quoties velit, ea
tamen legē, vt per teſtamentum poſterius neceſſariò de-
rogetur priori. Ne alioqui vel teſtator cum duobus te-
ſtamentis deceſſiſſe, vel lex eam voluntatem quæ non
ſuprema fuerit, confirmaſſe videatur. Ergo qui clau-
ſulæ derogatoriæ vim eam eſſe volunt vt poſterius te-
ſtamentum non aliter patiatur valere quàm ſi ſpeciali-
ter fuerit reuocata, vt ſe ab obiectione iſta liberarent,
ſi non minorem, certè nec maiorem huic clauſulæ po-
teſtatem tribuere deberent, cùm iurata fuit quàm cùm
iuramentum nullum interceſſit, cùm id quod ex iu-
riſiurandi adiecti autoritate excedit, impedimentum
adferat potiùs quàm adiumentum ad clauſulam dero-
gatoriam confirmandam. Nam ſi verum eſt clauſulam
derogatoriam etiam ſimplicem contra leges eſſe, ſi per
eam id agatur vt poſteriori teſtamento derogetur, mul-
tò magis contra leges ea videri debebit quæ fuerit iu-
rata, quia tantò magis nititur contra leges, qui non
aliam ob cauſam iurat, quàm vt legum autoritati op-
ponat religionem & autoritatem iuriſiurandi in ea re
quam ſcit aut ſcire debet à legibus eſſe improbatam.
Quòd ſi Doctores noſtri, vt clauſulam iſtam faciant
minùs repugnantem legibus, ſic rem temperant vt ſuf-
ficiat eam reuocari ſpecialiter, nec ſit neceſſe reuocari
in indiuiduo. An non ſatis ſupérque fauerent clau-
ſulæ iuratæ, ſi dicerent non eo minùs valere illam de-
bere quòd ſit iurata, quoniam æquè facilè reuocari
poſſit acſi iurata non eſſet? At cùm è contrario volunt,
iuramenti eam eſſe poteſtatem vt inducat neceſſitatem
clauſulæ in indiuiduo reuocandæ, an non faciunt vt
hoc caſu tantò minùs valere debeat clauſula quæ te-
ſtandi libertatem ſi non prorſus auferat, ſaltem tanto-
4 perè conſtringat? Nam & iidem fatentur, † Siue de-
cennium effluxerit à die conditi prioris teſtamenti, ſi-
ue verba clauſulæ derogatoriæ ſint intricata vt facilè
potuerint memoria excidere, ſuccurrendum eſſe teſta-
tori, ne clauſulæ derogatoriæ mentionem vllam facere
cogatur, vt eſt apud Guid. Pap. *quæſt.* 27. Quanto igi-
tur magis ei ſuccurrendum eſt qui clauſulam deroga-
toriam in priore teſtamento appoſitam in poſteriore
ſpecialiter & expreſſim reuocauit, licèt nullam iuriſiu-
randi fecerit mentionem? An non enim ſatis declarat
mutatam à ſe priorem voluntatem, cùm meminit ſpe-
cialiter clauſulæ derogatoriæ. Aut cur volumus ei im-
putare cur ſpecialem & indiuidualem, vt loquuntur,
prioris iuriſiurandi mentionem non fecerit, cum nec
poſſit ei imputari cur in priore teſtamento iurauerit,
quandoquidem fruſtra & contra leges iurauit, *leg. ſi
quis inquilinos.* 112. *§. vltim. de legat.* 1. *leg. non dubium.*
5. *Cod. de legib.* Sed & cùm dici ſoleat, quod & verum
eſt relatum ineſſe in referente cum omnibus ſuis qua-
litatibus *leg. aſſe toto. D. de hered. inſtit.* non poſſum vi-
5 dere cur non dici debeat ſatis † ſpecialem iuriſiurandi
mentionem feciſſe teſtatorem, qui ſpecialiter reuocaue-
rit clauſulam derogatoriam quæ fuit iurata: Nam cùm
ea clauſula vnica fuerit, An fortè poteſt ſpecialis illa
reuocatio ad aliam clauſulam referri quàm ad eam quæ
iurata fuit. Aut quid eſt ex quo dubium aliquod vel
minimum poſſit emergere, an de illa ipſa clauſula re-
uocanda teſtator ſenſerit, cum alia penitus nulla eſt
quæ vel debuerit vel potuerit reuocari. Atqui, in-
6 quiunt, ea vis † eſt iuriſiurandi vt ſpecialem ipſius
mentionem fieri oporteat. Hoc enim vnum eſt quod
nobis obiiciunt ex gloſſ. *in dict. cap. cùm non deceat de
elect. in* 6. Sed ego reſpondeo, vt maximè vera eſſet illa
propoſitio de qua nunc diſputare nihil attinet, non
poſſe tamen eam in propoſito caſu locum habere, id
eſt, cum de teſtamenti reuocatione agitur, quia ſuffi-
cit vt quoquomodo conſtet teſtatorem per poſterius
teſtamentum quod ritè ac iure perfecerit à priore vo-
luiſſe recedere, ac voluntatem mutauiſſe, cum neque per
iuſiurandum neque alia vlla arte potuerit facere ne vo-
luntatem mutare poſſet, *d. l. ſi quis in princ.* Eam porrò
voluntatis mutationem manifeſtiſſime probari ex ſpe-
ciali derogatoriæ clauſulæ reuocatione etiamſi ſpecia-
lis mentio iuriſiurandi ſiue conſultò ſiue per obliuio-
nem prætermiſſa ſit, cùm non eo minùs certum ſit de
ea clauſula reuocanda quæ iurata fuerat ſenſiſſe teſta-
torem. Nihil enim refert an in indiuiduo & proprio
nomine digitóve quid demonſtretur, an per eam no-
tam quæ adeo certa ſit & indubitata, vt quæſtioni lo-
cum nullum relinquat, *leg. certum.* 6. *D. de reb. credit.*
Quòd ſi non ſufficeret † factam eſſe ſpecialiter mentio- 7
nem, & reuocationem clauſulæ derogatoriæ, multò mi-
nùs poſſet ſufficere iuſiurandum in ſecundo teſtamen-
to adhibitum citra vllam ſpecialem clauſulæ derogato-
riæ reuocationem. Quantacumque enim ſit vis poſte-
rioris iuriſiurandi, non poteſt ea maior eſſe quàm vt
prius iuſiurandum ipſo iure tollat, quo tamen ſublato
non eo minùs ſalua & integra remanet clauſula dero-
gatoria ſi non fuerit reuocata. Quippè quàm nihil ve-
tabat fieri ab initio non iuratam, quomodo pleræque &
paſſim fiunt. Sicut igitur in priore teſtamento aderat
clauſula derogatoria eaque iurata, ad quam reuocandam
non ſufficiebat ſecundum interpretes ſpecialis reuoca-
tio niſi quæ mentionem faceret prioris iuriſiurandi. Ita
& in poſteriore teſtamento non ſufficiet ſecundum
eos, qui errorem illum nunc ſupponimus pro vero,
quod teſtator iuſiurandum adhibuerit, niſi etiam ſpe-
cialiter reuocauerit clauſulam derogatoriam. Vt vnum-
quodque diſſoluatur eo modo quo colligatum eſt, iuſ-
iurandum per contrarium iuſiurandum, clauſula verò
derogatoria per reuocatoriam, iuxta vulgarem regulam
iuris, de qua *in l. Stichum aut Pamphilum.* 95. *§. natura-
lis in dict. l. princ.* 80. *D. de ſolut. l. nihil tam naturale.* 35.
de reg. iur. Satis enim eſt, quod poſterius iuſiurandum
eam vim habeat vt diſſoluat prius etiam cuius nulla
mentio facta ſit, quod alioquin ſpecialiter exprimi de-
buiſſet. Ne ſi præterea hanc ei vim demus, vt habeatur
pro ſpeciali clauſulæ derogatoriæ reuocatione duo ſpe-
cialia circa idem inducamus contra vulgatiſſimum no-
ſtrorum brocard cum, *ex l. C. de dot. promiſſ.* Quod bro-
cardicum etſi eſt ex numero eorum quæ ſoleo ridere,
quidni tamen nobis liceat cum iis ineptire, vt eorum
ineptias profligemus? Non eſſet quidem inconueniens
clauſulam illam derogatoriam quam noſtri tacitè &
per æquipollens inducunt ex ſolo iureiurando appoſi-
to in priore teſtamento, tolli per iuſiurandum ſubſe-
quens appoſitum in poſteriore voluntate, quaſi ſubſe-
quens quoque tacitè ac per æquipollens clauſulam re-
uocatoriam habere videtur. Ita namque fieret vt nihil
amplius eſſet in poſteriore iureiurando quam in prio-
re. Sed cùm in priore teſtamento adeſt & clauſula de-
rogatoria expreſſa & iuſiurandum. Dico abſurdum fo-
re vt per ſolum iuſiurandum adhibitum in poſterio-
re, non modò iuſiurandum illud quod in priore ad-
hibitum fuerat, ſed etiam clauſula derogatoria tolla-
tur citra ſpecialem reuocationem. Nec enim clauſula
iſta ſiue derogatoria ſiue reuocatoria quam & dero-
gatoriæ derogatoriam appellant, eſt ex earum rerum
genere, de quibus dici poſſit. Nihil referre an exprima-
matur quid, an tacitè contineatur, cùm non continea-
tur tacitè in iureiurando, ſine quo & eſſe illa poteſt, &
iuſiurandum ſine illa. Quamquam nec nouum illud eſt,
vt expreſſa † multa, & proſint, & noceant, quæ ſi expreſſa 8
non

non eſſent, perinde quidem ineſſent, ſed tamen non æquè vel prodeſſent vel nocerent, *l. ſi ita legatum.65. §.1. de legat.1. l.ſeruo libertatem.47. l.nonnunquam.52. D.de condit.& demonſt. l.expreſſa nocent.195. de reg.iur.* Nocent expreſſa vbi ſcilicet ratione expreſſi occurrit aliqua ratio vitiandi actus vt Bald. explicat ad *d.l.nonnunquam.* Eadem igitur ratione dicendum eſt expreſſa prodeſſe, non expreſſa non prodeſſe, cùm ratione expreſſi occurrit aliqua ratio confirmandi actus qui alioquin non valeret. Cuiuſmodi eſt ex interpretum opinione ſecundum teſtamentum cui ſit derogatum per clauſulam derogatoriam poſitam in primo ſi non ſpecialiter clauſula illa fuerit reuocata in ſecundo. Quàm verò parum ad rem faciat quod pro interpretibus obiicitur *ex l.cùm pater.77.§.filius matrem de leg.2.* Iuſiurandum habere vim clauſulæ *omni meliori modo*, conſtat, ni fallimur, apertiſſimè ex iis quæ ſcripſimus in Errorem huius Decadis ſecundum. Itaque nihil id nos nunc moratur.

ERROR V.

Si primum teſtamentum præceſſerit validum, & ſecundum ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta ſint legata & fideicommiſſa. Ad Auth.ex cauſa C. de liber.præter.& leg.vlt.D.de hered.inſtit.

SVMMARIA.

1 *Si primum teſtamentum præceſſerit validum, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, quæritur quid iuris ſit tam circa Inſtitutiones, quàm circa legata & fideicommiſſa in vtroque relicta.*

2 *Ex ſententia Bartoli rumpitur prius teſtamentum quantum ad legata & fideicommiſſa, non quantum ad inſtitutiones: & vnde hoc adſtruat Bart.*

3 *Παράδοξον quod infert Bartolus ex ſuperiori ſententia, fieri poſſe vt quis paganus cum duobus teſtamentis decedat, & vnde id confirmet Bart.*

4 *Diſputatio aduerſus Bartolum quæ probatur Nou.115. §. aliud quoque capitulum, in fin. non pertinere ad caſum quo teſtamentum ſit nullum ex cauſa præteritionis filij in poteſtate & num.13.*

5 *Iuſtinianum in dict. Nou. de iis teſtamentis agere quæ teneant ipſo iure, ſed quæ poſtea reſcindenda ſint & euacuanda ex cauſa præteritionis vel exheredationis, per querelam inofficioſi teſtamenti & n.7.*

6 *Querela inofficioſi teſtamenti quando & contra quem competat.*

7 *Teſtamentum quod ipſo iure nullum eſt reſcindi, ſeu rumpi non poteſt.*

9 *Irritum non fit teſtamentum niſi quod aliquo caſu, & tempore valuit.*

10 *De qua præteritione loquatur Iuſtinianus in dicta Nouell.115.*

11 *Scopus Iuſtiniani in d. Nou.115. c. aliud quoque.*

12 *Præterito filio in poteſtate teſtamentum non valet, nec vnquam ex poſt facto conualeſcit: ſed ipſe filius ab inteſtato ſuus & neceſſarius heres eſt.*

14 *Verbum* præteritionis *in d. Nou.115. Bartolum & alios generaliter de qualibet præteritione etiam paterna perperam interpretari.*

15 *Bartoli aſſeclas ſuam ſententiam inſubidè defendere colore quæſito ex fauore Conſtitutionis erga liberos & legatarios, quibus proſpexit.*

16 *Valdè abſurdum eſt quod Iuſtin. in d.Nou. conſtituit, vt reſciſſo per querelam teſtamento, legata nihilominus conſeruentur.*

17 *Ne quidem poſt d. Nou. conſeruanda eſſe legata ſi teſtamentum in quo filius vel à matre præteritus, vel à patre exheredatus eſt, reſciſſum ſit per querelam iuri veteri cognitam, aduerſus omnium interpretum ſententiam.*

18 *Quæ ſit querela Iuſtinianea, quæ non Iuſtinianea: in quibus conueniant, & in quibus differant, & numero 20. & 21.*

19 *Actori ſemper incumbit onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, etiamſi mera negatio ſit.*

22 *Regula iuris*, quoties duplici iure defertur aliquid, repudiato nouo iure ſupereſt vetus, *declaratur, & exemplo illuſtratur.*

22 *Errores varij Bartoli circa interpretationem d. Nouell.115. referuntur & refelluntur.*

24 *Vera l.vlt. D.de hered. in ſubſtituend. ſententia aduerſus Bart. aſſeritur & defend. & 26.*

25 *Inter ius & æquitatem poſitam interpretatione ſoli Imperatori & oportet & licet inſpicere.*

27 *Cauſam fuiſſe impulſiuam non finalem illam quam in præfatione poſterioris teſtamenti Androſthenes expreſſerat in d.l.vlt.de hered.inſt.*

ELEGANS quæſtio † eſt non apud 1
elegantiores & Papinianeos iuris interpretes ſed apud vulgus imperitiorum, quam proponit Bart. *ad l. ſi iure.18. num 2. de legat.3.* Si primum teſtamentum præceſſerit validum & ſolemne, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, & in vtroque legata aut fideicommiſſa relicta proponatur, quid iuris ſit tam circa inſtitutiones quàm circa legata & fideicommiſſa. Quæſtioni locum † facit Iuſtiniani conſtitutio. *No-* 2
nell.115. Vt cùm de appellat.cognoſc. § aliud quoque capitulum, vnde ſumpta eſt *Auth. ex cauſa. Cod.de liber. præter.* cuius iam in præcedentibus non ſemel meminimus, quæ primum induxit vt ex cauſa præteritionis vel exheredationis rupto vel irrito facto teſtamento inſtitutiones quidem corruant ſed cætera tamen omnia firma remaneant, &, vt ait conſtitutio, *tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.* Inde namque fieri videtur vt in propoſita ſpecie ſecundum teſtamentum quod non valet quantum ad inſtitutionem non poſſit rumpere inſtitutionem in priore factam manente hac parte incorrecto iure veteri de quo, *in l. ſi filius qui in poteſtate.7. D.de liber.& poſthum. vbi ſcriptum eſt.* Si filius in poteſtate præteritus ſit etiamſi viuo patre decedat, non eo magis tamen valere teſtamentum nec ſuperius rumpi. Rumpat tamen quantum ad legata, & fideicommiſſa quæ in priore teſtamento relicta fuerant, faciatque vt nulla debeantur ſed ea tantùm quæ in poſteriore, cùm ex hoc latere valeat poſterius teſtamentum. Atque ita ſupradicto loco ratiocinatur & concludit Bartolus vulgo adprobatus, vltrò inferens † tan- 3
quam mirabile, quod alioqui pro abſurdo ei obiicere quis potuiſſet, fieri hoc caſu, vt decedat quis cum duobus teſtamentis etiam inter paganos, cum priore quod ad inſtitutiones, cum poſteriore verò quod ad legata. Quod tamen quàm remotum ſit & diſcrepans à notiſſimis iuris regulis, nec Bart. ipſe diffitetur: ſed addit eſſe quaſi de hoc caſum *in l.vlt.D.de hered.inſtit. Rom.* proponebatur Pactumeius quidã Androſthenes Pactumeiã Magnam filiam Pactumeij Magni ex eſſe heredem inſtituiſſe, eique patrem eius ſubſtituiſſe: Poſtea Pactumeio Magno occiſo & rumore perlato quaſi filia quoque ipſius mortua, mutauiſſe teſtamentũ, Noniumque Rufum heredẽ ſcripſiſſe hac præfatione. *Quia heredes quos volui habere mihi, continere nõ potui, Nonius Rufus eſto.* Cúmq; de iure Pactumeiæ Magnæ apud Imperat. cognitione ab iis ſuſcepta quæreretur, Refert Paulus licet modus

inſtitutione contineretur, quia falſus non ſolet obeſſe,
tamen ex voluntate teſtantis putaſſe Imperatores ei
ſubueniendum, & ideò pronunciaſſe hereditatem ad
ipſam pertinere, ſed legata ex poſteriore teſtamento
præſtare eam debere perinde atque ſi in poſterioribus
tabulis heres ſcripta fuiſſet. Vnde fit vt in hac quoque
ſpecie videatur Androſthenes cum duobus teſtamentis
deceſſiſſe, Cum priore quidem quantum ad inſtitutio-
nem Paſtumeiæ Magnæ, cum poſteriore verò quantum
ad legata in eo relicta tanquam à Nonio Rufo præſtan-
da. Sed vereor ne Bartolo hic acciderit, quod alibi ſæ-
pè, vt non magis Iuſtiniani quàm Pauli mentem perce-
4 piſſe videatur. Etenim † quod ad Iuſtiniani conſtitu-
tionem primum attinet, vt hinc exordiamur, magnus
& intolerabilis Bart. & aliorum error ille eſt, quod pu-
tant eum quoque caſum. Nouella illa conſtitutione
contineri, quo teſtamentum ſit nullum & inualidum ex
cauſa præteritionis filij in poteſtate, qui ex vtriuſque
iuris & veteris & noui ratione debuerit inſtitui vel ex-
heredari. Cùm tamen de hoc caſu non magis cogita-
uerit Iuſtinianus, quam de minuendo iure liberorum,
quibus contrario tota ea conſtitutione voluit potiſſi-
mum prodeſſe, vt apparet ex ratione, quam ille addidit
in eo ipſo loco vnde ſumpta eſt, *dict. Authent. ex cau-
ſa, in d. §. aliud quoque cap. ad fin.* in iis verbis, *ne liberi
falſis accuſationibus condemnentur, vel aliquam circum-
ſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur.* Minuere-
tur enim proculdubio ius liberorum in parentis pote-
ſtate conſtitutorum, ſi legata in eo teſtamento, quod
nullo iure valuiſſet, relicta deberentur, quæ olim filius
præteritus nullo iure debuiſſet, *l. is qui in poteſtate. 15.
D. de leg. præſt.* Sed multò magis ſi teſtamenta huiuſ-
modi hodie valerent ipſo iure quæ olim nullomodo
valebant, nullóque tempore, adeò vt neque conualeſce-
re poſſent, *d. l. ſi filius. 7. l. inter cætera. 30. de lib. & poſth.
l. 1. de iniuſt. rupt.* & apud Iuſtin. ipſum *tit. de exhered.
lib. in princ.* Nec ſanè apertiùs quicquam eſt ſi quis Iu-
ſtiniani verba non minùs quàm iuris rationem perpen-
5 dere velit, quam tota ea † Conſtit. Iuſtin. de iis teſta-
mentis agere quæ teneant ipſo iure, & ex quibus adiri
poſſit hereditas ab heredibus inſtitutis, ſed quæ poſtea
tamen reſcindenda ſint, & vt conſtitutio loquitur, eua-
cuanda ex cauſa præteritionis vel exheredationis. Alio-
quin quomodo aut quando poſſent heredes ſcripti fa-
cere, quod nominatim eis iniungit conſtitutio, vt ex-
heredationis cauſam à teſtatore inſertam probarent, ſi
heredes ipſi non eſſent? Aut quomodo heredes eſſe poſ-
ſent ſine aditione? aut denique adire ex eo teſtamento,
quod ipſo iure non teneret? neque enim vel prius vel
aliter teſtamentum haberi pro euacuato & reſciſſo, vult
Iuſtin. quam heredes inſtituti excluſi ſint à probandis
cauſis ingratitudinis, ſiue quod eas teſtator ipſe nullas
allegauerit, ex illis ſaltem quas Iuſtin. ſolas idoneas eſ-
ſe voluit, ſiue quod quas teſtator allegauerat probare
non potuerint. Prius autem eſt vt ſint illi heredes quam
vt probandum quicquam habeant quaſi heredes. Vnde
6 iam olim illud erat vt querela † inofficioſi teſtamenti
non competeret niſi poſt aditam hereditatem, quia non
contra ſignum & teſtamentum ipſum, vt bonorum
poſſeſſio contra tabulas, *l. quod vulgo. 19. D. de bon. poſſ.
contr. tab.* ſed contra heredem, & dabatur olim & ho-
die datur, *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoffic.
teſt. l. ſi quis filium. 34. in fin. Cod. eod.* Atqui Iuſtin. cum
tota illa Nouella tractat de teſtamento euacuato & re-
7 ſciſſo, vtique non de alio † teſtamento tractat, quàm
quod euacuatum & reſciſſum ſit per querelam inoffi-
cioſi: nam quod nonnulli ſomniant intelligendam eſ-
ſe conſtitutionem de nouo remedio quod ipſe induxe-
rit in locum querelæ, quam proinde ea conſtitutione
abrogata eſſe volunt, planè nugatorium eſt, & à nobis
in prioribus noſtris Decadibus exploſum. Cúmque Iu-
ſtinianus apertè iſtos caſus coniungat, ſiue teſtator
nullam præteritionis, aut exheredationis à ſe factæ
cauſam allegauerit, ſiue eam allegauerit quam heredes
inſtituti probare non potuerint, conſtituens vt vtro-
que iſto caſu teſtamentum euacuetur & reſcindatur,
omninò conſequens eſt, vt quemadmodum poſteriore
caſu quo exigimus probationem cauſæ exheredationis
ab herede ſupponimus in neceſſarium antecedens te-
ſtamentum valere aditámque fuiſſe ex eo hereditatem.
Ita & priore caſu, qui tamen ſolus poteſt habere dubi-
tationem, id eſt in quo nulla ingratitudinis cauſa ſit
expreſſa à teſtante, admittendum neceſſariò ſit valere te-
ſtamentum, ex eóque non ſolum adiri potuiſſe, verùm
etiam fuiſſe aditam hereditatem. Qua enim ratione
poſſet aliter verum eſſe quod Iuſtinianus conſtituit vt
non poſſit aliqua ingratitudinis cauſa allegari nedum
probari contra liberos vel præteritos vel exheredatos,
cùm nullam teſtator allegauit? Quis namque allegare
poſſet aut deberet, niſi heres? Quando autem niſi eo
tempore quo iam heres factus eſſet? Ergo adita iam he-
reditate, vt habiles termini, quod aiunt, perpetuò ſup-
ponuntur. Neque ſanè fieri vnquam poteſt vt euacue- 8
tur teſtamentum † vel reſcindatur, niſi quod teneat ip-
ſo iure, cùm id quod ipſo iure nullum eſt rumpi non
poſſit, *l. 3. l. nam etſi. 5. D. de iniuſt. rupt.* Idque multò
meliùs quàm Bartolus percepit Irnerius qui Authen-
ticam ab illa Iuſtiniani conſtitutione exceptam ſic con-
cepit, *ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum
eſt teſtamentum quantum ad Inſtitutiones.* Irritum enim
eſſe dixit, vt ſignificaret aliquando tenuiſſe, Irritum † 9
ſiquidem non fit teſtamentum, niſi quod aliquo caſu &
tempore ratum fuit, *l. 1. l. ſi quis filio. 6. §. irritum. D. de
iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* nec vnquam videas irri-
tum à prudentibus dici teſtamentum quod ab initio
fuerit nullum. At Bartolus *inualidum*, appellauit, quo
nomine illud potiſſimum ſignificatur quod nullas vn-
quam vires habuerit. Sed & obſeruatione dignum † il- 10
lud eſt quod Irnerius in concipiendis Authenticæ ver-
bis priorem fecit exheredationis quàm præteritionis
mentionem, vt ſignificaret non de qualibet præteritio-
ne intelligendam eſſe Iuſtiniani conſtitutionem, ſed de
illa tantùm, quæ habetur pro exheredatione, cuiuſmodi
eſt præteritio ſiue à matre ſiue ab aliquo ex maternis aſ-
cendentibus facta, *§. mater. Inſtit. de exhered. liber. l. fi-
liam præteritam. 15. Cod. de inoff. teſtam.* Etſi Iuſtinianus
non eundem ordinem obſeruauit, *in d. §. aliud quoque
capitulum*, vbi ſic loquitur, *liberos præterire aut exhere-
des in ſuo facere teſtamento.* Nimirum quia non putabat
fore vt tam ſtupidus & ſupinus quiſquam eſſet qui
præteritionis verbum de illa præteritione intelligeret
quæ faceret teſtamentum ipſo iure nullum, præſertim
cùm & iuncta exheredationis mentio, & iniuncta ne-
ceſſitas exprimendæ cauſæ ingratitudinis ſatis oſten-
deret nihil aliud Iuſtinianum † agere tota ea conſtitu- 11
tione niſi vt omni ferè ex parte immutet ius quòd olim
obtinebat circa querelam inofficioſi teſtamenti. Ergo
vt de iis tantùm caſibus nouum ius faciat in quibus, &
erat olim, & etiamnum hodie locus eſt querelæ, Non
de iis in quibus querela non ſolum ſuperuacua & in-
utilis futura ſit, ſed etiam inepta nullóque iure com-
petens, propter nullitatem & inualiditatem teſtamenti,
quod querela omni caſu præſupponit valere. Atqui cer-
tum eſt præterito † à patre filio qui fuit in poteſtate 12
teſtamentum non valere, nec vnquam ex poſt facto con-
ualeſcere, ſed ipſo iure filium ab inteſtato & ſuum &
neceſſarium heredem eſſe, ob eámque cauſam non mi-
nùs hodie quàm olim egere beneficio abſtentionis ne à
creditoribus hereditariis tanquam heres conueniatur.
Qui ſenſus eſt, *l. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt.* in
illis verbis, *Quòd ſi bonis patris ſe abſtinuit.* Non igitur
† caſus hic pertinet ad Iuſtin. conſtitutionem, quod & 13
ſignificant verba illa Iuſtiniani, *ſed quantum ad heredum
inſtitutionem pertinet teſtamento euacuato ad parentum*

heredi

hereditatem liberos tanquam ab inteſtato ex aqua parte peruenire ne liberi falſis accuſationibus condemnentur vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur. Ex quibus verbis apparet, itémque, ex ſequentibus in quibus agitur de conſeruandis legatis eo teſtamento relictis, tractare Iuſtinianum de illo caſu quo non ſolùm ab initio valuerit teſtamentum quod poſtea euacuari oportuerit, ſed etiam, quod eſt planè conſequens, quo liberis præteritis vel exheredatis non acquiratur hereditas ipſo iure ac ignorantibus ne dum inuitis, ſed quod poſſit illi ſi velint ad hereditatem parentis peruenire: quòd non aliter fieri poteſt vt diximus quàm ſi teſtamentum valeat ipſo iure: ſicut nec verendum erat Iuſtiniano nec liberi falſis accuſationibus condemnarentur vel aliquam circumſcriptionem in patris hereditate paterentur à quo præteriti fuiſſent. Nunquam enim ante Iuſtinianum obtinuerat vt heres in eo teſtamento ſcriptus in quo ſuus heres præteritus fuiſſet, poſſet aliquam præteritionis paternæ cauſam allegare ad conualidandum teſtamentum quod ipſo iure nullum eſſet: Prius enim erat vt heres eſſet quàm vt filio præterito crimen obiicere vllum poſſet, qui tamen heres eſſe non poterat ex teſtamento nullo: Nec proinde fieri poterat, vt captionem vllam circa patris ſubſtantiam filius hic præteritus pateretur, cui & ignoranti & inuito hereditas acquirebatur. 14 Fefellit tamen Bartolum † cæteróſque interpretes verbum hoc *præteritionis* quaſi generaliter accipiendum de præteritione qualibet etiam paterna, Non animaduertentes verba omnia in legibus omnibus, ſed maximè Iuſtiniani conſtitutionibus in quibus tam multa ſunt negligenter & incurioſè dicta, ciuiliter eſſe accipienda, non captanda vel cauillanda, *l. pen. D. ad exhib.* præſertim verò cùm non ſolùm iuris ratio eam ſuadet interpretationem, ſed ipſa etiam reliqua legis verba. 15 Neque huius nouæ † & correctoriæ conſtitutionis extendendæ color quæri ex eo debuit, quod fauorabilis conſtitutio ſit, quæ & liberis & legatariis fauet. Liberis quidem vt neque cauſa vlla ingratitudinis contra eos ab heredibus allegari poſſit quam parens ipſe non allegauerit. Itémque vt non cogantur probare, ſe immerentes exheredatos, quod olim probare cogebantur, *l. liberi 28. C. de inoff. teſtam.* Legatariis verò vt euacuato quoque & reſciſſo teſtamento quantum ad inſtitutiones legata nihilominùs debeantur, ac ſi reſciſſum non eſſet. Nam quod ad liberos pertinet tametſi conſtitutio iis fauorabilis ſit, multò tamen fauorabilius eſt, vt non protrahatur ad præteritionem paternam, quibus nimirum ſemper commodius futurum eſt, & expeditius vt teſtamentum paternum ipſo iure nullum ſit, quàm vt vel euacuandum vt Iuſtinianus loquitur, vel reſcindendum. Itaque liberorum fauor hanc interpretationem non modò non admittit, ſed reſpuit euidentiſſimè. Quod autem ad legatarios attinet, an non ſatis & plus æquo iis fauetur, cùm eo caſu quo teſtamentum valeat quidem ab initio ſed poſtea tamen per querelam Iuſtinianeam reſciſſum ſit, legata nihilominùs conſeruantur, tanquam non reſciſſo hac parte teſtamento? Quid potuit conſtitui non dicam fauorabilius, ſed abſurdius 16 † & à iuris ratione alienius, cùm ea ratione fiat vt teſtator pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe intelligatur, vtque poſſit teſtamentum pendere à legatis, quod conſtat non pendere niſi ab inſtitutione? Niſi ſanè à Iuſtiniano vnquam conſtitutum fuit aut conſtitui potuit ineptius, niſi illud fortaſsè quod eadem conſtitutione factum eſſe volunt interpretes, vt cogitauerit Iuſtinianus, de legatis conſeruandis eo quoque caſu quo teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Ratio enim iuris multò magis reſiſtit ne conſeruari legata poſſint quæ nunquam valuerint, ex eo ſcilicet teſtamento quod ab initio non valuit, quàm quæ aliquando valuerunt, ex eo nimirum teſtamento quod ab initio valuerit, licèt ex poſtfacto deſierit valere, tanquam factum irritum per querelam. Plus puto, quod nemo fortaſſis ante me dixit, 17 Non † eſſe conſeruanda legata ne quidem poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem ſi teſtamentum in quo filius vel à matre præteritus vel à patre exheredatus fuit ruptum ſit & reſciſſum per querelam non Iuſtinianeam ſed qualem iure vetere habebant liberi exheredati, & hoc caſu vetera iura omnia manere incorrecta. 18 Querelam † Iuſtinianeam intelligo eam cui Iuſtinianus nouam iſtam formam & naturam indidit quam noua conſtitutio præſcripſit: Non Iuſtinianeam verò illam quæ iuri veteri cognita & in vſu fuit. Quibus etſi commune illud eſt vt rumpant & reſcindant teſtamentum, ac proinde vt non aliter competant, quàm ſi teſtamentum teneat ipſo iure, Item vt non tam contra teſtamentum ipſum dentur, quàm contra heredem & conſequenter non niſi poſt aditam hereditatem, In eo tamen differunt quod querela Iuſtinianea non alio caſu locum & effectum habet, quàm quo liberi exheredati ſint vel nulla per teſtatorem expreſſa cauſa ingratitudinis, vel expreſſa ea quam heres ſcriptus non potuerit probare. Alia verò quam veterem querelam poſſumus dicere competit omnibus caſibus in quibus filius exheredatus velit probare immerentem ſe exheredatum, ſiue cauſam aliquam ingratitudinis teſtator expreſſerit ſiue nullam. Ex qua differentia etiam illa naſcitur quod per querelam Iuſtinianeam non reſcinditur teſtamentum eo colore quaſi teſtator fuerit demens & inſanus eo tempore quo teſtamentum ordinabat, vt euenit in alia *l. 2. l. 5. in fin. l. Titia. 13. D. de inoff. teſtam.* ſed ob eam dumtaxat rationem, quod ſolemnitati à Iuſtiniano introductæ non fuerit ſatisfactum. Nam quoties filius dicit, videri parentem fuiſſe inſanum tempore conditi teſtamenti, hoc ipſum probare debet, cùm ſanæ mentis quilibet eſſe præſumatur niſi contrarium probetur, Id verò aliter probare non poteſt quàm ſi probet ac doceat ſe immerentem exheredatum: eaque vera ratio erat propter quam olim quiſquis proponebat querelam inofficioſi teſtamenti hoc ipſo ſe onerabat probatione quia non ſolùm actor erat, ſed etiam adfirmabat, & ſe immerentem exheredatum, & parentem inſanum fuiſſe, vt Marcellus ratiocinari videtur *in d. l. 5.* Semper enim probatio incumbit ei qui dicit non ei qui negat, *l. 2. D. de probat.* At is qui proponit querelam Iuſtinianeam nihil adfirmat. Negat tantum aut expreſſam eſſe in teſtamento cauſam vllam ingratitudinis ex iis ſaltem quas Iuſtinianus exprimi permiſit aut veram eſſe illam, quæ expreſſa fuit: Itaque minùs mirum eſt ſi nulla probatione oneretur, quamuis ſi nihil de hoc expreſſim Iuſtinianus conſtituiſſet, aliud probandum eſſe, cùm ſit actor, & actori ſemper 19 † incumbat onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, etiamſi mera negatio ſit, Eo ſaltem modo quo probari negatio per rerum naturam poteſt, & hactenus vt contrariæ adfirmationis probandæ onus in aduerſarium transferatur. Multo magis cùm ea negatio implicitam habet adfirmationem aut coarctata eſt tempore vel loco: Qualis ſemper illa eſt, cùm filius negat veram eſſe aut iuſtam exheredationis cauſam expreſſam in patris teſtamento. Sed quamquam ita eſt, potuit tamen facilius & iuſtius conſtitui à Iuſtiniano vt immunes eſſent actores, quàm eo caſu quo vellent dicere patrem cùm ſuprema ordinabat, ſuæ mentis non fuiſſe. 20 Ex his verò duabus differentiis, tertia † etiam profluit quæ ad rem noſtram magis pertinet, vt querela Iuſtinianea licet reſcindat teſtamentum quantum ad inſtitutiones, non tamen reſcindat quantum ad legata, quia quamuis ceſſante conſtitutionis autoritate iuris ratio non pateretur vt ſublata inſtitutione legata ſubſiſterent, minor tamen ratio eſt vt legata corruere debeant ob ſolam inſtitutionis iacturam, quàm cùm corruit teſtamentum eo prætextu quod teſtator non fuerit ſanæ mentis. Tanti enim momenti illud eſt, quod teſtator

non ſanæ mentis fuiſſe videatur vt etiamſi in teſtamento quod per querelam veterem hoc ſolo colore rumpitur, fideicommiſſa per clauſulam codicillarem à legitimis heredibus petenda ſint, non eo magis tamen valeant, quia qui ipſis inſanus eſt aut eſſe creditur non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento fideicommiſſum relinquere potuit *d. l. Titia 13. in fin. de inoff. teſtam.* at cum proponitur querela Iuſtinianea per quam nihil aliud contendit filius exheredatus niſi quod vt diximus non ſatisfactum eſſe conſtitutioni, quæ porro nullum vſum conſtituit niſi quod ad inſtitutionem nihil cauſæ eſt cur legata circa quæ peccatum non fuit, intercidere debeant, maximè cùm eadem Iuſtiniani conſtitutio quæ liberis tantopere fauere voluit, vt neque tam facilè exheredari poſſent, neque probationibus vllis onerarentur, fauorem hunc eodem contextu temperare voluerit, ne legatariis noceret, quibus iuris veteris autoritas etiam fauerat. Quam enim ex eo cauſam habere poſſunt liberi exheredati qui de Iuſtiniano conquerantur, quod voluerit ſublata quoque per querelam Iuſtineaneã heredum inſtitutione legata nihilominùs omnia ſalua manere, Cùm ſi ea Iuſtiniani conſtitutio non eſſet nihil prorſus iuris in hereditate haberent niſi probarent ſe immerentes exheredatos: quæ probatio, quàm difficilis plerumque ſit ſciunt omnes, qui in forenſi vſu verſari vident quotidie nihil eſſe periculoſius quàm ſi vel certiſſima quæque probationum & teſtium lubrico committantur. Proinde boni & æqui conſulere debent quod citra vllam probandi neceſſitatem certi ſint de victoria ex ſola nouæ conſtitutionis autoritate. Sed ſi ponas liberos exheredatos innocentiæ ſuæ & probationibus quas fortè paratiſſimas habent, confidentes malle veterem querelam proponere quàm Iuſtinianeam, & in ea querela obtinere dicendo ſe immerentes exheredatos. Hoc verò caſu fiet iis manifeſta iniuria ſi prætextu conſtitutionis Iuſtinianeæ ex qua nullum ipſi lucrum capient, cogantur præſtare legata & fideicommiſſa quæ à demente ac inſano relicta eſſe videantur. Et ideo dico neque Iuſtiniani mentem illam eſſe, vt in hoc caſu legata conſeruentur, Non magis quàm vt veteris querelę beneficium liberis immerenter exheredatis auferatur, quibus ille è contrario dare voluit & addere nouum. Nemo enim beneficium nouum conferendo vetus adimere intelligitur, præſertim ſi qua ex parte vetus ſit plenius & maioris emolumenti. Quo-
21 modo in propoſito † querela vetus etſi minus commoda quàm Iuſtinianea in eo quod & filium exheredatum onerat probatione, & permittit heredibus inſtitutis vt poſſint obiicere filio cauſam ingratitudinis quam teſtator non allegauit, dummodo ſit vna ex iis quas Iuſtinianus pro iuſtis adprobauit. Attamen ex alio latere plenior eſt quàm Iuſtinianea in eo, quod totum teſtamentum reſcindit etiam quod ad legata. Non eſt igitur probabile ſublatam illam eſſe à Iuſtiniano, qui tota ea conſtitutione id potiſſimum agit vt liberis exheredatis faueat, extra eum caſum quo fuerint illi merenter exheredati, legatariis verò non niſi eo caſu quo alioqui poſſent ipſi conqueri, in eorum perniciem plus æquo faueri liberis, & quo non poſſint è contrario cõqueri liberi quod in ipſorum necem plus æquo legatariis faueatur, Id eſt ita demum ſi Iuſtinianeam querelam eligere maluerint liberi exheredati, quàm veterem vt ſe à probandi onere liberarent. Sic videmus eundem Iuſtinianum cùm induxit beneficium inuentarij fauore heredum extraneorum, non idcirco iis ademiſſe beneficium iuris deliberandi quod olim habebant ex edicto prætoris, licèt multo plenius ſit omni caſu & in omnibus beneficium inuẽtarij, adeò vt vix quiſquam niſi parum cautus hodie cauſam vllam habere poſſit petendi temporis ad deliberandum, vt Iuſtin. ipſe iactitat in *l. vltim. Cod. de iur. delib.* Nec video ad quam ſpeciem me-
22 lius quam ad hanc accommodari poſſit regula † iuris quæ habet, quoties duplici iure defertur aliquid, repudiato nouo iure ſupereſſe vetus. *l. quoties duplici. 91. de reg. iur.* Etſi enim de ſucceſſione loquitur, quæ ex teſtamento repudiata ex quo primum defertur, acquiri adhuc poteſt ab inteſtato, quod tamen prohibet quod in ipſa ſucceſſione conſtitutum eſt, ad ius illud accommodare quod ſit præparatorium ad ſucceſſionem acquirendam, cuiuſmodi eſt querela inofficioſi teſtamenti, quam hodie competere diximus ex duplici iure nouo & vetere, ſed aliter atque aliter ſecundum ea quæ nunc explicauimus. Nam quæ quæ in prioribus Decad. à nobis tractata ſunt, circa ſupradictam Iuſtin. conſtit. cùm eorum opinionem refutauimus, qui putant inofficioſi querelam hodie ſublatam eſſe, vereor ne minùs bene à nobis, tum vel percepta fuerint vel explicata. Iam ergo vt ad inſtitutam diſputationem redeamus, errat Bart. † noſter manifeſtè in eo 23
quod Iuſtin. conſtit. extendit ad ea quoque teſtamenta quæ ſint nulla & inualida ipſo iure, propter vitium præteritionis paternæ. Ex quo errore alius etiam naſcitur in eo quod putat per eam Iuſtiniani legem factum eſſe, vt poſſit quis hodie decedere cum duobus teſtamentis. Etenim cùm lex Iuſtinianea non de aliis teſtamentis loquatur, quàm quæ per inofficioſi querelam, ſiue veterem, ſiue Iuſtinianeam rumpenda, & reſcindenda ſint, vt probauimus, & conſequenter quæ teneant ipſo iure, adeóque ex quibus aditio hereditatis non ſolùm fieri potuerit, verùm etiam facta ſit. Apparet non poſſe fieri in caſu illius conſtitutionis, vt duo ſint teſtamenta, ſiquidem poſterius nunquam poteſt ipſo iure valere quin rumpat prius ipſo iure, quamuis ex poſteriore non ſit adita hereditas dummodò aliquo caſu adiri potuerit, vt ait Iuſtin. in §. *poſteriore. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Tertius Bartoli error eſt, quod ait, ſuppoſito errore illo vt conſtitutio Iuſtin. debeat intelligi etiam de paterna præteritione, tamen incorrectam manere Pauli ſententiam quæ extat *in d. l. ſi filius 7. de liber. & poſth.* vbi negat rumpi teſtamentum prius per poſterius in quo præteritus ſit filius, qui fuit in poteſtate. Quomodo enim fieri poſſet vt non rumperetur ſi Iuſtin. feciſſet vt tale poſterius teſtamentum ipſo iure valeret donec reſciſſum eſſet per querelam etiam quod ad inſtitutiones, quod ad legata verò nec per querelam ſaltem Iuſtinianeam reſcindi poſſet? Nunquam certè aut vetus aut noua iuriſprudentia admiſit vt quis cum duobus teſtamentis deceſſiſſe videatur. Et quod in hanc rem Bart. abutitur eo Imperatorum decreto quod idem Paulus refert *in l. vltim. de her. inſt.* alius nec lenior eiuſdem Bartoli error eſt. Specialem enim † rationem habet decretum 24
illud, nec tam ex principiis iuris petendam quàm ex autoritate Imperatorum, quos in ea ſpecie mouit ſumma æquitas cauſæ, cum ex verbis poſterioris teſtamenti & ex præfatione ipſius inſtitutionis appareret quod teſtator deceptus probabili errore facti non tam voluntatem mutauerat quæ adfuerat in priore teſtamento quàm inſtitutionem. Itaque non pronunciarunt poſterius teſtamentum non valere tanquam factum ex falſa cauſa [certum enim eſt quod ipſa lex ait falſam cauſam inſtitutioni obeſſe non ſolere vt neque legato obeſt quia cauſa heredem inſtituendi aut legandi, neque inſtitutioni neque legato cohæret *l. cùm tale. 72. §. falſam cauſam. de cond. & demonſt.*] neque rurſus teſtamentum prius ruptum non eſſe per poſterius, quã enim fieri poteſt vt non ſit ruptum cùm poſterius valeat ipſo iure? ſed pronuntiarunt ſubueniendum eſſe Pactumeiæ Magnæ, quæ in priore teſtamento fuerat heres inſtituta, vt proinde ad eam hereditas pertineret, quod lex ait, at non ex teſtamento priore quod fuit ruptum, neque ex poſteriore in quo non fuit ipſa inſtituta, ſed ex mera benignitate & humanitate Imperatorum, ad quos ſolos ſpectabat vt ita decernerent, non

etiam

etiam ad quemquã ex prudẽtibus, vt ita reſpondet, quia
25 inter ius † & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Imperatori & oportet & licet inſpicere, inquit *l. 1. Cod. de legib.* cuius legis vix aptius exemplum adferri vllum poſſit, quàm ex *d. l. vltim.* nec valde diſsimile aliud ex *l. cùm quidam. 30. in princip. & l. Pannonius. 87. D. de acquir. hered.* quarum interpretationem fecimus *lib. 4. Coniectur. cap. 1.* Proinde mirum eſt in †
26 ſpecie *d. l. vltim.* non deberi legata relicta in priore teſtamento quod ruptum fuerit in totum. Deberi verò ea quæ relicta ſunt in poſteriore, quod è contrario totum valeat ipſo iure: cur non enim debeantur: Nam ſi quis obiiciat non fuiſſe iis legatis oneratã Pactumeiam, quæ in poſteriore teſtamento ſcripta non fuit, & ad quam tamẽ hereditas pertinet, facilis reſponſio eſt, Subueniendum ei fuiſſe ex æquitate contra heredem in ſecundo teſtamento inſtitutum, at non ſimiliter contra ſecundi teſtamenti legatarios, qui ex præfatione apparebat non fuiſſe illum inſtituturum in poſteriore teſtamento Nonium Rufum, nec facturum aliud teſtamentum ſi Pactumeiam heredem in priore inſtitutam adhuc viuere credidiſſet, ex qua cauſa dolo malo facere videbatur Rufus, qui contra voluntatem defuncti vindicabat ſibi hereditatem. *d. §. falſam cauſam.* Quæ ratio non æquè vſurpari poſſet contra legatarios, quippe quos honorare teſtator potuerat etiam ſaluo manente priore teſtamento, nec alio vllo poſteriore condito, putà per codicillos anteriore illo teſtamento, ſiue expreſſim, ſiue tacitè confirmatos. Eſſet autem bona comparatio inſtitutionis in poſteriore teſtamento factæ, & legatorum in eodem relictorum, ſi teſtator eadem præfatione vſus proponeretur in ligando, qua in herede inſtituendo: quod & Bartolus obſeruauit, licet alio ſenſu. Cauſatur enim neſcio
27 quid de cauſa finali, † quæ ex præfatione colligatur, in eòque paſſim à cæteris laudatur, quaſi vero verba illa præfationis, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui*, exprimant cauſam finalem, ac non potius impulſiuam poſterioris teſtamenti. Cauſa namque finalis ſemper exprimitur per *vt*, non per *quia*, Et ideo ipſi quoque interpretes ſolent dicere defectum cauſæ finalis non etiam impulſiuæ viciare diſpoſitionem. In propoſito autem non viciari poſteriorem inſtitutionem ex defectu cauſæ iſtius expreſſæ apertè Paulus ſcribit, in eòque rurſus errant maximè interpretes noſtri, qui è contrario putant in illa ſpecie poſteriorem inſtitutionem ipſo iure nullius eſſe momenti. Quod ſi ita eſſet, vtique non debuerant Imperatores reſcribere ſubueniendum ei quæ fuerat in primo teſtamento inſtituta, quam nimirum ſumma iuris ratio ſatis tueretur. Quid enim priorem inſtitutionem poſſet extinguere ſi poſterior non valeret? Aut quo iure legata poſteriore teſtamento relicta deberentur, ab ea præſertim quæ grauata non fuiſſet, ſi teſtamentum ipſum poſterius non defenderetur? Aut denique quomodo defenderetur teſtamentum, ſi inſtitutio ex qua vires accipere debet, nullius eſſet momenti? Ex eo igitur intelligimus etiam iuxta interpretum traditiones cauſam impulſiuam non finalem, fuiſſe illam quam in præfatione poſterioris teſtamenti Androſthenes expreſſerat.

* *

ERROR VI.

Si teſtator coram ſeptem teſtibus reuocauerit prius ſolenne teſtamentum ſiue addiderit rationem quia vult decedere inteſtatus, ſiue non.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli & aliorum in quæſtione de verbali ſolennis teſtamenti reuocatione.*

2 *Cur exiſtimet Bart. valere reuocationem cùm teſtator dixit velle ſe inteſtatum decedere: non valere verò cùm hoc non expreſſit.*

3 *Guid. Papius cenſet indiſtinctè reuocari teſtamentum, cùm teſtator coram ſeptem teſtibus ait ſe nolle ſuum teſtamentum valere, ſiue addat quod velit inteſtatus decedere, ſiue non addat, contra Bartol.*

4 *Sententia eorum qui arbitrantur reuocationem ſiue hoc ſiue illo modo factam non valere, niſi à die conditi teſtamenti decennium effluxerit, & eius reprehenſio ex Guid. Pap.*

5 *Reprehenſionis Guid. Pap. refutatio, & d. tertia ſententia defenſio. & n. 10.*

6 *Malè Bartolus & alij requirunt ſeptem teſtes ad reuocandum teſtamentum, cùm pauciores ſufficiant.*

7 *Theodoſij conſtitutionem in l. 21. §. vlt. C. de teſt. non niſi ad teſtamenta imperfecta in quibus inſtituti ſunt venientes ab inteſtato pertinere.*

8 *Iuſtinianus in l. ſancimus. C. de teſtam. in ſpecie de qua agitur ita demum videri bene reuocatum teſtamẽtum ſtatuit, ſi decennium effluxerit, nec paucioribus quàm tribus teſtibus ea reuocatio muniatur.*

9 *Nulla eſt lex quæ numerum 7. teſtium faciat ſolennem ad reuocandum teſtamentum, niſi cùm reuocatio fit per poſterius ſolenne teſtamentum.*

11 *Decennium quod Iuſtinianus vult effluxiſſe ad reuocandum teſtamentum vnde computetur.*

12 *Cur teſtamentum perfectum in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato non pauciores quàm quinque teſtes exigat: ſimplex verò teſtamenti reuocatio tribus contenta ſit.*

13 *Ratio à Guidone aduerſus Bartoli diſtinctionem nu. 1. adductam expenditur, & eius inſufficientia oſtenditur.*

14 *Bartolus perperam cum cæteris ſtatuit valere teſtamenti reuocationem factam coram ſeptem teſtibus, ſi modò teſtator addiderit velle ſe mori inteſtatum.*

15 *Quando verum ſit id quod dici ſolet*, Nihil intereſſe an quod ſcriptum eſt inducatur, an adimatur.

16 *Hereditas teſtamento non aliter adimi poteſt, quàm per nouam & ſolennem inſtitutionem.*

17 *Ademptio teſtamentaria hereditatis non poteſt confirmari per aditionem venientium ab inteſtato contra Bart.*

18 *Quando hereditas legitimis heredibus primùm defertur, & poſt eos teſtamentariis, vbi refellitur alius Bartoli error.*

19 *Quænam ſunt conditiones quæ etiam cùm expreſſæ ſunt non faciunt actum conditionalem, quia tacitè inſunt.*

20 *Teſtamentariæ inſtitutioni puræ conditio extra teſtamentum inijci non poteſt.*

21 *Adimi hereditas directò, neque per codicillos poteſt, neque aliter quàm per teſtamentum.*

22 *Reuocatio minus ſolennis prioris ſolenniſque teſtamenti eſt omnino inualida, etiamſi ſeptẽ habeat teſtes, & dixerit teſtator ſe inteſtatum velle decedere.*

23 *Exceptionei.*

1 DISTINGVERE † in hac quæſtione noſtri ſolent, An teſtator qui alio nullo condito teſtamento ſolenne prius quod iam factum habebat reuocare voluit, rationem addiderit, Quia velit decedere inteſtatus: an verò nulla addita ratione ſimpliciter teſtamentum prius reuocauerit. Et rurſus cùm rationem expreſſit, Quia velit decedere inteſtatus, An coram ſeptem teſtibus ea reuocatio facta ſit an coram paucioribus. Si prius teſtamentum reuocauerit ſimpliciter, neque addiderit velle ſe decedere inteſtatum, volunt plerique non valere reuocationem. Atque ita accipiendum eſſe quod Iuſtinianus ſcribit in §. *penult. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* ex eo ſolo non poſſe reuocari teſtamentum quod teſtator dixerit nolle ſe illud valere. Si vero cauſam addiderit & rationem reuocationis, Quia velit decedere inteſtatus, & quidem coram ſeptem teſtibus, aliud iuris eſſe & reuocationem valere, quoniam teſtator qui ita loquitur ſolennémque illum teſtium numerum adhibet, hoc ipſo videatur inſtituere legitimos heredes & ab inteſtato venientes, per quorum aditionem poſtea ſecutam confirmari poſſit ademptio hereditatis alij delatæ per prius teſtamentum. Ita Bart. ad *d. l. ſi iure.* 18. 2 *numer.* 3. *de lega.* 3. vbi rationem † ſuæ diſtinctionis adfert, quod quæ per vltimam voluntatem diſponuntur ſiue dando ſiue adimendo, non aliter valere poſſint, quàm ſi per hereditatis aditionem confirmentur, & quidem ab eo faciendum à quo vel datio vel ademptio per teſtatorem facta eſſe videatur. Alioqui certum eſt nemini aut hereditatem aut quicquam aliud à ſeipſo vel dari vel adimi poſſe. *l. ſed ſi conditioni.* 6. §. *vltim. D. hered. inſtit. leg. & quidem totum.* 18. *leg. legatum eſt delibatio.* 116. §. 1. *D. de legat.* 1. Cùm igitur teſtator prius teſtamentum reuocat duntaxat, neque addit velle ſe decedere inteſtatum, non poteſt, inquit Bart. valere ademptio quæ fit per huiuſmodi reuocationem, quia neque inſtituto adimi poteſt à ſeipſo, neque à venientibus ab inteſtato qui neque expreſsè neque tacitè inſtitui reperiuntur. Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm teſtator dixit velle ſe inteſtatum decedere, ſiquidem eo caſu adeſt perſona à qua poſſit vires capere ademptio, legitimi ſcilicet heredis quiſquis ille ſit qui ſaltem tacitè intelligitur eſſe inſtitutus. Sunt tamen † qui hanc Bartoli diſtinctionem reprobent, hac 3 potiſſimùm ratione, quòd quiſquis reuocat teſtamentum ſuum, nec aliud facit, non in alia poſſit eſſe voluntate, quàm vt decedat inteſtatus, & conſequenter non minùs credendus eſt tacitè inſtituiſſe venientes ab inteſtato, quàm ſi ſe inteſtatum decedere velle dixiſſet. Quid refert an verbis, an facto ipſo ſuam declarauerit voluntatem. Aut quid aliud faciendum habuit ad legitimos ſucceſſores inuitandos, quàm vt reuocaret teſtamentum in quo alium heredem inſtituerat, & quod ſolum impediebat ne ab inteſtato ſuccedi poſſet? Itaque ſecundùm iſtorum ſententiam nihil omnino intereſt, An teſtator duntaxat reuocauerit teſtamentum, an in eo reuocando addiderit velle ſe inteſtatum mori. Quam opinionem contra Bartolum fortiter & magiſtraliter defendit poſt alios non paucos Guid. Pap. 4 *quæſt.* 200. Alij † denique ſunt, qui huiuſmodi reuocationem ſiue hoc ſiue illo modo facta ſit valere negant, niſi à die conditi teſtamenti decennium effluxerit, ex *l. ſancimus.* 25. *Cod. de teſtam.* Quos ſupradicto loco refert & refellit Guid. Pap. ratione illa quod conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. ſancimus*, ad eum caſum pertineat, quod tres tantùm teſtes interuenerint aut certè pauciores quàm ſeptem. Nos verò eum caſum tractare, quod ſeptem teſtes adfuerint, qui numerus ſicut ſolennis eſt ad faciendum teſtamentum, ita maioris videtur eſſe debere poteſtatis ad illud reuocan- 5 dum. Verùm reprehenſio hæc vt † hinc exordiamur, non eſt iuſta. Etſi enim Iuſtiniani lex exigit, vt ad validandam ex curſu decennij reuocationem ſolennis teſtamenti non pauciores quàm tres teſtes adhibeantur, non ideo tamen excludit maiorem numerum teſtium, vt ſi plures quàm tres interuenerint, ſiue quinque fuerint ſiue ſeptem, curſus decennij non ſit neceſſarius ad hoc, vt reuocatio minùs ſolennis ſuſtineatur. Quòd ſi quis obiiciat, Immo verò ex Theodoſij conſtitutione in *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *vltim. Cod. de teſtam.* quinque teſtes ſufficere ad reuocandam priorem voluntatem ſolennem ſi reuocatio facta ſit in fauorem venientium ab inteſtato: In promptu replicatio eſt. Malè igitur † Bartolum & Guidonem Papium & cæteros qui hucuſque hanc quæ- 6 ſtionem tractarunt, requirere ſeptem teſtes, cùm quinque ſufficiant. Quid enim prodeſſe poteſt quod ſeptem teſtes interuenerint potius quàm quinque? An forte vt poſterior illa voluntas minus ſolennis valeat iure teſtamenti? Atqui hoc negat conſtitutio ipſa Theodoſij quæ poſteriorem hanc voluntatem quoties ſolennis non eſt, non aliter valere patitur quàm iure vltimæ voluntatis ab inteſtato. Nec eſt quod quis dicat de illo caſu ſenſiſſe Theodoſium quo pauciores quàm ſeptem teſtes interuenerint. Id enim fatebor equidem verum eſſe ſi ponas ad poſteriorem voluntatem faciendam ſolennem nihil niſi teſtium numerum defuiſſe, aliis ſcilicet omnibus adhibitis ſolennitatibus quas in teſtamento interuenire neceſſe eſt. Cur non enim tunc valeret iure teſtamenti? Sed ſi ponas aliquam ex cæteris ſolennitatibus defuiſſe, ita vt quamuis ſeptem teſtes adfuiſſent non eo magis teſtamentum ſolenne dici potuiſſet, quæ ſpecies eſt conſtitutionis Theodoſianæ loquentis de poſteriore voluntate inualida & non ſolenni. Dico hunc quoque caſum quo ſeptem teſtes interuenerint Theodoſij lege comprehendi, & voluntatem illam vltimam quæ ex alia qualibet cauſa ſolennis non ſit, ab inteſtato tantùm defendi poſſe perinde ac ſi quinque tantùm adfuiſſent. Quod & ipſe quoque Bart. ſenſiſſe videtur *l. milit.* 36. §. *veteranus. D. de teſtam. mil.* vbi diſertè ſcribit ſi teſtator coram quinque teſtibus dixerit velle ſe inteſtatum mori, reuocatum videri debere prius teſtamentum in fauorem venientium ab inteſtato. Cur ergo alibi requirit ſeptem teſtes ad reuocandum prius teſtamentum, eo præſertim caſu quo teſtator voluerit decedere inteſtatus? Quamquam in hoc ipſo labitur Bart. & cum eo cæteri, quod putant † Theodoſij con- 7 ſtitutionem fauere cuilibet reuocationi prioris teſtamenti quæ modo facta ſit in fauorem legitimorum heredum. Quod non ita eſt. Fauet enim duntaxat teſtamentis imperfectis, quibus inſtituti ſint venientes ab inteſtato, vt conſtat ex verbis conſtitutionis, & ex *leg.* 2. *D. de iniuſt. rupt.* quam nos in præcedentibus diximus corruptam fuiſſe à Triboniano, & ad ius nouum longo poſt tempore à Theodoſio inductum accommodatam, quod neque Accurſius & Bartolus diffitentur. Requirit ergo ea conſtitutio ſpecialem & expreſſam inſtitutionem legitimorum ſucceſſorum quæ facta ſit in poſteriore teſtamento ad prius euertendum. Eſt enim ea inſtitutio cùm expreſſa eſt multo fauorabilior, quàm cùm tacita tantùm videri poteſt, vel ob id ipſum quod expreſſam habet defuncti voluntatem, quodque hoc caſu teſtamentum etſi perfectum non eſt cœptum tamen fuit, cùm inciperet olim & incipere deberet ab inſtitutione, quæ etiam hodie caput & fundamentum eſt teſtamenti. §. *ante heredis. Inſt. de legat. l. quod per manum.* 10. *D. de iur. codicill.* At nos eum caſum tractamus, in quo teſtator neque fecerit neque voluerit facere vllum poſterius teſtamentum, ſed tantum reuocauerit quod ante fecerat vt inteſtatus moreretur. Noua igitur conſtitutione opus eſſet vt hæc reuocatio valeret etiam iure voluntatis inteſtati cùm ad eam Theodoſij conſtitutio porrigi

rigi

ſigi non poſſit. Porro noua de hac re alia conſtitutio
nulla eſt præter illam Iuſtiniani quæ extat in *dict. leg.*
8 *ſancimus*, & quæ ad hanc ſpeciem † diſertè pertinet
de qua nunc diſputamus cùm teſtator nullo alio con-
dito poſteriore teſtamento, tantummodo dixit nolle ſe
prius ſtare teſtamentum, vel aliis verbis vtendo contra-
riam priori aperuit voluntatem. In qua tamen ſpecie
Iuſtinianus vult ita demum videri bene reuocatum
prius teſtamentum ſi decennium effluxerit, nec pau-
cioribus quàm tribus teſtibus ea reuocatio muniatur.
Proinde non aliud eſſe voluit ſiue quinque ſiue etiam
ſeptem teſtes in eiuſmodi reuocatione interuenerint.
Æquè enim his caſibus ſatisfit legi, quia quo plures
9 teſtes ſunt, eo verius eſt non eſſe † pauciores tribus.
Neque verò vlla lex eſt quæ numerum illum ſeptem
teſtium faciat ſolennem ad reuocandum teſtamentum,
niſi cùm reuocatio fit per poſterius ſolenne teſtamen-
tum, quia nec aliam vllam voluntatem vltimam pro
ſolenni lex agnoſcit, niſi quæ ſit teſtamentaria. Verum
igitur eſt, & malè à Guidone Papio reprehenſum quod
volunt tertiæ huius ſententiæ autores, reuocationem
10 † teſtamenti etiam quæ coram ſeptem teſtibus facta ſit
non aliter valere poſſe, quamuis teſtator addiderit vel-
le ſe decedere inteſtatum, quàm ſi decennium effluxe-
11 rit, & quidem computandum † vt hoc etiam addamus
non ex die reuocationis vt quidam putant, ſed vt con-
ſtitutionis verba non obſcurè probant, ex die conditi
teſtamenti, ſiue ante effluxum decennium ſiue poſt fa-
cta ſit reuocatio: Abrogat enim Iuſtinianus ea lege
conſtitutionem quæ extat in *leg. 6. Cod. Theodoſi. de
teſtam.* qua cautum erat, vt ſolo lapſu decennij teſta-
mentum reuocatum intelligeretur, id eſt ſi teſtator
poſt conditum teſtamentum decennio integro ſuper-
uixiſſet, etiamſi contrariam voluntatem aperuiſſet. Du-
bitari autem non poteſt quin decennium illud à die
conditi teſtamenti computaretur. A quo enim alio
tempore computari poterat cum neque reuocatio vlla,
neque aliud quicquam præter fluxum decennij inter-
ueniſſe proponeretur? Atqui illud ipſum ius quod in-
ductum fuerat, vt ex ſolo lapſu decennij teſtamentum
euaneſceret, Iuſtinianus retentum voluit eo caſu quo
ad lapſum temporis expreſſa reuocatio acceſſerit. Vo-
luit igitur decennium illud computari à die conditi
teſtamenti, non à die reuocationis, & conſequenter
nihil intereſſe an reuocatio facta ſit ante decennium
elapſum an poſtea. De quo mirum eſt tantam fuiſſe
inter veteres gloſſatores & interpretes controuerſiam,
quantam ſupradicto loco Guid. Pap. refert, Sed illud
rurſus difficile videtur intelligere, Cur poſterius teſta-
12 mentum † imperfectum in quo inſtituti ſunt venien-
tes ab inteſtato non pauciores quàm quinque teſtes
exigat etiam ad hoc vt defendatur iure vltimæ volun-
tatis inteſtati. *d. l. hac conſultiſſima* §. *vltim.* ſimplex ve-
rò prioris teſtamenti reuocatio contenta ſit tribus *d. l.
ſancimus*, cùm ſupra dixerimus, quod & verum eſt; fa-
uorabilius eſſe teſtamentum imperfectum, propterea
quòd contineat expreſſam inſtitutionem, reuocatio
verò quantumuis expreſſa non niſi tacitam. Verum fa-
cilis reſponſio eſt ſimplicem reuocationem quamuis ſit
contenta tribus teſtibus, non ideo tamen potiore iure
cenſeri, quàm teſtamentum imperfectum, quoniam
præterea requirit illa vt effluxum ſit decennium, quod
tamen non requiritur ad hoc vt voluntas in teſtamen-
to imperfecto declarata iure inteſtati ſuſtineatur. Fuit-
que ſanè æquiſſimum vt minor teſtium numerus reuo-
cationi etiam ſimplici præfigeretur, concurrente lapſu
decennij, quod ex prioribus legibus ſolum ſufficiebat
nulla quoque interueniente reuocatione ad prius te-
ſtamentum reuocandum, vt Iuſtin. ab ea conſtitutio-
ne minùs recedere videretur, quam abrogabat. Æquè
13 malè † idem Guid. Pap. refellit diſtinctionem illam
Bartoli, an prioris teſtamenti reuocatio coram ſeptem
teſtibus facta ſit ſimpliciter, an addita declaratione
quòd teſtator voluerit decedere inteſtatus. Etſi nam-
que verum eſt quod ille contra Bartol. obiicit velle
inteſtatum decedere, quicunque prius teſtamentum
reuocat, cùm reuocato teſtamento nihil prius ſuperſit
niſi vt ſuccedatur ab inteſtato. Fieri tamen facilè po-
teſt, vt quis reuocet prius teſtamentum non tam vt in-
teſtatus moriatur, quàm quòd heredem in eo ſcriptum
habeat pro indigno, & vt faciat locum fiſco, qui pro
ſuo iure ſolet hereditatem auferre ſcriptis heredibus
tanquam indignis, quoties non retinuerunt defuncti
voluntatem. *l. ſi ſcriptis. 19. & paſſ. D. de his quæ
vt indign.* Vt proinde ad excludendum fiſcum, aut ne
dubitationi locus relinquatur quid teſtator ſenſerit,
optimum ſit conſilium, ſiue per cancellationem teſta-
menti, ſiue per inductionem nominis heredis inſtitu-
ti, ſiue quo alio modo prius teſtamentum reuocatum
ſit vtiliter & cum effectu, vt teſtator exprimat ita ſe
facere vt moriatur inteſtatus. Quo caſu vtique potior
erit cauſa legitimorum ſucceſſorum quàm fiſci, qui
eos alioqui vinceret. *l. 1. §. pen. D. ſi tab. teſtam. null.
extab. vnd. liber. l. vltim. D. de his quæ in teſtam. de-
lent.* quomodo accipiendum certè eſt quod Iuſtin.
conſtituit in *l. pen. Cod. de teſtam.* in illis verbis, *ſiqui-
dem teſtator linum vel ſignacula inciderit, vtpote volun-
tate mutata, teſtamentum non valere.* Nimirum ſi id fe-
cerit vt inteſtatus moreretur. In quo igitur errauit
Bartolus? In eo † nimirum in quo etiam cæteri erra- 14
runt, quod credidit valere teſtamenti reuocationem
factam coram ſeptem teſtibus, ſi modò teſtator addi-
derit velle ſe mori inteſtatum. Quod ſanè falſum eſt.
Nam teſtamentum ſolenniter factum nullo modo re-
uocari poteſt ſi iuris rationem inſpicias niſi per aliud
æquè ſolenne ac perfectum teſtamentum. *d. §. poſterio-
re. & §. pen. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* quia cùm
ſit lex habeatque ab ipſis legibus vim legis, non niſi
per aliam & contrariam legem abrogari poteſt. Lex
autem dici non poteſt, voluntas imperfecta, iniuſta,
& minus ſolennis, vt neque teſtamenti nomen mere-
tur. Eos ſolos caſus excipio de quibus iam diximus,
Theodoſianum & Iuſtinianeum, illum ſi poſterius te-
ſtamentum imperfectum ſpectet ad vtilitatem venien-
tium ab inteſtato, & habeat quinque teſtes. Hunc ſi
prioris teſtamenti ſimplex reuocatio facta ſit coram tri-
bus teſtibus, concurratque lapſus decennij à die con-
diti teſtamenti. Sed extra hos caſus dico nullius mo-
menti eſſe reuocationem & quemadmodum non eſt in
poteſtate teſtatoris, vt decedat cum teſtamento etiamſi
maximè velit niſi eas adhibeat ſolennitates omnes
quas in teſtamentis neceſſario adhiberi lex voluit. Ita
nec illud vt facto ſolenniter teſtamento decedat inte-
ſtatus. Niſi teſtamentum prius totum cancellet ac de-
leat, & tabulas ipſas in mare aut ignem proiiciat in
eorum commodum & fauorem quos ſcit ab inteſtato
ſibi heredes futuros. Alioqui vnicum illud remedium
ei ſupereſt, vt aliud faciat ſolenne teſtamentum, in quo
inſtituat eoſdem heredes quos ab inteſtato lex ei datu-
ra erat ſi teſtamentum nullum feciſſet: aut vt expectet
auxilium conſtitutionis vel Theodoſianæ vel Iuſtinia-
neæ. Nam quod dicitur † nihil intereſſe an quod ſcri- 15
ptum eſt inducatur an adimatur *l. nihil intereſt. 16. D.
de adim. legat.* tunc verum eſt cùm ademptio ritè ac
ſufficienter facta eſt, vt & Accurſ. & Bart. interpre-
tantur, qualem hanc eſſe nos negamus. Neque ma-
gis abſurdum, aut nouum eſt, vt qui facto primùm te-
ſtamento & poſtea mutata voluntate vellet decedere
inteſtatus, decedat tamen inuitus cum teſtamento,
quia non illud reuocauerit eo modo qui iure ac legibus
comparatus eſt, quàm vt ei qui voluit teſtatus decedere,
tamen inuitus quoque decedat inteſtatus ob non adhi-
bitas ſcilicet eas ſolennitates ſine quibus lex non pati-
tur fieri teſtamentum. Adeò vt idipſum obtineat, etiamſi
pater

paterfamilias qui teſtari voluit, non habuerit facultatem adhibendarum ſolennitatum *d. l. conficiuntur.* 8. §. *codicilli. D. de iur. codicill. l.* 2. *D. ſi quis aliquem teſtar. prohib. vel. coeg.* Eadem igitur ratione nec teſtamenti reuocatio minùs ſolennis ex eo magis defendetur: quod teſtator qui teſtamentum reuocare voluit, non habuerit poſterioris teſtamenti eam rem ſolenniter cōdendi facultatem. Quanto minùs ſi ei liceat imputare cur ſolenniter teſtatus non fuerit, cùm poſſet? Nec tamen diſtinguit Bart. an potuerit poſterius teſtamentum condere ſi voluiſſet néc ne, ſed omni caſu vult valere reuocationem ſimplicem, dummodo & coram ſeptem teſtibus facta ſit, & teſtator dixerit velle ſe decedere inteſtatum. Sed & in eo errat Bartolus quod teſtamenti reuocationem iſtam valere vult iure ademptionis here-

16 ditatis. Quaſi hereditas † ſit ex earum rerum genere quę teſtamento adimi poſſunt aliter quàm per nouam & ſolennem inſtitutionem. Contra eam iuris regulam cuius in præcedentibus tam ſæpe meminimus ex *l. ſi ita ſcriptum.* 13. §. *regula. D. de liber. & poſthum.* At omnium grauiſſimus error ille eſt, quod vult idem Bart.

17 ademptionem † iſtam hereditatis confirmari per aditionem venientium ab inteſtato: Quis enim vnquam ex prudentibus ſcripſit teſtamentariam hereditatem à legitimis heredibus adimi poſſe. Aut ex aditione legitimorum heredum pendêre teſtamentariæ hereditatis ademptionem? Prius ſiquidem eſt vt legitima hereditas delata ſit proximioribus agnatis, quàm vt adiri ab iis poſſit. Et rurſus vt teſtamentariæ ſucceſſionis ius omne, omniſque ſpes defecerit, quàm vt ab inteſtato hereditas cuiquam deferri poſſit, quoniam cauſa teſtati ſemper præcedit cauſam inteſtati vulg. *l. quandiu poteſt.* 39. *D. de acquir. hered. iunct. l. delata.* 151. *de verb. ſign.* Præpoſterum igitur eſt, vt teſtamentariæ hereditatis ademptio & reuocatio confirmetur per aditionem venientiū ab inteſtato. Quid enim ſi fortè illi adire nollent? Conſequens eſſet Bartoli ſententiæ, vt hereditas quæ legitimis heredibus iam delata fuiſſet ad teſtamentarios rediret, vtque teſtamentum quod aliquando habitum fuiſſet pro reuocato fauore legitimorum ſucceſſorum, inciperet rurſum haberi pro non reuocato fauore teſtamentariorum? Quæ omnia vt nemo non videt non tantùm abſurda ſunt & à notiſſimis iuris principiis aliena, ſed etiam manifeſtam implicant contradictionem. Eóque caſu proculdubio fierent bona vacantia & ad fiſcū deuoluerentur, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Longéque diuerſum eſt quod pro ſimili adfert Bartolus ex *l. ſi ita quis.* 81. *D. hered. inſtit.* vt probet hereditatem legitimis heredibus primùm deferri, & poſt eos teſtamentariis.

18 Sola enim † illius legis ſpecies ea eſt in qua hoc euenire poteſt, id eſt cùm teſtator ſolenni teſtamento heredem aliquem inſtituit ſub ea conditione, ſi legitimus heres vindicare hereditatem nolit. Tunc enim expreſſa iuſtáque voluntas teſtatoris facit, vt legitima hereditas prior deferatur, teſtamentaria verò non aliter quàm ſi legitimus heres nemo ſit, perinde acſi teſtamentarius heres ſub alia qualibet conditione caſuali fuiſſet inſtitutus. Quid enim refert an quis inſtitutus ſit ſub conditione illa, *ſi nauis ex Aſia venerit*, an ſub hac, *ſi legitimus heres vindicare hereditatem nolet.* Omni enim caſu conditio ſuſpendit inſtitutionem teſtamentariam, facitque vt non prius deferri ex teſtamento hereditas poſſit à lege, quàm extiterit conditio ſub qua fuit delata à teſtatore. Atqui conditio inſtitutionis non poteſt exiſtere niſi poſt delatam heredi legitimo hereditatem ab eóque repudiatam. Nec igitur poteſt talis inſtitutio impedire delationem & acquiſitionem legitimæ hereditatis. Multóque minùs delatio ſola legitimæ hereditatis repudiatæ, impedire ne nūc primùm fiat delatio quæ numquam facta fuerit teſtamentariæ hereditatis. Regreſſus namque hereditatis à legitimo herede ad teſtamentarium tunc impeditur cùm delatio cœpit à teſtamentario, quomodo ſemper incipit niſi cùm in contrarium expreſſa eſt voluntas teſtatoris vt in *d. l. ſi ita quis.* quia nunquam bis eidem perſonæ ex eodem teſtamento deferri hereditas poteſt, niſi cùm quis fuit ſibi ipſi ſubſtitutus: quod non euenit nec euenire poteſt vbi hereditas teſtamentaria heredi legitimo ſemel data fuit. At in eo caſu de quo tractamus ponit Bartolus hereditatem teſtamentario heredi ademptam eſſe ab ipſo teſtatore per ſimplicem reuocationem, legitimo autem heredi delatam eſſe non minùs à teſtatore quàm à lege. Nihil ergo cauſæ eſt cur etiamſi legitimus heres adire nolit, permittendum ſit heredi teſtamentario vt adeat eam hereditatem quæ ei purè adempta fuerit, & in qua ſi ademptio aliquando valuit, ne quidem ſub conditione inſtitutus reperiatur. Nec enim pro Bartolo replicari poteſt ademptionem hereditatis factam videri ſub ea conditione, ſi hereditatem legitimus heres adire volet, ac proinde dationem hereditatis non niſi ſub contraria conditione factam intelligi debere, ſi legitimus heres vindicare hereditatem nolet. Primùm quia conditio illa ademptionis quam Bartolus comminiſcitur, non expreſſa, ſed tacita eſt, & ex earum genere quæ etiam cùm † expreſſæ ſunt non faciunt actum 19

conditionalem quia tacitè inſunt. Quemadmodum dicimus non eſſe legatum conditionale quod relictum eſt ſub expreſſa illa conditione, *ſi heres ſcriptus hereditatem adierit. l. aliquando.* 107. *de condit. & demonſtr.* Cùm ergo ademptio ipſa pura eſſe intelligatur, non poteſt datio videri conditionalis quaſi data hæreditate ſub contraria conditione. Tunc enim datio quæ ab initio pura fuit ex poſtfacto fit conditionalis per ademptionem cùm ademptio ipſa conditionalis fuit *d. l. aliquando. in fine.* Deinde quoniam cùm ademptionem iſtam inducat Bartolus ex prioris teſtamenti reuocatione facta ſimpliciter & extra teſtamentum quantumuis eſſet illa conditionalis, non poſſet tamen facere conditionalem inſtitutionem quæ in teſtamento pura fuiſſet, quia teſtamentariæ inſtitutioni puræ † conditio 20

extra teſtamentum inijci non poteſt, ne quidem per codicillos *l. quidam.* 27. §. *vltim. D. de cond. inſt.* Multo minus igitur per ſimplicem reuocationē quæ nec teſtamenti, nec codicillorum iure cenſeatur. In qua nimirum multo magis locum habet ratio quam Modeſtinus eo loco adducit, quod qui puræ inſtitutioni conditionem inijcit, de ademptione hereditatis in defectum conditionis cogitaſſe intelligatur. Adimi † autem he- 21

reditas directo, neque per codicillos poſſit, neque aliter quàm per teſtamentum, ſicut nec niſi teſtamento extraneis datur. *l. hereditas. Cod. de pact. conuen. tam ſup. dot.* Quòd ſi pura inſtitutio teſtamentaria & ſolennis non poteſt recipere conditionem à voluntate minùs ſolenni quæ extra teſtamentum facta ſit, ne ex eiuſmodi conditione ademptio hereditatis contra leges inducatur. Quis ferat quod è contrario vult Bart. ex ademptione hereditatis quæ & ſecundùm figuram verborum & in effectu pura fuerit, immò quæ, vt probauimus, nunquam valuerit, colligendam eſſe conditionem quæ inſtitutioni puræ in contrarium caſum iniiciatur, vt eam ex pura faciat conditionalem? Ita namque euenit vt tacitè factum eſſe velit Bart. quod nec expreſſim fieri potuiſſet, itémque quod colligatur ex ademptione facta expreſſim quidem, ſed perperam & contra leges, ac rurſus purè non ſub conditione. Reiecti igitur iſtis omnibus quæ nugatur Bart. circa ademptionem hereditatis teſtamentariæ confirmandam per aditionem venientium ab inteſtato. Concludamus reuocationem † 22

minùs ſolennem prioris ſolenniſque teſtamenti planè eſſe inualidam etiamſi habeat ſeptem teſtes, hoc etiam addito quod teſtator inteſtatum ſe mori velle dixerit, niſi ea † reuocatio facta ſit, vel in teſtamento imperfe- 23

cto in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, ex conſtit. Theodoſ. in *d. l. hac conſultiſſima.* §. *vlt.* vel ab eo qui

qui priori ſuo teſtamento ſuperuixerit per decennium, ſiue ante, ſiue poſt reuocationem, quæ tamen teſtibus munita ſit, non paucioribus quàm tribus ex conſtit. Iuſtin. in. *d.l. ſancimus.* 25. *C.de teſta.* Eſtque pro hac noſtra ſententia textus apertiſſimus in *d.l.militis.* 36.§. *veteranus. D.de teſt.milit.* de cuius tamen loci ſententia diffuſiùs in ſequentib. tractandùm nobis erit: nam & in eius interpretatione Bart. errauit.

ERROR VII.

Si teſtator teſtamenti ſolennis linum aut ſignacula inciderit, ob mutatam voluntatem, an tollatur teſtamentum ipſo iure, an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult. §. vltim. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.

SVMMARIA.

1. *Q. an ipſo iure, an verò nonniſi ope exceptionis tollatur teſtamentum, cuius linum aut ſignacula teſtator vltrò & ſciens incidit.*
2. *Interpretes exiſtimant hoc caſu teſtamentum non ipſo iure tolli, ſed ope tantùm exceptionis.*
3. *In oppoſitum autoris diſputatio.*
4. *Nihil intereſt an quis ſimpliciter ſcribat teſtamentum valere vel non valere, an addat ipſo iure.*
5. *Exceptio opponi & poni dicitur.*
6. *Omnes exceptiones ſunt facti.*
7. *Lino quo ligatæ ſunt tabulæ à teſtatore inciſo, ex iis adiri non poteſt hereditas, aut bonorum poſſeſſio peti.*
8. *Solennitates teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant.*
9. *Textus quibus mouentur interpretes vt ſtatuant teſtamentum inciſum non niſi ope exceptionis tolli.*
10. *Papiniani verba in l. pen. §. vlt. D. de bon. poſſ. ſecund. tab. quomodo ad ſuam ſtabiliendam ſententiam inducant interpretes.*
11. *Interpretum explicatio refellitur.*
12. *Vera ſententia d.l. pen. §. vlt.*
13. *Quamuis teſtamentum iure ciuili factum ſit irritum per adrogationem, prætor tamen ex eo bonor. poſſeſſionem dare poteſt, ſi modo teſtator & teſtamenti & mortis tempore ſui iuris reperiatur, & ciuis Ro.*
14. *Idem eſt ſi per aliam quamlibet capitis deminutionem teſtatoris teſtamentum irritum factum ſit.*
15. *Prætor aduerſus heredem teſtamentarium cui dedit bonor. poſſeſſionem ſecundum tabulas teſtamenti facti irriti per adrogationem, dat etiam legitimo heredi exceptionem doli.*
16. *In propoſito caſu, quæ ſint vires exceptionis doli. & num. 18.*
17. *Exceptiones omnes ſunt ex iuriſdictione prætoria, & ex æquitate proficiſcuntur: ex eáque ſunt æſtimandæ.*
18. *Singulare eſt in exceptione doli, vt nunquam elidi poſſit per replicationem, ſed vt interpretationem recipiat ex æquitate & bona fide.*
19. *Prætor ex teſtamento nullo quando det bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.*
20. *Verborum Papiniani* ſed de viribus exceptionis, *&c. interpretatio Bartolina refertur & refellitur.*
21. *Refellitur illud Bartoli pronuntiatum exceptiuum,* teſtamentum primum tollitur per ſecundum, niſi ſecundum poſtea incidatur vt primum confirmetur, quo caſu primum ad excipiendum valebit.
22. *Quæſtio de qua agitur in d. §. vlt. & ad eam Papiniani reſponſio.*
23. *Diſtinctio Bartoli in controuerſia an teſtamentum inciſum tollatur ipſo iure, refertur & refellitur.*
24. *Emendatur l. 1. §. ſed conſulto. D. de his quæ in teſt. del.*
25. *Inductio à teſtatore facta probat quidem voluntatis mutationem, ſed non tollit ſolennitates teſtamenti, nec proinde facit quin valeat teſtamentum.*
26. *Inciſio tabularum plus poteſt quàm inductio.*
27. *Cuinam det exceptionem doli Papinianus in d. §. vlt. vbi Bartoli placita refelluntur.*

DICI quidem ſolet nihil intereſſe, an ipſo iure quid fiat, an ope exceptionis, ſi non tam de iuris ſubtilitate, quàm de rei effectu quæratur, quia nullum ius habere videtur is qui tale habet, quod per exceptionem elidi poſſit. *leg. nam is.* 6. *de dolo. l. nihil intereſt* 12. *de reg. iur. cum ſimil.* Sed tamen non eſt inanis & ſine effectu
hæc quæſtio † an ipſo iure, an verò non niſi ope exce- 1
ptionis tollatur teſtamentum cuius linum aut ſignacula teſtator vltro & ſciens incidit. Addidit *vltro & ſciens,* quia ſi caſu fortuito id factum ſit etiam à teſtatore ipſo aliud agente, nemo dubitat quin teſtamentum ſubſiſtat, vireſque ſuas retineat acſi tale nihil factum eſſet. *l. 1. 2. & paſſ. D. de his quæ in teſt. delent.* Etſi autem aperta videtur in hac quæſtione conſt. Iuſtin. in *l. noſtram. pen. Cod. de teſtam.* interpretes tamen noſtri, quibus ſolenne ac fere perpetuum eſt in ipſa quoque media luce cæcutire, mouent hanc quæſtionem ad eam ipſam legem, quaſi de eo nihil Iuſtinianus conſtituerit. Adeóque quod magis mirandum
eſt, concludunt † teſtamentum hoc caſu non ipſo iure 2
tolli ſed tantùm ope exceptionis. Ex *l. qui liberis pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. & l. militis.* 36. §.
veteranus. D. de teſtam. milit. Apertiſſimè contra † 3
mentem & verba Iuſtiniani in *d.l. noſtram.* cuius verba iſta ſunt, *ſancientes, ſi quidem teſtator linum vel ſignacula inciderit vel abſtulerit, vtpote voluntate eius mutatâ teſtamentum non valere.* Quæ verba cùm ad ipſam teſtamenti validitatem pertineant, vtique ad ius teſtamenti referenda ſunt non ad factum, quia quoties dicimus teſtamentum valere vel non valere, ius non factum ſignificamus, cùm à iure ſit vt valeat teſtamentum, vel
vt non valeat. Itaque nihil prorſus intereſſet † an quis 4
ſimpliciter ſcribat teſtamentum valere vel non valere an addat, *ipſo iure,* quia cùm non eliditur niſi per exceptionem opus eſt facto aliquo, & eius qui conuenitur, vt opponat eam exceptionem coram prætore mox daturo formulam, & prætoris quoque vt in dictanda formula ponat exceptionem. Vnde eſt quod promiſcuè
ſolent prudentes noſtri dicere, *exceptionem † opponi,* 5
Opponi ſcilicet à reo, actori. Poni verò à prætore in formula concedendæ actionis. Proinde quouſque factum illud interueniat ſi quæratur de teſtamenti validitate neceſſe eſt fateri teſtamentum valere ipſo iure, alioqui fruſtratorium & ſuperuacuum eſſet dare exceptionem: Quæ tum etiam cùm & data & vtiliter oppoſita fuit effectúmque ſuum habuit, non eo magis tamen tollit teſtamentum facitve vt deſinat ipſo iure valere, ſed tantùm vt deſinat effectum illum habere quem alioquin habiturum eſſet, quia quæ ſunt facti non poſſunt ius lædere, aut iuris effectum aliquem habere. Omnes autem
exceptiones † (vt diximus) ſunt facti *l. ſi vnus.* 17. *§. pa-* 6
ctum ne peteret. D. de pact. Teſtamentorum verò validitas vt nemo neſcit eſt iuris. Falſum igitur eſt quod Iuſtinianus conſtituit in *dict. leg. noſtram.* vt teſtamentum de quo agimus non valeat, ſi verum eſt quod interpretes volunt, valere ipſo iure, nec tolli niſi ope exceptionis. Sed etſi nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum eſſet, ipſa tamen iuris ratio facere deberet, vt hoc ipſum pro conſtituto haberetur. Nam quoties linum quo ligatæ ſunt tabulæ inciſum eſt, quemadmodum ſi alius contra vo-
luntatem

Digitized by Google

luntatem teſtatoris id fecerit, non eo minùs peti poteſt
7 bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas. Ita ſi teſtator † ipſe inciderit ad teſtandam huiuſmodi facto voluntatis ſuæ mutationem, certum eſt non videri tabulas ſignatas, ideóque ex iis non ſolum hereditatem adire iure ciuili non poſſe, ſed neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio peti vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. 1. §. penult. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Addens in *§. ſeq.* non idem eſſe ſi raſæ ſint à muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum aut etiã vetuſtate vel ſitu caſúue putrefactum. Hoc enim caſu videri tabulas eſſe ſignatas, maximè ſi proponas inquit vel vnum linum tenere. Eſt enim iſta vna ex ſolennitatibus teſtamentorum & quidem vtro-
8 que iure prætorio & ciuili. Solennitates † autem hoc exigunt vt à teſtatore ipſo adhibeantur, & vt adhibitæ ab eodem retineantur, ne videatur voluntatem mutaſſe, & teſtamentum infirmare voluiſſe quod vtique infirmare potuit antequàm eſſet à lege confirmatum: quæ legis confirmatio non fit niſi mortuo demum teſtatore: At non illud etiam exigitur vt ſolennitates durent in tempus vſque mortis, dum ne fuerint ab ipſo teſtatore ſublatæ: alioqui eueniret vt ſi ex ſeptem teſtibus qui teſtamento præſertim nuncupatiuo interfuiſſent, vel vnus decederet ante teſtatorem euaneſceret teſtamentum quia non reperirentur integræ ſolennitates tempore mortis. Quod tamen ita eſt. Teſtamentorum enim ſolennitates ſicut in actu ipſo teſtandi interuenire debent, ita ex tempore ipſo teſtamenti æſtimandæ ſunt, ſiue quæratur an adhibitæ fuerint, ſiue an ritè: Sequentis verò totius temporis ad diem vſque mortis teſtatoris nulla prorſus ratio habetur, non magis quàm eius quod ſequitur mortem, niſi quatenus facto & voluntate ipſius teſtatoris aliquid ex ſolennibus detractum reperitur, vel immutatum. Quid ergo fuit quod in tam aperta & iuris ratione & Iuſtiniani conſtitutione interpretibus noſtris tenebras offundere potuit? Nimirum † quod à Papiniano reſponſum eſt in
9 *d. l. pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* & à Paulo in *d. l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Neutri enim reſponſi vim nec rationem perceperunt. In *d. §. vlt.* Papinianus tractat primùm eam ſpeciem, de qua nonnihil iam ſcripſimus in præcedentibus. Cùm teſtator facto teſtamento adrogandum ſe præbuit, deinde ſui iuris effectus vita deceſſit. Atque ſcriptum heredem ſi poſſeſſionem petat, doli exceptione ſummoueri, quia dando ſe in adrogationem teſtator cum capite fortunas quoque in familiam & domum alienam conferat. Planè ſi ſui iuris effectus codicillis, aut aliis litteris eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit, voluntatem quæ defecerat, iudicio recenti rediiſſe intelligi. Deinde ſubiungit, *non ſecus ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas inciſiſſet, vt priores ſupremas relinqueret.* Hæc verò verba ſunt quæ interpretes fefellerunt.
10 Sic enim ab iis accepta † ſunt, quaſi Papinianus has ſpecies in omnibus ſimiles eſſe velit, hoc ſenſu vt quémadmodum in priore ſpecie doli exceptio datur legitimis heredibus contra heredem in teſtamento ſcriptum petentem bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ita in poſteriore danda ſit ei qui priore teſtamento ſcriptus fuit aduerſus heredem inſtitutum in poſterioribus tabulis, quas ponimus ideo teſtatorem inciſiſſe, vt priores ſupremas relinqueret. Sed facile eſt animaduertere
11 Papinianũ † ſic neque ſenſiſſe neq; intelligi poſſe. Nam in poſteriore ſpecie vel exiſtimauit Papinianus priores tabulas valere inciſis poſterioribus, vel non valere. Si putauit valere, ac proinde vt ſuprà explicauimus etiam ipſo iure: non putauit igitur valere ipſo iure poſteriores: niſi fortè credidit quod nec imperitiſſimus quiſquam crederet, poſſe quem in paganis decedere cum duobus teſtamentis. Quòd ſi poſteriores in hac ſpecie ipſo iure non valent: nullam ex iis aut actionem, aut hereditatis, vel bonorum poſſeſſionis petitionem habere poteſt ille qui fuit in ipſis inſtitutus. Nec proinde vlla poteſt indigere exceptione is qui in prioribus ſcriptus fuerat, cùm ſit tutus ipſo iure; & omnis exceptio præſupponat in contrariam actionem quam elidat. Si verò putauit Papinianus priores tabulas non valere tanquã ruptas per poſteriores, etiamſi teſtator deinde poſteriores inciderit, & ad priorem voluntatem redierit. Conſequens eſt dicere vt ex iis hereditas, aut bonorum poſſeſſio obtineri non poſſit, ac proinde vt nulla ſit ratio propter quam heredi in ipſis inſtituto ſuccurri debeat per exceptionem, cuius ſcilicet ope fieret, vt hereditatem hic nullo iure retineret, quamuis nihil etiam iuris habeat is qui fuit ſcriptus in poſterioribus, quas teſtator incidit. Non enim bona erit illatio ſi quis dicat, vel ob hoc ipſum ei ſuccurrendum eſſe qui in prioribus ſcriptus fuerat, quod heres in poſterioribus ſcriptus non habeat pro ſe defuncti voluntatem. Cùm nihil vetet vtrumque excludi, illum quia priores tabulæ ipſo iure ruptæ ſint per poſteriores: Hunc verò quia poſteriores inciſæ ſint ab ipſo teſtatore. Hereditatem verò ad legitimos heredes pertinere, ſi teſtator probetur ideo inciſiſſe poſteriores tabulas vt inteſtatus moreretur, vt in *d. l. 1. § penult. D. ſi tab. teſt. null. extab. v. de liber.* Aut ad fiſcũ ſi non tam fauore legitimorum heredum eas inciderit, quàm vt oſtenderet habere ſe heredes in iis ſcriptos pro indignis, vt *l. 5. D. de his quæ in teſtam. delent. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Dicendum
† igitur eſt Papiniani mentem eam eſſe, vt has duas 12
ſpecies comparet, etiam in eo quod circa priorem dixerat de danda doli mali exceptione legitimis heredibus contra heredem teſtamentarium, ſed non hoc ſenſu, vt ſimiliter danda ſit heredi ſcripto in prioribus tabulis contra ſcriptum in poſterioribus; quomodo malè vulgo interpretantur, at iſto potius vt quemadmodum circa eam priorem ſpeciem dixerat, heredem ſcriptum in tabulis quæ per adrogationem collapſæ fuerant, ſi ex iis petat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas non debere vereri exceptionem doli mali, ſi teſtator ſui iuris effectus declarauit, aut in codicillis, aut in aliis literis, velle ſe mori cum eo teſtamento. Sic in poſteriore quoque ſpecie cùm teſtator diuerſis temporibus plures tabulas fecit, ſi poſteriores tandem inciderit ea mente, vt priores tanquam ſupremæ valerent, nihil aliud requiri intelligamus ad hoc vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ex prioribus peti poſſit vtiliter, & cum effectu ſine metu exceptionis doli, quamuis per poſteriores ruptæ fuerint, & quidem ipſo iure. Idque contextus ipſe Papiniani demonſtrat. Illa enim comparatio, *non ſecus ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas inciſiſſet, vt priores ſupremas relinqueret* non eſt poſita niſi poſt totam priorem ſpeciem tractatam. Ergo & quod ſequitur apud Papinianum, *Nec putauerit quiſquam nuda voluntate conſtitui teſtamentum, non enim de iure teſtamenti maximè quæritur, ſed de viribus exceptionis.* ad vtramque ſpeciem referendum eſt non ad poſteriorem tantùm, vt à Bartolo aliiſque interpretibus malè factum video, potiùs ad priorem ſolam, in qua fuerat expreſſè facta mentio exceptionis doli. Quod ridiculè idem Bartolus ad *d. §. teſtamento,* intelligi vult de exceptione facti ſeu intentionis tantùm, eo prætextu quòd teſtamentum ab eo conditum, qui poſtea ſe in adrogationem dederit ſublatum ſit *ipſo iure.* Nam imò verò intelligi debet de illa exceptione cuius auxilium neceſſarium ſit legitimo heredi ad excludendum ius heredis ſcripti in eiuſmodi teſtamento, quia quamuis teſtamentum † iure ciuili factum 13
ſit irritum per adrogationem ſicut fieret per aliam quamlibet capitis diminutionem, quoniam filiusfamilias, neque ciuili, neque prætorio iure, aut teſtamentum facere, aut factum habere poteſt. Non eo minùs tamen prætor ex eo bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas dare poteſt, ſi modo teſtator

&

& teſtamenti, mortis ſuæ tempore ſui iuris reperiatur,
& ciuis Romanus, quandoquidem nihil aliud exigit
prætor, nec curat media tempora, *l. 1. §. exigit. D. eo.*
§. non tamen. Inſt. quibus mod. teſt. infirm. vbi quæ hac
14 parte ponitur differentia inter † adrogationē & cæte-
ras capitis diminutiones, Triboniana planè & erronea
eſt, vt pluribus ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 19.
Nam ſiue teſtator facto iam teſtamento, factus ſit filius-
familias per adrogationem, ſiue ciuitatem amiſerit per
deportationem, ſiue etiam libertatem fortè ex aliqua
cauſa effectus ſeruus pœnæ [nam in eo qui factus eſſet
ſeruus hoſtium nihil tale tractari poſſet propter fictio-
nem & conſtitutionem poſtliminij teſtamentum fit ir-
ritum omni iure, & prætorio, & ciuili, ſed cum hac ta-
men diſtinctione quod iure ciuili omnino, & in per-
petuum inutile eſt, vt ex eo adiri hereditas nunquam
poſſit, etiam ſi teſtator mortis ſuæ tempore, & ſuis iu-
ris & ciuis Romanus reperiatur. Iure autem prætorio
licet non eo magis conualeſcat teſtamentum, vt ex eo
poſſit peti bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quæ
quæ ſit omnimodo futura cum re, qualis procul du-
bio eſſet, ſi prætor vellet conualeſcere teſtamentum.
Hactenus tamen ſuſtinentur tabulæ vt heres in iis ſcri-
ptus audiendus ſit ſi petat bonorum poſſeſſionem, in
qua danda facilis eſt prætor, tum quoque cùm præto-
rio non minùs quàm ciuili iure teſtamentum nullum
eſt, putà ſi in eo præteritus fuerit ſuus heres nempe
qua nec curat valde an futura ea ſit cum re an ſine re.
In propoſito autem hæc bonorum poſſeſſio ſecundùm
tabulas quam heredi in iſtis tabulis ſcripto prætor de-
diſſet vtique eſſet cum re, niſi legitimus heres agentem
illum poſſet repellere per exceptionem doli, ex ea cau-
ſa quod non habeat pro ſe defuncti voluntatem, quip-
pe quæ per adrogationem mutata videatur, bonis om-
nibus adrogati ſimul cum ipſius capite translatis in
familiam adrogatoriis, Quod in cæteris omnibus capi-
tis diminutionibus diuerſum eſt, in quibus nihil in-
teruenit ex quo poſſit conjici aliqua mutatio volunta-
15 tis, Prætor itaque qui teſtamentario heredi dat bono-
rum poſſeſſionem ſecundùm iſtas tabulas idem ille dat
legitimo heredi exceptionem doli contra heredem te-
ſtamentarium vt impediat ne bonorum poſſeſſio illa
ſecundum tabulas ſit cum re contra defuncti volunta-
tem, quam non poteſt negari mutatam fuiſſe per adro-
gationem. Nec ob id minùs dabitur hæc doli exceptio,
quod voluntas illa quæ per adrogationem defecerat,
recenti iudicio rediiſſe probetur: quia ſemper in fa-
cto verum eſt mutatam aliquando fuiſſe voluntatem,
Exceptiones autem omnes facti ſunt, nec niſi rem fa-
16 ctã demonſtrant, ſed tamen nullas † habebit vires, quia
iudex qui in hoc iudicio cognoſcet, æſtimare illam de-
bebit non tantùm ex perſona heredis teſtamentarij
eiuſdemque actoris cui illa opponitur, qui vtique ne-
gare non poſſet mutatam fuiſſe teſtatoris ſui volunta-
tem, verùm etiam ex perſona heredis legitimi eam op-
ponentis, cui non eſt permittendum vt objiciat muta-
tionem voluntatis quæ probetur poſtea rediiſſe, aut vt
prætextu mutatæ voluntatis, veniat ille ipſe contra
voluntatem. Adeo vt neque vlla in eam rem opus ſit
17 replicatione. Cùm enim exceptiones † omnes ſicut ex
iuriſdictione prætoria, ita & ex æquitate proficiſcan-
tur, æſtimandæ ſemper ſunt à iudice ex ea ipſa æqui-
tate quæ illas inducit, nec ſunt neceſſariæ replicatio-
nes ad elidendas exceptiones, niſi cùm diuerſa æqui-
tas eſt, & ex diuerſo facto emergens illa quæ replica-
18 tionem inducit. At in propoſito, quæ æquitas † indu-
cit exceptionem doli, nempe quod non habeat teſtato-
ris voluntatem heres, cùm teſtator dedit ſe in adroga-
tionem, eadem facit vt exceptionem hanc contemnere
iudex debeat, ſi videt probatum eam voluntatem quæ
per adrogationem defecerat, recenti iudicio rediiſſe,
quia tunc verum eſt heredem legitimum qui hanc ex-
ceptionē opponit multo magis eſſe in dolo, cùm multò
minùs habeat pro ſe ſupremã defuncti voluntatē quã è
cõtrario nunc habet heres ſcriptus qui ante habere de-
ſierat. Eſtque hoc ſingulare † & obſeruandum in exce- 19
ptione doli, vt nunquam elidi poſſit per replicationem
(quid enim replicare vnquã poſſet is qui in dolo eſſet?)
ſed vt interpretationē recipiat ex bona fide & æquitate,
hactenus ſaltē ne vnquã ei prodeſſe debeat qui ipſe ſit
in dolo ex quacunq; cauſa, at longè magis ſi ſit in eo
ipſo dolo quē objicit actori, vt in propoſita ſpecie con-
tingit. Idque nimirum eſt, quod in fine *dict. §. vlt.* addit
Papinianus, *Non enim de iure teſta. maximè quæritur*,
ſcilicet cùm tractatur de bonorum poſſeſſione ſecundũ
tabulas, quam prætor † dare ſolet etiam ex teſtamento 20
nullo ſi modò proferantur tabulæ ſeptē teſtium ſignis
ſignatæ, & ab eo factæ qui vtroque tempore teſtamenti
& mortis habuerit teſtamenti factionem, ideoque bo-
norum poſſeſſionem hanc non ſecundum teſtamentum
ſed ſecundum tabulas ſolemus dicere, quia teſtamenti
nomen iuris eſt, tabularum verò rei corporalis, *Sed de*
viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quanquam actori
opponatur, ex perſona tamē eius qui opponit æſtimatur. In
quorũ † etiã verborũ interpretatione noſter idē miſer 21
Bart. infeliciter laborat, nec feliciùs cæteri. Nam cùm
totam iſtam clauſulam referant ad poſteriorem Papin.
ſpeciem de illo teſtatore qui duo teſtam. fecerat deinde
poſteriores tabulas inciderat, vt priores ſupremas relin-
queret, ſic eam interpretantur, vt quod Papin. ait de
actore intelligant de herede ſcripto in ſecundo teſtam.
cui opponatur exceptio doli per heredem ſcriptum in
primo ſc. tanquã poſſidentem eui demq; conuentum.
Et quod Papinianus ait æſtimari hanc exceptionem ex
perſona illius qui eam opponit ſic explicat, vt inſpice-
re iudex hoc vnum debeat an is qui exceptionē oppo-
nit ſcriptus ſit in primo teſtamento vt tunc demũ non
aliàs exceptionem opponere poſſit. Quæ omnia ſunt
ridicula & ex iis quæ iam diximus ſatis apertè confu-
tata. Eiuſdémque infelicitatis ne dicam amentiæ eſt,
quod idem Bart. poſt Accurſ. notat ad *d. §. vlt.* ex eóq;
probari putat, Teſtamentum † primum tolli per ſecun- 22
dum niſi ſecundum poſtea incidatur vt primum confir-
metur, quia tunc, inquit, primum ad excipiendũ tan-
tùm valebit, Addens in ſequentibus hoc teſtam. non
reconualeſcere vt detur actio heredi ſcripto contra ex-
traneũ poſſeſſorem, ſed tantùm vt detur exceptio poſ-
ſidenti. Debuit enim dicere duobus teſtamentis ſolen-
niter factis tolli prius per poſterius ipſo iure, nec quã-
uis poſtea ſecundum incidatur ea mente vt primũ con-
firmetur, primum tamen vnquam conualeſcere ſiue ci-
uili ſiue prætorio iure ne quidem ad excipiendum, ſed
tamen in iure petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundũ
tabulas potiorem eſſe cauſam primi teſtam. quàm ſe-
cundi, quia ex ſecundo quod inciſum fuit prætor nun-
daret eam bonor. poſſeſſionem cùm ante omnia exigat
vt tabulæ ſint ſolenniter ſignatæ nec raſæ, nec inciſæ
aut cancellatæ: Ex primo autē daret, etiamſi alia mente
teſtator poſteriores tabulas incidiſſet, quàm vt priores
ſupremas relinqueret quoniam ſufficit ei quod videat
illas ritè ſignatas: verum non idcirco heredem inſtitu-
tutum cum ea bonorum poſſeſſione rem quoque habi-
turum omnimodo, ſed eo duntaxat caſu quo nulla ex-
ceptione poſſit ſummoueri ab herede legitimo, qui pla-
nè habet paratam exceptionem doli cùm veniat contra
defuncti voluntatem heres ſcriptus in priore teſtamen-
to quod abrogatum ſit & ipſo iure ſublatum per po-
ſterius, niſi probet ipſe voluntatem teſtatoris ſui quæ
per poſterius teſtamentum defecerat iudicio recenti re-
diiſſe, quod probatur ſatis cum teſtator declarauit, non
aliã ob cauſam priores tabulas incidiſſe quàm vt prio-
res ſupremas relinqueret. Tunc enim ea ipſa exceptio
doli quam legitimus heres huic heredi teſtamentario
objiciebat quaſi veniret contra voluntatem, in eum

retorquetur cum multo minus habeat ipſe voluntatem defuncti quem conſtat noluiſſe decedere inteſtatum, ſed cum priore teſtamento: non quaſi hoc caſu teſtamentum illud prius, quod ſemel ipſo iure ruptũ fuit per poſterius, ex nuda & noua iſtà teſtatoris voluntate poſſit reconualeſcere, ſed quia illo etiam manente rupto, ac proinde omiſſa quæſtione de iure teſtamenti de quo dubitari non poteſt quin ruptum fuerit ipſo iure nihilominus dari ex eo poteſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Neque enim ſecundæ tabulæ rumpendo priores fecerunt quominus etiam hodie verum ſit priores ſolenniter ſignatas eſſe, ab eo factas qui habuerit teſtamenti factionem vtroque tempore & teſtamenti & mortis, Nec igitur facere potuerunt quominus ſecundum priores illas tabulas peti adhuc poſſit bonorum poſſeſſio, quæ ſcil. cum data poſſit eſſe ſine re nil prorſus commune habet cum iure teſtamenti. De illo igitur duntaxat inquirendum eſt an vt fiat ſine re, aliqua exceptio accommodanda ſit ei qui rem alioquin habiturus eſſet, ac proinde non ei qui in poſterioribus tabulis ſcriptus fuerat, quas ponimus à teſtatore ipſo inciſas fuiſſe, conſultò, & animo reuocandi teſtamenti, ſed heredi legitimo ad quem ſolum tota hereditas pertinere videtur, prioribus tabulis ruptis per poſte-
23 riores & poſterioribus ipſis poſtea inciſis. Quæſtio † in eo eſt vter veniat contra teſtatoris voluntatem, An is qui petit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ruptas per poſteriores, & conſequenter per mutationem voluntatis, An is potius qui iure legitimo vindicat ſibi hereditatem. Et non dubitat Papinianus quin contra voluntatem veniat heres inſtitutus, nec proinde quin doli exceptione vtiliter & efficaciter ſubmouendus ſit ſi teſtator poſteriores tabulas inciderit, aut ſimpliciter, id eſt nõ declarata voluntate cur id faceret, aut hoc etiam addito vt inteſtatus moreretur. Sed ſi dixerit ſe poſteriores ideo incidere vt priores ſupremas relinqueret, hic verò caſus eſt, in quo vult Papinianus competere quidem, darique heredi legitimo exceptionem doli, quia ſemper verum eſt actorem agere ex iis tabulis quæ aliquando fuerint ruptæ in perpetuum per mutationem voluntatis: Sed eſſe tamen illam inutilẽ, inefficacem, & ſine viribus, cùm æſtimanda ſit ex perſona heredis legitimi qui eam opponit, quique in dolo eſt, cùm voluntatis defuncti prætextum quærit ad retinendam ſibi hereditatem quam defunctus non ad ipſum ſed ad actorem cui exceptio opponitur, id eſt ad heredem in priore teſtamento ſcriptum voluit pertinere. Ita fit vt poſtrema illa clauſula reſponſi optimè quadret vtrique ſpeciei à Papiniano tractatæ, nec quicquam interſit an teſtamentum ex quo petitur bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas factum ſit irritum per adrogationem, an verò per teſtamentum poſterius, ſiue tempus illud inſpicias quo teſtamentum valere deſinit, ſiue ipſius reſuſcitationem, quomodo loquuntur, ſiue quod ad excipiendum ſiue quod ad agendũ. Quoniam vtroque caſu teſtamentum ipſo iure nullum, non modò ſi teſtator in ſtatu deceſſerit, ſed etiam ſublata adrogatione ſui iuris factus fuerit aut poſteriores tabulas inciderit. Rurſum vtroque caſu heres in eo teſtamento ſcriptus habet ius petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, ſed ita tamen vt vtroque caſu ſummoueri poſſit exceptione doli mali tanquam agens ex teſtamento contra teſtatoris ſui voluntatem *leg. 1. in fin. D. de doli except.* Exceptione, inquam. Opponenda etiam vtroque caſu per heredem legitimum cuius ſolius intereſt, non quomodo vult Bartolus in poſteriore ſpecie per heredem ſcriptum in poſterioribus tabulis inciſis, quippe cuius nihil penitus intereſt cùm ex iis tabulis inciſis non ſolùm hereditatẽ adire iure ciuili non poſſit, ſed neque iure prætorio bonorum poſſeſſionem vllam accipere, id eſt ne quidem illam quæ ſine re futura eſſet. Sed vtroque tamen caſu diſtinctio illa adhibenda eſt, An teſtator ad priorem redierit voluntatẽ, vt ſi ita ſit perinde quidẽ adhuc competat doli exceptio, quia verum ſemper eſt mutatam aliquando fuiſſe eam ipſam voluntatem ex qua agitur, ſed ſit illa inutilis & inefficax propter probatum iudicium recentis voluntatis. Et ita proculdubio reſponſum hoc Papinianeum intelligendum eſt cuius ſententiam & elegantiam vt ante me fortaſſis nemo, ita ego ante hunc diem non intellexi. Nimium igitur eo abutuntur interpretes vt probent teſtamentũ à teſtatore inciſum non tolli ipſo iure ſed tantùm ope
exceptionis. Nimiſque rurſum inſulſa eſt ea † diſtin- 24
ctio quam tradit *Bartol. ad d. §. vlt.* An teſtamentum fuerit cancellatum & inciſum antequàm eſſet perfectum vt tunc tollatur ipſo iure: an verò poſtquam fuit perfectum vt tunc non tollatur ipſo iure. Quomodo enim poteſt tolli ipſo iure teſtamentum nondum perfectum, cùm quandiu imperfectum eſt nullum ſit nulloque iure ſubſiſtat *§. penult. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm. l. ſi is qui teſtamentum. 25. D. qui in teſtam. facer. poſſ.* Poſtquam verò perfectum fuit, poteſtne perfectio illa facere quominus tollatur ipſo iure ſi teſtator non tantum mutauerit voluntatem idque verbis declarauerit, ſed etiam facto ipſo voluntatem illam teſtatus ſit incidendo teſtamentum? Fateor non tolli teſtamentum ipſo iure ſi heredum etiam omnium, aut legatariorum nomina deleantur, eóque caſu hoc vnum eſſe quod prætor facere poteſt & debet vt iis tantum quorum nomina inducta & deleta ſunt deneget actiones quamuis ipſo iure competentes, quia quoties totum teſtamentum extat, id eſt, quoties teſtamenti tabulæ ſunt, licet ex parte adeóque in totũ deletæ ſint, conſtat valere omnia quæ in eo teſtamento ſcripta ſunt, vt Vlpianus ſcribit in *d. l. 1. §. ſed conſulto D. de his quæ in teſtam.*
delent. vbi † manifeſtum eſt abundare negationem in 25
illis verbis, *ſi totum teſtamentum non extet*, quæ ſi retineatur, vllus vnquam eius loci bonus ſenſus eſſe poſ-
ſit. Inductio † enim à teſtatore facta probat quidem 26
voluntatis mutationem: ſed non tollit ſolennitates teſtamenti, nec facit quin adhuc verum ſit eo teſtamẽto interueniſſe omnes ſolennitates quæ neceſſariæ fuerunt, nec proinde quin valeat teſtamentum ſicut & ab initio valuit. Sicut enim non potuerat nuda voluntate infirmari, parúmque intereſt an ea voluntas noua & mutata probetur per inductionem ſcripturæ, an quo alio modo. Sed cùm teſtamentum ipſum inciditur, conſtat non poſſe dici tabulas quæ ſunt inciſæ, nec videri adeſſe ſolennitates requiſitas in tabulis, cùm tabulæ ipſæ vel nullæ ſunt, vel non integræ quod
contingit per inciſionẽ, quæ in † hoc multo plus po- 27
teſt quàm inductio, quia non tantum afficit voluntatem vt eam immutatam eſſe probet, ſed ipſas quoque tabulas, id eſt corpus ipſum tabularum corrumpit. Qui modus ſi non eſt aptus ad teſtamentum ipſo iure euertendum, vix dici poterit qua ratione fieri vnquam poſſit vt qui ſemel fecit teſtamentum decedat inteſtatus, etſi maximè hoc velit. Nec ſi tabulas projiciat in mare aut in ignem, quia ſemper verum erit teſtamentum ab eo factum aliquando fuiſſe. Æquè nugatorium eſt quod Bartolus objicit exceptionem doli ex parte opponentis eſſe in rem, ex *l. 2. §. planè D. de doli except.* & conſequenter cuilibet conuento dandam eſſe non tantum heredi ſcripto in prioribus tabulis contra heredem ex poſterioribus quæ inciſæ fuerint
agentẽ. Quaſi verò † Papin. *in d. §. vlt.* doli exceptio- 28
nem det heredi ſcripto in primis tabulis contra ſcriptũ in poſtremis, ac non potius heredi legitimo, contra heredem petentem bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ex primis. Quis verò alius præter hunc legitimum heredem intercedere poteſt ne bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas detur heredi ſcripto in prioribus

ribus

tibus aut ne bonorum poſſeſſio ei data cum effectu ſit? Nam ſi quis alius rem aliquam hereditariam detineat, quam heres ſcriptus poſt acceptam bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas vtili vindicatione petiturus ſit, non poteſt eo prætextu impedire beneficium prætoris, cùm nihil iuris ſibi adſerat in vniuerſitate bonorum quæ per bonorum poſſeſſionem acquiritur *l.* 1. 2. & 3. *D. de bonor. poſſeſ.* Sed tamen ſi poſtea vtili vindicatione tanquam poſſeſſor illius rei hereditariæ conueniatur, non negat Papinianus quin danda ei ſit exceptio doli ad poſſeſſionem rei ſingularis ſibi tuendam, atque daretur legitimo heredi ad ius vniuerſæ ſucceſſionis ſibi adſerendum. Vtroque enim caſu eadem æquitas eſt dandæ exceptionis poſſeſſori qui conuenitur, contra eum qui agit ex teſtamento aduerſus voluntatem: Et verum eſt doli exceptionem ſemper eſſe in rem ex parte illius qui eam opponit, ſiue deſcendat à dolo cõmiſſo in agendo, ſiue à dolo commiſſo in forma agendi, quæ ineptiſſima eiuſdem Bartoli diſtinctio eſt. Nam etiamſi is qui conuenitur ſit extraneus, aut alius talis qui pro ſe non habeat defuncti voluntatem, non eò minùs debet habere doli exceptionem ſi actor veniat contra voluntatem, quia vires huius exceptionis doli ex perſona petentis non ex perſona opponentis æſtimantur: niſi cùm in opponentis perſona tale aliquid eſt quod faciat ne petenti nocere exceptio debeat putà ſi opponens ipſe ſit in dolo. Sic enim accipiendum eſt quod Paulus ſcribit in *l. militis* 36. §. *veteranus D. de teſtam. milit.* vt Paulus cum Papiniano concilietur, de quo tamen pluribus dicendum erit in cap. ſequenti. Ex his apparet delenda eſſe vnica littura omnia Bart. & poſt eum cæteri tractant ad *d.* §. *vlt.* Adeo errat ille in omnibus, niſi in eo quod ſcibit caſum illum priorem de quo Papinianus tractat eſſe ex illis in quibus etiam hodie neceſſarius eſt vſus bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas. Quamquam in hoc ipſo errat quod non idem admittit in poſteriore ſpecie Papiniani, exiſtimans poſſe ipſo iure adiri hereditatem ex tabulis à teſtatore inciſis potiùs quàm bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas peti ex iis quæ fuerint ruptæ per poſteriores, quod vtrumque ſanè ridiculum eſt.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione §. veteranus l. militis. 36. D. de teſtam. milit.

SVMMARIA.

1 *L. militis 36. §. veteranus D. de teſt. milit. non pertinere ad quæſtionem vtrum teſtamentum inciſum tollatur ipſo iure, an ope exceptionis tantùm, aduerſus interpretes.*

2 *Ad heredis ſcripti ius euertendum non ſufficere, quòd non habeat defuncti voluntatem, & quæ præterea requiritur.*

3 *Cur Paulus in d. §. veteranus tractet de teſtamento iure communi facto.*

4 *Doli exceptio quando detur heredi legitimo aduerſus heredem teſtamentarium.*

5 *Retentio datur poſſidenti plerumque etiamſi nullum in re ius habeat, at exceptio nunquam.*

6 *Cur apud Paulum non ſubmoueatur exceptione doli heres ſcriptus petens hereditatem ſubmoueat verò ille legatarios petentes legata.*

7 *Quomodo accipienda ſint verba illa Pauli in d. §. veteranus.* Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur.

8 *Conciliatio Pauli in d. §. veteranus, & Papiniani in l. pe. §. vlt. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.*

9 *Verborum Pauli in d. §. veteranus &* alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris. *Vera ſententia.*

10 *Perperam ſtatuere Bartolum, ſi quinque teſtes adfuiſſent, aliud reſponſurum fuiſſe Paulum in d. §. veteranus.*

ADDVCI etiam ſolet hic locus ab interpretibus vt probent teſtamentum quod à teſtatore ipſo inciſum ſit, non ideo tamen ipſo iure infirmari, ſed ope exceptionis tantùm. Quàm rectè & appoſitè videamus. Veteranus moriens, inquit Paulus, teſtamentum iure communi tempore militiæ factum irritum eſſe voluit, & inteſtatus eſſe maluit. Heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit, legata verò petentes exceptione doli mali ſecundum ius commune ſummoueri. Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, Et alioquin potior eſt in re pari
cauſa poſſeſſoris. Hactenus Paulus, † in cuius reſpon- 1
ſo etſi ſit mentio exceptionis doli contra legatarios agentes ex huiuſmodi teſtamento, nihil tamen eſt, ex quo poſſit colligi tractare Paulum de teſtamento cuius tabulæ fuerint inciſæ. Nihil enim aliud ponit à teſtatore factum fuiſſe, niſi quod dixerat velle ſe irritum eſſe teſtamentum ſuum, & inteſtatum ſe mori. Quæ voluntatis nuda declaratio multo minùs potens eſt ad euertendum teſtamentum, quàm ſi tabulæ incidantur, vt docuimus in præcedentibus. Itaque ſi nihil aliud circa Paulum difficultatis emergeret, expediri vno verbo res poſſet, nihil eum locum pertinere ad rem & quæſtionem noſtram quæ eſt de teſtamento inciſo. Nam quantum interſit an teſtator teſtamenti ſui tabulas inciderit vt inteſtatus moreretur, an verò duntaxat dixerit velle ſe inteſtatum decedere, priúſque teſtamentum irritum eſſe, vel ex eo apparet quod nec interpretes ipſi negant teſtamento inciſo ſummouendũ eſſe heredem in ipſo ſcriptum oppoſita exceptione doli mali, ſi ex eo vel hereditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petere velit. Et tamen Paulus in ea ſpecie quam tractat, licet loquatur de doli exceptione, non vult opponi contra heredem in eo teſtamento inſtitutum, quem è contrario vult non tantùm ipſo iure, ſed etiam in effectu heredem eſſe & manere: ſed ait objici eam poſſe & debere ab herede aduerſus legatarios petentes legata ex eo teſtamento, vt intelligamus, Teſtatorem qui nihil aliud fecit quod dixit velle ſe inteſtatum mori, & irritum eſſe teſtamentum ſuum, legatariis quidem nocuiſſe, ſed heredi ſuo non ſolùm non nocuiſſe, verùm etiam profuiſſe, in eo nimirum quòd à legatorum præſtatione illum exonerauit. An quia minùs verum ſit hunc heredem non habere pro ſe defuncti voluntatem, quàm ſi teſtamentum inciſum eſſet, aut heredis nomen inductum? Minimè. Nec enim poſſit apertiùs teſtator voluntatem ſuam declarare contra heredem teſtamentarium, quàm ſi dicat velle ſe irritum eſſe teſtamentum, & male inteſta-
tum mori: ſed quia ad heredis ſcripti † ius euerten- 2
dum, ſiue ipſo iure, ſiue per doli exceptionem non ſufficit, quòd heres ſcriptus non habeat defuncti voluntatem, niſi etiam illud concurrat, vt vel teſtamentum ipſo iure ſublatum vel irritum factum ſit in ſpecie. §. *vlt. l. pen. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* de cuius ſententia ſuperiore capite ſcripſimus, id eſt cùm teſtator dedit ſe adrogandum, aut poſteriores alias tabulas perfecit. Vel teſtator addiderit habere ſe inſtitutum heredem pro indigno, vt in ſpecie *l. cum quidam.* 12. *D. de his quæ vt indign.* quod tamen niſi expreſſerit aut verbis, vt in *l. hereditas* 4. *C. eod.* aut facto, ſcilicet inducendo nomen heredis, vt in *l.* 3. *ff. de his quæ in teſtam. delent.* nunquam in dubio præſumendum eſt. Alioqui ſi nihil horum omnium factum ſit, non poteſt ſola teſtatoris voluntas facere

quin teſtamentum ſolenne quod & voluntatem te-
ſtantis ab initio habuit cum neceſſariis ſolennitatibus,
& ſolennitates illas retinuit, in ſuo remaneat ſtatu
quantum ad inſtitutiones ex quibus ſolis teſtamentum
æſtimatur. Quia nimirum, neque ex ſola teſtantis vo-
luntate conſtitutum fuerat, ſed ex ipſa etiam legis au-
toritate, quæ in adhibendis ſolennitatibus conſiſtit.
3 Atque ob eam videlicet cauſam tractat Paulus † diſer-
tè de eo teſtamento quod factum fuerit iure communi
quamuis tempore militiæ, quia ſi teſtamentum fuiſſet
militare, aliud certè reſpondiſſet, quando quidem mili-
tum teſtamenta conſtant nuda voluntate, nec aliam
legem, aut ſolennitatem habent quam vt nullas cu-
rent leges, nullas ſolennitates. Et ſanè priùs eſt vt he-
4 reditas, † vel ſaltem bonorum poſſeſſio aliqua delata
ſit legitimo heredi quàm vt poſſit prætor eum audire
petentem doli exceptionem contra heredem teſtamen-
tarium: nec quod fortè res hereditarias poſſideat ei
prodeſſe in hanc rem poteſt. Facit enim poſſeſſio dun-
taxat, vt in pari cauſa & non iure vtriuſque potior ſit
qui poſſidet hoc ipſo quod poſſidet nullaque in-
digeat exceptione, cùm exceptio ſupponat actionem
quam habere non poteſt is quem ponimus nullum ius
habere. At cùm prius teſtamentum ipſo iure tenet,
non poteſt heres in eo ſcriptus eſſe ſine iure & actio-
ne. Poſſeſſorem igitur omnem quiſquis ille ſit ne-
ceſſe eſt, aut tueri ſe aduerſus eum exceptione ali-
qua, aut vinci. Exceptionem porrò nullam habere
poteſt tanquam poſſeſſor, ſi alia eius dandæ cauſa
nulla ſit, id eſt ſi non aliunde ius habeat retinendæ
eius rei, quam poſſidet ac cuius nomine conueni-
5 tur. Retentio † datur poſſidenti plerunque etiamſi
nullum in ea re ius habeat, vt in *l. 1. ff. de pign. l. 1. §.
vlt. ff vbi poſſid. l. Paulus. 16. §. vlt. ff. quib. mod. pig.
vel hypoth. ſoluit*. Sed exceptio nunquam niſi ei quem
æquum ſit ex alia quàm poſſeſſionis cauſa, & vincere
ſi exceptionis auxilio adiuuetur, & adiuuari vt vin-
cat. Cùm exceptiones omnes dentur ex æquitate &
contra eum qui ſummo iure vinceret ſi eius intentio
per exceptionem non eliderettur, quis æquum putet
ſuccurri ei qui nullum omnino ius habeat, etiamſi
poſſideat, cùm ab eo conuenitur cui merum ius non
deſit ad vincendum? Indéque petenda eſt ratio diuer-
6 ſitatis, ſi quis quærat, Cur † apud Paulum non ſum-
moueatur exceptione doli heres ſcriptus petens ex eo
teſtamento hereditatem, ſummoueat verò ille legata-
rios petentes legata, cùm omnibus commune illud ſit,
quod non habent voluntatem: Nam heredi ſcripto fa-
uet ratio illa vt poſſit agere contra quemcunque quod
teſtamentum ipſo iure valet, & non obſtante contra-
ria teſtatoris voluntate in eodem ſtatu manſit, vt pro-
inde neque poſſit dici malè agere, neque cur ſum-
moueri debeat per exceptionem ab eo qui ſe nullo
vel iure vel iuris colore tueatur. Eadem porrò ra-
tio eidem fauet contra legatarios, vt ſi ab iis conue-
niatur poſſit iis objicere exceptionem doli, quia &
veniunt illi aduerſus voluntatem defuncti, & ha-
bet ipſe ius hereditatis teſtamentariæ retinendæ,
non ſolùm tanquam poſſeſſor, ſed etiam tanquam
heres iuſto teſtamento inſtitutus. At è contrario
nulla ratio fauere poteſt legitimo heredi eum adeſt te-
ſtamentum validum, non ruptum, non cancellatum,
& ex quo is qui inſtitutus fuit heres eſſe ſummo iure
& poſſit & velit, quia nullum ius eſt legitimi heredis
ſubſiſtente teſtamento. Ruſus nec legatariis fauere
quicquam poteſt aduerſus heredem ſcriptum, quia
cùm petant legata ex eodem teſtamento ex quo reti-
net ille hereditatem, hoc ipſo fatentur teſtamentum
valere, ac proinde etiam quod ad inſtitutiones quæ ſi
non valerent, neque teſtamentum valere poſſet, quod
ex iis, vt diximus, æſtimatur. Et quamuis non minùs
verè poſſint contendere teſtatoris voluntatem non fa-
cere pro herede, quam heres iis obiicere quod veniat
contra voluntatem, in eo tamen diſpar illorum & he-
redis ratio eſt, quod non poſſunt legatarij obtinere
hereditatem per non ius heredis, quia etiamſi habe-
rent illi ius conſequendorum legatorum, nec hereditas
ad heredem tanquam indignum pertinere poſſet, non
ideo tamen ad legatarios pertineret: Inter quos ſcil. &
heredem ius adcreſcendi eſſe non poteſt, cùm & ad res
diuerſas, & multum diuerſo iure ſint vocati. At poteſt
heres & debet per non ius legatariorum ſiue ſummo
iure ſiue æquitate deſtituantur, obtinere legata ſi mo-
dò habeat ius retinendæ hereditatis, quandoquidem
legatũ nihil aliud eſt, quàm hereditatis delibatio qua
teſtator ex eo quod alioquin vniuerſum heredis foret,
alicui collatum quid velit *l. legatũ eſt delibatio 116. de
legat. 1*. Et in ſumma continetur res legata in heredi-
tate, at non hereditas è conuerſo in re legata. Sicque
accipiendum † eſt meo iudicio, quod Paulus ſcribit 7
in *d. §. veteranus. Cuius exceptionis vires ex perſona pe-
tentis æſtimatur*. Tunc enim verum eſt exceptionis doli
vires ex perſona petentis æſtimandas eſſe, cùm is qui
eam opponit, habet ius opponendi [quod non aliter
contingit, quàm ſi eam opponendo ius aliquod habeat
rei vt ſupra diximus retinendæ] & prætereà dolo caret,
cùm ſit perabſurdum doli exceptionem dari ei, qui ip-
ſe ſit in dolo, ſcilicet circa eandem ipſam rem cu-
ius nomine opponit doli exceptionem: Vt in ſpecie
d. l. pen. § vlt. de bon. poſſ. ſecund. tabul. vt tractat Pa-
pin. de legitimo herede cui, cùm non haberet pro ſe
ſupremam defuncti voluntatem ad obtinendam here-
ditatem, aut bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, ta-
men heredi ſcripto objiciebat doli exceptionem, quod
peteret ille bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas
factas irritas per adrogationem aut per alias tabulas
poſteriores. At apud Paulum in *d. §. veteranus*, non
poſſunt legatarij objicere heredi ſcripto, quod ſit in
dolo circa eam ipſam rem quàm illi ab herede petunt,
id eſt circa res legatas cùm non eas petat heres, ſed re-
tineat, nec retineat tanquam res legatas, ſed tanquam
hereditarias aut potiùs tanquam hereditatem ipſam in
qua nullam ei controuerſiam facere legatarij poſſunt.
Itaque cùm legatarij eas res petunt ab herede, & heres
objicit eis doli exceptionem quaſi venientibus contra
voluntatem, non poſſunt huius exceptionis vires æſti-
mari ex perſona heredis eam opponentis, quippe qui
nihil dolo malo facere videri poteſt in eo quod here-
ditatem ſibi retinet, quã legatarij non ſolum ab eo non
petunt nec poſſunt petere, ſed è contrario potius fa-
tentur ad eum pertinere hoc ipſo quòd legata ab eo
petunt. A quo enim poſſent legata petere niſi ab here-
de? Sufficit ergo heredi ad victoriam, & vt poſſit vti-
liter iis opponere exceptionem doli, quod non ha-
beant voluntatem defuncti licèt nec ipſe habeat: quia
non niſi ex eorum perſona poſſunt huius exceptionis
vires æſtimari hoc caſu, in quo faciunt illi dolo malo
cum agunt contra voluntatem defuncti, non etiam he-
res cùm excipit de dolo. Tametſi enim ipſe quoque
heres non habeat pro ſe voluntatem, non tamen bona
conſecutio vt eo magis præſtare debeat legata, immo
tanto minùs quanto certius eſt legata non deberi ſi
nullus ſit heres ex teſtamento. Et ita conciliandus eſt
Paulus † in *d. §. veteranus*, vbi ait huius doli exceptio- 8
nis vires ex perſona petentis æſtimandas eſſe, cùm Pa-
pin. in *d. l. pen. §. vlt.* vbi contra ſcribit eandem ex-
ceptionem doli quanquam actori opponatur, in hoc
tamen iudicio ex perſona eius qui opponit æſtimari.
Rectè verò *in hoc iudicio* quia ſi generaliter & indi-
ſtinctè loqui velimus, illud ſequendum eſt quod Pau-
lus ait exceptionem doli ex perſona petentis æſtiman-
dam eſſe cùm per eam non de alio quæratur quàm v-
trum in dolo ſit is, qui agit. Sed in hoc iudicio,
inquit Papinianus, i. in hoc caſu de quo ille reſpondit.

alıud

aliud eſt quia non in dolo eſt actor, qui licèt petat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex teſtamento facto irrito aut rupto per ipſius teſtatoris voluntatem, habet tamen pro ſe ſupremam illam voluntatem, quæ recenti iudicio rediiſſe intelligitur: Sed in dolo eſt reus ipſe, id eſt, legitimus heres contra quem petitur ea bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, pro quo non poteſt amplius facere voluntas quæ rediit, ad heredem inſtitutum. Et conſequenter cum hæc doli exceptio non poſſit vires accipere ex perſona actoris qui nullius doli conſcius reperitur, neceſſe eſt vt æſtimari debeat & infirmari ex perſona eius, qui opponit qui eſt ipſe in dolo. Æſtimatur enim ex perſona petentis cùm vires aliquas habeat, & vt aliquas habeat propter dolum qui ſit in petente. Ex perſona verò eius qui opponit, cum vires nullas habet, & vt nullas habeat, propter dolum ipſius opponentis. Quod autem ſequitur † apud Paulum *in d. §. veteranus, & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris*, alia ratio eſt qua vult ille probare potiorem in ea ſpecie eſſe debere cauſam heredis quàm legatariorum, licèt tam ille quàm illi deſtituantur voluntate defuncti. Senſus autem eſt, parem eſſe in cæteris omnibus cauſam & heredis & legatariorum, quia ſi ſummum ius inſpiciatur omnes nituntur teſtamento iuſto, ſolemni, nec niſi fruſtra & perperam reuocato. Si verò æquitatem, quæ ex ſuprema voluntate teſtatoris æſtimanda eſt, ea neque pro herede neque pro legatariis facit: Sed hoc plus eſt in herede, quod & reus & poſſeſſor eſt. In pari igitur cauſa, id eſt etiamſi æquè omnes in dolo eſſent, vt ob eam cauſam doli exceptio non minùs ex perſona opponentis æſtimari & infirmari, quàm ex perſona petentis vires accipere deberet, adhuc tamen futurum vt heredem iure poſſeſſoris, & rei vincere, legatarios verò vinci opporteret: Quiſquis enim poſſidet hoc ipſo, quod poſſidet plus iuris habet quam qui non poſſidet, *l. 2. D. vti poſſi.* Quamquam nec dici poteſt parem eſſe hac parte cauſam heredis & legatariorum. Nam præter ea quæ hucuſque diximus, illud etiam pro herede facit, quod legata nuda voluntate adimuntur, non quidem vt ipſo iure deſinant deberi, debentur enim quamdiu teſtamentum valet (in eóque fortiora ſunt quàm fideicommiſſa quæ ipſo iure deberi deſinunt, quia nullum iuris vinculum habent ſed tantum voluntatis) at vt oppoſita doli exceptione ſummouendus ſit legatarius, qui venit contra voluntatem, vt dilertè ſcribit Vlp. *l. 3. §. vltim. D. de adim. legat.* At inſtitutiones heredum non ſimiliter nuda voluntate infirmari poſſunt, non ſolùm ipſo iure ne alioqui minùs virium habeant, quàm legata quæ tamen ex ipſis vires accipiunt, ſed neque oppoſita doli exceptione. Quia eſt qui poſſit obiicere exceptionem doli legatariis. Heres nimirum ad quem hereditas ſummo iure ex eodem teſtamento pertinet, & cuius intereſt non minùs eam per legata, vt habeat & retineat tanto locupletiorem. Nemo autem eſt qui eandem exceptionem obiicere poſſit heredi, quia ſubſiſtente teſtamento ipſo iure fieri nequit vt vel heres legitimus vel alius quiſquam ius habeat retinendæ hereditatis. Quæ etiam ratio facit, vt ſi legatarij ſint indigni, quod non retinuerint voluntatem, non ideò tamen legata pertineant ad fiſcum, ſed remanant penes heredem, cui legatariorum indignitas nocere nec poteſt nec debet. Si verò heres ipſe indignus ſit, hereditas ad fiſcum deuoluatur: quia nemo eſt alius ad quem hereditas pertinere poſſit, ſtante teſtamento cuius validitas nihil commune habet cum heredis indignitate: At ſtante etiam legato, ac proinde ſtante teſtamento, heres tamen eſt qui rem legatam retinere & poteſt & debet, cùm legatarius eſt indignus, oppoſita ſcilicet, vt diximus, doli exceptione, *d. §. veteranus*, quia legati validitas non deſtruit immò ſupponit validitatem teſtamenti ex quorius heredis æſtimatur: Ius verò teſtamenti deſtruit & (vt melius dicam) impedit ius heredis legitimi, & alterius cuiuſcumque, præter quàm fiſci, qui è contrario nihil iuris habere poteſt ex perſona indigni, quin ſupponat valere teſtamentum. Atque ita Paulum explicandum eſſe arbitror. Nec tamen poſſum hic conquieſcere, & mihi temperare, quin ſubiiciam grauiter errare Bartolum & † quotquot eius ſententiam ſequuntur, qui ad *d. § veteranus*, notat. Si in 10
ea ſpecie de qua Paulus reſpondit, quinque teſtes adfuiſſent, aliud reſponſurum fuiſſe Paulum, neque dubitaturum quin ruptum fuiſſet teſtamentum fauore venientium ab inteſtato, Ex *l. 2. D. de iniuſt. rupt. l. hac conſultiſſima. 21. §. vltim. Cod. de teſtam.* Nam vt oſtendimus in præcedentibus. Rumpitur quidem hodie ex illa Theodoſij conſtitutione teſtamentum prius quantumuis ſolemne per poſterius etiam imperfectum, in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato. Sed neceſſaria eſt expreſſa inſtitutio, nec ſufficit tacita, vt conſtitutioni locus eſſe poſſit: quia & ſic ferunt verba conſtitutionis, & ratio facit vt fauorabilius videri debeat teſtamentum quod imperfectum eſt, quàm quod nullo modo teſtamentum eſt neque perfectum, neque imperfectum. Atqui nullum prorſus teſtamentum, eſt ne quidem imperfectum in quo expreſſa inſtitutio nulla eſt, ſiquidem imperfectum teſtamentum appellamus quod cœptum quidem ſed non finitum eſt. Cœptum autem videri nequit quod nullam habet expreſſam inſtitutionem, cùm inſtitutio ſit caput & principium teſtamenti, etiam hodie, non quidem ordine ſcripturæ vt olim [hoc enim à Iuſtiniano immutatum eſt, *§. ante heredis. Inſtit. de legat.*] ſed ordine iuris & intellectus. Porrò cùm teſtator nihil aliud dixit quod veteranus ille apud Paulum, velle ſe teſtamentum ſuum irritum eſſe, malleque inteſtatum decedere, nullam expreſſit inſtitutionem. Nullum ergo teſtamentum feciſſe videri poteſt neque perfectum neque imperfectum. Ac proinde non pertinet hic caſus ad Theodoſij conſtitutionem, nec ſi quinque teſtes adfuerint. Immò nec ſi ſeptem. Solus enim ille ſolemnis numerus teſtium licèt ſit neceſſarius in quolibet ſolemni teſtamento non tamen ſufficit ad inducendum & conſtituendum ſolemne teſtamentum: cuius ſcilicet ſolemnitas intrinſeca conſtat ex ſola inſtitutione. Ex teſtium autem numero, ſubſcriptionibus & ſignaculis ea tantùm quæ eſt extrinſeca.

ERROR IX.

De clauſula codicillari adpoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit confirmatum per aditionem venientium ab inteſtato.

SVMMARIA.

1. *Q. facto primo teſtamento ſolemni deinde alio inualido in quo adſcripta ſit clauſula codicillaris poſtea verò adita hereditate à venientibus ab inteſtato; an primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum.*
2. *Bartoli reſponſio.*
3. *Reſponſionibus Bartoli refutatio.*
4. *Per poſterius teſtamentum quamuis imperfectum rumpitur prius ſi in poſteriori inſtituti ſint venientes ab inteſtato.*
5. *Clauſula codicillaris effectus, cùm adiicitur poſteriori teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato, is non eſt, vt prius tollat.*
6. *Si in poſteriori teſtamento imperfecto inſtituti ſint extranei non poteſt illud confirmari per aditionem*

venientium ab inteſtato, nec ſi clauſulam codicillarem contineat, contra Bart.

7 *Per quam aditionem hereditatis confirmetur teſtamentum.*

8 *Confirmatio teſtamenti ſecundi & confirmatio clauſula codicillaris in ſecundo teſtamento appoſita quantum differant.*

9 *Abſona ſententia Bartoli de clauſula codicillari confirmante ſecundum teſtamentum refertur & refellitur.*

10 *Clauſula revocatoria* Caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c. *in teſtamento inutili eſt inutilis.*

11 *Clauſula codicillaris cur adhiberi ſoleat.*

12 *Quid nuda teſtatoris voluntati accedere debeat, vt teſtamentum infirmetur.*

1 PROPONIT hanc quæſtionem Bartolus ad *l. ſi iure 18. in fi. de legat. 3.* Si quis † primum teſtamentum ſolenne fecerit, deinde aliud inualidum & minùs ſolenne in quo adſcripſerit clauſulam codicillarem, poſtea verò adita ſit eius hereditas per venientes ab inteſtato. An primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum. Et reſ-
2 pondet † reuocatum eſſe, quia ſecundum confirmatum ſit per aditionem eorum qui ab inteſtato ſuccedunt, & conſequenter non eſſe reuocatum, ſi neque ab inteſtato adita ſit hereditas per legitimos ſucceſſores. Ego planè fateor me non intelligere quid ſibi Bartolus velit, aut valde ſtulta eſt quæſtio, & ſtultior ad propoſi-
3 tam quæſtionem reſponſio. Nam vel ponit Bartolus † in ſecundo teſtamento inſtitutos fuiſſe legitimos ſucceſſores à quibus ponit ille poſtea fuiſſe aditam hereditatem ab inteſtato, vel extraneos qui nullum ius habuerint ſuccedendi ab inteſtato. Priore caſu non poteſt dici, cur requiratur expreſſio clauſulæ codicillaris in ſecundo teſtamento ad prius infirmandum. Iam enim docuimus & diximus ſæpius, in quo omnes con-
4 ſentiunt, per poſterius † teſtamentum quamuis imperfectum rumpi prius ſi in poſteriore inſtituti ſint ij qui venire poſſunt ab inteſtato ex *l. hac conſultiſſima. 21. §. vlt. C. de teſtam. l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Proinde nil neceſſe eſt adiici in poſteriore clauſulam codicilla-
5 rem, quæ nec † eum effectum habere poteſt, vt rumpat prius teſtamentum, ſed tantùm vt conſeruet voluntatem eo quoque caſu quo ab inteſtato ſuccedatur. Et quamuis Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima. §. vlt.* expreſſim conſtituat, vt cùm prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum, non eo magis valeat poſterius niſi iure voluntatis inteſtati. Non idcircò tamen rumpitur prius quod ſuccedatur ab inteſtato, ſed è conuerſo ſucceditur ab inteſtato quia ruptum eſt prius, quod ſolum quia erat validum poterat impedire, ne ab inteſtato ſuccederetur. Vt verò prius quod perfectum eſt rumpatur per poſterius imperfectum non aliunde fit quàm ex autoritate conſtitutionis Theodoſianæ, quæ hanc poteſtatem dedit ipſi teſtamento imperfecto habenti quinque teſtes, non autẽ clauſulæ codicillari in eo adſcriptæ: quæ cùm tacitam illam aut interdum quoque & vt plurimùm expreſſam habeat conditionem ſi teſtamentum in quo adſcripta eſt, non valebit, tantum abeſt vt poſſit rumpere teſtamentum prius, vt in contrarium præſupponat prius iam aliunde ruptum eſſe, quo ſcilicet ſubſiſtente non eſſet quærendum an poſterius valeret, cùm fieri nequeat vt non ſit inutile poſterius teſtamentum, cùm prius adhuc valet, non magis quàm vt poſſit quis habere duo teſtamenta, Priuſque eſt vt teſtamentum quod præceſſit rumpatur, aut potius ruptum iam ſit, quàm vt poſſit ſuccedi ab inteſtato ex ea cauſa quod poſterius ſit inualidum. Nec enim bona eſt conſecutio, vt qua poſterius teſtamentum non valet ſuccedi ab inteſtato poſſit, ſi aliud teſtamentum adſit quod ſubſiſtat. Neque igitur poterit eo caſu effectus vllus eſſe clauſulæ codicillaris, quæ in neceſſarium antecedens ſupponit factum eſſe locum legitimæ ſucceſſioni: nec contenta eſt ea conditione teſtamentum in quo adſcripta eſt, non valeat, niſi cùm ea inualiditas inducit ſucceſſionem inteſtati, quod nunquam contingit præcedente valido teſtamento, quod ipſum aut per poſterius, aut qua alia ratione ruptum proponatur. Si verò ponit † Bartolus quæ ſecunda dilemmatis noſtri pars 6
eſt, inſtitutos fuiſſe in poſteriore teſtamento extraneos heredes, eos qui ab inteſtato ſuccedere non poſſint, certum eſt Theodoſianæ conſtitutioni locum non eſſe, nec rumpi prius teſtamentum per poſterius, quod vel imperfectum vel qua alia de cauſa, nullo iure factum ſit: Et conſequenter non poſſe ab inteſtato ſuccedi ſi perſona in priore inſtituta heres eſſe & poſſit & velit: Neque referre an clauſula codicillaris in poſteriore teſtamento adſcripta ſit, necne, cùm vt proximè diximus, non alio caſu effectum ſuum habere poſſit, quàm quo poſſit ſuccedi ab inteſtato. Quod ſi nullius momenti eſt, tanquam cuius cõditio defecerit propter teſtamenti prioris ſubſiſtentis validitatem, an non planè abſurdũ, & præpoſterum eſt, vt poſſit rumpere prius teſtamentum? Quomodo igitur facit in hoc caſu clauſula codicillaris, quod vult Bartolus, vt poſterius teſtamentum inualidum in quo ſcripti fuerunt extranei, confirmetur per aditionem venientium ab inteſtato? An non enim prius eſt, vt delata ſit hereditas ab inteſtato, & in neceſſarium antecedens, vt prius teſtamentum, quod aliquando valuit, deſierit valere, quàm vt adiri poſſit hereditas ab inteſtato? Sed & abſurdum illud eſt dicere confirmari ſecundum teſtamentum per aditionem venientium ab inteſtato. Siquidem omnino neceſſe eſt, vt confirmatum ſit à lege ex inſtanti mortis teſtatoris, adeóque vt cœperit valere ex quo die factum fuit, ad hoc vt mortuo teſtatore ex eo adiri hereditas poſſit, quod cùm euenit non ab inteſtato ſucceditur, ſed ex teſtamento. Non ergo fieri vnquam poteſt vt ſecundum teſtamentum inualidum confirmetur per aditionem venientium ab inteſtato. Solemus quidem dicere confirmari † teſtamentum per aditionem, quia ſi non adi- 7
retur ex eo hereditas, deſtitueretur, *leg. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. 1. D. de iniuſt. rupt.* Sed nemo non videt de ea aditione intelligi hoc debere quæ fiat de illo ipſo teſtamento, at non etiam de ea quæ fiat ab inteſtato. Quid enim magis implicat contradictionem, quàm vt confirmetur teſtamentum per aditionem quæ fiat ab inteſtato? Voluit, opinor, Bartolus dicere, per iſtam aditionẽ venientiũ ab inteſtato confirmari clauſulam codicillarem appoſitam in ſecundo quamuis inualido teſtamento. Sed longè ſunt iſta differentia: Confirmari † ſecundum teſtamentum, & confirmari 8
clauſulam codicillarẽ in ſecundo teſtamento adſcriptã. Confirmatio ſecundi teſtamenti ſicut facit vt ex teſtamento ſuccedatur, ita impedit ne ab inteſtato ſuccedi poſſit, & conſequenter ne poſſit ea confirmatio fieri per aditionem venientium ab inteſtato. At confirmatio clauſulæ codicillaris è contrario, ſicuti non poteſt fieri niſi per aditionem venientium ab inteſtato, cùm adhibeatur in caſum inteſtati. Ita nec impedire quo minus ex teſtamento ſuccedatur ſi quod aliud ſit teſtamentũ ſolenne, non ruptum, non irritum, non deſtitutum. Nec proinde teſtamentum illud prius rumpere, vt ab inteſtato ſuccedatur. Aliud namque eſt, Facere poſſe, vt ſuccedatur ab inteſtato, quod non ſolum difficilius, ſed etiam penitus impoſſibile eſt, cùm adeſt teſtamentum iure perfectum, niſi ante omnia eueniat vt rumpatur. Aliud verò facere poſſe vtrum quoque cùm ſucceditur ab inteſtato nihilominus ea voluntas ſeruanda ſit quæ teſtamento declarata fuit, quod vtrum facere clauſula codicillaris poteſt. Denique planè abſurdum

9 dum † & inauditum eſt quod vult Bartolus ſine lege
ac ſine ratione. Clauſulam codicillarem quæ nihil
aliud in effectu eſt quàm codicilli ab inteſtato facti vſ-
que adeò confirmare ſecundùm teſtamentum heredibus
legitimis adeuntibus, vt ex ea cauſa prius teſtamentum
rumpatur, quod alioqui non rumperetur. Alterutrum
enim fateri Bartolum neceſſe eſt, Codicillarem clauſu-
lam vel poſſe facere vt ſecundum teſtamentum ipſo
iure valeat quod alioqui nullum & inualidum eſſet,
vel non poſſe. Si reſpondeat poſſe, quamquam hoc
euidentiſſimè falſum eſt, cùm non in id adhibeatur vt
teſtamentum corroboret (quod à iuris ſolennitatibus
non à teſtatoris voluntate ſola vires ſuas accipere de-
beret) ſed vt corruente teſtamento eandem tamen vo-
luntatem conſeruet ab inteſtato. Eueniet igitur vt clau-
ſula iſta ſeipſam deſtruat, quæ ſcil. eam habet, vt dixi-
mus, conditionem, ſi teſtamentum non valebit. Ea
namque conditio deficit ſtatim atque ponimus teſta-
mentum aut valere aut conualeſcere, ſiue per clauſu-
lam codicillarem ſiue quacumque alia ratione id fiat.
Si verò reſpondeat non poſſe, quod veriſſimum eſt.
Ergo neque poterit rumpere ſolenne teſtamentum,
quod nos ponimus præceſſiſſe: quia cùm non aliter
rumpi poſſit teſtamentum anterius per poſterius quàm
ſi poſterius valeat, prius eſſet, vt codicillaris clauſula
conualidare deberet poſterius teſtamentum quàm vt
poſſet rumpere aliud quod antea factũ fuiſſet: Nempe
cùm in poſteriore alij ſunt inſtituti, quàm qui venire
poſſunt ab inteſtato, quem caſum nos nunc tractamus:
Sed hæc clariora ſunt, quàm vt in iis comprobandis
diutiùs laborandum ſit. Niſi fortè apud eos qui nudum
Bartoli nomen non ſolum pro autoritate habent, ſed
quod intolerabilius eſt, pro ea autoritate, quam iuris
rationi anteponere non erubeſcant. Et ſanè ſi codicil-
laris clauſula eam vim haberet vt poſſet confirmare ſe-
cundum teſtamentum ſaltem quantum neceſſe eſſet ad
prius infirmandum & reuocandum, fruſtra Bart. requi-
reret vt ſecundum teſtamentum confirmaretur per adi-
tionem venentium ab inteſtato. Malè etiam diceret,
quod tamen ſuperiori ſententiæ omnino conſequens
eſſet. Non eſſe reuocatum primum teſtamentum ſi le-
gitimi heredes non adeant hereditatem ab inteſtato.
Sicut. n. ius adeundi neceſſariò præcedit aditionem. Ita
& reuocationem prioris teſtamenti factam in poſterio-
re inualido neceſſe eſt conualidari, & vtilem fieri ſiue
per clauſulam codicillarem ſiue alio quocunque modo,
antequàm poſſit tractari de adeunda ab inteſtato here-
ditate: quia nullum tale poteſt eſſe ius adeundæ ab
inteſtato hereditatis, quandiu reuocatum non eſt prius
teſtamentum, quod ab initio validum fuerit & perfe-
ctum. Non ergo fieri vnquam poteſt, vt prioris teſta-
menti reuocatio pendeat ab aditione quæ poſtea fiat
per venientes ab inteſtato, etiamſi millies proponas ad-
iectam fuiſſe clauſulam codicillarem in poſteriore teſta-
mento. Nec eſt quod pro Bartolo quis reſpondeat, de
illo caſu Bartolum & quærere & reſpõdere quo adiecta
ſit in poſteriore teſtamento non tantùm clauſula codi-
cillaris, ſed etiam alia illa clauſula reuocatoria prioris
teſtamenti quam his verbis concipere notarij ſolent,
Caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c. Nam præter
id quod & in verbis & textu Bartoli nihil tale eſt, iam
dixerat idem Bartolus in præcedentibus, Clauſulam
10 iſtam † reuocatoriam ſi in teſtamento inualido adhi-
beatur nullius eſſe momenti, tanquam quæ non in
aliorum fauorem adiecta videri debeat, quàm eorum,
qui eo teſtamento inſtituti reperiuntur, & ſub ea veluti
tacita conditione ſi teſtamentum iure valeat in quo
clauſula fuit adſcripta, vt ait Pomp. *d. l. ſi iure.* Et ſa-
nè cur non videri debeat hæc clauſula inutilis ſi appo-
ſita ſit in teſtamento inutili cùm ſit inutilis eo quoque
caſu quo teſtamentum valet, vt ſcripſimus in *Error* 7.
Decades præcedentis ad fin. Neque mutat quod in eo-
dem teſtamento adiecta fuerit clauſula etiam codicilla-
ris, ad conſeruandam eiuſdem teſtamenti voluntatem
ab inteſtato. Etſi enim verum eſt quod diximus clauſu-
lam codicillarem † ideo adhiberi, vt effectum ſuum 11
habeat in caſum ſucceſſionis inteſtati, non tamen con-
ſequens eſt vt adhibeatur fauore venientium ab inte-
ſtato, at è contrario in ipſorum odium, vt quamuis ab
inteſtato ſucceſſuri ſint, ea tamen omnia cogantur præ-
ſtare quæ teſtamento continentur, tanquam ab iis non
minùs quàm à ſcriptis heredibus relicta. Abſurdum
igitur eſt dicere codicillaris clauſulæ adiectionem poſſe
facere, vt prius teſtamentum reuocetur, quod alioqui
non reuocaretur, quia ſic faceret vt ab inteſtato ſuccedi
oporteret priore teſtamento rupto, poſteriore verò non
valente, atque ita legitimis heredibus prodeſſet, qui-
bus nocere potius teſtator voluiſſet: quod certè nec
iuris ratio patitur, nec voluntatis: Sempérque verum
eſt dicere teſtatorem cùm expreſſim prius teſtamentum
caſſum & irritum eſſe voluit, non aliam ob cauſam id
feciſſe, quàm vt tanto magis proſpiceret heredibus
poſteriore teſtamento inſtitutis, non vt tanto magis
aut tanto faciliùs & citiùs decederet inteſtatus. Nec
quod ſubinde clauſulam ſubiecit codicillarem, ſic ex-
preſſam, *ſi poſterius teſtamentum non valeret*, poteſt fa-
cere, vt ad inducendum effectum clauſulæ, ac proinde
ad ſucceſſionem inteſtati aperiendam ſufficiat teſta-
mentum poſterius non valere, niſi etiam illud concur-
rat, vt prius tale ſit ex quo aditi hereditas amplius non
poſſit, acſi clauſula ſic concepta eſſet, *ſi neque hoc neque
ſuperius meum teſtamentum valebit*, quia teſtator qui
poſt clauſulam reuocatoriam aut etiam nulla prioris
teſtamenti facta expreſſa reuocatione ſic loquitur, *ſi
hoc meum teſtamentum non valebit*, refert ſe ad vnicum
illud teſtamentum ideo quod credit prius iam ruptum
eſſe. Alioquin ſtultus eſt & inhabilis propemodum ad
teſtandum ſi non ſupponit terminos habiles, aut ſi pu-
tat ſe inteſtatum poſſe decedere priore teſtamento ſub-
ſiſtente. Aut denique ſi putat clauſulam codicillarem
poſſe quicquam operari alio caſu quàm quo ab inte-
ſtato ſuccedatur: Vt proinde cùm dixit, *ſi hoc meum te-
ſtamentum non valebit*, non aliud ſenſiſſe videri poſſit
quàm quod apertius expreſſiſſet, ſi ſic ſcripſiſſet, *ſi
decedam inteſtatus.* Quibus tamen verbis quis diceret
aut teſtamentum prius ruptum fuiſſe, aut inteſtatum
decedere illum voluiſſe, ac legitimos heredes quos
vtroque teſtamento excluſos, &, ſi inuito eo ab in-
teſtato ſuccederent, etiam oneratos eſſe voluit, heredi-
bus priore teſtamento ſcriptis prætuliſſe? Quamquam
etſi poneres & probares eam fuiſſe ipſius voluntatem,
vt ſi contingeret poſterius teſtamentum ex aliqua cau-
ſa non valere, mallet ille habere legitimos hæredes
quàm priore teſtamento inſtitutos, non tamen poſſet
ea voluntas ſufficere, ad euertendum prius teſtamen-
tum quod & ipſo iure valeret, nec per poſterius rup-
tum eſſet. Hoc enim eſt quod diſputauimus in præce-
dentibus, Teſtamentum nuda teſtantis voluntate in-
firmari non poſſe nec ſi adiecerit velle ſe decedere in-
teſtatum. *l. militis 36. §. veteranus D. de teſtam. milit.*
niſi † tabulas quoque teſtamenti incidiſſe teſtator pro- 12
betur, *l. pen. C. de teſtam.* aut aliquid ex ſolennibus
detraxiſſe *l. 1. §. pen. & l. pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ.
ſecund. tab.* Itaque hoc caſu hereditas ex priore teſta-
mento ad heredes in eo ſcriptos pertineret *d. §. vete-
ranus.* nec iis aufferretur tanquam indignis, ſi non
aliunde conſtaret teſtatorem eos pro indignis & malè
meritis habuiſſe, vt in *l. 4. C. de his quibus vt indign.*
Quo etiam caſu non ad legitimos heredes, quamuis
ita teſtator voluiſſet, ſed ad fiſcum hereditas iure com-
muni deuolueretur, vt & cætera omnia quæ tanquam
indignis auferuntur, quia ſicuti nuda teſtatoris vo-
luntas non poteſt lædere ius & vires ſolennis teſta-
menti, ſic neque ius fiſci peruertere quod ſupponit

teſtamentum valere, cuius poteſtate totum ius here-
ditatis ab inteſtato deferendæ & acquirédæ excluditur.

ERROR X.

De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamento inutiliter reuocato.

SVMMARIA.

1 *Referre quantum ad legata & fideicommiſſa an teſtamentum ſolenne reuocatum ſit ſola contraria voluntatis declaratione, an verò per aliud teſtamentum poſterius imperfectum.*

2 *An legata in piam cauſam reuocata cenſeantur reuocato inutiliter teſtamento.*

3 *Guidonis Papij ſententia negans.*

4 *Guid. Papium ſuam ſententiam malè adſtruere ex lege tertia. in fin. D. de his quæ in teſtam. delent. & quis ſit eius l. ſententia, & numer. 5.*

5 *Quomodo verum ſit illud,* Hereditatem adimi non poſſe.

6 *Legata ad pias cauſas non ſunt cæteris fauorabiliora cùm deſi[illegible]tuntur teſtatoris voluntate.*

7 *De priuilegio piæ cauſæ vbi Bartoli & aliorum error notatur.*

PROBANT quæ in præcedentibus diximus,
1 mus, multum referre, † an teſtamentum
quod ſolenne ac iure perfectum fuit, re-
uocatū ſit inutiliter ſola cōtrariæ volun-
tatis declaratione, an verò per aliud po-
ſterius teſtamentum inualidū & imperfectū. Non quidē
quod pertinet ad heredum inſtitutiones, quæ vtroque
caſu perinde valent, & in eodem ſtatu manent, §. *pen.*
Inſt. quib. mod. teſt. infirm. ſed quantum ad legata & fi-
deicommiſſa in priore illo teſtamento ſolenni vtiliter
relicta, & per poſteriorem voluntatem reuocata: nam ſi
reuocatio facta ſit per poſterius teſtamentum inuali-
dum, erit hoc commune & legatis & fideicommiſſis
omnibus in priore valido relictis, vt non debeant vi-
deri reuocata: quia tametſi in eo differant ab heredum
inſtitutionibus, quod nuda voluntate infirmantur, fi-
deicommiſſa quidem omnimodo, legata verò oppoſita
doli mali exceptione *l. 3. §. vlt. D. de adim. legat.* qui
tamen reuocat prius teſtamentum per poſterius ea vi-
detur eſſe voluntate, vt non aliter eam reuocationem
valere velit quàm ſi poſterius teſtamentum valeat, quo-
modo Pompon. ratiocinatur in *l ſi iure* 18. *de leg.* 3. Et
conſequenter ſi qua ex cauſa teſtamētum poſterius in-
ualidum ſit nihil penitus reuocatū intelligitur, ne qui-
dem ex iis quæ nuda voluntate reuocari potuerūt, quia
neque voluntas reuocandi vlla fuiſſe intelligitur: nec ſi
proponas in poſteriore teſtamento expreſsā fuiſſe & re-
uocatoriam clauſulam & codicillarem, quoniam reuo-
catoria nō magis valere poteſt, quàm cætera omnia te-
ſtamento imperata. Codicillaris verò licet tanto magis
valeat, quanto minùs valet teſtamentum in quo adhi-
betur, quia non aliū caſum habet quam quo ſuccedatur
ab inteſtato: nunquam tamen adhibetur in fauorē ve-
nientium ab inteſtato qui ſuccedendi ius habent à lege
non à poteſtate clauſulæ codicillaris, ſed in eorum per-
niciem vt legatorum & fideicommiſſorum præſtatione
onerentur, vt ſuperiore capite diſputauimus contra
Bart. Quòd ſi reuocatio facta ſit extra teſtamentum, &
ſimplici voluntatis declaratione per teſtatorem ſcripta
vel dictata, quod nolit valere ſuum teſtamentum, ma-
litque decedere inteſtatus, diſtinguenda ſunt hoc caſu
legata à fideicommiſſis. Fideicommiſſa enim hoc ipſo
deberi deſinant, non quidem ipſo iure, quia cum
ſint iuri ciuili incognita, neque vllum iuris vincu-
lum habeant, nec ipſo iure deberi poſſunt, nec proin-
de ipſo iure deſinere deberi, ſed ita tamen vt nulla ſit
opus exceptione ad fideicommiſſarios ſubmouendos:
quoniā nuda voluntate, & coſtituuntur & infirmantur
d. l. ſi iure. Legata verò ſicuti habent iuris vinculum,
& non tantùm voluntate qualibet conſtituuntur, ſed
ea demum quæ ſit ſolennis, & in ſolenni teſtamento
declarata. Ita fieri non poteſt, vt non ipſo iure debean-
tur quandiu teſtamentum valet in quo relicta ſunt,
quamuis expreſſa voluntate fuerint reuocata, ſi non
ipſum quoque teſtamentum fuerit ritè ac ſolenniter
reuocatum. Proinde neceſſaria eſt heredi exceptio doli
mali, qua ſe tueatur aduerſus legatarios venientes con-
tra voluntatem *d. l. 3. §. vlt. D. de adim. leg.* Nec mi-
nùs ſi voluntas illa ſit tacita quàm ſi ſit expreſſa, quia
ad inducendam doli mali exceptionem quæ ex æquita-
te ſola proficiſcitur, nulla verborum ſolennitas requi-
ritur, ſed ſufficit vt quoquomodo conſtet de volunta-
te *l. militis. 36. §. veteranus D. de teſtam. milit. iunct.*
d. §. vlt. Sed hæc in cæteris quidem legatis, & fidei-
commiſſis haud dubiè obtinent. At † ſi quæ relicta 2
ſint in piam cauſam, dubitatur: an reuocata vtiliter vi-
deri debeant, ſi teſtamentum in quo relicta ſunt, inu-
tiliter fuerit reuocatum. Et vulgo creditum eſt legata
pia, ſicut multis gaudent priuilegiis, ita etiam in hoc
fauorabiliora cenſeri, quod reuocato inutiliter teſta-
mento non idcirco reuocata intelliguntur. Sic enim † 3
ex communi noſtrorum ſententia tractat Guid. Pap.
quæſt. 200. ad fin. Ex *l. in teſtamento. 38. D. de fideic.*
libert. qui tamen locus quàm parum ad rem faciat ex
iis conſtare poteſt quæ de illius ſententia & emenda-
tione ſcripſimus in *Errorem 7. Decadis.* 35. Monetur
etiam ex *l. 3. in fi. D. de his quæ in teſt. delent.* vbi re-
fert Paulus, Cum teſtator induxiſſet nomen ſerui quem
liberum eſſe iuſſerat, fuiſſe reſcriptum ab Antonio ni-
hilominus liberum eum, *quod videlicet,* inquit, *fauore*
conſtituit, libertatis. Nempe quia cæteri quorum nomi-
na inducta ſunt, nihil ex teſtamento petere poſſunt, vt
eadem lex ait. Fauor igitur, inquiunt noſtri, & priui-
legium libertatis eſt, vt quamuis inductum ſit nomen
illius quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, non eo mi-
nùs tamen libertas debeatur. Quod autem libertatis
priuilegium eſt illud ipſum protrahunt ad quamlibet
cauſam piam, quia libertas inter cæteras pias cauſas
paſſim adnumeratur. Verùm neque is locus ad rem no-
ſtram facit, Tractat enim Paulus eo loco de ſeruo, qui
non tantùm libertatem acceperat à teſtatore, ſed etiam
vt fieri plerumque ſolebat hereditatem cum libertate.
Plures ſiquidem heredes in ea ſpecie ſcripti propone-
bantur, omniūmque eorum nomina inducta. Ob eam-
que cauſam cùm dubitari non poſſet quin hereditas ei
adempta eſſet, videbatur quoque adempta libertas quæ
non niſi cum hereditate data fuiſſet. Non enim ſicut
hereditatis ita libertatis adēptio per iuris regulā pro-
hibetur. *l. ſi ita ſcript. 13. §. regula. D. de liber. & poſt.*
& tot. tit. de adempt. libert. ac proinde multo facilius
eſt, vt libertas quam vt hereditas adimatur. Quan-
to magis igitur adempta hereditate libertas quoque
adempta intelligi deberet? Nam quod habet regula † 4
iuris, Hereditatem adimi non poſſe, ſic intelligi de-
bet non vt nullo modo, ſed vt non facilè adimatur:
quomodo loquitur Vlp. in *l. 1. §. pen. eod. tit.* Adimi-
tur enim non quidem nuda teſtatoris voluntate *d. §.*
regula aut exheredatione. l. ſi certarum. 17. §. ſi eodem
D. de teſtam. milit. ſed per inductionem nominis he-
redis, cùm is cuius nomen inductum fuit; neque
adire hereditatem iure ciuili, neque bonorum poſ-
ſeſſionem iure prætorio petere poſſit. *l. ſi ita ſcri-*
ptum. 8. §. is autem D. de bon. poſſ. ſec. tab. Sed † ta- 5
men reſcripſit Imperator apud Paulum, ſeruum qui &
liber & heres eſſe iuſſus fuerat ſi eius nomen indu-
ctum fuerit tanquam heredis, nihilominus liberum
fore,

Digitized by Google

fore, quia nihil vetat liberum eum eſſe etiamſi non ſit heres : Eaque libertas conſeruanda fuiſſet proculdubio, ſi ſeparatim & ſine hereditate data fuiſſet, quomodo cætera etiam legata ſiue manumiſſis ſeruis ſiue extraneis data conſeruarentur, quandoquidem non legatariorum, ſed duntaxat heredum nomina inducta proponebantur. Id ſiquidem eſt quod ait lex in præcedentibus, *Manumiſit quoſdam & legata dedit.* Nec dubitat Paulus quin & eiuſmodi manumiſſiones & legata valeant, cùm ſubjiciat reſcriptum fuiſſe ab Imperatore ex benigna interpretatione, credendum eſſe teſtatorem ea duntaxat irrita facere voluiſſe quæ induxit, ſola enim heredum nomina inducta fuerant, non legatariorum aut manumiſſorum præterquàm iſtius, qui cum hereditate acceperat libertatem, quique cùm ſemel tantùm nominatus fuiſſet accepta ſimul & libertate & hereditate, vnica nominis inductione etiam vtrumque amiſiſſe videri debebat, id eſt, & libertatem & hereditatem, ſi non fauor libertatis contrariam ſententiam extorſiſſet. Atque ita locus ille intelligi debet, ne Paulus ſecum pugnet ſi intelligatur de ſeruo qui libertatem acceperit ſine hereditate. Continetur enim hic in numero eorum, de quibus in *dict. verſ. Manumiſit quoſdam & legata dedit*, quorum tamen nomina inducta fuiſſe proponebantur, Et fatendum eſſet mutari ſpeciem ſi ſeruus hic, cuius nomen inductum dicitur, heres inſtitutus non fuiſſet. Cùm è contrario appareat ex ipſo contextu verborum nouam hanc fuiſſe difficultatem, quæ ex eadem facti ſpecie propoſita iámque ab Imperatore deciſa emerſerat. Decreto namque Imperatoris cauſa deciſa fuerat, hæc verò difficultas ſeparatim fuit decidenda reſcripto. Nihil ergo aliud probat is Pauli locus niſi quod nos libenter admittimus ſi ſerui quem teſtator liberum & heredem eſſe iuſſerat nomen inductum ſit tanquam heredis libertatem nihilominus valere, fauore nimirum libertatis quemadmodum valeret ſi ſeparatim relicta eſſet: quia nomina duntaxat heredum inducta proponebantur, non teſtamentum. At nos tractamus de legatis & fideicommiſſis relictis in teſtamento quod totum fuerit reuocatum, ac proinde quæ ipſa fuerint omnia reuocata: de quibus nuſpiam ſcriptum reperias quod interpretes volunt, ob id magis poſſe, illa valere relicta quod fuerint in piam cauſam. Et ſanè ratio nulla eſt cur † fauorabiliora videri debeant huiuſmodi legata & fideicommiſſa quàm cætera, cùm deſtituuntur non iuris ſolennitate ſed teſtatoris voluntate, quia nihil pòtentius aut antiquius in teſtamentis eſſe poteſt. An igitur priuilegium nullum † habebit pia cauſa? Immo habebit in dubio, ſiue obſcura ſit ratio iuris, ſiue voluntatis, vt aliqua ſit opus interpretatione. Sed cùm aperta eſt voluntas teſtatoris, legata omnia quamuis in teſtamento inutili reuocantis, nihil cauſæ eſt cur aduerſus voluntatem quicquam defendamus ex iis quæ nuda voluntate adimi potuerunt: Niſi fortè eo vſque legatis & fideicommiſſis piis fauere volumus, vt dicamus eorum ademptionem fieri non poſſe nuda voluntate, quod tamen nemo adhuc dixit. Non diſſimilis nec probabilior noſtrorum error eſt quod putant poſt *Bart. ad l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ.* legata & fideicommiſſa in hoc quoque plus iuris habere quàm cætera, quod etiam non adita hereditate debentur, cùm cætera intercedant, *Sed de hoc aliàs. Nunc ſufficiat indicaſſe.*

(margin: 6, 7)

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima.

ERROR I.

De ſententia & emendatione l. ſi donatione. 13. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Q. An quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos donauit, collationis oneri ſubjiciatur.*
2 *Ad quæſtionem propoſitam Impp. Diocletiani & Maximiani reſponſa inter ſe pugnantia.*
3 *Vulgaris interpretum conciliatio.*
4 *L.* Si donatione 13. *C. de collat. loqui de vera donatione, aduerſus Bart. Alexandr. & alios.*
5 *Decius exiſtimat d. l.* ſi donatione *loqui non de donatione ſimplici, ſed quæ facta ſit ob cauſam puta dotis, &c.*
6 *D. Sententia, & rationum, quibus eam facit Decius, refutatio.*
7 *Non magis ex cauſa dotis, quàm aliâ poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiamfam. ſi huic traditio facta proponatur.*
8 *Ius poteſtatis patriæ inter patrem & liberos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur.*
9 *Dotem à patre habere filia non poteſt, niſi ſit nupta: ei tamen extra cauſam dotis à patre dari res aliquas nihil vetat.*
10 *DD. ll. Alia interpretum conciliatio refertur & refellitur.*
11 *Cuiaciana interpretatio l.* filiæ 18. *C. fam. erciſc & eius refutatio.*
12 *Emendatio d. l.* ſi donat. *à quibuſdam propoſita vt improbabilis rejicitur.*
13 *Alia d. l. emendatio ab autore affertur & ſtabilitur.*
14 *Impp. in d. l.* ſi donatione *neque de fundo ab ipſo patre donato conſultos fuiſſe, neque de collationis iure aliquid reſcribere voluiſſe.*
15 *Collatio ad quæ pertineat, & cur introducta.*
16 *L. Filia C. fam. erciſc. non pertinere ad ius collationis contra interpretes.*
17 *De qua re conſulti ſint Impp. in d. l. filia & quomodo eius l. ſpecies differat à ſpecie l.* ſi donatione.
18 *Cur aliter in l.* filiæ, *reſpondeant Imp. aliter in l.* ſi donatione.
19 *Interdum meliorem eſſe conditionem filiæ cui pater donauit, cùm donatio nunquam valuit, quàm ſi ſemper & ab initio valuiſſet.*
20 *Quomodo in d. l. filiæ. adiuuetur filia cui pater res aliquas inter viuos donauerat, vt officio arbitri familiæ erciſcundæ eas præcipuas retinere poſſit.*
21 Aliquid manere præcipuum, *& non conferri inter ſe nonnihil differre.*
22 *Quis ſit ſenſus verborum d. l. filia* ſi res integra eſt.

In

IN tractatu de collationibus difficilis quæ
1 ſtio illa eſſe creditur, An † quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos donauit, collationis oneri ſubijciatur. Videntur enim hac de re pugnantia reſcripta Imperatorum non diuerſorum ſed quod magis mirandum eſt, eo-
2 rundē. Nam † in *l. filia* 18. *C. famil. erciſc.* cum filiæfamilias nomine pater quaſdam res comparaſſet, eóque defuncto de collationis iure inter ſorores quæreretur, aditi Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt ſi non poſtea contrarium patris judicium probetur, ea res filiæ præcipuas adiudicari debere per arbitrium familiæ erciſcundæ, idque ſæpe ita reſcriptum eſſe. *At in l. ſi donatione.* 13. *C. de collat.* iidem Imperatores reſcripſerunt ſi filiæfamilias conſtitutæ donatus ſit à patre fundus, eáque cum ſorore poſtea communi patri ſucceſſerit, iuris rationem non pati, vt præcipuum illum habere poſſit. Vulgaris interpre-
3 tum † vulgarium conciliatio eſt, intelligendam legem *Filia* de vera donatione quæ per traditionem facta fuerit, & poſtea morte patris confirmata: legem verò *ſi donatione* de ea re, quæ non tam ſimpliciter donata ſit quàm in peculium conceſſa. Sed neque interpretes ipſi poſſunt diſſimulare ineptā eſſe hanc conciliationē, planéque alienam à verbis dictæ legis *ſi donatione*, quæ
4 † manifeſtè loquitur de donatione, & quidem vera, & in quā non poſſit cadere interpretatio illa de fundo in peculium conceſſo. Diſtinguit. n. an fundus ex donatione fuerit acquiſitus filiæfamilias poſt mortem patris an viuo patre: Nemo autem dixerit donationem factam poſt mortem patris pro donatione in peculium accipiendam eſſe, cùm filiafamias ſicut per mortem patris fit ſui iuris, ita peculium habere deſinat & habere poſſe. Confunduntur ſi quidem peculia morte patris, & ad communionem in hereditatem diuidendam reuocantur *l. certum eſt* 13. *C. fam. erciſc.* Et hoc etiam Decius ante nos contra Bartolum, Alexandrum & alios bene diſputauit. Sed non multo ſubti-
5 lius ille † aut felicius poſteriorem partem *d. l. ſi donatione.* accipiendam putat de donatione, non quæ ſimplex fuerit ſed quæ facta ob cauſam putà dotis vel ante nuptias donationis. Quam donationis ſpeciem iam olim conferri debuiſſe ac multo magis hodie conferendam eſſe indubitati iuris eſt, olim quidem ſi ab inteſtato ſuccederetur, non ſi ex teſtamento *l. 1. & 2. l. filia dotem 4. l. vt liberis 17. l. penult. C. eod. tit. de collat. hodie verò etiam ſi ex teſtamento. Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. cap. 6. §. illud quoq. unde ſumpta eſt auth. ex teſtamento. eo. ti. de coll.*
6 Quid enim † eſt in ſpecie *d. l. ſi donatione.* ex quo poſſit conjici fundum quo de agitur ex cauſa dotis vel donationis ante nuptias potiùs quàm ſimpliciter donatum fuiſſe? Hoc vnum, inquit Decius, quod eo demum caſu valet donatio facta filiæ à patre quæ alioqui non valeret *ex l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. famil. erciſc.* Item quod quicquid à patre datur filiæ, videtur in dubio datum ex cauſa dotis ex *l. quia autem.* 23. *vbi Bart. D. de iur. dot.* Sed vtraque ratio falſa eſt: Prior quidem quoniam
7 † non magis ex cauſa dotis quàm ex alia qualibet poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiamfamilias, ſi ipſi filiæfamilias traditio facta proponatur vt apertiſſimè probat reſponſum Papiniani *d. l. Pomponius*, ſecundùm eam interpretationem quam nos attulimus *lib. 7. coniect. c. 12.* Pater enim etſi pro filia dotem dare cogitur, vel pro filio ante nuptias donationē, ipſi tamē filiæ filióue donare & tradere, aut promittere nec debet nec poteſt etiamſi velit, hoc ſcilicet prohibente iure
8 poteſtatis, quod † inter patrem & liberos in poteſtate conſtitutos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur, nec magis re quàm verbis aut conſenſu *l. imperato 50. D. ad SC. Trebell. l. donationes 31. §. paterfamilia. D. de donat. l. ſiue emancipatis. 17. C. eod. l. 2. C. de inoffic. donat. l. ne cum filiofamilias. 16. de furt.* Non quod filiusfamilias non ſit acquiſitionis capax nolente patre ſibi acquiri, vt probauimus *eod. libr.* aut quòd non velit pater acquiri filio cui donat, ſed quia ratio alia eſt eorum quæ à patre, alia eorum quæ aliunde obueniunt, cùm dominium quod ſemel fuit patris non poſſit ab eo diſcedere vt filio acquiratur, quin ſeparetur perſona filij tanquam terminus à quo à termino ad quem, quam ſeparationem impedit ius poteſtatis: eſtque ſanè multo facilius patri vt non acquirat ſibi per filium inuitus eam rem quæ filio obtingit aliunde, quàm vt à ſe abdicet dominium rei iam ſuæ vt in filium illud transferat. Eóque reſpicere videtur imperator Leo in *d. l. vt lib.* 17. in illis verbis, *tam dos, quā ante nuptias donatio cōferatur quam pater vel mater, auus vel auia proauus vel proauia paternus vel maternus dederit vel promiſerit pro filio filia, &c.* & paulo poſt, *nulla diſcretione intercedente vtrum in ipſas ſponſas pro liberis ſuis memorati parentes donationem contulerint an in ipſos ſponſos earū.* Poſterior verò Decij ratio falſa
ex eo quod nec dotem †, habere filia poteſt etiamſi ve- 9
lit ipſa & pater conſentiat, niſi ſit nupta, quia ſine matrimonio dos eſſe non poteſt, quamuis ſine dote poſſit eſſe matrimonium *l. 3. D. de iur. dot.* Econtrario verò nihil vetat filiæ ſiue nuptæ ſiue nubēti dari à patre res aliquas etiam quæ ſint extra cauſam dotis *l. cum pater. 77. §. pater filia de legat. 2. l. penult. D. de collat. dot.* Atqui in ſpecie *d. l. ſi donatione.* non magis ponitur nuptam fuiſſe filiam quàm ex cauſa dotis factam ei donationem. Vtrumque igitur commentitium eſt, Et quod adducitur ex *d. l. autem.* ad rem non pertinet, quoniam loquitur ea lex de ſtipulatione inter eos interpoſita qui nuptias inuicem contracturi ſint & contemplatione futurarum nuptiarum vt conſtat ex *l. ſtipulationem 21. cum ſeq. eod.* non etiam de ſtipulatione
quæ inter patrem & filiam intercedat. Alij verò † vt 10
leges iſtas concilient, diſtinguunt res à patre donatas filiæ ab iis rebus, quas pater filiæ nomine comparauerit quaſi facilius ſit vt has quàm vt illas ſibi præcipuas filia retineat, quod eſt omnino ineptum. Nam vt contra iſtos diſputat non malè Iacob Cuiacius *lib. 3. obſer. ca. 30.* prorſus paria hæc ſunt, Alicui donare, Et Alicuius nomine donandi animo comparare *l. cùm hic ſtatus 32. §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor.* Neque tamen habet ille quod multo melius reſpondeat. In
eo † namque tandem ſubſiſtit, vt lex intelligenda ſit 11
de cauſa teſtati, in qua certum eſt vt iam diximus collationi olim locum non fuiſſe *l. 1. C. eod. tit. de collat. Theopompus. 14. D. de dot. prælegat.* propterea quòd ſuccedens ex teſtamento nitatur expreſſo iudicio teſtantis, quem credibile eſt iniuncturum fuiſſe collationis onus niſi ea quæ alioquin ab inteſtato conferenda fuiſſent præcipua retineri voluiſſet. Quæ tamen interpretatio nullatenus verbis legis adiuuatur. Nihil enim eſt in tota ea lege quod non ad cauſam inteſtati perinde atque ad cauſam teſtati accommodari poſſit, cùm vtroque caſu locus ſit iudicio familiæ erciſcundæ inter coheredes ſiue teſtamentarij ſiue legitimi proponantur. Et quod huius interpretationis coniectura capitur ex eo quod lex requirit vt nullum ſequatur iudicium contrarium teſtatoris valdè leue eſt. Nam tum quoque cùm teſtamentum nullum factum eſt tanto magis tantóque certiùs verum eſt contrarium iudicium nullum ſecutum eſſe. Deinde quid ſi pater ab inteſtato codicillos feciſſet: nonne in iis donationem vel confirmare potuiſſet? An verò ob id magis verum erit factum eſſe teſtamentum? aut minus verum deceſſiſſe patrem inteſtatum? Quin potiùs verba illa, *Si non poſtea contrarium eius iudicium probetur*, cum caſum tractari præ ſe ferunt in quo aliud nullum ſecutum ſit iudicium patris ne quidem in codicillis. Facto enim teſtamento aut codicillis in quibus nihil de conferenda

ferenda donatione factum fuiſſet, non ſolùm contraria nulla eſſet voluntas, ſed è contrario potius videretur confirmata donatio ex poſtfacto & hoc ipſo quod teſtando pater eas res filiæ non ademiſſet nec conferri iuſſiſſet *ar. d. l. donationes. §. pater filia D. de donat. & d. l. cùm pater. §. pater filia de legat.* 2. Itaque non ſine cauſa cogitur fateri vir doctiſſimus rem eſſe paulo abſtruſiorem, vt facilè quiuis intelligat non ſatis eum
12 ſibi ſatisfeciſſe. Pleriſque ſanè non ſatisfecit quibus † viſum eſt probabilius deeſſe negationem in *d. l. ſi donatione* legendumque in eius parte. *Nam ſi is filiafamilias non conſtituta tibi à patre donatus eſt.* Quam in ſententiam ex eo quoque ſe moneri profitentur quod non putant ſimplicem donationem conferendam eſſe ne quidem ab inteſtato niſi ad tollendam inter filios inæqualitatem ex *l. illud 20. in fin. C. de collat.* Sed emendatio hæc omnino improbabilis videtur ne dicã inſulſa, nec alieniore loco potuit reponi negatio. Quis enim ita loqueretur *filiafamilias non conſtituta?* Illa etiam ratio falſa eſt qua mouentur ſi generaliter accipiatur, quòd donatio ſimplex non conferatur, quæ in filiumfamilias ſit collata. Quod enim ſcriptum eſt in *d. l. illud. in fin.* de ſimplici donatione non conferenda, non pertinet ad donationem filiofamilias factam
13 vt ſequenti capite dicemus. Neque tamen † nego quod iſti volunt emendandam eſſe legem quæ niſi emendetur bonum ſenſum habere nullum poſſit, ſed probabiliorem quæro emendationem, qualis illa meo iudicio futura eſt ſi in iis verbis *à patre*, legamus *à matre*, aut eam dictionem tanquam mali interpretis notam deleamus. In ea namq. ſpecie tractatum fuiſſe de fundo qui ab alio donatus fuerit, quàm à patre, oſtendit manifeſtiſſimè diſtinctio illa quam ab Imperatoribus fieri, huius capitis initio à nobis demonſtratum. Etſi enim duæ ſunt totius legis partes, tamen ita duæ ſunt vt ad eandem facti ſpeciem pertineant, & ad propoſitam de eodem fundo quæſtionem, nec de diuerſis fundis intelligi poſſint. Nam quæ Imperatorib. ſupplicauerat Antiſtia hoc tantùm expoſuerat, donatum ſibi fuiſſe fundum ſiue à matre ſiue ab alio quolibet, nihil enim referebat dum ne ab ipſo patre, & quærebat an cum ſorore communi patri ſuccedens eũ præcipuum habere deberet. Imperatores verò reſcribunt debuiſſe illam precib. ſuis exprimere manifeſtiùs an is fundus ei donatus eſſet poſt mortem patris, an verò viuo adhuc patre ipſaque conſtituta in patris poteſtate. Primo. n. caſu non eſſe dubitandũ quin nullã fundi portionem vindicare ſoror poſſet, quę ſcilicet neque vnquam in eo fundo ius aliquod habuiſſet, neque ei ſucceſſiſſet, qui habere vllum potuiſſet. Succeſſerat ſi quidem patri cuius poteſtas finita erat morte, ita vt nihil ipſi, ipſiuſue hereditati acquiri potuiſſet ex donatione facta filiæ iam ſui iuris conſtitutæ. Altero autem caſu fundum illum filiæfamilias donatum per ipſius perſonam acquiſitum fuiſſe patri, & conſequenter defuncto patre factũ hereditariũ effectũ etiam cum reliqua hereditate inter ſorores, inter quas hereditas ipſa tota cõmunis eſſet, ſiue teſtato, ſiue inteſtato patri ſucceſſiſſent. Non enim penes Antiſtiam ſolã quaſi præcipuũ manere debere ob id tantùm quòd ei primũ donatus fuiſſet, ac per eius ſolius perſonam patri acquiſitus, non magis quàm ſi eundem fundum alia qualibet ratione pater ſibi quæſiuiſſet, quandoquidem quod per filium aut filiamfamilias patri acquiritur tam citò acquiritur vt ne vel momento vno temporis vel in perſona filij vel filiæ acquiſitio conſtitiſſe intelligatur *l. placet 79. D. de acquir. hered.* Et hic germanus certè totius reſcripti ſenſus eſt, quo apparet Im-
14 peratores † neque de fundo ab ipſo patre donato conſultos fuiſſe, neque de collationis iure aliquid reſcribere voluiſſe, in quo vtroque interpretes omnes paſſim errant. Quis enim non videt illam diſtinctionem, An is fundus de quo agebatur donatus eſſet filiæ poſt mortem patris an viuo patre in eam ſpeciem non cadere in qua donatus fuiſſet à patre? Niſi fortè patrem poſt ſuam quoque mortem de facienda tum primum donatione cogitaſſe, adeóque donationem feciſſe arbitramur. Rurſum quis color ſuberat tractandi de collatione eius rei quæ non eſſet Antiſtiæ, ſed quæ pa-fuiſſet antequam moreretur. Collatio. n. ad ea perti- 15
net quæ ſunt in dominio illius qui conferre cogitur, non ad ea quæ ſunt aliena, cùm ob id tantùm introducta ſit vt ſua in medium conferant qui appetunt aliena *l. 1. paſſ. D. de collat. bonor.* Quare nec poſtulabat Antiſtia vt ab onere collationis eximeretur, ſed vt officio arbitri familiæ erciſcundæ fundum illum integrum ac præcipuum haberet, qui donatus ei aliquando fuiſſet, quamuis viuo adhuc patre, vt legis verba oſtendunt, in quibus de collatione verbum nullum, vt non dubitem quin aptius potuerit & debuerit ea lex collocari ſub tit. *Famil. erciſc.* quàm ſub illo *de collat.* licèt tanta inter eos titulos adfinitas ſit, vt ſi alius Triboniani error nullus eſſet, facilè hic excuſari poſſet. Ille verò longè grauior interpretum noſtrorum error eſt, quòd non ſolùm hanc legem quæ ſub titulo *de collationibus* poſita eſt de iure collationis intelligunt argumentando (vt loqui ſolent) à rubro ad nigrum, ſed reſcriptum † aliud imperatorum, quod 16
extat in *d. l. filia 18. C. famil. erciſc.* quaſi non alia illius loci ſententia ſit, quam vt res à patre donata filiæfamilias, non ſit conferenda, ſed retinenda præcipua, ſiue generaliter id velis intelligere cum interpretibus de quacunque ſimplici donatione per patrem facta, ſiue cum Cuiacio diuinare factum in ea ſpecie fuiſſe à patre teſtamentum. Nam ſi verum eſt vt eſt, collationem fieri nunquam poſſe earum rerum quæ ſint propriæ cõferentis [alioquin obſecro, quid conferre videretur is qui rem non ſuam conferret?] prius eſt vt de illo quæramus, An res à patre comparatæ nomine filiæ, animo donandi factæ ſint filiæ, quàm, vt laboremus in eo quoque inueſtigando an conferri à filia debant, nécne. Atqui certum eſt numquam fuiſſe filiæ neque viuo neque mortuo patre, quia donatio valuit. Ex ea vero donatione quæ non valuit dominium tranſlatum fuiſſe nemo dixerit *d. l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* Nullus ergo quæſtioni locus relinquitur an à filia conferri debeant nécne & vt Bart. loquitur ad *l. pater filium 6. de collat. dot.* cùm agitur de bonis quæ fuerunt patris morientis, tractandum eſt de iis diuidendis non de ipſis communicandis vel non communicandis. De quo igitur conſulebantur † *Imperat. d. l. filia?* 17
De hoc ipſo de quo & in *d. l. ſi donatione.* An filia cui donatum fuerat poſſet retinere præcipuam donationem officio arbitri familiæ erciſcundę in diuidenda inter ſorores paterna hereditate. Eadem enim vtroque in loco proponitur quæſtio, ſed non eadem ſpecies, quia in *l. ſi donatione.* vt iam diximus fuerat donatus fundus à matre aut ſaltẽ ab alio quàm à patre. At in *d. l. filia.* fuerat donatus à patre. Itaque mirum non eſt aliter illic reſponderi. Hîc pro filia, illic contra filiam: Verum quòd vno caſu magis quàm alio fundus acquiſitus eſſet filiæ ex donatione? Minimè. Neutro enim caſu filiæ fuerat acquiſitus, ſed diuerſa ratione. In ſpecie *d. l. ſi donatione,* quia tametſi donatio valuiſſet, tamen eius emolumentum non filiæ, cui donatum fuerat, quæſitum erat ſed patri *d. l. placet l. 1. D. ſi quis à parent. manum. ſit.* in ſpecie verò *d. l. filia.* quia donatio nunquam valuerat. Sed diuerſitatis † ratio petenda ex eo eſt, quod in re donata filiæ ab alio quàm à patre, nihil eſt ex parte patris vnde poſſit conijci voluntatem ipſius eam fuiſſe vt filia rem hanc præcipuam haberet: ceſſante autem coniectura voluntatis paternæ, nihil aliud dici poteſt niſi inter quos res omnes cæteræ hereditariæ communes ſunt

ſunt, hanc quoque tanquam hereditariam communem eſſe oportere. At in re quam pater ipſe filiæ donauerit voluntas patris aperta eſt id agentis quantum poteſt vt ea res filiæ acquiratur, quod etſi facere non poteſt propter patriam poteſtatem, impedimentum tamen illud iuris eſt non defectus voluntatis *d. l. ſiue emancipatis.* Quod porrò iuris impedimentum ſicut non niſi ex patria poteſtate naſcitur, ita cum patria poteſtate finitur morte patris, nec in id vſque tempus porrigitur in quod voluntas ipſa patris extendi poteſt. Vltimas enim hominum voluntates ſimul cum vita finiri placuit, ſed cineribus noſtris ſuperſtites viuere. Vltima verò cuiuſque voluntas illa eſt quam ſemel declarauit, nec vnquam poſtea reuocauit: Qua ratione confirmari morte dicuntur, id eſt vltimarum voluntatum inſtar cenſeri plæræque voluntates quæ alioqui nunquam inter viuos valuerunt vt de donationibus inter virum & vxorem ex Seueri oratione proditum in *dict. leg. cum hic ſtatus. 32. & paſſim de donation. inter virum & vxorem.* Igitur mortuo patre qui donationem in filiamfamilias contulerat, nec eam vllo voluntatis contrariæ iudicio reuocauerat, cùm officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debeat patris voluntatē quantum fieri poteſt ſequatur & tueatur, *lege ſi qua 7. lege filii. 16. Codic. familiæ erciſcundæ.* quid aliud facere poteſt niſi vt iubeat filiam habere ſibi præcipuas res iſtas ei à patre donatas. Idque vt dixi mirum videri nullomodo debet. At illud certè magis mirum eſt, nec

19 eo tamen minùs verum, quod aliquando † melior eſt conditio filiæ cui pater donauit, cùm donatio valuit, quàm ſi ſemper & iam inde ab initio valuiſſet. Finge patrem qui duos habebat liberos ambos in poteſtate, contuliſſe in alterum ipſorum tam immenſam donationem inter viuos, vt totum patrimonium ſuum profuſa illa liberalitate exhauſerit, ita vt nihil ſuperſit ex quo fratri debita portio præſtari poſſit. Non erit locus querelæ donationis inofficioſæ ad reſcindendam donationem, quia reſcindi per eam querelam non poteſt donatio quæ non valet: nec proinde aliud auxilium ſupereſt fratri miſero nihil habenti ex bonis paternis, niſi vt imploret officium arbitri familiæ erciſcundæ, quod vtrique in diuidenda iſtius patris hereditate tale eſſe debebit, vt donationem illam immodicam eatenus duntaxat tueatur, quatenus nullum fratri præiudicium in legitima fiat, quia nec ſupra eum modum ſeruari voluntatem donationis æquum eſt. Cùm tamen ſi donatio valeret putà quod in filium emancipatum collata eſſet, ſicuti per querelam inofficioſæ donationis reſcindi eam oporteret, ita non ad debitū vſque bonorum ſubſidium duntaxat reſcinderetur, ſed ad eam vſque portionē quam ab inteſtato habiturus eſſet actor, ſi donatio nulla facta eſſet. *l. Titia Seio. 87. §. Imperator. de leg. 2.* Hæc. n. ſententia eſt à nemine fortaſſis ante nos bene percepta, *legis 2. C. de inoff. donat.* quam nos cum cæteris omnibus ad tit. illum pertinentibus explicauimus *lib. 3. coniect. ca. 17.* Illud ergo vnum eſt, quod ſibi volunt Imper. in *d. l. filia.*

20 adiuuandam † eſſe filiam cui pater res aliquas inter viuos donauerat, vt officio arbitri familiæ erciſcundæ eaſdem præcipuas retinere poſſit: non data ei liberatione ab onere collationis vt vulgo creditur, ſed tanquam aucto ipſius iure per mortem patris, factáque ea nunc capace acquirendi ſibi ex donatione patris, id quod eo viuo acquirere filiafamilias manens nunquā

21 potuiſſet Non enim bona eſt conſecutio † ſi quis dicat, Ea quæ conferuntur non manere præcipua. Ergo nihil intereſſe an dicamus aliquid præcipuum manere, an verò non conferri. Fateor non manere præcipua quæ conferuntur, quoniam iſta in commune, & vt loquitur *d. l. 1. D. de collat.* in medium proferuntur. Sed nego poſſe ex eo fieri vt dicere debeamus, non conferri omnia quæcunque manent præcipua, aut è contrario, Conferri omnia quæcunque præcipua non manent: Poteſt ſiquidem fieri vt maneant præcipua, non quia minimè conferantur quaſi iam quæſita, ſed quia nunc primùm acquirantur ex adiudicatione quæ fit officio arbitri poſt mortē teſtatoris, quo caſu nunquam collationi locus eſſe poteſt, ne quidem contra emancipatum, qui tamen in omnibus quæ ad ius collationis ſpectant deterioris conditionis eſt quàm ſuus. *l. ea demum. 6. d. l. vt. liberis. in fin. C. de collat.* Contrà quoque fieri facile poteſt, vt multa præcipua non maneant, quæ tamen non conferantur, vt euenit in ſpecie *d. l. ſi donatione;* id eſt cum filiæfamilias aliquid donatū eſt ab alio quàm à patre. Id enim filia nec confert, nec præcipuum habet ob eas rationes quas attulimus. Iſque fuit proculdubio error interpretum quod in *d. l. filia accipiunt iſta pro ſynominis. Filiam non cogi conferre.* Et rurſum in *d. l. ſi donatione, filiam non habere fundum præcipuum*, vt lex loquitur, *Et filiam cogi eum fundum conferre*, vt ipſi interpretantur. Collatio facit, ne quod confertur præcipuum haberi poſſit, quod alioqui ceſſante collatione præcipuum haberetur. At non ſtatim quod præcipuum non habetur, confertur: ſed ita demum ſi iam habeatur. Sunt iſta ſiquidem ſeparata *habere quid* & *habere præcipuum.* Qui nunquam habuit necdum habet, is neque præcipuum habere vel non habere poteſt, neque conferre vel non conferre, quoniam iſta omnia præſupponunt rem haberi. Qui verò iam habet is demum dicitur, vel habere præcipuum vel non habere, vel conferre vel non conferre: quoniam alterutrum neceſſe eſt vt vel præcipuum habeat nec conferat, vel conferat nec præcipuum habeat, quorum neutrum de eo dici poteſt qui nihil habet: cuiuſmodi eſt filia familias cui donatum fuerit ſiue à patre, ſiue ab alio quàm à patre. Et huic noſtræ interpretationi conuenit adprimè quod in *d. l. filia.* ſubiungitur, *ſi res integra eſt*, quorum † verbo- 22
rum non alius eſt ſenſus quàm ſi ſcriptum eſſet quomodo pluribus in *l. 1. eod. tit. ſi non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diuiſiſti, nec ſuper ea re ſententia dicta, vel tranſactio ſubſecuta eſt,* quia ſi quid horum factum eſſet iam locus nullus eſſe poſſet iudicio familiæ erciſcundæ, cuius tamen ſolius æquitate poteſt filiæ conſuli vt habeat ſibi præcipuas res à patre donatas quas alioqui nullomodo conſequi poſſet, neque per actionem neque per retentionem vtpote inualida donatione *d. l. Pompo. 35. ff. famil. erciſc.* Peſſimè autem vulgus interpretum ea verba ſic interpretatur, *ſi nondum res donataria tradita ſit.* Nihil enim referre poteſt an traditio facta ſit necne, cum non magis valeat traditio quàm donatio facta filiæfamilias per patrem *d. l. Pompon.* & ſiue traditio à patre facta ſit ſiue non ſit idem ſemper officium debet eſſe arbitri familiæ erciſcundæ, & idem ius filiæ, vt res iſtas ſibi à patre donatas neque ex donatione neque ex traditione, ſed ex ſola arbitri adiudicatione ſibi acquirat.

ERROR II.

De donatione ſimplici an conferenda ſit ad l. illud. 20 in fin. Cod. de collat.

SVMMARIA.

1. *An donatio ſimplex conferatur, & quàm diſcrepantes ſint hac de re interpretum ſententiæ.*
2. *De quæſtione propoſita autoris ſententia.*
3. *Donatio facta filio à patre inter viuos nullius planè eſt momenti propter vinculum patriæ poteſtatis.*
4. *Rem alienam ſibi à patre donatam filius pro donato aut pro herede vſucapere non poteſt.*

5 Donatio

5 *Donatio filio ab alio quàm à patre facta valet quidem non tamen cedit in commodum, ſed vtilitatem patris cui per filiumfamilias acquiritur.*

6 *In rebus filiofam. à quocunque donatis nulla de collatione incidere poteſt quæſtio.*

7 *Quod ſcriptum eſt in l.* illud 20. *in fin. C.* de collat. *de ſimplici donatione nonniſi cùm expreſſim dictum eſt, conferenda, ad donationes in filiofamil. collatas ab interpretibus malè referri.*

8 *Verba finalia d. l.* nec recuſare collationem *&c. à quibuſdam perperam accipi.*

9 *Simplex donatio non confertur, ſecus eſt de donationibus ob cauſam factis.*

10 *Cur in d. l.* illud. *vanum ſit argumentum donatarij recuſantis collationem eo colore quòd ſimplex donatio non conferatur.*

11 *Dubitatio de caſu quo quantum ad patris hereditatem obtinere poſſit regula quæ donationem ſimplicem conferri negat.*

12 *Cùm ſuo heredi emancipatus confert, donatio ſimplex ab emancipato conferri debet.*

13 *At cùm emancipatus emancipato confert, donatio ſimplex non eſt conferenda.*

14 *Obiectio aduerſus propoſitam diſtinctionem refertur & refellitur.*

15 *Emancipati quando inter ſe non conferant.*

QVAESTIONI ſuperiori conſequens iſta
1 An † donatio ſimplex conferatur, de qua
diſſentientes legimus non ipſorum quidem prudentum, ſed noſtrorum, apud quos nihil vnquam certum eſt, ſententias. Alij enim conferendam eſſe putant, alij negant. Alij ſuos ab emancipatis diſtinguunt, vt ſuis quidem tam quàm emancipati ſimplicem quoque donationem conferant, emancipatis verò emancipati aut quoties de matris vel aui materni hereditate agitur liberi inuicem ſibi donationes ſimplices ab eis parentibus factas non conferant, niſi duobus illis caſibus à Iuſtiniano expreſſis in *l. illud.* 20. §. 1. *Codice de collat.* quorum vnus eſt, ſi alioquin ceſſante donationis ſimplicis collatione aliqua inter liberos emergeret inæqualitas. Alius ſi donator in ipſo donationis tempore conferendi neceſſitatem donatario iniunxerit. Quæ viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij ſententia eſt *lib.* 3. *obſeru. cap.* 30. vbi tamen non erubeſcit dicere hanc rem eſſe paulò abſtruſiorem, fortaſſis vt excuſationem captet ſi non cæteris ſatisfaciat, in qua nec ſibi ipſi ſatisfeciſſe videatur. Mihi non vſque adeo abſtruſa quæſtio eſſe videtur ſi ex iuris ratione ipſiſque legum fontibus omnia, vt par eſt, æſti-
2 mentur. Illud enim primùm † conſtituo quod nemo
dicit, nullum poſſe de ſimplicis donationis collatione locum eſſe quæſtioni ſi in filiumfamilias donatio collata proponatur ſiue à patre ipſo ſiue ab alio quàm à patre. Nempe quoniam ea quæſtio ſupponit valere donationem in neceſſarium antecedens cùm non entis nullæ ſint qualitates, neque per rerum naturam fieri queat, vt donatio quæ nulla eſt conferatur. Idque conſentaneum etiam eſt ei quod præcedente capite dicebamus conferri non poſſe ea bona quæ ſint in dominio & pleno iure conferentis, cùm alioqui futurum eſſet, vt nihil contuliſſe dicendus eſſet qui non niſi alienam rem contuliſſet. Atqui donatio † facta filio à
3 patre inter viuos nullius planè eſt momenti, obſtante
vinculo patriæ poteſtatis quod & traditionem impedit & ſtipulationem *l. ſiue emancipatis.* 17. *Codice de donat.* neque dominium ex ea prius filio donatario quæſitum dici poteſt etiamſi pater in ea deceſſerit voluntate, quàm factæ ſint adiudicationes ab arbitro familiæ erciſcundæ *l. filia.* 18. *Cod. famil. erciſc. l.* 2. *Cod. de inoff. do-*
4 *nat.* adeò vt nec ſi alienam rem † pater donauerit, poſſit
tamen illa vſucapi pro donato *l.* 1. §. 1. *D. pro donat.* quia quo caſu donator propriam rem donando non poteſt dominium transferre, nec iuſtam vſucapiendi cauſam transfert donando rem alienam. Sed neque pro herede vſucapiet filius rem alienam ſibi à patre donatam & traditam, cùm eam cœperit ſemel poſſidere pro donato naturaliter viuo patre, nec potuerit mutare ſibi cauſam poſſeſſionis ne quidem naturalis, nec rurſus ex alia cauſa vſucapere quàm ex qua poſſederit *l.* 2. §. *quod*
vulgo vſque ad fin. D. pro hered. ſi verò ab alio, † quàm 5
à patre facta donatio ſit, valet quidem ita vt neque reuocari poſſit à donatore neque nouas leges accipere, non magis quàm ſi in patremfamilias collata eſſet. Sed non in ipſius filiifamilias cui facta eſt commodum, at in vtilitatem ſolius patris, cui per filiumfamilias acquiritur quicquid filiusfamilias acquirit ex quacumque cauſa extra ea quæ non acquiruntur *l.* 9. *C. de patr. poteſt.* & conſequenter defuncto patre, in vtilitatem eorum omnium ad quod patris hereditas peruentura eſt *l. ſi donatione* 13. *Cod. de collat* ſecundum eam loci illius interpretationem & emendationem quam attulimus capite ſuperiore. Itaque res filiofamilias donata ab alio quàm à patre, etiamſi donatio valeat, non magis tamen acquiritur filio, quàm ſi donatio non valeret forte à patre ipſo facta eſſet. Immo tanto minùs, quòd res per patrem donata filio, ſaltem poſt mortem patris, filio acquiri poteſt per adiudicationem à familiæ erciſcundæ arbitrio faciendam, quamuis non eo magis cõferatur ſed præcipua remaneat *d. l. filia.* propterea quod quæ poſt mortem patris acquiruntur nunquam conferuntur, ne quidem ab emancipato. *l. ea demum.* 6. *l. nec emancipati.* 15. *C. eod. tit. de collat.* Quæ verò filiofamilias donata ſemel per eum quæſita fuerunt patri nunquam ad filium redeunt, cuius nec vnquam fuerunt, ſi non expreſſo patris iudicio ei relinquantur. Fatendum igitur eſt in rebus filiofamilias à quocunque donatis
nullam † de collatione poſſe incidere quæſtionẽ. Quo 6
magis mirandi ſunt illi & reprehendendi, qui ad huiuſ-
modi donationes † in filiumfamilias collatas non tan- 7
tùm extendunt ſed etiam coarctant quod ſcriptum eſt à Iuſtin. in *d. l. illud* 20. *in fin.* de ſimplici donatione non niſi cùm ita expreſſim dictum eſt, conferenda. Sic enim faciunt vt inanis & ridicula reperiatur ipſa iuris conſtitutio quæ caſum vtilem habere nullum poſſit. Et verò non ita poſſe accipi regulam, docet exceptio ſubiecta ibidem à Iuſtiniano. *Niſi,* inquit, *huiuſmodi legem donator tempore donationis, ſua indulgentia impoſuerit.* Nam cùm ſit veriſſimum nec poſſit negari donationem nullomodo nullóque caſu valere quam pater filiofam. fecerit, niſi tacita ipſius voluntate mortéque confirmetur, quis dixerit patrem cui liceat donationem illam vel minimo contrariæ voluntatis iudicio totam reuocare pro arbitrio, eius tamẽ conferendæ neceſſitatem quam ipſo donationis tempore non irrogauerit adiicere poſtea non poſſe? An cui quod plus eſt licet, quod minus eſt non licebit contra regulam iuris *l. non debet. cui.* 21. *de reg. iur.* Et qui à donatione in totum recedere poteſt, non poterit recedere ex parte? contra *l. iuris gentium.* 7. §. *adeo. verſ. ſi igitur in totum. D. de pact.* Recedit enim ex parte qui donationi perfectæ nouam adiicit legem & conditionem, indéque nimirum eſt quod dici ſolet, perfectam donationem poſtea non capere conditiones. *l. perfecta.* 4. *C. de don. quæ ſub mod. l. donatio.* 25. *Cod. de don.* quia neque donatori licet à perfecta donatione ex vlla parte reſilire. *l. velles necne.* 6. *& paſſ. Cod. de reuo. don.* Ad quod reſpiciens Iuſtin. in *d. l. illud in fi.* merito adiecit verba illa *tempore donationis,* quod abſurdum eſſet eum qui donationem puram & ſimplicem feciſſet nullo collationis onere iniuncto, poſtea quaſi mutata voluntate conferendi neceſſitatem donatorio iniungere eo tempore quo iam alienæ non ſuæ rei legẽ dicere
velit. Neque tamẽ iis † aſſentior qui poſtrema verba il- 8

la legis Iuſtin. *nec recuſare collationem ex eo quod ſimplex donatio non aliter confertur niſi huiuſmodi legem, &c.* ſic accipiunt, quaſi Iuſtin. ſentiat ſimplicem quoque donationem conferri oportere, vanúmque dicat eſſe argumentum illud donatarij ſi recuſet collationem hac ſola ratione quod ſimplex donatio minimè conferatur. Si quid enim verum eſt in iure noſtro, illud

9 certè veriſſimum eſt, ſimplicem † donationem non cõferri, cùm nihil ſit tam alienum à voluntate donandi ſimpliciter & abſolutè, quàm ſi collationis onus irrogetur, niſi ab initio eam legem habuerit donatio. Tanto minùs enim videtur accepiſſe donatarius qui confert, immo nihil penitus qui totum confert nihilque præcipuum retinet ex donatione, quod in dubio credendum non eſt congruere voluntati donatoris, qui donando nihil aliud egit, niſi vt liberalitatem exerceret. Quod in cæteris donationibus non ſimplicibus, ſed ob cauſam factis diuerſum eſt. Hoc ipſo enim quod factæ ſunt ob cauſam apparet, non tam propter donatarium quàm propter cauſam illas factas eſſe, nec proinde quicquam fieri contra donatoris voluntatem cùm earum conferendarum neceſſitas donatario irrogatur ſicut nec in eo donationis ius violatur, quandoquidem non reuocatur donatio, quæ confertur, ſed tanto minus ex donatoris hereditate percipitur. Itaque in ſpecie *d.l. illud. in fi.* vanum quidem † eſt argu-

10 mentum donatarij recuſantis collationem eo colore quod donatio ſimplex de qua conferenda nihil in ipſo donationis tempore dictum ſit, non conferatur ſed non ideo vanum, quia nitatur falſa iuris propoſitione vt iſti putant at quia malã habeat veræ propoſitionis applicationẽ, poſtquã Iuſtin. placet vt hoc caſu ſimplex donatio conferatur ad euitandã inter liberos inæqualitatem. Vanũ ergo argumentum donatarij facit non ratio ipſa iuris communis, ſed ſola conſtitutio Iuſtiniani, citra quam eſſet proculdubio efficax & cõcludens, fueratque tale toto eo tempore quod eam præceſſerat conſtitutio-

11 nem. Dices, Quonam igitur † caſu locũ habebit quantum ad patris hereditatem illa regula, quæ donationem ſimplicẽ negat conferri oportere, ſi de donatione in filiumfam. collata non intelligatur? Nàm donationem in emancipatum collatam ab eo conferendam eſſe certum eſt, nõ tantùm ſi ipſo emancipationis tempore facta ſit & emancipationis contemplatione quomodo fieri olim ſolebat, ſed etiamſi poſt emancipationem ſimpliciter nec aliam ob cauſam quam ob meram liberalitatem *l. vt liberis. 17. in fi. C. de collat.* in cóque video interpretes omnes conſentire, nec malè: quoniam emancipatio illa eſt quæ donatarium hunc capacem fecit talis accipiendæ donationis, & collationis, æquitas contra emancipatos in id introducta eſt, vt eodem iure liberi omnes cenſeantur, quo ſi emancipatio nulla facta eſſet, vt iis, qui familia retenti ſunt, proſit emancipatio, quæ nec ipſi emancipato nocet. Atque hoc certè eſt, quod difficilem facit hanc quæſtionem, non quidem interpretibus qui de ſimplici donatione per patrem filiofamilias facta ſic tractant quaſi poſſit in eam cadere dubitatio an conferenda ſit necne, ſed iis omnibus qui ſciunt & nobiſcum ſentiunt adeo non valere donationem quam pater filiofamilias fecerit, vt neque dici poſſit eam conferri debere, neque conferri non debere. Illud ergo vnum ſupereſt quod dicamus, multum referre an emancipatos conferre debeat ſuo heredi, an

12 fratri etiam emancipato. Cùm ſuo † heredi confert, id obtinet quod modo diximus, donationem quoque ſimplicem ab emancipato conferri deberi quam à patre poſt emancipationem acceperit, ne alioqui fiat iniuria ſuo heredi, qui bona illa fratri emancipato donata nunc reperiret in hereditate patris ſi donata non fuiſſent. Nec enim poſſis dicere etiam eo caſu quo in filiumfamilias ea donatio collata eſſet perinde futurum, vt eas res præcipuas haberet donatarius officio arbitri familiæ erciſcundæ. Id nanque verè diceretur ſi in eadem voluntate pater deceſſiſſet, quod ipſum tamen an facturus fuerit non alio caſu ſciri poteſt quàm cum fecit. Nam etſi donationem in filium emancipatum collatam non reuocauerit, ex eo tamen coniectura voluntatis ſumi non poteſt, quaſi reuocatam noluerit, quam reuocare non potuiſſet tametſi voluiſſet. Proinde ſi etiam illa quæ filius emancipatus aliunde quàm à patre acquiſiuit fratri in familia retento conferre cogitur, quanto magis ea quæ ex donatione accepit à patre, & ex bonis patris? quomodo etiam Cuiacius argumentatur. Et ad hunc caſum pertinet ſanè quod de omnibus donationibus quæ à patre in filium emancipatum factis conferendis ſcriptum eſt in *d.l. vt liberis,* vt probant verba illa, *ſiue ſui iuris ſiue in poteſtate conſtitutis,* quæ oſtendunt tractari eum caſum quo non ſoli ſint emancipati, ſed etiam ſui quos conferre vel quibus conferri oporteat. Nam ſi non niſi inter † eman- 13

cipatos res agatur, quæ altera diſtinctionis noſtræ pars eſt, nulla planè ratio ſiue iuris ſiue æquitatis facere poteſt, vt donationem ſimplicem emancipatus emancipato conferre teneatur, non magis quàm ſi mater in filium vel auus maternus in nepotem contuliſſet donationem defuncto iam donatarij patre, aliter ve effecto donatario ſui iuris. Ratióque diuerſitatis eſt, quia multo fauorabilior eſt collatio quæ ſuis heredibus fit, quàm quæ fit emancipatis, quoniam facit quodammodo iniuriam ſuo heredi emancipatus, cùm ſuccedit iure prætorio, aufertque partem hereditatis ei qui iure ciuili totum erat habiturus, niſi conferat etiam ſua omnia vndecunque quæſita *l. 1. D. de collat. bon. l. 2. Codice ſi vt omiſſ. hered.* Quod non ſimiliter euenit cùm emancipati ſoli ſuccedunt, quo caſu ſola ratio tacitæ voluntatis perſonæ de cuius bonis agitur inducere æquitatem collationis, & conſequenter quod ad ea tantùm bona quæ profecta ſunt ab eodem donatore cui porrò tacitæ voluntati conijciendæ locus nullus relinquitur cùm donatio ſimplex fuit, vt iam diximus.

Nec eſt † quod quis dicat Iuſtin. in *d. l. illud. §. 1.* lo- 14

qui generaliter de donationibus à patre factis, nimiamque fore illam reſtrictionem ſi conſtitutio generaliter & diſtinctè loquens coarctetur non tantum ad donationes collatas in emancipatos, excluſis iis, quæ in filiosfamilias collatæ fuerint, ſed ad eas etiam, quæ fratribus emancipatis conferendæ ſint non ſuis. Nam quod ad primam reſtrictionem attinet, iam probauimus non de aliis donationibus accipi legem poſſe, quàm quæ valeant, & per quas acquiratur donatario id quod donatur, quod donationibus filiofamilias factis non conuenit, nec plauſibilior vlla eſt interpretatio quàm quæ habiles, vt loquuntur, terminos præſupponit, vulg. *l. adigere. 6. §. quamuis. D. de iur. patron. l. 1. §. vltim. D. ad SC. Tertyll.* Quod ad ſecundam verò reſtrictionem ſpectat ne cui durior illa videatur, obſeruare is debet, Iuſtinianum non de iis ſolis donationibus agere quæ à patribus profectæ ſint, ſed de illis etiam quæ à matre itémque ab auo ſiue paterno, ſiue materno, nec ita generaliter loqui vt omnes caſus comprehendat, in quibus donatio per patrem filio emancipato facta reperiatur, ſed potiùs ita vt eos tantùm in quibus donatio à patre facta filio emancipato poſſit videri ſimilis ei, quæ vel à matre vel ab auo materno facta eſſet, ac proinde in quibus non ſuo heredi conferendum ſit, ſed emancipato, quando nec mater, nec auus maternus ſuum heredem habere poſſunt *l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Quoties enim pluribus caſibus iunctis aliquid generale ſubiicitur, quod varias interpretationes recipere poſſit, ea potiſſimum interpretatio capienda eſt, quæ omnibus caſibus æquè, & (vt aiunt) vniformiter cõueniat: non quæ diuerſimodè ac difformiter vulg. *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Et verò verba illa conſtitutionis, *Si quid*

huiuſmodi

huiuſmodi acciderit, nihil aliud vrgent niſi vt caſus aliquis dari poſſit, in quo poſſit ea conſtitutio ſibi locum vindicare: etiam quantum ad donationes à patre profectas: Is autem caſus ſtatim occurrit in donationibus & collatis à patre in emancipatum, & emancipato conferendis. Nec pugnat quod ait. *l. ſi emancipati. 9. C. de*
15 *collat.* emancipatos inter ſe non conferre. Id enim † verum eſt in iis quæ aliunde quam à patre habuerunt, non etiam ſi quid ex cauſa donationis ob cauſam à patre acceperint vt conſtat ex *l. 4. eod.* vbi ſcriptum eſt iam olim ita ius fuiſſe vt filia emancipata etiam dotem profectitiam emancipatis conferre teneretur. Cùm ergo dos etiam à filia emancipata conferatur licèt non æquè debuerit conferri donatio ſimplex à patre quoque facta, voluit tamen Iuſtinianus conferri eam hoc caſu ad euitandam inæqualitatem.

ERROR III.

De ſententia leg. donationes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.

SVMMARIA.

1 *De donationibus ſiue inter virum & vxorem factis, ſiue à patribus in filiosfamilias collatis quid conſtituerit Iuſtinianus in l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & vx.*

2 *Donationes in filiosfam. à patribus collatæ cur olim non conferrentur.*

3 *Eas nec hodie conferri contra Fachineum & alios.*

4 *Nullum eſſe tempus in quo relinquatur locus quæſtioni, An res filiofamilias à patre donatæ conferri debeant nécne.*

5 *Licet donationes in filiosfamilias collatæ hodie retrotrahantur, non tamen videri debent inter viuos. & n. 8. & 17. vt ſint inſinuatæ n. 10.*

6 *Etiam ante Iuſtinianum donationes inter coniuges, aut à patribus in filiosfamilias collatæ retrotrahebantur.*

7 *Quid noui conſtituerit Iuſtinianus in d. l. donationes.*

8 *Multiplices diſtinctiones quas ſeruari vult Iuſtinianus in d. l. donationes.*

11 *Donatio à patre in filiof. collata etiam hodie non tam donatio eſt, quàm donationis deſtinatio.*

12 *Idem eſt de donatione inter coniuges non mortis cauſa facta.*

13 *Donationis mortis cauſa conditio communis.*

14 *Donatio mortis cauſa à coniuge facta ab aliis don. mortis cauſa quomodo differat.*

15 *Condictio ei qui mortis cauſa donauit cur & quando competat.*

16 *Donationes mortis cauſa licet habeant aliquid ex iure contractum, propius tamen accedunt ad naturam vltimarum voluntatum.*

SVPEREST vnus à nobis tollendus ſcrupulus quem iniicit lex alia noua
1 † Iuſtiniani in *l. donationes quas parentes. 25. Cod. de donat. inter. vir. & vxor.* qua factum eſt vt donationes ſiue inter virum & vxorem factæ ſiue à patribus in filiosfamiliæ collatæ quas iure ciuili nec olim valuiſſe nec hodie valere certum eſt, non tantùm confirmentur ſilentio & morte donatoris quod iam antea in vtriſque obtinebat *d. l. 2. Cod. de inoff. donat. l. ſi non verum. 15. C. de donat int. vir. & vx. l. cùm de bonis. 11. C. de donat. & apud. Paul. li. 5. ſent. tit. 11. de donat. §. pater.* [quamuis Cuiacius ad eum locum contra ſentiat & malè requirens ſpecialem confirmationem quam non requirunt Impp. in *l. filiæ. 18. Cod. fam. erciſc. nec Paulus in d. §. pater.*] ſed etiam ita confirmentur, vt ad tempus quo factæ fuerint retrotrahantur, id eſt, ex quo tempore factæ fuerint iam inde valuiſſe videantur, ſi modò vel non excedant legitimam quantitatẽ, vel quæ excedunt actis fuerint inſinuatæ. Huic enim conſtitutioni videtur conſequens, vt hodie donationes huiuſmodi etiam conferantur tanquam ceſſante ratione illa quæ olim collationem ipſarum impediebat. Ideò namque non conferebantur, †, vt diximus, quod non niſi poſt mortem patris acquirerentur. 2
At hodie iam inde ab ipſo tempore quo factæ ſunt acquiſitæ intelliguntur. Quid ergo impedit quominus perinde conferantur etiam quæ in filiosfamilias collatæ fuerunt acſi in emancipatos collatæ eſſent, tanquam quæ inter viuos factæ videantur, nec vltimarum voluntatum iure cenſeantur. Sic enim nonnullos ex recentioribus video ratiocinari, inter quos Andream Fachineum virum ſanè diligentem & perſpicacem *li. 6. controuer. cap. 64.* Verum reſpondendum † eſt eam ſemper durare rationem 3
quæ collationem impediat, quòd quamuis hæ donationes retrotrahantur ex quo tempore confirmatæ ſunt, non tamen confirmantur niſi morte in eóque naturam retinent vltimarum voluntatum, quarum porro ius proprium, hoc eſt vt non veniant in collationem nec magis ab inteſtato quàm ex teſtamento, quoniam qui etiam iudicium patris meruit nec amplius nanciſcitur quàm pater ei dedit cogendus non eſt ad collationem eius quod ex iudicio habet *l. 1. §. vel maximè. D. de coll. l. à patre 10. l. filiam. 16. Cod. eod.* Et ratio eſt quia quod acquiritur ex vltima voluntate non acquiritur niſi poſt mortem eius cuius vltima voluntas fuit cùm prius ſit, vt voluntas illa vltima confirmata ſit quàm vt ex ea quidquam acquiratur. Atqui non confirmatur niſi morte. Iam autem ſæpius diximus ea quæ poſt mortem patrisfamilias acquiruntur non conferri. *d. l. eo demum. 6. l. nec emancipati. 15. eod.* Nec ſanè fieri poteſt, vt eodem inſtanti & acquiratur aliquid ex donatione & oneri collationis ſubiiciatur, quoniam quod confertur alienatur hoc ipſo quod communicatur. Et quemadmodum ſolemus dicere non alienari id quod datur ea lege, vt ſtatim recipiatur. *l. qui ſic ſoluit. 35. D. de ſolut.* ita neque adquiri dici poſſet id quod ita acquireretur, vt ob hoc ipſum quod acquireretur collationis oneri obligaretur. Itaque ſi ſubtilius inſpicias nullum inſtans † eſt in quo poſſit eſſe locus, non di- 4
cam collationi ſed neque quæſtioni de collatione rerum à patre filiofamilias donatarum. Nam tum quoque cùm confirmantur morte, earum dominium tamen non prius adquiritur filio quàm arbiter familiæ erciſcundæ eas præcipuas adiudicauerit ſecutus patris voluntatem. Adiudicatio enim modus fuit iam olim transferendi dominij iure Quiritum vt Vlpianus refert *titulo XIX. de acquir. rer.* eſtque hoc caſu neceſſarius ad dominium transferendum in donatarium manca legis poteſtate ob inualiditatem donationis. Præpoſtera autem quæſtio eſt an res donatæ filiofamilias conferri debeant priuſquam fuerint ei acquiſitæ: cùm alienæ rei collatio ridicula ſic nedum inanis. Rurſus cùm arbitri familiæ erciſcundæ tale officium eſſe debeat, vt res iſtas filiofamilias donatas ei non aliter adiudicet, quàm vt præcipuas habeat [alioqui ad quid prodeſſet adiudicatio?] non poteſt fieri vt poſt eiuſmodi adiudicationem ſuperſit quæſtio *de collatio.* cùm ſint iſta contradictoria, vt quod quis præcipuum habeat conferre teneatur: præſertim cùm, & adiudicatio & conferendi neceſſitas proficiſcatur ex officio eiuſdem arbitri ſequentis in vno iudicium patris, in alio edictum prætoris. Pugnaret enim ſecũ arbiter ſi & res iſtas donatas, adiudicaret filio præcipuas quod facere debet. *l. filiæ. 18. Cod. fam. erciſc.* & tamen eaſdẽ à filio cõferri iuberet ſiue in ipſa adiudicationis formula, quod eſſet ſtultius, ſiue poſt adiudicationem

tionem. Sera igitur collationis petitio eſt poſtquam arbiter filio res iſtas tanquam præcipuas adiudicauit vt in ſimili ratiocinatur, IC. in *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict.* proinde fatendum eſt non ſolùm res filiofamilias donatas non conferri poſſe aut debere. Sed neque tempus vllum eſſe in quo relinquatur locus quæſtioni. An debeant conferri nécne. Neque quòd huiuſ-
5 modi donationes † hodie retrotrahantur facit vt eo magis videri debeant inter viuos, cùm inſpiciendum ſit tempus quo confirmantur & à quo non ad quod retrotrahuntur. *l. in mortis. 22. iunct. l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. donat.* Alioqui perinde inſertas donationes inter virum & vxorem hodie valere ac iam olim valuiſſe iure donationum inter viuos, quandoquidem & hodie retrotrahuntur & iam olim retrotrahebantur ad id tempus quo factæ eſſent *l. ſi mortis cauſa. 40. D. eod. l. cùm pater. 77 §. pater filia. D. de lega. 2.* Ex quibus lo-
6 cis † apparet non tantùm in donationibus à coniuge factis, ſed in iis quæ à patre in filium familias collatæ eſſent iam olim hoc ius obtinuiſſe, ſc. ſi ſpeciali voluntate confirmatæ eſſent, nec in eo quidquam noui Iuſti-
7 nianum conſtituiſſe in *d. l. donationes* ſed in hoc † tantùm vt ius illud vetus non aliter locum habeat quàm ſi donatio vel non excedat legitimam quantitatem, vel quæ excedit actis inſinuata reperiatur: niſi non tantùm ſilentio ſed etiam ſpeciali voluntate confirmata proponatur: ſolo caſu etiamſi eam quantitatem excedant nec inſinuatæ ſint donationes patitur Iuſtinianus, vt nihilominus valeant, ſed ita tamen, vt non retrotrahantur quomodo antea ſed ex ipſo tantùm die confirmationis valeant quæ valerent ex die collationis ſi ius vetus ſeruaretur. Facit etiam ius nouum ea conſtitutio in hoc quod tollit diſtinctionem illam iuris veteris, An de ea re ageretur quæ eſſet iuris an de ea quæ eſſet facti, quoniam in iis tantum quæ iuris erant, non etiam in iis quæ facti poterat retrotrahi confirmatio. *l. quædam.*
8 *7. §. 1. D. de iure codicill.* Iuſtinianus enim eas ſolas † diſtinctiones ſeruari vult quas ea conſtitutione inducit, An donatio excedat ſummam legitimæ nécne: vt ſi non excedat ius antiquum ſeruetur, ſin excedat, non valeat niſi ſpecialiter confirmata ſit. Hæc enim ſecunda diſtinctio eſt, An donatio quæ excedit ſpecialiter confirmata ſit nécne, vt ſpecialiter confirmata valeat, ſed ex die confirmationis tantùm: ſpecialiter verò non confirmata non valeat ne quidem ex die mortis, cùm tamen olim valeret vt pote quæ ſaltem ex eo die per ſilentium & mortem donatoris confirmata intelligeretur. Et ex hac ſecunda diſtinctione naſcitur quoque tertia quantum ad hoc, vt donatio retrotrahatur. Nam circa illam quæſtionem, An huiuſmodi donatio confirmata retrotrahatur, duplicem quoque diſtinctionem adhiberi vult Iuſtinianus, priorem illam, vtrum ſpecialiter confirmata ſit an ſilentio tantùm & morte donatoris: Alteram vtrum quæ ſpecialiter confirmata eſt quantitatem legitimam excedat an non: Vt quæ ſilentio, & morte donatoris tantùm confirmata fuit nunquam retrotrahatur etiamſi non excedat, nec ſi fuerit inſinuata, quomodo nec olim retrotrahatur vt puto: quæ verò ſpeciali voluntate confirmata eſt retrotrahi quidem poſſit, vt olim, at non indiſtinctè quomodo antea, ſed cum alia illa diſtinctione, ſi vel quantitatem legitimam non excedat, vel quæ excedit fuerit inſinuata. Itaque ſi bene inſpicies nihil ea conſtitutione fecit Iuſtinianus ad ampliandum ius huiuſmodi donationum, ſed potius reſtrinxit earum fauorem, reſpiciens ad eam conſtitutionem quam idem Iuſtinianus fecerat de donationibus quæ ſummam quingentorum ſolidorum excederent inſinuandis *l. ſancimus. 34. Cod. de donat.* Cuius iſta veluti appendix quædam eſt. Quod cùm ita ſit non niſi ridiculè poſſis dicere cenſeri eas †
9 hodie iure donationum inter viuos ſi iam olim non cenſebantur nec magis eas quæ ſpeciali iudicio confirmatæ & inſinuatæ † ſunt quàm cæteras. Inſinuatio 10
enim nihil iis iuris noui tribuit ſed vetus tantùm conſeruat, quod alioqui eadem conſtitutione tolleretur ſi inſinuatæ non eſſent. Nec eo minus etiam hodie verum eſt donationem † à patre in filiumfamilias colla- 11
tam non tam donationem eſſe quàm donationis deſtinationem, vt loquitur *d. l. cùm de bonis 11. Codice de donat.* Quod & de donationibus † inter coniuges fa- 12
ctis æquè dici debere certum eſt, ſi non mortis cauſa, ſed inter viuos factæ ſint: quia non aliter valere poſſunt quantumcumque actis inſinuatæ, vel donatoris ſilentio & morte confirmatæ ſint, ex oratione Seueri de qua in *l. cùm hic ſtatus. 32. D. de donat. int. vir. & ux.* vel ſpeciali voluntate, quæ voluntas non inter viuos eſſe poteſt, ſed vt ſit vltima, & tanquam à moriente facta prorſus neceſſe eſt. Siquidem quæ ratio impedit donationem quamlibet inter viuos, eadem impedit quoque ne inter viuos confirmari poſſit. Ideo autem loquor de donationibus factis inter coniuges non mortis cauſa: quoniam omnium mortis † cauſa dona- 13
tionum ius commune illud eſt, vt quamuis non videantur perfectæ niſi morte donatoris ſecuta tamen quandocunque morte ad id tempus quo factæ ſunt reducantur, nec minus quæ inter virum & vxorem quàm quæ inter cæteros factæ ſunt *d. l. ſi mortis cauſa. 40. D. de mort. cauſ. donat.* Licèt in eo deterioris conditionis ſit donatio † à coniuge facta etiam mortis cauſa, quod 14
nunquam ita poteſt illa fieri, vt dominium rei donatæ ſtatim & viuo adhuc donatore transferatur *l. ſed interim. 13. in princ. cum duab. praced. D. de donat. int. vir. & vxor.* quod in cæteris mortis cauſa donationibus, id eſt, inter cæteros factis diuerſum eſt, quæ licèt poſſint ita fieri vt dominium non niſi ſecuta morte donatario acquiratur, poſſunt tamen etiam ita, vt in donatarium ſtatim dominium transferatur *l. 2. D. de mort. cauſ. donat.* Vnde eſt quod dici ſolet † eum qui mortis 15
cauſa donauit poſſe ex pœnitentia vel condictionem habere vel vellem. *l. qui mortis. 30. eod.* Nec enim condictionem alius habere poteſt quàm qui dominus eſſe deſiit, cùm nemo rem ſuam condicat niſi à fure. *l. vltim. D. vſufr. quemad. cau. l. 1. D. de condict. furt.* Et tamen quis idcirco dixerit donationes etiam cauſa mortis cenſeri iure donationum inter viuos etiam ex quibus dominium ſtatim tranſlatum fuit? Quanto minus eæ ex quibus dominium ſtatim tranſlatum non ſit tametſi retrotrahatur? Generaliter ſiquidem verum eſt donationes † cauſa mortis licèt aliquid habeant ex 16
iure contractuum, propiùs tamen accedere ad naturam vltimarum voluntatum legatiſque magis quàm contractibus comparari oportere *l. illud. 37. D. de donat. cauſ. mort. l. vlt. Cod. eod.* Quod ſi donationes cauſa mortis nunquam cenſentur iure donationum inter viuos, licet retrotrahantur, ne tum quidem cùm dominium ex iis ſtatim tranſlatum fuit, planè non video † quo- 17
nam iuris colore poſſit defendi donationem à patre in filiumfamilias collatam ob id ſolùm debere cenſeri iure donationis inter viuos quod cùm ſpeciali voluntate confirmata eſt, nec ſummam legitimam excedit, retrotrahitur ad id tempus, quo fuit interpoſita, ſiue dicas retrotractionem iſtam ex noua lege Iuſtiniani inductam eſſe, quod non puto verum, ſiue quod probabilius eſt, iam olim ita ius fuiſſet vt ad diem contractus retrotrahi deberet donatio, eo nimirum caſu quo ſpeciali voluntate fuiſſet confirmata.

* *

ERROR

ERROR IV.

De iure collationis facienda in omni caſu ſucceſſionis inteſtati, etiam factis codicillis ad l. à patre 10. & l. filiam. 16. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Sententia eorum qui in quæſtione de collatione ſimplicis donationis inter viuos factæ ſeparant cauſam teſtati à cauſa inteſtati.*

2 *Rationem cur nonnulli exiſtimant donationem ſimplicem à patre filiofam. factam ab inteſtato conferendam eſſe, & falſam & inconſequentem eſſe.*

3 *Donatio ſimplex non confertur, niſi donator ipſe donationis tempore id nominatim iuſſerit.*

4 *Diſtinctio de donatione ſimplici conferenda ab inteſtato quidem, at non ex teſtamento rupto per querelam inofficioſi refellitur.*

5 *De collatione quid noui ſtatuerit Iuſtinianus in Nou. 18. de triente.*

6 *De collatione eorum quæ in codicillis relicta ſunt.*

7 *Cuiacium hanc propoſitionem*, Ea quæ in codicillis relicta ſunt non conferri, *malè probare ex l. à patre & l. filiam. C. de collat.*

8 *Perperam quoque ex dd. l. à quibuſdam inferri, factis codicillis locum eſſe collationi, quamuis non iiſdem ſit ei locus facto teſtamento.*

9 *Cur in dd. ll. locus non ſit collationi.*

10 *Cur facto teſtamento non ſit locus collationi, ſit autem factis ab inteſtato codicillis.*

11 *Quod de collatione ex teſtamento quoque facienda à Iuſtin. conſtitutum eſt in Nou. 18. iuri veteri & rationi repugnare.*

ALIVS aliorum error à nobis confutandus
1 eſt † qui in quæſtione illa quam tractauimus in præcedentibus, de ſimplici donatione inter viuos facta vtrum conferenda ſit
necne, vt ſe euoluant ex *d. l. penult. in fin. C. de collat.*
vbi apertiſſimè ſcriptum eſt donationem ſimplicem &
inter viuos factam non aliter conferri quàm ſi huiuſmodi legem donator tempore donationis indulgentiæ
ſuæ impoſuerit, nouam inducunt opinionem vt ſeparanda ſit hac in re cauſa teſtati à cauſa inteſtati, & ab
inteſtato quidem conferatur ſimplex donatio, facto
autem teſtamento quod per querelam inofficioſi teſtamenti poſteà reſciſſum ſit, non conferatur, niſi eam liberalitati ſuæ legem teſtator dixerit: atque ita conctant
ad hunc caſum quod tam generaliter ſcriptum eſt in
d. l. penult. nec minùs tamen in eo perſtant, vt Iuſtinianus in illa lege de ſimplici donatione loquatur, quæ
etiam in filiumfamilias fuerit à patre collata, quòd
quamquam ipſo iure non valeat, nec niſi morte confirmetur, tamen non tam legati aut fideicommiſſi & vltimæ voluntatis naturam habeat quàm donationis inter
viuos, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* quæ fecit vt ad eum diē
quo facta eſt retrotrahatur. Quam rationem ex iis quæ
ſuperiore capite diximus ſatis reiectam eſſe arbitramur,
probatúmque longè aliam fuiſſe Iuſtiniani mentem
2 quàm vulgo exiſtimetur. Cui conſequens eſt, vt qui †
aliam rationem non habent cur dicant ſimplicem donationem filiofamilias à patre factam ab inteſtato conferendam eſſe, niſi quod donationis inter viuos iure
cenſeatur poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem,
nunc manus dare debeant, tanquam qui nulla penitus
ratione decertent. Si enim huiuſmodi donatio valere
non poteſt niſi vltimæ voluntatis iure, quod certè veriſſimum eſt ſi quid in iure noſtro verum, relinquitur
vt bona ex huiuſmodi donatione acquiſita, immunia
ſint ab onere collationis, vt & alia quæcunque poſt
mortem patris quæſita vndecumque tandem obuenerint, vt probauimus ex *l. ea demum 6. & l. nec emancipati. 15. C. de collat.* Ea namque ſola conferuntur, quę conferens habuit tempore mortis eius de cuius ſucceſſione
tractaretur *l. 2. C. ſi vt emiſſ. hered. l. 1. & tot. tit. D. de collat.* Quanquam non video, quænam ſit iſta conſecutio, vt ideo debeat conferri donatio facta filio per
patrem, quod cenſenda ſit iure donationis inter viuos.
Nam immo verò tanto minùs conferenda eſt, quanto
certiùs donatio inter viuos dici poteſt, cùm ea ſit voluntas donantis, vt liberalitatem exerceat in donatarium,
qui tamen ſi conferre cogeretur, hoc ipſo donationis
emolumentum amitteret. Ideóque iuris regula eſt, † 3
Donationem ſimplicem non conferri, niſi donator
ipſo donationis tempore id nominatim iuſſerit *d. l. penult.* Fateor in donatione ſimplici facta inter viuos
non poſſe impediri collationem ea ratione, quod bona poſt mortem patris quæſita non conferantur, Nihilque aliud poſſe concludere, tametſi millies probares
donationem hanc iure donationis inter viuos defendēdam eſſe: nec ideo facies, vt non alia ratio ſit, quę prohibeat collationem, Nempe quod non magis donatio inter viuos conferatur quam quæ ſunt quæſita poſt mortem. Sed illa diſtinctio † longè improbabilior eſt, quam 4
iſti comminiſcuntur de donatione ſimplici conferenda ab inteſtato quidem, at non ex teſtamento rupto
per querelam inofficioſi. An non enim ſuccedituɾ ab
inteſtato, cùm teſtamentum ruptum eſt per querelam?
l. circa. 24. l. mater decedens 19. de inoff. teſt. Aut quid refert an deceſſerit quis inteſtatus ab initio an ex poſtfacto vt eo magis minúſve debeat eſſe locus collationi?
An non pugnat hæc diſtinctio cum toto iure vetere,
cuius forma illa erat, vt ex teſtamento quidem valido
ceſſaret collatio, ab inteſtato verò omnimodo locum
haberet? *l. 1. C. eod. tit. de coll.* Hoc enim potiſſimum
eſt quod Iuſtinianus † innouauit *Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. §. illud,* vt hodie collationi locus ſit etiam 5
facto teſtamento niſi prohibita ſit collatio, cùm enim
non eſſet locus niſi teſtator nominatim id præcepiſſet.
l. 1. C. eod. Nempe quia reſpexit Iuſtinianus ad æqualitatem inter liberos quantum fieri poſſit conſeruandam
omni caſu etiam ex teſtamento, cùm tamen prætor
olim nihil aliud curaret, niſi ne qua liberis in poteſtate
retentis fieret iniuria per emancipatos ſuccedentes iure prætorio ſiue per contra tabulas ſiue per bonorum
poſſeſſionem *vnde liberi*, quæ portò iniuria nulla eſt
cùm emancipatus aut etiam ſuus ex teſtamento conſequitur eam partem quam teſtator ipſe voluit ad eum
pertinere. Nam & perſona prorſus extranea quæ non
eſſet ex liberis, tantundē, ſi fuiſſet inſtituta conſequeretur. In quo tamen illa incurrit hæſitatio, quod etiam
ab inteſtato factis codicillis † ſi nihil aliud petatur niſi 6
quod codicillis relictum eſt, æquè ceſſat collatio *l. à patre 18. l. filiam. 16. Cod. eod.* eadem prorſus ratione, quia
nullam iniuriam fratri facere videri poſſit filius ſiue
emancipatus qui nihil conſequitur niſi ex patris voluntate. Tam autem voluntas patris eſt ea quam declarauit codicillis quàm quæ declarata fuerit teſtamento.
Atqui non eò minùs verum eſt deceſſiſſe ipſum teſtatō,
tametſi codicillos fecerit. Neque enim teſtamentum
ſunt codicilli ab inteſtato facti. Ergo, inquies, non
tam illa diſtinctio adhibenda eſt, Vtrum factum ſit teſtamentum necne, quàm vtrum filius ex voluntate patris ſuccedat an contra vel præter voluntatem. Sed reſpondendum eſt, immo neceſſariam eſſe illam diſtinctionem, Vtrum ſit factum teſtamentum necne, quotieſcunque filius contra quem collatio petitur, ſuccedit patri, iure ac titulo vniuerſali, ſiue ſui heredis ſiue bonorum poſſeſſoris, quia nullo facto teſtamento
ſiue ſuus ſiue emancipatus ſit ille cui collationis onus

ſtrogatur, cùm ſuccedit in vniuerſitate bonorum ſiue
iure ciuili ſiue prætorio, ſi quidem emancipatus eſt, eri-
pit fratri qui manſit in familia partem bonorum pater-
norum, quæ alioqui tota debuiſſent ad ſuum heredem
pertinere, ideóque facit ei iniuriam niſi conferat vi-
ciſſim ſua: ſi verò ſit ex liberis in familia retentis cùm
nihil poſſit habere proprium de quo poſſit quæri, an
conferre debeat necne præter dotem, vel ante nuptias
donationem, hoc ipſo debet eam conferre tàm ſuis he-
redibus ex ratione iuris veteris quàm emancipatis ex
conſtitutione Leonis in *lege vt liberis* 17. *Cod. eodem.*
quia quæ dote non eſt contenta vel donatione propter
nuptias, ſed præterea ſucceſſionis partem capit, non
ſuccedit tanquam extranea perſona ſed tanquam ex li-
beris, ac proinde recuſare non poteſt collationem ſiue
dotis ſiue ante nuptias donationis, vt ſucceſſionis in-
teſtati forma ſeruetur quæ illa eſt vt inter liberos om-
nes ſuccedentes diuiſio fiat ſiue hereditatis ſiue bono-
rum in partes æquales. In quo bonorum numero
etiam dos vel donatio propter nuptias à patre profecta
continetur, propter eam rationem quam in ſequenti-
bus afferemus. At cùm is cui aliquid in codicillis reli-
ctum eſt, ab inteſtato non ſuccedit, nec aliud quic-
quam petit niſi quod ei à legitimis heredibus ab inte-
ſtato venientibus præſtari pater voluit, ceſſat collatio,
quia quamuis relictum ei ſit aliquid tanquam filio, per-
cipit tamen extranei iure, hoc eſt eo prorſus modo quo
caperet extraneus ſi ei relictum fuiſſet. Quæ ſententia
eſt *d. l. à patre. & d. l. filiam.* quam ita conſtitui oportet,
acſi ſcriptum eſſet filiam cum fratribus ſuis coheredi-
bus inteſtato patri ſuccedentem, ſi non conferat dotem
nihil conſequi poſſe iudicio familiæ erciſcundæ, præ-
terquam id quod ipſi relictum fuerit in codicillis: vt
intelligamus vel abſtinere illam debere ab hereditate
patris, vel dotem cóferre, alioqui ſi dotem conferre no-
lit, officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debere,
vt præter id quod in codicillis relictum eſt nihil ipſam
conſequi patiatur. Quod vereor ne non ſatis bene per-
7 ceptum ſit à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio, † qui *lib.*
3. obſeruat. cap. 30. probat d. l. filiam. & d. l. à patre. ea quæ
in codicillis relicta ſunt non conferri. Quæ propoſitio
licet vera ſit ob eam rationem quam attulimus, quòd
relicta in codicillis extraneorum potius quàm libero-
rum iure capiuntur, quódque non niſi poſt mortem
eius de cuius bonis agitur, acquirantur, ex iis tamen lo-
cis non probatur. Aliud enim eſt dicere iſta non con-
ferri, aliud verò poſſe filiam etiam non conferendo ea
conſequi, quæ ſibi relicta ſunt in condicillis, cùm pa-
tri non ſuccedit. Alioqui eodem modo probares ne
quidem dotem eſſe conferendam, quia in earum le-
gum ſpecie non magis dos confertur, quàm quod reli-
ctum eſt in codicillis: ſed tamen diuerſa ratione: Dos
enim ideo non confertur, quoniam filia quæ dotem ac-
ceperat ſe abſtinet patris hereditate. Relictum verò in
codicillis ideò, quòd extranei iure percipitur, neque
conferendum eſſet, etiam ſi filia patri ſuccederet ab in-
teſtato, quandoquidem ſi extraneo relictum eſſet non
magis id quàm cætera bona ſua conferre cogeretur.
Nec leuior aliorum error eſt qui ex iiſdem locis † pro-
8 bant etiam factis codicillis locum eſſe collationi, quam-
uis non itidem ſit ei locus facto teſtamento. Etſi enim
hoc quoque verum vtrumque eſt, tamen ad has leges
non pertinet. Quinimo poſſet quis potiùs probare ex
d. l. à patre factis ab inteſtato codicillis non fieri colla-
tionem ſiquidem ibi negent Imperatores cogendam fi-
liam ad collationem dotis, cùm tamen codicilli facti,
& quidem ab inteſtato proponerentur. Vt & in *l. fi-*
liam. factis etiam codicillis ab inteſtato non vrgetur ad
collationem filia, ne quidem dotis, ſed tantùm à pater-
na ſucceſſione ſi non conferat, ſummouetur. Sed ea quo-
que argumentatio captioſa eſſet, quia collationi † lo-
9 cus non eſt in iis legibus, non quòd codicilli ab inteſta-
to facti eſſent, ſed quòd filia nollet ab inteſtato ſuc-
cedere, contentáque eſſet dote & iis quæ ſibi relicta
eſſent in codicillis. Nam ſi ab inteſtato ſuccedere vo-
luiſſet, vtique conferre debuiſſet non quidem ea, quæ
relicta fuiſſent in codicillis, ſed dotem & cætera ſi
qua erant quæ in collationem venirent. Itaque quod
dicunt factis codicillis non eo minùs locum eſſe col-
lationi, tunc verum eſt cùm ſuccedere vult is, qui
conferre debet, ſuccedere verò non in iis tantùm quæ
ſibi relicta ſunt in codicillis, quæ ſemper ei ſunt præ-
cipua, niſi relicta fuerint ea lege vt conferantur, ſed
in ipſa etiam vniuerſitate bonorum pro parte quæ ad
eum ſpectat, vel ciuili iure, vel prætorio. Eaque nimi-
rum ratio † differentiæ eſt inter teſtamentum, & codi- 10
cillos, id eſt cur facto teſtamento non ſit locus colla-
tioni, ſit autem factis ab inteſtato codicillis: quia ex
teſtamento quoties ritè factum eſt nec deſtituitur, ne-
ceſſe eſt vt ſuccedat quiſquis ſuccedit, ac proinde tan-
quam alius quilibet extraneus. Ex codicillis verò non
ſucceditur, tum quoque cum teſtamentum nullum
factum eſt, ſed ex ſola lege, quandoquidem nec here-
ditas per codicillos defertur. Ideóque non poſſunt co-
dicilli ab inteſtato conditi, facere vt conferri non de-
beant ea ipſa, de quorum collatione nullis factis codi-
cillis minimè dubitaretur, quia neque faciunt quomi-
nùs ſuccedatur eo ipſo iure quo ſuccederetur ſi nulli
facti eſſent, id eſt ex ſola lege, quamuis tacita quoque
voluntas patris familias concurrere videatur quoties ab
inteſtato ſucceditur, ſiue codicillis aliquibus factis ſiue
nullis, quaſi patre familias ſponte ſua relinquente le-
gitimis ſucceſſoribus ſuam hereditatem *l. 3. l. conficiun-*
tur. 8. D. de iur. codicill. l. ab exheredat. 126. de legat.
1. Sed non poteſt ea voluntas tacita vim tantam habe-
re quantam haberet expreſſa ad impediendum ius col-
lationis, quia non ſicut extranei iure capitur, quic-
quid ex vltima voluntate teſtamenti ſiue codicillorum
percipitur, ita & iure extraneorum capere videri poſ-
ſunt, qui capiunt ab inteſtato. Soli enim ſui aut legi-
timi, vel qui à prætore pro ſuis aut legitimis habentur,
poſſunt ab inteſtato ſuccedere, qui nullomodo ſucce-
derent ſi extranei eſſent. Quæ cùm ita ſint dubitari non
oportet, quin quod à Iuſtiniano † conſtitutum eſt *d.* 11
Nouell. 18. de triem. & §. illud Vnde ſumpta eſt Auth. ex
teſtamento. Codice de collat. De collatione eo teſtamen-
to quoque facienda, etiamſi nihil de eo cautum, dum-
modo nec quicquam prohibitum ſit à teſtatore, ſicu-
ti pugnat cum iure vetere, ſic & à iuris ratione om-
nino ſit alienum. Ita enim fit vt qui habens pro ſe vo-
luntatem teſtatoris expreſſam quam perinde habere
quilibet extraneus ſine collationis onere potuiſſet,
ſuccedit iure cuiuſlibet extranei, deterioris tamen
conditionis ſit quàm extraneus quilibet. Hoc nimi-
rum colore, quem vnum præ oculis habuit Iuſtinia-
nus, vt ſeruetur æqualitas inter liberos quos natura
facit æquales ſiue ſui ſint ſiue emancipati, ſiue ex te-
ſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur. Legiſlator vetus
id tátùm curabat ne qua fieret iniuria ei cui pars ſucceſ-
ſionis eripiebatur, ſi non ei conferretur: nec putabat
illud etiam attendendum vtrum æqua lance ſuccede-
rent qui non æquo & pari iure ad ſucceſſionem ve-
niebant. At Iuſtinianus contrà, quaſi nullius planè
momenti eſſet ea differentia, quæ ex ſuitatis & emanci-
pationis diſſimilitudine proficiſcebatur, nihil aliud in-
tuitus eſt niſi vt inter omnes cuiuſcumque ſexus &
conditionis liberos æqualitas omnimodo ſeruaretur ſi
non expreſſa teſtatoris voluntas repugnaret. *d. §. illud*
& d. l. penult. §. 1. quod etiam Leonis propoſitum fue-
rat in *l. vlt. lib. 17. eod.* niſi quod iura collationis non
fuerat auſus porrigere ad cauſam teſtati, vt in ſequenti-
bus dicemus. Et hæc quidem tractaſſe ſatis ſit aduerſus
eos qui facilius eſſe putant vt ſimplex donatio in filiũ-
familias collata conferatur ex teſtamento quod per
querelam

querelam inofficioſi teſtamenti ruptum ſit quàm ſi paterfamilias ab initio inteſtatus deceſſiſſet. Quaſi teſtamentum quod per querelam ruptum eſt, vllum ex eo tempore vnquam fuiſſe videatur. Vt taceam Iuſtinianum *in d. l. penult.* §. 1. nihil minùs, quàm de hoc cogitare, de quo ne verbum quidem. Sed indicandus & explicandus locus eſt qui viros alioquin doctiſſimos in hanc ſententiam adeo improbabilem perduxit. Is eſt *in l. ſi non mortis. 25. D. de inoff. teſtam.* De cuius emendatione ac interpretatione iam videamus.

ERROR V.

De interpretatione & emendatione leg. ſi non mortis. 25. D. de inoffic. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Vnde colligant, nonnulli iam olim donationes inter viuos conferri ſolitas etiam facto teſtamento, vbi illud per querelam inofficioſi ruptum proponeretur.*
2 *De quibus donationibus inter viuos intelligendum ſit eas iam olim conferri ſolitas rupto per querelam quod factum erat teſtamento.*
3 *Vlpianum in lege vigeſima tertia D. de inoffic. teſtam. non loqui de donatione ſimplici ſimpliciter facta, nec ea lege vt in quartam imputaretur.*
4 *De quibus vera ſit illa propoſitio,* Quæ imputanda ſunt in quartam ea conferuntur.
5 *Conferri debet ab inteſtato, ruptóque per querelam teſtamento ea donatio de qua fuerat actum vt vel pro quarta haberetur ſi teſtamentum nunquam ruptum fuiſſet.*
6 *Querela inofficioſi quæ teſtamentum rumpit non poteſt tamen rumpere legem donationi inter viuos.*
7 *Cur donatio facta inter viuos ea lege vt in quartam haberetur rupto poſtea teſtamento ab inteſtato conferatur.*
8 *Quod dicitur donationes patris in filiosfamilias collatas, ſolo ſilentio mortéque patris confirmari, ad donationem factam ea lege vt in quartam haberetur, non pertinere.*
9 *Collatio quorum bonorum fit.*
10 *Cum donatio eſt inualida, nullus eſt locus quæſtioni de collatione donationis.*
11 *Iuris loci qui de ſimplici donatione conferenda vel non conferenda loquuntur, de qua donatione intelligi debeant.*
12 *De qua donatione loquatur Vlpian. in d. l. vigeſima quinta D. de inoff. teſtam. & num. 14.*
13 *Emancipati quatenus ad querelam inofficioſi admittantur.*
15 *Cur fiat collatio in dict. leg. vigeſima quinta D. de inoff.*
16 *Interpretatio & emendatio dict. leg. 25. D. de inoffic. teſt.*
17 *Actionis ad ſupplementum proprium eſt vt teſtamentum conſeruet.*
18 *Deciſio quæſtionis an donatarius agens ad ſupplementum conferre debeat quod accepit ex donatione inter viuos.*
19 *Inter emancipatos quando locus ſit collationi.*

1 SI non † mortis cauſa fuerit donatum, inquit Vlpianus, ſed inter viuos, hac tamen contemplatione vt in quartam habeatur poteſt dici, querelam inofficioſi ceſſare, ſi quartam in donatione habeat, aut ſi minùs habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum eſt, *l. ſi non mortis. 25. D. de inoff. teſtam.* Hinc quidam inferunt, proprium iam olim & ſingulare ius fuiſſe donationum inter viuos, vt quamuis ab inteſtato tantum, non etiam ex teſtamento fieri collatio ſoleret, tamen facto quoque teſtamento conferri deberent, ſi per querelam inofficioſi teſtamentum poſtea ruptum proponeretur. Quòd ſanè falſum eſt, niſi addas de iis † donationibus inter viuos factis id intelligendum, de quibus loquitur eo loco Vlp. 2
id eſt quæ ita factæ eſſent, vt in quartam imputari deberent, cum donator eas præcipuas donatarium habere noluiſſet. Quid enim tam contrarium eſt imputationi faciendæ, quàm haberi præcipuum id quod voluerit donator imputari? Aliud autem proculdubio reſpondiſſet Vlpianus † ſi tractaſſet de donatione ſimplici 3
ſimpliciter facta nec ea lege, vt in quartam imputaretur. Quid enim haberet commune talis donatio cum iure ſucceſſionis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ; aut quid poſſet intereſſe donatarij, an eſſet factum teſtamentum néc ne, vel an quod factum eſſet, poſtea ruptum fuiſſet per querelam aut non? Nam & facta donatione inter viuos hac lege vt in quartam imputaretur, illa tamen dubitandi ratio apud Vlpianum quòd non fuerat dictum à donatore vt conferri deberet, ſed tantum vt imputari, quòd longè diuerſum eſt, Alioqui ſi pro eodem haberetur, vtique dicendum eſſet, non ſolùm omnia quæ in quartam computanda ſunt conferri oportere, ſed etiam è contrario quicquid confertur imputandum eſſe quod Iuſtin. *negat. in l. penult. C. de collat.* Nec quod Iuſtinianus, ibi dicere videtur hanc veteris regulam fuiſſe, non ab omnibus tamen admiſſam vt quæcumque in quartam imputanda eſſent illa etiam conferri oporteret, facere poſſe videbatur apud Vlpianum vt donatio inter viuos ob id magis deberet conferri, rupto per querelam teſtamento, quia donationis tempore id actum fuerat, vt in quartam imputaretur. Illa enim conuentio de huiuſmodi donatione in quartam imputando non ad alium caſum pertinere poterat quàm in quo de quarta tractari poſſet, ac proinde quo factum eſſet teſtamentum illudque validum, & vtile ad teſtamentariam hereditatem inducendam retinendámque non quo ſuccederetur ab inteſtato. Itaque rupto per querelam teſtamento non magis conuentioni in caſum teſtamentariæ ſucceſſionis collatæ locus vllus videri relictus poterat, quàm ipſi ſucceſſioni teſtamentariæ, quam tamen certum eſt nullam ſupereſſe poſt querelam inofficioſi rectè perlatam. Eſtque mala & captioſa illa ratiocinatio, ſi quis ita argumentetur, Omnia quæ imputanda ſunt in quartam, etiam conferuntur: Atqui hæc donatio erat imputanda in quartam ex lege donationi dicta per donatorem: Ergo eſt conferenda ex eiuſdem donatoris voluntate: Maior enim propoſitio † ad ea tantum pertinet quæ ſui natura ſunt 4
imputanda in quartam, non etiam ad ea quæ ex conuentione dumtaxat, ſiquidem facta conuentione in caſum teſtati nulla ratio eſt, vt ad caſum inteſtati eadem conuentio accommodetur nec vt aliud iuris conſtituatur, quam ſi teſtamentum nullum factum fuiſſet, nulláque conuentio circa cauſam teſtati. Ceſſante porrò conuentione certum eſt, non fore ab inteſtato conferendam donationem ſimplicem ſimpliciter factam. Ergo neque conferenda videbatur rupto per querelam teſtamento, tametſi donationis tempore actum eſſet de illa in quartam imputanda. Et ſanè ita eſſet ſi non ab hoc ipſo donatario querela propoſita fuiſſet, ac fortaſſis à fratre qui donationis collationem ſibi fieri poſtularet. Hoc enim caſu cum nihil ei poſſet imputari, ſed fratri potiùs qui querelam inſtituiſſet, putà vtroque filio immerenter exheredato, & extraneo inſtituto, Rogo qua fronte donatario huic poſſet quicquam obiicere frater, qui ipſe patris iudicium euertiſſet? Aut cur teſtamento per querelam rupto debeat melior fieri conditio fratris qui nullam à patre donationem ha-

buit, ob id ſolùm quòd frater, idémque donatarius rupexit etiam pro ſua parte teſtamentum, cum ſi nullam is querelam propoſuiſſet, non eo magis tamen alius quicquam ſupra ſuum ſemiſſem fuiſſet conſecuturus, manente ſcilicet valido teſtamento pro parte fratris non conquerentis. Poſtquam placuit abſurdum non eſſe vt ex poſtfacto quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, *l. Papin.8. §. ſed nec impub. l. nam etſi.15.§.vlt.l.circa.24. D. de inoff. teſt.* Sed cùm ille ipſe cui fuerat inter viuos donatum ea lege vt donationem in quartam haberet, non contentus donatione mortuo patre conqueritur de inofficioſo rumpitque teſtamentum tanquam qui nec iuſtè ſit exheredatus, nec eam portionem habeat, quæ neceſſaria eſſet ad quartam excludendam, ratio æquitatis certè non patitur, vt retineat ille præcipuam donationem quaſi ex iudicio patris quod ipſe vltrò impugnauit. Nam cùm alia ratione ſibi victoriam non comparauerit, quàm quòd donationem ſibi factam ea lege vt amplius nihil peteret, noluerit habere pro facta, æqui bonique conſulere debet ſic etiam cum eo agi acſi donationem nullam à patre accepiſſet, quo caſu non eſſet nunc de quo poſſet quæri an præcipuum illud habere deberet necne. Etſi verò aliud ſit donari quid ea lege vt in quartam habeatur, id eſt vt pro quarta ſit, Aliud verò donari ea lege vt in quartam imputetur, propterea quòd priore caſu id agitur vt nihil prætereà ſub quartæ prætextu peti poſſit, poſteriore verò non vt nihil ſed vt tanto minùs petatur, non tamen dubito, quin vtrique caſui
5 commune illud ſit vt conferri † debeat ab inteſtato, ruptóque per querelam teſtamento ea donatio de qua fuerat actum vel pro quarta haberetur, vel in quartam imputaretur, ſi teſtamentum nunquam ruptum fuiſſet. Vtroque enim caſu donatoris voluntas illa eſt vt donatio præcipua non retineatur, quia nec præcipuum videri poteſt quod vel ſolum habetur vel in cauſam ſiue legitimæ ſiue teſtamentariæ ſucceſſionis imputatur, ſiue in portionem ipſam bonorum quam vulgò legitimam, aut, vt alij, legitimariam appellant, ſiue in portionem ſucceſſionis legitimæ imputetur. Quare nec mirum illud eſt vtroque caſu conferri donationem ab inteſtato quæ ſic facta fuerit, quo quæ ratio voluntatis faceret vt ſi ex teſtamento ſuccederetur, ea imputatio fieri deberet, ne contra patris voluntatem haberet filius præcipuum quod ei donatum ita fuit ne præcipuum habere poſſet, eadem facit vt cùm ab inteſtato ſucceditur collationi locum eſſe oporteat, ne patris ea voluntate quæ teſtamento declarata fuit, rupto ſcilicet per querelam teſtamento, illa etiam voluntas quæ fuit expreſſa in donatione violetur, quòd planè abſur-
6 dum eſſet. Nec enim querela † inofficioſi teſtamenti quæ teſtamentum rumpit poteſt etiam rumpere legem donationis inter viuos factæ dictam ſiue illi ipſi qui conqueſtus fuit, ſiue alij facta donatio ſit, præſertim verò quæ tantùm abeſt vt ſit inofficioſa conſenſu quo inofficioſas donationes ſolemus dicere per querelam inofficioſæ donationis reſcindendas, de quibus in tit. *Cod. de donat.* vt è contrario non alio prætextu fiat irrita quàm quod ſit manca minúſque ſufficiens ad filium à querela ſubmouendum. Fit quidem irrita tota donatio, quia perinde & in tanta portione non tantùm hereditatis, ſed etiam bonorum ſuccedit filius donatarius, ac ſi nullam donationem accepiſſet, at non poteſtate querelæ inofficioſi teſtamenti, ſed quia cùm donatarius legi donationis ſtare nolit, nec tamen donatoris ſui voluntatem diuidere poſſit, neceſſe eſt vt à tota donatione recedat, qui recedit à lege donationis. Nec proinde mirum eſt ſi quod fuerat donatum, conferatur, acſi donatum non fuiſſet, quia quamuis ex donatione etiam quæ certam legem habuit tranſlatum ſit dominium, *l.1.2.3. & paſſ. Cod. de don. quæ ſub mod.* habetur tamen pro non tranſlato, ſaltem quod ad effectum & vtilitatem donationis, cùm reuocatur ipſo iure donatio propter non impletam ipſius legem, *l. vlt. C. de reuoc. don.* Vt poſſit dici collationem hanc non tam collationem eſſe quàm donationis reſtitutionem. Ea namque conferri dicuntur quæ ſunt conferentis, hæc autem donatio non tam ideò confertur quod ſit donatarij, quàm quod per propoſitam à donatario querelam inofficioſi teſtamenti reuocata ſit, vtéſque habere deſierit. Quare nec malè quis dixerit non donationem ipſam conferri quæ amplius nulla eſt, ſed potiùs id quod aliquando donatum fuit, vt loquitur Vlpian. *in d. l. ſi non mortis*, relatione ſcilicet facta non tam ad donationem ipſam, quæ ſublata ſit, quam ad rem donatam quæ in rerum natura manſit, & in donatarij non quidem dominio, ſed tamen poſſeſſione. Cæterùm hoc etiam caſu
† quo facta fuerat donatio inter viuos ea lege, vt in 7
quartam haberetur, ruptúmque poſtea eſt teſtamentum, ſi quæratur quamobrem donatio illa inter viuos ab inteſtato conferatur: non illa ratio reddenda eſt, quam illi putant contra quos diſputamus, quod facta eſſet donatio ea lege vt in quartam imputaretur, cùm pro non facta habeatur non impleta ea lege donationis, nec illi rurſus, quod ab inteſtato ſoleat locus eſſe collationi, quandoquidem non magis ab inteſtato quam ex teſtamento conferri deberet donatio inter viuos, quæ valeret, ſed vtraque ratio iungenda eſt, quo cùm neque donatio, neque teſtamentum valet, ſicut nihil eſt quod inteſtati ſucceſſionem impediat, ita neque quod poſſit impedire collationem in eum ſtatum repoſitis omnibus in quo eſſent, ſi neque donatio, neque teſtamentum vllum antea fuiſſet. Nihil igitur hac parte refert an donatio illa idcirco non valeat, quòd non fuerit paritum legi dictæ à donatore, an ob id ſolum quod ab initio fuerit inutilis collata nimirum in eum filium qui donationis tempore fuerit in poteſtate. Vtrique enim caſui commune illud eſt vt neque præcipua ſit, neque valeat donatio, nec alia differentia eſt, niſi quod donatio in priore caſu valuit ab initio, nec tam valere deſinit, quam reuocata eſſe intelligitur. In poſteriore verò nec valuit ab initio, nec poſteà valet. Non ab initio quia ius patriæ poteſtatis fuit impedimento. Non ex poſtfacto, quia quod in aliis donatio-
nibus † à patre in filiumfamilias collatis obtinet, vt ſo- 8
lo patris ſilentio mortéque confirmentur & conualeſcant, vt loquitur Paul. *lib. 5. ſent. tit. 11. de don. §. pater.* ad hanc donationis ſpeciem non pertinet, quæ quamquam inter viuos non tamen ſimpliciter facta eſt, ſed ea lege vt in quartam haberetur, ac proinde niſi cum eadem ſua lege & conditione quam ab initio habuit, conualeſcere non poteſt, quæ porrò conditio deficit, atque ita irritam facit donationem cum donatarius filius non contentus donatione euertit teſtamentum, ſuccéditque ab inteſtato. Et ex hac differentia illa quoque naſcitur, quod priore caſu poteſt dici locum eſſe collationi eo ſenſu quem iam attulimus, minùs in priore quam poſteriore. Quemadmodum enim colla-
tio † propriè eſt eorum bonorum, quæ ſunt propria 9
conferentis, ita minùs impropriè poteſt accommodari ad ea, quæ aliquando fuerunt donatarij, licèt eſſe deſierint, quàm ad ea quæ nunquam. Etſi iam ſæpius monuimus in præcedentibus, quod & nunc repetere co-
gimur, nullum † quæſtioni de collatione donationis 10
locum eſſe poſſe, cùm donatio inualida eſt & inutilis, qualis eſt ea quæ filiofamilias fit à patre. Qua ratione ſemper in eo perſtamus, vt & *d. l. pen. C. de collat.* & om-
nes iuris locos, † qui de ſimplici donatione conferen- 11
da, vel non conferenda loquuntur, putemus de ea donatione intelligi debere quæ valeat, & conſequenter quæ à patre profecta ſit non in filiumfamilias, ſed in emancipatum. Neque repugnat Vlp. *in d. l. ſi non mortis*,
† non ſolùm quia minimè loquitur de donatione quæ 12
in filium collata ſit, potéſtque facilè intelligi de dona-

tione

tione facta cuilibet alij perſonæ ex iis quæ præter liberos ad inofficioſi querelam admittuntur, ſed etiam quia tametſi de filio, ac donatione in filium collata loqueretur, poſſet tamen deberétque reſtringi ad filium emancipatum, in cuius perſona non dubitatur quin valeat donatio etiam à patre profecta, *l.2. C.de inoff. don.* *l.ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* nam & emancipatos
13 † ad inofficioſi teſtamenti querelam aliorum liberorum exemplo admitti conſtat, *l.ſi ponas. 25. D. de inoff. teſtam.l.non putauit.8.D.de bon.poſſ.cont. tab.* niſi quod vt fiant capaces proponendæ querelæ quæ eſt ex iure ciuili cui ſunt ipſi incogniti, coguntur ante omnia petere bonorum poſſeſſionem, quæ ob eam cauſam dicitur litis ordinandæ gratia de qua *in l poſthumus. 6. §. vlt.cum duab.ſeqq.D.de inoff.teſt.* Quid ergo vetat Vlp.
14 † intelligere de donatione quæ collata ſit in emancipatum, vt & quod ſcriptum eſt à Iuſtin. *in l.ſi quando. 35. §.& generaliter. C.eo.* in iis verbis, *vel inter viuos ſub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computaretur.* Quomodo & quod in eiuſdem *legis.§.præcedente*, cui ſequens cohæret, ſcriptum legimus de pactione prohibita inter patrem & filium, De non mouenda inofficioſi querela, non de alio filio accipi poteſt, quàm illo, qui ſit emancipatus, cùm alioqui nulla prohibitione aut lege opus fuerit ad infirmandam pactionem factam inter patrem & filium familias quam ſatis impedit ius ipſum patriæ poteſtatis, *l imperator. 50. D. ad S.C.Trebel.* Igitur non video qua arte poſſis ex iis Vlp. & Iuſtin. locis colligere donationem inter viuos à patre in filiumfamilias profectam, ſiue conferendam, ſiue non conferendam eſſe: nec illud rurſus quod iſti inferunt, rupto per querelam teſtamento non aliter conferendam olim fuiſſe donationem inter viuos filiofamilias factam à patre, quàm ſi donator eam legem liberalitati ſuæ appoſuiſſet. Nam cum in *d. l. ſi*
15 *non mortis*, non donatio † conferatur, vt iam diximus, ſed id quod donatum eſt, id verò quod donatum eſt non quia donatum, ſed quaſi nec donatum propter non impletam donationis legem, apparet fieri in ea ſpecie collationem non ob voluntatem donatoris, qui nec illam conuentionem fecerat, vt res donata conferretur, ſed è diuerſo vt in quartam haberetur, at ex mera ratione iuris communis, non illa quidem quæ facit, vt ab inteſtato collationi ſit locus [ea namque regula, neque pertinet ad donationes inter viuos quæ valent, quas ideò conferri nunquam debere certum eſt niſi cùm ab initio ſic dictum fuit, neque ad eas quæ non valent, de quibus nec dubitari poteſt an conferendæ ſint néc-ne] ſed illa quæ non patitur, præcipua retineatur donatio etiam, quæ valuit, ab eo qui donationis legem non impleuit. Quòd ſi ius ita eſſet, vt donatio à patre in filiumfamilias collata conferri ab inteſtato deberet, vt iidem volunt, profectò hæc eadem ratio faceret, vt apud Vlp. quoque rupto per querelam teſtamento filius idémque donatarius cogeretur factam ſibi donationem conferre: nimirum quod nihil poſſit intereſſe, an pater ab initio inteſtatus deceſſerit, an verò ruptum ſit eius teſtamentum per querelam inofficioſi, nec petenda eſſet ratio faciẽdæ collationis ex eo quod pater donaſſet adiecta ea lege, vt in quartam haberetur. Quid enim attineret recurrere ad voluntatem donatoris, tota donatione per inobſeruantiam, vt aiunt, irrita facta? Sed quia ius ita eſt vt donatio inter viuos non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento conferatur, fatendum eſt non eam rationem mouiſſe Vlpianum vt hanc donationem filio inter viuos factam conferendam eſſe diceret, quod ab initio teſtamentum factum, & ſubinde per inofficioſi querelam ruptum fuiſſet, ſed hanc vnam potiùs, quia eſſet non modò iniquum, verum etiam abſurdum aliquid præcipuum habere filium ex ea donatione cuius
16 legi parère noluiſſet. Obſeruandum autem eſt, Vlp. † *in d.l ſi non mortis*, cùm ita loquitur, *poteſt dici inofficioſi querela ceſſare ſi quartã in donatione habet, aut certè conferri oportere id quod donatum eſt*, non ſic accipiendum eſſe quaſi det ille donatario electionem an velit querelam proponere, an verò citra querelam conferre & ſuccedere conferendo. Sed vt diſtingui oporteat, an quod filio donatum fuit, quartam faciat an non. Vt ſi faciat, ceſſet querela, nec proinde quærendum ampliùs ſit an conferri aliquid debeat néc-ne, cum certiſſimi iuris ſit nihil debere conferre filium qui non ſuccedit. Si verò non aſcendat ad quartam donatio, non ſubmoueat querelam nec proinde obſtet quo facto quia neque teſtamentum vllum ſupereſt quod ponimus ruptum fuiſſe in totum neque donatio vlla, nempè quàm ponimus factam fuiſſe non purè ſed certa lege ac conditione cui non fuerit obtemperatum, quid aliud conſequens eſſe poteſt niſi vt hic donatarius ſuccedat ab inteſtato prorſus eodem modo & iure, quo ſuccederet ſi nunquam donatio facta fuiſſet, nunquam conditum teſtamentum. Itaque verba illa, *aut certè*, neque dant electionem neque dubiam Vlpiani ſententiam præ ſe ferunt [de quo enim potuerat tantus vir dubitare in re tam aperti iuris?] ſed ſecundam partem exprimunt eius diſtinctionis, quam in hac quæſtione adhiberi eſt neceſſe. In referendis verò ſuprà ſcriptis Vlpiani verbis conſultò prætermiſimus totam illam intermediam clauſulam, *aut ſi minus habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur*, tanquam quæ non ſit Vlpiani ſed ſiue imperiti alicuius interpretis, ſiue quod æquè facilè crediderim Triboniani reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem *in l. omnimodo. 30.C. eod.* quæ primùm induxit vt qui habet minùs quarta non idcirco querelam inofficioſi proponere poſſit vt antea, ſed ad ſupplementum quaſi ex teſtamento agere compellatur, cùm olim nec ſi voluiſſet, alio tamen remedio vllo quam per querelam ſibi proſpicere potuiſſet. Idque ita eſſe apparet non ex eo ſolùm quod *in Pand. Flor.* tota illa clauſula parentheſi circumſcripta eſt, vt ſolent cætera quæ ſunt ſuſpecta, ſed ex eo quoque quod cùm & præcedentia & ſequentia habeant infinitiuum, *poteſt dici ceſſare*, & poſtea *aut certè oportere*, conueniens erat vt media quoque ad eandem conſtructionem pertinentia ſic conciperentur ſi ex eadem fuiſſent manu, *aut ſi minus habeat id quod deeſt viri boni arbitrio repleri*, non vt ſcriptum eſt, *repleatur*, prorſus ineptè & inconcinnè. Adde quòd ſi iam tũ fuiſſet locus actioni ſupplementum, quam etiam repletionem vocat Tribon. *in l.ſcimus. 36 verſ.repletionem.C. de inoff. teſtam.* non fuiſſet quærendum de collatione,
quia huiuſmodi actionis † ad ſupplementum propriũ 17
illud eſt, vt teſtamentum conſeruet, *d.l.omnimodo*, ſubſiſtente autem teſtamento non de collatione, ſed de imputatione quæri oportuiſſet, non ob id ſolum quod olim ab inteſtato tantùm non ex teſtamento collationi locus eſſet, ſed etiam quia ſupplementi nomen ipſum demonſtrat nihil niſi legitimam deberi ei qui agit ad ſupplementum, aut potius nihil niſi quod legitimæ portioni deeſt, atque ita id quod iam acceptum eſt in legitimam omnimodo imputari. Quapropter nec hodie aliud reſpondebo, quam quod olim Vlpian. reſpondiſſet *in d. l. ſi non mortis*, ſi quæras, An † donatarius 18
agens ad ſupplementum conferre debeat quod accepit ex donatione inter viuos. Etſi enim placuit Iuſtiniano eſſe hodie locum collationi etiam facto teſtamento, negabo tamen conferre illum debere, qui non ſuccedit. Sed dicam imputare eum debere in legitimam quod ſibi donatum eſt, vt tanto minùs ei ſuppleatur: Quia non fecit Iuſtinianus nec facere potuit, vt omnimodo collationi locus eſſe debeat facto teſtamento, ſed tantùm vt conferre debeat etiam is qui ſuccedit ex teſtamento non minùs quàm ſi ſuccederet ab inteſtato. Vnum eſt quod iis omnibus quæ diximus obiicitur ab interpretibus illis quorum ſententiam refutamus. Nempè quod Iuſtinianus cùm ſcribit *in d. l.penult. C.de collat.*

dona

donationem ſimplicem conferendam non eſſe niſi eam expreſsè legem donator dixerit eo tempore quo donauit, non videatur poſſe intelligi de donatione collata in emancipatum filium, quem ſcilicet certum eſt fratribus in poteſtate retentis conferre debere omnes donationes quas à patre acceperit, ſiue ipſo emancipationis tempore ſiue poſt emancipationem, *l. vt liberis.* 17. *in fin.& paſſ.eod.tit.* fratribus verò emancipatis prorſus nihil, *l. ſi emancipati.* 9. *eod.* Sed iam reſpondimus ad finem capitis tertij. Immò verò inter emancipatos poſſe
19 † locum eſſe collationi, dotis ſcilicet vel donationis propter nuptias quæ à patre ſit profecta, vt conſtat *ex l. filia dotem.4. eod.* Qui caſus ille ipſe eſt quem Iuſtin. tractat *in d. l. pen. conſtituens*, vt cùm dos vel donatio propter nuptias ab vno ex liberis confertur, ſimiliter etiam donatio ſimplex ab alio conferatur, quæ tamen alioqui non conferretur. An ergo conſtitutionem illam quæ generalis eſſe támque multos caſus complecti videtur, ad hunc vnum reſtringemus quæ agatur de collatione inter emancipatos, quorum alterutri data ſit à patre dos vel donatio propter nuptias? Nequaquam. Eſſet enim id ſanè parum probabile. Sed dicimus eâdem conſtitutione plures alios caſus contineri, putà ſi à matre dos data ſit, vel donatio propter nuptias, aut etiam ab auo proauóve materno. Quinetiam ſi à patre ipſo dos data fuerit, aut donatio propter nuptias filio non emancipato, ſed in familia retento. Poſtquam Leoni placuit in *d.l.vt liberis*, vt ſui quoque debeant emancipatis conferre dotem, vel donationem propter nuptias acceptam à patre: nec enim hodie diſtinguimus, an in ſuum heredem collata ſit à patre dos vel donatio propter nuptias, an in emancipatum, ſed hanc diſtinctionem adhibemus tunc tantùm cùm agimus de ſimplici donatione inter viuos facta quam dicimus ponendum ſemper eſſe collatam fuiſſe in emancipatum, non in filiumfamilias, ſiue à patre ipſo, ſiue ab alio quolibet facta proponatur, ideóque Iuſtin. Conſtit. ex hac parte reſtringendam neceſſariò eſſe ad emancipatos, ſiue cum ſuis heredibus, ſiue cum emancipatis ſuccedentes ob eas rationes quas attulimus in præcedentibus.

ERROR VI.

De collatione dotis ſiue profectitia, ſiue aduentitia, & ſiue filiafamilias fuit, ſiue emancipata.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de dotis collatione.*
2 *Filia emancipata ſuo heredi fratri dotem quamlibet, vt & cætera bona vndecumque acquiſita cur conferre debeat.*
3 *Emancipato verò fratri cur profectitiam dotem conferat, non etiam aduentitiam & numero 5. 6. 8. & 10.*
4 *Propter quam rationem inter emancipatos ceſſet collatio.*
7 *Ex eo quod dos profectitia paternum quid quodammodo eſſe videtur, an ſequatur eam non eſſe conferendam.*
9 *Receptitia dos quæ.*
11 *Filiamfam. datam ſibi à patre dotem conferre an cogatur.*
12 *Dos à patre profecta quando remaneat viuo patre penes filiam emancipatam, & quando ad patrem reuertatur.*
13 *Quid iuris habeat pater in dote quam filiæfamil. dedit.*
14 *Filiafam. an teneatur conferre dotem aduentitiam fratribus in poteſtate retentis.*
15 *Sententia Cuiacij affirmatiua.*
16 *Oppoſita autoris aſſertio & eiuſdem confirmatio.*
17 *Obiectio & eiuſdem dilutio.*

SEPARANDA eſt † in hoc tractatu, vt in aliis 1
plerique profectitia dos ab aduentitia, itémque filia emancipata ab ea quæ in poteſtate retenta ſit, rurſúſque diſtinguendum an ſuis heredibus conferendum ſit, an emancipatis.
Filiam emancipatam † certum eſt ſuo heredi fratri con- 2
ferre debere dotem quamlibet, ſiue profectitiam, ſiue aduentitiam, vt & cætera bona ſua omnia vndecumque acquiſita, *l. filia dotem.4.C. de coll.* Ratione illa generali quæ ius & æquitatem collationis induxit quod aduentitiam dotem ſibi propriam non potuiſſet habere filia, ſi non fuiſſet emancipata, *l.1.D eod.* Emancipato verò fratri aduentitiam quidem dotem conferre non debere, ſed profectitiam debere, *d.l. filia.* Cui aduentitiam non
† conferat, ratio non eſt obſcura, quia non poteſt vide- 3
ri aliqua in eo fieri iniuria fratri, qui etiam ipſe eſt emãcipatus, quique non plus iuris habeat, quam ſoror ad ſuccedendum in bonis paternis, ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, vt proinde non poſſit ille obiicere ſorori quod appetendo paterna appetat aliena. Quæ generalis ratio
† eſt propter quam inter emancipatos ceſſat collatio, 4
d.l.1.l. ſi emancipati.9.C.eod. Sed hoc ipſum eſt quod facit, vt mirum videri debeat quod dicimus profectitiam
† dotem à filia emancipata etiam emancipato fratri cõ- 5
ferendam eſſe. Quonam enim colore frater qui etiam ipſe emancipatus eſt profectitiæ dotis collationem petit? Quaſi verò alioqui futurum eſſet, vt iniuriam ei faceret ſoror aſpirans ad paternam ſucceſſionem ſi non conferret. Hoc enim præcipuum eſt, quod in edicto de collationibus ante oculos habet prætor. Atqui tantundem iuris habet ſoror hæc ad ſuccedendum quantum frater cùm ambo ſint emancipati. Ergo ceſſante colore iniuriæ, ceſſare videtur color etiam petendæ collationis. Quòd ſi ad eam rationem reſpicias quæ noui iuris eſt potiùs quàm veteris, & ad quam potiſſimum reſpexerunt poſteriores Imperatores in conſtituendo iure de collationibus, nimirum vt inter liberos ſeruetur æqualitas. An non potiùs inducitur inæqualitas inter emancipatos cùm ex vna parte dos confertur, ex altera verò nihil eſt quod conferatur. Nam ſi Iuſtin. *in l.pen. C. eod.* tum quoque cùm vni ex liberis dos à patre data fuit, in alium verò collata ſimplex donatio, conſtituit vt donationem illam ſimplicem contra iuris communis regulas conferri oporteat, ne aliter poſito iure inæqualitas aliqua inter liberos induceretur, planè conſequens fit vt ſi dotis collationẽ à ſorore petere liceat fratri qui nullam ipſe donationem habeat quam conferre poſſit, hoc ipſo inducatur inæqualitas ob idque ceſſare collatio debere videatur. Et tamen iam olim ita ius fuiſſe, vt dos profectitia inter emancipatos quoque conferri deberet, apertè conſtat ex *d.l. filia dotem*, quamuis quod ibidem Imp. Gord. addit, *poſt varias prudentium opiniones*, oſtendat ſatis non benè de hoc inter prudentes veteres con-
ſtitiſſe. Puto rationem, † quæ dotis profectitiæ collatio- 6
nem etiam inter emancipatos induxit illam fuiſſe, quod profectitia dos iam olim non magis eſſet filiæ emancipatæ, quam filiæ retentæ in poteſtate, ſed vtroque caſu in patris adhuc iure quodammodo eſſe crederetur, proptereà quod præmoriente filia in matrimonio ſiue cum liberis ſiue ſine liberis dos à patre profecta ad patrem reuertebatur, nec magis emancipata quam filiafamilias poterat in dote profectitia ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum heredem habere, vt pluribus à nobis probatũ eſt *lib.13. coniect.c.4. & 5.* Proinde ſi è contrario accideret vt pater ante filiam emancipatam moreretur, æquũ erat vt quamuis eo caſu dos eſſet omninò filiæ, perinde tamen

tamen illam conferre teneretur acſi non fuiſſet ipſa
emancipata, cùm non plus iuris in ea dote habuiſſet
quàm ſi emancipata non eſſet. Nam & in filiafamilias
idem contingeret, vt præmortuo patre ſola patris repe-
tendæ ius haberet, nec eo minus tamen conferre dotem
fratribus cogeretur, vt poſtea dicemus. Quaſi filia quæ
dotem habet à patre profectam, ſiue in poteſtate reten-
ta ſiue emancipata ſit, habeat tale quid quod adhuc pa-
ternum quodammodo eſſe videatur, aut ſaltem pater-
norum bonorum quodammodo iure cenſendum. Qua
7 tamen ratione † poſſet quis fortaſsè contra putare tan-
to minùs locum fieri poſſe quæſtioni de conferenda do-
te, cum dici ſoleat quod & nos monuimus ſæpius in
præcedentibus non alia bona conferri poſſe quàm quæ
ſint conferentis, quandoquidem prius eſt vt habeat
quis ſibi proprium id quod cum alio communicare ve-
lit, quàm vt poſſit communicare, quæ tamen communi-
catio fit per collationem. Ergo dicat aliquis, quod pla-
cet dotem profectitiam non tantùm eſſe filiæ ſed etiam
patris, tale eſſe videtur vt collationem excludere de-
beat, potiùs quàm inducere. Verum non ita eſt. Etſi
enim negari non poteſt, quin aliquod ius in profectitia
dote habeat pater quandiu viuit ſiue filiafamilias ſit, ſi-
ue emancipata cui dos data fuit, illud tamen etiam ve-
rum eſt dotem patrimonium eſſe filiæ viuo quoque pa-
tre, nec minùs filiæfamilias quam emancipatæ, ob idque
dicitur dos etiam quæ promiſſa tantùm eſt, multò ma-
gis quæ ſoluta abſceſſiſſe à bonis patris, *l.3.§.ſed vtrum D.de minor. l.in eum.16. de relig. & ſumpt. funer. l.1.§. vlt. & l.vlt. D.de collat. dot.* Non igitur ea ratio tueri po-
teſt filiam ſiue in poteſtate retentam ſiue emancipatam,
quominùs conferre teneatur dotem, quòd non habeat
rem quam conferre poſſit: Neque illa rurſus quod do-
tem à patre profectam vſque adeò pleno iure ſuam ha-
beat vt non ſit cogenda eam fratribus communicare.
Cur non enim cogatur communicare fratribus etiam
emancipatis dotem quam ipſi patri ſi viueret ſoluto vel
morte viri vel per diuortium matrimonio communem
8 eſſe pati cogeretur? Ex quo etiam intelligimus † cur
dotem aduentitiam filia emancipata fratribus emanci-
patis conferre non cogatur. Quoniam ſcilicet ita eſt dos
illa filiæ emancipatæ vt nihil in ea iuris pater habeat
vllo caſu neque conſtante matrimonio neque ſoluto.
Non quidem matrimonio conſtante quia eo tempore
quælibet dos ſiue profectitia ſiue aduentitia ſit, eſt ma-
riti aut ſaltem in mariti bonis vt loquitur, *l. quamuis. 75. D.de iur.dot. l.dote.6. C.de rei vind.* Non etiam ſolu-
to, quia ſiquidem morte mulieris ſolutum ſit matrimo-
nium aduentitia dos tota remanet penes maritum ta-
metſi mulier patrem habuerit in cuius manſerit pote-
ſtate vt ſcribit *Vlp. in tit. de dotib.* ſi verò morte viri, red-
denda eſt mulieri quæ eo tempore capax dotis reperitur
vt & cæterarum rerum omnium cùm ſit emancipata.
Vtrumque ita, niſi extraneus qui dotem dedit eam ſibi
9 reddi ſtipulatus fuerit, quæ olim † receptitia dos dice-
batur. Si denique diuortium interueniſſet non ideò ta-
men aut dos aut actio de dote videri poſſet communis
patri & filiæ. Quo enim iure poſſet pater communio-
nem aliquam aut aliud ius prætendere in dote ab ex-
10 traneo data filiæ emancipatæ? Quod ſi nullum † ius fuit
viuentis patris in dote aduentitia filiæ emancipatæ da-
ta, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt, cur patris heredibus
etiam emancipatis, emancipata ſoror eam dotem con-
ferre ſit compellenda? An non ita fieret ei iniuria. Ita ſa-
nè perinde acſi cætera bona ſua quolibet alio iure ac-
quiſita conferre cogeretur, præſertim fratribus contra
nihil omnino conferentibus. At quid ſi agamus de dote
quam pater dederit filiæ ſuæ non emancipatæ, ſed in
poteſtate conſtitutæ. Nemo enim neſcit ius patriæ po-
teſtatis licèt impediat ne quid poſſit filia ſibi acquirere
à patre, tamen non efficere quominùs filia ſit capax do-
tis conſtante matrimonio, perinde ac capax eſt patri-
monij contrahendi, *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. ercisc.* Non quod magis ex cauſa dotis valeat do-
natio inter viuos à patre facta filiæfamilias quàm ex
alia qualibet, vt contra interpretes diſputauimus *lib. 7. Coniectur. cap. 12. ex dict. l. Pompon.* qua tamen ſola illi
mouentur, ſed quoniam publicè intereſt etiam filiasfa-
milias nubere ad replendam liberis ciuitatem, nec patris
mortem ſemper expectari, quas tamen ſine dote, tam
commodè tamque bona conditione nubere impoſſibile
eſſet, dotes verò maritis ita acquiri non poſſunt vt nul-
lum in iis ius ſit vxorum. Itaque neceſſe fuit admitti
æquè dotis atque matrimonij filiamfamilias eſſe capa-
cem. An igitur † filiafamilias datam ſibi à patre dotem 11
conferre cogitur? Eadem ferè dubitandi ratio occurrit,
quæ circa filiam emancipatam vt non videatur debere
conferre dotem, quam ſcilicet ita ſibi propriam habeat,
vt proprium ipſius patrimonium dici poſſit, à patris pa-
trimonio ſeparatum, *d.l.vlt. D. de collat. dot. l.1.§.l.vlt. eod. l. filium.4. D. de collat.* Quemadmodum enim eſt in-
auditum vt emancipatus emancipato patrimonium ſuũ
conferat, *d. l. ſi emancipati. 9. C. eod.* ita & illud multò
alienius fuerit vt liberi in poteſtate retenti aliis liberis
qui ſimiliter in familia manſerunt, ſi quid ſuum ipſi &
omninò proprium habeant, id conferre tençantur. Cu-
ius rei exemplum apertum eſt in peculio Caſtrenſi &
quaſi caſtrenſi quod quoniam ita eſt filij vt proprium
eius patrimonium videatur, ab onere collationis immu-
ne eſt, *l.2. D. de SC. Maced. l.vlt. D. ad SC. Tertyll. l.1. §. nec caſtrenſe. D. de collat.* Quadni ergo idem conſtitui-
mus in dote filiæ familias ſi dos ſiue profectitia ſiue ad-
uentitia illa ſit proprium ipſius patrimonium eſt? Reſ-
pondendum videtur quod reſpondimus in dote quam
pater filiæ emancipatæ dederit eſſe quidem illam pa-
trimonium filiæ ſed non vſque adeo vt non aliquod in
ea ſit ius patris etiam filia viuente, quin & multò ma-
ius quàm habet pater in dote filiæ emancipatæ, quia
dos a patre † profecta in filiam emancipatam aliquo 12
caſu penes eam remanere poteſt viuo quoque patre,
adeóque penes ipſius heredes. Nimirum ſi ſolutum ſit
matrimonium diuorttio cui dederit cauſam culpa mariti
dum ne quid dolo malo factum ſit in fraudem patris, *l. ſi filias. D. de diuort. l. filia mea 59. D. de ſolut. matrim.*
Temque ſi morte mariti ſolutum ſit matrimonium ſiue
iam emancipatæ filiæ dos data fuerit ſiue poſt dotem
datam filia fuerit emancipata, *l.2. in princ. l. ſi cùm dotem 22. §. eo autem tempore. l. Titia. 34. d.l. filia. 59. eod.* Vno
enim tantùm caſu dos à patre data filiæ emancipatæ ad
patrem regredi poteſt vt ait *l. pater filia. 71. D. de euict.*
id eſt vt eiuſdem legis ſequentia explicant, defuncta fi-
lia in matrimonio ante patrem. At dos † à patre in fi- 13
liamfamilias profecta non hoc tantùm caſu quo deceſ-
ſerit filia viuo patre regreditur ad patrem, ſed ſiue diuor-
tio ſiue morte viri ſolutum ſit matrimonium commu-
nis eſt patri & filiæ, ita vt non magis filia poſſit agere,
de dote ſine patre quàm pater ſine filia, *d.l.2.§.1. ſolut. matrim.* propterea quòd intereſt vtriuſque, patris cuius
officium eſt dotare filiam quæ nullam habet dotem, fi-
liæ verò cuius ipſa etiam dos eſt. Non ergo bona eſt
comparatio dotis in perſona filiæfamilias, & peculij
caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis in perſona filijfamil. qui
miles aut quaſi miles fuit, cùm nihil penitus iuris ha-
beat pater neque habere poſſit in eo peculio, quandiu
filius viuit, qui de eo poſſit diſponere vel inter viuos,
vel in vltima voluntate, vt proinde mirum non ſit ſi
non conferatur, dos autem conferatur, quamuis quod
neque caſtrenſe neque quaſi caſtrenſe peculium con-
fertur, acceptum ferri poſſit conſtitutionibus ex quibus
cætera priuilegia & militibus & peculio caſtrenſi ex
promanarunt, vt probant verba *d.§. nec caſtrenſe. 1.* Ead-
dem verò ratio † quæ filiamfam. obligat vt dotem quã 14
à patre accepit fratribus etiam in poteſtate retentis cõ-
ferre cogatur, an perinde aduentitiæ quoque dotis col-
lationem

15 lationem inducit? Ita poſſit fortaſsè quis † exiſtimare, ex *l.1.§.ſi ſub conditione. D.de collat.dot.* vbi ſcriptum eſt etiam ab extraneo datam dotem conferendam eſſe, & ex *d.l.4. C. de collat.* vbi non ſeparatur dos profectitia ab aduentitia, niſi ſi conferendum ſit emancipato. Atque ita Cuiac. ſentit *lib.3. obſe.ca.30.* Neque ſanè poteſt negari quod plurimum iuris habeat pater in dote quamuis aduentitia filiæfamil. data, immò plus quàm in profectitia. Nam & communis ei cum filia eſt actio dotis aduentitiæ ſicut & profectitiæ, ſi matrimonium diuortio ſolutum ſit, propria verò ſolius patris ſi morte viri vt probauimus ſuprà citato loco, *coniect.lib.13.c.5.* In hoc ſanè minus iuris habet quòd mortuâ in matrimonio filiâ non recipit pater dotem quæ à ſe profecta non eſt, quam ſi ipſe dediſſet reciperet. Sed id fit quoniam hoc caſu dos aduentitia tota pertinet ad maritum
16 vt ſcribit Vlp. *in tit. de dotib.* Sed tamen † non facilè poſſum ego mihi hoc perſuadere, vt filiafamilias dotem aduentitiam cogenda ſit conferre, ne quidem fratribus in familia retentis, tantum abeſt vt cum Cuiacio putem cogendam eam conferre emancipatis. Mouet me primum quod nullo iuris loco id ſcriptum video. Nam quod obiicitur ex *d.l.1. §.ſi ſub conditione. D. de collat. dot.*& ex *l.4. C. de collat.* facilè dilui poteſt cùm pertineant ij loci ad ſpeciem illam collationis quæ fit à filia emancipata, vt conſtat ex eo quod *in d. l.4.* tractatur de dote per filiam emancipatis quoque fratribus conferenda, cui tamen collationi non fuiſſe obligatam filiamfamilias ante Leonis conſtitutionem, *in l.vt liberis.17.C. eod. apparet ex l.filia licet.11.eod.* & ex iis quæ ſequenti capite dicemus. Et cùm verba edicti prætoris ita demum cogant filiam conferre dotem ſi petierit bonorum poſſeſſionem vt ait *l 1. de collat. dot. totumque edictum de collation.* ſit contra emancipatos, ſi quis leges omnes quæ de collatione loquuntur in dubio de emancipatis intellexerit, is meo iudicio non errauerit. Sed illa etiam ratio me non parum mouet quod defuncto patre viua adhuc in matrimonio filiafam. quæ aduentitiam dotem habet, verum eſt nihil vnquam iuris patrem in ea pecunia habuiſſe. Siquidem nemo dubitat quin conſtante matrimonio dos ſiue profectitia ſiue aduentitia, ſit tota mariti & quod magis eſt eo animo & voto data marito, vt penes eum perpetuo eſſet *l.1. D. de iur. dot.* Ac quamuis potuerit aliquo caſu dos ad patrem pertinere aut communiter cum filia, non fuit tamen id tale ius aut tam certum vt iis ratio aliqua ſit habenda in fauorem heredum patris, tanquam quod conditionale fuerit ſi matrimonium vel morte viri vel diuortio eo viuo ſolueretur, qui caſus neuter euenerat neque probabiliter ſperari poterat cùm nimis mali ominis eſſet viuente patre, ob id nec quiſquam dixerit ius illud ad patris heredes tranſmitti potuiſſe, vt nec illud dici poteſt vllam fieri iniuriam fratribus ſi dos aduentitia non conferatur quod vnum inſpiciendum eſt quoties de collatione ſaltem ex iuris veteris ratione diſputatur, *l. ſi filia.3. D.de collat.dot.* Quod ſi ad iuris noui rationem magis attendere libeat, id eſt ad æqualitatem inter liberos conſeruandam, neque ratio hæc ſuadere poteſt dotis aduentitiæ collationem, quia non ea Leonis aut Iuſtin. mens fuit vel eſſe potuit, vt æquale liberorum omnium patrimonium conſtitueretur: ſed vt æqualitas ſeruaretur inter eos quantum ad patrimonium quod ab eo profectum eſſet de cuius ſucceſſione quæreretur, à cuius patrimonij computatione aliena eſt dos quæ nunquam abſceſſit à bonis patris, quod in iis nunquam fuerit, & quæ aliundè obuenit quam à patre. Nec eſt
17 quod replices † dotem aduentitiam acquiri quidem marito ita vt in ipſius bonis ſit conſtante matrimonio, ſed non eo minus dotem eſſe ipſius filiæ ex *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.l. in reb.30. C. eod.* atque ita per filiæ perſonam quæ ſit in poteſtate hoc ipſo videri acquiſitam patri. Nam & ius illud filiæ vt tum quoque cùm dos in mariti bonis eſt, conſtante videlicet matrimonio dotem habere dicatur, tam perſonale eſt & cum cauſa matrimonij coniunctum, vt non magis acquiri per filiamfamilias patri poſſit, quàm illud fieri vt nupta filia pater quoque nupſiſſe, & in eodem patrimonio eſſe videatur. Vnde eſt quod filiafam. perinde capax dicitur conſtante matrimonio habendæ dotis etiam quæ ab ipſo patre profecta ſit, quod vtique falſo diceretur ſi ius idem à patre quæſitum filiæ eidem patri per filiam acquireretur, *d.l Pomponius.35.fam.erciſc.* Nam cùm quicquid patri per liberos in poteſtate conſtitutos acquiritur, ita acquiratur vt ne momento quidem temporis in liberorum perſona conſiſtat acquiſitio, *l.placet.79. de acquir. hered.* non poſſet dici quonam inſtanti capax dotis fuiſſet filia, ſi ius illud omne cuius capax fuiſſet per filiam patri quæſitum fuiſſe diceretur. Porrò abſurdum eſſet patris perſonam iuſque poteſtatis magis nocere filiæ in ea dote quæ aliunde quam à patre profecta eſſet, quàm in ea quæ à patre ipſo. At non ſimiliter in dote profectitia tractari iſta poſſunt, quia licèt perinde illa ſit & in bonis mariti, & in dominio Quiritiario filiæ conſtante matrimonio, eoque animo & voto data marito, vt ad patrem nunquam rediret, verum tamen eſt abſceſſiſſe illam à bonis patris qui eam dedit aut promiſit, *d. l. vlt. de collat. dot.* tantóque minus locupletem factum eſſe patrem ex ea dotis datione, vel promiſſione: vt proinde æquiſſimum ſit præmortuo quoque patre in diuidenda ipſius ſucceſſione rationem haberi eius iuris, quod pater habuit in ea dote prius etiam quàm dos eſſet, ne per filiam præcipua retineatur, ſi præterea ſuccedere patri velit. Præſertim cum dotis conferendæ neceſſitas filiæ irrogetur, non vt dotis iacturam vel diminutionem aliquam ſentiat, ſed tantùm vt de ſuo in ſolidum non ex aliqua parte de alieno dotata eſſe videatur, quæ ratio æquitatis eſt ab Vlp. allata *in d.l.1.d.pen.D.de collat.dotis.* & in toto hoc tractatu, De collatione dotis præcipuè ponderanda. Nam ſi filia etiam in poteſtate retenta dotem profectitiam conferre non cogeretur, conſequens fieret vt de fratrum quoque portionibus ſaltem ex parte dotata videri deberet, cùm ſi dotem illam nullam accepiſſet, tanto amplior nunc eſſet patris ſucceſſio, tantóque maior ea pars ſucceſſionis paternæ quam eorum quiſque habet, ſiue ciuili ſiue prætorio iure ſuccedatur. Quæ ratio etiam oſtendit quam verum ſit quod proximè diſputauimus dotem aduentitiam à filiafam. conferendam non eſſe. An enim eo magis videri poterit filia dotata de bonis fratrum, ſi eam non conferat? Planè ſi dotis quoque profectitiæ collationem filia familias cum fratribus in poteſtate retentis recuſaret eo colore quod non alia conferantur quàm quæ ſunt in pleno iure ac dominio conferentis, captioſa certe eſſet argumentatio, quia licèt quandiu pater vixit, non fuerit dos profectitia pleno iure filiæ, ſed interim mariti, ſpe verò patris, ea nimirum ſpe quæ contra ſpem eſſet, præmortuo tamen & patre & marito incipit eſſe pleno iure ſolius filiæ, defuncto verò ſolo patre quamuis viuo adhuc marito æquè dos eſt ſolius filiæ, non quidem ad excluſionem eius qui dotem vxoris in bonis ſuis habet, ſed ad excluſionem tam patris iam defuncti, quàm heredum ipſius in quos nimirum ius nullum tranſmiſit pater, cuius morte finita ſunt iura omnia quæ pater in profectitia dote, vel habere, vel ſperare potuit (cui rei argumento eſt quod ſi filia nolit ſuccedere, non poteſt in dote inquietari ab heredibus patris) niſi quod illud ſemper verum manet, dotem illam à bonis patris abſceſſiſſe, ex eâque cauſa non tantùm patris, ſed etiam hereditatis heredúmque ipſius deteriorem conditionem factam eſſe: ideóque vt totam hanc quæſtionem concludamus dotem hanc profectitiam omnimodo omnique caſu conferri oportere, ſiue filiafamilias ſit quæ ſuccedit, & conferre debet, ſiue emancipata,

&

& ſiue fratribus in poteſtate retentis conferendum ſit, ſiue emancipatis Eo ſcilicet caſu quo emancipatis quoque confertur, id eſt ab emancipatis tantùm ex ratione iuris veteris, ab iis verò etiam qui in familia manſerunt poſt conſtitutionem Leonis *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* de cuius ſententia tempus iam eſt, vt noui aliquid afferamus.

ERROR VII.

De collatione per eos qui in poteſtate ſunt emancipatis facienda.

SVMMARIA.

1 *De collationibus ius multiplex inductum eſſe.*
2 *Primùm edicto prætoris, & quodnam illud fuerit.*
3 *Deinde conſtitutione Imp. Leonis, & quodnam ius nouum ea induxerit.*
4 *Denique Iuſtiniani conſtitutionibus.*

EVENIT in hoc tractatu de collationibus quod in aliis pleriſque iuris noſtri partibus, vt niſi ius nouum à vetere diſtinguatur errari prælæpe neceſſe
1 ſit. Aliud enim † ius fuit quod prætoris edictum ex æquitate primùm induxit, aliud quod Leonis conſtitutio addidit *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* Poſtremum quod Iuſtinianus innouauit tam in conſtitutionibus Codicis quæ extant, *in l. 19. 20. & 21. eod.* quàm *in Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ.*
2 *cap. 5. §. illud.* Prætor † cum hoc ius primùm induxit, nihil aliud egit, niſi vt liberis in familia retentis proſpiceret aduerſus emancipatos, quos edicto ſuo vocabat ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris participéſque faciebat bonorum paternorum cum his qui manſiſſent in poteſtate, qui paterna appetendo appeterent aliena, vt Vlpianus tractat *in l. 1. D. de collat.* Idem ius à prætore ipſo ad eos quoque emancipatos tractum eſt, qui non petita bonorum poſſeſſione contra tabulas nullo fortaſſis facto teſtamento peterent ab inteſtato bonorum poſſeſſionem ex capite vnde liberi: Eadem enim hic ratio ſuberat æquitatis, ſi frater emancipatus vellet inteſtato patri ſuccedere cum liberis in familia retentis, quando iure ciuili tota patris inteſtati hereditas ad ſuos heredes pertineret, nulla verò ex parte ad emancipatos, qui quod ad ius ciuile attinet in omnibus pro extraneis habentur. Itaque non minùs hoc caſu quàm petita bonorum poſſeſſione contra tabulas futurum erat, vt fratribus in familia retentis iniuriam faceret frater emancipatus ſuccedendo cum iis ab inteſtato, ſi non etiam bona ſua eis conferre cogeretur, quippè quæ non haberet ſi filiusfam. manſiſſet, qualem ſe manſiſſe fingi vult vt perinde ſuccedat ac ſi filiusfamilias manſiſſet. Nec enim exiſtimandum eſt prætorem tam apertè iuri ciuili vim facere aut velle aut poſſe, vt eum quem ius ciuile habet pro penitus extraneo velit ipſe admittere cum ſuis heredibus ad paternam ſucceſſionem. Sed cum ius ciuile non alium filium agnoſcat quàm qui filiusfamilias ſit, vt nec alium patrem quàm qui ſit paterfamilias, *l. 4. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, adeóque nimirum habeat emancipatum pro extraneo. Prætor hanc iuris ciuilis aſperitatem ſic temperat, vt reſcindat emancipationem, qua reſciſſa filióque in eam conditionem redacto acſi nunquam emancipatus fuiſſet, poſſit hic filius agnoſci pro filio, qui non amplius habetur pro emancipato. Neque enim veretur prætor ne iniuriam ei faciat cùm reſcindit emancipationem. Siquidem non idcirco futurum eſt vt recidat in poteſtatem patris qui nunc defunctus reperitur & à cuius poteſtate per ipſius mortem iam liberatus eſſet ſi non fuiſſet antea liberatus per emancipationem. Quamquam nec nouum eſt, vt etiam viuente patre prætor emancipationem reſcindat nec eo magis filium redigit in poteſtatem, quod nec ſi vellet facere poſſet: quod contingit in eo dicto, quod eſt de capite minutis ex quo reſtituuntur in emancipatum actiones quæ in eum adhuc filiumfamilias competebant. Reſcinditur enim emancipatio quod ad effectum illum reſtitutionis in integrum non quod ad cætera omnia. Vt & in edicto de collationibus reſcinditur quantum ad cauſam ſucceſſionis non vt filius emancipatus toto eo tempore quo pater vixit in patris familia retentus fuiſſe exiſtimetur. Alioqui confunderentur omnia ſi quæcumque cum eo tanquam cum emancipato geſta ſunt, cum filiofamilias geſta retrò fingerentur. Porrò quamuis prætor in proponendo edicto De collationibus de emancipato tantùm locutus eſſet, ſicut & in edicto de bonorum poſſeſſionibus contra tabulas tamen cepit, poſtea eadem ratio æquitatis accommodari etiam ad liberos in poteſtate retentos, vt patri communi ſuccedentes ſua etiam conferre cogerentur. i. dotem & donationem propter nuptias quam à patre accepiſſent. Hoc enim addendum eſt vt excludamus dotem aduentitiam quam à filiafamilias nunquam conferri debere probauimus capite præced. Quid verò aliud habere filiafam. poteſt à patre præter dotem aut filiusfamilias præter donationem propter nuptias? iam enim ſæpius monuimus donationem ſimplicem à patre in filium aut filiamfamilias nec olim valuiſſe nec hodie valere: Ac ne quidem ex cauſa dotis ſi ipſi filiæ facta donatio & traditio ſit non aut vt fieri ſolet ac debet marito pro filia, *l. Pomponius. 35. D. famil. ercisc.* Cur autem viſum ſit prætori, filiam in patris familia retentam dotem ſuam à patre profectam fratribus in eadem familia retentis conferre oportere, ratio iam à nobis allata eſt in præcedentibus, quod alioqui videretur fratribus iniuriam facere ſoror ſi hanc dotem non conferret, ſiquidem de fratrum ſuorum patrimonio dotata partim videretur, quæ in ſolidum dotata eſſe poſſet ac deberet de ſuo. Sed hæc ipſa ratio oſtendit non ſimiliter potuiſſe filiamfamilias obligatam eſſe, ſiue ex verbis, ſiue ex æquitate edicti prætoris, vt dotem profectitiam conferret fratribus emancipatis. Quam enim facit emancipatis iniuriam ſua heres, ſi patri communi ſimul cum ipſis ſuccedat ab inteſtato etiamſi nihil conferre velit, quæ ſuo iure totam ſucceſſionem habere deberet? Facit emancipata ſoror iniuriam fratribus ſiue in poteſtate manentibus ſiue emancipatis ſi dotem à patre profectam iis conferre nolit: facit fratribus in familia retentis, cum quibus ſuccedit ſi non conferat etiam aduentitiam. Facit filiafamilias fratribus in poteſtate retentis ſi non eis conferat profectitiam, ſed emancipatis nullam facit etiamſi nihil conferat iis qui cùm nihil ex paternis bonis habere deberent ad paternæ tamen ſucceſſionis participationem & communionem admittuntur, ex beneficio & mera indulgentia prætoris. Hæc cùm ita iure vetere ſe haberent, Imp. Leo † primus conſti- 3
tuit, vt dos & donatio propter nuptias à liberis qui in poteſtate ſunt conferantur fratribus etiam emancipatis, *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* quæ lex ſi non in hoc nouum ius facit planè non video in quo faciat. Nam in eo quod additur emancipatos viciſſim conferre debere fratribus in poteſtate retentis donationes omnes quas à parentibus acceperint, ſiue in ipſa emancipatione, ſiue poſt emancipationem, certè ius nouum non facit, cùm iam olim obtineret, vt emancipati ſuccedentes cum fratribus in familia retentis omnia bona ſua iis conferre deberent etiam aduentitia, vt iam diximus *ex d. l. 1. & tot. tit. D. de collat. l. 4. C. eod. l. 1. §. ſi ſub conditione. D. de collat.* iis tantùm exceptis quæ fuiſſet habiturus emancipatus etiamſi in patris poteſtate manſiſſet vt ex Papin. tractat Vlpian. *in l. cùm duab. 52. aliàs leg. ſi fratres. §. idem Papin. D. pro ſocio.* Nec

rurſus poſſis dicere in eo feciſſe Leonem ius nouum, quod conſtituit vt collationi locus ſit quocumque iure inteſtatæ ſucceſſionis, ſiue teſtamento penitus non condito, ſiue facto quidem, ſed poſtea per inofficioſi querelam reſciſſo, ſiue denique petita contra tabulas bonorum poſſeſſione. Nam & ante Leonem idipſum obtinebat, vt in omni caſu ſucceſſionis inteſtati locus eſſet collationi, *l. ſi non mortis. 25. D. de inoff. teſt.* præſertim verò petita contra tabulas bonorum poſſeſſione, qui caſus verbis ipſis edicti De collationibus comprehendebatur, *l. 1. C. de collat. l. 1. in princ. D. de dot.* ob idque & titulus. *De collat.* poſitus eſt in Pandectis poſt titulos qui pertinent ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Cùm tamen is ſolus caſus dubitationem aliquam habere poſſe ex eo videretur quod per bonorum poſſeſſionem contra tabulas non tam ab inteſtato quàm ex teſtamento ſucceditur, *l. 2. D. vnd. liber. §. ſunt autem. Inſt. de bon. poſſ.* vbi dicitur ex teſtamento duas eſſe bonorum poſſeſſiones ſecundum tabulas & contra tabulas. Sed ita id accipi debet, vt qui ſuccedit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuccedat per occaſionem teſtamenti, potiùs quàm ex ipſo teſtamento. Quomodo enim ſuccederet ex eo teſtamento quod rumpitur? Ideò autem dicimus ſuccedere illum per occaſionem teſtamenti, quia ſi tabulæ nullæ eſſent, adeóque ſi non tales vt ex iis poſſet peti bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas vel adiri hereditas, neque contra tabulas daret prætor, *l. quod vulg. 19. D. de bon. poſſ. contr. tab.* porrò cùm quis petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, hoc ipſo quod rumpit, ſuccedit, neque indiget bonorum poſſeſſione, vnde liberi tanquam ab inteſtato, quam nec ſi vellet habere, tamen poſſet, quia non eam detulit prætor edicto ſuo niſi ſub ea conditione, ſi tabulæ teſtamenti nullæ extarent, *d. l. 2. & tot. tit. ſi tab. teſt. null. extab. vnd. liber.* quomodo & de poſthumo dicimus eum ſi præteritus fuerit ac poſtea natus, rumpere teſtamentum patris ſuccedendo, & ſuccedere rumpendo, *l. 5. D. de iniuſt. rupt. l. ſi poſthumus. 14. D. de liber. & poſth.* quod in querela inofficioſi diuerſum eſt, quæ licet non minus rumpat teſtamentum quàm bonorum poſſeſſio contra tabulas, imò tantò fortiùs quanto potentius remedium eſt quippè quod iuris ciuilis ſit non prætorij, non tamen per eam ſucceditur teſtatori, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ſed præparatur via ad ſucceſſionem inteſtati, ob idque non nunquam euenit, vt alius rumpat, alius ſuccedat, *l. 1. l. poſthumus. 6. §. ſi quis ex his perſonis. D. de inoff. teſt.* Nihil ergo noui hac parte Leo conſtituit cùm voluit collationi locum eſſe in omni caſu ſucceſſionis inteſtati, petitáque contra tabulas bonorum poſſeſſione, quia vno illo caſu poterat iam olim collationi locus non eſſe, ſi teſtamentum factum eſſet ex quo tanquam non rupto vel reſciſſo ſuccederetur. Manſitque ius illud vſque ad tempora Iuſtin. qui primus induxit, vt ex teſtamento quoque collationi locus ſit niſi expreſſim prohibita fuerit à teſtatore. *Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. cap. 5. §. illud.* vnde ſumpta eſt Auth. *ex teſtamento, C. de collat.*

ERROR VIII.

De ſententia legis, vt liberis. 17. C. de collat. & de æqualitate inter liberos ſeruanda.

SVMMARIA.

1 *Donationis ante nuptias collationem Leonis conſtitutione primum inductam.*

2 *A Leone conſtitutum fuiſſe, vt dos profectitia emancipatis conferretur à filia in poteſtate retenta.*

3 *Donationis nomen etiam dotem complectitur.*

4 *Error Cuiacij exiſtimantis iam olim ante Leonem obtinuiſſe vt dos profectitia emancipatis conferretur à ſorore in poteſtate retenta.*

5 *Emancipatus emancipato olim quid conferret, quid item hodie.*

6 *Quibus caſibus dos conferenda eſt, donatio quoque ante nuptias conferri debet.*

7 *Error Bartoli aſſerentis ex Leonis conſtitutione emancipatum hodie donationes quaſlibet à patre profectas emancipatis conferre.*

8 *Sententia Leonis conſtitutionis.*

9 *De ſententia l. pen. §. ad hac. C. de collat.*

POSSIT † quis fortaſsè probabilius exiſtimare hoc tantùm noui conſtituiſſe Leonem, vt donatio ante nuptias conferatur, cùm olim dos tantùm conferretur. 1
Hoc enim videtur innuere Iuſtin. ipſe cum eam conſtit. refert, & ampliat *in l. quoniam Nouella. 19. Cod. de inoff. teſt.* Neque ſanè poteſt negari quin iſtam donationis ante nuptias collationem primus Leo introduxerit: nam & edictum prætoris & priora omnia, ſiue prudentum reſponſa, ſiue Imper. reſcripta de dote tantùm non etiam de donatione ante nuptias conferenda tractauerant: ſed hoc vt puto, non tam quòd ratio & æquitas collationis quæ in profectitia dote locum quoque habere videretur, [quid enim aliud eſt dos, quam donatio propter nuptias filiæ, quid aliud donatio propter nuptias quam dos ipſa quodammodo filij? vt Iacob. Cuiacius non eleganter ſcripſit.] Quàm quod toto Pandectarum iure incognita fuerit donatio ante nuptias eiúſque nullus vſus, nulla certè ipſius mentio vſpiam apud Iureconſultos reperitur, eius ſcilicet donationis quam pater in filium ſuum conferat, ſicut filiæ dos à patre datur, quamuis iam olim eſſet receptum vt non minùs eam donationem pro filio facere, quàm dotem pro filia dare pater deberet, *l. vlt. C. de dot. promiſſ.* itémque, vt pro arbitrio ſponſus aliquid vxori donaret, non in vicem dotis quod hodie fit, vnde ἀντίφερνα id eſt contra dotem vocant, ſed fauore tantùm nuptiarum, *l. cùm multa. 20. C. de donat. ant. nupt. iunct. l. 2. C. de bon. quæ liber.* Verùm quamuis † Imp. Leo primus conſtituerit vt donatio ante nuptias conferri deberet, non 2
tamen ex eo poſſis inferre illud quoque ab eo conſtitutum non fuiſſe, vt dos ipſa profectitia emancipatis quoque liberis conferretur a filia quæ manſiſſet in poteſtate. Incipit enim conſtitutio à dote non à donatione ante nuptias, cùm ita loquitur Imperator, *tam dos quàm ante nuptias donatio conferatur.* Scribendum namque fuerat è contrario, *tam donatio ante nuptias, quàm dos conferatur*, ſi hoc agebat Leo vt in dote nihil noui conſtitueret ſed tantùm vt ius quod in dote iam obtineat ad donationem ante nuptias produceret. Neque ex eo quod ſequentia illa, *Memorati parentes donationem contulerint*, de donatione tantùm loquuntur, capi poteſt coniectura quaſi ea conſtitutio propter donationem ante nuptias facta ſit potiùs quam propter dotem. Donationis enim † nomen in illis verbis ſumpſit Leo non 3
ſpecialiter pro donatione ante nuptias, ſed generaliter ita vt dotem quoque comprehendat, cùm nec dubitetur apud ipſos quoque antiquos iuris conditores donationis nomine dotem contineri vt Iuſtin. ipſe teſtatur *in d. l. cùm multa.* Quod & ſequentia oſtendunt in quibus ita eſt, *eadem dos vel ante nuptias donatio ex ſubſtantia eius profecta conferatur.* Nam & ſimiliter cùm in fine legis tractatur de collatione per emancipatos faciẽda donationis tantùm nomen vſurpatur, non dotis, cùm tamen negari non poſſit, quin dos quoque ab emancipatis conferenda ſit etiam aduentitia quoties ſuccedit frater emancipatus cum fratribus in familia retentis, *d. l. filia dotem. 4. C. de collat.* Nec obſtat noſtræ ſententiæ quod *in d. l. filia dotem*, tractatur de dote profectitia etiam

4 etiam emancipato conferenda : quæ res † Cuiacium
decepit vt exiſtimauerit iam olim & ante Leonem ita
obtinuiſſe vt dos profectitia etiam emancipatis fratri-
bus conferri deberet per filiam in poteſtate retentam.
Debuit enim potius ex conſtitutione Leonis quæ no-
uum hoc ius induxit colligere intelligendam legem
illam de filia quæ fuerit emancipata vt & quod ſcri-
ptum eſt *in l.1. §. ſi ſub conditione. D. de collat.dot.* vbi
agitur de aduentitia quoque dote conferenda, quam ta-
men certum eſt ex iis quæ ſuperiore capite diximus,
nullo caſu conferri per filiam quæ manſerit in poteſta-
te non ſolum ſi cum emancipatis fratribus ſuccedat,
ſed nec ſi cum ſuis. Planè nihil noui Leonem facere in
poſtrema conſtitutionis parte qua iubet conferri ab
emancipatis donationes omnes in eos à parentibus col-
latas ſiue in ipſo emancipationis tempore ſiue poſt
emancipationem apparet ſatis ex illis verbis, *pro tenore
præcedentium legum*, quæ probant apertiſſimè nihil eo
capite conſtitui niſi quod præcedentibus legibus con-
tinebatur : quæ ſanè tam generales erant contra eman-
cipatos vt n·hil addi poſſet, cùm à collationis onere ni-
hil exceptum eſſet præter peculium caſtrenſe vel qua-
ſi caſtrenſe. Idque ex conſtitutionibus imperatorum
potiùs quàm ex edicto ipſo prætoris, *d. l. cum duobus.
52. §.idem Papinianus. D.pro ſocio. d.l.1.nec caſtr. D.de
collat.* Nimirum ſi ſuccederet emancipatus cum ſuis,
5 emancipatum enim † emancipato nihil olim conferre
debuiſſe certum eſt, *l.ſi emancipati 9.C.eod.* excepta ſci-
licet dote quæ à patre profecta fuiſſet, *d. l. filia dotem.*
Ergo neque hodie quicquam amplius conferet, niſi do-
nationem ante nuptias ad exemplum dotis. Poſt hanc
enim Leonis legem verum eſt omnibus omninò caſi-
6 bus quibus † dos conferenda eſt donationem quoque
ante nuptias aut vt hodie nos loqui Iuſtinianus voluit
propter nuptias conferri oportere, *d. l.quoniam Nouel-
la.29. C. de inoff. teſt.* In eóque Paulo Caſtrenſi, Areti-
no, Romano, Decio & aliis aſſentior, qui contra Barto-
7 lum † Alexandrum aliosque nonnullos defendunt ge-
neraliter accipiendam eſſe illam Leonis conſtitutionem
vt emancipatus hodie donationes quaſlibet à patre
profectas fratribus ſuis etiam emancipatis conferre te-
neatur. Fefellit Bart. & cæteros quod priora legis Leo-
nis æ verba videntur generalia, *Vt liberis*, inquit, *tam
maſculini, quam fœminini ſexus ſiue ſui iuris ſiue in po-
teſtate conſtitutis æqua lance parique modo proſpici poſſit.*
Sed præter id quod poſtrema pars conſtitutionis reſtri-
cta eſt ad præcedentium legum tenorem, quæ diſtin-
guebant vtrum emancipatus ſuccederet cum ſuis he-
8 redibus an cum emancipatis, apparet etiam ſenſum †
Leonis in ſupra ſcriptis verbis hunc eſſe : quemadmo-
dum edicto prætoris & anterioribus legibus cautum
erat ſuis heredibus in poteſtate paterna conſtitutis ſi
quando cum iis ſuccedere emancipati vellent iniuncto
ſcilicet emancipatis onere conferendorum bonorum
omnium quæ vndecumque habuiſſent, ita emancipatis
proſpiciendum contra ſuos heredes per collationem à
ſuis quoque faciendam emancipantis tam dotis quàm
ante nuptias donationis quæ à patre profecta eſſet :
Non quaſi iniuriam pati viderentur emancipati ſi non
iis ſui conferrent, cùm ſui ſuo iure ſuccedentes ad pro-
pria bona veniant potiùs quàm ad aliena, *l.in ſuis.11.
D.de liber. & poſth. l.1.§.largius.D. de ſucceſſ.edict.* ſed
quia digni viderentur etiam emancipati inter quos &
ſuos heredes ſeruaretur æqualitas in iis nimirum bonis
quæ profecta eſſent à patre cui ſuccederent vel à matre
vel ab auo proauóve ſiue paterno ſiue materno. Cur
non enim ſuccedant & conferant æqua lance vt lex ait
quantum attinet ad bona ab eo profecta de cuius ſuc-
ceſſione agitur, cum ſuccedant omnes ſi non eodem iu-
re (ſui ſiquidem ſuccedunt iure ciuili, emancipati verò
iure prætorio) ſaltem eadem ratione & quidem naturali
quod ſint filij, negari autem non poſſit æquè filios eſſe
illos qui emancipati ſunt, atque ſuos in poteſtate re-
tentos ? Ergo quemadmodum prior pars legis eſt de
collatione per ſuos heredes facienda emancipatis, ita &
poſterior non de alia collatione accipi poteſt quàm
quæ ſuis heredibus fieri debeat per emancipatos. Ad
eum verò caſum quo vel inter ſuos heredes tantùm, vel
inter emancipatos tantùm facienda collatio ſit illa con-
ſtitutio non pertinet : quia nec erat neceſſe quicquam
noui in iis caſibus conſtitui, quibus edictum prætoris
iam benè proſpexiſſet. Hanc eandem æqualitatis inter
liberos inducendæ potiùs quàm conſeruandæ ratio-
nem, adeò amplexus eſt Iuſtin. vt ex hac primùm Leo-
nis lege occaſionem ſumpſerit † conſtituendi *in l. pe- 9
nult.§.ad hæc eod.tit.* vt ſi vnus ex liberis à parente quiſ-
quis ille ſit, vel dotem vel ante nuptias donationem ac-
ceperit, alius verò ſcilicet emancipatus ſimplicem inter
viuos donationem, cogatur hic ſimplicem quoque do-
nationem conferre fratri, ſuam quoque conferenti, nec
tantum ſuo, in quo nihil eſſet noui, cùm iam olim
emancipatus ſuo conferret omnia, vt diximus, verùm
etiam emancipato, ne alioqui inter liberos inæqualitas
induceretur ſi ſecundum vulgares iuris regulas ſimplex
donatio quamuis à patre profecta collationis munere
non fungeretur, inter eos ipſos fratres inter quos alia
quælibet donatio ob cauſam facta conferenda ſit. Hoc
enim caſu ſeruandæ æqualitatis gratia dici generaliter
poteſt, Omnia profectitia conferenda eſſe vt in ea vni-
uerſitate ſimplex quoque donatio contineatur, cùm ta-
men extra hunc caſum falſa futura ſit ea vniuerſalis
propoſitio & neceſſariò reſtringenda ad profectitia illa
quæ cauſam aliam quàm meræ liberalitatis habuerunt
quæque veriſimile eſt non fuiſſe daturum parentem ni-
ſi dandi cauſam illam habuiſſet. Quamquam quod poſt
Iuſtin. dicimus collatis à parente in omnes liberos do-
nationibus tametſi diuerſi generis in hoc quidem ſim-
plicibus, in illos verò ob cauſam aliquam, omnes con-
ferendas eſſe ad ſeruandam inter eos æqualitatem, non
ita accipiendum eſt vt ſi ſint diſparis quantitatis quod
facilè fieri poteſt & plerumque fit, non inducatur colla-
tio niſi vſque ad concurrentem quantitatem. In ſoli-
dum enim donationes omnes proculdubio conferendæ
ſunt, licèt non idcirco futurum ſit vt omnimodo libe-
rorum portiones ſint æquales. Æqualitatem enim vo-
luerunt inducere Imperatores in iure ipſo collationis
non in emolumento portionum hereditariarum, aut in
proportione æſtimationis earum rerum quæ conferren-
tur. Præterquàm in caſu *l.vlt.C.commun.vtriuſque iudic.*
Nec enim quod plus minúſve confertur eo magis mi-
núſve collationi locus fieri poteſt, quia ex iure non ex
facto nec ex antiquitate ſumitur an conferendum ſit
néc-ne. Sed illud multò mirabilius eſt quod eodem hu-
ius æqualitatis inter liberos ſeruandæ ſtudio conſtituit.
Iuſtin.d.Nou.18.§.illud, vt ex teſtamento quoque colla-
tioni perinde locus ſit atque ab inteſtato Colore illo,
quaſi per obliuionem collationis faciendæ iniunctio-
nem prætermiſiſſe credendus ſit teſtator qui de eo ni-
hil dixit, potiùs quàm quod collationem fieri noluerit,
vt habet conſtitutio.

ERROR IX.

De ſententia & ratione perobſcura Papiniani in l. Pomponius Philadelphus.35. D. fam. erciſc.

SVMMARIA.

1 *Deterioris olim fuiſſe conditionis donationem inter vi-
uos factam filiæfam. ex cauſa dotis, quàm cæteras.*
2 *Ratio dubitandi Papinian.in l.Pomponius.35.D.fam.
erciſc.*

3 *Ratio decidendi eiuſd. l.*

4 *Falſum eſſe illud interpretum dogma donationem inter patrem & filiam ex cauſa dotis iam olim valuiſſe.*

1 OBSERVAVI ex hac lege nouum quid & propemodum mirabile, quod neſcio an hucuſque à quoquam alio fuerit obſeruatum deterioris † conditionis olim fuiſſe donationem inter viuos factam filiæfamilias ex cauſa dotis, quàm cæteras, in eo quòd cum cæteræ donationes inter viuos à patre in filios vel filiasfamilias collatæ ſilentio & morte patris conualeſcerent etiam citra ſpecialem confirmationem ſi modò contrarium iudicium non probaretur, *l. filia cuius. 18. Cod. famil. erciſc. & apud Paulum. 5. ſentent. tit. 11. de donat. §. pater.* donatio tamen facta ex cauſa dotis non confirmabatur, Alioquin nulla fuiſſet ratio dubitandi
2 † apud Papinianum *in d. l. Pomponius*, nec quærenda tam curioſe à Papiniano ratio aliqua ſpecialis petita ex capacitate filiæ circa dotem habendam, ſi ſufficere poſſet ratio illa iuris communis, quod omnes donationes etiam à patre in filiamfamilias collatæ, patris morte confirmentur. Illa autem ratio eſſe videbatur propter quam donatio facta filiæ ex cauſa dotis non confirmaretur morte patris quod quæ morte confirmantur ea ſunt eiuſmodi vt in perpetuum confirmentur, vt cernere eſt in legatis, donationibus cauſa mortis & cæteris vltimis voluntatibus, Nec enim poſſunt confirmari ad tempus, *l. obligationum ferè. 44. §. 1. ff. de oblig. & act. l. nemo poteſt. 55. ff. de leg. 1.* Atqui eſſet contra voluntatem patris qui donauit filiæ ex cauſa dotis vt donatio illa in perpetuum confirmaretur. Nec enim id pater abinitio egit cùm non ſimpliciter donauerit ſed ob cauſam dotis. Nam quid ſi filia viuo patre deceſſiſſet? An eo minus dotem ad ſe regredi pater voluiſſet? Minimè verò. Prodeſſet namque iſta interpretatio non filiæ cui fauere quis vellet ſed marito penes quem remaneret iure dominij dos etiam à patre profecta ſi non miſerationis ratione ad patrem reuerteretur, *l. iure ſuccurſum. 6. ff. de iure dot.* Neque contrarium eſt quod diximus dotis dandæ cauſam perpetuam eſſe, *l. 1. D. eod.* Id enim rationem illam habet quòd vt eadem lex explicat detur ſemper eo animo, & voto vt perpetuo ſit penes maritum, at non vt ſemper ſit penes mulierem, imò vt nunquam, cùm non poſſit eodem tempore eſſe penes vtrumque & ibi ſemper eſſe debeat vbi ſunt onera matrimonij *l. ſi is qui. 56. §. ibi dos. ff. eod.* Pater autem in ſpecie *d. l. Pomponius*, non penes maritum eſſe voluerat cui tantùm reditus prædij donati ſolui mandauerat, ſed penes filiam ipſam cui tradiderat. Non igitur in perpetuum ſed tamdiu dumtaxat quandiu matrimonium duraret. Mirum igitur eſt ſi morte patris non confirmetur donatio facta ex cauſa dotis ne aliter poſito iure neceſſe eſſet in perpetuum eam confirmari quam pater nonniſi ad tempus factam eſſe voluiſſet. Eaque nimirum fortiſſima dubitandi ratio erat apud Papinianum, propter quam videbatur filiam non poſſe hanc dotem præcipuam retinere, quamuis facto per patrem teſtamento cùm donatio iſta nec valuiſſet ab initio nec ex poſtfacto conualuiſſet. Eas demum verò donationes ſoleat & debeat arbiter familiæ erciſcundæ præcipuas adiudicare filiæ quæ non ab initio valuerunt (eæ ſiquidem non veniunt in iudicium familiæ erciſcundæ cùm ſint extra cauſam hereditatis & bonorum defuncti, *leg. ſequens, quæſtio. 67. D. de legat. 2.*) ſed quæ ab initio inualidæ morte donatoris conualuerunt equidem, ſed ita tamen vt officio arbitri egeant ad dominium per adiudicationem acquirendum, *d. l. filia cuius. 18. Cod. fam. erciſc.* Nec ad rem faciebat quod factum fuiſſet teſtamentum, eo autem caſu certum eſſet Papiniani temporibus non eſſe locum collationi ſiue dotis ſiue alterius cuiuſlibet rei, *l. Theopompus. 14. D. de dot. præleg. l. 1. Cod. de collat.* Id enim tunc verè dicitur cùm donatio ſiue facta ex cauſa dotis ſiue ex alia qualibet ab initio valuit, cùm prius ſit vt quid ſit in bonis eius qui ad collationem vrgetur quàm vt de eo quæri poſſit an collationi locus eſſe debeat néc-ne. At donatio vt diximus non valuerat, neque confirmata erat morte patris. Igitur quamuis collationi locus eſſe non poſſet duplici illa ratione. quod nec donatio vnquam valuiſſet, nec ſi aliquando valuiſſet facto tamen teſtamento collationi locus fieri potuiſſet, non eo magis conſequens fiebat, vt præcipuam dotem habere filia deberet, immò tantò minùs quod eadem ferè ratio arbitri officium impediret quæ collationem excludebat quod nunquam donatio valuiſſet, quærendum fuiſſet de collatione, cui tamen non potuiſſet locus eſſe facto teſtamento. Si verò ex poſtfacto conualuiſſet vtique arbiter familiæ erciſcundæ eam filiæ præcipuam adiudicare debuiſſet. Verum reſpondet † Papinianus ſubtiliſſi- 3
mè, vt ſolet, nihilominùs debere hanc dotem filiæ præcipuam remanere, vnica illa ratione æquitatis & voluntatis potiùs quàm iuris quod & pater donata filia prædia dotis eſſe voluiſſet, & matrimonium poſt patris quoque mortem conſtitiſſet. Inde namque fieri vult Papinianus, vt quamuis nullo iure ſint prædia illa penes filiam, nec in iis quidquam ipſa habeat præter naturalem poſſeſſionem defendendam, tamen illa ſit in ea naturali poſſeſſione per officium arbitri non ſpecie donationis, vt vulgò malè creditur, cuius ſcilicet non magis illa capax fuerit ex cauſa dotis quàm ſi ſimpliciter donatum fuiſſet ſpecie dotis, cuius fuit illa capax quandiu dos eſſe potuit, id eſt quandiu matrimonium conſtitit. Nec enim dos ſine matrimonio eſſe poteſt vt intelligamus aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum ſi viuo patre diſſolutum fuiſſet matrimonium, aut etiamſi ſocer & gener in eadem fortè naui ſimul vel ruina periiſſent adeóque ſi poſt mortem patris finitum fuiſſet matrimonium vel diuortio vel morte viri ante acceptum iudicium familiæ erciſcundæ. Verum enim iuſtam retinendæ poſſeſſionis cauſam habeat filia ex eo tempore æſtimandum eſt quo iudicium accipitur, non ex inſtanti mortis patris. Planè ſi poſt adiudicationem ab arbitrio factam ſuperueniat diſtractio matrimonij non eo magis deſinent eſſe propria filiæ prædia, quæ ſemel ei fuerint non per donationem, ſed per adiudicationem acquiſita non ſecus acſi iure legati vel donationis legitimæ ea poſſideret cum dominium ſemel iure quæſitum non niſi legitimis modis admitti poſſit. Adiudicatio autem perinde atque lex ipſa legitimus modus eſt dominis etiam iure Quiritium acquirendi teſte Vlpiano *in fragment. titul. ſæpius à nobis citato de acquiſitione rerum.* Et hæc ſanè Papinianei reſponſi ratio & interpretatio eſt quam ſi quis iungat cum iis quæ ſcripſimus *libro 7. coniecturarum capite duodecimo.* Facilè intelliget quàm longè à Papiniani mente alienæ ſint interpretum noſtrorum ad eum locum interpretationes & quàm falſum illud quod ij toties iactitant donationem † inter patrem & filiam ex cauſa 4
dotis valuiſſe iam olim quæ nec hodie valeret. Nihil enim Iuſtinianus in profectitiis innouauit nec vllo loco ſuſtulit ius patriæ poteſtatis ex quo proficiſcitur impedimentum iuris quod non patitur vllam conſiſtere inter patrem & filium aut donationem aut obligationem, *lege ſiue emancipatis. 17. C. de donat. lege, Imperator. 50. D. ad Senatuſconſ. Trebellian.*

ERROR

ERROR X.

De collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ad legem ſi filius. 10. D. de collat. bonor.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt.*
2 *Illius traditionis refutatio.*
3 *Nulla pars edicti iubet ei conferri cui tanquam extraneus ſuccedit.*
4 *Sententia l. pater. & l. ſequentis. D. de collat. bon.*
5 *Quàm praué Bartolus interpretetur l. ſi filius. D. de collat. bon.*
6 *De ſent. l. 1. §. ibidem. D. de coll. bon. vbi notatur diſſenſio Vlpiani à Scæuola.*
7 *De ratione quæ Papinianum mouit in l. pater. D. de collat. bon.*
8 *Tribonianiſmus notatus in l. ſi filius. 10. D. de coll.*
9 *Hodie correctum non eſſe reſponſum Tryphon. in l. filium. 20. verſ. videamus. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.*

1 TRADITIO † noſtrorum vulgaris eſt eſſe locum collationi etiam inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, putà ſi vnus ex liberis ſuccedat ex teſtamento tanquam inſtitutus, alius verò vel ab inteſtato, vel petita contra tabulas, bonorum poſſeſſione. Sic enim Bartolus, Caſtrenſis, Alexander & cæteri quos refert & ſequitur Cagnolus ad *legem, ſi emancipati, num.* 138. *C. de collat. ex lege, ſi filius.* 10. *D. de collat. bonor.* vbi cùm filius in poteſtate heres inſtitutus adiiſſe proponeretur & emancipato petente bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ipſe tamen non petiiſſe fatetur quidem Scæuola ita quidem habere edictum, vt non ſit ei conferendum, ſed tamen magis ſe ſentire ait, vt quemadmodum pro parte hereditatem retinet eo iure quod bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poſſet ſi vellet beneficio fratris præteriti edictum committentis, ita & conferri ei debeat. Vtique, inquit, cùm iniuriam per bonorum poſ-
2 ſeſſionem patiatur. Mihi nunquam probari † potuit hæc ſententia quam fatentur omnes cum Scæuola eſſe manifeſtè contrariam edicto. Verba enim edicti etſi hodie non extant, tamen certum eſſe ſic concepta fuiſſe, vt inter eos tantùm collationem daturum ſe prætor edixiſſet quibus poſſeſſionem dediſſet. Ita namque accipiendum eſt quod Vlpianus ait *in l.* 1. §. 1. *D. eod.* Non vt è contrario locum habeat collatio inter eos omnes quibus data eſt bonorum poſſeſſio. Alioqui daretur etiam inter emancipatos quod falſum eſt, *l. ſi emancipati.* 9. *C. de coll.* Et ratio edicti eſt non quod per collationem bona omnia deducantur ad vnum cumulum qui non debeat diuerſo iure cenſeri vt ratiocinatur Bart. *ad l. pater filium.* 6. *num.* 2. *D. de collat. dot.* [Collatio enim præcedit & inducit confuſionem, non confuſio collationem, *l. ſi ſoror.* 8. *C. de collat.*] neque rurſus quod vt ibidem ait Bartolus, cùm plures diuerſo iure ſuccedunt, ſinguli vocentur in ſolidum quiſque ex ſuo iure: partes verò fiant per concurſum, atque ita mutua illa iniuria quam alter alteri facit inuicem compenſetur [nulla ſiquidem iniuria fit ab eo qui ſuo iure tanquam ſuus heres, & ſine beneficio prætoris ſuccedit in vniuerſa patris hereditate, nec, eo magis collationi locus ſit inter ſuccedentes ex diuerſo iure quòd pro parte tantùm ſinguli ſuccedant, vt in ſpecie, *dict. l. pater filium.* 6. *cum l. ſeq.*] Sed quia collationis æquitas tota eſt ex edicto & iuriſdictione prætoris, qui porrò beneficio ſuo talem legem dicere potuit qualem voluit. Eam verò dicendam putauit, vt non alij ad beneficium illud admitterentur, quam qui ex eodem edicto bonorum poſſeſſionem peterent, nec prætoris iuriſdictionem aſpernarentur, quæ potiſſimùm in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, vt ait Vlpianus *in l.* 3. *D. de iuriſd.* At aſpernatur ille qui cùm poſſet petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſiue ex perſona propria, ſiue ex perſona fratris edictum committentis, mauult tamen ſuccedere ex teſtamento tanquam extraneus quilibet. Cur ergo prætor iubeat ei conferri, qui tanquam extra-
neus ſuccedit? An fortè vlla edicti † pars eſt quæ iubeat 3
fieri collationem extraneo heredi? nulla prorſus. Duæ namque dumtaxat fuerunt partes edicti, ex quibus prætor iubebat fieri collationem, vt refert Triphon. *in l. filium.* 20. *verſic. videamus. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* ex capite ſcilicet edicti, De contra tabulas, & ex capite edicti *vnde liberi*, quarum neutra extraneo fauet, quia neque vlla videri poteſt fieri iniuria ei qui vel extraneus eſt, vel extranei cuiuſlibet iure ſuccedit etiam ſi pars hereditatis, aut vt meliùs dicam ſucceſſionis ei auferatur qui tanquam extraneus nihil penitus in ea ſucceſſione habere deberet. Quæ ratio facit vt neque inter emancipatos vllus collationi locus ſit, *d. l. ſi emancipati*, niſi quod ad dotem vel donationem ante nuptias profectitiam, *l. filiæ dotem.* 4. *C. eod.* neque olim ſuus heres quidquam conferre debuerit emancipato cui non poterat videri facere iniuriam ſuccedendo ſcilicet ante Leonis conſtitutionem *in l. vt liberis.* 17. *de qua diximus cap. præcedenti.* Et hanc noſtram contra interpretes om-
nes opinionem probat mirificè reſponſum † Papin. *in* 4
d. l. pater, iuncto eo quod in l. ſeq. ſubiicitur ex Paulo. Pater filium emancipatum inſtituerat heredem & filiam exheredauerat: quæ inofficioſi lite mota & perlata partem dimidiam hereditatis fratri abſtulerat. Reſpondit Papinianus non eſſe cogendum fratrem bona propria conferre. Additur verò ex Paulo *in l. ſeq.* nec ipſam filiam dotem ſuam fratri conferre debere, quoniam, inquit, diuerſo iure fratres ſunt heredes, frater ſcilicet ex teſtamento, filia verò ab inteſtato. Nec poſſis reſpondere quod Bartolus reſpondet in ea ſpecie non eſſe locum collationi, non tam ob id quod iſti diuerſo iure ſuccedant quàm quòd ex eodem iure ſuccedere etiamſi maximè vellent non poſſent. Etſi enim verum eſt neque filiam exheredatam poſſe vnquam ſuccedere ex teſtamento, cùm nec ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitti poſſit, *l. non putauit.* 8. *D. de bon. poſſ. contr. tab.* neque fratrem inſtitutum poſſe ab inteſtato heredem eſſe vbi iam ſemel heres fuit ex teſtamento ante propoſitam inofficioſi querelam, quia non niſi poſt aditam hereditatem ex teſtamento querela inofficioſi proponi poteſt, *l. Papin.* 8. §. *ſi condit. D. de inoff. teſt. l. ſi quis filium.* 34. *in fin. C. eod.* Non eam tamen rationem adfert Paulus, quòd non poſſint iſti ſuccedere ex eodem iure etiamſi vellent, ſed hanc vnam quod ſuccedant ex diuerſo iure. Et verò, quid referre poteſt, an poſſint ex eodem iure ſuccedere, néc-ne, cùm ex diuerſo ſuccedunt? Quinimò longè maior ratio ſuadet vt locus ſit collationi inter eos qui ob id tantùm non ſuccedunt ex eodem iure, quòd etiamſi ſuccedere vellent, tamen non poſſent, quàm inter eos qui ob id ſuccedunt ex diuerſo iure quod ita velint, non ex eodem iure tametſi poſſent. Illo enim caſu poteſt imputari ei qui ſibi conferri vult, cur non ſuccedat ex eodē iure cùm poſſit, malitque ſuccedere tanquam extraneus, quod imputari ſimiliter non poteſt ei, qui ex eodē iure ſuccedere etiāſi vellet, non poſſet. Neque puto diſſideret à me quiſquā ex interpretibus, niſi omnes reſponſū aliud Scæuolæ feſel-
liſſet, † quod extat *in d. l. filius*, cuius loci autoritate non 5
dubitat Bart. hoc ius de collationibus ita æſtimare quaſi

partim à Scæuola, partim à prætore fuerit conſtitutum. Quod tamen ne probare poſſim illud facit, Primùm quod video Scæuolam initio legis negare collationi locum eſſe, cùm ita ſcribit, *nec conferendum eſt ei.* Nec contentum ita reſpondiſſe ſubiicere rationem ſumptam ex edicto, quod, inquit, edictum prætoris ita ſe habeat. Cui conſequens omninò fit vt quiſquis contra reſpondere velit, etiamſi Scæuola ſit aut Papin. nedum Bartolus, eum neceſſe ſit reſpondere aduerſus edictum, quod nec Scæuolæ, nec alij vlli Iureconſulto vt facere auderet puto venire in mentem vnquam potuiſſe. Fuerunt enim illi omnes religioſiores iuris, præſertim Scæuola religioſiſſimus omnium, & prætereà non tantæ autoritatis vt eis licuerit negligere prætoris edictum eiúſque poteſtatem violare, cùm edicta prætorum non minùs quàm leges ligarent prudentes ne quid legibus aut edictis contrarium inducere poſſent. Maximè verò cùm non ex verbis edicti collationem excludat Scæuola, ſed ex edicto ipſo, quo nomine ſignificat non tantùm verba edicti, ſed etiam mentem prætoris facere ne debeat conferri. Sicut è contrario aliàs euenit nonnunquam vt ex verbis edicti collatio inducatur, quæ ex prætoris ſententia debeat denegari vt *in l. filium.* 20. *§. penult. D. de legat. præſt.* Secundò me illud magis mouet, quod ratio qua moueri ſe ſcribit Scæuola vt contra edictum reſpondeat, non eſt bona: Ait enim collationi locum eſſe debere, quod in ea ſpecie filius inſtitutus hereditatem quam adiit pro parte retineat non alio iure quàm quod bonorum poſſeſſionem petere poſſet. Quod etſi verum eſt ad rem tamen non pertinet. Non enim ad collationem inducendam ſufficere voluit prætor vt poſſet filius petere bonorum poſſeſſionem, ſed illud etiam exigi vt effectu ipſo bonorum poſſeſſionem petierit, quia, vt diximus, tantò minùs dignus eſt cui faueatur qui bonorum poſſeſſionem petere potuit, nec petiit. Alioqui eadem ratione probabo, ſi filius qui erat in poteſtate, & fratrem emancipatum habebat deceſſerit ante acceptam bonorum poſſeſſionem, relicto herede Sempronio, perinde cogendum emancipatum conferre Sempronio, atque ipſi filio ſecundùm Scæuolæ ſententiam conferre cogeretur, tametſi filius poſſeſſionem non accepiſſet, cùm in heredem tranſeat haud dubiè ius collationis tam actiuè quàm paſſiuè vt noſtri loquuntur ex *l.* 1. *§. ibidem. D. de collat. bonor. l. ſi maritus.* 14. *Cod. eod.*

6 Atqui falſum † eſt in proxima ſpecie Sempronio conferendum eſſe ſi Vlpiano credimus *in d. §. ibi.* vbi ait tuendum quidem Sempronium à prætore pro ea parte qua heres ſcriptus fuit is qui in poteſtate erat dum ne vltra virilem. Sed tamen ad collationem admitti eum non debere in hunc caſum, quia, inquit, bonorum poſſeſſio admiſſa non eſt. Quæ ratio prorſus inepta eſſet ſi ſufficeret quod admitti potuiſſet poſſeſſio, quamuis admiſſa non fuiſſet. Præſertim cùm nec alio colore filij heredem tueatur prætor ad virilem vſque partem petita per emancipationem contra tabulas bonorum poſſeſſione quàm quòd ipſi filio competierit ius petendæ bonorum poſſeſſionis, tametſi ius illud non tranſmiſerit ad heredem. Atqui negari non poteſt quin tranſmiſerit beneficium edicti quod ad tuitionem virilis portionis, cum ſuis omnibus qualitatibus, & conditionibus, & conſequenter cum iure collationis ſi tale ius habuiſſet vt ei conferre emancipatus debuiſſet. Cùm igitur neget Vlpian. heredi filij conferendum eſſe, nec id ratione illa quaſi minus iuris habeat quàm habiturus eſſet filius ſi viueret, ſed illa tantùm quod bonorum poſſeſſio accepta non ſit, fatendum eſt non aliud eum ſenſiſſe in ipſo filio in quo eadem ratio non petitæ poſſeſſionis locum haberet. Nam & ſecundum Bartoli diſtinctionem dicendum eſſet digniorem eſſe filij heredem cui ſuccurreretur quam ipſum filium, quandoquidem ipſi filio poſſet imputari cur non poſſeſſionem non petiiſſet, quod ipſius heredi non poteſt imputari. Alia verò ratio, quam ſubiungit Scæuola iis verbis, *vtique cum iniuriam per bonorum poſſeſſionem patiatur,* licèt interpretibus noſtris plauſibiliter videatur, tamen minùs ad rem facere mihi videtur. Etſi enim non negamus cùm de collatione quæritur, illud potiſſimum inſpici ſolere & debere an iniuria fiat aliqua ei qui collationem petit, *d. l. §. toties. D. de collat. d. l.* 3. *de collat. dotib.* tunc tamen id obtinet, cùm cætera omnia concurrunt quæ neceſſaria ſunt ad inducendam collationis neceſſitatem: inter quæ illud vnum primum ac præcipuum eſt, vt inter eos res agatur qui bonorum poſſeſſionem acceperint, *d. l.* 1. *§.* 1. *& d. §. ibidem.* Alioqui dicendum erit in ſpecie quoque, *d. §. ibidem,* conferri etiam filij heredi oportere, tanquam heredi eius cui proculdubio facta fuerit iniuria per emancipatum, quod tamen Vlp. eo loco negat vt iam diximus: Non ratione illa quod nullam hic heres iniuriam patiatur [quantumuis enim extraneus ſit, cùm tamen non tanquam extraneum eum tueatur prætor, ſed tanquam heredem filij inſtituti quem tueri debuiſſet, patitur ſine dubio eam ipſam iniuriam quam filius ipſe ex cuius perſona ſuccedit ſi adhuc viueret, pateretur] ſed quia bonorum poſſeſſio per filium admiſſa non eſt, quæ porrò nec per heredem admitti poteſt cùm non fuerit ei delata. Quæ ratio oſtendit quod huic heredi conferendum non eſt, non fieri proprio aliquo iure quod ex ipſius perſona proficiſcatur, ſed hac tantum ratione quod non debeat plus iuris habere quàm defunctus, qui tamen vnquam ius illud habuit vt conferri ei deberet, cùm bonorum poſſeſſionem nunquam admiſerit, licèt adhuc viuus paſſus fuerit iniuriam ab emancipato, qui iam tum ſucceſſit. Vt proinde fatendum ſit Vlpianum eo loco diſſenſiſſe à Scæuola *in d. l. ſi filius,* neque conciliari vllomodo poſſe, aut quærenda ratio quæ nulla poterit inueniri. Cur putauerit Vlp. ipſi quidem filio quamuis bonorum poſſeſſionem non admiſiſſet conferendum fuiſſe ſi vixiſſet, tanquam paſſo iniuriam ab emancipato. Heredi verò filij quamuis ex ipſius filij perſona ſuccedenti eiuſdemque iniuriæ ſuccedaneo conferendum non eſſe, contra eam iuris regulam quæ vult ius collationis tam actiuum, quàm paſſiuum tranſire in heredem. Sed & in ſpecie, *d. l. pater cum ſeq.* dicendum eſſet collationi locum fore ſi nihil aliud niſi iniuriam factam inſpiceremus. Facit enim fratri ſoror iniuriam eo ſenſu quo Bart. intelligit, cum aufert partem hereditatis fratri qui ſuo iure totam illam ex teſtamento erat habiturus. Ob idque nec aliam rationem reperit Bart. cur in ea ſpecie non ſit locus collationi niſi quod valeat teſtamentum ſaltem pro ea parte quæ non fuit rupta per querelam. Ex teſtamento autem locus non fuerit collationi toto Pandectarum iure. Cui ſententiæ conſequens eſſet vt in eadem ſpecie collationi hodie locum eſſe oporteret, poſtquàm placuit Iuſtin. vt non minùs ex teſtamento conferendum ſit quàm ab inteſtato. Quòd tamen non puto verè dici poſſe. Quamquam enim eam ſolam rationem attulit Papin. † quod 7
teſtamentum non ſolùm factum eſſet, verùm etiam poſt querelæ quoque victoriam ſubſiſteret adeò, vt ex ea quoque competerent libertates [is enim ſenſus eſt eorum verborum, *nam & libertates competere placuit*] alia tamen etiam ratio erat propter quam non poterat collationi locus eſſe, quæ ponitur *in dict. ſeq.* ex Paulo quod ſuccederent liberi ex diuerſo iure, frater ex teſtamento, ſoror ab inteſtato. Quæ ratio ſi non eſſet, profectò ſoror fratri conferre debuiſſet, cùm ab inteſtato ipſa ſuccederet non ex teſtamento. Ergo quæ ratio liberat ſororem quamuis ab inteſtato ſuccedentem ne conferre cogatur, cùm fratri quoque communis ſit, cur non fratri proderit, vt nec hodie conferre ſit cogendus? Non enim Iuſtin. fecit vt omnimodo conferendum ſit ex teſtamento, ſed vt quo caſu conferendum

ferendum eſſet ab inteſtato, eo ipſo conferendum ſit etiamſi factum fuerit teſtamentum. Atqui hoc caſu ſoror quæ ab inteſtato ſuccedit, non eo magis tamen confert, tanquam quæ ex diuerſo iure ſuccedat. Ergo neque frater hodie conferet tametſi ſuccedat ex teſtamento, quia quod ſuccedit ex teſtamento hoc ipſum eſt quod facit vt ex diuerſo iure ſuccedat, & conſequẽter vt nec locus ſit collationi. Et hoc ſanè eſt quod ſibi voluit Papinianus cum eam ſuæ ſententiæ rationem attulit, quod teſtamentum valeret ex quo frater ſuccederet. Non tam enim ad id reſpexit, quod ſolum obſeruant interpretes quod ex teſtamento olim non conferretur, quàm ad id quod ſubſiſtente adhuc pro parte teſtamento, neceſſe eſſet ſuccedi ex diuerſo iure partim ex teſtamento partim ab inteſtato. Si enim teſtamentum fuiſſet ruptum in totum, ſuccedi debuiſſet tam à fratre quàm à ſorore vel ab inteſtato, vel nullo modo, quandoquidem ab inteſtato vnius tantum caſus eſt *l. ab inteſtato. 16. D. de iur. codicill.* atque ita collationi locus fuiſſet duplici ratione. Et quia ab inteſtato. Et conſequenter quia ex eodem iure ſucceſſum fuiſſet. Ex contrario igitur ſubſiſtente teſtamento duplex ratio Papiniani temporibus impediebat ne collationi locus eſſe poſſet. Vna quod ex diuerſo iure fratres ſuccedere neceſſe eſſet. Altera quòd ex teſtamento non conferretur. Prior ratio communis erat vtrique. Poſterior verò ſolum fratrem non etiam ſororem à collationis onere liberabat. Poſterior ceſſat hodie poſt Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem. Prior verò ſemper manet, ac proinde ipſum quoque ius quod ex ea inducebatur, quia quoties ex duplici ratione quid conſtituitur, alterutrum ſufficit manere vt ius retineatur *l. cùm is. 32. §. mulier. D. de condict. indeb. cum vulgar.* Non addo tertiam illam rationem quam Bartolus diluere non potuit, quòd faciat ſoror iniuriam fratri ſcripto ex aſſe toto cùm aufert ei ab inteſtato dimidiam partem hereditatis. Eſt enim falſa & mala ratio cùm ſoror quæ ſuccedit ab inteſtato poſtquàm vicit in querela ſuccedat ſuo iure ſi non emancipata fuerit, ſed retenta in poteſtate: cùm dici ſoleat iuris communis executionem iniuriam non habere *l. iniuriarum. 13. §. 1. D. de iniur.* Potiúſque videretur hæc ſoror iniuriam pati à fratre emancipato, qui ab inteſtato nihil conſequi deberet, niſi fratrem quoque ratio illa tueretur quod quamuis emancipatus ſit, tamen fuit inſtitutus adeóque heres ex teſtamento adita ſcilicet hereditate quam adiri neceſſe fuit vt poſſet locus eſſe querelæ inofficioſi. Semel autem factus heres non potuit deſinere eſſe heres ex eo ipſo teſtamento, ne quidem volens, niſi pro qua parte ruptum fuit teſtamentum per querelam, quod porro ruptum non fuit niſi pro qua parte potuit ſoror ſuccedere ab inteſtato, id eſt, pro dimidia, Quod expeditum quidem eſt ſi ponas filiam fuiſſe emancipatam, in quo nihil eſt abſurdi cùm liberis quoque emancipatis & exheredatis non minùs quàm ſuis heredibus querela non ſolùm vtilis ſit ſed etiam neceſſaria *l. non putauit. 8. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Sed ſi ponas filiam fuiſſe retentam in poteſtate, quod Papiniani verbis conuenientius videtur cùm de ſolo fratre dicat fuiſſe illum emancipatum. Illa occurret pro filia dubitatio, quod quemadmodum ſola ipſa iure ciuili ab inteſtato ſuccedere patri poteſt, nec fratris emancipati concurſum veretur Ita per querelam videtur in totum rumpere teſtamentum, cùm & iuris ſit querela [ſiue dicas cum Cuiacio ex lege Glicia, ſiue nobiſcum ex iure recepto, & per prudentum interpretationem inducto] & ſoleat rumpere teſtamentum pro qua parte ſucceſſurus eſt ab inteſtato is cui victoria ſit profutura ſiue ille ipſe ſit qui agit ſiue alius. *l. mater decedens. 19. D. de inoff. teſt.* Eáque certè ratio dubitandi nec inelegans fuiſſe videtur apud Papinianum: Qui nec planè hoc negare audet ruptum ſummo iure eſſe totum teſtamentum. Sed hoc tantùm innuit, non eſſe habendum pro rupto ſaltem quantum ad prætorem qui ſcilicet filium emancipatum perinde vocat ab inteſtato acſi non eſſet emancipatus, reſciſſa in eam rem emancipatione: Cur non ergo eum tuebitur pro ea parte cum fuit inſtitutus, & quidem tanquam inſtitutum etiamſi iure ciuili ruptum fuerit teſtamentum per querelam? Nam & cùm collationis ius ſit ex edicto prætoris, apparet in hac quæſtione quæ de illo eſt. Verum conferre debeat ſorori frater hic emancipatus, nécne non tam inſpiciendum eſſe quid ius ciuile ſtatuat quàm quid prætor, atque prætor licèt non poſſit facere quin ſoror tua heres patri ſuccedere debeat in totum ex iure ciuili, nec proinde quin per querelam rumpatur teſtamentum patris in totum. Attamen ſicut facit pro ſua iuriſdictione vt frater emancipatus perinde ſuccedere debeat ab inteſtato cum ſua herede acſi eſſet quoque ſuus heres. Ita & inſtitutum illum heredem ex toto aſſe debet tueri tanquam inſtitutum pro ea parte quam ei daret ab inteſtato & pro ea parte habere teſtamentum pro rupto. Ne alioqui ſecum pugnaret ſi haberet teſtamentum pro in totum rupto per filiam quam non patiatur ab inteſtato ſuccedere niſi pro parte. Atque ita eſſe probat Papin. hoc etiam argumento quod ex huiuſmodi teſtamento libertates competunt & conſeruantur. Quod vtique falſum eſſet ſi teſtamentum ita ruptum eſſet ac reſciſſum in totum vt pro in totum rupto ac reſciſſo illud haberi oporteret *l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert. iunct. l. cùm mater. 28. D. de inoff. teſt.* Quid ergo reſpondebimus ad Scæuolam † in *d. l. ſi filius. 10. D. de collat.* Nimirum hoc 7
vnum de quo planè non dubito, non Scæuolæ eſſe, ſed Triboniani totam illam clauſulam, quam nos improbamus ab illis verbis, *ſed magis ſentio*, vſque ad finem legis. Nam cùm in præcedentibus illis, *nec conferendum eſt et*, non aliorum ſed ſuam ipſius ſententiam expoſuiſſet, non video quid cauſæ fuerit cur tam citò, & poſt confirmatam ex edicto ſententiam ſuam debuerit ille non tantum ab edicto, ſed etiam à ſeipſo diffidere. Quid verò Tribonianum mouerit aut potius deceperit non eſt in obſcuro. Illa nimirum ratio quod is filius inſtitutus quamuis adierit hereditatem ex teſtamento ne bonorum poſſeſſionem petierit, potuit tamen petere, eúmque tuetur prætor ad virilem vſque portionem eo iure aut potiùs colore quaſi petierit. Qua etiam ratione vtitur Paulus in *l. is qui. 15. §. 1. in fin. de legat. præſtand.* licet in alia ſpecie nempe cum quæritur, an frater emancipatus inſtitutus, qui adiit, debeat legata certis tantum perſonis an omnibus alio fratre emancipato prætorio contra tabulas petente. Sed ratio eſt periculoſa nec ſemper vera, vt ex eo apparet quod in illa ipſa Pauli ſpecie aliter putauit Vlpian. qui ſine dubio à Paulo diſſenſit in *l. ſi duo. 16. eod. tit. vt ſcripſimus lib. 5. coniect. tit. 13.* Neque verò etiamſi eſſet bona ratio pro Paulo in illa quæſtione, ſimiliter tamen poſſet bona videri pro Triboniano in eo de quo tractamus, Cùm in edicto de collationibus id exigat nominatim prætor vt bonorum poſſeſſionem acceperint ij inter quos collatio debeat locum habere non etiam vt eam accipere potuerint. Adeò vt ſi quando perſona talis ſit, quæ potuerit & bonorum poſſeſſionem petere, & citra bonorum poſſeſſionem ſe immiſcere, eáque ſe immiſcuerit ne ex edicto conferre cogeretur, neceſſarium fuerit reſcriptum Hadriani ad eam collationi obligandam non ſufficiente in eam rem prudentum autoritate *l. 1. in princ. D. de collat. dot.* Quanto magis igitur fuiſſet neceſſarium reſcriptum Imperatoris nec ſufficere potuiſſet autoritas Scæuolæ ad inducendum ius collationis in ſpecie *d. l. filius*, id eſt non tantùm deficiente edicto [quo caſu fortaſsè licuiſſet tanto Iureconſulto aliquid noui inducere ſupplendi edicti gratia, vt Iuliano *l. Gallus. 26. §. ille caſus. D. de liber. & poſthum.*

quamuis Iureconſultorum munus fuerit interpretari non ſupplere *l. commodiſſimè. D. eod. iunct. l. vltim. Cod. eod.*] ſed expreſſim repugnante. Neque tamen puto facilè fieri potuiſſe vt etiam Imperator quiſquam ante Tribonianum, qui in tam multis aliis imperatorem egit, ius edicti hac parte fuerit correcturus. Multum enim refert an quæramus quis conferre debeat, an cui. Eſtque multo facilius, vt quamuis verba edicti collationem non inducant niſi inter eos qui poſſeſſionem acceperint, conferre tamen cogatur etiam ille, quæ non accepit ſi modò accipere potuit ac præterea tantum conſequitur quantum ſi accepiſſet putà ſi ſuo iure & tanquam ſuus heres miſceat ſe bonis paternis, vt in ſpecie *d. l. 1. in princ. de collat. dot.* Quàm vt ei conferri debeat qui cùm bonorum poſſeſſionem accipere poſſet, tamen non accepit, maluitque ſuccedere ex teſtamento. Huic enim poteſt imputari cur voluerit ſuccedere tanquam extraneus ſi voluit ſibi tanquam filio conferri, & cur prætoris beneficium in ſuccedendo abiecerit, ſi ex eiuſdem prætoris beneficio nunc velit poſtulare collationem. Et quod poteſt imputari ei, facit ne collationem petens ſit audiendus. Cùm verò quæritur, quis conferre debeat, ſufficere dicimus vt potuerit accipere bonorum poſſeſſionem licet non acceperit, quia licet ſui heredis iure ſe immiſcere potuerit, hoc ipſum tamen ei poteſt imputari cur potiùs ſe immiſcere quàm bonorum poſſeſſionem petere voluerit, cùm ea ratione voluerit facere fraudem edicto ne ad collationem vrgeri poſſet. Denique ei cui poteſt imputari non confertur, quia ſibi debet imputare, ab eo autem cui poteſt imputari confertur ob hanc ipſam rationem quod imputari ei poſſit. Nunquam enim lucrum ſentire quis debet ex eo quod poteſt ei imputari, cur fecerit vel non fecerit. Illud corollarij vice addendum ſupereſt, multo grauiùs errare illos ex noſtris interpretibus,
9 qui putant hodie correctum eſſe reſponſum † illud elegans Tryphonini quod extat in *l. filium. 20. verſ. videamus. D. de bon. poſſ. contr. tab.* & in ea ſpecie ſuum heredem hodie emancipato collatur. Secuti Butrigarium quem refert Alex, ad *l. ſi emancipati. col. 2. Cod. de collat.* Vitalis in *tract. de collat. cap. 2. num. 9.* Fachin. *lib. 5. Controuerſ. iur. cap. 79. in fin.* Nam quod aiunt non alia ratione niti Tryphoninum quàm ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio, inquiunt, iam non tam attendi debet, quam ratio æqualitatis, certè falſum eſt. Habet enim illud reſponſum duplicem aliam rationem. Vnam hanc, quod in ea ſpecie liberi ſuccedant ex diuerſo iure, ſuus quidem ab inteſtato, emancipatus verò per contra tabulas. Inter eos autem qui ex diuerſo iure ſuccedunt collationi locus numquam eſſe poteſt vt diximus. Alteram, quod hoc caſu tantum abeſt vt ſuus heres qui ab inteſtato ſuccedat aliquam ab emancipato iniuriam patiatur vt è contrario acquirat et nomen & ius ſui heredis. Quarum rationum neutram Iuſtinianus ſuſtulit nouaque alia vel alicuius imperatoris vel ſaltem Triboniani lege opus eſſet ad ius collationis hoc caſu inducendum. Etſi enim ad hoc màximè reſpexerunt poſteriores imperatores qui ius antiquum de collationibus innouarunt, vt inter liberos æqualitas induceretur, abſurdum tamen fuerit exiſtimare ſolam æqualitatis rationem facere hodie poſſe vt omni caſu collatio locum habere debeat. Nam immo verò quibus caſibus nihil expreſsè innouatum eſt ius antiquum in hoc tractatu vt & in cæteris omnibus iuris partibus incorrectum manere dicendum eſt, vulgat. *l. ſancimus. 27. Codice de teſtam. l. præcipimus. 32. in fin. Codice de collat.* Et vt dicam apertius, ratio illa quæ olim potiſſimùm attendi ſolebat cùm de collatione quærebatur quod futurum eſſet vt iniuriam pateretur vel non pateretur frater cui non conferretur, ab inteſtato, hodie ſublata eſt. Sed non item cæteræ quæ collationem olim poterant impedire etiam ab inteſtato. In omnibus namque legibus quæ nouum ius hac in re fecerunt videns agi de ſuccedentibus ex eodem iure non ex diuerſo, vt in *d. l. vt liberis. 17. l. illud. 20. Codice de collat. Nou. 18. §. illud. l. vltim. Codice Commun. vtriuſque iudic.* In ſumma quibus caſibus olim ab inteſtato quoque non conferebatur etiam hodie ex teſtamento non confertur, extra eos caſus qui poſterioribus imperatorum conſtitutionibus expreſſi fuerunt. Etſi Tribonianum noluiſſe plus æquo fauere collationibus apparet ſanè ex *dicta leg. ſi filius,* cuius nec alia ratio melior quærenda eſt.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimaprima.

ERROR I.

De collatione donationis propter nuptias.

SVMMARIA.

1 *Dos non eſt donatio ſimplex, ſed ob cauſam ſcilicet matrimonij.*

2 *Donatio ante nuptias doti ſimilis eſt dotis exemplo conferenda.*

3 *Error interpretum arbitrantium, ex cauſa dotis & donationis ante nuptias valere donationem à patre in filium, vel filiamfam. collatam, refellitur.*

4 *Ius collationis vnde ſit.*

5 *Differentia inter, dotem & donationem propter nuptias. & n. 7.*

6 *Donationem propter nuptias cur conferri voluerunt Imperatores Leo & Iuſtinianus. & n. 5.*

8 *Iure veteri donatio ante nuptias non conferebatur, niſi pater id expreſſim iuſſiſſet.*

10 *Quæ donatio propter nuptias, aut dos conferatur, aut non conferatur.*

De donatione ſimplici à patre in filium emancipatum collata an & quando conferenda ſit ſatis diximus Decade ſuperiore. Vbi etiam monuimus non poſſe hanc quæſtionem incidere in eam donationem, quæ filio familias facta eſſe proponatur, à patre propterea quod neque valuit olim neque hodie valet propter impedimentum quod inducitur ex patria poteſtate quòm à Iuſtiniano ſublatam fuiſſe nemo dixerit, vt nec ille in iis bonis quæ à patre proficiſcuntur quicquam innouauit. Sed de

de donatione ob cauſam nondum diximus quantum neceſſe eſt ad hanc de collationibus tractationem complendam. Niſi quod de dote iam vidimus, quæ
1 † ſicut inter donationes annumeratur, ita ſeparatur ab iis quæ ſimpliciter fiunt, cùm fiat ob cauſam matrimonij ſcilicet contrahendi quod aliter non contraheretur *l. cùm multa 20. Codice de nupt.* Doti ſimilis
2 † eſt donatio ante nuptias quam pater pro filio facere ſolet cùm filius vxorem ducit, ſicut & pro filia nubente dotem dare *l. vltim. Codice de dot. promiſſ.* Et hanc exemplo dotis conferendam eſſe certum eſt poſt Nouellam Leonis legem in *l. vt liberis. 17. Codice de collat.* in eóque interpretes omnes conſentiunt. Sed errant tamen iudicio meo in eo ipſo, in quo etiam errant cùm
3 tractant de dote. Sic enim † & de dote & de donatione propter nuptias loquuntur, quaſi ex huiuſmodi cauſis valeat donatio etiam à patre in filium vel filiam familias collata. Quod ſanè falſum eſt. Nam neque donatio per patrem facta filiæ ex cauſa dotis valet neque morte patris confirmatur, in quo deterioris conditionis eſt quàm ſi donatio ſimpliciter facta eſſet: vt probauimus *cap. 9. Decad. præcedentis.* Idem igitur de donatione propter nuptias in filiumfamilias collata ſentiendum eſt vt neque valuerit olim, neque hodie valeat, ac ne quidem confirmetur morte. Vtrumque enim probatur optimè ex *l. Pomp. Philadelphus. 15. D. fam. erciſc.* quamuis non niſi de dote loquatur eo loco Papin. cum certi iuris ſit non poſſe hac parte meliorem eſſe conditionem donationis propter nuptias quàm dotis. Quanquam erat olim melior in eo ante Leonis conſtitutionem quod non conferebatur vt Iuſtin. teſtatur in *l. quoniam nouella 29. Cod. de inoff. teſtam.* Hoc ipſum verò non alia de cauſa, quàm quòd nulla conſtitutio eſſet quæ id ius induxiſſet, vt argumêtatur Iuſtin.
4 in *l. illam 19. Cod. de collat.* Ius enim † collationis nullum eſt niſi quod vel ex edicto prætoris vel ex aliqua iuris alia conſtitutione proficiſcatur. Edictum vero prætoris & reſcriptum Hadriani, de quo in *l. 1. in princ. D. de dot. col.* non donatione propter nuptias, ſed tantum de dote conferenda locutum eſt. Illa vt puto ratio-
5 ne, quod non quemadmodum dos † dicitur proprium patrimonium filiæ etiam in poteſtate patris conſtitutæ. *l. 3. §. ſed vtrum. ff. de minor. l. in eum. 16. ff. de relig. & ſumptib. funer.* ita & donatio propter nuptias data filij nomine poteſt dici proprium patrimonium filij, cùm non in ipſum filium conferatur, ſed in filij vxorem cui proinde acquiritur, ſitque ipſius, non filij patrimonium. Cuius etiam diuerſitatis ea ratio eſt, quod dos data filiæ nomine licet interim ſit mariti, tamen ſoluto matrimonio, ſiue per mortem viri reſtituenda eſt mulieri per actionem, aut ex ſtipulatu ſi ſtipulatio aliqua interceſſerit, aut rei vxoriæ ſi nulla, quoniam dotes mulieribus ſaluas eſſe expedit reipublicæ vt iterum nubere poſſint. *l. 1. & tot. titul. ff. ſol. mat. l. intereſt. 18. ff. de reb. autor. iud. poſſi. l. vnic. Codice de rei vxor. action.* At verò, vt donatio propter nuptias nomine filij data mulieri reſtituenda ſit filio, ſiue per diuortium ſiue morte mulieris ſoluto matrimonio, nulla actio prodita eſt, quia nec donationis nomen mereretur ea liberalitas ſi poſtea quam eſſet collata in mulierem, adhuc viri patrimonium cenſeretur, neque rurſus intereſt reipub. maritum habere donationem vt ducere vxorem poſſit. Melius enim de ſuis ciuibus credit ſperatque ciuilis legiſlator quàm vt eos putet tam ignauos, támque parùm induſtrios, qui non ſine bonis vxorem habere poſſint. Maximè verò quod ita fieri ſolebat, vt quæ mulier ex tali donatione accepiſſet in dotem redigerentur. *l. 1. Codice de don. ant. nupt. leg. generaliter. 5. verſ. hoc obſeruare. Codice de ſec. nupt.* Itaque non tam de illo quærendum videtur quare do-
6 natio † propter nuptias ante Leonis tempora non conferretur, exemplo dotis quàm illud mirandum cur & Leo & Iuſtinianus conferri voluerint. Cum in eo videatur fieri iniuria filio qui cogitur conferre quod non habet, verùm pro Imperat. reſponderi poteſt: Immo nullam filio iniuriam fieri, non ob id ſolum quod huiuſmodi donatio propter nuptias, ſi non ipſi ſaltem propter ipſum mulieri data eſt, vt proinde hoc reſpectu ipſe quoque habere illam videatur *l. dotem 6. in fi. ff. de coll. bon.* Sed etiam quia eius donationis beneficio habuit, & dotem, & vxorem, quam alioqui veriſimile eſt, neque dotem marito daturam fuiſſe. Et quamuis facile poſſit euenire, vt non putet filius magnum ſe habuiſſe beneficium à patre in eo quod per hanc donationem habuerit vxorem, negare tamen non poteſt, quin commodum ſentiat ex dote, cuius dominium habet ſaltem bonitarium. *l. quamuis. 75. ff. de iur. dot. leg. dote. 6. Codice de rei vind.* Præſertim hodie poſtquam placuit Imperat. vt mulier tranſiens ad alia vota donationem hanc communibus liberis ſeruare teneatur. *l. 3. 4. & 5. Codice de ſec. nupt.* Denique cùm non minùs paternum officium ſit hanc propter nuptias donationem pro filio dare mulieri, quam nomine filiæ dare dotem marito. *dicta leg. vltim. Codice dot. promiſſ.* æquiſſimum ſanè fuit ita conſtitui, vt ad exemplum dotis hæc quoque donatio conferretur, cùm vtroque caſu æquè diminuatur patrimonium patris, aut alterius cuiuſcunque à quo, ſiue dos, ſiue donatio profecta ſit. Nec enim hac in re diſtingui voluerunt Imperatores an à patre, vel à matre, vel quo alio ex parentibus dos profecta ſit, licet non ſicut patris ita & matris, vel aui materni officium ſit dotare filiam vel neptem. *l. neque mater. 14. Codice de iur. dot. & dicta leg. vltim. leg. pen. D. de agnoſc. & alend. liber.* Neque dubito quin hoc ipſum iam olim prætor fuerit conſtituturus ei edicendo De collatione dotis niſi ea iam tum fuiſſet inter dotem † donationem 7
iſtam differentia quæ etiamnum eſt, quod nulla lege cogitur pater filij nomine donationem hanc facere, qui tamen filiæ nomine cogitur dotem dare, ex lege Iulia, de qua Marcianus in *capite. 19. D. rit. nupt.* vbi quamuis loquatur non minùs de maſculis vxores ducturis quàm de filiabus nupturis, cùm ait lege Iulia cogi patrem collocare in matrimonium liberos quos in ſua poteſtate habet, ſi fortè per iniuriam velit prohibere ne vel vxores ducant, vel nubant. Tamen de dote tantum ſubiungit non de donatione propter nuptias illis verbis, *vel qui dotem dare non volunt.* itémque in illis ſequentibus *coguntur in matrimonium collocare & dotare.* vt intelligamus parem quidem eſſe filiorum & filiarum conditionem in eo quod pater, neque has, neque illos per iniuriam prohibere debet ne nuptias contrahant. Itémque in eo quod ſi ſecus facit cogendus eſt, non quidem per actionem quæ inter patrem & liberos in ſacris conſtitutos, non magis ex hac cauſa quàm ex alia vlla eſſe poteſt, ſed per officium proconſulis, vel præſidis prouinciæ, vt liberos vtriuſlibet ſexus in matrimonium collocet: ſed diſparem tamen in eo quod dotem præterea dare cogitur nomine filiæ quam certum ſit, non aliter poſſe pro dignitate virum inuenire, propter imminentia onera matrimonij, interdictámque huic ſexui pro publica honeſtate negotiationis vllius exercendæ facultatem. Filij verò nomine donationem conſcribere non cogitur [quamuis ſi ita faciat pietatis paternæ officium ſit impleturus, qui ſenſus eſt Iuſtiniani in *dicta leg. vltim. Codice de dot. promiſſ.*] ſed tantùm pati, vt quàm honeſtè & commodè vxorem ducere filius poteſt eam ducat, quam alioqui ex iuris ciuilis ratione, ſine patris conſenſu ducere non poſſet, *l. 2. & 3. eod. titul. de rit. nupt.* Nec enim verendum putauit legiſlator, ne viris deſtitueretur reſpublica, ſi non cogerentur parentes quærere vxores ma-

ſculis,

ſculis, & eorum nomine donationes exercere, ſiue quod non eſſet credibile defuturos eo magis viros & patresfamilias quibus poſſent mulieres nubere, ſiue quod ſi quis forte filiusfamilias eſſet tam ignauus, vt ſine bonis præſentibus quæ ſponſæ donaret ſponſam nullam inueniret is nec dignus eſſet, cui vel à patre, vel à legiſlatore vxor quæreretur, ſed qui potius in vltimas inſulas perpetuúmque cœlibatum relegaretur. Taceo, quod fœminarum pudicitiæ fuit diligentiſſimè proſpiciendum non tantum ob honeſtatem publicam, quæ præcipua & ſanctiſſima cuique legiſlatori lex eſſe debet, ſed etiam propter dignitatem reipublicæ quæ ſicut ex familiarum dignitate æſtimatur, ita & familiarum certitudo pendet tota ex pudicitia mulierum, quando nec aliud quicquam habet ciuilis legiſlator præter nuptias ex quo patrem demonſtrare poſſit. *l. quia ſemper 5. D. de in ius voc. l. filium. 6. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Ac periclitaretur, quàm maximè pudicitia mulierum ſi non ita ius eſſet vt parentes dotare filias cogerentur, quam vtramque rationem breuiter perſtrinxit Vlp. in *l. mulier. 22. §. cum proponeretur. D. ad SC.* Indéque factum eſt vt Iuſtin. iuſtam exheredandæ filiæ cauſam illam eſſe noluerit, ſi peccauerit illa in corpus ſuum non quæſita ei per patrem ante viceſimum quintum annum impletum honeſta nuptiarum conditione, *Nou. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum. verſ. ſi alicui ex prædictis.* Quorum omnium tale nihil in maſculis aut tractari potuit aut conſtitui. Sempérque viſum fuit poſſe amorem paternum ſufficere in ea re in qua publicæ vtilitatis neceſſitas non vrgeret ad mouendum patrem, vt pro filio donaret quoties videret non aliter poſſe filium æquè bona & honeſta conditione vxorem inuenire, cum neque magis pene interſit ipſius filij quam patris felix fauſtumque eſſe matrimonium filij, neque quod pater eiuſmodi donationes præſertim moderatas tantopere detrectare debeat, quarum commodum aliqua ex parte ad filium adeóque patrem ipſum ſit rediturum, conuerſa, vt fieri ſolitum iam olim diximus, donatione propter nuptias in dotem *dict. leg. 1. Cod. de donat. ant. nupt. d. l. generaliter. 5. Codice de ſecund. nupt.* Accedit illa non leuioris momenti ratio ad incitandos parentes potius quàm ad compellendos, vt has pro filiis ſuis liberalitates alacrius exerceant, quòd ſi fortè contingeret ipſis parentibus viuis filios præmori, tales donationes ad eos reuerterentur. *l. 1. Codice de bon. quæ liber.* ne ſcilicet & amiſſorum liberorum & donationum ſimul iacturam ſentirent, vt de profectitiis quoque dotibus ſcriptum eſt in *l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot.* Ex his apparet ſumma ratione † ita iure vete-
8 re obſeruatum fuiſſe, vt donatio propter nuptias à patre facta filij nomine non conferretur, niſi pater id fieri expreſſim præcepiſſet [hoc enim ſemper excipiendum eſt] quamuis dotem conferri neceſſe eſſet, cùm non tanta præſumptio meræ liberalitatis exercendæ caderet in dotem quæ à patre etiam inuito danda erat, quanta in donationem propter nuptias quam dare pater non cogebatur ſi nollet: Nec eo minus tamen iuſtè
9 conſtitutum fuiſſe à Leone †, primùm, deinde à Iuſtiniano, vt tam donatio propter nuptias, quàm dos conferri deberet exemplo dotis, cùm vtraque & ex patris officio & ex eiuſdem ſubſtantia profecta ſit, nec debeat mera liberalitas cenſeri, quæ quamuis non habeat coactionem, officij tamen implendi cauſam habet. Cæterum ſiue de dote agatur ſiue de donatione propter
10 nuptias, ſemper obſeruandum eſt quod initio † poſuimus de ea dote agi, quæ à patre data ſit non filiæfamilias ſed genero pro ea, itemque de donatione propter nuptias quæ à patre data ſit non filiofamilias ſed mulieri quam filius ductutus ſit vxorem. Alioqui abſurdum ſit putare conſtitutum ab Imperatoribus vt ea dos vel donatio propter nuptias conferatur, quæ non valeat, & de qua nec dubitari poſſit an ſit conferenda, necne: cum prius ſit vt valeat quàm vt debeat communicari. Nam quæ non ſunt in dominio conferentis ſed in bonis & in hereditate patris, ea diuidenda ſunt iudicio familiæ erciſcundæ non communicanda. In eóque interpretes omnes noſtros errare mirandum eſt cùm iuris ratio pro nobis ſit aperta, & verba ipſa conſtitutionis Leoninæ hanc ſententiam noſtram mirificè confirment. Sic enim ſcriptum, *Nulla diſcretione intercedẽte vtrum in ipſas ſpõſas pro liberis ſuis memorati parentes donationem contulerint, an in ipſos ſponſos earum vt per eos eadem in ſponſas donatio celebretur.* Quibus verbis excluditur caſus ille quo donatio collata ſit in ipſos liberos proprio nomine. Hoc verò cur ita? Niſi quia ſicut non aliter dos bene data videri poteſt quàm ſi detur marito nomine filiæ, ita nec donatio propter nuptias benefacta, quàm ſi fiat vxori nomine filij. Sponſas enim Leo intelligit ſponſas filiorum ac proinde quæ non ſunt ex liberis, Sponſos verò eos quidem qui ſunt ipſi filij: At quibus tamen non fuerit ſimpliciter donatum ſed ad eum finem vt ſponſis ſuis donet. Quia licet hoc caſu non valeat donatio facta in filio familias non eo minùs tamen valeat donatio facta per filium familias ſponſæ tanquam facta de bonis quidem patris ſed ex ipſius patris voluntate quod ſatis eſt. Sed & illud obſeruandum eſt cùm agit Leo de donatione propter nuptias in ſponſam collata pro filio non poni adiectionem illam quæ ponitur cùm agit de donatione propter nuptias, *vt per eos eadem hæc in ſponſas donatio celebretur,* quia non quemadmodum donatio propter nuptias poteſt filio fieri vt poſtea per filium fiat ſponſæ: ita & mulieri poteſt hæc fieri vt poſtea filio fiat. Nam quæ rediret ad filiumfamilias acquireretur per eum patri ipſi qui priùs donaſſet, atque ita nihil omnino donatum videretur, non magis quàm ſi pater ſoli ipſi filio, & proprio eius nomine donaſſet.

ERROR II.

De collatione donationis facta filiofamilias à patre fauore & contemplatione matrimonij.

SVMMARIA.

1 *Donationem factam fauore matrimonij filiis etiam in poteſtate retentis confundi à pragmaticis cum donatione propter nuptias.*

2 *Donationem factam filiof. fauore matrimonij eſſe inualidam aduerſus pragmaticos.*

3 *Ridiculam eſſe interpretum quæſtionem, an donatio facta filiofam. per patrem fauore & contemplatione matrimonij conferenda ſit.*

4 *Donationes fauore matrimonij facta patris morte non confirmantur contra interpretes, & n. 6.*

5 *Cauſa dotis vel matrimonij non eſt perpetua cauſa transferendi dominij.*

7 *Differentia inter donationem quæ aliquando, & illam quæ nunquam valuit.*

NON pauci ex pragmaticis † noſtris in 1
hoc errant, quod eas donationes quæ paſſim à parentibus hodie fiunt fauore & contemplatione matrimonij filiis etiam in poteſtate conſtitutis non diſtinguunt à donatione propter nuptias de qua *l. vltim. Codice de dot. promiſſ. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. §. 1. Cod. de collat.* cùm tamen ea ſit pereuidens inter huiuſmodi donationes differentia, quod

quod hæc non ſit ipſi filio , ſed filij nomine ſit ipſius
vxori,ob idque nec cauſæ quicquam eſt cur non valeat,
tùm quoque cùm ipſi filio ſit , vt per eum fiat & ac-
quiratur ſponſæ: quaſi hoc caſu filius non tam ipſe
donare videatur rem, quæ proculdubio manſit in do-
minio patris , quàm paternæ donationi & liberalitati
miniſterium præbuiſſe ad transferendam poſſeſſionem
in ſponſam & per poſſeſſionem dominium vt ad pro-
ximi capitis finem dicebamus. Quæ verò ſit ipſi filio
non vt per eum poſtea fiat ſponſæ, ſed vt penes filium
ipſum remaneat , quamuis fauore & contemplatione
matrimonij, vt quotidie ſit, ea non valet,nec magis ho-
die quàm olim propter vinculum patriæ poteſtatis quæ
impedit ne qua inter patrem & filiumfamilias obliga-
tio contrahi poſſit *l. 2. Codice de inoff. donat. l. ſiue
emancipatis*. 17. *Cod. de donat.* quam tamen contrahi
neceſſe eſſet ex donatione ſi valeret , ſiue per traditio-
nem ſiue per ſtipulationem[qui duo tantùm olim fue-
runt modi perficiendæ donationis] perfecta donatio
proponeretur. Quid enim poſſet prohibere quominus
rem quoque donatam vindicare pro arbitrio poſſet do-
nator qui donando neque ſe obligaſſet donatario ne-
que obligari potuiſſet ? Quid verò tam alienum à per-
fecta donatione quàm vt poſſit eam donator pro arbi-
trio ſiue in totum ſiue pro parte reuocare adeóque vel
minimam ei iniicere conditionem ? *l. perfecta*. 4. *Cod.
de donat. quæ ſub mod. l. velles necne.* 6. *Cod.de reuoc.
donat.* Sed ex iis quoque pragmaticis qui donationem
propter nuptias norunt ſeparare à donatione facta fa-
1 uore matrimonij,pleriqueomnes in hoc errant † quod
hanc quoque non minus quàm illam valere arbitran-
tur : Exemplo, inquiunt , donationis factæ à patre fi-
liæfamilias ex cauſa dotis de qua nec dubitant quin va-
leat ex *d. l. Pomponius Philadelphus*, 35. *ſa. ert.* Nos
verò ſicut in præcedentibus docuimus & probauimus
ex illo ipſo Papiniani reſponſo quo iſti abutuntur ex
d.l. Pomponius donationem factam filiæfamilias etiam
ex cauſa dotis non valere , ſed vt valeat dotis datio in
ipſius ſponſæ perſonam nomine filiæ conferri eam
oportere. Ita & admiſſa in omni caſu dotis huiuſmodi
donationis comparatione non aliter patimur valere
donationem à patre profectam etiam fauore & con-
templatione matrimonij quàm ſi non in filium ſed
eius nomine in ſponſam conferatur , Quo præmiſſo
conſequens ſit vt ſicuti cùm tractauimus de dote, dixi-
mus & probauimus , ſi ea donata ſit ipſi filiæ nullum
quæſtioni locum eſſe an debeat conferri necne , Ita &
3 non niſi fruſtrà & ridiculè quæſtio † ab interpretibus
proponatur, An donatio facta filiofamilias per patrem
fauore & contemplatione matrimonij conferenda ſit,
an non. Quomodo enim poſſet conferri quæ nunquam
valuit ? Ea nimirum quæ à patre viuo inutiliter dona-
ta ſunt, eodem mortuo communicanda non ſunt , ſed
diuidenda,poteſtque alia ſolùm incidere quæſtio, an in
diuiſione hereditatis præcipua retineri poſſint, quod à
collatione & communicatione longè diſtat , quia licet
quæ præcipua retinentur non conferantur , non ideo
tamen non conferuntur, quòd non ſint communican-
da , ſed quia donatarij ante id tempus propria nun-
quam fuerunt. Acquiſitio autem debeat præcedere vt
communicationem ita & quæſtionem de collatione.
Interpretes noſtros illud videtur fefelliſſe quod ex iis
qui viderunt aut videre potuerunt donationes iſtas in
filiumfamilias etiam fauore matrimonij collatas non
valere , nemo tamen vnquam dubitauit quin ſaltem
patris morte confirmarentur , exemplo cæterarum om-
nium donationum , de quibus ita conſtitutum videtur
à Iuſtiniano in *l. donationes quas parentes*. 25. *Cod. de
4 donat. int.vir. & vxor.* Inauditum † enim hucuſque
ante nos fuit paradoxum illud , quo tamen verius nul-
lum eſſe arbitramur,quod in præcedentibus diſputaui-
mus , donationem à patre factam liberis in poteſtatē
conſtitutis ex cauſa dotis & matrimonij deterioris fuiſ-
ſe conditionis , quàm cæteras in hoc quod neque
olim confirmabantur morte patris neque hodie confir-
mantur. Tantum abeſt vt verum ſit quod vulgo noſtris
placet fuiſſe melioris in eo vt valerent iam inde ab ini-
tio nec egerent confirmatione. Ergo nec donationes
iſtas in filiosfamilias à patribus collatas quamuis fauo-
re ac contemplatione matrimonij mortis confirmatas
dici patiemur. Cùm eadem in iis locum habeat ratio
quæ in dotibus ad impediendam cōfirmationem, quod
donationes quæ confirmantur morte , in perpetuum
confirmantur, vt & omnes vltimæ voluntates. Et verò
patris voluntas non eſt vt quod donat ſiue filiæfam. ex
cauſa dotis ſiue filiofam. ex cauſa matrimonialis dona-
tionis in perpetuum à ſe alienatum donatúmque vi-
deatur, ſed tantûm ad tempus , id eſt quandiu dos ma-
nebit vel donatio propter nuptias aut fauore matrimo-
nij, hoc eſt quandiu dumtaxat durabit matrimonium,
vt ipſa nomina oſtendunt tam dotis quam donationis
ſiue propter nuptias ſiue fauore & contemplatione ma-
trimonij facta eſſe dicatur. Idque ex eo euidenter appa-
ret quod ſi matrimonium filij viuo patre per ipſius fi-
lij mortem ſolueretur non minus donatio propter nu-
ptias quàm dos, vt pote vtraque profecta ad patrem re-
uerteretur,etiamſi talis donatio eſſet quæ ab initio va-
luiſſet, nimirum non in filium ipſum,ſed ipſius nomi-
ne in ſponſum collata *l. 2. Cod.de bon. quæ li.* ne alioqui
pater miſer & amiſſi filij & liberalitatis ſuæ iacturam
ſentiret vt de dote dicitur in *l. iure ſuccurſum. 6. D. de
iur.dot.* Non ergo perpetua cauſa eſt transferendi † do- 5
minij cauſa dotis & matrimonij , ne tum quidem cùm
donatio ſic facta eſt vt valeat.Quanto minus ſi non va-
lebit ? Nec contrarium quod ait *l. 1. D.eo.tit.de iur.dot.*
eo animo & voto dari dotem vt ſit perpetuò penes ma-
ritum. Quo exemplo nec illud nego,cùm pater filiifam.
nomine confert donationem propter nuptias in eius
ſponſam , id eum facere hoc animo & voto vt perpe-
tuo remaneat penes ſponſam, quia ſcilicet, & ab initio
dominium vtroque caſu transfertur, & caſus ille futu-
rus diſſoluendi viuo patre matrimonij præſertim per
filij aut filiæ mortem tanquam patri abominabilis non
conſideratur *l. cum tale. 72. de cond. & demonſt.* Eſt
enim contra votum commune naturæ & parentum vt
turbetur ordo mortalitatis & liberis parentibus præmo-
riantur *l. nam etſi 15. de inoff. teſt. l. ſcripto. 7. in fin. D.
vnd. liber. l. Iulianus. 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Sed
cùm donatio non valuit ab initio , nec dominium ex ea
tranſlatum fuit , non poteſt dici eo animo & voto fa-
ctam eſſe à patre donationem vt perpetuo penes filium
filiámve remaneret cui,nec per vnum inſtans acquiri
potuerit viuo patre. Prius enim eſſet vt acquireretur
ipſo donationis tempore , quàm tractari oporteret in
perpetuum an ad tempus dumtaxat eſſet acquiſita. Vt
verò ne tum quidem cùm pater moritur incipiat huiuſ-
modi donatio liberis acquiri quaſi morte patris confir-
mata , ſufficit quod facta ſit ex ea cauſa quæ potuerit
non eſſe perpetua,matrimonio ſcilicet ante patris mor-
tem quoquomodo diſſoluto. Ne aliter poſſit iure eue-
niat vt magis in perpetuum facta videatur donatio,quæ
numquam valuit,quàm quæ aliquando valuiſſet. Ne-
que tantùm eo caſu quo filij matrimonium per ipſius
mortem ſolutum fuerit, ſed etſi per mortem vxoris filij
viuo patre , fatendum eſt ad patrem reuerti debere do-
nationem quam propter filij nuptias fecerat etiam vtili-
ter collata ea in ſponſam filij, hactenus ſaltem vt hoc
caſu eſſet communis patri & filio , quemadmodum dos
profectitia pro filia genero data , ſoluto poſtea morte
generi matrimonio,cōmunis fieret patri & filiæ quouſ-
que in aliud matrimonium conuerteretur, *l. 2. §. 1. D. ſo-
lut. matrim.* Quanto magis igitur donatio à patre facta
ipſi

ipſi filio fauore matrimonij, quæ nunquam valuit, mortua ſponſa remanebit penes patrem non tanquam cómunis, quippe in qua nihil dum iuris filius vnquam habuerit, ſed tanquam propria ipſius patris à cuius dominio propter impedimentum patriæ poteſtatis numquam abſceſſerit? Quod ſi admittas, negare verò non
6 potes qua fronte cum interpretibus † poſſis dicere morte patris qui poſt filij ſui ſponſam deceſſerit nullo prodito ſuæ voluntatis nouo iudicio, confirmatam eſſe hanc donationem, quæ tametſi ab initio valuiſſet ad patrem ipſo iure fuiſſet reuerſa? An non hoc ſaltem caſu opus eſſet noua voluntate & donatione vt poſſet morte confirmari, *arg. l. bona. 21. §. vlt. D. de capt. & poſtli.* Atſi noua opus eſſet donatione tum quoque cùm prior valuiſſet, an ea minus erit neceſſaria noua voluntas, & ſpecialis confirmatio quod agatur de ea donatione, quæ nec valuerit vnquam nec valere potuerit? Rurſus ſi non confirmatur morte patris ea donatio, quæ à patre vtiliter profecta ſubinde ad eundem patrem reuerſa eſt ſiue filij ſiue nurus morte ſolutum matrimonium proponatur, qua obſecro ratione confirmari ea debebit quæ numquam valuit, licèt caſus euerſionis nullus contigerit ante mortem patris? Cur enim requireremus vt eueniſſet caſus reuerſionis in ea donatione quæ nunquam à patre ipſo deceſſiſſet? Reuerti poteſt ea tantùm donatio quæ aliquando ab eo profecta eſt, & diſceſſit ad quem nunc reuertitur, De caſu, porro reuerſionis an contigerit necne tunc diſputamus cum aliquo caſu reuerti potuit. Cæterum quamuis donatio quam pater fecerit ſi nunquam valuit, nunquam reuerti ad patrem poſſit, perinde tamen impeditur eius confirmatione ſcilicet patris morte ſolóque ſilentio confirmetur, atque ſi ad patrem reuerti aliquo caſu poſſet, ne fauorabiliore iure cenſeatur donatio quæ non valet, & ob hoc ſolum quod non valeat. Ergo quemadmodum donatio quæ ab initio valeret nec vlla confirmatione indigeret, non eo minùs ad patrem ſoluto in eius vita matrimonio reuerteretur, ita & quæ ab initio non valuit quamuis reuerti non poſſit, perinde tamen cenſenda eſt ac ſi reuerti poſſet, hactenus ſaltem vt non poſſit dici eo animo facta vt in perpetuum eſſet alienata, & conſequenter ne morte confirmari poſſit. Non enim magis capax eſt filiusfamilias donationis ſibi factæ fauore matrimonij, quàm filia capax eſt dotis, niſi conſtāte matrimonio, quo itaque ſoluto vtriſlibet coniugum morte, ſi adhuc eo tempore pater viuat, neceſſe eſt donationem ob matrimonium factam, etiam quæ ab initio valuerit reuerti ad patrem, ita vt nec morte patris reconualeſcat aut quaſi noua donatio confirmetur ſi ponas filium cuius nomine facta fuerat nurui, non tantùm vxori ſuæ ſed etiam patri ſuperuixiſſe. Multo minus igitur confirmabitur morte patris ea donatio quæ nunquam valuit, quia ſemper facilius eſt vt conualeſcat aut confirmetur ea voluntas quæ aliquādo valuit quàm quæ quæ nunquam *arg. l. poſthumus. 12. D. de iniuſt. rupt. irrit. l. ſi filius. 7. D. de liber. & poſt.* Illa tantum
7 differentia † eſt hac parte inter donationem quæ aliquando, & illam, quæ nunquam valuit quod quæ valuit ab initio, non eget confirmatione nec confirmatur, quia vel non reuertitur ad patrem vel reuertitur, ſi non reuertitur, vtique res quæ ita donatarij facta eſt vt ſemper eius manſerit, magis eius fieri non poteſt, ſufficitque ſemel acquiſitum dominium non amitti vt retineatur. Si verò reuertitur, mortua nuru ante ſocerum noua donatione opus eſſet, non confirmatione illius prioris, quæ finita fuiſſet morte nurus, & ad ſocerum eumdémque donatorem reuerſa. Donatio verò quæ nunquam valuit non eget quidem confirmatione, quia nec confirmari poteſt ſola morte citra ſpecialem voluntatem vt diximus, ſed eget noua voluntate eáque non inter viuos, ſed quæ ad ſupremi iudicij cauſam pertineat vt per legem confirmari poſſit non tanquam donatio, ſed tanquam alia quælibet vltima voluntas, Æquiparanda namque eſt donationi quæ valuerit aliquando, non inſpecto ſtatu donationis eo tempore quo nondum ſit reuerſa ad donatorem, ſed inſpecto eo quo iam ſit reuerſa. Siquidem propius accedit ad donationem omni tempore inualidam ea quæ nunc non valet, quamuis aliquando valuerit, quàm ea, quæ & iam ante valuit & adhuc valet. Quæ autem iam reuerſa fuit ad donatorem ea demum eſt, quæ nunc non valeat, licet aliquando valuerit, non quæ nondum reuerſa eſt. Ergo quemadmodum illa non confirmatur morte patris, ita neque hæc confirmabitur: & quemadmodum illud ius ſiue antiquum ſiue nouum de donationibus à patre in filium filiamve familias collatis morte patris confirmandis non pertinebat ad eas donationes inutiles, quæ etiamſi vtiliter factæ eſſent, aliquo tamen caſu ad donatorem reuerti potuiſſent, quamuis reuerſæ nunquam fuiſſent, ſufficiente ad impediendam confirmationem dubio illo & incerto reuerſionis. Ita neque ad illas pertinebit quæ licèt reuerti nunquam poſſint, quia nunquam valuerunt, reuerti tamen poſſent ſi aliquando valuiſſent, & quæ non aliam habent cauſam non reuertendi quàm quia non valeant: quo ſolo reſpectu facilius eas confirmari ſanè abſurdum eſſet dicere: Eas enim demum donationes morte confirmari placuit non quæ ab initio valuerunt: [nec enim egerent illæ aliqua confirmatione.] ſed quæ ab initio fuerunt quidem inutiles, at ita tamen vt ſi tum valuiſſent, in perpetuum quoque fuiſſent valituræ, non etiam illas quæ non ſolùm ab initio non valent, ſed præterea tales ſunt & in eum caſum conceptæ vt quamuis ab initio valuiſſent potuerint tamen aliquo caſu reuerti ad ipſum donatorem. Patria poteſtas impedit validitatem, Poſſibilitas verò (vt ita dicam) reuerſionis impedit confirmationem, quaſi cui voluntas ipſa donatoris reſiſtat. Confirmationem enim fieri in perpetuum neceſſe eſſet cùm tamen donator eam feciſſet donationem quæ ſui natura poſſet non in perpetuum valere, imò finiri viuo donatore.

ERROR III.

De donatione per patrem facta filiofamilias fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam.

SVMMARIA.

1 *Donatio propter nuptias eſt donatio ob cauſam.*
2 *Donationem factam fauore matrimonij non eſſe ſimplicem aduerſus interpretes.*
3 *Diſtinctio donationum ex ſententia interpretum, & diſtinctionis refutatio.*
4 *Quomodo ad officium patris pertineat vt pro filio nurui donet.*
5 *Sententia l. vlt. C. de dotis promiſſ.*
6 *Donationis propter nuptias & dotis conuenientia, & differentia.*
7 *Vera differentia inter donationem propter nuptias & donationem fauore matrimonij filio factam.*
8 *Si donatio filiofam. fauore matrimonij facta valeret, illa eſſet conferenda.*
9 *Donatio facta filiofa. fauore matrimonij eſt inualida.*
10 *Error duplex interpretum de huiuſmodi donationibus.*

INTERPRETES noſtri qui errant omnes, vt proximè docuimus, in eo quod putant matrimonij fauore valere donationem à patre in liberos quos in poteſtate habeas collatam, ſiue cauſam dotis habueris

buerit in perſona filiæ, ſiue nomen generis, id eſt donationis retinuerit in perſona filij, fauore, inquiunt, matrimonij, ſicut inde ſumunt occaſionem quærendi. An huiuſmodi dos vel donatio conferatur, ita & diſtinguendi, an donatio facta ſit ſimpliciter an ob cauſam. Donationem ob † cauſam appellant eam quæ vulgo propter nuptias appellatur, quam diximus in ſuperioribus veluti dotem eſſe filij, quemadmodum filiæ nomine data dos eſt, nil niſi donatio eſt propter nuptias filiæ *l. cùm multa. 29. Cod. de donat. ant. nuptias.* Et in hoc cum ipſis ſentio. Nec enim poteſt quis videri ſimpliciter donaſſe id quod nec donauerit nec fuerit donaturus niſi ob cauſam nuptiarum & matrimonij. At donationem illam quæ fiat fauore matrimonij & quæ non in filij ſponſam nomine filij, ſed in filium ipſum collata ſit, volunt eſſe ſimplicem, ideóque non conferendam, tametſi fateantur quod nemo negat non tantùm donationem propter nuptias quæ filiifamilias nomine facta ſit, ſed & aliam quamlibet factam ob cauſam
2 conferri oportere. In † hoc verò ab iis ego diſſentio. Nam etſi probarent quod ſemper negabo valere huiuſmodi donationem à patre profectam in filium, nunquã tamen mihi perſuadebunt ſimplicem donationem dici debere illam quæ facta ſit ob eam nominatim cauſam vt filius vxorem haberet illam quæ alioqui nuptura ei non fuiſſet. An non enim ſemper verum eſt factam eſſe propter nuptias & ob cauſam matrimonij? quicquid autem ob cauſam fit meram donationem videri non poſſe. *l. hoc iure. 19. §. pen. l. Aquilius Regulus. 27. D. de donat.* Aut quid intereſt inter hanc donationem & illã quæ propter nuptias appellatur, & quæ indubitatè fit ob cauſam, niſi quod hæc fit filio, illa nurui? Sed diuerſitas iſta perſonæ donatarij potéſtne facere, vt vno minùs quam alio caſu videri debeat ob cauſam facta donatio, quam pater nunquam fuerat facturus, ſi vxorem illam filius non duxiſſet? Et verò vt ita eſſe fateare finge poſt talem conſcriptam donationem ſiue in filium ſiue in nurum nomine filij collata ſit fauore & contemplatione matrimonij, nullum tamen, quod ex variis cauſis poteſt euenire, ſecutum eſſe matrimonium. Quæro, ſuppoſita etiam huiuſmodi donationis validitate, vt quæſtioni locus fieri poſſit, An non eſſet locus condictioni quaſi facta donatione ob cauſam quæ non eſſet ſecuta? Vtique ita dicendum eſt *l. extraneus. 6. l. ſi donaturus. 9. in princip. & §. 1. cum l. ſeq. D. de cõdict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l. ſtipulationem. 21. cum donat. ſeqq. D. de iur. dot.* Atqui hoc falſum eſſet ſi donatio ſimplex videri poſſet. Sicut enim contradictionem implicaret vt ſimplex eſſet donatio, & cauſam aliam haberet quam ipſius donatoris liberalitatem *l. 1. D. de donat.* ita & vt prætextu cauſæ non ſecutæ reuocaretur donatio quæ ſimpliciter facta fuiſſet. Neque ſanè hoc omnino negare audent qui defendunt huiuſmodi donationem quaſi ſimplicem conferendam non eſſe, quam ſententiam ex recentioribus defendit Aymo Crauet. *conſ.* 85. à pragmaticis noſtris hac parte vt & aliàs ferè ſemper approbatus. Sed vt dictionem effugiant comminiſcuntur duplicem donatio-
3 nis † cauſam vnam quæ ſit neceſſaria, aliam quæ ſit voluntaria, priorem quæ ex officij neceſſitate, poſteriorem quæ ex liberalitatis exercendæ voluntate proficiſcatur. Prioris generis eſſe volunt donationem quam propter nuptias appellamus, propterea quod, inquiunt, non minùs teneatur pater filio vxorem ducente donationem nurui conſcribere, quàm nubente filia dotem genero dare *ex l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Poſterioris verò generis, donationem factam ipſi filio fauore matrimonij: quippe cum non ſit obligatus, pater donare quicquam filio ob ob hoc ſolùm vt vxorem inueniat vel nobiliorem vel ditiorem. Indéque colligunt nullam eſſe rationem cur hæc donatio fauore matrimonij facta conferri debeat exemplo ſiue dotis ſiue propter nuptias donationis cùm non ſit facta ob cauſam neceſſariam. Quod ſi ita eſt, non erit generaliter vera propoſitio illa, quam huc uſque veram eſſe omnes crediderunt, Donationes ob cauſam factas venire omnes in collationem: niſi eam reſtringas ad donationes quæ cauſam neceſſariam habeant, neceſſariam, inquam, ex parte donatoris, non ex perſona donatarij, Quaſi cauſa quæ reſpicit merum fauorem perſonamque ſolius donatarij non poſſit facere cauſalem donationem, cui ſemper verum ſit ſolam libertatem donatoris cauſam dediſſe. Atque ita idem ille noſter Crauetta ratiocinatur. Sed tamen vereor ne magis ſubtiliter quàm verè. Quod enim ſupponit pro vero, perinde cogi poſſe patrem vt pro filio conſcribat nurui donationem propter nuptias, atque filiæ nomine cogitur genero dotem dare id falſum eſſe iam probauimus in primum huius Decadis Errorem: neque aut in *d. l. vlt. D. de dot. promiſſ.* quæ vna in hanc rem adduci ſolet aut alio vllo iuris loco ita ſcriptum reperias, ſed tantùm ad paternum officium hoc vtrumque pertinere. Quod nos certè non negamus, ſed dicimus non quicquid patris poteſtati & officio committitur, id etiam ſubjici iuris neceſſitati, vt de iure ſcriptum eſt in *l. non quicquid. 40. ff. de iudic. l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Itémque in tutore in *l. videamus. 4. ff. de in lit. iur.* non eſſe quidem cogendum illum iurare in litem pro pupillo, ſed tamen ſi tantam adfectionem pupillo ſuo habeat vt etiam iurare velit non eſſe prohibendum: Non alia planè ratione quàm quòd hoc quoque ipſius officium pertinere exiſtimetur. Alioqui non eſſet permittendum pro alio iurare nec ſi vellet millies, quia iuris regula eſt alium quàm dominum litis quique ſuo nomine eam conteſtatus ſit iurare non debere *l. vulgo. 7. eod. tit.* Similiter igitur dicimus ad officium patris † perti- 4
nere vt pro filio vxorem ducturo faciat donationem, hoc nimirum ſenſu vt ſi fecerit, perinde officium ſuum impleuiſſe videri poſſit ac ſi dotem pro filia dediſſet, ſed negamus huic conſequens eſſe vt perinde cogendus ſit hanc donationem pro filio facere atque dotem pro filia cogeretur, ſiue inſpiciamus verba legis Iuliæ quæ prima dotandæ filiæ neceſſitatem patri irrogauit, nec niſi de dote locuta eſt vt conſtat ex *l. capite 19. aliàs. l. qui liberos. D. de ritu nupt.* ſiue rationem manifeſtam diuerſitatis hac parte inter filiam & filium quam attulimus in præcedentibus. Et certè ſi verum amamus cùm ita loquitur Iuſtinianus † in *d. l.* 5
vltim. Cod. de dot. promiſſ. vt dicat omnino paternum eſſe officium dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie, nihil minùs agit quàm vt patri vel imponat neceſſitatem faciendæ pro filio donationis propter nuptias, vel iam olim fuiſſe impoſitam teſtetur, ſed vt præcedentia & ſequentia demonſtrant, ita ſcribit ad excludendã eam interpretationem per quam poſſet quis putare dotis vel propter nuptias donationis conſtitutionem à patre factam ex maternis quoque bonis aut ex ipſius filij patrimonio ſi quod habeat pro patre factam intelligi oportere. Certum enim eſt, inquit, ad patris non ad matris officium hoc pertinere, ac proinde patrem de ſuo non de alieno feciſſe videri quod ad ipſius curam & officiũ pertinebat. Cæterũ non quærit eo loco Iuſtin. an æquè cogatur pater pro filio conſcribere donationem propter nuptias atque dotem pro filia dare [quæ fuiſſet longè diuerſa quæſtio & in qua vel fuiſſet ſeparanda dos à donatione propter nuptias vt in lege Iulia, vel ipſa lex Iulia quæ de dote tantùm locuta erat fuiſſet ad donationem quoque propter nuptias extendenda] ſed tractans de patre qui vltro vel dotem pro filia dederat vel donationem propter nuptias pro filio, quærit duntaxat vtrum de ſuis tantùm bonis dediſſe videri debeat, an etiam de alienis. Et poſtquàm magis probauit faciendam eſſe in dubio interpretationem contra patrem qui ſibi debet

imputare cur nõ apertius expreſſerit quid ex bonis ſuis proficiſci vellet, quid ex alienis. Concludit debere patrem in eo eſſe diligentiorem & cautiorem, ne dum effuſo ſermone ſe iactat in promptum incidat ſui periculum. Ita oſtendens eo quoque caſu quo ipſa etiam dos promiſſa vel data ſupra eam quantitatem ad quam, vſque pater dare cogi potuiſſet, non eo minùs tamen totam ex officio paterno datam intelligi debere. Vt intelligamus non eſſe bonam conſecutionem ab officio paterno ad neceſſitatem, nec quicquid ex officio facit pater ſi faciat, cogi eum vt faceret potuiſſe, ſi facere noluiſſet. Sed & probat optimè ni fallor lex illa Iuſtiniani, quàm falſa ſit ea diſtinctio contra quam diſputamus. Si enim vera eſſet eáque tantùm donatio conferretur, quæ facta eſſet ob cauſam neceſſariam, ſequeretur vt dos, quam pater pro filia dediſſet longè maiorem quàm ex facultatum ſuarum comparatione dare debuiſſet, non eſſet conferenda, niſi vſque ad concurrentem eam quantitatem quam potuiſſet cogi pater vt daret. Tanquam quæ ſupra eam quantitatem cenſeri deberet iure donationis ſimplicis, aut ſaltem factæ ob non neceſſariam cauſam. Atqui hoc falſum eſt, quia leges omnes & veteres & nouæ quæ de dotis collatione tractant, indiſtinctè loquuntur, de ea quantitate quæ dotis nomine vel promiſſa vel data eſt quantacunque tandem illa ſit, quando nec prohibetur pater ſi velit maiorem dotem conſtituere quàm quæ ab ipſo debita fuiſſet ex officij neceſſitate. Sicut nec diſtinguit Iuſtinianus in *dict. l. vlt.* an plus dederit vel promiſerit pater quàm potuerit cogi vt promitteret vel daret, quoniam cùm non modò de dote, ſed etiam de donatione propter nuptias tractaret, non poterat ea diſtinctio cadere in donationem propter nuptias quæ nunquam ex neceſſitate, ſemper ex liberalitate datur, ideóque donationis nomen propriè retinet, quod dos quamuis habeat in genere, tamen in ſpecie & æquè propriè non habet *d. l. cùm multa.*
6 Quare quod dicimus † doti comparandam eſſe donationem propter nuptias, ſi rem vti eſt ſtrictiùs libeat conſiderare, non ad totam dotis quantitatem referendum eſt, ſed ad eam duntaxat dotis partem quæ ex mera patris liberalitate proficiſcitur, id eſt, quam pater non fuerat daturus ſi aliud nihil dare voluiſſet, niſi quod vt daret etiam inuitus cogi per magiſtratum potuiſſet. Nam vſque ad eam quantitatem dos perinde profectitia eſt, quia ex bonis patris proficiſcitur, ſed nihil omnino habet quod ad patris liberalitatem referri poſſit, aut quod donationis nomen mereatur arg. *l. vnum, ex familia.* 67. §. 1. *de legat.* 2. *l. ſi ſeruo.* 84. *de hered. inſtit.* Supra eam quantitatem verè donatio & liberalitas eſt, ſed tamen ob cauſam ſine qua non fuerat pater de ea liberalitate exercenda cogitaturus. Donatio propter nuptias in eo à dote diſtat, quod tota donatio eſt & liberalitas patris, quàmuis aliam habens cauſam quàm voluntatem exercendæ meræ liberalitatis: qua ratione donatio quidem appellatur, ſed non ſimpliciter, at cum illa adiectione *propter nuptias.* Quemadmodum igitur dos data ſupra eam quantitatem quæ omnino & ex officij paterni neceſſitate dari debuit non eo minus confertur, tanquam quæ data ſit, vel promiſſa non ſimpliciter: ſed ob cauſam eámque iuſtam quamuis minimè neceſſariam. Ita & donationem quamlibet fauore matrimonij factam ſiue nurui quomodo fieri debet vt valeat, ſiue ipſi etiam filio, ſi hanc quoque valere vis cum interpretibus me inuito, fatendum eſt non ſimplicem eſſe: ſed ob cauſam, non quidem neceſſariam, ſed tamen iuſtam, ob idque omnimodo & in totum conferendam. Et verò ſi iam olim ita ius fuiſſet, vt donationem quoque propter nuptias pro filio facere pater cogi poſſet, ſicut & pro filia dotem dare, planè non video cur prætor cum edixit de dotis collatione non fuerit etiam de donatione propter nuptias conferenda edicturus, vt pro huius Decadis capite diſputauimus. Fuiſſet enim illa mera iniquitas vt ſoror fratri dotem profectitiam conferre coacta fuiſſet, non etiam ſorori frater profectitiam propter nuptias donationem, ſi æquè pater hanc atque illam dare cogebatur, nec diſſimilitudinis illius ratio vlla reperiri, vt arbitror, potuiſſet. Quanquam autem poſt Leonis conſtitutionem quæ extat in *d. l. vt liberis* ſublata eſt ea diſſimilitudo, nec minùs hodie donatio propter nuptias quàm dos confertur, non tamen conſequens eſt, vt in eo quoque donatio propter nuptias doti exæquata videri debeat quod perinde per donationem propter nuptias pro filio, atque dotem pro filia dare ſit cogendus. Nam collatio quidem ex ea poteſt induci quod etiam inuitus quis dotare cogatur [quæ erat ratio edicti. De collatione dotis, quod idcirco ad dotem à matre alióve quàm à patre datam non pertinebat] Sed non è contrario poteſt dici cogendum patrem vt donet filio ob id ſolum quod futurum ſit eo mortuo, vt filius eam donationem fratribus ſit collaturus, quemadmodum dici ſolet neminem ideo obligari quia recepturus ſit ab alio quod præſtiterit *l. nemo ideo.* 171. *de reg. iur.* Nam & qui confert profectitia reddere ipſa videtur. Alioqui paullatim dici incipiet cogendum patrẽ vt donet etiam ſimpliciter & ſine cauſa filio ſiue in ſacris manenti ſiue emancipato cum poſſit pater eam legem liberalitati ſuæ imponere, vt ſe mortuo conferatur *l. pen. in fin. C. de collat.* quam niſi adieciſſet, imputare ſibi eum debere: quod tamẽ ſani iudicij nemo vnquam dixerit. Quod ſi verum eſt, vt eſt, non eſſe cogendum patrem, vt quicquam filij nomine donet propter nuptias: ſequitur optimè nullam penitus differentiam poni poſſe inter donationem propter nuptias, & eam quæ ipſi filio facta ſit fauore matrimonij: nempe ſecundùm interpretes qui vtramque valere volunt.
Nos enim perpetuam † illam agnoſcimus, quod ſola 7
donatio propter nuptias facta nurui nomine filij valet, alia facta ipſi filio non valet. Si verò nulla differentia eſt, illud etiam ſequitur, vt vtraque debeat videri æquè facta ob cauſam, æquè iuſtam, æquè neceſſariam, aut potiùs æquè non neceſſariam: & conſequenter, vt vel vtraque debeat conferri vel neutra. At donationem propter nuptias etſi olim non conferebatur, hodie tamen conferri certum eſt ex *d. l. vt lib.* 17. *l.* 19. *l.* 20. §. 1.
C. de collat. Igitur illa quoque conferetur, quæ facta 8
fuerit contemplatione matrimonij ipſi filio, præſuppoſito quod valeat. Sufficit enim factam eſſe ob cauſam, nec eſſe ſimplicem donationem vt hodie ſit conferenda. Alioquin dicendum erit dotem quæ à matre data ſit, vel ab auo, aut proauo materno, ac multo magis donationem propter nuptias ab his perſonis conſcriptam, non eſſe conferendam cùm ad officium ipſarũ non pertineat, vt liberis ſuis dent dotem, vel propter nuptias donationẽ, tantum abeſt, vt poſitũ hoc ſit in officij neceſſitate, præterquam ſi magna & probabilis cauſa ſit vt loquitur *l. neque mater.* 14. *C. de iur. dot.* id eſt, ſi alia ratio nulla ſit dotandæ puellæ, cuius pudicitiæ, ſi non nubat dotetúrque, periculum aliquod timeatur. Ad quẽ vnum caſum alióſve ſi qui ſunt ſimiles non poſſis ſanè Leonis & Iuſtin. cõſtitutiones coarctare quin facias vim verbis cõſtitutionũ quæ ſunt generalia, omnéſq; omnino dotes & donationes propter nuptias à parentibus vtriuſque ſexus factas cõprehendunt, quas tum quoque cùm fiunt nulla vrgente neceſſitate officij, ob cauſam nihilominùs factas eſſe, quod ſufficit ad inducendã collationis neceſſitatem, poſtquam placuit Imperat. cùm de iure collationis quæritur id præcipuè ſpectandũ vt inter liberos qui & eidẽ parenti & eodem iure ſuccedunt, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato æqualitas ſeruetur. Rideo autem cum huic noſtræ ſententiæ obijci video vnum hoc quod contrariæ opinionis præcipuum fundamentum

damentum eſſe creditur. Nulla lege aut conſtitutione cautum eſſe vt huiuſmodi donatio facta per patrem filio fauore matrimonij conferatur. In tractatu verò de collationibus bonum eſſe argumentum, vt ea ſint demum conferenda de quibus conferendis aliquid conſtitutum ſit, ea verò non conferenda, quorum collatio nulla lege iubeatur. Fateor. n. nullam hac de re legem ſcriptam eſſe. Nimirum quia noſtris legibus & veteri-
9 bus & nouis incognitæ ſunt huiuſmodi donationes † tanquam quæ inualidæ ſint, & nullius momenti, & conſequenter in quas non poſſit cadere illa diſputatio an conferendæ ſint necne. Sed nos de iis diſputauimus, acſi valerent, vt quæſtioni locum relinqueremus, & ne quis poſthac poſſet dubitare duplicem hac in re
10 noſtrorum interpretum errorem † eſſe. Vnum quod putant valere. Alterum quod eas quamuis validas negant conferri oportere. Contra enim debuerunt dicere non valere, ob idque nullum de iis ſiue conferendis ſiue non conferendis quæſtioni locum ſupereſſe, ſed ſi valerent non fore dubitandũ quin conferri omnimodo deberent niſi ſic factæ eſſent vt præcipuæ haberentur, quomodo plerunque hodie fiunt. Vſu ipſo iam ita inualeſcente, vt nec dubitetur ampliùs an valeant, præſertim ſi iuratæ proponantur, quaſi quod ratio iuris nunquam permiſſura fuerat, noſtris nunc moribus obtentum aut potiùs extortum videatur. Tractemus iam de iis quæ ſunt iuratæ.

ERROR IV.

Si donatione matrimonij facta filiofamilias per patrem iurata ſit.

SVMMARIA.

1 *Sententia quorũdam interpretum de validitate donationis factæ filiof. fauore matrimonij vbi eſt iurata.*
2 *Diſcrimen iuris ciuilis & Pontificij ratione iuramenti.*
3 *Iuramentum patris filiofam. donantis non tollere vinculum patriæ poteſtatis aduerſus interpretes.*
4 *Natura rei non patitur vt inter patrem & filiumfamil. obligatio ciuilis contrahatur.*
5 *Impoſſibilium nulla eſt obligatio.*
6 *Pietatem violari vbi per iuſiurandum patria poteſtas eneruatur.*
7 *In perſona matris iura pietatis ex poteſtate non æſtimari.*
8 *Pietas num violetur per litem inter patrem & filiumfa. de caſtrenſi peculio.*

1 NOn defuerunt ex interpretibus † noſtris qui mera apertàque iuris ratione coacti dixerint donationem fauore quoque matrimonij factam filiofamilias per patrem nullius eſſe momenti. Sed illi ipſi ſolent ſubijcere exceptionem niſi iurata ſit. Nec enim dubitant iuriſiurandi hanc vim eſſe, vt donationem alioqui inualidam confirmet ſicut & cæteros contractus qui ſine iureiurando non valerent. Quaſi iureiurando interpoſito nihil aliud inſpiciendum ſit niſi an ſeruari poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ vt Canoniſtæ loqui ſolẽt. Vt ſi poſſit omnimodo ſeruandum ſit etiamſi leges ciuiles reluctentur. Si verò non poſſit eo demum caſu nulla eius ratio habeatur. Atqui nihil cauſæ eſt, inquiunt, cur non liceat patri ſeruare iuſiurandum quo donationem à ſe in filiumfamilias collatam confirmauerit, neque in eo vllum ſalutis ipſius periculum vertitur. At è contrario vix vllo prætextu poteſt ſe tueri ſi veniat contra eam donationem quam in filium contulit, quin hoc ipſo periurium incurrat, dolóque malo faciat, qui non modò filium ſuum decipere velit, ſed

etiam nurum quæ talis donationis contemplatione ad matrimonium acceſſerit, nec aliter id fuerat contractura, quomodo dici ſolet de marito cui dos promiſſa vel data fuit, non eſſe illum decipiendum, quod fieret ſi vxorem indotatam habere cogeretur *l. ſi donaturus. 9. D. de condict. cauſ. dat. l. purè. 5. §. pen. D. de doli except. l. Titia. 62. D. de iur. dot.* Addunt, quod præcipuum erroris fundamentũ eſt iureiurando tolli eam rationem, quæ potiſſimùm facit ex ratione iuris ne valeant huiuſmodi donationes. Diximus enim ſæpius quod & veriſſimũ eſt, non alia ratione impediri quàm propter vinculum patriæ poteſtatis quod obſtat ne qua inter patrem & filium famil. obligatio contrahatur *l. ſiue emancip. 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. don.* nec ſi alioquin iuſtiſſima contrahendæ obligationis cauſa intercedat, vt in ſpecie *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.* Ideò autem ius patriæ poteſtatis adfert hoc impedimentum, quod faciat vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur *l. ne cum filiofa. 6. D. de furt.* fieri autem nequeat vt idem ſibi ipſi obligetur vel qua alia ratione debitor ſimul fiat & creditor *l. heres à debit. 21. §. ſeruo tuo & ſeq. l. debit. 50. D. de fideiuſſ. l. Stichũ. 95. §. aditio. D. de ſolut.* Atqui iuſiurandũ patris ſicut ab ipſa patris non filij perſona interponitur, ita perſonã patris qui iurat ſecernit à perſona filij cui iuratur, neq; ciuiliter interpretandum, eſt ſed naturaliter & ex ipſa rei veritate alia eſt perſona patris, alia filij, & quod vtraq; vnius iure cenſeatur fit per merã iuris artẽ, & fictionem. Iureiurando igitur interpoſito ceſſare videtur ea ratio, alioqui facere deberet, ne inter patrẽ & filium donatio valeret. Ego non dubito quin maxima ſit & eſſe debeat autoritas & religio iuriſiurandi, maximè verò ſi ius pontificium potiùs quàm ciuile attenda-
mus. Ciuilis † enim legiſlator omnia æſtimans ex pu- 2
blica vtilitate, publicam verò vtilitatem ex legum obſeruatione non patitur valere iuſiurandũ, quod fuerit præſtitum contra leges *l. non dubium 5. in fin. C. de legib. l. iuris gentium. 7. §. & generaliter. D. de pact. l. ſi quis inquilinos, 112. in fin. de leg. 1.* Pontifices verò præcipuam vt par fuit animarum curam habentes, quarũ vel minima, ſi quid in eo genere maius minúſve eſſe poteſt, vniuerſo terrarum orbe precioſior exiſtimanda ſit, hoc vnum ante oculos habuerunt, ne qua incurrẽdi tolerandive periurij occaſio induceretur, cuius ſolum Deum vltorem ſperat ciuilis legiſlator, pontificius timet, ob idque cauet ac proſpicit quantum poteſt ne vltionis materia relinquatur, obſtructa omnibus licentia peierandi, niſi contra bonos mores, vel primũ eſt, vt contra diuinam legem, ſacróſque canones iuſiurandum interpoſitum probetur, *cap. non eſt obligatorium. de regul. in 6. cap. debitores cap. cum contingat. & paſſ. D.*
de iureiur. Sed tamen † non eo magis perſuadere mihi 3
poſſum vſque adeò religioni iuriſiurandi tribuendum eſſe, vt eo prætextu tota iuris ciuilis ratio perturbetur & ob hoc ſolùm quòd pater in donatione filiofam. perperam facta iurauerit, ipſum ius patriæ poteſtatis etiam quantum ad huiuſmodi donationem attinet penitus extinctum eſſe intelligatur. Quod tamen neceſſe ſit omnino dicere illos qui donationes iſtas iuratas valere velint. Alioquin cogentur fateri non poſſe videri iureiurando ſublatam rationem illam quæ faceret vt non valeret donatio quæ iurata non eſſet, cùm ratio illa tota pendeat vt diximus, ex iure poteſtatis. Quandiu enim ius patriæ poteſtatis durat, tandiu quoque ſubſiſtit impedimentum illud iuris quod facit ne pater filio vel filius patri obligari poſſit, quia non magis pontificium ius quàm ciuile facere poteſt vt quis ſibi ipſi obligetur, quod nec natura ipſa poteſt facere, quia implicat contradictionem: nec ſurſum ius pontificium minùs quàm ciuile agnoſcit venerabile ius patriæ poteſtatis, patitúrque præcipuam eius in omnibus haberi rationem, vt ſanctum ſit filio nec qua in re id ei liceat vio-

lare, quod tamen violatur proculdubio cùm id agitur vt filio pater obligetur, potiùs quàm ſi id ageretur, vt proprium aliquid filius haberet inuito patre: quod vtrunque probatur optimè & elegantiſſimè ex *d. l. imperator. 50. D. ad SC. Trebell.* Ad quid enim proſit obligatum eſſe patrem filio ciuiliter [de naturali namque obligatione non loquimur, quam certum eſt inter patrem & filium contrahi poſſe, quia tota ex facto non ex iure æſtimatur. *l. frater à fratre. 28. in princ. & §. 1. D. de condict. indeb. l. nec ſeruus. 42. D. de pecul.* ſed de ciuili, ſine qua non poteſt eſſe donatio *l. cum hic ſtatus. 32. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* niſi vt detur actio filio contra patrem? Id verò poteſtne fieri quin ius poteſtatis offendatur? *d. l. ne cum filiofamilias.* Etiamſi de eo patre agatur qui non ſit naturalis & legitimus ſed legitimus tantum & adoptiuus *l. adoptiuus. 8. D. de in ius voc.* Quinimo ſi verum amamus non tantum iuris ciuilis conſtitutio in hoc offenditur, ex qua ius patriæ poteſtatis proficiſcitur, ſed etiam natura ipſa rei, vt ſcriptum eſt, quod obſeruari vellem in
4 *d. l. ne cum filiofamilias*, quia † natura ipſa non patitur, implicatque contradictionem vt inter patrem & filiumfam. aut obligatio ciuilis contrahatur, aut actio vlla detur *d. l. imperator.* Perinde, inquit, Paulus in *d. l. ne cum filiofam.* acſi diceremus poſſe quem vel ſibi ipſi obligari ciuiliter vel agere cum ſemetipſo. Succedit itaque regula iuris etiam pontificij quæ negat impoſſi-
5 bilium † vllam eſſe obligationem nec ſi millies iurata proponatur. Nec enim iuramentum poteſt facere vt vel poſſibile fiat quod per rei naturam ipſam impoſſibile eſt implicatque contradictionem, nec rurſus vt videri debeat periurus is, qui non facit quod facere etiãſi velit non poſſit. Vt taceam quod eſt certiſſimum in numero impoſſibilium ea quoque poni quæ tametſi de facto vt loquuntur impleri poſſint facta tamen vel bonos mores læderent, vel leges *l. conditiones. 14. & ſeq. D. de condic. inſtit.* Hoc autem de quo agimus tale eſt vt non tantum ratio iuris ciuilis & natura ipſa rei, vt diximus, ſed pietas quoque violari videatur. Certum enim eſt & ipſa quoque experientia quotidiana compertum nulla re magis contineri liberos in officio pietatis parentibus debitæ, quàm ſi ab iis ſperent ſucceſſionis commodum, quod tamen intelligant non niſi meritis & obſequiis parari poſſe *l. nec ei. 17. §. penult. D. de adopt.* Adeo vt non erubuerit Papin. in *l. vlt. D. ſi à parent. quis manum.* ſic loqui vt dixerit ſolui pietatem pro eo quod voluit dicere ſolui patriam poteſtatem. Quaſi vix vllam pietatem debeat filius patri niſi propter patriam poteſtatem. Vnde etiam eſt quod emancipatus iure ciuili pro eo habetur qui ſit omnino extraneus *l. quinetiam. 55. in fin. D. de rit. nupt.* quia ciuilis legiſlator pro filio habere non poteſt eum qui filiusfam. non ſit. Atqui alia ratio nulla eſt quæ iura pietatis inducat aut conſeruet inter patrem & filium quàm quod hic filius ſit, ille pater. Bene ergo Papinian. ſolui pietatem dixit, pro eo quod eſt ſolui patriam poteſtatem, vt inferamus quod ad rem no-
6 ſtram pertinet violari † non poſſe patriam poteſtatem ſiue per iuſiurandum ſiue qua alia ratione quin ipſa quoque pietas violetur. Cui non eſt contrarium quod ſublata quoque patria poteſtate filius emancipatus adhuc eam debet reuerentiam & pietatem patri vt eum ſine prætoris venia in ius vocare non poſſit *l. 4. & tot. tit. D. de in ius vocand.* Id enim fit non ex iure ciuili ſed ex prætoris edicto, quod nec aliam rationem habet quam quia prætor emancipatum habet pro filio reciſſa in eam rem, vt etiã patri ſuccedere poſſit, emancipatione. Quod ſi objcias liberos matribus pietatem debere, adeóque æqualem pietati quam debent patribus in quorum ſunt *l. 4. D. de curat. furioſ.* cùm tamen nulla ſit poteſtas matris in liberos *l. mulierem 5.*
7 *C. de adopt.* Reſpondebo matres † ſicut deteriores conditionis ſunt quàm patres in hoc quod nullum habent ius poteſtatis, ita in eo eſſe melioris quod per emancipationem filiorum non amittunt filios quos nunquam filiosfamil. habuerunt. Remanet enim filius poſt emancipationem quod ad matrem talis qualis erat ante emancipationem. Et conſequenter fatendum eſt in perſona matris non poſſe iura pietatis æſtimari ex iure poteſtatis quod in patre diuerſum eſt. Minùs obſtat ſi quis objiciat etiam inter patrem & filiumfam. permitti litem ex cauſa caſtrenſis peculij *l. 4. D. de iudic.* quæ 8
tamen non eſſet permittenda ſi pietas violaretur. Nam reſpondeo non violari † eo caſu pietatem, quia nec patria poteſtas violaretur, cùm in caſtrenſi peculio filiusfamlias ex conſtitutionibus pro patrefamilias habeatur *l. 2. D. de SC. Maced.* Sicut neque videri poteſt violari pietas cùm filius prætor aliúmve magiſtratum gerens cogit patrem vt vel adeat hereditatem vel quid aliud faciat, quia in iſtis non violatur patria poteſtas quæ nulla eſſe intelligitur. *l. ille à quo 13. §. vlt. cum l. ſeq. C. ad SC. Trebell.*

ERROR V.

De poteſtate iuriſiurandi, ad confirmandum pactum de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Num ſequatur ius patria poteſtatis impediri iureiurando ex eo quod iureiurando confirmatur pactum de non ſuccedendo inter patrem & filiamfam.*

2 *Pacta de ſuccedendo non confirmari iureiurando.*

3 *Pacta de non ſuccedendo cur improbata, cur item pacta de ſuccedendo.*

4 *Pactum de ſuccedendo in patrem & filium initum adhibito iuramento violat ius patriæ poteſtatis, & quid de pacto de non ſuccedendo.*

5 *Ex eo quòd non ſit decipienda mulier nubens non ſequi donationes in filiumf. fauore matrimonij collatas validas eſſe.*

6 *Poſito inualidas eſſe huiuſmodi donationes non ſequi matrimoniorum libertatem conſtringi.*

ILLA difficilior obiectio fuerit ſi quis dicat, iureiurando confirmari † pactum 1
de non ſuccedendo factum inter patrem & filiamfam. nubentem ex *ca. quamuis pactum de pact. in 6.* cùm tamen certum ſit eſſe illud contra leges. *l. ſi quãdo. 35. §. illud. C. de inoff. teſt. l. 3. de collat. l. pen. ff. de ſuis & legit.* & ius quoque patriæ poteſtatis, impediri ne valere iure poſſit. Verum reſpondeo, Primùm non tam poteſtate iuriſiurandi id fieri, quàm autoritate conſtitutionis pontificiæ, ante quam proculdubio ita ius erat vt tale pactum quamuis iuratum non valeret, nec magis pontificio iure quàm ciuili. Atqui nulla conſtitutio pontificia eſt quæ donationem filiofamilias factam à patre tametſi iurata ſit, valere patiatur. Non igitur bona conſecutio eſſe poteſt ab eo caſu in quo expreſſa eſt cõſtitutio pontificia ad alium caſum in quo non minùs neceſſaria ſit aliqua cõſtitutio, nec tamen vlla ſit. Alioqui debuiſſet fieri lex generalis vt conuentiones omnes iuratæ valerent quantũcunque eſſent contra leges, ne addam etiam contra pietatem. Qualis tamen nulla eſt, nec niſi ſtulta & inepta his verbis concipi poſſet, tantam patefaciens feneſtram ad legum maieſtatem infringendam quam expedit publicè ſanctam eſſe ac inuiolatam. Fateor aliis pleriſque caſibus valere conuentionẽ propter iuſiurandum & ex iure pontificio, quæ alioqui etiam iurata non valeret iure ciuili vt in *ca. cùm contingat. Extr. de iureiur. & ſimilibus.* Sed nego eas cõſtitutiones ad alios planeq; diuerſos caſus extendendas eſſe,

captam

captandámque ex iis occaſionem legum omnium violandarum prætextu adhibiti iuriſiurandi. Deinde reſpondeo pactum illud de non ſuccedendo non violare pietatem neque ius patriæ poteſtatis, quia eius poteſtas confirmetur in id tempus quo iam mortuus erit pater, ac proinde quo patria poteſtas amplius nulla erit, quam nimirũ patris morte finiri conſtat. Omnes enim iſtæ conuentiones de futura ſucceſſione ſiue affirmatiuè ſiue negatiuè concipiantur habent illam tacitam conditionem ſi hereditas defertur, vt ipſi quoque interpretes noſtri fatentur poſt Bart. & Caſtrenſ. ad *l. qui in ſuperſtitis. D. de acquir. hered.* non poteſt autem deferri ſucceſſio patris niſi poſt eius mortem cùm viuenti nulla ſit hereditas *l. 1. D. de hered. vel act. vend. l. 1. D. pro hered.* Vnde eſt quod noſtri fatentur filiam quæ paternæ ſucceſſioni cum iureiurando renunciauerat ſi ante patrem moriatur non tam per renunciationem ſuam quàm per mortem excludi à ſucceſſione, quia etiamſi renunciaſſet, non eo magis tamen ſucceſſiſſet, vt à nobis tractatum eſt. *Decad.* 14. At ſi valeret iurata donatio quam inter viuos pater in filiumfamilias contuliſſet, violaretur patria poteſtas & conſequenter pietas in eo quod & filio pater obligaretur, & rei, quæ patris fuiſſet, dominium in filium tranſiret viuo adhuc patre, quorum neutrum fieri poteſt ſalua patria poteſtate *d. l. Imp. 50. ad SC. Treb. d. l. ſine emancipatis 17. C. de donat.* Adde quod & in ſpecie *d. cap. quamuis pactum de pact. in 6.* pactum iuratum inter patrem & filiam initum non in id tendit vt aliquam pariat actionem filiæ contra patrem, in quo potiſſimum pietas patri per filium debita violatur, ſed in hoc tantùm vt ſi poſt mortem patris velit filia patri ſuccedere pacti exceptione ſummoueatur quæ res non offendit patriam poteſtatem, præſertim eo iam tempore, vt diximus, extinctam. Non magis, quàm ſi renunciaret illa poſt mortem patris, quo caſu ſine dubio valeret conuentio etiam ex iure ciuili *d. l. ſi quando. §. illud. in fin. C. de inoff. teſta.* Nihil enim refert an conuentio filiæ facta ſit poſt mortem patris an in id tempus collata, cùm videantur omnia pacta fieri eo ipſo tempore in quod conferuntur. *l. 4. C. de donat. ant. nupt. l. dotis fructum. 7. §. ſi res in dotem. l. ſi ego. 9. D. de iur. dot. l.*
2 *Titio vſusfruct. 51. D. de vſufr.* Quibus etiam † rationibus ſoleo defendere pacta de ſuccedendo non confirmari iureiurando, non ſolùm inter patrem & filiamfam. aut filiumfam. ſed nec inter extraneos. Non ob id tantùm, quòd nulla ſit hac de re conſtitutio pontificia, quæ certè eſſet neceſſaria, cùm id quod contra iuris rationem conſtitutum eſt nunquam producendum ſit ad conſequentias *l. quod vero 14. D. de legib.* Sed etiam, quia multò magis offenditur ius ciuile per pacta de ſuccedendo quàm per pacta de non ſuccedendo, duplici ratione. Et quòd auferant vel ſaltem reſtringant liberam teſtandi facultatem quæ eſt ex legibus *l. pactum quod dotali. 15. C. de pact. l. cum duob. 52. aliàs ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. D. pro ſocio.* quam non reſtringunt, ſed ampliant potiùs pacta de non ſuccedendo. Et quòd in id adhibeantur vt pariant actionem, pacta verò de non ſuccedendo, vt pariant exceptionem duntaxat. Eſt autem multo facilius vt defendatur conuentio exceptionem duntaxat paritura, quàm vt proſit ad producendam actionem *l. iuris gentium. 7. §. quinimo. D. de pact. l. pacta conuenta. 72. D. de contr. empt.*
3 *l. 1. D. de pignor.* Et ſanè pacta † de non ſuccedendo non alia de cauſa ſunt improbata, quam quia vim ſuam ſi quam haberent objiciant ex diametro legibus, ne poſſit ea perſona ſuccedere cui lex delatura ſit hereditatem. Quaſi verò priuatorum conuentiones legum autoritate cenſeri poſſint vt loquitur Papinian. in *d. l. pen. de ſuis & legit. & in l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. falcid.* At pacta de ſuccedendo non tantùm ſunt contraria legibus, ſed etiam autoritatem legum ſibi adrogant ad deferendam ſucceſſionem, quæ ex legibus ſolis deferri poteſt *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam ſup. dot. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* Sed ſi
adderes pactum † de ſuccedendo initum eſſe inter patrem & filium, illa etiam ratio pactum quamuis iuratum infirmare deberet, quòd patria poteſtas violaretur. 4
obligato patre ne adhuc viuus poſſet ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate de iis bonis diſponere quæ ex cauſa pacti & ſucceſſionis iure filio relinquere omnimodo cogeretur: quod non ſimpliciter contingit obligata filia per pactum de non ſuccedendo ne ſuccedere patri poſſit, quia pactum de ſuccedendo obligaret patrem eo tempore quo patria poteſtas adhuc duraret, viuum ſiquidem impediret ne de ſuis bonis diſponere poſſet, cùm mortuus vt diſponere prohibeatur nullo ſit opus pacto. Quandiu autem pater viuit & filia nec emancipatio vlla ſecuta eſt, aut deportatio, aut quid aliud ſimile, tandiu patria poteſtas durat. Pactum verò de non ſuccedendo licet fiat viuo patre atque in eo tempore quo ſubſiſtit adhuc ius patriæ poteſtatis non tamen obligat patrem, ſed filiam, nec filiam viuo patre, ſed poſt mortem patris, nec rurſum poſt mortem patris vt aliqua actione teneatur, ſed tantum vt ſi velit ſuccedere pacti & periurij exceptione ſummoueatur: cùm habeat, vt diximus, conditionem tacitam ſi hereditas deferretur, conditio autem ſiue expreſſa ſiue tacita impediat ne qua interim obligatio naſcatur *l. interdum. 73. D. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. de verb. ſignific.* Dices, pacta quoque de ſuccedendo eandem habere tacitam conditionem ſi hereditas deferetur. Ergo non obligari ex iis patrem niſi mortuũ, cum niſi mortuo eo non ſit tractandum de ipſius hereditate. Sed iam oſtendi diſſimilem eſſe rationem illius pacti de ſuccedendo, quia cùm non ad alium finẽ tendat niſi vt impediatur pater de bonis ſuis diſponere contra formam pacti, nec poſſit diſponere niſi quamdiu viuit, apparet tale pactum vel viuo patre vires ſuas exercere debere vel nunquam. Quod enim mortuo demum patre ex eo pacto ſuccederetur, non aliam rationem haberet, quàm quia pater nihil contra pactum diſponere potuiſſet. Multo igitur magis faciet eadem ratio, vt non valeat donatio inter viuos à patre in filiũ familias collata quantumlibet iurata ſit, quoniam hoc caſu non tantùm obligatur pater viuus vt in pacto de ſuccedendo, ſed etiam effectum ſuum haberet conuentio viuo patre, dominio rerum donatarum in donatarium tranſlato, ſi valeret. Non ſi ponas patrem non niſi poſt mortem ſuam donatum voluiſſe, alia quæſtio eſt, de qua in ſequentibus dicemus. Quod
verò ad defendendas huiuſmodi donationes † à patribus in filiumfamil. collatas fauore matrimonij ſolet afferri non eſſe decipiendam mulierem quæ alioqui non fuerat contractura, omnino ad rem non pertinet. 5
Nam vt eſt in iuris regula, non decipitur, qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui. 116. §. 1. de regul. iur. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. l. inter eos. 51. §. penult. D. de fideiuſ.* Debuitque ſcire mulier huiuſmodi donationes ex ratione iuris valere nullomodo poſſe, propterea quod impoſſibile ſit vt ſalua patria poteſtate filio pater obligetur. Ac ſanè ſi quo vnquam caſu fieri poſſet vt filio pater obligaretur, is vel maximè caſus eſſet de quo in *d. l. imp. 50. ad SC. Trebell.* cùm pater rogatus de reſtituenda poſt mortem ſuam hereditate filio interim bona dilapidat in fraudem fideicommiſſi & dolo malo, quo caſu in fraudis huius pœnam repræſentatur ſolutio fideicommiſſi, fitque capax acquiſitionis filius etiam patre inuito. Sic dicimus mulierem minorem annis vigintiquinque ſi in danda dote fuerit circumſcripta quod maiorem dederit quàm pro ſua ſuique mariti conditione dare debuerit, in integrum reſtitui poſſe contra maritum

l. vnic. C. ſi aduerſ. l. ex cauſa. 9. §. in dotis. D. de minor. quamuis poſſit maritus dicere ſe non aliter eam fuiſſe ducturum, quod & in dubio præſumendum eſt, quiſquis enim certa lege contrahit ſemper credendus eſt non aliter fuiſſe contracturus *l. domum. 9 §. 1. verſ.*
6 *idem quærit. D. locat.* At, inquies, matrimoniorum † libertas ita conſtringetur, nec tam facile fient matrimonia ſi non valeant huiuſmodi donationes, quas ſi mulier ſciat non valere, non ſit contractura. Reſpondeo immo poſſe ſatisfieri facilè & rationi iuris & deſiderio mulieris non aliter contracturæ, Nimirum ita vt donatio fiat à patre non ipſi filio, ſed, vt ſit donatio propter nuptias, nurui nomine filij. Ac ne replices patrem qui filio ſuo donare vellet ſi poſſet, non æquè facile donaturum nurui pro filio, Dico poſſe ita fieri donationem nurui vt non plus commodi in effectu ad nurum perueniat, quàm ſi filio ipſi donatio facta eſſet, putà ea lege, vt ſiue filius præmoreretur, rediret donatio ad patrem [quod etiamſi dictum non eſſet, pro dicto tamen haberetur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.*] ſiue poſt patrem ſuperſtitibus liberis communibus ad eos communes liberos bona peruenirent, ſiue denique ſine liberis filius decederet ad hunc vel ad illum agnatum deuoluerentur. Cui enim pactioni non conſentiret mulier quæ non ſibi ſed marito donari contenta eſſet, dummodo videret communibus liberis conſultum fore? Aut quid eius intereſſet, vel etiam donatoris an filio donatū eſſet ſimpliciter an nurui ſub his conditionibus? Nam etſi dotium cauſa itemque donationū propter nuptias ad ineundorum matrimoniorū libertatem & neceſſitatem maximè pertinent, ſemper tamen ita ius fuit, vt non ipſi filiæ dotem pater tradere aut promittere deberet ſed genero nomine filiæ, nec donationē propter nuptias filio ſed nurui nomine filij, Neque potuit fauor matrimoniorum facere vt ad ea facilius contrahenda debuerit licere patri ex cauſa ſiue dotis ſiue donationis propter nuptias quicquam donare liberis in poteſtate conſtitutis vt ſupra probauimus ex *l. Pompon. Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.*

ERROR VI.

De donatione per patrem in filiumfamilias collata propter bene merita.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum de validitate donationum in filiumf. collatarū, vnde alij plures errores manant.*
2 *Quæſtio agitata ab interpretibus de donatione facta filiofam. propter bene merita, an valeat.*
3 *Quid Accurſius & Bartolus de quæſtione propoſita ſenſerint.*
4 *Huiuſmodi donationem nec conferendam eſſe, nec valere, nec profectitiā dici debere aduerſus Bart.*
5 *Propoſitionem interpretum, aliquas eſſe cauſas ex quibus filiusf. poteſt ſibi acquirere, non tantùm viuo patre, ſed etiam ab ipſo patre, falſam eſſe.*
6 *Suppoſitio interpretum*, ex obſequiis & meritis filij, patrem ei naturaliter obligari, *vt falſa refellitur. & n. 6.*
7 *Filius patri omnia debet naturaliter.*
8 *Donatio quam pater in filium confert propter bene merita, eſt ſimplex, non ob cauſam.*
10 *Donatio à patre collata in filiamfamilias propter bene merita ab initio non valet, ſed morte tantùm patris confirmatur ſi non fuerit reuocata.*
11 *Profectitiam potius eſſe quàm aduentitiam iſtiuſmodi donationem aduerſus Bart.*
12 *De donatione quæ non valet fruſtra quæritur an conferri debeat.*
13 *An in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri poſſit, quod ob merita filiof. donatum fuit.*

QVAM verum ſit quod ſolent Philoſophi poſt Ariſtotelem dicere paruum errorem in principio fieri magnum in fine, non puto poſſe tam apertè probari ex tot tamque ineptis multorum in Philoſophia erroribus quam probare cuique facile eſt ex ineptiis vulgarium interpretum, quos tamen decebat profitentes iuriſprudentiam eſſe in omnibus prudentiores. Supponunt illi pro certo, Valere † donationem quam pater in filiumfamilias contulerit etiam ſimplicem pleriſque caſibus præſertim iuratam, ſed multo magis ſi cauſam aliquam habeat iuſtam, puta, inquiunt dotis, aut propter nuptias donationis. Quaſi dotis traditio filiæ facta valeat, itemque traditio donationis propter nuptias facta filio. Hic primus eorum in hoc tractatu error eſt. Iam enim oſtendimus poſſe quidem à patre promitti vel tradi dotem, ſed genero, non filiæ, itemque donationem propter nuptias, ſed nurui, non filio. Ex hoc autem errore quaſi latiſſimum errandi campum nacti, exercent ſe in variis quæſtionibus circa huiuſmodi donationes patribus in filiosfamilias collatas, & quaſi non habeant amplius laborandum in probando quod valeant, de illo duntaxat dubitant neceſſarium antecedens eſſe, vtrum eæ donationes ſimplices ſint, an ob cauſam. Talis quæſtio illa eſt de qua iam diximus, de donatione facta filio fauore & contemplatione matrimonij. Talis & illa quæ nunc tractanda occurrit. De donatione † facta filiofamilias propter bene merita. 2
Quam quæſtionem proponit. *Bart. ad. l. 1. §. nec caſtrenſe. num. 11. D. de collat. bonor.* vbi poſtquam retulit † Accurſium in hoc, tanquam in re valde dubia 3
& obſcura variaſſe, Aliquando exiſtimaſſe non magis donationem hanc valere, quàm ſi ſimplex eſſet ad *l. ſi dona. 13. C. de collat.* Aliquando contra ſtatim valere ad *auth. vnde ſi parens. C. de inoff. teſt.* concludit ille poſteriorem ſententiam ſibi placere, quam & ab interpretibus magis communiter probatam eſſe teſtatur: Additque non conferri hanc donationem tanquam quæ aduentitia cenſeri debeat, non profectitia. Cùm enim pater dat filio, inquit, propter merita propter quæ alius quilibet extraneus tantundem habuiſſet, tunc videtur filius acquirere ex perſona & opera ſua & eſt aduentitium quid, non profectitium, quod filio poteſt quæri hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. cum oportet. 6. C. de bonor. quæ liber.* Ergo non conferendum, poſtquàm eidem Iuſtiniano placuit aduentitia non conferri non oportere *l. vlt. C. de collat.*
Ego † verò non tantùm non conferendam eſſe dico 4
[ſi tamen non conferenda dici poteſt ac non potius diuidenda, quæ non valet] ſed nec valere puto neque tanquam ſimplicem donationem, neque tanquam ob cauſam, tantum abeſt vt aduentitiam eſſe putem. Moueor ex eo, quod Iuſtinianus in *d. l. cum oportet & in l. vlt. cod. tit. de bonor. quæ liber.* nihil penitus innouauit quod pertinet ad peculium profectitium, ſed tantùm quoad peculium aduentitium. Itaque remanet hac parte incorrectum ius vetus, quod ita erat conſtitutum vt à patre nihil omnino poſſet filiofamilias donari, ne quidem ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, quæ duæ ſemper fuerunt & erunt fauorabiliſſimæ, ne dicam neceſſariæ donandi cauſæ & rationes. Ac quamuis fecerit Iuſtinianus vt in aduentitiorum numero computari debeat, non illud tantùm quod ab alio filiusfamilias acquiſiuerit, ſed & ſi quid laboribus ſuis comparauerit, ſolo vſufructu bonorum ita quæſitorum patri relicto, non ideo tamen fecit, vt capacior ſit hodie quàm olim filiusfamilias adquirendi ſibi quicquam à patre ex ea cauſa, quod per multos fortè annos patri ea obſequia præſtiterit, quæ ſi extraneo

præſtitiſſet, tantam maiorémve ab eo remunerationem
expectare meritò potuiſſet. Aliud enim eſt acquirere:
aliud acquiſitionem obſequiis & laboribus ſuis pro-
mereri, priúſq; eſſet vt filiusfamilias probaret ſe capa-
cem eſſe acquiſitionis, quàm vt cogitaret de habenda
remuneratione à viuo patre, à quo nullam niſi ex ſu-
premo ipſius iudicio debeat expectare, Nam ſi impe-
ditur iure patriæ poteſtatis pater, ne filio ſuo donare
poſſit tum quoque cùm modo vult donare, ſed etiam
alij pro ipſo dare cogitur, vt euenit cùm pro filia dat
dotem genero, vel donationem propter nuptias nurui
pro filio, quis credat permittendum ei vt donet fi-
lio, ex cauſa remunerationis tametſi velit, cum nec
remunerari cogatur ſi nolit? Neque ſanè creden-
dũ eſt ita vnquam ſcripturos noſtros fuiſſe, ſi pro cer-
5 to † non habuiſſent, quod eſt falſiſſimum, aliquas eſſe
cauſas ex quibus poſſit filiusfam. ſibi acquirere, non
tantùm viuo patre, ſed etiam ab ipſo patre: Hanc enim
ſi non neceſſariam tamen iuſtiſſimam inter cæteras do-
nandi cauſam eſſe crediderunt, ſi filius patris erga ſe
beneuolentiam ac liberalitatem diuturnis aſſiduíſque ob-
ſequiis prouocaſſet. Cùm ex hac cauſa ſoleat contrahi
obligatio naturalis hactenus ſaltem, vt qui ab alio be-
neficia accepit, ad *ἀντίδωρα* obligatus exiſtimetur. *l. ſed etſi lege* 25. *§. conſuluit. ff. de petit hered.* Cuius
obligationis naturalis filiumfamilias capacem eſſe cer-
tum eſt, vt eam ſibi non minus contra patrem poſſit
acquirere quàm aduerſus alium quemcunque *l. frater à fratre.* 38. *quæſitum. ff. de cond. indeb.* Quidni ergo
remunerationem etiam à patre accipere poterit, vt
obligatio iſta naturalis diſſoluatur, patre ipſo ita vo-
lente? Et hæc fortaſſe ratio eſt, qua melioré aliam pro
interpretibus comminiſci nullam poſſis. Sed tamen le-
6 uiſſima, ni fallor, prorſúſque improbabilis. Supponit
† enim aliud magis falſum, ſcilicet quod ex obſequiis
& meritis filij, pater ei naturaliter obligetur. Cùm è
contrario certum ſit iure ipſo naturali omnia obſequij
genera debere filium patri, à quo poſt Deum Opt. Max.
& vitam & educationẽ & cætera ſi qua ſunt bona acce-
perit, & cui nec ſi pro eo vitam profundat, quicquam
tamen referre poſſit, quod cum acceptis beneficiis com-
penſari queat, aut cuius præſtatione videri poſſit ille
naturalem obligationẽ, qua primùm tenebatur, exuiſ-
ſe. Adeò diſtat vt videri debeat patrem quoque ſibi na-
turaliter obligaſſe. *tot. tit. ff. de obſeq. parent. & pa-
trm. præſt.* Quod ſi libertus patrono naturaliter ope-
ras debere creditur, ita vt ſi eas præſtiterit cùm per er-
rorem putaret ciuiliter à ſe debitas eſſe, nihilomagis
poſſit repetere *l. ſi non ſortem.* 26. *§. libertus. ff. de con-
dict. indeb.* quanto magis dicendum eſt filium patri
naturaliter debere non quidem operas, ſed eam pietatẽ
quæ faciat vt ſi aſſiduam perpetuámque obſeruantiã,
induſtriam & diligentiam patri præſtiterit, nihil niſi
pietatis munus ſe impleuiſſe debeat exiſtimare *l. pen. de
obſeq. parent. & patr. præſt.* vbi quod hac parte alia con-
ſtituitur ratio filij emancipati quàm liberti, vt nimirũ
operas non debeat, quas libertus debet, non eo perti-
net vt filius etiam emancipatus minus patri debere
credatur quàm libertus patrono, ſed vt aliud debeat
quàm libertus. Hic enim operas tantum debet ac re-
uerentiam, Ille verò pietatem, quæ licet nihil cum o-
perarum præſtatione commune habeat, ſi eas pater à
filio etiam inuito exigere tanquam à liberto velit, ſuf-
ficit tamen vt omnia patri filius quamuis emancipatus
vltrò præſtiterit, pietatis cauſa præſtitiſſe intelligatur.
An non verò naturaliter debetur, quod etiam pietatis
intuitu debetur, ob idque nec poteſt condici *l. cum is.*
32. *§. mulier. ff. de condi. indeb.* Aut quid obſecro †
deberi vſquam naturaliter poteſt ſi non debet filius
omnia naturaliter patri naturali? præſertim verò filius
qui ſit in patris poteſtate conſtitutus. Hoc igitur ſup-
poſito quod negari non poteſt filium patri omnia de-
bere naturaliter, patrem verò filio ſi non prorſus nihil,
certè minùs quàm filium patri, fatendum eſt donatio-
nem † quam pater in filiũ conferre velit propter bene- 8
merita quantumvis vera & probata, non poſſe videri
factam ob cauſam, ſed meram eſſe liberalitatẽ ſimpli-
cémque donationem non minùs, quàm ſi in filium et-
iam malè meritum collata eſſet. Itaque ad rem non
pertinet quod ait Bartolus † hunc filium ſi extraneus 9
fuiſſet, tantundem à donatore iſto ex cauſa remune-
rationis fuiſſe conſecuturum. Nam eo caſu fuiſſet vera
remuneratio quæ in filio talis eſſe non poteſt, quia ex-
traneus extraneum obligare poteſt, ad *ἀντίδωρα* non
etiam filius patrem cui de ſuo nihil dare poteſt, ſed
potius reddere tantùm partem & quidem vel minimã,
eius quod patri naturaliter debet. Quod ſi ius ciuile
non patitur, vt patri filius etiam emancipatus oblige-
tur, nec ſi adhibitum ſit iuſiurandum, ſiue ad opera-
rum exhibitionem, ſiue ad hoc vt non poſſit poſt mor-
tem patris conqueri de inofficioſo teſtamento, tametſi
certas res à patre in eam cauſam acceperit, propterea
quod magis prouocandi ſint liberi ad paterna obſe-
quia quàm pactionibus conſtringendi vt ex Papiniano
tractat Iuſtinianus in *l. ſi quando* 35. *§. illud. C. de in-
off. teſt. iunct. d. l. penul. de obſeq. parent. & patr. præſt.*
quanto minùs ferendum eſt vt prætextu bene merito-
rum obligetur pater liberis in poteſtate conſtitutis, ſi-
ue per donationem ſiue per quamlibet aliam ſpeciem
contractus, cùm id fieri non queat quin & patriæ pote-
ſtatis ius violetur, vt oſtendimus capite præcedenti?
Quid? quod ea res materiam filio adferre poteſt, &
verò plerumque adfert, vel aſpernandi patris, à quo
nihil iam ſperet amplius, vel ſaltem negligentiùs exe-
quendi munera pietatis, quàm facturus eſſet, ſi nihil
à patre accepiſſet, aut ſi ius ita conſtitutum ſciret vt
patris liberalitas non prius rata eſſe poſſet, quàm pa-
tris ſilentio, & morte confirmata eſſet *l. nec ei.* 17. *§.
penult. ff. de adopt.* Ergo ſiue iuris rationem inſpicias,
ſiue naturalem æquitatem, ſiue publicam honeſtatem,
concludendum eſt non valere † huiuſmodi donatio- 10
nem ab initio, ſed morte tantum patris confirmari, ſi
non fuerit reuocata, vt & cæteras ſimplices donationes
quas fatentur omnes regulariter non valere *l. donatio-
nes quas parentes.* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed
etſi valeret, non tamen ſtatim conſequens fieret quod
vult Bartolus, † aduentitiam cenſeri eam debere. Cur 11
non enim profectitia dici debeat quæ profecta eſt à pa-
tre? Nam ſi dos quoque profectitia eſt, tametſi eam da-
re pater ex officio per magiſtratum cogatur, immo li-
cet dederit filiæ emancipatæ, quia profectitiam dotem
facit nomen patris non ius poteſtatis *l.* 5. *ff. de iur.
dot.* ſufficitque profectam eſſe dotem à patre, adeóque
ab alio propter patrem *l. dotem* 6. *ff. de collat. bonor.*
quidni profectitia quoque dicetur donatio etiam cui
benemerita filij dederint cauſam? Atquin extraneus,
inquies, tantundem habere potuiſſet, ab eo de quo be-
ne meritus fuiſſet. Nego: nam cæteris etiam paribus
qui donat filio & æque donaturus fuiſſet extraneo, fa-
cilius tamen & alacrius vberius, denique liberaliùs do-
nat filio, hoc ipſo quod filius eſt, nec filio tanquam
donandi cauſa tollitur, quin potiùs augetur ex eo
quod talis filius ſit, qui etiamſi eſſet extraneus, tamen
ob ſua benemerita dignus eſſet, in quem donatio con-
ferretur *arg. l.* 1. *§. vlt. D. ſi à parent. quis manum. ſit.*
Profectitium ſemper eſt quod ei donatur à patre etiam
ob benemerita, non aduentitium. Et conſequenter ſi
donatio valeret tanquam facta ob cauſam, dicendum
eſſet conferri eam oportere, vt & cæteræ omnes dona-
tiones factæ ob cauſam, etiam inter emancipatos con-
feruntur *l. filia dotem.* 4. *l. vt liberis* 17. *l. illum* 19. *l.
illud* 20. *§.* 1. *C. de collat.* At quia donatio non va-
let nec tanquam ſimplex nec tanquam ob cauſam
nullus quæſtioni locus relinquitur an conferenda ſit

12 necne, quoniam vt ſæpius diximus, prius eſt † vt valeat donatio quàm vt poſſit in eam incidere quæſtio, An debeat conferri necne. Siquidem conferri nihil eſt quàm communicari, communicare autem nemo poteſt quod proprium non habeat. Ruſus quod ita donatum fuit, vt donatio nunquam valuerit, donatarij proprium eſſe non poteſt, ſed manſit in dominio donatoris. Ergo poſt ipſius mortem diuidendum eſt, non
13 communicandum. De illo planè poteſt quæri, an † in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri poſſit, quod ob merita fuit donatũ filiofamilias, an non poſſit. Nam ſi eſſet donatio ſimplex, quæ ab initio quidẽ fuiſſet inutilis, ſed tamen patris morte confirmaretur, præcipuã eam retinere deberet filius officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. filia cuius. 18. C. fam. erciſc.* Si verò ob cauſam temporalem non perpetuam, putà dotis, vel donationis propter nuptias, vel denique matrimonij, aut quam aliam ſimilem, docuimus in præcedentibus fore vt confirmari non poſſet, nec proinde præcipua retineri deberet, ſed diuidi cum cæteris bonis, niſi ratio aliqua faceret in contrariũ, vt in *d. l. Pomp. 35. D. eod.* At donatio facta propter merita filij præcedentia, neque hoc neq; illo donationis genere continetur, quia ſicuti ſimplex donatio dici non poteſt, que cauſam expreſſam habet. *l. hoc iure. 19. §. pen. l. Aquilius. 27. D. de donat.* ita neque facta videri ob cauſam aliquam temporalem, cùm cauſa meritorum referatur ad tempus præteritum, iámque finitum eo tempore quo donabatur, ita vt amplius nunquam finiri poſſet. Ex hoc tamen apparet propius eam accedere ad naturam ſimplicis donationis, quandoquidem parum refert, an donatum ſit ſine cauſa, an verò ex cauſa iam impleta & in præteritum collata, vt & in *l. ſi ita legatum. 12. ff. de condic. & demonſt.* quemadmodum è contrario nihil referre dicimus verum ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa propter quam datum eſt ſecuta ſit, *l. pen. D. de condict. ſin. cauſ.* Ergo concludamus donationem in filium collatam propter eius bene merita confirmari ſilentio & morte patris, & ideo in diuidenda patris hereditate præcipuam retineri eam debere officio iudicis familiæ erciſcundæ, acſi nulla meritorum mentio facta eſſet.

ERROR VII.

De donatione facta filiofamilias per patrem fauore ſtudiorum.

SVMMARIA.

1 *Donatio facta filiofam. à patre fauore ſtudiorum ex interpretum ſententia valet, eáque nec eſt conferenda nec in quartam imputanda.*

2 *Huiuſmodi donationem non valere aduerſus interpretes.*

3 *L.* quæ pater. 50. D. fam. erciſc. *ab interpretibus ad ſententiam ſuam ſtabiliendam male referri.*

4 *Iure Digeſt. filio emancipato & donare poterat pater, & credere qualibet ex cauſa: ſecus erat in filiofam.*

5 *Pecunia quam pater filiofam. ſubminiſtrauit ſtudiorum cauſa neque conferri, neque in legitimam imputari poteſt.*

6 *Ex mutuo quod pater expreſſim dixit velle ſe contrahere cùm filiofam. pecunia numerauit nulla naſcitur obligatio.*

7 *Ex cauſa mutui inter filiumfam. & patrem quando naſcatur naturalis obligatio.*

8 *Mortuo iam patre ſi adhuc extet pecunia, quam ille filiofam. ſubminiſtrauit ad ſtudia, ea cenſenda eſt communis, ſed tamen officio arbitri familiæ erciſcundæ vt præcipua filiofam. erit adiudicanda.*

9 *Pecuniã quam pater impendi voluit in cauſam ſtudiorum, in malos vſus conſumptã locum eſſe collationi ex ſententia Bartoli & aliorum.*

10 *Contraria Pauli Caſtrenſis opinio probatur reprobata tamen Caſtr. ratione, & alia veriori ſubſtituta.*

11 *Pater qui filio legitimam repræſentauit, ſi eam filius profuderit, non minus eidem legitimam mortis tempore debiturus eſt.*

12 *Reſponſio ad locos quibus Bartolus ſuam ſententiam de collatione pecuniæ in malos vſus conſumptæ confirmare nititur.*

13 *Locupletior non cenſetur qui ſcientiam acquiſiit.*

14 *Quando credatur pater pecuniam quam filio dederit ſtudiorum cauſa donatam ei voluiſſe.*

15 *Huiuſmodi pecunia quando & quomodo conferatur.*

NON valde diſtat error hic à ſuperiore: 1 nam & huiuſmodi donationem † quæ à patre in filiumfamilias ſtudiorum cauſa collata ſit, valere putant interpretes, non minùs quàm eam, quæ facta ſit ex cauſa meritorum, quòd vtraque ſit iuſta. Ideóque de hoc duntaxat, quærunt an imputanda ſit in quartam filij & conferenda, necne. Putant verò non eſſe conferendam, neque imputandam. Ex *l. quæ pater filio. 50. D. fam. erciſc.* Cum quibus & ego ſentirem ſi crederem hanc valere donationem. Sed nego † ex cauſa ſtudiorum 2 magis quàm ex alia vlla fieri poſſe, vt valeat donatio inter patrem & filium. Ratione illa perpetua & generali, quæ nullã omnino patitur exceptionem, quod neque poſſit vlla eſſe donatio ſine obligatione, ſiue à conuentione incipiat, ſiue à traditione, neque vlla obligatio cõtrahi inter patrẽ & filium in poteſtate. De quo, quia in ſuperioribus ad nauſeam vſque ſcripſimus, nihil nunc repetemus. Tantũ monebimus Vlpiani † reſponſum 3 quo noſtri mouentur in *d. l. quæ pater.* ad hanc ſpeciem non pertinere, quæ eſt de filiofamilias, ſed ad filium emancipatum, vt verba ipſa legis clamant. Quid verò attinebat Vlpianum præcipuè in libris Opinionũ, non reſponſorum ad propoſitas facti ſpecies accommodatorum tractare de emancipato, ſi in filiumfamilias eadem quæſtio cadere potuiſſet? Filio † emancipato & 4 donare poterat pater, & credere prout maluiſſet, nec minùs ex ſtudiorum cauſa quàm ex alia qualibet. At filio in poteſtate conſtituto pecuniam ſtudiorum cauſa ſubminiſtrare quidem potuiſſet, at non credere, neque donare, quia neque ex mutuo, neq; ex donatione poteſt filiusfamil. patri ciuiliter obligari. An igitur deterioris conditionis erit filiusfamilias quàm emancipatus ob id quod non potuerit donationem accipere à patre nequidem ſtudiorum cauſa? Immo debet eſſet eſſe melioris ob id quod neque potuit patri ex mutuo ſaltem ciuiliter obligari, quomodo potuiſſet obligari emancipatus, atque ita non poteſt in eum cadere diſtinctio, quæ cadit in emancipatum, an pater pecuniam ei creditam voluerit, an donatam. Quid ergo iuris erit, ſi neque credita dici poſſit neque donata? Illud ipſum nempe quod eſſet ſi data non fuiſſet. Quid enim refert an data non ſit, an verò data quidem, ſed ita vt donationis titulus nullus inueniatur? Proinde † non ſolùm non 5 conferetur, cùm collatio & communicatio qualibet ſupponat præcedentem dominij proprij acquiſitionẽ, ſed neque in legitimam filij portionem imputabitur, quia quo caſu ſi valeret donatio non eſſet imputanda, multo minùs imputanda eſt cùm non valet. Poſſet quidem pecunia ſi extaret vindicari per patrem quamuis in id donata eſſet, vt in ſtudiorum cauſam conſumeretur, quippe quæ in dominio patris perpetuo manſiſſe intelligeretur. Sed cùm ſit conſumpta neque vindicari poteſt, quia non extat, neque condici, quia non eſt hic caſus

caſus ex iis in quibus, ſiue mutuum, ſiue donatio per conſumptionem poſſit conualeſcere, cùm ea ipſa ratio quæ ab initio impedit ne obligatio naſcatur, impediat etiam ne per conſumptionem inducatur, filio ſcilicet vtroque tempore exiſtente in patris poteſtate. Adeò vt
6 neque putem ex mutuo † quod pater expreſſim dixerit velle ſe contrahere cum filio familias pecuniam numerauit, naſci poſſe obligationẽ vllam vel naturalem contra filium, qui nulla bona habeat eo tempore, neque probabiliter habere ſperet, vnde ſoluere patri poſſit. Nec enim natura ipſa patitur nedũ lex ciuilis, vt obligationis vinculum vllum contrahatur quod non poſſit
7 etiam diſſolui. Tumque admittendum eſt contrahi † ex mutuo naturalem obligationem inter filiumfa. & patrem, cùm filius habet peculium, quamuis non niſi profectitium, vt in *l. frater à fratre. 38. de cond. indeb.* quia & profectitium peculium proprium filij quaſi patrimonium eſt, vt & ſerui. *l. hinc quæritur. 29. §. 1. l. quoties. 47. §. vlt. D. de pecul.* poteſtque filius ex eo ſoluens liberari ab obligatione naturali qua patri tenebatur.
8 Quod ſi poneres mortuo † iam patre adhuc extare pecuniam quam ille filio ſubminiſtraſſet ſtudiorum cauſa, eſſet illa proculdubio communis inter fratres omnes, ob idque nec tractandum de ipſa communicanda, cùm id quod iam commune eſt, magis commune fieri nequeat, ſed de diuidenda ea ſimul cum cæteris rebus omnibus hereditariis. At non eo minus officium arbitri in hereditate diuidenda tale eſſe deberet, vt pecuniam illam filiofamilias præcipuã adiudicaret, cùm etiam in emancipato idem dicendum eſſet, confirmata nimirum per patris mortem donatione. *d. l. quæ pater iunct. l. filia cuius, 18. C. eod. l. donationes quas parentes. C. de donat. int.*
9 *vir. & vxor.* Quid ſi pecunia moriente † quidem patre iam conſumpta eſſet, ſed in malos vſus cùm eam pater impendi voluiſſet in cauſam ſtudiorum? Magis communiter probatum eſt locũ eſſe hoc caſu collationi, quaſi nec credendus ſit pater donaſſe, cùm cauſa propter quã dedit ſecuta non fuit. Sic enim poſt Bart. & alios Decius ad *Auth. quod locum. C. de collat.* Ego non pro-
10 bo, & contrariæ † Pauli Caſtrenſis opinioni ſubſcribo. At non ratione illa qua ipſe mouetur quod filius hanc pecuniam ſi extaret conferre non cogeretur, extantem enim nec niſi ſtudiorum cauſa donatam vel reſtituere & conferre cogendus eſſet filius, vel in eos vſus impendere in quos pater voluiſſet, cuius voluntas alioqui impunè circumueniretur [ſed quia vbi conſumpta eſt, licet donata dici nequeat, non impleta cauſa, ob quam fuerat donata, nihil tamen ex hoc inferre poſſis, cùm non eo magis fuerit filius ad reſtitutionem vllam obligatus, quia, vt diximus, nec potuit obligari, vt proinde poſt mortem patris nihil ſuperſit, de quo quæri poſſit, an conferri debeat, necne. Dices etiam conſumpta pecunia quæ fuerat ſubminiſtrata, certam eſſe quantitatem quæ adhuc conferri poſſit ſcilicet minus ex hereditate communi accipiendo, quomodo interdum quoque fit collatio *l. dotis quidem. 5. C. de collat.* Sed reſpondeo non poſſe ius hoc collationis ita faciendæ induci, quin prius neceſſe fuerit per conſumptionem pecuniæ contrahi obligationem aliquam pro patre, aduerſus filium quæ poſtea ſuo tempore poſſet inducere neceſſitatem faciendæ collationis mortuo quandocumque Patre. Cur enim aut quomodo cogatur quis conferre id quod nec habeat, nec debeat? At qui filiusfamilias cùm pecuniam conſumpſit nihilo magis patri obligatus eſſe cœpit, nec aliud quicquam eſt, quod facere poſſit, niſi ſibi imputare, cur pecuniam dederit perdituro, vt dici ſolet de eo qui credit aut ſoluit pecuniam minori *l. quod ſi minor. 24. §. reſtit. ff. de minor.* Multo enim magis idipſum patri objicere liceat, ſiue quod pater mores filij perſpectos habere debuit, ſiue quod ſi de iis dubitabat præceptorem & moderatorem eligere poterat, cuius dili-

plures 12. §. cum tutor. ff. de admin. & peric. tut. Qua etiã gentia fieret, ne quid tale de filio eſſet timendũ *l. cum* ratione non dubito quin verum ſit quod Bald. tradit ad *auth. ſi captiui, C. de epiſc. & cler.* patrem † qui filio 11
portionem legitimam minus repræſentauerit, ſi eam filius profuderit non eo minus eidem filio legitimam mortis tempore debiturum, quia non poteſt prodeſſe patri ſolutio facta conſumpturo, præter id quod eo tempore facta eſt, quo nihil dum debebatur. *l. ſtipulatio iſta. 38. inter de verb. oblig. l. ſub conditione. 16. D. de condict. indeb.* Quare ad rem non pertinet † quod Bart. 12
objicit ex *dict. authent. quod locum & ex l. 1. §. confertur. l. 2. §. de illis eod.* qui loci omnes loquuntur de emancipato, vel de eo, cuius culpa poſt mortem patris interuenerit, quem certum eſt, ex eo tempore, quo quid dolo malo & in fraudem futuræ collationis admiſerit, obligari potuiſſe. Quanquam & fatetur *in d. l. §. confertur.* nunquam eſſe cogendum eum qui ſibi inſidiatus fuit, vt conferat quod dolo malo perdidit, ſi acquirendi duntaxat occaſionem amiſit. Cui vero magis hoc conuenit quàm ei qui pecuniam ſtudiorũ cauſa acceptam in malos vſus profligauit? An non enim hic ſibi inſidiatur, potius quàm vel patri vel futuris coheredibus? Nam neque patrem decipit in eo, quod pecuniam conſumit, quam pater non niſi vt conſumeretur dederat, ſed in eo, quod non ſtudet. In quo ipſo non alij procul dubio quàm ſibi facit iniuriam, cùm etſi ſtuduiſſet non eo magis tamen locupletiorem feciſſet patrẽ patriſue hereditatem, adeóq; quod magis eſt, nec ſeipſum, vt intelligas tanto verius eſſe quod ego volo nunquam cogendum eum ad collationem iſtius pecuniæ ſiue bene ſiue malè conſumptæ, cùm neque pecuniæ vice eſſe poſſit, Nam ſi locupletior non intelligitur qui liberum adquiſiit, vt lex ait, quanto minus is
† qui ſcientiam adquiſiit rem non pecuniariam, ſed exi- 13
mij laboris mercedem nullo precio nummario æſtimandam *l. §. an & philoſophi. ff. de extraord. cognit. iunct. l. ſi pater. 34. in fin ff. de don.* Illud planè non nego quod vult Bart. in *l. 18. nec caſtrenſe. num. 8. ff. de collat.* vbi quæſtionem hanc ex profeſſo tractat, tunc demum
patrem † credendum eſſe pecuniam quam filio ſiue in 14
poteſtate conſtituto ſiue emancipato dederit ſtudiorũ cauſa ei donatam voluiſſe, cùm nihil apud patrem fuit quod eſſet filij, ſiue ex cauſa caſtrenſis, ſiue adventitij, cuius ille eſt legitimus adminiſtrator. In dubio namque de ipſius filij bonis potius, quàm de ſuis dediſſe videri debet. *l. vlt. ff. de peti. hered. l. Neſennius. 34. ff. de negot. geſt.* Sicut & alius quilibet adminiſtrator, ſi quid gerat quod & proprio & adminiſtratorio nomine genere potuerit, in dubio dicendus eſt adminiſtratorio potius nomine geſſiſſe *l. cum poſt 43. §. 1. ff. de admin. tutor. l. poſt mortem. 5. §. 1. & l. vlt. D. quand. ex fact.*
tutor. Sed etſi pater † qui de ſuo pecuniam filio in 15
cauſam ſtudiorum miniſtrauit, voluntatem ſuam declarauerit quod eam pecuniã conferri velit, placet ſtandum eſſe patris voluntati, vt pluribus *Cranet. conſ. 125.* Quod ego ſic intelligo vt collatio fieri hoc caſu debeat minus accipiendo vt in *d. l. dotis quidem*, acſi in portionem ſuam hereditariam filius eam pecuniam imputari iuſſus eſſet. Alioqui ſumpto propriè collationis nomine pro communione, non poſſet facere pater vt filius cogeretur aut poſſet communicare fratribus id quod ipſe ſibi proprium numquam habuiſſet. Niſi idipſum quod ei perperam & fruſtra donaſſet poſtea legaret vt morte patris confirmato legato per legem, dominium filio non tanquam donatario, quod fieri non poſſet, ſed tanquam legatario acquireretur. Tunc enim poſſet conferre quod iam ipſius proprium, nec amplius alienum eſſet. Hanc tamen paternæ voluntatis declarationem quocumque tempore fieri poſſe arbitror, id eſt non tantùm poſt datam pecuniam, & ex interuallo quoque, ſed etiam poſt eam conſumptam, quia

quia cùm donatio non valuerit ab initio, nec ſi data ſit pecunia expreſſim animo donandi, nec ante donatoris morte confirmetur, nihil obſtat quominus poſſit donator quam velit legem ſuæ liberalitati dicere quandiu viuit: quia eo caſu non poſſet donator imponere legem collationis niſi in ipſo tempore donationis *d. l. illud* 20. *in fin. C. de collat.*

ERROR VIII.

De eo quod filiusfamilias induſtria ſua quæſiit ex pecunia patris, an ſit conferendum.

SVMMARIA.

1 *Veteres gloſſatores exiſtimarunt quicquid ex pecunia patris acquiritur filiofam. patri acquiri.*

2 *Bartolus diſtinguit an quæſierit ex pecunia patris ſine vllo labore ſuo, an præter pecuniam acceſſerit quærentis labor ſeu induſtria: vt illo caſu acquiratur patri in ſolidum: hoc verò nonniſi ex dimidia parte, quæ vtique ſit communicanda.*

3 *Ratio diſtinctionis Bartoli vnde ſit petita.*

4 *Socinus ſententiam Bartoli ad eum quoque caſum producit, quo filius clandeſtinè pecuniam patris acceperit vt ex ea negotiaretur.*

5 *Quibus caſibus locus non ſit opinioni Bartoli, ex ſententia Decij.*

6 *Quando locũ habere velint interpretes illud quod ſtatuit Bartolus de lucro in viriles partes diuidendo.*

7 *Diſputatio autoris aduerſus Bartoli & aliorum commenta.*

8 *Iuſtinianus nihil innouauit quod attinet peculium caſtrenſe, quaſi caſtrenſe & profectitium, ſed tantum quod ad peculium aduentitium.*

9 *Etiam hodie viget ius vetus ſtatuens vt quicquid acquirit filiusfam. ex re patris, per induſtriam ſuam patri acquirat & num. 17.*

10 *Vix caſus reperiri poteſt, in quo ſine induſtria, quicquam acquiratur, itaque perperam reſtringit Bartolus conſtitutionem Iuſtin. in l.* cum oportet C. de bon. quæ liber.

11 *Quæſtus quid, & vnde dictus.*

12 *Quam ſit abſurda productio ſententiæ Bartoli relata ſupra nu. 4.*

13 *Argumentum quo probatur patri totum acquiri quod ex re patris filiusfam. acquirit, licet aliquid in eo contulerit induſtria.*

14 *Quod filiusfa. ex laboribus ſuis, acquirit ſibi, non patri, ex Iuſtiniani conſtitutione.*

15 *Seruus fructuarius fructuario acquirit, ſiue ex re fructuarius fructuario acquirat.*

16 *Inter patrem & filiumf. nec tacitam nec expreſſam ſocietatem contrahi poſſe contra interpretes.*

18 *Ridiculè ſtatuere interpretes filiumfa. ſibi totum acquirere quod per induſtriam ſuam acquirit ex re patris, ſi proprio ſuo nomine tantum & periculo ſuo ſe exerceat.*

19 *Proprietarius inuito fructuario nihil poteſt facere quod vſusfructus cauſam faciat deteriorem.*

20 *An quæ filiusfam. ſua induſtria quæſierit ex re patris, communicanda ſunt fratribus & conferenda.*

21 *Quæ profectitia conferantur.*

22 *Error duplex in pronunciato Bartoli bona per induſtriam filij ex re patris acquiſita conferenda ſunt quatenus profectitia: non conferenda verò quatenus aduentitia.*

23 *Quæ diuidi, quæ communicari dicantur, quæ verò nec diuidi nec communicari.*

HÆc quæſtio iam olim ab antiquis gloſ-
ſatoribus tractata eſt, ſed ita tamen vt ex
iis nemo † dubitauerit, quin patri acqui- 1
reretur, quidquid ex pecunia patris acqui-
reret. Sic enim *Accurſ. in l. cum oportet. 6. in princ. in
verb. ex eius. C. de bo. quæ liber.* & Specul. *in tit. de
iud. §. ſequitur. verſ. vt autem. Et in tit. de act. §. verſ.
item cum agit.* §. Quaſi non ſit dubitandum quin pro-
fectitium ſit quicquid acquiri ex pecunia patris. Pri-
mus Bart. † ſcripſit eſſe hoc accipiendum cum ea di- 2
ſtinctione, vt procedat in iis tantum quæ filius ex pe-
cunia patris quæſiuerit nullo ſuo labore nullàque in-
duſtria. Sed ſi lucretur aliquid cum pecunia paterna &
opere ſuo. Tunc dic, inquit, quod illud lucrum quod
attribuitur pecuniæ debeat cõmunicari tanquam pro-
fectitium. Sed id quod attribuitur perſonæ non com-
municari tanquam quod ſit aduentitium. Idcóque cõ-
munis eſt conſuetudo quod medietas lucri detur per-
ſonæ, alia pecuniæ ex notat. in *leg.* 1. *Cod. pro ſocio.*
Ita Bartolus in *l.* 1. *§. nec caſtrenſe. num.* 5. *D. de col-
lat. bonor.* cuius ſententiam & diſtinctionem poſterio-
res interpretes ſecuti ſunt, quos refert probatque De-
cius ad *l. illud* 20. *in fin. nu.* 10. *&* 11. *C. de collat.* Hu-
ius diſtinctionis † ratio tota ex eo pendet quod Iuſti- 3
nian. induxit in *d. l. cum oportet.* vt quicquid filius ac-
quirit laboribus ſuis & ex ſua induſtria, ſibi acquirat,
non patri quantum ad proprietatem, patri verò quantũ
ad vſumfructũ duntaxat. Inde namque viſum eſt poſſe
inferri, quoties hodie filiusfamilias ex ſuis laboribus, &
ex pecunia patris aliquid acquirit, tacitam videri con-
tractam ſocietatem inter patrem & filium, ſicut & in-
ter alios quoſlibet ſic poſſet cõtrahi, vt vnus pecuniam,
alius operam ſuam conferret *d. l.* 1. *pro ſocio.* Plerun-
que enim tanta eſt induſtria ſocij, vt plus conferat ſo-
cietati quã pecunia *l.* 1. §. 1. *l. ſi non fuerint.* 29. §. 1. *l.
quid enim.* 80. *D. eod.* Vſque adeò autem placuit qui-
buſdam hæc Bartoli ſententia vt voluerint ei † eſſe, 4
illo quoque caſu, quo filius clandeſtinè patris pecu-
niam acceperit, vt ex ea negotiaretur. Sic. n. Bartolum.
Socin. *conſ.* 92. *col. fi.* quem ſequitur Decius ſupradi-
cto loco, vbi addit poſſe duobus tantùm caſibus non † 5
eſſe locum opinioni Bartoli, quorum vnus eſt ſi quid
illicitè fuerit acquiſitum, putà ex luſu aleæ, aut alio
huiuſmodi prohibito. Illicitè ſiquidem acquiſita non
ſunt communicanda, vt notat idem Bartolus in *l. quod
ſeruus in fi. D. acquir. poſſ.* Alter eſt ſi filius nomine pa-
tris negotietur. Tunc enim totum lucrum patri acquiri
omnes conſentiunt, quemadmodum è contrario, in-
quiunt, ſi filius proprio ſuo nomine tantùm, & ſuo
periculo ſe exercuiſſet, ſibi totum nihil patri quæſiuiſ-
ſet ex notat. per Bar. *in l. quia poterat* 4. *in fin. D. ad
SC. Trebellianum.* Sanè quod de lucro † iſto in viriles 6
diuidendo tradit Bartolus, fatentur cæteri, vt aliquid
largiantur Baldo qui diuiſionem illam Bartolinam ru-
ſticanam eſſe ſcripſit, intelligi debere, ſi non appareat,
an plus minúſve ex induſtria perſonæ quàm ex pecunia
prouenerit, aut contrà. Cum enim apparet, magis pro-
bant alias diuiſionis partes arbitrio iudicis fieri opor-
tere, eóque caſu Baldi ſententiam ſequendam eſſe. Ita
vulgo noſtri. Omnino aliter † ſanè quàm aut ex Iuſti-
niani conſtitutione dici poſſit, Iuſtin. enim neque in 7
d. l. cùm oportet, neque alia vlla ſua conſtitutione quic-
quam innouauit † quod attinet ad peculium profecti-
tium, non magis quàm quod ad caſtrenſe, ſed tantùm 8
quod ad peculium aduentitium, vt ſæpius iam monui-
mus, & conſtat apertiſſimè ex *d. l. cùm oportet*, vbi ſpe-
cialiter hic caſus excipitur, ſi quid filiusfam. quæſierit
ex re patris, nec ſit capax acquiſitionis filiusfamilias
etiam inuito patre, niſi in his quæ vel ab alio quàm à
patre acquiſierit, vel ex laboribus ſuis tantùm, non
etiam ex re patris. Et quamuis in ea conſtitutione eſſet
ambiguitas aliqua, quæ tamen nulla eſt, ſufficeret
nobis

ambiguitas aliqua, quæ tamen nulla eſt, ſufficeret no-
bis ad victoriam, quod eam Bartoli diſtinctionẽ Iuſtin.
ipſe non expreſſit, quódque caſus ille quo filius per
induſtriam ſuam acquirat ex re patris fuit omiſſus.
Ceſſante ſiquidem noua conſtitutione nihil aliud eſt
9 quod dici poſſit niſi ſequendum eſſe ius vetus † cuius
proculdubio illa ratio ſemper fuit, vt quicquid acqui-
reret filiusfamilias multò magis verò ſi ex re patris, id
acquireret patri, etiamſi multum operæ & induſtriæ
ſuæ conferret in eam acquiſitionem. Quid enim eſt
quod poſſit filiusfamilias acquirere ſiue ex re patris, ſi-
ue aliunde, in quo nõ debeat impendi qualis qualis aut
labor aut induſtria? Itaque cùm Bart. conſtitutionem
Iuſtin. reſtringit ad eum caſum, quo filius aliquid lu-
cratus ſit ex pecunia patris nulla induſtria ſua concur-
rente, nihil agit niſi vt inutilem eam faciat & illuſo-
10 riam, cùm vix reperiri caſus † poſſit in quo ſine indu-
11 ſtria quicquam acquiratur. Immo quæſtus † ille tan-
tùm eſſe intelligitur qui ex opera cuiuſque deſcendit.
l. quæſt. 8. *D. pro ſocio*: dictus ſe à quærendo quo ver-
bo nihil aliud niſi factum & induſtria perſonæ ſignifi-
catur. Adeò vt tum quoque cum res aliqua venditur,
pretium non ex negotiatione percipi dicatur *l. vendi-
tor.* 21. *D. de hered. vel act. vendit.* Secundum quod
fieret conſequens Bart. ſententiæ, vt ſi filius rem pater-
nam vendidiſſet non tantum patri, ſed ſibi quoque ne-
gotium gerens, pretij partem hoc ipſo ſibi acquireret,
tanquam ex negotiatione ſua, magis quàm ex re pa-
tris redactum. Maximè verò ſi cum Socino & Decio,
quos retulimus eam Bart. ſententiam protrahas ad fi-
lium qui rem patris etiam clandeſtinè inuaſerit, vt ex
12 ea ſibi negotiaretur. Quo † tamen abſurdius quid ob-
ſecro dici poteſt, vt ex ſua improbitate lucri occaſio-
nem filiusfamilias nanciſcatur, & quidem ex re patris?
l. ſi poſſeſſor. 52. *D. de pet. hered. l. itaque,* 12. *D. de
13 furt.* Me etiam mouet † quod ſcriptum eſt in *l. qui bo-
na.* 23. *D. de acqui. rer. dom.* eum qui bona fide alicui
ſeruit, ſiue alienus ſeruus, ſiue homo liber eſt, non ſo-
lum quicquid ex re eius cui ſeruit acquirit, ei acquire-
re cui ſeruit bona fide, ſed etiam ſi quid ex operis ſuis
acquiſiuerit ſimili modo ei acquirere. *Nam & opera,*
inquit, Vlp. *quodam modo ex re eius cui ſeruit habentur,
quia iure operas ei exhibere debet cui bona fide ſeruit.*
Quidni ergo eadem ratione dicere nobis liceat multo
magis: Ex re patris totum acquiſitum videri quod fi-
liusfamilias ex ipſius patris pecunia acquiſiuerit, licet
aliquid in eam rem contulerit induſtriæ? Etenim ſcio
filium non debere operas patri, quomodo ſeruus debet
domino vel libertus patrono. *l. pen. D. de obſeq. parent.
& patron. præſt.* dubitari tamen non poteſt, quin filius
emancipatus, de quo loquitur *d. l. penult.* ſed in familia
retentus induſtriam ſuam totam debeat patri], cui ob
hanc cauſam non minùs acquirebat ille olim ex indu-
ſtria ſua, etiamſi aliunde quàm à patre pecuniam ha-
buiſſet, quàm ſi pecunia patris fuiſſet. In quo licet Iu-
14 ſtinianus fecerit ius nouum inducto eo, vt † quod fi-
liusfamilias ex ſuis laboribus acquirit, acquirat ſibi,
non patri, non ideo tamen conſequens eſt, vt voluerit
Imperator ius vetus correctum eſſe, factúmque filium-
familias capacem acquirendi ſibi ex induſtria ſua, ſi in-
duſtriam impenderet in exercenda pecunia, quæ eſſet
patris: Hoc enim ſaltem æquum eſſet manere ex iure
vetere vt quod filius ex induſtria ſua per rem patris ac-
quireret, potiùs ex re patris totum acquiſiſſe diceretur,
quamuis per induſtriam ſuam, etiamſi nihil de eo Iuſtin.
dixiſſet. Multo igitur magis cùm eum nominatim ca-
ſum exceperit, vt diximus, quo ex re patris acquiſitio
15 facta ſit. Nam & cùm de ſeruo fructuario † tractamus,
quem conſtat acquirere fructuario, ſiue ex re fructua-
rij, ſiue ex operis ſuis acquirat, *leg. ſi ſerui vſusfru-
ctus.* 21. *D. de vſufr.* non dubitatur quin fructuario
acquirat quicquid acquirit ex adminiſtratione bono-
rum fructuarij, non tanquam ex opera ſua id quæſie-
rit, ſed tanquam ex re ipſius fructuarij *l. ex re fructua-
rij.* 31. *eod.* Itaque ſi poneres vſumfructum ſerui ſic
conſtitutum, vt non niſi ex re fructuarij poſſet acqui-
rere fructuario, ex operis verò ſuis acquirere proprie-
tario deberet [quidni enim liceat, vſumfructum hac
lege conſtituere. *lege 4. eodem. iunct. l. in traditionibus.*
48 *D. de pact.*] proculdubio acquireret fructuario ſer-
uus quod per induſtriam & negotiationem ſuam ex ad-
miniſtratione rerum fructuarij, acquireret, quia non ex
opera ſua, ſed ex re fructuarij acquiſiuiſſe dicendus
eſſet. *d. l. ex re fructuarij.* Sed quod magis me mouet, ac
in quo miror tot interpretes hallucinatos eſſe, illud eſt,
quod ſupponunt iſti tacitam † quandam ſocietatem 16
hoc caſu contractam videri inter patrem & filium, at-
que idcirco abutuntur iis iuris noſtri locis, quibus agi-
tur de ſocietate ſic contracta, vt vnus pecuniam con-
ferat, alius operam. Quæro enim, quomodo, aut quo-
nam colore fieri poſſit, vt tacita ſocietas inter eos con-
tracta videri debeat, qui nec ſi voluiſſent expreſſam
contrahere potuiſſent? Nam & cuiuſlibet tacitæ con-
uentionis inducendæ ratio alia non eſt, quàm quòd
pro expreſſe conuento habeatur quicquid tacitè actum
intelligitur *l. cùm quid.* 3. *D. de reb. credit. l. 2. 3. & 4.
D. de pact. l. licèt 6. & ſeq. D. in quib. cauſ. pign. vel
hypoth. tacit. contr.* cùm nihil interſit an verbis an factis
voluntas declaretur *l. non tantùm.* 5. *D. rat. rem. haber.*
Atqui certum eſt inter patrem & filiumfamilias nullam
poſſe contrahi expreſſam ſocietatem, vt nec alium quẽ-
libet contractum, quia ſocietas nulla eſſe poteſt, quin
ſocij inuicem obligentur, & quidem ciuiliter, nec rur-
ſus quin communicetur dominium earum rerum, quæ
in cauſam ſocietatis deducuntur. *l. 1. §. 1. & l. 2. pro
ſocio l. 2. Codice eo.* pater autem neque filio ciuiliter
obligari poteſt, neque res ſuas cum filio communica-
re, vt plus dominij in eum transferat quam quantum
à ſeipſo iam habet filius iure ſui heredis: Ipſe verò fi-
lius multo minus communicare quicquam poteſt qui
nihil ſui habet, vt loquitur *lex auus.* 79. *D. de iur. dot.*
nec vlla bona, *vt ait Iulianus in l. lex Cornelia* 28. *de
vulg. & pupill. ſubſt.* adeò que nec poſſit habere à patre
tametſi pater velit. Quando enim magis vult, quàm
cùm donat filio? Et tamen donatio iure poteſtatis im-
peditur *l. ſiue emancipatis.* 17. *Cod. de donat.* Multo igi-
tur magis ſocietas impedietur, ne ſiue expreſſa ſiue ta-
cita valere poſſit. Ideóque quoties filiusfamilias nego-
tiatur ex re patris, neceſſe eſt, vt patri ipſi negotietur,
non ſibi, etiamſi pater conſentiat, vt ſibi filius vel ſo-
li, vel coniunctim ſimul & patri negotietur, quia
conſenſus ille patris non poſſet maiorem vim habere
quàm expreſſa donatio à patre in filiumfamilias col-
lata, quæ tamen nullo caſu valeret. Tantum abeſt vt
ignorante patre & clandeſtinè, vt loquuntur, filiusfa-
milias ſibi ſoli ex re patris negotiari poſſit. Atque † ita 17
ex ipſa quoque interpretum traditione fatendum eſt
acquiri patri ſoli quicquid filius per induſtriam ſuam
acquirit ex re patris, ſi quidem nec ipſi negant acquiri
totum patri, ſi filius negotiatus ſit patri ſoli. Cui e-
nim alij quàm patri poſſet negotiari qui ſibi non po-
teſt ex re patris ne quidem nolentis? At illud magis
mirum eſt † quod iidem volunt filiumfamilias à con- 18
uerſo ſibi totũ acquirere quod per induſtriã ſuã acquirit
ex re patris ſi proprio ſuo nomine tantũ & periculo ſuo
exerceat. Quid enim eſt quod periculo ſuo poſſit exer-
cere filius, qui nec habeat proprium quicquam, nec ha-
bere poſſit? Sed etſi ponas habere illum bona materna,
vel alia quædam aduentitia, quis neſcit in poteſtate filij
non eſſe vt quicquã ex iis alienet, vel amittat, propter
cõiunctũ ius patris qui habet in iiſdem bonis vſumfru-
ctũ *d. l. cum oportet & l. vlt. C. de bon. quæ lib.* Nã & in
iis omnibus qui vſumfructũ habent generaliter ita cõ-
paratũ eſt vt nihil poſſit fieri à proprietario, † quod vſuſ-
fructus

fructus cauſam faciat deteriorem, nec ſi concurrat fauor libertatis. Vnde olim erat quod ſeruus in quo alterius eſſet vſusfructus, alterius proprietas, à proprietatis domino manumiſſus liber non fieret, ſed, quod mirandũ, ſeruus ſine domino eſſet vt *ſcribit* Vlp. in tit. *de libert. §. ſeruus. & in l. ſi fructuarium. 6. D. de manum. teſtam. l. 2. D. de manum. vindict.* Nullus igitur caſus dari poteſt, in quo filius negotiationem aliquam ex re patris exercere poſſit periculo ſuo: niſi fortè de periculo vitæ noſtri intelligunt quod ipſum tamen etiam ad rem noſtram non pertineret, cum non eo magis filiusfam. capax fiat acquirendi à patre, quòd ſiue pro patris; ſiue pro ſuo ipſius commodo periculum vitæ aliquod incurrat. Potéſtque videri hoc etiã à filio debitum patri iure patriæ poteſtatis, ex quo antiquitus habebat pater in liberos vitæ ac necis poteſtatem *l. in*
20 *ſuis 11. D. de liber. & poſt.* An ergo quæ † filiusfam. ſua induſtria quæſiuerit ex re patris, fratribus communicabuntur & conferentur? Nam ſi defendimus eſſe iſta profectitia contra Bart. qui aduentitia pro parte eſſe vult, conſequens videtur vt quemadmodum Bart. ex eo infert non debere conferri, quoniam aduentitia non conferuntur. Ita nos è contrario conferri debere putemus, quandoquidem profectitia conferuntur omnia, excepta ſimplici donatione. *l. 4. l. vt liberis. 17. d. illud 20. §. 2. C. de collat.* Sed nolumus hanc contra nos fieri conſecutionem, ne quod vſuuenit Bart. vt ex falſa propoſitione inferat veram concluſionem nobis in contrarium ita cedat, vt ex vera propoſitione falſam concluſionem inferamus. Bartoli concluſio vera eſt: ea non conferri quæ filius induſtria ſua ex re patris acquiſiuit: Itémque verum quod ait, Aduentitia non conferri *l. vlt. ea.* Sed illud falſum, quod aſſumit eſſe iſta aduentitia pro parte. Sunt enim profectitia & quidem in totum vt probauimus. Noſtra verò illa propoſitio quæ habet, eſſe iſta profectitia in totum, non ideo facit vt debeant conferri, & vt Bart. loquitur
21 communicari. Illa n. demum profectitia † conferuntur, quæ à patris bonis abſceſſerunt, cuiuſmodi ſunt dos & donatio propter nuptias etiam pro liberis in poteſtate conſtitutis datæ vel promiſſæ, *l. vlt. D. de dot. coll.* itémque donatio ſimplex in emancipatum collata *d. illud. §. 1.* Sed ea quæ tantum profectitia ſunt, nec à bonis patris vnquam abſceſſerunt, conferri à liberis nec debent nec poſſunt, ſed inter omnes liberos ſuccedentes diuidi pro hereditariis portionibus. Alioqui peculium profectitium veniret in collationem bonorum non in diuiſionem hereditatis quod falſum eſt *l. certum eſt 15. C. famil. erciſc.* Porrò non aliud eſt ius peculij profectitij quàm eorum quæ peculio profectitio ſunt acquiſita, cùm peculij quoque profectitij eſſe cenſeantur. Diuidenda igitur ſunt, non communicanda. Pro-
22 inde Bartoli † concluſio illa quæ habet bona per induſtriam filij ex re patris acquiſita conferenda eſſe pro qua parte ſunt profectitia, non conferenda verò quatenus ſunt aduentitia, ſicuti duabus partibus continetur, ita duos ad minus errores implicat. Priorem illum quod vult quatenus profectitia ſunt communicari, quæ tamen nulla ex parte communicantur, ſed tanquam paterna diuiduntur. Alterum quod vult quatenus aduentitia non communicari. Negamus tamen eſſe aduentitia, tametſi non communicari fateamur. Negamus etiã filio ipſi acquiſita videri poſſe, & ideo tantum dicimus non communicari, non quod filium ea ſibi retinere patiamur quæ patris fuerunt mortis tempore, ſed quo-
23 niam volumus diuidi inter fratres. Aliud † autem eſt diuidi, aliud communicari, nec quicquam vetat eadem bona & diuidi & non communicari. Diuiduntur quæ ſemper fuerunt patris, Communicantur quæ ſunt filij. Inter quæ medium etiam illud eſt, quod etiam aliqua ſunt quæ non poſſis dicere vel diuidi, vel non communicari. Ea nimirum quæ filiofamilias pater donauit inter viuos & inutiliter ſiue donatione ſimplici, ſiue ob cauſam. Cùm enim donatio non valeat & perpetuò manſerint in dominio patris non poteſt dici ea vel communicari debere, vel non communicari, quia verbum ipſum communicationis & collationis ſiue affirmatiuè vſurpetur, ſiue negatiuè, præſupponit antecedentem dominij acquiſitionem. Neque tamen eo magis diuiduntur quia cùm donatio confirmata ſit morte, officium arbitri familiæ erciſcundæ eſſe debet vt eam per adiudicationẽ tueatur, eáque bona filio qui donatarius fuit præcipua adiudicet. In quo numero non nego etiam illa poni debere ex re patris filius laboribus ſuis acquiſiuit conſtet patrem ea filio donata voluiſſe: ſed patris voluntatem in hoc apertam exigo, ſecutamque ſaltem per ſilentium confirmationem quam non exigit Bartolus, qui vult acquiri hæc omnia filio, etiam patre inuito nedum ignorante.

ERROR IX.

De Bartoli diſtinctione circa bonorum profectiorum collatitionem.

SVMMARIA.

1 *Prima pars diſtinctionis Bartoli de collatione profectitiorum.*
2 *Bartolum quidem rectè ſtatuere dotem & donationem propter nuptias conferri, ſed falſis rationibus ab eo adſtrui.*
3 *Dotis & donationis propter nuptias diſcrimen.*
4 *Perperam enuntiare interpretes dotem & donationem propter nuptias dari liberis.*
5 *Secundum membrum diſtinctionis Bartoli.*
6 *Quæſtio de collatione dignitatis à patre filio comparatæ: & antinomia notata inter l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de collat. & l. omnimodo. 30. §. imputari. C. de inoff. teſt. & l. impr. C. de coll.*
7 *Conciliatio dd. ll. à Cuiacio allata, & eiuſdem reprobatio.*
8 *Conciliatio Bartoli refertur, & vt probatior cõprobatur.*
9 *Quod ex Papiniano refert Vlpianus in d. l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de coll. de dignitate non conferenda abrogatum eſſe à Iuſtiniano.*
10 *Ratio decidendi qua motus eſt Papinianus in d. l. 1.*
11 *Alia ratio iuris pro ſententia Papiniani.*
12 *Ratio propter quam Bart. ſtatuit militiam & alias dignitates conferri debere refertur & refellitur.*
13 *Alia Bartoli ratio exploditur.*

ETsi ex iis quæ vtraque hac Decade ſcripſimus de iure collationis, apparet ſatis non ſolùm quia interpretes ſentiant circa collationem profectitiorum, & quid etiam nos etiam ſentiamus, iuuat tamen hoc capite vniuerſam tractationem velut in epilogum concludere, relata & confutata Bartoli diſtinctione, quam vnanimi ferè omnium interpretum, ne dicam pragmaticorum conſenſu video approbatam. *It in l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de collat. bonor. numer. 11.* diſtinguit in hæc ipſa verba †. 1
Quandoque, inquit, *pater dat filiis ob cauſam aliquam ad quam pater tenebatur & poterat cogi vt propter dotem, & donationem propter nuptias. & iſtud ſine dubiò confert, vt infr. tit. prox. per tot. & C. eod. l. filiæ, & l. illam, & multis legibus illius tit. Ratio quia cùm pater ex quadam neceſſitate dat, videtur velle quod conferat. Item, quia filio hoc poteſt quæri in vita patris l. Pomponius Philadelphus, ſup. famil. erciſc. & per hoc confert.* Quod ait † dotem & donationem propter nuptias conferri veriſſimum eſt. Sed rationes quas adfert ſunt falſæ.

Prima

Prima ſanè quoniam pater dat quidem ex neceſſitate
dotem pro filia, ſed non ſimiliter donationem propter
nuptias pro filio *l. capite 19. aliàs l. qui liberos. D. de
rit. nupt.* licèt vtramque det cùm dat, ex officio pater-
no *l. ultim. Codice de dot. promiſs.* Deinde quoniam nemo
vnquam dixit matrem vel auum maternum cogi dotare
niſi ex valde magna cauſa *l. neque mater. 14. Codice de
iur. dot. l. penult. D. de agnoſc. liber.* & tamen certum eſt
dotem ab iis datam omni modo conferri oportere, non
minùs quàm eam, quæ data ſit à patre, *d. l. illam. l. vt li-
beris. 17. l. illud. 20. §. 1. Codice de collat.* Poſtremò, quia ſi
ratio eſſet bona & vera, ſequeretur quod iam olim do-
natio propter nuptias data pro filio conferri debuiſſet
propter patris voluntatē. Hoc verò falſum eſt, quia edi-
ctum Prætoris de dotis duntaxat non etiam de dona-
tionis propter nuptias collatione loquebatur, primúſ-
que Leo fuit, qui conſtituit, vt donatio propter nu-
ptias, ad exemplum dotis, conferretur *in d. l. vt liberis.*
ſi Iuſtiniano credimus *in l. quoniam. Nouella 19. Codice
de inoff. teſtam.* Altera verò Bartoli ratio ideo falſa eſt,
quia licet filia ſit capax dotis conſtante matrimonio
quamuis viuo adhuc patre *d. l. Pomponius.* non tamen
ſimpliciter filius, cuius nomine pater contulit donatio-
nem propter nuptias in nurum, dici poteſt capax dona-
tionis propter nuptias viuo patre, nihil enim prorſus
iuris habet in huiuſmodi donatione, quæ non ipſi fa-
cta vel acquiſita eſt, ſed ipſius vxori, quamuis propter
eam donationem habeat & vxorem & dotem. In quo
3 ſupra monuimus diſſimilem eſſe rationē dotis & † pro-
pter nuptias donationis. Nam dos quamuis ſit in bo-
nis mariti, tamen eſt mulieris *l. quamuis. 75. D. de iur.
dot.* At donatio propter nuptias non tantùm in mulie-
ris bonis eſt, ſed etiam in dominio eius quiritario &
pleno iure, [Niſi quod præmoriente filio ad patrem in
ſolatium amiſſi filij reuertitur exemplo dotis *l. 2. C. de
bon. quæ lib. iunct. l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot. l. 4. C.
ſolut. matr.*] ideóque & marito ipſi in dotem dari poteſt,
vt fieri iam olim ſolebat *l. gen. 5. Cod. de ſecund. nupt.*
Et in hoc errant maximè noſtri omnes, duce ſemper
4 Bartolo, quod de dote † & propter nuptias donatione
ſic loquuntur quaſi dentur liberis ipſis, cùm è contra-
rio dici debeat non aliter valere dotis dationem quàm
ſi dos data ſit genero pro filia, nec dationem donatio-
nis propter nuptias, quàm ſi ea donatio collata ſit in
nurum nomine filij *dict. l. Pomponius.* Itaque cùm tota
hæc diſtinctio Bart. ad ea pertineat, quæ liberis ipſis
dantur à patre, poſſumus intrepidè dicere, primam hanc
diſtinctionis partem falſam eſſe. Sicut & illud quod ia-
ctari ſolet poſt Bald. & cæteros ad *l. 2. Codice de inoff.
dot.* cum dos pro filia datur genero, vel donatio propter
nuptias nurui pro filio, celeritate coniungendarum
actionum vnam occultari, vt in ſpecie *l. 3. §. ſed ſi debi-
torem. D. de donat. int. vir. & vxor.* Id enim ſi ita eſſet,
eueniret vt neque dos illa valeret, quæ à ſocero tradita
eſſet genero, neque ea donatio quæ à ſocero nurui data
eſſet, quia ſi rei geſtæ ordo is fuiſſet vt traditio facta
eſſet filio primum aut filiæ, deinde per filiam genero,
vel nurui per filium non potuiſſet filia dotem dando
marito, aut filius donando propter nuptias vxori trans-
ferre dominium quod minimè habuiſſet: nullum verò
habuiſſet ex donatione ſibi à patre facta quæ non va-
luiſſet. Quod diſſimile eſt in ſpecie *d. §. ſed ſi debitorem*
vbi actus intermedius qui occultatur talis eſt, qui va-
leret etiamſi palam interceſſiſſet, ob idque non impedi-
ret validitatem ſecundi actus ſi non ex alia cauſa ſecun-
dus ille actus infirmaretur. Nos verò eum caſum tracta-
mus in quo ſecundus caſus valere poteſt, ſi conſidere-
tur tanquam primus, non tanquam ſecundus, ille au-
tem intermedius, quem noſtri occultari volunt, nec va-
leret ipſe, nec ſequentem, cuius inhabile medium eſſet,
valere pateretur, ſi re ipſa interueniſſet. Cur ego inter-
5 ueniſſe retrofingatur? Sequitur apud † Bartolum, *Quan-
doque pater dat filio ex cauſa militiæ de qua dictum eſt
ſupra, & iſtud ſimiliter venit in collationem, ſecundum
eum modum quem habuiſtis. Ratio quia pater ad hoc vi-
detur teneri ex quadam neceſſitate naturæ acquirere di-
gnitatē filio vt in Auth. Conſtit. quæ dignit. Sed melior ra-
tio quia hoc poteſt quæri filio in vita patris. Et ideo feuda
& emphyteuſes in quibus nullum eſſet perſonæ exercitium,
vel quæ filio in vita patris non quærerentur non venirent
in collationem ſecundum ea quæ ſupra dixi.* Hæc ſecunda
diſtinctionis pars eſt de qua quoniam nihil in præce-
dentibus diximus, tanto plura nunc dicere oportet. Eſt
enim vtilis tractatus & ſatis obſcurus ex eo, quod in
hac quæſtione † de militia & dignitate filio comparata 6
videtur aliter ſenſiſſe Papinianus in *d. l. 1. §. nec caſtren-
ſe. D. de collat. bonor.* vbi negat filium quicquam hoc
nomine conferre debere propter onera dignitati anne-
xa quæ ſumere cogitur, Aliter verò Iuſtinianus in *l. om-
nimodo. 30. § imputari. Codice de inoff. teſtam. & in d. l. il-
lud. 20. in princip. Cod. de collat.* vbi vult omnia quæ pa-
ter ex hac cauſa pro filio erogauerit, & in filij quartam
imputari & ab eo conferri. Nec aliam conciliationis † 7
rationem inuenit Cuiacius *lib. 3. Obſer. cap. 30. ad fin.*
niſi vt ſeparanda militia ſit à dignitate, quod non pro-
bo. Nam & militia dignitas eſt, paſſimque eodem quo
dignitas iure cenſetur apud Iuſtin. *in dict. Nou. 81. Con-
ſtit.* quæ dignit. & ſua quoque habet onera, vt non mi-
nus in ea locum habeat ratio Papin. quàm in alia qua-
libet dignitate. Itaque melius hac parte † ni fallor 8
Bart. diſtinguit non militiam à dignitate, ſed militiam
& dignitatem, quæ vel vendi vel ad heredes tranſmitti
poſſit ab illa, quæ nec vendi nec tranſmitti poſſit. Sic
enim diſertè Iuſtinianus ipſe diſtinguit *in dict. §. im-
putari.* Et quamuis *in dict. leg. illud.* non eadem diſtin-
ctio repetatur, verba tamen conſtitutionis oſtendunt
ſubintelligendam, cum facta ſit ea lex poſt *dict. leg. om-
nimodo.* ac in eius quodammodo declarationem, quod
plerique putarent priorem legem, quæ de imputatio-
ne tantum locuta fuerat, non eſſe trahendam ad colla-
tionem. Quam interpretationem Iuſtinianus ſubuertit
conſtituta regula vt quæcunque in quartam imputan-
tur, eadem multo magis conferantur, & conſequenter,
vt quæ non conferuntur, multo minus imputentur.
Quamuis non è conuerſo dici poſſit, eſſe imputanda
omnia quæ conferuntur: difficilius namque eſt vt quid
in legitimam imputetur, quàm vt conferatur: quoniam
de imputatione non quæritur, ſi inſpicias rationem
iuris ciuilis, ex quo non valent pactiones quantumli-
bet iuratæ de non ſuccedendo, niſi cùm teſtamentum
factum eſt, aliúſque ex teſtamento ſuccedit, quàm
is contra quem imputandi neceſſitas inducitur, ob
idque odioſiores ſunt imputationes. De collatione
verò non quæritur niſi contra eum qui ſuccedat cum
cæteris, quibus non vult conferre, ideóque ſunt col-
lationes fauorabiliores quamuis non idcirco temerè
inducendæ, nec ſine aliqua vel edicti vel conſtitu-
tionis autoritate. Sed & quod dicimus tam dignita-
tem quàm militiam quæ vel vendi poſſit ad heredem
tranſmitti & conferendam eſſe & imputandam, rectè
idem Bart. *ad dict. §. nec caſtrenſe. numero quarto, &
ſexto,* ſic accipit vt non quicquid à patre pro filio ero-
gatum eſt vel imputetur vel conferatur ſed tantummo-
do lucrum quod tempore mortis patris ad filium po-
terat peruenire vt Iuſtin. loquitur *in dict. leg. illud*
Ex quibus verbis tanto clariùs apparet non de alia di-
gnitate vel militia ſentire Iuſtin. quam quæ vel ven-
di poſſit vel ad heredem tranſmitti, cùm alioqui dif-
ficile eſſet æſtimare quantum lucri moriente patre ad
filium peruenire potuerit ex ea dignitate quam nec
tranſmiſſurus fuerit in heredem moriens, nec in alium
tranſlaturus tametſi vellet viuens. Neque tamen mi-
rum videri debet Papinianus indiſtincte negare con-
ferendum quicquam ab eo cui ex pecunia ſua di-

gnitatem quæſiuerit, cùm vt plurimum ea ſit conditio dignitatum vt neque ad heredes transmitti neque vendi poſſint. Quanquam ſi quis mallet † dicere hanc diſtinctionem Papin. incognitam fuiſſe & à Iuſtin. primum inductam, is meo iudicio non errat. Nam verba conſtitutionum Iuſtin. tam *d.l. omnimodo* quam in *d.l. illud* nouum ius præ ſe ferunt, nec ad aliud videtur Iuſtin. reſpexiſſe præterquam ad id quod eiuſmodi erogationes à patre fiant ob cauſam iuſtam, & quamuis non neceſſariam, tamen non inutilem filio, qui proinde non debeat recuſare quominus hoc ſaltem lucrum, quod moriente patre adhuc ex ea dignitate ferre poſſit cogatur conferre vel in portionem ſuam legitimam imputare. Deductis ſc. oneribus dignitatis vt loquitur Bar. At Papiniano itémque Vlpiano qui Papiniani ſententiam refert *in d. §. nec caſtrenſe verſ. Sed an id.* nimis

10 durum † videbatur vt cogeretur quicquam conferre filius ob eam dignitatem cuius onera ſolus ſubiceret, Onera inquam non tantùm ad pecuniariam cauſam ſpectantia de quibus ſolis & Iuſtinianus & Bartolus cogitarunt, ſed quæ ſunt longè grauiora gerendæ dignitatis pro dignitate, magnificè, non ſordidè, prudenter, non caſu, &, quod caput eſt probè & ſobriè, ne ex qua vel minima culpa oneretur exiſtimatio. Tanti nimirum eſt habere dignitatem non quanti empta ſit, ſed quanti plerunque redemptas vellet dignitatis moleſtias, & quotidiana pericula, is qui iam impoſitum onus ſentit quàm ſit graue, dubiique ex euentu

11 lucri an damni. Addamus pro Papiniano † rationem aliam iuris non inelegantem, quod non aliter æquum ſit cogi quem præſtare æſtimationem rei pro re ipſa, quàm ſi aduerſarius rem ipſam quæ debetur accipere poſſit, vt ratiocinatur Marcellus in *leg. ſi mulier. 59. §. ex aſſe. D. de iur. dot.* Cur enim cogitur quis præſtare æſtimati onem pro ea re quam ipſam præſt. e malit ſi poſſit? Atqui non poteſt is cui pater dignitatem comparauit, conferre fratribus eam ipſam dignitatem, quæ ſcilicet non poteſt abſcedere à perſona, ideóque nec de illo quæritur apud Vlpianum an cogendus ſit conferre dignitatem, ſed tantùm an conferre cogatur in nomine, id eſt pecunia quaſi cuius ſit ipſe debitor conſtitutus. Neque tamen ſtat per eum qui habet dignitatem ne conferre illam poſſit cùm velit, ſed per ipſam dignitatem quæ cùm ſit merè perſonalis communicari nullo modo poteſt. Nec igitur pecuniam vel minimam conferre cogendus eſt, tametſi ponas talem eſſe militiam aut dignitatem quæ vendi poſſit, vel ad heredes transmitti. Atque ita certè pro Papiniano contra Iuſtinianum æquè libenter atque contra Bart. ſi liceret, diſputarem. Sed quoniam Iuſtiniani autoritas innito etiam Papiniano iuris ratione potior eſt, faciamus tantùm, ſi poſſumus, ne eadem iuris ratio Bartoli

12 quoque autoritate collidatur. Ait Bartolus † rationem illam eſſe propter quam militia vel alia dignitas debeat conferri, quòd pater ex neceſſitate quadam naturæ videatur ad hoc teneri, vt filio dignitatem acquirat. Hoc verò falſum eſt, neque probatur ex dicta Iuſtiniani Nouella 81. aut ex alio vllo iuris loco. Nec ad aliud patrem obligat votum commune, & naturæ & parentum omnium niſi vt omnia ſua liberis ſuis pateat. *l. nihil intereſt. 50. §. ſed nunquid. D. de bon. libert.* ſcilicet poſt mortem ipſius patris: Non etiam vt viuus quicquam ei comparet, præterquàm ea quæ ad tuendam vitam neceſſaria ſunt, in quo numero nemo niſi planè indignus dignitatibus, poſuerit dignitates, ſine quibus multo meliùs & commodiùs, quàm cum iis, viuit quiſquis ſcit viuere, & quotidiè cogitat ſe moriturum. Et ex hoc maximè intelligimus veriſſimum eſſe, quod in præcedentibus diſputauimus poſteriores Imperatores in iure illo inducendo, De conferendis iis quæ ob cauſam data ſunt, non tam reſpexiſſe ad id, an cauſa eſſet neceſſaria, necne, ſiue ex parte donantis, ſiue ex parte donatarij, quàm vtrum aliqua fuerit dandi cauſa ex qua lucrum donatarius ſenſerit, & ſine qua non fuerit donator donaturus. Quare nec ſibi Bart. ſatisfacit in hac ratione, ſed meliorem † quærit, & putat ſe inueniſſe 13 cùm ait, *quia hoc poteſt quæri filio in vita patris.* Quæ tamen ratio ſi eſſet bona, faceret vt illa etiam quæ pater expendiſſet ad curãdum filio beneficium aliquod eccleſiaſticum, putà in mittendis Romam literis & nunciis, aut etiam Doctoratum conferri oporteret, cùm ſit filius iſtarum omnium cæterarúmque dignitatum capax in vita quoque patris, vt pote quas non à patre accipiat, ſed vel à Principe, vel ab alio qui dandi ius habeat ex iure publico: nam quod ad ius publicum attinet filius non ſequitur ius patriæ poteſtatis. *l. nàm quod. 14. D. ad SC. Treb. l. in priuatis. 77. cum ſeq. D. de iud.* Econtrario autem duæ illæ rationes quas reddit Bart. ad *d. §. nec caſtrenſe. num. 4.* cur expenſæ beneficij, Doctoratus & aliarum huiuſmodi dignitatum non ſint conferendæ, quòd ſcilicet dignitates iſtæ cohæreant perſonæ, nec ad aliũ transferri poſſint, nec principaliter commodum pecuniarum reſpicere videantur argum. *l. planè. 94 §. vltim. de legat. 1.* nihil aliud probant niſi quod dignitates ipſæ non debeant conferri. At nos quærimus rationem quæ pertineat non ad ipſas dignitates, de quibus conferendis ſtulta eſſet dubitatio, ſed ad expenſas in dignitatibus quærendis factas. Non igitur alia melior ratio quærenda eſt quàm quæ à Papiniano allata fuit, ab Vlpiano probata, & à nobis noua rationis acceſſione confirmata. Quæ tamen cùm ſit generalis ad eas quoque dignitates, quæ & transmitti & vendi poſſunt, fatendum eſt, ſi quæratur, cur in his potiùs quàm in aliis collatio locum habeat, non aliunde petendam eſſe rationem quàm ex voluntate Iuſtiniani, cui viſum fuit ita eſſe conſtituendum, vt ius imputationis & collationis ampliaret, quod vtrum neque fuerat multo arctius temporibus Papiniani.

ERROR X.

Si pater ex ſua pecunia feudum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphyteuſeos, an ſint conferendæ.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli de collatione feudi & emphyteuſeos, quæ quis comparauit ex pecunia ſua pro ſe & filiis ſuis.*

2 *Ius ſuccedendi in feudo ſiue emphyteuſi ab ipſo contractus tempore quando ſit quæſitum filiis etiam inuito patre, adeò vt ipſis præiudicare nequeat.*

3 *Pecunia impenſa à patre in feudum vel emphyteuſim cuius quæſitum eſt ius filij in vita patris conferri debet contra Bartolum.*

4 *Quod in vita patris lucratus eſt filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuſeos ſibi à patre comparata an conferri debeat, diſputatio cum Bart.*

5 *Æſtimatio militiæ, non verò fructuum ex militia redactorum conferri debet.*

6 *Malè concludit Bartolus fructus ex militia redactos idcirco conferendos eſſe, quod vendi poſſint & ad heredem transmitti.*

7 *Cùm pater filio dignitatem comparat cur valeat huiuſmodi donatio.*

8 *In quo melioris ſit conditionis donatio quæ nullam cauſam habet aliam præter liberalitatem patris,*

quàm

quàm ea quæ cauſam aliam habet.

9 *Quid ſentiat Bartolus de imputatione in quartam eius quod ſoluit pater pro filio ex cauſa maleficij condemnato.*

1 QVOD verò addit Bart.† de feudo, & emphyteuſi quę quis cõparauerit ex pecunia ſua pro ſe & filiis ſuis, ita demum venire illa in collationem, ſi viuo adhuc patre cœperint eſſe filiorum, non etiam ſi poſt mortem duntaxat patris, non caret dubitatione, quod
2 ad poſteriorem partem. Cùm eo quoque † caſu quo non niſi poſt patris mortem incipiant iſta eſſe filiorum, verum tamen ſit iam inde ab ipſo contractus tempore fuiſſe iis ius quæſitum ſuccedendi quandoque in iis bonis etiam inuitò patre, ſi patre, ſi ponas in conceſſione feudi vel emphyteuſeos factam eſſe mentionem filiorum tanquam filiorum, non tanquam heredum, hoc etiam addito vt ſpecialiter & proprio nomine ſint nominati filij in inueſtitura, adeo vt neque in patris poteſtate ſit, ſiue filios iſtos exheredando, ſiue bona ſua omnia profundendo priuare filios iis emphyteuſibus & feudis, quæ non ſint hereditaria, ſed ex pacto & prouidentia non tam patris, quàm concedentis, qui eam legem rei ſuæ dixit, filiis omnimodo debeantur. Hanc enim concluſionem hoc caſu quo in inueſtitura ſint expreſſa nomina filiorum, apud noſtros indubitatam eſſe teſtatur Iulius Clarus *lib. 4. ſent. §. feudum. quaſt. 41. num. 2. verſ. ſed in feudo nouo.* Itémque ſi ex aliqua alia coniectura poſſit apparere conceſſum eſſe feudum vel emphyteuſim non ſolùm intuitu recipientis, ſed etiam contemplatione filiorum vt loquitur idẽ Clar. *in §. emphyteoſis. q. 16. num. 1. in fin.* putà ſi tales eſſent filij & eius ætatis ac conditionis, vt iam tum poſſent ea ipſa domino præſtare obſequia & ſeruitia præſertim militaria, quæ pater ipſe præſtare poſſet. Quamquam nec deſunt qui defendant etiam in feudis & emphyteuſibus nouis vſque adeo ius eſſe quæſitum filiis cum non ſunt illa hereditaria nec mixta, ſed merè ex pacto & prouidentia, vt quamuis propria eorum nomina non ſint expreſſa in conceſſione, non poſſit tamen pater filiis vllo modo præiudicare, ne quidem domino ipſo conſentiente, vt ex iis videre eſt quos refert Clar. *d. q. 16. nu. 1. verſ. his præmiſſis.* qui & de communi atteſtantur, licet contrariam ſententiam & veriorem & communiorem eſſe concludat. De quo nunc non diſputamus. Omnes enim quæſtiones quæ ad feuda & ad crimina pertinent in poſtremam Chiliadis noſtræ partem conferre cogitamus. At rurſum quid ſi feudum ſit nouum quidem & emphyteuſis noua, ſed ſit tamen datum datáve vt in feudum antiquum auitúmque habeatur, quæ vulgaris hodie inueſtiturarum clauſula eſt aut in emphyteuſim antiquam & auitam? Quoties enim agitur de feudo antiquo vel de emphyteuſi antiqua ſiue eccleſiaſtica illa ſit ſiue priuata, conſtat inter omnes ſi modo nec feudum hereditarium ſit vel mixtum, nec emphyteuſis hereditaria vel mixta, ſed ex pacto & prouidentia, etiamſi non ſint expreſſa nomina filiorum [quæ nec hoc caſu exprimi potuiſſent] filiis ex inueſtitura venientibus per patrem præiudicari nullo modo poſſe nec ſi velit vni ex filiis ea omnia prælegare. Idem *Clar. in d. § feudum. q. 40. num. 5. & 6. & q. 41. enim. 2.* Sed & filios etiamſi hereditatem paternam repudiare velint, poſſe tamen in huiuſmodi feudis & emphyteuſibus ſuccedere, neque in hoc deterioris eſſe conditionis quàm agnatos, vt concludit idem Clar. *quaſt. 76. & in d. §. emphyteuſis. q. 16. num. 3. & q. 37.* His ergo caſi-
3 bus cùm ius † quæratur filiis etiam in vita patris neceſſario dicendum eſt, vel conferri debere pecuniam quæ in eam rem à patre expenſa fuit, vel malam eſſe rationem Bartoli quæ nihil aliud intuetur niſi an ſit quęſitum feudum filio, vel quæſita emphyteuſis in vita patris. Præſertim cùm addat poſſe ſufficere vt filio ius ſit quæſitum ex contractu viuo patre etiam per retrofictionem, ad hoc vt poſſit teneri ad collationem ex *l. 2. §. id quoque D. de collat.* Quanto magis igitur tenebitur his caſibus, in quibus eſt ius quæſitum filio iam viuo adhuc patre non per retrofictionem ſed verè? Nec eſt contrarium quod iiſdem interpretibus placet neque fundum antiquum neque emphyteuſim antiquam imputari debere in legitimam filiorum neque conferri tanquam quæ aduentitia eſſe videantur vt tractat Clar. *in d. §. feudum. quaſt 46. num. 1.* Id enim poteſt in eo quidem feudo verum eſſe quod re vera ſit antiquum, & in ea emphyteuſi, quæ reuera ſit antiqua ſed non in feudo nouo dato in feudum antiquum nec in emphyteuſi noua data in antiquam. Hæc enim negari non poteſt quin profectitia ſint, cùm à patre ipſo ſunt acquiſita, nec quod in feudum antiquum vel in antiquam emphyteuſim accepta ſunt ad aliud pertinet, niſi vt eam habeant naturam quantum ad ius inueſtituræ & conceſſionis quod ad perſonas dantis & accipientium, non etiam vt eo minùs profectitia videri poſſint. Puto igitur fratrem qui ex pecunia & beneficio patris feudum habeat vel emphyteuſim, licet non niſi poſt mortem patris, ſi tamen ex eo iure habet quod iam in patris vita cœperit, quodque per patrem ei auferri non potuerit, obligatum eſſe vt conferat non quidem feudum ipſum vel emphyteuſim cuius leges & conditiones violarentur ſi ad alium perueniret ex facto huius fratris quàm ad quos ex pacto peruenire debeat, ſed quantam pecuniam pater impendit ex qua ſolus hic filius nunc lucrum ſentiat. quoniam ſi feudum emptum non fuiſſet, aut emphyteuſis, pecunia nunc reperiretur in hereditate, ac inter omnes ſucceſſores diuideretur, Nihilque poteſt æquius conſtitui, ne alioqui cæteris qui in feudo & emphyteuſi non ſuccedunt, fiat iniuria, & vt inter omnes liberos æqualitas ſeruetur. Neque tamen probare ſimiliter poſſum quod addit † idem Bar. 4
ad d. §. nec caſtrenſe. nu. 7. quid in patris vita lucratus ſit filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuſeos ſibi à patre comparatæ id quoque cõferri oportere. Ratione illa quod huiuſmodi lucrum vendi poſſit, & ad heredem tranſmitti. *arg. l. defuncta, 58. D. de vſur.* quodque profectitium videatur quicquid filius lucratur deducta æſtimatione oneris perſonæ ſuæ. Etſi enim profectitia ſunt iſta omnia, quæ ex pecunia patris filio acquiſita ſunt, quod tamen non ex pecunia, ſed ex dignitate ipſa quæſitum eſt, quæ propria eſt ipſius filij, profectitium videri nullomodo poteſt, cùm ex ipſa dignitate eiuſque exercitio proficiſcatur, non ex pecunia patris immediata. Longéque aliud eſt in iis rebus, quæ filio obueniunt iure fructus & reditus ex iis bonis quæ fuerint à patre ipſo donata filio inutiliter ac quorum tranſlatio impedita ſit propter ius ac vinculum patriæ poteſtatis. Cum enim fructus iſti ex ea re percipiantur, quæ manſit in dominio patris, nec ad alium pertinere poſſunt, quàm ad eum qui ſit dominus rei ex qua percepti ſunt, quia iure ſoli & dominij, non induſtriæ percipiuntur *leg. qui ſcit. 25. § 1. D. de vſur.* conſequens eſt vt ad patrem ipſum pertinere debeant ad quem & res ipſa pertinet, ac proinde tanquam profectitia cenſeatur. At cùm ex pecunia patris ſiue dignitas aliqua, ſiue militia vt feudũ, aut etiã emphyteuſis acquiritur, nihil habet aut etiam habere intelligitur filius à patre præter pecuniam, ſed ipſam habet à Principe, aut ab alio, qui concedendi habuerit poteſtatem, cúmque huiuſmodi acquiſitionis capax ſit præſertim hodie poſt Iuſtiniani conſtitutiones in *leg. cùm oportet. 6. & leg. vltim. Codice de bon. quæ liber.* nihil cauſæ video cur non poſſit & debeat ſuum dicere filius quod ex re ſua quæſiit, licet rem illam quæſierit ex re patris. Nam nec res quæſita ex pecunia patris poteſt cenſeri paterna, non

magis quam res communis, quæ empta eſt ex pecunia communi *leg. ſi vnus.67.§.1. D.pro ſocio.* aut pignorata quæ empta eſt ex pecunia pignorata *leg. idemque. 7. in fin.D. qui potior. in pig. hab.* aut furtiua quæ ex nummis furtiuis. *leg. qui vas. 48. §. vltim. D. de furt.* aut dotalis quæ ex pecunia dotali *leg. ex pecunia. 12. Codice de iur. dot.* aut denique mea res quæ empta eſt ex pecunia mea *leg. qui aliena.8.innct. leg. 1. & paſſ.C. ſi quis alter. vel ſibi.* Nec obſtat noſtræ ſententiæ quod ſcriptum eſt in *d.l.illud. 20. in princip. C. de collat.* lucrum omne conferendum eſſe,&,vt verba legis habent, id quod occaſione militiæ vni heredum ex defuncti pecuniis acquiſitæ lucratur is, qui militiam meruit. Debet enim id intelligi, vt ſequentia explicant, de lucro † quod conſiſtat in ipſius militiæ æſtimatione,non
5 in fructibus ex militia ipſa redactis. Sequitur namque, *vt lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum peruenire poterat.* Igitur extra collationem vult eſſe Iuſtinianus id quod viuo patre peruenerat ex reditu militiæ ad filium, & tantum conferri quod moriente patre poterat peruenire,id ſi eo inſtanti vendita militia fuiſſet, quia illud demum eſt quod ex re patris profectum videtur. Denique militia ipſa eſt ex re patris id eſt quanti militia eſt moriente patre, Tanti autem eſt quanti vendi poteſt. Sed quod ex militia eſt non eſt ex re patris ſed ex re filij cuius iam ipſa militia eſt. Quod apertius exprimit Iuſtinianus in *d.lege omnimodo.§.imputari.Cod.de inoff.teſtam.* Neque eſt bona ratiocinatio † il-
6 la Bartoli, vt fructus iſti ex militia redacti debeant idcirco conferri quod vendi poſſint & ad heredem tranſmitti vt probat ille ex *l. defuncta. 58. D. de vſufr.* Etſi enim non aliam militiam conferri Iuſtinianus voluit, quàm quæ vel vendi poſſit vel etiam ad heredem tranſmitti [non enim omnes militiæ & dignitates quæ vêdi poſſunt, ad heredem quoque poſſunt tranſmitti, quamuis è contrario quæ tranſmitti ad heredem poſſunt multo magis vendi poſſint] ex eo tamen non ſtatim conſequens ſit vt conferri debeant omnia quæ vel vendi vel tranſmitti poſſunt, niſi etiam illud concurrat vt ſint profectitia. Quamquam neque ſufficit eſſe profectitia niſi ſint etiam ipſi filio acquiſita, Alioqui cum remanerent in dominio patris diuidenda eſſent non communicanda, quamuis in facienda hereditatis diuiſione per arbitrium familiæ erciſcundæ præcipua manere deberent apud filium cui pater donata voluiſſet *l. filia cuius. 18.C.famil.ercif.* In propoſito autem cùm †
7 pater filio militiam aut quam aliam dignitatem comparauit, licèt hoc ipſo donare filio videatur, & quidem inter viuos, ideo tamen valet donatio, quod non ipſi filio pecunia traditur à patre, ſed pro filio numeratur alteri,ei ſcilicet à quo filius poſtmodum accipit dignitatem, vt euenit cùm pater dat genero dotem pro filia, vel nurui pro filio donationem propter nuptias. Nam & ob eam rationem valet datio dotis & propter nuptias donationis. Et conſequenter tam dos quàm donatio propter nuptias & militia conferenda eſt, quia & valet, & quamuis ex liberalitate proficiſcatur, tamen cauſam habet, eámque vtilem filio, vel filiæ, cui collationis onus iniungitur, quæ res facit vt debeat conferri, non eſſe præcipua, quomodo eſſe deberet ſi donatio inter viuos ſimpliciter & ſine cauſa quamuis inutiliter facta fuiſſet. In quo melioris eſt conditionis non donatio quæ non valet, quàm ea quæ valet, vt malè quis fortaſſe poſſet conijcere, ſed ea † quæ nullam aliam cau-
8 ſam habet præter liberalitatem patris, quàm ea quæ cauſam aliam habet. Nam quæcunque cauſam habet aliam quam liberalitatem etiamſi valeat conferenda eſt, immo ob hoc ipſum quia valet: nec tractandum eſt de ea præcipua retinenda per officium arbitri cùm eo adminiculo non egeat donatio quæ ab initio ſubſiſtit *l. 2. C.de inoff.donat.* Quæ verò nullam cauſam habet, licèt non valeat ab initio, præcipua tamen retinetur nec inter ſucceſſores diuiditur, non quia non valeat [hæc enim ratio facere potiùs deberet,vt non eſſet retinenda præcipua] ſed quia & facta fuerat ſimpliciter,& confirmatur morte: Quæ autem & ab initio non valet, & cauſam aliquam habet,eam ſi quidem nec morte confirmatur,dicendum eſt neque conferri neque retineri præcipuam, ſed diuidi, perinde acſi nec cauſam vllam haberet [quonam enim colore præcipua retineretur ſi nec quam valuiſſet donatio nec vnquam confirmata fuiſſet ? Si verò confirmetur morte,ob concurrentem aliquam facti circunſtantiam vt in ſpecie *l. Pomponius 35. famil. ercifc.* [vbi donatio facta filiæ ex cauſa dotis quamuis nec valeat nec ſui natura confirmetur, morte confirmatur, tamen propterea quòd matrimonium poſt mortem quoque patris ſteterat vt ſuo loco diſputauimus] retineri præcipuam non minùs quàm ſi natura ſua confirmari morte potuiſſet, quia cum ſit confirmata morte, ideóque tandem valere incipiat, neceſſe eſt vt vel conferatur vel præcipua retineatur. Atqui eam conferri abſurdum eſſet, nec aliam ob rem valere quam vt conferretur,cum collatio auferat donatario commodum donationis. Eſt igitur neceſſe vt præcipua retineatur, quando nec alius confirmationis quæ per mortem fit effectus eſſe poteſt. Tertium membrum diſtinctionis Bartoli quam nunc tractamus, eſt,ſi pater donauerit filiofamilias propter præcedentia ipſius filij merita, de quo membro quid ille ſentiat & quam malè ſcripſimus iam ſatis in *Erro. 6.huius Decadis.* Quartum eſt ſi pater † pro filio condemnato ex cauſa male- 9
ficij aliquid ſoluerit,cùm filius neque profectitium neque aduentitium vllum peculium haberet. Sed hic caſus alienior videtur à propoſita diſputatione. Pertinet enim ad tractatum de imputatione in quartam, potiùs quàm de collatione,niſi quod illa etiam quæ imputantur hoc ipſo conferri videntur, quia minus accipitur. In ea tamen quæſtione ſolet probari diſtinctio Bartoli ad *l. Stichus.16.num.2.D.de pecu. legat.* [de qua an vera ſit alio loco dicemus, falſam enim eſſe puto] cuius ſumma illa eſt vt ſi pater ſoluerit ex neceſſitate pro filio,ſiue quia pro eo fideiuſſerat, ſiue quod ex ſtatuto fortaſſe ciuitatis ſoluere cogeretur, imputandum ſit in patrem filij quod pro eo ſoluit.Sic enim legendum eſt apud Bar.de tractata negatione, quæ vulgo eſt in illis verbis *& tunc non computatur* vt conſtat,tam ex ratione quam ibi ſubiungit Bar.quòd in neceſſitatibus nemo liberalis exiſtat *l.rem legatam. D.de adim.legat. l. cum qui 56.§.vlt.D.famil.ercifc.* vbi dicitur filium, qui pro patre condemnatus fuit, & ſiue viuo illo ſiue poſt ipſius mortem ſoluit,habere iudicium familiæ erciſcundæ eo nomine contra coheredes. Si verò pater non neceſſitate ſoluit pro filio ſed ex voluntate, tunc videatur feciſſe cauſa pietatis in dubio, acſi filium ab hoſtibus vel à latrunculis redemiſſet, ob idque nihil ex ea cauſa ſubinde repeti poſſit, aut in filij quartam imputari *arg. l. 1. C.de neg. geſt.l. is qui 44.D.eo. l. liber captus. 17.C.de capt.& poſtlim.* Cætera membra diſtinctionis Bart.longiorem diſceptationem exigunt,idcóque de iis in ſequenti Decade diſpiciamus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimaſecunda.

ERROR I.

De bonis à patre donatis filio ſiue in peculium profectitium ſiue ſimpliciter.

SVMMARIA.

1 *Quod filius à patre habet in peculium profectitium Bartolus conferri vult.*

2 *Quod peculij profectitij eſt, diuidendum eſt, non conferendum contra Bart.*

3 *Quomodo ſint accipienda l. verba* certum 13. Cod. fam. erciſc. ad communionem eſſe reuocanda.

4 *Ex eo quod bona quæ fuerunt peculij profectitij non poſſunt à filio præcipua retinere, non ſequitur illa eſſe conferenda.*

5 *Bartolus falsò putat ſimplicem donationem factam filio emancipato indiſtinctè conferendam eſſe.*

6 *Diſtinctio adhibenda in quæſtione de collatione ſimplicis donationis emancipato factæ.*

7 *Quas donationes, & quibus conferre velit emancipatis Leo in l. vt liberis. C. de collat.*

8 *Quod pater cùm emancipat filiũ, ei dat ex cauſa emãcipationis, donatiũ ob cauſam cenſendũ contra Bart.*

INSTITVTVM ſuperiore Decade diſputationem de bonorum profectitiorum collatione perſequi cogimur, vt cætera quæ pertinent ad Bartoli in quæſtione iſta diſtinctionem planiſſimè intelligantur. Pergit ille ad quintũ membrum ſuæ diſtinctionis
1 in hæc verba †, *Quandoque* inquit, *dat pater filio vt habeat in peculium profectitium. Et tunc ſine dubio debet conferri, quia remanet patris. l. certum. 13. C. famil. erciſc.* In hoc ipſo membro quod nullam prorſus habere dubitationem & Bartolo viſum eſt, & mihi quoque vide-
2 tur, errat † tamen Bartolus. Nam quod filius à patre habet in peculium profectitium, cùm remaneat in iure ac dominio patris; non poteſt à filio conferri. Niſi conferre dicamus etiam illum qui conferat aliena, quod tamen abſurdum fuerit cùm nihil aliud ſit conferre, quàm communicare, fieri autem nequeat vt quis commune faciat quod prius non habeat ſibi proprium *l. 1. D. de collat. iunct. l. 1. §. 1. & l. 2. D. pro ſocio. l. ea. demum. 6. & paſſ. C. de coll.* Itaque quod peculij profectitij eſt, cùm ſit patris, diuidendum eſt poſt mortem patris, non communicandum, vt alibi & melius loquitur idem Bart. in *l. pater. 6. n. 2. D. de coll. dot. ex l. filia licet. 12. verſ. cum autem. C. de collat.* Et probatur etiam non malè ex *d. l. certum. 13. C. fam. erciſc.* illis verbis, *in hereditatem di-*
3 *uidendam.* Nam † quæ ſequuntur, *ad communionem eſſe reuocanda*, quibus videtur deceptus Bart. non ſic accipienda ſunt quaſi bona, quæ ſunt peculij profectitij ſint conferenda, aut quod idem eſt, communicanda, ex edicto de collationibus, ſed ita vt quæ viuo patre videbantur quodammodo ſeparata à patrimonio patris hoc ipſo quod erãt peculij profectitij, cùm peculium profectitium propriam ipſius filij patrimonium eſſe exiſtimetur. *l. 3. § ſed verum. D. de minor. l. hinc quæritur. 19. §. 1. l. quoties. 47. §. 1. vlt. ff. de pecul.* mortuo patre deſinant eodem iure manere penes filium, ſed ad communionem ipſo iure reuocentur, quantum attinet ad cauſam dominij quod eſt iuris. De facto autem, id eſt quãtum attinet ad cauſam poſſeſſionis, quæ facti eſt, reuocanda ſint officio arbitri familiæ erciſcundæ, vt in bonorum hereditariorum diuiſionem venire poſſint. Nam quemadmodum per mortem patris filiusfam. ſit paterfamilias, ita & peculium habere deſinit quippe quod paterfamilias habere nunquam poteſt: & ita bona quæ fuerant peculij, incipiunt eſſe ipſo iure hereditatis, citra vllam collationem. Illud non nego † quod 4
Bart. ſibi voluit bona iſta quæ fuerunt peculij profectitij, non poſſe à filio præcipua retineri. Hoc ipſum enim eſt quod volo ſed nego verum eſſe quod ait Bart. debere conferri, cùm non poſſit filius conferre quod alienum eſt. Illud enim ſemper tenendum eſt, aliud eſſe quid conferri, aliud verò præcipuum retineri. Sequitur apud Bart. *Quandoque dat pater filio ſimpliciter ſine aliqua cauſa animo donandi, & hoc conſtat. Iſto caſu an ſimplex donatio veniat conferenda, vel non ſunt opiniones in gloſ. &c. Finaliter dico de iure tenendum ſic eſſe, aut pater donat filio emancipato, & tunc talis donatio venit in collationem. l. vt liberis. C. eod. Ratio, quia in vita patris donatio valet, & quæſita fuit filio, & ſic venit in collationem* Putat † ergo ſimplicem donationem fa- 5
ctam filio emancipato indiſtinctè conferendam eſſe, quod falſum eſt. Etſi enim non nego conferendam eſſe fratribus in poteſtate retentis, vt & cætera omnia bona emancipati vndecunque tandem quæſita *l. 1. & tot. tit. D. eod. l. ea demum. 6. & paſſ. C. eod.* Nego tamen conferendam eſſe fratribus emancipatis, Niſi in duobus illis caſibus quos ponit Iuſtinian. *in l. illud, penult. §. 1. in fin. eod.* id eſt, cùm vel donationis tempore idipſum expreſsè dictum fuit, vel alioquin emergeret inæqualitas inter fratres. Nec dicendum eſt hoc fieri non tam fauore ſimplicis donationis, quàm quòd ex ratione iuris communis, eſſet collatio inter emancipatos, *l. ſi emancipati. 9. Cod. eod.* Non enim vſque adeò ceſſat vt non etiam inuicem cogantur ea conferre quæ à patre ob cauſam aliquam acceperunt, vtputà profectitiam dotem, *l. filiæ dotem. 4. eod. tit.* Atqui donatio ſimplex à patre profecta in filium emancipatum non eo minùs eſt profectitia quod ſit ſimplex perinde ac ſi collata eſſet in filiumf. Siquid profectitiã donationem facit nomen patris, non ius poteſtatis, vt de dote ſcriptum eſt *in l. 5. D. de iur. dot.* Ergo eſſet cõferenda ſi non eſſet ſimplex. Debuit igitur Bart. diſtinguere † An emancipatus 6
idémq; donatarius ad collationẽ vrgeatur à fratribus in familia retentis an ab emancipatis. Primo caſu verum eſt quod ait conferri ſimplicẽ donationẽ, vt vera illa ratio, quia valuit donatio in vita patris, ſi enim non valuiſſet cõferre non poſſet filius quod propriũ non haberet: Sed addendũ fuit huius rationis confirmandæ gratia, *& quia tenetur emancipatus bona ſua vndecunq; acquiſita etiã à matre, aut à quouis extraneo conferre fratribus qui manſerũt in poteſtate*, propter iniuriã ſcilicet quam iis faciunt ſuccedendo patri cuius ſucceſſio ex iure ciuili ad ſuos tantùm heredes pertinebat. Secundo autem caſu falſum ſanè eſt quod vult Bart. ſimplicem donationem cõferri. Nec debuit moueri † ex *d. l. vt liberis.* quæ proculdubio 7
loquitur in eo caſu quo emancipatus confert fratribus in familia retentis. Lata enim eſt ea lex pro emancipatis contra ſuos heredes ad inducendam inter omnes æqualitatem cùm olim iura omnia de collationibus nõ niſi ſuis heredibus fauerent contra emancipatos, vt ſuo loco diſputauimus. Alioqui pugnaret ea lex in eo quod conſtituit Leo vt donationes etiam ſimplices ab emancipatis indiſtinctè conferantur, cum Iuſtin. conſtitutio-

ne *d.l.illud in fi.* vbi vult donationes ſimplices regula-
riter non aliter conferri, quàm ſi hoc ipſum in donan-
do expreſſum ſit. Nec enim dubitandum eſt quin ibi
loquatur de donatione ſimplici quæ facta eſſet à patre
non de ea tantùm quæ facta ſit à matre vel ab auo ma-
terno vt verba legis probant: Et rurſus de ea donatione
quæ valeat, cum ſi non valeret de conferenda ea tractari
non poſſet. Atqui donatio à patre in filiumfamilias
collata nullo modo, nullóque caſu valeret. Neceſſario
igitur lex illa, ex qua parte loquitur de donatione ſim-
plici facta per patrem, debet intelligi & de ea quæ colla-
ta ſit in filium emancipatum, & de illo caſu quo eman-
cipatus donatarius vrgeatur ad collationẽ à fratre emã-
cipato: Neque dura vel commentitia videri debet hæc
interpretatio, cui cauſam illud tantum dat quod ter-
mini habiles ſunt ſemper ſupponendi. Addit Bar. *Nec
dicat aliquis, quod id quod pater dat filio in præmium
emancipationis ſecundum communem vſum loquendi di-
catur ob cauſam donatio. Immo eſt donatio ſine cauſa, quia
magis filius patri, qui eum liberauit à patria poteſtate de-
bebat dare, quam pater filio.* Hoc quoque malè. Nam
quod † pater cùm emancipat filium ei dat ex cauſa emã-
8 cipationis [ſic enim dicendum eſt non vt vulgo iam
ipſis Bart. temporibus *in præmium emancipationis*] non
poteſt negari quin donetur ob cauſam vt filius, qui ex
eo die fit extraneus, & à familia boniſque patris expel-
litur, hoc ſaltem habeat à patre quod ei datur in ipſa
emancipatione propter emancipationem. Fateor quod
vult Bart. nihil patrem debere filio in præmium eman-
cipationis, quia beneficium maius eſt quod accipit fi-
lius à patre, ob idque potuiſſe olim patrem emancipan-
do filium ſibi retinere tertiam partem bonorum, quæ
emancipati quandoque eſſent quæſituri quaſi pro pre-
tio quodammodo emancipationis vt loquitur *Inſt. in
§. hoc quoque inſtit. per quas perſon. cuiq. acq.* aut pro
præmio vt loquitur *Theo. in l. ſi viua matre. 3. Cod. de
bon. matern.* Quanquam nec negari poteſt aliquid
etiam commodi ſentire patrem cùm amittit ſuum here-
dem, quem habere in familia onus certè eſt, vtpote qui
niſi ex certis magniſque cauſis à ſucceſſione expelli
poſſit *l. in ſuis. 11. D. de li. & poſt.* vnde neq; fieri poteſt
vt cuiquam inuito vel ignoranti ſuus heres adnaſcatur
*l. cum nepos 6. l. ſi is qui. 11. D. de adopt. iunct. §. ſed ſi
quis Inſt. eod.* Sed non eſt bona conſecutio vt donatio
facta filio per patrem, quæ non poteſt dici facta in præ-
mium emancipationis, non etiam videri debeat facta
ob cauſam. Cauſa enim donandi eſſe poteſt, etiam vbi
non eſt præmij conferendi. Illud planè Bartolo conce-
dendum eſt emancipatum etiam ſimplicem donationem
ſibi à patre factam conferre cogendum. Loquitur enim
Leo Imp. de qualibet donatione collata in emancipa-
tum ſiue facta ſit ipſo emancipationis tempore ſiue po-
ſtea quandocunque. Sed reſtringenda ſemper eſt vt dixi
conſtitutio ad illum caſum quo de collatione tractetur
non inter emancipatos tantum vt in *d. l. illud in fi.* ſed
inter emancipatos & fratres in poteſtate retentos.

ERROR II.

*De donationibus quæ morte confirmantur an ca-
piantur iure legatorum & in quo differant
donationes factæ à patre à donatio-
nibus inter virum & vxorem.*

SVMMARIA.

1 *Donatio à patre in filiumfam. collata nullo caſu valet.*
2 *Donatio in filiumfam. collata, poteſt viuo adhuc patre confirmari, conferturque ad modum donationis emancipato factæ.*
3 *Bartolus perperam arbitratur donationem morte patris confirmatam aſſumere vires legatorum.*
4 *Licet donatio morte confirmata cenſeatur iure vltimæ voluntatis, non ideò tamen cenſetur iure legatorum.*
5 *Legata, fideicommiſſa, donationes in filiosfam. collatæ diuerſimodè confirmantur.*
6 *Dominium rei donatæ filiof. quomodo ad ipſum mortuo patre donatore transferatur.*
7 *Ex donatione inter virum & vxorem morte confirmata dominium quomodo transferatur.*
8 *Traditio rei filiofamilias donatæ à patre facta inualida an transferendum dominium poſt mortem donatoris.*
9 *Sed ſufficit ex voluntate patris ſi arbiter familiæ erciſcundæ rem donatario adiudicet.*
10 *Donationes in filiofam. collatas non confirmari ex conſtitutione Iuſtiniani in l. donationes. 25. C. de donat. inter vir. & vxor.*

SEQVITVR apud Bartolum. *Si verò do-
nat filio in poteſtate donatio ab initio non valet
per l. antep. C. de donat. inter vir. & vxor. & C.
de inoff. donat. l. 2.* Et tunc dic, ſi quidem ta-
lis donatio confirmatur in vita patris, quia emancipa-
uit filium, idem: quia venit in collationem, *eadem ra-
tione qua ſupra arg. pro hoc. C. de collat. l. ſi emancipati, &
infr. de donat. l. donationes. §. pater. iunct. d. l. vt liberis in
fin. C. de collat.* Hoc quidem rectè quia verum eſt dona-
tionem † à patre in filiumfamilias collatam nullo caſu 1
valere, non tantùm ſi ſimpliciter facta ſit, de qua hic
Bart. loquitur, ſed etiam quod Bartolus non concederet
ſi facta ſit ob cauſam, puta dotis vel propter nuptias
donationis, vel aliam quamlibet: Sicuti probauimus
iam ſæpius ex eleganti illo Papiniani reſponſo quod ex-
tat in *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam. ercisc.* Sed &
illud verum eſt, poſſe viuo † adhuc patre confirmari 2
donationem in filiumfamilias collatam, putà ſi pater fi-
lium emancipauit, nec ei quod donauerit ademerit *d. §.
pater, & l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* Quo caſu
eadem circa huius donationis collationem ſeruanda
ſunt quæ diximus ſeruanda eſſe ſi ab initio collata fuiſ-
ſet donatio in emancipatum. Sed quod ſubiungit † 3
Bartolus. *Si verò confirmatur donatio morte patris tunc
aſſumit vires legatorum l. in donationibus. C. ad leg. falcid.*
Sanè falſum eſt. Nam tum quoque cùm donatio in fi-
liumfamilias collata morte confirmatur, non tamen ſa-
tis bene legatis comparatur: legata ſiquidem cõfirman-
tur per legem duodecim tabularum, vt veriſſimum eſt
l. verbis legis. 120. de verb. ſignific. ideóque ſi ponas le-
gatum fuiſſe per vindicationem, tranſit dominium re-
cta via in legatarium à teſtatore *l. à Titio 64. in fin. D.
de fur. l. legatum. 80. de leg. 2. cùm lex ſit vnus ex modis
dominij iure Quiritum transferendi, apud Vlp. tit. 19. de
acquiſit. rer.* At non ſimiliter poſſis dicere quamlibet
vltimam voluntatem à lege confirmari. Nam & fidei-
commiſſa conſtat pertinere ad cauſam vltimæ volunta-
tis, & tamen non à lege confirmari, ſed à prætore *tit. De
fideic. heredit. & tit. de codicill. apud Inſtin.* adeò vt etiam
quod fideicommiſſario traditum eſt ab herede ex cauſa
fideicommiſſi, legitimè fideicommiſſarij factum eſſe non
dicatur *l. 3. D. ſi vſusfr. peter.* quomodo haud dubiè fa-
ctum eſſet legitimè illius cui traditum eſſet ex cauſa le-
gati, immo & citra illam traditionem. Ergo quamuis 4
verum ſit donationem morte confirmatam cenſeri iure
vltimæ voluntatis, non poſſis tamen ex eo inferre cum
Bartolo cenſeri debere iure legatorum. Lex enim duo-
decim tabularum de vltimis tantum voluntatibus locu-
ta eſt, quæ declaratæ ſunt in teſtamento & verbis impe-
ratiuis per modum legis. Hæ verò donationes nec in
teſtamento factæ ſunt, nec pro eo habendæ acſi factæ
eſſent: cum & inter viuos factæ ſint, & ab inteſtato quo-
que morte confirmentur: quo tamen caſu ſucceſſionis
inteſtati

inteſtati certum eſt legata relinqui olim non potuiſſe, ſed fideicommiſſa tantùm *l. illud. 13. §. 1 l. vlt. & paſſ. D. de iur. codicil.* Debuit igitur Bartolus donationes iſtas æquiparare, & donationes inter virum & vxorem, de quibus in *d. l. in donationibus. 12. C. ad leg. falcid.* fideicõmiſſis potiùs quàm legatis Quanquam ne hoc quidem benè. Non enim ideo confirmantur morte quod accedant ad naturam vltimarum voluntatum, vt vulgo malè creditur, ſed è contrario ad naturam vltimarum voluntatum ideo accedere exiſtimantur quod earum exemplo non niſi morte confirmantur. Dices, fortaſſe parui aut nullius momenti eſſe hanc diſtinctionem, cùm idem videatur effectus eſſe confirmationis. Immo permagni momenti eſſe dico. Sicut & multum intereſt an donationes inter virum & vxorem ſimpliciter confirmatæ ſint, an verbis fideicommiſſi *l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.*

5 Nam legata † confirmantur per legem, fideicommiſſa per prætorem, donationes verò à patre in filiosfam. collatæ, neque per legem confirmantur, quæ cum ſeipſa pugnaret ſi confirmaret eas donationes, quas illa ipſa infirmat, nec patitur valere, neque per prætorem, quia, non ſicuti prætor fideicommiſſarius eſt in eam vnam rem conſtitutus, vt fideicommiſſa tueatur: Ita & prætor aliquis vnquam fuit ad cuius curam id pertineret vt huiuſmodi donationes tueretur etiam poſtquàm morte confirmatæ eſſent. Proin-

6 de mortuo quoque patre † donatore licèt iam confirmata donatio ſit, errat tamen quiſquis exiſtimat hoc ipſo dominium rei donatæ ſtatim poſt donatoris mortem donatario acquiri. Remanet enim in bonis & dominio hereditatis, non ſolùm quandiu iacet hereditas ſed etiam poſtquam adita eſt, in id vſque tempus, quo per officium arbitri fam. erciſc. in diuidenda hereditate res donata adiudicetur donatario tanquam præcipua, vt in *l. filia cuius. 18. Cod. famil. erc. & in l. 2. C. de inoff. donat. l. cum pater. 77. §. pater plurib. de leg. 2.* Cùm enim adiudicatio eſſet olim modus acquirendi dominij etiam iure quiritium, eique locus eſſet tantùm in iudiciis familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, vt ait Vlp. in *dict. tit. de acquiſit. rer.* neceſſaria eſt in propoſito, vt dominium, quod alioqui neque fuit translatum per traditionem factam à patre, neque poſt mortem patris transferri potuit ex poteſtate legis, transferatur poteſtate adiudicationis. Alioqui non poſſet dici quando aut quomodo fieret dominus filius, quem traditio à patre facta dominum non feciſſet. Replicabis ſecundum hanc ſententiam noſtram fu-

7 turum vt ex donationibus † inter virum & vxorem, quæ itidem morte confirmantur, dominium transferri non poſſit, cùm pro eiuſmodi donationibus adiudicatio nulla fieri poſſit, nullo in eam rem comparato iudicio, ex illis tribus quibus proximè diximus adiudicationi locum eſſe. Ad quid verò proderit confirmari eas morte, ſi dominium ex iis transferri nunquam poſſit? Reſpondeo hinc nimirum fuiſſe quod Papin. putabat orationem Diui Seueri de confirmandis inter coniuges donationibus ad rerum duntaxat donationes pertinere, vt Vlp. refert in *l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.* id eſt ad eas tantùm donationes, quæ per traditionem factæ eſſent, quia non videbat qua ratione poſſet fieri vt confirmaretur morte donatoris ea donatio, quæ factum aliquod requireret heredis à quo tamen nihil petitum fuiſſet, vt ex fideicommiſſo conueniri poſſet, ac præterea qui ex perſona defuncti donatoris nihil deberet, quia nec donator ipſe quicquam debuit, quandiu vixit. At in donatione facta per traditionem facilius erat vt admitteretur confirmari eam donatoris morte, quod eo caſu videretur poſſe traditio illa ſufficere ad dominium donatario acquirendum, facta iuſta traditionis cauſa, quæ in eum vſque diem fuerat iniuſta, nullo extrinſecus accedente facto heredis. Præſertim verò cum Diui Seueri conſtitutio ad huiuſmodi donationes confirmandas facta poteſtatem hanc traditioni tribuere videretur. Quid enim aliud eſt ea Seueri oratione confirmari donationem factam traditione interueniente quàm traditionem ipſam confirmari? Quid verò aliud requiri poteſt, vt ex eiuſmodi traditione per dominium facta dominium transferatur, niſi vt traditio ipſa confirmetur? At de confirmandis donationibus à parentibus in filios quos in poteſtate habent collatis, neque oratio Seueri, neque alia lex vlla locuta eſt, ac

8 proinde quamuis † traditio rei donatæ per patrem facta ſit, quia tamen contra leges facta eſt, neque vlla lege, ſed tantùm morte ac ſilentio ipſa donatio confirmatur, non minùs eſt inualida traditio ad transferendum dominium poſt mortem donatoris, quàm eo adhuc viuo, nec idcirco tamen inutilis dici poteſt confirma-

9 tio per mortem ſecuta, cùm proſit ad inducendum † officium arbitri familiæ erciſc. vt res quæ fuit donata & acquiratur per adiudicationem & præcipua retineatur. Omnium enim boni arbitri eſt vt defuncti patris inter liberos voluntatem eam tueatur, quam fuiſſe videt *l. filij. 16. l. vlt. & paſſ. C. fam. erciſc.* Videt auem eam fuiſſe, quam pater declarauit per donationem quantumuis inualidam & iure nullam, cùm ex actu etiam nullo declaretur voluntas. *l. vlt. D. de reb. eor. qui ſub tutel. 1. 2. 3 & paſſ. D. de confirm. tut.* Sufficitque ei vt videat nullo contrario iudicio fuiſſe reuocatam, quamuis nec videat ſpecialiter confirmatam *d. l. filia cuius. 18. C. famil. erciſc.* Sed quæ voluntas ſufficit ad extorquendam ab officio arbitri adiudicationem, eadem ſufficere non poſſet ad transferendum dominium in donatarium ſine alicuius legis aut conſtitutionis, quæ legis vim habeat, poteſtate. Difficilius namque eſt dominium transferre quàm eius transferendi occaſionem præbere. Et ex hoc ipſo fortaſſe illud quoque factum fuit, vt nulla lex aut conſtitutio lata ſit de confirmandis huiuſmodi donationibus à patre in filium fam. collatis, cùm in eam rem officium arbitri familiæ erciſcundæ, & adiudicationis auxilium ſatis eſſe crederetur. Nam vel ponimus filiumfam. cui pater viuus donauerat inſtitutum fuiſſe in teſtamento patris vel præteritum vel exheredatum, vel denique patrem ipſum inteſtatum deceſſiſſe. Si pater inteſtatus deceſſerit, non poteſt dubitari quin locus ſit iudicio familiæ erciſcundæ, quippe quod locum habeat tam ab inteſtato quàm ex teſtamento *d. l. filij d. l. vlt. & paſſ.* Si verò teſtatus quidem ſit ſed filium hunc præterierit, teſtamentum nullum eſt & perinde ac ſi factum nõ eſſet ſuccedi tur ab inteſtato, locuſque eſt iudicio familiæ erciſcundæ, & conſequenter adiudicationi. Si verò filius hic exheredatus ſit, ſicuti à paterna ſucceſſione arcetur ita & ab emolumento donationis illius quæ & ab initio non valuit, & ex poſtfacto tantum abeſt vt confirmata ſit, vt expreſſo iudicio fuerit infirmata. Nam patrem qui filium nominatim exheredauerit & à ſucceſſione tota etiam quæ ex legibus debita videbatur repulerit, quis credat donationem in eundem collatam inutiliter & contra leges confirmatam valuiſſe? Itaque nec vſucapiendi cauſa ex hac donatione præbebitur, niſi ratam eam habeat heres & ex quo die ratam habuerit *l. ſi pater. 4. D. pro donat.* Si denique filius fuit inſtitutus qui etiam in parte aliqua hereditatis meruerit iudicium patris propter quod poſſit etiam coheredes prouocare ad iudicium familiæ erciſcundæ, certum eſt dignum eum eſſe cui res quoque donata præcipua adiudicetur ex patris voluntate, licèt in teſtamento nihil dictum ſit de donatione quam vtique probabiliter nemo dixerit reuocatam videri debere ob id ſolùm, quòd donatarius fuerit prætereà inſtitutus. Nec eſt quod quis dicat ſaltem hodie confirmari huiuſmodi donationes ex conſtitutione Iuſtin. in *l. donationes quas paren-*

10 *tes. 25. Codice de donat. int. vir. & vxor.* vbi Iuſtin. eas æquiparat donationibus inter virum & vxorem quas diximus confirmari oratione Seueri. Nam vt

docuimus *in Error.3. Decad.*40. nihil noui ea conſti-
tutione induxit Iuſtin. in fauore donationum à patri-
bus in filiosfamilias collatarum nec eas exæquauit do-
nationibus inter virum & vxorem niſi in eo quod neu-
træ valeant nec confirmentur morte, eo ſcilicet modo
quo antea confirmabantur, ſi excedant ſummam quin-
gentorum ſolidorum, niſi actis fuerint inſinuatæ.

ERROR III.

De vſucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge.

SVMMARIA.

1 *Illorum reſponſis liquere filiumfam. non poſſe rem ſibi à patre donatam vſucapere pro donato, aut pro herede.*

2 *Malè inde colligi à Cuiacio donationem in filiumfam. collatam non confirmari morte patris, ſed requiri ſpecialem ſupremi iudicij confirmationem.*

3 *Non alias vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, quàm quæ ab initio valuerunt.*

4 *De qua re donata, velint accipi interpretes illud Pauli & Iuliani.* Rem filio à patre donatam vſucapi non poſſe.

5 *Limitationis interpretum refutatio.*

6 *Cur de vſucapione rei per patrem filio donatæ, in eadem voluntate defuncto patre, ſiquidem ea donatio morte patris confirmetur.*

7 *Confirmatio donationis præcedere debet vt de vſucapione rei donatæ filio quæri poſſit.*

8 *Ex donatione quæ patris morte confirmata eſt dominium filio non acquiritur, nedum vſucapiendi occaſio.*

9 *Donationes à patribus in filiosfam. collatæ nec capiuntur iure donationum inter viuos, nec iure legat.*

10 *Differunt & à donationibus inter viuos, & ab vltimis voluntatibus, & à donationibus inter virum & vxorem: & qui.*

INTERSERIMVS hanc quæſtionem non
ſolùm cùm perelegans ſit necdum benè
fortaſſis tractata, ſed etiam quia ſine hac
quæſtione vix eſt vt quæ proximè diſpu-
1 tauimus benè intelligantur. Extat enim Pauli † reſ-
ponſum *in l.1.§.1. D.pro donat.* Si pater filio quem in
poteſtate habebat donauerit, deinde deceſſerit, filium
pro donato vſucapere poſſe, quia, inquit, donatio nulla
fuit. Cui conuenit aliud Iul. reſponſum *in l.2.§.verſic.
filium quoque. D.pro hered.* vbi ex Seruio Iul. ſcribit fi-
lium non poſſe pro herede vſucapere rem ſibi donatam
à patre. Adeóque ſi à patre heres inſtitutus ſit pro par-
te, res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte cohe-
2 redum non vſucapturum. Ex quibus locis † Iacobus
Cuiac. probari credidit donationes à parentibus inter
liberos collatas qui ſint in poteſtate, non confirmari
morte patris ſolóque ipſius ſilentio, ſed requiri ſpecia-
lem ſupremi iudicij confirmationem, vt poſſit conua-
leſcere. Sic enim ille *ad d.l.2.§.1. pro hered. & ad Pau-
lum, lib.5. Sentent. tit.11 §.Pater.* Qui tamen Pauli tex-
tus hanc ſententiam euidenter conuincit: Pauli nam-
que verba ſunt, ſi pater filiofam. aliquid donauerit, &
in eadem voluntate perſeuerans deceſſerit, morte patris
conualeſcere donationem. Tantum enim abeſt vt re-
quirat Paulus ſpecialem confirmationem vt è contrario
caſum potiùs illum excludat quo ſpecialis confirmatio
interuenerit. Qua ſc. interueniente dicendum eſſet,
non morte donatoris conualuiſſe donationem, quomo-
do Paulus loquitur, ſed voluntate illa ſpeciali confir-
matam eſſe: quæ voluntas ſpecialis neceſſe eſt vt ſit vel
legatum vel fideicommiſſum vel donatio cauſa mortis
vt *in l.cùm pater.77.§.pater filiæ, de legat.2.l.donationes
quas parentes.25.C.de donat. int. vir. & vxor.* vel condi-
tio poſita in inſtitutione, vt in *l.pen. D.de collat. dot.* Ne-
mo autem benè dixerit legata, fideicommiſſa, mortis
cauſa donationes, ipſas denique inſtitutiones morte
confirmari, ſaltem eo ſenſu quo dicimus huiuſmodi
donationes ab initio inualidas morte confirmari. Ne-
ceſſe ſiquidem eſt vt & legata & inſtitutiones & cæte-
ræ vltimæ voluntates ab initio valeant, ad hoc vt mo-
riente teſtatore per legem confirmentur, quia nec alias
† vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, 3
quàm quæ ab initio valuerunt. Sed non potuit vir do-
ctiſſimus videre, qua ratione poſſit verum eſſe quod
ſupradictis Pauli & Iuliani reſponſis negatur vſucapi
poſt mortem patris poſſe rem donatam à patre, ſi ad-
mittamus donationes huiuſmodi morte patris confir-
mari. Nam ſi confirmantur, quid attinet tractare de vſu-
capione rei per patrem donatæ, cuius dominium ex ip-
ſa donatione iam fuerit acquiſitum? An fortè id quod
iam factum eſt donatarij per donationem morte confir-
matam, magis ipſius fieri poteſt per vſucapionem? Ne-
quaquam ſanè *leg. in bello. 12. §. & ſi ignorans. D.captiu.
& poſtlim.* Hæc autem obiectio tanti momenti viſa eſt
vulgaribus † interpretibus vt non dubitent ſuperiores 4
locos intelligendos eſſe de donata per patrem re aliena,
& ad eum caſum reſtringendos, quòd non poſſit locus
eſſe quæſtioni de vſucapione rei donatæ à domino, ſiue
donatio ab initio valuerit, ſiue ex poſtfacto confirmata
ſit, ſed tunc tantùm cùm res aliena donata eſt, cuius do-
minium ideò non potuerit tranſlatum eſſe in donata-
rium. Ita enim vſuuenire ſolet, vt quibus caſibus dona-
tio à domino facta dominium transferre poſſet, iiſdem
ſi à domino facta non ſit transferat vſucapiendi condi-
tionem. Eamque volunt fuiſſe ad locos illos dubitandi
rationem. Decidendi verò hanc, quod ita demum do-
natio à patre facta confirmetur morte patris, ſi facta ſit
de re patris, non de aliena, quaſi futurum eſſet inutile
ſic ius conſtitui vt confirmaretur ea donatio, quæ pro-
deſſe non poſſet ad dimidium transferendum. Sed ne-
que hæc interpretatio † ferri poteſt, non ſolùm, quia 5
non parua eſſet confirmationis vtilitas, ſi vſucapiendi
cauſam donatario præberet, vt nemo non videt, quomo-
do & de donationibus inter virum & vxorem diſputa-
mus: cum etiam cùm res aliena donata eſt, an valeant,
nec dubitamus valere, tantum abeſt vt confirmandæ
non eſſent, ſi ab initio non valerent, *l.ſed etſi.25. D. de
donat. int. vir. & vxor.* Sed etiam quia quod Paulus &
Iulianus in ſupradictis locis tractant non poſſe vſuca-
pi rem quæ filiofam. à patre donata fuerit, ad eum ca-
ſum proculdubio pertinet quo etiam res patris non
aliena ſit donata. Vt conſtat ex eo, quod apud Paulum
ſequitur. De donatione inter virum & vxorem, an ex ea
poſſit ſequi vſucapio. Reſpondet enim ceſſare ſimiliter
vſucapionem, quòd tamen non alio caſu verum eſſe po-
teſt, quàm quo fuerit donata res donatoris. Nam ſi vir
vxori, vel vxor viro rem alienam donaſſet, non dubitare-
tur vſucapionem ſtatim poſſidenti procedere, quia ſta-
tim donatio valuiſſet, per quam ſcil. pauperior factus
non eſſet is qui donaſſet, *d. l.ſed etſi.l.3. D. pro donat.*
Adde quod Iul. *in d.l.2.in fin. D.pro hered.* loquitur di-
ſertè de donatis rebus à patre quæ poſt patris mortem
factæ ſint hereditariæ, cùm ait filium à patre inſtitutum
res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte cohere-
dum vſucapere non poſſe. Ergo de rebus donatis quæ
fuerant patris, non alienæ: quia res quæ non fuiſſet pa-
tris, ſed aliena viuo patre, non poſſet poſt ipſius mor-
tem fieri hereditaria, nec pro vlla parte ſpectare ad co-
heredes filij, cùm nihil poſſit eſſe in hereditate, quod
non fuerit in dominio defuncti, niſi ponas auctam eſſe
heredita

hereditatem poſt mortem: nec rurſum quicquam acquiri heredi per hereditatem, quod non fuerit hereditatis, *l.1. §.Scæuola.D.ſi is qui teſtam.liber.eſſ.iuſſ.l.cùm heredes.23.D. de acquir. poſſeſſ.* At neque de portionibus dumtaxat coheredum tractare Iulianus debuerat, ſi tractabat de aliena re donata: Non ob id ſolùm quòd vſucapio illa, ſi locum haberet, non tam coheredibus noceret ad quos res non ſpectaret, quàm domino cuius res aliquando fuiſſet. Verùm etiam quia eadem quæſtio tractanda erat de parte ipſius filij quæ de partibus coheredum. An ſcil. pro ea parte poſſet filius vſucapere contra dominum, perinde ac pro portionibus coheredum contra heredes. Cui quæſtioni non poſſit eſſe locus donata filio per patrem quæ fuiſſet patris, quoniam eodem filio herede inſtituto non egebat vſucapione filius vt portionis ſuæ fieret dominus, cuius dominium ex cauſa hereditaria nactus fuiſſet. Ideóque tantùm de portionibus coheredum erat tractandum, an pro iis poſſet habere locum vſucapio aduerſus coheredes. Illa igitur dumtaxat tollenda ſupereſt dubitatio quam diluere interpretes non potuerunt. Quid attineat quærere de vſucapione † rei per patrem donatæ
6 filio, in eadem voluntate defuncto patre, ſi ea donatio morte patris confirmatur. Reſpondeo vel ex hoc maxime apparere quàm verum ſit quod ſuperiore capite dicebamus, huiuſmodi donationes à patribus in filiosfamilias collatas ſilentio quidem & morte patris confirmari, ſed ita tamen vt ea confirmatio non poſſit ſola ſufficere ad dominium transferendum. Confirmatur ſolo ſilentio & morte patris, neque ſpecialis voluntas requiritur vt iam diximus ex Paulo *lib.5. Sent. tit.11. de donat. §.pater & conſtat præterea ex l. filia cuius.18. C.famil. ercisc.* vbi nihil aliud exigunt Imp. ad inducendam donationis à patre factæ confirmationem, niſi vt contrarium voluntatis paternæ iudicium nullum probetur. Itémque ex ipſa Iuſtiniani conſtitutione *in l.donationis quas parentes.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* vbi diſtinguit Iuſtin. an ſpecialis aliqua donationis confirmatio facta ſit, an nulla: non vt dicat ſpeciali confirmationé non interueniente donationem non valere, ſed vt aliam diſtinctionem inducat. An donatio retrotrahenda ſit ad id tempus quo facta eſt, an non. Vt ſi ſpecialiter confirmata ſit, retrotrahatur, ſin ſecus, non retrotrahatur. In quo non eſt quod putemus quicquam noui conſtitutum eſſe à Iuſtin. fauore huiuſmodi donationum, quarum ius non ſolùm non ampliauit Iuſtin. ſed etiam reſtrinxit hoc conſtituto, vt quæ ſpecialiter confirmatæ non ſunt, nec aliter confirmantur morte, quàm ſi vel non excedant ſummam legitimam, vel quæ excedunt actis inſinuatæ proponantur. Quæ verò ſpecialiter confirmatæ ſunt, eæ non indigeant quidem inſinuatione, cùm defendantur iure vltimarum voluntatum, ſed tamen non poſſint retrotrahi ad tempus, quo factæ ſunt, quomodo propter ſpecialem confirmationem retrotrahi poſſent, ſi eſſent inſinuatę. Sed quamuis hæ donationes iam olim patris morte confirmarentur, non tamen erat ſtatim conſequens vt dominium ex iis transferretur ſtatim poſt mortem patris in donatarium niſi adiudicatio quoque ſecuta eſſet. Ideóque etiam poſt illam confirmationem quæ morte patris facta erat, locus ſupererat quæſtioni. An res quæ à patre ſic donata eſſet, vſucapi à filio poſſet, ſi fortè non ita citò acceptum fuiſſet inter coheredes iudicium familiæ erciſcundæ, & interim hanc rem ſibi donatam filius per conſtitutum tempus poſſediſſet. Aut etiam fortè ſi nulla eſſet cauſa iudicij familiæ erciſcundæ inter filios accipiendi, patre ipſo in vltima ſua voluntate defuncto, arbitri officio per diuiſionem quam feciſſet omnium bonorum ſuorum nulla re indiuiſa relicta, vt *in l.ſi filia.20.§.ſi pater.D. fam.erciſc.* His enim caſibus verumque verum eſt confirmatam eſſe patris morte donationem, & nihilominùs quæſtioni de vſucapione locum fieri. Immò ſi ſubtiliùs inſpicere volumus, neceſſe † eſt confirmationem iſtam præcedere vt de vſucapione quæri poſſit. Nimis enim certum eſſet, ac extra omnem omninò dubitationem, non poſſe pro donato vſucapionem ſequi ex ea donatione, quæ nec ab initio valuiſſet, nec vnquam confirmata fuiſſet: Cùm vſucapio omnis & conſequenter hæc quoque pro donato requirat omnimodo titulum præcedentem, cúmque talem, qui re vera ſit, non ſola opinione, vt ſcriptum eſt 7
in princ. d.l.1.pro donat.l.pen.& vlt.C.pro hered. Sed ita ſuppoſito iure, vt hæc donatio morte patris fuerit confirmata, poterat eleganter & probabiliter dubitari, de vſucapione, an prodeſſe filio deberet ad acquirendum ei dominium, perinde atque per adiudicationem acquiri poſſet, ſi quis adiudicationi locus eſſet, cùm vſucapio & adiudicatio in eo conueniant, quod vterque modus eſt acquirendi iure quiritum dominij, cúmque non videatur poſſe dici nullam eſſe donationem quæ morte fuerit confirmata. Verùm placuit prudentibus illam confirmationem vſque adeò ex ſe infirmam eſſe, niſi officio arbitri adiuuetur, vt non modò inutilis ſit ad dominij tranſlationem inducendam, ſed etiam ad initium vſucapioni dandum, quia ſemper verum eſt, donationem nullam eſſe, tum quoque cùm morte confirmata eſt, quouſque vires ſumpſerit per adiudicationem ab arbitrio familiæ erciſcundæ faciendam: Denique confirmationem illam ad aliud non prodeſſe, niſi ad hoc vt officium arbitri inducat, arbitriumque mouere debeat, vt ſecutus patris voluntatem, quæ nuſquam fuerit reuocata, rem donatam filio præcipuam adiudicet, quam vtique adiudicare non deberet, ſi donatio morte patris confirmata non eſſet. Quis ergo iam auſit dicere ex donatione † quæ patris morte confirmata 8
ſit, dominium acquiri filio, cùm nequidem vſucapiendi conditio ex ea præbeatur? Quo admiſſo an non etiam optimè ſequitur non capi † eas nec iure donationum 9
inter viuos, nec iure legatorum? Nam ſi eo iure caperentur, vtique ſtatim poſt mortem patris, dummodò adita quandocumque ipſius hereditate dominium filio donatario acquireretur, quod viuo patre quæri non potuiſſet. Nec eum caſum excipio quo retrotrahuntur ad tempus vitæ quo factæ. Nam cùm non alio caſu retrotrahantur quàm quo confirmatæ ſunt ſpeciali aliqua voluntate, in eámque rem aptiſſima ſint verba fideicommiſſi vt conſtat ex *d.l. cùm pater.77. §.pater filia, de legat.2.* quis dicat verba fideicommiſſi poſſe facere, vt donatio inter viuos quæ ab initio non valuit conualeſcat iure donationis inter viuos? Quod ſi illud etiam mirere huius fideicommiſſi poteſtate retrotrahi donationem cùm nec fideicommiſſum ipſum retrotrahi poſſit ad id tempus quo donator vixerit ſiquidem fideicommiſſa omnia pertinent ad vltimas voluntates quibus omnibus commune illud eſt vt non niſi ex die mortis ſumant effectum] ſcite debes non alia ratione fieri hanc retroactionem, quàm quod pater qui donationem à ſe factam filio verbis fideicommiſſi confirmat, id apertè agat, vt conferat in fideicommiſſum quidquid veniſſet in donationem, vel in donationis conſequentiam, ſi donatio ab initio valuiſſet. Atqui partus editi & fructus percepti ex re donata poſt donationem perueniſſent ad donatarium ſi valuiſſet donatio, nec ſi matres ante donatorem periiſſent idcirco partus ex iis editos & iure dominij donatario acquiſitos reſtitui donatori eiúſve heredibus oportuiſſet. Ergo neque reſtituendi erunt, quamuis donatio non valuerit ab initio ſi modò confirmata ſit verbis fideicommiſſi. Eáque Pap. ſententia & ratio eſt *in d.§ pater filia.* Ex quo concludimus donationes † iſtas à patribus in filiosfam. collatas pro- 10
priam & ſingularem habere naturam à donationibus inter viuos & ab vltimis voluntatibus adeóque à donationibus inter virum & vxorem quibus tamen ſimiliores videntur differentem. Differunt à donationibus inter

ter viuos, quoniam donatio inter viuos non ſolùm valet, ſed etiam irreuocabiliter, ita vt ſi eius reuocandæ poteſtatem ſibi donator retineat, non poſſit dici inter viuos donatio, *l. 1. D. de donat. l. vbi ita. 29. D. de mort. cauſ. donat.* Donatio autem à patre in filiumfam. collata non valet, ac quod eſt conſequens pro arbitrio reuocari poteſt, & quocumque voluntatis iudicio, etiam per ſolam exheredationem, *l. 4. D. pro donat.* Et tamen hoc habet à donatione inter viuos, vt egeat inſinuatione, qua nec vltimæ voluntates egent nec donationes cauſa mortis, tanquam ad naturam vltimarum voluntatum propius accedentes, *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* Rurſus in quo ſimilis eſt donationi inter viuos, in eo ipſo diſtat ab vltimis voluntatibus, & quod magis eſt etiam à donationibus cauſa mortis, cum quibus tamen illud commune habet quod & donatio eſt & morte confirmatur, quod vtrumque proprium eſt donationis cauſa mortis, *l. non videtur. 32. D. eod.* Et ſanè ſi qua ſpecies vltimæ voluntatis eſſet cui donatio à patre in filiumf. collata æquiparari poſſet, ea potiſſimum eſſet donatio cauſa mortis. Et tamen non magis verum eſt donationem hanc valere iure donationis cauſa mortis quàm iure legati. Alioqui nullo egeret adminiculo arbitri fam. erciſc. quo nec indigent legata, quę per legem duodecim tabularum confirmantur, nec donationes cauſa mortis, quoniam ad exemplum legatorum capiuntur, *l. Marcel. 15. l. etſi debitor. 17. l. illud. 37. eod. tit. de mort. cauſ. donat. §. 1. Inſt. de donat.* nec denique fideicommiſſa, quæ licet ſui natura ſint omnium infirmiſſima, vires tamen ſumunt ex tuitione & iuriſdictione prætoris.

ERROR IV.

Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l. 2. §. 1. D. pro hered. l. 1. §. vlt. D. pro donat.

SVMMARIA.

1 *Cur non ſit vſucapioni locus, vbi pater filio quem habet in poteſtate donauit rem alienam & n. 3.*
2 *Quænam donationes inter coniuges valeant.*
4 *Vulgare pronunciatum,* Neminem poſſeſſionis cauſam ſibi mutare poſſe, *ad poſſeſſionem naturalem etiam pertinere.*
5 *Diſſenſio Ictorum in quæſtione vtrum naturalis poſſeſſio rei fuerit penes filiumfam. re donata à patre ei tradita.*
6 *Explicatur ſent. l. 1. §. vlt. D. pro donat.*
7 *Traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium transferendum, nunquam dominium ex poſt facto transfert, nec ſi noua interueniat voluntas transferendi.*
8 *Res donata coniugi vbi donatio morte confirmata eſt quomodo donatario acquiratur.*
9 *Lex eſt modus transferendi iure Quiritium dominij.*
10 *Dominium bonitarium acquiri poteſt etiam per traditionem legis autoritate deſtitutam.*
11 *Dominij bonitarij & quiritiarij differentia.*

1 QVI igitur dicemus ſi pater † filio quem habet in poteſtate donauerit rem alienam? Apparet ſatis ex ſupradictis non eo magis futurum vt vſucapioni locus eſſe poſſit. Non quia donatio morte non ſit confirmata, vt vulgò putant, ſed quia etiamſi pater rem propriam donaſſet, quo caſu eſſet confirmata morte donatio, nihilo magis tamen prodeſſet ad cauſam vſucapionis vt probauimus. Abſurdum autem foret maioris eſſe poteſtatis donationem rei alienæ, quàm eius rei quæ fuiſſet propria donatoris. In quo rurſus alia ratio eſt donationis † 2
inter virum & vxorem, quæ ſi facta ſit de re propria donatoris non valet ab initio, egétque confirmatione. Si verò de re aliena valet, tanquam quæ non faciat donatorem pauperiorem. Eas namque ſolas donationes inter coniuges non valere certum eſt quæ donantem faciunt pauperiorem, & accipientem locupletiorem, *d. l. ſed etſi. 25. de donat. int. vir. & vxor.* At donationem † 3
inter patrem & filiumfam. non ea ratio impedit, quod pater donando fiat pauperior, ſed illa quod inter patrem & filium ciuilis obligatio conſiſtere nulla poſſit, quæ ratio perinde locum habet ſiue ſuam rem pater donauerit, ſiue alienam. Sicuti autem filius rem ſibi à patre donatam, ſiue patris fuerit, ſiue aliena, pro donato vſucapere non poteſt, quia nulla donatio eſt [ideóque nimirum Paulus poſtquam principium illud propoſuit, Pro donato vſucapere illum dumtaxat poſſe cui donationis cauſa res tradita eſt, nec ſufficere opinari, ſed & donatum eſſe oportere, ſubiicit de filio cui pater donauerit, & negat vſucapioni locum eſſe, quia donatio nulla fuit, *d. l. 1. ff. pro donat.*] Ita nec ſi heres à patre inſtitutus ſit, vſucapiet pro herede, quia ſibi mutare cauſam poſſeſſionis non poteſt, nec facere vt quod ab initio poſſedit pro donato & quandiu pater vixit, incipiat poſſidere pro herede poſt mortem patris. Nam quod vulgò dici ſolet, neminem † poſſeſſionis cauſam ſibi 4
mutare poſſe, non ad eam tantùm poſſeſſionem pertinet, quæ ciuilis eſt, quam proculdubio filius ex paterna donatione quam ius ciuile improbat nanciſci non potuit, ſed etiamſi ad naturalem, quæ tota ex facto æſtimatur, & quam dubitandum non eſt acquiri traditionem, quantumuis iure nullam & inualidam, quia res facti, qualis eſt poſſeſſio, infirmari iure ciuili non poteſt, *l. Pompon. 35. D. fam. erciſc. l. 1. §. ſi vir vxori. D. de acq. poſſ.* Idque eſt quod ſentit Iul. *in d. l. 2. §. 1. D. pro her.* vbi poſteaquam dixit nemini permittendum vt mutet ſibi cauſam poſſeſſionis ne quidem naturalis. Infert ex eo, primùm neque colonum, neque eum apud quem res depoſita, aut cui commodata eſſet lucri faciendi cauſa pro herede vſucapere poſſe. Deinde filium quoque donatam rem à patre non poſſe vſucapere pro herede. Idque iam ante Seruium ſcripſiſſe, qui ſc. exiſtimabat naturalem poſſeſſionem penes eum fuiſſe viuo patre. quibus verbis innuit Iul. non † idem prudentibus omnibus 5
viſum fuiſſe, cùm plerique exiſtimarent eam donationem & traditionem, quæ contra leges fieret, aut ſaltem iure facta non eſſet, nullum prorſus effectum habere debere ne quidem ad transferendam naturalem & corporalem poſſeſſionem. Ad quod etiam reſpiciens Paulus *in d. §. ſi vir vxori*, ita ſcribit vt dicat pleroſque putare ſi vir vxori cedat poſſeſſione donationis cauſa vxorem poſſidere. Ergo non omnes idem putarunt, quamuis in coniuge, cui res donata eſſet à coniuge, minorem dubitationem hoc haberet, quam in donatione facta filio per patrem, quia ibidem ratiocinatur Paulus, quid attinet dicere mulierem non poſſidere, cùm maritus vbi noluit poſſidere protinus amiſerit poſſeſſionem: nec enim poteſt videri per vxorem poſſidere, quam non habeat in poteſtate. At cùm pater filiofamilias donauit, poſſet dici non deſiiſſe patrem poſſidere quod filio tradidit, ſed per ipſum filium, quandoquidem etiam per filiumfam. non minùs quàm per ſeruum poſſeſſio acquiri poſſet, *d. l. 1. §. item acquirimus, l. 4. eod.* quanto igitur magis retineri? Seruij tamen ſententiam quam Iulianus probat *in d. l. 2. §. 1. pro her. & in l. 1. in fin. pro don.* probauit etiam Papin. *in d. l. Pomponius.* Nec malè, quia poſſeſſio naturalis tota facti eſt, nec quicquam iure mutatur, cùm à iure ipſo improbatur *d. §. ſi vir vxori.* quamuis in ea quæ naturalis quidem tantùm, ſed tamen iuri non conſentanea eſt, vt quam fructuarius habeat, aliud reſponderit idem Papin. *in l. poſſeſſ. iunct. l. naturaliter. 12. eod. tit. de acq.* Cætera quæ hîc poſſent dici de donatione

ne inter coniuges ad interpretationem *d. l. D. pro don.*
petenda ſunt ex iis quæ ſcripſimus *lib. 7. coniect. c. 13.*
vbi oſtendimus in eius quoque loci interpretatione
multa peccare interpretes noſtros & veteres & recen-
tiores, quæ hic nolumus inculcare. Dicendum tantum
6 aliquid eſt de ſententia † Pauli *in d. l. 1. §. vlt. eod. tit. pro
donat.* Nam quod diximus & probauimus capite præ-
cedente locum illum neceſſariò accipiendum eſſe de
facta inter coniuges donatione rei propriæ non alienæ,
quoniam aliena re ſic donata, vt non poſſet videri ex ea
donatione pauperior effectus donator, ſtatim vſucapio
præcedere inciperet, dubitationem recipere videtur, ex
eo quod Paulus, vbi generaliter ſcripſit, ſi inter virum
& vxorem donatio facta ſit ceſſare vſucapionem, idém-
que eſſe ſi vir vxori rem donauerit & diuortium inter-
ceſſerit, idque & Caſſium reſpondiſſe, ratione illa quòd
non poſſit cauſam poſſeſſionis ſibi ipſa mutare, ſubiun-
git in hæc verba, *aliàs ait poſt diuortium ita vſucaptu-
rum ſi eam maritus conceſſerit quaſi nunc donaſſe intelli-
gatur.* Quid enim eſſet propter quod de rei vſucapione
tractari oporteret ſi maritus rem propriam donaſſet
vxori poſt diuortium? An non valeret eo tempore fa-
cta donatio, quæ prohibita non eſt niſi inter coniuges?
Valeret vtique. Nam & quæ conſtante matrimonio fa-
cta eſt valet, ſi conferatur in id tempus quo matrimo-
nium ſit diſſolutum, vt euenit in donationibus cauſa
mortis, *l. ſi eum. 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. ff. de donat. int. vir.
& vxor.* Sicut è contrario quæ facta eſſet ante nuptias
non eo valeret, ſi collata eſſet in tempus nuptiarum,
l. 4. C. de donat. ant. nupt. Et tamen Caſſius putabat, quod
& Paulus probat vſucapioni locum fore ſi poſt diuor-
tium maritus vxori rem conceſſiſſet, quaſi tunc donaſſe
intelligeretur. Negabat igitur ex ea conceſſione domi-
nium in mulierem tranſlatum eſſe, quod ſi eſſet tranſla-
tum, nullus vſucapioni locus relinqueretur. Ergo, in-
quiunt interpretes, donata erat res aliena non quæ fuiſ-
ſet donatoris, quoniam ex donatione rei propriæ dona-
toris facta poſt diuortium fuiſſet dominium tranſla-
tum. At reſpondeo Paulum eo loco tractare quidem de
re donata quæ propria erat donatoris, & poſt diuor-
tium conceſſa, ſed non de re poſt diuortium tradita,
quæ cùm iam eſſet tradita conſtante adhuc matrimonio,
vt ex eo apparet quod Paulus ait non poſſe mulierem
poſt diuortium mutare ſibi cauſam poſſeſſionis, non
potuit iterum tradi poſt diuortium niſi poneres, quòd
lex non ponit, fuiſſe ab vxore reſtitutam marito. Neque
verò lex ait fuiſſe hanc rem mulieri traditam poſt di-
uortium, ſed conceſſam: quod longè diuerſum eſt. Con-
ceſſio enim nihil ſignificat, niſi voluntatem mariti con-
ſentientis poſt diuortium, vt mulier eam rem, quam ex
inutili donatione ſibi traditam, naturaliter poſſidere
cœpit, retineat: Quam voluntatem nihil vetat nudam
eſſe, id eſt traditione quoque deſtitutam. At traditio
non illam voluntatem nudam ſignificat, ſed factum ip-
ſum tranſlatæ poſſeſſionis, quod factum interuenire ne-
ceſſe eſt, vt dominium transferatur. Denique nuda con-
ceſſio ſine traditione dominium non transfert, quod
neque nuda traditio tranferret, *l. nunquam nuda. 31. ff.
de acq. rer. domin.* Sed tamen ſi conceſſionem traditio
præceſſerit, vt in caſu noſtro, conceſſio quæ non pro-
deſt ad dominij tranſlationem, prodeſt ad inducendam
vſucapionem, purgato ſcilicet vitio donationis quæ
non valuerat, quod facta eſſet inter virum & vxorem.
Nam ad purgandum vitium donationis ſufficit volun-
tas illa ſola, quæ tamen non poteſt ſufficere ad domi-
nium transferendum, quia noua traditione opus eſt, vt
per traditionem acquiratur dominium, cùm prior tradi-
tio non valuit, non etiam vt vſucapiendi cauſa præbea-
tur, quandoquidem iuncta cum vſucapione traditio
plus debet poſſe quam traditio ſola: quamquàm hoc
caſu non ex traditione transfertur dominium, ſed ex
vſucapione, quæ ob hoc ipſum neceſſaria eſt, quod non
potuerit dominium transferri ex ea traditione, quæ
non valuerit. Generale namque ac perpetuum eſt vt † 7
traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium trãſ-
ferendum, nunquam transferre dominium ex poſtfacto
queat, nec ſi noua interueniat voluntas transferendi,
quia non nuda voluntate, ſed traditionibus tantùm aut
vſucapionibus dominia transferuntur, *l. traditionibus.
20. C. de pact.* traditio autem facti eſt, non iuris, aut vo-
luntatis, *l. conſ 6. §. vlt. D. de curat. furioſ.* Niſi legis auto-
ritas interueniat aut alia iuris conſtitutio quæ habeat
vim legis, vt euenit in donationibus † inter virum & 8
vxorem, quæ ex Seueri oratione ſic confirmantur mor-
te vt quamuis traditio, neque ab initio valuerit, quæ
contra ius facta eſt, neque poſtea noua vlla facta ſit, ip-
ſo tamen iure acquiratur donatario res donata, poſt cõ-
firmatam donatoris morte donationem, perinde acſi te-
ſtamento datum & legatum eſſet quod reuera fuit do-
natum, vt ait Vlp. *in l. cùm hic ſtatus. 32. §. 1. D. de don.
int. vir. & vxor.* Aliter atque ſi donatio inter virum &
vxorem ab initio inualida verbis teſtamenti conuerſa
eſſet in cauſam fideicommiſſi vt eleganter ſcriptum eſt,
in l. ex verbis. 12. C. de don. int. vir. & vxor. Lex enim † 9
non minus iure modus transferendi eſt: Quiritium do-
minij quam traditio & vt eſt apud eundem Vlp *tit. 19.
de acq. rer.* nec proinde indiget adminiculo vllo vel tra-
ditionis vel vſucapionis. Cùm è contrario tam traditio
quam vſucapio egeat adminiculo legis ad transferen-
dum dominium, ſaltem quiritiarium. Hoc namque ad-
dendum eſt, vt excludamus cauſam dominij bonitarij,
quod † vtique acquiri poteſt per traditionem etiã quæ 10
legis autoritate non adiuuetur, ſed iuriſdictione tan-
tũ prætoris vt in ſpecie, *l. ſi finita. 15. §. Iul ſcribit. D. de
dam. infe.* vbi ob hanc cauſam ſcriptum eſt eum qui iam
à prætore factus ſit dominus ſcil. bonitarius ex quo iuſ-
ſus eſt ſibi poſſidere ex cauſa damni infecti, incipere
vſucapere, vt dominium etiam quiritiarium acquirat.
Vt proinde minus videri mirum debeat, quod etiã poſt
conceſſionem quam maritus vxori fecerit ſoluto iam
per diuortium matrimonio, eius rei quam eidem ante
diuortium donauerat, adhuc de vſucapione tractamus
cum Paul. *in d. l. 1. §. vlt. pro don.* quia tandiu poteſt vti-
lis eſſe vſucapio quandiu dominium quiritiarium quę-
ſitum non fuit: multò magis neceſſaria videri debet
neque vtilis ei qui nec bonitarium quidem dominium
ſibi acquiſiit ex iniuſta & improbata donatione. Domi-
nium † namque bonitarium licet iuris ciuilis poteſtate 11
non indigeat, vt poſſit vel transferri vel acquiri, in quo
differt à quiritiario, nunquam tamen ex ea traditione
poteſt acquiri cui ius reſiſtat. Major enim ad impedien-
dum poteſtas eſt iuris reſiſtentis, quàm concurrere
dumtaxat nolentis.

ERROR V.

De Papiniani & interpretum diſtinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Papiniani in quæſtione qua donatio inter coniuges morte confirmetur interpretibus probata.*
2 *Vlpianum Papiniani diſtinctionem improbaſſe in l. cùm hic. 34. §. ſine autem. 23. & l. ſi ſtipulata. 33. in pr. D. de don. int. vir. & vxor.*
3 *Accurſij reſponſiones ad dd. ll. refelluntur.*
4 *Ab Alex. Imper. in l. 2. C. de dot. caut. non num. Papiniani diſtinctionem improbatam eſſe.*
5 *Refellitur ſententia interpretum contendentium in d. l. 2. agi de donatione per traditionem perfecta.*

6 *Di*

6 *Diſtinctionem Papiniani non probari ab Vlpiano in l. Papin.23. D.de don. int.vir.& uxor.*

7 *Duareni opinatio de duplici oratione de confirmandis donatione reiecta.*

8 *Quæ rationes Papinianum impulerint vt ſtatuerit donationem per traditionem factam coniugi morte donatoris confirmari, non verò eam quæ facta eſſet per ſtipulationem, & earum rationum refutatio.*

9 *Donationes inter coniuges morte confirmatæ ex oratione Seueri vim habent legatorum, magis quàm fideicommiſſorum.*

10 *Nomina* legati, fideicommiſſi, & donationis cauſa mortis, *promiſcuè nonnunquam accipiuntur.*

11 *Donationes inter coniuges licet iure legatorum capiantur, ab inteſtato tamen valent.*

12 *Valent etiamſi donator decedat ſine herede.*

13 *Opinio quæ orationem Seueri ad omnes donationes inter coniuges producit eſt fauorabilior ſententia Papiniani.*

14 *Sententiam Papin. non poſſe adſtrui ex l.ſi in ſeruus. 20.D.de don.int.vir & vxor.aduerſus Couarr.*

AGENDVM nobis erit hoc capite humanius
cum pragmaticis & interpretibus noſtris,
qui Papin. erroris ſui autorem laudant &
1 aſſertorem. Diſtinguebat † enim Papinianus,
quomodo & illi diſtinguunt, an donatio inter virum
& vxorem facta eſſet per traditionem an per ſtipulationem,
quibus tantùm duobus modis fieri olim
poterat donatio cùm nondum eſſet inductum quod poſtea
Iuſtin. conſtituit, *l.ſi quis argentum. 35. §. ſed etſi
quis, verſ. ſin verò. C. de don.* vt ex nudo pacto donationis
agi poſſet. Si donatio per traditionem facta eſſet non
dubitabat Papin. quin mortuo donatore in eadem voluntate
donatio ex Diui Seueri oratione confirmaretur,
ſed ſi per ſtipulationem, puta cum vxori ſtipulanti maritus
donandi animo ſpopondiſſet, non putabat conueniri
poſſe ex ea ſtipulatione heredem mariti, tametſi durante
voluntate maritus deceſſiſſet, vt Vlpian. refert *in
l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.* Hanc ipſam diſtinctionem
ſecuti ad eum locum interpretes negant morte
donatoris confirmari donationes per ſtipulationem
factas, ſed eas tantum etiam hodie confirmari volunt,
quæ perfectæ ſint per traditionem, teſte Didac. Couarr.
in 3. p. rubr. de teſtam. n. 3. Cuius diſtinctionis rationem
nec adferunt nec quærunt, contenti autoritate Papin.
qua nos etiam contenti eſſemus ſi non pugnaret contra
Papin. autoritas aliorum prudentum, itemque Imp.
2 Video enim eundem † Vlp. *in l. cùm hic ſtatus. 32. §. ſiue
aut. 13. eod. tit.* generaliter ſcribere ſiue res fuit quæ
donata eſt, ſiue obligatio remiſſa poſſe dici donationem
effectum habituram, & generaliter vniuerſas donationes
quas antea impediri dixerat ex oratione valere. Dixerat
autem *in l. 3. §. ſciendum, eod. tit.* ſiue corpus traditum
ſit traditionem nihil valere, ſiue ſtipulanti promiſſum
ſit vel accepto latum nihil etiam valere promiſſionem
nec acceptilationem, quod ipſo iure nullius
momenti ſint quæcumque inter virum & vxorem donationis
cauſa geruntur. Sed & *in l. ſi ſtipulata. 33. in
princ. eod. tit.* idem Vlp. ait ſi mulier annuum ſtipulata
fuerit, id quidem ex ſtipulatu petere illam conſtante
matrimonio non poſſe: Sed ſi manente matrimonio deceſſiſſe
maritus proponatur poſſe dici ſtipulationem ex
Senatuſconſulto confirmari, *quia*, inquit, *in annuo quoque
donatio vertitur.* Quæ ratio apertè refellit ſententiã
3 † Accurſij reſpondentis ſpeciale hoc eſſe in annuo, cum
è contrario appareat ita Vlp. reſpondiſſe, non quod de
annuo quæreretur, ſed quia in annuo quoque donatio
verteretur. Sicut & illud improbabile eſt, quod idem
Accur. & poſt eum cæteri reſpondent, *ad d. §. ſiue autem,*
tractari eo loco de donatione liberatoria, quæ fauorabilior
ſit, & eſſe debeat, quam obligatoria, cùm nihil
potuerit Vlp. ſcribere generalius, quam quod ſcripſit
illis verbis. *Et generaliter vniuerſæ donationes quas
impediri diximus ex oratione valebunt.* Quod cum Vlp.
ſcribat, quaſi non tam ex ſua, quam ex receptiſſima iam
tum opinione prudentum, facilè eſt intelligere Papin.
diſtinctionem ab interpretibus noſtris probatam, à cæteris
prudentibus receptam nunquam fuiſſe De quo ne
poſſimus dubitare facit etiam reſcriptum † Imp. Alex. 4
non ad Papinianum, ſed ad Papinianam fortaſſis Papin.
ipſius filiam, *in l. 2. C. de dot caut. non num.* vbi ſcriptum
eſt, quod de ſuo maritus conſtante matrimonio donandi
animo in dotem adſcripſit, ſi eandem donationem
legitimè id eſt ſiue traditione ſiue ſtipulatione interueniente,
confectam non reuocauit maritus, qui incrementum
doti dedit, & durante matrimonio mortem
obiit, ab heredibus mariti quatenus liberalitas interpoſita
munita eſt peti poſſe. Ex quibus poſtremis verbis
illud etiam refellitur † quod noſtri, vt adeò apertam 5
obiectionem effugiant, reſpondere ſolent, agi eo loco
de donatione quæ fuerit per traditionem perfecta. Nam
præter id quod nihil aliud lex requirit, niſi vt donatio
quæ non fuit reuocata, legitimè confecta ſit, conficitur
verò legitimè, non minùs quæ per ſtipulationem fit,
quam quæ per traditionem, vt nec Accurſ. & ſe ad eum
locum diſſimulare poteſt. Illud etiam apparet, ſi donatio
in ea ſpecie per traditionem facta fuiſſet, futurum vt
debuiſſet Imp. mulieri proſpicere aduerſus heredes mariti
in eadem voluntate defuncti non per actionem, ſed
per retentionem. Neque verò petitioni vlli locus eſſe
potuiſſet, cùm donationis per traditionem factæ confirmatio
eam vim habeat, vt res donatæ & traditæ fiant
ipſo iure illius cui donatum fuit, defuncto quandocumque
donatore, *d. l. cum hic ſtatus. 32. §. 1.* vbi quod ſcribitur,
*vt ipſo iure res fiant eius cui donatæ ſunt & obligatio
ſit ciuilis*, vtramque donationis ſpeciem comprehendit,
& eam quæ per traditionem perfecta ſit, & eam quæ
per ſtipulationem & vtriuſque confirmationem fieri
per mortẽ donatoris probat non obſcurè. Nam ſicuti
non potuit oratio D. Seueri facere, vt res donatæ fierent
ipſo iure donatarij niſi eo caſu quo traditio interueniſſet,
ita facere debuit, vt ſi nulla traditione interueniente
donatio per ſtipulationem duntaxat confecta
eſſet, obligatio ciuilis contraheretur, ex qua naſci darique
poſſet actio ad effectum donationis conſequendum.
Nec ſanè video quid aut quibus verbis hoc ipſum
quod volumus exprimere Vlp. potuerit apertius, aut
etiam Alex *in d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* vbi cum loquatur
de dote quam maritus adſcripſerit, oſtendit ſatis,
non tam traditione, quàm ſcriptura factam fuiſſe
donationem quod & titulus ipſe probat. Eſt enim non
de dote tradita, ſed è contrario de dote cauta, non numerata,
id eſt, non tradita. Quid ergo interpretes omnes
præcipites egit, vt tanto conſenſu amplexi fuerint Papin.
diſtinctionem? Hoc vnum ſcil. quod eam ab Vlp.
non tantum relatam, ſed etiam probatam fuiſſe putant
in d. l. Papin. ſecuti vulgatam lectionem quæ ſic habet
Papin. rectè putabat. Cùm tamen † veriſſimum ſit Pap. 6
ſententiam eo loco referri tantùm non etiam probari, &
ex interpretum veterum errore dictionem illam *rectè* in
textum irrepſiſſe, vt à nobis probatum eſt ex ipſius quoque
Accurſ. gloſſemate *lib. 2. coniect. cap. 7.* Qua ſublata
manifeſtum fit eam Papin. ſententiam non ſolùm non
probari, ſed etiam ſic referri quaſi quæ iam tum exploſa
eſſet, alioqui ſcribendum erat *Papin. putat*, non quomodo
ſcriptum eſt *putabat*. Nec minùs improbabile eſt
quod quidam putant † duplicem fuiſſe orationem. De 7
confirmandis donationibus inter virum & vxorem: Vnã
minùs plenam, quæ facta fuerit ante tempora Pap. aliam
poſteriorem quæ Papin. fuerit incognita. Quam ſententiam
à Duareno primùm inductam nos & commentitiam,
& falſam eſſe probauimus ſupradicto Coniecturarum
loco. Illud operæ pretium eſt quærere quam rationem

tionem habuerit Pap. ita vti dictum eſt diſtinguendi, Neque enim tantùm Iureconſultum tam facilè ac temerè, quàm ſi ex Doctoribus noſtris fuiſſet, erraſſe credendum eſt. Mouebant † eum primum verba illa orationis, *Heredem verò eripere*, ab Vlp. relata *in d. l. cùm hic ſtatus. §. ait oratio*. Eripiendi namque verbum quo vſa eſt oratio, ſupponit rem donatam eſſe penes donatarium, quod non aliter fieri poteſt, quàm ſi facta ſit donatio per traditionem. Sed ratio hæc valdè leuis eſſet, parumque digna Papiniano, ſi non adiuuaretur. An non enim eripit liberalitatem donatoris heres, tum quoque cùm donationem ſtipulatione interueniente factam nō vult ratam habere? Credibile eſt illa etiam ratione iuris motum fuiſſe Papin. quam attigimus in Dec. huius Err. 2. quod donationes iſtæ inter virum & vxorem inter viuos factæ, non poſſunt heredem obligare tanquam heredem & ex perſona defuncti, cùm defunctus ipſe quandiu vixit nullomodo ex ea donatione fuerit obligatus: Huic enim conſequens eſt vt vel facto aliquo heredis opus ſit ad eum obligandum, vel vt nullomodo obligetur. Obligari autem ex ſuo facto non poteſt quin promittat illud ipſum, quod defunctus promiſerat, quod tamen vt inuitus promittat, nulla iuris arte cogi poſſit. Quod non ſimiliter dici poteſt facta per traditionem donatione, quia tunc nullo heredis facto indicta donatarius vt donationis in ſe collatæ effectum conſequatur, cùm ei ſufficiat quod rem iam habeat penes ſe ex traditione ſibi facta per donatorem, nec heredi donatoris permittatur vt ipſi eam auferat, &, vt loquitur oratio, eripiat. Eſt enim multo facilius, vt prohibeatur heres ne quid faciat, præſertim contra ſupremam deceſſoris ſui voluntatem, quàm vt ad aliquid faciendum obligetur. Denique ad confirmandam donationem & implendam quæ per traditionem facta ſit, ſolo heredis non facto opus eſt. Ad eam verò confirmandam quæ per ſtipulationem contracta ſit, etiam facto ipſius opus eſt. Verùm hanc quoque Papiniani rationem illud perimit, quod cæteris prudentibus placuit ſic interpretandam orationem vt donationes iſtæ eo iure cenſeantur, quaſi teſtamento confirmatum fuerit id quod donatum eſt, quomodo loquitur Vlp. *in d. l. cùm hic ſtat. 32. §. 1. in fin.* Quod ego ſic accipio vt ex oratione Seueri † vim habeant legatorum magis quàm fideicomm. Non ob id ſolùm quòd alioqui non poſſet fieri vt dominium rei donatæ ipſo iure acquireretur donatario [quod tamen ab Vlp. traditur *in d. §. 1.*] cum infirmiora ſint & debiliora fideicom. quàm vt effectum vllum ipſo iure habere poſſint, quippe quæ iuri ſunt incognita nullóque iuris vinculo continentur, vt ſæpius diximus. Sed etiam quia ſi caperentur ad exemplum fideicom. potiùs quàm legatorum, non erat cur Vlp. diceret habendas eas pro confirmatis teſtamento cum fideicom. etiam ab inteſtato relinqui poſſint, non etiam legata. Et ſanè cùm accedant proximè ad donationes cauſa mortis in eo quòd & donationes ſunt & morte confirmantur, nihil cauſæ eſt cur non debeant æquiparari legatis potiùs quàm fideicommiſſis, quoniam & donationes cauſa mortis legatorum, non fideicom. iure capiuntur, *l. Mar. 15. l. etſi debitor. 17. l. illud. 32. D. de mor. cauſ. don.* Nec eſt contrarium quod ait *l. in donat. 12. C. ad legem falcid.* in donationibus inter virum & vxorem falcidiā ideò locum habere, quòd fideicommiſſi partibus funguntur. Id enim ita ſcribi potuit & debuit, cùm de lege falcidia ex his donationibus deducenda tractarentur, vt appareret ex eis falcidiam deduci, non tantùm eo caſu quo factum eſſet teſtamentum, ſed etiam cùm ab inteſtato ſucceditur, poſtquam placuit legem falcidiam ad legitimas quoque ſucceſſiones protrahi propter fideicommiſſa, quæ ſcilicet ab inteſtato relinqui poſſunt, nō etiam legata, *l. filiumfam. 18 D. eod. ad leg. falcid.* Neque rurſus nouum eſt nomina † iſta legatorum, fideicom. & donationum cauſa mortis promiſcuè accipi, vt in lege Iulia Papin. legati nomen etiam pro fideicommiſſo & donatione cauſa mortis accipi prudentes voluerunt, *l. & fideicom. 87. de legat. 3.* In eoque mirum eſt ius donationum † iſtarum, quæ inter coniuges fiunt, quòd quamuis iure legatorum capiantur, & acſi teſtamento confirmatæ eſſent, tamen ab inteſtato quoque valent. Quid enim non potuit facere lex ad dominium transferendum, cùm ſit ipſa rerum omnium & domina & regina? *l. 1. D. de legib.* Quòd verò per legem fieri potuit quidni etiam fieri potuit per ſimilem legi conſtitutionem id eſt per Senatuſconſultum, itémque per orationem Imp. ſupra leges omnes conſtituti? Nam etſi voluiſſet Imp. facere vt ex cauſa fideicom. dominium ipſo iure transferretur, proculdubio potuiſſet, ſicut à Iuſtin. tandem hoc ipſum factum eſt per exæquationem legatorum & fideicommiſſorum in omnibus, dataque non minùs fideicommiſſariis quàm legatariis tanquam dominis directa vindicatione, *l. 1. C. commun. de legat.* Sed illud magis mirum eſt quod huiuſmodi donationes inter virum & vxorem valent etiamſi donator decedat ſine herede, *l. 1. C. de don. int. vir. & vxor.* quod ſecus eſt non tantùm in legatis, † ſed etiam in donationibus cauſa mortis. Vt dicemus *in Err. 5. Decad. 45.* Nihil enim aliud requirit oratio Seueri niſi vt donator deceſſerit in eadem voluntate, quod euenit, & euenisse certum eſſe incipit, eo adhuc viuo tunc ſcilicet cum moritur, ac proinde priuſquàm quæri poſſit, an heredem habeat néene. Falſa igitur ſemper fuit Pap. hac in re ſententia, & conſequenter falſiſſima interpretum diſtinctio quāuis tam in foro quàm in ſcholis recepta, quæ orationem Seueri, de donationibus inter virum & vxorem morte confirmandis, coarctat ad eas quæ per traditionem factę ſunt, & cæteras per ſtipulationem perfectas patitur infirmas remanere. Contraria enim opinio quam nos tuemur non ſolum Vlp. aſſertorem habet, ſed etiam Imp. Alex. *in d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* quem nihil niſi cum 50. iuriſperitorum conſilio vnquam reſcripſiſſe referunt ij, qui de vita eius ſcripſerunt. Eſt etiam fauorabilior, † quia & oratio illa Seueri De confirmandis donationibus coniugum, pro fauorabili ſemper habita eſt, ideóque facilè protracta etiam ad alios caſus, quam de quibus expreſſim fuerat locuta. Itaque cum de iis rebus nominatim ſcripta eſſet, quas maritus vxoris nomine comparaſſet, vt innuit Vlp. *in d. l. cùm hic ſtatus. §. 1.* placuit trahi eam ad alias quoque omnes donationes, *d. §. 1.* Item ſi ſponſus ſponſæ donauerit, collata in matrimonij tempus donatione, quo caſu donationem non valere certum eſt, quamuis non inter virum & vxorem facta videatur, & verba orationis minus ſufficiant, placet tamen hanc quoque donationem ad orationis ſententiā pertinere, vt ſi durauerit voluntas vſque ad mortem, donatio confirmetur, *d. l. cum hic ſtatus. 32. §. ſi ſponſus. 22. eod.* Debuit ergo tam fauorabilis conſtitutio adiuuari per interpretationem, non vt à Pap. & interpretibus noſtris factum eſt captata ex verbis occaſione reſtringi, *l. cum quidam. 19. D. de lib. & poſt. l. hoc modo. 64. in fin. D. de condic. & demonſt.* Ad rem verò non pertinet Iauoleni † reſponſum *in l. ſi is ſeruus. 20. D. de don. int. vir. & vxor.* quo Didac. Couar. ſupradicto loco mouetur. Non enim ibi negatur confirmari ex oratione Seueri eas quoque donationes quæ factæ ſunt per ſtipulationem Etſi non nego fuiſſe in ea ſpecie neceſſarium, vt donatio facta eſſet per traditionem, quia ſtipulatio interpoſita per ſeruum donatum non potuiſſet acquiri mulieri donatariæ etiam confirmata donatione, niſi iure dominij. *Inſtit. per quas perſ. oblig. nob. acq.* dominium autem certum eſt non magis per ſtipulationem acquiri poſſe quàm per nudum pactum, ſed tantum per traditionem, *l. traditionibus. 20. C. de pact.*

ERROR VI.

De tribus caſibus, in quibus vult Bartolus donationem ſimplicem filiofamilias à patre factam conferendam eſſe. Ac primùm de primo.

SVMMARIA.

1 *Donationem morte patris confirmatam non quæri filio niſi poſt mortem patris quomodo verum, aduerſus Bart.*
2 *Donatio ſimplex cur non conferatur.*
3 *Bartolus exiſtimat tum demum conferendam eſſe donationem ſimplicem, in filiumfam. collatam cùm aliàs inæqualitas inter liberos emergeret.*
4 *Bartolum ſuam ſententiam malè ſtatuminare ex l. pen. in fin. Codic. de collat. cuius verus ſenſus affertur.*
5 *An fauor æqualitatis inter liberos arbitrum mouere debeat, vt rem donatam filiofam. præcipuam non adiudicet.*
6 *Quam inæqualitatem inter liberos tollere voluerit Iuſtin. in l. pen. §. vlt. C. de collat.*
7 *Quandoque vtilius eſſe filio cui donatum eſt, donationem non valuiſſe, quàm valuiſſe.*

BARTOLVS in ſua illa diſtinctione quam agitamus circa bonorum profectitiorum collationem, *ad d. l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de coll. bon.* poſtquam dixit donationem ſimplicem a patre in filiumfam. collatam confirmari morte patris, & tunc aſſumere vires legatorum, quod poſtremum nos refutauimus in præcedentibus, ſubiungit, *& incipit quæri filio poſt mortem patris, ideò non venit in collationem vt l. à patre, & l. ea demum C. eod. & infr. ead. §. ſi ab ipſo.* Quod ait, huiuſmodi donationem 1 † non quæri filio niſi poſt mortem patris, verum quidem eſt ſed non eo ſenſu quo verum eſſe ille credidit. Nam cùm priùs dixiſſet donationem hanc aſſumere vires legati, haud dubiè ſic intellexit acquiri eam donatario poſt mortem patris, vt ſtatim poſt mortem & ipſo iure acquiri voluerit, quomodo & legatum acquireretur, quod falſum eſt. Acquiritur enim poſt patris quidem obitum, ſed non ſtatim, nec ipſo iure, vt non tantùm legata, ſed etiam donationes inter virum & vxorem acquirerentur, *l. cùm hic ſtatus. 32. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* At per adiudicationem faciendam officio arbitri familiæ erciſcundæ, *l. filiæ cuius. 18. C. famil. erciſc. l. 2. Cod. de inoff. don. l. cùm pater. 77. §. pater pluribus de leg. 2.* Quòd verò addit idem Bart. tanquam conſequens, *ideò non venit in collationem*, etſi verum quoque eſt, malè tamen ex præcedentibus infertur. Nam 2 donatio † ſimplex conferenda quidem non eſt, in côque cum Bart. ſentio. At non ratione illa quod non valeat niſi poſt patris mortem [nam ſi valeret ab eo tempore quo fit, vt iam inde viuo patre, tanto minùs eſſet conferenda, cum donatio ſimplex quæ ab initio valet multò minùs quàm quæ non valet conferenda, ſi non expreſsè dictum ſit, *l. illud. 20. in fin. C. de collat. l. ſi non mortis. 15. D. de inoff. teſtam.*] Sed quia nôn valet vt habeat effectum ſaltem dominij transferendi quàm confirmata ſit ab arbitro familiæ erciſcundæ facta adiudicatione, quæ portio fieri non poteſt, quin ob id fiat vt quod donatum fuit, à donatario præcipuum retineatur. Quis enim alius eſſe poſſet effectus adiudicationis? Illud admitto & ſemper admiſi quod vult Bart. ea quæ poſt patris mortem acquiruntur non venire in collationem *ex d. l. ea demum & l. à patre Cod. de collat.* Sed nego inde petendam rationem propter quam donatio à patre in filiumfam. collata non conferatur. Dicóque ante factam ab arbitro adiudicationem non eſſe locum quæſtioni, An donatio quæ nullum adhuc effectum habet conferenda ſit néc-ne, Poſt adiudicationem verò factam, non aliam rationem quærendam eſſe cur non conferatur, quam quod adiudicationis poteſtate fiat vt præcipua retineatur. Quid enim tam contrarium collationi, quàm retentio iure præcipui? Subiicit Bart. *Fallit in tribus caſibus. Primus ſi emergeret inæqualitas, vt l. penult. §. fin. Cod. eod. tit. Secundò fallit, ſi pater hoc expreſsè dixerit in donando arg. l. ſi quando §. & generaliter. C. de inoff. teſt. Item fallit ſi pater dediſſet vt haberet in peculium profectitium, vt dixi ſupra. Et iſta eſt determinatio quæ eſt de mente Dyni quam tene.* Nos verò vt ſciamus quid hic quoque tenendum ſit, de iſtis caſibus videamus. Sed de duobus prioribus tantùm. Nam de tertio iam ſatis multa diximus in primum huius Decadis errorem. Primus eſt ſi emergeret † inæqualitas non 3 collata ſimplici donatione quam pater in filiumfamil. contuliſſet. Inæqualitatis nam que inter liberos euitandæ gratia non dubitat Bart. quin huiuſmodi ſimplicem donationem conferri † oporteret *ex d. l. penult. in fin.* 4 *Cod. de collat.* Hoc primum falſum eſt. Nam quod Iuſtin. eo loco conſtituit de conferenda ſimplici donatione ad vitandam inter liberos inæqualitatem, non ad hoc genus donationum pertinet, quæ ab initio non valent, & quæ nondum habere effectum potuerunt eo tempore, quo incipit locus eſſe quæſtioni de collatione, hoc eſt ſtatim poſt mortem teſtatoris, aut tunc ſaltem cùm aditur hereditas, ſed ad eas demum donationes quæ ſic valuerunt vt iam habuerint effectum, ex iiſque dominium quæſitum ſit donatario, qui proinde hoc ipſo habet quod conferre poſſit, quamuis conferre non deberet, ſi conſtitutio Iuſtiniani lata in eam rem non eſſet. Cùm enim donatio non valet ab initio, vt contingit cùm à patre in filiumfam. collata eſt, nihil habet filius quod conferre poſſit etiamſi velit, tantùm abeſt vt debeat conferre. Nec quod alioqui futurum eſt, vt emergat inæqualitas, poteſt obligare filium ad rem impoſſibilem id eſt ad conferendum id quod non habet, & quod conferre etiamſi velit non poſſit. Hoc tantùm facere poſſet fauor æqualitatis inter liberos conſeruandæ vt officium arbitri familiæ erciſcundæ impedire deberet, ne res donatæ in diuidenda hereditate filio præcipuæ adiudicarentur. Nam poſt factam adiudicationem, cuius poteſtate iam cœperit donatarius non ſolùm eſſe dominus rerum ſibi donatarum, ſed etiam habere ius quæſitum ſibi eas retinendi præcipuas [ſiquidem nec aliter niſi fruſtrà & ineptè fieri adiudicatio poſſet] nemo non videt ſeram eſſe collationis petitionem, cui nihil tam contrarium ſit, quam ea ipſa quæ præceſſerit adiudicatio. Præſertim cum vtraque, id eſt tam adiudicatio illa quàm collatio fiat eodem officio eiuſdem arbitri familiæ erciſcundæ qui proinde ſecum pugnaturus ſit ſi eandem rem iubeat & conferri & præcipuam retineri. An igitur ſtudium † illud æqualitatis 6 inducendæ inter liberos & odium inæqualitatis mouere arbitrum debebit vt rem filiofam. inutiliter à patre inter viuos donatam ei præcipuam non adiudicaſſet? At ne hoc quidem. Nam ſicut inæqualitas illa non poteſt facere quin huiuſmodi donatio confirmetur morte, quomodo nec impediret aut extingueret validitatem donationis ſimplicis quæ ab initio valuiſſet. Ita neque ſummouere officium arbitri, quominus in diuidenda hereditate ſequi omninò debeat voluntatem patris, & ita quod vni ex liberis à patre donatum ſit quamuis primum inutiliter, præcipuum ei adiudicare propter confirmatam patris morte donationem. Alioqui dicendum erit futurum, vt nunquam huiuſmodi donationes præcipuæ retineri debeant ſaltem eo caſu quo non fuerint expreſſo iudicio confirmatæ, nec omnibus liberis æqualiter factæ

proponantur, cùm fieri nequeat vt retineantur præcipuæ ab vno ex filiis ſimul ſuccedentibus, quin hoc ipſo inæqualitas inter eos inducatur. Quid enim aliud eſt præcipuum habere quam ſupra portionem hereditariā retinere? Cui ſententiæ conſequens fieret dicere abrogatam fuiſſe à Iuſtin. non tantùm Diocletiani & Maximiani legem quæ extat in *d.l. filia cuius.* 18. *C. famil. ercisc.* Sed etiam quòd eſſet abſurdius, eiuſdem Iuſtin. conſtitutionem in *l. donationes quas parentes, C. de donat. int. vir. & ux.* quæ has donationes non ſolùm morte confirmari patitur, ſed etiam retrotrahi vt & antea, dummodo vel actis inſinuatæ ſint, vel ſummam legitimam non excedant. Et ſanè non id egit Iuſtin. in *d. l. illud. in fin. de collat.* vt de iis donationibus inter viuos quæ ab initio inutiles eſſent quicquam noui cōſtitueret, nec rurſus vt earum quæ ab initio valuiſſent iura reſtringeret, ſed tantùm vt collationis ius ampliaret eo caſu quo de collatione quæri poſſet, qua ceſſante nihil aliud eſt quod dicere poſſimus niſi etiam ceſſare Iuſtin. conſtitutionem, tametſi non ſit ceſſatura
6 inæqualitas inter liberos. Eam namque ſolam † inæqualitatem tollere Iuſtin. voluit, quæ per collationem quam vnus ex liberis cogitur facere, puta dotis vel donationis propter nuptias, ſi non ex altera parte ſimplex quoque donatio conferretur: Non eam, quæ inducitur nulla collatione facta, id eſt aliunde quàm ex ipſa conferendi neceſſitate. Quid ergo ſi vnus ex liberis haberet dotem vel donationem propter nuptias quam conferre deberet, alij verò filiofam. pater aliquod inter viuos donaſſet eáque donatio ſilentio & morte patris eſſet confirmata: An hoc ſaltem caſu dicemus impediri officium arbitri ne rem hanc donatam præcipuā adiudicare debeat filio, qui alioquin ampliorem portionem ſit conſecutus? Minimè verò. Non enim Iuſtin. conſtituendo, vt donatio ſimplex valida conferri debeat in hoc caſu, illud etiam conſtituiſſe videri poteſt, vt donatio inualida non confirmetur morte, quæ alioqui confirmaretur, quod tamen conſtitui neceſſe fuiſſet, atque in hoc ſaltem caſu ſupradictas leges abrogari, ſi ita Iuſtinianus ſenſiſſet, qui præuidere poterat numquam futurum vt conſtitutio quæ de collatione tantùm locuta eſſet ad eum caſum traheretur, quo nihil eſſet ex parte huius donatarij quod conferri poſſet. Nec mouere debet quod ſecundum hanc noſtram ſententiam eueniet, vt melioris conditionis ſit donatio quæ ab initio non valuit quàm ſi valuiſſet. Siquidem quæ valuiſſet conferretur in ſpecie *d. l. illud*, quæ verò non valuit ab initio, ſed tantùm morte confirmatur, ea ſecundum nos præcipua retinetur. Nam reſpondemus, non eſſe nouum † vt commodius ſit filio cui do-
7 natum eſt, non valuiſſe donationem quàm valuiſſe. Id enim euenit & in ſpecie *l. 2. C. de inoff. donat.* vbi donatio inofficioſa per patrem collata in filium emancipatum, quia valet ab initio & ſuis viribus nititur, nec indiget adminiculo officij arbitri familiæ, reſcinditur per querelam inofficioſæ donationis, ad exemplū querelæ inofficioſi teſtamenti, pro ea parte, pro qua frater, qui conqueritur, eſſet ſucceſſurus ab inteſtato. Quæ autem donatio à patre in filiumfamilias collata eſt, ea quantumuis inofficioſa ſit, non poteſt tamen reſcindi per querelam inofficioſæ donationis, quia nulla eſt, quod verò nullum eſt reſcindi non poteſt: Cúmque alieno adminiculo indigeat, ſcilicet officio arbitri, qui hereditatem inter filios diuiſurus eſt, tale arbitri officium eſſe debet, vt eam donationem ex patris voluntate tueatur eatenus, quatenus æquitas patitur, id eſt quatenus nullum fratri in legitima portione præiudicium fiat. Sic fit, vt plus retineat, & præcipuū habeat filius cui donatum inutiliter fuit, quàm habiturus eſſet filius emancipatus in cuius perſona donatio valuiſſet, non propter nullitatem donationis, ſed propter officium arbitri, cui cauſam dat non tam nullitas donationis, quàm voluntas patris, licet nullitatem quoque donationis concurrere neceſſe ſit, ad hoc vt interponendi arbitri eiúſque officij neceſſitas inducatur.

ERROR VII.

De ſecundo caſu Bartoli in quo vult ſimplicem donationem filiofamilias factam conferri.

SVMMARIA.

1 *Bartolus vult ſimplicem donationem à patre filiof. factam conferri cùm pater illud inter donandum dixit.*

2 *Bartoli ſententiam non firmari l. ſi quando. 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſt. nec l. illud in fi. C. de coll.*

3 *Quod pater filio donat ea lege vt conferatur, vel in quartam imputetur donatario vt præcipuum non eſt ab arbitrio adiudicandum.*

4 *Quodnam ſit arbitri fam. erciſcundæ officium in caſu num. 3. propoſito.*

5 *Iudicio familiæ erciſcundæ inter quos ſit locus: item collationi.*

6 *Inutilis eſt ea donatio quam pater iuſſit conferri vel in quartam imputari.*

SECVNDVS caſus, † quo Bartolus vult con- 1
ferendam eſſe donationem filiofamilias à patre factam, ille eſt ſi in donando idipſum pater dixiſſet *arg. l. ſi quando. 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſtam.* vbi ſcriptum eſt, Si quid pater filio donauerit, ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos, ita vt in quartam ei computetur, eſſe id in quartam imputandum. Debuerat potiùs adferre illam ipſam Iuſtiniani conſtitutionem, de qua iam diximus in *d. l. illud. in fin.* vbi hunc ipſum caſum Iuſtinianus excipit nominatim his verbis, *Niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſuæ indigentiæ impoſuerit.* Sed neque hæc † neque illa conſtitutio ad rem noſtram per- 2
tinet. Vtraque enim accipienda eſt vt ſæpius monuimus de illa donatione quæ ab initio valeat, ac proinde non quæ filio in poteſtate facta ſit, ſed quæ emancipato. Cum enim nulla & inutilis donatio eſt, onus quoque collationis vel imputationis ei adiunctum nullius momenti eſſe neceſſe eſt. Neque tamen † hoc ita volu- 3
mus accipi, quaſi putemus ſi pater filiofamilias aliquid inter viuos inutiliter donauerit, ea lege, vt vel conferatur, vel in quartam imputetur, debere filium poſt mortem patris in eadem voluntate defuncti, præcipuum id habere officio arbitri familiæ erciſcundæ. Nam cùm ea tantùm æquitas officiū arbitri inducat, quòd æquiſſimum ſit defuncti voluntatem inter heredes quoſlibet, præſertim verò inter liberos cōſeruari, malè officio ſuo fungeretur arbiter, qui iuberet præcipuam à filio retineri ex adiudicatione donationē, quam pater vel conferri vel imputari voluiſſet. Quodnam igitur arbitri officium † in propoſito caſu eſſe debebit? Illud nimirum, ſi bonus ego ſum arbiter, vt nullam omnino iſtius donationis rationem habeam ſi pater voluerit totam conferri, non magis quàm habere deberet, ſi donatio iſta non eſſet morte confirmata. Quid enim attinet dicere confirmatam morte, ſi ex ea confirmatione nulla ſequi poteſt adiudicatio? aut cuius momēti poteſt eſſe adiudicatio ex qua nihil præcipuū habere poſſit donatarius omnimodo ad hanc donationem conferendam obligatus? At ſi ponas iuſſiſſe patrem, vt hæc donatio non quidem conferretur, ſed in quartam imputaretur, diſtinguendum arbitrabor, an rei donatæ æſtimatio excedat legitimæ portionis æſtimationem, an non. Si

Si enim non excedat, non aliud iuris conſtituam hoc
caſu quàm ſuperiore, cùm nihil planè interſit an do-
natio non confirmetur morte, an verò præcipua non
retineatur. Nec rurſum poſſit præcipua retineri, quæ
tota debet in legitimam imputari. Neque enim aliud
eſt præcipuum quid retineri quam non imputari, &
vice mutua, Nihil aliud eſt imputari quid, quam præci-
puum non retineri. Sed ſi plus ſit in donatione quàm
in legitima portione, dicam ad currentem quidem vſ-
que portionem legitimam nec valere donationem nec
morte aut officio etiam arbitri confirmandam eſſe, ea-
dem ipſa ratione: Sed ſupra eam quantitatem ad quam
aſcendit legitima, & morte confirmatam intelligi do-
nationem hant oportere, & adiudicationem ex ea offi-
cio arbitri faciendam eſſe, vt id quod excedit, ſupra le-
gitimam portionem retineatur, quoniam voluntas pa-
tris non ſolùm non repugnat huic ſententiæ, ſed etiam
omninò eam inducit, quandoquidem iniuncta impu-
tandi neceſſitas nulla eſſe poteſt quod ad eam partem,
quæ legitimam excedit, cùm nihil poſſit imputari in eam
legitimam quæ iam completa & ſuppleta eſt. Illud tan-
tùm dubitationem hîc facere poteſt, quòd filius qui le-
gitima portione contentus eſſe iuſſus fuit, neque dicta-
te coheredibus iudicium fam. erciſc. poteſt neque acci-
5 pere, cui † ſc. non eſt locus niſi inter coheredes ſiue ex
teſtamento ſiue ab inteſtato in hereditate ipſa ſucce-
dentes, ſicut nec collationi niſi inter eos, qui ex titulo
vniuerſali ſuccedunt, non ex ſingulari, *l. ex cauſa. 25. C.
fam. erciſc. l. vlt. D. de coll. dot.* in quorum numero non
eſt is qui legitimam dumtaxat portionem habet, cùm
ſit illa quota bonorum, non hereditatis, *l. Pap. 8. §. quar-
ta. D. de inoff. teſtam. l. cum quæritur. 6. C. eod.* Et certè ita
eſſe negari non poteſt, ſecundum eam ſententiam quæ
his noſtris temporibus obtinet, quæ vult ad teſtamenti
validitatem ſufficere, vt filius in legitima portione ſit
inſtitutus. Sed ſi opinionem noſtram ſequare, quam in
prioribus Decadibus non tantùm Iureconſultorum, ſed
etiam Iuſtin. fuiſſe probauimus, vt non aliter iuſtum
teſtamentum eſſe poſſit quàm ſi filius cui legitima ſola
relinquitur heres inſtitutus ſit, nec in ea tantùm legiti-
ma, ſed etiam in ipſa hereditate, ne alioquin legatarij
potiùs quàm heredis iure cenſendus ſit, & pro prætei-
to habendus, *ex l. quoties. 23. C. de her. inſtit.* non erit lo-
cus obiectioni. Quoniam vt fam. erciſc. iudicium exer-
ceri poſſit, ſufficit eſſe coheredes illos inter quos red-
ditur, ſiue ex æquis partibus ſiue ex diſparibus. Nec
quod iuſſi ſint certis rebus pro inſtitutione contenti
eſſe ad rem facit, *l. ſi filia. 20. §. ſi pater. D. famil. erciſc. l.
cùm pater. 77. §. euict. de legat. 2. l. ex facto. 35. D. de her.
inſt.* Nam illud maximè eſt quod ad officium arbitri fam.
erciſc. præcipuè pertinet vt bonorum diuiſionem à te-
ſtatore factam prælegatorum iure tueatur. Igitur vt quæ
ad hunc ſecundum Bart. caſum pertinent concludamus,
6 Si pater † filiofam. inter viuos quid donauerit inutili-
ter quidem, ſed ea lege vt idipſum conferretur vel in
quartam imputaretur, dicendum eſt ſecundùm ſupradi-
ctam diſtinctionem non modò inutilem eſſe donatio-
nem, ſed etiam ita inutilem vt morte non poſſit confir-
mari, propterea quòd ea confirmatio ex arbitri fam. er-
ciſc. officio vires accipere nullas poſſet, ſine quo tamen
neceſſe eſſet manere illam inutilem & inefficacem.

ERROR VIII.

*De ſententia & ratione l. filia. 20. §. pater. D.
famil. erciſc.*

SVMMARIA.

1 *In ſp... ecie l. ſi filia. 20. §. ſi pater. D. fam. erciſc. valere
bo... orum diuiſionem à patre inter filios factam, ſi-
ne adminiculo arbitri fam. erciſc. iure vltimæ vo-
luntatis, non verò donationis ſimplicis.*
2 *Simplices donationes à parentibus in liberos collatæ
quantumuis morte confirmata iure vltimarum vo-
luntatum cenſeri non poſſunt.*
3 *Cur, & quomodo ex ſuprema illa voluntate in ſpecie, d.
l. 20. transferatur dominium.*
4 *Cur in ſpecie, d. l. ex. gat Papinianus vt æris quoque
alieni onus pater diuiſerit inter liberos.*
5 *An in d. ſpecie filij recedere poſſint à patris voluntate,
ſi nimis inæqualem ab eo factam putent diuiſionem.*
6 *An poſſint abſtinere à patris hereditate, vel voluntate
retinendo eius hereditatem.*
7 *Quomodo filio cui in legitima per diuiſionem fraus à
patre facta ſuccurratur.*
8 *Detúrne actio præſcriptis verbis aduerſus heredes cùm
quis inter agnatos ſibi ab inteſtato ſucceſſuros bona
ſua & æs alienum diuiſit.*

QVæ ſupra diximus videntur mihi eleganter & 1
mirificè confirmari ex iis quæ tractat † Vlp. poſt
Papin. in ſpecie, *d. l. ſi filia. 20. §. ſi pater. fam. erciſc.* vbi
ait, ſi pater in filios ſine ſcriptura bona diuiſerit & one-
ra æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuerit, non
videri ſimplicem donationem, ſed potiùs ſupremi iudi-
cij diuiſionem. Vt intelligamus valere illam volunta-
tem & quidem ſine adminiculo officij arbitri fam. erciſ.
quæ tamen iure ſimplicis donationis valere non poſ-
ſet, quia cùm paterfam. diuiſit quidquid erit in heredi-
tate, id eſt non tantùm bona omnia, ſed etiam onera
æris alieni pro modo portionum atque ita officio arbi-
bitri functus eſt, vt nihil ſuperſit diuidendum, certum
eſt non poſſe accipi iudicem aut iudicium fam. erciſc.
quo nomine cùm nihil aliud niſi ipſa hereditatis diui-
ſio ſignificetur, certum eſt diuiſionem iam factam ſe-
mel, fieri amplius non poſſe. Nempè ſi nihil indiuiſum
pater reliquerit, vt ibidem Vlp. ait, quia ſi quid vel mi-
nimum indiuiſum relictum eſſet, vtique iudicium fam.
erciſc. ſupereſſet, quod nunquam acceptum fuiſſet [ſe-
mel enim acceptum repeti niſi cauſa cognita non poſ-
ſet, déque ea re communi diuidundo agi oporteret, *d. l.
ſi filia. 20. §. fam.*] atque ita parum aut nihil intereſſet,
an patris voluntatem inter liberos diceremus eſſe ſim-
plicem donationem, an ſupremi iudicij diuiſionem,
quandoquidem vtroque caſu valeret eundémque effe-
ctum eſſet habitura. Nec enim minùs poteſt arbiter ad
transferendum dominium per adiudicationem, quàm
teſtator adeóque lex ipſa ad idipſum dominium citra
vllam adiudicationem transferendum, cum & adiudica-
tio & lex duo ſint modi æquè principales, & diſtincti,
per quos dominium iure Quiritium acquiritur. At cùm
fam. erciſc. iudicio locus eſſe non poteſt, id eſt diuiſis
per patrem omnibus rebus hereditatis, quas arbiter
alioquin diuidere poſſet, ſi diuiſionem illam paternam
iure ſimplicis donationis acciperemus, ſequeretur vt
nullius eſſet momenti, nec ſi morte confirmata eſſet,
quia vires & effectum ſumere deberet ex adiudicatione
facienda per arbitrum quem ponimus nullum datum
eſſe neque dari poſſe. Ex quo intelligimus, quàm verum
ſit has donationes † quantumuis morte confirmatas 2
non poſſe cenſeri iure vltimarum voluntatum, ſaltem
earum quæ poteſtate legis confirmantur, quomodo cé-
ſentur ea quæ fiunt inter virum & vxorem, quæ licèt
non ſicut legata confirmantur per legem 12. tab. con-
firmantur tamen per conſtitutionem iuris legi ſimilem,
id eſt per orationem Seueri & per factum ad eam Sena-
tuſconſultum. Nam ſi ſimplices donationes à parenti-
bus in liberos collatæ vim haberent ſupremæ volunta-
tis, non poſſet dici, cur ita locutus eſſet Vlp. aut Pap. *in
d. §. ſi pater, non videri ſimplicem donationem ſed ſupremi
iudicij diuiſionem.* Quamquam illud mirum videri poteſt
cur † aut quomodo ex ſuprema illa voluntate dominiũ 3
transfera

transferatur. Cùm lex non ponat factum eſſe teſtamentum ſed potius deceſſiſſe patrem inteſtatum iis verbis, *ſi pater in filios ſine ſcriptura bona diuiſit*, non autem quælibet vltima patris voluntas per legem duodecim tabularum aliamve vllam confirmetur, ſed ea tantùm quæ ſolemni iuſtóque teſtamento fuerit declarata, ne alioqui dicendum ſit & codicillos ab inteſtato factos & fideicommiſſa non minus quam inſtitutiones, legata, tutelâſque confirmari. Sed dicendum eſt ſicut lex 12. tab. non tantùm teſtamentarias, ſed etiam legitimas hereditates confirmat, *l. lege obuenire.* 130. *de verb. ſign.* ita & voluntatem teſtatoris ab inteſtato quoque per eandem legem confirmari, cùm ea voluntas, neque inſtitutio ſit, neque legatum, neque fideicommiſſum, ſed tantùm diuiſio patrimonij, quam defuncto quoque teſtatore arbiter facere poſſet. Quidni enim liceat patri de re ſua facere quamuis inteſtato morienti, quod etiam arbitro facere licet de re aliena? nam & cum arbiter diuidit hereditatem patrisfam. inteſtati, quid aliud facit niſi quod paterfam. facere potuerat & debuerat, cuius factum & vicem ea in re præſentat? Itaque hanc voluntatem Papin. vocat, *ſupremi iudicij diuiſionem*, vt intelligamus patrem hoc caſu arbitri vice fungi, potius quã teſtatoris, ideóque nihil cauſæ eſſe cur ei diuiſioni ſtari non debeat, ſiue teſtator pater deceſſerit, ſiue inteſtatus.

4 Illud obſcurius eſt cur † exigat Papin. vt æris quoque alieni onus pater diuiſerit inter liberos. An ideò fortaſsè, vt poſſit dici omnia fuiſſe diuiſa, ne locus relinquatur iudicio famil. erciſc. Minimè. Nam cùm æs alienum inter coheredes omnes diuidatur ipſo iure id eſt per legem 12. tab. vt & omnia iura hereditaria, *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. her. cred. l. heredes. 25. §. an ea ſtipulatio D. fam. erciſc.* nihil omninò refert an à patre diuiſum ſit æs alienum néc-ne, quantum ad hoc vt tota hereditas diuiſa videatur. Immò magis neceſſarium videri poſſet iudicium famil. erciſc. cùm pater diuiſit æs alienum pro modo poſſeſſionum, nec ſeruata proportione hereditariarum portionum, quam ſi de ære alieno nihil cauiſſet, quia tunc is quem minus grauatum pater voluit, videtur egere officio arbitri ad interponendam per coheredes cautionem de illo ſupra eam portionem defendendo, quoniam alioqui creditores hereditariis portionibus actionem in ſingulos eſſent habituri, ſicut euenit illo etiam caſu quo per arbitrum diuiſio facta ſit, ſi qua ex cauſa onus æris alieni per arbitrum aliter diuidendum ſit, quam per legem 12. tab. diuidatur, puta propter voluntatem teſtatoris, quod in propoſita ſpecie contingeret ſi quid vel minimum pater indiuiſum reliquiſſet, cuius ratione prorſus neceſſarium eſſet dictari inter coheredes iudicium famil. erciſc. *d. §. ſi pater. & §. pen. eiuſd. legis, & l. his conſequenter. 18. §. Celſus cum ſeq. eod.* nam quemadmodum imperitia coheredum formam iuriſdictionis mutare non poteſt, *d. l. ſi filia, in prin.* ita neque voluntas arbitri formam iuris, *l. quadam. 41. eod.* Dicendum igitur eſt apud Papin. proponi diuiſum à patre onus etiam æris alieni, non quod eſſet neceſſe vt tota hereditas per patrem diuiſa diceretur, ſed vt poſſet fieri locus quæſtioni, quam ſecundo loco proponit Vlp. poſt Pap. ſi creditores hereditarij hos omnes filios conueniant pro portionibus hereditariis, & vnus placita detrectet, nec patiatur à ſe vltra ſuam portionem hereditariam indemnes præſtari coheredes, an aliqua actione & qua teneatur. Nulla enim per patrem facta æris alieni diuiſione, aut non niſi ad eum modum facta quem lex ipſa 12. tab. præſcribit nulla opus eſſet actione inter coheredes, vt ex iis quiſque pro parte ſua hereditaria teneretur: ſed dubitationi locus fit cùm is ex heredibus qui ampliorem bonorum portionem habet detrectat pro æſtimationis modo ſoluere æs alienum captata occaſione comminiſcendæ iniuriæ ex iuris ratione, quæ non ad maiorem æris alieni portionem eum obligat, quam quæ portioni hereditariæ reſpondeat.

Et ſanè ceſſante hoc caſu arbitrio iudicióque familiæ erciſc. difficilè videtur dicere quænam actio dari poſſit coheredibus contra coheredem, qui neque contraxerit & habeat pro ſe iuris rationem. Subtiliter tamen Pap. vidit poſſe cum eo præſcriptis verbis agi, quaſi, inquit, certa lege fecerit permutationem. Nam quemadmodum heres quilibet extraneus cùm adit hoc ipſo intelligitur tacitè contrahere cum creditoribus omnibus & legatariis, *l. 3 §. vlt. cum l. ſeq. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi quis abſentis. 5. §. heres quoq. D. de oblig. & action.* Ita & filij iſti paternam hereditatem ſimúlque voluntatem agnoſcentes videntur inuicem contraxiſſe, & alij aliorum creditores debitoréſque facti eſſe, non minùs quàm ſi acceptis iam ab arbitrio familiæ erciſcundæ partibus æqualibus nouas illi partes feciſſent, eaſque inuicem permutaſſent adiecta lege circa præſtationem æris alieni, vt pro poſſeſſionum modo alij plus, alij minùs æris alieni exſoluerent. Quo caſu non poſſet dubitari quin ſi quis eorum poſt factam permutationem placita detrectaret, actione præſcriptis verbis eo nomine teneri deberet, quippè quæ dari ſolet ex permutatione vt quod promiſſum eſt impleatur, *l. 1. §. vlt. D. de rer. permut. l. 1. l. vlt. Cod. eod.* Præſertim cùm ſit illa diuiſio omnium æquiſſima quod attinet ad onus æris alieni ſtatim atque receſſum eſt ab æqualitate portionum quas in bonis factura erat lex, vel arbiter, ſi nullas pater feciſſet, vt qui maioris æſtimationis habet bona, maiorem quoque ſubeat partem æris alieni. An ergo potuerunt † filij iſti recedere à patris voluntate ſi nimis inæqualem factam putent ab eo diuiſionem? Id enim Papin. innuere videtur, cùm eos perinde habet ac ſi feciſſent permutationem. Alioqui cur viderentur quaſi contraxiſſe, qui nihil aliud facere potuiſſent? At verò cùm de filiis loquamur iiſdémque ſuis heredibus qui heredes patri extiterint ipſo iure, & conſequenter ex æqualibus portionibus conſequens fit vt neque poſſint repudiare iam acquiſitam patris hereditatem, neque retinere portiones à patre datas, quin hoc ipſo eas permutare videantur. Permutatio namque vt nomen idipſum præ ſe fert mutuam ſignificat dominij tranſlationem, quam hoc caſu fieri neceſſe eſt, cùm filij agnoſcunt patris voluntatem. Acquiſitio enim hereditatis in ſuis heredibus iuris eſt non facti, *l. in ſuis. 11 D. de liber. & poſth. l. in ſuis. 14. D. de ſuis & legit.* agnitio verò voluntatis eſt facti etiam in ſuis heredibus, *l. cum bonis. 87. D. de acq. her.* ideóque ante agnitam quoque voluntatem patris, qui inæquales liberis adſcripſit portiones, fatendum eſt æquales à lege factas iiſdem liberis eſſe iam ipſo iure acquiſitas, atque ita poſtmodum agnitione voluntatis ſecuta videri tacitam quoque ſecutam permutationem, cuius poteſtate fiat vt nihil iuris alij habeant in portionibus aliorum, in quibus antea habuerunt. Quid? An non poſſunt † hi filij abſtinere à patris hereditate ex edicto prætoris perpetuo: Poſſunt. Sed non abſtinere à patris voluntate, retinendo ipſius hereditatem quia nunquam permittendum eſt heredi ſiue teſtamentario ſiue legitimo vt inducat diuiſionem voluntatis *l. eum qui. 18. §. vltim. D. de his qui vt indign. l. nam abſurdum. 7. ff. de bon. liber.* Nec ſi filius ſola portione legitima contentus eſſe velit, & portionem hereditariam repudiare, aut, vt meliùs loquar, ab ea abſtinere audiendus eſt, quia nihil poteſt imputari patri, qui filio plus quàm legitimam portionem dedit, nec vllum filio ſiue querelæ inofficioſi, ſiue aliud auxilium in hoc caſu proditum eſt, vt benè noſtri poſt Bart. *ad l. quia poterat. 4. D. ad SC. Trebellian.* Dices. Ita ergo futurum vt vni ex filiis facilè in legitima quoque fraudem facere pater poſſit, data ei minima portione bonorum, & adſcripto ei onere æris alieni pro eadem parte. Reſpondeo, quoties futurum ſit ſeruata ea diuiſione quam pater fecerit vt filio præiudicium in legitima fiat, non eſſe cogendum illum ſtare

5

6

patris voluntati, quantumuis heres ex certa parte inſtitutus ſit à patre, ſiue expreſsè, id eſt facto teſtamento, ſiue tacitè & ab inteſtato, ſed habiturum per querelam inofficioſi teſtamenti ex ratione iuris veteris, vel actionem ad ſupplementum ex Iuſtin. conſtitutione, *in l. omnimodo. 30. C. de inoff. teſtam. facto ſc. teſtamento.* Ab inteſtato autem facta diuiſione, quia nec querela locum habere poteſt, nec quæ in eius locum ſubſtituta eſt actio ad ſupplementum, filio quia legitima portione contentus eſſe velit, hactenus eſſe ſuccurrendum, vt diuiſio illa, quam pater fecerit non confirmetur per legem, quia nec per arbitrium famil. erciſc. confirmari poſſet, ſi quis arbiter in eam rem datus eſſet. Neque enim æquitas vnquam patitur vt legitima filij portio facto vllo ſiue teſtatoris ſiue arbitri minuatur, *l. 2. C. de inoff. donat. l. filius quem habentem. 24. C. fam. erciſc.* quia cùm debeatur ex legibus ob idque legitima appelletur, arbiter verò fam. erciſc. ſuam habeat à lege poteſtatem, certum eſt non magis poſſe arbitrum facere aut pati, aut legitimæ quàm vt legibus præiudicium fiat. Nec proinde patrem, qui neque hereditatem neque heredem habere poteſt niſi ex legibus, quique cùm vniuerſa bona ſua inter liberos diuidit, arbitri officio ipſe fungitur, non legis. Nam lex non aliter permittit ciui Romano facere legem, quam ſi per legis modum aliquid diſpoſuerit ſolemniter verbis directis & imperatiuis, quod non fit niſi per teſtamentum. Cùm paterfam. fecit teſtamentum lex duodecim tabularum quæ confirmat teſtamentum, ſubſequitur voluntatem teſtatoris tanquam potiorem legem, quia ſibi eam ipſa legem dixit iis verbis, *Paterfam. vti ſuper ſua re legaſſe ita ius eſto.* Cùm verò deceſſit inteſtatus, quantumcumque bona ſua inter liberos diuiſerit, non poteſt videri feciſſe legem, aut quod pro eodem accipio, legis officio functus eſſe, ſed tantùm officio arbitri, cuius eſt in patrisfam. hereditate ab inteſtato diuidenda ſubſequi voluntatem legis. Vnde fit vt non magis quàm arbiter poſſit pater ſic bona ſua inter liberos diuidere vt legitimæ portioni fraus fiat. Secum enim lex pugnaret, ſi eam patris confirmaret voluntatem per quam ipſa legis autoritas offenderetur. Quid igitur ſi non pa-
8 ter † inter filios, ſed agnatus inter plures agnatos ſuos æquè proximos & ſibi ab inteſtato ſucceſſuros bona ſua diuiſerit & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuerit, aut etiam pater inter liberos emancipatos? An ſi quis eorum placita detrectet perinde tenebitur actione præſcriptis verbis, vt apud Papin. quaſi coheredes iſti omnes fecerint certa lege permutationem? Dubitatio ex eo naſcitur, quod cum ſint iſti heredes non ipſo iure quomodo ſui, ſed per aditionem, difficilius eſt vt agnoſcendo voluntatem & adeundo videantur portiones hereditarias inuicem permutaſſe: quas antea nunquam habuerint: Ceſſante autem permutatione nihil eſſe videtur ex quo præſcriptis verbis actio induci poſſit. Quòd ſi præſcriptis verbis actio locum hîc non habebit, quænam alia habere poterit? Sed tamen magis eſſe puto vt hoc quoque caſu eadem actio præſcriptis verbis danda ſit inter coheredes, verùm non quaſi permutatione quadam facta inter eos certa lege, vt ſuperiore caſu, ſed tanquam ex quaſi contractu inter eos inito cùm hereditatem adierunt, quaſi adierint omnes hac lege vt parerent ſinguli patrisfam. voluntati cui ſciebant omnimodo ſtandum eſſe. Nam ſi adeundo illi quaſi contrahere cum cæteris creditoribus intelliguntur, quidni etiam inuicem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur? Neque aliqua inter ſuos & extraneos heredes hac parte differentia eſt, *d. l. 7. §. vlt. & l. ſeq. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Niſi quod in ſuis heredibus hic quaſi contractus quaſi permutatio eſt, qui in extraneis neque permutationis nomen neque aliud habere poteſt. Et ita totum hoc Vlp. & Papin. reſponſum perelegans explicandum eſſe arbitramur.

ERROR IX.

De vltimo membro diſtinctionis Bartoli eiúſque ſubdiſtinctionibus circa profectitiorum collationem, & ad l. vlt. D. de pecul. legat. & l. quod fruct. D. de acq. rer. dom.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli in quæſtione quid iuris vbi pater filio dat ſimpliciter, nec apparet vtrum animo donandi, vel vt ſit in peculium profectitium, vel propter merita eius.*

2 *Triplex error Bartoli notatur.*

3 *Multiplex ſubdiſtinctio Bartoli circa rationem à patre factam filio ſimpliciter cùm nulla merita præceſſerunt.*

4 *Subdiſtinctionis Bartoli refutatio.*

5 *In ſpecie l. filia cuius. 18. C. fam. erciſc. nihil eſſe vnde colligere potuerit Bartolus factam fuiſſe filiæ à patre traditionem rerum quas filiæ nomine comparauerat.*

6 *Homo liber non poteſt ab eo ſibi acquirere cui bona fide ſeruit, nequidem hoc volente.*

7 *Bartolum ex l. quod fructuarius. D de acq. rer. dom. malè inferre dominum dando ſeruo videri in dubio concedere in peculium.*

8 *Bartoli illud refellitur quod pater pro filio ſtipulatur in peculio profectitio, in dubio idipſum ei concedere videtur, & ſententia l. vlt. D. de pec. legat explicatur.*

9 *Pater ſtipulando filio perinde ſibi acquirit ac ſi ſibi ſtipularetur.*

10 *Patri acquiritur quod filiusfam. ſibi ſtipulatur.*

11 *In d. l. vlt. D. de pecul. legat. nullam donationem interueniſſe.*

12 *Quales ſint diſtinctiones Bartoli.*

REDEAMVS ad Bartoli noſtri diſtinctionem 1
in d. l. 1. §. nec caſtrenſe, num. 11. ad fin. D. de coll. bonor. *Quandoque*, † inquit, *pater dat filio ſimpliciter, nec apparet vtrum animo donandi, vel vt ſit in peculium profectitium, vel propter merita eius, tunc quæritur quid in dubio.* Et hic eſt aduertendum. *Aut præceſſerunt merita filij. Et propter merita videtur datum vt l. ſi donatione. C. eod. Aut non præceſſerunt vt hic.* Præſupponit † nimirum Bart. donatio- 2
nem à patre in filiumfamilias propter merita collatam valere, quod nos iam ſuprà refutauimus. Sed eo quoque admiſſo, vnde quæſo diuinat Bartol. in ſpecie, *l. ſi donatione. 13. C. de collat.* merita filij præceſſiſſe, de quibus nullum in tota lege verbum. Et è contrario in ſpecie, *d. §. nec caſtrenſe*, nulla filij merita præceſſiſſe, cùm tamen agatur ibi de filio cui pater acquiſiuerit dignitatem. Niſi fortè filium ea dignitate indignum fuiſſe comminiſci volumus, aut potuiſſe dignum eſſe dignitate, quin hoc ipſo pater haberet eum pro benè merito non tantùm de ſe, verùm etiam de republica. Nam qui de republica benè meritus eſt, videri non poteſt non etiam benè meritus de patre cùm reipublicæ priùs quàm patri ipſi naſcatur, *l. 1. §. & generaliter. D. de ventr. in poſſ. mitt.* Quare nec Bart. ipſe in hoc commento ſemper perſtitit, ſed ſæpius alibi ſcripſit Imp. *in d. l. ſi donatione*, ſenſiſſe de fundo per patrem donato filiæfamilias vt haberet, illud in peculium profectitium, quod à nobis etiam refutatum eſt initio *Dec. 40.* Sicut & illud, quod Decius aliíque recentiores nonnulli ponunt fuiſſe ibi factam donationem ob cauſam puta dotis aliamve ſimilem. Nam & ea interpretatio prorſus commentitia eſt, & quicquid in eius loci explicatione comminiſci

miniſci volueris, æquè ineptum erit, niſi admittas noſtram illam emendationem *legáſque matre pro patre.* Et ſiue ponas meritorum cauſam præceſſiſſe ſiue dotis aut aliam quamlibet, attamen numquam aſſequeris vt valeat donatio quam pater fecerit filio in poteſtate con-
3 ſtituto. Sed audiamus Bart. ſubdiſtinctionem circa † donationem à patre factam filio ſimpliciter cùm nulla merita præceſſerunt. *Aut pater,* inquit, *emit nomine filij & ſibi tradidit* [ignoſcite Grammatici. Verba ſunt Bartoli non mea, ſcripſiſſem *ei* non *ſibi*] *& tunc præſumitur animus nouandi vt l. filij Codice fam. erciſc. & l. 2. Codice ſi quis alter. vel ſib. Aut. tradidit tantùm non autem emit nomine filij, & in dubio videtur tradidiſſe vt habeat in peculium profectitium vt l. fin. ſup. de pec. legat. l. quod fructuarius. D. de acquir. rer. domin.* niſi eſſent aliqua indicia ex quibus appatet contrarium vt quia dedit filio eunti in caſtra vt *leg. 1. Codice de Caſtr. pecul. lib.* 12. Quandoque emit nomine filij tantùm, non tamen tradidit, tunc videtur emiſſe vt habeat in peculio profectitio vt *dict. leg. fin. de pecul. legat.* Quandoque pater non emit pro filio nec tradidit ſibi, ſed fecit filium recipere aliquam promiſſionem, tunc an videatur fieri animo donandi dixi ad *dict. leg. ſi pater. D. de*
4 *donat.* Hæc quoque ſubdiſtinctio † non tantum commentitia, ſed etiã inanis & nullius momenti eſt. Quid enim referre poteſt an rem quam pater filij nomine cõparauit, ei tradiderit, an non tradiderit, & an animus donandi interuenerit necne, ſi neque traditio neque donatio vires vllas habet: adeóque quod ad quæſtionem noſtram, quæ de collatione eſt, magis pertinet, ſi neutro caſu collatio locum habere poteſt. Illud ſanè intereſſe non inficior, an donandi animum habuerit pater néc ne, quia ſi donandi animum habuerit, quamuis donatio non valuerit, patris tamen ſilentio ac morte confirmatur, quod res inducit officium arbitri fam. erciſc. vt filius rem ſibi donatam poſſit habere præcipuam perinde acſi donatio valuiſſet. At non in eo intereſt quaſi vno caſu locus ſit collationi, alio non item, quia ſicuti donatio quæ nunquam valuit nec vnquam ita fuit confirmata vt dominium ex ea tranſlatum ſit conferri nullomodo poteſt, cum aliena minimè conferantur, ſic è contrario quæ confirmata eſt, cùm ob hoc ipſum præcipua retineatur, non magis poteſt conferri, quia tam abſurdum eſt ne dicam contradictorium dicere conferri ea quæ præcipua retinentur, quàm quæ ſunt
5 aliena. Sed neque poſſum videre † vnde Bart. colligat in ſpecie *dict. leg. filia cuius.* 18. *Codice fam. erc.* factam fuiſſe filiæ à patre traditionem earum rerum quas filij nomine comparauerat. Nihil enim aliud lex ponit niſi quod filiæ nomine res illæ fuerint à patre comparatæ. Nec diſtinguit an per venditorem fuerint traditæ patri ipſi an filiæ ita volente patre, multo minus an pater ipſe acceptas eas ſibique à venditore traditas filiæ tradiderit, quia neque diſtinctiones iſtæ admittendæ ſunt quandoquidem omnibus iſtis caſibus æquè verum eſt & donandi animum habuiſſe patrem, & nihilominus rerum emptarum filiæque donatarum dominium penes patrem remanſiſſe. *leg.* 1. *Codice de caſt. pecul. milit. præfectianor. li.* 12. *titul.* 37. atque adeo in hereditate ipſius remanere, quouſque per adiudicationem arbitri in filiam transferatur: qui ſenſus eſt *dict. leg. filia. leg. Pompon.* 35. *D. eod. l. cùm pater.* 77. *pater filiæ. de legat.* 2. Sola enim voluntas patris filiæ donantis non facit eam capacem dominij à patre ipſo acquirendi, at neque ab extraneo cùm pater ipſe pretium pro filia numerauit, *leg.* 1. *Codice de caſtrenſ. pec.* Quemadmodum in *dict. leg. quod fructuarius* ſcriptum eſt, Si quis homi-
6 ni † libero ſeruienti ſibi bona fide aliquid donauerit, idipſum tamen manere donatoris. Ideóque quamuis bonæ fidei poſſeſſor ei operas ſuas donauerit, tamen quicquid ex operis ſuis acquiret, acquiſitum iri poſſeſſori, quia licet homo liber bona fide ſeruiens capax ſit acquiſitionis quia liber eſt, *leg. qui bona.* 32. §. 1. *verſ. generaliter eodem titul.* non magis tamen acquirere ſibi poteſt ab eo cui bona fide ſeruit, quaſi prorſus incapax eſſet acquiſitionis: Ex quo argumentum perelegans & efficax ſumi poteſt contra eos qui filiumfamilias olim acquiſitionis incapacem fuiſſe ideo volunt, quod donatio à patre in eum collata non valeret. Quo argumento ſi bonum eſſet perinde probarent hominem liberum bona fide ſeruientem non fuiſſe acquiſitionis capacem. Itemque nec hodie capacem eſſe filium, quando nec hodie donatio valet à patre in filiumfamilias collata, vt à nobis toties inculcatum probatumque fuit. Neque illud rurſus video, cur ex *dict. leg. quod fruct.* inferat † Bart. dominum dando ſeruo videri in 7
dubio concedere in peculium, cùm eo loco tractet Paulus de donatione facta expreſſim animo donandi ſiue à fructuario ſiue ab eo cui liber homo ſeruiat bona fide. Nec quod rem donatam lex ait manere donatoris ad rem facit. Id enim non eam rationem habet, quaſi in peculium datam eam videri lex interpretetur, ſed quia non valet donatio, ne tum quidem cum fructuarius donat ſeruo, in quo habet vſumfr. & cuius vſusfructus ad alium pertinet, quia quod fructuarius ex re ſua donat, cùm ex ipſius fructuarij re ſit, per ſeruum acquiritur fructuario, tantùm abeſt vt poſſit diſcedere à fructuario, ad hoc vt per ſeruum proprietario acquiratur. Niſi eo animo fructuarius donauerit vt ad proprietatis dominium rediret, vt eadem lex ait, Subiungens aliud fore ſi extraneus huic ſeruo donaſſet. Tunc enim ſoli proprietario acquiri indiſtinctè. Non quod hoc etiam caſu diſtinguendum non ſit an fructuarij an proprietarij contemplatione ſeruo donatum ſit [eſt namque neceſſaria hæc diſtinctio, cùm ei ſoli acquiratur donatio cuius contemplatione donatum eſſe conſtiterit *l. ſed etſi quid.* 22. *D. de vſuf.*] ſed quaſi non conſtet fructuarij ſolius contemplatione ſeruo donatum fuiſſe & in dubio acquiritur donatio ſoli proprietario; nec requirimus vt probetur quod ipſo fructuario donante probandum eſt ea mente factam donationem vt proprietario acquireretur. Rurſus, quod ad eandem *l. vltim. de pecul. legat.* idem Bart. tradit, † id quod pater pro filio 8
ſtipulatur in peculio profectitio, in dubio idipſum ei concedere videri, ex eo loco non probatur. Nec enim ponit Scæuola in illius legis ſpecie, centum aureos quos pater nomine filij fœnerabat, in filij peculio fuiſſe, qui neque potuerant eſſe peculij quin traditi fuiſſent quicquid in contrarium ſcribat Bart. ad *dict. leg. vltim.* quia peculium naturalem deſiderat dationem *l. non ſtatim* 8. *D. de pecul.* neque verbis, aut ſcriptura, ſed re tantùm conſtitui, conſtitutumque augeri poteſt *l.* 4. §. 1. *eod.* Et quamuis pater in rationibus breuiariis ſe filij debitorem pro ea quantite feciſſet, quantitatiſque vſuras filio adſcripſiſſet, non tamen ea res aut patrem debitorem facere, aut filio peculium acquirere potuiſſet, quia nuda ratio non facit aliquem debitorem nec donationis aut conceſſionis alicuius vim habet *l. nuda ratio.* 26. *D. de donat.* cum non niſi certis modis & obligatio contrahatur, & donatio fiat, & peculium conſtituatur, inter quos nuda debendi donandique voluntas eſt. Quid ergo eſſe potuit quod faceret apud Scæuolam vt illi centum aurei eſſe in peculio filij viderentur, ideóque cederent prælegato peculij etiam cum ſuis vſuris. Nimirum vt puto quod pater eos prælegauerat filio cuius nomine dum viueret fœnerauerat eoſdem. Suprema enim voluntas per teſtamentum verbis prælegati declarata, ſicuti nulla indiget traditione, ad centum illos aureos in filium transferendos: Ita & coniuncta cũ donandi animo, quem viuus pater erga filium habuerat facile poteſt efficere vt proinde fiant peculij acſi aliquãde traditi filio fuiſſent, ex eo ſc. tẽpore ex quo cœperat pater filij nomine eos fœnerare, & conſequẽter vt exinde quoque vſuræ filio adſcriptæ pro peculiarib. habeãtur

ideoque poſſint cedere peculio cui alioquin non cederent, ſi centum ipſi aurei per patrem fœnerati nomine filij, peculiares facti non intelligerentur, ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus illud exercere. Nam neque poſſet incipere peculium eo tempore quo pater defunctus eſſet, cum è contrario quod fuit viuo patre peculium deſinat eſſe defuncto eo, fiatque hereditas ſicut & paterfamilias ſit qui viuo patre filiusfam. erat. Qui porro paterf. ſit eum certum eſt peculium habere nullum poſſe. Hancque noſtram interpretationem illud omnino probat, quod Scæuola ponit diſtincto capite à prælegato peculij, & priuſquam pecula liberis prælegarentur ita ſcripſiſſe patrem, *Titi filij è medio præcipito, ſumito, tibique habeto domum illam, item aureos centum*, quorum verborum ſi non is effectus eſt, quem eſſe diximus, nullus certè erit quantum ad illos aureos centum. Si enim iam erant in peculio, quidni etiamſi nihil de iis expreſſim cautum eſſet prælegato peculij quod poſtea & alio teſtamenti capite factum proponitur, continerentur. Fiunt igitur peculiares ex ſupradictis verbis, quæ cùm ſint directa & imperatiua legis vim habent, atque ita ſupplent vicem traditionis quæ erat neceſſaria ad peculium conſtituendum, Idque adeo verum eſſe arbitror vt putem non improbabiliter dici poſſe: Si pater in ea ſpecie vſus fuiſſet verbis fideicommiſſi & precariis, non imperatiuis, aliud reſponſurum fuiſſe Scæuolam, quia cùm fideicommiſſa per legem non confirmentur, nihil eſſet quod vice traditionis eſſe poſſet ad peculium conſtituendum: filióque ſolum illud ſupereſſet vt centum aureos peteret ex fideicommiſſo niſi forte vellet quis dicere futurum eo caſu, vt donatio quam pater filio feciſſet quamuis inutiliter, verbis tamen fideicommiſſi confirmata, ad eum diem quo facta eſſet, retrotraheretur, ex *d. §. pater filia. l. cum pater. 77. de legat. 2.* & ex *d. l. donat. quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed non puto poſſe hoc defendi, quoniam ea demum donatio confirmari patris morte poteſt quæ perfecta ſit per traditionem naturalem ipſi filio factam: Nulla vero interuenit traditio in perſona filij, quamuis eius nomine pecunia per patrem fœneretur quia quamuis tradatur nomine filij, non ideo tamen poteſt haberi pro tradita ipſi filio per patrem deinde per filium debitori quaſi occultata vna actione plurimum coniungendarum celeritate, vt in *l. 3. §. ſed ſi debit. D. de dona. int. vir. & vxor.* cùm ex ea traditione quæ per patrem fit debitori debitor non filio ſed patri obligetur. Siquidem pater † quantumlibet ſtipulando

9 filio perinde ſibi acquirit acſi ipſi ſtipularetur *l. eum qui 56. §. qui ſibi. D. de verb. oblig.* Plus dico, idem iuris fore, etiam ſi patre conſentiente filius ipſe hanc pecuniam ipſius nomine à patre fœneratam proprio nomine ſtipulatus eſſet: Eadem videlicet ratione, quia & quod filiusfamilias † ſibi ſtipulatur non ſolùm patri acquiri-

10 tur, ſed quod magis eſt eo colore quaſi pater ipſi ſtipulatus ſibi eſſe videatur *d. §. qui ſibi & l. dominus ſeruo. 39. eod.* quoniam vox filij intelligitur vox patris in iis quæ patri per filium acquiri poſſunt *d. §. ſi quis alij in fin. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Obidque Paulus in *l. penult. D. de don.* tractans de patre qui pecuniam filij nomine fœnerauerat, filiumque ſibi illam reddi ſtipulari paſſus erat, ponit filium emancipatum fuiſſe, vt ſignificet in filio non emancipato nihil tale tractari poſſe. Igitur & apud Scæuolam † in *d. l. vltim. de pecul. leg.* dicendum

11 eſt, nullam fuiſſe donationem, quam pater verbis fideicommiſſi confirmare potuerit, ſed tantùm nudam donandi voluntatem, quæ multùm à donatione diſtat *d. l. nuda ratio. 26. D. de donat.* Traditione namque aut ſaltem ſtipulatione opus fuit olim ad faciendam donationem indéque ratio dubitandi apud Paulum in *dict. l. penult.* cur donatio inter patrem & filium etiam emãcipatum perfecta non videretur. Nempe, quòd neque pater, qui filio donatam volebat pecuniam quam fœnerabat, eam filio tradiderat, ſed debitoris, neque filius eam ſtipulatus fuerat à patre ſed à debitore. Verùm his duobus coniunctis, quod & pater tradiderit, quamuis alij quàm filio animo donandi filio, & filius ſtipulatus ſit, quamuis ab alio quàm à patre, animo tamen accipiendæ donationis paternæ, non dubitat Paulus quin perfecta ſit donatio, perinde acſi vel pater filio tradidiſſet, vel filius à patre ſtipulatus fuiſſet. Eſtque hic veluti tertius & medius quidam modus perficiendæ donationis, ſed qui non poſſit cadere in perſonam filij in poteſtate cõſtituti. Nulla ego interueniente traditione apud Scæuolam in *d. l. vlt.* nec alia re quæ vice traditionis eſſe poſſit, dico nullam poſſe donationem intelligi, adeóque nec vllam peculij conceſſionem, & ob id fuiſſe neceſſaria verba illa præceptionis & prælegati relata in principio legis, vt centum aurei quos pater filij nomine fœnerauerat in peculium conceſſi retrofingerentur, poſſént admittere pro filio acceſſionem vſurarum ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus exercere. Et ex his ſatis ſupérque confutata ſit tota iſta Bartoli traditio & diſtinctio, circa bonorum profectitiorũ collationem. In qua diſtinctione vt probauimus cùm tot membra habeat, nullum tamen eſt ne vnum quidem quod ſuo careat vitio. Nec aliud in cæteris quæ tam multæ † ſũt 12
Bartoli diſtinctionibus ei vſuueniſſe probaremus facile, ſi quod aliquando ſtudioſorum gratia facere cogitabamus omnes eas referre ac ſigillatim refellere operæ pretium eſſe arbitraremur. Labor eſſet longus ſanè ſed non arduus, & hoc ipſo ignobilis meo iudicio, quod parum ea res haberet difficultatis. Itaque nobis honorem hunc ſi quis alius & diligentior & eruditior præripere volet, patienter feremus.

ERROR X.

De aduentitiorum collatione & nonnullarum legum tit. C. de collat. emendatione.

SVMMARIA.

1 *Aduentitia non conferri à liberis, qui in poteſtate remanſerunt primus induxit Iuſtinianus.*
2 *Qua ratione ad emancipatos quoque Iuſtiniani conſtitutio ab interpretibus producatur.*
3 *Refellitur interpretum æſtimantium emancipatos fratribus in poteſtate retentis aduentitia conferre non teneri ſententia, & n. 10.*
4 *Emendatio l. ſi maritus. 14. C. de collat.*
5 *Emendatio l. dotis quidem S C. de collat.*
6 *Aduentitia bona etiam hodie emancipati fratribus in poteſtate retentis conferre tenentur: aliàs ne quidem ſui heredes tenerentur emancipatis profectitia conferre.*
7 *Qua ratione volunt probare interpretes emancipatum aduentitium conferri, eadem colligi poteſt eum nec profectitia conferre debere.*
8 *An dos aduentitia hodie conferatur à filia emancipata diſputatio cum Cuiacio & aliis interpretibus.*
9 *Cur neceſſaria fuerit Iuſtiniani conſtitutio in l. vltim. Cod. de collat. ad prohibendam aduentitiorum collationem.*
11 *Bartolum & alios ex l. cum duobus §. idem Papinianus. D. pro ſocio malè colligere emancipatos non teneri conferre aduentitia.*
12 *Cur Iuſtiniani conſtitutio qua aduentitiorum collationem in filiisfam. prohibet ad emancipatos non extendatur.*
13 *Cùm cogantur interpretes fateri teneri emancipatum conferre fructus aduentitiorum, ſequi eum etiam debere proprietatem conferre.*
14 *Hodie emancipati ſuccedunt ex iure ciuili.*

ETSI

1 ET ſi conſtitutio † Iuſtin. in *l. vlt. Cod. de collat.* quæ primùm induxit ne aduentitia conferantur, non niſi de iis liberis loquitur, qui manſerunt in patris poteſtate, in eóque cogentibus ipſis verbis legis omnes interpretes conſentiunt, plerique tamen ac ferè
2 omnes putant extendi eam debere ad emancipatos, † vt quod ſibi aliunde quàm à patre quæſiuerunt, non cogantur conferre fratribus in poteſtate manentibus. Ratione illa, quod etiamſi in patris poteſtate manſiſſent, eadem ſibi acquiſiuiſſent, poſtquam eidem Iuſtiniano placuit, vt etiam filiifamilias hodie ſint capaces aduentitiorum in *l. cùm oportet. & l. vltim. Cod. de bon. [illegible]us.* Regula enim eſt iuris etiam veteris, Non cogendos eſſe emancipatos fratribus in poteſtate manentibus ea conferre, quæ tametſi manſiſſent ipſi quoque in poteſtate, præcipua tamen eſſent habituri, vt ex Papiniano Vlp. tractat in *l. cùm duobus. 52. alias l. ſi fratres. §. idem Papin. reſpondit. D. pro ſocio.* Sic enim ratiocinatur Bartol. ad *l. pater filium num. 5. Cod. de collat. dot.* cuius ſententiam communiter receptam eſſe teſtantur Alexand. Iaſ. Decius, & alij quotquot ſcripſerunt ad *l. vltim. C. de collat.* A qua ſententia video non abhorrere Cuiacium *lib. 3. obſeruat. cap. 30.* vbi ſcribit quamuis dubitanter, vt ille ipſe loquitur, correctam hodie videri *l. filia dotem 4. Cod de collat. & l. 1. §. ſi ſub conditione. D. de collat. dot.* quibus locis proditum eſt aduentitiam quoque dotem à filia emancipata conferendam
3 eſſe. Ego verò vt contra † ſentiam, ex eo moueor, quod ſententia iſta ſi vera eſt totum ius vetus de collationibus, peruertit, nihilque iam ſupererit quod frater emancipatus poſſit aut debeat conferre fratri in poteſtate retento, cui tamen proculdubio facit iniuriam, cùm ſuccedendo patri iure prætorio petita bonorum poſſeſſione ſiue contra tab. ſiue ex capite Vnde liberi aufert ei partem bonorum paternorum quæ omnia filius in poteſtate retentus iure ſuo alioquin erat habiturus: Cuius iniuriæ arcendæ gratia, certum eſt ab ipſo etiam prætore quantumuis id agente vt emancipatus faueret, inductum eſſe ius collationis fauore liberorum in poteſtate retentorum, ne iis captioſum eſſet beneficium & iniurioſum, quod emancipatis tribueretur, idque vnum præcipuè in hoc edicto de collationibus prætorem ante oculos habuiſſe ne qua ſuis heredibus fieret iniuria per emancipatos *l. 1. in princ. & §. toties. l. ſi filius. 10. & paſſ. D. de coll. l. 3. D. de coll. dot.* Adeò vt collationem fieri aut ſaltem de facienda ea caueri neceſſe eſſet priuſquam ſuccedere emancipatus poſſet, quaſi non ſub ea conditione vocato illo ad bonorum poſſeſſionem *leg. ſi filius. 13. D. de condict. cauſ. dat. l. ſi*
4 *maritus. 14. C. de collat.* quo loco † vt hoc obiter moneamus, graue ſubeſt mendum quod eius legis ſententiam non tantùm obſcuram, verùm etiam inexplicabilem facit in illis verbis, *quas habuit patris ſui mortis tempore,* [quæ idcirco expungenda eſſe credidit vir doctiſſimus Dionyſius Gothofredus] ſed quod faciliimè purgari poteſt, ſi pro *quas*, *legamus quam*, relata ea dictione ad dotem, de qua immediatè ſubiungitur, *dotem non conferenti*, nullaque interiecta virgula poſt dictionem, *tempore*, ſed vnico contextu continuata ſerie orationis, ſic accipienda acſi ſcriptum eſſet quod fuiſſet apertius *dotem quam habuit patris ſui mortis tempore non conferenti.* Facilis enim eſt & aliis pleriſque locis occurrit hic error mutatæ M in litteram S. aut contra, quod literam M veteres ſcriptores itémque ipſi etiam typographi hac nota ʒ effingere ſolerent, vt à nobis aliquo coniecturarum noſtrarum loco iam obſeruatum eſt. Sed hoc obiter vt dixi, ne quam in toto illo *tit. de collat.* difficultatem conſulto præteriiſſe videremur. Qua etiam ratione cogor addere, licet alienum ſit ab inſtituto tractatu de collatione aduentitiorum, aliud mē-
5 dum ſubeſſe † *in l. dotis quidem. 5. eo. tit.* vbi pro *portio* legendum eſt *petitio*. Nec enim quærebatur apud imperatorem an dotis portio aliqua competeret mulieri conſtante matrimonio, quippe cuius erat tota dos, quamuis interim eſſet in bonis mariti *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.* ſed tantum dubitabatur an mulier quæ dotem habebat poſſet eam petere à marito perſeuerante matrimonio, ob hoc ſolum quod eam fratribus conferre cogeretur, vt poſſet ipſis ſuccedere patri communi, non aliter autem videretur poſſe eam conferre, quam à marito eam repopoſciſſet. Idque demonſtrant apertè ſequentia illa *non tamen eo nomine aduerſus maritum ſibi potuit actio eſſe*, quibus negat imperator permittendum eſſe mulieri, vt hoc prætextu dotem auferat marito, cùm non eò minùs futurum ſit vt fratribus conferre poſſit, ſcilicet minus accipiendo ex bonis communibus. Redeamus ad propoſitam diſputationem: Dicebamus iniquum eſſe admitti emancipatos ad ſucceſſionem paternam cum fratribus in poteſtate retentis quin iis bona ſua omnia conferre cogantur idque iam olim prætori ipſi viſum ſic fuiſſe, vndecunque tandem bona illa prouenißent. Ergo nec hodie † aliud eſſe admittendum ſi qua bona aduentitia filius emancipatus habeat, ſiue ab aliquo alio quàm patre ſiue propriis laboribus ea quæſierit. Alioqui dicendum erit ea Iuſtin. conſtitutione, quæ de emancipatis nullo modo loquitur, ſublatum fuiſſe totum edictum de collationibus, quod non fuerat propoſitum niſi contra emancipatos de quo certè Iuſtinianus non cogitauit ne per ſomnium quidem. Dices immo verò ita etiam poſito iure vt emancipatus non cogatur conferre aduentitia fratribus in poteſtate retentis, ſuperfuturam vtilitatem & neceſſitatem edicti pro bonorum profectitiorum collatione. Sed reſpondebo ne quidem pro hac parte ſuperfuturam. Quoniam profectitiorum conferendorum neceſſitas non alia de cauſa irrogatur emancipato, quam quia etiam liberi in poteſtate cōſtituti profectitia conferre coguntur: An non enim eſſet abſurdum emancipatos liberos melioris eſſe conditionis quàm in poteſtate retentos? Atqui ob hoc ipſum prætor æquum putauit ſuos heredes ſaltem profectitia conferre, quod iis emancipati aduentitia quoque conferre cogerentur. Ergo ſi perſuadeas prætori emancipatos bona ſua aduentitia conferre non debere, nec ipſe patietur profectitia iis conferri per fratres retentos in poteſtate. Illo autem inducto vt neque emancipatus fratri in poteſtate retento aduentitia conferre debeat, neque frater in poteſtate retentus emancipato bona profectitia, conſequens ſtatim fiet, nec emancipatum profectitia collaturum. Quo enim colore conferret profectitia, quæ viciſſim ei non conferrentur? Niſi poneres nouum edictum in eam rem factum fuiſſe de ſolis profectitiis ab emancipato conferendis, quale nullum fuit vnquam, nec erit. Nam quod habemus dictatum à prætoribus & ab Imp. adeóque à Iuſtin. ipſo tot conſtitutionibus confirmatum, non magis obligat filium emancipatum ad profectitia, quàm ad ea quæ aduentitia ſunt, conferenda: & rurſum non minùs filium in poteſtate retentum, quam emancipatum ad collationem profectitiorum. Sed & qua ratione † volunt noſtri emancipatum 7
aduentitia conferre cogendum non eſſe, eadem ipſe probabo neque profectitia conferre illum debere, vt inferam etiam ratione profectitiorum inutile manſurum edictum prætoris de collationibus ſi aduentitia hodie non conferantur. Ratio enim qua mouentur illa eſt, vt diximus, quòd emancipatus eadem bona aduentitia ſibi præcipua retenturus eſſet etiamſi manſiſſet in poteſtate. Atqui hæc ipſa ratio etiam in profectitiis locum habere poſſet, quia ſi quid pater filiofamilias donaſſet in eadémque voluntate deceſſiſſet filius poſt mortem patris idipſum præcipuum retineret *leg. filia cuius. 18. Codice familiæ erciſc. leg. 2. Codice de inoff. donat.* Cur ergo cogendus erit emancipatus conferre profectitia

ctitia ſibi à patre donata ſi nihil aliud inſpicimus niſi an præcipua illa fuerat habiturus, ſi emancipatus non fuiſſet? Et tamen quin conferre debeat non dubitatur, ſiue in ipſo emancipationis tempore, ſiue poſt emancipationem à patre donata ſint *l. vt liberis. 17. in fin. Codice de collat.* in eóque deterior eſt conditio emancipati quàm filiifamilias, quia vt ſuo loco docuimus, pater qui donationem filio emancipato factam non reuocauit, non idcirco eam ſilentio ſuo comprobaſſe intelligitur, quia nec ſi voluiſſet, reuocare tamen potuiſſet. Non igitur ſemper verum eſt emancipatos ea conferre non debere, quæ præcipua erant retenturi ſi in poteſtate manſiſſent: Aut ſi verum id ſemper eſt, fatendum erit profectitia ſaltem, quæ ſimpliciter donata fuerint filio emancipato, non ob cauſam puta dotis vel donationis propter nuptias [nam hæc etiam à filiisfamilias conferuntur *dict. leg. vt liberis*] conferri non debere, ſed præcipua retineri, quandoquidem & ſi filiofamilias donata fuiſſent, retinerentur. At magis mirum illud
8 eſt quod iidem noſtri volunt & poſt eos † Cuiacius aduentitiam dotem hodie non conferri, correctaſque leges omnes quæ dicunt eſſe conferendam. Nihil enim quod ad huiuſmodi dotes aduentitias Iuſtinian. innouauit, non ſolùm circa collationem à filia emancipata faciendam, ſed neque quantumuis ad acquiſitionem in perſona filiæfamilias, cùm iam olim ita ius eſſet vt non minùs filiafamilias quàm emancipata dotem aduentitiam habere poſſet: Nec aduentitiam duntaxat, ſed quod magis eſt profectitiam, dummodo non filiæ ipſi, ſed marito nomine filiæ traditio facta proponeretur *l. Pomponius Philadelphus 55. D. fam. erciſc.* Hoc enim olim requirebatur, nó quidem vt valeret donatio facta filiæfamilias per extraneum ex cauſa dotis [omnimodo namque valebat ſi aliud nihil obſtaret] ſed ne per filiamfamilias patri acquireretur, quo poſtea ſiue ignorante ſiue inuito non potuiſſet ea res donata filiæ peruenire ad maritum *argum. l. ſi ego. 9. §. 1. D. de iur. dot.* In quo vno hac parte fateor Ius nouum factum eſſe à Iuſtiniano, nec hodie requiri vt extraneus qui volet donare filiæfamilias in cauſam dotis, tradat marito potiùs quàm filiæ, cùm ſit hodie filiafamilias capax non tantùm acquirendæ ſibi dotis vt olim, ſed etiam accipiendæ traditionis ex cauſa dotis, quod olim non fuit. Cùm igitur iam olim peræquè ac hodiè filiafamilias aduentitiæ dotis capax eſſet, quæro cur duæ illæ Iuſtiniani conſtitutiones quarum vna fecit filiosfamilias capaces acquirendorum ſibi aduentitiorum, altera prohibuit ne ad collationem aduentitiorum vrgeantur, illud quoque induxiſſe videbuntur vt emancipata filia dotem aduentitiam conferre non cogatur, quam olim haud dubie conferebat: Rurſum hoc admiſſo, quod negari non poteſt, vt dotem quantumuis aduentitiam filia emancipata, conferre debeat, cùm tamen dos etiam filiæfamilias adeóque à patre ipſo data proprium eius patrimonium dicatur *l. 3. §. ſed vtrum. D. de minor. l. in eum. 16. D. de relig. & ſumpt. funer.* quid poteſt eſſe aduentitium & adeo, vt ita dicam, acquiſibile ex Iuſtiniani conſtitutionibus, quod non debeat conferri ab emancipatis? Taceo vulgatum quidem illud verbum, ſed tamen non eo minus verum, leges correctorias iuris veteris tanquam quæ hoc ipſo odioſæ ſint nũquam eſſe ad alios caſus etiam ſimiles extendendas *vulg. l. ſancimus. 27. Codice de teſtam. l. præcipimus. 32. in fi. Cod. de appell.* Atqui negari non poteſt quin lex Iuſtiniani quæ aduentiorum collationem prohibet inter liberos in poteſtate conſtitutos, non ſolum noua ſit, ſed etiam iuris veteris correctoria, ſi ad emancipatos protrahatur idque & interpretes ipſi omnes fatentur. Quid ergo cauſæ eſſe poteſt, cur ad emancipatos eam protrahere debeamus? Adieci, *ſi ad emancipatos protrahatur*, quia ſi de filiisfamilias ſolis accipiatur, de quibus ſolis loquitur, noua quidem erit conſtitutio, ſed non iuris veteris correctoria, quia nulla lex eſt in toto iure vetere, quæ in filiorumfamilias perſonis quicquam ſtatuerit de aduentitiis conferendis, ſiue quod non aliorum aduentitiorum capaces eſſent filiifamilias quàm dotis & propter nuptias donationis, de quibus Iuſtiniani conſtitutio intelligi, vt diximus, non poteſt: ſiue quod non niſi de profectitiis conferendis filiifamilias tenerentur, ſiue inter ſe ſoli ſuccederent, ſiue cum emancipatis. Quanquam hæc poſterior ratio pendet ex priore. Ideo namque de ſolis profectitiis à filiofamilias conferendis cautum erat, quòd aduentitiorum capaces non eſſent filiifamilias extra cauſam dotis vel propter nuptias donationis, vt proinde nullus poſſet locus eſſe quæſtioni an conferri deberent, quæ non poterant acquiri. Prius enim erat vt poſſent acquiri, quàm vt deberent conferri. Nam quod ad dotem vel propter nuptias donationem attinebat, difficilius erat dicere cur dotem vel donationem propter nuptias profectitiam conferre filiafamilias cogeretur, cùm ea dos proprium eſſet filiæ patrimonium etiam viuo patre, vt diximus, quàm cur aduentitiam conferre non deberet, quæ nec in bonis patris eſſet nec ex bonis patris. Iuſtinianus verò ſtatim atque induxit vt filiifamilias quorumcunque aduentitiorum capaces eſſent, locum aperuit quæſtioni antea inauditæ, An conferri ea oporteret. De qua proinde nihil in vtramuis partem poterat conſtituere quod non eſſet nouum, ſed nihil quoque quod iuris veteris correctorium eſſet. Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur † quam ob rem fuerit ne- 9
ceſſaria conſtitutio Iuſtiniani ad prohibendam aduentitiorum collationem, cùm nulla lege cautum eſſet vt collationem illam fieri oporteret, An non enim ſatis erat filiisfamilias ne conferre cogerentur, quod facti eſſent capaces aduentitiorum acquirendorum, nec vlla iuris conſtitutione ad collationem vrgeri poſſent? Et tamen fuiſſe neceſſariam illam conſtitutionem apertè ſcribit Iuſtinianus illis verbis, *neceſſarium duximus conſtitutioni quam iam fauore liberorum fecimus hoc addere.* Et in fine legis, *ita & alias res quæ minimè parentibus acquiruntur proprias liberis manere cenſemus*, ne poſſimus dubitare ante illam Iuſtiniani conſtitutionem non idem obſeruatum fuiſſe. Ac ſanè ita eſt, ſi ea Iuſtiniani conſtitutio non eſſet, non erraret meo iudicio qui diceret aduentitia tametſi filiisfamilias acquirantur, conferenda tamen eſſe, quoniam cauſa acquiſitionis nihil commune habet cum cauſa collationis, niſi quod collatio præſupponit acquiſitionem, Tantum abeſt vt acquiſitio excludat collationem. Cúmque olim res quæ filiisfamilias donabantur acquirerentur patribus, ita vt defuncto patre inter liberos communes reperirentur, ſicut & cæteræ res hereditariæ, Non erat ſatis Iuſtiniano ad peruertendum ius vetus, id eſt ad impediendam non ſolum acquiſitionem in patris commodum, ſed etiam communionem bonorum iſtorum inter liberos poſt mortem patris, feciſſe filiosfamilias capaces huius acquiſitionis, etiam inuito patre, niſi illud quoque addidiſſet, ne conferre cogerentur etiamſi ſuccedere patri vellent. Alioqui potuiſſent fratres cæteri qui aduentitia bona ſibi nulla quæſiuiſſent, obiicere fratribus qui non contenti aduentitiis paterna quoque adpeterent, debere illos vel abſtinere à bonis patris cui aduentitia ſua acquiri noluiſſent, vel ſua etiam conferre, exemplo emancipatorum qui licet omnia poſſint ſibi acquirere, ſi quando tamen poſtea cum cæteris fratribus in poteſtate retentis ſuccedere volunt ſua illa omnia conferre coguntur. Tantóque magis filiifamilias iſti quod non ita ſunt facti acquiſitionis capaces quod ad bona aduentitia, vt in iis omnino extinctum ſit ius patris, cui adhuc ſaluum eſſe Iuſtin. voluit, non modo vſumfructum ſed etiam ius legitimæ adminiſtrationis. Quo vtroque reſpectu naturalem huiuſmodi bonorum poſſeſſionem

nem & penes patrem quandiu viuit remanere neceſſe
eſt. *l.naturaliter.*12. *in princ. l.poſſe.l.* 49.*D. de acquir.*
poſſ. & eo mortuo in hereditate reperiri ? Quæ res
iuſtam poteſt præbere cauſam petendæ collationis,non
quidem iure actionis quæ nec ad collationem peten-
dam neceſſaria eſt, ſed per viam exceptionis & reten-
tionis, contra fratres aduentitiorum proprietatem ha-
bentes , ac præterea patri ſuccedere volentes : Quem-
admodum è diuerſo naturalis illa poſſeſſio plerunque
prodeſt ad retinédas ſine vllo vero titulo eas res præci-
puas , quæ alioqui defectu tituli præcipuæ retineri
non poſſent,quod tamen multo difficilius eſt vt in ſpe-
cie *d.l. Pomponius.*35.*fam. erciſc.* Neque ad impedien-
dam ſine conſtitutione collationem valuiſſet illa ratio
qua mouetur Iuſtin. quod peculium caſtrenſe quia pa-
tri non acquiritur,nec conferatur. Nam reſponderi po-
tuiſſet pro fratribus collationem vrgentibus aliam eſſe
rationem bonorum caſtrenſium, aliam aduentitiorum,
Non in eo ſolum quod bona caſtrenſia pleno iure ſunt
filij, nihilque ex iis ad patrem pertinet , ne quidem
vſusfructus, Sed in illo etiam , quod multæ conſtitu-
tiones in eam rem factæ fuerunt vt peculium caſtren-
ſe præcipuum eſſet, neque conferretur *d.l.*1. *§.nec ca-*
ſtrenſe. D.de collat.bon. Ex quibus conſtitutionibus non
leue argumentum ſumi poſſet pro inducenda contra
filiosfamilias quoque aduentitiorum collatione. Nam
ſi conſtitutionibus illis opus fuit ad hoc vt peculium
caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe præcipuum retineri poſ-
ſet,nec ſufficiebat quod ex aliis conſtitutionibus filius-
familias in peculio caſtrenſis pro patrefamilias habere-
tur *l.* 2. *D.de SC. Maced.* cur diceremus filiosfamilias
quamuis factos à Iuſtin. capaces aduentitiorum , hoc
ipſo tamen ius habere præcipua ea retinendi , nec co-
gendos conferre ſi nulla in hanc rem lex eſſet? An for-
tè plus iuris poterant habere filiifamilias in bonis ad-
uentitiis poſt priorem Iuſtin. conſtitutionem in *dict.l.*
cùm oportet, ante poſteriorem quæ extat in *d.l. vltim.C.*
de collat. quàm haberent olim ratione caſtrenſis pecu-
lij ante conſtitutiones illas de quibus in *d.§.nec caſtren-*
ſe? Quod ſi neceſſaria fuit lex Iuſtiniani ad eximendos
filiosfamilias ne aduentitia bona conferre cogerentur,
quanto magis neceſſaria eſſet alia , quæ idem benefi-
10 cium tribueret emancipatis. Nam contra † emancipa-
tos illa ratio mouet , quæ filiisfamilias obiici non po-
terat, quòd ſuccedendo faciant iniuriam fratribus in
poteſtate retentis , quam ſemper diximus potiſſimam
rationem olim fuiſſe inducendæ collationis. Cui ſi
aliam addere voles , quæ poſterioribus imperatoribus
placuit, quod inter liberos omnes æqualitas ſeruanda
ſit, tanto magis dicendum erit, etiam hodie aduentitia
conferri oportere. Ea namque ratione vſi ſunt impera-
tores ad amplianda iura collationis , vt fieret illa ple-
riſque caſibus , quibus antea non fiebat , non ad il-
lam reſtringendam. Vnum illud diluendum ſupereſt,
11 † quod Bart. cæteroſque omnes fefellit, quod obii-
ciunt ex Papiniano in *d. l.cùm duob. idem. Papin. D.*
pro ſocio. non cogi emancipatum conferre illa quæ poſ-
ſet præcipua retinere etiamſi in poteſtate manſiſſet. In-
de namque inferunt nullam ab emancipato fieri iniu-
riam cùm ſuccedit, tametſi nihil aduentitiis conferre
velit, quandoquidem etiamſi non fuiſſet emancipatus,
præcipua tamen ea retinere poſt Iuſtin.conſtitutionem
in d.l. cùm oportet. At iam dixi periculoſam, falsámque
eſſe rationem ſi tam generaliter & indiſtinctè accipia-
tur. In peculio ſanè caſtrenſi vera eſt, *d.§. idem.Papin.*
vt quemadmodum bona caſtrenſia filiusfamilias præci-
pua retinere poſſet , ita multo magis emancipatus
poſſit, quamuis verum ſit conſtitutiones, quæ de pecu-
lio caſtrenſi locutæ ſunt,de emancipatis liberis intelli-
gi non potuiſſe,quia filiorumfamilias eſt peculium ha-
bere non emancipatorum, tametſi poſſint etiam habere
bona caſtrenſia , ſi milites eſſe vel fuiſſe proponantur.

Cur non ergo Iuſtin. conſtitutio, † quæ aduentitio- 12
rum collationem in filiisfamilias prohibet ad emanci-
patos extendatur? Reſpondeo, differentię rationem inter
peculium caſtrenſe & aduentitium illam eſſe quam iam
attigimus, quòd peculium caſtrenſe pleno iure eſt filij,
nulla verò ex parte patris. Aduentitium verò licet
quantum ad proprietatem ſit filij, tamen quantum ad
vſumfructum eſt patris , idcóque non poteſt negari,
quin emancipatus qui aduentitia ſibi acquiſiuit , ſen-
ſerit commodum ex emancipatione,qui aduentitiorum
plenã habuit proprietatem,quam non habuiſſet niſi de-
ducto vſufructu ſi emancipatus non fuiſſet , Et conſe-
quenter facit iniuriam emancipatus fratribus in fami-
lia retentis cùm partem ſucceſſionis paternæ iis aufert,
nec confert aduentitia, quorum vſusfructus patri ac-
quiſitus fuiſſet & quorum fructibus nunc aucta repe-
riretur hereditas patris, ſi manſiſſet filius in poteſtate,
Igitur non poteſt bona eſſe conſecutio à peculio ca-
ſtrenſi ad aduentitium , à filiisfamilias ad emancipatos.
Atque hæc ratio tanti momenti viſa eſt Bartol. & ſe-
quacibus , vt cogantur fateri cogendum emancipatum
conferre ſaltem fructus aduentitiorũ. Sed cùm in † hoc 13
agnoſcant vel inuiti differentiam quæ eſt inter bona
caſtrenſia & aduentitia,ac inter filiosfamilias & eman-
cipatos , cur audent ad emancipatos protrahere con-
ſtitutionem Iuſtin. de filiisfamilias duntaxat locutam?
Si enim protrahenda eſt quid ni indiſtinctè protrahe-
tur, id eſt , non ſeparata cauſa fructuum à cauſa pro-
prietatis, cùm lex quæ de filiisfamilias lata eſt indi-
ſtinctè neget teneri eos ad collationem? Nonne iſta no-
ua lex dicenda eſt potius quàm extenſio legis , cùm ex
Iuſtin. conſtitutione quæ de filiisfamilias tantùm &
quidem indiſtinctè loquitur, occaſionem ſumunt in-
terpretes idipſum conſtituendi in emancipatis ; ſed
cum noua indiſtinctione ? Agunt igitur Imperatores
dum putant ſe agere interpretes. Non agunt ſanè iure-
conſultos bonos, cùm faciunt vt eadem res diuerſo iu-
re cenſeatur, id eſt vt bona quæ filius emancipatus ab
extraneo quæſiuerit pleno iure , & ita vt in iis plenam
habeat proprietatem, conferenda ſint quantum ad fru-
ctus, non etiam quantum ad proprietatem. Nec enim
duæ res conſiderari poſſunt in eo fundo cuius plenam
proprietatem habeat filius emancipatus , nuda ſcilicet
proprietas & vſus fructus , ſed vna tantum res eſt quæ
ob eam cauſam vno nomine appellatur , & vel fundus
vel proprietas ſimpliciter, aut etiam ſi voles plena pro-
prietas appellatur. Quanquam neque adiectio hæc ne-
ceſſaria eſt. Proprietatem enim ſimpliciter cùm dicimus,
plenam intelligimus, eſtque neceſſaria tunc tantùm ad-
iectio aliqua , cùm eam proprietatem ſignificare volu-
mus, quæ ſit ab vſufructu ſeparata. Tunc enim nudam
proprietatem dicere debemus, aut quod idem eſt, pro-
prietatem detracto vſufructu *l. ſi alij.* 19. *D. de vſufr.*
legat. vbi hanc ob cauſam reſpondet Modeſtinus, ſi quis
alij fundum,alij eiuſdem fundi vſumfructum legauerit,
quamuis eo animo , vt legatarius fundi non niſi nudam
proprietatem, alius vero totius fundi vſumfructum ha-
beret, futurum tamen vt inter eos cauſa fructuum com-
municari debeat inuito etiam teſtatore : Quod reſpon-
ſum etſi pleriſque mirum & durum videtur , mihi ta-
men non videtur. Nam licèt in teſtatoris poteſtate ſit
facere vt vnus ex legatariis non habeat niſi nudam pro-
prietatẽ , alius verò totum habeat eiuſdem fundi vſum-
fructum, Non æquè tamen in ipſius arbitrio & pote-
ſtate eſt facere vt fundi appellatione plena proprietas
non ſignificetur,non magis quàm ſi candelabrum dice-
ret, vt veſtem ſignificaret. Rerum ſiquidem vocabula
immutabilia ſunt *leg.* 4. *de legat.* 1. & ad quid nomina
niſi vt vnamquamque rem ſuo nomine exprimant , vt
pro Seruio contra Tuberonem Celſus diſputat in *l.La-*
beo. 7. *§. Seruius. D. de ſuppellect. l. legat.* addens non
ex opinionibus ſingulorum,ſed ex communi vſu nomi-
na

na exaudiri debere. Cùm igitur cauſa fructuum non poſſit à proprietate ſeparari, niſi per vſusfructus conſtitutionem, quæ ipſa nihil niſi ſeparatio eſt fructuum à proprietate nuda remanente, conſequens eſt vt cùm aliquis fundus emancipato acquiritur, non duæ res ei acquirantur, ſcilicet nuda proprietas & præterea vſusfructus, ſed vna tantum res, id eſt fundus, quia nulla poteſt fieri aut intelligi ſeparatio vſusfructus à proprietate in vna eadémque perſona, cum nemo rei ſuæ vſumfructum habere poſſit *l. vti frui. 5. D. ſi vſusfr. petat.* eáque noſtrorum interpretum diſtinctio ridicula ſit in vſumfructum cauſalem & formalem vt à nobis alio loco contra interpretes diſputatum eſt. Quod ſi res illa quæ pleno iure emancipato acquiritur, vna eſt, & indiuidua, illud etiam planè conſequens ſit, vt diuerſo iure cenſeri non debeas, *l. cum qui 23. in fi. D. de vſucap.* Atqui cenſeretur diuerſo iure, ſi conferri deberet quantum ad fructus, non etiam quantum ad propritatem, cùm nec fructus illi aliud ſint quàm pars integralis & eſſentialis plenæ proprietatis. Nam ſi ipſe quoque vſusfructus à proprietate ſeparatus qui in iure tantùm non in parte conſiſtit *l. Meuius. 66. §. pen. de leg. 2. l. ſi à reo. 70. §. ſi reo. D. de fideiuſſ.* in quibuſdam tamen pars dominij eſſe dicitur, *l. 4. iunct. l. ſi Titio fructus. 33. §. 1. D. de vſufruct.* nempe quia emolumentum rei continet *d. l. Meuius. 66. §. penult. l. cum filius. 76. §. dominus. eod. ti. de legat. 2.* Quanto magis fructus percepti ab eo qui pleno iure dominus fuit, plenámque proprietatem habuit, cenſeri debent pars ipſius plenæ proprietatis? Ergo cùm dicunt interpretes fructus bonorum aduenticiorum ab emancipato conferendos eſſe, proprietatem verò non ſolùm diuidunt rem ſui natura indiuiduam, ſed etiam pugnantia & contradictoria loquuntur, Acſi dicerent aduentitia iſta conferri. Conferuntur enim cùm proprietas confertur: Non conferuntur verò cùm proprietas nuda non confertur. Sed & faciunt quod abſurdius eſt vt emancipatus quem nolunt conferre nudam proprietatem, eximatur à neceſſitate conferendi id tantùm quod non habet: nudam enim proprietatem neque habet, neque habuit vnquam, ſed tantùm plenam, cùm ab ea proprietate nunquam fuerit vſusfructus ſeparatus. Ergo neceſſe eſt, vt vel plenam proprietatem conferat quam ſolam habet, vel nihil. Ac nec ipſi interpretes negant abſurdum fore ſi diceretur nihil eum conferre debere quia ſi in poteſtate manſiſſet, pater eorum bonorum vſumfructum habuiſſet. Fateantur ergo vel inuiti oportet plenam proprietatem ab emancipato conferendam eſſe: In eóque deterioris conditionis eſſe emancipatos quàm filiosfamilias. Sicut è contrario ſunt melioris in eo quod aduentitiorum plenam proprietatẽ habent etiam viuo patre quam filij in familia retenti non habent niſi nudam. Vt hoc commodum cum incommodo compenſetur, præſertim cùm neque inuiti ſuccedant parentibus, nec proinde inuiti ad collationem vrgeantur, ſed eo tantùm caſu quo paternæ ſucceſſionis partem iis auferre velint qui ex iuris ciuilis ratione ſoli ſuccedere deberent. Quæ res non paruam ſanè habet iniuriam. Nec minùs hodie quàm olim, tametſi hodie vetum ſit emancipatos † ſuccedere iure ciuili cùm ſuc- 14
cedant ex Iuſtin. conſtit. quæ ſuis emancipatos exæquauit in cauſa ſuccedendi *Nou. 118. de her. ab inteſt. venient.* quia non idcirco ſuſtulit Iuſtin. edictum prætoris de collationibus nec quicquam circa collationes immutauit, niſi ad earum ius ampliandum potiùs quàm reſtringendum. Denique remanet incorrectum ius vetus de collationibus, niſi quatenus nouis ſiue Iuſtin. ſiue aliorum Imp. conſtitutionib. correctum & immutatum reperitur. Ita nos tractatum hunc totum de collationibus longè aliter quàm ab interpretibus hucuſque explicatus ſit, his tribus Decadibus abſoluimus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimatertia.

ERROR I.

De donatione cauſa mortis à patre in filiumfamilias collata.

SVMMARIA.

1 *Donatio cauſa mortis tum quoque cùm rei traditione perficitur quot modis fieri poſſit.*
2 *Donatio mortis cauſa facta inter cõiuges valet, & cur.*
3 *An filiofam. pater mortis cauſa donare poſſit.*
4 *Interpretum ſententia affirmans.*
5 *Contraria autoris ſententia.*
6 *Omnis donatio perficitur aut traditione, aut ſtipulatione.*
7 *Reuocata ex pœnitentia donatione cauſa mortis quæ actio donanti competat.*
8 *Donatio cauſa mortis vtiliter fieri poteſt, tametſi ex ea dominium transferatur niſi mortuo demum donatore.*
9 *Inde tamen non ſequitur valere donationem cauſa mortis in filiorf. collata.*
10 *Donatio non eſt appellanda niſi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu.*
11 *Inter legata & donationes cauſa mortis differentia pracipua.*
12 *Donationes cauſa mortis interdum valent etiam non adita hereditate.*
13 *Non poſſunt fieri abſenti, ſed præſenti tantùm.*
14 *Exceptiones.*
15 *Ratio regulæ.*
16 *Qui ſupremum iudicium defuncti accuſat, non ideò amittit donationes ſibi factas ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa.*
17 *Filiumfam. mortis cauſa patre conſentiente donare poteſt.*
18 *In quibus differant legata à donationibus cauſa mortis.*
19 *Mortis cauſa donatio interdum ipſo iure reuocatur: legatum nunquam.*
20 *Mortis cauſa donatio ſemper capitur ab alio, quàm ab herede. Legatum verò ſemper capitur ab herede.*
21 *Reuocata cauſa mortis donatione donatarius tenetur condictione: Legatarius verò teſtatori condictione*

dictione teneri non poteſt.

22 *Donatio cauſa mortis quoties valet, inducit aliquam obligationem ex parte donatoris.*

23 *Tribonianiſmus notatur in l. illud. 37. D. de mortis cauſ. donat.*

24 *Inuicta ratio cur donatio cauſa mortis in filiumfam. collata valere nequeat.*

25 *Donatio cauſa mortis in filiumfamilias collata licet non valeat, confirmatur tamen ſilentio & morte patris.*

26 *Inſinuatio in donationibus cauſa mortis neceſſaria non eſt.*

27. *Ex leg. donationes. 25. Codice de donation. inter virum & vxorem non probari donationem cauſa mortis in filiumfamilias collatam morte patris non confirmari.*

28 *Permultum referre an ab initio valeat donatio cauſa mortis, an non valeat, licet vtroque caſu, non prius abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit, quàm donator deceſſerit.*

MONVIMVS in ſuperioribus, dona-
1 tionem cauſa † mortis tùm quoque cùm
rei traditione perficitur, duobus modis
fieri poſſe. Vno ita vt dominium rei ſtatim
transferatur in donatarium, quamuis re-
uocabiliter, id eſt, niſi contingat vel conualeſcere dona-
tarium, vel mutare voluntatem [namſi ita donetur mor-
tis cauſa vt nullo caſu reuocetur, donandi cauſa magis
mors eſt, quàm mortis cauſa donatio vt ſcriptum eſt,
vel potiùs ſcribendum in *l. vbi ita donatur. 17. D. de
mort. cauſ. donat. iunct. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. & l. ſi
is cui. 39. eo.*] Altero, ita vt dominium non priùs transfe-
ratur in donatarium, quàm donator deceſſerit *l. 2. eod. l.
ſi eum. 9. §. vlt. cum duabus ſeqq. de donat. int. vir. & vxor.*
vbi dicitur donationes inter virum & vxorem, licet im-
probatæ ſint, ſi inter viuos factæ proponantur, tamen
2 mortis † cauſa factas valere, quia in id tempus excur-
rit donationis euentus, quo vir & vxor eſſe deſinunt.
Quæ ratio licet aptiùs accommodari videatur ad po-
ſtremum hoc genus donationum cauſa mortis, ex qui-
bus dominium non ſtatim transferatur, tamen non ſic
accipienda eſt, quaſi non valeat donatio, quam vir in
vxorem contulerit ea mente, vt dominium in eam ſta-
tim transferret [valet enim omnis inter coniuges mor-
tis cauſa donatio] ſed ita vt cùm vir vxori donauit
mortis cauſa transferendi ſtatim dominij animo, ſola
dominij tranſlatio impediatur, at non etiam donatio,
quominùs tandem ſecuta morte ſuum effectum ſortia-
tur, vt Vlpian. explicat in *l. ſed interim. 11. eod.* quia om-
nis dominij tranſlatio inter coniuges prohibita eſt quæ
ex cauſa donationis fiat, ſed non omnis donatio. Hinc
dubitandi ratio non probabilis tantum ſed etiam pere-
legans, An filiofamil. † pater mortis cauſa donare poſ-
3 ſit: Quamquam non reperio quemquam ex pragmati-
4 cis aut interpretibus noſtris † adeo ſiue ſubtilem ſiue
imperitum, qui de hoc dubitet. Quibus nempe perſua-
ſum eſt mortis cauſa donationes capi ad inſtar legato-
rum *l. Marcellus 15. l. illud. 37. D. de mort. cauſ. don. l.
vlt. Cod. eod.* Adeò vt ob hoc ipſum putent donationes
intra viuos à parentibus in filios famil. collatas morte
confirmari, quod ea ratione fiat vt iure legatorum capi
videantur. Nec enim dubium eſt, quin valeat legatum
quod pater filio ſuo quamuis in poteſtate conſtituto
reliquerit, quia eius obligatio incipit ab herede, & eo
tempore quo iam ſublatum ſit vinculum patriæ pote-
ſtatis *l. her. 40. D. de oblig. & action.* Ego verò auſim †
5 dicere donationes mortis cauſa collatas à patribus in fi-
liosfam. non magis valere, quàm quæ inter viuos fiunt.
Quam in ſententiam me illud mouet, quod tam ea quæ
mortis cauſa, quàm quæ inter viuos fit donatio † non
niſi alterutro ex duobus modis perficitur, traditione
nimirum aut ſtipulatione. Atqui neutro ex his modis
fieri poteſt inter patrem & filium. Ergo prorſus nullo.
Iam enim conſtat inter omnes non poſſe filiumf. à patre
ſtipulari. Obſtante nimirum patria poteſtate, quæ alio-
qui apertiſſimè violaretur *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.*
Traditionem verò à patre factam ex cauſa donationis
accipere filius non poteſt, quia tametſi traditio ſit facti
meri, non iuris *l. conſ. 7. §. vlt. D. de curat. furioſ.* non ali-
ter tamen valere poteſt ad perficiendam donationem,
quàm ſi obligetur pater, qui tradidit, vt vel donatio-
nem reuocare non poſſit, quod contingeret facta do-
natione inter viuos ſi valeret, vel ſaltem reuocare illam
debeat, & dominium condicere quod amiſiſſet per do-
nationem traditione perfectam, vt contingit quoties
facta eſt mortis cauſa donatio quæ valuit. Quamquam
enim ex pœnitentia † reuocari quandocunque poteſt 7
donatio facta mortis cauſa, non ideo tamen vindicatio
locum habere poteſt, quæ domino ſola tamen competeret ſed
condictio *l. ſi filiof. 23. d. l. qui mortis. 30. l. qui alienam.
33. D. de mort. cauſ. donat.* Nemo autem dixerit domi-
nium quod patris fuerit transferri in filium per tradi-
tionem, vt pater donationem reuocans egere poſſit cõ-
dictione, non vindicatione. Nam & ius patriæ pote-
ſtatis hoc impedit, nec minùs in donatione cauſa mor-
tis, quàm inter viuos *l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.*
Quòd ſi replices nihil prohibere quin fiat donatio † 8
cauſa mortis & quidem vtiliter, tametſi ex ea dominium
non ſtatim transferatur. Videlicet ſi donatum ſit ea
mente vt non niſi mortuo donatore dominium in do-
natarium tranſiret, quemadmodum initio capitis præ-
fati ſumus ex *l. 2. D. de mort. cauſ. donat. l. ſed interim.
11. D. de donat. int. vir. & vxor.* Ideóque donationes
cauſa mortis inter coniuges ita factas valere, quæ non
valerent ſi donatio cauſa mortis fieri & intelligi ſine
dominij tranſlatione non poſſet *d. l. ſed interim.* Dicam
verum quidem hoc eſſe: Sed tamen non eo magis poſſe
fieri vt valeat † donatio cauſa mortis à patre in filiumf. 9
collata, quia tùm quoque cum ſic donatio fit, vt ex ea
dominium non transferatur, traditionem tamen hacte-
nus valere neceſſe eſt, vt ex ea non ſolùm tranſlatio fiat
poſſeſſionis naturalis, quam vtique fateor non minùs
transferri ex donatione facta per patrem, quàm ex ea
quæ facta ſit inter virum & vxorẽ *l. 1. §. ſi vir vxori. D.
de acquir. poſſ. l. 2. §. vlt. D. pro her.* ſed etiam obligatio
aliqua contrahatur, cuius poteſtate fiat vt mortuo ſal-
tem donatore dominium ex ea traditione iam ante fa-
cta transferri poſſit, nullo in eam rem interueniente
auxilio iuris. Id enim eſt quod dici ſolet non eſſe ap-
pellandam donationem † niſi per quam dominium
transferatur vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad 10
l. in ædibus. 9. §. vlt. ex illo textu. D. de donat. Quæ præ-
cipua † differentia eſt inter legata & donationes cauſa 11
mortis. Legata enim, quia in iis nulla traditio interue-
nit neceſſariò indigent poteſtate legis duodecim tabu-
larum, vt poſſint confirmari, & ob id dicuntur incipere
ab herede. *dict. l. hereditariarum.* Donationes verò cauſa
mortis nulla indigent confirmatione legis, quoniam ab
initio valent, nec incipiunt ab herede donatoris, ſed
à donatore, quia donator ille fuit qui tradidit, qui-
que per traditionem illam dominium tranſtulit ſiue ſta-
tim tranſlatum illud voluerit, ſiue in id tantùm tem-
pus, quo mors ipſius donatoris inſecuta eſſet. Idque
eſt quod ſolemus dicere donationes cauſa mortis licèt
proximè accedant ad naturam legatorum, tamen ac-
cedere etiam ad cauſam donationum inter viuos, &
earum habere quædam inſignia vt loquitur Iuſtinian.
in *§. 1. Inſtit. de donat.* quale illud eſt, quod interdum
valent † etiam non adita hereditate, nimirum ſi do- 12
minium ſtatim tranſlatum ſit in donatarium, licet re-
uocabiliter, vt diceraus *Decad. 45. in Error. 4. 5. & 6.*
[quid enim poteſt intereſſe donatarij cauſa mortis, an
donatori hereditas adita ſit, cùm iam habeat rem ſibi

traditam à donatore, & iam acquiſitam ſufficiátque mortem eſſe inſecutam donatoris, vt ſpes redhibendi prorſus ſit extincta *d. l. non videtur. 32. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat.*] item quod non poſſunt fieri

13 † abſenti ſed præſenti tantùm *l. inter mortis. 38. eo.* vt

14 nec donationes inter viuos, niſi ſit † qui rem ferat & tradat nomine abſentis donatoris, vel niſi iam penes donatarium ſit res donata vt nulla ſit opus traditione

15 *l. abſenti. 10. D. de donat.* quia † cùm ad perficiendam donationem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, neceſſe ſit interuenire vel ſtipulationem vel traditionem, certum eſt neque abſentem ſtipulari poſſe neque abſenti traditionem, niſi per interpoſitam perſonam *l. 1. D. de verb. oblig. l. 4. D. de donat.* Ruſum quod qui accuſat

16 † teſtamentum & ſuprema iudicia defuncti non ideo amittit donationes ſibi factas ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, nec ſi teſtamentum ruptum ſit, aut pronuntiatum falſum *l. etiamſi. 21. D. de inoff. teſtam. l. poſt. legatum. 5. §. qui mortis cauſa. D. de his quæ vt indign.*

17 *auſer.* Præterea filiusfamilias † mortis cauſa donare patre conſentiente poteſt *l. tam is. 25. §. 1. D. de mort.*

18 *cauſ. donat.* Quæ omnia diſſimilia ſunt in legatis, † quæ quia incipiunt ab herede, non aliter poſſunt valere quam ſi adita ſit hereditas ex teſtamento, quod neque falſum, neque inofficioſum, aliter ve ruptum aut reſciſſum ſit, nec legatarij præſentiam requirunt & cùm non poſſint dari legata niſi in teſtamento non magis poteſt filiusfamilias legare quàm teſtari etiam patre conſentiente *d. l. tam. 15. §. 1. l. qui in poteſtate. 6. D. qui*

19 *teſtam. facer. poſſ.* Sed & mortis cauſa donatio † interdum ipſo iure reuocatur, Vt puta ſi donatum tibi ſit ab aliquo mortis cauſa non ſub ea conditione, ſi ex ea infirmitate deceſſerit, ſed cogitatione mortis, cùm ſe ex ea infirmitate moriturum putaret donator non aliter donaturus, poſtea verò is conualuerit, Sola enim conualeſcentia facit vt donatio iſta ipſo iure reuocata intelligatur, quamuis nulla in donatore probetur mutatio voluntatis *l. qui pretio 8. in fin. l. mortis cauſa. 16. l. ſi is cui. 39. D. de mort. cauſ. donat. l. non omnis. 19. D. de rebus credit.* legatum verò quia non confirmatur niſi moriente teſtatore, nunquam poteſt ipſo iure reuocari, licèt facilè poſſit adimi *tot. tit. de adim. legat.* Adde

20 quod † mortis cauſa donatio ſemper capitur ab alio, quàm ab herede, cùm capiatur ab ipſo donatore, tùm quoque cùm aliena res donata eſt, quam donatarius vſuceperit. Nam & hoc caſu, non tam ab eo, cuius res fuit, eam cœpiſſe videtur donatarius: quam ab eo qui donando præſtitit occaſionem vſucapionis *l. qui aliena. 35. D. de don. cauſ. mort.* At legatum nunquam capitur niſi ab herede, quia nec alius quam heres ipſe onerari legato poteſt. Denique, quod ad rem noſtram

21 & inſtitutam diſputationem magis pertinet, reuocata † donatione cauſa mortis donatarius tenetur condictione ſaltem poſſeſſionis, illo etiam caſu quo non fuerit dominium tranſlatum ex donatione, quia traditionis quæ ab initio valuit effectus reuocandus eſt reuocata donatione, nec poteſt fieri, vt donator habeat vindicationem, etiamſi res extet, niſi cùm iure ciuili donatio impeditur *l. ſi ſponſus 5. §. vlt. D. de don. int. vir. & vxor. iunct. l. qui mort. cauſ. don.* Legatarius verò non poteſt teſtatori condictione teneri, cùm ex cauſa legati, neque dominium neque poſſeſſio transferri à teſtatore poſſit vt egeat condictione, quia nec legatum valet vt confirmetur & effectum habeat viuo teſtatore. Quas omnes legatorum & donationum cauſa mortis differentias

22 ideo attulimus, vt appareat donationem † cauſa mortis, quoties valet, inducere obligationem aliquam ex parte donatoris & in ipſius perſona, ſiue per ſtipulationem fiat ſiue per traditionem, & ſiue traditio ita facta ſit vt dominium in donatarium ſtatim transferatur, ſiue ita vt non niſi ſecuta morte donatoris. Ex hoc enim ſolo differentiæ illæ omnes proficiſcuntur, & aliæ ſi quæ ſunt, quales ſanè ſunt pleræque, & tam multæ vt non dubitem quin quod tam generaliter † ſcriptum eſt *in* 23

l. illud. 37. eodem. titul. de mort. cauſ. donat. mortis cauſa donationes generaliter legatis comparatas, & quodcunque iuris eſt in legatis id & in mortis cauſa donationibus eſſe accipiendum, Triboniano adſcribendum ſit reſpicienti ad Iuſtin. conſtitutionem in *d. l. vlt. Cod. eod.* potius quàm Vlp. Scripſerat Vlp. in legis Iuliæ & Papiæ interpretatione, vt inſcriptio legis demonſtrat, eandem rationem eſſe legatorum & donationum cauſa mortis, quod & Paulus ad eandem legem ſcripſit *in l. & fideicom. 87. de leg. 3.* vbi ait & fideicommiſſum & mortis cauſa donationem legati appellatione contineri, ſcilicet quantum ad leg. in Iuliam & Papiam, quæ de caducis legatis tantùm locuta facile fraudaretur, ſi non ita acciperetur, vt etiam ad fideicommiſſa mortiſque cauſa donationes pertineret. Inde verò capta occaſione Tribonianus ſpecialem Iureconſulti ſententiam facit generalem, vt more ſuo eam accommodaret ad Iuſtin. conſtitutionem in *d. l. vltim.* qua disertè cautum eſt, vt donatio cauſa mortis omnes effectus ſortiatur, quos vltimæ habent liberalitates, neque ex quacunque parte abſimilis eis eſſe intelligatur. Quãuis idem Iuſtin. eandem conſtitutionem referens in *d. §. 1. Inſt. de dona.* adiecit dictionem *ferè* non auſus illas omnino negare, aut diſſimulare differentias, quæ tam multæ ſuperſunt inter donationem cauſa mortis & legatum, quas ſi inuitus quoque ille agnoſcere cogitur, quis credat ab Vlp. cuius eſt *dict. leg. illud*, agnitas non fuiſſe? Quod ſi donatio † cauſa mortis, vt ad 24

inſtitutam diſputationem redeamus, quomodocunque facta ſit, non aliter poteſt valere quàm ſi obligatio aliqua inducatur inter donatorem & donatarium [nam & condictio qua tenetur donatarius poſt reuocatam donationem præſupponit aliquam obligationem præcedentem, vt & alia quælibet actio *l. ſi quis. 5. §. is quoq. & D. de obli. & action.* licèt non fiat donatio vt donatarius obligetur donatori, ſed vt donator donatario, quomodo accipienda eſt *l. Ariſt. 18. D. de dona.*] prorſus conſequens ſit, vt nullo modo valeat à patre in filiumfamilias collata, quoniam obligari pater filiofamilias ciuiliter nequaquam, nulloque caſu poteſt *d. l. Imp. 50. D. ad SC. Treb. l. ne cum filiof. 16. ff. de furt.* Neque vllus ſanè iuris locus eſt qui valere dicat. Non tamen nego

confirmari † ſilentio & morte patris, qui non mutauerit voluntatem, licet ſpecialis confirmatio nulla interuenerit, quoniam & donatio inter viuos, quæ non magis valet quàm donatio cauſa mortis, hoc modo confirmaretur *l. donationes quas parentes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.* etſi eam legem non niſi de donationibus inter viuos loqui ex eo intelligimus, quod non aliter illa morte confirmari aut etiam retrotrahi patitur, quàm ſi fuerint inſinuatæ, cùm legitimam ſummam excedunt. Inſinuatio † ſiquidem in donationibus cauſa 25

mortis neceſſaria non eſt, ex alia eiuſdem Iuſtin. conſtitut. in *d. l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* Sed tamen cùm 26

non à Iuſtin. illud noui ſit inductum, ſed iam inde ab antiquo iure repetitum, vt patris morte ac ſilentio cõfirmetur donatio, vt ſuo loco probauimus, non egemus illa Iuſt. conſtit. ad hoc vt mortis cauſa donatio per patrem filiofamilias facta morte patris confirmetur. Nec proinde bona eſt conſecutio, † ſi quis dicat Iuſtinian. 27

conſtit. de confirmandis parentum morte donationibus ad donationes cauſa mortis non pertinere. Ergo eas non confirmari morte. Potius enim è contrario dicendum & inferendum eſſet confirmari eas morte, quoniam ad illas non pertinet ea conſtitutio, quippe quæ non tam ſit de confirmandis huiuſmodi donationibus quàm de non confirmandis, cùm facta ſit ad reſtringendum ius iſtarum donationum, potiùs quàm ad ampliandum. Quanquam nihil cauſæ eſſe video cur non etiam ad mortis cauſa donationes à patre

tre

tre in filiumfamilias collatas ea conſtitutio pertineat, cùm generaliter loquatur de donationibus quas parentes in liberos cuiuſcunque ſexus in poteſtate ſua conſtitutos conferunt, aut quæ in aliam perſonam collatæ ſint, cui donare non licet. In quarum donationum numero diximus eſſe donationes cauſa mortis filiofamil. à patre factas. Nec quod inſinuandæ non ſunt ad rem facit. Hoc enim ius nouum eſt à Iuſtin. conſtit. in *d. l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* cuius verba oſtendunt aliud reſpondendum fore, ſi ea lex non eſſet, antequam comparabantur donationes cauſa mortis donationibus inter viuos, non legatis, etiam quod ad hoc vt inſinuari eas oporteret. Iuſtin. verò cùm voluit non eſſe in iis neceſſariam inſinuationem, id fecit quo magis, non quominùs valerent. Non igitur ex ea conſtitutione ſumi argumentum poteſt ad probandam donationem cauſa mortis à patre in filiumfamilias collatam morte fratris minimè confirmari. Dices, quid igitur intereſt quærere an huiuſmodi donationes valeant, nécne, ſi morte patris confirmantur? Nam & quæ inter alios fiunt, quamuis ab initio valeant, non priùs tamen perfectæ ſunt, quàm confirmatæ fuerint morte ſecuta donatoris *d. l. 2. d. l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. dona.* Et hoc ſanè eſt quod interpretes omnes fefellerit, vt quæſtionem hanc non magni momenti eſſe putauerint. Sed animaduertere debuerunt. Immò verò permultùm intereſſe an ab
18 † initio valeat donatio cauſa mortis an non valeat, licèt vtroque caſu non priùs abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit, quàm donator deceſſerit: quia cùm ab initio valuit factáque eſt per traditionem [de hac enim nunc loquimur, non de illa quæ facta ſit per ſtipulationem] ſi poſtea ſequatur quandocunque mors donatoris, dominium ipſo iure acquiritur donatario ex inſtanti mortis, nec alio vllo facto iuriſve auxilio opus eſt ad inducendam dominij tranſlationem. Vnde eſt quod in mortis cauſa donationibus ipſum mortis tempus inſpiciendum eſt, ſi quæratur an donatarius capere poſſit. *l. in mortis. 22. eod. tit. de mort. cauſ. donat.* At cùm donatio non valuit ab initio neque traditio, licèt confirmetur morte patris eiuſdémque donatoris, non ideo tamen dominium rei donatæ acquiritur filio ſtatim & ipſo iure poſt mortem patris, ſed perinde neceſſarium eſt filio auxilium & officium arbitri familiæ erciſcundæ, ac ſi donatio inter viuos facta eſſet, vt dominium quod neque per traditionem acquiri potuit, ne quidem ſecuta patris morte, quomodo potuiſſet ſi donatio ab initio valuiſſet, neque ruſum per ſolam donatoris mortem, quomodo ſi legatum filio fuiſſet, ſi donatio ab initio valuiſſet, ſaltem per arbitri adiudicationem acquiratur, ſecundum ea quæ in præcedentibus diximus ex *l. filia cuius. 18. C fam. erciſc. & l. cùm pater. 77. §. pater plurib. 21. de legat. 2.* De cuius ſententia quoniam perelegans eſt & ad ſententiæ noſtræ confirmationem accommodatiſſima ſeparatim diſſeramus.

ERROR II.

De ſententia & lectione l. cùm pater. 77. §. pater pluribus. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Sententia l. cùm pater. 77. §. pater pluribus D. de legat. 2.*
2 *Diſputatio de ratione dubitandi. d. §.*
3 *Verba irrepititia ex d. §. eliminata.*
4 *Quæſitum à Papiniano in d. §. an claues traditæ eſſent cauſa cuſtodiæ, an donationis.*
5 *Cur exiſtimarit Papinianus cuſtodiæ potiùs quàm donationis gratia factam clauium traditionem.*
6 *Si in ſpecie d. § traditæ fuiſſent claues animo donandi,*

debuiſſe cenſeri eam donationem cauſa mortis.
7 *Quando obtineat iactatum illud, Traditio in dubio præſumitur facta animo donandi & transferendi dominij.*
8 *Donatio mortis cauſa minus pauperem donatarem facit, quàm donatio inter viuos.*
9 *Ex reſponſo Papiniani probari donationem cauſa mortis in filiumf. collatam non valere.*
10 *Donatio mortis cauſa, vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur, non exigit hereditatis aditionem.*
11 *Cur donationes cauſa mortis dicantur capi ad inſtar legatorum.*
12 *Ex reſponſo Pap. probari donationem cauſa mortis factam filiofam. confirmari morte patris.*

PATER † pluribus filiis heredibus inſti- 1
tutis moriens claues & annulum cuſto-
diæ cauſa maiori natu filiæ tradiderat, &
præterea libertum eidem filiæ, qui præsẽs
erat, res quas ſub cura ſua habebat adſi-
gnare iuſſerat. Quærebatur apud Pap. an donatio in filiã
iſtam collata, an commune filiorum omnium negotium
geſtũ eſſe videretur. In quo illud ſtatim occurrit, quod
mirere, quænam potuerit eſſe ratio † dubitandi, præſer- 2
tim quæ digna ſit elegantia Pap. cur non dicẽdum eſſet
commune geſtum negotium heredum omnium inſtitu-
torum, cùm pater non niſi cuſtodiæ cauſa claues & an-
nulum huic filiæ maiori natu tradidiſſe proponeretur.
Quid enim tam apertum, quàm hoc videre, ex clauium
& annuli traditione, quæ cuſtodiæ tantùm cauſa facta
ſit, nihil minùs quàm donandi animum & voluntatem
induci? Aut quonam colore filia petiiſſet apud arbitrum
fam. erciſc. ſibi adiudicari res illas præcipuas, niſi tanquã
ſi donatas, & à patre traditas hoc ipſo quod claues &
annulum ei tradidiſſet? Clauium ſiquidem traditio, pro
earũ rerum traditione eſt, quę in eo loco ſint, cuius cla-
ues traditæ fuerunt *l. clauib. 74. D. de contr. empt. l. 1. §.*
pen. D. de acquir. poſſ. l. qua ratione. 9. §. item ſi quis D. de
acquir. rer. dom. §. item ſi quis Inſtit. de rer. diuiſ. ſicut &
traditio inſtrumentorum pro traditione eſt earum rerũ,
quæ inſtrumentis continentur *l. 1. C. de donat.* Ob id-
que nimirum filia contendebat in iis rebus potiorem
cauſam ſuam eſſe debere officio arbitri fam. erciſc. non
minùs quàm ſi res ipſas pater tradidiſſet, quo caſu mi-
nùs dubitari potuiſſet quin traditione perfecta fuiſſet
donatio, quam neceſſe olim erat perfici aut traditione,
aut ſtipulatione. At quantumuis res ipſas pater tradi-
diſſet, non eo magis tamen donaſſe videri debuiſſet, ſi
non niſi cuſtodiæ cauſa tradere ſe dixiſſet, cùm ſint iſta
inter ſe non modò diuerſa ſed etiam contraria: Tradere
quid animo donandi. Et Tradere cuſtodiæ cauſa. Nec
alioqui dicendum ſit, Deponere nihil aliud eſſe quàm
donare. Itaque vt hinc exordiar puto verba † illa quæ 3
apud Papinianum leguntur, *cuſtodiæ cauſa*, in textum
irrepſiſſe ex gloſſa interpretis alicuius, non male ani-
maduertentis in ea ſpecie patris voluntatem illam fuiſ-
ſe, claues haberet filia cuſtodiæ gratia potiùs quàm ex
cauſa donationis. Quod & Papinianum ſenſiſſe dubitã-
dum non eſt, cùm ſi aliter putaſſet, haud dubiè pro filia
reſpondiſſet res omnes illas quæ ad cauſam clauium
pertinebant, & quas libertus eidem aſſignare iuſſus erat,
præcipuas ipſi adiudicari oportere, tanquam facta per
patrem donatione, inutiliter quidem ab initio, ſed ta-
men poſtea morte cõfirmata, ſiue inter viuos, ſiue cauſa
mortis factam eam interpretaremur. Sed error in eo fuit
quod illa interpretatio textui inſerta eſt. Et ad facti ſpe-
ciem propoſitam relata, quæ tamen referri debuerat
tantùm ad mentem Papiniani. Nam de hoc ſolo quære-
batur † apud Papinianum, An claues iſtæ traditæ eſſent 4
cauſa cuſtodiæ an donationis. Quemadmodum enim ſi
conſtitiſſet traditas fuiſſe cuſtodiæ tantùm gratia, nulla
dubitandi ratio erat quin commune liberorum omniũ

negotium geſtum eſſe intelligeretur. Ita à contrario ſi apparuiſſet donandi animo factam clauium traditionem dubitari non potuiſſet, quin donatio illa etiam inualida, morte tamen patris confirmata officium arbitri inducere, iuſtámque faciendæ adiudicationis cauſam
5 præbere debuiſſet. In dubio autem exiſtimauit † Papinianus commune liberorum negotium gerere patrem voluiſſe, potiùs quàm vni filiæ res illas donare, id eſt cuſtodiæ potius, quàm donationis gratia factam interpretandam clauium traditionem, Siue quòd in dubio ſemper eo ſit fauorabilior interpretatio, quæ inter liberos inducit æqualitatem *l. vltim. Cod commun. vtriuſque indic. l. vt liberis.* 17 *l. illud.* 20. §. 1. *Cod. de collat.* Siue quòd præcedente communi inſtitutione liberorum, per quam pater voluntatem ſuam ſatis declarauerat, quomodo ſuccedere illos vellet, non erat probabile tam cito eum mutaſſe voluntatem, vt filiam natu maiorem quicquam præcipuum habere vellet. Præſertim cum tradendarum ei clauium cauſam illam habuiſſet, quod eſſet ipſa maior natu, & conſequenter talis, cui tutiùs, quàm alij vlli ex liberis, poſſet claues credere ad res ſeruandas hereditarias. *l. vlt. D. de fid. inſtrum.*

6 Ex eo autem quod Papinianus † ponit claues huic filiæ traditas eſſe, non modo poſt factum iam teſtamentum, ſed etiam à patre moriente, intelligimus ſi in ea ſpecie traditio illa non cuſtodiæ cauſa, ſed donandi animo facta fuiſſet, debuiſſe cenſeri eam donationem cauſa mortis, potiùs quàm inter viuos. Non quòd fieri nequeat vt quis etiam moriens inter viuos donaſſe videatur, ſi abſolutè donauerit, vt in ſpecie pereleganti quam idem Papinianus tractat in *l. Seia.* 41. §. *vltim. D. de donat. cauſ. mort.* Sed quia cùm poſt teſtamentum donatur, & à moriente, probabilius eſt mortis cauſa, quàm inter viuos factam donationem, cum negari non poſſit quin facta ſit cogitatione mortalitatis, quod ſufficit vt donatio cauſa mortis facta eſſe exiſtimetur *d. l.* 2. *D. eo.* Alioqui hoc ipſo quod pater claues filię tradidiſſet, ſeipſum ſpoliaſſet, vt quamuis conualeſceret, omnia tamen bona ſua amiſiſſe inueniretur, ſi fortè donatio eiuſmodi in filium emancipatum collata eſſet, vt valere poſſet, quod tamen non ſolùm ridiculum eſſet, verùm etiam inhumanum. Neque hoc caſu locum habere poteſt quòd iactari ſolet † traditionem in
7 dubio præſumi factam animo transferendi dominij ex *l. ſed niſi.* 8. *iunct.* §. *vltim. l. preced. D. de iur. dot.* Tunc enim id obtinet cum præcedit titulus habilis ad dominium transferendum, vt & Bart. benè vidit. Hic verò titulus nullus præcedit, neque præcedere potuit à patre viuente. Sed etſi dominium transferri poſſet ex cauſa donationis, & de donandi animo aliquid per cõiecturas præſumi poſſet, capienda tamen eſſet præſumptio factæ donationis cauſa mortis, potiùs quàm inter viuos, tanquam quæ ſit minùs odioſa, proptereà
8 † quod minùs pauperem facit donatorem, à quo reuocari poteſt, quàm donatio inter viuos, quæ reuocari
9 numquam poteſt: Igitur ex hoc Papi. reſponſo † probatur optimè quod proximo capite dicebamus donationem cauſa mortis à patre collatam in filiumfamilias non magis valere quàm ſi inter viuos facta eſſet. Alioqui nulla fuiſſet ratio, cur filia, quæ donationem meruerat, implorare debuiſſet officium arbitri familiæ erciſcundæ, ad retinendas præcipuas res ſibi donatas, quarum ſc. dominium ſaltem ex die mortis patris ſibi acquiſiuiſſet ante aditam quoque hereditatem, immo etiam adita numquam hereditate. Cùm donatio cauſa
10 † mortis ad hoc vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur, non exigat aditionem, eoque differat à legato, quod & interpretes noſtri fatentur teſte Iulio Claro *li.* 4. *ſentent. in* §. *donatio. qu.* 6. Res enim donatæ & traditæ, quæ ex inſtanti mortis fuiſſent filiæ acquiſitæ, non magis potuiſſent ipſius fieri per adiudicationem arbitri. Quandoquidem & lex & adiudicatio sũt duo modi ex illis ſex modis acquirendi dominij iure Quiritium quos enumerat Vlp. *tit.* 19. *de acquiſit. rer.* & quod meum iam eſt non poteſt magis fieri meum eodem dominij genere, nec ſi alius concurrat acquirendi dominij modus *l. in bello.* 12. §. *etſi ignorans. D. de captiu. & poſtlim.* Lex autem ſicut ſola illa eſt cuius poteſtate dominium acquiritur legatario, in eumque recta via transfertur à teſtatore *l. legatum.* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio.* 64. *D. de furt.* ita & confirmat donationes cauſa mortis vt ex iis dominium transferri poſſit mortuo ſaltem donatore. Indeque nimirum eſt quod huiuſmodi donationes † cauſa mortis dicuntur capi non ad inſtar 11
vltimæ cuiuſlibet voluntatis, ſed ad inſtar legatorum: ad differentiam ſcilicet fideicommiſſ. cum quibus ſi hac parte ſimilitudinem haberent, non cum legatis, eueniret vt ex iis dominium iuſtum & quiritiarium transferri non poſſet, ne quidem mortuo donatore, quia ex fideicommiſſis non ſolùm ipſo iure non transfertur, ſed nec ſi traditio ſit ſecuta vt ſæpius inculcauimus in præcedentibus ex *l.* 3. *D. ſi vſufr. petat.* Rurſum ex hoc eodem Papin. reſponſo † elegantiſſimè proba- 12
tur donationem cauſa mortis factã filiofamilias à patre confirmari morte patris, ſicut & donatio inter viuos quæ per traditionem facta eſſet confirmaretur, quoniam alioqui non poſſet officio arbitri familiæ erciſcundæ præcipua retineri cùm nihil aliud officium arbitri inducat, niſi quod confirmata per patris mortem donatione habeat arbiter voluntatem patris apertam quam & ſequi debeat, & tueri.

ERROR III.

De ſententia & ratione. §. Meuio. 6. d. l. cùm pater. 77. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Sententia §. Meuio. 6. l. cùm pater. 77. D. de leg. 2.*
2 *Ratio decidendi d. §. Meuio.*
3 *Nudo pacto donatio cauſa mortis olim fieri nõ poterat.*
4 *In donatione quando neceſſaria non ſit traditio.*
5 *Sententia Pauli Iuriſconſulti lib. 5. ſentent. tit. 11. de probatione facta traditionis aliter explicata quam à Cuiacio.*
6 *Inter traditionem rei donatæ & ſtipulationem differentia.*
7 *Cur in d. §. Meuio, non dicatur facta traditione donatio, traditâ donatario per Meuium debitorem pecunia.*
8 *Quomodo intelligenda vulgata propoſitio, morte donatoris perfici quamlibet mortis cauſa donationem.*
9 *Cur in d. §. ponat Papin. datam à Meuio pecuniam cùm ſciret iam mandatorem deceſſiſſe.*
10 *Cur ibidem Pap. addat, ſi Meuius ſoluendo non ſit, non idcirco habituros heredes mandatoris vllam in Titium actionem.*
11 *Ex donationibus cauſa mortis falcidia deducitur.*
12 *Diſcutitur error interpretum ſtatuentium in d. §. donatorem promiſiſſe mortis cauſa Titio eam ipſam pecuniam, quam poſtea Meuium eidem Titio ſoluere iuſſerit.*
13 *Alter Bartoli & aliorum interpretum error.*
14 *Tertius error Bartoli.*

PERTINET etiam hic §. ad ea intelligenda quæ diximus de donatione cauſa mortis, & dignus eſt de quo aliquid dicamus: adeo malè à Bartolo cæteriſque interpretibus explicatur. Meuio † debitori ſuo reus ſtipulandi mandauerat, vt Titio, cui mortis cauſa donabat pecuniam 1
debitam

debitam ſolueret. Cum ſciens Mæuius mandatorem vi-
ta deceſſiſſe pecuniam dediſſet, reſpondit Pap. non eſſe
liberationem ſecutam, nec ſi Mæuius ſoluendo non
eſſet, in Titium actionem ſolidi vel iure falcidiæ dan-
dam eſſe, quia mortis cauſa cepiſſe non videretur.
Diuerſum probandum foret, inquit, ſi Mæuius igno-
rans dominum vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus
dediſſet. Tunc enim portio iure falcidiæ retineretur.
Nihil potuit dici aut elegantius aut apertius apud eos
2 qui iuris ignoratione labi neſcirent. Aderat † in hac
ſpecie animus donandi Titio mortis cauſa, in eámque
rem mandatum erat Mæuio debitori vt pecuniam quam
debebat, Titio ſolueret. At non ideo facta fuerat do-
natio cauſa mortis, quæ ſcilicet non niſi traditione, vel
ſtipulatione perfici olim poterat. Hîc enim neque tra-
ditio, neque ſtipulatio interuenerat, cùm neque ani-
mum ipſum donandi, quem creditor habuerat, ſciuiſſe
viuo eo Titius proponeretur, neque præſens fuiſſe,
cùm fieret mandatum, vt ipſi ſolueretur. Donationem
verò, non ſolùm quæ inter viuos fiat, ſed etiam quæ
cauſa mortis, certum eſt non alij, quàm præſenti fieri
poſſe. *l. inter mortis.* 38. *D. de mort. cauſ. dona.* quoniam
inter abſentes, neque traditio neque ſtipulatio fieri
poteſt. Cùm ergo Mæuius poſt creditoris ſui duntaxat
mortem Titio ſoluiſſet, ſciens ea morte reuocatum iam
mandatum, non poterat videri Titius mortis cauſa ce-
piſſe illam pecuniam, id eſt, ex donatione cauſa mor-
tis, quia nulla prorſus donatio præceperat, niſi fortè
quis animum donandi pro donatione ipſa vellet acci-
pere, quod ſane ſtultum eſſet. Aliud enim eſt, ſempér-
que fuit donandi animum habere, aliud verò donare,
adeó vt nec ſufficeret olim pactũ donationis interue-
niſſe ad ſciendam donationem. Hoc enim Iuſtin. pri-
mus induxit in *l. ſi quis argentum.* 35. *Cod. de donat.*
3 Erránt que maximè qui putant in donationibus † cau-
ſa mortis iam olim ita ius fuiſſe, vt donatio cauſa mor-
tis pacto nudo fieri poſſet ex *l. quod bonis.* 15. *in princ.*
D. ad leg. falcid. Nam quod ibi proponitur mortis
cauſa debitum pacto remiſſum, atque ita nudo pacto
factam donationem cauſa mortis, habet eam rationem,
quòd illo caſu traditio, neque neceſſaria erat, neque
fieri poterat, cùm ea res donaretur quæ iam erat non
ſolùm in poſſeſſione, ſed etiam in dominio donatarij.
Dominus enim quiſquis eſt eius pecuniæ quam alij de-
bet. *l. 1. in princ. D. de liber. leg.* alioqui nec poſſet libe-
rari ſoluendo eam pecuniam, cuius dominium non ha-
beret. Quare nec aliud in donatione inter viuos fuiſſet,
ſi fortè animo donandi inter viuos nudo pacto debi-
4 tum creditor remiſiſſet. Nam neceſſaria † non eſt tra-
ditio quoties donatarius iam penes ſe habet quod ei
donatum vult donator, ſufficitque ad hoc vt fiat do-
minus quod reſciat animum donatoris, & quam habet
ille donandi voluntatem. *l. abſenti.* 10. *D. de donat.*
quia neque fieri poſſet, vt donatario traderetur quod
iam ille poſſideret. *l. quædam.* 77. *D. de rei vindic.* Quò
5 pertinere creditur quod Paulus † ſcribit *lib. 5. ſentent.*
tit. 11. de donat. §. 2. probationem traditæ vel non tra-
ditæ poſſeſſionis, non tam in iure quàm in facto con-
ſiſtere, ideoque ſufficere ad probationem ſi rem corpo-
raliter teneant. Sic enim Pauli interpres ad eum lo-
cum notat, ſi quis rem corporaliter teneat, cùm ei do-
natur, hoc ſufficere ad traditam poſſeſſionem. Sed pa-
rum acutè. Non enim ait Paulus ſufficere ad traditio-
nem rei faciendam, quod res à donatario iam teneatur
corporaliter, quamquam hoc quoque verum eſt, ſed
ſufficere ad probationem factæ traditionis, id eſt nulla
alia probatione onerandum eſſe donatarium, vt oſten-
dat ſibi traditas res donatas. Hoc ipſo enim præſumi
traditas à donatore, & quidem ex cauſa donationis ad
perficiendam donationem. Niſi ex aduerſo probetur
corporalem poſſeſſionem ex alia cauſa ad donatarium
perueniſſe poſt donationem ei factam. Itaque traditio
† facilè præſumitur facta per donatorẽ, cùm donatarius 6
in rei donatę poſſeſſione reperitur, ac ſtipulatio non ita
facilè præſumeretur, cùm verbis opus ſit, & quidem ſo-
lennibus ad contrahendam ſtipulationem, nec tantùm
facti ſit ſtipulatio, vt traditio, ſed etiam iuris. *l. ſi vnus.*
27. §. *pactus ne peteret. D. de pact.* Ad hanc enim tradi-
tionis & ſtipulationis differentiam videtur alluſiſſe Pau-
lus ſupradicto loco, vt ſignificaret commodius eſſe do-
natario, qui corporalem habet rei donatæ poſſeſſionem,
vt dicat factam per ſtipulationem, quamuis neque tra-
ditionem, neque ſtipulationem aliter probare poſſit,
alterutram verò probari neceſſe ſit. At non ſufficit do-
natario ad hoc, vt per traditionem perfecta dici poſſit
donatio, quod reperiatur in poſſeſſione rei donatæ, ſi
poſſeſſionem nactus fuerit poſt mortem donatoris.
Traditionem enim per quam perficiatur donatio, ne-
ceſſe eſt ab ipſo donatore fieri, vel ab alio ex eius vo-
luntate, & conſequenter viuo donatore cuius poſt
mortem voluntas nulla eſſe poteſt. Indeque eſt quod
apud Papin. quamuis † donatario tradita fuiſſet pecu- 7
nia per Mæuium debitorem, adeoque ex mandato do-
natoris, quia tamen tradita fuerat poſt mortem dona-
toris, atque ita finito iam mandato, finitaque per mor-
tem voluntate, non poterat dici factam traditione do-
nationem, non magis quàm ſi traditio nulla facta eſſet:
nihil enim refert an nulla facta ſit, an verò facta ſit ab
eo qui neque donator fuerit, neque donatoris habue-
rit voluntatem. Nec quod dici ſolet morte † donatoris 8
perfici quamlibet mortis cauſa donationem ad rem fa-
cit. Non enim eius propoſitionis ſenſus ille eſt, vt do-
natorem mortuum eſſe ſufficiat, vt donatio cauſa mor-
tis omnimodo perfecta eſſe intelligatur, etiamſi antea
non valuerit, ſed hîc potiùs vt donatio cauſa mortis
vtiliter quidem facta, nimirum traditione vel ſtipula-
tione interueniente, ſed quæ in diem vſque mortis
reuocari poterat, ideoque nec perfecta videbatur, tunc
demum perfecta videatur, cùm mors inſecuta eſt do-
natoris, quandoquidem ex eo tempore deſinit reuoca-
ri vnquam poſſe. *l. 2. l. non videtur.* 32. *D. de mort.*
cauſ. dona. Cæterùm donationem cauſa mortis factam
eſſe neceſſe eſt, priùs quàm morte donatoris videri poſ-
ſet perfecta. Traditionem igitur, vel ſtipulationem
præceſſiſſe oportet, cùm neutra interueniente nulla do-
natio facta dici poſſit, quantumcunque adfuerit animus
donandi. Ponit † tamen Papin. datam à Mæuio pecu- 9
niam, cùm ſciret mandatorem iam deceſſiſſe, non quaſi
ob id minùs reuocatum mandatum videri debeat, quòd
mandatorem deceſſiſſe Mæuius ignorauerit, (ſemper
enim reuocatur mandatum, aut vt meliùs dicam ſolui-
tur morte, cùm res integra eſt, *l. mandatum.* 15. *Cod.*
mandat.) ſed quia ſoluto licèt mandato contingit li-
beratio debitori, qui ſoluit bona fide ignorans finitum
eſſe mandatum, ſiue morte finitum ſit, ſiue expreſſa re-
uocatione, ne alioqui ex iuſta ſua ignorantia periclite-
tur. Adeo vt non ſolùm liberetur ſi fuit debitor, ſed
etiam vtilem habeat mandati actionem contra here-
dem mandatoris, ſi debitor ipſe non fuit, *leg. inter*
cauſas. 26. *in princip. l. ſi præcedente.* 58. *D. mandat.*
vbi eleganter dicitur, mandatum quidem morte man-
datoris ſolui, ſed non actionem mandati. Facit *l. ſi*
quis ſeruo. 18. *l. cùm quis.* 38. §. 1. *l. ſi cùm Cornelius.*
82. *D. de ſolut.* Porrò quo caſu liberetur Mæuius per
ſolutionem à ſe factam Titio poſt mortem mandato-
ris, id eſt cùm facta fuit ab eo ſolutio, priùs quàm ſci-
ret mortuum donatorem eundemque mandatorem,
fatendum eſt mortis quoque cauſa Titium cepiſſe vi-
deri, hoc eſſe ab eo qui voluit donatam ei pecuniam
cauſa mortis, quia nec alio colore poteſt liberatus di-
ci Mæuius, quàm quia videatur pecuniam tradidiſſe
ſuo creditori, deinde creditor Titio cui donabat cauſa
mortis, vt contingit quoties celeritate coniungenda-
rum actionum vna occultatur. *l. 3. §. pen. D. de don. int.*

vir. & vxor l. ſingularia. 15. *D. de reb. cred.* acſi tradita fuiſſet viuo adhuc mandatore. Nihil ſiquidem refert quoad hunc effectum, an treditio facta ſit viuo mandatore, an eo quidem mortuo, ſed priuſquam mortuum eſſe ſciretur. Magis mirum illud eſt quod addit Papin.
10 † ſi Mæuius ſoluendo non ſit qui ſoluit Titio ſciens iam mortuum mandatorem, non idcirco habituros heredes mandatoris vllam in Titium actionem, neque ſolidi, neque iuri falcidiæ, propterea quòd, inquit, mortis cauſa cepiſſe non videatur. Hæc enim ratio probat quidem nihil contra Titium falcidiæ iure peti poſſe, cùm falcidia non niſi ex legatis deducatur, & ex iis quæ ad inſtar legatorum capiuntur, i. ex donationibus cauſa mortis. Sed non probat Titium de ſolido reſtituendo non teneri. Quidni enim teneatur, cùm ſi mortis cauſa non accepit pecuniam, nullo iure eam accepiſſe videatur? Verùm ad id Papin. reſpexit quod licèt nullo iure hanc pecuniam acceperit quantum ad mandatorem, quia donatio nulla fuit, videtur tamen eam accepiſſe à Mæuio ex cauſa donationis, quia vt habet iuris regula, Cuius per errorem dati repetitio eſt, eius conſultò dati donatio eſt *l. cuius per errorem.* 53. *de reg. iur.* Vt proinde nec vllam in eum actionem ad repetendum poſſit habere Mæuius, nec perinde vllam in eum præſtare heredibus mandatoris, quibus vtique præſtare teneretur eam quam haberet ſi quam haberet tunc ſaltem cùm ſoluendo non eſſet, nec alia ratione indemnitati heredum mandatoris proſpici poſſet. At nec videtur quicquam intereſſe mandatoris heredúmve ipſius, quod Mæuius Titio ſoluerit, cùm non ideo fuerit liberatus, non magis quàm ſi nihil ſoluiſſet. Niſi quod poteſt dici factum eum pauperiorem, ob hoc ipſum quod donauit. Sed non poteſt ea res dare actionem creditori, cùm liceat cuique debitori malè res ſuas adminiſtrando, adeoque perdendo & donando facere deteriorem conditionem ſuorum creditorum, dummodo nihil faciat animo eorum fraudandorum *l. 1. §. 1. D. de ſeparat. iunct. l. quod autem 6. §. ſimili modo. D. quæ in fraud. credit.* vbi additur neque hoc caſu in ſolidum teneri donatarium, ſed quatenus duntaxat locupletior factus eſt, quomodo etiam accipi debet *l. ignoti.* 5. *Cod. eod.* vbi dicitur contra donatarium dari ex edicto fraudatorio actionem detracta quidem mentione ſcientiæ, ſed non tamen detracta mentione fraudis & doli. Conſequens autem ſit ſuperioribus quod Papinianus ſubiicit, diuerſum probandum fore, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus dediſſet. Tunc enim, inquit, portio iure falcidiæ reuocatetur. Nempe quoniam perfecta videretur eo caſu donatio per traditionem, quam feciſſet Mæuius, tametſi iam finito mandato, cùm ignorantia Mæuij qui ea ſolutione liberaretur bonam faceret traditionem, acſi mandatum eo tempore adhuc duraſſet.
11 Ex donationibus † verò cauſa mortis non minùs quàm ex legatis falcidiam deduci placet poſt conſtitutionem Seueri, de qua in *l. ſi mortis.* 5. *& l. penult. Cod. ad leg. falcid. l. 2. C de don. cauſ. mort.* Quòd ſi Mæuij ignorantia prodeſſe poſſet, tantùm ad acquirendam ei liberationem, non item ad validandam traditionem factam ex cauſa mandati, quod interceſſerat animo donandi cauſa mortis, nulla proculdubio eſſet ratio, propter quam tractari poſſet de falcidia, aut de actione mandatoris heredibus eo nomine danda. Et hæc quidem plana eſſent ſi Papin. ſolum reſponſum, non etiam Bart. cæterorúmque ad Papinianum commentarios haberemus. Sed faciunt illi vt longiores hîc nos eſſe neceſſe ſit, ad Papiniani elegantiam ab eorum inſcitia vindicandam. Peccant verò potiſſimum in tribus. Pri-
12 mùm in eo quod ponunt donatorem † promiſiſſe mortis cauſa Titio eam ipſam pecuniam, quam poſtea Mæuium eidem Titio ſoluere iuſſerit. Nam præter id quod nullum in toto §. verbum eſt, quod talis promiſſionis aliquam vel minimam det ſignificationem, ſi poneremus præceſſiſſe promiſſionem, ſequeretur factam fuiſſe donationem cauſa mortis vtiliter per ſtipulationem, qui vnus modus eſt, vt diximus, faciendæ donationis, nec proinde neceſſaria eſſet traditio, quia ex duobus illis modis, quibus fiebat iam olim donatio, alterutrum interuenire ſufficiebat, neque vtrumque concurrere neceſſe erat. Si autem neceſſaria traditio non eſſet, fruſtra quæreretur, an viuo mandatore, an eo iam defuncto Mæuius Titio ſoluiſſet. Omnimodo namque & omni caſu confirmata eſſet morte mandatoris donatio, quæ iam viuo eo valuiſſet, neque poſſet dubitari quin id quod Titius à Mæuio poſt mandatoris mortem accepiſſet, mortis cauſa accepiſſe videretur, quãuis accepiſſet finito iam mandato, cum vel fatente Bar. aliud ſit de mandato quærere, aliud de donatione, nec quicquam vetet ſi ei credimus finiri mandatum morte mãdatoris, & tamen eadem morte confirmari donationem. Quid enim eſt confirmata donatione quod poſſit obſtare, quominus dicendus ſit Titius accepiſſe pecuniam mortis cauſa, ſi donatio & ab initio valuit, & ex poſt facto confirmata fuit? An illud fortè quòd Mæuius qui ſoluit Titio ſciens finitum donatoris morte mandatum, videatur eidem Titio donaſſe, atque ita credendus ſit Titius pecuniam habere ex donatione Mæuij, potius quàm ex ea quæ primũ facta ſit à Mæuij creditore? Aliud enim nihil eſt, quod pro Bart. comminiſci poſſis, nec per mendacium quidem. At hoc falſum eſt. Nam donandi animum non poteſt videri habere Mæuius, qui ſoluit ex mandato, etiam quod finitum eſſe ſciat, quoties ita ſoluit vt ex ea ſolutione acquirat mandatoris ſui heredibus liberationem, quam ſi acquireret etiam nullo præcedente mandato, ex ea tamen cauſa deberet habere actionem negotiorum geſtorum. An non enim eorum negotium geſſit vtiliter, qui eos liberauit etiam ignorantes, dum ne prohibentes? *l. vltim. Cod. neg. geſt. l. ſoluendo.* 39. *D. eod. l. ſolutione.* 23. *D. de ſolut.* Aut quomodo poſſet videri Titius accepiſſe ex donatione à Mæuio, ſi ob eam ſolutionem conſecutus eſſet id quod ex promiſſione primi donatoris exigere alioqui potuiſſet? Quid enim lucratur qui pecuniam ſibi debitam ex donatione conſequitur, & ſuam amittit actionem? Et rurſus, cum donatio facta Titio, à Mæuij creditore illa ſit quæ cauſam dat huic ſolutioni, dicendum eſſet etiamſi animum donandi haberet Mæuius, Titium tamen à Mæuij creditore eodemque donatore, qui prior vtiliter donaſſet, potiùs quàm à Mæuio ipſo donationẽ accepiſſe, ſicuti Paulus ſcribit, de eo qui alienam rem mortis cauſa traditam vſucepit, non ab eo videri cepiſſe cuius res fuiſſet, ſed ab eo qui occaſionem vſucapionis præſtitiſſet *l. qui alienam.* 33. *D. de mort. cauſ. don.* tametſi verum ſit alienare videri & quidem ex cauſa donationis illum qui prudens & ſciens rem ſuam vſucapi patitur *l alien.* 28. *D. de verb. ſign. l. qui hered.* 44. *§ penult. de cond. & demonſt.* Adde quod & cum Mæuius ita ſoluit Titio vt creditoris ſui heredibus acquirat liberationem ab obligatione contracta per promiſſionem, quam donandi animo creditor fecerat, ipſe quoque ab iis liberatur. Cui enim daremus actionem negotiorum geſtorum ad repetendum quod ſoluiſſet ſi nihil debuiſſet, vt diximus, multo magis dabimus liberationem, ſi ſoluerit quod debuit, ſaltem accommodata ei doli exceptione, ſi à creditoris ſui heredibus quos liberauit, conueniatur qui accepta ſolutione tantundem reſtituere negotiorum geſtorum actione tenerentur *l. dolo facit.* 8. *D. de dol. excep. l. ſi ſocer.* 44. *§. Lucius. D. ſolut. matrim. l. in condemnatione.* 173. *§. vltim. de reg. iur. l. quod ſi fortè.* 14. *§. vltim. & l. ſeq. D. de ſolut.* Non ergo donaſſe dici poſſet, qui ſoluendo acquiſiuiſſet ſibi liberationem, ſiue ipſo iure, ſiue auxilio exceptionis, quoniam qui donat ſit pauperior, qui verò ſibi liberationem aut exceptionem acquirit hoc ipſo ſit locupletior *l. 1 .l. 5. §. conceſſ. D.*
de

de don.int.vir.& vxor l.filiusf.7.D.de don.l.ſi pupill.45. in fin.D.de admin. tutor. Cum igitur verum ſit quod & fatetur Bart. in Papin. ſpecie habendum pro donatore Mæuium,ob hoc quod ſoluerit Titio ex cauſa mandati, quod ſciebat reuocatum, fateamur quod res eſt, inutilẽ fuiſſe donationem cauſa mortis factam à Mæuij creditore,quia neque traditio interuenerat,neque ſtipulatio. Neque hoc ignoraſſet Bart. niſi eum fefelliſſet quod in fine reſponſi Pap. ait,ſi Mæuius antequam ſciret mortuum mandatorem ſoluiſſet Titio, futurum vt pecuniæ ſolutæ portionem iure falcidiæ reuocari oporteret. Nec enim potuit videre quomodo fieri poſſet vt non tota pecunia reuocari deberet, ſi promiſſio nulla interceſſiſſet,cùm eo caſu duo iſta concurrerent,vt & morte mãdatoris reuocatum eſſet mandatum, & tamen non eo magis confirmata eſſet donatio, quæ nulla præceſſiſſe intelligeretur. Neque diſſimulat Bart. hac vna ratione moueri ſe,poſt Accurſium, ne interpretationem noſtrã, quæ & ab Accurſio prima ex tribus propoſita fuit, admittere poſſit. At debuit animaduertere quod nos iam ſupra reſpondimus. Mæuio ſoluente ignoranter poſt mortem mandatoris, licet finito iam mandato, perinde tamen valere ſolutionem ad liberandum Mæuium, acſi viuo adhuc mandatore ſoluiſſet,& conſequenter traditione perfectam videri donationem,non minùs quàm ſi ante donatoris mortem Mæuius donatam à ſuo creditore pecuniam Titio tradidiſſet. Quid enim refert an viuo donatore traditio facta ſit, an facta eſſe intelligatur:Fateor eſſe præpoſterum, vt fiat traditio rei donatæ poſt mortem donatoris, quia prius eſt vt fiat donatio cauſa mortis, quàm vt confirmetur & perficiatur morte donatoris.Non fit autem ſine traditione,cum ſtipulatio nulla interuenit:Eáque nimirum perelegans dubitandi ratio fuit apud Papin. Sed vitium hoc in caſu quem tractamus ideò non afficit donationem, quod traditio quamuis poſt mortem donatoris facta, viuo tamen eo facta intelligitur, propter ignorantiam mandatarij bona fide ſoluentis ex mandato quod finitum eſſe neſciebat. Ita fit vt ignorantia mandatarij proſit donatario, cùm faciat vt valeat donatio, quæ alioqui non valeret. Quòd etſi videatur abhorrere ab ea iuris regula quæ ponitur, *in l. iniquiſſimum.5. D. de iur. & fact.ignor.* in propoſito tamen non abhorret,nec idcirco tam mirabile eſt,quàm credidit Accurſius,quia non fit niſi per cõſequentias.Principaliter ſiquidem & immediatè ignorantia mandatarij non prodeſt donatario ipſi vt liberetur, nec quod iam ſemel bona fide ſoluerit, iterum ſoluere compellatur. Eo autem admiſſo cum liberatio illa non poſſit acquiri mandatario,quin tantumdem de bonis mandatoris diminutum ſit, qui ſuam amiſit actionem, nec alius amittendæ actionis titulus fuerit quàm donationis, per conſequentias fieri neceſſe eſt, vt ex cauſa donationis videatur Titius accepiſſe, quod non niſi ex cauſa donationis mandator amiſit. Nihil autem in iure noſtro frequentius eſt, quàm vt multa per conſequentias fiant quę principaliter fieri nullomodo poſſent, *l.1.l quod dicimus.7. D.de autor. & conſenſ.tutor.l.*
13 *fideiuſſor.19.D.de dolo.* Secundus † Bart. & aliorum error eſt quod volunt eo caſu quo Mæuius ſoluerit Titio poſt mortem mandatoris, quem defunctum eſſe non ignorabat, morte mandatoris eiuſdémque mandatoris reuocatum quidem eſſe mandatum ſed non ideò reuocatam donationem, at potius confirmatam. Etſi enim verum eſt quod non inſubtiliter aduerſus Accurſium diſputat Bart. mortem donatoris non tam eſſe cauſam reuocandæ quàm confirmandæ donationis cauſa mortis, dubitandum tamen non eſt quin apud Papin. morte mandatoris ſicuti mandatum finitum fuit, ita & extincta ſit donatio. Non dico eam reuocatam quia reuocari non potuit,quæ nunquam valuit,neque valere quæ nec traditionem nec ſtipulationem habuit,ſed dico extinctam,quia cùm in tempus vſque mortis donatoris in eo eſſet donatio vt valere poſſet ſecuta ſcilicet ex mandato traditione,deſiit poſſe vnquam valere, cùm deſiit traditio ex voluntate donatoris ſequi poſſe,quod euenit ex quo inſtanti ſciuit Mæuius defunctum mandatorem. Procederet autem ratio Bart. ſi verum eſſet vt ille ſupponit,aliquam præceſſiſſe donatoris promiſſionem, Qua vel vna ratione tantò magis moueri debuit, ne diceret vllam præceſſiſſe,cùm ſi præceſſiſſet vtique ſecuta morte donatoris confirmata eſſet donatio,ea verò confirmata nihil cauſæ eſſet, cur non liberatus eſſet Mæuius, dandaque actio heredibus mandatoris ad falcidiæ portionem reuocandam, quod vtrumque tamen Papin. negat:diſtinguens an Mæuius ſciens defunctum mandatorem ſoluerit,an ignorans: vt intelligamus neceſſariam eſſe hanc diſtinctionem non tantum ſi quæratur an liberatus fuerit Mæuius, ſed etiam ſi de donatione ipſa cauſa mortis vtrum valeat néc-ne, dubitetur. In
quo tertius † & præcipuus eſt error Bart. exiſtimantis 14
non quærere de alio Papin. niſi an Mæuius ſit liberatus qui Titio ſoluit,& an aliqua ei repetitio competat néc-ne. Cùm tamen de illo etiam & potiſſimum quærere voluerit & debuerit, An donatio cauſa mortis valeret, eandémque in hac etiam quæſtione adhibere diſtinctionem. Quid enim aliud eſt quod ait Pap. ſi Mæuius ſoluerit ſciens dominum iam deceſſiſſe,nihil videri Titium mortis cauſa cepiſſe, quàm hoc caſu nullam eſſe donationem? Rurſus cùm ſubiicit,ſi Mæuius ignorans ſoluerit portionem iure falcidiæ reuocandam eſſe,quid aliud ſignificat quàm quòd volumus donationem hoc caſu valere? quandoquidem nullum ius aliud eſt reuocandæ portionis propter falcidiam quam quod ex donationibus cauſa mortis falcidia deducatur, quæ porrò deduci non poſſet ex donatione quæ non valeret, ſicut neque ex legatis inutilibus deducitur,aut ex inutilibus fideicom. *l.1.§.ante pen.D.de dot.releg.l.1.§.ſi creditori, l.verbis.5.l.ſi fundus.65.D.ad leg.falcid.* quamuis non ſimiliter è contrario deducatur falcidia ex omnibus vtilibus legatis,vt docuimus *lib.4. coniect.c.12.ad l.ſi creditori.28.de leg.1.* Cætera quæ Bart.hic tractat de reuocatione mandati & de illa diſtinctione vtrum ipſum mandatum an affectus dumtaxat mandati conferatur in id tempus,quod ſequatur mortem mandatoris,quoniam ad alium tractatum pertinent, nos quoque in alium locum conferemus.

ERROR IV.

De donatione à filiofamilias collata in patrem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa.

SVMMARIA.

1 *Quæſtioni de donatione à filiofam. in patrem collata quando locus eſſe cœperit.*

2 *Rem profectitij peculij filiusfam. donare non poteſt, nec patri nec alij, & n.4.*

3 *Pater qui filio permiſit donare, de mortis cauſa donatione non cenſetur cogitaſſe:& cur.*

5 *Filiusfam. an poſſit aduentitia patri donare.*

6 *Mortis cauſa filiumfam. patris aduentitia donare non poſſe qui probent interpretes.*

7 *Suppoſitio interpretum,filiumfam.non habere ex ſe perſonam integram, vt falſa refellitur.*

8 *Donationem non eſſe actum ſolemnem aduerſus interpretes.*

9 *In donatione cauſa mortis quam filiusfam. facere velit non requiritur autoritas patris ad integrandam perſonam filij propter actus ſolemnitatem.*

10 *Differentia inter donationem inter viuos & donat. mortis cauſa ratione filiuſfam. donantis & differentiæ ratio.*

11 *Valet donatio filij, ſi donationem factam patre ignorante ſequatur patris ratihabitio viuo adhuc filio.*

12 *Ratio qua volunt nonnulli autoritatem patris neceſſariam eſſe ad integrandam filij perſonam in donatione cauſa mortis, vt inepta exploditur.*

13 *Donatio facta patri per filium neque inter viuos neque mortis cauſa valere poteſt, & cur.*

1 NON poterat olim locus † eſſe huic
quæſtioni, cùm filiusfam. nihil pro-
prium habere poſſet, niſi quod pater
ſibi per filium acquiri nollet, extra
cauſam peculij caſtrenſis vel quaſi ca-
ſtrenſis. Cœpit locus fieri ex quo tem-
pore facti ſunt filijfam. capaces à Conſtantino primùm
bonorum maternorum *in l. 1. C. de bon. matern.* deinde à
Iuſtin. cæterorum bonorum omnium aduentitiorum *in*
l. cùm oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. quæ lib. Profectitia enim
non poterat habere filiusfamilias, niſi in peculium. Pe-
culium verò profectitium, licet ſit filij, magis tamen eſt
patris, ideóque paternam rem donare videretur paterf.
qui donaret peculiarem, *l. 3. § ſed verum l. patri. 27. D.*
2 *de minor.* Adeò vt quamuis † liberam peculij admini-
ſtrationem filio pater conceſſerit, non eo magis tamen
donandi ius habeat filius, niſi vel iuſtiſſima ratione
mortis id fecerit, vel talis ſit, cui hoc quoque conceſſum
videri debeat, puta ſi ſit ſenatoriæ dignitatis, quia extra
hos caſus donare perdere eſt, non videtur autem ei per-
miſſum vt perdat, quomodo ratiocinatur Vlp. *in l. fi-*
liusfam. D. de don. Quod ſi paternam rem aliis donare
filiusfam. non poteſt inter viuos, multò minùs cauſa
3 mortis poterit, quia tum quoque cum † pater filio per-
miſit donationem ſimpliciter, non tamen videtur per-
miſiſſe donationem cauſa mortis niſi ſpecialiter id ex-
preſſerit, *d. l. filiusfam. §. ſed enim.* Non quod donationis
verbum ſimpliciter prolatum donationem omnem non
comprehendat, tam quæ mortis cauſa, quam quæ inter
viuos fiat, *l. alienatio. 67. §. 1. de verb. ſign.* nec quod fi-
liusf. ex patris voluntate difficilius poſſit donare cauſa
mortis quàm inter viuos, *d. l. filiusfam. §. pari autem ra-*
tione, iunct. l. tam is. 25. §. filiusf. D. de mort. cauſ. don. Sed
quia cùm donatio cauſa mortis non niſi mortuo dona-
tore confirmetur, perfectáque videatur, credendum non
eſt cogitaſſe patrem de caſu illo tam malè ominoſo, quo
ante ſe filius moreretur. Eſt enim caſus ille contra votū
commune, & parentum omnium & naturæ, *l. Iulian. 26.*
D ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. l. ſcripto. 7. in fin. D. vnd. lib
l. cum tale. 71. de cond. & demonſt. ideóque ſpecial. expreſ-
ſione opus eſt vt de donatione quoque mortis cauſa
4 ſenſiſſe pater videatur. Rurſum, ſi paternam † rem alij
donare filiusf. non poteſt, multò minùs ipſi patri dona-
re poterit, quoniam alij quidem donare patre conſen-
tiente poſſet, tam mortis cauſa quàm inter viuos, ſiqui-
dem donatio cauſa mortis licèt accedat proximè ad na-
turam legatorum [quæ dubitandi ratio erat *ad d. l. tam*
is. §. filiusfam. nec enim pater filio permittere poſſet vt
legaret, non magis quàm vt teſtaretur] tamen habet hoc
ſimile cum donatione inter viuos quod ex ea contrahi-
tur ſtatim obligatio, & ante mortem donatoris, ſiue per
traditionem facta ſit ſiue per ſtipulationem. At nec pa-
ter ipſe conſentire poſſet, vt ſibi res iam ſua donaretur.
5 Sed in bonis aduentitiis, † quorum hodie filiusfam. ca-
pax eſt, eadem ratio, vt apparet, locum non habet, cùm
nihil vetet acquiri ea patri, ſi id filius velit, & pater cō-
ſentiat. Ideóque nec dubitandi cauſa vlla eſſe videtur,
quare non poſſit filiusfam. patri ea donare. Et ſanè quòd
pertinet ad donationem inter viuos vix reperias qui de
hoc dubitet. De illa tantùm donatione quæ fiat mortis
6 cauſa dubitant interpretes. Ex eo † ſolo quod filiisfam.
non aliàs licèt mortis cauſa donare, quàm ſi pater con-
ſentiat, & quidem ſpecialiter ac expreſſim, vt diximus
ex d. l. tam is. 25. §. 1. & d. l. filiusfam. §. pari autem ratio-
ne. Abſurdum autem videtur patrem in rem ſuam præ-
ſtare autoritatem filio, id eſt vt ſibi per filium donetur,
l. 1. l. quod dicimus. 7. D. de autor. & conſenſ. tutor. Indé-
que ſumunt occaſionem tractandi, an autoritas illa pa-
tris, quæ neceſſaria eſt, cùm filius donat mortis cauſa re-
quiratur ad ſolemnitatem actus, & vt loquuntur, ad in-
tegram perſonam filij, an ad hoc tantum ne per filium
patri præiudicium fiat. Putant enim ſtare in hoc vno
cardinem quæſtionis illius, An filiusfam. patri donare
mortis cauſa poſſit, quoniam, inquiunt, ſi autoritas pa-
tris requiritur pro actus ſolemnitate, certum eſt, non
poſſe patrem in rem ſuam fieri autorem. Si verò in id
dumtaxat ne patri præiudicium fiat, nimis euidens eſt
nullum patri præiudicium fieri, cùm & donatur ea res
in qua nihil omninò iuris pater habet, & patri ipſi do-
natur. In hac verò dubitatione, quod magis mirandum
eſt frequentior interpretum ſchola in id inclinat, vt au-
ctoritas patris neceſſaria ſit filio donandi cauſa mortis
tanquam ad actus ſolemnitatem. Si Iulio Claro credi-
mus, *li. 4. Sent. §. donatio, q. 6.* vbi ex hoc infert, filium
igitur patri mortis cauſa donare non poſſe. Mihi planè
ridicula ne dicam otioſa videtur eſſe quæſtio illa ante-
cedens, ex qua volunt pendere deciſionem ſequentis;
Supponit enim duo quæ ambo falſiſſima ſunt, quorum
vnum eſt filiumfamilias non habere ex ſe perſonam in-
tegram, Alterum verò donationem cauſa mortis eſſe
actum ſolemnē. Neutrum verum eſt. Filijfamilias enim
perſona † integra eſt cùm habeat caput in ciuitate, 7
quippe non minùs ſit ciuis, quàm ſi paterfamilias eſſet.
Illa ſiquidem ſumma diuiſio eſt ciuium Romanorum
quod aut patres familias aut filijfamilias aut matres fa-
milias aut filiæfamilias, *l. 4. D. de his qui ſui vel alien. iur.*
ſunt. Donationem † verò ſiue inter viuos ſiue mortis 8
cauſa fiat, quis vnquam dixit eſſe actum ſolemnem?
Quam ſcilicet ſolemnitatem habere dici poteſt? An for-
tè ſolemnitatem verborum cùm fit per ſtipulationem?
Fuerunt enim ſtipulationum verba olim concepta &
ſolemnia. Verùm quis ideò dicat donationem ipſam eſſe
actum ſolemnem, & legitimum? Aut quis neſcit dona-
tionem fieri poſſe etiam per nuncium & procuratorem
l. abſentum. 10. D. de donat. iunct. l. 2. §. ſed ſi quis, & l. 4.
eod. itemque in diem & ſub conditione, *l. 1. & tot. tit. C.*
de don. quæ ſub mod. vel cond. vel cert. temper. fiunt. quo-
rum omnium nihil eſt quod de actibus ſolemnibus &
legitimis dici poſſit, *l. actus legitimi. 77. de reg. iur.* Poſ-
ſit quis fortaſsè probabilitatem tentare donationem eſ-
ſe actum ſolemnem ex eo quod hodie requirit ſolemni-
tatem actorum & inſinuationis. Sed præter id quod iu-
re noſtro non omnibus donationibus id conuenit, at
iis tantùm quæ ſummam conſtitutam excedunt, de qua
in l. ſi quis argentum. 3. & aliis, C. de don. propria eſt ea
ſolemnitas donationum inter viuos, non etiam com-
munis donationibus cauſa mortis, de quibus potiſſimū
diſputamus. Has enim nulla inſinuatione indigere vo-
luit Iuſtin. *in l. vlt. C de don. cauſ. mort.* Abſit ergo vt di-
camus ſolemnitatē vllam requiri in donationibus cauſa
mortis, præſertim verò ſi non per ſtipulationem, ſed per
traditionem factæ proponantur. Traditio enim quæ
meri facti eſt, nullomodo iuris, nullum certè poteſt
habere iuris ſolennitatem, vt apertè probat elegans
ille Pauli locus quem ſuperiore capite explicauimus
libro quinto, ſentent. titulo vndecimo, de donat. §. 2.
Quod ſi neque donatio cauſa mortis actus ſolennis
eſt, neque perſonæ filiifamilias quicquam deeſt pro-
pter quod debeat integrari, an non bis ridiculi ſunt qui
ſic loquuntur vt dicant in donatione † cauſa mortis 9
quam filiusfamilias facere velit requiri autoritatem
patris ad integrandam perſonam filij propter actus ſo-
lennitatem? Iidem verò cur non eundem errorem
tuentur cùm tractant de donatione per filiumfam. facta
inter viuos? Nam & hanc conſtat non aliter poſſe fie-
ri à filiofamilias quàm ſi pater conſentiat & quidē pa-

ri

xi ratione qua filiusfamilias etiam mortis cauſa donare prohibetur vt ait Vlpianus *d. l. filiusfamilias. §. pari ratione. D. de donat.* Neque verò vllam hac parte inter donationum ſpecies differentiam prudentes agnouerunt. Niſi quod vt filiusfamilias † inter viuos donare
10 poſſit, ſatis eſt patrem ei permiſiſſe ſimpliciter vt donaret, vt verò poſſit mortis cauſa donare illud etiam exigitur, vt ſpecialiter hoc ipſum pater permiſerit, *d. l. filiusfamilias. §. penu. d. l. tam is. 25. §. de mort. cauſ. donat.* Et hoc vnum ſanè eſt quod interpretes omnes noſtros fefellit, non valentes huius diuerſitatis rationem inuenire, quam ſolent illi petere ex eo quod donatio cauſa mortis proximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis & legati, quodque ſicuti eſt illa medium quiddam inter donationem inter viuos & legatum, ex vtroque aliquid participans, ita debuerit hoc habere temperamentũ, vt cùm filiusfamilias legare non poſſit, nec ſi pater cõſentiat, donare autem inter viuos poſſit, etiam patre ſpecialiter id non permittente, mortis tamen cauſa donare poſſit quidem, ſed ita demum ſi pater expreſſim autoritatem in eam rem præſtet, quaſi donatio cauſa mortis ob hoc ipſum quod proximè accedit ad legatum, accedat etiam ad teſtamentum de quo dubitari non poteſt, quin actus ſit iuris ciuilis & multas & magnas habens ſolennitates. Dixiſſent verò longè aliter & melius ſi eam diſſimilitudinis rationem inueniſſent quam nos attulimus, quod pater qui conſentit filiofam. vt donet, non poſſit videri ſenſiſſe de permittenda donatione cauſa mortis, quin dicendus ſit cogitaſſe filium ante ſe moriturum, quæ tamen interpretatio prorſus ominoſa eſſet ac improbabilis. Ex hoc namque intelligimus non in eo differre donationem inter viuos à donatione cauſa mortis in perſona filiuſ. quod maior cautione ne dicã ſolennitas in hac quàm in illa requiratur, nec quod enixior & expreſſior patris voluntas neceſſaria ſit, ad validandam donationem cauſa mortis, quàm ad validandam donationem inter viuos: ſed quòd cùm perinde & peræquè voluntatem patris in vtraque donatione interuenire oporteat, facilius tamen eſt, vt in donatione inter viuos credatur interueniſſe quàm in donatione cauſa mortis. Nam vt donationem inter viuos ex voluntate patris factam eſſe appareat, ſufficit quod conſtet permiſſum fuiſſe à patre vt filius donaret adeoque datam ei liberam peculij adminiſtrationem, ſiue iuſta aliqua cauſa fuerit donandi, ſiue Senatoria vel qua alia præclara fulgeat filius dignitate. *d. l. filiusf.* At quantumuis filius expreſſam à patre habeat donandi licentiam, & illud quoque, ſi voles, concurrat vt ſit Senator, non eo magis tamen permiſſum ei videtur, vt donet cauſa mortis, quia de hoc caſu nullomodo cogitaſſe pater intelligitur, qui ſi cogitaſſe probaretur etiãſi nihil ſcripto aut verbo expreſſum eſſet, non dubitarem quin donatio cauſa mortis omnimodo eſſet valitura quam filiusfamilias abſente quoque patre feciſſet. Quemadmodum nec dubito quin valeat ea quam fecerit patre præſente & conſentiente tacitè, id eſt, non contradicente, tametſi nec expreſſim conſentiat, cùm non aliam ob cauſam adhibeatur conſenſus patris quàm ne ignorante patre filius diſponat de ea re quæ ſit patris, vel in qua ius aliquod habeat pater, vt in *l. apud Celſum. 4. §. quæſitum. D. de doli mali except.* Præſertim ſi iuſtam contradicendi cauſam pater nullam habeat, vt in *l. 2. §. vltim. l. ſi cùm dotem. 22. §. eo autem tempore & ſeq. D. ſolut. matrim.* Dico amplius: Etiamſi patre † ignorante
11 donauerit filius, ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis, ſi tamen poſtea quandocunque ratihabitio patris ſequatur, dummodo adhuc viuo filio indiſtinctè valere donationem. Nulla enim lex eſt, nulla ratio, quæ faciat vti ne hoc caſu locum habere debeat iuris regula generalis, quæ vult mandato æquiparari ratihabitionem *leg. vltim. Codice ad SC. Maced. l. vero procuratori. 12. in fin. D. de ſolut.* Item illa quæ vult ratihabitionem retrotrahi etiam in donationibus *l. donationes quas parentes. 25. in fin. Cod. de donat. int. vir. & vxor.* Quorum omnium tamen nihil verè diceretur ſi ad validitatem donationis cauſa mortis à filiofamilias factæ requireretur autoritas patris, tanquam ſolennitas, eo modo quo tutoris autoritas neceſſaria eſt in iis quæ pupillus gerit. Eam ſiquidem autoritatem neceſſe eſt interponi vel in ipſo negotio, vel ſtatim poſt perfectum negotium, alioqui nullius eſt momenti. *l. obligari. 9. §. tutor. D. de autor. & conſ. tutor. l. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. D. de acquirend. heredit.* Quare nec reperias vllo iuris loco tam impropriè loqui Iureconſultos vt illam patris voluntatem quam in donatione per filiumfamilias facta exigunt, autoritatem appellent. Nudus enim conſenſus eſt, nuda voluntas. Nec aliud requirunt prudentes, niſi vt donatio, quam filiusfamilias fecerit, facta ſit ex voluntate patris, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donatum proponatur. Proinde ſi voluntas illa dici deberet autoritas, non minùs eſſet eo nomine appellanda in donatione inter viuos, quàm in donatione cauſa mortis, *dict. §. pari ratione*, quod tamen ne quidem ex interpretibus quiſquam dixit. Ratio autem qua mouentur illi qui volunt autoritatem patris † neceſſariam eſſe ad 12
integrandam filij perſonam in donatione cauſa mortis, inepta eſt. Aiunt enim conſequens alioqui fore, vt poſſet liberè ac ſine conſenſu patris filius donare mortis cauſa ea bona, in quibus nihil iuris pater habuiſſet, cùm ex eiuſmodi donatione nullum præiudicium patri generaretur. Atqui falſum eſt conſequens inquiunt. Ergo & antecedens.) Falſum verò conſequens eſſe, quod è contrario nos veriſſimum eſſe defendimus, probant ex eo quod ſupradictis locis generaliter ſcriptum eſt, filiumfamilias nihil poſſe donare cauſa mortis abſque conſenſu patris, exceptis bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus. Nimirum, inquam, quoniam extra bona caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia, nihil habebat eo iure filius quod non eſſet patris, nec proinde quod poſſet donare, quin patri damnum inferretur, nec minùs ſi inter viuos, quàm ſi mortis cauſa donaret. Cur ergo ſeparant hac parte donationem cauſa mortis à donatione inter viuos? Et verò quemadmodum hodie filiusfamilias eſt capax aduentitiorum, etiam in quibus nihil omnino iuris pater habeat ne quidem vſumfr. ita certum eſt poſſe illum hoc caſu de iis bonis pro arbitrio diſponere, patre quoque non ſolùm ignorante, ſed etiam inuito patre, nec minùs donando cauſa mortis quàm aliter alienando vt in ſequentibus dicemus ex *l. vlt. §. filiusf. C. de bon. quæ liber. & No. 117. Vt liceat matri & auiæ. in prin.* An igitur, quia dicimus non eſſe neceſſariam patris autoritatem in donationibus per filiosfamilias factis ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa ſint, illud etiam fatebimur, Valere donationem quam filiusfamilias cõtulerit in patrem? Id conſequens fore putant interpretes. Ego non puto. Nec tantùm † eam donationem quæ 13
per filiumfamilias mortis cauſa facta ſit patri, ſed eam quoque quæ inter viuos, improbarem, nulliúſque momenti eſſe arbitror. Sed noua ratione ſc. quia neque inter viuos neque mortis cauſa donatio poteſt valere ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta ſit, quin obligatio aliqua contrahatur & quidèm ciuilis, quæ porro inter patrem & filium contrahi nulla poteſt, obſtante iure patriæ poteſtatis vt in præcedentibus tractauimus ex *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebe. l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* De illo tantùm dubitari poſſet: An huiuſmodi donatio per filium facta patri morte filij confirmaretur morte patris. Sed quia in hoc quoque diſſentio ab interpretibus ſeparatam hac de re diſputationem inſtituamus.

ERROR

ERROR V.

De donationibus ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa in patrem à filiofam. collatis morte filij confirmandis.

SVMMARIA.

1 *Vera conuenientia inter donationem à patre in filiumf. collatam, & eam quam filius in patrem confert, quod neutra valeat.*
2 *Alia inter huiuſmodi donationes ab interpretibus conficta conuenientia: quod vtraque morte donatoris confirmetur.*
3 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
4 *Filiusfam. de quibus bonis teſtari poſſit aut non poſſit.*
5 *Filiusfam. ab inteſtato heredem habere nequit, ne quidem patrem.*
6 *Morte filijfam. tantùm abeſt vt collatio ab ipſo in patrem collata confirmetur, vt potius inde appareat donationem illam nunquam valuiſſe nec valere poſſe.*
7 *Quo caſu quæri poſſit an morte filijfam. confirmetur donatio per ipſum in patrem collata.*
8 *Cùm filiusfam. aliquid ex bonis caſtrenſibus patri donauit, alio herede inſtituto, valet huiuſmodi donatio.*
9 *In ſuperiori caſu ſi donatio ab initio non valuit, nec morte filij confirmari poteſt.*
10 *Herede ex parte inſtituto patre, an donatio à filiofam. in eam collata valeat, aut morte confirmetur.*
11 *Bonorum aduentitiorum donatio à filiofam facta patri neque valere, neque morte filij confirmari poteſt.*
12 *Filijfam. nulla eſt hereditas.*
13 *Ex Iuſtin. Nou. filiusfam. in his bonis quorum hodie capax eſt, legitimum heredem habere poteſt.*
14 *Caſus quo hodie quæri poteſt an morte filij confirmetur donatio aduentitiorum à filiofam. in patrem collata.*
15 *Non alij poſſunt fideicommiſſum relinquere, quàm qui teſtari poſſunt.*
16 *Filiofam. ex bonis caſtrenſibus patri aliquid donante, deinde inteſtato moriente olim inutilis erat donatio, hodie verò vtilis.*
17 *Nullus eſt hodie caſus in quo morte filij poſſit confirmari donatio patri facta, ne quidem in bonis caſtrenſibus, minus in aduentitiis.*
18 *Differentia inter caſtrenſia & aduentitia bona.*
19 *Cur permiſſum ſit ei qui decedit inteſtatus aut fideicommiſſa relinquere, aut aliam liberalitatem exercere in præiudicium legitimi heredis.*
20 *Filiusfam. quando legitimam hereditatem habere cenſeatur: & quomodo hac in parte a patrefam. differat.*
21 *Si filiusf. patri bona ſua aduentitia omnia donauerit, deinde deceſſerit ſuperſtite non ſolum patre, ſed etiam matre, nihilominus filij hereditas inter parentes diuidetur: & cur.*
22 *Poſito in ſuperiori caſu talem donationem morte filij confirmatam, an arbiter bona donata patri præcipua adiudicare debeat, an donationis nullam habere rationem quæſtio.*

1 QVEMADMODVM † inter donationem quã pater in filiumfam. confert, & eam quam filiusfam. in patrem, commune illud eſt vt neutra valeat ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis facta ſit, idque eadem illa ratione quod inter patrem & filiumfam. obligatio ciuilis contrahi nulla poſſit, vt proximo capite diſputauimus. Ita vulgo cre-
2 ditum eſt † donationes iſtas hoc etiam habere commune vt donatoris morte confirmentur ſiue filiusfam. ille ſit ſiue pater, *l. donationes quas parentes, 25. C. de don. int. vir. & vxor.* quam noſtri ſic accipiunt vt generalis ſit ad omnes donationes quæ fiunt inter patrem & filium ſiue fiant patri à filio, ſiue filio à patre, ſicut generalis eſt ad donationes quæ fiunt inter virum & vxorem ita vt nihil interſit an vxor viro donauerit an vir vxori, nec rurſus an pater filiofam. an filiusfamilias patri. Sic enim Alex. Iaſ. & Rip. *ad l. 1. §. fuit quæſitum. D. ad SC. Trebell. Caſtrenſ. in l. ſenium. C. qui teſtam. facer poſſ. & in l. iam is. 25. §. 1. D. de donat.* quos refert & ſequitur ex recentioribus Andr. Fachin. *lib. 5. controu. c. 26.* Ac ſanè difficilè videtur dicere cur non perinde filijfamilias morte debeat confirmari donatio per filium facta patri, atque confirmatur morte patris donatio per patrem facta filio, cùm ad huiuſmodi donationes confirmandas nihil aliud lex requirat, niſi vt perſeuerauerit donator & deceſſerit in eadem voluntate: nec minùs piè relinqui debeant liberorum bona parentibus, cùm turbatur ordo mortalitatis, quam bona parentum liberis deferuntur, cùm ex communi voto parentum & naturæ liberi parentibus ſuperſunt, *l. nam etſi. 15. D. de inoff. teſt.*
Mihi † tamen hæc quoque quæſtio videtur otioſa & 3
inepta, nec niſi à mera maxima que ignoratione iuris profecta. Cùm enim filiusfamilias moritur, ac proinde viuo adhuc patre & durante patria poteſtate [alioqui paterfamilias non filiusfamilias moreretur] quem alium ſucceſſorem habere poteſt quàm patrem? Vtique enim
† teſtamentum facere non poteſt, ne quidem de iis bo- 4
nis, in quibus pater nec proprietatem habet, nec vſumfructum, nec aliud quicquam iuris, *l. pen. C. qui teſtam. facer. poſſ.* exceptis bonis caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus, de quibus filiofamilias permiſſum eſt teſtari, ex ex conſtitutionibus, *l. filiusfamilias 7. §. vlt. D. de don. l. 1. 2. & tot. D. de caſtrenſ. pecul.* propterea quod in iis filiusfamilias patris familias ius & locum obtinet, *l. 2. D. de SC. Maced.* Ab inteſtato † autem certum eſt nul- 5
lum poſſe filio familias heredem eſſe, ne quidem patrẽ, nec ſi de peculio caſtrenſi agatur, & filiusfamilias miles proponatur, quia omnimodo filijs familias, ſiue milites ſint, ſiue pagani, permiſſum eſt habere heredem in peculio caſtrenſi, ſed eo demum caſu, quo teſtati deceſſerint, *l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* defunctóque filiofamilias inteſtato qui caſtrenſe peculium habebat, occupat pater bona illa caſtrenſia, non tanquam hereditatem, ſed iure peculij nec quaſi heres, ſed quaſi pater, vt eleganter ſcriptum eſt, *in l. 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Ergo tametſi ponas donata fuiſſe patri per filium bona peculij caſtrenſis, poſteaque filium viuo patre deceſſiſſe, non niſi fruſtra & ridiculè poſſis dicere confirmatam morte filij donationem fauore patris ad quem ipſo iure dominium redit, nec tantùm rerum ei donatarum, ſed etiam cæterorum omnium bonorum filij caſtrenſium. Quid enim donationis confirmatione indiget pater, cuius non ſolum nunc dominium eſt, alio & pleniore iure, ſed & ſemper fuiſſe intelligitur, tanquam ei acquiſitum iure patriæ poteſtatis, quaſi poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine habeat peculium antiquo iure, retróque dominia rerum habuiſſe videatur, vt Tryphoninus loquitur *in l. de hereditate, 19. §. pater eod. tit.* Imò ex hoc apparet
tantùm † abeſſe vt filiifam. morte confirmari poſſit 6
huiuſmodi donatio, ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa facta ſit, vt è contrario tunc demum cum filius moritur, tantò certius fiat, neque vnquam valuiſſe, neque valere amplius poſſe donationem patri factam. Earum ſc. rerum quæ in patris dominio ſemper fuiſſe retrofinguntur, cui quippè donari non potuit quod iam ipſius eſſet, quódque ab eo auocari nunquam poſſit. Quod ſi in bonis caſtrenſibus verò hæc dicuntur in quibus iam olim plus iuris habuit filiusfam. quàm hodie habeat ex Iuſtin. conſtitutionibus in bonis aduentitiis, de quibus nimirum nullo caſu teſtari poteſt, ne

quidem

quidem volente patre, quo tamen etiam inuito de ca-
ſtrenſibus poſſet, & toto Pandect. iure potuit, quantò
verius dici poterit, donationem bonorum aduentitio-
rum patri à filio factam, ſiue inter viuos, ſiue mortis
cauſa, valere nullomodo poſſe, neque filij morte confir-
7 mari? Vnus tantùm caſus † eſt, quo huic quæſtioni lo-
cus fieri poſſit: Is eſt ſi filiusfam. ſiue miles, ſiue paga-
nus peculium caſtrenſe habens de illo teſtatus ſit, &
alium quàm patrem, ſibi heredem inſtituerit. Tunc enim
cùm nihil iuris habeat pater in hereditate filij, qui here-
dem alium habere voluit, indiget proculdubio confir-
matione donationis, ad hoc vt donatio quam viuus fi-
lius in eum contulit, & quæ ab initio non valuit reti-
neri poſſit, nec bona donata in cauſam hereditatis con-
uertantur. Sed præter id quod in bonis aduentitiis, de
quibus ſolis nunc diſputamus, nihil tale tractari poteſt,
cùm vt diximus de iis teſtari filiusfam. nullo caſu poſ-
8 ſit. Dico etiam illo caſu, quo † filiusfam. aliquid inter
viuos donauerit patri vel mortis cauſa ex bonis caſtren-
ſibus, deinde teſtatus ſit de peculio caſtrenſi, poſſe qui-
dem indubitatè defendi donationem valere, cùm inter
patrem & filium ex cauſa caſtrenſis peculij obligatio
contrahi poſſit, *l. pater milite.* 15. §. 1. *D. de caſtr. pecul. &*
lis eſſe l. 4. *D. de iudic.* Sed non poſſe tamen confirmari †
filij morte donationem, ſi poneres ab initio non valuiſ-
9 ſe, quia vt explicauimus in præcedentibus cùm tracta-
uimus de confirmandis morte donationibus per paren-
tes in filiofam. collatis, confirmatio iſta quæ ex ſolo ſi-
lentio inducitur, non eum effectum habere poteſt vt
dominium rei donatæ ſtatim & ipſo iure acquiratur do-
natario, ſed tantùm vt inducat officium arbitri fam. er-
ciſc. ad faciendam adiudicationem ad hoc, vt res quæ
donata fuit præcipua retineatur, *l. filia cuius.* 18. *C. fam.*
erciſc. l. cùm pater. 77. §. *pater plurib. de legat.* 2. Atqui iu-
dicium fam. erciſc. non habet locum niſi inter cohere-
des, *l.* 1. §. *cùm putarem.* 36. *& ſeq. D. fam. erciſc.* Ergo cùm
alius quàm pater inſtitutus heres fuit in bonis filij ca-
ſtrenſibus & quidem in ſolidum patre ex nulla portio-
ne adſcripto coherede, vel dicendum eſt donationem
ab initio valere, de quo hoc caſu non dubito, cùm ne-
que donationis tempore fuerit res patris ſed filij. neque
ex poſt facto retrofingatur patris fuiſſe, quomodo retro-
fingeretur ſi filius inteſtatus deceſſiſſet. Vel fatendum
nihil patri prodeſſe poſſe ad confirmandam morte filij
donationem, quod filius in eadem voluntate deceſſerit.
Quamquam neque hoc video quomodo fieri poſſit, vt
filius non mutauerit voluntatem, qui alium quàm pa-
trem heredem inſtituit, & patrem vel exheredauit no-
minatim, vel ſilentio præteriit, quod effectu idem eſt.
Præteritus enim à filio pater habetur pro exheredato,
& cui teſtator aufert legitimam ſucceſſionem, adeóque
portionem ipſam legitimariã, quæ debetur ex legibus,
multò magis credendus eſt auferre voluiſſe donatio-
nem, quæ ex iure & legibus nec debita fuiſſet, nec vn-
quam valuiſſet, *leg. ſi pater.* 4. *D. pro donat.* Ponendum
10 igitur eſſet hoc caſu patrem † eundémque donatarium
à filio heredem inſtitutum fuiſſe pro parte vt poſſet lo-
cus eſſe & iudicio fam. erciſc. inter patrem ac ipſius co-
heredem, itémque propoſitæ quæſtioni: An rem illam
ſibi à filio donatam præcipuam retinere pater poſſet. In
qua quæſtione ſtatim occurreret, quod pro parte dici
poſſet, non videri filium voluiſſe ademptam donationẽ
patri, cui præterea bonorum ſuorum partem dediſſet,
arg. *l. vlt. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* cùm potuiſſet nihil ei
dare ſi voluiſſet, adeóque citra metum querelæ inoffi-
cioſi teſtamenti, *l. de inofficioſo.* 9. *C. de inoff. teſt.* Sed ta-
men hoc etiam caſu fatendum eſſet donationem, quam
viuus filius in patrem contuliſſet, neque valere, neque
morte confirmari poſſe pro ea parte, quam in ea re ha-
beret pater iure hereditario, quia quod iam haberet pa-
ter tanquam heres pro hereditaria portione, non poſſet
iterum habere ex cauſa donationis, non ob id ſolùm
quod duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem eandém-
que perſonam concurrere non poſſint, *l. omnes.* 17. *D. de*
obl. & act. ſed etiam quia cùm donatio non valuerit ab
initio, non facit quominùs res donatæ manſerint in bo-
nis donatoris, quas ſc. non haberet pater, ſi heres filio
non extitiſſet arg. *l. ſequens,* q. 67. *de leg.* 2. quæ verò res
manſerunt in bonis donatoris viuentis eædem defun-
cto donatore neceſſe eſt, vt fiant hereditariæ, porrò quæ
ſunt hereditariæ eas facit hereditates ſingulas heredis
ſtatim & ipſo iure, *l. legatum.* 80. *de legat.* 2. quod autem
heredis factum eſt ex cauſa hereditaria, eius magis fieri
non poteſt ex cauſa ſiue donationis ſiue adiudicatio-
nis, §. *ſic itaq. Inſtit. de act. l. in bell.* 12. §. *ſi ſeruum. D. de*
capt. & poſtlim. l. non vt ex plurib. 67. *D. de reg. iur.* Non
igitur poſſet confirmari donatio facta patri niſi pro par-
te coheredis, quia & cùm vni ex heredibus aliquid le-
gatur vel prælegatur, non valet legatum, nec prælega-
tum pro hereditaria ipſius portione, cùm heredi à ſe-
metipſo inutiliter legetur, *l. & quidem totum.* 18. *de le-*
gat. 1. *l. miles ad ſororem.* 75. §. 1. *de legat.* 2. Accedit, quòd
& cùm pater à filiofam. heres inſtituitur in peculio ca-
ſtrenſi ſiue in totum ſiue pro parte, videtur tamen iure
ſuo pater iam olim heres fuiſſe, & dominium habere
antiquius quatenus pater, quàm quatenùs heres, ne ob
id videatur deterioris conditionis factus eſſe quod fue-
rit à filio inſtitutus, *l. vlt. D. de caſtrenſ. pecul.* etſi de il-
lius loci ſententia videnda ſunt quæ ſcripſimus in Iu-
riſprudentiæ ſcientia *ad tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſol-*
uit. princ. 6. *illat.* 12. Cæterùm extra hunc caſum, quo
pater à filiofam. caſtrenſe peculium habente fuerit in-
ſtitutus adiecto alio coherede, dico nullum alium dari
poſſe in quo morte filij confirmari queat donatio pa-
tri facta: quamquam hoc caſu nulla opus eſt confir-
matione donationis, quandoquidem donatio ipſo iure
valet, vt diximus. Cúmque talis caſus in caſtrenſi dum-
taxat peculio poſſit occurrere, nunquam verò in bonis
aduentitiis, concludamus generaliter contra noſtros
interpretes Bonorum aduentitiorum † donationem à 11
filiofam. factam patri, neque valere, neque morte filij
confirmari vllo caſu poſſe, ex ratione iuris, ſiue inter vi-
uos ſiue mortis cauſa donatio facta proponitur. Nec
enim ab inteſtato poteſt vllum eſſe iudicium fam. erciſ.
cuius auxilio ea donatio per adiudicationem ab arbitro
faciendam conſeruetur, non magis quàm ex teſtamen-
to, quia neque filiifam. hereditas † vlla eſt, nec magis 12
legitima quàm teſtamentaria, inſpecta ſcilicet iuris ci-
uilis ratione. Quamuis non ignorem in eo quoque cõ-
muniter noſtros interpretes errare, poſt Bart. *ad l. poſt*
dotem. n. 26. *D. ſolut. matr.* quod putant etiam olim po-
tuiſſe filiamfam. in dote aduentitia heredem habere ab
inteſtato. Quem errorem nos refutauimus, *lib.* 13. *con-*
iect. c. 4. *&* 9. Illud non nego, Iuſtin. noſtrum inuita iu-
riſprudentia conſtituiſſe. † *Nou.* 18. *de her. ab inteſt. ve-* 13
nient. vt etiam filiusfam. in his bonis, quorum hodie
capax eſt, legitimum heredem habere poſſit, gradum ſci-
licet deſcendentium qui ſint, ſi non ſint, aſcendentiũ:
Poſtremo loco ex latere venientium non minùs quàm
ſi eſſet ſui iuris. Poſt quam conſtitutionem, videtur poſ-
ſe dari † caſum, in quo poſſit morte filij confirmari do-
natio à filiofam. in patrem collata. Nimirum ſi filiusfam. 14
nullis relictis liberis decedat ſuperſtite patre, cui ali-
quid ex bonis ſuis aduentitiis donauerat, ſuperſtite itẽ
matre. Hoc enim caſu cùm placuerit Iuſtin. aſcendentes
omnes, qui eiuſdem gradus ſint, ſimul admitti, ac pro-
inde matrem cum patre, conſequens fit, vt inter eos
poſſit accipi iudicium fam. erciſc. cuius æquitate fiat vt
donatio à filio facta tanquam ipſius morte confirmata,
patri præcipua adiudicetur. Semper enim ad officium
arbitri fam. erciſc. id pertinet vt defuncti voluntatem
quiſquis ille ſit inter coheredes tueatur. Sed tamen ſi
ſubtilius inſpicias, nec hoc quidem dici poteſt. Toties
enim defuncti voluntatem tueri debet arbiter, quoties

alio

talis defunctus fuit, qui cum ſuprema decedere potuit voluntate. Quaſi tacitè hanc quoque voluntatem ſupremam reliquerit is, qui in donationis à ſe viuo inutiliter factæ voluntate perſeuerauit. Quænam autem ratio haberi debet tacitæ voluntatis illius defuncti, qui expreſſam voluntatem nullam relinquere potuerit, tametſi voluiſſet, quique non ſolùm teſtator eſſe non potuit, ſed nec paterfam. fuit? Eritque hoc tantò certius, ſi eam Bart. & aliorum traditionem ſequare quam nos in ſuperioribus refutauimus, quæ habet donationes iſtas inutiles morte confirmatas capi ad inſtar legatorum. Nec enim Iuſtin. fecit vt filiusfam. legare poſſit, qui neque teſtari poteſt. Sed capiantur ſi voles ad inſtar fideicom-
15 miſſorum. Conſtat nec alios poſſe † fideicommiſſum relinquere quàm qui teſtari poſſunt, *l. 1. in princ. & §. hi quibus, de legat. 3.* eos verò qui expreſſim fidei committere non potuerunt, nec tacitè fideicommiſiſſe videri debere: arg. *l. ab exheredati. 26. de legat. 1. l. 3. in princ. l. conficiuntur. 8. §. 1. D. de iur. codic.* Denique abſurdum eſt donationem inutilem, quam donator ſpeciali expreſſáque voluntate confirmare non potuerit, haberi pro tacitè confirmata ſolo ſilentio. Poſſétque hæc quæſtio
16 in eum dumtaxat filiumfam. addere † qui caſtrenſe peculium habuiſſet, ac aliquid ex eo patri donaſſet, tum inteſtatus deceſſiſſet, quo caſu etſi iure vetere inſpecto, non poſſet valere, neque confirmari donatio à filio eo lata in patrem, in cuius dominio res donata ſemper in præteritum fuiſſe ex poſtfacto retrofingeretur vt ſupra diximus. Hodie tamen cùm filiusfam. qui heredem legitimum habere poteſt etiam in bonis aduentitiis, multò magis poſſit habere in caſtrenſibus, ceſſat hæc ratio quæ impediebat olim ne talis donatio vel valeret, vel confirmari poſſet morte patris. Sed tamen ceſſante ratione, quæ impedit, ne poſſit confirmari, ſequitur neceſſariò vt nihil iam impediat quominùs ab initio valuerit donatio, facta ſcilicet à filio & de bonis propriis, & quorum nomine potuit obligari vtiliter patri, nil obſtante iure patriæ poteſtatis. Pendebat olim donatio in id vſque tempus, quo filiusfam. deceſſiſſet, vt ſciretur an teſtatus an inteſtatus deceſſiſſet, cùm defuncto eo inteſtato pater iure peculij omnia filij bona caſtrenſia occupans rem quoque donatam in eo numero haberet, quaſi quæ ipſius patris ſemper fuiſſet: Defuncto autem eo teſtato, pater non alio quàm donationis iure poſſet habere rem, quæ, ſi donatio facta non eſſet, ad alium heredem pertineret. At hodie non pendet donatio bonorum caſtrenſium à filio collata in patrem, ſed omnimodo & iam inde ab initio valet, quia in omnem caſum, id eſt ſiue teſtatus decedet filius, ſiue inteſtatus, certum eſt bona filij caſtrenſia numquam ad patrem peruentura iure peculij, ſed ſemper iure hereditatis aut teſtamentariæ aut legitimæ. Itaque non minùs hodie
17 verum eſt, quàm olim nullum eſſe caſum † in quo morte filij poſſit confirmari donatio patri facta ne quidem in bonis caſtrenſibus. Multo minùs ergo talis vllus
18 reperietur caſus in aduentitiis. Nam inter caſtrenſia † & aduentitia in eo quidem differentia eſt, quod caſtrenſium donatio etiam patri facta hodie valet ab initio indiſtinctè, propter eam rationem quam attulimus, aduentitiorum verò non item (nec enim fecit Iuſtin. in bonis aduentitiis quod in caſtrenſibus fecerant priores Imp. vt filiusfamilias iuris patrisfamil. cenſeatur, ſed hoc tantùm noui induxit, vt legitimum heredem habere poſſit in vtriſque quem olim habere non poterat, ne quidem in caſtrenſibus.) At quod pertinet ad confirmandam donationem morte & ſilentio filij eiuſdémque donatoris, nulla differentia eſt inter bona caſtrenſia & aduentitia. Niſi quod, ſi donatio caſtrenſium non valeret, vno tamen caſu morte filij confirmari poſſet, etiam iure vetere inſpecto: Scilicet eo caſu quem attulimus, quo filius teſtatus eſſet patrémque ex parte heredem ſcripſiſſet, adiecto ei extraneo coherede. Aduentitiorum autem donatio nullo caſu morte filij confirmari poteſt, ne quidem hodie: quia quamuis fecerit Iuſtin. vt filiusfam. perinde ac patrisfa. legitima hereditas aliqua ſit, nec minùs hereditas ſit, quæ legitima eſt, quàm quæ teſtamentaria, tamen ad confirmandam donationem morte ac ſilentio filij non ſufficit eſſe aliquam ipſius hereditatem, ſed præterea neceſſe eſt talem eam eſſe quam videatur ille ſponte ſua relinquere legitimis ſuis heredibus ac ſi eos inſtituiſſet, vt fideicommiſſi aut alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis iure poſſit defendi donatio, quæ non valuit quandiu donator vixit. Nulla enim alia ratio † eſt propter quam permiſſum ſit ei qui decedit 19
inteſtatus aut fideicōmiſſa relinquere, aut quam aliam liberalitatis ſpeciem exercere in præiudicium legitimi ſucceſſoris, quàm quia videatur ille legitimum heredem inſtituiſſe *d. l. 3. d. l. conficiuntur. de iur. codicil. d. l. ab exheredati. 126. de legat. 1.* hæc autem ratio non poteſt accommodari filiof. quantum ad bona aduentitia, licèt accommodaretur quantum ad caſtrenſia, quandoquidem de caſtrenſibus teſtari poſſet, de aduentitiis non poſſet. Vnde & ſi olim filiusfa. caſtrenſe peculium habens & inteſtatus decedere & fideicommiſſum relinquere voluiſſet, fideicommiſſum valuiſſet, quod cùm teſtari permiſſum ei eſſet ſi vellet, multo magis etiam fideicommiſſa relinquere ab inteſtato ad onerandum patrem, tametſi eo caſu non hereditatis ſed peculij iure bona filij caſtrenſia omnia deferentur, vt ſubtiliter Paulus diſputat in *l. filiusfa. 18. ff. ad le. falcid.* Quod hodie longè certius eſt ſi ius vetus iungas cum nouo. Supereſt eſt enim hoc ex iure vetere vt filiusfa. de caſtrenſi peculio teſtari poſſit. Ex nouo autem hoc additum eſt, vt quamuis teſtatus non ſit habeat hereditatem & heredem ab inteſtato. Quidni ergo poterit codicillos facere ab inteſtato de bonis caſtrenſibus? Planè de aduentitiis non idem poſſit dicere de quibus non habet factionem teſtan eti licet habeat in iis quoque legitimum heredem. Illa ſanè inter bona caſtrenſia & aduentitia ab inteſtato & hodie eſſe videtur ſimilitudo quod quamuis tam aduentitiorum quàm caſtrenſium capax ſit filiusf. non ideo tamen filiusfa. † 20
heredem legitimum habet patrem omnimodo, neque legitimam aliquam hereditatem, ſed ita demum ſi habeat bona aliqua ſiue caſtrenſia ſiue aduentitia. Non enim Iuſtinian. fecit vt vel hereditatem vel heredem poſſit habere filiusfamil. qui nulla bona reliquit, quemadmodum de lege Cornelia ſcriptum eſt in *l. lex Cornelia. 28. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* per eam factum non eſſe vt heredem poſſet habere filiusfam. qui bona nulla in ciuitate reliquiſſet. In quo alia conditio eorum eſt qui patresf. moriuntur, quos conſtat quantumlibet egenos boniſque omnibus deſtitutos hereditatem tamen relinquere, quam ſi quis imprudenter agnoſcat, omnibus ipſorum creditoribus cogatur reſpondere ac ſi eſſet ſoluendo, cùm ſoluendo eſſe intelligatur hereditas, quæ inuenit heredem. *l. libertus. 36. D. de bon. libert. l. quæ dotis 33. D. ſolu. matrim.* Et diuerſitatis huius ratio illa eſt, quia patrisf. hereditatem facit lex duodecim tabularum, quæ nihil aliud exigit niſi vt paterfa. fuerit is qui deceſſerit, non etiam vt aliqua ſint corpora cùm hereditas ſit nomen iuris, nec requirat vllum corpus *l. 1. §. 1. D. de bon. poſſ. her. 50. de petit. her.* At filijfa. hereditatem ab inteſtato primus & ſolus Iuſtin. fecit. Verùm non conſtituto eo generaliter vt filiusfam. perinde ac paterfam. hereditatem habere poſſit, ſed vt in bonis caſtrenſibus & aduentitiis: Ergo non aliter quàm ſi reliquerit bona vel caſtrenſia, vel aduentitia. Quæ ſi nulla ſint, non erit in poteſtate patris, etiamſi ſe filij heredem profiteatur, vt fiat heres ſéque obliget filij creditoribus, quia neminem poteſt heredem facere nuda voluntas ſine hereditate, cùm hereditas ſola illa ſit quæ facit heredem cum

cui

cui defertur, ſi modò delatam acquirere ſibi velit ille: *d. l. filiusfam.* 18. *D. ad leg. falcid.* Quod cùm ita ſit,
21 ſequitur ex ſuperioribus, ſi filiusfam. † patri bona ſua aduentitia omnia donauerit, deinde deceſſerit ſuperſtite non ſolùm patre, ſed etiam matre, non eo minùs habiturum eum hereditatem in eáque ſucceſſuram matrem cum patre, ac proinde bona filij omnia quæ patri donata fuerant æqualiter conſecuturam, quia cùm donatio non valuerit, propter ius patriæ poteſtatis, neceſſe eſt bona donata quæ non tranſierunt in dominium patris, reperiri in hereditate filij, atque ita non minùs matri quàm patri ex conſtitutione Iuſtiniani hereditario iure deferri: quod in filio, qui nulla niſi caſtrenſia bona habuiſſet, eáque omnia patri donaſſet, non ſimiliter tractari poſſet, quia donatio valuiſſet, & bona mortis tempore filio ſupereſſent, in quibus poſſet hereditas conſiſtere. Sed cum eo caſu quo ſuperſunt in hereditate filij bona aduentitia quæ omnia patri ſuo ille inutiliter donauerat, neceſſarium ſit iudicium familiæ erciſcundæ inter patrem & matrem ex æquo ſuc-
22 cedentes, eleganter dubitari poteſt apud eos qui cum interpretibus putant donationes iſtas morte confirmari [nam ſi nobiſcum ſentias nullo caſu confirmari, nullus huic dubitationi locus relinquitur.] an officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debeat vt ea bona donata ſoli patri adiudicentur præcipua, an potiùs vt nulla donationis ratio habeatur. Videtúrque eſſe quæſtio hæc ex genere τῶν ἀπόρων vt illa quæ apud Africanum proponitur in *l. qui quadraginta.* 88. *eod. tit. ad leg. falcid.* Etenim quicquid conſtitueris verum eſſe, falſum reperietur. Namque ſi dicas confirmari donationem, vt eam arbiter familiæ erciſcundæ tueri debeat per adiudicationem, ita facies vt nihil omnino ſit quod diuidi debeat inter patrem & matrem & conſequenter vt nulla filij hereditas eſſe videatur, in qua nulla reperiantur bona pro parte coheredis, aut ſaltem [quoniam id quoque præcipuum retinetur capitur pro parte à coherede.] vt familiæ erciſcundæ arbiter nullus poſſit accipi eius hereditatis diuidendæ nomine, in qua nihil ſit diuidendum. Rurſus ſi dicas diuidi omnia debere inter patrem & matrem, facies vt poſſit locus eſſe arbitrio familiæ erciſcundæ, quo admiſſo pertinebit ad officium eius vt donationem tueatur, & omnes res donatas ſoli patri præcipuas adiudicet. Quanquam in ea perplexitate multo expeditius eſſet dicere donationem non confirmari, quippe quæ non poſſit confirmari niſi officio arbitri, cui porro non aliter locus eſſe poſſit, quam ſit diuidendum. Eſſet enim ridiculum in id ſolùm accipi arbitrum familiæ erciſcũdæ, vt vniuerſas res hereditarias vni ex heredibus præcipuas adiudicaret, nihil verò diuideret, niſi diceres futurum vtile hoc etiam caſu officium arbitri ad hoc, vt rebus adiudicatis vni, poſſet alteri falcidiæ ſuæ portio adiudicari. Quod equidem fateor, non quia ſicut ex legatis aut fideicommiſſis, falcidia deducitur, ita ex donationibus inutilibus morte confirmatis ipſo iure deduci poſſit (nulla enim hac de re lex aut conſtitutio eſt in libris noſtris) ſed quia cum ſola equitas inducat officium arbitri, nemo dixerit æquum eſſe ita conſeruari voluntatem defuncti, vt legibus fraus fiat, quæ proculdubio fieret, ſi portio ex legibus debita, ſiue pro legitima non retineretur. Præſertim verò cùm is heres eſt, cui etiamſi heres non eſſet, legitima portio deberetur, putà mater vt in caſu noſtro aut aliquis ex liberis, vt in *l. 2. C. de inoff. donat.* vbi textus eſt in hanc rem apertiſſimus: ſed finge prohibitam eſſe falcidiam, poſtquàm Iuſtin. placuit hodie prohiberi eam poſſe *Nouell.* 1. *de hered. & falcid.* Verùm ea conſtitutio ad falcidiam tantùm legatorum, aut etiam fideicommiſſorum pertinet, non etiam ad eam portionem quam nos legitimam appellamus, ſiue naturæ iure, ſiue miſerationis ratione debeatur, quæ nullum onus admittit, tantum abeſt, vt prohibitionem hanc poſſit admittere, *l. quoniam in prioribus.* 32. *C. de inoff. teſta.* Itaque hoc vno caſu quo filiusfam. qui patri ſuo bona ſua aduentitia, ſiue omnia, ſiue pro parte donauerat deceſſerit ſuperſtitibus patre & matre, poſſet ſanè ſecundùm interpretes locus eſſe quæſtioni, confirmandæque per officium arbitri donationi, ſed alio caſu præterea nullo. At ſecundùm nos in hoc quidem.

ERROR VI.

De facta per filiũfa. donatione, ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos ſine conſenſu patris, bonorum aduentitiorum, in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vſufructum.

SVMMARIA.

1 *An filiusfa. aduentitia bona in quib. pater nihil iuris habet, mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine patris conſenſu. & num.* 3.

2 *Cur non poſſit filiusfam. donare aduentitia in quibus pater aliquid iuris habet.*

4 *De bonis aduentitiis licet pleno iure ſint filiiſ. filiumfam. teſtari non poſſe, aduerſus quorundam interpretum ſententiam.*

5 *Ex eo quod filiusfa. de bonis aduentitiis quorum plenam habet proprietatem teſtari nequit, colligunt quidam nec eum mortis cauſa talia bona donare poſſe.*

6 *Ratio cur à quibuſdam ſuperioris connexi conſecutio negatur.*

7 *Quomodo limitetur à quibuſdam propoſitio illa,* Qui non poteſt teſtari nec mortis cauſa donare poteſt.

8 *Andreæ Fachinei de propoſita conſecutione & quæſtione vtrum filiusfam. aduentitia mortis cauſa donare poſſit, ſententia.*

9 *Nullo penitus caſu fieri poſſe vt valeat cauſa mortis donatio bonorum aduentitiorum etiam in quibus pater nullum habeat vſufruct. nec ſi pater conſentiat.*

10 *Neque fideicommiſſum relinqui, neque donationem cauſa mortis fieri ab eo poteſt qui teſtamenti faciendi ius non habet.*

11 *Donatio cauſa mortis eſt ſpecies vltimæ voluntatis.*

12 *Limitatio huius propoſitionis, Qui non poteſt teſtari, nec mortis cauſa donare poteſt propoſita nu.* 7. *refellitur.*

13 *Cur non liceat muto & ſurdo mortis cauſa donare.*

14 *Donare mortis cauſa ex alieno arbitrio pendere non debet.*

15 *Explicatur illud quod ſcribit Iuriſconſultus in l. tam is.* 25. *§.* 1. *D. de mort. cauſ. don. filiumf. quamuis teſtari non poſſit, poſſe tamen patre permittente mortis cauſa donare.*

16 *Cur filiofa. donante rem peculij profectitij neceſſarius ſit conſenſus patris.*

17 *Ex iuris ratione non eſt neceſſarius patris conſenſus cùm filiusfa. donat bona aduentitia.*

18 *Ex conſtitutione Iuſtiniani prohibita eſt filiofa. bonorum aduentitiorum donatio inter viuos, ſine conſenſu patris ex iuris ratione.*

19 *Quæ ſit ratio cur filiifa. bona aduentitia cuiuſcunque generis mortis cauſa donare nequeant.*

20 *Cum de donatione inter viuos bonorum aduentitiorum filiifa. agitur, quæ diſtinctio ſit adhibenda: & diſtinctionis ratio.*

21 *Conſtitutiones Iuſtiniani à iuris ratione ſemper abhorrent, quoties abhorrent à iure Pandectarum.*

CVm fecerit Iuſtin. *in Nou. 117. vt liceat matrim. & Auia, in princ.* vnde ſumpta eſt Auth. *excipitur.C.de bon.quæ liber.* vt filiusfamilias non ſolùm capax ſit hodie aduentitiorum, ſed etiam ita ne in iis quicquam iuris pater habeat, id eſt ne quidem vſumfructum. Dubitari ſolet
1 inter noſtros † an filiusfam. bona iſta poſſit mortis cauſa donare extraneo ſine conſenſu patris. Nam de aliis
2 bonis aduentitiis, in † quibus vſumfructum, aut aliud quidpiam iuris habeat, certum ius eſt non poſſe filium ea donare, neque inter viuos, neque cauſa mortis, niſi patre conſentiente, at neque pignori vel hypothecæ dare, *l.vlt.§.filiis autem.C.de bon.quæ liber.* vbi ratio redditur: Non quòd non poſſit ea donatio aliáve alienatio fieri ſine præiudicio patris, qui filium eiuſmodi alienationibus factum pauperem de ſuo alere teneretur, vt quidam interpretantur [quid enim vetaret alienari proprietatem à filio ſaluo patri vſufructu: aut quid præiudicij eo caſu patri generaretur?] ſed quia vt habent verba legis, melius eſt coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti triſtem ſentiant exitum, qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium. Cùm enim parentes, inquit Iuſtin. eos alere ſecundùm leges & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum ſuarum proſilire deſiderant, i quanam vrgeri poſſunt neceſſitate, vt cogantur nudam illam quam habent, vendere proprietatem? De iis verò bonis quæ filio ita ſunt acquiſita, vt ſunt filij pleno iure ac quantum ad plenam proprietatem, certum quoque ius eſt poſſe illum ea pro libito alienare, ac vt Iuſtin. verbis vtar de ipſis quo velint modo diſponere [ſic enim ſcriptum eſt *in Nou.117. vt liceat matr.& auia, in princ.*] ideóque nec dubitatur quin ea donare inter viuos vtiliter poſſit ſi velit, ſed tantùm
3 de donatione † cauſa mortis dubitari ſolet an filiofamilias permittenda ſit: Propterea quòd vt vidimus in præcedentibus, donationes iſtæ cauſa mortis proximè accedant ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum, quas filiofamilias extra cauſam caſtrenſis peculij
4 non ambigitur eſſe interdictas. Nam circa teſtamenti † factionem extat eiuſdem Iuſtin. conſtitutio *in l.penul. C. qui teſtam.facer.poſſ.* qua expreſſim & diſtrictè prohibet ne filiifam. teſtamenti de bonis aduentitiis faciẽdi vllo caſu ſibi adrogent facultatem, nec ſi bona illa aduentitia poſſideant cum patris conſenſu & voluntate. Cùm plerique iam eo tempore abſurdam illam ſententiam ex eo inducerent, quod idem Iuſtin. *in d.§.filiis autem.* vbi teſtandi licentiam filiusfamilias interdicit ita loquitur *in iis dumtaxat caſibus in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus.* Neque ſanè improbabilis eſſet conſecutio, quamuis conſequens ipſum abſurdum foret, ſi nihil aliud in ea clauſula ſequeretur. Sed cùm ſtatim ſequatur, *neque citra voluntatem eorum quorum in poteſtate ſunt vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare vel hypotheca titulo dare, vel pignori adſignare,* intelligimus, ideò Iuſtin. eos dumtaxat caſus complexum fuiſſe, in quibus aduentitiorum vſusfructus ad patrem pertinet, non quod de cæteris aduentitiis, quæ ſunt filij pleno iure, permiſſam vellet filiofamilias actiuam teſtamenti factionem [neque enim adhuc eo tempore permiſerat Iuſtin. vt filiusfamilias vſque adeò capax eſſet aduẽtitiorum, vti ne quidem vſusfructus eorum ad patrem pertineret, quod *Nouell.117. primùm induxit.*] Sed quod extra cauſam teſtamenti vellet habere filium liberam adminiſtrandi ea bona, & alienandi poteſtatem. Poſt eam verò Iuſtin. conſtitutionem pro interpretatione præcedentis poſitam *in d. l. pen.C.qui teſt.facer.poſſ.* magis mirum eſt quod nonnulli etiam hodie defendunt filiumfam. de bonis aduentitiis quorum plenam proprietatem habeat teſtari poſſe: Moti non *ex d.§.filiis autem*, quem vident longè aliter à Iuſtin. ipſo interpretatum, ſed ex alia eáque poſtrema eiuſdem Iuſtin. lege *in d.Nou.117. vt lic.matr. & auia, in prin.* cuius verba illa ſunt certè valdè generalia, *licentiam habeant quo volunt modo diſponere.* Verùm ſatis leue argumentum eſt cùm ſit illa conſtitutio eiuſdem Iuſtin. qui tam apertè iam dixerat, nolle ſe filiosfamilias teſtandi licentiam ſibi vindicare præterquàm iis caſibus quibus olim teſtari poterant, id eſt, de peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi. Hic enim ſenſus eſt dictæ, *l.penult.in fin.* Videntúrque iſti, quod eorum pace dictum ſit, calumniari conſtitutionem Iuſtiniani, & verba captare, non qua mente Iuſtin. dixerit animaduertere velle, vt Paulus loquitur *in l.penult.D.ad exhib.* Rectiùs ergo interpretes noſtri ferè omnes verba illa quantumuis generalia reſtringunt ad eas diſpoſitiones quæ fiant inter viuos non in vltima voluntate, vt à iuris veteris ratione quanto minùs fieri poterit recedere Iuſtin. voluiſſe videatur. Lex enim duodecim tabularum quæ prima teſtamentorum apud Romanos ius introduxit de ſolo patrefamilias locuta eſt. Neceſſe igitur fuit vt Iuſtin. ſi filiisfam. teſtandi facultatem dare voluit in bonis aduentitiis, vel faceret eos patresfam. in hoc bonorum genere, quomodo ex conſtitutionibus facti ſunt patresfam. in bonis caſtrenſibus, quod tamen non fecit, vel nouam nec vnquam antea auditam legem faceret per quam liceret filiisfam. etiam quaſi filiisfam. facere teſtamentum, quod nec in bonis caſtrenſibus facere auſi ſunt Imp. quibus viſum fuit facilius, minúſque à ratione iuris alienum filiisfam. dare in iis bonis ius patrumfam. quàm quaſi filiisfam. dare factionem teſtamenti. Denique noua in eam rem lege opus eſſet, nouiſque verbis concepta, quæ de teſtandi iure expreſſim loqueretur, qualis nulla in libris noſtris hucuſque fuit. Etſi verò ſupradicta conſtitutio Iuſtin. *in d. l.penult. C. qui teſt.fac.poſſ.* ſolam faciendi teſtamenti facultatem denegare videtur filiisfamilias quam nec antea vnquam habuerunt, Sic tamen rectè accipitur ab omnibus vt quo caſu teſtamentum de his bonis facere filiusfamilias non poteſt, eo caſu neque ex iis legare quicquam poſſit, neque per fideicommiſſum relinquere. Non legare, quia ſi eam differentiam legatorum & fideicommiſſorum obſerues, quæ durauit vſque ad tempora Iuſtin. non poſſunt legata relinqui, niſi in teſtamento, aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis, *l.illud.13.§.1.l.vlt. D.de iur.codic.* nec proinde ab eo dari poſſunt qui teſtamentum facere non poteſt: Non per fideicommiſſum relinquere, quia licèt fideicommiſſa etiam ab inteſtato relinqui poſſint, cùm tamen non alio iuris colore id fiat, quàm quòd paterfamilias, qui cùm poſſet facere teſtamentum, maluit decedere inteſtatus, tacitè videtur ſuos heredes legitimos inſtituiſſe, *l.3. in princip. l. conficiuntur.8. D.de iur.codicill. l.ab exheredati.126. de legat.1.* conſequens eſt vt neque codicillos facere neque fideicom. dare ab inteſtato poſſit qui teſtari etiamſi vellet, non poſſet, *l.Diui.6 §.pen. eod. l.1. de legat.3.*
Hinc autem illa etiam dubitatio † An donare mortis 5
cauſa poſſit filiusfam. ea bona aduentitia quorum plenam habeat proprietatem, Quaſi quæ ratio facit vt ex generalitate verborum Iuſtin. debeat per ciuilem interpretationem excipi cauſa fideicomm. & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis, eadem locum habeat in donatione cauſa mortis, ideò quòd illa proximè accedat, vt diximus ad naturam vltimarum voluntatum. Nam & dici ſolet eum qui teſtari non poteſt nec donare mortis cauſa poſſe, *l.1. §.1. D.de tutel. & ration. diſtrah. l. diſcretis.10.C.qui teſt. facer. poſſ. Atque ita ratiocinatur Alex. ad d.l. penult. eod. quem refert ac ſequitur Didac. Conar.rubr.de teſt.part.3.num.8.* vbi addit argumentum *ex l.filiusfam.7.§.vlt. D. de don.* quo loco ſcriptum eſt poſſe filiumfamilias donare cauſa mortis bona caſtrenſis peculij, cùm habeat, inquit Vlpianus, teſtamenti factionem. Conſequens enim eſſe putat vir doctiſſimus, vt ſi ergo teſtari non poſſit, nec mortis cauſa donare

6 nare poſſit. Sed alij negant † conſecutionem, & ſuæ negationis rationem illam in promptu afferunt, quod ſi bona eſſet argumentatio, fateri oporteret filiumfamil. numquam poſſe donare cauſa mortis, ne quidem conſentiente patre, quandoquidem nec teſtari poteſt vllo caſu, niſi de peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi: Et tamen poſſe illum donare cauſa mortis conſentiente patre, quamuis teſtari non poſſit, apertè ſcriptum eſt in *d.l. tam is. 25. §. 2. D. de mort. cauſ. donat.* Itaque negant eſſe generaliter vera illam propoſitionẽ † quæ habet, vt
7 diximus, eum qui non poteſt teſtari, nec mortis cauſa donare poſſe, ſed in eo caſu tantùm, quo quis ideo teſtari non poſſit, quia ſit pupillus vel mutus vel ſurdus: quod eadem ratio quæ huiuſmodi perſonas prohibet à factione teſtamenti propter defectum perſonæ, eaſdem à donãdi quoque facultate prohibere videatur. Et quamuis fateantur valere argumentum vt qui teſtari poteſt multo magis donare cauſa mortis poſſit, negant tamen è contrario valere ſi quis velit dicere, Non habet filiusfamilias factionem teſtamenti: Ergo nec poteſtatem donandi cauſa mortis, quia (inquiunt) à maiori ad minus argumentum non valet ad negandum, ſed ad affir-
8 mandum duntaxat. Ita ex recentioribus † Andr. Fachineus vir ſanè diligens & ſubtilis *lib. 5. Controuerſ. iur. c. 25.* Motus ex eo potiſſimùm quod idem putat contra Alexandrum, Iulium Clarum & cæteros, quod nos quoque in præcedentibus iam probauimus, conſenſum patris ſi quando exigatur in donatione cauſa mortis per filium facta, non ad integrandam filij perſonam exigi, vt iidem malè exiſtimant, ſed ad hoc tantùm, ne patri per filium aliquod præiudicium damnúmque inferatur. Hoc enim admiſſo quid neceſſe eſt patrem conſentire filiofamilias donanti cauſa mortis ea bona aduentitia in quibus nihil iuris habet pater, ne quidem quãtum ad vſumfructum? Addit ex Vlp. in *d.l. filiusfam. 7. §. pari autem ratione. D. de donat.* pari ratione prohibitam eſſe filiofam. donationem cauſa mortis, ſine conſenſu patris, atque donationem inter viuos. Ergo, inquit, cùm filiofamil. permiſſum ſit, huiuſmodi bona aduentitia, in quibus nihil omnino iuris pater habet, donare inter viuos ſine conſenſu patris, vt omnes conſentiunt, licebit ei vtique ea donare etiam cauſa mortis. Nam nec vno nec alio caſu quicquam præiudicij patri generatur. Potuit etiam addere, quod ab eo prætermiſſum miror, multo minus præiudicij generari patri ex donatione quam filiusfamilias fecerit cauſa mortis, quàm ex ea quæ facta ſit inter viuos, quoniam ex hac fit pauperior adhuc viuus. Intereſt autem patris non fieri eum pauperiorem, tum quoque cum in bonis filij vſumfructum nullum habet, propterea quod futurum erit vt & ſecundum naturam & ſecundum leges filium egeſtate laborantem alere compellatur, vt ait Iuſtinian. quem tamen de ſuo alere pater non teneretur, ſi filius haberet aliquid de ſuo *l. ſi quis à liberis. 5. §. ſed filium poſſit. & §. alimenta. D. de agnoſc. & alend. lib. l. Neſennius. 34. D. de negot. geſt.* At ex ea donatione quam filius facit cauſa mortis non fit pauperior quandiu viuit, quia donationis reuocandæ liberum habet arbitrium, ſed tantùm pauperiorem & minorem heredi ſuo hereditatem relinquere intelligitur: In quo nihil intereſt patris, qui vereri non poteſt, ne filium ſuum poſt ipſius filij mortem alere teneatur. Verùm quanquam hæc omnia pro hac poſteriore ſententia non inſubtiliter diſputantur, mihi tamen in tota quæſtione iſta videntur interpretes omnes errare etiam qui poſteriorem ſententiam ſequuntur. Illi quidem, qui poſteriorem, in eo, quod volunt filiumfamilias poſſe huiuſmodi bona aduentitia donare cauſa mortis etiam ignorante patre. Qui verò priorem, in eo quod volunt valere huiuſmodi donationem patre permittente. Puto enim nullo
9 † penitus caſu fieri poſſe vt valeat cauſa mortis donatio bonorum aduentitiorum etiam in quibus pater nullum habeat vſumfructum, nec ſi millies pater conſentiat. Mouet me certiſſima illa ratio iuris, ad quam reſponderi non poteſt, non magis quam ex teſtamento: quia eius ſolius eſt cum vltima voluntate ab inteſtato decedere, qui teſtamentum facere poſſet, ſi vellet. Siquidem vltimas voluntates lex duodecim tabularum prima (vt diximus) confirmauit, nec alias tamen, quam quæ teſtamento factæ & declaratæ eſſent, eoque ſolenni ac iuſto: Et quamuis poſt eam legem inductus ſit vſus codicillorum, & fideicommiſſorum etiam ab inteſtato præſtandorum, itemque donationum cauſa mortis, non alio tamen colore hoc factum eſt, quam quia potuerat paterfam. ſolenni voluntate ea ipſa bona dare, quæ alicui per fideicommiſſum aut per donationẽ cauſa mortis reliquerit, ſi teſtamentum facere aut voluiſſet aut habita teſtium copia potuiſſet. Indeque nimirum proficiſcitur quod ſupra diximus? Neque † fideicommiſ- 10
ſum relinqui, neque donationem cauſa mortis fieri ab alio poſſe, quàm ab eo qui teſtamenti quoque faciendi ius habuerit: Non quod exigamus vt potuerit eo tempore, quo vel codicillos vel donationem cauſa mortis fecit, etiam teſtamentum facere [quid enim ſi ſufficientis teſtium numeri facultatem non habuit?] ſed vt iure factionem teſtamenti habuerit *d.l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. diſtr. d. l. Diui. 6. §. penult. l. conficiuntur. 8. codic. D. de iur. codic. d. l. deferens. 10. C. qui teſt. facer. poſſ.* Ergo quemadmodum non eſt in poteſtate patris facere, vt filiusfamil. poſſit teſtari nec magis de iis aduentitiis in quibus nullum vſumfructum habet pater quàm de cæteris, ita neque in eius arbitrio eſſe poteſt, vt filiusfam. de iiſdem bonis per donationem cauſa mortis diſponat. Donatio † enim cauſa mortis ſpecies eſt 11
vltimæ voluntatis, cùm non priùs perfecta eſſe poſſit, quàm mors inſecuta fuerit donatoris *l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. donat.* nec rurſus aliter donatio perfici dicatur mortuo donatore, quàm quod donator qui voluntatem mutare in diem vſque mortis poterat, mutare amplius eam non poſſit poſt mortem ſuam atque ita defuncto eo ante donationem reuocatam facta ſit voluntas vltima quæ quandiu ille vixerat vltima dici non potuiſſet. Neque video qua fronte poſſit quis dicere, Iuris illam propoſitionem quæ habet † Eum qui teſtari 12
non poteſt, neque mortis cauſa donare poſſe coanguſtãdam ad pupillum, mutum, & ſurdum, de quibus agitur *d.l. 1. de tutel. & ration. diſtr. & d.l. diſcretis.* Nam ſi quis quærat, Cur pupillus mortis cauſa donare non poſſit, ne quidem conſentiente tutore, quo tamen cõſentiente poſſet ſaltem ex iuſta & honeſta cauſa inter viuos donare, Non niſi malè poſſis reſpondere, quid ſit hoc ſpeciale in pupillo, ſed reſpondendum eſt cum Iuriſconſulto, quia nec poſſet tutor facere pupillo teſtandi poteſtatem. Alius autẽ donare mortis cauſa non poteſt quam qui & teſtari poteſt idémque tractandum eſt circa mutum & ſurdum, de quibus in *dict. l. diſcretis.* Cauſa † enim proxima & immediata propter quam nõ 13
licet muto & ſurdo mortis cauſa donare, non illa eſt quia ſit mutus & ſurdus, cùm poſſet olim manumittere *l. 1. D. qui & à quibus manum. & apud Paulum. li. 4. ſentent. tit. 12. §. 2.* Sed quia neque teſtari poteſt. Ei autem ſoli permiſſum eſt vt donet cauſa mortis, cui teſtari permittitur. Et verò cum generaliter proditum ſit donationes cauſa mortis adnumerandas eſſe vltimis voluntatibus neque vlla ex parte iis abſimiles intelligendas, vt loquitur Iuſtinian. in *l. vltim. Codice de donat. cauſ. mort.* quis dicat donationem cauſa mortis, quæ à pupillo facta ſit conſentiente tutore, propiùs accedere ad vltimam voluntatem, quàm ſi à pubere facta eſſet? Aut cur non patimur pupillum ſaltem conſentiente tutore vtiliter donare cauſa mortis, iis ipſis caſibus quibus eidem permiſſum eſt donare inter viuos? Id eſt cum tam iuſta & honeſta donandi ratio ſubeſt, vt tutelæ iudicio debuerit tutor teneri,

ſi officium illud prætermiſiſſet, quemadmodum tractat
Vlp. *in d l. 1. §. ſed & ſi non mortis. D. de tut. & ration.
diſtr.* Cùm enim minus pauper fiat quid donat cauſa
mortis, quàm qui inter viuos, vt iam diximus, quod re-
uocare donationem quandocúmque poſſit, quænam
(obſecro) ratio eſſe poſſet, prohibendæ pupillo donatio-
nis cauſa mortis tutore autore iis etiam caſibus quibus
valeret donatio inter viuos tutore autore facta, niſi illa
eſſet quod cum donatio cauſa mortis vltima ſit volun-
14 tas, non ex alieno † arbitrio pendêre debet, neque à
priuati hominis voluntate proficiſci ſicut nec teſtaméti
factionem priuatus quiſquam concedere poteſt, ſed ſo-
la lex vnde & teſtamenta publici, non priuati iuris eſſe
dicuntur, *l. 3. D. qui teſt. fac. poſſ. l. illa inſtituit. 32. D. de
her. inſt.* Nec ſanè, vt arbitramur, quiſquàm à nobis hac
in re diſſentiret, niſi omnes illud fefelliſſet, quod ſcri-
15 ptum † vident *in d. l. tam is. 25. §. 1. D. de mort. cauſ.
don.* filiumfam. quamuis teſtari non poſſit, ne quidem
volente patre, poſſit tamen patre permittente donare
cauſa mortis. Vnus enim ille locus eſt qui fecit vt ne-
mo ex interpretibus hucuſque dubitauerit, quin liceat
filiofamil. cuiuſque generis bona donare cauſa mortis,
ſi modò pater conſentiat, vtque non videatur ferenda
iſta conſecutio, Filiusfamilias non poteſt facere teſta-
mentum, ne quidem volente patre: Ergo nec mortis
cauſa donare. Qua tamen argumentatione nos vtimur,
vt probemus filiumfam. non poſſe bona ſua aduentitia
donare cauſa mortis, ne quidem conſentiente patre, nec
magis & in quibus nihil omninò iuris pater habeat,
quàm ea in quibus habet vſumfructum. At debuerunt
animaduertere, quod mihi videtur non ita fuiſſe in ob-
ſcuro Marcian. *in d. l. tam is*, vt & Vlp. *in d. l. filiusfam. 7.
D. de don.* tractare de donatione per filiumfam. facta ea-
rum rerum, quæ ad peculium profectitium pertinerent,
cùm eo iure per filiumfam. patri aduentitia omnia ac-
quirerentur, *l. placet. 79. D. de acq. hered. l. 1. D. ſi quis à
16 parent. manum. ſit.* In quo genere † peculij profectitij
ſpecialis ratio eſt, eáque peruidens propter quam ne-
ceſſarius ſit conſenſus patris cùm filiusfam. donat, ſiue
inter viuos donet, ſiue cauſa mortis: quia ſcilicet eiuſ-
modi donatione non tam filius ipſe, quàm pater lædi
ac pauperior fieri videretur, cuius nimirum eſt pecul. ũ
magis quàm filij, *l. 3. §. ſed vtrum. l. patri. 27. D. de minor.*
Donari enim non dicitur, niſi quod fiat eius cui dona-
tur, *l. in ædibus. 6. §. vlt. D. de don.* Proinde filiofam. do-
nante rem peculij profectitij, ſine conſenſu & volunta-
te patris, ſi donatio valeret, ſiue inter viuos, ſiue mortis
cauſa facta eſſet, alterutrum euenire oporteret vt vel
ignoranti, & fortaſſis etiam inuito patri dominium rei
ſuæ auferretur, vel transferret in alium filius quod ipſe
non haberet, quorum vtrumque abſurdum eſſet, & à ra-
tione ipſa naturali alienum, *l. ſi filius tuus. 14. C. eod. l. id
quod noſtrum. 11. l. nemo plus iuris. 54. l. non debet alteri.
74. de reg. iur.* Ob idque benè Vlp. *in d. l. filiusfam. §. pari
autem.* ſcribit pari ratione prohibitam eſſe filiofam. do-
nationem peculij profectitij, ſiue inter viuos, ſiue cauſa
mortis, niſi accedente patris voluntate, ne ſcilicet do-
minium rei donatæ quod ad patrem re vera pertinet ab
eo ignorante diſcedat, quod fieri nunquam poteſt, *l. ſi
17 ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot.* An in peculio † aduentitio,
cuius hodie filiusfam. capax eſt etiam inuito patre, ni-
hil tale tractari poteſt: ſiue ponas ea eſſe bona aduen-
titia in quibus pater habeat vſumfructum, ſiue in qui-
bus non habeat. Quænam enim fieret iniuria patri,
etiam ita poſito iure, vt huiuſmodi bonorum donatio
valeret citra conſenſum patris, ſiue inter viuos facta eſ-
ſet, ſiue cauſa mortis? Ac quidem cum nihil omninò
iuris pater in iis bonis habet, res expedita eſt. Sed &
cùm habet vſumfr. qui prohibet alienari à filio nudam
proprietatem quam habet, ſaluo vſufructu paterno
quem non habet? Aut quodnam in eo videri poteſt
fieri præiudicium patri? Alioqui perinde dicendum
eſſet in aliis perſonis permittendum non eſſe proprie-
tario alienare proprietatem, cuius vſumfr. alius habe-
ret, quod tamen falſum eſt. Permittitur enim proprie-
tario nudam illam proprietatem, quam habet, alienare,
& obligare ſine conſenſu fructuarij, ſaluo nihilominùs
vſufructu, *l. 2. C. de vſufr. & habit.* Cùm ergo conſen-
ſus patris in donatione per filiumfamilias facta non re-
quiratur niſi ad hoc ne præiudicium vllum patri fiat,
quod & Fachineus nobiſcum ſentit, planè conſequens
eſt, vt cùm de bonis aduentitiis agitur, nullo modo ne-
ceſſarius ſit ex iuris ratione conſenſus patris, ſiue fi-
liusfamilias donet plenam proprietatem, eo caſu quo
pater nullum habet vſumfr. ſiue nudam eo caſu quo
pater fructuarius eſt. Quid enim poteſt operari conſen-
ſus patris ad validandam donationem eius rei, in qua
nihil omninò iuris pater habeat? Atqui certum eſt, in-
quies, non valere donationem etiam inter viuos, quam
ſine conſenſu patris filiusfam. fecerit eorum bonorum
in quibus pater habeat vſumfr. quæ tamen valeret ac-
cedente patris voluntate. Fateor, ſic enim Iuſtin. *in d. l.
vlt. §. filiis autem familias. C. de bon. quæ liber.* Sed dico
prohibitam † filiofamilias hoc caſu bonorum aduen- 18
titiorum donationem inter viuos, non ex ratione iuris,
ſed ex ſola illa Iuſtiniani conſtitutione, quæ ideò fuit
neceſſaria, ne alioqui valeret donatio ſi non expreſſim
à lege prohiberetur. Quare nec eiuſmodi prohibitionis
rationem ſumit Iuſtinianus ex iure, ſed ex æquitate, cùm
ait melius eſſe coarctare iuueniles calores, ne cupidini
dediti triſtem ſentiant exitum qui eos poſt diſperſum
expectat patrimonium. Ideóque non tantùm donatio-
nem filiisfamilias Iuſtinianus prohibet, ſed & aliam
quamlibet ſpeciem alienationis, adeóque oppignora-
tionem, quippe per quam ad alienationem peruenitur,
fauore, vt apparet, ſolius filiifam. quem nulla neceſſi-
tas poteſt adigere ad alienandum, ne dum ad donan-
dum, non etiam fauore patris, cuius certe nihil intereſt
prorſus, cùm & ſecundum naturam & ſecundum leges
perinde cogatur pater alere filiumfam. habentem bona
aduentitia quorum vſufruct. ſit ipſius patris, atque ſi
bona nulla filius haberet, quia rei cuiſlibet emolumen-
tum totum conſiſtit in fructibus, *l. cùm filius. 76. §. do-
minus, de legat. 2.* Alia ratio † eſt donationis cauſa mor- 19
tis. Nec enim fuit prohibenda filiofam. ea ratione quod
coarctandi ſint iuueniles calores, ne filiusfam, triſtem
ſentiat exitum, qui cum poſt diſperſum expectat patri-
monium, cùm triſtis ille exitus nullus timeri poſſit ex
donatione cauſa mortis, quæ ſcilicet pro donatoris ar-
bitrio reuocari quandocumque poteſt. An ergo volu-
mus poſſe filiumfam. mortis cauſa donare bona aduen-
titia in quibus pater habet vſumfructum? Id ſanè con-
ſequens eſſet conſtitutioni Iuſtiniani illo etiam caſu
quo patris conſenſus nullus interueniſſet, ſi quemad-
modum donationem inter viuos, ita & donationem
cauſa mortis non alia ratio quàm Iuſtinianeæ legis au-
toritas impediret. At iam diximus filiumfam. ne mortis
cauſa donare aduentitia ſua poſſit, prohiberi ex ipſa iu-
ris ratione, quia non poteſt decedere cum vltima vo-
luntate. Non erit igitur bona conſecutio, ſi quis dicat
rationem legis Iuſtin. prohibentis filiofam. quancum-
que alienationem aduentitiorum, in quibus pater ha-
beat vſumfructum ceſſare in donatione cauſa mortis:
Ergo eſſe illam permittendam. Quia nimirum ceſſante
poteſtate conſtitutionis ſupereſt ratio iuris commu-
nis, quæ non patitur donationem hanc valere, vt quæ
facit vt non ſit in hanc rem neceſſaria conſtitutio Iu-
ſtinian. Fruſtra ſiquidem eſt ab Imperatore id decerni
quod iam cautum ſit iure communi, *l. Imp. 50. D. de re-
bus autor. iudic. poſſid.* Porrò eadem ratio iuris quæ non
patitur valere donationem cauſa mortis à filiofami-
lias factam de iis bonis aduentitiis quorum pater
vſumfru

vſumfructum habet, in iis etiam locum obtinet quæ ad filiumfamilias pleno iure pertinent, quia non eo minus filiusfamilias manet, quod ea bona ſibi habeat in quibus nullum ſit ius patris, & conſequenter non eo magis cum aliqua vltima voluntate decedere poteſt. Generaliter igitur verum eſt donationem cauſa mortis à filiofamilias factam non valere adhibita illa diſtinctione, An bonorum aduentitiorum quæ filiusfa. donauit vſumfructum habuerit pater, necne. Quæ tamen

20 diſtinctio † adhibenda eſt cùm agitur de donatione inter viuos. Eorum namque aduentitiorum, quorum vſusfructus ad patrem pertinet, donatio inter viuos filio prohibita ſine conſenſu patris eſt *d. §. filiis autem*, permiſſa verò eorum, quæ ſunt filij pleno iure *d. Nouell. 117. vt lic. matri & auia. in princ.* An quia maior ſit ratio, vt poſſit filiusfamilias ſine conſenſu patris donare inter viuos ea bona quorum pater vſumfructum non habet, quàm ea quorum vſusfructus eſt patris? Immo longè minor eſt ſi bene intueare: quia cùm filiusfamilias plenam habet aduentitiorum proprietatem, longè periculoſius & damnoſius futurum eſt patri ſi filius ea bona donando aliterve malè diſſipando in egeſtatem dilabatur, quàm ſi pater vſumfructum haberet, quia egenum filium pater de propriis ſuis bonis alere cogetur, quem aleret ex fructibus bonorum ipſius filij quantumlibet alienatorum, ſi eorum haberet vſumfructum. Nec enim alienatio per filium quocunque titulo facta, vt iam diximus, adimeret patri vſumfructum ſemel quæſitum. Itaque ratio præiudicij paterni ſuadebat potius vt filiusfamilias prohibendus eſſet bona illa donare, aut alio quouis modo alienare quorũ plenam proprietatem haberet quàm vt eo quorum vſusfructus ad patrem pertineret, ſi non ipſius patris voluntas interueniret. Sed iam monuimus ſæpius non eſſe valde laborandum in ratione quærenda conſtitu-

21 tionum Iuſtinian. † quas certum eſt ſemper à iuris ratione abhorrere quoties abhorrent à iure Pandectarum. Idque in propoſita quæſtione ideo minus mirum videri debet, quod conſtitutio Codicis minùs plena fuit, in eo quod noluit Iuſtinianus rationem iuris veteris, ipſúmque ius patriæ poteſtatis adeo violare, vt filiumfamilias faceret capacem aduentitiorum inuito patre, etiam quod ad plenam proprietatem, ſed cum hoc temperamento vt vſusfructus patri acquireretur, nuda verò proprietas ad filium pertineret. Exemplo eius quod iam antea Conſtantinus ſanxerat de bonis maternis in *l. 1. Cod. de donat. mat.* Quòd ſi ea conſtitutione Iuſtinian. permiſit *Nouell.* 117. Vt filiusfamilias capax eſſet plenæ proprietatis, non dubito quin ſimiliter idem ius in aduentitiis omnibus fuiſſet ille conſtituturus & omni caſu alienationem eorum inter viuos quoque filiofamilias prohibiturus, Non ſolùm ob rationem illã præiudicij paterni quam proximè attulimus, ſed etiã ea ipſa ratione, qua motum ſe aperit, quod melius ſit iuueniles filiorum calores coarctare, ne cupidini dediti triſtem ſentiant exitum, qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium. Maius enim periculum triſtis & miſerabilis exitus imminet filio, qui alienat bona ſua aduentitia, in quibus pater nullum vſumfructum habet, quàm ei qui alienat aduentitia, quorum vſusfructus eſt patris. Hoc enim poſteriore caſu filius quantumuis ex huiuſmodi alienationibus inops factus ſperare poteſt alimenta à patre ex fructibus qui patri ſalui ſunt bonorum alienatorum: qui ſi ſalui non eſſent patri, fortaſſis aliunde non habenti vnde ſeipſum aleret, filio miſero moriendum eſſet fame. Et idcirco ſi Iuſtinian. dicta *Nouell.* 117. nihil aliud conſtituiſſet, niſi vt filiisfamilias adquiri poſſent aduentitia pleno iure, nec præterea liberam facultatem de iis bonis quo vellent modo diſponendi dediſſet, non putarem dubitandum quin ex rationis vt loquuntur identitate videretur horum quoque bonorum alienationem circa patris conſenſum filiisfamilias prohibuiſſe. At cùm è contrario expreſſim Iuſtinian. conſtituerit vt filiisfamilias liceat de his bonis quorum pleno iure domini ſunt, pro arbitrio diſponere, non ſolùm dubitandi ratio nulla relinquitur, quominùs licere iis debeat quod Iuſtinianus licere voluit, ſed & multo probabilius poſſet defendi ſi rationibus agendum eſſet, permittendum hodie filiofamilias inter viuos alienare ſine conſenſu patris ea quoque bona aduentitia quorum vſusfructus eſt patris, ſcilicet ſaluo ſemper patris vſufructu, in eóque abrogatam legem Codicis ex maioritate rationis, cùm ſiue patris ſiue filij præiudicium intuemur, maior prohibitionis ratio locum habeat in bonis quæ ſunt pleno iure filij, quàm in iis quorum non habet ille niſi nudam proprietatem, Nolim tamen facilè hanc opinionem inuehere vt filiusfamilias poſſit hodie ſine conſenſu patris donare inter viuos, aliterve aliena bona aduentitia, quorum pater non habet vſumfructum, quamuis pro hac ſententia faciat etiam ratio iuris quæ domino cuilibet poteſtatem facit de rebus ſuis pro arbitrio diſponendi *vulg. l. in re mandata. 21. C. mandat.* Cùm enim hæc res pendeat ex Iuſtiniani conſtitutionibus, quarum vna, quæ prior, vult non poſſe filiumfamilias alienare ſine patris conſenſu bona, quorum vſusfructùs ad patrem pertinet: altera verò, quæ poſterior, hanc ei dat facultatem pro arbitrio diſponendi de iis bonis, quorum plenam habeat proprietatem, nihil aliud inueſtigandum arbitror, niſi quid Iuſtinianus conſtituerit, non etiam quid conſtituere debuerit: & longè tutius hoc eſſe arbitror, quàm ſi prior lex per interpretationem trahatur ad poſteriorem, aut quod eſſet difficilius poſterior ad priorem.

ERROR VII.

De ſententia & ratione l. tam is. 25. §. 1. D. de mort. cauſ. don. & l. filiusfamilias 7. §. pari autem ratione. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Proponitur quærendum cur in l. tam is. 25. §. 1 D. de mort. cauſ. donat. & alibi ſcriptum ſit donationem à filiofam. ex patris conſenſu factam valere.*

2 *Vera propoſita deciſionis ratio.*

3 *Baldi ſententia falſa de donatione peculij profectitij.*

4 *Quænam donatio cauſa mortis viuo donatore fiat irreuocabilis.*

5 *Filius qui patre conſentiente mortis cauſa donauit, non poteſt donationem ſine patre reuocare.*

6 *In qualibet mortis cauſa donatione duo ſunt, donatio & cauſa donationis id eſt mors.*

7 *Cur non liceat filiofa. de peculio profectitio teſtari ſi pater conſentiat.*

8 *An ex, quod donatio mortis cauſa ſpecies ſit vltimæ voluntatis, ſequatur quòd à patre per filium fieri non poſſit.*

9 *Cur quæ de donatione peculij profectitij dicta ſunt ad donationem bonorum aduentitiorum accommodari non poſſint.*

10 *Olim vera erat propoſitio illa affirmatiua, filiusfa. donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente.*

11 *Hodie vera eſt contraria propoſitio negatiua, filiusfamilias mortis cauſa donare non poteſt, nec ſi pater conſentiat.*

12 *Exceptio, & ratio propoſitionis negatiuæ.*

13 *Propoſitio ex regula iuris ex iis caſibus conſtitui debet qui frequentiores & plures ſunt.*

14 *Ex eo quod filiuſf. caſtrenſia mortis cauſa donare po-
teſt, non ſequi plures eſſe caſus quibus valeat dona-
tio mortis cauſa à filiofa. facta conſentiente patre.*
15 *Quomodo intelligendum illud Vlpiniani in l. filiuſ-
fam. 7. §. pari autem. D. de donat. pari ratione
prohibitam eſſe filiofam. donationem inter viuos
& mortis cauſa, non interueniente patris cõſenſu.*

VNvs ergo tantùm ſcrupulus diluendus
1 ſupereſt, Cur † ſcriptum ſit in *dict. leg.
tam is. 25. §. 1. de mort. cauſ. donat & in
d. l. filiuſfamilias 7. §. pari autem ratione.
D. de donat. mortis cauſa.* donationem à filiofam. ex
patris conſenſu factam valere. Hoc enim eſt de quo
quærere noſtri debuerant, non autem id de quo quæ-
runt: Cur in huiuſmodi donatione ſit neceſſarius con-
ſenſus patris. Illud ſiquidem facilè eſt dicere. Neceſſa-
rium eſſe conſenſum patris, cùm filiuſfam. donat ali-
quid, quod ſit peculij profectitij, ſiue donet viuus, ſiue
mortis cauſa, ne alioqui damnum inferat patri cuius
rem donat, vt iam docuimus. Sed non æquè facilè eſt
dicere. Cur permittente patre valeat mortis cauſa do-
natio, quæ ſpecies eſt vltimæ voluntatis, cùm in patris
poteſtate non ſit facere vt filiuſfa. decedat cum vltima
voluntate, non magis quam cum teſtamento. Verum
tamen pendet hæc quæſtio ex eo ipſo ex quo & prior.
2 Nempe ex eo, † quod cùm ſupradictis locis ſcripſe-
runt Iureconſulti filiumfamilias poſſe mortis cauſa do-
nare conſenſu patris accedente, non niſi de profectitij
peculij donatione ſenſerunt, quod ipſum non tam
filij eſt quàm patris. Inde namque fit vt quod filiuſfa.
ſiue iuſſu, ſiue ſimplici voluntate patris donauit, per-
inde ſit acſi pater ipſe donaſſet: quemadmodum ſi mea
voluntate rem meam tu nomine tuo Titio donares, vt
ſcribit Pomponius in *d. l. adibus. 9. §. quod filiuſfa. eod.
tit. de donat.* quæ etiam ſententia & ratio eſt *l. ſi con-
ſentiente. 6. D. de manumiſſ.* Conſequenter fatendum
eſt cùm filiuſf. mortis cauſa donat volente patre, non
tam filium ipſum donare videri, vt dici poſſit decedere
cum vltima voluntate, contra regulam iuris, quàm pa-
trem mortis cauſa filij, quomodo patrem rectè donare
poſſe etiam conſtante matrimonio filij certum eſt *l.
mortis cauſa filij. 11. l. mortis cauſa capimus. 18. D. de
donat. cauſ. mort.* Itaque hoc caſu valet donatio cauſa
mortis facta per filiumfamilias quia neque patri iniu-
rioſa eſt qui conſentit, neque repugnans legibus per
quam ſc. non fit vt filiuſfam. decedat cum vltima vo-
luntate, ſed pater ipſe in caſum mortis filij, quaſi ſub
alia qualibet cõditione donaſſe intelligatur: Niſi quod
reuocabilis donatio eſt, non tantùm ſi donatarius ante
filium moriatur, perinde ac ſi filius donator eſſet: ſed
etiam ſi patrem pœniteat donationis ante mortem filij.
3 Cum enim pater ipſe ſit, qui donaſſe intelligitur, eius
eſt pœnitere, non filij. *l. 4. D. de man. vindict.* quam-
uis non patris, ſed ſolius filij morte donatio hæc per-
ficiatur: quia non ſuæ ſed filij mortis cauſa pater do-
nauit, quæ ratio & ſententia eſt *l. mortis. 53. D. de
donat. inter vir. & vxor. l. nec fratris. 3. vbi Accurſ. C.
de donat. cauſ. mort. Bart. ad l. qui precio. D. eod.* licet
Baldus contrà ſentire videatur in *d. l. nec fratris.* vbi †
malè diſtinguit hac in re peculium aduentitium à pro-
fectitio, ſupponens cùm filiuſfam. donat rem peculij
profectitij cauſa mortis conſentiente patre, duplicẽ eſ-
ſe donationem, vtramque inualidam: vnam quæ à pa-
tre conferatur in filium, aliam quæ à filio in donata-
rium: Quod falſum eſt. Nam imò verò vna tantùm
donatio eſt, ea verò neutra ex iis, quas ſomniat Bal-
dus: quæ rectè & immediatè confertur à patre in do-
natarium filio ſolum miniſterium præſtante, quantum
ad traditionem nudam, facti eſt, non quantum ad do-
minij tranſlationem, quæ eſt iuris. Alioquin ſequere-
tur numquam valituram donationem inter viuos fa-
ctam à filiofamilias de peculio profectitio ex conſenſu
patris, quam tamen valere conſtat *l. filiuſfa. 7. per tot.
D. de donat.* In quo ſingulare ius eſt huiuſmodi † do- 4
nationis cauſa mortis, vt viuo donatore, id eſt patre fiat
irreuocabilis, ſi modò ante illam reuocatam filius de-
ceſſerit, cùm tamen cæteræ mortis cauſa donationes
non niſi donatoris morte inſecuta perfectæ dicantur
l. non videtur. 32. D. eod. ideóque interim à donato
reuocari ex pœnitentia quandocunque poſſint. *l. qui
mortis. 30. D. eod.* quippe quæ tunc fieri dicuntur cùm
quis mauult ſe habere, quàm eum cui donat: ma-
giſque eum cui donat, quàm heredem ſuum *l. 1. l. ſe-
natus. 35. §. ſed mortis cauſa. D. eod.* Rurſus, vt quam-
vis filius ipſe ſit qui patre † conſentiente mortis ſuæ 5
cauſa donauit, non poſſit tamen eam donationem fi-
lius reuocare ſine patre. Non ob id ſolùm, quia natu-
rale ſit vnumquodque diſſolui eo modo quo colliga-
tum eſt *l. nihil tam naturale. 35. D. reg. iur.* Verum
etiam quia eſſet abſurdum liberalitatem, quæ patris eſ-
ſet non filij voluntate reuocari patre inuito vel igno-
rante. Fiunt verò hæc omnia quæ alioquin abſurda &
inconuenientia videntur, ex eo quod cùm in qualibet 6
mortis † cauſa donatione duo ſint, donatio & cauſa
donationis, i. mors, in hac de qua agimus, donatio
eſt patris, mors filij & ita ex vtroque donationem æſti-
mari neceſſe eſt, & partem iuris ſui accipere à patre,
partem à filio. Ex quo iam promptum eſt intelligere
quid reſpondendum ſit quærenti, cur non ſimiliter li-
ceat † filiofam. teſtari de peculio profectitio, ſi pater 7
conſentiat. Nempe quia non quemadmodũ pater do-
nationem per interpoſitam filij perſonam & facere &
accipere poteſt, vt & alium quemlibet actum inter vi-
uos *l. 4. l. abſenti. 10. D. de donat. l. ſi filiofa. 23. D. de
mort. cauſ. donat.* ita & teſtari per filium ei licet, cùm
lex XII. tabu. ipſius patriſf. duntaxat perſonam demõ-
ſtrauerit, vt & lex Cornelia de captiuis, quæ legem XII.
tabularum in hoc ſecuta eſt, quod noluerit vltimam ho-
minis voluntatem ex alieno arbitrio pendere *l. pater
10. §. 1. D. de capt. & poſtli l. lex Cornelia 28. D. de
vulg. & pupill. ſubſt. iunct. l. ſi illa inſtit. 32. D. de her.
inſti.* Replicabis donationem † cauſa mortis eſſe ſpe- 8
ciem vltimæ voluntatis, ergo neque à patre per filium
fieri poſſe. Sic enim Iaſ. ad *l. ſenium. nu. 8. C. qui teſt.
fac. poſſ.* impugnat Raphaelem Cumanum, quem pri-
mum iam ante nos hanc ſententiam attigiſſe comperi,
poſt hæc ſcripta. Verùm huic obiectioni iam ſatisfeci,
cùm dixi hanc mortis cauſa donationem, quam vel fi-
lius fecerit de re patris conſentiente patre, vel pater de
re ſua in caſum mortis filij, non eſſe vltimam volunta-
tem neque filij quod neſcio an Raphael ipſe percepe-
rit, Iaſon certè non percepit qui in hoc vt & in aliis
pleriſq. veram iuris rationem ſumpſit pro inani ſubti-
litate quæ debeat tantum prodeſſe ad acuenda ſchola-
rium ingenia, quomodo ille loquitur ſuprad. loco, &
loqui ſolent non tantũ Pragmatici ſed etiam vulgares
noſtri Doctores, qui vt plurimum ea ignorant, quæ nec
rudiorib. ſcholaribus licere deberet impunè ignorare,
Magis autem miror Didacum Couarruuiam in eodem
errore ſibi placuiſſe in *3. part. rub. de teſtam. nu. 7.* nec
indicatam ſibi tam apertam veritatem videri voluiſſe.
Hæc cùm in peculij profectitij † donatione à filiofa. fa- 9
cta bene dicantur, apparet in bonis aduentitiis filij ſiue
ſint filij pleno iure, ſiue quod ad nudam proprietatem,
non idem dici poſſe. Quantumuis enim pater filio ſuo
ea bona mortis cauſa donanti conſenſum præbeat, non
eo magis tamen fieri poteſt vt pater donaſſe videatur,
qui nihil penitus iuris habuerit in proprietate quam
ponimus fuiſſe donatam. Quod ſi aliqua arte poſſes aſ-
ſequi vt non tam filius qui donaſſet patre conſentien-
te, quàm pater ipſe donaſſe crederetur, nihil tamen a-
liud efficeres niſi vt tanto minus deberet valere dona-
tio, quippe quæ à non domino facta eſſet *dict. l. in
adibus.*

ædibus. 9. §. vltim. & d. l. ſi filius. 14. Cod. de donat. Ita fit
10 vt cum olim vera † eſſet propoſitio affirmatiua, Filiumfamil. donare poſſe cauſa mortis patre conſentiente, quia non poterat habere locum niſi in profectitio peculio, cuius donatio etiam quæ per filium ipſum patre conſentiente facta eſſet à patre ipſo facta videbatur.
11 Hodie è contrario † poſtquam filiusfam. factus eſt inuito etiam patre capax aduentitiorum cuiuſcunque generis, vera ſit contraria propoſitio negatiua, filiumfam. mortis cauſa donare non poſſe nec ſi pater conſentiat. Vno tamen illo caſu excepto, retentóque ex iure ve-
12 tere: Niſi de re aliqua peculij profectitij donatio facta proponatur, quoniã in peculio profectitio nihil prorſus à Iuſtin. innouatũ eſt. Ideo autem propoſitionẽ illam iuris veteris immutamus, quia plures hodie caſus ſunt in quibus non valet donatio mortis cauſa per filiumfa. facta conſentiente patre, quam quibus valeat. Valet in profectitiis tantũ in quibus vnus tantũ caſus eſt. Siquidem profectitia omnia ſunt eiuſdem generis, & æquo iure patris non filij: Non valet verò in aduentitiis, quæ diuerſæ ſpeciei ſunt, alia materna, alia propriis filij laboribus quæſita, alia denique ab aliis perſonis filiofam. relicta. Et ex his omnibus rurſum alia quæ acquiruntur filio pleno iure, alia quæ non niſi quantum ad nudam proprietatem. In quibus verum eſt non valere donationem cauſa mortis ſiue patris voluntas accedat ſiue non, quoniam alioqui fieret vt filiusfa. decederet cum vltima voluntate, quod fieri non poteſt quin tota iuris ciuilis ratio peruertatur. Nemo autem negauerit
13 propoſitionem † & regulam iùris ex iis caſibus conſtitui debere qui frequentiores & plures ſint, non ex iis qui rariores *l. 3. & ſeqq. D. de legib.* Tanto magis autem in propoſito, quod nos de donatione per filiumfa. facta diſputamus, quæ autem ab eo fit de peculio profectitio, non niſi æquiuocè dici poteſt donatio à filiofam. facta, cùm à patre potiùs facta intelligitur. At quæ fit de peculio aduentitio, verè, propriè & vniuocè donatio eſt per filium, non per patrem facta, tum quoque cùm patris conſenſus interueniſſet. Ad hanc igitur non ad illam accommodari debet propoſitio de donatione cauſa mortis à filio facta, cum tractatur, an va-
14 leat necne. Dices, imo alium etiam caſum eſſe † in quo poſſit valere mortis cauſa donatio per filiumfam. facta. Nempe ſi donauerit mortis cauſa rem caſtrenſis peculij ex *d. l. filiusfa. §. vlt. D. de donat.* Sed præter id quod neque caſtrenſia indiſtinctè à filiofam. mortis cauſa donari poſſe arbitramur, vt ſequenti capite differemus, eſt etiam is caſus alienus à noſtra diſputatione. Tractamus enim de donatione cauſa mortis per filium facta, quæ non valeat, niſi propter accedentem conſenſum patris. Atqui bonorum caſtrenſium donatio quibus caſibus valet mortis cauſa, vtique valet etiam non accedente patris voluntate. Non igitur exemplum bonorum caſtrenſium facere poteſt, vt eo magis admittenda hodie ſit propoſitio illa affirmatiua. donationem cauſa mortis à filiofam. factam valere, ſi pater conſentiat. Superioribus autem non aduerſabitur ſi quis ob-
15 jiciat † ex Vlp. in *d. l. filiusfa. 7. §. pari autem. de dona.* pari ratione prohibitã eſſe filiofam. donationem inter viuos & mortis cauſa, non interueniẽte patris conſenſu. Fateor enim parem eſſe vtriſque rationem in bonis profectitij peculij de quibus tantum eo loco Vlpian. loquitur vt ſæpius monuimus, quæ cum ſint patris, non magis inter viuos, quàm mortis cauſa donari poſſunt à filio, ſine patris volũtate, quin patri ſiue ignoranti, ſiue inuito res ſua auferatur, quod alienum eſt non modò à ratione iuris, ſed etiam à conditione liberalitatis quæ per donationem exercetur. Sed nego æquiparandam eſſe donationem cauſa mortis donationi inter viuos in perſona filijfamilias bona aduentitia donantis, quia donationem inter viuos nulla iuris ratio impedit, ſed conſtitutio ſola Iuſtin. & quidem eo tantùm caſu quo aduentitiorum vſusfructus ad patrem pertineat. Donationem verò cauſa mortis à filiofamilias de bonis aduentitiis factam licèt neque verba impediant, neque ſententia vel ratio conſtitutionum Iuſtin. impedit tamen ratio communis, quæ non patitur filiumfamilias decedere cùm vltima voluntate. Porro non quælibet donatio vltimæ voluntatis iure cenſetur, ſed ea tantùm quæ mortis cauſa fiat. Nam quæ fit inter viuos, tùm quoque cùm fit à moriente, nihil ſimile habet cum donatione cauſa mortis, nedum cum alia qualibet vltima voluntate *d. l. Senatus. 35. §. ſed mortis cauſa l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat.* Non igitur par vtriuſque donationis ratio conſtitui poteſt in bonis aduentitiis à filiofamilias donatis. Videamus quid in caſtrenſibus.

ERROR VIII.

De caſtrenſium bonorum donatione cauſa mortis per filiumfamilias facta ſine conſenſu patris.

SVMMARIA.

1 *Filiusfam. habens bona caſtrenſis peculij poteſt illa, cui velit donare ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa etiamſi patris conſenſus non accedat, ex peruulgata omnium interpretum ſententia.*
2 *Vnde colligant interpretes propoſitionẽ ſupr. relatam.*
3 *Diſputatio autoris aduerſus prolatam enuntiationem.*
4 *Ex conſtitutionibus poteſt filiusfa. de peculio caſtrenſi teſtari.*
5 *Milite inteſtato decedente patri bona caſtrenſia deferuntur, non vt heredi, ſed tanquam patri, & quidem vt peculium.*
6 *Ex iuris veteris ratione ſi filiusfam. donaſſet mortis cauſa peculium caſtrenſe ignorante patre, & deinde inteſtatus deceſſiſſet, donationem valere non potuiſſet.*
7 *An ex eo quod ab inteſtato poteſt filiusfam. bona habens caſtrenſia fideicommiſſum à patre relinquere ſequitur eum donare mortis cauſa poſſe.*
8 *Explicatur §. donationis. l. cùm pater. 77. D. de legat. 2. allata non tantùm ratione dubitandi, ſed etiam decidendi, cum ſpecie d. §. ſtatuerit Papinianus fideicommiſſum valere.*
9 *Differentia inter fideicommiſſum & donationem.*
10 *Donatio cauſa mortis quaſi ex fideicommiſſo defendi nequit, ſi nulla adſint verba fideicommiſſi.*
11 *Licet filiusfam. poſſit decedere cum ea vltima voluntate quæ eſt fideicommiſſum, non poteſt tamen decedere cum ea vltima voluntate quæ fit donatio cauſa mortis, ſi viuo patre deceſſerit & inteſtatus.*
12 *Donatio cauſa mortis de peculio caſtrenſi à filiofam. facta quando valeat.*
13 *Conſentiente patre poteſt filiusfam. mortis cauſa peculij caſtrenſis bona donare.*

INDEMNITATI iuris eſſe creditur † filiumfam. habentem bona caſtrenſis peculij poſſe illa donare ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa cui velit, etiamſi patris conſenſus non accedat. In eámque ſententiam præter manifeſtam iuris rationem, † quæ facit vt filiusfa. in peculio caſtrenſi poſſit ea omnia facere, quæ paterfamil. in re ſua poteſt, cùm ex conſtitutionibus in eo peculij genere pro patrefam. habeatur, *l. 2. D. de SC. Macedon.* mouentur etiam interpretes noſtri ex apertiſſimis Vlpian. verbis in *l. filiusfam. 7. §. vlt. D. de donat.* vbi poſt tractatam tota 1 2

ex lege quæſtionem illam: Vtrum filiofamilias permit-
tendum ſit vt donet ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis
ſine conſenſu patris, poſtque adhibitas multas diſtin-
ctiones quas in præcedentibus nos & retulimus & ex-
plicauimus, ſubiicitur ex Vlp. in hunc modum. *Hæc
omnia locum habebunt in paganis. Cæterùm qui habent
caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe ea conditione ſunt,
vt donare & mortis cauſa & non mortis cauſa poſſint,
cùm teſtamenti factionem habeant.* Quæ poſtrema verba
continent argumentum à maiori ad minus, quod vale-
re ſolet ad affirmandum, vt ſi filiofamilias caſtrenſe pe-
culium habenti permittatur de illo teſtari, multo magis
permittendum ſit, quod minus eſt, vt mortis cauſa do-
net. Longè ſiquidem plus eſt & difficilius teſtari, quàm
donare cauſa mortis, vt ex eo apparet, inquiunt inter-
pretes, quod filiusfamilias patre conſentiente donare
mortis cauſa poteſt, teſtari tamen non poteſt *l. tam is.
25. §. filiusfam. D. de mort. cauſ.* Regula autem iuris eſt.
Cui licet quod plus eſt, vtique licere etiam quod eſt
minus *l. non debet cui. 21. de regul. iur.* Me verò † ratio
3 certa iuris, quã vnã ſemper inueſtigare ſoleo, ſicubi re-
perire poſſim, repertãque tenaciter tueri, coegit primùm
de propoſitionis huius veritate dubitare, poſtea tandem
concludere, non ſemper & indiſtinctè, ne adhuc di-
cam numquam veram eam eſſe. Etſi enim non ignoro
filiumfamilias iam olim de peculio † caſtrenſi teſtari
4 ex conſtitutionibus tanquam patremfamilias potuiſſe,
neque eo caſu quo teſtatus eſſet vllum ius patris in eo
peculio fuiſſe. Attamen illud quoque ſcio moriente
† filiofamilias etiam milite inteſtato patri bona omnia
5 caſtrenſia deferri, non tanquam legitimo heredi, ſed
tanquam patri, nec tanquam hereditatem, ſed tanquam
peculium *l. 2. l. proponebatur. 9. l. pater qui caſtrenſe. 17.
in prin. & §. 1. l. de hereditate. 19. §. pater & paſſ. D. de
caſtrenſ. pecul.* Magis enim iudicio militum & eorum
qui caſtrenſe peculium habent hoc conceſſum eſt, vt &
hereditatem & heredem habere poſſint, quàm vt omni-
modo quaſi patresfamilias in ea re ſint, vt ſcribit
Pomp. in *l. vlt. in princ. D. ad SC. Tertyll.* Itaque ſi po-
nas filiumfamilias qui caſtrenſe † peculium habuit, do-
6 naſſe cauſa mortis ignorante patre, poſteaque inteſta-
tum deceſſiſſe, dico fieri olim non potuiſſe vt valeret
mortis cauſa donatio, [primùm enim ex ratione iuris
veteris quæſtionem hanc tractare lubet, deinde ad
Iuſtin. conſtitutionem deſcendemus] quia licèt po-
tuerit filiusfamilias in iis bonis decedere cum vltima
voluntate, nec tantùm facto teſtamento, ſed etiam, quod
magis eſt, ab inteſtato, putà ſi fideicommiſſum à patre
ſuo reliquiſſet *l. filiusfam. 18. D. ad leg. falcid.* Ne tamen
mortis cauſa ignorante patre donare potuerit, illud in
cauſa eſt, quòd donatio cauſa mortis, ſiue ita fiat vt do-
minium ſtatim transferatur in donatarium, ſiue ita vt
non niſi mortuo iam donatore *l. 2. D. de mort. cauſ. do-
nat.* nunquam dicitur perfecta priùs quàm mors ſit in-
ſecuta donatoris *l. non videtur. 32. l. mortis cauſa. 34. &
ſequ. eod. l. 4. §. 1. D. de doli mal. excep.* Nam cùm mors
ſit cauſa donationis, neceſſe eſt vt ordine naturæ ac tẽ-
poris præcedat effectum ſuum, nec ſufficiat mori dona-
torem, ſed mortuum eſſe oporteat, priuſquàm donatio
perfecta dici poſſit. Atqui eo ipſo inſtanti quo mori-
tur filius ac priuſquàm ſit iam mortuus, certum eſſe in-
cipit mori eum inteſtatum, quandoquidem non po-
teſt fieri teſtamentum in inſtanti, vt nec aliud quic-
quam quod hominis vel naturæ factum requirat, quia
neque homo neque natura ipſa quicquam facere in
inſtanti poteſt, ſed omnia in tempore operatur.
Cùm ergo ius donatarij quod nullum eſt ante perfe-
ctam donationem non poſſit incipere niſi ex eo in-
ſtanti quo filius moritur ex quo ſcilicet certum eſſe
incipit non poſſe amplius eum facere teſtamentum
morique illum inteſtatum. Sequitur vt ius patris ſit
in re ipſa donata antiquius iure donatarij, ac proinde
vt nõ poſſit valere donatio in præiudiciũ patris, quippe
qui defuncto quandocumque filiofam. inteſtato bono-
rum omnium caſtrenſium ſemper dominus retrofuiſſe
intelligitur, *d. l. proponebatur. 9. d. l. de hereditate. 19. § pa-
ter. D. de caſtrenſ. pecul. d. l. qui res. 98. §. rem autem. D. de
ſolut.* Dominium enim quod ſemper patris, nũquam fi-
lij fuiſſe retrofingitur [nam quod veritas abhorret, fictio
facere non poſſet, vt duo inſolidum eodem tempore
eiuſdem rei domini fuiſſe fingerentur, *l. ſi vt certo. §. ſi
duob. vehiculum. D. commod.*] non potuit filij magis quàm
alterius vllius facto diſcedere à patre ignorante, nedum
inuito, *l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot.* Idque ipſum etiam
peculij nomen demonſtrat. Nam cum defuncto filio in-
teſtato, pater non alio iure occupet bona caſtrenſia filij,
quàm quòd poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine quaſi
pater antiquo iure habeat peculium, vt eleganter lo-
quitur Tryphon. *in d. l. de hereditate. 19. § pater,* pecu-
lium autem non ſit poſt mortem filijfam. quia moriente
homine, qui peculium habuit, moritur peculium, quod
idcirco ſimile homini eſſe dicitur, *in l. peculium. 40. D.
de pecul. l. 1. §. merito. D. quand. de pecul. act. eſt annal.* fa-
tendum eſt ius patris quod habet in hoc peculio filij
priùs incipere quàm verum ſit filium deceſſiſſe, quia
poſt filij mortem incipere non poſſet, quo tempore pe-
culium amplius nullum eſſet, ac ne quidem pater. Dicat
† aliquis mortuo inteſtato filiofam. qui caſtrenſe pe- 7
culium habuit, hereditatem quidem nullam eſſe, ſed ta-
men eo minùs verum eſſe, filium potuiſſe decedere cum
vltima voluntate. Vt ex eo apparet, quod patrem quoque
ipſum rogare poteſt de vniuerſo peculio caſtrenſi reſti-
tuendo, *d. l. filiusfam. 18. D. ad leg. falc.* vbi dicitur non
ſolùm valere hoc fideicom. ſed etiam ex eo & falcidiam
deduci, & poſſe tranſire actiones ex Trebelliano, perin-
de ac alia qualibet hereditate reſtituta. Quidni ergo po-
terit donare cauſa mortis? cùm in ſuperioribus dixeri-
mus non ob aliam rationem interdictas filiofam. eſſe
donationes mortis cauſa, quàm quia non poſſit decede-
re cum vltima voluntate. Accedit quod videtur dona-
tio cauſa mortis non ſolùm eo iure cenſenda, quo fidei-
com. ſaltem ab inteſtato relictum, ſed etiam melioris
eſſe debere conditionis, in eo quod non exigit aditio-
nem hereditatis donatoris, quam exigit fideicom. vt de-
beri poſſit. Inde namque fieri videtur vt facilius ſit va-
lere donationem quam mortis cauſa fecerit filiusfam.
inteſtatus de caſtrenſi peculio, licet nulla ſit hoc caſu
ipſius hereditas, cum & fideicom. quoque valeret. Ve-
rum reſpondeo non eſſe bonam hac parte donationis
cauſa mortis, & fideicom. comparationem. Nam vt va-
leat fideicomm. quod de re caſtrenſis peculij filiusfam.
inteſtatus à patre reliquerit, facit voluntas filij qui pa-
trem rogauit vt fideicom. præſtaret. Potuit enim patrem
onerare tanquam tacitè inſtitutum, ob hoc ipſum quod
expreſſim eum inſtituere poterat ſi voluiſſet. Exemplo
eius, quod dici ſolet, valere fideicomm. quod paterfam.
quilibet à legitimis ſuis heredibus reliquerit, quaſi qui
pro ſcriptis habeantur, hoc ſolo quod ſcribi potuerunt.
*l. 3. in princ. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codic. l. ab exhere-
dati. 126. de leg. 1.* Etſi enim neque pater legitimus filij
heres eſt, neque filius fuit paterf. vt hereditatem ab inte-
ſtato quoque habere potuerit, in eo tamen ſimile ius eſt
patris, & alterius cuiuſlibet heredis legitimi, quod non
habet bona niſi ex tacito iudicio defuncti, qui ſicut
ipſum patrem, tanquam extraneum quemlibet inſtitue-
re potuit, ita & adimere peculium patri alium inſtituẽ-
do. Non igitur recuſare debet pater quominùs fidei-
com. præſtet, de quo rogatus à filio fuit, quamuis bona
filij habeat iure peculij, non hereditatis. At vt valeat
donatio cauſa mortis à filiof. facta de re caſtrẽſis peculij
cùm filius deceſſit inteſtatus, non poteſt facere ſola vis
& poteſtas donationis, quia talis eſt hæc donatio, vt per
eam neque dominium transferri poſſit, ſine facto & vo-
luntate patris, neque pater cogetur, vt quicquam faciat.

Dominij

Dominij tranſlatio impeditur, vt iam diximus, quia in re donata ius antiquius eſt patris, quàm donatarij, quinimo ius patris nihil aliud eſt quàm dominium ipſum, quod ei non magis eripi potuit ignoranti, quàm inuito. Vt verò dominium illud, quod habet pater antiquo ſuo iure, ac tanquam pater, in donatarium transferat, ideo non cogitur, quia nec rogatus fuit *l. quidam. 46. D. de hered. inſt. l. Lucius. 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell.* Niſi poneres quod ego non pono, fideicom. verbis ſubnixam fuiſſe donationem, quomodo fieri donatio cauſa mortis plerunque olim ſolebat *l. cùm pater. 77. §. donationis. de legat. 2.* vel ob hoc ipſum vt ſi iure donationis valere non poſſet, ſaltem iure fideicom. defenderetur. 8 Nec eſt contrarium, † quod in *d. §. donationis.* reſpondit Papin. fideicom. nihilominus filio deberi, quòd non oporteat quæri cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur, quod & idem Papin. licèt aliis verbis ait in *l. miles ad ſororem. 75. in pr. eod. tit.* Id enim non ait Papin. fideicom. deberi ex epiſtola donationis ſola, quaſi donatio quælibet fideicom. iure cenſenda ſit, ſed ex eo quoque, quod eam epiſtolam donatario tradi mandauerat poſt mortem donatoris, & eo tempore, quo fieri non poterat vt donatio agnoſceretur & acquireretur iure donationis, cùm donatio non poſſit conferri in ignorantem, non magis quàm in inuitum, niſi eo caſu quo nobis etiam inuitis per alium acquiritur, puta per ſeruum *l. abſenti. 10. l. hoc iure. 19. §. non poteſt. D. de donat.* Itaque dubitandi ratio apud Papin. illa erat, vt ne quidem fideicom filio donatario relictum videretur, quod neque fideicom. verbis ſubnixa erat donatio, neque ab heredibus legitimis quicquam petitum. Literæ enim matris quæ donabat non ad heredes legitimos, ſed ad æditum ſcriptæ proponebantur. Sed inducit fideicomm. ſubtiliter Papin. ex eo quod donatio ſic facta fuerat, vt tamen iure donationis ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis valere nunquam poſſet, nulla ſcilicet interueniente ſtipulatione, neque traditione, cùm & in ignorantem filium donatio proponeretur, & non niſi poſt matris mortem inſtrumentum donationis filio per æditumm tradi mater voluiſſet quam tamen certum erat liberalitatem in filium exercere voluiſſe. Cur enim mandaſſet ei tradi inſtrumentum donationis, ſi eam voluntatem quam ſciebat iure donationis valere non poſſe, nec iure 9 fideicomm. valere vellet? Adde quod & fideicomm. † facilè inducitur ex qualibet coniectura voluntatis *l. cùm proponebatur. 64. eod. l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Treb.* At donationem ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis non facit vtilem ſola voluntas donatoris, niſi vel ſtipulatio interueniat, vel traditio, & quidem ab eo facta qui dominium transtulerit per traditionẽ vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad *l. in adib. 9. §. vlt. per ill. text. D. de donat.* quod non poteſt cadere in donationem bonorum caſtrenſium factam à filiofa. qui deceſſit inteſtatus: quia licet eo tempore quo donauit, potuerit dominium transferre, ſi inter viuos maluiſſet donare quam mortis cauſa [nec enim donatio inter viuos quę viuo donatore pleniſſimum effectum habuiſſet, ex eo ſolo poſtea inutilis fieri poſſet, quod idem donator & in patris ſui poteſtate & inteſtatus deceſſiſſet] non potuit tamen transferre per donationem cauſa mortis, neque actu neque habitu in eum caſum quo ipſe & viuo adhuc patre, & inteſtatus moreretur. Quemadmodũ ſi alij ſtipulanti promiſiſſet animo donandi cauſa mortis, non ideo poſſet ipſius morte videri perfecta donatio vt ex ea ſtipulatione ſuperſtes pater conueniretur. Quo enim iure conueniri poſſet qui neque promiſſor eſſet, neque heres promiſſoris? Porrò ſi ex ſtipulatione quæ interpoſita ſit animo donandi cauſa mortis conueniri pater non poteſt, ſitque hoc caſu præmortuo filio inutilis donatio cauſa mortis, quæ alioquin è contrario filij morte confirmari debuiſſet, eadem ratione fatẽdum eſt non cogi patrem ratam habere factam à filiof. ex donatione cauſa mortis traditionem. Nimirum quòd non ſit heres filij qui tradidit, neque rurſum rogatus fuit vt vel traditionem illam ratam haberet, vel ipſe traderet. Nihil igitur eſt propter quod dici debeat vel donationẽ † cauſa mortis factam eo iure valere: vel quaſi ex fideicomm. defendendam ſi nulla fuerint verba fideicomm. 10 Nam neque de rogando herede cogitaſſe videri poteſt is qui donauit cauſa mortis, cùm nullo heredis facto egeat donatarius cauſa mortis quoties ab initio ita valuit donatio ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta, vt ſola donatoris morte potuerit confirmari, Quãto minùs igitur credendus eſt filiusf. qui peculium ſuũ caſtrenſe mortis cauſa donauerit, cogitaſſe de rogando patre quem nec heredem habeat, nec fortaſſis habere deſtinabat tempore donationis. Poteſt ſiquidem fieri vt quo tempore donabat cogitaret de ſibi eligendo per teſtamentum extraneo herede, ac in totum extinguendo iure antiquo patris, cuiuſque voluntatis non leue indicium præbet ipſa donatio facta extraneo & mortis cauſa & ſine conſenſu patris, cùm hoc ipſo incipiat filius lædere ius patris quod incipit vti iure ſuo *d. l. de hereditate. 19. §. pater. D. de caſtrenſ. pecul.* Quod non ſimile eſt cùm filiusfam. fideicomm. aliquod relinquit à patre non inſtituto herede. Tunc enim non ſolùm cogitabat de illo onerando, quem reipſa & onerat & rogat, non item cùm donat cauſa mortis, verùm etiam tacitè illum heredem inſtituere intelligitur, à quo ſc. aliter fideicõm. relinquere non poſſet. Ideoque mirum non eſt poſſe † 11 filium hunc decedere cum ea vltima voluntate, quæ ſit fideicomm. non poſſe autem decedere cum ea voluntate quæ ſit donatio cauſa mortis, ſi viuo patre deceſſerit, & inteſtatus. Hoc enim addendum eſt, quia hoc vno tantum caſu non ſimpliciter nego valere donationem cauſa mortis de peculio caſtrenſi à filiof. factam. Nulla ſiquidem ratio † eſt cur non valeat ſiue filius poſt pa- 12 trem etiam inteſtatus deceſſerit, ſiue viuo eo teſtatus: Vt proinde ſi quæras an valeat huiuſmodi donatio eo tempore quo fit, non aliud reſponderi poſſit quàm eſſe illam in pendenti, quoniam & in pendenti eſt an filius ſit moriturus teſtatus an inteſtatus & an viuo patre an poſt patrem. Eſt namque hæc res ex earum genere in quibus quid antea fuerit ex euentu & poſt facto declaratur, vt & cætera omnia quæ ad caſtrenſis peculij cauſam pertinent *d. l. qui res. 98. §. rem autem. D. de ſolut. d. l. proponebatur. 9. d. l. de hereditate. 19. §. pater. l. vlt. D. de capt. & poſtlim.* Poterit autem tuta fieri mortis cauſa donatio † ſi à filiofamilias fiat conſentiente patre. 13 Tunc enim omnimodo valebit ſiue filius decedat viuo patre ſiue mortuo, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus, ſed diuerſa ratione. Nam ſi decedat viuo patre teſtatus valebit tanquam ab ipſo filio vtiliter facta. Itemque ſi poſt mortem patris decedat etiam inteſtatus: Si verò decedat & viuo patre & inteſtatus valebit non tanquam à filio facta, ſed tanquam à patre, perinde ac ſi filiusf. rem peculij donaſſet cauſa mortis permittente patre, vt proximo capite dicebamus. Neque huic ſententiæ noſtræ poteſt obiici, donationum cauſa mortis proprium ius eſſe, vt mortuo quandocunque donatore retrotrahantur ad tempus, quo factæ ſunt *l. ſi mortis. 40. D. de mort. cauſ. donat.* Non enim ideo fieri poteſt vt donatarij ius videri debeat antiquius iure patris, quoniam hoc caſu ius ipſum patris quod antiquius eſſe dicemus, quodque medium reperitur inter duo illa extrema, quæ per retroactionem iungi deberent, impedit ne retrocurrere poſſit donatio, ad id tempus quo facta eſt, vt & alias medium inhabile ſolet impedire coniunctionem extremorum *l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot. l. pen. D. rat. rem hab. l. 1. l. qui balneum. l. potior. 11. D. qui pot. in pign.*

ERROR IX.

De ſententia §.vlt.l.filiuſf. 7. D.de donat.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum illud Vlpiani in l.filiuſfam. 7.§.vlt.D.de donat.filiumfamil.qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habet, poſſe ex eo donare mortis cauſa.*

2 *Cuius hereditas aliqua eſt, eius peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt.*

3 *Cur non valeat argumentum interpretum ductum ex d.§.vlt.filiuſfa. habens caſtrenſia bona teſtari poteſt. Ergo & donare mortis cauſa eo quoque caſu quo deceſſerit inteſtatus.*

4 *Alia reſponſio ad obiectionem ab interpretibus petitam ex d.l.§.vlt.*

5 *Etiam paganus peculium caſtrenſe habere poteſt.*

6 *Quaſi caſtrenſe peculium eorum eſt qui milites neque ſunt, neque vnquam fuerunt.*

1 QVID ergo reſpondebimus † ad Vlp. in *d.l.filiuſf.§.vltimi.D.de donat.* vbi tam apertè ſcriptum eſt filiumfamilias qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habet poſſe ex eo donare cauſa mortis, quia & de illo teſtari poteſt. Quid enim ſcribi potuit apertius? Reſpondebimus hoc vnum quod ratio iuris nos cogit reſpondeie ſic intelligendum neceſſariò Vlpian. vt filiusfamil. qui caſtrenſe peculium habet, ſicut teſtari poteſt etiam inuito patre, ita & mortis cauſa donare poſſit, ſed eo nimirum caſu, quo ad impediendum & extinſiuendum ius patris, etiam teſtamentum fecerit, quia facto per eum teſtamento nullum eſt in caſtrenſi peculio ius patris, quod impedire poſſit, ne valeat mortis cauſa donatio. Etſi enim non niſi mortuo iam filio incipit eſſe aliqua ipſius hereditas, teſtamentum tamen confirmatur per legem, tanquam alterius patrisfamilias cuiuſlibet eo ipſo inſtanti quo filius moritur, quandoquidem prius eſt vt confirmetur & confirmatum ſit teſtamentum, quàm vt ex eo deferatur hereditas, ac proinde non poteſt ius patris videri præueniſſe ius heredis teſtamentarij. Imò ius heredis proculdubio præuenit iura omnia patris, quoniam incipit ex quo die factum fuit teſtamentum, quippe quod factum ſit permittentibus conſtitutionibus, & ad eum finem vt moriente quandocunque teſtatore confirmaretur, ac proinde vt iam ex eo tempore ita eſſet extinctum ius patris, ne teſtamenti confirmationem impedire poſſet. Quamquam ſi poſtea teſtamentum aliquo caſu vel irritum fieri vel deſtitui contingeret, putà non adita filiifamilias ex eo teſtamento hereditate, ius patris quod per teſtamentum videbatur extinctum, ſemper duraſſe retrofingeretur *d. l. de hereditate 19.§.pater. d.l.filiuſfamilias. 18.ad leg.falcid.* vbi ob hanc cauſam Paulus ait non fieri hereditatem filiifamilias niſi aditione, quia ſcilicet quandiu adita non eſt hereditas, quæ fieri poteſt vt nunquam adeatur, in pendẽti adhuc eſt ius patris, nec tam extinctum eſſe, quàm ceſſare intelligitur, vt de obligatione ſcribit idem Paulus in *leg. qui res. 98. §. aream, de ſolut.* At tantum eſt quod ceſſet ius patris quantum ſi extinctum eſſet quod ad hoc, vt heredis teſtamentarij ius impedire non poſſit. Rurſum heredis teſtamentarij ius non impediri ſufficit, vt neque donatio cauſa mortis ab eodem filiofamilias facta impediatur, quia nihil erat, quod eam donationem impedire poſſet, præter quàm ius patris, quod ſicuti cum iure heredis teſtamentarij concurrere ac ſubſiſtere numquam poteſt, ita neque vires vllas habere ad impediendum ius donatarij cauſa mortis, non magis, quàm ad impediendum ius heredis eo caſu quo nihil eſt quod de peculio tractari poſſit. Nec quod res quæ mortis cauſa fuit donata extra cauſam hereditatis reperitur facere poteſt vt videri debeat eſſe in peculio. Cuius enim hereditas † aliqua eſt, eius peculium aliquod 2 eſſe impoſſibile eſt. Nempe filiifam. duntaxat peculium eſt: hereditas verò non niſi patrisfamilias, aut ſaltem eius qui patrisfam. loco habeatur, & quaſi paterfam. ſit vt Paulus loquitur in *d.l.filiuſfam.* Vt autem quis in eodem bonorum genere & filiusfam. & paterf. deceſſerit vel deceſſiſſe intelligitur fieri nullomodo poteſt implicátque contradictionem. Denique ne poſſit bonum eſſe argumentum † quo paſſim vtuntur noſtri 3 ex *d.l.7.§.vlt.D. de donat.* vt poſſit filiusfamil. donare cauſa mortis eum quoque cùm inteſtatus moritur, quia & teſtari poſſet ſi vellet, illud facit quod euidens ratio diuerſitatis ſubeſt inter filiifam. teſtamentum & donationem cauſa mortis ab inteſtato factam, licèt nulla ſit inter teſtamentum, & donationem cauſa mortis factam eo caſu quo filiusfa. fuerit teſtatus. Nam mortuo eo teſtato nullum eſt ius patris: Mortuo inteſtato tale tantúmque eſt ius patris vt neque heredem neque donatarium cauſa mortis habere filiusf. poſſit. Hanc verò noſtram interpterationem valde probare illud videtur, quod ait Paulus ad Marcellum, & Marcellus ad Iulianum in *l. Marcell. 15. de mort.cauſ.donat.* filiosfam. milites ſicut adepti ſunt liberam facultatem teſtamento relinquendi cui velint, ita nec prohiberi donare cauſa mortis: quia, inquit lex, ad exemplum legatorum mortis cauſa donationes reuocatæ ſunt. Atqui legata per filiumf. quamuis militem facta non poſſunt valere niſi facto teſtamento cùm ea in teſtamento relinqui neceſſe ſit. Ergo & quod dicimus valere ab hoc filiofa. factas donationes cauſa mortis intelligi debet de illo caſu quo factum ſit teſtamentum. Quod ſi hæc noſtra reſponſio non placeret, aut ſi cui durior videretur, dicerem † potius imperiti eſſe interpretis totum illum ver- 4 ſiculum qui Vlp. tribuitur ab iis verbis, *hæc omnia locum habebunt in paganis,* quàm vt vnquam poſſem admittere Vlp. eam fuiſſe ſententiam vt valeret donatio peculij caſtrenſis facta per filiumfamil. ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa eo caſu quo filiusfam. viuo patre inteſtatus deceſſiſſet. Nam & inſcitiam interpretis totam rem iſtam ſubtilem ſanè ad amuſſim iuris non rectè perpendentis, detegere videntur verba illa, *in paganis*, ſi iungas ea, quæ immediatè ſequuntur, *Cæterùm qui caſtrenſe peculium habent.* Quaſi verò non poſſit etiam qui paganus † eſt habere peculium caſtrenſe, ſitque ne- 5 ceſſe militem eſſe quem, vt tale peculium habere poſſit quod ſanè falſum eſt. Aliud enim eſt militem eſſe, aliud caſtrenſe peculium habere. Paganus eſt quiſquis miles non eſt, licet aliquando miles fuerit. Caſtrenſe peculium habere poteſt quiſquis aliquãdo militauit, quamuis hodie miles non ſit *d.l.filiuſf. 18. D.ad leg. falcid. d. l. de hereditate. §. filiuſfa. D. de caſtrenſ. pecul.* Sed & quod ſequitur in dicto verſic. *vel quaſi caſtrenſe*, oſtendit manifeſtè, ineptam eſſe illam reſtrictionem *Hæc omnia locum habebunt in paganis.* Nam quaſi caſtrenſe peculium eorum eſt qui milites neque ſunt neque vnquam fuerunt. Ergo eorum qui & pagani ſunt & ſemper fuerunt. Debuerat igitur potius ita ſcribi. *Hæc omnia locum habebunt in peculio profectitio,* ſi aliam caſtrenſis peculij vel quaſi caſtrenſis quàm profectitij rationem conſtituere Vlp. volebat, non diſtinguere paganos à militibus, cùm & pagani eſſe poſſint qui peculium caſtrenſe habent vel quaſi caſtrenſe. Supererat vt diceremus, an eadem hodie iure nouo obtinerent. Sed erit commodius ſeparatam de eo inſtituere tractationem.

ERROR X.

De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo.

SVMMARIA.

1 *Proponitur demonſtrandum donationem cauſa mortis quam ignorante patre filiusf. ex caſtrenſi peculio fecerit ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere.*

2 *Ratio dubitandi aduerſus concluſionem probandam.*

3 *Quod duplex ſit ratio quæ donationem cauſa mortis à filiof. factam inutilem reddere poteſt, & n. 10. & quomodo vtraque, quibuſdam ceſſare videatur.*

4 *Etiam hodie mortuo inteſtato filiofa. ſupereſſe patri ius antiquum, vt bona filij caſtrenſia vel q. caſtrenſia iure peculij occupet, ſiue ſolus ſuccedat, ſiue cum matre, ſiue liberos filius reliquerit.*

5 *Ex eo quod filiusf. de caſtrenſibus aut q caſtrenſibus bonis teſtari poteſt non ſequitur quòd in iiſdem legitimum heredem habere poſſit.*

6 *Emendatur tit. Inſtit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt. in pr. verſic. Itaque.*

7 *Etiam hodie filiusf. in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poteſt.*

8 *Bona caſtrenſia filiusfamil. inteſtatus decedens hodie donare mortis cauſa non poteſt, ſiue donatio ita facta ſit vt ſtatim dominium transferatur, ſiue collata poſt mortem.*

9 *Cur non valeat hodie bonorum aduentitiorum à filiof. facta mortis cauſa donatio.*

11 *Poſito Nou. Iuſtin. 118. quæ in aduentitiis legitimum heredem filio dedit ad bona caſtrenſia & q. caſtr. porrigi debere, non ſequi tamen vt huiuſmodi bonorum donatio cauſa mortis indiſtinctè valere debeat.*

12 *Filiof. donante mortis cauſa ex conſenſu patris valet donatio, ſiue caſtrenſe ſiue aduentitium fuerit quod donatum eſt: & cur.*

13 *Diſcrimen inter donationem aduentitiorum, & donat. caſtrenſium ratione reuocantis.*

1 MIRABILIVS videbitur, quod hoc capite defendemus, Donationem † cauſa mortis quam ignorante patre filiusfamilias ex caſtrenſi peculio fecerit, ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere. Mi-
2 randi autem ne dicam dubitandi † cauſa ex eo proficiſcitur, quod Iuſtinianus *Nouell.* 118 *de hered. ab inteſt. venient.* induxit rem valde nouam, & à iuris veteris ratione penitus alienam, vt in bonis aduentitiis poſſit hodie filiusfamilias habere hereditatem & heredem, ſiue plenam, ſiue nudam duntaxat proprietatem aduentitiorum viuus habuerit. Voluit enim Iuſtinianus vt ſi quos hic filius liberos ac deſcendentes reliquerit, ij omnimodo patri præferantur. Et rurſum vt ſi filius hic nullis liberis relictis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre, ad ipſius hereditatem vterque parens ex æqua lance admittatur. Cui conſtitutioni videtur conſequens, vt hodie valeat donatio cauſa mortis, quæ à filiofamilias etiam ignorante patre facta ſit de bonis
3 caſtrenſibus. Cùm enim duplex tantum ratio ſit quæ donationem cauſa mortis à filiofamilias factam inutilem reddere poteſt. Vna, quod non poſſit filiusfamilias decedere cum vltima voluntate nec ſi pater velit: Altera, quod morientis filiifamilias bona ab inteſtato pertineant ad patrem iure peculij, atque ita potentius & anterius ſit ius patris in re donata cauſa mortis quàm donatarij, vt in præcedentibus diſputauimus: neutra ratio videtur poſſe hodie donationem cauſa mortis à filiofamilias de caſtrenſ. peculio factam impedire. Non prior, quoniam ſi iam olim poterat filiusfamilias in caſtrenſi peculio decedere cum vltima voluntate, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato. *l. 1. 2. & paſſ. D. de caſtrenſ. pecul. l. filiusfamilias. 18. D. ad leg. falcid. l. 1. §. in filij. D. ad Senatusconſul. Trebellian.* Multo magis hodie poterit, cùm filiorumfamilias iura Iuſtinianus auxerit, non imminuerit, nec quicquam immutauerit ex priuilegiis quæ caſtrenſi peculio indulſerant veterum Imperatorum conſtitutiones. Non poſterior, quia cùm filiusfamilias hodie in aduentitiis quoque poſſit heredem habere ab inteſtato, in quibus tamen ſemper habuit, etiamque nunc habet minus iuris quàm in caſtrenſibus, quandoquidem de aduentitiis teſtari non poſſit, de caſtrenſibus poſſit, nullum videtur ius eſſe patris in bonis filiifamilias quamuis ab inteſtato defuncti, niſi vt ſi nullos filiusfamilias liberos & fratres ex vtroque latere coniunctos reliquerit, poſſit heres eſſe filio vel ſolus ſi mater iam deceſſerit, vel cum matre, ſi mater quoque ſit ſuperſtes: Quomodo loquitur Iuſtin. in *princ. titul. quibus non eſt permiſſ. facer. teſtam. verſ. itaque.* Certè non videtur ius illud vetus amplius habere pater, vt filij bona occupet iure peculij, quia peculium non poteſt eſſe vbi eſt hereditas, nec viciſſim hereditas vbi eſt peculium. *d. l. 2. de caſtrenſ. peculio. d. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. falcid.* Nec proinde dici hodie poteſt ius patris, eſſe antiquius, & potentius iure donatarij cauſa mortis vt ex hoc donatio impediatur, quia id quidem obtinet cum iure peculij pater bona occupat, ſed non item cùm ſuccedit filio iure hereditario, ſiquidem ius peculij incipit eo inſtanti quo filiusfamilias moritur, ac proinde quo adhuc viuit, cùm inſtans mortis adſcribatur vitæ *l. qui duos. 18. §. 1. D. de manum. teſt. l. vlt. D. de condic. inſtit.* ius verò hereditatis non incipit niſi poſt mortem filij, quia cùm viuentis hereditas nulla ſit *l. 1. D. de hered. vel action. vendit.* Ergo nec morientis ſed mortui duntaxat. Verùm incipit hereditas eo inſtanti quo iam defunctus ſit filius quo etiam inſtanti impletur donatio cauſa mortis quoad ad dominij tranſlationem cùm non perficiatur niſi morte. Prius enim eſt vt perficiatur quàm vt dominium ex ea transferatur *l. ſed interim. 11. in princ. & §. ſi vxor. D. de don. int. vir. & vxor. l. 2. in fin. l. non videtur. 32. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat.* Tam citò igitur incipit perfecta eſſe implendáque donatio cauſa mortis in fauorem donatarij quàm citò incipit ius patris, tum quoque cùm ille ſolus filio heres eſt. Et conſequenter non poteſt hoc caſu ius patris eo prætextu quaſi antiquius ſit iure donatarij, impedire donationem mortis cauſa à filiofam. factam: præſertim verò ſi ponas ita factam à filiofamilias ex caſtrenſi peculio mortis cauſa donationem vt dominium ſtatim transferatur, quomodo fieri poſſe conſtat ex *d. l. 2. l. ſi mortis. 29. D. de mort. cauſ. donat.* Hoc enim caſu cùm iam viuo donatore dominium transferatur in donatarium & ita perficiatur donatio fiatque irreuocabilis morte donatoris vt nihil amplius agendum ſuperſit poſt mortem nullomodo dici poteſt ius patris eſſe antiquius iure donatarij imò poſterius cùm non incipiat niſi poſt mortem. Ego † tamen contra puto, Etiam 4
hodie mortuo inteſtato filiofam. qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habuit ſupereſſe patri ius antiquum vt bona filij caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia occupare poſſit iure peculij non hereditatis non ſolum ſi ſolus ille ſit qui filio poſſit ſuccedere, ſed etſi filius ille liberos relinquerit ac multo magis ſi ſine liberis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre. Video enim. Iuſtin. conſtitutionem in *d. Nouell.* 118. quæ vna poſſet videri ius vetus hac parte ſuſtuliſſe ne verbum quidem facere de peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi, ſed tantùm de aduentitio, cuius capaces filiosfam. fecerat idem Iuſtin

in

in *l. cùm oportet.6. l. Cod. de bon. quæ liber. & Nouell.* 117.& ante illum Conſtantinus quod ad bona materna in *l.1.Cod.de bon.mater.* Cur ergo volumus ius illud vetus quod ante Iuſtin. in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi olim obtinebat fuiſſe ſublatum ea conſtitutione, quæ non niſi de aduentitio ſit locuta,nulla caſtrenſis aut quaſi facta mentione ? Dices, non ſolùm probabilem fore hanc interpretationem & extenſionem ,ſed etiam propemodum neceſſariam : Ne alioqui ſi quod Iuſtin.conſtituit vt filiusfamilias in aduentiis ab inteſtato heredem habere poſſit non protrahatur ad bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, ſequatur illud abſurdum vt plus iuris habeat filiusfamilias in bonis aduentitiis quàm in caſtrenſibus,& quaſi caſtrenſibus.Quam enim abſurdum illud futurum ſit, ex eo intelligimus quod in caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filiusfamilias patrisfamilias loco eſt,adeo vt de illo poſſit etiam teſtari tanquam paterfamilias & teſtamentariam hereditatem habere, immo & quod magis eſt, fideicommiſſum à patre relinquere ab inteſtato *d. filiuſfamilias 18. D.ad leg. falcid.* Igitur cui quod plus eſt licet, nempe vt teſtamentariam hereditatem habere poſſit, cur non licebit quod eſt minus,vt legitimum quoque habeat heredem ? Nam plus eſſe teſtamentarium quàm legitimum habere heredem, hoc ipſum apertè probat quamuis Iuſtin. filiisfamilias indulgere voluerit vt & hereditatem & heredem habeant ab inteſtato, nullo tamen caſu eis permiſit vt de peculio aduentitio teſtari poſſint,ſed è contrario diſtinctè id prohibuit in *l. penult. Cod. qui teſt. facer. poſſ.* tametſi non eſſet neceſſaria prohibitio niſi ob id ne teſtandi facultatem iiſdem contra iuris rationem prioribus conſtitutionibus dediſſe Iuſtin. videretur. At reſpondeo quod dicimus † & in confeſſo
5 eſt filiumfamilias de peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi teſtamentum facere & iam olim potuiſſe & hodie poſſe in eoque plus iuris habere quàm in aduentitio, facere potius debere vt inferendum ſit, Tanto minus inducendum per interpretationem ac ſine lege, vt in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus legitimum heredem habere poſſit. Quid enim neceſſe fuit filiisfamilias in hoc fauere cùm iam haberent priuilegium vt de huiuſmodi bonis teſtari poſſent ? An non imputare ſibi debent ſi hereditatem aliquam relinquere voluerunt,cur iure ſuo vſi non ſint, id eſt cur non fecerint teſtamentum ? Aut cur non credamus filiumfamilias qui cùm haberet peculium caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe, déque eo teſtari poſſet maluit decedere inteſtatus,eam voluntatem habuiſſe veneratione fortaſſis paterni nominis, patriæque poteſtatis, vt antiquum ius patris ſaluum ei & integrum conſeruaretur ? Quod tamen non æquè poſſis dicere de filiofamilias qui peculium duntaxat aduentitium habens deceſſit inteſtatus, quia nec ſi voluiſſet,attamen facere teſtamentum potuiſſet:ac proinde tanto magis fuit ei ſuccurrendum vt filiusfamilias in iis bonis,quæ vitius ſibi propria etiam inuito patre habuiſſet, inuitus quoque ſucceſſorem patrem poſt mortem ſuam habere cogeretur.Ita contigit,vt admiſſo vno inconuenienti multa ſequi fuerit neceſſe. Nec me turbat quòd ſuprà obiecimus ex Iuſtin. *d.tit.quib. non eſt*
6 *permiſſ.fac. teſt. in princ.verſ.itaq.* Nam † quod ibi additur nullis vel fratribus ſuperſtitibus, proculdubio eſt irrepticium ex gloſſa inepti interpretis volentis accommodare ius vetus ad nouiſſimum, nec animaduertentis Iuſtinian. cùm inſtitutiones conſcripſit, non potuiſſe ita ſcribere quòd eo tempore nondum inductum eſſet vt filiusfamilias ab inteſtato heredem habere poſſet : ſi quidem id primùm inductum fuit *Nouell.* 118. Inſtitutiones autem nemo neſcit compoſitas eſſe ante Nouellas, immo & ante Codicem illum repetitæ prælectionis quem nunc habemus. Quòd verò ſublatis illis verbis ſupereſt apud Iuſtinianum, ſi filiifamilias milites inteſtati deceſſerint eorum peculium caſtrenſe ad patres iure communi pertinere, non ſic debet accipi vt iure communi ſucceſſionis hereditariæ id fiat, ſed vt eo iure quod commune eſt omnis generis peculiorum vt ad patrem pertineant iure dominij filio præde- functo, non quod commune ſit omnium perſonarum.
Cùm igitur ex iure vetere hoc etiamnum ſuperſit, † 7
vt filiusfamilias in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poſſit, concludendum eſt donari † cauſa mortis bona iſta, ſicut olim 8
non potuerunt, ita nec hodiè poſſe. Siue donatio ita facta ſit vt ſtatim dominium transferretur in donatarium, ſiue collata poſt mortem. : Nam priore quoque caſu licet ius patris non ſit antiquius iure donatarij, cùm vtriuſque impleatur viuo donatore, ſufficit tamen quod concurrat ius patris eodem inſtanti, vt impediat ius donatarij cum duo in ſolidum domini eſſe non poſſint, & ſemper verum ſit videri filium hoc caſu donaſſe rem quæ ex poſtfacto apparet, aut ſaltem retrofingitur ſemper fuiſſe patris. Immo ſi verum amamus an iquius eſt ius patris quippe quod ille habeat tanquam pater. Prius enim ille pater fuit, quam is cui donatum eſt fuerit donatarius. An verò è contrario di-
cendum erit valere donationem † cauſa mortis à filio- 9
familias factam de bonis aduentitius, ob id ſolùm quod hodie filiusfamilias in hoc bonorum genere ab inteſtato & hereditatem habeat & heredem ? Minimè, quia in bonis aduentitiis etſi ratio peculij & antiquum ius patris non impedit donationem cauſa mortis, alia tamen ratio eſt, quæ impediat, Nimirum quod in huiuſmodi peculio filiusfamilias non poſſit decedere cum vltima voluntate, Decederet autem cum vltima voluntate ſi poſſet decedere cum donatione cauſa mortis. Itaque omni quidem peculiorum generi, ſiue ſit caſtrenſe ſiue quaſi caſtrenſe, ſiue aduentitium,commune illud eſt vt à filiofamilias mortis cauſa donari non
poſſit, ſed alia atque alia ratione. Nam cùm duæ † ſint 10
rationes quæ donationem cauſa mortis à filiofamilias factam infirmare poſſint vt ſupra præfati ſumus, prior quidem habet locum in aduentitiis, poſterior verò in caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus. Sed etſi admittere
quis vellet conſtitutionem † Iuſtinian. quæ in aduen- 11
titiis legitimum heredem filio dedit, ad bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia porrigi oportere, non tamen eſſet bona conſecutio vt huiuſmodi bonorum donatio cauſa mortis à filiofamilias facta valeret indiſtinctè. Quid enim ſi in peculio caſtrenſi nihil eſſet præter fundum Cornelianum, quem filiusfamilias tibi donaſſet cauſa mortis defunctus poſtea inteſtatus ſuperſtite patre ? Non poſſet hoc caſu defendi donatio prætextu conſtitutionis Iuſtinianeæ, quia etiam poſt eam conſtitutionem hæc differentia ſupereſt inter patremfamilias & filiumfamilias, cùm de legitima hereditate agitur, quod paterfamilias etiamſi nulla bona moriens relinquat non eo minùs tamen & hereditatem relinquit, & heredem habere poteſt, vt ex eo apparet, quòd ſi quis vel ab eo heres inſtitutus vel proximus agnatus heredem ſe profiteri velet, vtique tenebitur de ſuo ſatisfacere creditoribus defuncti omnibus, non ſecus quàm ſi hereditas ſoluendo eſſet *l. quæ dotis. 33. D.ſolution.matrim. l. liber. 36. D. de bon. libert.* Quo enim alio iure teneretur, niſi quia heres eſt, Quomodo autem heres niſi per hereditatem ? Nimirum hereditas nomen iuris eſt non corporis, & ſine corpore intellectum iuris habet *l. hereditas. 52. D. de hered. petit. l. 3. §. 1.D. de bonorum poſſeſſ.* Lex autem duodecim tabularum cùm induxit ius hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ, nihil aliud exegit niſi vt paterfamilias is fuiſſet cuius poſt mortem hereditas duceretur. At filiusfamilias ex Iuſtinian. conſtitutione non ſimpliciter & indiſtinctè poteſt legitimam habere hereditatem, ſed in bonis aduentitius duntaxat. Ergo non niſi eo caſu quo aduentitia bona aliqua reliquerit.

Proinde

Proinde ſi nulla ſint bona aduentitia poſt mortem filij, nulla quoque erit ipſius hereditas, Non quaſi filij quoque vt & patrisfam. hereditas non conſiſtat in iure magis quàm in corpore, ſed quia bona hoc caſu exegit Iuſtin. tanquam conditionem ſine qua hereditas filij nulla eſſe poſſit. Nam nec neceſſe eſt filio familias heredem dare ſi nulla bona poſt ipſius mortem ſuperſint propter quæ dandus ſit ei heres, *l. lex Cornelia. 28. verſ. quia non efficitur. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Atqui in propoſita ſpecie ſi valeret fundi Corneliani donatio facta mortis cauſa per filium familias qui nihil aliud in peculio aduentitio habuiſſet, nulla ſupereſſent bona poſt mortem eius, quoniam perfecta donatio per mortem donatoris, res donata in dominio donatarij reperiretur, ſiue poneres ita factam fuiſſe donationem, vt ſtatim dominium in donatarium transferretur, quamuis reuocabiliter, ſiue ita vt non niſi poſt mortem donatoris ea dominij tranſlatio fieret, qui duo ſunt modi faciendæ donationis cauſa mortis, *l. 2. D. de mort. cauſ. donat. l. ſed interim. 11. cum duab. præced. D. de donat. int. vir. & vxor.* Cúmque nihil prohiberet hoc caſu quominùs donatio cauſa mortis confirmata per mortem donatoris retrotraheretur ad id tempus quo facta eſſet, videretur dominium iam ex eo die factæ donationis fuiſſe donatario acquiſitum, *l. ſi mortis. 40. D. de mort. cauſ. donat.* Nulla ergo eſſet huius filijfamilias hereditas ſi donatio iſta valeret quæ facta eſſet mortis cauſa. At rurſum ſi nulla eſſet hereditas, ſequitur vt ſaluum ſit ius antiquum patris, quale eſſet ex ratione iuris veteris ſi nihil noui Iuſtin. induxiſſet, ac proinde vt peculium aliquod ſit quod ad patrem pertinere debeat iure poteſtatis. Quòd ſi peculium aliquod eſt, patris, ergo ius in re donata, erit antiquius & potentius iure donatarij, ſecundum id quod ſupra diſputauimus ius patris incipere & perfici viuo adhuc filio, donatarij verò non niſi filio defuncto. Porrò non poteſt admitti, ius patris in re donata eſſe antiquius iure donatarij, quin hoc ipſo in irritum donatio deducatur, quia fieri nequit vt non videatur filius hoc caſu rem patris donaſſe, quippè qui eam rem donauit, quæ priuſquàm perfecta ſit donatario fauore donatarij, & reperitur in dominio patris, & ſemper patris fuiſſe intelligitur. Donatio autem alienæ rei non valet, cùm nihil donari poſſit niſi quod fiat eius cui donatur, *l. in ædibus. 9. §. vltim. D. de donat.* Verùm hic illa emergit perplexitas, quod ſi dicamus donationem hanc cauſa mortis non valere, fiet vt fundus Cornelianus qui donatus fuerat pro non donato habendus ſit, & conſequenter vt prodeſſe debeat poſt mortem filij familias ad conſtituendam ipſius hereditatem: cùm nihil aliud obſtaret quominùs hic filius hereditatem reliquiſſe dicendus eſſet, niſi quod nulla omninò bona poſt mortem ſuam reliquiſſet. Rurſus ſi admittamus aliquam hoc caſu eſſe filij hereditatem, ſequetur non poſſe ipſius bona occupari, à patre iure peculij, atque ita ſublato iure illo paterno quod vnum impedire poterat ne valeret donatio quam de peculio caſtrenſi feciſſet filiusfamilias qui vtique potuit decedere, cùm vltima voluntate, relinquitur valere donationem. Quòd cùm ita ſit, videtur hæc quæſtio eſſe ex genere τῶν ἀπόρων vt illa de qua dicebamus, *cap. 5. ſupr.* aut vt illa potiùs de qua *Afric. in l. qui quadringenta. 80. D. ad leg. falcid.* quia quicquid conſtituerimus in vtramuis partem verum, eſſe falſum reperietur. Sed in hac perplexitate longè melius eſt dicere quod volo non valere donationem hanc cauſa mortis quàm contra iuris regulas pro valida eam habere non ad alium finem quàm vt in eo quoque iuris regulæ violentur, quod filiusfamilias ab inteſtato habeat hereditatem. Nec enim contradictionem implicaret vt & donatio non valeret & filiusfamilias hereditatem haberet. An implicaret vt & donatio à filiofam. facta mortis cauſa ſine patris conſenſu valeret, & tamen nullam ille hereditatem haberet perinde atque ſi quis diceret valere donationem factam in eum caſum quo res donata aliena reperiretur, adeóque nunquam fuiſſe donatoris, *arg. l. Stichus. 39. D. de manum. teſt. l. Titio cum morietur. 51. D. de vſufr.* Neque reſponderi poſſet in eo caſu quo filius in peculio caſtrenſi nihil habuiſſet præter fundum Cornelianum quem mortis cauſa donaſſe proponeretur, eandem rationem, quæ faceret vt nulla eſſet hereditas filiifam. facturam quoque vt nullum eſſet peculium. Nam præter id quod de peculio & iure patris quærimus eo tempore quo res donata nondum penitus abſceſſit à bonis filij, hoc eſt ante perfectam eius morte donationem, ac proinde eo tempore quo non deficit res in qua peculium poſſit conſiſtere, quæ tamen nulla amplius eſt eo tempore quo incipit agi poſſe & tractari de hereditate. Dico peculium eſſe nomen iuris, quod licèt naturalem dationem requirat vt aliquod eſſe incipiat, *l. 4. §. 1. l. non ſtatim. 8. D. de pecul.* vbi tamen ſemel fuit non deſinit eſſe ob id ſolùm quod deſierit vllam habere poſſe vtilitatem, putà ſi ære alieno exhauſtum ſit, *d. l. 4. §. pen.* Itaque ſi filiusfamilias qui nihil habens in peculio caſtrenſi præter fundum Cornelianum tibi eum mortis cauſa donaſſet, idem patrem aut extraneum quemlibet teſtamento heredem inſtituiſſet iſque defuncti hereditatem adiiſſet, dubitari non oporteret quin & heres fieret, & creditoribus omnibus teneretur, quamuis eo caſu valeret donatio, *d. l. filiusfam. 7. §. vlt. D. de don.* Commutato ſcilicet peculio in hereditatem, *d. l. 2. de caſtr. pec.* quæ tamen commutatio fieri non poſſet, ſi peculium tempore mortis nullum fuiſſet. Quòd igitur peculium facto teſtamento conuerteretur in hereditatem, cur non ab inteſtato manebit peculium? Ergo etiamſi admitteremus filiumfam. hodie in caſtrenſi peculio legitimum heredem habere poſſe ab inteſtato, non ideò tamen ſequeretur valituram donationem quam de peculio caſtrenſi feciſſet, niſi eo caſu quo præter rem donatam aliquid in peculio ſupereſſet propter quod conuerti poſſet peculium in legitimam filij hereditatem: quoniam extra eum caſum nec vlla filij hereditas eſſet in bonis aduentitiis, de quibus tamen Iuſtin. conſtitutio expreſſim
locuta eſt. Illum ſemper caſum excipio quo filiusfam. † 12
mortis cauſa donauerit ex conſenſu & voluntate patris. Tunc enim ſiue caſtrenſe, ſiue aduentitium fuerit quod donatum eſt, valet donatio ſine dubio, ſed cum hac vt arbitror diſtinctione, quod ſi fuerit aduentitium, valet donatio quaſi non tam à filio, quàm à patre ipſo facta, non ſecus ac ſi filius rem peculij profectitij donaſſet. Si verò fuerit caſtrenſe valet tanquam ab ipſo filio facta, non tanquam à patre. Diuerſitatis enim ratio euidens illa eſt, quod in peculio caſtrenſi poteſt filiusfam. decedere cum vltima voluntate, non etiam in aduentitio. Item quod pater qui conſenſum præbet filiofam. vt rem caſtrenſis peculij mortis cauſa donet, hoc ipſo donare filio intelligitur, non quidem rem ipſam quæ iam eſt filij, ſed ius omne quod in ea re quandóque habere poſſet. Quidni enim hæc interpretatio capietur, cùm inter filiumfam. & patrem valeat donatio ex iis cauſis, quæ ad caſtrenſe peculium pertinent? *l. 4. l. caſtrenſe. 11. D. de caſtr. pecul.* ſicut & valeret ſtipulatio, ſi quid ex cauſa filius à patre ſtipulatus eſſet, *l. pater milite. 15. §. 1. & 2. eod.* In peculio profectitio non eadem interpretatio capi poteſt, quia nec donatio, ſiue expreſſa, ſiue tacita inter patrem & filium valeret: nec proinde poteſt videri pater conſentiendo filio, vt donaret eidem tacitè quicquam donaſſe, cui nec expreſsè dare potuiſſet. Ex qua differentia illud etiam fit, vt do-
nationem bonorum † aduentitiorum mortis cauſa fa- 13
ctam à filiofam. accedente conſenſu patris, non filius ipſe poſſit ex pœnitentia reuocare, ſed pater vt ſit vtilis reuocatio in eum caſum, quo filius viuo patre ac

in ipſius poteſtate moriatur. Donationem verò caſtrenſium, etiam cui pater conſenſum accommodauerit, non pater reuocare debeat, ſed filius vt reuocatio valeat, quamuis idem filius poſtea viuo adhuc patre moriatur: nempè quia reuocare donationem eius eſt qui donator eſt, & qui non reuocata donatione intelligeretur, cum ea vltima voluntate deceſſiſſe. Hoc verò in bonis caſtrenſibus conuenit filiofamilias non patri. In aduentitiis autem patri, non filio: nam in caſtrenſibus poteſt filiusfamilias decedere cum vltima voluntate, in aduentitiis non poteſt, vt à nobis in præcedentibus ſatis ſupérque probatum fuiſſe arbitramur. Ad hunc igitur tractatum noſtrum non pertinent eæ donationes cauſa mortis quæ viuo donatore implentur, & quæ nihil ſimile habent cum vltima voluntate. De quibus dicemus *in Err. 7. & 8. Decad. ſeq.*

ANTONII FABRI IC.
Decas Quadrageſimaquarta.

ERROR I.

De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum de num. teſtium quinario, quem in donatione cauſa mortis neceſſarium eſſe autumant.*
2 *Duos teſtes ſufficere in donatione cauſa mortis.*
3 *Donatio cauſa mortis non fit niſi inter præſentes idque per traditionem, aut ſtipulationem.*
4 *Cur plures teſtes in vltimis voluntatibus requirantur quàm in contractibus.*
5 *Donationum inſinuatio cur introducta.*
6 *Vltima voluntates inſinuatione cur non indigeant.*
7 *Ante Theodoſium ad quantumlibet vltimam voluntatem non præcisè quinque teſtes requirebantur.*
8 *Ex eo quòd donationes cauſa mortis æquiparantur legatis non ſequi, in illis quinque teſtes neceſſarios eſſe.*
9 *Ex placitis Iulij Clari & aliorum interpretum probari in donatione cauſa mortis quinque teſtes non neceſſario requiri.*
10 *Num Iuſtin. in l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. conſtituerit in donatione cauſa mortis quinque teſtes requiri, & quæ ſit d. l. ſententia.*
11 *Donationes inter viuos exceptis iis ſolis quæ in contractu matrimonij fiunt, ſine diſtinctione quantitatis, hodie apud Gallos inſinuari oportet.*
12 *In donationibus cauſa mortis in quibus quinque teſtes non interuenerunt quæ diſtinctio ſit attendenda, vt quæ valeant intelligamus.*

PERGEMVS hac Decade reliquos pragmaticorum & interpretum noſtrorum errores indicare ac refellere, qui nobiliores & frequentiores occurrunt in tractatu De donatione cauſa mortis. Inter
1 cæteros verò mihi præcipuus † ille videtur, & maioris momenti, quod volunt omnes non aliter valere donationem cauſa mortis, quàm ſi fiat præſentibus quinque teſtibus. Sic enim noſtri *ad l. vlt. per illum textum. C. de donat. cauſ. mort.* Moti non ex eo ſolùm quòd Iuſtin. *in dict. l. vlt.* hoc ipſum expreſſim conſtituere videtur, ſed ex illo etiam, quod ibidem Iuſtinianus ait donationes cauſa mortis in omnibus eſſe æquiparandas legatis, vt nulla ex parte abſimiles videantur. Certum enim eſt in quacumque vltima voluntate extra teſtamentum quinque teſtes requiri vt in teſtamento ſeptem, *l. vlt. §. vlt. C. de codic.* Idque videtur conſequens ei quod præcedente Decade tanta contentione diſputauimus, Eum qui cum vltima voluntate decedere non poteſt, nec mortis cauſa donare poſſe, quia donatio cauſa mortis, vltimæ voluntatis ſpecies eſt. Neque verò ex tot interpretibus iuris ne dicam ex pragmaticis noſtris reperias vel vnum qui de hoc dubitet. Adeò inualuit error hic in ſupremis quoque tribunalibus. Ego ſanè errorem eſſe & quidem improbabiliſſimum, auſim dicere. Etſi enim verum eſt donationem cauſa mortis ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis, propterea quòd effectus eius conferatur poſt mortem donatoris, quæ natura eſt vltimarum omnium voluntatum, nulla tamen † ratio eſt 2
cur non duo teſtes perinde ſufficere debeant, atque in donatione inter viuos ſufficerent. Generalis ſiquidem propoſitio eſt, vbi numerus teſtium non adiicitur, duos ſufficere, pluralemque elocutionem duorum numero contentam eſſe, vt ait Vlpianus *in l. vbi numerus. 12. D. de teſtibus.* Non enim nuda voluntate conſtat donatio cauſa mortis, vt cæteræ vltimæ voluntates, ſed vel traditionem requirit, vel ſtipulationem, vnde nec † niſi inter præſentes fieri dicitur, *l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat.* quia inter abſentes neque traditio, neque ſtipulatio fieri poſſet. Porrò interueniente traditione, vel ſtipulatione, de qua conſtet, quid neceſſe eſt adeſſe quinque teſtes ad probandam aut validandam donationem? Nam nec aliam ob cauſam inductum fuit vt plures † requirerentur teſtes in vltimis voluntatibus quàm in contractibus, niſi quod maius eſſet periculum comminiſcendæ falſitatis, *l. Diuus. 14. D. de milit. teſtam.* cuius tamen periculi non video quinam metus maior ſubſit in donatione cauſa mortis, quàm in donatione inter viuos, cùm idem modus ſit vtriuſque contrahendæ, ſiue per traditionem fiat, ſiue per ſtipulationem. Tantúmque abeſt, vt tot teſtes in donatione cauſa mortis interuenire olim voluerint Iureconſulti, vt illo etiam caſu, quo traditionem à donatore factam eſſe nullomodo conſtaret, ſufficere tamen vellent, quod in poſſeſſione donatarius reperiretur ad probandam non tantùm donationem, ſed etiam donationis traditionem, vt Paulus ſcribit *lib. 5. Sentent. tit. 1. §. 1.* qui locus cùm generaliter de donatione loquatur, non minùs ad mortis cauſa donationem accommodari poteſt, quàm ad eam, quæ fiat inter viuos. Sed & cùm donationum † inſinuatio introducta 5
ſit ob id tantùm, vt fraudibus via præcludatur, *l. data. 27. Cod. de donat.* quid neceſſe obſecro fuiſſet conſtitui ab Imperatore Conſtantino vt donationes cauſa mortis, non minùs quàm donationes inter viuos egerent inſinuatione, *in l. donatio. 25. eodem tit.* ſi non niſi

niſi adhibitis quinque teſtibus donatio cauſa mortis
valere potuiſſet? Ideò namque placuit vltimas volun-
6 tates † inſinuatione non indigere, quod maior numerus
teſtium, qui pro ſolemnitate in iis exiguntur, omnem
fraudis ſuſpicionem tollere videretur. Quamquam non
ignoro reſponderi poſſe ante conſtitutionem Theodo-
7 ſij † *in d.l.vlt.in fin.C.de codic.* quam ſecutus eſt Iuſti-
nianus *in l.cùm antiquitas.28. in fin. C. de teſtam. & in
d.l. vlt. C. de mort. cauſ. donat.* ac proinde Conſtantini
temporibus ita ius fuiſſe vt pauciores quàm quinque
teſtes ſufficere poſſent ad quamcumque vltimam vo-
luntatem. Primus enim Theodoſius fuit, qui numerum
illum præſcripſit, cùm antea ſatis eſſet quocumque mo-
do conſtare fidem ſiue epiſtolæ, ſiue codicillis, quibus
fideicommiſſum relictum eſſet, vt ſi manu eius ſcripti
reperirentur, licet neque obſignati, neque ab vllis teſti-
bus ſubſcripti eſſent, *l.vlt.in princ.de leg.2.* Quòd ſi nul-
la ſcriptura proferretur, probari quidem oportebat fi-
deicommiſſum per teſtes, præſertim quod nutu relictũ
eſſet, *l.nutu.21.de legat.3.l.& in epiſtola.22.C. de fideic.*
at non per quinque potiùs, quàm per quatuor aut tres,
ſed vt aliud quidlibet: Ergo per duos. Id enim eſt quod
dici ſolebat codicillos aliáſque vltimas voluntates extra
teſtamentum nullam iuris ſolemnitatem & ordinatio-
nem requirere, *§.vlt.Inſt.de codic.* An non enim iuris ſo-
lemnitas illa eſſet, & quidem maxima, ſi quinque teſtes
omnimodo requirerentur? Hoc etiam addito quod ha-
bet Theodoſij conſtitutio *in d.l.vlt. C. de codic.* vt eo-
dem tempore quinque illos teſtes adhiberi oporteat, &
prætereà cùm in ſcriptis voluntas componitur à teſti-
bus ipſis ſcripturam ſubnotari? Dices ex ea ipſa conſti-
tutione ſufficere vt quinque illi teſtes fortuitò vene-
rint, nec requiri vt fuerint rogati, quomodo in teſtamẽ-
to requiretur: Sed nihil aliud ex eo inferre poſſis, niſi,
quod equidem fateor, minorem in codicillis, quàm in
teſtamentis exigi ſolemnitatem. At non etiam vt nulla
prorſus in codicillis exigatur, vt ſcriptum eſt *in d.§.vlt.
de codic. iunct. l. Diui.6.§.1.& 2.D.eod.* vbi ob hanc cau-
ſam Marcianus ait, & plures codicillos poſſe quem fa-
cere, cùm tamen nemo poſſit decedere cùm pluribus te-
ſtamentis, & codicillantis manu neque ſcribi eos ne-
que ſignari neceſſe eſſe. Adeò vt quamuis ille in confir-
matione codicillorum adiecerit vt non alios valere ve-
lit quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen va-
leant ab eo facti codicilli, licet neque manu eius ſcripti,
neque ab eo ſignati fuerint. Quis ergo credat tot teſtes
iam olim fuiſſe requiſitos in fideicommiſſis & codicil-
lis? Et verò ſi non aliter quàm tot adhibitis teſtibus va-
lere fideicommiſſum poterat, quomodo fieri obſecro
potuiſſet, vt fideicommiſſum vllum tacitè ac in fraudẽ
legum relinqueretur? Nam & cum quis chirographo &
domeſtica cautione ſe obligaſſet ad præſtandum fidei-
commiſſum ei qui capere non poſſet, quod demum erat
tacitè fidem accommodare, *l.in tacitis. 103. de legat.1.
l.3.in princ.D.de iur.fiſc.* tametſi fiſcus ea bona pro ſuo
iure vindicare noluiſſet, an non ſemper potuiſſet dicere
is, qui rogatus erat, non poſſe ſe ex propria cautione
conueniri ad præſtandum fideicommiſſum quod nullis,
nedum paucioribus, quàm quinque teſtibus adhibitis
relictum eſſet? quódque ideo non valeret? Quòd ſi fi-
deicommiſſum ſine teſtibus fieri poterat dummodò de
fideicommittentis voluntate conſtaret, aut duo ad ſum-
mum teſtes ſufficere poterant relicto ſine ſcriptis fidei-
commiſſo, quis credat mortis cauſa donationem quan-
tumuis ſimilem vltimis voluntatibus ſine quinque te-
ſtibus fieri non potuiſſe? Alioqui ſi huius ſolemnitatis
neceſſitatem inferre velis ex eo quod olim donationes
8 † cauſa mortis æquiparabantur legatis. Perinde con-
cludes non valuiſſe donationem cauſa mortis niſi in
qua teſtes ſeptem adfuiſſent. Nec enim valebant lega-
ta, niſi quæ in teſtamento relicta eſſent, aut ſaltem in
codicillis teſtamento confirmatis, teſtamentum autem
niſi adhibitis ſeptem teſtibus fieri non poterat, quam-
uis codicilli teſtamento confirmati non maiorem ſo-
lemnitatem requirerent, quàm qui ab inteſtato facti
eſſent, proptereà quòd quæ in iis ſcripta erant ſic habe-
bantur, non quaſi in codicillis, ſed quaſi in teſtamento
ſcripta fuiſſent, *l.2. §.codicillorum l.ab inteſtato.16. ad
fin. D. de iur.codic.* Huic verò noſtræ ſententiæ, † quæ 9
negat requiri quinque teſtes in donatione cauſa mor-
tis, videtur etiam conuenire quod ex interpretibus no-
ſtris plerique ſolent diſtinguere in quæſtione illa, V-
trum donatio cauſa mortis ſit contractus an vltima vo-
luntas. Aiunt enim donationem cauſa mortis quod ad
modum & ordinationem ſcilicet dum in eſſe deduci-
tur, vt loquuntur, æquiparari contractui, ſed poſtquam
in eſſe deducta eſt quod ad effectum & efficaciam cen-
ſeri vltimam voluntatem. Sic namque ex communi no-
ſtrorum ſententia Iulius Clarus *lib.4. Sent. §. donatio,
quæſt.5.* vbi ex hoc infert, quòd ſi ſtatutum aliquod diſ-
ponat vt in contractibus conficiendis duo debeant in-
teruenire notarij, ita ſeruandum erit in donationibus
cauſa mortis, ſi verò aliud ſtatutum diſponat quòd vl-
timæ voluntates habeant executionem paratam, pariter
donatio cauſa mortis habebit paratam executionem,
quia, inquit, illud ſtatutum diſponit circa contractus,
prout ſunt in fieri, merito comprehendit donationem
cauſa mortis. Hoc autem diſponit de vltimis volunta-
tibus iam in eſſe deductis: ideò locum habet etiam in
donatione cauſa mortis: E conuerſo autem ſi ſtatutum
diſponeret, quod in vltimis voluntatibus conficiendis
deberent interuenire duo notarij, non comprehende-
ret donationem cauſa mortis. Verba ſunt Clari ex qui-
bus clarè apparet, non poſſe igitur exemplum vltima-
rum voluntatum facere vt in donatione cauſa mortis
debeant interuenire quinque teſtes. Pertinet enim ea
res ad modum & ordinationem donationis cauſa mor-
tis dum in eſſe deducitur, non ad effectum & efficaciam
ipſius iam in eſſe deductæ, vt & exemplum illud probat,
quod idem Clarus adfert ex ſtatuto. Illud ergo dumta-
xat pro interpretibus facit, quod Iuſtinianus † hoc ip- 10
ſum conſtituiſſe videtur *in d.l.vlt.C.de donat.cauſ.mort.*
vt in donatione cauſa mortis, ſicut in alia qualibet vl-
tima voluntate quinque teſtes omnimodo requirantur.
At reſpondeo non ita eſſe accipiendam eam conſtitu-
tionem, ſed ſic potiùs, vt abrogata lege Conſtantini *in
d.l.donatio.25.C. de don.* quæ donationes omnes etiam
cauſa mortis factas inſinuari præceperat, hodie valeat
donatio cauſa mortis etiam non inſinuata, & defenda-
tur tanquam alia quælibet vltima voluntas nullam exi-
gens inſinuationis ſolemnitatem. Si modò in vicem in-
ſinuationis adſit ſolemnitas alia quinque teſtium, quæ
in alia qualibet vltima voluntate requireretur. Nam
cùm nec aliam ob cauſam inducta ſit inſinuatio, niſi vt
fraudibus via præcluderetur, quemadmodum diximus,
quis metus fraudis ſubeſſe poteſt cùm quinque teſtes
adhibentur? Ac ſanè cùm poſt generalem illam Con-
ſtantini legem de donationibus omnibus inſinuandis,
nullo alio iuris colore potuerit conſtitui vt donatio
cauſa mortis ea in re à donatione inter viuos ſeparare-
tur, quàm quod proximè accedat ad naturam vltimæ
voluntatis, non potuit Iuſtinianus eam Conſtantini
legem in donationibus cauſa mortis hoc prætextu ab-
rogare, quin eam ipſam ſolemnitatem adhibendorum
quinque teſtium in iis induxerit, quæ iam tum à
Theodoſio inducta erat in omni vltima voluntate.
Conſequens igitur eſt, vt ſi talis ſit donatio cauſa mor-
tis, quæ etiamſi inter viuos eſſet, valeret tamen citra
inſinuationem, puta non excedens ſummam quingen-
torum ſolidorum, *l. ſi quis argentum, Codic. de do-
nat.* non eo minùs valere debeat, quòd non habeat
quinque teſtes, Alioquin fatendum eſſet factam de-

quod mortis cauſa donatio præſenti tantùm fiat, inter viuos autem etiam abſenti ex *l. nec ambigi. 6. Cod. de don. l. abſenti 10. iunct. l. 4. D. eod.* Itaque ſi quando
4 dubitetur † an donatio ſimpliciter quidem facta: ſed tamen adiecta mortis mentione donatio inter viuos dicenda ſit, an donatio cauſa mortis, ſolent illi ad hanc diſtinctionem recurrere an præſenti facta ſit, an abſenti, vt poſteriore caſu cenſenda ſit donatio inter viuos, po-
5 ſteriore verò cauſa mortis. Fateor ego ita † olim ius fuiſſe vt mortis cauſa donationem præſenti donatario fieri oporteret. Sed dico nullam fuiſſe vnquam hac in re inter donationes differentiam, nec hodie vllam eſſe, ſed in abſentem quoque tam inter viuos quàm mortis cauſa donationem hodie conferri poſſe. Idque mecum fatebitur quiſquis rationem intelliget cur olim donatio cauſa mortis in abſentem conferri non poſſet. Ratio illa eſt, quam in præcedentibus inculcare ſæpius
6 coacti ſumus, quod olim donatio † non aliter fieri poſſet, quàm interueniente traditione vel ſtipulatione, vt Iuſtinianus refert in *l. ſi quis argentum. 35. §. ſed ſi quidem Cod. de don.* & conſtat ex *l. Papinianus 23. D. de donat. inter virum & vxor.* At neque ſtipulatio neque traditio poterat fieri inter abſentes *l. 1. D. de verb. obligat.* Niſi cùm fiebat per interpoſitam perſonam vt in *l. 4. D. de donat.* puta ſi quis donans abſenti mitteret nuncium qui ei ferret, aut quod iam donatarius ipſe penes ſe haberet, ſibi eum habere iuberet *dict. l. abſenti*
7 *10. D. eod.* His enim caſibus † nihil prohibebat quominus abſenti poſſet donari, etiam perfecta per traditionem donatione, ſiue quod inter præſentes fieri traditio videretur per miniſterium interpoſitæ perſonæ, ſiue quod eo caſu quo donatæ rei poſſeſſio iam penes donatarium eſſet, iuſſus ille donatoris vt ſibi eam rem donatarius retineret pro traditione habendus eſſet. Neque aliud iuris in donatione mortis cauſa fuiſſe exiſtimandum eſt, aliud in donatione inter viuos. Etſi enim ſupradicti loci ſunt de donatione inter viuos, dubitandum tamen non eſt, quin mortis quoque cauſa donatio iam olim potuerit ita fieri abſenti, ſi vel per nuncium res quæ donabatur ad eum ferenda mitteretur, vel is cui donabatur, id ipſum quod iam penes ſe habebat ſibi retinere iuberetur: vt probari poteſt ex *l. cùm pater. 77. §. Manio de legat. 2.* in cuius ſpecie dubitandum non eſſet quin donatio cauſa mortis valeret quamuis in abſentem collata, ſi mandatarius cuius perſona interponebatur ad tradendum viuo donatore eodemque mandatore, quod ei debebat ſoluiſſet donatario: cùm & valeat donatio facta per mandatarium ſolutione poſt mortem eam mandatoris, ſi modo eam mandarius ignorabat, vt ſcripſimus in Errore tertio Decadis præcedentis. Item ex *l. quod bonis 15 in prin. D. ad l. falcid.* vbi donatio cauſa mortis etiam remiſſo per nudum pactum debito facta proponitur. Non quod olim iam eſſet receptum in donatione cauſa mortis vt nudo pacto fieri poſſet, quomodo quidam putant, ſed quia cùm debitor iam penes ſe haberet id quod debebat, nec tantum poſſeſſionis ſed etiam dominij iure *l. 1. D. de liber. legat.* nulla alia traditione indigebat donatio vt perficeretur, niſi vt debitor idipſum quod debebat ſibi retinere iuberetur, quod cùm nuda voluntate creditoris fieri poſſet, multo magis pacto nudo: Nulla igitur fuit olim differentia hac parte inter donationes inter viuos & cauſa mortis, & quibus caſibus abſenti potuit donari inter viuos, potuit etiam donari cauſa mortis, ac vice verſa quibus non potuit donari abſenti inter viuos, nec mortis cauſa potuit. Bene autem Bart. in *d. l. nec*
8 *ambigi. 6. Cod. de donat.* eas demum † donationes inter abſentes fieri poſſe ait quæ à traditione incipiunt. Nam ad has pertinent exempla illa ſuperius allata, non ad illas quæ incipiunt à ſtipulatione quoniam ſtipulatio inter abſentes contrahi numquam poteſt,

l. 1. D. de verb. oblig. l. 3. Codice de inutil. ſtipulat. quamquam in iis quoque donationibus quæ à traditione incipiunt notatu dignum illud eſt quod ait Paulus in *dict. leg. abſenti*, ſi donatarius neſciat rem quæ apud ſe eſt ſibi eſſe donatam, vel miſſam ſibi non acceperit, non fieri eum dominum rei donatæ, etiamſi per ſeruum eius cui donabatur ei miſſa fuerit, quia concurrere oportet voluntatem † vtriuſque, id eſt tam do- 9
natarij quàm donatoris ad perficiendam donationem, ſiue inter viuos illa ſit ſiue mortis cauſa. Ideóque ſubiungitur meritò ea exceptio † in *dict. leg. abſenti. Niſi* 10
ea mente ſeruo eius data fuerit vt ſtatim eius fiat. Etſi enim dici ſolet liberalitatem nolenti acquiri non poſſe *l. hoc iure 19. §. non poteſt eodem titul.* cùm tamen traditio animo donandi fit ei per quem etiam inuitis nobis acquiratur, quod contingit quoties ſeruus quem in poteſtate habemus, vel ſtipulatur, vel aliquid per traditionem accipit etiam inuitis nobis, id nobis quoque inuitis acquiri neceſſe eſt *l. etiam inuitis 320. de acquirend. rerum dominio l. ſeruus vetante 62. De verborum obligation.* Proinde cùm donator rem donatam tradit ſeruo donatarij, ſufficit ad ſtatim transferendum dominium in donatarium vt ea mente donator rem tradat, nec prætereà exigimus donatarij voluntatem. At cùm hodie placeat donationem † quamlibet poſſe fieri 11
etiam pacto nudo ex Iuſtiniani conſtitutione in *dict. l. ſi quis argentum §. ſed ſi quidem*, nec minùs donationem cauſa mortis quàm inter viuos, vt omnes noſtri concludunt in *dict. §. Manio l. cùm pater 77. de legat. 2.* quamuis parum probabiliter vt ſequenti capite diſſeremus. Dico quod miror non iam omnes dixiſſe, Illud etiam conſequens † fieri ſi opinionem interpretum 12
pro lege habere velis, vt hodie donatio quælibet ſiue inter viuos facta ſit, ſiue mortis cauſa, in abſenté cóferri poſſit: nec tátùm iis caſibus quibus olim, ſed & aliis omnibus in quibus placet pactum inter abſentes contrahi poſſe. Cùm enim pactum nihil aliud ſit quàm duorum pluriúmve in idem placitum & conſenſus *l. 1. D. de pact. l. 3. D. de pollicit.* certum eſt poſſe illud fieri etiam inter † abſentes & per epiſtolam aut per nun- 13
cium *l. 2. D. de pact. l. qui autem. 14. §. vltim. D. de conſtit. pecun. l. 1. §. vltim. de contrah. empt.* Quid ergo impediet quominus hodie donatio etiam mortis cauſa fiat abſenti, quoties fit nudo pacto? Neque tamen illud ſtatim conſequens eſſe arbitror, quod interpretibus noſtris vulgo placet, ſi quis in teſtamento † dixe- 14
rit ſe alicui donare, qui tum præſens reperiatur, cenſendam eam donationem cauſa mortis potiùs, quàm vel legatum vel fideicommiſſum, quaſi pacto interueniente, cùm præſenti donatur etiam tacenti, vt ſupradicto loco Clarus tractat poſt Bart. & alios ibi citatos & quæſt. 14. numer. 5. verſicul. ſed pone. Nam vt verum ſit quod illi volunt, non eſſe conſenſum præſumptum ſed verè ac propriè pactum quoties promiſſio fit præſenti & tacenti, de quo tamen dubitari ſatis poteſt, ne alioqui conſequens fiat pollicitationem non valere poſſe iure pollicitationis, niſi quæ ſit facta abſenti, quod non probo, non eſt bona conſecutio ſi quis ex eo inferat pacti vel donationis iure cenſeri debere voluntatem omnem quæ teſtamento collata ſit in præſentem. Etſi enim legatorum & fideicommiſſorum ea natura eſt vt abſenti quoque dari poſſint, nihil tamen vetat ea dari etiam præſenti vt ex eo apparet quod placet etiam legatarios & fideicommiſſarios ſolenni teſtamento ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem factum ſit, teſtes adhiberi poſſe *§. legatarius. Inſtitut. de teſtament. ord.* Nec quod teſtator donationis verbo vſus ſit, excludit interpretationem relicti legati, vel fideicommiſſi, cùm & legatum † & fideicom- 15
miſſum donatio bene dicatur *l. legatum eſt donatio 32. l. miles ad ſororem 75. in princip. l. cùm pater 77.*

§ donationis de legat.2.l.ſi donatio.5.vbi Bartol.C.de don. l. ex hac ſcriptura. 16. *D. eod.* Idque meo iudicio indubitatum eſt, quoties donandi verbo quis vſus eſt in eo actu, in quo legata vel fideicommiſſa relinqui ſolêt, vt in teſtamento vel codicillis. Tunc enim vix credibile eſt donatorem de donatione ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos facienda cogitaſſe, quæ nec in teſtamento, nec in codicillis fieri vel ſolet, vel poteſt. Teſtamento-
16 rum † ſiquidem vſus inductus eſt propter hereditates & legata, codicillorum verò propter fideicommiſſa. Donationum verò cauſa mortis ſeparata conditio eſt, vt & donationum inter viuos, cúmque olim non niſi traditione vel ſtipulatione interueniente fieri ſolerent, non erat in poteſtate donatoris facere, vt ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donaſſe videretur, ſi neque traditio, neque ſtipulatio interueniſſet, quarum neutra ſanè fit per teſtamentum neque per codicillos: vt neque pactum. Eſſent enim omnes iſti actus alieni ab actu teſtandi, cum is qui teſtatur nihil minùs agat quàm vt paciſcatur. Et
17 quamuis non ignorem placere vulgò interpretibus † poſt Accurſ. *ad l.heredes palam.*21.*§.vlt. D.qui teſtam. facer. poſſ.* etiam contractum poſſe fieri in teſtamento, præſertim donationem & venditionem, quarum exempla adfert Accurſius, nunquam tamen dubitaui quin falſa eſſet ea opinio, quamquam communiter ab interpretibus adprobata, vt Iulius Clarus atteſtatur *libro* 4. *ſent.§. teſt. qu.*75. Pugnat enim manifeſtiſſimè cum *d. §.vlt.* vbi ſcriptum eſt vno contextu actus teſtari oportere. Vno autem contextu teſtari nihil aliud eſſe, quàm nullum actum alienum teſtamento intermiſcere, id eſt, vt ſequentia explicant, non qui repugnet teſtamento, ſed quòd ad teſtamentum non pertineat. Quid verò commune eſt contractibus adeóque donationi ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis, cum iure teſtamenti vt ad ius teſtandi pertinere videantur? Aut ſi quid commune eſt, cur Vlp. *in l.verba.*20. *de verb.ſignific.* ſcribit verba *contraxerunt*, *geſſerunt*, ad teſtandi ius non pertinere? Sed apertior pro nobis contra interpretes textus eſt & qui nullum dubitationi locum relinquit, *in l.cum antiquitas.*28.*in princ.C. de teſtam.* vbi non ſolùm refert & probat Iuſtinianus veterem illam iuris regulam, quæ vult præciſè nullo actu interueniente fieri teſtamentum, ſed eam quoque ita interpretatur vt nihil omninò debeat intercedere, quod ſit ſuperfluum, & vt idem ille interpretatur, quod minimè ſit neceſſarium ad teſtamentum. Quis autem dicat neceſſarium eſſe ad teſtamentum vt quis contrahat, vel donet inter viuos aut cauſa mortis, id eſt res ſuas tradat, vel ſtipulanti promittat? Fuitque apud veteres tantæ obſeruationis & ſuperſtitionis ea regula vt opus fuerit Iuſtiniani conſtitutione illa, ad faciendum vt ſi quid neceſſarium euenerit ipſum corpus laborantis reſpiciens, id eſt vel victus neceſſarij vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impoſitio, quibus relictis ipſa ſanitas teſtatoris periclitetur, vel ſi quis neceſſarius naturæ vſus ad depoſitionem ſuperflui ponderis immineat, vel teſtatori vel teſtibus, non idcircò confirmetur teſtamentum. Quantò minùs ergo paſſi fuiſſent prudentes valere teſtamentum in quo eſſet intermixtus contractus? Nec ad
18 rem facit quod in † teſtamento fieri poteſt adſignatio liberti, quæ tamen neque legatum neque fideicommiſſum eſt, ob idque & extra teſtamentum fieri poſſet, *l.*1. *§.adſignare & l. adſig.* 17. *D. de adſign. libert.* quo vno argumento interpretes noſtri vti ſolent. Nam cùm adſignare libertum nihil aliud ſit quàm teſtificari, cuius ex liberis poſt mortem patris libertum eum eſſe pater voluiſſet, *l.adſignare.*107. *de verb. ſign.* in teſtamento autem pater de libertis ſuis perinde ac de aliis ſuis bonis diſpoſuerit, aut melius dicam de iure quod in libertos habet id eſt de iure patronatus (liberti enim cùm ſint liberi extra commercium ſunt, ideóque nec legari nec per fideicommiſſum relinqui poſſunt, vnde eſt quòd aſſignatio ipſa liberti neque legatum neque fideicommiſſum eſt) quid obſecro impedit quominùs aſſignatio liberti poſſit fieri in teſtamento? vt & confeſſio facta in teſtamento vel in codicillis, de qua *l.cum quis decedens.*37.*§.codicill. de leg.*3. quæ confeſſio non contractus, ſed probatio eſt, aut cur videri debeant actus illi alieni à teſtamento? an fortè aliquid ſimile habet contractui, vel donationi, quæ traditionem requirit aut ſtipulationem nuda teſtificatio voluntatis? Planè poſſit quis hodie probabilius † fortaſsè contendere donatio- 19
nem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa in teſtamento aut in codicillis fieri poſſe, poſtquàm placuit Iuſtin. *in d.l.ſi quis argentum,§.ſed ſiquidem,C.de don.* vt donatio neque ſtipulationem neque traditionem requirat vt olim: ſed contenta ſit nuda teſtificatione voluntatis, non minùs quàm adſignatio liberti. Sic namque accipienda mihi videtur ea conſtitutio Iuſtiniani, non vt poſſit hodie fieri donatio nudo pacto, quomodo ab interpretibus vulgò accipitur, ſed vt non minùs etiam citra pactum quàm citra ſtipulationem. Nec enim Iuſtinianus meminit eo loco pacti nudi, at neque pollicitationis, quæ minùs eſt quam pactum, *d l.*3. *D.de pollicit.* ſed exigit tantùm vt donator voluntatem ſuam teſtificatus ſit quod donare velit, aut vt Iuſtiniani verbis vtar: *Quod donare inſtituit*, vt ex nuda illa voluntatis ſuæ teſtificatione poſſit ille conueniri ad rem tradendam, nec tantùm ipſe, ſed & heredes eius, nec rurſus donatario dumtaxat ſed etiam heredibus donatarij, idque conditione ex lege illa Iuſtiniani. Quòd ſi quælibet voluntatis teſtificatio ſufficit ad donationem, nulla iam ratio ſubeſſe videtur quare non poſſit fieri in teſtamento ſicut & aſſignatio liberti, itémque pignus, de quo ſcribit Vlpian. *in l.non eſt mirum.*26. *D.de pign.act.* poſſe illud conſtitui etiam teſtamento, eiúſque pignoris exempla ſunt *in l. cum prater.*8.*§.ſi vni.*15. *D. de tranſact. l. fundus.*9. *D.de ann.legat. l. Lucius.*12. *D. de alim.legat.l.*1. *C.commun.de legat.* ex quibus tamen locis apparet non de illo pignore † intelligi hoc debere quod ſit contra- 20
ctus, qui re perficitur, de quo *in l.*1.*§.creditor D de obligat. & action.* vt malè putant noſtri qui ex illo etiam loco probare vulgò ſolent contractum fieri poſſe in teſtamento, (is enim non magis qui quam contractus alius quilibet fieri poteſt in teſtamento quin vitiet teſtamentum) ſed de obligatione quæ nuda teſtatoris voluntate ſine contractu & ſine traditione conſtituatur, iure ſcilicet vltimæ voluntatis. Quidni enim liceat teſtatori res ſuas citra traditionem obligare teſtamento, quas & ſine traditione poſſet alienare? An cui quod plus eſt licet denegabitur quod longè minùs eſt? Denique pendet hoc ex lege duodecim tabularum quæ non tantùm inſtitutiones heredum & legata confirmauit ſed etiam quamlibet aliam vltimam patrisfamilias voluntatem, dummodò per modum legis hoc eſt verbis imperatiuis declaratam, Verbis nimirum illis generalibus, *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit ita ius eſto l. verbis legis.*120.*de verb.ſignific.* Atque ita eſſe vt tale pignus non iure contractus cenſeri debeat, ſed iure vltimæ voluntatis, ex eo apparet, quod dubitandum non eſt, quin neque teſtatore viuo incipiat, neque poſt mortem aliter competere poſſit creditori vel legatario, quàm ſi teſtator in eadem deceſſerit voluntate, quod vtique falſum eſſet, ſi contractus pignoris initus intelligeretur. Pignus enim ſemel conſtitutum tamdiu durat, quandiu pecunia ſoluta non eſt, adeóque quod magis eſt, etiam perſonali obligatione ſubmota & extincta, vt *in l.*2. *C. de luit.pign. l.grege* 13.*§.etiam D. de pign. l.ſi rem.*9.*§.omnis de pign.act. l.debitor.*59. *D.ad SC.Trebel. l.penult. D.de except.rei iudic.* Et verò cùm nullus contractus † eſſe poſſit aut intelligi ne quidem tacitus ſine 21
conſenſu ſaltem tacito duorum *l.* 1. *D. de pact. l. in omnibus*

omniqu rebus 55. *l. in omnibus negotiis* 57. *D. de oblig. & action.* fatendum eſt neque contractum pignoris, neque alium vllum fieri poſſe in teſtamento, quin non ſolùm alienus teſtatoris intermiſceatur, ſed etiam quod abſurdius eſt aliena perſona eius ſcilicet qui contraheret cum teſtatore. Cùm igitur Iuſtinianus conſtituerit vt hodie donatio poſſit fieri quacunque teſtificatione voluntatis, etiam abſente donatario (nam neque donatarij præſentiam vlla conſtitutionis Iuſtinianeæ pars requirit) an dicemus conſequens eſſe vt hodie poſſit fieri donatio in teſtamento. Exemplo adſignationis liberti & pignoris? Non puto. Pertinet enim Iuſtiniani
22 conſtitutio † ad donationes inter viuos duntaxat vt ſequenti capite probauimus, quarum proprium ius illud eſt, vt ſint neceſſariò irreuocabiles. Nemo autem poteſt eam ſibi legem dicere, vt à voluntate illa quam teſtamento declarauerit recedere nunquam poſſit. *l. ſi quis in principio* 22. *de legat.* 3. *l. Diui* 6. §. *licet D. de iur. codicill.* Ergo ſi quis in teſtamento dixerit ſe alij donare ſimpliciter, non donatio inter viuos vel mortis cauſa, quamuis præſenti donatum ſit facta eſſe intelligetur, ſed relictum legatum vel fideicommiſſum: ſi verò id etiã teſtator addiderit donare ſe inter viuos vel cauſa mortis, nihil egiſſe videbitur, ideſt neque donaſſe vel inter viuos vel mortis cauſa, quia eo modo non potuit neque legatum aut fideicommiſſum reliquiſſe, quia hoc non voluit, quamquam poterat ſi voluiſſet, vt & in *l. quoties* 9. *D. de hered. inſtit.* Sed fiet hoc apertius ex his quæ iamiam dicturi ſumus.

ERROR III.

De donatione cauſa mortis per pactum nudum.

SVMMARIA.

1 *Ex communi omnium interpretum ſententia, Donatio mortis cauſa nudo pacto hodie fieri poteſt.*

2 *Iuſtiniani conſtitutionem in l. ſi quis argentum. §. ſed ſi quidem. Cod. de donat. vnde interpretes ſtabiliunt ſententiam, non niſi ad donationes inter viuos pertinere.*

3 *Rationem conſtitutionis ad ſolas quoque inter viuos donationes pertinere.*

4 *Ex eo quod Iuſtinianus in fin. d. l. dat donatarij heredibus actionem colligi eum de donatione mortis cauſa non ſenſiſſe.*

5 *Quod dixit Iuſtinianus donatoris heredes cogi poſſe ad tradendam rem donatam condictione ex lege, pertinere ad illum tantum caſum quo donatarij heres haberet actionem, id eſt, ſi facta fuiſſet donatio inter viuos.*

6 *Secundum ius vetus Actiones, neque ab heredibus incipere poſſunt, neque contra heredes, ideóque quod dixit Iuſtin. in d. l. de actione danda aduerſus heredem donatoris non poteſt intelligi de donatione mortis cauſa.*

7 *Ex pacto nudo donationis non poteſt agi contra heredem donatoris, eo modo quo agi ex ſtipulatione.*

8 *Donator cauſa mortis nulla actione compelli poteſt vt donationem à ſe factam impleat: multò minus eius heres.*

9 *Quænam ſpecialia inducantur ſi conſtitutio Iuſtiniani ad mortis cauſa donationes porrigatur.*

10 *Iuſtiniani conſtitutionem non pertinere ad donationem cauſa mortis.*

11 *Iuſtiniani conſtitutionem locum non habere in donatione præſumpta.*

12 *Donationem cauſa mortis iam olim nudo pacto fieri potuiſſe falſò à quibuſdam aſſeri.*

Constans vox eſt interpretum † omnium, & conſequenter pragmaticorum noſtrorum, Donationem cauſa mortis hodie nudo pacto fieri poſſe ſicut & donationem inter viuos ex Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed ſi quidem Cod. de donat.* Sic enim noſtros vulgo ſentire poſt Accurſium ad *l. cum pater.* 77. §. *Mania. in verb. donabat. de legat.* 2. eámque eſſe communem opinionem interpretum teſtatur Iulius Clarus relatis multis *lib.* 4. *ſentent. in* §. *donatio. quæſt.* 14. *num.* 2. Non quod putent verba conſtitutionis adeò eſſe generalia, vt vtrique donationis generi conueniant, ſed quia nullam vident ſubeſſe rationem diuerſitatis, cur aliud hoc caſu dici debeat in donatione cauſa mortis, quàm in aliis donationibus quæ inter viuos fiunt, vt Clarus ratiocinatur. Mihi videtur in hac quæſtione quæ non ad iuris rationem ſed ad ſolam Iuſtinianeæ conſtitutionis interpretationem pertinet, non de alio quærendum eſſe quàm quid Iuſtinianus conſtituerit & conſtituere voluerit, neque valde laborandum an eadem ſit ratio vtriuſque generis donationum ſi verba conſtitutionis ad alterum duntaxat genus donationis accommodari poſſint, earum ſcilicet quæ fiunt inter viuos. Sed tamen ex verbis ipſis Iuſtiniani ſi bene perpendantur apparebit manifeſtiſſimè, non ſolùm de donationibus inter viuos duntaxat ſenſiſſe Iuſtinianum, ſed etiam longè diuerſam eſſe rationem donationum cauſa mortis, vt proinde idem in iis quod in cæteris conſtituere Iuſtinianus neque debuerit, neque iuris aut æquitatis colore aliquo potuerit. Verba conſtitutionis † non niſi ad donationes inter viuos pertinere, ex eo intelligimus, quod Iuſtinianus vnum conſtituit, vt is qui donare ſe dixit, licèt neque rem donatam verè ficté ve tradiderit, neque ſtipulanti donatario promiſerit, cogatur tamen tradere, ac traditionem quam facere ſe teſtificatus ſit adimplere non minùs quàm ſi ſtipulanti promiſiſſet. Arqui certum eſt donatorem cauſa mortis, tum quoque cùm ſtipulanti promiſit, cogi non poſſe vt tradat præſtétve quod promiſit, quia ex eiuſmodi donatione nulla naſcitur exactio: niſi poſt mortem promiſſoris. *l. mortis cauſa donatio.* 34. *D. de mortis cauſ. donat.* quia cùm is qui mortis cauſa donat, malit ſe habere quàm donatarium. *lege primal. Senatus* 35. §. *ſed mortis. eodem titul.* fieri nullomodo poteſt vt ex cauſa huiuſmodi donationis viuus donator à donatario inquietetur, cùm neque perfecta videatur donatio priuſquàm mors inſecuta ſit donatoris. *l. non videtur.* 32. *eodem.* Accedit quod Iuſtinianus non aliter donationem ita factam valere patitur quàm ſi ſit inſinuata, cùm ſtatutam & legitimam ſummam excedat. Arqui donationes inter viuos ſolæ illæ ſunt quæ inſinuationem requirunt non etiam donationes cauſa mortis. *l. vltim. Cod. de donation. cauſa mort.* Ad ſolas igitur donationes inter viuos non ad cæteras ea conſtitutio pertinet: ſicut & ratio † ipſa conſtitutionis, quæ alia non eſt, quàm quod ſicut in arbitrio donatoris erat, priuſquam donaret, an donare vellet, ita poſt factam donationem in eiuſdem poteſtate eſſe non debeat propoſitum ſuum defraudare: quod ipſum quid aliud eſt quàm donationem ſemel factam priùs etiam quàm impleta ſit irreuocabilem eſſe oportere? At hoc non conuenit niſi donationibus inter viuos, vt ſint irreuocabiles. Donationes enim cauſa mortis adeo reuocabiles ſunt, vt ſi fiant ea lege, ne vnquam reuocentur, tranſire exiſtimentur in donationes inter viuos *l. vbi ita donatur.* 27. *l. Seia.* 42. §. *vltim. D. de mort. cauſ. donat.* Et verò quid prodeſſet ita ius conſtitui vt donator cauſa mortis rem donatam tradere cogeretur, cùm traditam quoque poſſet pro arbitrio quandocunque reuocare *l. ſi alienam* 13. *l. mortis cauſa.* 16. *d. l. Senatus.* 35. §. *ſed mortis. eod.* An non melius eſt ac tolerabilius inanem eſſe ſolam donationem ſine traditione, quàm inanem

nem quoque fieri traditionem quæ ſecuta ſit ex dona-
tione? Aut quid abſurdius quàm in donatorem inui-
tum dare actionem donatario, qui acceptam rem poſtea
non poſſit inuito donatore retinere? Adde quod in fi-
4 ne † conſtitutionis Iuſtinianus contra donatorem dat
actionem non tantùm donatario, ſed etiam donatarij
heredibus. Ergo etiam illo caſu, quo donatarius deceſ-
ſerit viuo donatore: Quo tamen caſu conſtat dona-
tionem cauſa mortis ipſo iure intelligi reuocatam. *dict.
leg. ſi alienam* 13. §. 1. *eod. Inſtit. de donat.* Quemadmo-
dum enim donator cauſa mortis mauult ſe habere quàm
donatarium, tametſi donatarium malit habere quàm
heredem ſuum. Ita & mauult heredem ſuum habere
quàm heredem donatarij, ſi donatarius ipſe nunquam
habuerit, cuius vtique ſolius perſonam intuetur, in-
certus ſcilicet donationis tempore quem heredem do-
natarius aliquándo ſit habiturus. Ex his igitur apparet
verba conſtitutionis ad donationes cauſa mortis ac-
commodari nullo modo poſſe. Cur ergo poteſtatem &
ſententiam conſtitutionis ad eas accommodabimus?
5 Nam quod iiſdem poſtremis verbis legis ſcriptum †
eſt non tantùm donatorem, ſed etiam ipſius heredes
cogi poſſe ad tradendam rem donatam condictione ex
ea lege, cùm poſitum ſit in eadem clauſula & oratione
in qua donatarij quoque heredibus eadem actio accom-
modatur, apparet ſatis debere aptari ad eum ipſum ca-
ſum in quo donatarij quoque heres haberet actionem,
vt æqualis fiat determinatio ex vulgari brocardico do-
ctorum ad *l. 4. D. de vulgar.* Atquin inauditum eſt do-
natarij heredibus dari actionem contra donatorem
ipſum, ſi donatio fuit cauſa mortis, vt proximè dixi-
mus. Ergo neque in donatoris heredem hoc caſu dabi-
tur. Contra quem tamen neceſſe eſſet dari, ſi poſt eam
conſtitutionem valeret donatio cauſa mortis, etiam in
qua nec traditio, nec ſtipulatio interueniſſet. Nam cùm
iam diximus donatorem ipſum cogi non poſſe vt rem
tradat, quam non niſi poſt mortem ſuam adeóque re-
uocabiliter donatam voluit, fatendum neceſſariò eſt
vel inutilem prorſus eſſe donationem, vel actionem,
dari in heredem donatoris vt tradat, quaſi perfecta iam
per donatoris mortem donatione. Porrò in tota ea lege
nihil eſt vnde colligi poſſit eam Iuſtiniani mentem eſſe,
vt heredem donatoris teneri velit eo caſu quo ipſe do-
nator quandiu vixit non potuerit conueniri. Quinimò
noluiſſe illum vt donatoris heredem conuenire poſſet
donatarius niſi eo caſu quo donator ipſe conueniri po-
tuiſſet, intelligimus ex eo quod incipit Iuſtinianus à
donatore, vt in eum dari debeat condictio ex lege [illegible]
hoc vt rem tradere compellatur. Deinde quaſi poſſet
adhuc dubitari an ſi donator viuus eo nomine conuen-
tus non fuiſſet, eadem actio contra ipſius heredem da-
ri deberet, ſiue quòd non ſit nouum vt in heredem non
detur actio, quæ contra defunctum dari potuiſſet. *l.
in honorariis.* 35. *D. de obligat. & action.* ſiue quòd ea
ratio, quæ mouit Iuſtinianum vt actionem daret con-
tra donatorem non habeat locum in donatoris herede
qui nihil donauit, Ne quis huic dubitationi locus ſu-
pereſſet, ſubiunxit Iuſtinianus velle ſe vt ea actione
non tantùm donator, ſed etiam ipſius heres teneatur,
ſcilicet in conſequentias tanquam in quem tranſmitti
ſoleant cæteræ quoque actiones in defunctum compe-
tentes. Tantum abeſt vt voluerit Iuſtinianus poſſe
actionem hanc incipere à donatoris herede, vt contra
eum dari debeat actio, quæ non potuerit dari contra
ipſum donatorem. Ac ſanè ſi hoc conſtituere in mor-
tis cauſa donationibus Iuſtinianus voluiſſet, digna res
erat, de qua ſpecialiter aliquid exprimeret. Iuris enim
6 veteris regula conſtans & perpetua fuit, actiones † ne-
que ab heredibus incipere poſſe, neque contra heredes,
nequidem contemplatione ſtipulationum, cætera-
rúmque cauſarum poſt mortem conceptarum, vt idem
Iuſtinian. teſtatur in *l. vnic. Codice vt action. ab hered.
& contr. hered. incip.* Ergo neque contemplatione do-
nationum cauſa mortis quæ proculdubio continentur
numero earum diſpoſitionum quæ conceptæ ſunt poſt
mortem cùm donatoris mortem inſecutam eſſe neceſſe
ſit priuſquam confirmentur, *d. l. non videtur.* 32. &
d. l. Seia. 42. §. *vltim D. de donat.* Ideóque Marcel-
lus in *d l. mortis cauſa.* 34. *eodem.* non ſic loquitur vt
dicat interpoſita ſtipulatione mortis cauſa incipere
Actionem poſt mortem promiſſoris, ſed ait incipere
exactionem, quæ non actio eſt ſed effectus actionis,
Actio enim iuris eſt, exactio facti. Actio ex ſtipulatio-
ne interpoſita animo donandi cauſa mortis naſcitur
quidem viuo promiſſore eodemque donatore, ſed non
exactio, quia erit actio ſine effectu, ſi à donatario con-
ueniatur vnus donator, quippe qui donationis quan-
documque pro arbitrio reuocandæ habeat poteſtatem,
vt neque vlla egeat exceptione donator ad ſummouen-
dum donatarium quaſi præmaturè agentem, cùm ad in-
firmandam donationem ſufficiat quod donator eam va-
lere nolit. Etſi autem ſupradictam iuris regulam Iuſti-
nianus abrogauit in *d. l. vnica. Codice vt action. ab he-
red.* inducto eo, vt actiones hodie poſſint incipere &
ab heredibus & contra heredes, nondum tamen abro-
gauerat eo tempore quo facta eſt conſtitutio, de qua
in *d. l. ſi quis argentum*, vt conſtat ex ambarum legum
ſubſcriptione. Nam lex ſi quis argentum ſubſcripta eſt
Lampadio & Oreſte Conſulibus 530. Illa vero lex
vnic. ſubſcripta eſt poſt Conſulatum Lampadij & Ore-
ſtis 531. & ſic poſterior eſt anno vno. Inde igitur for-
tiſſimum argumentum ſumitur conſtitutionem Iuſti-
niani in *d. l. ſi quis argentum.* ſicuti non poteſt protrahi
ad mortis cauſa donationes quantum ad ipſum dona-
torem quia non eſſet cogendus ille vt traderet, rem
quam non niſi mortis cauſa donaſſet, ita neque quan-
tum ad heredes donatoris, quia non poſſet fieri hæc
protractio, quin eſſet illud inducendum contra iuris
regulam, vt non tantum exactio, quomodo antea, ſed
ipſa etiam actio inciperet contra heredem, quæ non
potuiſſet incipere contra donatorem. Nam ſi quis dicat
nihil vetare quominus ex pacto † nudo donationis agi 7
poſſit contra heredem donatoris, eodem prorſus mo-
do, quo agi poſſet ex ſtipulatione, ſi qua cum donatore
interpoſita fuiſſet. In promptu replicatio eſt differen-
tiam inter hos caſus magnam eſſe, quia cùm interpoſi-
ta fuit ſtipulatio, naſcitur ſtatim actio, ſicut & obliga-
tio ciuilis contra promiſſorem, quamuis differatur exa-
ctio in id vſque tempus quo deceſſerit donator. At ex
pacto nudo nulla poteſt naſci ciuilis obligatio, ſi po-
nas ceſſare conſtitutionem Iuſtiniani, quæ pactum do-
nationis fecit legitimum in *dict. l. ſi quis argumentum.*
Nulla igitur actio quæ nimirum nulla eſſe poteſt ſine
ciuili obligatione. Atqui ceſſat in donationibus cauſa
mortis conſtitutio Iuſtiniani, vt probauimus. Non ergo
dici poteſt ex nudo pacto donationis aliquam naſci
actionem ciuilem contra donatorem cauſa mortis, &
conſequenter ſi qua naſcatur aut detur contra heredem
donatoris eam fatendum eſt incipere contra heredem,
quod non æquè dici poſſet de actione quæ datur con-
tra heredem donatoris ex ſtipulatione inita cum ipſo
donatore. Incipit enim, naſcitur, competit aduerſus
donatorem, licet non niſi contra ipſius heredem exer-
ceatur. Idque apertius fiet, ſi conſideremus Iuſtinia-
num in *dict. §. & ſi quidem*, non illud conſtituere vt
ſi quis donauerit non interueniente traditione neque
ſtipulatione dominium rei donatæ hoc ipſo quæſitum
donatario intelligatur, acſi traditio per donatorem pe-
cta eſſet. Verùm hoc tantùm, vt perinde cogendus ſit
ipſe rem tradere acſi ſtipulatio interueniſſet. Huic
enim conſequens ſit vt quo caſu non poſſet donator
cogi ad tradendum etiamſi ſtipulatio præceſſiſſet, eo
ipſo caſu multo minus cogi poſſit ex Iuſtiniani lege,
cùm ſtipulatio nulla interuenit. At non poſſet cogi
ad

ad tradendum etiamſi ſtipulanti donatario animo do-
8 nandi cauſa mortis promiſiſſet, quia donator † cauſa mortis nullo caſu donationem à ſe factam implere cogitur inuitus. Ergo neque cogetur ex Iuſtiniani conſtitutione. Qua porrò ceſſante quænam actio poteſt obſecro dari contra heredem donatoris? Omnes enim fatentur, & verum eſt, aliam actionem eſſe non poſſe, quàm condictionem ex lege Iuſtiniani, quod & verba illa legis probant, *nihilominus ex lege noſtra neceſſitatem ei imponi etiã tradere hoc quod donare exiſtimauerit*. Igitur eo caſu quo ceſſat lex, condictionem quoque ex lege omnino ceſſare neceſſe eſt. Et quamuis regula iuris idipſum permitteret quod prohibet, vt poſſet actio incipere contra donatoris heredem, alia tamen lege opus eſſet quæ ſpecialiter id conſtitueret, vt condictio ex lege in eam rem dari poſſet. Non enim poteſt condictio ex lege vnquam eſſe amplior ea lege ex qua competit. Ad quod videtur reſpexiſſe Iuſtinianus cum actionem quam dederat, contra donatorem, & donatario dat, etiam contra heredem donatoris, & viciſſim heredibus donatarij. Quod aliter difficile fuiſſet ne dicam abſurdum condictionem ex lege iis dari, vel contra eos de quibus lex nihil dixiſſet. Alioqui poterat ſufficere quod ex regula iuris actiones omnes quæ defuncto & in defunctum, competierunt, tranſeunt in heredes *leg. 1. & tot. titulo Codice de heredit. action.* Quanto igitur abſurdius erit ſi conſtitutionem Iuſtiniani ſic interpretemur, vt condictio ex ea lege danda ſit contra heredem donatoris, non ſolùm eo caſu, de quo lex nihil locuta fuit, ſed quod etiam regula iuris faciat pro herede, ne ſcilicet teneatur eam rem tradere, quam donator ipſe, vt traderet, cogi non potuiſſet. Quanquam enim quibuſdam caſibus plenior actio competit heredi, vel aduerſus heredem, quàm competierit defuncto vel in defunctum, vt in *leg. ſi imprudentiam 51. §. non mirum. D. de euict.* manifeſtum tamen eſt in contrarium eſſe regulam iuris *l. heredem 59. l. hereditas. 62. De regul. iur.* In propoſito autem tractatu de donatione cauſa mortis hoc amplius eſt, quod non illa tantùm iuris regula facit pro herede donatoris ne teneatur rem tradere: quod eodem iure vti debeat heres quo defunctus, ſed etiam alia, quòd actio quæ nunquam competiit contra donatorem non poſſit incipere contra donatoris heredem. Quæ poſtrema ratio licet hodie locum non habeat poſt aliam eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionem de qua in *dict. leg. vnica. Codice vt action. ab hered. & contr. hered.* non eo minus tamen bona eſt ad probandum, quod volumus priorem legem de donationibus quacumque voluntatis teſtificatione conficiendi ad donationes cauſa mortis extendi non oportere. Nec enim quid Iuſtinianus ea lege ſenſerit ſciri poteſt, aut coniectura vlla capi ex eo quod nondum erat tunc conſtitutum, quodque ſequenti anno conſtitutum fuerit alia lege. Nam ſi condictio ex lege Iuſtiniani non cœpit competere aduerſus heredem donatoris cauſa mortis ex quo die lata eſt ea lex quę induxit condictionem, nulla proculdubio lex eſt ex qua hodie poſſit competere, magis quàm olim. Et verò fieri non poteſt vt quod in
9 donatione † inter viuos conſtitutum eſt porrigatur ad mortis cauſa donationem, quin ſpecialia multa inducantur. Primum illud, vt ex pacto nudo detur actio, quod iuris regulæ non admittunt *l. iuris gentium 7. §. Sed cùm nulla. D. de pact. l. ſolet 15. D. de praeſcr. verb.* Secundum vt detur actio contra heredem, quæ non potuit dari contra defunctum. Tertium vt actio incipiat, adeóque obligatio contra heredem. Denique vt cogatur heres tradere rem mortis cauſa donatam & quidem tradere irreuocabiliter, quam tamen ſi donator ipſe tradidiſſet, ille ipſe reuocare potuiſſet. Quod
10 ſi etiam ipſis interpretibus placet conſtitutionem † Iuſtiniani de donatione nudo pacto perficienda ad donationem remuneratoriam non pertinere quod ea non ſit propriè liberalitas & donatio, nec videantur ei conuenire verba conſtitutionis vt teſtatur Iulius Clar. in *dict. §. donatio quæſtione 14. numero tertio, poſt Bar. ad dict. leg. iuris gentium. 7. §. quinimo. numer. 20. D. de pact. & Iaſon ibid. numero decimo nono, & ſeq.* Cur volunt pertinere ad donationes cauſa mortis? An non æquè verum eſt donationes cauſa mortis propriè donationes non eſſe. *dict. leg. Senatus 35. §. Sed mortis:* vbi dicitur eum qui mortis cauſa donat ſe cogitare, & amore vitæ recipere malle quam mortis cauſa dediſſe. Immo ſi verum amamus donatio remuneratoria, quamuis non mera donatio. *l. Aquilius 27. & l. ſi pater 34. §. 1. D. de donat.* id eſt quæ nihil aliud immixtum habeat cum cauſa liberalitatis, cùm habeat gratitudinem admixtam & naturalem remunerandi obligationem, tamen vera donatio eſt: Donari ſiquidem dicitur id quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. eod. l. donari 82. de reg. iur.* Nullo autem iure ne quidem naturali cogebatur dare is qui remuneratus eſt, quamuis ex naturali ratione gratum animum benefactori ſuo exhibere obligatus eſſet *l. Sed ſi ex lege 25. §. conſuluit. D. de petit. here.* Alioqui nulla poſſet mera eſſe ac ſimplex donatio, cum quiſquis alij donaret hoc ipſo acquireret ſibi obligationem & ſpem accipiendæ remunerationis, quam tamen nullam ſperare vnum id verè ac propriè donare eſt. Præter id quod difficile eſt vt donatio quantumuis ſimplex in quemquam conferatur cuius nulla merita præceſſerint *l. nec adiecit. 9. D. pro ſocio. l. illud 20. §. 1. ibi.* illa verò quæ ſimplicem tantummodo donationem meruit *Codice de collat.* Itaque etiam remuneratoria donatio, à prudentibus noſtris appellatur donatio ſupradictis locis, & à Paulo *lib. 5. ſentent. titulo vndecimo*, §. 6. vnde ſumpta eſt & emendanda *dict. leg. ſi pater 34. §. 1.* vt ibidem Cuiacius adnotauit. Neque ſanè poteſt negari quin remuneratoria donatio plus habeat liberalitatis, & conſequenter minùs impropriè dici debeat donatio, quàm donatio cauſa mortis, quoniam qui donat vt remuneretur, hoc ipſo fit pauperior ex die donationis, & mauult donatarium quàm ſe habere. Nec quod iuſtam donandi cauſam habet donatarij remunerandi gratia, nocere debet, ſed potius facere donationem fauorabiliorem vt ſupradicto loco bene diſputat Clarus, quamuis ſubiiciat non eſſe in iudicando recedendum à communi opinione, quam tamen falſam eſſe non dubito. Qui verò mortis cauſa donat nullam penitus liberalitatem exercet niſi eo modo quo ſi vel hereditatem ſuam, vel legatum vel fideicommiſſum relinqueret. Confert enim effectum ſuæ voluntatis in id tempus quo non erit amplius ipſe dominus, vt proinde non tam ſuam quàm alienam rem donare videatur. Eam ſcilicet quæ foret heredis ſi donata non eſſet vt de legato ſcribit Florentinus in *l. legatum 116. De legat. 1.* Denique nemo fit pauperior donando cauſa mortis, nec quicquam perdit cum tamen donare verè ac propriè ſit perdere *l. filiusfamilias 7. D. de donat.* Donatio igitur cauſa mortis neque mera neque vera donatio eſt, tantùm abeſt vt ſit liberalitas aut vt ei conueniant verba conſtitutionis quæ nec ſi vera liberalitas eſſet, tamen conuenirent, vt ſupra probauimus. Rurſum ſi verum eſt, quod iidem
noſtri interpretes volunt † conſtitutionem Iuſtiniani 11
de qua agimus non habere locum in donatione præſumpta, puta in confeſſione dotis facta per maritum conſtante matrimonio, teſte eodem Claro *dict. quæſt. 14. numero quarto, poſt Bart. in d. §. quinimò & Alex. in l. ſi aliquam D. de acquir. poſſ.* Ne, inquiunt illi, duæ improprietates ſeu duo ſpecialia concurrerent. Primum quod præſumeretur donatio vbi non eſſet. Secundum, quod ex pacto nudo daretur actio, cur tolerabilius

eſſe

eſſe volunt, vt tam multa ſpecialia concurrant circa
donationem cauſa mortis, quàm multa concurrere ne-
ceſſe eſt, ſi ad eam Iuſtiniani conſtitutio protrahatur?
Placet itaque concludere donationẽ cauſa mortis hodie
nudo pacto fieri non magis poſſe, quàm olim potuiſſe.
Tantum diſtat vt verũ eſſe poſſit, quod quidam volunt
12 † iam olim ita ius fuiſſe vt donatio cauſa mortis nudo
pacto fieri poſſet ex *l. quod bonis* 15. *in princ. D. ad leg.
falcid.* Nam quod ibi proponitur de debito per nudum
pactum donationis cauſa remiſſo, ſpecialem habet ra-
tionem, quoniam vt ſuperiore capite dicebamus, cùm
alicui donatur ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, id
quod iam penes eum ſit, tantùm ei prodeſt pactum
quantum prodeſſet ſtipulatio, quandoquidem non in-
diget niſi retentione ad quam ſufficit exceptio quæ
per pactum acquiritur *l.* 1 *in princ. D. de pig.* Quomo-
do dicimus interdum nudo quoque pacto rectè fieri
compromiſſum (quamuis regulariter non fiat niſi per
ſtipulationem, vt ex eo dari actio poſſit *l.* 2. *litigatores*
11. §. 1 *l. ita demum* 31. *& paſſ. D. de recept. qui ar-
bitr. recep. l.* 3. *Codice eod.*) Vt puta ſi ambo debitores
fuerunt, & pacti ſunt ne petat quod ſibi debetur qui
ſententiæ arbitri non paruerit *dict. leg. litigatores,
§. interdum.* Quid enim egent pœnæ petitione, qui ius
habeant eius tanquam ſolutæ retinendæ?

ERROR IV.

***De clauſula quæ in teſtamentis poni ſolet vt ſi te-
ſtamentum non valeat iure teſtamenti vel co-
dicillorum, valeat iure donationis cauſa mor-
tis. Et de promiſſione per pactum nudum facta
de donando.***

SVMMARIA.

1 *Inefficacem eſſe & prorſus inanem clauſulam, quæ
hodie teſtamentis & codicillis inſeri ſolet, vt ſi
teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codi-
cillorum, valeat iure donationis cauſa mortis, &
num.* 5.
2 *Inter donationem mortis cauſa & donationem inter
viuos notabilis differentia.*
3 *Inter legata & donationes cauſa mortis diffe-
rentia.*
4 *Vt differant donationes cauſa mortis à fideicom-
miſſis.*
6 *Donatio inter viuos quacunque voluntatis teſtifica-
tione perfici poteſt modo adſit inſinuationis ſolen-
nitas.*
7 *Errare interpretes qui volunt nihil aliud eſſe factum
Iuſtiniani conſtit. in l. ſi quis.* 35. *§. & ſiquidem.
C. de donat. niſi vt hodie donatio poſſit nudo pacto
perfici.*
8 *Nudum pactum dicendum non eſt ex quo datur
actio.*
9 *Pacta legitima quæ.*
10 *Pactum legitimum quo ſenſu nudum dici queat.*
11 *Promiſſionem de donando non valere ex nudo pacto,
aduerſus interpretes.*
12 *Qui ſtipulanti promiſit ſe obligaturum ad centum,
poteſt conueniri vt ſoluat.*
13 *Qui nudo pacto promiſit ſe donaturum, non eſt obli-
gatus vt donet, multò minùs vt tradat.*
14 *Aduerſus promittentem ſe donaturum condictio ex le-
ge ei qui ſe donatarium dicit non competit.*
15 *Expenditur illud Cuiacij, Donationem iure ve-
teri conuentionem non fuiſſe, ſed acquiſitionem,
iure verò nouo eſſe conuentionem, non acquiſi-
tionem.*
16 *Donatio quæ incipit à traditione fuit olim, eſtque
etiam hodie acquiſitio.*

SVPRADICTIS conſequens eſt vti
clauſula † quæ hodie paſſim ſolet inſeri 1
teſtamentis & codicillis, vt ſi teſtamentum
non valebit iure teſtamenti, vel codicillo-
rum, valeat iure donationis cauſa mortis,
prorſus inefficax ſit & inanis. Non enim poteſt ſupple-
re defectum traditionis & ſtipulationis, quarum tamen
alterutram neceſſariam eſſe probauimus, vt huiuſmodi
donatio etiam hodie valere poſſit, cùm non à nuda pen-
deat donantis voluntate. In quo ſicut hodie † differt 2
donatio cauſa mortis à donatione inter viuos, ita & à
legatis & fideicommiſſis à quibus in hac parte iam olim
differebat. Nam donatio quidem inter viuos, & ſi olim
perficiebatur iis ipſis modis, quibus & donatio cauſa
mortis, hoc eſt interueniente traditione, vel ſtipulatio-
ne, hodie tamen perficitur quacumque teſtificatione
voluntatis. Legata † verò quamuis neque traditionem 3
requirerent neque ſtipulationem, ſufficiente ad eorum
validitatem ſola legis poteſtate, tamen non aliter re-
linqui poterant, quam in teſtamento, vel quod effectu
ſemper idem fuit, in codicillis teſtamento confirmatis,
ac proinde ab eo qui teſtando legem facere voluiſſet
diſponens de re ſua verbis legis & imperatiuis, ipſa le-
ge 12. tab. ita permittente *dict. l. verbis legis D. de verb.
ſignific.* Donatio autem cauſa mortis ſemper fiebat extra
teſtamentum, nec fuit vnquam vt fieri potuerit in te-
ſtamento, quoniam & traditio & ſtipulatio eſſet actus
alienus à teſtamento, qui corrumperet teſtamentum &
conſequenter ea omnia quæ teſtamento continerentur.
tur. Fideicommiſſa verò † etſi etiam extra teſtamen- 4
tum relinqui poterant & in codicillis ab inteſtato fa-
ctis, in eòque ſimilitudinem nullam habebant cum le-
gatis, tamen conſtabant nuda voluntate fideicommit-
tentis ſi modo ſuam voluntatem verbis idoneis expreſ-
ſiſſet *l. penult. de legat.* 1. *l. cùm proponebatur* 64. *l. vnum
ex familia* 67. *§. vltim. de legat.* 2. *l. fideicommiſſa* 11. *§.
item ſi quis de legat.* 3. At donationes cauſa mortis præ-
ter voluntatem donantis requirebant etiam traditio-
nem vel ſtipulationem, & hodie quoque alterutram re-
quirunt. Vnde igitur fit vt ſi in teſtamento † inutiliter 5
facto ſubiecta ſit clauſula codicillaris vt vocant, ſed ita
concepta quomodo concipi paſſim ſolet, vt ſi non va-
lebit teſtamentum iure teſtamenti valeat iure codicil-
lorum vel alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis, Imò
etſi additum eſſet generalius, *vel alterius cuiuslibet di-
ſpoſitionis.* Dicam amplius, etiamſi expreſſum eſſet vel
donationis cauſa mortis neceſſe ſit inutilem eſſe clau-
ſulam, niſi ponas ſecutam eſſe traditionem vel ſtipula-
tionem, quamuis facta ſit præſenti: quoniam præſentia
& taciturnitas donatarij pro pacto quidem haberi for-
taſſe poteſt, ſed pro ſtipulatione vel traditione certè
nullomodo poteſt, quicquid in contrarium ſcribat ex
communi aliorum ſententia Didac. Couarr. in 3 *part.
rubr. De teſtam. n.* 10. *& And. Fachin. lib.* 5. *controuerſia-
rum c.* 64. Secuta porrò traditione vel ſtipulatione va-
lebit donatio cauſa mortis, non propter clauſulam, ſed
propter traditionem ipſam vel ſtipulationem. Faciliùs
eſſet, vt voluntas teſtatoris quæ nec teſtamenti nec co-
dicillorum iure valere poſſet, defenderetur iure dona-
tionis inter viuos, ſi teſtator ita præcepiſſet, poſtquàm
placuit donationem † inter viuos non minùs quacum- 6
que voluntatis teſtificatione perfici poſſe, quàm lega-
tum aut fideicommiſſum, ſi modo adhibita ſit ſolenni-
tas inſinuationis, quæ in legatis, fideicommiſſis, vlti-
miſque voluntatibus nulla requiritur. Dixi *quacumque
voluntatis teſtificatione* vt refellam alium illum errorem
interpretum

7 interpretum † noſtrorum, qui volunt nihil aliud factum eſſe Iuſtiniani conſtitutione, niſi vt hodie poſſit perfici pacto nudo: Cùm tamen Iuſtinianus nulla conſtitutionis ſuæ parte nudi pacti meminerit, nec ad aliud reſpiciat niſi quod ad id quod abſurdum ſit donatorem qui ſemel habuerit animum donandi, ſéque dixerit donare, ab ea poſtmodum recedere voluntate. Itaque ſicuti Theodoſius in *l. ad exactionem 6. Codice de dot. promiſſ.* conſtituit fauore dotium, vt non tantùm ex pacto nudo, ſed etiam ex nuda pollicitatione dotis poſſit quis cogi ad præſtandam dotem. Ita & Iuſtinianus in *l. ſi quis argentum 35. §. & ſi quidem. Codice de donat.* conſtituit fauore donationum, vt ad eas perficiendas non ſolùm ſufficiat pactum nudum, ſed etiam nuda pollicitatio, quæ ipſa nihil aliud eſt quàm ſolius offerentis promiſſio *l. 3. D. de pollicit.* Etſi quoties pactum hoc nudum appellamus, nudámque pollicitationem, ſanè minus propriè loquimur. Non enim nuda

8 † dici poſſunt, aut nudæ pollicitationes ex quibus actio detur, cùm earum legum poteſtate confirmentur, à quibus vim capiunt, & efficaciam ad agendum. Fitque ex Iuſtiniani conſtitutione legitimum pactum donationis, quod erat antea nudum, & legitima pollicitatio quæ alioquin eſſet nuda. Cur enim nuda dici putamus, niſi quia legum autoritate non veſtiuntur, vt actionem parere poſſint? Nam & cùm pactorum ſumma diuiſio illa ſit quod eorum alia ſunt nuda, alia legi-

9 tima, ea verò legitima † dicantur, quæ à lege adiuuantur vt actionem aliquam ipſo iure vel pariant, vel tollant *l. legitima 6. l. ſi tibi decem 17. §. quædam actiones D. de pact.* fatendum neceſſariò eſt ea quæ legitima ſunt nuda dici nullomodo poſſe. Niſi hoc ſenſu † quaſi non veſtita per ſtipulationem, cuius præcipuus vſus in eam rem comparatus erat, vt pacta veſtiret, quæ alioquin nuda & inefficacia fuiſſent: quomodo nudum pactum dicitur etiam ex quo agi poteſt tanquam appoſito incontinenti poſt contractum in *l. frumenti 12. Codice de vſur.* vbi agitur de acceſſionibus frumenti vel hordei mutuo dati ad differentiam vſurarum pecuniæ fœnebris, quæ non niſi ex ſtipulatione debetur *l. 3. eodem titulo. l. Titius 24. D. de præſcr. verb.* Itaque videntur mihi paſſim errare in hoc interpretes noſtri, qui tractantes de nudo pacto donationis, habent pro ſpeciali, vt ex eo detur actio, tanquam ex pacto nudo, cùm tamen ſit illud legitimum, non nudum. Nec nouum ſit, ſed ordinarium, vt ex legitimo pacto actio ipſo iure vel detur, vel tollatur. Cæterùm, quamuis dixerimus hodie quacumque teſtificatione voluntatis donationem perfici poſſe, non ideo tamen conſequens eſſe arbitramur, quod frequentiore calculo iidem interpretes noſtri volunt, teſte eodem Claro *dict. quæſt.*

10 *14. numer. vltim.* promiſſionem † de donando valere hodie ex nudo pacto: quaſi in effectu nihil aliud illa ſit quàm donatio. Nam ſiue figuram ſiue vim verborum conſideres, aliud eſt donare, aliud paſcici de donando, ſicut & aliud eſt vendere, aliud paciſci de vendendo, quod nec Bart. negat ad *l. vltim. D. de condict. cauſ. dat.* Nec quiſquam dixerit eum qui nudo pacto promiſerit ſe venditurum, hoc ipſo teneri ex empto ad rem tradendam, etiamſi promiſerit ſe venditurum certo & iam conuento pretio, quomodo teneretur ſi nudo pacto vendidiſſet, cùm emptio conſenſu nudo perficiatur. Qui enim promittit ſe venditurum nondum vendit, ſed vendere vult, & ſe obligat non ad tradendum, ſed ad vendendum, quæ obligatio vt ſit efficax ad agendum iis modis contracta eſſe debet, quibus placuit iure ciuili obligationes efficaces contrahi oportere. Similiter & qui promittit ſe donaturum, nondum donat, ſed donare vult, quod longè diuerſum eſt: ſicut & dicimus aliud eſſe iam petere, aliud petere velle *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Proinde hoc etiam admiſſo vt ex donandi promiſſione per nudum pactum facta naſci actio deberet, dicendum eſſet dandam actionem donatario contra promiſſorem non ad tradendum ſed ad donandum, cùm non promiſerit ſe traditurum, ſed ſe donaturum, quod prius eſt vt fiat, debétque neceſſariò præcedere donatio, vt per traditionem transferri poſſit dominium, Alioqui traditio eſſet nuda, ex qua proinde fieri tranſlatio dominij nulla poſſet *l. nunquam 31. D. de acquirend. rerum domin.* Atqui conſtitutio Iuſtiniani non obligat promiſſorem ad donandum, ſed ad tradendum præſuppoſita donatione. Non igitur ad hunc caſum conſtitutio accommodari poteſt: ne aliter eam nobis interpretantibus paulatim dicendum ſit ex ſola deſtinatione faciendæ donationis cogendum donare illum, qui donare tantùm deſtinauerit, vt etiam bonæ cogitationis pœnam illam patiatur ne poſſit eum pœnitere, quo quid abſurdius dici poteſt? Nam & qui expreſſim donauit, ſed inutiliter, puta filio in poteſtate conſtituto, ſi non donaſſe dici poteſt, quia nec potuit, dicitur tamen deſtinaſſe donare, nec eo magis prohibetur mutare voluntatem, eamque deſtinationem reuocare *l. cùm de bonis 11. Codice de donat.* Sicut & qui deſtinauit aliquem heredem ſcribere, ſiue purè ſiue ſub conditione, non idcirco eum inſtituiſſe intelligitur. *l. quoties 9. l. tantundem D. de hered. inſtit. l. ex ea 29. D. qui teſtament. fac. poſſ. l. fideicommiſſa 11. §. 1. de leg. 3.* Cur ergo volumus donationis deſtinationem quæ per pactum nudum facta ſit reuocari non poſſe? An non inutilis etiam & inefficax eſt illa deſtinatio quæ facta non eſt niſi pacto nudo. Dices eum qui nullo iure cogente promittit ſe donaturum cùm ita faciat liberaliter hoc ipſo donare videri. Nudum igitur pactum ſufficere ex Iuſtiniani conſtitutione. Sed iam negaui donare illum, qui promittit ſe donaturum quamuis promittat animo donandi, ne actus operetur vltra intentionem agentis, contra *l. non omnis 19. D. de reb. credit.* Alioqui eadem ratione inferes donaſſe quoque videri eum qui nudo pacto promiſerit ſe promiſſurum, quod donabit, atque ita abibit res in infinitum, vt ex nudo pacto quantumlibet remoto à donatione, donatio inducatur. Nec ſimile eſt quod ple-
rique etiam interpretum volunt, Eum qui ſtipulanti † 11
promiſerit, quod ſe obligabit ad centū poſſe conueniri, vt ſoluat, nulla quoque alia obligatione interueniente circuitus vitandi cauſa ex *l. dominus 53. D. de cōdict. indeb.* Cùm enim ſit ille obligatus ad ſe obligandū, parum aut nihil ipſius intereſt an conueniatur vt ſoluat, an vt ſe obliget, quanquam nec eà propoſitio caret dubita-
tione. At nos negamus eum, qui nudo pacto † promi- 12
ſit ſe donaturum, obligatum eſſe ad hoc vt donet, multo minùs ad hoc vt tradat. Nulla igitur ratio eſt, vt pro ea habeatur qui iam donauerit, ob hoc ſolùm quod promiſit ſe donaturum. Quomodo enim poſſet quis apertiùs dicere, adhuc ſe non donare, quàm promittendo ſe donaturum? Aut quænam ſupererit ratio faciendi vt promiſſio donandi præcedat donationem? Fateor his verbis exprimi, affectum animi ſed in futurum, ideóque dico non poſſe illa vim habere præſentis & puræ diſpoſitionis arg. *l. litera 17. D. de iur. codicill.* Nam & verborum futuri temporis ea vis eſſe ſolet vt conditionalem faciant diſpoſitionem *l. Stichum 6. de leg. 1. l. ſcribit 34. §. item ſcribit de aur. & arg. leg.* Itaque qui promittit ſe donaturum licèt purè promittat rem quam ſtatim præſtare poteſt, tamen non intelligitur promittere conſequentia donationis, id eſt ſe rem traditurum, niſi ſub ea conditione ſi donauerit. Quòd ſi is quoque qui collatis verbis in præteritum tempus dicit ſe donaſſe, non ob id tamen aut donare aut donaſſe verè dicitur, benignáque interpretatione opus eſt vt mortuo eo, qui ſic dixit, dominium pertineat ad eum cui defunctus dixerat ſe donaſſe, vt ſcriptum eſt in *l. ex hac ſcriptura 16. de donat.* ſcilicet in vim donationis cauſa mortis, ſi ea ſcriptura extra teſtamentum aut

aut codicillos teſtamentarios facta proponatur (ſic enim locus ille accipiendus mihi videtur, cùm neque probatam eſſe donationem inter viuos ſufficeret ad dominium transferendum, niſi ſecuta etiam probaretur traditio, quæ porrò in ea ſpecie, probari non poterat ſecuta viuo donatore, qui non alias res donaſſe ſe dixerat, quàm eas quas in diem vſque mortis ſuæ habuiſſet) quanto minùs donaſſe videri, aut probari poteſt is qui tantùm promiſit ſe donaturum? Aut quando locum habebit ſi in hoc caſu locum habeat quod dici ſolet nihil actum videri quandiu aliquid ſupereſt agendum. *l. pen. Cod. de his quib. vt indig.* Quomodo enim poteſt videri omnia iam egiſſe is qui nudo tantùm pacto promiſit ſe donaturum? Benigna ſaltem interpretatione opus eſſet, vt & in *d. l. ex hac ſcriptura*. Cui tamen benignæ interpretationi non video quis locus relinquatur circa Iuſtin. conſtitutionem in *dict. l. ſi quis argentum.* quæ cùm faciat ius nouum, &, vt noſtri loquuntur, exorbitans à iure communi, coarctanda potius eſt quàm adiuuanda interpretatione, vt & interpretes ipſi fatentur, qui hac ratione non dubitant negare conſtitutionem illam ad remuneratoriam, præſumptamque donationem non pertinere. Præſertim cùm in bonæ fidei contractibus donationis ſpecies non numeretur. *l. cum qui 22. D. eod.* Ideóque inſpiciendum ſit præcisè quid promiſerit is qui donauit, vt de ſtipulatione dici ſolet *l. quicquid adſtringendæ 99. D. de verb. oblig.* Qui autem promiſit ſe donaturum neque dixit ſe donare neque promiſit ſe traditurum. Non ergo vrgeri poteſt vt tradat quaſi donauerit, quin ab eo
13 quod actum dictúmque eſt recedatur. Cúmque actio † quæ vna competere poteſt ei qui ſe donatarium dicit, non alia ſit quàm condictio ex lege quæ ipſa ſui etiam natura ſtricta eſt nec vltra legis ex qua inducitur terminos extendenda, fatendum ſanè eſt hoc caſu competituram condictionem ex lege ſine parte ei cui alius donaturum ſe promiſit, condictio ex ea Iuſtin. lege accommodetur, quandoquidem huic interpretationi verba conſtitutionis, ſi non apertè repugnant ſaltem nullomodo conueniunt. At neque illud probare poſſum
14 quod Iacob. Cuiac. † ſcripſit *lib. 10. obſeru. cap. 28. in fi.* donationem quæ iure vetere non fuit conuentio, ſed acquiſitio ciuilis, vel naturalis *l. 4. & 5. Cod. Theod. de don.* hodie iure nouo eſſe conuentionem, non acquiſitionem. Supponit enim ille cum vulgo interpretum, id tantum induxiſſe Iuſtinianum, vt hodie poſſit fieri donatio nudo pacto, quam tamen probauimus fieri poſſe quacunque teſtificatione voluntatis, & nuda etiã pollicitatione, Quænam enim poteſt eſſe conuentio in pollicatione quæ non ex duorum conſenſu æſtimatur, vt conuentio, ſed ex ſolius offerentis promiſſione? *d. l. 3. D. de pollic. iunct. l. 1. §. conuentionis. D. de pact.* Deinde facta quoque per nudum pactum donatione, cur non erit etiam donatio acquiſitio, ſi acquiſitio erat olim illa quæ fiebat per ſtipulationem? Aut cur olim donatio facta per ſtipulationem cenſebatur ſpecies acquiſitionis, potius quàm conuentionis. Hodie verò non idem erit facta donatione per pactum nudum, cùm tantam vim hodie habeat pactum ad perficiendam donationem, quantam poſſet habere ſtipulatio? Dicendum
15 igitur eſt eam demum donationem † fuiſſe olim & eſſe hodie acquiſitionem, quæ incipiebat à traditione, non eam quæ à conuentione, ideoque nihil hac parte innouatum eſſe, niſi quod hodie nec traditio nec conuentio neceſſaria eſt ſufficiente qualibet teſtatione voluntatis dummodo legitimè probata & actis publicis inſinuata.

ERROR V.

De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum.

SVMMARIA.

1 *Donationes cauſa mortis capiuntur ad inſtar legatorum, ſed hoc ita accipiendum non eſt, vt cum quibuſdam nullam eſſe inter iſta differentiam credere debeamus.*

2 *Ab inteſtato facta mortis donatio valet: ac legatum ab inteſtato relinqui olim non poterat.*

3 *Quæ donationes mortis cauſa capiantur ad inſtar legatorum.*

4 *De qua donatione verum ſit illud Accurſij, ſi donatum ſit mortis cauſa in annos ſingulos vna tantùm donatio eſt, cùm tamen tot ſint legata quot anni, ſi in annos ſingulos legatum ſit.*

5 *Cur donatio mortis cauſa in annos ſingulos vna ſit, non multiplex.*

6 *Quomodo intelligendum illud Accurſij, Donans obligatur donatario, teſtator verò legatario non item.*

7 *Quatenus vera ſit illa Accurſiana differentia, legatum ab herede ſemper traditur, donatio verò mortis cauſa etiam ab alio quam donatoris herede, ipsóve donatore.*

8 *Quæ legata donationibus mortis cauſa olim æquipararentur.*

SCIVNT Interpretes omnes & pragmatici quoque, Donationes † cauſa mortis capi ad 1
inſtar legatorum. Id enim pleriſque iuris noſtri locis ſcriptum eſt vt in *l. 2. D. de public. in rem act. l. 1. §. 1. D. ſi quid in fraud. patron. l. Marcellus 15. l. etſi debitor 17. l. illud 37. D. de mort. cauſ. don. l. vlt. C. eod.* Sed quam rationem id habeat adeóque quomodo accipiendum ſit pauci ſciunt. Errant enim qui putant vſque adeo generaliter veram eſſe hanc legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem, vt nullam inter ea differentiam agnoſcant: cùm & iam olim multæ fuerint differentiæ & etiamnum pleræque ſuperſint, quas Accurſ. noſter congerit ad §. *Inſtit. de donat.* ſed nõ omnes. Illam enim prætermittit, quæ præcipui eſt momenti, quod ab inteſtato † quoque facta mortis cauſa 2
donatio valet *l. tam is in princ. D. de mort. cauſ. don.* Sufficit enim vt qui donat cauſa mortis teſtamentum facere poſſit, licet non faciat. *l. 1. §. 1. D. de tutel. & rat. diſtrah. l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi miles. D. de don. inter vir. & vxor.* At legatum ab inteſtato relinqui olim non poterat, ſed tantùm vel in teſtamento, vel in codicillis teſtamento confirmatis, inducto eam ob cauſam vſu fideicommiſſorum ſi aliquid amicis relinquere inteſtatus paterfamilias vellet *l. 3. l. conficiuntur. 8. §. 1. l. illud. 13. §. 1. vltim. D. de iur. codicil. l. filiusfam. 18. D. ad l. falcid.* Adieci *olim* quia ſublata hodie differentia legatorum & fideicommiſſorũ per *l. 1. C. comm. de leg.* dubitãdum non eſt quin perinde legata poſſint hodie relinqui ab inteſtato atque fideicommiſſa. Propter quam cauſam videtur Tribonianus pleriſque iuris noſtri locis ſcripſiſſe *relicta* pro eo quod ſcriptum erat, vt credibile eſt, fideicommiſſa vt in *l. ab inteſtato 16. D. de iur. codic.* & alibi ſæpe. Illud etiam prætermittit Accurſ. quod prætermittendum minimè fuit, diſtinguendas eſſe hac in re donationes † cauſa 3
mortis, quæ per traditionem fiunt ab iis quæ per ſtipulationem Et rurſus ex iis, quæ per traditionem fiunt eas quę ſic fiunt, vt dominium ſtatim transferatur quãuis reuocabiliter ab illis quæ ſic fiunt, vt dominium non transferatur, niſi poſt mortẽ, quæ vulgatior eſt forma donationum cauſa mortis. Nã his omnibus mortis cauſa donari poſſe conſtat *l. 2. l. ſi mortis. 29. l. mortis. 34.*

&

Digitized by Google

& *l. ſeq.* §. *vlt. D. de mort. cauſ. donat.* Ad eas verò tantùm donationes, quæ poſtremi generis ſunt, pertinet hoc quod dicimus donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum: ſcilicet quia legis poteſtate opus eſt, vt dominium, quod fuit viuentis hominis, poſſit ab eo poſt mortem ſuam transferri in alium, ſiue heredem, ſiue legatarium, cùm eo tempore non ſit futurus dominus is qui nullus erit *l. Stichus* 39. *D. de manum. teſtam.* In eamque rem neceſſaria fuit lex 12. tabul. quæ tamen de legatis tantùm locuta non potuiſſet locum habere in donationibus cauſa mortis ſi non fuiſſet conſtitutum, vt ad exemplum legatorum caperentur. At ſiue donatio facta ſit per ſtipulationem, ſiue per traditionem ita vt dominium ſtatim ſed reuocabiliter transferatur, neque neceſſe eſt neque fieri poteſt vt ad inſtar legati capiantur, quia ſtipulatione interpoſita non eget donatarius auxilio legis vt ex ea ſtipulatione poſſit agere poſt mortem donatoris, cùm naſcatur actio ſtatim, licèt exactio differatur poſt mortem. *dict. l.* 24. Facta verò traditione ita vt dominium ſtatim transferatur quamuis reuocabiliter cùm donatarius fiat dominus viuo donatore multo minus eget auxilio legis ad dominium acquirendum, non magis quàm ſi donatio eſſet inter viuos. Nec quòd ſit reuocabilis ad rem facit, deſinit enim eſſe ſtatim atque certum eſſe incipit non poſſe amplius eam reuocari, quod euenit eo inſtanti quo moritur, cùm non poſſit reuocatio fieri in inſtanti ac proinde perficitur huiuſmodi donatio & fit irreuocabilis, non poſt mortem donatoris, ſed morte ipſius, exemplo donationum, quæ fiunt inter vir. & vxor. quæ moriente, non mortuo donatore confirmantur, & conſequenter viuo adhuc donante, cùm inſtans mortis, non morti ſed vitæ adſcribatur *l. qui duos.* 18. §. 1. *D. de manum. teſt. l. vltim. D. de condic. inſtit.* Ex iis verò differentiis quas Accurſ. tradit quædam veræ ſunt quædam falſæ ſaltem ſi quomodo ille ſcripſit & ſenſit intelligantur.
4 Illa vera eſt † quam primo loco ponit quod ſi donatum ſit mortis cauſa in annos ſingulos legatum pronunciatur. *l. ſenatus* 35. §. *vlt. D. de mort. cauſ. donat. inſtit. l.* 4. *l. cùm in annos* 11. *D. de ann. legat.* Sed ad rem noſtram hæc differentia non pertinet. Cùm enim donationes mortis cauſa legatis æquiparant Iuriſconſulti, non de iis intelligunt quæ contrahuntur per ſtipulationem ſed de iis quæ per traditionem vt iam diximus. At, vt donatio † cauſa mortis in annos ſingulos vna ſit, non multiplex, ideo
5 fit quia eiuſmodi donatio annui non niſi per ſtipulationem contrahi poteſt. Semel enim tradi quid in annos ſingulos non poſſet. *l. ſi ſtipulata* 37. *D. de donat. int vir. & vxor.* Stipulationis autem huiuſmodi *in annos ſingulos* proprium illud eſt vt ſit vna & perpetua *l. ſi Stichum* 19. §. 1. *de verb. oblig.* quia ex conceptione verborum æſtimatur, quæ ſemel tantum interponitur, vt contrahatur obligatio, quæ in perpetuum duret. Idque eſt quod Paulus ait in *d. l. Senatus.* §. *fin.* iis verbis *vna ſtipulatio eſt.* Itaque non tam inter legata & donationes mortis cauſa differentia iſta eſt, quam inter legata & ſtipulationes, inter quæ ſunt & aliæ permultæ differentiæ, de quibus alibi, & ſcripſimus & ſcribemus. Eiuſmodi etiam eſt alia illa differentia, quam ponit Accurſ. quod donans
6 † obligatur donatario, teſtator verò legatario non item. Nam in ea quidem donatione cauſa mortis hoc verum eſt, quæ per ſtipulationem contrahitur, quia donator promittens donatario ſtipulanti obligatur ſine dubio, licet ex ea obligatione nulla exactio viuo eo ſequi poſſit *d. l. mortis cauſa* 34. *D. de mortis cauſ. don.* Sed cum donatio cauſa mortis incipit à traditione, tantùm abeſt vti donator obligetur donatario, vt è contrario donatarius obligetur donatori potius, cum ei teneatur condictione, quo caſu reuocabitur donatio. *l. qui mortis* 30. *D. eod.* Traditio non eſt modus contrahendæ obligationis ex parte tradentis ſed potius diſſoluendæ. Tertiam differentiam ponit Accurſ. quod legatum † ab herede ſemper traditur, vt probat definitio illa legati apud Iuſtin. § 1. vbi ait legatum eſſe donationem à defuncto relictam & ab herede præſtandam. Donatio autem cauſa mortis tradi poteſt etiam ab alio, quam ab herede donatoris adeóque quàm ab ipſo donatore, dummodo tradatur ex donatoris voluntate, vt in *l. cùm pater* 77. §. *mater &* §. *Mæuio. D. de legat.* 2. Sed hæc differentia partim vera eſt, partim falſa. Vera, quòd pertinet ad donationem cauſa mortis: item quod ad hoc, vt legatum ab alio quàm herede dari non poſſit iure vetere inſpecto, quia non alij, quàm heredi imperare teſtator poteſt: legatum autem eſt quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ait Vlp. *frag. tit. de legat.* Vnde fit vt neque à legatario, neque à fideicommiſſario legatum relinqui poſſet olim, vt ibidem ille ait, & fatetur Iuſtin. *inſtit. de ſing. reb. per fid. relict.* Sed falſum eſt, primò ſi inſpicias ius nouum, poſtquam factum eſt vt nulla ſit differentia inter legata & fideicommiſſa, & tam legato quàm fideicommiſſo onerari poſſe eum qui legatum accepit, *l.* 2. *in fin. Cod. com. de legat.* Conſequens enim fit, vt quemadmodum fideicommiſſum olim relinqui potuit, non tantùm à legatario, ſed etiam à fideicommiſſario, adeóque à quocunque debitore *l. ſi pecunia* 77. *cum ſeq. De legat.* 1. ita & hodie poſſit à quolibet debitore legatum quoque relinqui & tradi. Falſa item in eo quod ponit Accurſius, legatum ab herede tradi oportere, tum quoque cùm ab alio tradi non poſſet. Nam & nihil vetat legatum tradi ab ipſo teſtatore adhuc viuo, aut legari alicui id quod iam ille penes ſe habeat, vt in *l. lineam.* 26. *D. ad leg. Falcid l. Lucius* 88. *in princ. D. ad leg.* 2. Et præterea illo etiam caſu quo res legata reperiatur penes teſtatorem mortis tempore, ſi tamen ius vetus inſpicias certum eſt potuiſſe ita relinqui legata, vt tamen non eſſent præſtanda & tradenda per heredem, puta ſi legatum eſſet per vindicationem, quo caſu non erat locus interdicto Quod legatorum, etiam ſi propria autoritate legatarius poſſeſſionem legati occupaſſet, vt ſcribit Caius *in inſtit.* & nos probauimus libro 6. *Coniect. cap.* 1. Quod quamuis Iuſtin. hodie immutauerit, qui legatis omnibus eam naturam hac parte indidit, quæ propria olim erat legatorum per damnationem, vt ex ſupradicta legati definitione apparet, non ideo tamen poſſis dicere differentiam fuiſſe ante Iuſtinianum inter legata & donationes cauſa mortis. Nam æquiparatio † legatorum & donationum cauſa mortis non pertinebat, niſi ad legata per vindicationem relicta, ex quibus ſolis ſcilicet poterat dominium recta via transire à teſtatore in legatarium, 7
quaſi nunquam factum heredis *l. à Titio* 64. *in fin. D. de furt. l. legatum* 80. *de legat.* 2. nullo in eam rem neceſſario facto heredis, quod vtique neceſſarium erat ad dominium transferendū in legatis per damnationem. Atqui legata per vindicationem vt diximus non magis erant tradenda ab herede, quàm donationes cauſa mortis. Nulla igitur hac in re dici poteſt fuiſſe differentia inter mortis cauſa donationes, & legata, quæ donationibus æquiparabantur.

ERROR VI.

De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto Quod legatorum.

SVMMARIA.

1 *Sententia Cuiacij de æquiparatione legatorũ & donationũ cauſa mortis in interdicto* quod legatorũ.

2 *Accurſius & alij interpretes ſtatuunt in legatis locum eſſe interdicto* quod legatorum, *in donationibus verò cauſa mortis non item.*

3 *Quomodo reſpondeat Cuiacius ad locos quibus Accurſiani propoſitam differentiam probant.*

4 *Refellitur illud Cuiacij ceſſante falcidia ceſſat interdictum* quod legatorum.

5 *Non eſt neceſſarium interdictum heredi ad retinendam falcidiam.*

6 *Quæ ſit ratio interdicti* quod legatorum.

7 *Differentia inter caſum quo quis vtitur interdicto* quod legatorum *lege falcidia locum habente, & eum quo falcidia non interuenit.*

8 *Lex falcidia non patitur, vt legatarius priùs habere debeat dodrantẽ legati, quàm heres quadrantem.*

9 *Falcidia interueniente, vt interdicto vtatur heres, ſufficit legatarium eius voluntate non poſſidere.*

10 *In donationibus cauſa mortis nunquam locum eſſe interdicto* quod legatorum *& cur nu.* 12. *&* 16.

11 *In legatis cur neceſſarium fuerit interdictum* quod legatorum.

13 *Donatio cauſa mortis non poteſt mortuo donatore confirmari pro ea parte quæ per l. falcidiam penes heredem manere debet: at pro reliqua confirmatur.*

14 *Donationes cauſa mortis factæ ab eo qui deceſſerit non ſoluendo reſcinduntur in totum: ſecus de donationibus factis in fraudem heredis & l. falcidiæ.*

15 *Interdicti* quod legatorum *ratio duplex & quando legatarius eo teneatur.*

17 *Refellitur ſententia Couarruuiæ exiſtimantis falcidiam nõ ex aliis mortis cauſa donationibus detrahi, quam quæ vel in teſtamento, vel in codicillis factæ ſint.*

18 *Interdictum* quod legatorum *ad quæ poſſit extendi.*

1 AN igitur hodie admittenda erit hæc differentia, quæ olim non fuit? Negat Iacobus Cuiacius lib. 10. *obſeru. cap.* 28. vbi defendit † etiam in cauſa interdicti *Quod legatorum* nihil diſtare à legatis donationes cauſa mortis. In vtriſque Falcidiam locum habere, eámque heredem ſibi ex vtriſque ſeruare, per retentionem rei legatæ aut donatæ mortis cauſa, ſecundum ius quod ante Iuſtinianum obtinuit, niſi viuus teſtator rem legatam legatario, aut viuus donator rem donatam mortis cauſa donatario tradiderit. Si verò poſt mortem teſtatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatam vel donatam ſine heredis voluntate occupauerit, quam non acceperat viuo teſtatore aut donatore teneri eum interdicto quod legatorum poſſeſſionis reſtituendæ cauſa vt per eius retentionem Falcidiam quæ interuenit ſibi heres ſeruare poſſit ex *l.* 1. *C. quo. legat.* Falcidia enim non interueniente putat ceſſare interdictum. Sed ſi viuus teſtator donatórve rem legatam donatámve mortis cauſa legatario vel donatario tradiderit, non poteſt, inquit Cuiacius, ab eo per heredem auocari poſſeſſio ex interdicto Quod legatorum, quam à defuncto nactus eſt iure. Proinde cùm non poſſit per retentionem, hoc caſu neceſſe eſt vt per vindicationem heres ſibi Falcidiam ſeruet *d. l. lineam d. l. cùm mater* 77. & §. *Menio. de leg.* 2. In quo diſſentit vir doctiſſimus ab Accurſio † & aliis interpretibus qui vulgo inter cæteras legatorum & donationum cauſa mortis differentias, hanc quoque adferunt, quod in legatis locus eſt interdicto Quod legatorum, In donationibus verò cauſa mortis non item. Ac quoniam non poteſt diſſimulare Cuiacius hanc differentiam apertè poni in *l.* 1. §. *ſi quis ex mortis. D. quod legat.* quam & ipſe agnoſcit. lib. 8. obſer. cap. 2. Reſpondet d. c. 28. differentiam pertinere † ad 3 ea quæ plerunque fiunt. Nam plerunque inquit legata ab herede præſtantur, donata mortis cauſa à donatore, ac tum quidem ſi legatum quod debuit accipere ab herede legatarius occupauerit ſine voluntate heredis teneretur interdicto Quod legatorum. Nec tamen eo tenebitur donatarius cauſa mortis qui rem donatam à defuncto accepit, non ab herede, & eam ſibi habet ac poſſidet poſt mortem donatoris: Sed vbi omnia ſunt paria, in vtroque non dubitat Cuiacius, quin ius par & vt loquitur, æquabile ſit in vtroque: Vt ſi legatario rem legatam tradiderit teſtator, donatario donator, neuter teneatur interdicto Quod legatorum. Contrà ſi non tradiderit, vterque teneatur. Ego aſſentiri viro doctiſſimo non poſſum. In eo primùm quod ait, ceſſante † Falcidia 4 ceſſare interdictum. Hoc enim iam refutauimus lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2. Nec quod in *d. l.* 1. *C. quor. legat.* proponitur & legi Falcidiæ & ſimul interdicto locum eſſe, facere debet vt inferamus, Ceſſante igitur Falcidia ceſſare interdictum, non magis quàm ſi in contrarium vellet quis inferre quod eſſet multo abſurdius, ceſſante interdicto ceſſare legẽ Falcidiam. Immo probat locus ille non eſſe neceſſarium 5 interdictum heredi ad Falcidiam retinendam, cùm ait heredi ſcripto ſatis idoneè proſpectum eſſe lege Falcidia, per quartæ retentionem, ſi exhauſta legatis ſucceſſio probetur. Non enim ſatis idoneè lex Falcid. heredi proſpexiſſet ſi adhuc egeret ille interdicto Quod legatorum: cuius † ſane ratio non alia 6 eſt quàm quæ ponitur in *d. l.* 1. quod non fuerit permittendum legatario, vt ſibi ius diceret in cauſa propria: quam rationem palam eſt locũ habere etiamſi legi Falcid. locus non ſit modo ſine heredis aut teſtatoris volũtate legatarius occupauerit poſſeſſionẽ. Sed inter eum caſum † quo lex falcid. locum habeat, 7 & illum quo non habeat, differentia illa eſt, quod falcid. non interueniente videtur calumniam inferre heres & dolo malo facere, cùm petit poſſeſſionẽ quã mox eidem reſtituere debeat, vt loquitur Caius in *Inſt. tit. de legat. ex l. dolo facit.* 8. *de doli mal. excep.* quamuis eam calumniã tolerabiliorem putet prætor, quam audaciam legatarij ius ſibi dicentis, & magiſtratus autoritatẽ ſibi adrogantis *l. non eſt ſingulis.* 186. *de regul. iur.* At falcidia interueniente iuſtam repetendæ poſſeſſionis cauſam habet heres. Non quod ius habeat retinendæ totius rei prætextu falcidiæ, vt malè putat idem Cuiac. (ſolius enim quartæ, non totius rei retinendæ poteſtatem facit lex falcid. quæ & legata ipſa reſecat & minuit ipſo iure, quotieſcũque diuidua ſunt *l. in quantitate* 73. §. *vltim. D. ad leg. Falcid. dict. l.* 1. *Cod. quor. legat.*) ſed quia † lex Falcid. 8 non patitur vt legatarius priùs habere debeat dodrantem legati quàm heres quadrantem, cùm nec legandi facultatem ciui Romano aliter reſtituat, quàm ſi ante omnia heres habeat quadrãtem *l.* 1. *D. ad leg. Falcid.* Quæ ratio facit, vt illo etiam caſu quo legatarius poſſeſſionem rei legatæ nactus ſit ſine vitio, puta quod eam penes ſe iam haberet tempore mortis teſtatoris, non eo minùs teneatur interdicto quod legatorum *dict. l. lineam.* in illis verbis *poſſe heredem cõſequi vt ei reſtituatur.* Qua enim via poſſet conſequi

ſequi rem legatam, quæ iam eſſet penes legatarium, niſi per illud interdictum? Rurſus quonam colore poſſet petere reſtitutionem rei legatæ, cuius poſſeſſionem ſine vitio legatarius haberet, ſi non adeſſet prætextus falcidiæ? Qua ſane interueniente, parum refert quod legatarius habeat poſſeſſionem ex teſtatoris voluntate, cùm teſtatoris voluntas nullius omnino ſit momenti ad minuendum ius heredis, cui lex Falcidia vult eſſe conſultum. Itaque ſufficit ex
9 hac cauſa † intereſſe heredis, eiúſque voluntate legatarium non poſſidere. Nihil enim aliud videntur requiſiuiſſe verba interdicti, niſi vt legatarius poſſeſſionem legati nactus eſſet non ex voluntate heredis, vt colligere licet ex *l.1.§.quod autem D. quod legat.* Quamuis ſi falcidia non interueniret, poterat & debebat voluntas teſtatoris prodeſſe legatario, vti ne calumniam pati poſſet ab herede, quaſi in propria cauſa ſibi ius dixiſſet. Nec enim propria auctoritate feciſſe videtur, qui fecit ex voluntate teſtatoris, ſiue teſtator viuus rem ei tradiderat, aut penes eum rem eſſe paſſus erat, ſiue dederit ei vindicandi legati poteſtatem. Eáque ratio etiam & ſententia eſt *dict. l.1.Cod. quor. legat.* quæ vt ſit locus interdicto nihil aliud exigit, niſi vt citra voluntatem heredis legatarius adprehenderit poſſeſſionem, non adhibita ea diſtinctione, an teſtatoris voluntas interueniſſet necne, quia lex Falcidia intercedebat, quæ ſi non interceſſiſſet ſeparanda fuiſſent legata vindicationis à cæteris, & excipiendus ille caſus, quo legatarius viuo teſtatore & ex ipſius voluntate poſſeſſor eſſe cœpiſſet. Quanquam ſi heres portionem illam legati, quam legem Falcidiam habere debet, vindicare ſolam mallet, vtique poſſet tam ex iure vetere, quàm nouo *dict. leg. lineam leg. penultim. Cod. eod.* (nihil enim noui Iuſtinianus hac in re conſtituit, præterquam in caſu illius legis qui certè eſt ſpecialis; in quo etiam Cuiacius fallitur vt alibi docuimus: Quid enim obſtaret quominus quartæ vindicationem habere deberet heres tanquam domi-
10 nus?) nec proinde interdicto vllo indigeret. At in donatione † cauſa mortis non idem iuris. Siue enim legi Falcidiæ locus ſit, ſiue non ſit, nunquam locus eſt interdicto Quod legatorum ad auferendam donatario poſſeſſionem, quam conſecutus ſit viuo donatore, ſiue ab ipſo donatore, ſiue ab alio quolibet, dummodo ſine vitio: quia tametſi lex falcidia de legatis tantùm locuta, ad mortis quoque cauſa donationes tracta ſit, hactenus tamen duntaxat tracta eſt, vt quartam heres habere debeat, non etiam vti ne prius debeat donatio confirmari, eámque habeat donatarius, quàm heres quartam illam habeat, quoniam non quemadmodum legandi facultas libera, quæ per legem duodecim tabularum data fuerat poſtea legibus Furia & Voconia fuerat eadem reſtricta, rurſum per legem Falcidiam reſtitui debuit, ita lege aliqua opus fuit ad reſtituendam ciui Romano qui teſtari poſſit libertatem donandi pro arbitrio cauſa mortis, quæ libertas nulla vnquam lege fuerat imminuta, cùm leges Furia & Voconia non niſi ad fauorem teſtamentorum habendique teſtamentarij heredis reſpexiſſent, cuius fauoris ratio nulla eſt, cùm tractatur de donationibus cauſa mortis, quippe quæ ſicut in teſtamento non relinquuntur, ita ab inteſtato relinqui poſſunt *dict. l. tam is 25. in princip. D. donat. cauſ. mort.* Fuit quidem opus autoritate iuris ciuilis, id eſt, vt ego quidem arbitror, prudentum interpretatione ad caput illud legis duodecim tabularum. *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit ita ius eſto.* ad hoc vt dominium rei donatæ cauſa mortis, quod viuo donatore non fuiſſet tranſlatum in donatarium transferri in eum poſſet poſt mortem donatoris, inuito quoque nedum ignorante ipſius herede. Quod in ſumma nihil aliud eſt dicere quàm vt mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum caperentur. Sed cùm eiuſdem iuris ciuilis autoritate eodémque tempore vtrumque fiat, vt & rem mortis cauſa donatam habere donatarius debeat, & heres quartam, facile eſt videre ita confirmandas eſſe mortis cauſa donationes, vt tamen legis Falcidiæ ratio habeatur, id eſt vt non in plus confirmetur per legem donatio & ad exemplum legati capiatur, quam ratio Falcidiæ patitur. Inde fit vt non poſſit heredi neceſſarium eſſe interdictum quod legatorum, aut vtile, neque ad retinendam falcidiam, quam ipſo iure habet, vel ob hoc ſolùm quod in ea portione quæ per Falcidiam auocanda eſſet, nulla donatio cauſa mortis facta eſſe intelligitur, neque ad repetendam poſſeſſionem, quam ſine ipſius voluntate donatarius nactus ſit, cùm eam nactus ſit ex voluntate ac per manus donatoris, quem neque lex falcidia, neque alia vlla ratio prohibuit donare cauſa mortis & tradere quid & quantum vellet. Quid enim erat neceſſe impediri traditionem aut donationem pro illa etiam parte quæ penes heredem remanere deberet iure falcidiæ, cùm ſufficeret quod viuo donatore non eſſet perfecta donatio: Eo autem mortuo non perficeretur neque confirmaretur per legem niſi quatenus legis Falcidiæ ratio pateretur? Non ſimiliter poſſis dicere eadem ratione non fuiſſe heredi neceſſarium interdictum. Quod legatorum, ideo quod legata neque debeantur viuo teſtatore, neque mortuo eo confirmentur, niſi ad legis vſque
Falcidiæ modum. Legatis † enim obuiam eun- 11
dum fuit, priùs etiam quam defunctus eſſet teſtator, id eſt ab ipſo tempore teſtamenti, ne alioqui per legem 12. tab. confirmaret ſolidum, ſerumque eſſet auxilium legis falcidiæ, ad reſcindenda & minuenda legata, quæ ipſo iure ſemel in ſolidum valuiſſent, & per legem ipſam 12. tab. cæterarum legum omnium veluti matrem confirmata eſſent. Itaque faciendum fuit per legem Falcidiam, non vt mortuo teſtatore legata non confirmarentur, niſi vſque ad dodrantem, ſed vt nec ab initio valerent ſupra dodrantem, ne quæſtioni locus eſſe poſſet de iis poſt teſtatoris mortem, vel per legem 12. tab. confirmandis, vel per legem Falcidiam infirmandis. (quæ quæſtio eò recideret, vtrius legis maiorem vim & poteſtatem eſſe oporteret, de quo quærere alienum ſanè eſt ab vtriuſque legis maieſtate, ac iuris ciuilis dignitate.) Ea namque legata certum eſt per legem vel confirmari, vel infirmari mortuo teſtatore, quæ ab initio valuerunt, non ea quæ non valuerunt. Nihilque in eo facit lex Falcidia contra legem duodecim tabularum, cùm inutilia fecit legata ſupra dodrantē relicta, priùs quàm lex 12. tabularum in eo eſſet vt ea confirmare vellet, quæ ſcilicet nunquam confirmat, niſi mortuo demum teſtatore. Sicut autem lex Falcidia facit ab initio inutile legatum quod ſupra dodrantem datum eſt, ita & reſcindit ipſo iure traditionem à teſtatore factam, nec tantùm pro quadrante, ſed in totum, quia traditio quæ facti eſt, eiúſque indiuidui & ſingularis non poteſt eſſe non indiuidua, earum quoque rerum quæ alioqui diuiduæ ſunt ſui natura *l. conſilio 7. §. vlt D. de curat. furioſ. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. de verb. obligat.* Ob idque non patitur lex Falcidia, vt traditio à teſtatore facta legatario: eximat legatarium ab interdicto quod legatorum: niſi ad teſtatoris voluntatem heredis quoque conſenſus & voluntas acceſſerit, & quidem poſt mortem teſtatoris, ita vt non ſufficeret,

quòd viuo teſtatore futurus heres legatario poſſeſſionem adprehendenti conceſſiſſet, cùm nulla dum eo tempore quarta per legem Falcidiam deberetur. *l. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Sed ſi lex Falcidia non interueniret, non ſolùm immunis eſſet à metu inter dicti legatarius cui teſtator ipſe rem tradidiſſet, ſed ille etiam cui teſtator per vindicatio-
12 nem legaſſet. At donationes † cauſa mortis etiam quæ ſupra modum legis Falcidiæ factæ ſint, neque lege Falcidia, neque alia vlla infirmantur, quia nec neceſſe fuit, non viuo donatore, cùm eo tempore adhuc per ſe infirmæ ſint & reuocabiles, non poſt mortem donatoris, cùm ad eas poſt donatoris mortem confirmandas lex duodecim tabular. non pertineret, niſi per interpretationem prudentum, quos certum erat nunquam facturos eam interpretationem, quæ pugnantem faceret poteſtatem legis 12. tabul. cum legis Falcidiæ poteſtate, quod nec ſi voluiſſent facere potuiſſent. Proinde cùm traditio rei mortis cauſa donatæ per donatorem facta non reſcindatur, nihil cauſæ eſt cur donatarius teneri debeat interdicto Quod legatorum, nec magis cum Falcidiæ legis ratio interuenit, quàm ſi nulla interueniret, quando nec vllam ex eo iniuriam patitur heres, cui perinde conſultum eſt ad Falcidiæ portionem vindicandam, ac ſi traditio pro ea ſaltem parte reſcinderetur. Quoniam ſicuti traditio quæ iuſtam, legitimam & perfectam cauſam non habet, dominium transferre non poteſt, tanquam nuda. *leg. nunquam nuda. 31. D. de acquir. rer. domin.* Ita neque impedire quominus is qui ante traditionem dominus fuit, & poſt traditionem quoque dominus manſit, eiúſque heres vindicationem habere poſſit, quæ dominis omnibus datur, pro ea ſcilicet parte, pro qua donatio per mortem donatoris confirmari non potuit, licèt in donatarium res donata corporaliter fuerit tranſlata, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. 1. § ſi quis ex mortis. D. quod legat.* Non enim corporalis poſſeſſionis, ſed dominij tranſlatio ſola illa eſſet quæ vindicationem impedire poſſet. Porrò quem-
13 admodum donatio † cauſa mortis non poteſt mortuo donatore confirmari pro ea parte, quæ per legem Falcidiam penes heredem manere debet, ne fiat iniuria heredi & legis Falcidiæ poteſtas violetur, exhauſto fortaſſis per donationes cauſa mortis patrimonio. Ita certum eſt pro reliqua confirmari debere, ita vt donatarius non tantùm poſſeſſor ex donatoris voluntate factus, etiam dominus fiat ex eo tempore, quo donator mortuus fuit, & rurſus non tantùm dominus, ſed etiam iuſtus poſſeſſor pro ea parte quæ extra Falcidiam eſt: cùm nulla ex parte reſciſſa ſit traditio, quæ niſi in totum reſcindi tanquam indiuidua minimè potuiſſet. In quo fauorabiliores ſunt donationes cauſa mortis per traditionem factæ in fraudem heredis & legis Falcidiæ, quàm quæ ab eo qui deceſſerit non ſoluendo. Hæ
14 namque † reſcinduntur in totum, ſicut inutilia eſſent legata, ſi qua ab eodem relicta eſſent. *l. & ſi debitor 17. D. de mort. cauſ. donat. l. circa 66. §. 1. D. ad leg. Falcid. l. ſi heres 68. D. ad SC. Trebell. l. penult. D. de confeſſ.* quia non poſſent pro parte confirmari, quin pro ea parte fieret iniuria creditoribus, quorum tamen quamuis poſteriorum potiorem cauſam haberi conuenit, cùm certent de damno vitando, donatarij verò de lucro captando, *l. quod autem 6. § ſimili modo D. quæ in fraud. credit.* At nulla ſit iniuria heredi neque legi Falcidiæ, cùm traditio facta ex cauſa donationis non reſcinditur, ne quidem pro portione legis Falcidiæ, quia ſufficit heredi ad indemnitatem quod pro ea parte donatio non confirmetur, perindeque habiturus ille ſit pro ea parte vindicationem contra donatarium ac ſi non poſſideret rem ex voluntate donatoris: Nec rurſus vlla ſit iniuria ſiue heredi ſiue legi Falcidiæ in eo, quod donatio cauſa mortis infra modum legis Falcidiæ confirmatur, cùm eatenus nullum ſit nec eſſe debeat ius 15
heredis in re donata. In ſumma cùm duplex ratio † ſit interdicti Quod legatorum, vna ne Falcidiæ retinendæ ius quod habet heres etiam inuito teſtatore, ei auferatur: Altera ne legatario ſibi in cauſa propria ius dicere permittatur. Vtraque ratio facit vt legatarius eo interdicto teneri debeat ſi propria autoritate occupauerit poſſeſſionem legati per damnationem relicti Falcidia interueniente, ſi Falcidia non interueniat, poſterior tantum ratio induceret interdictum, non prior. Si legatum eſſet per vindicationem, nec Falcidiæ legi locus eſſet, nullomodo teneretur legatarius, quia neutra ratio locum haberet. Falcidia interueniente teneretur propter priorem rationem, non propter poſteriorem. Idémque 16
iuris erit ſi per viuum teſtatorem legati traditio facta proponatur. At in donationibus † cauſa mortis ſiue lex Falcidia interueniat ſiue non, certè neutra ratio facit vt interdicto teneri debeat donatarius: Non poſterior, quia non ſibi ius dixit qui rem accepit per manus donatoris. Non prior, quia lex Falcidia non ſenſu inducta eſt in donationibus cauſa mortis ad exemplum legatorum, vt ab initio legem iis det, quomodo dat legatis, ſed hactenus tantum vt rerum mortis cauſa donatarum perinde ac legatarum quartam integram heres habere debeat, ſi donationibus patrimonium ſit exhauſtum, aut ex iis quartam ducere, ſi duntaxat oneratum. Hoc verò cõſequi heres poteſt, etiam ſine interdicto, eam ſcilicet portionem vindicando quam propter legem Falcidiam in re donata habere debet: tanquam quæ alienata nunquam ſit, licet corporaliter fuerit tranſlata. Et ita videtur mihi explicandum eſſe, non quomodo à Cuiacio & ab aliis factum eſt, quod ſcribitur in *d. l. D. quod legat.* in donationibus cauſa mortis non eſſe locum interdicto, eſſe verò in omni genere legatorum: quod nec nos ſatis plenè tractauimus lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2. vbi quod diximus ex Caio non fuiſſe olim locum interdicto in legatis per vindicationem, verum quidem eſt, ſed reſtringendum ad eum caſum quo legi Falcidiæ locus non eſſet. *d. l. lineam.* Illud verò longè abſurdius
eſt quod à † Didaco traditum video in 3. *part. rubric. de teſtam. num. 20.* Falcidiam non ex aliis mortis cauſa donationibus detrahi, quàm quæ vel in teſtamento factæ ſint, vel in codicillis, non etiam ſi extra teſtamentum & codicillos. Ita enim inutilis ſit conſtitutio Seueri, ac Falcidia ex mortis cauſa donationibus detrahenda, cùm neque in teſtamento fieri poſſint, neque in codicillis. Et pugnat apertè hæc interpretatio cum omnibus legibus quæ volunt Falcidiam ex mortis cauſa donationibus deduci. Omnes enim loquuntur indiſtinctè, nec vllibi mentio ſit vel teſtamenti, vel codicillorum. Quid ergo, ſi mortis cauſa donatio facta ſit, non per traditionem, ſed per ſtipulationem? aut per traditionem quidem, ſed ita vt dominium ſtatim transferatur, reuocabiliter tamen? Non poteſt locus eſſe dubitationi, tantùm abeſt vt locus eſſe poſſit interdicto. Nam ſiue hoc, ſiue illo modo fiat donatio cauſa mortis, nihil habet ſimile cum legatis, vt diximus capite ſuperiore, & dicemus latiùs in ſequenti. Interdictum autem Quod legatorũ non niſi de legatis locutum eſt, & quamuis ex ſententia prætoris extenſionem aliquam recipere poſſit, non tamẽ † ad alia, quàm quæ ſimilitudinẽ habent cum legatis, cuiuſmodi ſunt fideicõmiſſa ſingularia, in quibus ſicut Falcidia inducta eſt, ita & interdictum 17

interdictum quod legatorum, induci oportuit, ſed eo ſolùm caſu quo fideicommiſſarius ſibi ius dixiſſet occupando propria auctoritate rem ſibi per fideicommiſſum relictam, cuius poſſeſſionem nanciſci debuerat per mediam fidem, & per manus heredis, ſiue legi Falcidiæ locus eſſet ſiue non eſſet. Cur enim melioris conditionis eſſe deberet fideicommiſſarius quàm legatarius, quem diximus etiam Falcidia non interueniente teneri interdicto, ſi propria auctoritate occupauerit legatum? Immò deterioris conditionis eſt Fideicommiſſarius, quàm legatarius in eo, quod non cadit in fideicommiſſarium ea diſtinctio, quæ cadit in donatarium, an rem ſibi traditam à teſtatore nactus ſit, quo caſu diximus non teneri interdicto legatarium, ſi legi Falcidiæ non ſit locus. Fruſtra enim & ineptè quis fideicommitteret heredis ſui, vt eam rem præſtaret quam teſtator ipſe iam fideicommiſſario tradidiſſet, ſuntque in eam rem neceſſaria verba legati, de quibus in *l. Lucius. 88. in princip. De legat.* 2. Non tamen ex verbis edicti tenetur interdicto fideicommiſſarius, quomodo legatarius teneretur, quia verba edicti de legatis duntaxat fuerunt, non de fideicommiſſis, ſed ex ſententia edicti, vt ait *d. l. 1. C. quor. legat.* propter identitatem rationis: Sicut & ex ſententia, non ex verbis edicti contra legatarium quoque datur interdictum, ſi non heres ipſe agat, ſed heredis heres aliúſve ipſius ſucceſſor quilibet *dict. l. 1.* quia edictum non niſi de herede ipſo locutum eſt, nõ de heredis ſucceſſore. Nec dici poteſt in fideicommiſſis ceſſare ideò debere interdictum, quòd habeat heres vindicationem contra fideicommiſſarium qui propria auctoritate rem ſibi relictam occupauit, cùm non ſicut legatorum, ita & fideicommiſſorum dominium recta via transferatur citra faciendam ab hærede traditionem, at ne quidem ſecuta traditione, ſi de legitimo & quiritiario dominio intelligas, de quo in *l. 3. D. ſi vſufr. petet. l. ſi quis vſumfructum. 29. D. de vſufr. legat.* Nam eadem ratione probares ne quidem in legatis locum fore interdicto, ſi per damnationem relicta eſſent, quia nec eorum dominium magis quàm fideicommiſſorũ tranſit recta via à teſtatore in legatarium, ne fiat contra voluntatem teſtatoris quod ex voluntate proficiſcitur, ſiquidem noluit teſtator dominium nunquam fieri heredis, cùm heredem ipſum iuſſit dare. Nam cùm dare nihil aliud ſit, quàm dominium transferre. *l. vbi autem. 85. §. vlt. de verbor. oblig.* quomodo fieri poſſet, vt heres transferret dominium quod ipſe non haberet? At ruſum ſi in legatis per donationem non eſſet locus interdicto, in quibus obſecro vnquam eſſe poſſet? Vt enim iam diximus, in legatis per vindicationem non erat interdicto locus, niſi vno eo caſu quo lex Falcidia locum haberet. Dicendum igitur eſt ius vindicationis heredi competentis non impedire aut tollere vtilitatem interdicti: quia difficultas, quæ magna plerumque ſubeſt probandi dominij, facit vt ſemper commodius ſit experiri interdicto ſi quod competit ad poſſeſſionem ſiue adipiſcendam, ſiue retinendam, ſiue recuperandam. *l. is qui deſtinauit 24. D. de rei vindi. §. commodum. Inſtit. de interdict.* Idque apparet euidentius ex eo quod alioqui dicendum eſſet ſublatum hodie interdictum, quod legatorum, ob id quod Iuſtinianus legatis omnibus eam naturam hac parte dedit, quæ olim erat legatorum per vindicationem, vt dominium rerum omnium legatarum tranſeat à teſtatore recta via in legatarium (nam & inde eſt quod pro legatis omnibus dat vindicationem, quam certum eſt domino tantùm dari.) Cùm tamen è contrario fecerit Iuſtinianus vt quantum ad cauſam interdicti legata omnia eam naturam habeant, quæ olim erat legatorum per damnationem vt ab herede præſtari debeant, illa etiam quæ per vindicationem data ſint, alioqui teneatur interdicto legatarius quiſquis ille ſit, vt probat poſita Inſtitutionibus definitio legati in *§. 1. de legat.*

ERROR VII.

De donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur.

SVMMARIA.

1. *Quæ donationes cauſa mortis legatis æquiparentur.*
2. *Cùm donatio cauſa mortis confertur poſt mortem non magis ſine auxilio legis valet donatio, quàm legatum: & cur.*
3. *Cur neceſſaria fuerit lex 12. tab. de teſtamentis.*
4. *Verbum* Legaſſit *in l. 12. tab. quid ſignificet.*
5. *Fideicommiſſa ad l. 12. tab. de teſtam. cur non pertinuerint.*
6. *Lex 12. tab. teſtamentaria ad donationes cauſa mortis quamobrem pertinere non potuerit.*
7. *Ad eas tamen validandas à prudentibus producta ſit per interpretationem, adeóque ſuppletionem.*
8. *Cur placuerit donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum potiùs quàm fideicommiſſorum.*
9. *Omnibus mortis cauſa capere permittitur, qui & legata capere poſſunt.*
10. *Cùm de donationis cauſa mortis acquiſitione tractatur quodnam tempus ſit intuendum.*
11. *De qua donatione intelligendum illud, non videri perfectam mortis cauſa donationem priuſquam inſecuta ſit mors donatoris.*
12. *Omnibus mortis cauſa donationibus commune eſt vt reuocabiles ſint cùm fiunt, & fiant irreuocabiles cùm moritur donator.*
13. *Diſtinctio adhibenda in quæſtione an donatio cauſa mortis ſit ſpecies vltimæ voluntatis.*
14. *Cur in iure paſſim ſcriptum ſit indiſtinctè donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum.*

ATTIGIMVS in præcedentibus non omnes mortis cauſa donationes legatis 1
æquiparatas eſſe, ſed eas † tantùm quæ ſic fiunt, vt dominium rei donatæ non niſi poſt donatoris mortem in donatarium transferatur. Ad differentiam ſcilicet cæterarum, quæ vel per ſtipulationem contrahuntur, vel per traditionem quidem, ſed ita vt ſtatim & viuo adhuc donatore quamuis reuocabiliter dominus fiat is cui donatur. Sed quid hoc & quale ſit, quoniam in eo grauiſſimè, ni fallor, erratum eſt hucuſque ab omnibus, latiùs explicandum eſt, etſi ea ratio differentiæ, quæ iam à nobis tradita eſt totam rem hanc ſatis apertam
reddere videtur. Diximus enim, cùm donatio † cauſa mortis conferretur poſt mortem, nullam eſſe rationem, cur poſſit ſine auxilio legis donatio valere, 2
magis quam legatum aut alia quælibet ſpecies vltimæ voluntatis, propterea quòd abſurdiſſimum ſit diſponere quem de rebus ſuis in id tempus quo non ſit ipſe amplius futurus earum dominus, id eſt, quo erit iam mortuus. Nã qui mortuus eſt, cùm iam nullus ſit, dominus eſſe non poteſt, nec quod eo tempore quo diſponit verè ſit dominus vtilem & efficacem facere diſpoſitionem poteſt, cùm illud potiùs inſpiciendum ſit tempus in quod diſpoſitio confertur, vt eo tempore in quo collata eſt facta videatur. *l. Titio cùm morietur 51. D. de vſufr. l. quia in hoc tempus.*

pon.10.D.de donat.inter vir.& vxor.l.Stichus.39.D.de manum. teſtam. l.quod ſponſa. 4. C. de donat. ant. nupt. Ob eámque cauſam certum eſt fuiſſe neceſſariam † legem 12.tabul. quæ ciu & patri familias poteſtatem faceret non diſponendi de ſuis bonis quomodolibet in vltima voluntate, ſed teſtandi tantum, id eſt, ita diſponendi vt legem faceret, quod nec ipſa lex alia ratione vlla aſſequi poſſe videretur, vt morte non intercideret vltima ipſius voluntas ſimul cum ipſo homine, cùm in repub.nihil ſit immortale præter legem, quæ ſola non moritur moriente legiſlatore, quia neque tam eum qui rogauit legiſlatorem habet, quàm populum ipſum, qui porrò nunquam moritur, ſed idem qui antea fuit ſemper eſſe intelligitur.*l.proponatur.76.D. de iudic.* Sic enim explicare ſoleo legem illam 12. tabul. quam toties ferè inculcare cogimur quoties de vltima voluntate tractamus, *Pater familias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto,*
4 de qua in *l.verbis legis* 120.*D.de verb.ſignifi.*in qua lege verbum *legaſſit* † nihil proculdubio aliud ſignificat quàm hoc quod volumus, *per legis modum diſpoſuerit*, vt Vlpianus noſter explicat in fragmentis, tit. de legat. cùm ad hoc alludens, legatum definit eſſe id quod legis modo imperatiuè relinquitur. Ex quo infert, etiam poſt inductum ea lege ius teſtamen-
5 torum in quibus legata relinquuntur, infirma tamen fuiſſe fideicommiſſa, † nec ad legis poteſtatem pertinuiſſe, quia ſcilicet non legis modo imperatiuè, ſed verbis præcariis relinquuntur, cùm è contrario legis ſit imperare, non precari.*l. legis virtus.* 7. *D. de legib.* Ideoque nimirum poſt multa ſecula inducto vſu fideicommiſſorum, neceſſaria fuit Imperatoris Auguſti auctoritas, & Prætoris fideicommiſſarij in eam rem creandi iuriſdictio, vt fideicommiſſa conſeruarentur §.1.*Inſtit. de fideic. hared. & §. 1. Inſtit. de*
6 *codicill.* Ego præter Vlpianum ſimiliter infero ſupradictam legem 6. 12. tab. ad donationes † cauſa mortis pertinere non potuiſſe, ſiue ita fierent, vt ex iis dominium ſtatim transferretur in donatarium, ſiue ita vt earum effectus conferretur poſt mortem, multo minus ſi per ſtipulationem contractæ eſſent, quos ineūdæ donationis tres modos fuiſſe diximus in præcedentibus. Nam primo caſu, itemque tertio non poterat videri neceſſaria poteſtas legis. facta purè donatione licèt cauſa mortis, nec collata in id tempus quo iam mortuus eſſet donator. Secundo autem caſu etſi eadem ratio neceſſitatem legis inducebat in donationibus cauſa mortis, quæ in legatis, ad eas tamen applicari lex ideò non poterat, quod qui donat cauſa mortis ita vt non niſi poſt mortem ſuam dominium in donatarium transferri velit, non facit legem,nec diſponit per modum legis, quia non vtitur verbis imperatiuis, neque verò loquitur cum hærede, cui ſoli poſſet imperare, ſi vellet, ſed rem agens inter ſe ſolum & donatarium, non interpoſita perſona hæredis, cuius facto & voluntate donatarium egere non vult, tradit donatario res quas donat addita teſtificatione animi ſui, quòd eas & donatas velit, & tamen non niſi ſe mortuo in donatarium tranſlatas. Quæ res facit vt non concurrente auxilio legis infirmiores debuerint eſſe donationes cauſa mortis quàm fideicommiſſa. Etſi enim vtriſque commune illud eſt, quod non fiunt verbis legitimis & imperatiuis, inducto tamen iam per legem eo iure vt poſſet ciuis Romanus teſtamentarium heredem habere, facilius erat, vt valerent fideicommiſſa, quæ ab herede præſertim inſtituto nominatim relicta eſſent verbis precariis, quàm donationes cauſa mortis; de quibus donator neque imperaſſet quicquam, neque rogaſſet. Cúmque defuncto patrefamilias lex ſtatim dominium rerum hereditarium transferat in heredem quandocumque adeuntem, quaſi ex ipſo inſtanti mortis adiiſſe retrofingatur, niſi quod ſi quid legatum ſit,tam citò facit rem legatam legatarij, quam heredis res ſingulas *l. legatum 80.de legat.2.iunct.l. heres quandocumque* 54. *D. de acquirend.hered.* conſequens eſt vt dominium rerum mortis cauſa donatarum, quod heredi ſemel acquiſitum ſit, ab eo ignorante vel inuito poſtea diſcedere non poſſit,vt donatario acquiratur *l. ſi ego* 9. *§. res D.de iur.dot.* & rurſus vt non poſſit cogi heres, ad rem tradendam, quomodo ex cauſa fideicommiſſi cogeretur, qui neque iuſſus fuit, neque rogatus vt donatario quicquam præſtet. Ea ratio fecit vt ad
huiuſmodi donationes validandas † neceſſe fuerit 7
ad eas protrahere legis poteſtatem, primùm vt ego quidem arbitror per prudentem interpretationem publica vtilitate id ſuggerente, cùm donationum iſtarum vſus eſſet frequentiſſimus, & iam inde ab Homeri memoria repetitus vt ſcriptum eſt in *l. 1. D. de mort.cauſ.dona. & apud Iuſtin.in §.1.Inſtit.eod.* Deinde quia non tam interpretatio hæc, quàm ſuppletio eſſe videbatur, Iuriſconſultorum verò erat interpretari, non ſupplere, fuit etiam hoc nominatim, vt credibile eſt, conſtitutum, vt innuere Paulus videtur in *l. Marcellus.15. D. de mort. cauſ.donat.*quamuis ignoretur à quo vel quando id conſtitutum ſit, Vt ſcilicet ad exemplum legatorum mortis cauſa donationes caperentur, vt loquitur *d. l. Marcellus & l. 2. D. de public. rem act.* & legatorum inſtat obtinerent *l. & ſi debitor* 17. *D. de donat. cauſ.mort.* Denique legatis compararentur *l. illud* 37. *eod.l.1.§.1.D.ſi quid in fraud. patron.* Hinc verò illud etiam intelligimus cur placuerit capi donationes ad inſtar legatorum, potius quàm fideicommiſſorum.
Nempe quia prouidendum † erat,vt dominium rei 8
donatæ tranſiret recta via à donatore in donatarium, quaſi nunquam factum hæredis, ne alioqui hæredis ius interpoſitum eam tranſlationem impediret *d.§. ſi res.* Hoc autem non aliter fieri poteſt quam redactis donationibus ad inſtar legatorum, ſiquidem legatorum ius proprium illud eſt,non etiam fideicommiſſorum vt recta via tranſeant in eum cui data ſunt, non per mediam heredis perſonam. *l. à Titio 64.D. de furt.* quoniam eadem lex quæ induxit hereditates, induxit etiam legata, non fidecommiſſa *d.l.legatum 80.de legat.2* ſatiſque conſultum fuit fideicommiſſariis in eo quod fideicommiſſorum perſecutionem habent apud prætorem fideicommiſſarium contra heredem cui non eſt permittendum,vt defuncti à quo tantopere & honoratus & rogatus fuerit; preces eludere poſſit: Quo tamen modo non potuiſſet conſuli donatariis cauſa mortis, ſi ad inſtar tantùm fideicommiſſorum redactæ fuiſſent, quia nunquam prætor cogeret heredem vt donatario cauſa mortis id præſtaret de quo rogatus à donatore non fuiſſet. Præter id, quod dubitandum non eſt quin ſicuti donationes cauſa mortis antiquiores ſunt fideicommiſſis, ita & ius earum conſeruandarum & confirmandarum antiquius ſit iure fideicommiſſorum: vt proinde non aliis quàm legatis æquiparari potuerint donationes cauſa mortis, cùm nullus adhuc eſſet vſus fideicommiſſorum. Quanquam ſi fideicommiſſa quoque iam tum in vſu fuiſſent, non eo minùs ratio ſuperior feciſſet vt legatis non fideicommiſſis comparari mortis cauſa donationes debuiſſent. Inde eſt quod dicimus. Omnibus † mor-
tis cauſa capere permitti qui & legata capere poſ- 9
ſunt. *l. omnibus. 9.D. de mort. cauſ. donat.* Itemque in mortis cauſa donationibus † non tempus donatio-
nis, ſed mortis intuendum eſſe, cùm quæritur an 10
quis capere poſſit. *l.in mortis 22. eod.tit.* quia licèt in

legatis

legatis duo tempora inſpici ſoleant teſtamenti & mortis(aditionis enim tempus in perſona quidem heredis inſpiciendum eſt, quia non fit heres niſi per aditionem §. 1. *ſi extraneis. Inſtit. de hered. qualit. & differt. l. ſi alienum. 49 §. 1.* at non in perſona legatariorum, quibus legatum deberi incipit ex quo tempore dies legati cedit, id eſt, ex inſtanti mortis, ſi modo purum legatum fuerit, non conditionale. *l. 1. & tot. tit. D. quand. dies legat. ced.* in quo errauit Accurſ. ad §. 1. *Inſtit. de donat.* vbi ait tria in legatis tempora inſpici oportere) non egemus tamen iſta æquiparatione legatorum in omnibus, nec quocunque tempore, ſed tunc tantùm cùm de donationum cauſa mortis acquiſitione tractandum eſt, mortuo nimirum donatore, cùm donationis effectus poſt mortem collatus eſt. Hoc enim addi debet vt eas ſemper donationes mortis cauſa factas excludamus, ex quibus dominium ſtatim tranſlatum ſit in donatarium. Cur namque mortis tempus ſpectetur in iis donationibus quæ ſtatim perficiuntur? Nam neque

11 ad hoc genus donationum pertinet, quod dici † ſolet non videri perfectam mortis cauſa donationem priuſquam inſecuta ſit mors donatoris, vt Papin. loquitur in *l. Seia. 42. § vlt. de mort. cauſ. donat. & Vlpian. in l. ſed interim. 11. in princip. de donat. int. vir. & vxor.* cùm perficiantur moriente donatore, & conſequenter eo adhuc viuente, quia non qui mortuus iam eſt moritur, ſed qui adhuc viuit. Quid enim obſtat quominus donatio cauſa mortis ſtatim perfecta videri debeat, cùm ſic facta eſt vt dominium ex ea ſtatim transferatur? Hoc vnum quod reuocari poteſt quandiu donator viuit. *l. 2. l. ſi mortis 29. eod.* Perficitur ergo cùm deſinit reuocari poſſe. Porrò deſinit eo inſtanti quo moritur donator, quia reuocatio cùm ſit facti, nec per alium, quàm per donatorem ipſum fieri poſſit, vnico illo inſtanti mortis fieri nequit. *l. vltim. D. de condic. inſtit.* Et ideo generalius Vlpianus in *l. non videtur 32*, ait non videri perfectam donationem cauſa mortis priuſquàm mors inſequatur donatoris. Non dicit, *priuſquàm mors ſit inſecuta* ſed *antequam mors inſequatur*, vt exprimat inſtans ipſum mortis, non inſtans quod ſequitur mortem, quia

12 omnibus mortis cauſa donationibus † generaliter commune illud eſt vt & reuocabiles ſint, eſſéque debeant cùm fiunt, & fiant irreuocabiles, cùm moritur donator, atque ita omnimodo perficiantur: túmque incipit diſtinctioni locus fieri, An hoc vel illo modo facta ſit donatio, cùm de dominij acquiſitione tractatur, quia vno caſu acquiritur dominium donatario priùs etiam quàm mors inſequatur, alio verò non niſi morte inſecuta *d. l. ſed interim. §. 1. & d. l. Seia. §. vlt.* nunquam autem in eo ipſo inſtanti in quo mors inſequitur: vt intelligamus aliam eſſe de donationis perfectione, aliam de dominij acquiſitione diſputationem. Quæ res facit, vt eadem diſtinctio adhiberi debeat cùm quæritur, An dona-

13 tio † cauſa mortis ſpecies ſit vltimæ voluntatis, necne. Nam quæ ita fit vt dominium confeſtim transferatur in donatarium, ea cùm & fiat & perficiatur viuo adhuc donatore, nec vllo modo egeat vt per mortem donatoris confirmetur, quomodo vltima voluntas egeret, quanam obſecro ratione cenſeri poſſet iure vltimæ voluntatis? Conſequenter quod nos decade ſuperiore diſputauimus, filium familiàs non poſſe bona ſua aduentitia, etiam quæ pleno iure ſua ſint, donare cauſa mortis, ne quidem patre conſentiente, ideò ſolùm, quia non poteſt cum vltima voluntate decedere, ad has donationes pertinere non poteſt, ex quibus alienatio fit pleniſſimè ac irrationabiliter viuo adhuc donatore. Quomodo putem Falcidiam in iis locũ habere, ſi Papiniano credimus in *l. Seia. 42. §. vlt. de mort. cauſ. donat.* vbi Seueri conſtitutionem, quæ generalis videbatur, ſic reſtringit. At quæ confertur poſt mortem, ea demum vltimæ voluntatis ſpeciem conſtituit, cuius proprium illud eſt vt viuo quidem teſtatore perficiatur, fiatque irreuocabilis eo nimirum inſtanti quo teſtator moritur, quo etiam inſtanti per legem confirmatur, ſed tamen non niſi poſt mortem teſtatoris dominium in heredem aut legatarium ex ea vltima voluntate transferatur, interimque à donatore retineatur *l. ſi mortis. 29. eod.* Neque tamen mirum videri debet quod tam † generaliter & indiſtinctè tot lo- 14
cis ſcriptum eſt, donationes cauſa mortis comparatas eſſe legatis, & capi ad inſtar legatorum. Id enim non eò pertinet quaſi nullatenus interſit vtro modo facta ſit donatio cauſa mortis, ſed rationem illam habet, quia frequetius eſt, ſempérque fuit, donationem cauſa mortis ita fieri, vt poſt mortem conferatur, quàm vt ſtatim & viuo donatore habeat effectum etiam reuocabilem. Siquidem ita ſolent eſſe affecti qui mortis cauſa donant vt ſe malint habere quàm donatarium, & donatarium rurſus quàm heredem *l. 1. l. Senatus. 35. §. 1. eod.* quod tamen in eos non cadit qui ſic donant cauſa mortis vt dominium ſtatim transferant. Hi enim malunt donatarium habere quàm ſe, licèt ſaluam ſibi eſſe velint reuocandæ donationis facultatem, aut ſaltem redhibendi ſpem in aliquem caſum, quæ ſpes non niſi morte amittatur. *dict. l. Seia. §. vlt.*

ERROR VIII.

De donationibus mortis cauſa inter coniuges ità factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione.

SVMMARIA.

1 *Donationes cauſa mortis inter coniuges generaliter ſunt permiſſæ, & cur. num. 3.*

2 *Illa tamen quæ ſic fiunt vt dominium protinus transferatur, non aliter valent quàm ſi inſecuta morte donatoris ea tranſlatio fiat.*

3 *Donationes inter virum & vxorem quæ improbatæ.*

4 *Ratio dubitandi cur donationes de quibus numer. 2. valere non videantur.*

5 *Tribonianiſmus notatus in l. ſed interim. 11. D. de donat. int. vir. & vx. & quæ fuerit Iuliani ſententia de validanda inter coniuges donatione cauſa mortis.*

6 *Ratio decidendi cur donationes de quibus numero 2. valeant.*

7 *An donatio, inter coniuges mortis cauſa ita facta vt ſtatim dominium transferatur & excedens 500. ſolidos egeat inſinuatione & num. 10.*

8 *De iure Inſinuationis donationum.*

EX iis quæ proximè diximus, illud etiã 1
fit, vt quamuis inter † virum & vxorem mortis cauſa donationes generaliter permiſſæ ſint. *l. mortis 40 eod. l. ſi eum. 9. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor.*
ſi tamen ſic facta ſit donatio † vt dominium proti- 2
nus transferatur, non valeat donatio, ſi hactenus vt ſecuta morte donatoris ea tranſlatio fiat, interimque maneat dominium omnimodo penes eum, qui donauit *d. l. ſed interim*, quia nec alia ratio vlla eſt quæ mortis cauſa donationes, potiùs quàm illas

illas quæ ſimpliciter & abſolutè factæ ſunt inter
3 coniuges valere patiatur, quàm quod earum † tem-
pus in id tempus excurrat quo vir & vxor eſſe deſi-
nunt, vt Caius in *l. quia in hoc.* 10.*eod.tit.* id eſt, quo
matrimonium ſoluatur. Omnes enim donationes
4 † inter virum & vxorem improbantur per quas &
locupletior fiat is cui donatur, & pauperior is qui
donat. *l. 5. §. conceſſa. §. cùm igitur, & paſſ. eod. tit.* Fit
autem pauperior is qui donat etiam cauſa mortis,
quoties rei ſuæ dominium viuus amittit, non etiam
ſi amittat poſt mortem. Atqui amitteret viuus is qui
amitteret in ipſo inſtanti mortis, cùm inſtans illud
vitæ, vt diximus, non morti adſcribatur. Et ob id
5 nimirum videbatur † non poſſe donationem eam
valere inter coniuges quamuis mortis cauſa factam,
per quam id ageretur vt dominium ſtatim transfer-
retur, cùm neque viuo donatore poſſet valere pro-
hibente iure, neque poſt mortem deficiente volun-
tate. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt in *d.l.ſed
interim*(ſitamen totus ille verſiculus, *ſed quod dici-
tur*, Vlpiani eſt, ac non potiùs Triboniani Iulianum
6 † notantis eiúſque ſententiam emendantis) valere
inter coniuges donationem quamlibet cauſa mor-
tis, non eam ſolùm quæ hoc animo facta eſſet, vt
tunc res, fieret, vxoris vel mariti cùm mors dona-
toris inſecuta eſſet, quomodo ſcribendum erat in
dict. verſ. ſed interim, non vt ſcriptum eſt *inſequitur*, ad
exprimendam eiuſdem Vlpiani ſententiam, quæ ſic
expreſſa eſt in primis illis verbis eiuſdem legis, *cùm
mors inſecuta eſt*, & in *§. ſi vxor.* illo loco, *mortua
muliere confeſtim fundus efficietur eius quem maritus
interpoſuit.* Vt vel ex hoc maximè appareat, notam
illam ad Iulianum Triboniani eſſe, non Vlpiani,
quem credibile eſt Iuliani diſtinctionem potiùs ſe-
cutum fuiſſe, exiſtimantis, non aliam donationem
mortis cauſa inter coniuges valere, quàm quæ ſic
fiat & eo animo, vt tunc acquiratur donatario, cùm
mors erit inſecuta donatoris: Quaſi imputandum ſit
ei qui aliter donauit, ſi donare vtiliter voluit cauſa
mortis, cur non donauerit eo modo quò licitè po-
tuit ſi voluiſſet. Oratio namque diui Seueri de con-
firmandis donationibus inter virum & vxorem, non
ad alias donationes pertinet, quàm quæ factæ ſint
inter viuos, cum nulla ratio fuerit ſubueniendi do-
nationib. cauſa mortis, quas nihil prohibebat vale-
re iure communi, ſi eas ſine vitio facere donator vel-
7 let. Verùm pro † Triboniano contra Iulianum facit
ille color æquitatis, quod non minùs fauorabiles
videri debeant donationes cauſa mortis inutiles,
ob id ſolùm quòd potuerint vtiliter fieri aliquo ca-
ſu, cùm illis etiam ſubueniatur quæ vtiles eſſe nullo
caſu potuerunt, id eſt, quæ factæ ſunt inter viuos.
Quo etiam colore, ſi pro bono eum habere velis,
poſſit quis non improbabiliter defendere, donatio-
8 nem † cauſa mortis ita factam vt dominium confe-
ſtim transferatur, etiamſi excedat ſummam quin-
gentorum ſolidorum nec inſinuata ſit, tuendam
tamen iure vltimæ voluntatis, ſi adhibiti ſint quin-
que teſtes, ex *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* quamuis
non putem, ſi ſummo iure agatur, eam valere quip-
pe quæ non poſſit dici vltima voluntas, cùm non
modò perficiatur fiátque irreuocabilis viuo dona-
tore, ſed etiam pleniſſimum effectum habeat, quod
ad irreuocabilem dominij tranſlationem. Quid enim
poſt mortem donatoris faciendum ſupereſt, propter
quod aliqua ex parte poſſit videri vel minimam ha-
bere ſpeciem vltimæ voluntatis. Quòd ſi vltima vo-
luntas non eſt, nec aliud nomen quàm donationis
habere poteſt, eget proculdubio inſinuatione, quan-
tumuis donationem cauſa mortis eam dici velis.
9 Omnibus enim donationibus ſiue † inter viuos, ſiue
mortis cauſa factæ eſſent, ea lex dicta erat à Con-
ſtantino in *l. donatio. 25. C. de donat.* & in *l. data. 27.
eodem.* vt inſinuari apud acta deberent, quod & Iu-
ſtinianus confirmauerat primùm in *l. ſancimus. 34.
eodem.* ſi non ſupra trecentos ſolidos donatum eſſet,
deinde in *l. penult. in fin. eod.* ſi non ſupra quingen-
tos: quæ conſtitutiones omnes ſunt generales &
pertinent ad quaſcunque donationes. Etſi verò idem
Iuſtinianus poſtea ſollennitatem hanc inſinuationis
remiſſam voluit in donationibus cauſa mortis *d. l.
vlt. C. de donat. cauſ. mort.* apparet tamen non de aliis
eum ſenſiſſe, quàm de quibus olim dubitabatur an
contractibus, an vltimis voluntatibus eſſent aggre-
gandæ, & quæ propiùs accedant ad vltimas volun- 10
tates. In quo tamen numero † nec ſunt, nec vnquam
fuerunt eæ, quæ ſic fiunt vt dominium ex iis ſtatim
transferatur. Sed quemadmodum in ſpecie *d. l. ſed
interim. 11. D. de donat. int. vir. & vxor.* defenduntur
huiuſmodi donationes etiam inter coniuges, non
tanquam confirmatæ ex oratione Diui Seueri, ſed
tanquam donationes cauſa mortis nec rurſus eo
modo quo factæ ſunt, ſed acſi poſt mortem collatæ
eſſent, vt benigna interpretatione actus valeat, po-
tiùs quàm pereat. Ita & deficiente inſinuatione vi-
detur æquitas ſuadere, vt nihilominus defendantur
iure vltimarum voluntatum, ſi adſint quinque teſtes.
Ne deterioris conditionis ſint eæ quæ non magis
ſunt donationes inter viuos, quàm voluntatis vlti-
mæ ſpecies, ſed medium quoddam genus conſtitu-
unt inter donationes, quæ fiant inter viuos & vlti-
timas voluntates, quàm ſi harum numero contine-
rentur. Niſi quod ſi ſubtilius agere volumus, inter
hos caſus hæc diuerſitatis ratio reddi poteſt, quod
in ſpecie *d. l. ſed interim.* omnimodo valitura eſſet do-
natio ſiue inter viuos facta ſiue poſt mortem col-
lata fuiſſet, priore quidem caſu tanquam confirma-
ta morte ex oratione Seueri, poſteriore verò tan-
quam donatio cauſa mortis etiam inter coniuges
iure communi permiſſa. Ideóque minus mirum eſt
defendi donationem quæ nec ſit inter viuos nec vl-
tima voluntas, ſi in vtrunque caſum erat valitura,
ſed tanquam inter viuos vel tanquam vltima volun-
tas. At in eo caſu quo ſolus defectus inſinuationis
facit inutilem donationem quæ vltimæ voluntatis
iure cenſeri non poteſt difficilius eſt vt defendatur
donatio quæ nec vltima voluntas eſt, nec ſi inter vi-
uos facta eſſet, tamen eo magis valeret, quin po-
tiùs tanto minùs, quanto certius eſt donationes inter
viuos quæ legitimam ſummam excedunt ſi inſinua-
tæ non ſint, nullo modo valere; Nec eas tantùm quæ
alioquin valerent, ſed nec eas quæ ab initio fuerunt
inutiles quidem ſed quæ tamen ſi inſinuatæ eſſent
confirmarentur morte, de quibus in *l. donationes quas
parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt defectus
inſinuationis non tantùm impediat ne ab initio va-
lere poſſit donatio alioqui valitura, ſed etiam ne ex
poſtfacto confirmetur morte quæ alioquin confir-
maretur. Rectiùs autem videntur poſſe comparari
donationibus inter viuos ſaltem morte confirmã-
dis, eæ donationes cauſa mortis quæ ſic fiunt vt do-
minium ſtatim transferatur, quàm vltimis volun-
tatibus, cùm non ſolùm in eo ſimiles ſint, quòd mor-
te donatoris non poſt mortem perficiuntur, ſed hoc
etiam plus habeant, quod eo tempore pleniſſimum
effectum & irreuocabilem habere incipiunt, quem
tamen non habent illæ de quibus in *d. l. donationes.*
Ex quibus ſcilicet dominium non transfertur niſi
poſt mortem donatoris, quam ob cauſam ſolent il-
læ à noſtris vltimarũ voluntatũ iure cenſeri in om-
nibus præterquam in eo quod inſinuãdæ ſunt. Quòd
ſi requirunt inſinuationem eæ donationes quę inter
viuos

viuos etiam inutiliter factæ ſunt vt poſſint morte confirmari quamuis non idcirco habeant effectum niſi poſt mortem, quanto magis requirent eæ donationes cauſa mortis quæ ſic factæ fuerunt vt ſtatim dominium in donatarium vtiliter transferatur, quamuis donatoris mortem expectent non vt valeant aut vt confirmentur quomodo vltimæ voluntates per legem, ſed vt irreuocabiles fiant: An non propius accedunt iſtæ ad donationes inter viuos tametſi mortis cauſa factæ ſint, quàm illæ ipſæ quæ inter viuos quidem factæ ſunt, ſed inutiliter, & ita vt ex iis dominium non transferatur niſi poſt mortem? Ergo ſi mero iure agere volumus, non poterunt iſtæ valere, ſi non inſinuatæ ſint, quamuis adhibiti ſint quinque teſtes, ſicut nec in donatione inter viuos adhibitus hic numerus teſtium poſſet ſupplere defectum inſinuationis, & facere vt eo magis valeret, quæ non eſſet inſinuata. Eo nimirum caſu quo inſinuatio iure requireretur.

ERROR IX.

De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis citra vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act.

SVMMARIA.

1 *Erroneum eſt, non minùs ex donatione cauſa mortis, quàm ex legato transferri dominium ipſo iure citra traditionem.*
2 *In legatis cur transferatur dominium ſine traditione: in donationibus mortis cauſa non item.*
3 *Vnde probent interpretes ex donatione cauſa mortis dominium citra traditionem tranſferri.*
4 *In ſpecie l. 2. D. de Public. in rem act. rem donatam mortis cauſa traditam fuiſſe, aduerſus interpretes.*
5 *Vnde colligant interpretes traditam non fuiſſe donatario poſſeſſionem.*
6 *Quomodo donatio cauſa mortis facta per traditionem conueniat cum legato quantum ad inducendam ſine traditione dominij tranſlationem.*
7 *Senſus l. 1. & ſecund. D. de Public. in rem action.*
8 *Sitne locus Publicianæ ſi erepta ſit donatario poſſeſſio viuo donatore.*
9 *Re aliena legata legatario datur Publiciana etiam ſi nunquam poſſederit, non item donatario: & ratio differentiæ.*
10 *Dominij bonitarij & quiritiarij differentia.*
11 *Modi acquirendi dominij iure Quiritium qui.*
12 *Emendatur l. 1. D. de Public. in rem act.*
13 *Donationes cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur illæ intelliguntur ex quibus dominium poſt mortem donatoris transfertur.*

ÆQVIPARATIO illa legatorum & donationũ cauſa mortis, de qua in præcedentibus diſſeruimus, ſicuti magnam interpretibus & pragmaticis noſtris errandi materiem attulit non diſtinguentibus donationem cauſa mortis, quæ per traditionem fiat, ab ea quæ fiat per ſtipulationem, nec rurſus donationem quæ fiat per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur, ab eâ quæ dominij tranſlationem conferat poſt mortem donatoris: ita & pleroſque viros etiam doctiſſimos in hoc fefellit, quòd exiſti-
1 mant, non minùs ex donatione cauſa † mortis, quàm ex legato transferri dominium ipſo iure, nulla etiam traditione interueniente. Sic enim ex veteribus ſenſerunt Bart. ad *l. 1. D. de Publician. in rem action.* Bald. in *l. 2. eod. & conſil. 230.* Idem *Bald. & Caſtrenſ. ad l. 2. de legat. 1.* Ex recentioribus verò Iacobus Cuiacius *lib. 10. obſeruat. cap. 18.* vbi ſcribit, ſicut legatum ipſo iure acquiritur ex lege duodecim tabul. ſine traditione heredis aut defuncti, vel poſſeſſionis adprehenſione, ita & donationem cauſa mortis: quia, inquit, ad exemplum legati capitur, id eſt, acquiritur. Sanè parum
ſubtiliter meo iudicio. In legatis † enim ideò trans- 2
fertur dominium ſine traditione, quia tranſfertur poteſtate legis duodecim tabularum: quæ de legatis locuta fuit: ſiquidem lex perinde eſt modus transferendi dominij iure Quiritium, atque traditio: neque auxilio traditionis indiget in eam rem, cùm è contrario præſtet ipſa authoritatem traditioni, vt per traditionem dominium transferri poſſit, ne alioqui ſit traditio nuda *l. nunquam nuda. 31. D. de adquirend. rerum dominio.* At non ſimiliter lex duodecim tadularum locuta eſt de dominatione cauſa mortis, quarum proprium ius illud ſemper fuit, vt eas neceſſe eſſet fieri vel per traditionem, vel per ſtipulationem, ex qua poſtmodum cogi poſſet donator ad rem tradendam. Vt proinde quamuis lex mortis cauſa donationes confirmare voluiſſet, non ideo tamen facere potuiſſet, vt ex iis dominium ſine tradititione tranſferretur, niſi etiam inducto eo, vt ad conficiendam donationem cauſa mortis neque traditio, neque ſtipulatio requireretur, quod tamen nemo dixerit aut per legem duodecim tabularum factum eſſe, quæ de huiuſmodi donationibus nihil dixit, aut per interpretationem prudentum ad eam legem, aut denique per aliam vllam iuris conſtitutionem. Sola enim Iuſtiniani conſtitutio eſt in *l. ſi quis argentum. 35. §. ſed ſiquidem. Codice de donat.* per quam factum videri poſſit vt donatio mortis cauſa, non magis quàm quæ inter viuos facta eſt, requirat hodie traditionem vel ſtipulationem, ſed nullo etiam pacto fiat, adeóque nuda qualibet teſtificatione voluntatis. Quod tamen dici non poſſe oſtendimus in præcedentibus, cùm probauimus conſtitutionem illam ad donationes mortis cauſa factas minimè petinere. Cùm igitur non aliter poſſit valere donatio cauſa mortis quàm ſi vel traditio interuenerit vel ſtipulatio, quæro quonam caſu fieri queat vt dominium rei mortis cauſa donatæ ſine traditione in donatarium tranſferatur? An illo fortaſſe, quo interuenerit ſtipulatio? Alius enim nullus eſt. Atqui ſtipulatione interueniente licet donationis cauſa mortis ineundæ animo, non duo ſunt contractus, quorum alter donatio dici debeat, alter ſtipulatio ſed vnus tantùm contractus eſt, iſque non tam donationis quàm ſtipulationis. Exemplo eius quod dici ſolet ſi quis pecuniam mutuam dederit, eámque ſibi reddi ſtipulatus ſit, non duos eſſe contractus, ſed vnicum, neque ex numeratione pecuniæ naſci obligationem mutui, aut condictionem certi ex mutuo, ſed obligationem & actionem ex ſtipulatione tantùm, quaſi numeratio non facta ſit niſi cauſa implendæ ſtipulationis, vt non ſine cauſa facta videretur: quomodo eleganter ab Vlpia. & Pomponio ſcriptum eſt in *l. ſi ita fuero. 6. §. 1. cum l. ſeq. D. de nouat. & delegat.* Nam & eadem ratione dici poteſt, cùm donatio cauſa mortis fit per ſtipulationem, non attendi donationem, niſi tanquam ſtipulationis cauſam, quia ſtipulationes omnes vt efficacem actionem pariant, quæ per doli exceptionem ſubmoueri nequeant, aliquam habere cauſam debent. *l. 2. §. circa. D. de doli mal. except.* pendéntque ex negotio aliquo contracto, *l. ſtipulationum. 5. D. de verb. obligat.* licèt donationis cauſa ſeparata ſit à ratione negotij contrahendi, cùm tota ex donantis liberalitate æſtimetur. *l. interdictum. 14. D. de precar.* Ergo ſi

quis

quis dicat ex donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem transferri dominium ipſo iure, non minùs errauerit, quàm ſi diceret ex ſtipulatione ſola, quæ modò cauſam aliquam habeat dominij fieri tranſlationem, quod tamen abſurdum eſſet. Nam quod ad transferendum dominium pertinet, nihil intereſt an ſtipulatio cauſam habeat necne, ſed adhibetur ea diſtinctio tunc tantùm cùm quæritur an actio ex ſtipulatu competens ſit efficax, an elidenda per exceptiò-
3 nem. Mouit verò, fefellitque interpretes noſtros & ipſum quoque Cuiacium, † vt fatetur, textus Pauli in *dict. l. 2. D. de Publician. in rem action.* quem ad hoc dicunt omnes eſſe ſingularem: ita admittentes in toto iure noſtro alium locum nullum eſſe quo probari poſſit tam abſurdus error, vt ex donatione cauſa mortis citra traditionem dominium transferatur, cum tamen tot leges ſint, quæ loquuntur de donationibus mortis cauſa. Nos videamus an neque ex ſupradicto Pauli loco probetur. Iungunt interpretes interpretationem dictæ *l. 2. cum §. vlt. l. 1. eod. tit.* & hoc bene. Nam & ipſa legum coniunctio demonſtrat aliam ab alia pendere. Retulerat Vlpianus in *l. 1.* verba edicti prætoris de Publiciana actione quæ hæc fuerunt, *Si quis id quod traditur ex iuſta cauſa non à domino, & nondum vſucaptum petet, iudicium dabo.* Et rationem reddiderat cur adiecisset Prætor, *nondum vſucaptum*, nempe quia ſi vſucaptum eſſet, haberet is qui vſucepiſſet ciuilem actionem, ob idque fruſtra deſideraret honorariam. Subinde quæſierat, cur traditionis duntaxat, & vſucapionis feciſſet prætor mentionem, cùm ſatis multæ ſint iuris partes in quibus dominium quis nanciſcatur, ſupple ſine traditione, vt puta legatum. Mox in *l. seq.* ſubiicitur ex Paulo, *vel mortis cauſa donationes facta, nam amiſſa poſſeſſione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Hinc nimirum inferunt etiam ex donationibus cauſa mortis perinde
4 atque ex legatis dominium ſine traditione transferri. Ego contra ex iis ipſis verbis probo † rem donatam cauſa mortis in ea ſpecie traditam fuiſſe. Quomodo enim hic donatarius amiſiſſet poſſeſſionem, cuius recuperandæ gratia dat ei lex Publicianam, ſi non eam priùs habuiſſet? quomodo autem habuiſſet, niſi per traditionem accepiſſet? Supponit ergo Paulus, quod & nos ſupponendum neceſſariò eſſe dicimus, præceſſiſſe traditionem, quæ donationem fecerit, & donatario poſſeſſionem acquiſiuerit, qua poſtmodum amiſſa, Publicianam vtique habere habet donatarius, quamuis nondum compleuerit vſucapionem: quia nimirum verum eſt poſſediſſe illum ex ea cauſa, ex qua, ſi non fuiſſet interpellata poſſeſſio, ſequi vſuca-
5 pio potuiſſet. At, inquies, ſi ponamus traditam † fuiſſe poſſeſſionem donatario, non erit apta comparatio donationis cauſa mortis & legati, cùm nulla traditione opus ſit ad legati dominium transferendum, nec rurſus accommodatum exemplum ad id de quo tractatur in dictis legibus, id eſt, ad probandum multos eſſe caſus in quibus dominium ipſo iure ac ſine traditione transferatur. Hic verò nodus eſt quem diſ-
6 ſoluere interpretes noſtri debuerunt. Dico tum quoque cùm donatio † cauſa mortis facta eſt per traditionem, adhuc neceſſariam eſſe, nedum licitam æquiparationem legati & donationis mortis cauſa, quantum ad inducendam ſine traditione dominij tranſlationem, quia licèt res mortis cauſa donata fuerit per donatorem tradita eo animo, vt fieret donatarij poſt mortem donatoris, non idcircò tamen dominium per traditionem acquiritur donatario quandiu donator viuit non magis quam ſi nulla traditio facta eſſet ſiquidem non quælibet traditio transfert dominium, nec ſi facta ſit à domino, & ex iuſta cauſa, ſed ea demum quæ cæteris etiam concurrentibus fit animo dominij transferendi. *l. non omnis. 19. D. de rebus credit.* Rurſus mortuo donatore, quo tempore videretur ex poteſtate conuentionis transferri dominium debere, non poteſt fieri tranſlatio citra legis autoritatem, quia eo tempore iam nemo eſt, à quo poſſit dominium diſcedere, vt in donatarium transferatur, cùm donator qui mortuus eſt nullus ſit, omnis autem dominij tranſlatio præſupponat duas perſonas: vnam à qua, & alteram in quam fiat. Ita fit vt in hac mortis cauſa donatione interuenerit quidem traditio, ſed adeo inutiliter, vt non maiorem effectum per ſe habere poſſit ad dominium transferendum, quàm ſi nulla prorſus interueniſſet. Ob eam nimirum cauſam legis poteſtas neceſſaria eſt perinde ac in legato, ſed cum hac tamen differentia, quod in legato neceſſaria eſt lex, vt dominium rei legatæ transferatur in donatarium ſine adprehenſione vlla poſſeſſionis. In donatione verò cauſa mortis non vt æquè transferatur ipſo iure, ac citra vllam traditionem, ſed vt dominium quod per traditionem à donatore factum transferri non potuit, neque tempore ipſius traditionis, quia donator non voluit cùm poſſet, neque poſt mortem donatoris quod voluerat donator, quia velle non potuit, tamen ſine vlla noua traditione tranferatur ex legis quidem poteſtate, ſed tamen transferendi huiuſmodi dominij occaſionem captantis ex ea traditione, quæ priùs facta fuerat quamuis inutiliter: quaſi facilius fuerit mediæ iuriſprudentiæ quæ hoc ius proculdubio induxit, legis duodecim tabularum quæ de donationibus cauſa mortis nihil dixerat, autoritatem accommodare ad validandam traditionem alioquin inutilem iungendáque inſtantia traditionis & tranſlationis dominij, quæ mors intermedia iungi prohibebat, quàm ſupplere traditionem in totum ſi nulla penitus præceſſiſſet. Denique dico dominium hoc caſu transferri quidem in donatarium per legem, non per traditionem, ſed tamen per legem propter traditionem, aut ſi mauis non quidem ex traditione, ſed tamen non ſine traditione. Hic ergo ſenſus eſt † *dict. l. 1. & 2. D.* 7
de public. in rem action. Si quis alienam rem mortis cauſa donauerit & tradiderit, & ante completam à donatario vſucapionem alius nullo iure poſſeſſionem inuaſerit, dandam donatario Publicianam, perinde atque danda eſſet ſi ea res ipſi legata fuiſſet, quia quamuis res illa donata cauſa mortis donatario acquiri per traditionem non potuiſſet, nec ſi in tradentis donatoris dominio fuiſſet, Publiciana autem actio ſicuti datur eo colore quaſi iam actor vſuceperit quod re vera non vſucepit, ita non alij dari debeat quàm qui per traditionem factus fuiſſet dominus, ſi dominium is qui rem tradidit, habuiſſet. Eodem tamen iure cenſetur donatarius cauſa mortis cui res ſic tradita eſt vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortẽ, quo cenſeretur ſi dominium per eam traditionem tranſlatum fuiſſet, propterea quòd ea traditio poterat ſufficere ad inducendam poteſtatem legis vt exemplo legati mortuo donatore poſſet donatarius fieri dominus ſine vlla noua traditione, ſi donator dominus fuiſſet. Cur non igitur proderit ad Publicianam † quamuis amiſſa ſit poſſeſſio ante impletam 8
vſucapionem? Ille caſus maiorem haberet dubitationem ſi poneres ereptam donatario poſſeſſionem viuo donatore, ac proinde ante perfectam mortis cauſa donationem quæ non priùs perfecta dici poteſt quàm mors inſequatur donatoris. *l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. donat.* Difficilius enim videretur dari Publicianam ei qui nec dominium ſibi acquirere potuerit per traditionem etiamſi à domino facta fuiſſet, nec per legis poteſtatem ſine noua traditione quandiu viueret donator. Sed verius eſt hoc quoque caſu Publicianæ locum eſſe, quoniam vt locus ſit, ſufficit quod potuerit

ſequi

ſequi vſucapio ſi interpellata non fuiſſet. Nihil ſiquidem aliud requiritur ex parte actoris, niſi vt dicat & poſſit dicere ſe vſucepiſſe, ob id ſolùm quòd vſucapere potuerit. §. *namque Inſtit. de action.* Atqui certum eſt aliena quoque re donata cauſa mortis poſſe donatarium vſucapere viuo etiam donatore, idque vel in propriam ſuam vtilitatem, ſi donatio non reuocabitur, vel in ipſius donatoris commodum ſi donationem reuocare volet, etiam poſt completam vſucapionem. *l. ſi alienam. 13. l. qui alienam. 33. D. de mort. cauſ. donat. l. Ariſto 18. §. penult. D. de donat.* Ergo tam viuo quàm mortuo donatore Publicianam habere debet ſi amiſerit poſſeſſionem, non item ſi nunquam poſſederit. In quo vno hac parte differt
9 à legatario, † cui daremus Publicianam etiamſi nunquam poſſediſſet, ſi modo teſtator à quo cauſam habet, probetur aliquando poſſediſſe. Et ratio differentiæ eſt, quia ſi res legata fuiſſet propria teſtatoris, haberet legatarius directam dominij vindicationem tametſi nunquam legatum poſſediſſet, nimirum ſi eſſet ei legatum per vindicationem (iam enim diximus non niſi legatis per vindicationem æquiparatas fuiſſe mortis cauſa donationes, cùm ex aliis dominium non tranſiret recta via in legatarium) quia & poſſeſſionem illam quam nondum haberet vindicare & occupare propria autoritate poſſet, ſi vellet citra metum interdicti. Quod legatorum: ſi modò legi Falcidiæ locus non eſſet & præterea nihil commume habet proprietas cum poſſeſſione vulg. *l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquirend. poſſ. iunct. l. cùm heredes 23. eod.* Si verò mortis cauſa donata fuiſſet res propria donatoris, collatáque dominij tranſlatio in id tempus, quo donator deceſſiſſet, non aliter vindicationem directam habere donatarius poſſet, quàm ſi vel à donatore ipſo vel ab eius herede per traditionem eam rem accepiſſet. Igitur aliena re donata idem ſeruabimus in vtili vindicatione quod ſeruaretur ſupradicto caſu in directa, vt eam habeat legatarius etiamſi poſſeſſionem rei legatæ nunquam habuerit nec proinde vnquam amiſerit, donatarius verò non aliter quàm ſi eam & habuerit adeóque per traditionem ſibi factam à donatore ipſiuſve herede, & deinde amiſerit: Vt & de eo ſcriptum eſt qui ſeruum quem nemo defendebat ex cauſa noxali duxit & in bonis habere cœpit, ſcilicet huic quoque dari Publicianam ſi amiſerit poſſeſſionem *l. item ſi ſeruum 6. eod. tit. De Publician. iunct. l. 2. §. vlt. D. ſi ex noxal. cauſ. agat.* quia dominium bonitarium nun-
10 quam † acquiritur ſine poſſeſſione *l. non eſt mirum. 26. §. 1. D. de pign. l. ſi finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* vnde & poſſeſſio dicitur in *l. 3. D. ſi vſusfr. petet.* in quo differt à quiritario, quod plerumque acquiritur ipſo iure, & ſine poſſeſſione non tantùm in legatis ſed & in aliis pleriſque cauſis vt ſcriptum eſt in *lege. 3. D. de Publician.* id eſt quoties acquiritur vel per legem vel per ceſſionem in iure vel per adiudicationem. Fuerunt enim illi mo-
11 di acquirendi † dominij iure Quiritium non minus quàm traditio, mancipatio, & vſucapio, vt Vlpianus refert *tit. 19. de acquiſit. rer.* ad quod alludit ſanè idem Vlpianus in *d. l. 1 in illis verbis cum ſatis multa ſint iuris partes in quibus dominium quis nanciſceretur*, nimirum præter traditionem & vſucapionem: de quibus iam dixerat in iis præcedentibus. *Sed cur traditionis duntaxat & vſucapionis fecit mentionem?*
12 Vbi tamen quod additum eſt † *& vſucapionis* non dubito quin ſit irreptitium ex gloſſemate imperiti interpretis non animaduertentis, quòd licèt traditio & vſucapio duo modi ſint & eiuſdem poteſtatis ad acquirendum dominium quiritiarium, alia tamen ratione fecit prætor mentionem traditionis, alia verò vſucapionis. Traditionis enim fieri mentionem oportuit ad exprimendum eum modum acquirendi dominij per quem potuerit dominium transferri in actorem ſi à vero domino cauſam habuiſſet, vſucapionis verò è contrario ad eam excludendam, & verbis edicti negatiuè conceptis *nondum vſucaptum*: quia licet Publiciana detur eo colore quaſi vſucapio iam impleta ſit (quoniam alioqui non poſſet amplius impleri quæ ſemel interpellata fuiſſet, cùm vſucapio non tantùm poſſeſſionem requirat, ſed perpetuam quoque poſſeſſionis continuationem *1. 2. 3. l. ſine poſſeſſione 25. l. iuſto 44. §. vltim. D. de vſucapion. l. 2. Cod. de præſcriptionibus longi temporis.* neceſſario tamen ponendum eſt vſucapionem reuera nondum impletam eſſe vt Publiciana locum habere poſſit. Quando quidem ſi actor verè iam eſſet dominus ſiue per traditionem à vero domino factam, ſiue quo alio modo iuſtum dominium acquiſiuiſſet, is proculdubio Publicianam habere nec poſſet, nec deberet, quæ non datur niſi ex æquitate & neceſſitate. Neceſſitas porrò nulla eſt ſuccurrendi ei qui habet ciuilem & directam vindicationem: vt iam Vlpianus ipſe explicauerat in *d. l. 1. §. 1.* reddita expreſſim cauſa cur prætor in edicto vſucapionis meminiſſet, atque ita ſcripſiſſet *nondum vſucaptum.* Ex quo tantò clarius apparet, non niſi ineptiſſimè ſubiici potuiſſe ſtatim eandem ipſam quæſtionem, repetique mentionem vſucapionis in illis verbis, *Cur traditionis duntaxat, & vſucapionis feceris mentionem.* Sed & ex *d. l. 2.* illud notari volumus quod ad eorum quæ in præcedentibus diximus confirmationem valdè pertinet, do-
nationes † cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpli- 13
citer dicuntur, eas intelligi ex quibus dominium poſt donatoris mortem transferatur, non eas ex quibus ſtatim, & viuo adhuc donatore. Sic enim facta donatione cauſa mortis vt dominium ſtatim transferretur in donatarium quamuis reuocabiliter, non egeret donatarius Publiciana, qui haberet directam vindicationem interim, id eſt, quandiu reuocata donatio non eſſet, quippe qui toto eo tempore iam verus eſſet dominus etiam iure Quiritium. *d. lege. ſi mortis. 29. D. de mort. cauſ. donat.* qui locus meo iudicio probat omnium apertiſſimè vim & poteſtatem donationis cauſa mortis vtrouis modo fiat, & quantopere ij errent qui donationes omnes mortis cauſa factas ſicut vnum & idem nomen habent, ita vno eodémque iure cenſeri volunt & indiſtinctè pro vltimis voluntatibus haberi.

ERROR X.

De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l. ſi mortis. 29. l. qui mortis. 30. D. de mortis cauſ. don. & tit. 1. C. de donat. quæ ſub mod.

SVMMARIA.

1 *Quando donator mortis cauſa ex pœnitentia habeat condictionem vel vtilem actionem.*
2 *Donatio cauſa mortis interdum reuocatur ex pœnitentia, interdum ex caſu.*
3 *Emendatio & explicatio l. ſi mortis. 29. D. de mort. cauſ. don.*
4 *Emendatio l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. & numero 7.*
5 *Diſcrimen inter vindicationem & condictionem.*

6 Eo

6 *Eo caſu quo tam condictio, quàm vtilis vindicatio datur, non eſt exiſtimandum vtramque ſimul exerceri poſſe.*

8 *Vitioſa vtilis vindicationis à Bald. allata definitio.*

AD eandem verò diſtinctionẽ donationum cauſa mortis vtrum hoc vel illo modo fiant, ſunt qui putẽt pertinere quod ſubiicitur in *l. qui mortis. 30. eod. tit.* cum qui mortis cauſa donauit ex pœnitentia, vel condictionem habere vel vtilem actionem. Sed non ita eſt. Habet

1 enim donator † vtramque illam actionem eo tantùm caſu quo ſic donauerit cauſa mortis, vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, quia non poteſt habere vindicationem directam is qui dominium tranſtulit, ſed tantùm vel condictionem, cum qua porrò nunquam niſi contra furem concurrere poteſt directa vindicatio. §. *Sic itaque. inſtit. de act. l. vltim. D. vſufru. quemadm. caue.* vel vtilem in rem actionem, quæ cùm non detur niſi ex æquitate facilè poteſt concurrere cum condictione, vt & in *l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* vbi fauor donatoris & perfida ingratitudo donatarij alimenta promiſſa donatori ſuo denegantis ius illud ab Imperatoribus extorſit. At ſi dominij tranſlatio in donationum cauſa mortis collata ſit poſt mortem non eſt quod vel de condictione tractetur vel de vtili actione in rem, cùm hoc caſu vindicatio directa non vtilis danda eſſet donatori *d. l. ſi mortis. 29.* Quòd ſi donatio ſic facta eſſet vt ſtatim quidem dominus fieret donatarius, ſed redderet donatori ſi vel conualeſceret vel de peregrè rediret, dicendum eſt cum Vlpiano in *d. l. ſi mortis poſſe defendi in rem competere donatori ſi quid horum contingiſſet:* quod haud dubiè ſic accipiendum eſt vt illa in rem actio vtilis futura ſit, non directa. Solus enim euentus conditionis ſub qua conuentum fuerat, vt res donata iámque alienata redderetur, non poteſt facere vt dominium ipſo iure ad donatorem recurrat (in hoc enim vulgo erratur quod ſpeciale in donatione eſſe creditur vt dominium ex pacto vel acquiratur vel recuperetur.) ſed tantùm vt recurrere debeat. Quod quia omnimodo fieri oportet, nec iuſtam vllam cauſam poteſt habere donatarius non reddendæ rei donatæ expeditius eſt vt fictione quadam breuis manus habeatur pro iam reddita præſertim fauore donatoris & conuentionis in donatione appoſitæ, quæ res directam vindicationem inducere non poteſt, veritatem enim redditi dominij ea requireret, ſed vtilem inducere poteſt, quæ fictione & æquitate contenta eſt *d. §. namque. Inſtit. de action.* Itaque quod ſcribitur in *d. l. 1. qui mortis 30.* non ita eſt accipiendum quaſi donator vtilem illam actionem in rem debeat habere omni caſu ex pœnitentia quemadmodum nec ex pœnitentia condictionem haberet omni caſu, ſed vt tam condictionem, quàm vtilem in rem actionem habeat eo caſu, quo dominium ſemel fuerit tranſlatum in donatarium licet reuocabiliter, ſecutaque ſit reuocatio ſiue ex pœnitentia ſiue ex caſu, nulla retrotraditione ad-

2 huc ſecuta. Nam mortis † cauſa donatio, etiam dum pendet an conualeſcere poſſit donator, reuocari poteſt *l. mortis cauſa. 16. D. eod. tit. de mort. cauſ. donat.* nimirum ex pœnitentia. Ex caſu verò, id eſt cùm donator conualuit non tam dicitur reuocari poſſe quam reuocata intelligi, qua ex reuocatione naſcitur condictio. *l. ſi is cui 39. D. eod. l. videamus. 38. §. idemque eſt D. de vſur.* Nec eo minus vtilis vindicatio, quam vt diximus nihil prohibet concurrere cum condictio-

3 ne. Quod & innuit Vlpianus † in *d. l. ſi mortis 29. D. de mort. cauſ. donat.* in poſtremis illis verbis *adhuc quis dabit in rem donatori.* Sic enim legendum eſt (non quomodo in vulgari editione quam ſecutus eſt Accurſ. *dubitet* pro *dabit* & addito verbo *competere* cum interrogatione, quorum omnium nihil eſt in Pandect. Florentinis) & ſic intelligendum ac ſi ſcriptum eſſet *etiam in rem*, vt ſit articulus ille & implicatiuus, implicetque conditionem de qua dubitari non poterat quin competeret reuocata donatione ex qua dominium tranſlatum fuiſſet *l. Senatus 35. §. ergo qui mortis l. illud 3. §. 1. d. l. ſi is cui eod. l. non omnis 19. D. de reb. cred. l. 38. §. idemque de vſur.* Sed de actione in rem duntaxat dubitabatur quam habere præter condictionem intereſt ſanè donatoris, cùm dici ſoleat plus eſſe cautionis in rem quàm in perſonam vulg. *leg. plus cautionis 25. de regul. iur.* Condictio enim neque in proprietatem, neque in poſſeſſionem rei dirigitur, ſed in perſonam donatarij vt dominium quod ex donatione cauſa mortis acquiſiuit, donatori reſtituatur, quæ natura eſt omnium condictionum, quatenus eo nomine non actiones omnes in perſonam, vt in §. in §. *appellamus*, ſed eas ſolas quæ ad repetitionem dantur, ſignificamus: de quibus *lib. 12.* Pandectarum. Et ob id cùm Vlpianus dat in rem actionem id eſt vindicationem vtilem donatori, non idcirco denegat ei conditionem, quamuis non eadem ratione vtraque detur. Nam condictionem illud inducit quod dominium tranſlatum fuit in donatarium, quod ideo repeti poteſt. Vtilem verò actionem illa ratio ſuadet quod æquum ſit dominium, quod re vera fuit tranſlatum, haberi non quidem pro non tranſlato, ſed pro iam reddito, vt & in *d. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* vbi † 4 tamen manifeſtiſſimum eſt totam illam interpretationem *id eſt actionem qua dominium priſtinum tibi reſtituatur*, quam & in quibuſdam codicibus deeſſe nonnulli teſtantur, in textum irrepſiſſe ex gloſſemate imperiti alicuius interpretis neſcientis differentiam quæ eſt inter vindicationem ſiue directa ſiue vtilis illa ſit, & condictionem. Nam qui vindicat † dicit rem eſſe 5 ſuam, & dominium iam eſſe ſuum, ideóque ridiculè peteret vt ſibi reſtitueretur, quod diceret iam ſe habere. Qui verò condicit, licet agat in perſonam, in hoc tamen agit vt dominium quod fatetur ſe non habere, ſibi reſtituatur, intendens aduerſarium dare ſibi aut potius reddere oportere, quæ definitio eſt perſonalium actionum. §. 1. *Inſtit. de action.* Ex ratione iuris donatori qui dominium ſemel tranſtulit condictio ſola competit non etiam vindicatio, quod ſignificant verba illa *d. l. 1. non ſolum condictio quidem tibi iure procedit.* Atque ex æquitate, datur etiam vtilis vindicatio quaſi dominij quæ nullis iuris regulis conſtricta eſt, nec tam ex pacti poteſtate quàm ex Imperatorum voluntate inducta fuit ad poſſeſſionem repetendam. Denique condictio repetitio dominij eſt, vindicatio autem repetitio poſſeſſionis propter ius dominij. Vt verò per vendicationem ſiue directam ſiue vtilem dominij reſtitutio petatur, alienius eſt à iuris ratione quam vt admitti vnquam poſſit. Nec ſi confugias ad illam Accurſij diſtinctionem de dominio directo & vtili, quam planè commenticiam eſſe alibi oſtendimus. Vnde & eo caſu quo tam condictio † quàm vtilis vindicatio datur, non eſt putan- 6 dum ſic vtramque concurrere vt vtraque ſimul poſſit exerceri, cùm ſint illæ non modo diuerſæ inter ſe, ſed etiam contrariæ: ſed vt poſſit donator eligere vtra experiri malit, vnam tamen eligendo aliam conſumat, vt de variis illis actionibus quæ legatario pro legato competunt, ſcriptum eſt in *l. cum filius 76. §. variis de legat. 2.* Nec ſanè vlla eſſet, vtilitas vtilis vindicationis ſi per eam dominij reſtitutio peteretur, cùm idipſum ſit quod peti poteſt & debet per condictionem. In quo idem ille interpres cui ſuprà dictam adnotationem tribuimus erraſſe rurſum videtur condictionis nomen in ea lege ſumpſiſſe pro

illa in perſonam, quæ ſolet dari ex contractibus innominatis, ad hoc vt fiat quod conuenit, quæ præſcriptis verbis actio appellatur, de qua in *l. rebus 6. & l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 21. C. de*
7 *donat.* vt illa interpretatio † demonſtrat *id eſt in perſonam actio* quæ mihi non minus eſt ſuſpecta quam ſuperior, licèt longè tolerabilior ſit, & minus abſurda futura ſi priorem illam deleas quam nos delemus. Alioqui abſurdam illam faciet, quod non de actione in perſonam, quæ dominij repetitio ſit, lex intelligenda erit, ſed de actione præſcriptis verbis, vt differat hæc actio in perſonam ab vtili in rem actione, quod tamen alienum ſanè eſſet à ſenſu Imperatorum, quæ actionem illam perſonalem, non aliam proculdubio intelligunt vno iſto nomine *condictionis*, quàm quæ pluribus verbis *condictiis actionis perſecutio* dicitur in *l. 3. eod. tit.* id eſt per quam perſequitur quis domini, reſtitutionem. Interpretis verò & audaciam & inſcitiam detegunt etiam illa verba *in hoc caſu* nimis inſulsè ita repetita tollendæ, vt credibile eſt, eius dubitationis gratia, quæ inter veteres gloſſatores magna fuit, an ea lex qua parte dat vindicationem vtilem donatori coarctanda eſſet ad eum caſum propter fauorem alimentorum, vt putat Accurſ. an extendenda ad omnes alios caſus in quibus fides donatori data falleretur, quod certè durius eſſet. Nos huius legis emendationem in alium locum differre volebamus, ſed non potuimus, cùm ad ea quæ in præcedentibus iam diximus de actione donatori poſt reuocatam donationem danda maximè pertineret. Præſertim quod mihi nuper indicata eſt à Renato filio meo, qui licèt vixdum Iuſtinianeus, iam tamen ex me didicit vindicationis veterem formulam, quæ fuit, *Hanc rem ex iure Quiritum meam eſſe aio* non pati vt poſſit quis credere vindicationem ſiue directam ſiue vtilem ad hoc dari vt dominium reſtituatur actori, licet Bal- 8
dus † Accurſium ſecutus hinc ſumendam putet definitionem vtilis vindicationis vt ſit illa actio qua dominium priſtinū id eſt directū, inquit, reſtituatur vindicāti. Quàm parum verò interpretes noſtri viderint in ſuperiorum etiam legum interpretatione videbit facilè quiſquis Accurſij gloſſas & aliorum Cōmentarios leget: Nos ad aliam decadem pergamus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima quinta.

ERROR PRIMVS.

De donatione cauſa mortis ſic facta vt nullo caſu reuocetur: Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat.

SVMMARIA.

1 *Vulgare diſcrimen inter donationes cauſa mortis & donationes inter viuos, quod illæ ſint reuocabiles, hæ non item.*

2 *Donatio cauſa mortis ſic facta vt nullo caſu reuocetur, nihilominus reuocabilis manet, ex Baldi & Decij ſententia.*

3 *Ex aliorum verò opinione tranſit in naturam donationis inter viuos.*

4 *Fundamentum vtriuſque ſententiæ.*

5 *Sententia Couarruuiæ diſtinguentis vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ donationis, an executioni, vt illo caſu ſit donatio inter viuos: hoc verò inter mortuos.*

6 *Licet donatio mortis cauſa natura ſua ſit reuocabilis, poteſt tamen quis ita donare mortis cauſa, vt donatio ex pœnitentia reuocari non poſſit & quando id fieri poſſit.*

7 *Donatio cauſa mortis ex pœnitentia ſola quando reuocari poſſit.*

8 *Re mortis cauſa ita donata vt non aliter reddatur, quàm ſi prior ille qui accepit deceſſerit non eſt in poteſtate donatoris vt reuocet donationem ex ſola pœnitentia.*

9 *Diſcrimen inter donationes cauſa mortis factas in caſum & donationes inter viuos factas ob cauſam.*

10 *Emendatio & explicatio l. ſi alienam. 13. in fin. & l. Senatus. §. mortis cauſa in fine. D. de mort. cauſ. donat.*

11 *Sententia dicentium donationem cauſa mortis quæ ſic fit vt nullo caſu reuocetur eſſe donationem inter viuos, refertur & refellitur.*

12 *Explicatur ſententia l. vbi donator. 27. D. de mort. cauſ. donat.*

13 *Donatio mortis cauſa facta ſit vt nullo caſu reuocetur, dominium tamen tantum transferatur poſt mortem, an ſit inter viuos donatio.*

CREDITVR vulgo, † Donationes cauſa mortis in eo potiſſimum differre à donationibus inter viuos, & adfinitatem maximam habere cum vltimis voluntatibus, quod ſunt reuocabiles ad nutum donatoris, ſi fortè pœniteat eum liberalitatis. Eſt enim hoc proprium cuiuſlibet vltimæ voluntatis vt pœnitentiam recipiat, & ſit ambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum *l. cùm hic ſtatus 32. §. pœnitentiam D. de donat. int. vir. & vxor. l. 4. D. de adim. legat.* è contrario proprium donationis inter viuos vt ſit irreuocabilis *l. cùm profitearis 4. & ſeq. & tot. tit. C. de reuoc. donat.* In eámque rem allegari ſolet quod Iulianus ſcribit in *leg. mortis cauſa donatio 16. D. de mort. cauſ. donat.* mortis cauſa donationē etiam dum pendet an conualeſcere donator poſſit, reuocari poſſe. Itémque quod Marcian. in *l. vbi ita donatur 27. eod. tit.* vbi ita donatur mortis cauſa vt nullo caſu reuocetur, donandi cauſam mortem eſſe magis quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atque aliam quemlibet inter viuos donationem, adeò vt nec Falcidia locum habeat, quaſi in mortis cauſa donatione. Neque verò deſunt ex interpretib. noſtris, qui putent donationem cauſa mortis,

Digitized by Google

tis, etiam quæ ſic facta ſit, vt nullo caſu reuocetur,
nihilominus reuocabilem manere ob hoc ipſum,
quod mortis cauſa donatio ſit, quaſi promiſſio illa
de non reuocando ſic accipienda ſit *Rebus ſic ſtanti-*
bus, id eſt, Niſi donatorem pœnituerit arg. *l. quod*
ſeruus. 8. D. de condict. cauſ. dat. l. quaro 54. §. inter locato-
rem D. loca. Ita enim Bald. ad *l. cùm quis 12. D. de con-*
dict. cauſ. dat. & Decius *conſil. 305 numer. 4.* Alij con-
3 trà † volunt deſinere illam eſſe donationem cauſa
mortis, & tranſire in donationem inter viuos poteſta-
te pacti, per quod facta ſit irreuocabilis, quam eſſe
magis communem ſententiam conſtat ex Iulio Cla-
4 ro in *§. donatio quæſt. 4.* Omnes moti † in has ſenten-
tias quamuis contrarias, ex vna illa eademque ratione
quod non poſſit eſſe donatio cauſa mortis, niſi quæ
ſit reuocabilis ad nutum & voluntatē donatoris. Sunt
5 & tertij qui diſtinguant † vtrum promiſſio non reuo-
candi adiecta ſit ſubſtantiæ, vt loquuntur donatio-
nis, an verò executioni: vt priore caſu inter viuos
dicatur, poſteriore verò cauſa mortis, quia clauſu-
læ executioni adiectæ non ſoleant mutare ſpeciem
conuentionis *Clemen. 1. de præbend.* Quam veluti me-
dium ſententiam ſequitur Couarru. in *2. part. rubric.*
De teſtam. numer. 13. verſ. prima concluſio. ego non in-
ficior eſſe hoc ex natura donationis cauſa mortis †
6 vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris
etiamſi nihil de eo nominatim dictum ſit, quia taci-
tam habet illam conditionem Si in eadem volunta-
te donator perſeuerauerit *l. mortis cauſa 12. de manu-*
miſſ. in illis verbis *durante ſcilicet propter mortis cau-*
ſa tacitam conditionem voluntate manumiſſoris. Quæ
etiam ſententia eſt *d. l. mortis cauſa 16. l. qui mortis*
30. D. de mort. cauſ. donat. Sed tamen dico nihil ob-
ſtare, quominùs donet quis cauſa mortis, ita vt do-
nationem ex pœnitentia reuocare non poſſit, ſi modo
aliquis caſus ſit in quo maneat reuocabilis donatio.
Id enim eſt quod Paulus ait in *l. Senatus 35. §. mor-*
tis cauſa eod. in verſ. nam & ſic. Poſſe ſic donari cauſa
mortis vt omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo
res non reddatur, Et rurſum ita vt reddatur etiamſi
prior ex eadem valetudine deceſſerit, ſi tamen mutua
voluntate reſtitui ſibi voluerit. In primo namque caſu
dictio illa *omnimodo* nihil aliud ſignificat niſi hoc ip-
ſum quod volumus *etiamſi donator mutauerit volun-*
tatem vt ex ſequentis caſus antitheſi apparet: Nec ad
hunc caſum pertinent ſupradictæ leges, quæ dicunt
7 donationem † cauſa mortis ex ſola pœnitentia reuo-
cari poſſe. Tunc enim id obtinet cùm non expreſſim
actum eſt vt poſſit ex pœnitentia reuocari: qua in
ſpecie licet conuenerit vt in quem alium expreſſum
caſum poſſit reuocari, puta ſi donator conualuerit,
aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit, tamen
ille etiam caſus pro expreſſo haberetur & illa condi-
tio ſi in eadem volūtate donator perſeuerabit. Quem-
admodum & cùm conuenit, vt reuocetur donatio
facta mortis cauſa per ægrotum donatorem ſi dona-
tor mutabit voluntatem, ea res non excludit, quin
etiam ipſo iure per donatoris conualeſcentiam ſolam
reuocetur. Niſi expreſſim conuenerit vt non aliter
reddatur quod donatum eſt quàm ſi donator muta-
uerit voluntatem, quo demum caſu ſola mutatio va-
letudinis non reuocabit donationem niſi concurrat
etiam mutatio voluntatis *dicto §. mortis cauſa.* Deni-
que hoc ſolum quod dicimus, mortis cauſa factam
eſſe donationem, etiam vim habet vt nullo etiam
alio pacto expreſſo, dum ne quid in contrarium ex-
preſſim actum ſit, reuocari poſſit, adeóque reuo-
cata intelligatur donatio ſiue donator mutauerit vo-
luntatem, quia non donando niſi cauſa mortis vi-
detur voluiſſe ſibi ſaluam eſſe, quandiu viueret,
reuocandæ donationis facultatem, ſiue donatarius
prior deceſſerit, quoniam qui mortis cauſa donat,
ſicut mauult ſe habere quàm donatarium, ita & he-
redem ſuum mauult habere quàm hæredem donata-
rij, licèt donatarium ipſum malit habere quàm he-
redem ſuum: ſiue denique donator conualuerit,
nempe cùm donauit non imminente periculo com-
motus: ſed infirmæ valetudinis cauſa. Nam ſi non
infirma valetudo fuit, ſed duntaxat periculum pro-
pinquæ mortis vel ab hoſte vel à prædonibus, vel ab
ineunda nauigatione vt in *l. 3. & 4. eod. tit.* non
erit quod de donatoris conualeſcentia tractetur,
ſed ſufficiet donatorem quoquomodo liberatum eſſe
ab eo periculo quod dederat cauſam donationi
vt ipſo iure donatio reuocata exiſtimetur. *§. ſi*
mortis 29. d. l. ſenatus 35. §. ergo qui mortis. eodem. Nec
ſi ante finitum periculum incidat in morbum do-
nator & conualeſcat, idcirco reuocata videbitur
donatio quæ facta fuerat, non infirmæ valetudi-
nis, ſed mortis cauſa. Quòd ſi neque valetudinis
neque periculi alicuius metu, ſed ſola mortis cogi-
tatione ex humanæ ſortis memoria quis donauerit,
duo tantùm caſus erunt in quibus poſſit reuocari vel
pro reuocata ipſo iure haberi donatio. Scilicet ſi
voluntatem donator mutauerit vel donatarius ante
donationem deceſſerit. Tertius enim nullus caſus
eſſe poteſt, niſi fortaſſis ille quo vellet donator abii-
cere mortis cogitationem, qua ſola motus donauit,
quod tamen nec facere eum velle credibile eſt, nec ſi
vellet attamen poſſet, quin hoc ipſo inſanum ſe de-
monſtraret, ac talem vt non magis ei permittendum
eſſet factam ſana mente donationem reuocare, quàm
facere nunc primùm donationem ſi nullam dum fe-
ciſſet. Quid enim ſtultius & inſanius, quàm mortis
cogitationē non ſolùm re ipſa abiicere, quod ferè om-
nes quidem facimus, ſed inconſideratè magis quàm
deliberatè, verùm etiam abiicere vltrò velle? Sed &
ſic donari † poteſt, inquit Paulus, in *d. l. ſenatus* vt non 8
aliter reddatur, quàm ſi prior ille qui accepit deceſ-
ſerit. Quo pacto facta donatione licèt hoc etiam ad-
dito *mortis cauſa* non erit tamen in poteſtate dona-
toris vt reuocet donationem ex ſola pœnitentia, Nec
ſi rurſus iungas conualeſcentiam, & addas factam
donationem ab eo qui valetudine infirma detineba-
tur. Id enim facit vis pacti in donatione appoſiti per
donationem, qui eam ſibi legem dictam voluit, vti
nullo alio modo quàm eo qui ſic expreſſus eſt, vt cæ-
teri omnes expreſſim fuerint excluſi, donationem
reuocari poſſe voluit, & ad retinendam vim ac na-
turam donationum cauſa mortis, ſufficit quòd ali-
quo caſu maneat reuocabilis donatio, etiam ſecun-
dum eos qui ad ſubſtantiam huiuſmodi donationum
pertinere putant vt ſint reuocabiles. Vt enim non ſit
donatio inter viuos, ſatis eſt quod facta ſit certa lege,
non abſolutè *l. Seia 42. §. vlt. D. eod.* id eſt quod con-
ditionem & legem aliquam habeat ſiue redhibendi,
ſiue retinendi ſiue tacitam, ſiue expreſſam, per quam
fiat vt donatio reuocetur, ipſo etiam donatario in-
uito. Hoc enim addendum eſt ne confundamus do-
nationes † cauſa mortis cum donationib. inter vi- 9
uos factis ob cauſam, quæ ſcilicet certa quidem lege
fiunt, ſed ea quam implere poſſit donatarius inuito
donatore ſi velit, non quam poſſit inuito donatario
extinguere donator volens. *l. 1. & 3. l. dictam 8. iunct. l.*
pen. & vlt. C. de condict. ob cauſ. Et vt dicam breuiùs,
aliud eſt donare ob cauſam, quod fit per donatio-
nem inter viuos, non mortis cauſa: aliud verò dona-
re in caſum aut in caſu vt loquitur Papinian. licèt tra-
ctans de ſubſtititutione, non de donatione in *l. Iu-*
lianus 26. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. Donatio cauſa
mortis non ob cauſam fit, ſed in caſum, & ita tamen
vt non tam ſub conditione fiat, quàm ſub conditione
reuocetur.

reuocetur. Non enim qui mortis cauſa donat, ſub
ea conditione donat ſi morietur, ſed purè donat,
hoc tamen ſibi retento, vt ante mortem ſuam poſſit
ſi volet, eam reuocare, aut in quem alium caſum ex
iis quod diximus, rem donatam redhibere. At vi-
deamus, ne illud etiam dici poſſit donationem cauſa
mortis ita fieri poſſe vt non ſolùm ad nutum & ar-
bitrium donatoris reuocari non poſſit, ſed neque in
alium caſum. Hoc enim apertiſſimè ſcribit Paulus
10 † in *d.l.ſenatus.§.mortis cauſa in fin.poſt Iulianum in l.*
ſi alienam 13.in fin.eodem tit. Sic quoque poſſe dona-
ri mortis cauſa vt nullo caſu ſit Nam quod vtroque
loco additur *id eſt ne ſi conualuerit quidem donator* præ-
ter id quod ſuſpectum eſt, ſatiſque probabile irrep-
ſiſſe ex gloſſa interpretis idipſum exiſtimantis, quod
vulgo cæteri omnes interpretes ſentiunt, non poſſe
mortis cauſa donationem ſic fieri vt nullo caſu re-
uocetur (alioquin difficile eſt credere alios Iurecon-
ſultos ad eandem ſententiam eandem interpretatio-
nem iiſdem verbis adhibituros fuiſſe, manúmque
interpretis detegit adiectio illa *id eſt* itémque diuer-
ſitas lectionis quæ alia & alia eſt in *dict. l. ſi alienam*
in fin.) noſtræ opinioni non aduerſatur: nec poſſis
ex eo inferre legis ſententiam eam eſſe vt donatio
cauſa mortis ſic fieri poſſit ne vllo modo reuocetur
ob conualeſcentiam, quaſi excipiatur quod aliis ca-
ſibus reuocari poſſit. Senſus enim eſt eam donatio-
nem cauſa mortis, quam priùs dixerat poſſe ita
fieri vt non reuocetur niſi in eum duntaxat caſum
quo donator conualeſceret, poſſe ſic etiam fieri vt
nullo penitus caſu repetitio ſit, id eſt ne quidem ſi
conualuerit donator. Quod ipſum quid aliud eſt,
quàm abſolutè nullo caſu eſſe repetitionem? Nam
quod vno tantùm caſu repeti poſſet, id ſine illo qui-
dem caſu repeti poſſit, nullo certè caſu poteſt. Qua-
re nec ſibi interpretes ſatisfaciunt in iſta interpre-
11 tatione, ſed tandem eò confugiunt vt dicant † do-
nationem hanc cauſa mortis quæ ſic fiat vt nullo
caſu reuocetur, non mortis cauſa donationem eſſe
ſed inter viuos. Vtpote quæ per adiectionem illam
vitietur non vt nullomodo valeat ſed vt tranſeat in
aliud nomen, aliúmque contractum. Ex *dict.l.vbi ita*
donatur 27.eod.tit. vbi hoc ipſum apertiſſimè à Mar-
ciano ſcribi putant, non aliam eorum locorum alio-
qui pugnantium conciliandorum rationem inue-
nientes. At ſi hoc ita eſt, planè non video quo ſen-
ſu aut qua ratione Iulianus & Paulus ſupradictis
locis ſcribant poſſe ſic donari mortis cauſa vt nullo
caſu repetitio ſit. An non enim perinde eſt acſi quis
diceret ſic poſſe donari cauſa mortis vt inter viuos
ſit donatio? Quid verò poſſet dici abſurdius? Niſi
fortè tandem eò decidere volumus, vt nihil inter-
eſſe putemus, an inter viuos donatio ſit an cauſa
mortis, quod tamen qui diceret nullum quæſtioni
locum relinqueret, quæ ſupponit diuerſam eſſe do-
nationem inter viuos à donatione cauſa mortis, de
quo nec vnquam quis dubitauit, *d. l. Senatus 35. §.*
1.& 2. dict. l. Seia 42. §. vltim. de mort. cauſ. donat.
Deinde quid ſi donatio cauſa mortis ſic facta ſit
quomodo fieri poterit vt plurimùm ſolent huius
generis donationes, vt dominium non niſi poſt do-
natoris mortem in donatarium transferatur, hoc
tamen expreſſim addito vt nullo penitus caſu do-
natio reuocetur? Quomodo poſſet eſſe donatio in-
ter viuos, cùm dominij tranſlatio nulla fiat à do-
natore viuo: ſed in id tempus collata ſit quo dona-
tor nullus erit amplius & conſequentur nec domi-
nus? An non neceſſaria eſt hoc caſu poteſtas legis
per quam dominium à donatore iam defuncto tran-
ſeat in donatarium? Ita ſanè eſt. Nam & inde vt
ſæpius monuimus fluxit ius vltimarum volunta-
tum & neceſſitas earum lege duodecim tabularum
confirmandarum. Itémque ius illud æquiparandæ
donationis cauſa mortis cum legato vt ad inſtar le-
gatorum donationes cauſa mortis capiantur *l. Mar-*
cellus 15 l.& ſi debitor. 17. l. illud 37. D. eod. l. vltim.
Cod.eod. quia ſcilicet alioqui non valerent eæ qua-
rum effectus collatus eſſet poſt mortem nouúſque
heredis conſenſus, neceſſarius eſſet, quippe cui ſta-
tim & ipſo iure acquiſitum fuiſſet rei donatæ do-
minium poſt mortem donatoris, vt ſuperiore Deca-
de diſputauimus ex *l.ſi ego 9.§.ſi res D. de iur. dot.* Et
tamen non eo minùs verum eſſet, ſic factam dona-
tionem eſſe irreuocabilem. Quid enim vetat dona-
torem eam ſibi legem dicere vt donationem à ſe
cauſa mortis factam reuocare non poſſit, perinde
cùm eius effectum contulit poſt mortem ſuam, atque
ſi iam inde ab initio dominium tranſtuliſſet in do-
natarium ſub conditione redhibendi? Atqui non eſt
in eius poteſtate vt rei ſuæ dominium non niſi poſt
mortem ſuam transferat, & eo tempore quo nihil
ſit ille habiturus, quod transferre poſſit. Adeò vt ſi
diceret ſe donare inter viuos tantùm, non etiam
cauſa mortis, ſed ea tamen lege vt non niſi ſe mor-
tuo transferatur dominiũ in donatarium, non eſſet
donatio valitura quemadmodum ſequenti capite
dicemus. Cur ergo aut quomodo illud admitti vo-
lumus, vt donatio cauſa mortis cuius effectus col-
latus ſit poſt mortem donatoris ob id ſolùm fiat do-
natio inter viuos repugnantibus verbis donatio-
nis & conſequenter inuito etiam donatore, quod
eam donator voluerit nullo caſu reuocari poſſe? At
rurſum implicat contradictionem vt eadem dona-
tio ſit, & inter viuos & cauſa mortis, præſertim
quam donator dixerit ſe facere cauſa mortis, vel
nullo modo. Nec obloquitur † Marcianus in *dicta* 12
l.vbi ita donator, cuius ſolius autoritate contraria
ſententia nititur. Non enim ſic loquitur vt neget
hanc donationem eſſe cauſa mortis, vel vt dicat
eſſe meram donationem inter viuos, ſed ait perin-
de haberi eam debere atque aliam quamlibet inter
viuos donationem. Vt intelligamus non eſſe iſta
pugnantia: Eſſe donationem re vera cauſa mortis,
& tamen perinde haberi ac ſi inter viuos facta
eſſet, quod ea ſcilicet in quibus poteſt induere
naturam donationis inter viuos, cuius ſanè pro-
prium illud eſt vt ſit irreuocabilis, ſed eo tamen
caſu quo effectum ſortita ſit quod ad tranſlationem
dominij iam viuo adhuc donatore. Itaque ſi po-
neres donatum quidem eſſe mortis cauſa, ſed ita
vt dominium in donatarium ſtatim transferretur,
& præterea hac lege addita, vt nullo caſu reuocari
donatio poſſet, faterer vtique donationem iſtam
futuram inter viuos omnimodo & in totum, quia
nihil ſupereſt quod mutuari illa debeat à donatione
cauſa mortis, & habet omnia prorſus ſimilia cum
donatione inter viuos. Et quod donator dixit ſe
donare mortis cauſa nihil aliud facere poteſt niſi
vt nudo verborum ſono differat hæc donatio à do-
natione inter viuos. Atque hoc donationum gene-
re, ſi quis intelligeret Marcian. in *dicta l. vbi ita*
donatur, fortaſſe quidem nimis reſtringeret ver-
ba illa generalia Marciani, ſed tamen eius loci ſen-
tentiam faceret tanto certiorem. Sed nego † idem
eſſe cùm tranſlatio dominij ex donatione cauſa
mortis collata eſt poſt mortem donatoris, quia ſi non
remaneret donatio cauſa mortis, impediretur tranſ-
latio dominij, quippe quæ ex donatione inter vi-
uos non poſſet fieri poſt mortem: Neque tamen
eo minùs verum eſt haberi eam debere pro dona-
tione inter viuos hactenus vt inter quas perſonas
prohibita eſſet donatio inter viuos viuos puta inter

virum & vxorem hæc quoque prohibeatur, quia non poteſt diuerſo iure cenſeri, cùm habeat eundem effectum quem haberet donatio inter viuos in hoc præſertim, quod locupletiorem ſtatim facit donatarium, & pauperiorem donatorem, cui iam inde ab initio ſpes omnis ſiue retinendi ſiue redhibendi præciditur, acquiſitio in contrarium iure donatario eiuſque ſucceſſoribus quibuſlibet omnimodo habendæ rei donatæ & in omnem euentum, quamuis non niſi mortuo donatore. Ita enim toto ferè iure comparatum eſt, vt quod omnimodo futurum eſſe certum eſt, perinde habeatur ac ſi iam eſſet, adeò vt neque conditio illa quæ omnimodo extitura eſt pro conditione habeatur *l. quod ſi ea conditione* 18. *D. de condict. indeb.* Nec quod hæc donatio cauſa mortis habet hoc amplius quam donatio inter viuos, quod poſt donatoris mortem transfert dominium, facere debet, vt non debeat etiam cenſeri iure donationis inter viuos, cùm habeat ea omnia quæ haberet donatio inter viuos, & hoc plus quod vim habet dominij poſt donatoris quoque mortem transferendi. Denique is qui ita donat cauſa mortis licet non tam citò ſe ſpoliet quam ſi dominium ſtatim transferret, tamen tam ſe ſpoliat, quàm ſi ſtatim ſe ſpoliaret, cùm ex eo donationis die certus ſit omnimodo futurum vt tanto minorem hereditatem relicturus ſit. Proinde cùm non aliam ob cauſam donationes inter coniuges prohibitæ ſint quam ne ob mutuum amorem ſe bonis ſuis ſpolient. *l. 1. & 2. D. de donat. int. vir. & vxor.* apparet eam rationem non magis ad ſimplices donationes quæ inter viuos factæ ſint pertinere quàm ad iſtas, quæ mortis cauſa ſic fiunt vt nullo caſu reuocentur, quamuis dominij tranſlatio poſt mortem conferatur. Eadem igitur ratione dicendum erit, & falcidiam in iis locum non habituram ſicut nec in cæteris donationibus inter viuos *d.l. vbi ita donatur*, quia conſtitutio Seueri quæ Falcidiam protraxit ad donationes cauſa mortis non ad alias pertinet quàm ad eas, quæ fiunt certa lege propter quam poſſit donator ſperare aliquo caſu futurum vt rem donatam vel retinere poſſit vel redhibere vt Papinian. noſter interpretatur in *d.l. Seia* 42 *§. vlt. D. de donat. cauſ. mort.* cum ſcilicet cæteræ quæ irreuocabilem obligationem continent non poſſint videri quid habere ſimile cum vltima volũtate, niſi in hoc quod ex iis dominium poſt mortem tantùm transferatur, quæ ſola res Falcidiam inducere non poteſt, quia lex Falcidia eas tantùm liberalitates coercere voluit quæ hereditatem & heredem alioquin oneraturæ eſſent ex voluntate teſtatoris, non eas quæ illi ipſi qui feciſſet eſſent oneroſæ. Nec enim id egit lex Falcidia vt meliorem faceret conditionem heredis, quàm ipſius teſtatoris aut vt heredi conſuleret ſuprà quàm teſtator ipſe teſtamento ſuo conſulere poſſet ſi vellet, ſed tantùm vt heredi proſpiceret cui teſtator proſpicere potuiſſet nec voluiſſet. Vnde & iure teſtamenti capi dicitur *l. qui duos* 42. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quod non poteſt conuenire ei portioni quam nec teſtator ipſe ex rebus ſiue legatis ſiue donatis deducere, ſuoque heredi relinquere potuiſſet, tametſi maximè voluiſſet. Atqui donator qui aliquid mortis cauſa donatum voluit ita vt nullo caſu reuocaretur donatio, quamuis eius effectum quantum ad tranſlationem dominij contulerit poſt mortem, nihil tamen poſſet teſtamẽto ſuo ex ea donatione deducere etiamſi quartã heredi ſuo relictam vellet. Ergo nec ipſius heredi proſpicietur per legem Falcidiam aut per conſtitutioné Seueri, quæ certè non plus poteſt contra donatariũ ad minuendam ipſo iure donationem, quam potuerit donator ipſe, qui tamen ſi voluiſſet, donationem hanc minuere in fauorem heredis non potuiſſet. Quanquam & eo caſu quo mortis cauſa donatio fuiſſet reuocabilis: fieri tamen poterat vt lex Falcidia locum habere non poſſet. Nimirum ſi dominiũ ſtatim tranſlatum eſſet, quia cùm perficiatur donatio morte donatoris, ac proinde viuo donatore nullum ius neque vnquam eſſe potuit heredis in re donata propter quod debeat ille Falcidiam habere ex ea re quæ viuo adhuc donatore facta ſit donatarij pleno iure ac irreuocabiliter, vt diſputauimus Decade præcedenti.

ERROR II.

De donatione quam qui fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam vtrum inter viuos ſit an cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Referuntur tres diſcrepantes interpretum opiniones de quæſtione, an ſi quis ſanus periculo mortis non perterritus alij donet, poſt mortem ſuam donatio cenſenda ſit inter viuos an mortis cauſa facta.*

2 *Nullam ex interpretum ſententiis iuri conſentaneam eſſe & ſeqq. num.*

3 *Facta donatione per ſtipulationem, donatore ad donatarij interrogationem ita reſpondente,* Promitto tibi fundum aut centum poſt mortem meam, *donatio cenſenda eſt inter viuos.*

4 *Quæ mortis mentio ſeu cogitatio faciat donationem cauſa mortis: & quæ concurrere debeant vt ſit donatio cauſa mortis: vbi refellitur Clarus.*

5 *Poteſt eſſe donatio cauſa mortis etiamſi nulla facta ſit mentio mortis, & contrà, poteſt eſſe donatio inter viuos, licèt adiecta ſit mentio mortis.*

6 *Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in Promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne.*

7 *Quomodo intelligendum illud,* Cùm quæritur in ſtipulatione quid acti ſit, ambiguitas interpretanda eſt contra ſtipulatorem.

8 *Donatio ſimplex & abſoluta illa eſt quæ eſt inter viuos; at quæ fit mortis cauſa eſt impropriè & æquiuocè donatio.*

9 *Donatario quid ſtipulante in annos ſingulos quoad viueret, ita vt poſt mortem promiſſoris incipiat exactio, donatio erit mortis cauſa ſi expreſſè id dictũ ſit, alias in dubio cẽſebitur donatio inter viuos.*

10 *Inducuntur loci iuris ex quibus interpretes colligi volunt, donationem eſſe cauſa mortis vbi quis animo donandi promittit dari quid poſt mortem ſuam.*

11 *Reſponſio autoris ad locos ab interpretibus allatos, quæ probat donationẽ eſſe inter viuos, cùm quis donandi animo promittit centum poſt mortem ſuam, donationem verò eſſe cauſa mortis, cùm quis patitur à ſuo debitore alium ſtipulari in caſum mortis donatoris.*

12 *Reprobatur ratio qua mouentur interpretes ij qui donationem de qua agitur putant eſſe inter viuos.*

ANceps valdéque dubia putatur eſſe hæc quæſtio, † Si quis ſanus nullóque 1
mortis periculo perterritus alij donet poſt mortem ſuam, vtrũ donatio cenſenda ſit inter viuos facta an cauſa mortis. De qua tres noſtrorum ſententias legimus, duas inuicem pugnantes, tertiam diſtinguentẽ. Prima fuit veterum exiſtimantium cenſendam in dubio eſſe donationem inter viuos. Sic enim Bald. ad *l. 1. n. 5. & 6.*

C. de

Digitized by Google

C.de iur.dot.Oldrad.conſ. 139. *Guill. Bened.in repe.cã. Raynucius.in verb.teſtamentũ* 4.*n*.23.*de teſtam.* Secũda
huic cõtraria,eſſe hanc donationẽ cauſa mortis,quod
ſenſit olim Alber.ad *leg.nam ſi cùm moriar.D.de con-
dict.indeb.* ex recentioribus verò Iaſon. ad *l.quæ dotis
n.*43.*D.ſolut.matri.* & *conſ.*6.*lib*.7. Tertia diſtingui
oportere vtrum mortis tempus adiectum ſit ſubſtan-
tiæ donationis, an eius executioni, puta præſtatio-
ni rei donatæ vt priore caſu donatio ſit cauſa mor-
tis,poſteriore verò ſit inter viuos, cuius executio
poſt mortem conferatur. Et hanc ſententiam, quaſi
quæ probabilior ſit hoc ipſo quod media eſt, magis
communiter ſequuntur recentiores, vt videre eſt
apud Boër.*deciſ.*35.*n*.12.& *Couarr.de teſtam.in* 3.*par-
te rubr.numer.poſt Alex.conſ.*14.*lib*.1.& *Socinum ſe-
nionem conſ.*53.*l*. 3. Etſi verò inter tot tamque varias
opiniones nullus quartæ & nouæ locus relictus vi-
2 detur, nulla tamen ex his † tribus eſt quam putem ex
ratione iuris poſſe defendi,ac niſi me valde fallo no-
ua diſtinctione opus eſt, vt ad propoſitam quæſtio-
nem bene reſpondeatur. Noua inquam Doctoribus
& interpretibus noſtris, ſed ea ipſa tamen, qua huc
vſque in cæteris ferè omnibus vſi ſumus. Nimirum
an donatio facta ſit per ſtipulationem, an per tradi-
tionem,qui olim duo erant modi faciendæ donatio-
3 nis. Nam facta † donatione per ſtipulationẽ dona-
tore ſcilicet ad donatarij interrogationẽ ita reſpon-
dente *Promitto tibi fundũ* aut *centum poſt mortẽ meam*
non dubito quin donatio cenſenda ſit inter viuos in-
diſtinctè, non cauſa mortis, in eóque falſas eſſe ſu-
pra relatas duas poſteriores opiniones,quarum alte-
ra vult eſſe hanc indiſtinctè donationem mortis cau-
ſa, Altera diſtinguit an mortis mentio relata ſit ad
ſubſtantiam donationis, an ad executionem. Quan-
quam enim negari non poteſt quin donator hic co-
gitauerit de morte, non tamen videtur mors tam
fuiſſe cauſa finalis donationis,quàm cauſa dilationis,
id eſt differendæ in id tempus ſolutionis, vt loqui-
tur Bald. ad *d.l.*2.*C.de iur.dot.* Alioqui vix dari poſſet
caſus in quo poſſet quis promittere animo donan-
di inter viuos,dilata nihilominùs ſolutione poſt
mortem, cùm fieri nequeat hæc donatio quin mor-
tis mentio fiat, nec rurſus mentio mortis fieri, quin
fatendum ſit cogitatum fuiſſe de morte. At non
4 quælibet mentio, † aut cogitatio mortis facit dona-
tionem cauſa mortis, ſed ea demum cogitatio mor-
tis, quæ donationi cauſam dat, & ſine qua donator
non eſſet donaturus. Nec ſufficit duo illa concurre-
re copulatiuè, quæ ſufficere ait Iulius Clarus in §.
donatio quæſt.4.*num*. 4. vt expreſſim facta ſit mentio
mortis, & vt collata ſit donatio in tempus mortis,
niſi etiam illud potiſſimum concurrat vt propter
mortem donatum ſit & eo fine vt donatarius id ha-
beret potiùs quàm heres donatoris. Nam & donari
mortis cauſa poſſe conſtat,etiamſi mẽtio nulla mor-
tis facta ſit,ſi modo aliunde quàm ex verbis dona-
tionis appareat cogitatione mortalitatis inductum
donatorẽ fuiſſe ad donandũ, puta cùm eſſet in ma-
gno præſentique mortis periculo conſtitutus *l*. 2. *l.
Senatus* 35.§.*ſed mortis* & §.*mortis cauſa.De mort.cauſ.
donat.* Nec rurſus tam proprium eſt donationis cau-
ſa mortis vt conferatur in tempus mortis quàm vt
poſt tempus mortis. Inter quæ tempora tantum di-
ſtat quantum inter habitum & priuationem. Nam
vt ſæpius inculcauimus inſtans mortis adſcribitur
vitæ *l.qui duos* 18.§.1.*D.de manum.teſtam.l.vlt. rerum.
de condit. inſtit.* non autem inſtans quod ſequitur
mortem. Et ſi non nego poſſe donationẽ cauſa mor-
tis conferri in tempus ipſum mortis vt moriente
donatore incipiat effectũ ſuum habere fierique ir-
reuocabilis,dummodo ad mortem vſque fuerit re-
uocabilis, vt in *l. mortis cauſa* 12. *D. de manumiſſ.* vbi
notandum eſt dici eum quoque abſolutè donare qui
tamen ideo donat quod putet ſe moriturum, ac pro-
inde qui non tam inter viuos, quàm mortis cauſa
donat. Ad differentiam eius qui donat adiectis illis
verbis *mortis cauſa* vt intelligamus non eſſe neceſſa-
riam adiectionem mortis † vt donatio cauſa mortis 5
facta eſſe videatur, ſi modo ideo facta ſit quia putet
donator ſe moriturum. Quamuis alio ſenſu Papin.
in *l.Seia* 42.§.*vlt.D.de mort.cauſ.donat.*cum qui abſo-
lutè donauit opponat tanquam ex diametro ei qui
donauit mortis cauſa. Similiter igitur è cõtrario ni-
hil vetat in donatione fieri mentionem mortis, &
tamen donationẽ eſſe inter viuos, ſicut & eam quæ
fit à moriente purè ac ſimpliciter nulla retinendi aut
redhibendi adiecta lege,vt in *d.l.Seia.§.vlt.* Quod in
donatione per ſtipulationem facta tantò certiùs eſt,
quantò eſſet abſurdius relinqui in arbitrio & pote-
ſtate promiſſoris, qui promiſiſſet poſt mortem ſuam
animo donandi, vtrum efficaciter & irreuocabili-
ter obligatus eſſe vellet,an verò reuocabiliter. Nam
quemadmodum promiſſione † facta ſtipulandi ani- 6
mo,non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat
necne *l.§. Scæuola. D. de eo quod cert.loco*,quia pro nõ
dicto eſſe ſemper debet; quod promiſſor niſi dare
velit cogi non poſſit. *l.ſub hac conditione.*8. *D. de obl.
& act.* Ita non niſi abſurdè poſſumus dicere donato-
rem qui promiſerit poſt mortem ſuam,promiſſionẽ
ſuam ſic interpretari poſſe, vt mortis cauſa dunta-
xat, non etiam inter viuos donare voluerit, cùm ita
futurum ſit vt in eius arbitrio ponatur an debeat. Sẽ-
per enim dicet ſe non niſi mortis cauſa donare vo-
luiſſe, vt liberalitatis, aut potius leuitatis ſuæ poſſit
pœnitere.*arg.l.inter ſtipulantẽ.*83.§.1. *D. de verb.oblig.*
Nec obſtat quod dici ſolet, Cùm quæritur † in ſtipu- 7
latione quid acti ſit ambiguitatem interpretandam
eſſe contra ſtipulatorem.*l.cùm quæritur.* 26. *D. de reb.
dub.* Id enim tunc locum habet cùm in verbis aliqua
eſt ambiguitas, cùm imputari poſſit ſtipulatori cur
non dixerit apertiùs ex reg.*l.veteribus.*39. *D. de pact.
l. Labeo.*21.*de cont.empt.* non etiam promiſſori,qui ni-
hil aliud facere potuit niſi vt promitteret, quique ſi
reſpondendo aliquid adieciſſet quod in interroga-
tione expreſſum non fuiſſet, hoc ipſo ſtipulationem
vitiaſſet. At in propoſito ambiguitas nulla eſt in ver-
bis, nec quicquam eſt quod poſſis imputare dona-
tario, qui ſic ſtipulatus eſt à donatore, *Ex cauſa do-
nationis promittis mihi fundum poſt mortem tuam.* Quid
enim apertiùs, quàm aptiſſima eſſe huiuſmodi verba
ad inducendam obligationem non ſolùm efficacem
ad agendum, ſed etiam irreuocabilem? Quid rurſum
aptius ad inducendam donationem ſimplicem & in-
ter viuos, quàm donationis nomen vſurpare, cùm
donatio † ſimplex & abſoluta illa ſit, quæ inter vi- 8
uos eſt,non quæ cauſa mortis.*d.l.Senatus.§.* 1. Adeò
vt nec verè donatio dici poſſit ea quæ cauſa mortis
facta fuit,ſed impropriè & æquiuocè. Itaque ſi qua in
huiuſmodi ſtipulatione ambiguitas eſt, ea in mente
ſola donatoris tota eſt,cuius erat exprimere an inter
viuos donatum vellet,an mortis cauſa. Sibi ergo im-
putet qui non dixit liberalitati ſuæ legem apertiùs.
Nam & inde eſt quod dicimus in donationibus ple-
niſſimam fieri interpretationem contra donatorem,
quippe qui non de alio quàm de ſe conqueri debet,
quòd donauerit,nec quod obſcurè donauerit. Neque
contrarium eſt quod Marcellus reſpondit in *l. mortis
cauſa* 34.*D.eod.* mortis cauſa donationem ſic conſti-
tui poſſe vt donatarius quid ſtipuletur in annos ſin-
gulos,quoad viueret ſcilicet,inquit, vt poſt mortem
promiſſoris incipiat exactio. Non enim nego poſſe
donationem † eſſe cauſa mortis ſi expreſsè id dictũ 9
ſit,

ſit, vt in ſpecie illa Marcelli. Sed hoc tantùm dico, eum qui promiſit poſt mortem ſuam ex cauſa donationis, neque expreſſit vtrum inter viuos,an mortis cauſa donaret, credendum in dubio donaſſe inter viuos, ſicut & promiſit inter viuos, ita vt non poſſit dubitari, quin verba illa *poſt mortem* ſic accipienda ſint, ac ſi ſcriptum eſſet *Promitto tibi dari poſt mortem meam*. Eſtque hic caſus longè minùs dubitabilis quàm ſi donatio ſic facta eſſet, *dono tibi poſt mortem meam*,quia tunc ipſa donatio, non tantùm donationis executio poſt mortem collata videretur. Et de ſic facta donatione ſentire videntur interpretes qui defendunt valere iure donationis cauſa mortis eam donationem, quæ collata eſt poſt mortem ſi mortis mentio adiecta ſit ipſi ſubſtantiæ, non autem proteſtationi & executioni donationis. Nam vt dixi, qui ſic loquitur, *promitto tibi poſt mortem meam*, licèt neque præſtationis, neque ſolutionis vllo modo meminerit, proculdubio reſpicit ad præſtationem, non ad contrahendam obligationem. Sed obſeruare debuerunt nullam eſſe donationem quæ ſic fieri poſſit, *dono tibi poſt mortem meam*, niſi ponas eo ipſo tempore quo huiuſmodi verba proferuntur fieri etiam traditionem eius quod donatur. Traditione ſiquidem opus eſt, aut ſtipulatione vt donatio fiat præſertim cauſa mortis. Illa verò verba, *Dono tibi poſt mortem meam*, neque traditionem faciunt quæ tota facti eſt, non verborum, neque ſtipulationem. Quòd ſi ponas ab eo qui ſupradicta verba protulit factam eſſe traditionem, admittam equidem non fore donationem inter viuos, ſed cauſa mortis, verùm alia ratione quàm interpretibus placet quòd collata ſit donatio poſt mortem,ſed quia nec ſi expreſſim vellet quis ita donare inter viuos, tamen poſſet, vt poſtea dicemus:ſi priùs illud diluerimus quod con-
10 tra ſententiam noſtram obiici † poſſe videtur, ex *l. Seia cùm nuberet* 11.*D.de dot.prælegat.* vbi reſponſum eſt à Paulo eum qui conſentiente muliere cùm illa donatum vellet ſtipulatus eſt dotem à marito in eum caſum quo morte mulieris matrimonium ſolueretur, mortis cauſa ſtipulatum videri, nec niſi mortis cauſa factam videri eam donationem, ideóque à donatario illo fideicommiſſum relinquere potuiſſe mulierem, vt eam dotem viro daret. Nam & inde Bart. infert ad eum locum adhibitum ad ſtipulandum totam dotem,ſicut in dubio præſumendus non eſt adhibitus animo donandi, ita intelligendum eſſe adhibitum cauſa mortis, ſi mortis mentio facta ſit in ſtipulatione, quod probatur etiam non minùs apertè & eleganter ex *l.2.C. de iur.dot.& ex l. mulier bona* 72.*§.vlt.D.eod.*vbi dicitur, ſi mulier de ſuo dotem dederit, & adhibuerit alium qui ſtipularetur poſſe eam pro arbitrio inſtrumentum dotale mutare. Non alia vtique ratione, quàm quod vel proprio ipſius mulieris nomine vel tanquā donatarius cauſa mortis extraneus ille ſtipulatus eſſe intelligatur. Atque ita ſolitas fuiſſe interproni ſtipulationes conſtat ex *l.cùm pater.*77.*§.mater.de legat.*2 *l.cùm maritus*,29.*§.vlt. D. de pact dotal.* quo loco dubitandi ratio illa erat, quòd cùm frater dotem ſororis ea conſentiente ſtipulatus eſſet in caſum mortis mulieris,ac proinde in poteſtate mulieris fuiſſet ſtipulationis & donatarij ius immutare, videbatur illa ſtipulationem fratris inutilem feciſſe, quantum ad res illas quas marito ſuo legauerat, & quantum ad ſeruos quos eo teſtamento manumiſerat. Sed tamen aliud Scæuolæ iudicium eſt, ſaluam eſſe fratri & integram actionem ex ſtipulatione contra maritum, propterea quòd teſtatrix legando & libertates dando, non tam exonerare maritum, quàm heredes ſuos onerare voluiſſe crederetur, à quibus ſcilicet ſolis & legata dari potuerant, & libertates directæ,non etiam à fratre donatario cauſa mortis, quamuis ab eo fideicommiſſum relinquere ſoror potuiſſet ſi voluiſſet. *d. l. Seia.* 11.*in fin.de dot.prælegat.* & in *l.cùm quis decedens.* 37.*§.nuptura. De legat.*3. quod non videntur percepiſſe gloſſatores, quorum alij reſponſum illud Scæuolæ de donatione inter viuos intelligi voluerunt ne cum aliis ſupradictis legibus pugnaret, omnes verò de fideicommiſſariis libertatibus non de directis, cùm tamen ſi per fideicommiſſum relictæ libertates fuiſſent,aliud reſpondendum erat,quia fideicommiſſum à donatario cauſa mortis vtiliter relinqui & olim poterat, & hodie poteſt *d.l.Seia.* & *d.§.nuptura.* Ve-
rùm ad ſupradictos † omnes locos reſpondēdum eſt 11
quod ad quæſtionem noſtram attinet, multùm intereſſe, an quis animo donandi promittat dare quid poſt mortem ſuam, qui caſus eſt noſtræ quæſtionis, an verò paſſus ſit alium ſtipulari in caſum mortis vt in aliis locis. Nam qui ipſe promittit non poteſt negare quin id agat vt ſe obliget, nec tantùm efficacitor,ſed etiam irreuocabiliter, niſi exprimat ſe promittere animo donandi cauſa mortis.Et quod addit *poſt mortem* ſicut ad promiſſionem ipſam referri non poteſt,quia nemo poſt mortem ſuam promittit, ita ad effectum & executionem promiſſionis neceſſariò referendum eſt, vt proinde dilata in id tempus ſolutio & præſtatio potiùs quèm ipſa donatio collata videatur. At cùm patior vt in caſum mortis meæ aliquid ſtipuletur is cui donatum volo, nihil ego promitto, ſed meus debitor qui licèt promittendo ſe obliget non ſolùm efficaciter, ſed etiam irreuocabiliter, tamen non mihi,ſed ſibi legem dicit ne poſſim ego pro arbitrio ſtipulationis conditionem immutare, cùm nihil promiſerim, ſed tantùm permiſerim animo quidem donandi,ſed cauſa mortis,vt verba iſta ſtipulationis demonſtrant quæ concepta ſunt in caſum mortis meæ. Nam ſi ſic tibi dicerem, *Permitto tibi ſtipulari centum à debitore meo quoniam ea tibi dono*,an non perinde haberi deberem ac ſi apertiùs dicerem, *Dono tibi cauſa mortis centum.* Vtique ſanè. Nec enim donatio hæc quod ad me pertinet ex earum numero eſt quæ fiunt per ſtipulationem, ſed potius per traditionem facta videri debet, quoniam licèt ſtipulatio interuenerit, tamen non interuenit inter me donatorem & donatarium te, ſed inter te & meum debitorem qui nihil tibi donauit. Tunc verò dicitur fieri donatio per ſtipulationem, cùm donatarius ſtipulatur à donatore, vt in *dict. l. mortis cauſa.*34.*§.vlt.D.de mort.cauſ.donat.* Cùm ergo donatio cauſa mortis non fiat niſi per ſtipulationem vel per traditionem, neque poſſit hæc facta dici per ſtipulationem, neceſſe eſt vt dicenda ſit facta per traditionem. Et certè ita eſt. Nam quemadmodum qui delegat debitorem ſuum videtur ſoluere. *l. quamuis*, 8.*§.interdum.D.ad SC. Velleian.* ita & qui cùm nihil deberet, paritur tamen alium ſtipulari à debitore, videtur hoc ipſo tradere quod deducitur in ſtipulationem, & illud ipſum poſt ea promiſſor ex ea ſtipulatione tradere cogendus erit & ſoluere ſtipulatori. Ex quo tanto magis apparet, quantum interſit, an quis donandi animo promittat centum, aut fundum Cornelianum poſt mortem ſuam, an verò patiatur alium ſtipulari in caſum mortis ipſius donatoris. Priorem & cenſendam donationem inter viuos, poſteriore verò cauſa mortis. Neque tamen
eam rationem † probamus qua potiſſimum mouen- 11
tur illi ex interpretibus noſtris qui volunt donationes iſtas in dubio cenſendas inter viuos: Aiunt enim poſſe obligationes & actiones incipere etiam ab heredibus, & contra heredes ex *l. vnic. Cod. vt action.ab hered.incip.l.hereditarium.* 7.*D. de reb. auctor. indic.*

iudic. poſſid. quod planè alienum eſt à propoſita diſputatione. Nam hoc caſu neque obligatio neque actio incipit contra heredem donatoris, ſed tantum exactio, vt & in *d. l. mortis cauſa.* 34. *de mort. cauſ. donat.* & *in d. l. hereditarium.* in cuius ſpecie, id eſt, cùm quis promiſit ſe aliquid daturum cùm morietur, obligatur proculdubio ex eo die tantò magis quod moriturum eum eſſe certum eſt, quamuis non poſſit ex ea promiſſione conueniri quandiu viuit. Sed etſi non priùs quàm moreretur inciperet obligatio, tamen inciperet adhuc eo viuo, cùm non mortuus moriatur, ſed viuus. Item cùm is qui pro defuncto fideiuſſit poſt mortem eius ſoluit, de quo etiam agitur in *d. l. hereditarium.* obligatio & actio mandati non incipit contra heredes mandantis, ſed naſcitur ex die fideiuſſionis, licèt non poſſit actio exerceri regulariter antequam abſit aliquid fideiuſſori, hoc eſt ante diem ſolutionis. *l. Lucius Titius.* 38. *D. mandat. l. ſi pro ea* 10. *C. eod.* Nec ſanè niſi fruſtra poſſis quærere in Pandectis exempla actionum quæ incipiant ab heredibus aut contra heredes, cum toto eo iure Pandectarum regula in contrarium eſſet, quam primus Iuſtinianus antiquauit in *d. l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* Veniamus iam ad ſecundam diſtinctionis noſtræ partem, de donatione quæ facta ſit per traditionem collata nihilominus dominij tranſlatione poſt mortem donatoris.

ERROR III.

De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata ſit dominij tranſlatio poſt mortem donatoris.

SVMMARIA.

1 *Donatio facta per traditionem omnimodo cenſeri debet donatio cauſa mortis, ſi dominij tranſlatio collata ſit poſt mortem donatoris.*

2 *Probatio ſuperioris enuntiati. & num. 4.*

3 *Explicatio & emendatio l. ſi ego. 9. §. ſi res. de iur. dot.*

5 *Quo ſenſu donatio à moriente fieri dicatur.*

6 *Iuſtinianus induxit vt obligatio inciperet contra heredem ex pacto defuncti, non vt ex huius facto inciperet poſt mortem transferri dominium heredi iam acquiſitum.*

7 *Obiectio eorum qui in quæſtione de donatione collata poſt mortem donatoris ſequuntur mediam viam, & eius refutatio.*

HÆc ſecunda pars eſt eius diſtinctionis, quam ſuperiore capite adhibendam diximus in quæſtione illa vtrum donatio poſt mortem collata in dubio cenſenda ſit inter viuos an cauſa mortis: Et quemadmodum iam probauimus facta per ſtipulationem donatione capiendam eam interpretationem quæ donationem faciat inter viuos, licet facta ſit mentio mortis. Ita
1 nunc oſtendemus facta donatione per traditionem † omnimodo cenſeri debere donationem cauſa mortis ſi dominij tranſlatio collata ſit poſt mortem, longéque grauius errare tam illos qui putant eſſe hanc donationem indiſtinctè inter viuos, quàm illos qui diſtinguunt, An ſubſtantiæ donationis inſerta ſit mentio mortis, an præſtationi duntaxat & executioni. Nec enim vllo caſu patimur valere huiuſmodi donationem iure donationis inter viuos, nec ſi donator expreſſam declararet velle ſe illam valere eo iure, nec magis poſt conſtitutionem Iuſtiniani, qua noſtri mouentur in *dict. leg. vnic. Cod. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* quàm inſpecto vetere iure Pandectarum. Mouemur ex eo † quod non fecit Iuſti- 2
nianus, neque verò facere potuit, vt poſſit quis rerum ſuarum dominium transferre eo tempore quo non amplius ſit dominus, quod pugnaret cum ratione non ciuili tantùm ſed etiam naturali quæ non patitur vt quis in alium transferat id quod ipſe non habet: Nec proinde facit, vt donator quamuis dominus ſit rei, quam donat eo tempore quo & donat & tradit, conferre tamen poſſit dominij tranſlationem in id tempus, quo ipſe dominus non erit, id eſt, quo erit mortuus, non magis quàm ſi conferre vellet in id tempus quo res illa alienata reperiretur *leg. Stichus* 39. *D. de manum. teſtam.* Nam vt ſæpius monuimus, non tam quo tempore diſpoſitio fiat inſpiciendum eſt, quàm in quod conferatur, quoties quæritur an valeat *leg. Titio cùm morietur* 51. *D. de vſur. leg.* 4. *C. de dona. ant. nupt.* In propoſito autem caſu cùm traditio quidem fit à viuo donatore, ſed tamen dominij tranſlatio confertur poſt mortem donatoris, hoc amplius eſt quod impedit, ne dominij tranſlatio vlla poſt mortem fieri poſſit, quod ſtatim atque donator mortuus eſt relicto herede aliquo ſiue teſtamentario ſiue legitimo, dominium quod fuit defuncti ſicut fit hæreditarium, quandiu hereditas eſt, id eſt quouſque ſit adita, ita & hereditate quandoque adita fit heredis, non ſolùm ex eo die, ſed ab ipſo inſtanti mortis, quaſi nullo vnquam tempore iacuiſſe hereditas videatur *l. heres quandocumque* 49. *De acq. hered. l. omnis hereditas* 138. *l. omnia ferè* 193. *D. regul. iur.* Statim verò atque dominium acquiſitum eſt heredi, non poteſt fieri ne quidem ex voluntate heredis, ne iuris regula violetur, quæ vult id quod alicuius iam ſit ſine facto eius auferri ei non poſſe *l. id quod noſtrum.* 11. *eod.* In quam ſententiam accommodatiſſimus textus eſt in *l. ſi ego* 9. *§. ſi res D. de iur. dot.* vbi Vlpianus, ſi res, inquit, alicui tradidero, vt nuptiis ſecutis dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero an ſecutis nuptiis dotis eſſe incipiant? Et vereor, ait ille, ne non poſſint in dominio eius effici cui datæ ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cùm ſequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium eſt à quo diſcedere illud non poſſe inuito eo, fatendum eſt. Quidni ergo idem dicemus facta etiam traditione ex cauſa donationis quæ pendeat in id tempus quo iam inſecuta ſit mors donatoris? In hoc ſiquidem caſu non ſolùm eadem iuris ratio locum habet, ſed hoc quoque plus eſt, quod conditio nuptiarum apud Vlpianum poterat exiſtere viuo etiam donatore. Tempus verò quod quantumuis proximè ac immediate ſequitur mortem, nunquam poteſt euenire viuo eo cuius mors neceſſariò expectanda eſt. Tantò minùs ergo fieri poteſt vt ex huiuſmodi donatione dominium transferatur in donatarium ſola conuentionis poteſtate, éſtque omnino neceſſaria legis authoritas, cuius eſt non minùs transferre dominium ſine traditione, quàm hominis eſt rem ſuam tradentis, eam in quem & quomodo velit alienare: vt in hereditatibus & legatis euenire iam ſupra probauimus. Atqui lex non ſe interponit in transferendo dominio ex conuentionibus quæ fiunt inter viuos niſi hactenus vt cauſam traditionis vel adprobet, vel non agnoſcat, quia naturali ratione ac gentium iure traditio modus eſt dominij transferendi. *§. per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ.* iure quoque ciuili non improbatus dum ne traditio ſit nuda. *l. nunquam nuda.* 31. *D. de acquirend. rer. domin. l.* 3. *D. ſi vſusfruct. petet.* Quid enim naturali rationi conuenientius eſt, quàm

voluntatem domini rem ſuam in alium transferre
volentis ratam haberi? *l.qua ratione.* 10. §. *hæ quoque
res. D.acquirend.rerum domin.vulg.l.in re mandata.*21.
Cod. mandat. Igitur ſi is qui rem ſuam ex cauſa do-
nationis tradidit, eam legem adiecerit vt dominium
poſt ipſius duntaxat donatoris mortem in donata-
rium transferatur, quamuis dixerit ſe donare inter
viuos,nihilo magis facere poteſt vt ex eo iure valeat
donatio, quinimo hoc ipſo quod exprimit velle ſe
donare non cauſa mortis, ſed inter viuos atque ita
excludit omnem interpretationem, quæ alioqui
probabiliter fieri poſſet, vt mortis cauſa potiùs do-
naſſe videretur, nihil agit, quia vbi nulla eſt in ver-
bis ambiguitas,nullus quæſtioni voluntatis aut iuris
interpretationi locus relinquitur.*vulg.l.ille.* 25.§. 1.
*De legat.*3. Cui conſequens eſt,vt ſi donator non ex-
preſſerit, an inter viuos, an mortis cauſa donatum
vellet, hoc ipſo quod voluit dominij tranſlationem
conferri poſt mortem ſatis declarauerit velle ſe vt
valeret iure donationis cauſa mortis,cùm neque ex-
preſſerit, neque exprimere vtiliter potuerit, vt va-
leret iure donationis inter viuos, malignáque dica-
tur illa interpretatio per quam fiat inutilis actus qui
iuſta & ciuili adhibita interpretatione vtilis eſſe
poſſet: vulg. *l. quoties in actionib.*12. *D. de reb.dub.l.
quoties* 80.*l.ſi ita ſtipulatus.*126.§.*Chryſogonus verſ. ſe-
quens ſtipulatio.D.de verb.oblig.* Nam & dici ſolet nec
abs re, non facilè credendum eſſe quenquam eam
viam eligere per quam fiat vt nihil agat, *l.*3. *D.de te-
ſtam.mil.* Neque hîc ſubiungi poteſt quod in ſupra-
ſcripta ſpecie ſubiungitur apud Vlp.in *d.l.ſi ego.*9.§.*ſi
res. D. iur. dot.* benignius eſſe neceſſitatem imponi
heredi conſentire ei quod defunctus fecit, aut ſi di-
ſtulerit, vel abſit etiam nolente vel abſente eo do-
3 minium ad maritum ipſo iure transferri.Nam prçter
id quod illius loci † verba ipſa oſtendunt totam eam
adiectioné non tam Vlpiani eſſe, vt alibi monuimus,
quàm Triboniani mulieribus ſuo more plus æquo
fauere volentis, apparet etiam ſpeciali ratione non
communi aliqua æquitate niti adiectionem illam
Tribonianeam, ſcilicet *fauore dotium*, vt lex ait, *&
ne mulier maneat indotata.* At neque donationis tan-
tus fauor eſt vt dotibus comparari poſſit, neque do-
natarij vt eius conditio eadem conſtitui debeat,quæ
mulieris eſſet ne indotata conſtitueretur. Non ergo
ſimiliter poſſis dicere defendendam eſſe ex æquita-
te donationem inter viuos,quæ per traditionem ſic
facta eſſet,vt dominium ex ea non niſi poſt morté
donatoris in donatariũ transferretur,cogendúmque
heredé vt cóſentiat transferri quod donator ipſe pro
ſuo iure tráſferre non potuiſſet.Quod etſi admittere
quis vellet prætextu vt fieri ſolet æquitatis quan-
tumlibet improbabilis, adhuc tamen nobiſcum di-
cendum eſſet in dubio ſi de aperta donatoris volun-
tate non apparet probabiliorem fore illam interpre-
tationem, per quam donatio cauſa mortis non inter
viuos facta eſſe cenſeretur. Cur non.n.ea potius ca-
piatur interpretatio,per quam fiat vt actus ipſo iure
valeat,nec vllo egeat æquitatis fauore,quàm ea quæ
deſtituta iuris auxilio, æquitatis ſubſidium implo-
rare compellatur? Et verò ſi mortis cauſa donatio
eſſe creditur, tum quoque cùm inter viuos traditio
facta eſt,ſed ea tamen lege vt moriente demum do-
natore res fiat accipientis *l.mort.cauſ.*15.*D. de manu-
miſſ.*quo tamen caſu nihil obſtaret quominus poſſet
eſſe donatio inter viuos,quippe quam certũ eſt poſſe
fieri etiam à moriente *l.Seia* 42.§.*vlt. D.de mort.cauſ.
donat.* quanto magis fatendum eſt donationem eſſe
cauſa mortis: cùm ſic facta donatio eſt vt eum effe-
ctum habere non poſſit quem donator voluit iure
4 donationis inter viuos? Nec ſanè facilè poteſt † dici
cur donator contulerit dominij tranſlationem in
longius tempus, ſiue mortis tempus illud ſit, ſiue
poſt mortem,niſi vt interim ſaluam ſibi retineret re-
uocandæ donationis facultatem, quæ iudicio meo
tota ratio eſt eius quod Marcellus ſcribit in *dict.l.
mortis cauſa verſ.quemadmod.* Et cùm ea ratio locum
non habeat in eo qui moriens donat purè in aliud
nullum inſtans collata donatione, ſicuti nec inſtans
vllum eſt poſt inſtans mortis in quo voluntatem mu-
tare donator poſſit, mirum non eſt facilius præſumi
donationem cauſa mortis eam,quæ ab homine ſano
fiat per traditionem, collata nihilo minùs dominij
tranſlatione in tempus mortis, aut poſt mortem,
quàm quæ purè ſit à moriente.Hanc enim fatendum
eſt quando minùs reuocari poteſt,tanto magis natu-
ram habere donationis inter viuos,nec poſſe cenſeri
donationem cauſa mortis, niſi expreſsum illud ſit à
donatore: alioqui non negamus etiam à moriente
poſse fieri donationem cauſa mortis, perinde ac in-
ter viuos, vt reuocari etiam poſſit. Donationem
† namque cùm à moriente fieri dicimus poſt Papi- 5
nianum in *d.l.Seia* §.*vlt.*non vſque adeò præciſè in-
ſtans ipſum mortis ſignificamus, quod ſit vltimum
momentum vitæ, in quo nimirum nemo dixerit aut
donationem,aut aliud quicquam quod facti ſit ab eo
ipſo qui moritur,fieri poſſe, ſed paulò latiùs accipi-
mus, & ἐν πλάτει, vt eum ſignificemus qui breui &
iamiam ſit moriturus, vt ſunt plerique qui penè ad
ad ſupremum vſque vitæ ſpiritum & mentem & lin-
guam ſanam habent,vt voluntatem quam priùs ha-
buerunt mutare poſſint,& reuocare. Ad has verò do-
nationes, quæ per traditioné ſic fiunt vt dominium
poſt donatoris duntaxat mortem transferatur, non
pertinet quod vulgò ij obiiciunt qui eas inter viuos
eſſe defendunt, ex Iuſtiniani conſtitutione in *d.l.
vnic.C.de action.ab hered. & contr.hered.*quia vt initio
capitis attigimus, longè aliud eſt incipere obli-
gationem contra heredem ex facto defuncti, aliud
verò incipere dominij tranſlationem. Prius à Iuſti-
niano † factum eſt, quia vt fieret violanda tantùm 6
fuit ſubtilitas & regula iuris ciuilis ex quo ſolo eſt
ius hereditarium & actionum, inducendarumque
obligationum, & in heredem transferendarum *l.*1.
*C.ſi cert.pet.l.*1.*&* 2.*C.ſi vnus ex pluribus hered. debit.
vel creditoris.* Poſteriùs verò nec factum eſt à Iuſti-
niano, nec fieri potuit,quin non tantùm ciuilis ra-
tio, ſed ipſius etiam naturæ leges duæ ſubuerteren-
tur, quarum vna eſt,Non poſſe dominium transfer-
ri ab eo qui non ſit amplius in rerum natura. Altera
nemini ſiue inuito ſiue ignoranti auferendum eſſe
dominium quod habeat, ex iuſta cauſa acquiſitum.
Illud verò minus ad rem facit, quod obiiciunt † Er- 7
ciſcundi verba, præſtationi ſeu executioni adiecta
non facere actum conditionalem ex *l.ex his verbis*
5.*C.quand.dies lega.ced.* Non enim ex eo inferre poſ-
ſis donationem traditione factam quidé, ſed collato
dominio poſt morté donatoris cenſendam eſſe dona-
tionem inter viuos: Niſi ante omnia probes, poſſe
quem per conuentioné inter viuos conferre tranſla-
tionem dominij rerum ſuarũ in id tempus quo erit
iam mortuus.Quod certè nunquam probabis aut ſi
quas tam noui iuris rationes hucuſque incognitas &
inauditas adferes,aſſequeris eodem labore vt fruſtra
& inutiliter lata ſit lex 12.tab.totque aliæ leges dein-
de ſecutæ ad inducendum aut confirmandum ius te-
ſtamentorum cæterarumque vltimarum volunta-
tum. Denique cùm donatio ſit per traditionem,nul-
la ſupereſt præſtatio,aut executio,quæ poſt mortem
collata videatur,niſi tranſlatio dominij,quæ tota iu-
ris eſt,non facti, quam proinde neceſſe eſt fieri vel
ex poteſtate prçcedentis traditionis,quod oſtédimus
dici

dici non poſſe, vel nullomodo, cùm poteſtate iuris fieri nequeat vt probauimus, ſi donatio ſit inter viuos, non cauſa mortis. Propriumque eſt donationum quæ per ſtipulationem fiunt, quia nihil habent niſi verba, vt ex iis præſtatio in aliud tempus conferri poſſit, quoniam aliud eſt promittere, aliud præſtare. At non aliud eſt tradere, aliud præſtare, cùm nihil amplius præſtandum & faciendum habeat qui iam tradidit, licet diſtulerit dominij tranſlationem.

ERROR IV.

De diſtinctione quam adhibent Interpretes, An donator cauſa mortis deceſſerit cum herede, an ſine herede.

SVMMARIA.

1 *Donatio cauſa mortis ad nutum & arbitrium donatoris reuocari poteſt.*

2 *Exceptio interpretum, niſi donator ſine herede deceſſerit.*

3 *Ratio exceptionis.*

4 *Iaſon, in oppoſitum ait quodammodo impoſſibile eſſe, vt quis decedat ſine herede: ſed imperitè.*

5 *Fiſcus non ſemper ſuccedit, etiamſi nullus alius ſit ſucceſſor, nec ſuccedit vt heres.*

6 *Reſpondetur ad rationem qua nonnulli exiſtimant fieri vt non valeat reuocatio donationis nullo exiſtente donatoris herede.*

7 *Ex ſententia Alexandri quando procedat exceptio relata numer. 2.*

8 *Iaſonis ratio aduerſus Alexandrum refertur & refellitur.*

9 *Inutilis ſit donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem, ſi reuocet donator, etiamſi poſtea deceſſerit ſine herede.*

10 *Diluitur ratio ſub num. 3. propoſita.*

11 *Donatione cauſa mortis facta per traditionem quid de eius reuocatione ſentiendum ſit.*

12 *Cur donatio ſimpliciter facta poſt mortem, donatio inter viuos cenſeri non poſſit.*

13 *Donationem quæ ſimpliciter facta eſt & collata poſt mortem, donatore ſine herede decedente, nullomodo valere.*

14 *Angeli deciſio ſolennis reprobata.*

1 DONATIONVM cauſa mortis † eam eſſe naturã & cõditionem vt ad nutum & arbitrium donatoris poſſint reuocari conſtat. Sed tamen addunt pleriqne ex interpretibus licet non omnes exceptionem † vnam niſi donator, inquiunt, ſine herede

2 deceſſerit. Sic enim Angel. Imol. Aret. ad *l. qui Romæ. §. Flauius numer. 10. de verb. oblig. Soci. in l. non omnes 19. D. ſi cert. petat. Marſi. ſingul. 62. Ex. l. 1. D. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen.* vbi Paulus ſcribit, ſi ſeruus venditus ſit vt intra certum tempus manumittatur, etiam ſi ſine herede deceſſiſſet tam emptor quàm venditor, ſeruo libertatem competere, & ita Diuum Marcum reſcripſiſſe. Sed vt ſi mutauerit voluntatem is qui vendidit nihilominus competere libertatem. Huiuſque ſententiæ ratio illa videtur af-

3 ferri poſſe, quod cùm donator † cauſa mortis donationem reuocat, non alia ratione id facere videatur, quam vt proſpiciat ſuo heredi quaſi nunc malit heredem habere id quod donatum eſt quàm donatarium, cùm antea mallet donatarium habere quàm heredem. Nullo igitur herede exiſtente, quaſi ceſſante cauſa reuocandæ donationis, ipſam quoq; reuocationem conſequens videtur nullius momenti eſſe oportere. At ij qui contrariam ſententiam magis probant contenti ſunt dicere Paulum in *d. l. 1.* non loqui de donatione cauſa mortis ſed de libertate, cuius fauore nemo neſcit multa eſſe contra iuris rigorem conſtituta *lege. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo. D. de fideicommiſ. libert. §. vltim. Inſtit. de donat.* quæ proinde ad conſequentias trahi non debent, *leg. quod contra 141. de regulis iuris. l. quod verò 14. D. de legibus.* Denique ſufficere vt nullo iuris loco ita conſtitutum reperiatur. Addit Iaſon ad *dict. §. Flauius. in fin.* eſſe † quo- 4
dammodo impoſſibile vt quis decedat ſine herede, cùm fiſcus, inquit, ſaltem ſit heres, nullo alio herede exiſtente. Per gloſſ. in *leg. ex facto 17. § vltim. D. ad S. C. Trebellian.* Sed valdè imperite. Non enim nouum eſt in libertis noſtris vt ſine herede quis decedat, adeóque ſine ſucceſſore, vt in ſpecie *d. l. 1. Stichum aut Pamphilum. 95. in fine princ. D. de ſolut. l. 1. §. Diuus Pius D. de iur. fiſc.* Nec rurſus ſemper fiſcus † 5
ſuccedit, etiamſi alius ſucceſſor nullus ſit, ſed ita demum ſi bona ſint ſoluendo, & aliquam vtilitatem fiſco adferre poſſint *d. l. 1. §. an bona. De iur. fiſc.* tùm vero cum ſuccedit fiſcus non idcirco aut heres ſit, aut heredis loco, ſiquidem occupat bona non tanquam hereditaria ſed tanquam vacantia. Deſinunt enim eſſe hereditaria ſtatim, atque certum eſſe incipit nullum fore ſucceſſorem, fiuntque bona vacantia, vt alibi ſcripſimus ex *l. vltim. D. de ſucceſſ. edict.* Sanè ratio illa † vulgaris qua mouentur ij qui nolunt do- 6
nationis reuocationem hoc caſu non valere, quod nimirum nemo ſit qui nomine donantis eam reuocationem obiicere donatario poſſit, facilè poteſt eludi, ſi ponas rem donatam reperiri penes tertium, quantumlibet iniuſtum poſſeſſorem. Hoc ipſo enim quod erit ille poſſeſſor, vtique plus iuris habebit quàm donatarius qui aget ex reuocata donatione, nec quicquam prohibet quominus perinde poſſit obiicere donationis reuocationem acſi eſſet ipſe heres donatoris, cùm ea exceptio quamuis ſit de iure tertij, tamen excluſiua ſit iuris agentis, vt noſtri loquuntur poſt Bartol. ad *l. 2. D. de except. rei iudic. ex l. loci. 4. §. competit. D. ſi ſeruit. vindic. l. 2. D. vti poſſid. l. vltim. D. de acquir. poſſ. l. vltim. Cod. de rei vindicat.* Et ob id nimirum Alexander † hanc ſen- 7
tentiam Angeli putat ita procedere, ſi mortis cauſa donatio facta ſit per traditionem, vt non egeat donatarius actione ad rem habendam, nullam enim actionem habere poſſet ex donatione reuocata ſed tantùm retentione. Nec malè quamuis idem Iaſon † 8
ſupradicto loco vt ſubtilem agat interpretem, impugnet hanc diſtinctionem, ratione illa, quod donatio cauſa mortis, non tantùm per traditionem fieri poſſit, ſed etiam per ſtipulationem ex *l. mortis cauſa donatio 34. & l. ſeque. §. vltim. D. de mort. cauſ. donat.* adeóque, inquit ille, per pactum nudum ex *l. ſi qui argentum C. de donat.* Prorſus inſubtiliter. Etſi enim valet donatio facta per ſtipulationem, vt ex ea poſſit dari actio (non etiam ex pacto nudo donationis cauſa mortis, vt ſuo loco à nobis diſputatum eſt) quis tamen admittat aliquam dari actionem ex ea ſtipulatione, quæ non aliam cauſam habuerit quàm donationem, cùm donatio fuit reuocata? Aut quomodo poterit donatarius hic effectum donationis percipere ſine actione? Denique contra quem aget ex huiuſmodi ſtipulatione mortuo donatore ſine herede alióve ſucceſſore? An forte dabimus ei actionem in perſonam tertij poſſeſſoris ex ſtipulatione interpoſita cum donatore, cui poſſeſſor hic neque heres extiterit, neque alio iure ſucceſſerit.

Digitized by

ceſſerit. Itaque vt hinc nos quid ſentiamus dicere in
choemus, Cùm donationum cauſa mortis ſumma di-
uiſio illa ſit, vt aliæ per traditionem fiant, aliæ per
ſtipulationem, ſi proponas tractari de donatione, quæ
10 facta ſit per ſtipulationem, non puto poſſe dubitari
quin plane inutilis † fiat ſi reuocetur per donantem
tametſi poſtea deceſſerit ille ſine hærede; quia etiamſi
reuocatio non valeret, inefficax tamen eſſet donatio
& ex donatione competens actio deficiente perſona
contra quam poſſet exerceri. Nam ex hac cauſa non
tantùm actio intercidit, ſed ipſa etiam obligatio,
quæ non poteſt ſanè ſubſiſtere, ſi perſona nulla ſit
quæ maneat obligata *d. l. Stichum §. 1. in fin. de ſolut.*
l. 1. §. idem Pomponius. D. depoſit. l. poſtquam 5. in prin-
cipio. D. vt legat. ſeu fideicom. nom. caueat. ſicut &
cùm perſona deficit, cui alius ſit obligatus, vt in *l. 1.*
C. de oblig. & action. Ipſam tamen reuocationem va-
lere tam inde ab initio certum eſt, & priuſquàm do-
nator moriatur, in cuius arbitrio fuit mutare volun-
tatem, quique ſi rem donatam tradiſſet, etiam con-
dictionem ex pœnitentia vel vtilem in rem actionem
habuiſſet *l. qui mortis 30. D. de mortis cauſ. donat.* Cur
ergo dicamus reuocationis quæ ab initio valuit, effe-
ctum impediri ob id ſolùm debere, quod qui reuoca-
uit deceſſerit ſine ſucceſſore? Nam quod ſupra ob-
iecimus pro Angelo reuocationem † donationis non
videri factam niſi fauore hæredis futuri, qui proinde
ſi nullus poſtea ſit, nulla quoque videri debeat fa-
cta revocatio, facilem habet reſponſionem: ſcilicet
donatorem cùm reuocat donationem cauſa mortis
non id agere vt ſuo heredi proſit, quàm vt noceat
donatario, quamuis per conſequentias profutura ſit
ea reuocatio hæredi, ſi quis erit. Non autem tam
quod per conſequentias euenit, quàm quod princi-
paliter agitur, inſpiciendum eſt *l. 1. l. quod dici-*
mus 7. D. de autor. Proinde quamuis nullus heres
ſit cuius fauori & commodo poſſit cedere reuocatio,
non eo minùs tamen verum eſt reuocatam eſſe do-
nationem ab eo qui reuocandi ius habuit, & eo tem-
pore quo non erat quærendum an heres aliquis eſſet
qui nec poterat vllus eſſe hominis viuentis: Cúm-
que ſemel extincta ſit donatio ex voluntate dona-
toris, nouo aliquo facto & argumento opus eſt vt
voluntas quæ defecerat, recenti iudicio rediiſſe in-
telligatur, vt loquitur Papinian. in *l. qui ex liberis 11.*
§. vltim. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul. Quod tamen
iudicium recens nemo dixerit ſumi poſſe ex eo ſolo
quod poſtea contingat nullo herede relicto mori do-
natorem: cùm id non eueniat niſi poſt mortem &
contra votum nedum præter opinionem donatoris.
11 At ſi donatio † cauſa mortis non per ſtipulationem
facta ſit, ſed per traditionem, ſubdiſtinguendum eſt,
an traditio ſic facta fuerit, vt dominium in donata-
rium ſtatim transferretur, an ita vt dominij tranſla-
tio poſt donatoris mortem conferretur. Priore caſu
reuocatio donatoris per donatorem facta licet non
reuocet traditionem, tamen reuocat dominij tranſla-
tionem, quæ cùm iuris tantùm ſit, non etiam fa-
cti, facilè reuocari poteſt ex nuda voluntate illius
cui ius eſt reuocandi, ex eóque tempore fatendum
eſt rem donatam incipere eſſe penes donatarium
ſine cauſa, ob idque non tantùm condictione teneri
eum, ſed vtili quoque vendicatione *dict. l. qui mor-*
tis, ſed quia reuocatione traditionis quoque opus eſt,
quæ facti eſt, vt donatio in totum reuocata dici poſ-
ſit, & eo ipſo modo ac iure quo fuerat inita, euenit
neceſſariò vt inutilis & inefficax maneat illa reuo-
catio ſi donatarius aliquo caſu non amiſerit poſſeſ-
ſionem rei donatæ, nullúſque ſit heres donatoris, Non
quòd eo minùs valeat reuocatio, quia nullus heres
ſit, ſed quia non eſt perſona, quæ donatario quantum-
uis iniuſtè nullóque iure rem habenti controuer-
ſiam facere poſſit, quam etſi facere vellet nullo &
ipſe iure fretus, adhuc tamen vincere donatarius de-
beret, non tanquam donatarius, ſed tanquam poſſeſ-
ſor alius quilibet. Itaque nullus hoc caſu quæſtioni
locus relinquitur. An valeat reuocatio necne, quia
ſicuti certum ius eſt valere reuocationem: Ita in fa-
cto exploratum eſt neminem eſſe cui proſit ea re-
uocatio, quique ius per eam quæſitum aduerſus do-
natarium exequi poſſit. Sed ſi aliquo caſu donata-
rius amiſiſſet poſſeſſionem, eámque poſtea non in-
terdicto aliquo recuperare vellet ſed legitima actio-
ne ſiue ciuili ſiue prætoria iure dominij vel qua-
ſi dominij (nam interdicto non de dominio, ſed
de poſſeſſione tantùm quæri oporteret) tùm verò
appareret valuiſſe reuocationem nec ob id minùs
vtilem eſſe, quòd deceſſerit donator ſine here-
de, quia ſubccumberet proculdubio donatarius, qui
tamen vincere deberet, ſi reuocatio non valeret
ob id quod heres nullus eſſet. Si verò dominij tranſ-
latio poſt donatoris mortem collata proponatur,
etſi hoc quoque caſu idem eſt, quod in ſuperiore vt
donationis reuocatio valeat quamuis nullus ſit heres
donatoris, immo tanto magis, quantò facilius eſt
vt dominij tranſlatio nondum facta impediatur,
quàm vt facta reuocetur, nec eo minùs tamen extra-
neum quemlibet nullo iure agentem vincere debe-
at donatarius, quem traditio ſola perinde fecerit poſ-
ſeſſorem acſi dominij quoque tranſlatio facta eſſet,
quippe quæ nihil cõmune habet cum cauſa poſſeſſio-
nis. Attamen in eo differt hic caſus à præcedente quod
etiamſi non eſſet reuocata donatio nouam adhuc ad-
mittit dubitationem quam ſuperior caſus non ad-
mitteret, An defuncto donatore ſine herede valere
donatio deberet. Nam ex vna parte quod donatoris
nullus heres eſt, videtur ſuadere vt tanto magis va-
leat donatio quæ ſic facta fuit vt dominium non niſi
mortuo donatore transferretur, quandoquidem vt
proximo capite diſputabamus, ea potiſſimum ratio
impedit ne donatio inter viuos ſic fieri poſſit vt do-
minij tranſlatio poſt mortem conferatur, quòd do-
minium ſtatim poſt mortem donatoris heredi per le-
gem acquiſitum ignoranti ei vel inuito non ſit aufe-
ferendum, quæ ratio locum non habet ſi donator
decedat ſine herede. Etſi autem nunc agimus de
donatione cauſa mortis quam conſtat ſic fieri poſ-
ſe vt dominium ex ea poſt mortem duntaxat dona-
toris transferratur propter concurrentem legis po-
teſtatem poſtquàm inductum eſt, vt donationes
cauſa mortis ad inſtar legatorum capiantur, po-
teſt tamen eadem ratio mouere in ea quæſtione quam
paullo ante tractabamus De donatione ſimpliciter
facta poſt mortem an cenſeri debeat inter viuos an
cauſa mortis: Vt ſcilicet mortuo donatore ſine ſuc-
ceſſore ſaltem hoc caſu admittere debeamus in du-
bio cenſendam donationem inter viuos, etiam quæ
per traditionem facta ſit, quod tamen nos nega-
uimus iam, & iterum negamus. Non enim ſola ea
ratio me coegit vt negarem eſſe donationem † in-
ter viuos, quod alioqui fieri non poſſet citra 12
iniuriam heredis vt diſcederet dominium ab eo
vel inuito vel ignorante, ſed illa præcipuè quod
ſine poteſtate legis, quæ tamen in donationibus
inter viuos non ſe interponit, nequeat dominium
diſcedere à mortuo qui iam nullus eſt & in donata-
rium tranſire: quæ ratio perinde locum habet ſiue
donatoris heres aliquis ſit, ſiue nullus. At videa-
mus ne ex alia parte potiùs defendi poſſit, cùm do-
nator † ſine herede deceſſit, donationem etiam quæ
ſimpliciter facta ſit & collata poſt mortem nullomo- 13
do valere, ne quidem iure donationis cauſa mortis.
Quia

Quia licet donatio, quæ comitem habuit traditionem nullo heredis facto indigeat, nec proinde vlla heredis perſona ad inducendam dominij tranſlationem, quando quidem lex quæ ipſa dominium tranſfert ad inſtar legati factum hominis non requirit: perſonam tamen aliquam eſſe neceſſe eſt, ſiue veram ſiue fictam, cui lex auferat dominium, quod donatario vel legatario tribuere, velit, & cuius factum lex repræſentet, vt apertiſſimè vel cernimus euenire in legatis. Legatum enim etſi non per mediam heredis perſonam, ſed recta via tranſit in legatarium, ideo tamen tranſit, quia ſi non eſſet legatarij, eſſet heredis, & antequam eſſet heredis, eſſet hereditatis, vt apparet ex ea legati definitione quam ponit Florentinus in *l. legatum 116. de legat. 1.* vbi ait legatum eſſe delibationem hereditatis qua teſtatore ex eo quod vniuerſum heredis foret alicui collatum quid velit. Vnde eſt quod dicimus legata omnia relinqui ab herede, tum etiam cùm ab herede non ſunt præſtanda, puta cùm per vindicationem relicta ſunt, quo caſu poteſt legatarius ea occupare propria autoritate, ob idque heredi qui ſolus ſit legari nihil poſſe, quoniam nemini à ſemetipſo legari poteſt *l. & quidem totum 18. de leg. 1. & d. l. legatum 116. §. 1. eod.* Et ſanè prius eſt vt quis habeat hereditatem aliquam adeóque teſtamentariam quàm vt poſſit legatum vllum relinquere, ita vt etiamſi teſtamentum vtiliter fecerit, ſi tamen ex eo non ſit adita hereditas ſed à legitimis heredibus venientibus ab inteſtato acquiſita, non debeantur legata, quia nimirum hereditas teſtamentaria hoc caſu nulla ſit, quamuis ſit legitima *l. ſi nemo 9. D. de teſtam tutel. l. ea quam 14. C. de fideicom.* Quanto minus igitur legatum vllum eſſe poſſet ſi nulla eſſet hereditas. Atqui nulla eſt hereditas ſtatim atque defecit omnino ſpes habendi heredis, cùm hereditatis fictio non ſit inducta per legem niſi vt poſſit facere heredem & facere heredis res ſingulas hereditarias *l. legatum 80. De legat. 2. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.* & quemadmodum patrimonium quod fuit viuentis patris familias, eo mortuo fit hereditas, ſi heres aliquis ſiue teſtamentarius ſiue legitimus ſperetur: Ita quæ fuit aliquando hereditas propter ſpem habendi heredis, deficiente illa ſpe deſinit eſſe hereditas & cōuertitur in bona vacantia, vt ſuprà dicebamus ex *l. vltim. D. de ſucceſſ. edict. l. 1. §. an bona D. de iur. fiſc. l. ſi heredum 10. C. de inoffic. teſtam.* Cumque lex ſola illa ſit cuius poteſtate dominia rerum legatarum transferri poſſint, non vult lex transferre in legatarios dominia quæ alioqui nullius futura eſſent, & ob id tanquam vacantia ad fiſcum pertinerent, ſed ea tantùm quæ ſi non acquirerentur legatario, futura eſſent heredis, cui vtique nocere teſtator & voluit & potuit, non etiam fiſco qui bona vacantia omnia non à teſtatore habet ſed à lege. Quod autem in legatis dicimus id obtinet in donationibus cauſa mortis quæ ſcilicet ad exemplum & inſtar legatorum capiuntur. Niſi quod ab inteſtato legata nulla valere poſſunt, donationes verò cauſa mortis poſſunt *l. tam is 25. in princ. D. de mort. cauſ. donat.* vt ſequenti capite latiùs dicemus. Cæterùm licet aliquem teſtamentarium heredem eſſe non neceſſe ſit vt valeant donationes cauſa mortis, aliquem tamen heredem eſſe neceſſe eſt, vel ob id maximè quòd quiſquis donat cauſa mortis nō aliam donandi cauſam habet quàm quòd malit donatarium habere quàm heredem ſuum *l. ſenatus 35. §. 1. D. eod.* quæ tamen ratio ad eum donatorem accōmodari nullomodo poteſt, qui moriatur ſine herede, ſitque hoc caſu ridicula & illuſoria donatio cauſa mortis nimirum ab eo facta qui maluit quandiu vixit habere rem quàm donatariū. Ipſum verò donatarium noluit habere niſi magis quàm heredē ſuum, qui tamen nullus foret. Itaque perinde eſt acſi diceret donator malle ſe vt donatarius rem haberet quam vt nemo, quod eſſet ſtultum. Quid enim donaſſe videretur qui donaſſet id quod nec ipſe nec alius vllus haberet, aut habere poſſet? Quinimo perinde eſſet acſi diceret donator ſe malle donatarium eam rem habere quàm fiſcum ad quem ſcit, ſcire aut debet peruentura bona ſua omnia poſt mortē ſuam ſi erunt vacantia. Hoc verò eſſet ſtultius, quia nō debet donator ſperare futurum vt ſuam voluntatē quæ legis auxilio indigeat lex adiutura ſit contra fiſcum, cuius ſolius damno ceſſura eſſet ea donatio ſi valeret. Ex his verò intelligimus, quàm improbabilis ſit
ſupradicta deciſio † Angeli quæ tamen à Iaſone ſu- 14
pradicto loco ſolennis appellatur vt donatio cauſa mortis etiam quæ per donatoris pœnitentiam reuocata ſit, nihilominus valeat cùm donator deceſſit ſine herede. Tantum enim abeſt vt ob id valere debeat donatio, quòd nullus heres ſit donatoris qui donationem expreſſim reuocauit vt è cōtrario vel ob hanc ipſam inutilis fiat donatio etiam quæ non fuerit reuocata. Neque Angeli tantùm hic error eſt & eorum omnium qui opinionem eius ſequuntur, ſed cæterorum quoq; interpretum qui contra Angelum ſentiunt. Omnes enim ſuppon ūt pro vero quod nos falſiſſimum eſſe probauimus. Valituram donationē cauſa mortis ab eo factam qui heredem nullum reliquiſſet, ſi reuocata non fuiſſet. Ad quid enim quærerent, An valeret donata eo caſu quo nec valere poſſet etiamſi reuocata non eſſet.

ERROR V.

Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non Adita ſit Ad §. . l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui ſine man. ad libert. peruen.

SVMMARIA.

1 *Erroneum interpretum dogma, Donationem cauſa mortis nullam hereditatis aditionem requrere, quomodo a Iaſone adſtruatur.*

2 *Refellitur ratio Iaſonis.*

3 *Cùm filius fam. donat cauſa mortis ex peculio profectitio conſentiente patre, valet quidem donatio, ſed vltima tamen voluntas filij aut patris dici nequit.*

4 *Donatio cauſa mortis alterius quàm ipſius donatoris fieri poteſt: quo caſu perficitur & fit irreuocabilis etiam viuo donatore.*

5 *Ad quas donationes pertineat illud quod ſupra dictum eſt, irreitas fieri donationes cauſa mortis etiā quæ ab initio valuerunt, ſi donator deceſſerit abſque herede.*

6 *Sic facta donatione mortis cauſa vt dominiū in donatarium ſtatim transferatur nihil refert an donatoris ſit heres aliquis an nullus.*

7 *Reſpondetur ad l. 1. D. qui ſin. manu. ad libert. peru. vnde colligit Angelus Donationis reuocationem non valere defuncto donatore ſine herede. & n. 9. & 11.*

8 *Lex cùm fingit, falſa quidē fingit, ſed tamē poſſibilia.*

10 *Accurſij lapſus.*

INTERPRETES noſtros fefellit quod pro vero habuerunt teſte Iulio Claro in *§. donatio. quaſt. 5. num. 2.* donationem † cauſa mortis nullam heredi- 1
tatis aditionem requirere ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato

inteſtato vt Iaſon diſputat ad *d. §. Flauius*, *num.* 29.
vbi in hanc ſententiam ait ſe moueri ea potiſſimùm
ratione, quòd valeat donatio cauſa mortis facta per
filiumfamilias dummodo conſentiente patre,
cùm tamen filiusfamilias nullam hereditatem neque
teſtamentariam neque legitimam habere poſſit ex-
tra cauſam peculij caſtrenſis, inſpecto ſcilicet iure
Pandectarum *l.* 2. *D. de caſtrenſ. pecul.* Nec animad-
uertit, † vir bonus, quod nos in præcedentibus ſæ-
pius inculcare coacti ſumus, in *d. l. tam is §. filiusfa-
milias*, agi de donatione cauſa mortis facta ex pe-
culio profectitio quod cùm ſit patris magis quàm fi-
lij *l.* 3. *§. ſed vtrum. D. de minor.* non tam à filio dona-
ri intelligitur cùm donat patre conſentiente, quàm
à patre ipſo in caſum mortis filij *l in ædibus* 9. *§. penult.
D. de donat. l. ſi conſentiente* 16. *D de manumiſſ. l. ſi pater*
4. *de manum. vindict.* vt proinde non ſit quærendum
an filiusfamilias qui patre conſentiente donauit cau-
ſa mortis heredem aliquem reliquerit necne, quan-
doquidem non filius, ſed pater donaſſe intelligitur.
Potiúſque inſpiciendum eſſet an heredem aliquem
reliquiſſet pater cuius donatio fuit, quod tamen nec
curandum quoque eſt, ſpeciali valde ac ſingulari ra-
tione quam nos latius ſuo loco enarrauimus, quia
3 hæc mortis cauſa donatio † quam filiusfamilias facit
conſentiente patre vel quod effectu idem eſt, pater
ipſe in caſum mortis filij non poteſt dici vltima vo-
luntas neque filij, neque patris. Non filij, quia &
filius ille non eſt quod donare intelligitur, ſed pa-
ter, & non poteſt filiusfamilias extra cauſam caſtren-
ſis vel quaſi caſtrenſis peculij decedere vllo caſu cum
vltima voluntate: Non patris, quia licet ille ſit qui
donaſſe creditur, poſſitque decedere cum vltima
voluntate, videtur tamen donaſſe in caſum mortis
filij, quæ res facit vt mortuo poſtea filio familias
in vita patris, donatio perficiatur fiatque irreuoca-
bilis morte filij, perinde acſi in alium quemlibet ca-
ſum facta eſſet, ac ſub alia qualibet conditione inter
viuos, tametſi quandiu filius vixit potuerit illa reuo-
cari, non quidem à filio, ſed à patre. Quoniam do-
natio quælibet cauſa mortis ſicuti ſua natura reuo-
cabilis eſt vſque ad mortem, ita non niſi vſque ad
mortem eius cuius mortis cauſa facta fuit, & con-
4 ſequenter cùm facta † eſt cauſa mortis alterius quàm
ipſius donatoris quomodo fieri eam poſſe conſtat
l. mortis cauſa filij 11. *l. mortis cauſa capiamus* 18. *De
mort. cauſ. donat.* perficitur & fit irreuocabilis etiã
viuo donatore, idéoque nihil prorſus iam intereſt
an is poſtea heredem aliquem relinquat, an nullum,
non magis quàm ſi is inter viuos donaſſet aliterve
5 contraxiſſet. Nam quod volumus † fieri donatio-
nes cauſa mortis, etiam quæ ab initio valuerunt, ſi
donator deceſſerit abſque herede ad eas tantum do-
nationes pertinere intelligimus quarum effectus
pleniſſimus collatus ſit poſt mortem donatoris, non
item ad eas, quæ viuo donatore plenum effectum
ſortiuntur. Quare ſi poneres ſic factam eſſe mortis
6 cauſa donationem † vt dominium in donatarium ſta-
tim transferretur, licèt reuocabiliter, non putarem
diſtinguendum an donatoris aliquis heres eſſet an
nullus, quia viuo donatore huiuſmodi donationes
perficiuntur, cùm vt omnino perfectæ ſint, nihil
aliud requiratur, niſi vt deſinant poſſe reuocari,
translato iam inde ab eo tempore quo factæ ſunt
dominio per traditionem. Atqui vt deſinant poſſe
reuocari euenit viuo adhuc donatore quia tunc id
euenit cùm moritur donator, quo inſtanti nihil eſt
quod poſſit ille facere ex iis omnibus quæ talis fa-
cti ſunt, vt per alium quàm per ipſum donatorem
expediri non poſſint, cuiuſmodi eſt donationis re-
uocatio *l. vlt. D. de condic. Inſtit.* Ergo quamuis po-

ſtea contingat donatorem hunc decedere ſine here-
de, non ideo tamen irrita fieri poteſt donatio, quæ
non ſolùm ſemel valuit, ſed etiam perfecta effectum-
que pleniſſimum ſortita fuit. Exemplo eius quod
obtinet in donationibus inter virum & vxorem. *l.* 1.
C. de donat. int. vir. & vxor. Eſt enim recta iſtarum
donationum hac in re comparatio, cùm tam hæ
quàm illæ reperiantur omnino perfectæ viuo adhuc
donatore. Illud nobis faciendum ſupereſt, vt reſ- 7
pondeamus † *ad leg.* 1. *D. qui ſine manumiſſ. ad libert.
peruen.* quo vno loco motus eſt Angelus vt nouam
opinionem hanc induceret, quæ negat valere dona-
tionis reuocationem defuncto donatore ſine herede.
Facilis autem reſponſio eſt. Negare eos donationem
hanc reuocatam valere, non ob id ſolùm quòd re-
uocata ſit, ſed etiam quia ſine herede donator de-
ceſſerit, quæ ratio cùm faceret eam irritam etiamſi
reuocata non eſſet, multò magis faciet irritam ac-
cedente reuocatione. Aliaque cauſa eſt libertatis de
qua in *d. l.* 1. non propter ſolum fauorem libertatis,
vt dicunt qui ſe verbo vno expedire volunt, ſed quia
in ea ſpecie, id eſt, vendito ſeruo ita vt intra certum
tempus manumitteretur libertas debita fuit ſeruo ab
emptore non ex vltima voluntate, ſed ex contractu
inter viuos, id eſt, ex cauſa emptionis, emptóreque
mortuo ante manumiſſionem, cum exinde certum
eſſe incipiat non poſſe ampliùs ab eo pareri legi
venditionis, ſeruumque manumitti, ſuccedit poteſtas
conſtitutionis diui Marci, quæ facit vt huic ſeruo
competat libertas ipſo iure, etiamſi non ſolùm emp-
tor, ſed & venditor quoque deceſſerit ſine herede,
vt lex ait, Nempe quia poteſtas conſtitutionis re-
præſentat factum emptoris, vt ait *l. vlt. C. ſi mancip.
ita fuer. alien. vt manumit. l.* 2. *&* 3. *eod.* vltimo ſcilicet
illo inſtanti quo emptor manumittere debuit, ac
proinde vltimo inſtanti vel temporis quod præfi-
xum fuerat manumiſſioni, ſi tamdiu donator vixe-
rit, vel vitæ temporis ſi deceſſerit ante tempus præ-
ſtitutum. Nam fera eſſet repræſentatio facti empto-
ris, quæ fieret per legem poſt mortem emptoris, &
eo tempore quo impoſſibile eſſet aliquid fieri ab eo 8
qui iam eſſet defunctus. Lex † enim cùm fingit, fal-
ſa quidem fingit, ſed tamen poſſibilia. *l. confeſſioni-
bus* 13. *D. de interrog. in iur. faciend.* Tunc ergo repræ-
ſentatur factum emptoris cum emptor ipſe moritur,
idéoque non eo inſtanti competit libertas, ſed ſta-
tim eo mortuo, id eſt, primo inſtanti poſt mortem
emptoris. *l. ei qui.* 4. *l. vlt. D. qui ſine manumiſſ* quia ma-
numiſſionem præcedere neceſſe eſt priúſquam ex
manumiſſione competat libertas. Cùm autem in
hoc caſu lex præſentet factum ipſius emptoris tan-
quam viuentis, tum quoque cùm iam defunctus eſt,
quis miretur competere libertatem ſeruo, etiamſi
deceſſerit emptor ſine herede? An fortè libertas quæ
competeret ex manumiſſione ſi manumiſſio reuera
præceſſiſſet, infirmari poſtea vel reuocari poſſet ob
id ſolùm quòd ſine herede manumiſſor deceſſiſſet,
Aut cur volumus minorem eſſe poteſtatem manu-
miſſionis factæ quæ per legem pro facta habeatur,
quàm ſi reuera facta eſſet? minorem denique eſſe
autoritatem legis quàm hominis manumittentis?
Multo minus autem ad rem pertinet ſi venditor
quoque ſine herede deceſſerit: quia nullo venditoris
facto indiget hæc libertas vt competat ſeruo, quam-
uis indigeat perſeuerantia voluntatis venditoris,
quia vendendo ea lege non ſibi legem dictam vo-
luit à qua recedere non poſſet, ſed emptori *l.* 3. *D de
ſeru. export. l.* 1. *& dict. l. vlt. Cod ſi mancip ita fuer. alien.*
Atque adeo illud magis mirum eſt quod ſequitur in
d. l. 1. etiamſi venditor voluntatem mutauerit, nihi-
lo minùs competere ſeruo libertatem, cùm non poſ-
ſit

ſit competere inuito venditore, ex cuius voluntate habuit emptor neceſſitatem manumittendi. Sed intelligendum illud eſt de illo caſu, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, ac proinde eo tempore quo res ampliùs non ſit integra, repræſentato ſcilicet iam per legem facto manumittentis, quia quo inſtanti emptor moritur, licèt ante tempus præſtitutum incipit certum eſſe, eum neque manumiſiſſe, neque manumiſſurum eſſe ſeruum intra præfixum diem, ideóque protinus fit liber is qui manumittendus eſt, quique amplius manumitti non poteſt, non expectato lapſu temporis præſtituti. *d. l.4. & l. vlt. D. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen. & arg. l. Gallus. 29 §. videndum, D. de liber. & poſthum.* Hanc enim noſtram interpretationem probat prima pars dictæ legis primæ, quæ ponit venditorem & emptorem deceſſiſſe ſine herede. Nimirum ante tempus intra quod manumiſſio fieri debuit, ſiquidem elapſo tempore cùm iam libertas incepiſſet cõpetere ipſo iure, fruſtra quæreretur an deceſſiſſet emptor vel venditor, vel vterque ſine herede. Vtroque autem ante conſtitutum tempus defuncto abſque herede ratio illa libertati ne competeret obſtare videbatur, quod manumittendi obligatio qua defunctus emptor dum viueret tenebatur, ipſius morte ſit extĩcta nemine ſuperſtite in quem tranſmitti poſſet, præſertim extincta etiam obligatione actiua, & actione quæ contra eum competebat venditori, mortuo etiam venditore ſine herede: vt nullus proinde locus relictus videretur poteſtati legis in repræſentando facto emptoris defuncti, cuius obligatio eiuſdem morte prorſus finita & perempta eſſet, finita etiam & perempta actione. Sed vt contrà reſ-
9 ponderi † debeat pro libertate illud facit, quod poteſtas legis repræſentat factum hominis & emptoris non eo tempore quo emptor & venditor iam deceſſerint ſine herede, ſed eo inſtanti quo certum eſſe incipit non eſſe ab emptore ſatisfactum conuentioni, neque ſatisfieri ampliùs poſſe quod fit moriẽte emptore, & conſequenter priuſquàm ſit ille mortuus, eiuſque morte finita obligatio manumittendi. At difficilior ille caſus eſt, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, intra tempus tamen, quod manumittendo ſeruo fuerat præſtitutum, cùm abſurdum videatur mutandæ voluntatis facultatem quam conuentionis tẽpora largiuntur ei auferri ob id ſolùm quòd emptor deceſſerit. Verùm id fit quia deſinit integra res eſſe morte emptoris, cùm ſi emptor viueret poſſet ille etiam citra vllam conuentionem, multò magis ſuffragante conuentione, ſeruum hunc manumittere & manumittendo liberum facere inuito etiam venditore: quod ipſum tamen cùm facere ampliùs non poſſit ex quo tempore defunctus eſt, fauor libertatis tanto magis facere debet vt poteſtate conſtitutionis hoc fiat, & vt quemadmodum non poſſet venditor mutare voluntatẽ poſtquam hic ſeruus manumiſſus eſſet, etiamſi tempora cõuentionis nondũ eſſent elapſa *l. quæſitum.* 8. *D. de ſeruis export.* quia ſcilicet totũ medium tempus emptori liberũ eſt ad manumittendũ niſi expreſſim cõuenerit ne ante ſtatutũ tempus manumitti poſſit, ita neque poſſit mutare poſtquàm nec emptor ipſe manumittere ampliùs poteſt. Et ita videtur mihi Paulus in *d. l. 1. D. qui ſine manumiſſ.* conciliandus cum ſeipſo in *d. l. 3. de ſeru. export. iunct. d. l. 1. & vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* cuius interpretationes omnes ſicut à noſtra diſcrepant, ita improbabiles eſſe fatebitur quiſquis noſtram probabit. Sicut & in eo grauiter
10 errat † Accurſ. quod ſcribit ad *d. l. 1.* ſeruum hunc qui poſt certũ tẽpus manumitti debuit mortuo ante tẽpus emptore non eſſe liberum niſi tẽpore aduenien-te. Cur non enim perinde ſtatim defuncto emptore liber erit atque cùm conuenit vt à viuo emptore manumittatur, vt in *l. 4. eo. tit.* vel imperſonaliter vt manumittatur, neque perſona emptoris demonſtrata neque vllo tempore adiecto, vt in *l. vlt. eod.* Nam & id ſatis actum intelligitur vt ab ipſo emptore, nõ vt ab eius herede manumiſſio fiat, ſicut è contrario id actum intelligitur ex parte venditoris, vt ſolus ipſe venditor non etiam ipſius heres voluntatem mutare poſſit *d. l. 3. de ſeru. export.* Et verò cur expectaremus finem temporis præſtituti, cum nemo ſit cuius commodo poſſit cedere ea expectatio emptore mortuo ſine herede? An fortè ob id ſolum vt incommodo afficiatur libertas, & vel omnino impediatur, vel ſaltem differatur in lõgius tempus, quam tamen certum ſit omnimodo competituram? Nam & ſimiliter dicimus non eſſe expectandam conditionem cuius euentus nihil operaretur. *l. aliquando.* 13. *§. vlt. D. ad SC. Velleian. l. ſi quis ita.* 33. *D. de hered. inſtit* Ex his porrò intelligimus quàm improbabiliter
abutatur Angelus, & quotquot † eum ſequûtur reſ- 11
ponſo illo Pauli in *d. l. qui ſine manum. ad libert. peruen.* Volunt.n. ex eo probare donationis reuocationem ab eo factam qui poſtea ſine herede deceſſerit, nullius eſſe momenti. Cùm tamen Paulus ibi loquatur de reuocatione facta rebus non amplius integris, & eo tempore quo iam competebat ſeruo libertas ipſo iure ex poteſtate cõſtitutionis perinde atque ex manumiſſione. Quid autem abſurdius eſſe poteſt quàm argumentari à reuocatione facta inutiliter & re non integra, ad eam quæ ſuo tempore facta ſit & omnibus integris, ab eo denique qui liberam habuerit reuocandæ donationis poteſtatem? Sed ita ſcripſit Angelus ſecutus errorem Accurſij qui legem illam intelligit de venditore mutãte voluntatem ante mortem emptoris & poſtea decedente ſine herede, quam interpretationem neque iuris rationes neque prior pars legis neque aliæ leges ſuprà citatæ patiuntur. Cùm enim venditor integris omnibus mutat volũtatem, proculdubio impeditur libertas ſerui non quæ ex emptoris facto competitura ſit ſi emptor eum manumittere velit inuito venditore, ſed quæ ex conſtitutionis poteſtate citra voluntatem quoque emptoris alioqui competitura eſſet non mutata vẽditoris voluntate *d. l. 3. de ſeru. expor. & d. l. 1. & vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.*

ERROR VI.

De donationibus cauſa infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento.

SVMMARIA.

1 *Placere interpretibus vt donationes cauſa mortis valeant, etiamſi nullus ſit heres donatoris, eo quòd repudiauerit hereditatem aut reſciſſum ſit per querelam teſtamentum.*

2 *Contra reſciſſo donatoris per querelam inofficioſi teſtamento, donationes cauſa mortis factas irritas eſſe.*

3 *Donator qui voluit donatarium præferri teſtamentario heredi, multò magis voluit eum prælatum legitimo, conſequentia eſt inualida.*

4 *Quæ donatio cauſa mortis ſit delibatio hereditatis,*

5 *De qua donatione intelligenda ſit concluſ. numer. 2. propoſita.*

6 *Probatio d. concluſionis.*

7 *Sententia l. ſed ſub conditione. 18. §. 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.*

8 *Donatio quelibet cauſa mortis indiſtinctè imputanda eſt in legitimam portionem.*

9 *Quæ diſtinctio adhibenda ſit in quæſtione, An reſciſſo per querelam teſtamento infirmanda donatio cauſa mortis.*

QVOD interpretibus noſtris placere ſu-
prà diximus vt valeant donationes cau-
ſa mortis etiam defuncto donatore
ſine herede, facit ſanè vt minùs mi-
rum videri debeat quod iidem volunt,
1 etiam valere † eo caſu quo donator qui teſtamentum
fecerat poſt ea deceſſerit abſque herede teſtamenta-
rio, non ſolùm ſi delatam ſibi hereditatem teſtamen-
tariam heres inſtitutus repudiauerit, quam adire po-
tuerat ſi voluiſſet, ſed etiam quod magis eſt ſi nec
volens poſſit heres eſſe ex teſtamento putà quod reſ-
ciſſum ſit per querelam inofficioſi. Sic enim illi vul-
go poſt Bartolum ad *l. etiam* 11. *D. de inoffic. teſtam.*
Eadem nimirum ratiône ad omnes iſtos caſus ac-
commodata, & quam Bartolus tradit, quod mortis
cauſa donationes non pendeant à teſtamento, ſiue
quod fiant extra teſtamentum, ſiue quod nihil vetet
eas fieri etiam ab inteſtato, adeóque ab eo qui neque
teſtatus neque inteſtatus hereditatem vllam habere
poſſit. *l. tam is* 25. *in princip. &* §. 1. *D. de mort. cauſ. do-
nat.* Sed quemadmodum iam oſtendimus non poſſe
valere donationes cauſa mortis, collatas ſcilicet poſt
mortem donatoris ſi donator ſine herede deceſſerit.
Ita & nunc probabimus facto per donatorem te-
2 ſtamento † quod per querelam inofficioſi reſciſſum
ſit, irritas quoque fieri mortis cauſa donationes quan-
tumuis extra teſtamentum factas, licet hereditas
ex teſtamento adeatur. Etſi enim verum eſt dona-
tiones cauſa mortis non vſque adeò pendere à teſta-
mento, vt non poſſint fieri ab inteſtato, vſque adeò
vt nec in teſtamento fieri poſſint, ſecundùm ea quæ
ſuo loco in hanc rem diſputauimus. Attamen cùm is
qui mortis cauſa donauerat fecit teſtamentum, do-
natio cauſa mortis ſequitur omnino ius teſtamenti,
vt ſi qua ratione teſtamentum infirmetur, ipſam
quoque donationem infirmari neceſſe ſit. Non ali-
ter quàm de codicillis ſolemus dicere, poſſe quidem
fieri eos ab inteſtato, ita vt eo caſu non rumpantur
ne quidem agnatione præteriti poſthumi, ſed tamen ſi
teſtamentum factum ſit ſequi ius teſtamenti vt rupto
teſtamento etiam codicilli euaneſcant *l. ab inteſtato*
16. *D. de iur. codic.* Nam cùm donatio cauſa mortis ex
eo potiſſimùm æſtimetur, quòd donator mauult ſe
habere quàm donatarium, donatarium verò quàm he-
redem ſuum: vtique is qui & teſtatur & donat cauſa
mortis, non de alio herede ſenſiſſe videri poteſt cui
prælatum voluerit donatarium, quàm de teſtamen-
tario, & conſequenter non habet donatarius volun-
taté donatoris, vt præferatur heredi legitimo, de quo
3 donator non cogitauit. Nec dici poteſt donatorem †
qui voluit donatarium præferri teſtamentario heredi,
multò magis prælatum eum voluiſſe legitimo, quem
minùs dilexit. Alioqui eadem ratiocinatione proba-
res legata & fideicommiſſa relicta ab herede teſta-
mentario, à legitimo quoque præſtanda eſſe, quamuis
ab eo non fuerint repetita, quod tamen falſum eſt,
nec minùs in fideicommiſſis quàm in legatis, quam-
uis fideicommiſſa ab inteſtato quoque relinqui poſ-
ſint, non etiam legata. *l. Titia.* 13. *D. de inoff. te-
ſtam. l. pen. §. vlt. de leg.* 2. *l. generaliter.* 24. *§. ex te-
ſtamento. D. de fideicommiſſ. libert. l.* 1. *C. eod.* Cum-
que donationes cauſa mortis paſſim dicantur capi
ad inſtar legatorum. *l. Marcellus* 15. *l. etſi debitor.* 17.
l. illud. 37. *D. de mort. cauſ. donat. l. vlt. C. eod.* tanto
apertiùs ſit vt infirmato teſtamento infirmari etiam
debeant mortis cauſa donationes, quoniam & legata
infirmarentur, adeò vt nec ab inteſtato repeti poſ-
ſent. Quamquam non ego minùs rectam eſſe hac
parte legatorum & donationum cauſa mortis æqui-
parationem ſi quis ea in vniuerſum abuti velit, quan-
doquidem ab inteſtato relinqui legata non poſſent
neque ab inteſtato repeti: quod vtrumque tamen in
mortis cauſa donationibus non ſimiliter diceretur,
quæ ſicut, ab inteſtato fieri poſſunt, ita & quæ à te-
ſtatore factæ ſunt ab inteſtato quoque repeti, non
quidem ita vt legitimi heredes rogentur eas præſtare
(eſſet enim hæc non tam repetitio donationum quàm
earum conuerſio in fideicommiſſum) ſed ita vt dicat
donator ſe malle vt donatarius rem habeat, quàm vt
herès quiſquis ille erit ſiue teſtamentarius, ſiue legi-
timus. Quod ſi dictum non ſit, eadem certè ratio
quæ facit vt fideicommiſſa quę à teſtamentariis here-
dibus relicta ſunt à legitimis non debeantur, quam-
uis ab his æquè ac ab illis relinqui potuerint, facere
etiam debet vt donationes cauſa mortis quæ ab inte-
ſtato relinqui potuerant, infirmato tamen teſtamento
ipſæ etiam infirmentur, quòd teſtator de legitimis
heredibus ſiue onerandis ſiue lædendis cogitaſſe dici
non poſſit, quamuis eos minùs dilexerit quàm teſta-
mentarios, quos tamen aut læſos voluit, aut onera-
tos. Nam ſicuti legatum, itemque fideicommiſſum
delibatio hereditatis eſt qua teſtator ex eo quod vni-
uerſum teſtamentarij heredis foret alicui quid colla-
tum velit. *l. legatum* 116. *de legat.* 1. ita & mortis cauſa
donatio, † quæ ita fit vt poſt mortem donatoris de 4
bonis ipſius auferatur id quod ſi donatum non eſſet
heredi acquireretur cum reliqua vniuerſitate bono-
rum *l. Seia* 42. *§. vlt. D. de mort. cauſ. donat.* De hac
enim mortis cauſa donatione † ſententiam noſtram 5
intelligi volumus, non de illa, quæ ſic fiat vt domi-
nium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim trans-
feratur. Si quidem quæ hoc modo poſteriore fit adeò
perficitur & fit irreuocabilis viuo adhuc donatore,
vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, prop-
ter quod quæri oporteat vtrum deceſſerit ille ſine he-
rede an cum herede, nec rurſum, quod conſequens
eſt, an heredem teſtamentarium reliquerit an legi-
timum: quia vt præcedenti capite dicebamus quod
vnum deerat huic donationi ne ab initio per facta
omnino dici poſſet non ſecus ac ſi inter viuos facta
fuiſſet, nempe vt reuocari nunquam poſſet, hoc ei
accidit viuo adhuc donatore, hoc eſt eo inſtanti quo
ipſe moritur, non quo iam mortuus ſit. Et hanc
vtramque noſtræ diſtinctionis partem mirificè pro-
bat † quod Modeſtinus ſcribit in *d. l. etiam* 11. *De*
inoff. teſtam. etiamſi querela inofficioſi teſtamenti ob- 6
tinuerit, non ideo tamen informationes quas viuus
teſtator victori perfeciſſe proponitur, neque in do-
tem datorum partem poſſe vindicari. Non enim aper-
tiùs potuit Modeſtinus ſignificare, cæteras igitur do-
nationes infirmari quas viuus teſtator fecerit quidē,
at ita vt non perfecerit. Quænam verò donationes
illæ eſſe poſſunt quas viuus donator non perfecerit,
niſi eæ ſcilicet quæ mortis cauſa, non inter viuos fa-
ctæ ſint, & quæ tamen ita mortis cauſa, vt poſt do-
natoris mortem ſuperſit aliquid faciendum, propter
quod non poſſit teſtator dici eas viuus perfeciſſe? Hæ
igitur infirmato per querelem inofficioſi teſtamento
infirmantur. Non quaſi in teſtamento factæ videan-
tur, quæ nec fieri poſſent etiamſi teſtator voluiſſet
(alioqui eadem ratio fuiſſet conſtituenda in dotem
datorum, & donationum inter viuos quę donationum
cauſa mortis, quam tamen apertiſſimè diuerſam fa-
cit Modeſtinus) ſed quia eæ donationes quæ ſic factæ
ſunt à teſtatore, vt non fuerint eo viuo omnino per-
fectæ, non poſſunt perfici poſt ipſius mortem quin
lædatur

Digitized by Google

lædatur ius hæredis ſiue in totum ſi ſolus heres ſit, ſiue pro qua parte heres eſt ſi habeat coheredem. Lædi porrò ius heredis legitimi non poteſt cùm teſtator de ſolo teſtamentario herede lædendo cogitauerit, qui teſtamentum ruperit per querelam quia nec fideicommiſſa quæ omnium fauorabiliſſima & nuda voluntate contenta ſunt, ab inteſtato repetere poteſt is cuius tanquam dementis & inſani iudicia reſcinduntur. *d.l.Titia 13.in fin.D.de inoffic. teſt.l. cùm mater 18.eod.* Mirum igitur non eſt infirmato per querelam teſtamento donationes quoque cauſa mortis infirmari ſi modo perfectæ non fuerint viuo donatore. Infirmari verò non poſſe cæteras quas teſtator viuus perfeciſſe proponatur id eſt inter viuos & antè mortem inſecutam. Sic enim dictionem illam *viuus* interpretor; vt reſtringam Modeſtini ſententiam ad donationes inter viuos, ſed vt ad eas, quæ licet mortis cauſa factæ, inter viuos tamen perficiuntur, id eſt viuo adhuc vtroque tam donatario, quàm donatore, ad excludendas cæteras quæ ſi poſt mortem collatæ ſint perficiuntur inter donatarium viuum & donatorem defunctum interponente ſe legis poteſtate, vt & in legatis. Nam hæ mortis cauſa donationes ſolæ ſunt quas toties ſupra diximus capi ad inſtar & exemplum legatorum: non etiam illæ quæ viuo donatore in plenum perficiuntur, id eſt ex quibus dominium ſtatim transfertur non expectata donatoris morte, & quæ per mortem donatoris fiunt irreuocabiles. Cum hac verò Modeſtini ſententia

7 valde conuenit quod Hermogenianus † ſcribit in *l.ſed ſub conditione 18 §.1.D.de bonor poſſ. contr. tabul.* ei qui contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit non ſolùm legati & fideicommiſſi exactionem, ſed etiam mortis cauſa donationis retentionem denegari. Eius ſcilicet donationis quæ viuo donatore in plenum perfecta non fuerit, ſed quæ per traditionem quidem facta ſit, verùm ita vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortem. Sicut enim ex eo quod lex illa loquitur de retentione non de actione deneganda, intelligimus ponendum eſſe factam traditionem, alioqui actione indigeret donatarius non retentione. Ita ex comparatione quæ ibidem fit huius donationis cum legato & fideicommiſſo colligere licet non ad alias donationes eam ſententiam pertinere quàm ad eas quæ ad inſtar legatorum capiantur, id eſt ex quibus dominium non niſi poſt donatoris mortem transferatur, licet traditio facta ſit à viuo donatore. De quibus etiam intelligi debent cæteri omnes iuris loci qui de legatis & fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus promiſcuè loquuntur vt *l.ſi verò 8.§. ſed etſi mortis. De bon.lib.* vbi Vlpianus cùm in §. præcedente ſcripſiſſet remoueri patronum à bonorum poſſeſſione contra tabulas ſi quid ſibi ſuiſve relictum agnouerit, ſubiungit, ſed etſi mortis cauſa donationem agnouerit dicendum eſſe repelli eum à contra tabulas bonorum poſſeſſione, ſic tamen, inquit, ſi poſt mortem liberti agnouerit non viuo liberto: quod facilè poteſt euenire in donatione cauſa mortis, quam libertus contulerit in filium patroni, fortaſſe ignorantis. Cæterùm, inquit Vlpianus, ſi patrono ipſi libertus viuus donauit & ille accepit, non erit repulſus à contra tabulas bonorum poſſeſſione, quia poteſt dicere ſperaſſe ſe quod in teſtamento quoque gratus circa eum foret permittique ei debet vel ab iis diſcedere, vel ea compenſare in portionem pro rata. Quanquam in ea ſpecie poteſt defendi non eſſe diſtinguendum qualis fuerit mortis cauſa donatio, an talis quæ in plenum perfecta ſit viuo donatore an cuius effectus collatus ſit poſt mortem donatoris, ſiquidem tùm quoque cùm ita ſit vt dominium ſtatim ex ea transferatur quia tamen non fit irreuocabilis niſi moriente demum donatore, quo tempore inſpecto ineunda eſt ratio bonorum, quoties de legitimæ portionis quantitate diſputatur *l.cum quæritur 6.C.de inoffic.teſtam.* videtur facta contemplatione debitæ portionis, quod ſufficit vt vel quaſi mortis cauſa donatio imputetur in portionem debitam, vel quaſi agnita repellat patronum à contra tabulas bonorum poſſeſſione vt idem Vlp. ait in *l.3.§.ſed etſi non mortis eod.tit. De bon. lib.* Qua etiam ratione fatemur non illibenter donationem quamlibet cauſa mortis † indiſtinctè imputandam eſſe in legitimam portionem, tametſi proponatur perfecta viuo donatore propter tranſlatum per eam dominium ex die traditionis, quia hoc ipſo quod mortis cauſa donatio eſt, computari debet in bonis quæ moriens teſtator habuit, cùm eo ſolo inſtanti mortis cœperit facta eſſe irreuocabilis, aut ſi ſubtiliùs contendere voles, iam tum fuiſſe donationem extra bona defuncti quod ſummo iure fatendum eſt, arg. *l. ſequens quæſt. 67. de leg.2.* illud ſaltem concedere te oportebit, videri factam donationem contemplatione legitimæ portionis ob adiectam mentionem quod diuerſum eſſet in donatione facta inter viuos ſi nihil præterea de legitima portione dictum eſſet *l ſi non mortis 21.de inoffic.teſtam.* Sed alia quæſtio eſt de qua nunc tractamus An reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento infirmanda ſit necne donatio cauſa mortis: in qua † quæſtione diſtinctio illa neceſſariò adhibenda eſt, an pleniſſimum effectum habuerit viuo donatore, an non habuerit, quia difficilius eſt vt dominium pleno iure quæſitum donatario in vita donatoris ei auferatur ex cauſa quæ inopinata emerſerit poſt mortem donatoris, quàm vt quod ei ſic donatum eſt ſummoueat eum à querela vel à bonorum poſſeſſione contra tabulas, vel in portionem ei debitam computetur.

ERROR VII.

De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione l. etiã 11.D. de inoffic. teſtam. & l.5. § qui mortis D. de his quæ vt indign.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli improbabilis inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionem contra tabulas.*

2 *Qui egit de inofficioſo nec obtinuit ea, tantùm perdere debet quæ pendent ex teſtamento: Is verò qui petijt contra tabulas illa etiam omnia quæ aliunde quam ex teſtamento, ex Bartoli ſententia.*

3 *Falſam eſſe poſtremã partẽ ſuperioris enuntiati & n.7.*

4 *Quomodo accipiendum illud: in querela inofficioſi quæri de iure teſtamenti, non de iure actoris.*

5 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur fauore perſonæ cui datur, ſi talis ſit quæ eo beneficio vti debeat: querela vero inofficioſi odio teſtamenti.*

6 *Baronis Lapſus.*

8 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur in ipſas tabulas & contra lignum: querela verò inofficioſi in perſonam heredis.*

9 *Infirmato teſtamento, ipſa quoque donatio cauſa mortis infirmatur, eo caſu quo teſtamentaria voluntas vltima eſt.*

10 *Error Bartoli & Accurſij putantium donationem cauſa mortis non pendere ex teſtamento.*

11 *Alius eorumdem error.*

12 *Accurſij diſtinctio exploſa.*
13 *Quaque vltima voluntas exigit perſeuerantiam.*
14 *Interpretatio Accurſiana L. ſed ſub conditione 18. §. 1. D. de bono. poſſe. contra tabulas tanquam commentitia reiicitur.*
15 *Diſtinctio Bartoli ſpuria.*
16 *Emendatio l. etiam 11. D. de inoffic. teſt.*
17 *Vbi donatarius qui egit, querela inofficioſi obtinuit reſciſſo teſtamento infirmantur omnes mortis cauſa donationes qua viuo donatore perfecta non ſunt. & num. 26.*
18 *At cum ſuccubuit teſtamentum ratum manet, & qua ex eo pendent donationes.*
19 *Vtrum donatarius qui teſtamentum inofficioſum dixit donationem cauſa mortis, quam à teſtatore accepit amittere debeat.*
20 *Ratio dubitandi.*
21 *Ratio decidendi.*
22 *Diſcrimen inter legata & mortis cauſa donationes.*
23 *Error Hugolini.*
24 *Submouetur obiectio petita ex l. cum tabulis 16. in pr. D. de his qua vt indig. cuius vera affertur ſententia.*
25 *Error interpretum in aquiparatione donationum inter viuos & mortis cauſa.*
26 *Cuius iuris ſit illud pronuntiatum, reſciſſo per querelam teſtamento infirmantur quoq; donationes cauſa mortis, niſi qua viuo donatore perfecta fuerint.*

PLANE quam diſtinctionem adfert
Bartolus ad *l. 5. §. qui mortis D. de his*
1 *qua vt indign.* inter querelam † inoffi-
cioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas, ego probabilem
non puto. Ait enim in querela inofficioſi teſtamenti
itemque in accuſatione falſi quæri de iure teſtamenti,
non de iure patris aut filij, patroni vel liberti, At in
bonorum poſſeſſione contra tabulas de iure patris vel
filij, patroni vel liberti, non de iure teſtamenti, ex
2 *l. fil. 16 §. 1. D. de inoff. teſt.* Indéque infert eum † qui
egit de inofficioſo, nec obtinuit, ea tantùm perde-
re debere, quæ pendent ex teſtamento: Eum verò
qui petit contra tabulas, illa etiam omnia quæ ali-
unde quam ex teſtamento. Eadem enim ratione poſ-
3 ſet Bartolus inferre, † eum qui bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas petiiſſet, amittere etiam debere
donationes inter viuos, aut quas viuus teſtator ei
perfeciſſe proponeretur, quod tamen non ſolum nullo
iuris loco ſcriptum reperias, ſed pugnat etiam diſertè
cum *di. leg. ſed ſub conditione. 18. §. 1. de bon. poſſ. contr.
tabul.* vbi non erat cur de donationibus cauſa mor-
tis Hermogenianus loqueretur, ſi in donationibus
inter viuos idem quoque reſpondendum exiſtimaſſet.
4 Et quod ſcriptum eſt in *d. l. filio. §. 1.* in querela †
inofficioſi quæri de iure teſtamenti, non de iure acto-
ris, non eò pertinet quaſi per bonorum poſſeſſionem
contra tabulas magis minúſve rumpatur teſtamen-
tum quàm per querelam inofficioſi, nec rurſus vt de-
terior eſſe debeat condicio eius qui petiit contra ta-
bulas, quàm eius qui conqueſtus eſt de inofficioſo.
Sed vt ſententia quæ fertur in querela inofficioſi te-
ſtamentum ipſum afficiat, & illud inofficioſum vel
eſſe vel non eſſe pronuntiet, Ea verò quæ ferenda
eſt petita bonorum poſſeſſione contra tabulas in per-
ſonam concipienda ſit, id eſt de iure petentis, an ni-
mirum ſit ex eorum numero, quibus illa bonorum
poſſeſſio competit, non de iure teſtamenti: vnde fit
vt ſententia de patre præterito inter ipſum & ſcrip-
tum heredem: ſententia verò contra teſtamentum
inofficioſum inter omnes ius faciat, quemadmodum
5 ad eum locum Baro interpretatur, quia bonorum †
poſſeſſio contra tabulas datur fauore perſonæ, cui da-
tur ſi talis ſit quæ ad illud beneficium admitti debeat:
querela verò inofficioſi odio teſtamenti, etiamſi nul-
lum ius ſuccedendi habeat is, qui querelam proponit
l. 1. l. poſthumus. 6. § ſi quis ex his. D. eo. Cæterùm bono-
rum poſſeſſio contra tabulas datur in ipſas tabulas
& contra lignum non adita quoque hereditate. *l. quod
vulgo 19. D. de contr. tab.* In eóque errat Baro † qui tra- 6
ctans de bonorum poſſeſſione contra tabulas loquitur
de ſententia reddita inter patrem præteritum & ſcrip-
tum heredem, quaſi detur ea bonorum poſſeſſio à præ-
tore per ſententiam & contra heredem, quod vtrum-
que falſum eſt. Datur enim de plano contra lignum &
ſine cauſæ cognitione. Ideoq; facilè fit vt reperiatur
ſine re, vt in *d. l. filio. §. 1.* Querela † verò inofficioſi 7
in perſonam heredis datur, à quo aditam eſſe oportet
hereditatem, priuſquam quærelæ locus ſit, aut eſſe
poſſit. *l. Papinianus. 8. § ſi conditioni. D. de inoff. teſta. l. ſi
quis filiū 34. in fin. C. eo.* requirit que pleniſſimam cauſę
cognitionem in iudicio centumuirali, & ſententiam
quæ teſtamentum infirmet. *l. ſi pars 10. D. eo.* Vt proin-
de nulla ratio ſit cur † plura debeat amittere, qui bono- 8
rum poſſeſſionem contra tabulas petiit, quàm qui de
inofficioſo teſtamento conqueſtus eſt, cùm è contra-
rio ſit longè odioſior is qui agit de inofficioſo, tan-
quàm qui grauiorem iniuriam faciat defuncto cuius
reſcindit iudicia tanquam dementis & inſani. *l. 2. & 3.
d. l. Titia. 13. in fi. D. eo.* & conſequenter tanto dignior
cui auferatur quicquid habet voluntate defuncti. De-
nique non alia ratione credendum eſt, ei qui bono-
rum poſſeſſionem contra tabulas petiit denegandam
retentionem donationis cauſa mortis, quàm quia pen-
det ex tabul. vt alia quælibet ſpecies vltimæ volun-
tatis: ſiquidem facto teſtam. fieri nequit vt moriatur
teſtator cum vltima voluntate ab inteſtato: ne alioqui
inducamus vt idem pro parte teſtatus, pro parte inte-
ſtatus deceſſiſſe intelligitur. Et ideo reſciſſo teſtamen-
to, neceſſe eſt reſcindi & infirmari quamlibet eiuſdem
teſtatoris vltimam voluntatem, quaſi teſtamentariam,
ac proinde mortis quoque cauſa donationes, non mi-
nùs quàm legata vel fideicommiſſa, quorum illa qui-
dem non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, hæc verò
etiam extra teſtamentum. Niſi fortè quis eò abſurdi
ſe deduci patiatur vt eandem mortis cauſa donatio-
nem, quæ nullo facto teſtamento cenſenda eſſet iure
vltimæ voluntatis, facto teſtamento velit eò minùs
cenſeri eam iure vltimæ voluntatis, habendámque
pro contractu inter viuos. Quod ſanè ridiculum eſſet,
quia non poteſt donatio cauſa mortis aliam & aliam
habere naturam in caſum teſtati & in caſum inteſtati,
niſi quòd facto teſtamento vltima eſt voluntas teſta-
mentaria, nullo etiam facto eſt vltima voluntas ab in-
teſtato. Porrò quo caſu teſtamentaria † voluntas vl- 9
tima eſt, hoc ipſo quod teſtamentum infirmatur, ip-
ſam quoque donationem cauſa mortis infirmari con-
ſequens eſt, quæ vtique non infirmaretur ſi eſſet do-
natio inter viuos. Qua ratione videntur moti pruden-
tes iam olim vt in legis Papiæ interpretatione dicerent
legati appellatione etiam mortis cauſa donationem,
ſicut & fideicommiſſum contineri. *l. & fideicommiſſum
87. de leg. 3.* vt nimirum moriente donatario cau-
ſa mortis ante apertas tabulas perinde donatio cauſa
mortis fieret caduca, & fiſco acquireretur, atq; lega-
tum, quãuis non eſſet in tabulis relicta. Sic enim fuiſ-
ſe ius vetus apparet ex eo quod ipſe Iuſtinianus cùm
hanc legem Papiam de caducis ſuſtulit donationum
quoque mortis cauſa factarum meminit, non minùs
quàm legatorum & fideicommiſſorum. *l. vnic. § ſin
autem aliquid in fin. & §. hac autem omnia. C. de cadu.
tol.* Quonã verò colore donationes cauſa mortis factæ
extra teſtamentum poterant fieri caducæ ob mortuum
donatarium ante apertas tabulas, ſi non penderent

ex

ex teſtamento? In eoque miror ſanè tam improbabiliter hallucinatum eſſe Bartolũ † poſt Accurſiũ,
10 & poſt Bartolum cæteros vt putauerint eandem hac in re rationem eſſe donationis cauſa mortis & inter viuos, quaſi illa non magis quàm hæc pendeat ex teſtamento. Viderunt nimirum vtramque fieri
11 extra teſtamentum, licèt in eo quoque errent † quòd putant vtramque fieri poſſe in teſtamento, & non cogitarunt differentiam illam quam tamen nec ipſi ignorarunt, quòd donatio inter viuos nunquam eſt vltima voluntas. Donatio autem cauſa mortis non ſolùm vltimæ voluntatis ſpecies eſt, ſed etiam, quod in quæſtione noſtra præcipui momenti eſt, ſpecies vltimæ voluntatis teſtamentariæ quoties factum eſt teſtamentum, ab inteſtato verò quoties donator nullum teſtamentum fecit. Quòd ſi bene vidiſſet Ac-
12 curſ. non diſtinxiſſet † quomodo diſtinguit in *d. l. etiã* vtrum donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento necne, vt cùm confirmata eſt reſcindatur reſciſſo teſtamento, ſi verò confirmata non ſit, non idcirco reſcindatur. Quaſi verò donatio cauſa mortis quæ confirmata eſt in teſtamento magis ſit vltima voluntas teſtamentaria, quàm ſi confirmata non eſſet, aut etiam quaſi donatio cauſa mortis facta extra teſtamentum, poſtea tamen teſtamento confirmata perinde habenda ſit acſi in teſtamento facta eſſet, quæ tamen, vt in præcedentibus probauimus, nec ſi teſtator voluiſſet in teſtamento fieri potuiſſet. Atqui, inquit Bartolus, poterat in teſtamento reuocari ſi ea fuiſſet voluntas donatoris eiuſdemque teſtatoris. Fateor, quoniam & extra teſtamentum ac per ſolam pœnitentiam reuocari potuiſſet, ſed quid tum? An idcirco habenda eſt pro facta in teſtamento vbi nec fieri potuit? An non facilius eſt vt in teſtamento reuocetur quàm vt fiat? Nam & legata quæ extra teſtamentum relinqui non poſſunt, niſi fortè in codicillis teſtamento confirmatis, quo caſu habentur pro relictis in teſtmento, adimi tamen poſſunt extra teſtamentum quocunque indicio voluntatis etiam tacitæ, putà ob inimicitias ſuperuenientes. *l. 3. §. vlt. cum duab. ſeqq. & paſſ. D. de adim. legat.* Nempe quia pro-
13 prium illud eſt cuiuſque vltimæ † voluntatis vt exigat perſeuerantiam *d. l. 4. eodem l. cum hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo prodeſſe poteſt, vt donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento, niſi ad hoc vt tanto apertius ſit non fuiſſe reuocatam. Et ſi ne quidem hoc neceſſarium erat vt confirmata eſſet ne reuocata videretur, cum ſufficiebat vt neque in teſtamento, neque extra teſtamentum reuocata eſſet, quod factum fuiſſet hoc ipſo quod teſtator idemque donator nihil feciſſet. Deinde quid ſi donatio cauſa mortis facta eſſet poſt teſtamentum? Nam cùm in teſtamento fieri non poſſit, apparet nihil intereſſe ad eius validitatem, an poſt teſtamentum facta ſit, an verò ante teſtamentum. Et tamen quæ poſt teſtamentum facta eſſet, non poſſet teſtamento confirmari, nec poſſet ea confirmatio facere vt non eſſet reuocata donatio quæ
14 facta nondum fuiſſet. Ergo interpretatio † illa Accurſij exiſtimantis Hermogenianum qui infirmato per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamẽto, donationes quoque mortis cauſa factas infirmari vult, de iis donationibus intelligi debere, quæ teſtamento confirmatæ ſint, non ſolùm commentitia eſt & diuinatoria. cùm de tali confirmatione nullum ſit in tota lege verbum aut argumentum, ſed etiam nimis reſtrictiua & improbabilis, cùm faciat vt aliud dicendum ſit de donationibus cauſa mortis poſt teſtamentum factis, itemque de cæteris factis ante teſtamentum ſi non fuerint confirmatæ. Et quod Bartolus hanc Accurſij interpretationem probat ve-
ramque eſſe ait, non tam me mouet vt eam probare debeam (quum video neque verbis Hermogeniani neque iuris rationi conuenire) quam vt ex eo infectam, neque placuiſſe ſibi Bartolum in ea differentiæ ratione quam cõmentus fuerat inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſioné contra tabulas, neque aliud quicquam melius quod diceret habuiſſe. Vt proinde non niſi valde alienum videri poſſit quod ille tractat de poteſtate confirmationis, quid ſcilicet operetur, quando confirmatum per ſe 15
ſubſiſtit. Sed & diſtinctio † quam ille adhibet An actus confirmati annullatio penderet ex volũtate cõfirmantis necne vt priore caſu actus valeat ex diſpoſitione confirmante, non ex confirmata, non videtur mihi vera. Quoties. n. actus confirmatus per ſe ſubſiſtit, quamuis eius annullatio pendeat ex nutu & voluntate confirmantis, nihil tamen aliud poteſt facere confirmatio, niſi vt pro negatione ſit, id eſt, pro non reuocatione, non etiam vt ei actui qui iam per ſe valet nouam vim nouamque formam tribuat. Idque meo iudicio probatur optimè ex eo ipſo reſponſo Africani quo Bartolus abutitur in *l. ſi quando 109. De leg. 1.* vbi ſcriptum eſt ſi quando quis vxori ſuæ viuus donauerat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum ſentire, quàm de iis quæ iure non ſint valituræ, alioquin inutile fore legatum. Nec enim aliæ donationes inter virum & vxorem iure valere poſſunt quàm quæ factæ ſunt mortis cauſa, cùm cæteræ inter viuos factæ regulariter ſint improbatæ. *l. ſi eum. 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de don. int. vir. & vx* neque tamen eo minus reuocari poſſunt quomodo & cæteræ mortis cauſa donationes ſi donator velit, quinimo tanto magis quod non poſſunt illæ ita fieri vt dominium ex iis transferatur ſtatim & viuo adhuc donatore. *l. ſed interim. 11. ff.* Non igitur confirmatio teſtamento facta poteſt pertinere ad mortis cauſa donationes vtiles quæ ab initio valuerunt, licet potuerint reuocari. Et ſanè inauditum eſt apud prudentes noſtros valere factam teſtamento confirmationem earum donationum quæ nulla egeant confirmatione, licet fuerint reuocabiles. Niſi poneres confirmatione aliquid additum, quod antea non fuiſſet, puta ſi factæ eſſent irreuocabiles, quod tamen non fit per confirmationem poſitam in teſtamento, quæ ipſa ſicut & alia quælibet vltima voluntas proculdubio reuocabilis eſt. *l. cum pater. 77. §. pater filia de legat. 2 iunct. l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo quantumuis poneres mortis cauſa donationes confirmatas fuiſſe in iis tabul. contra quas poſtmodum petita ſit bonorum poſſeſſio, non eo magis tamen infirmatis tabulis infirmari quoque donationes dicendum eſſet, ſi verè diceretur non fuiſſe infirmandas ſi confirmatæ non fuiſſent. Quid enim abſurdius, quàm facilius infirmari donationem tanquam infirmiorem factam ob id ſolùm quod fuerit confirmata? Confirmatio ſiquidem quæ ipſo iure non valeret ac nulla eſſet præter id quod effectum nullum habere deberet, ſi verum eſt vt eſt vulgare illud noſtrorũ brocardicũ, id quod nullum eſt nullum debere effectum habere, etiamſi effectum aliquẽ haberet non eum tamen habere deberet vt infirmiorem faceret donationẽ vel odioſiorem, ſed vt tanto firmiorem & fauorabiliorem. *l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Porro ſi donationes cauſa mortis ſiue teſtamento confirmatæ ſint ſiue non ſint, infirmantur petita bonorum poſſeſſione cõtra tabulas, quia & teſtamentum ipſum reſcinditur, cur non idem admittemus reſciſſo quoq. teſtamẽto per querelam? Neque verò puto de hoc dubitaturos fuiſſe Accurſium, Bartolũ & alios quotquot in eadem opinione ſunt interpretes, nedum in

errorem hunc quem nos refutauimus prolapſuros niſi eos corrupta lectio Modeſtini in dicta *l. etiam* fefelliſ-
16 ſet. Sic enim legerunt † quomodo etiamnum habet vulgaris lectio *Etiamſi in querela inofficioſi teſtamenti non obtinuit filia.* quaſi eadem ſit ſententia Modeſtini eo loco quæ Pauli in dicta *l. 5. §. qui mortis. D. de his quæ vt indign.* cùm tamen ex Pandect. Florent. didicerimus legendum eſſe *etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuit*, & ponendum viciſſe illum qui egit querela inofficioſi, qui idem donationes acceperat à teſtatore: quemadmodum & in ſpecie dictæ *l. ſed ſub condicione. 18. §. 1. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* qui erat donatarius idem acceperat contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Multum vero intereſt an donatarius qui agit querela inofficioſi obtinuerit an ſuccu-
17 buerit. Nam cùm obtinuit † ea locum habent quæ modò diximus, & reſciſſo per querelam teſtamento infirmantur omnes mortis cauſa donationes, niſi ſi tales ſint quæ viuo donatore perfectæ proponantur, id eſt, vt explicauimus, ex quibus dominium ſtatim tranſlatum fuerit, & quæ irreuocabiles factæ fuerint
18 moriente donatore. Cùm vero ſuccubuit † teſtamentum ratum manet ac proinde cauſa nulla eſt cur donationes cauſa mortis quantunlibet ex teſtamento dependentes ratæ manere non debeant. Sed illa tantum
19 quæſtio poteſt incidere vtrum † donatarius qui teſtamentum inofficioſum dixit donationem cauſa mortis quam à teſtatore accepit, amittere debeat. Dubitan-
20 di † autem ratio ex eo eſt, quod ſi hic legatum petere vellet ſummouendus eſſet tanquam indignus, ſicut & ille qui teſtamentum ex quo legatum nunc peteret falſum dixiſſet *l. ſi teſtamentum 6. D. de heredit. petit. l. 4. l. 5. §. 1. D. de his quæ vt indign.* Abſurdius enim eſt vt idem teſtamentum & inofficioſum dicatur, & proſit ad petitionem legati quàm ſi falſum diceretur, vt ex eo apparet quod legatum acceptum licet arguere falſum teſtamentum perinde atque non iure factum contendere, inofficioſum autem dicere non permittitur *d. l. 5. in princip.* nimirum quoniam qui falſum teſtamentum dici diſputat de facto, qui verò non iure factum, diſputat de iure, qui autem agit de inofficioſo iudicium impugnat teſtatoris *d. l. 5. §. 1. l. ſi teſtamentum 24. eod. tit.* Atqui eadem ſolet eſſe ratio legatorum, & donationum cauſa mortis vt toties inculcauimus. Cur non ergo donationes cauſa mortis auferentur tanquam indigno ei qui egit de inofficioſo quamuis non obtinuerit, Nam ſi obtinuiſſet, non indignitas aufferret ei emolumentum donationum, ſed ratio iuris quæ non pateretur valere donationes pendentes ex eo teſtamento quod infirmatum eſſet. Ve-
21 rùm reſpondet † Paulus in dict. *l. 5. §. qui mortis.* Eum qui mortis cauſa donationem accepit à teſtatore non eſſe in hac cauſa ſimilem legatario. Non quòd hæc donatio non capiatur ad exemplum & inſtar legatorum, ſi ſic facta ſit vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortem donatoris, ſed quia cùm donatio cauſa mortis neque fieri poſſit in teſtamento neque ſit pars teſtamenti, in quo differt à codicillis etiam teſtamentariis *l. penultim. D. teſtam. quemadm. aper.* quamuis pendeat ex teſtamento, hactenus vt ſi reſciſſum eſſet teſtamentum ipſa quoque donatio reſciſſa cenſeretur, non poteſt videri iudicium teſtatoris in donando impugnaſſe donatarius qui teſtamentum per inofficioſi querelam impugnauit. Non enim omnem vltimam voluntatem ille impugnat, qui agit de inofficioſo, ſed eam tantùm quæ teſtamento continetur, cùm non alio colore detur, quàm quaſi demens & inſanus fuerit teſtator, non ſemper, ſed tum cùm ſuprema teſtamenti ordinabat. *l. 2. & 3. dict. l. Titia. 13. D. de inoff. teſtam.* Illa igitur hac parte diuerſitatis ratio eſt inter legata & mortis cauſa donationes,
quòd legata † non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, 22
donationes verò ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis non niſi extra teſtamentum. Proinde qui impugnat iudicium defuncti circa teſtamentum, impugnat etiã circa legata, at non ſimiliter circa donationes cauſa mortis, non magis quàm circa donationes inter viuos. Quis ergo miretur dignum eum eſſe qui à legato tanquam indignus ſummoueatur, non etiam à donatione ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis? Nulla ſiquidem hac in re differentia eſt inter donationes, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factæ fuerint, & ſiue ex mortis cauſa donatione dominium tranſlatum fuerit ſiue collata dominij tranſlatio poſt mortem donatoris. In quo errauit † Hugolinus vetus inter- 23
pres qui ſententiam Pauli in *dict. §. qui mortis.* voluit coarctare ad eas mortis cauſa donationes quæ ſic fiũt vt nullo caſu reuocentur de quibus in *l. ſi alienam. 13. §. 1. l. Senatus 35. §. mortis cauſa, de mortis cauſ. donat.* Quanquam fateor in his minorem eſſe dubitandi cauſam, non illa ratione, qua mouetur Bartol. quòd huiuſmodi donationes ſint inter viuos non mortis cauſa ex *l. vbi ita donatur. 27. eod.* (eſſet enim adhibenda ea diſtinctio de qua ſcripſimus Err. 1. & ſeq.) ſed quia propriùs accedunt quam cæteræ ad donationes inter viuos illo etiam caſu quo neceſſitas dominij poſt mortem transferendi cogit nos fateri eas manere donationes cauſa mortis. Fortior vrgebit obiectio 24
† contra donatarium, ſi quis dicat auferendam ei donationem quam non haberet ſi ſententia ſecundum cum dicta fuiſſet, quæ Papiniani ratiocinatio eſt, licèt ad aliam ſpeciem pertinens in *l. cùm tabulis. 16. in princip. eodem tit. de his quæ vt indign.* ſecundùm eam loci illius interpretationem & emendationem quam nos attulimus *lib. 6. coniect. cap. 19.* Iam enim diximus, ſi donator hic in querela inofficioſi teſtamenti obtinuiſſet, futurum vt mortis quoque cauſa donationes quamuis extra teſtamentum relictæ non minùs quàm legata eo teſtamento data infirmarentur, ſi modò viuo donatore in plenum perfectæ non fuiſſent. At reſpondendum eſt rationem illam Papiniani quæ iis verbis concepta eſt, *quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe dicta non haberent*, non ad alia vt apparet pertinere, quàm quæ eodem teſtamento fuerint relicta non ad ea quæ extra teſtamentum. Talis enim eſt ſubſtitutio pupillaris de qua ibi agitur, quippe quæ paterni teſtamenti pars eſt dict. *l. penult. teſta. quemad. aper.* non item donatio cauſa mortis, quamuis huius quoque validitas à viribus teſtamenti dependeat. Er-
ror † itaque noſtrorum in eo eſt, quod donationes 25
cauſa mortis, æquiparant donationibus inter viuos, non eo tantùm caſu, quo is qui propoſuit querelam inofficioſi teſtamenti ſuccubuerit, quo caſu & nos admittimus bonam eſſe comparationem ex *d. §. qui mortis*, ſed illo etiam, quo is qui egit querela obtinuerit, atque ita teſtamentum reſciderit, quo demum caſu negamus nos eandem eſſe rationem donationum inter viuos cauſa mortis, quia donationes cauſa mortis vt diximus licèt non magis fieri poſſint in teſtamento quàm quæ inter viuos fiunt, pendent tamen ex teſtamento, hactenus vt eo infirmato ipſas quoque infirmari neceſſe ſit, tanquam quæ ſpeciem conſtituant vltimæ voluntatis & quidem teſtamentariæ cùm teſtamentum factum eſt: Quæ verò inter viuos fiunt nihil prorſus commune habent cum vltima voluntate, nec proinde ob id minus valere poſſunt quod teſtamentum infirmatum fuerit ſiue per querelam inofficioſi ſiue per petitam contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Quod tamen toto hoc capite probauimus, Reſciſſo † per querelam teſtamento infirmari 26
quoque donationes cauſa mortis, niſi quæ in plenum perfectæ fuerint viuo donatore ex *d. l. etiam 11. De*

inoff.

ineff.teſtam.& d.l.ſed ſub conditione 18. §. 1. de bonor.
27 *poſſ.contr.tabul.* ſciendum eſt ad ius † vetus Pandectarum & Codicis non ad nouum & Iuſtinianeum pertinere. Poſtquàm enim Iuſtiniano placuit *Nouell. 115.vt cum de appell.cog.ca.3. incip. aliud quoque capitulum in fin. vnde ſumpta eſt Auth.ex cauſa. C. de liber. præt.* vt rupto, vel irrito facto ex cauſa præteritionis aut exheredationis teſtamento ſola inſtitutio euacuetur, vt ille loquitur, cætera verò omnia ſiue legata ſiue fideicommiſſa in eodem etiam teſtamento relicta firma remaneant, nec dubitandum eſt, quin de mortis cauſa donationibus idem conſtitutum intelligi debeat, non tam quod ad eas poſſint accommodari verba nouæ conſtitutionis, cùm neque fiant neque fieri poſſint in teſtamento, quàm vt abſurdum illud effugiamus, in quod incurreret quiſquis diceret infirmata inſtitutione faciliùs eſſe, vt firma remaneant legata, quàm mortis cauſa donationes, cum non alia maior ratio infirmari eas ſuadeat, quàm quòd legatis æquiparentur, quòdque perinde pendeat earum validitas ex teſtamento quoties teſtamentum factum eſt, acſi relictæ eſſent in teſtamento, quatenus ſcilicet ſpeciem poſſunt conſtituere & naturam habere vltimæ voluntatis.

ERROR VIII.

De donatione in genere an ſit contractus & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit conditioni aut pœnitentiæ.

SVMMARIA.

1 *Varia interpretum placita in quæſtione, An & qualis contractus ſit Donatio.*
2 *Donatio non eſt contractus aduerſus interpretes.*
3 *Negotij contractus eſt oratio plena, elliptica verò ſi contractum ſimpliciter dicas.*
4 *Contractus vnde dicatur.*
5 *Ex donatione nec obligatio vlla naſcitur nec actio.*
6 *Vbi donatio fit per ſtipulationem contractus eſt ſtipulationis, non donationis.*
7 *Facta donatione per traditionem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, nulla cauſa ſubeſt propter quam donatario contra donantem actio competat.*
8 *Expenditur ſententia Cuiacij dicentis donationem olim fuiſſe acquiſitionem, non conuentionem, hodie verò contrà.*
9 *Donatio quæ fit per traditionem ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio: quæ verò per ſtipulationem, vel pollicitationem, vel nudum pactum ea ſemper fuit & eſt conuentio: & hac in re quænam ſit differentia inter ius vetus & nouum.*
10 *In donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur, & quatenus.*
11 *In donatione inter viuos nullum negotium geritur: & cur.*
12 *Exceptio.*
13 *Ex contractu nominato quænam actio competat aut non competat.*
14 *Expoſitio ſententiæ l.6.Cod. de pact. inter vend. & empt. aduerſus Bald.*
15 *Pacti & pollicitationis differentiæ.*
16 *Promiſſum à pacto & dicto vt differat.*
17 *Etiam ex vendito actio datur nonnunquam ad reſoluendam & diſtrahendam emptionem.*
18 *Ex contractu nominato condictio ob cauſam non datur, contra Bald.*
19 *Ratione actionis differentia inter caſum quo traditum ſit aurum pro arra, & eum quo pars pretij ſit ſoluta, ad l.2. Cod.quand.lic.ab empt.diſc.*
20 *In contractibus nominatis locus non eſt pœnitentiæ.*
21 *Exceptio.*
22 *Vera expoſitio l.contractus.17. C. de fid.inſt. & pr. tit. Inſt. de empt.vend.*
23 *Arræ poſſunt dari in argumentum perfectæ venditionis: imo & perficiendæ.*
24 *Ex donatione facta certo pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit, & pœnitentiæ locus eſt, ſi donatarius non impleat quod promiſit.*
25 *Atque hoc caſu donatio non eſt propriè, ſed contractus innominatus do vt des, vel do vt facias.*

MAioris momenti hæc quæſtio eſt quàm prima facie eſſe videatur, cùm alia ſint iura conuentionum quæ transeunt in nomen contractus, alia earum quæ ſtant in finibus & terminis nudæ conuentionis *l.iuris gentium 7. §. 1. D. de pact.* ſicut & inter contractus ipſos multæ differentiæ ſunt, ſi vel nominati ſint vel innominati, vel bonæ fidei, vel ſtricti iuris. Qua de cauſa, iam olim de hoc ipſo controuerſum eſt inter veteres iuris noſtri interpretes, nec minore contentione inter recentiores. Omnibus tamen † vt video concludentibus Donationem eſſe contractum, ſemperque fuiſſe in hoc 1
tantùm diſſentientibus An ſit contractus nominatus, an innominatus, & rurſum an bonæ fidei, an ſtricti iuris. Non enim deſunt qui dicant eſſe contractum innominatum, Ratione illa, quod ſi donatum ſit ob aliquam cauſam quæ non ſequatur, condictioni locus eſt & pœnitentiæ, perinde atque ex cæteris contractibus innominatis *l. 2. & 3. l. dictam 8. C. de condict. ob cauſam dator.* cui tamen locus non eſſet ſi contractus eſſet nominatus *l. ea conditione 14. C. de reſcind. vendit.* Alij & magis communiter volunt eſſe ſemperque fuiſſe contractum nominatum, cùm habeat elegans nomen, vt loquitur Bartol. ad *leg. in ædibus 9. §. 1. D. de donat.* nec ſtet in nomine ſui generis vt idem ille argumentatur. Tertij diſtinguunt inter ius vetus & nouum. Volunt enim fuiſſe olim quidem innominatum ſed hodie eſſe nominatum, quæ Accurſij ſententia eſt ad *dict. leg. in ædibus §. 1.* quaſi Iuſtinianus hoc ipſo quod conſtituit in *l. ſi quis argentum. 35 §. penultim. C. de donat.* vt poſſit fieri donatio etiam citra ſtipulationem & traditionem, ac proinde nudo etiam pacto, fecerit etiam vt ſit contractus nominatus qui perficiatur conſenſu ſicut emptio, locatio, & ſimiles. Qua etiam ratiocinatione in alia illa quæſtione An ſit contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris, ſunt qui perinde diſtinguant inter ius vetus & nouum, vt olim quidem eſſet ſtricti iuris *l. cum qui 228. D. eod.* hodie verò ſit bonæ fidei poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, exemplo emptionis, conductionis & aliorum contractuum qui conſenſu perficiuntur. Quæ fuit veteris interpretis Hugolini diſtinctio à Bartolo tamen improbata in dict. *leg. in ædibus. & dict. l. cum qui.* vbi concludit ille eſſe contractum ſtricti iuris, cùm, inquit, circa hoc nulla mutatio facta reperiatur, nec bona conſecutio ſit, vt contractus ſit bonæ fidei ob id ſolùm quòd ſit nominatus, Alioqui dicendum eſſet ſtipulationem vel bonæ fidei contractum eſſe, vel nominatum non eſſe, quod vtrumque tamen falſum eſt. *l. 1. §. vltim. D. de pact. l. 2. De oblig. & action. l. quicquid adſtringendæ 99. D. de verb. oblig. l. videamus 38. §. ſi actionem D. de vſur.* Sicut nec ob id ſi contractus aliquis nudo conſenſu contrahatur ſtatim conſequens eſt vt ſit bonæ fidei, quemadmodum in con-

 tractu

tractu emphyteutico cernere eſt, qui licèt conſenſu perficiatur, tamen ſtricti iuris eſt, *l. 1 1. C. de iur. emphyteut. iunct. §. 1. actionem. Inſtit. de action.* Atque hanc Bartoli ſententiam paſſim Doctores noſtri probant, vt donatio ſit contractus & nominatus & ſtricti iuris, teſte Iulio Claro qui alios quàm plurimos refert in *§. donatio quæſt. 1.* Cuius ſententiæ illud etiam argumentum adfertur ex eodem Bartolo, quòd in contractibus innominatis certum eſt locum eſſe pœnitentiæ *l. ſi pecuniam 5. D. de condict. ob cauſ.* cui tamen locus non eſt in donatione, Nam ei qui donauit non licet pœnitere, ſcilicet ſi inter viuos donauerit non mortis cauſa. *l. Ariſto. 28. D. de donat. l. ſi te. 23. C. de don. int. vir. & vxor. l. 2. 3. 6. & paſſ. C. de reuoc. donat.* Addit Bartolus vt hoc ipſum probet à partium enumeratione, vel factam eſſe donationem per ſtipulationem, vel per traditionem. Si per ſtipulationem dubitandum non eſſe quin donatio nomen habeat *d. l. 1. §. vlt. D. de pact.* ſi per traditionem æquè habere nomen elegans, & donationem eſſe quæ ab initio & ſtatim ſuum habet effectum, quemadmodum inquit ille, depoſitum, commodatum, & alij ſimiles contractus qui re perficiuntur *d. l. iuris gentium §. 1.* Mihi omnes hæ quæſtiones videntur proficiſci à ſumma iuris ignoratione, & ab eo errore quo ſibi perſuadent interpretes donationem eſſe contractum. Si enim verum è contrario eſt † vt eſt, contractum non eſſe, quid ſtultius
2 quàm quærere vtrum contractus ſit nominatus an innominatus, vtrum bonæ fidei an ſtricti iuris? At qui contractum non eſſe ſcribit apertè Paulus in *l. interdictum 14. D. de precar.* vbi poſtquã dixit interdictum de precariis meritò introductum eſſe, quod nulla eo nomine iuris ciuilis eſſet actio, ſubiungit rationem *magis enim ad donationis & beneficij quam ad negotij contracti cauſam ſpectat precarij conditio.* quibus verbis cùm donatio & beneficium negotio contracto opponatur, oſtendit ſatis donationem non eſſe contractum. Nam vt bene Cuiacius ſcribit in *parat. C. ad ti.*
3 *De neg. geſt.* cùm dicimus † contractum ſimpliciter dicimus per defectionem cum plena oratio ſit *negotij contract.* quia omnis contractus, negotij contractus eſt. At nullum negotium geritur inter donantem & accipientem, quoties in donatione nihil niſi donatio & liberalitas eſt. Adeo vt ſi mixtum ſit aliquod negotium cum donatione, puta ſi donator in aliquem caſum voluerit ſibi obligatum donatarium placeat obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt, quaſi ſint iſta pugnantia & contradictoria eſſe negotium, & eſſe donationem. *d. l. Ariſto.* quod probatur etiam eleganter ex *l. ſi prædia 58. D. de donat. int.*
4 *vir. & vx.* Et verò cùm contractus † ex eo nomen ſumpſerit quod poſt multos tractatus ad negotium quod geritur pertinentes, quos præcedere neceſſe eſt negotium tandem in pauca contrahatur, & reſtringatur vt in *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* quis obſecro tractatus præcedit in donatione vt contractus ſequi poſſit? An forte inter donatorem & donatarium altercationibus magnis contenditur, an centum danda ſint an ducenta, ne forſitan accipere donatarius nolit centum ſi donator nolit ei dare ducenta? An non potiùs boni conſulere donatarius debet, quod donator benignè ac liberaliter centum dare velit, qui ſi nollet nihil dare cogeretur? *l. ad res donatas. 62. D. de ædilit. edict.* An verò alterius eſt, quàm donatoris liberalitati eius certos fines præſtituere; & quid quantumque donare ille debeat, præſcribere? Sic igitur in donatione neque negotium vllum interuenit, neque vllus tractatus, ita reliquitur neceſſariò vt neque contractus dici ea vllomodo poſſit. Idque apertiùs etiam ex eo intelligitur, quod ex donatione nec
5 obligatio † vlla naſcitur, nec actio *d. l. Ariſto* in illis verbis *Obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt*, & Paulo poſt *hic enim nec donationi locum eſſe &* ideo eſſe obligationem *d. l. interdictum. l. eum qui 14. §. is qui precario D. de furt.* quibus locis apertiſſimè ſcriptum eſt nullam eſſe proditam ciuilem actionem ex donatione adeoque quod magis eſt neque ex precario, ob id ſolùm quod precarium ſimile ſit donationi. Quis verò vnquam audiit contractum aliquem eſſe poſſe, ſiue bonæ fidei ille ſit, ſiue ſtricti iuris, ſiue nominatus ſiue innominatus, ex quo tamen non ſolùm actio nulla naſcatur, ſed neque obligatio? Facilè autem hoc apparebit à ſufficienti enumeratione modorum omnium quibus donatio fieri poteſt iure vetere inſpecto, vt primùm de iure vetere dicamus, & argumentum Bartoli in ipſum retorqueamus. Nam ſi donatio † fiat per ſtipulationem, fateor quidem eſſe 6
contractum ex eoque naſci & obligationem & actionem, ſed nego eſſe illum contractum donationis: dico contractum eſſe ſtipulationis cui cauſam dederit donatio & liberalitas donatoris. Exemplo eius quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi ita fuero. 6 §. 1. D. de nouat.* cum pecuniam mutuam dedit quis ſiue ſtipulatione & ex continenti fecit ſtipulationem, vnum contractum eſſe idemque eſſe dicendum etſi antè ſtipulatio facta ſit, mox pecunia numerata. Nam vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Pomponio, cùm pecunia mutuo data ſtipulamur, non eſt dicendum obligationem ex numeratione naſci, deinde eam ſtipulatione nouari, ſed vnum eſſe contractum ſtipulationis, quia id agitur vt ſola ſtipulatio teneat, & magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio fieri intelligenda eſt. Siquidem ſtipulationes omnes quæ efficaces ſint ad agendum ſine metu vllius exceptionis neceſſe eſt pendere ex negotio contracto *l. 5. circa princ. D. de verb. oblig.* aut ſaltem aliquam habere cauſam *l. 2. §. circa D. de doli mal. except.* Donatio autẽ licèt nullum negotium contineat ex quo pendeat ſtipulatio, iuſtam tamen interponendæ ſtipulationis cauſam præbet, cùm ſufficiat animum donandi præceſſiſſe vt non ſine cauſa donatio interpoſita eſſe videatur *l. vt mihi donares 21. D. de don.* Sicut enim donatio nullam aliam cauſam requirit quàm donantis liberalitatem *l. 1. in princ. eod. l. 1. §. 1. D. de precar.* ita neque ſtipulatio aliam exigit cauſam quàm donationem, ſiue mortis cauſa donatio ſit *l. mortis cauſa 34. & l. ſeq. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat. l. Papinianus 23. D. de donat. int. vir. & vx. l. ſi quis argentum 35. §. pen. C. de don.* Itaque ex huiuſmodi donatione facta per ſtipulationem naſcetur quidem actio, ſed quæ non actio ex donatione dicenda erit, ſed actio ex ſtipulatione. Si vero per traditionem † fa- 7
cta donatio ſit, ſiquidem inter viuos res expedita eſt abſolutam eſſe donationem neque cauſam vel neceſſitatem vllam ſubeſſe propter quam actio dari debeat vel contra donatorem donatario, cui nihil deeſt, vel contra donatarium donatori cui nihil abeſt niſi quantum ille ſibi abeſſe voluit. Si autem cauſa mortis traditio facta ſit ſiue ita vt dominium ſtatim ſed reuocabiliter transferatur, ſiue ita vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, ad quid poteſt quæſo eſſe donatario neceſſaria actio ex donatione quæ iam impleta ſit ex parte donatoris quantum facto eius impleri poteſt? Nam priore caſu nemo dixerit æquum eſſe contra donatorem dari actionem per quam cogatur irreuocabilem facere donationem quæ in id vſque tempus fuerit reuocabilis cùm id futurum ſit non ſolum contra voluntatem donatoris? qui non aliter donare voluit, ſed etiam contra naturam ipſam & ſubſtantiam donationis cauſa mortis: Poſteriore autem caſu cùm donator rem ita tradiderit vt tamen dominij tranſlationem diſtulerit in id tempus quo ipſe eſſet mortuus, nihil iam ſupereſt faciendum ad quod

vrgeri

vrgeri donator à donatario poſſit vel debeat. Fecit
enim ille quicquid facti fuit cum tradidit, quia trans-
latio dominij quæ ſola defuit tempore traditionis, non
facti, ſed iuris eſt, vt ſuo loco diſputauimus: Et quem-
admodum donator quandiu viuit non niſi iniquiſſi-
mè poſſet inquietari ad dominium ſe viuo transferen-
dum, de quo non niſi poſt mortem ſuam transferen-
do donationis tempore cogitaſſet. Ita & poſtquam
mortuus eſt nulla in hanc rem actione indiget dona-
tarius cui poteſtas legis ſufficit vt dominium, quod
fuerat donatoris viuentis eo mortuo transferatur ipſo
iure in donatarium ſicuti ex cauſa legati transferre-
tur. Ad hoc enim prodeſt quod vulgo iactatur, Dona-
tiones cauſa mortis capi ad exemplum & inſtar lega-
torum vt ſuo loco explicauimus ex *l.2.D.de Publician. in rem action.* Nullo igitur caſu donatio ſiue inter
8 viuos ſiue mortis cauſa ſit aut contractus dici poteſt,
aut obligationem † aliquam parere vel actionem.
Quo reſpiciens Iacob. Cuiac. *l.10. obſeru.c.28.* ſcrip-
ſit donationem non fuiſſe olim conuentionem, ſed
acquiſitionem: hodie verò è contrario poſt Iuſtinia-
ni conſtitutionem in *d.l.ſi quis argentum.§.penul.* quæ
induxit vt etiam citra ſtipulationem & traditionem
poſſit fieri donatio, eſſe conuentionem. Sed magis
arguté meo iudicio, quàm veré. Nam cum olim do-
natio non ſolùm per traditionem fieret ſed etiam per
ſtipulationem, nec aliud fecerit Iuſtinianus, niſi vt
quælibet teſtificatio voluntatis donatoris tantùm pro-
ſit ad obligandum donatorem vt tradat quantum pro-
deſſet ſtipulatio, Cur dicemus donationem fuiſſe
olim acquiſitionem potiùs quàm hodie, vel conuen-
tionem hodie potiùs quàm olim? Non inficior dona-
tionem quæ fit per traditionem, eſſe acquiſitionem,
non conuentionem, eam verò quæ fit per ſtipulatio-
nem, aut denique aliter quàm per traditionem, con-
uentionem eſſe, non acquiſitionem. Sed hac ratione
non ius vetus ſeparandum fuit à nouo vt à Cuiacio
factum eſt, ſed donatio quæ fit per traditionem ab ea,
quæ fit per ſtipulationem vel per pollicitationem vel
9 per pactum nudum. Quæ enim per traditionem † fit
ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio, quæ verò
per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pa-
ctum nudum ea ſemper fuit & eſt conuentio. Nulla
alia differentia hac in re inter ius vetus & nouum,
niſi quod olim donatio facta per pollicitationem, vel
per pactum nudum non valebat neque acquiſitionis
neque conuentionis iure quæ hodie valet inter viuos,
eo prorſus modo quo valeret ſi eſſet facta per ſtipu-
lationem, id eſt tanquam conuentio non tanquam ac-
quiſitio. Soleo tamen hac parte diſtinguere donatio-
nem inter viuos, à donatione cauſa mortis. Nam in
10 donatione † cauſa mortis aliquod negotium geri vi-
detur inter donantem & accipientem, non quatenus
is qui donat, liberalitatem exercet ac donatarium co-
gitat, quem mauult ſe habere quàm hæredem ſuum,
ſed quatenus ſe ipſum cogitat, & mauult ſe habere
quàm donatarium, atque amore vitæ recepiſſe potiùs
quàm dediſſe mauult, vt Paulus loquitur in *d.l.Sena-
tus.§.1.* vbi ob hanc cauſam addit eum qui mortis cau-
ſa donat qua parte ſe cogitat negotium gerere, ſcilicet
inquit, vt ſi conualuerit, reddatur ſibi. Vnde fieri ne-
ceſſe eſt, vt ex huiuſmodi donatione naſcatur obliga-
tio contra donatarium perinde ac ſi donationem ea
nominatim lege accepiſſet, ſéque in caſum conualeſ-
centiæ vel pœnitentiæ eam ſe reſtiturum promiſiſſet,
qua ex obligatione ſimiliter naſcitur actio, eáque du-
plex, condictio ſcilicet & vtilis in rem actio, ſecun-
dum ea quæ diximus in Error. vltim. Decadis præce-
dentis ex *l.qui mortis 30. eodem.* Itaque hoc reſpectu
nihil vetat donationem cauſa mortis dici contractũ:
Præſertim eo ſenſu quo Paulus ſcribit in *l.omnem 20.
D.de iudic.* omnem obligationem pro contractu ha-
bendam eſſe. At in donatione inter viuos † nullum 11
prorſus negotium geritur quia non ſe donator cogi-
tat ſed ſolum donatarium, vt erga eum liberalitatem
exerceat, quia mauult illum habere quàm ſeipſum.
Niſi ponas † donationem inter viuos factam eſſe, vt 12
plerunque fit, certa lege dandi aliquid vel faciendi vt
in *d.l.2.& 3.l.dictam 8.C. de condict. ob cauſ.dat.* Ad-
iecta namque lex donationi nullum dubitationi locũ
relinquit, quin negotium aliquod geſtum ſit inter do-
natoré, & donatarium, ex quo negotio proinde naſca-
tur obligatio & ex obligatione actio, quæ præſcriptis
verbis appellatur in id ſcilicet competens, vt quod do-
natarius viciſſim daturum ſe vel facturum promiſit
detur fiatve, aut id quod donatoris intererit præſte-
tur. *l.vlt.C.de rer.permu.l.legem.9.l.cum res. 22.in fi.C.
de don.* ſi non malit donator repetere quod donauit
condictione ob cauſ.datorũ cauſa non ſecuta. Hoc.n.
etiam ei licet *d.l.2.3.& 8. C.de condict.ob cauſ.dat.* Sed
hoc caſu non eo magis dici poteſt donationem eſſe
contractum, quia id genus contractus non tã donatio
eſt quàm contractus, Do vt des, vel do vt facias, qui
vterq; cõtractus eſt innominatus, longeque alias præ-
ſtationes habens quàm haberet ſi eſſet nominatus,
quippe cùm ex contractu nominato † neq; condictio 13
daretur, neque actio innominata & præſcriptis ver-
bis, ſed actio nominata quæ nomen ſumeret à contra-
ctu. Inauditũ enim eſt vt ex contractu nominato vn-
quam competat repetitio datorum quæ ex contractib.
innominatis cõpetere ſolet. Quanquã nõ ſum neſcius
putare multos, poſſe contractũ quoque bonæ fidei reſ-
cindi & quod ex eo datũ ab vna parte fuerit condici,
ſi ab altera parte non ſeruetur ſubſtantiale pactum, id
eſt quod cauſam dederit contractui, vt Bald. loquitur
& explicat ad *l.cùm te.6.per illum text. C. de pact. int.
empt.& vend.* Cuius † tamen loci longè alia ſenten- 14
tia eſt. Non.n.loquuntur eo loco Imperatores de ven-
ditione facta certo pacto expreſſo cui non fuerit pa-
ritum ex parte emptoris, ſed vt legis verba habent, de
venditore qui fundũ ſuum certæ rei contéplatione ha-
bita inter ſe & emptorem exiguo pretio tranſtulerat
in emptoré, ſecutus fidem & pollicitationem nudam
emptoris, cùm ſibi vel per ſtipulationé, vel ſaltem per
pactũ expreſſum incontinenti appoſitum cauere po-
tiùs debuiſſet. In qua ſpecie cùm actio ex contractu da-
ri non poſſet ad id vt quod promiſſum fuerat imple-
retur cùm neque in contractum neque in pactionem
deductum id fuiſſet, nihil aliud ſupererat quod dici
poſſet, niſi vt emptor vel impunè poſſet fidẽ fallere vel
quod à venditore acceperat longè minore pretio, ſola
eius rei contemplatione reſtituere cogeretur. Atqui
prius dici non poteſt, quia bonæ fidei contractus eam
non admittit interpretationem, quæ dolo emptoris
faueret. Poſterius ergo admittendum neceſſariò eſt, vt
venditori detur repetitio eorum quæ præſtitit, ne eius
qui bonæ fidei actionem habet durior conditio ſit
quàm ſi contractum ſtricti iuris iniiſſet. Nec obſtant
verba illa *non impleta promiſſi fide*, quæ Baldũ fefelle-
rũt, vt in ea ſpecie putauerit pactũ interceſſiſſe. Aliud.
n.eſt paciſci, aliud promittere, cùm promiſſio fieri poſ-
ſit etiã per nudam pollicitationem, quam † ideò dici- 15
mus in hoc differre à pacto quod ſolius offerentis
promiſſionem continet. *l.3. D. de pollicit.* Nec que-
madmodũ pacta incontinenti facta inſunt bonæ fidei
contractibus *l.iuriſgentium.7.§.quinimo. D.de pact.* ita
& pollicitationes ineſſe dici poſſunt, quarũ tamen ſi
contractui cauſam dederint non minùs quàm pacto-
rum rationem haberi æquum eſt, non quidem hacte-
nus vt ex contractu detur actio ad id quod in pollici-
tationem deductum fuit, ſed hactenus ſaltem ne
venditor qui bonam fidem emptoris vltro ſecutus

tuto

rem ſuam longè maioris pretij minore vendidit, im-
punè circumueniatur. Separandum eſt promiſſum
16 † à pacto ſicut & à dicto. Dictum accipimus quod
verbotenus pronunciatum eſt, nudoque ſermone fi-
nitur: promiſſum autem poteſt referri ſolùm ad ſpó-
ſionem, & ſimiliter ad nudam promiſſionem ſiue
pollicitationem, inquit Vlpian. in *l. ſciendum. 19. §. dictum. D. de ædilit. edict.* vbi tamen quod nulla pacti
mentio ſit quis ita velit accipere vt promiſſi appel-
latione pactum non contineatur, ſed tantum vel
pollicitatio vel ſponſio, tanto magis probabile erit
quod volumus in *d. l. cum te*, *promiſſi* nomine non
pactum, vt Baldus voluit, ſed pollicitationem nu-
dam ſignificari. Cæterùm actio quam Imperatores
venditori dant in *d. l. cum te.* non alia eſt quàm ex
vendito competens ex contractu ipſo, non qui ab
intellectu ipſo ſumptus ſit vt nimis ſubtiliter loqui-
tur Bald. ſed qui reuerà ſit initus, quia nec nouum
17 eſt vt ex vendito † actio detur etiam ad reſoluen-
dam & diſtrahendam emptionem, vt in *ex empto. 11. § is qui vina. D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ.* quamuis non facile nec paſſim id fiat vt ait *l. venditi. 6. C. de act. emp.* Sanè quod addit idem Bal. poſ-
ſe hoc caſu locum etiam eſſe condictioni ob cauſam,
omnino à iuris ratione alienum eſt quæ nunquam
18 patitur vt ex contractu nominato † ea condictio de-
tur, neque in *d. l. cum te.* verbum illud eſt quod hanc
Bal iuuet interpretationem. Pro qua ſi vellet quis
obiicere quod ſcriptum eſt in *d. § ſi quis vina.* Si an-
nullus datus ſit arræ nomine, nec poſtea conuene-
rit vt emptio irrita fieret, ſed ſoluta emptione pre-
tioque numerato, & tradita re annulus non redda-
tur, non tantùm ex empto agi poſſe vt arra reſtitua-
tur, ſed etiam poſſe annulum condici quaſi datus ob
cauſam quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt eſſet
argumentum perfectæ emptionis, quo argumento
amplius non egemus, cum ex vtraque parte imple-
ta venditio eſt.) Reſpondere dari eo caſu condictio-
nem non ob cauſam, ſed ſine cauſa, quia, vt lex ait
iam ſine cauſa eſt annulus penes venditorem, qui
non niſi arræ nomine datus fuerat: quod non ſimili-
ter dici poteſt de re ipſa vendita quæ tradita fuit ex
cauſa venditionis. Quomodo enim poteſt dici eſſe
ſine cauſa quod cauſam habet venditionem adhuc
ſubſiſtentem & perfectam, quæ nec re ſoluta ſit, nec
impleta? Neque quod aduerſarius viciſſim ex parte
ſua non impleat ad rem facit, cum ea res actionem
ex contractu inducat ad hoc vt contractu impleatur,
non vt quod traditum eſt ſiue res, ſiue pretium ſit
reſtituatur *d. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ.* vbi hæc diffe-
19 rentia † elegans & aperta conſtituitur inter eum ca-
ſum quo traditum ſit aurum pro arra, & illum quo
pars pretij ſit ſoluta, vt priore caſu arra recuperari
poſſit & repeti non vindicatione, ſed actione in per-
ſona, non quæ ex arrali pacto naſcitur, vt ait *l. 3. C. de act. emp.* (actio enim perſonalis de qua eo loco agi-
tur non illa eſt per quam arra repetatur, ſed per
quam agatur ad implementum venditionis tanquam
perfectæ, cuius arra ſolet eſſe argumentum) at actio-
ne ex empto ſecundum Iuliani ſententiam de qua in
d. § is qui vina. non condictione ſiue ob cauſam da-
ti cauſa non ſecuta, quandoquidem non ob id arra
datur vt ſequetur venditionis implementum, ſed vt
ſit argumentum contractæ perfectæque venditionis.
Siue etiam ſine cauſa, quia non poteſt eſſe arra ſine
cauſa penes venditorem quandiu verum eſt vendi-
tionem perfectam eſſe & neque reſolutam neque
impletam. Poſteriore verò caſu nullo modo detur
repetitio ſoluti, ſed actio ad implementum, vt &
in *dict. l. ea conditione. 24. Cod. de reſ. ven.* vt intelli-
gamus ſibi melius cauere emptorem qui aliquid nu-
merat venditori in partem pretij quam ſi numeret
pro arra, quia datio arræ locum pœnitentiæ relin-
quit, non quidem inuito alterutro (cum arra detur
quo magis non quo minus teneat emptio, quam
ſufficit nudo conſenſu perfectam eſſe vt ab ea non
poſſit recedi niſi contrario conſenſu) ſed ex mutua
contrahentium voluntate, ſiquidem non eo minus
res integra eſt, quod diuerſum eſt numerata parte
pretij vel minima, quoniã cum cœpit impleri emp-
tio ex alterutra parte, res amplius integra non eſt,
nec proinde nuda voluntas contrahentium quamuis
conſentientium reſoluere poteſt emptionem, ſi non
actus quoque priori ſimilis retroagens venditionem
interceſſerit. *l. 1. C. quan. lic. ab emp. diſ. l. ab emptione. 58. D. de pact.* Quæ ſententia eſt ſatis alioquin obſ-
cura *d. l. 2.* vt oſtendunt verba illa, *ſecundum fidem pacti.* Conuenerat enim nudo pacto vt ab emptione
diſcederetur: Et volunt Imperatores eius pacti vim
eam eſſe poſſe vt arra reſtitui debeat, ſi nihil aliud
interuenerit, non autem vt precij iam ſiue in totum
ſiue pro parte ſoluti repetitio vlla ſit. Quod ſi vtrù-
que factum ſit vt arra quidem data fuerit, ſed non
in auro, at in ipſius pretij parte numerata, haben-
dus erit contractus pro impleto ex parte, ideoque
nec nuda conuentione poterit reſolui emptio, niſi
ponas ab initio conueniſſe, vt ſi totum pretium in-
tra certum tempus non ſolueretur, inempta res fie-
ret, vt in *vlt. D. de leg. commiſſ.* Sed hæc obiter dicta
ſint, ne quis cum Baldo & aliis interpretib. poſt-
hac dicat condictionem dari poſſe ex contractu no-
minato, quod idem ille repetit ad *l. ſi prædium, nu. 16.*
C. de ædilis. act. aut in contractibus nominatis † lo- 20
cum aliquo caſu eſſe pœnitentiæ, quod eſſet abſur-
dius, nunquam enim hoc obtinet, niſi cùm contra-
ctus † factus eſt in ſcriptis, de quo in *l. contractus 17.* 21
C. de fid. inſtru. Et apud Iuſtin. *tit. de empt. & vend. in princ.* vbi quod dicitur arris datis ſiue in ſcriptis ſiue
ſine ſcriptis venditio † celebrata ſit, ſiquidem emp- 22
tor ſit qui recuſat adimplere contractum, perdere
quod dedit, ſi verò venditor reſtituere duplum, non
ita eſt accipiendum quaſi tum quoque cùm ſine
ſcriptis facta & perfecta venditio eſt, liceat empto-
ri perdendo arras, aut venditori reſtituendo du-
plum reſilire à contractu, quomodo ab Accurſio
cæteriſque omnibus interpret. vulgo intelligi vi-
deo, cùm arræ dentur vt eò minùs, non vt eò ma-
gis recedere liceat à contractu, ſicuti iam dixi. Sed
ita explicandum eſt, ac ſi apertiùs dixiſſet Iuſtin. vt
dicere debuerat, Siue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis ce-
lebranda venditio ſit, eum qui nondum emit, ſed
emere pollicitus eſt, arras quas dedit perdere: Eum
verò qui nondum vendidit, ſed vendere pollicitus
eſt, duplum reſtituere, vt idem ipſe Iuſtin. loquitur
& explicat in *d. l. contractus. in fi.* tractans de facien-
da, non de perfecta venditione. Nam in ea vendi-
tione quæ ſine ſcriptis perfecta ſit profitetur ille in
prin. *d. tit. de emp & ven.* nihil ſe innouaſſe. Et hanc
quoque interpretationem ſuadet comparatio vendi-
tionis factæ ſine ſcriptis, quia de ea tractat Iuſtin.
eo caſu quo nondum fuerit perfecta. Ergo & de ven-
ditione ſine ſcriptis quę nondum ſit perfecta vt bo-
na comparatio ſit. Denique arræ poſſunt † dari etiam 23
nondum perfecta venditione in argumentum ven-
ditionis contrahendæ, non contractæ, & in ſignum
factæ conuentionis de vendendo, quæ multum diſtat
à venditione. Et quamuis ſoleant etiam arræ dari in
argumentum perfectæ iam venditionis, cum vendi-
tio facta eſt ſine ſcriptis, *d. tit. de emp. in prin.* tamen
ad hoc genus arrarum non pertinet conſtitutio Iu-
ſtin. ſed ad illas de quibus priùs diximus. Atqui vt
ad rem noſtrã redeamus ex donatione † facta certo 24

...cto

pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit & pœnitentiæ locus eſt ſi donatarius non impleat quod promiſit, *d.l. 2. 3. & 8. C. de cond. ob cauſ. dat.* Fatendum igitur eſt eo caſu quo donatio ſic facta ſit, vt contractus dici poſſit, eſſe contractum innominatum, quia & contractus ille † non donatio eſt, ſed Do vt des, vel Do vt facias. Non enim eò minùs eſt contractus Do vt des, vel Do vt facias, quod dem tibi ex cauſa donationis, quia nec ſimpliciter dono quod ego tibi do aliquam ob cauſam, & ea lege vt velim ad me reuerti, ſi quid ſequetur vel non ſequetur, *l. 1. circa prin. D. de don.* vbi negat Iulianus hanc eſſe propriè donationem, quoniam quæ propriè donatio eſt, cauſam nullam habet futuram, ſed præteritam duntaxat ex donatarij meritis contractam, & præſentem, ſcilicet munificentiam & liberalitatem, vt eadem lex ait.

ERROR IX.

De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractib. innominatis.

SVMMARIA.

1 *Donatio ſimplex non eſt contractus, donatio verò facta ob cauſam eſt contractus nominatus.*

2 *In contractibus innominatis locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, & quæ ſit ratio diuerſitatis.*

3 *In donationibus quæ donationem non habent, locus eſt indiſtinctè condictioni, ſi cauſa non ſequatur.*

4 *Conciliatio l. pen. C. de condic. ob cauſ. dat. & l. 2. §. vlt. D. de donat.*

5 *Cur non ſit locus condictioni eo caſu quo per fortuitum caſum euenerit ne impleri cauſa dationis poſſit diſputatio contra Bart.*

6 *In contractibus innominatis quatenus ſit locus pœnitentiæ.*

1 EI quod proximè diximus donationem ſimplicem † non eſſe contractum, donationem verò factam ob cauſam eſſe contractum innominatum, obſtare illud videtur, quod in contractu Do
2 vt des, cæteriſque innominatis † locus eſt pœnitentiæ, ex parte illius qui dedit. *l. ſi pecuniam. 5. in prin. D. condict. cauſ. dat.* qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, neque condicere quandiu donatarius in eo eſt vt conuentioni ſatisfacere & poſſit, & velit *d. l. 3. 7. & 8. C. eod.* quo potiſſimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum eſſe contractum non innominatum. Hoc enim fit, quia donare plus eſt quàm dare, & conſequenter qui donat tibi vt aliquid ei viciſſim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat ſimpliciter vt des: Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm cui dat non ex cauſa donationis (nam & dare nihil aliud eſt, quàm dominium transferre. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* quiſquis autem dominus ſemel factus eſt, ita dominus eſt vt eodem dominij genere magis dominus fieri non poſſit. *l. non vt ex pluribus. 159. De regul. iur. §. ſic itaque. Inſtit. de action.*) ſed quia is qui dat ex cauſa donationis, & tamen adiecto etiam eo vt viciſſim aliquid ſibi detur vel fiat, duplicem habet donandi cauſam, præſentem vnam, futuram alteram. Præſens non alia eſt quàm liberalitas donatoris, quæ cùm pendeat ex ſolo animo donantis quem ille donando ſatis declarauerit, non poteſt videri defecta vnquam, vel non impleta. Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò poteſt impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum ſi donatarius legem donationis implere nolit, danda eſt condictio donatori qui ex ſola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non niſi certa lege dare voluit. Ita ſi paratus ſit donatarius implere, non ſit permittendum donatori vt condicat, quia pendente implemento conditionis dictæ donationi, ſubeſt alia cauſa præſens & iam impleta, id eſt, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum eſt donatum eſſe, & quamuis illud verum quoque ſit donatum eſſe non ſimpliciter & abſolutè, ſed ob cauſam, tamen etiam verum eſt impleri poſſe cauſam necdum defectam eſſe quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non ſufficeret ad impediendam condictionem ſi donatio nulla facta eſſet, quia non ſubſiſtente aliqua cauſa præſenti, ſola futura non poſſet ſufficere, quæ nondum impleta eſſet, quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod ſubeſſe neceſſe eſt vt condictio dati impediatur, ſiue naturalis obligationis vinculum illud ſit, ſiue iam exhibitæ liberalitatis. Vt verò condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt nullum ſubeſſe vinculum cuius poteſtate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob cauſam quæ nec adhuc impleta nec defecta ſit, condictio locum habere nequeat, quia ſubeſt vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum ſubſit aliud vinculum quod tantùm ſperatur implementi ſecuti: Defecta verò cauſa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus ſit, quam ſcilicet nullum vinculum poſſit impedire nequidem donationis iam factæ, quippe quam non feciſſet donator, niſi futurum cauſæ implementum ſperaſſet: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuiſſe intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus*, quoniam in hoc donationum aut potiùs cõtractuum genere plerumque facti magis quàm iuris quæſtio eſt. Nam ſi Titio decem donaui ea conditione, vt inde Stichum emeret, non aliter donaturus, & Stichus antequàm emeretur deceſſerit placet competere mihi condictionem. Si verò alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere propoſuerat, dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret cauſa magis dandæ pecuniæ quàm donationis conditio exiſtimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus ſcribit in *l. 2. §. vlt. D. de donat.* Et generaliter, vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Vlpiano, hoc in donationibus definiendum eſt, multum intereſſe, an cauſa donandi fuerit, an conditio, ſi cauſa fuit, ceſſare repetitionem, ſi conditio, repetitioni locum fore. Rectè
verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus † 3
quæ donationem non habent, non adhibetur ea diſtinctio, ſed dicimus indiſtinctè locum eſſe condictioni ſi cauſa non ſequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Stichum emeres perinde fuerim tibi daturus ſine cauſa, & vt non habuerim tibi donãdi voluntatem. Donandi. n. animus eſſet ac probaretur ex eo ſolo quod nullo iure cogente dediſſem tibi decem nullo adiecto onere, nulla cauſa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine cenſeri poſſit ea liberalitas, quæ nec aliam cauſam habeat præter ſeipſam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adeſt, facti incidit quæſtio an æquè fuerim donaturus ſine huius cauſæ

adiectione

8 *Donatio qualibet cauſa mortis indiſtinctè imputanda eſt in legitimam portionem.*

9 *Quæ diſtinctio adhibenda ſit in quæſtione, An reſciſſo per querelam teſtamento infirmanda donatio cauſa mortis.*

QVOD interpretibus noſtris placere ſuprà diximus vt valeant donationes cauſa mortis etiam defuncto donatore ſine herede, facit ſanè vt minùs mirum videri debeat quod iidem volunt,
1 etiam valere † eo caſu quo donator qui teſtamentum fecerat poſt ea deceſſerit abſque herede teſtamentario, non ſolùm ſi delatam ſibi hereditatem teſtamentariam heres inſtitutus repudiauerit, quam adire poterat ſi voluiſſet, ſed etiam quod magis eſt ſi nec volens poſſit heres eſſe ex teſtamento putà quod reſciſſum ſit per querelam inofficioſi. Sic enim illi vulgo poſt Bartolum ad *l. etiam* 11. *D. de inoffic. teſtam.* Eadem nimirum ratione ad omnes iſtos caſus accommodata, & quam Bartolus tradit, quod mortis cauſa donationes non pendeant à teſtamento, ſiue quod fiant extra teſtamentum, ſiue quod nihil vetet eas fieri etiam ab inteſtato, adeóque ab eo qui neque teſtatus neque inteſtatus hereditatem vllam habere poſſit. *l. tam is* 25 *in princip. &* §. 1. *D. de mort. cauſ. donat.* Sed quemadmodum iam oſtendimus non poſſe valere donationes cauſa mortis, collatas ſcilicet poſt mortem donatoris ſi donator ſine herede deceſſerit. Ita & nunc probabimus facto per donatorem te-
2 ſtamento † quod per querelam inofficioſi reſciſſum ſit, irritas quoque fieri mortis cauſa donationes quantumuis extra teſtamentum factas, licet hereditas ex teſtamento adeatur. Etſi enim verum eſt donationes cauſa mortis non vſque adeò pendere à teſtamento, vt non poſſint fieri ab inteſtato, vſque adeò vt nec in teſtamento fieri poſſint, ſecundùm ea quæ ſuo loco in hanc rem diſputauimus. Attamen cùm is qui mortis cauſa donauerat fecit teſtamentum, donatio cauſa mortis ſequitur omnino ius teſtamenti, vt ſi qua ratione teſtamentum infirmetur, ipſam quoque donationem infirmari neceſſe ſit. Non aliter quàm de codicillis ſolemus dicere, poſſe quidem fieri eos ab inteſtato, ita vt eo caſu non rumpantur ne quidem agnatione præteriti poſthumi, ſed tamen ſi teſtamentum factum ſit ſequi ius teſtamenti vt rupto teſtamento etiam codicilli euaneſcant *l. ab inteſtato* 16. *D. de iur. codic.* Nam cùm donatio cauſa mortis ex eo potiſſimùm æſtimetur, quòd donator mauult ſe habere quàm donatarium, donatarium verò quàm heredem ſuum: vtique is qui & teſtatur & donat cauſa mortis, non de alio herede ſenſiſſe videri poteſt cui prælatum voluerit donatarium, quàm de teſtamentario, & conſequenter non habet donatarius voluntatẽ donatoris, vt præferatur heredi legitimo, de quo
3 donator non cogitauit, Nec dici poteſt donatorem † qui voluit donatarium præferri teſtamentario heredi, multò magis prælatum eum voluiſſe legitimo, quem minùs dilexit. Alioqui eadem ratiocinatione probares legata & fideicommiſſa relicta ab herede teſtamentario, à legitimo quoque præſtanda eſſe, quamuis ab eo non fuerint repetita, quod tamen falſum eſt, nec minùs in fideicommiſſis quàm in legatis, quamuis fideicommiſſa ab inteſtato quoque relinqui poſſint, non etiam legata. *l. Titia.* 13. *D. de inoff. teſtam. l. pen.* §. *vlt. de leg.* 2. *l. generaliter.* 24. §. *ex teſtamento. D. de fideicommiſſ. libert. l.* 1. *C. eod.* Cumque donationes cauſa mortis paſſim dicantur capi ad inſtar legatorum. *l. Marcellus* 15. *l. etſi debitor.* 17. *l. illud.* 37. *D. de mort. cauſ. donat. l. vlt. C. eod.* tanto apertiùs fit vt infirmato teſtamento infirmari etiam debeant mortis cauſa donationes, quoniam & legata infirmarentur, adeò vt nec ab inteſtato repeti poſſent. Quamquam non ego minùs rectam eſſe hac parte legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem ſi quis ea in vniuerſum abuti velit, quandoquidem ab inteſtato, relinqui legata non poſſent neque ab inteſtato repeti: quod vtrumque tamen in mortis cauſa donationibus non ſimiliter diceretur, quæ ſicut, ab inteſtato fieri poſſunt, ita & quæ à teſtatore factæ ſunt ab inteſtato quoque repeti, non quidem ita vt legitimi heredes rogentur eas præſtare (eſſet enim hæc non tam repetitio donationum quàm earum conuerſio in fideicommiſſum) ſed ita vt dicat donator ſe malle vt donatarius rem habeat, quàm vt herés quiſquis ille erit ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus. Quod ſi dictum non ſit, eadem certè ratio quæ facit vt fideicommiſſa quę à teſtamentariis heredibus relicta ſunt à legitimis non debeantur, quamuis ab his æquè ac ab illis relinqui potuerint, facere etiam debet vt donationes cauſa mortis quæ ab inteſtato relinqui potuerant, infirmato tamen teſtamento ipſæ etiam infirmentur, quòd teſtator de legitimis heredibus ſiue onerandis ſiue lædendis cogitaſſe dici non poſſit, quamuis eos minùs dilexerit quàm teſtamentarios, quos tamen aut læſos voluit, aut oneratos. Nam ſicuti legatum, itemque fideicommiſſum delibatio hereditatis eſt qua teſtator ex eo quod vniuerſum teſtamentarij heredis foret alicui quid collatum velit *l. legatum* 116. *de legat.* 1. ita & mortis cauſa
donatio, † quæ ita fit vt poſt mortem donatoris de 4
bonis ipſius auferatur id quod ſi donatum non eſſet heredi acquireretur cum reliqua vniuerſitate bonorum *l. Seia* 42. §. *vlt. D. de mort. cauſ. donat.* De hac
enim mortis cauſa donatione † ſententiam noſtram 5
intelligi volumus, non de illa, quæ ſic fiat vt dominium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim transferatur. Si quidem quæ hoc modo poſteriore fit adeò perficitur & fit irreuocabilis viuo adhuc donatore, vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod quæri oporteat vtrum deceſſerit ille ſine herede an cum herede, nec rurſum, quod conſequens eſt, an heredem teſtamentarium reliquerit an legitimum: quia vt præcedenti capite dicebamus quod vnum deerat huic donationi ne ab initio perfecta omnino dici poſſet non ſecus ac ſi inter viuos facta fuiſſet, nempe vt reuocari nunquam poſſet, hoc ei accidit viuo adhuc donatore, hoc eſt eo inſtanti quo ipſe moritur, non quo iam mortuus ſit. Et hanc vtramque noſtræ diſtinctionis partem mirificè pro-
bat † quod Modeſtinus ſcribit in *d. l. etiam* 11. *De* 6
inoff. teſtam. etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuerit, non ideo tamen infirmationes quas viuus teſtator victori perfeciſſe proponitur, neque in dotem datorum partem poſſe vindicari. Non enim apertiùs potuit Modeſtinus ſignificare, cæteras igitur donationes infirmari quas viuus teſtator fecerit quidẽ, at ita vt non perfecerit. Quænam verò donationes illæ eſſe poſſunt quas viuus donator non perfecerit, niſi eæ demum quæ mortis cauſa, non inter viuos factæ ſint, & quæ tamen ita mortis cauſa, vt poſt donatoris mortem ſuperſit aliquid faciendum, propter quod non poſſit teſtator dici eas viuus perfeciſſe? Hæ igitur infirmato per querelem inofficioſi teſtamento infirmantur. Non quaſi in teſtamento factæ videantur, quæ nec fieri poſſent etiamſi teſtator voluiſſet (alioqui eadem ratio fuiſſet conſtituenda in dotem datorum, & donationum inter viuos quę donationum cauſa mortis, quam tamen apertiſſimè diuerſam facit Modeſtinus) ſed quia eæ donationes quæ ſic factæ ſunt à teſtatore, vt non fuerint eo viuo omnino perfectæ, non poſſunt perfici poſt ipſius mortem quin

lædatur ius hæredis ſiue in totum ſi ſolus heres ſit, ſiue pro qua parte heres eſt ſi habeat coheredem. Lædi porrò ius heredis legitimi non poteſt cùm teſtator de ſolo teſtamentario herede lædendo cogitauerit, qui teſtamentum ruperit per querelam qua nec fideicommiſſa quæ omnium fauorabiliſſima & nuda voluntate contenta ſunt, ab inteſtato repetere poteſt is cuius tanquam dementis & inſani indicia reſcinduntur. *d.l.Titia 13.in fin.D.de inoffic. teſt.l. cùm mater 18.eod.* Mirum igitur non eſt infirmato per querelam teſtamento donationes quoque cauſa mortis infirmari ſi modo perfectæ non fuerint viuo donatore. Infirmari verò non poſſe cæteras quas teſtator viuus perfeciſſe proponatur id eſt inter viuos & antè mortem inſecutam. Sic enim dictionem illam *viuus* interpretor; vt reſtringam Modeſtini ſententiam ad donationes inter viuos, ſed vt ad eas, quæ licet mortis cauſa factæ, inter viuos tamen perficiuntur, id eſt viuo adhuc vtroque tam donatario, quàm donatore, ad excludendas cæteras quæ ſi poſt mortem collatæ ſint perficiuntur inter donatarium viuum & donatorem defunctum interponente ſe legis poteſtate, vt & in legatis. Nam hæ mortis cauſa donationes ſolæ ſunt quas toties ſupra diximus capi ad inſtar & exemplum legatorum: non etiam illæ quæ viuo donatore in plenum perficiuntur, id eſt ex quibus dominium ſtatim transfertur non expectata donatoris morte, & quæ per mortem donatoris fiunt irreuocabiles. Cum hac verò Modeſtini ſententia
7 valde conuenit quod Hermogenianus † ſcribit in *l.ſed ſub conditione 18 §.1.D.de bonor poſſ. contr. tabul.* ei qui contra tabulas bonorum poſſeſſionem accepit non ſolùm legati & fideicommiſſi exactionem, ſed etiam mortis cauſa donationis retentionem denegari. Eius ſcilicet donationis quæ viuo donatore in plenum perfecta non fuerit, ſed quæ per traditionem quidem facta ſit, verùm ita vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortem. Sicut enim ex eo quod lex illa loquitur de retentione non de actione deneganda, intelligimus ponendum eſſe factam traditionem, alioqui actione indigeret donatarius non retentione. Ita ex comparatione quæ ibidem fit huius donationis cum legato & fideicommiſſo colligere licet non ad alias donationes eam ſententiam pertinere quàm ad eas quæ ad inſtar legatorum capiantur, id eſt ex quibus dominium non niſi poſt donatoris mortem transferatur, licet traditio facta ſit à viuo donatore. De quibus etiam intelligi debent cæteri omnes iuris loci qui de legatis & fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus promiſcuè loquuntur vt *l.ſi verò 8.§. ſed etſi mortis. De bon.lib.* vbi Vlpianus cùm in §. præcedente ſcripſiſſet remoueri patronum à bonorum poſſeſſione contra tabulas ſi quid ſibi ſuiſve relictum agnouerit, ſubiungit, ſed etſi mortis cauſa donationem agnouerit dicendum eſſe repelli eum à contra tabulas bonorum poſſeſſione, ſic tamen, inquit, ſi poſt mortem liberti agnouerit non viuo liberto: quod facilè poteſt euenire in donatione cauſa mortis, quam libertus contulerit in filium patroni, fortaſſe ignorantis. Cæterùm, inquit Vlpianus, ſi patrono ipſi libertus viuus donauit & ille accepit, non erit repulſus à contra tabulas bonorum poſſeſſione, quia poteſt dicere ſperaſſe ſe quod in teſtamento quoque gratus circa eum foret permittique ei debet vel ab iis diſcedere, vel ea compenſare in portionem pro rata. Quanquam in ea ſpecie poteſt defendi non eſſe diſtinguendum qualis fuerit mortis cauſa donatio, an talis quæ in plenum perfecta ſit viuo donatore an cuius effectus collatus ſit poſt mortem donatoris, ſiquidem tùm quoque cùm ita ſit vt dominium ſtatim ex ea transferatur quia tamen non ſit irreuocabilis niſi moriente demum donatore, quo tempore inſpecto ineunda eſt ratio bonorum, quoties de legitimæ portionis quantitate diſputatur *l.cum queritur 6.C.de inoffic.teſtam.* videtur facta contemplatione debitæ portionis, quod ſufficit vt vel quaſi mortis cauſa donatio imputetur in portionem debitam, vel quaſi agnita repellat patronum à contra tabulas bonorum poſſeſſione vt idem Vlp. ait in *l.3.§.ſed etſi non mortis eod.tit. De bon.lib.* Qua etiam ratione fatemur non illibenter donationem quamlibet cauſa mortis † indiſtinctè imputandam eſſe in legitimam portionem, tametſi proponatur perfecta viuo donatore propter tranſlatum per eam dominium ex die traditionis, quia hoc ipſo quod mortis cauſa donatio eſt, computari debet in bonis quæ moriens teſtator habuit, cùm eo ſolo inſtanti mortis cœperit facta eſſe irreuocabilis, aut ſi ſubtiliùs contendere voles, iam tum fuiſſe donationem extra bona defuncti quod ſummo iure fatendum eſt, arg. *l. ſequens quæſt. 67. de leg.2.* illud ſaltem concedere te oportebit, videri factam donationem contemplatione legitimæ portionis ob adiectam mentionem quod diuerſum eſſet in donatione facta inter viuos ſi nihil præterea de legitima portione dictum eſſet *l ſi non mortis 21. de inoffic.teſtam.* Sed alia quæſtio eſt de qua nunc tractamus An reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento infirmanda ſit necne donatio cauſa mortis: in qua † quæſtione diſtinctio illa neceſſariò adhibenda eſt, an pleniſſimum effectum habuerit viuo donatore, an non habuerit, quia difficilius eſt vt dominium pleno iure quæſitum donatario in vita donatoris ei auferatur ex cauſa quæ inopinata emerſerit poſt mortem donatoris, quàm vt quod ei ſic donatum eſt ſummoueat eum à querela vel à bonorum poſſeſſione contra tabulas, vel in portionem ei debitam computetur.

ERROR VII.

De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione l. etiã 11.D. de inoffic. teſtam. & l.5. § qui mortis D. de his quæ vt indign.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli improbabilis inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionem contra tabulas.*

2 *Qui egit de inofficioſo nec obtinuit ea tantùm perdere debet quæ pendent ex teſtamento: Is verò qui petijt contra tabulas illa etiam omnia quæ aliunde quam ex teſtamento, ex Bartoli ſententia.*

3 *Falſam eſſe poſtremã partẽ ſuperioris enunciati & n.7.*

4 *Quomodo accipiendum illud: in querela inofficioſi quæri de iure teſtamenti, non de iure actoris.*

5 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur fauore perſonæ cui datur, ſi talis ſit quæ eo beneficio vti debeat: querela verò inofficioſi odio teſtamenti.*

6 *Baronis Lapſus.*

8 *Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur in ipſas tabulas & contra lignum: querela verò inofficioſi in perſonam heredis.*

9 *Infirmato teſtamento, ipſa quoque donatio cauſa mortis infirmatur, eo caſu quo teſtamentaria voluntas vltima eſt.*

10 *Error Bartoli & Accurſij putantium donationem cauſa mortis non pendere ex teſtamento.*

11 *Alius eorundem error.*

12 *Accurſij diſtinctio exploſa.*
13 *Quæque vltima voluntas exigit perſeuerantiam.*
14 *Interpretatio Accurſiana L. ſed ſub conditione 18. §. 1. D. de bono. poſſe. contra tabulas tanquam commentitia reiicitur.*
15 *Diſtinctio Bartoli ſpuria.*
16 *Emendatio l. etiam 11. D. de inoffic. teſt.*
17 *Vbi donatarius qui egit, querela inofficioſi obtinuit reſciſſo teſtamento infirmantur omnes mortis cauſa donationes quæ viuo donatore perfectæ non ſunt. & num. 26.*
18 *At cum ſuccubuit teſtamentum ratum manet, & quæ ex eo pendent donationes.*
19 *Vtrum donatarius qui teſtamentum inofficioſum dixit donationem cauſa mortis, quam à teſtatore accepit amittere debeat.*
20 *Ratio dubitandi.*
21 *Ratio decidendi.*
22 *Diſcrimen inter legata & mortis cauſa donationes.*
23 *Error Hugolini.*
24 *Submouetur obiectio petita ex l. cum tabulis 16. in pr. D. de his quæ vt indig. cuius vera affertur ſententia.*
25 *Error interpretum in æquiparatione donationum inter viuos & mortis cauſa.*
26 *Cuius iuris ſit illud pronuntiatum, reſciſſo per querelam teſtamento infirmantur quoq; donationes cauſa mortis, niſi quæ viuo donatore perfectæ fuerint.*

PLANE quam diſtinctionem adfert
Bartolus ad *l. 5. §. qui mortis D. de his*
1 *quæ vt indign.* inter querelam † inoffi-
cioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas, ego probabilem
non puto. Ait enim in querela inofficioſi teſtamenti
itemque in accuſatione falſi quæri de iure teſtamenti,
non de iure patris aut filij, patroni vel liberti, At in
bonorum poſſeſſione contra tabulas de iure patris vel
filij, patroni vel liberti, non de iure teſtamenti, ex
2 *l. fil. 16 §. 1. D. de inoff. teſt.* Indéque infert eum † qui
egit de inofficioſo, nec obtinuit, ea tantùm perde-
re debere, quæ pendent ex teſtamento: Eum verò
qui petit contra tabulas, illa etiam omnia quæ ali-
unde quam ex teſtamento. Eadem enim ratione poſ-
3 ſet Bartolus inferre, † eum qui bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas petiiſſet, amittere etiam debere
donationes inter viuos, aut quas viuus teſtator ei
perfeciſſe proponeretur, quod tamen non ſolum nullo
iuris loco ſcriptum reperias, ſed pugnat etiam diſertè
cum *di. leg. ſed ſub conditione. 18. §. 1. de bon. poſſ. contr. tabul.* vbi non erat cur de donationibus cauſa mor-
tis Hermogenianus loqueretur, ſi in donationibus
inter viuos idem quoque reſpondendum exiſtimaſſet.
4 Et quod ſcriptum eſt in *d. l. filio. §. 1.* in querela †
inofficioſi quæri de iure teſtamenti, non de iure acto-
ris, non eò pertinet quaſi per bonorum poſſeſſionem
contra tabulas magis minúsve rumpatur teſtamen-
tum quàm per querelam inofficioſi, nec rurſus vt de-
terior eſſe debeat condicio eius qui petiit contra ta-
bulas, quàm eius qui conqueſtus eſt de inofficioſo.
Sed vt ſententia quæ fertur in querela inofficioſi te-
ſtamentum ipſum afficiat, & illud inofficioſum vel
eſſe vel non eſſe pronuntiet. Ea verò quæ ferenda
eſt petita bonorum poſſeſſione contra tabulas in per-
ſonam concipienda ſit, id eſt de iure petentis, an ni-
mirum ſit ex eorum numero, quibus illa bonorum
poſſeſſio competit, non de iure teſtamenti: vnde fit
vt ſententia de parte præterito inter ipſum & ſcrip-
tum heredem: ſententia verò contra teſtamentum
inofficioſum inter omnes ius faciat, quemadmodum
5 ad eum locum Baro interpretatur, quia bonorum †
poſſeſſio contra tabulas datur fauore perſonæ, cui da-
tur ſi talis ſit quæ ad illud beneficium admitti debeat:
querela verò inofficioſi odio teſtamenti, etiamſi nul-
lum ius ſuccedendi habeat is, qui querelam proponit
l. 1. l. poſthumus. 6. §. ſi quis ex his. D. eo. Cæterùm bono-
rum poſſeſſio contra tabulas datur in ipſas tabulas
& contra lignum non adita quoque hereditate. *l. quod*
vulgo 19. D. de contr. tab. In eóque errat Baro † qui tra- 6
ctans de bonorum poſſeſſione contra tabulas loquitur
de ſententia reddita inter patrem præteritum & ſcrip-
tum heredem, quaſi detur ea bonorum poſſeſſio à præ-
tore per ſententiam & contra heredem, quod vtrum-
que falſum eſt. Datur enim de plano contra lignum &
ſine cauſæ cognitione. Ideoq; facilè fit vt reperiatur
ſine re, vt in *d. l. filio. §. 1.* Querela † verò inofficioſi 7
in perſonam heredis datur, à quo aditam eſſe oportet
hereditatem, priuſquam querelæ locus ſit, aut eſſe
poſſit. *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſt. a. l. ſi quis filiū 34. in fin. C. eo.* requirit quę pleniſſimam cauſę
cognitionem in iudicio centumuirali, & ſententiam
quæ teſtamentum infirmet. *l ſi pars 10. D. eo.* Vt proin-
de nulla ratio ſit cur † plura debeat amittere, qui bono- 8
rum poſſeſſionem contra tabulas petiit, quàm qui de
inofficioſo teſtamento conqueſtus eſt, cùm è contra-
rio ſit longè odioſior is qui agit de inofficioſo, tan-
quàm qui grauiorem iniuriam faciat defuncto cuius
reſcindit iudicia tanquam dementis & inſani, *l. 2. & 5. d. l. Titia. 13. in fi. D. eo.* & conſequenter tanto dignior
cui auferatur quicquid habet voluntate defuncti. De-
nique non alia ratione credendum eſt, ei qui bono-
rum poſſeſſionem contra tabulas petiit denegandam
retentionem donationis cauſa mortis, quàm quia pen-
det ex tabul. vt alia quælibet ſpecies vltimæ volun-
tatis: ſiquidem facto teſtam. fieri nequit vt moriatur
teſtator cum vltima voluntate ab inteſtato: ne alioqui
inducamus vt idem pro parte teſtatus, pro parte inte-
ſtatus deceſſiſſe intelligitur. Et ideo reſciſſo teſtamen-
to, neceſſe eſt reſcindi & infirmari quamlibet eiuſdem
teſtatoris vltimam voluntatem, quaſi teſtamentariam,
ac proinde mortis quoque cauſa donationes, non mi-
nùs quàm legata vel fideicommiſſa, quorum illa qui-
dem non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, hæc verò
etiam extra teſtamentum. Niſi fortè quis eò abſurdi
ſe deduci patiatur vt eandem mortis cauſa donatio-
nem, quæ nullo facto teſtamento cenſenda eſſet iure
vltimæ voluntatis, facto teſtamento velit eò minùs
cenſeri eam iure vltimæ voluntatis, habendámque
pro contractu inter viuos. Quod ſanè ridiculum eſſet,
quia non poteſt donatio cauſa mortis aliam & aliam
habere naturam in caſum teſtati & in caſum inteſtati,
niſi quòd facto teſtamento vltima eſt voluntas teſta-
mentaria, nullo etiam facto eſt vltima voluntas ab in-
teſtato. Porrò quo caſu teſtamentaria † voluntas vl- 9
tima eſt, hoc ipſo quod teſtamentum infirmatur, ip-
ſam quoque donationem cauſa mortis infirmari con-
ſequens eſt, quæ vtique non infirmaretur ſi eſſet do-
natio inter viuos. Qua ratione videntur moti pruden-
tes iam olim vt in legis Papiæ interpretatione dicerent
legati appellatione etiam mortis cauſa donationem,
ſicut & fideicommiſſum contineri. *l. & fideicommiſſum*
87. de leg. 3. vt nimirum moriente donatario cau-
ſa mortis ante apertas tabulas perinde donatio cauſa
mortis fieret caduca, & fiſco acquireretur, atq; lega-
tum, quāuis non eſſet in tabulis relicta. Sic enim fuiſ-
ſe ius vetus apparet ex eo quod ipſe Iuſtinianus cùm
hanc legem Papiam de caducis ſuſtulit donationum
quoque mortis cauſa factarum meminit, non minùs
quàm legatorum & fideicommiſſorum. *L. vnic. §. ſin autem aliquid in fin. & §. hæc autem omnia. C. de caduc. tol.* Quonā verò colore donationes cauſa mortis factæ
extra teſtamentum poterant fieri caducæ ob mortuum
donatarium ante apertas tabulas, ſi non penderent

ex

ex teſtamento? In eoque miror ſanè tam improbabiliter hallucinatum eſſe Bartolū † poſt Accurſium,
10 & poſt Bartolum cæteros vt putauerint eandem hac in re rationem eſſe donationis cauſa mortis & inter viuos, quaſi illa non magis quàm hæc pendeat ex teſtamento. Viderunt nimirum vtramque fieri
11 extra teſtamentum, licèt in eo quoque errent † quòd putant vtramque fieri poſſe in teſtamento, & non cogitarunt differentiam illam quam tamen nec ipſi ignorarunt, quòd donatio inter viuos nunquam eſt vltima voluntas. Donatio autem cauſa mortis non ſolùm vltimæ voluntatis ſpecies eſt, ſed etiam, quod in quæſtione noſtra præcipui momenti eſt, ſpecies vltimæ voluntatis teſtamentariæ quoties factum eſt teſtamentum, ab inteſtato verò quoties donator nullum teſtamentum fecit. Quòd ſi bene vidiſſet Ac-
12 curſ. non diſtinxiſſet † quomodo diſtinguit in *d.l.Lætiā* vtrum donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento necne, vt cùm confirmata eſt reſcindatur reſciſſo teſtamento, ſi verò confirmata non ſit, non idcirco reſcindatur. Quaſi verò donatio cauſa mortis quæ confirmata eſt in teſtamento magis ſit vltima voluntas teſtamentaria, quàm ſi confirmata non eſſet, aut etiam quaſi donatio cauſa mortis facta extra teſtamentum, poſtea tamen teſtamento confirmata perinde habenda ſit acſi in teſtamento facta eſſet, quæ tamen, vt in præcedentibus probauimus, nec ſi teſtator voluiſſet in teſtamento fieri potuiſſet. Atqui, inquit Bartolus, poterat in teſtamento reuocari ſi ea fuiſſet voluntas donatoris eiuſdemque teſtatoris. Fateor, quoniam & extra teſtamentum ac per ſolam pœnitentiam reuocari potuiſſet, ſed quid tum? An idcirco habenda eſt pro facta in teſtamento vbi nec fieri potuit? An non facilius eſt vt in teſtamento reuocetur quàm vt fiat? Nam & legata quæ extra teſtamentum relinqui non poſſunt, niſi fortè in codicillis teſtamento confirmatis, quo caſu habentur pro relictis in teſtmento, adimi tamen poſſunt extra teſtamentum quocunque indicio voluntatis etiam tacitæ, putà ob inimicitias ſuperuenientes. *l.3.§.vlt. cum duab. ſeqq & paſſ. D. de adim. legat.* Nempe quia pro-
13 prium illud eſt cuiuſque vltimæ † voluntatis vt exigat perſeuerantiam *d.l.4. eodem l. cum hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo prodeſſe poteſt, vt donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento, niſi ad hoc vt tanto apertius ſit non fuiſſe reuocatam. Et ſi ne quidem hoc neceſſarium erat vt confirmata eſſet ne reuocata videretur, cum ſufficiebat vt neque in teſtamento, neque extra teſtamentum reuocata eſſet, quod factum fuiſſet hoc ipſo quod teſtator idemque donator nihil feciſſet. Deinde quid ſi donatio cauſa mortis facta eſſet poſt teſtamentum? Nam cùm in teſtamento fieri non poſſit, apparet nihil intereſſe ad eius validitatem, an poſt teſtamentum facta ſit, an verò ante teſtamentum. Et tamen quæ poſt teſtamentum facta eſſet, non poſſet teſtamento confirmari, nec poſſet ea confirmatio facere vt non eſſet reuocata donatio quæ
14 facta nondum fuiſſet. Ergo interpretatio † illa Accurſij exiſtimantis Hermogenianum qui infirmato per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamẽto, donationes quoque mortis cauſa factas infirmari vult, de iis donationibus intelligi debere, quæ teſtamento confirmatæ ſint, non ſolùm commentitia eſt & diuinatoria, cùm de tali confirmatione nullum ſit in tota lege verbum aut argumentum, ſed etiam nimis reſtrictiua & improbabilis, cùm faciat vt aliud dicendum ſit de donationibus cauſa mortis poſt teſtamentum factis, itemque de cæteris factis ante teſtamentum ſi non fuerint confirmatæ. Et quod Bartolus hanc Accurſij interpretationem probat veramque eſſe ait, non tam me mouet vt eam probare debeam (quum video neque verbis Hermogeniani neque iuris rationi conuenire) quam vt ex eo infetam, neque placuiſſe ſibi Bartolum in ea differentiæ ratione quam cōmentus fuerat inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionē contra tabulas, neque aliud quicquam melius quod diceret habuiſſe. Vt proinde non niſi valde alienum videri poſſit quod ille tractat de poteſtate confirmationis, quid ſcilicet operetur, quando confirmatum per ſe
ſubſiſtit. Sed & diſtinctio † quam ille adhibet An actus confirmati annullatio penderet ex volūtate cōfirmantis necne vt priorē caſu actus valeat ex diſpoſitione confirmante, non ex confirmata, non videtur mihi vera. 15 Quoties n. actus confirmatus per ſe ſubſiſtit, quamuis eius annullatio pendeat ex nutu & voluntate confirmantis, nihil tamen aliud poteſt facere confirmatio, niſi vt pro negatione ſit, id eſt, pro non reuocatione, non etiam vt ei actui qui iam per ſe valet nouam vim nouamque formam tribuat. Idque meo iudicio probatur optimè ex eo ipſo reſponſo Africani quo Bartolus abutitur in *l. ſi quando 109. De leg. 1.* vbi ſcriptum eſt ſi quando quis vxori ſuæ viuus donauerat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum ſentire, quàm de iis quæ iure non ſint valituræ, alioquin inutile fore legatum. Nec enim aliæ donationes inter virum & vxorem iure valere poſſunt quàm quæ factæ ſunt mortis cauſa, cùm cæteræ inter viuos factæ regulariter ſint improbatæ. *l. ſi eum. 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de don. int. vir. & vx* neque tamen eo minus reuocari poſſunt quomodo & cæteræ mortis cauſa donationes ſi donator velit, quinimo tanto magis quod non poſſunt illæ ita fieri vt dominium ex iis transferatur ſtatim & viuo adhuc donatore. *l. ſed interim. 11. eo.* Non igitur confirmatio teſtamento facta poteſt pertinere ad mortis cauſa donationes vtiles quæ ab initio valuerunt, licet potuerint reuocari. Et ſanè inauditum eſt apud prudentes noſtros valere factam teſtamento confirmationem earum donationum quæ nulla egeant confirmatione, licet fuerint reuocabiles. Niſi poneres confirmatione aliquid additum, quod antea non fuiſſet, puta ſi factæ eſſent irreuocabiles, quod tamen non fit per confirmationem poſitam in teſtamento, quæ ipſa ſicut & alia quælibet vltima voluntas proculdubio reuocabilis eſt. *l. cum pater. 77. §. pater filia de legat. 2. iunct. l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo quantumuis poneres mortis cauſa donationes confirmatas fuiſſe in iis tabul. contra quas poſtmodum petita ſit bonorum poſſeſſio, non eo magis tamen infirmatis tabulis infirmari quoque donationes dicendum eſſet, ſi verè diceretur non fuiſſe infirmandas ſi confirmatæ non fuiſſent. Quid enim abſurdius, quàm facilius infirmari donationem tanquam infirmiorem factam ob id ſolùm quod fuerit confirmata? Confirmatio ſiquidem quæ ipſo iure non valeret ac nulla eſſet præter id quod effectum nullum habere deberet, ſi verum eſt vt eſt vulgare illud noſtrorū brocardicū, id quod nullum eſt nullum debere effectum habere, etiamſi effectum aliquē haberet non eum tamen habere deberet vt infirmiorem faceret donationē vel odioſiorem, ſed vt tanto firmiorem & fauorabiliorem. *l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Porro ſi donationes cauſa mortis ſiue teſtamento confirmatæ ſint ſiue non ſint, infirmantur petita bonorum poſſeſſione cōtra tabulas, quia & teſtamentum ipſum reſcinditur, cur non idem admittemus reſciſſo quoq. teſtamēto per querelam? Neque verò puto de hoc dubitaturos fuiſſe Accurſium, Bartolū & alios quotquot in eadem opinione ſunt interpretes, nedum in errorem

errorem hunc quem nos refutauimus prolapſuros niſi
eos corrupta lectio Modeſtini in dicta *l. etiam* fefelliſ-
16 ſet. Sic enim legerunt † quomodo etiamnum habet
vulgatis lectio *Etiam ſi in querela inofficioſi teſtamenti
non obtinuit filia*, quaſi eadem ſit ſententia Modeſtini
eo loco quæ Pauli in dicta *l. 5. §. qui mortis. D. de his
quæ vt indign.* cùm tamen ex Pandect. Florent. didi-
cerimus legendum eſſe *etiamſi querela inofficioſi teſta-
menti obtinuit*, & ponendum viciſſe illum qui egit
querela inofficioſi, qui idem donationes acceperat à
teſtatore: quemadmodum & in ſpecie dictæ *l. ſed ſub
conditione. 18. §. 1. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.* qui
erat donatarius idem acceperat contra tabulas bono-
rum poſſeſſionem. Multum vero intereſt an donata-
rius qui agit querela inofficioſi obtinuerit an ſuccu-
17 buerit. Nam cùm obtinuit † ea locum habent quæ
modò diximus, & reſciſſo per querelam teſtamento
infirmantur omnes mortis cauſa donationes, niſi ſi
tales ſint quæ viuo donatore perfectæ proponantur,
id eſt, vt explicauimus, ex quibus dominium ſtatim
tranſlatum fuerit, & quæ irreuocabiles factæ fuerint
18 moriente donatore. Cùm vero ſuccubuit † teſtamen-
tum ratum manet ac proinde cauſa nulla eſt cur do-
nationes cauſa mortis quantumlibet ex teſtamento de-
pendentes ratæ manere non debeant. Sed illa tantum
19 quæſtio poteſt incidere vtrum † donatarius qui teſta-
mentum inofficioſum dixit donationem cauſa mortis
quam à teſtatore accepit, amittere debeat. Dubitan-
20 di † autem ratio ex eo eſt, quod ſi hic legatum petere
vellet ſummouendus eſſet tanquam indignus, ſicut
& ille qui teſtamentum ex quo legatum nunc peteret
falſum dixiſſet *l. ſi teſtamentum 6. D. de heredit. petit.
l. 4. l. 5. §. 1. D. de his quæ vt indign.* Abſurdius enim eſt
vt idem teſtamentum & inofficioſum dicatur, & pro-
ſit ad petitionem legati quàm ſi falſum diceretur, vt
ex eo apparet quod legatum acceptum licet arguere
falſum teſtamentum perinde atque non iure factum
contendere, inofficioſum autem dicere non permitti-
tur *d. l. 5. in princip.* nimirum quoniam qui falſum te-
ſtamentum dici diſputat de facto, qui verò non iure
factum, diſputat de iure, qui autem agit de inoffi-
cioſo iudicium impugnat teſtatoris *d. l. 5. §. 1. d. l. ſi teſta-
mentum 24. eod. tit.* Atqui eadem ſolet eſſe ratio lega-
torum, & donationum cauſa mortis vt toties inculca-
uimus. Cur non ergo donationes cauſa mortis auffe-
rentur tanquam indigno ei qui egit de inofficioſo
quamuis non obtinuerit, Nam ſi obtinuiſſet, non
indignitas aufferret ei emolumentum donationum, ſed
ratio iuris quæ non pateretur valere donationes pen-
dentes ex eo teſtamento quod infirmatum eſſet. Ve-
21 rùm reſpondet † Paulus in dict. *l. 5. §. qui mortis.* Eum
qui mortis cauſa donationem accepit à teſtatore non
eſſe in hac cauſa ſimilem legatario. Non quòd hæc
donatio non capiatur ad exemplum & inſtar legato-
rum, ſi ſic facta ſit vt dominij tranſlatio collata fue-
rit poſt mortem donatoris, ſed quia cùm donatio cau-
ſa mortis neque fieri poſſit in teſtamento neque ſit
pars teſtamenti, in quo differt à codicillis etiam te-
ſtamentariis *l. penultim. D. teſtam. quemadm. aper.*
quamuis pendeat ex teſtamento, hactenus vt ſi reſciſ-
ſum eſſet teſtamentum ipſa quoque donatio reſciſſa
cenſeretur, non poteſt videri iudicium teſtatoris in
donando impugnaſſe donatarius qui teſtamentum
per inofficioſi querelam impugnauit. Non enim om-
nem vltimam voluntatem ille impugnat, qui agit de
inofficioſo, ſed eam tantùm quæ teſtamento contine-
tur, cùm non alio colore detur, quàm quaſi demens
& inſanus fuerit teſtator, non ſemper, ſed tum cùm
ſuprema teſtamenti ordinabat. *l. 2. & 3. dict. l. Titia.
13. D. de inoff. teſtam.* Illa igitur hac parte diuerſita-
tis ratio eſt inter legata & mortis cauſa donationes,
quòd legata † non niſi in teſtamento relinqui poſſunt, 22
donationes verò ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis
non niſi extra teſtamentum. Proinde qui impugnat
iudicium defuncti circa teſtamentum, impugnat etiã
circa legata, at non ſimiliter circa donationes cauſa
mortis, non magis quàm circa donationes inter vi-
uos. Quis ergo miretur dignum eum eſſe qui à lega-
to tanquam indignus ſummoueatur, non etiam à do-
natione ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis? Nulla
ſiquidem hac in re differentia eſt inter donationes,
ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factæ fuerint, &
ſiue ex mortis cauſa donatione dominium tranſlatum
fuerit ſiue collata dominij tranſlatio poſt mortem
donatoris. In quo errauit † Hugolinus vetus inter- 23
pres qui ſententiam Pauli in *dict. §. qui mortis.* voluit
coarctare ad eas mortis cauſa donationes quæ ſic fiũt
vt nullo caſu reuocentur de quibus in *l. ſi alienam. 13.
§. 1. l. Senatus 35. §. mortis cauſa, de mortis cauſ. donat.*
Quanquam fateor in his minorem eſſe dubitandi cau-
ſam, non illa ratione, qua mouetur Bartol. quòd
huiuſmodi donationes ſint inter viuos non mortis
cauſa ex *l. vbi ita donatur. 27. eod.* (eſſet enim adhi-
benda ea diſtinctio de qua ſcripſimus Err. 1. & ſeq.)
ſed quia propriùs accedunt quàm cæteræ ad donatio-
nes inter viuos illo etiam caſu quo neceſſitas dominij
poſt mortem transferendi cogit nos fateri eas manere
donationes cauſa mortis. Fortior vrgebit obiectio
† contra donatarium, ſi quis dicat auferendam ei do- 24
nationem quam non haberet ſi ſententia ſecundum
eum dicta fuiſſet, quæ Papiniani ratiocinatio eſt, li-
cèt ad aliam ſpeciem pertinens in *l. cùm tabulis. 16. in
princip. eodem tit. de his quæ vt indign.* ſecundùm eam
loci illius interpretationem & emendationem quam
nos attulimus *lib. 6. coniect. cap. 19.* Iam enim dixi-
mus, ſi donator hic in querela inofficioſi teſtamenti
obtinuiſſet, futurum vt mortis quoque cauſa dona-
tiones quamuis extra teſtamentum relictæ non mi-
nùs quàm legata eo teſtamento data infirmarentur, ſi
modò viuo donatore in plenum perfectæ non fuiſſent.
At reſpondendum eſt rationem illam Papiniani quæ
iis verbis concepta eſt, *quia ex teſtamento ſententia ſe-
cundum ſe dicta non haberent*, non ad alia vt apparet
pertinere, quàm quæ eodem teſtamento fuerint relicta
non ad ea quæ extra teſtamentum. Talis enim eſt ſub-
ſtitutio pupillaris de qua ibi agitur, quippe quæ pa-
terni teſtamenti pars eſt dict. *l. penult. teſta. quemad.
aper.* non item donatio cauſa mortis, quamuis huius
quoque validitas à viribus teſtamenti dependeat. Er-
ror † itaque noſtrorum in eo eſt, quod donationes 25
cauſa mortis, æquiparant donationibus inter viuos,
non eo tantùm caſu, quo is qui propoſuit querelam
inofficioſi teſtamenti ſuccubuerit, quo caſu & nos ad-
mittimus bonam eſſe comparationem ex *d. §. qui
mortis*, ſed illo etiam, quo is qui egit querela obtinue-
rit, atque ita teſtamentum reſciderit, quo demum
caſu negamus nos eandem eſſe rationem donationum
inter viuos cauſa mortis, quia donationes cauſa mor-
tis vt diximus licèt non magis fieri poſſint in teſta-
mento quàm quæ inter viuos fiunt, pendere tamen
ex teſtamento, hactenus vt eo infirmato ipſas quo-
que infirmari neceſſe ſit, tanquam quæ ſpeciem con-
ſtituant vltimæ voluntatis & quidem teſtamentariæ
cùm teſtamentum factum eſt: Quæ verò inter viuos
fiunt nihil prorſus commune habent cum vltima vo-
luntate, nec proinde ob id minus valere poſſunt quod
teſtamentum infirmatum fuerit ſiue per querelam
inofficioſi ſiue per petitam contra tabulas bonorum
poſſeſſionem. Quod tamen toto hoc capite proba-
uimus, Reſciſſo † per querelam teſtamento infirmari 26
quoque donationes cauſa mortis, niſi quæ in plenum
perfectæ fuerint viuo donatore ex *d. l. etiam 11. De*

inoff.

inoff.teſtam.& d.l.ſed ſub conditione 18. §. 1. de bonor.
27 *poſſ.contr.tabul.* ſciendum eſt ad ius † vetus Pandectarum & Codicis non ad nouum & Iuſtinianeum pertinere. Poſtquàm enim Iuſtiniano placuit *Nouell. 115. vt cum de appell.cog.ca.3. incip. aliud quoque capitulum in fin. vnde ſumpta eſt Auth.ex cauſa. C. de liber. prat.* vt rupto, vel irrito facto ex cauſa præteritionis aut exheredationis teſtamento ſola inſtitutio euacuetur, vt ille loquitur, cætera verò omnia ſiue legata ſiue fideicommiſſa in eodem etiam teſtamento relicta firma remaneant, nec dubitandum eſt, quin de mortis cauſa donationibus idem conſtitutum intelligi debeat, non tam quod ad eas poſſint accommodari verba nouæ conſtitutionis, cùm neque fiant neque fieri poſſint in teſtamento, quàm vt abſurdum illud effugiamus, in quod incurreret quiſquis diceret infirmata inſtitutione faciliùs eſſe, vt firma remaneant legata, quàm mortis cauſa donationes, cum non alia maior ratio infirmari eas ſuadeat, quàm quòd legatis æquiparentur, quòdque perinde pendeat earum validitas ex teſtamento quoties teſtamentum factum eſt, acſi relictæ eſſent in teſtamento, quatenus ſcilicet ſpeciem poſſunt conſtituere & naturam habere vltimæ voluntatis.

ERROR VIII.

De donatione in genere an ſit contractus & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit condictioni aut pœnitentia.

SVMMARIA.

1 *Varia interpretum placita in quæſtione, An & qualis contractus ſit Donatio.*
2 *Donatio non eſt contractus aduerſus interpretes.*
3 *Negotij contractus eſt oratio plena, elliptica verò ſi contractum ſimpliciter dicas.*
4 *Contractus vnde dicatur.*
5 *Ex donatione nec obligatio vlla naſcitur nec actio.*
6 *Vbi donatio fit per ſtipulationem contractus eſt ſtipulationis, non donationis.*
7 *Facta donatione per traditionem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, nulla cauſa ſubeſt propter quam donatario contra donantem actio competat.*
8 *Expenditur ſententia Cuiacij dicentis donationem olim fuiſſe acquiſitionem, non conuentionem, hodie vero contra.*
9 *Donatio que fit per traditionem ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio: que verò per ſtipulationem, vel pollicitationem, vel nudum pactum ea ſemper fuit & eſt conuentio: & hac in re quanam ſit differentia inter ius vetus & nouum.*
10 *In donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur, & quatenus.*
11 *In donatione inter viuos nullum negotium geritur: & cur.*
12 *Exceptio.*
13 *Ex contractu nominato quanam actio competat aut non competat.*
14 *Expoſitio ſententia l.6.Cod. de pact. inter vend. & empt. aduerſus Bald.*
15 *Pacti & pollicitationis differentia.*
16 *Promiſſum à pacto & dicto vt differat.*
17 *Etiam ex vendito actio datur nonnunquam ad reſoluendam & diſtrahendam emptionem.*
18 *Ex contractu nominato condictio ob cauſam non datur, contra Bald.*
19 *Ratione actionis differentia inter caſum quo traditum ſit aurum pro arra, & eum quo pars pretij ſit ſoluta, ad l.2. Cod.quand.lic.ab empt.diſc.*
20 *In contractibus nominatis locus non eſt pœnitentia.*
21 *Exceptio.*
22 *Vera expoſitio l.contractus.17. C.de fid.inſt. & pr. tit. Inſt de empt.vend.*
23 *Arra poſſunt dari in argumentum perfecta venditionis: imo & perficienda.*
24 *Ex donatione facta certo pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit, & pœnitentia locus eſt, ſi donatarius non impleat quod promiſit.*
25 *Atque hoc caſu donatio non eſt propriè, ſed contractus innominatus do vt des, vel do vt facias.*

MAIORIS momenti hæc quæſtio eſt quàm prima facie eſſe videatur, cùm alia ſint iura conuentionum quæ tranſeunt in nomen contractus, alia earum quæ ſtant in finibus & terminis nudæ conuentionis *l.iuris gentium 7. §. 1. D.de pact.* ſicut & inter contractus ipſos multæ differentiæ ſunt, ſi vel nominati ſint vel innominati, vel bonæ fidei, vel ſtricti iuris. Qua de cauſa, iam olim de hoc ipſo controuerſum eſt inter veteres iuris noſtri interpretes, nec minore contentione inter recentiores. Omnibus tamen † vt video concludentibus Dona- 1
tionem eſſe contractum, ſemperque fuiſſe in hoc tantùm diſſentientibus An ſit contractus nominatus, an innominatus, & rurſum an bonæ fidei, an ſtricti iuris. Non enim deſunt qui dicant eſſe contractum innominatum, Ratione illa, quod ſi donatum ſit ob aliquam cauſam quæ non ſequatur, condictioni locus eſt & pœnitentiæ, perinde atque ex cæteris contractibus innominatis *l. 2. & 3. l. dictam 8. C.de condict.ob cauſam dator.* cui tamen locus non eſſet ſi contractus eſſet nominatus *l.ea conditione 14. C.de reſcind. vendit.* Alij & magis communiter volunt eſſe ſemperque fuiſſe contractum nominatum, cùm habeat elegans nomen, vt loquitur Bartol. ad *leg.in ædibus 9.§.1.D. de donat.* nec ſtet in nomine ſui generis vt idem ille argumentatur. Tertij diſtinguunt inter ius vetus & nouum. Volunt enim fuiſſe olim quidem innominatum ſed hodie eſſe nominatum, quæ Accurſij ſententia eſt ad *dict. leg. in ædibus §.1.* quaſi Iuſtinianus hoc ipſo quod conſtituit in *l.ſi quis argentum.35 §.penultim.C. de donat.* vt poſſit fieri donatio etiam citra ſtipulationem & traditionem, ac proinde nudo etiam pacto, fecerit etiam vt ſit contractus nominatus qui perficiatur conſenſu ſicut emptio, locatio, & ſimiles. Qua etiam ratiocinatione in alia illa quæſtione An ſit contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris, ſunt qui perinde diſtinguant inter ius vetus & nouum, vt olim quidem eſſet ſtricti iuris *l.eum qui 118.D. eod.* hodie verò ſit bonæ fidei poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, exemplo emptionis, conductionis & aliorum contractuum qui conſenſu perficiuntur. Quæ fuit veteris interpretis Hugolini diſtinctio à Bartolo tamen improbata in dict *leg.in ædibus.& dict.l.eum qui.* vbi concludit ille eſſe contractum ſtricti iuris, cùm, inquit, circa hoc nulla mutatio facta reperiatur, nec bona conſecutio ſit, vt contractus ſit bonæ fidei ob id ſolùm quòd ſit nominatus, Alioqui dicendum eſſet ſtipulationem vel bonæ fidei contractum eſſe, vel nominatum non eſſe, quod vtrumque tamen falſum eſt. *l.1.§.vltim.D.de pact.l.2. De oblig.& action.l. quicquid adſtringendæ 99. D.de verb.oblig.l. videamus 38. §.ſi actionem D.de vſur.* Sicut nec ob id ſi contractus aliquis nudo conſenſu contrahatur ſtatim conſequens eſt vt ſit bonæ fidei, quemadmodum in con-

tractu emphyteutico cernere eſt, qui licèt conſenſu perficiatur, tamen ſtricti iuris eſt, *l. 11. C. de iur. emphyteut. iunct. §. 1. actionem. Inſtit. de action.* Atque hanc Bartoli ſententiam paſſim Doctores noſtri probant, vt donatio ſit contractus & nominatus & ſtricti iuris, teſte Iulio Claro qui alios quàm plurimos refert in *§. donatio quæſt. 1.* Cuius ſententiæ illud etiam argumentum adfertur ex eodem Bartolo, quòd in contractibus innominatis certum eſt locum eſſe pœnitentiæ *l. ſi pecuniam 5. D. de condict. ob cauſ.* cui tamen locus non eſt in donatione, Nam ei qui donauit non licet pœnitere, ſcilicet ſi inter viuos donauerit non mortis cauſa. *l. Ariſto. 28. D. de donat. l. ſi te. 23. C. de don. int. vir. & vxor. l. 1. 3. 6. & paſſ. C. de reuoc. donat.* Addit Bartolus vt hoc ipſum probet à partium enumeratione, vel factam eſſe donationem per ſtipulationem, vel per traditionem. Si per ſtipulationem dubitandum non eſſe quin donatio nomen habeat *d. l. 1. §. vlt. D. de pact.* ſi per traditionem æquè habere nomen elegans, & donationem eſſe quæ ab initio & ſtatim ſuum habet effectum, quemadmodum inquit ille, depoſitum, commodatum, & alij ſimiles contractus qui re perficiuntur *d. l. iuris gentium §. 1.* Mihi omnes hæ quæſtiones videntur proficiſci à ſumma iuris ignoratione, & ab eo errore quo ſibi perſuadent interpretes donationem eſſe contractum. Si enim verum è con-
a trario eſt † vt eſt, contractum non eſſe, quid ſtultius quàm quætere vtrum contractus ſit nominatus an innominatus, vtrum bonæ fidei an ſtricti iuris? At qui contractum non eſſe ſcribit apertè Paulus in *l. interdictum 14. D. de precar.* vbi poſtquã dixit interdictum de precariis meritò introductum eſſe, quod nulla eo nomine iuris ciuilis eſſet actio, ſubiungit rationem *magis enim ad donationis & beneficij quam ad negotij contracti cauſam ſpectat precarij conditio.* quibus verbis cùm donatio & beneficium negotio contracto opponatur, oſtendit ſatis donationem non eſſe contractum. Nam vt bene Cuiacius ſcribit in *parat. C. ad ti.*
3 *De neg. geſt.* cùm dicimus † contractum ſimpliciter dicimus per defectionem cum plena oratio ſit *negotij contract.* quia omnis contractus, negotij contractus eſt. At nullum negotium geritur inter donantem & accipientem, quoties in donatione nihil niſi donatio & liberalitas eſt. Adeo vt ſi mixtum ſit aliquod negotium cum donatione, puta ſi donator in aliquem caſum voluerit ſibi obligatum donatarium placeat obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt, quaſi ſint iſta pugnantia & contradictoria eſſe negotium, & eſſe donationem. *d. l. Ariſto.* quod probatur etiam elegantet ex *l. ſi prædia 58. D. de donat. int.*
4 *vir. & vx.* Et verò cùm contractus † ex eo nomen ſumpſerit quod poſt multos tractatus ad negotium quod geritur pertinentes, quos præcedere neceſſe eſt negotium tandem in pauca contrahatur, & reſtringatur vt in *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* quis obſecro tractatus præcedit in donatione vt contractus ſequi poſſi? An forte inter donatorem & donatarium altercationibus magnis contenditur, an centum danda ſint an ducenta, ne forſitan accipere donatarius nolit centum ſi donator nolit ei dare duceta? An non potiùs boni conſulere donatarius debet, quod donator benignè ac liberaliter centum dare velit, qui ſi nollet nihil dare cogeretur? *l. ad res donatas. 62. D. de ædilit. edict.* An verò alterius eſt, quàm donatoris liberalitati eius certos fines præſtituere; & quid quantumque donare ille debeat, præſcribere? Sic igitur in donatione neque negotium vllum interuenit, neque vllus tractatus, ita reliquitur neceſſariò vt neque contractus dici ea vllomodo poſſit. Idque apertiùs etiam ex eo intelligitur, quod ex donatione nec
5 obligatio † vlla naſcitur, nec actio *d. l. Ariſto* in illis verbis *Obligationem non contrahi eo caſu quo donatio eſt,* & Paulo poſt *hic enim nec donationi locum eſſe &* ideo eſſe obligationem *d. l. interdictum. l. eum qui 14. §. is qui precario D. de furt.* quibus locis apertiſſimè ſcriptum eſt nullam eſſe proditam ciuilem actionem ex donatione adeoque quod magis eſt neque ex precario, ob id ſolùm quod precarium ſimile ſit donationi. Quis verò vnquam audiit contractum aliquem eſſe poſſe, ſiue bonæ fidei ille ſit, ſiue ſtricti iuris, ſiue nominatus ſiue innominatus, ex quo tamen non ſolùm actio nulla naſcatur, ſed neque obligatio? Facilè autem hoc apparebit à ſufficienti enumeratione modorum omnium quibus donatio fieri poteſt iure vetere inſpecto, vt primùm de iure vetere dicamus, & argumentum Bartoli in ipſum retorqueamus. Nam ſi donatio † fiat per ſtipulationem, fateor quidem eſ- 6
ſe contractum ex eoque naſci & obligationem & actionem, ſed nego eſſe illum contractum donationis: dico contractum eſſe ſtipulationis cui cauſam dederit donatio & liberalitas donatoris. Exemplo eius quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi ita fuero. 6 §. 1. D. de nouat.* cum pecuniam mutuam dedit quis ſiue ſtipulatione & ex continenti fecit ſtipulationem, vnum contractum eſſe idemque eſſe dicendum etſi antè ſtipulatio facta ſit, mox pecunia numerata. Nam vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Pomponio, cùm pecunia mutuo data ſtipulamur, non eſt dicendum obligationem ex numeratione naſci, deinde eam ſtipulatione nouari, ſed vnum eſſe contractum ſtipulationis, quia id agitur vt ſola ſtipulatio teneat, & magis implendæ ſtipulationis gratia numeratio fieri intelligenda eſt. Siquidem ſtipulationes omnes quæ efficaces ſint ad agendum ſine metu vllius exceptionis neceſſe eſt pendere ex negotio contracto *l. 5. circa princ. D. de verb. oblig.* aut ſaltem aliquam habere cauſam *l. 2. §. circa D. de dolo mal. except.* Donatio autẽ licèt nullum negotium contineat ex quo pendeat ſtipulatio, iuſtam tamen interponendæ ſtipulationis cauſam præbet, cùm ſufficiat animum donandi præceſſiſſe vt non ſine cauſa donatio interpoſita eſſe videatur *l. vt mihi donares 21. D. de don.* Sicut enim donatio nullam aliam cauſam requirit quàm donantis liberalitatem *l. 1. in princ. eod. l. 1. §. 1. D. de precar.* ita neque ſtipulatio aliam exigit cauſam quàm donationem, ſiue mortis cauſa donatio ſit *l. mortis cauſa 34. & l. ſeq. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat. l. Papinianus 23. D. de donat. int. vir. & vx. l. ſi quis argentum 35. §. pen. C. de don.* Itaque ex huiuſmodi donatione facta per ſtipulationem naſcetur quidem actio, ſed quæ non actio ex donatione dicenda erit, ſed actio ex ſtipulatione. Si vero per traditionem † fa- 7.
cta donatio ſit, ſiquidem inter viuos res expedita eſt abſolutam eſſe donationem neque cauſam vel neceſſitatem vllam ſubeſſe propter quam actio dari debeat vel contra donatorem donatario, cui nihil deeſt, vel contra donatarium donatori cui nihil abeſt niſi quantum ille ſibi abeſſe voluit. Si autem cauſa mortis traditio facta ſit ſiue ita vt dominium ſtatim ſed reuocabiliter transferatur, ſiue ita vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, ad quid poteſt quæſo eſſe donatario neceſſaria actio ex donatione quæ iam impleta ſit ex parte donatoris quantum facto eius impleri poteſt? Nam priore caſu nemo dixerit æquum eſſe contra donatorem dari actionem per quam cogatur irreuocabilem facere donationem quæ in id vſque tempus fuerit reuocabilis cùm id futurum ſit non ſolum contra voluntatem donatoris? qui non aliter donare voluit, ſed etiam contra naturam ipſam & ſubſtantiam donationis cauſa mortis: Poſteriore autem caſu cùm donator rem ita tradiderit vt tamen dominij tranſlationem diſtulerit in id tempus quo ipſe eſſet mortuus, nihil iam ſupereſt faciendum ad quod

vrgeri

vrgeri donator à donatario poſſit vel debeat. Fecit enim ille quicquid facti fuit cum tradidit, quia translatio dominij quæ ſola deſuit tempore traditionis, non facti, ſed iuris eſt, vt ſuo loco diſputauimus: Et quemadmodum donator quandiu viuit non niſi iniquiſſimè poſſet inquietari ad dominium ſe viuo transferendum, de quo non niſi poſt mortem ſuam transferendo donationis tempore cogitaſſet. Ita & poſtquam mortuus eſt nulla in hanc rem actione indiget donatarius cui poteſtas legis ſufficit vt dominium, quod fuerat donatoris viuentis eo mortuo transferatur ipſo iure in donatarium ſicuti ex cauſa legati transferretur. Ad hoc enim prodeſt quod vulgo iactatur, Donationes cauſa mortis capi ad exemplum & inſtar legatorum vt ſuo loco explicauimus ex *l.2.D.de Publician. in rem action.* Nullo igitur caſu donatio ſiue inter

8 viuos ſiue mortis cauſa ſit aut contractus dici poteſt, aut obligationem † aliquam parere vel actionem. Quo reſpiciens Iacob. Cuiac. *l.10. obſeru.c.28.* ſcripſit donationem non fuiſſe olim conuentionem, ſed acquiſitionem: hodie verò è contrario poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.ſi quis argentum.§.penul.* quæ induxit vt etiam citra ſtipulationem & traditionem poſſit fieri donatio, eſſe conuentionem. Sed magis argutè meo iudicio, quàm verè. Nam cum olim donatio non ſolùm per traditionem fieret ſed etiam per ſtipulationem, nec aliud fecerit Iuſtinianus, niſi vt quælibet teſtificatio voluntatis donatoris tantùm prodeſſet ad obligandum donatorem vt tradat quantum prodeſſet ſtipulatio, Cur dicemus donationem fuiſſe olim acquiſitionem potiùs quàm hodie, vel conuentionem hodie potiùs quàm olim? Non inficior donationem quæ fit per traditionem, eſſe acquiſitionem, non conuentionem, eam verò quæ fit per ſtipulationem, aut denique aliter quàm per traditionem, conuentionem eſſe, non acquiſitionem. Sed hac ratione non ius vetus ſeparandum fuit à nouo vt à Cuiacio factum eſt, ſed donatio quæ fit per traditionem ab ea, quæ fit per ſtipulationem vel per pollicitationem vel

9 per pactum nudum. Quæ enim per traditionem † fit ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio, quæ verò per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum ea ſemper fuit & eſt conuentio. Nulla alia differentia hac in re inter ius vetus & nouum, niſi quod olim donatio facta per pollicitationem, vel per pactum nudum non valebat neque acquiſitionis neque conuentionis iure quæ hodie valet inter viuos, eo prorſus modo quo valeret ſi eſſet facta per ſtipulationem, id eſt tanquam conuentio non tanquam acquiſitio. Soleo tamen hac parte diſtinguere donationem inter viuos, à donatione cauſa mortis. Nam in

10 donatione † cauſa mortis aliquod negotium geri videtur inter donantem & accipientem, non quatenus is qui donat, liberalitatem exercet ac donatarium cogitat, quem mauult ſe habere quàm hæredem ſuum, ſed quatenus ſe ipſum cogitat, & mauult ſe habere quàm donatarium, atque amore vitæ recepiſſe potiùs quàm dediſſe mauult, vt Paulus loquitur in *d.l.Senatus.§.1.* vbi ob hanc cauſam addit eum qui mortis cauſa donat qua parte ſe cogitat negotium gerere, ſcilicet inquit, vt ſi conualuerit, reddatur ſibi. Vnde fieri neceſſe eſt, vt ex huiuſmodi donatione naſcatur obligatio contra donatarium perinde ac ſi donationem ea nominatim lege accepiſſet, ſéque in caſum conualeſcentiæ vel pœnitentiæ eam ſe reſtiturum promiſiſſet, qua ex obligatione ſimiliter naſcitur actio, eáque duplex, condictio ſcilicet & vtilis in rem actio, ſecundum ea quæ diximus in Error. vltim. Decadis præcedentis ex *l.qui mortis 30. eodem.* Itaque hoc reſpectu nihil vetat donationem cauſa mortis dici contractũ: Præſertim eo ſenſu quo Paulus ſcribit in *l.omnem 20. D.de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam eſſe. At in donatione inter viuos † nullum 11
prorſus negotium geritur quia non ſe donator cogitat ſed ſolum donatarium, vt erga eum liberalitatem exerceat, quia mauult illum habere quàm ſeipſum. Niſi ponas † donationem inter viuos factam eſſe, vt 12
plerunque fit, certa lege dandi aliquid vel faciendi vt in *d.l.2.& 3.l. dictam 8.C. de condict. ob cauſ.dat.* Adiecta namque lex donationi nullum dubitationi locũ relinquit, quin negotium aliquod geſtum ſit inter donatorẽ, & donatarium, ex quo negotio proinde naſcatur obligatio & ex obligatione actio, quæ præſcriptis verbis appellatur in id ſcilicet competens, vt quod donatarius viciſſim daturum ſe vel facturum promiſit detur fiatve, aut id quod donatoris intererit præſtetur. *l.vlt.C.de rer.permu.l.legem.9.l.cum res.22.in fi.C. de don.* ſi non malit donator repetere quod donauit condictione ob cauſ.datorũ cauſa non ſecuta. Hoc.n. etiam ei licet *d.l.2.3.& 8. C.de condict.ob cauſ.dat.* Sed hoc caſu non eo magis dici poteſt donationem eſſe contractum, quia id genus contractus non tã donatio eſt quàm contractus, Do vt des, vel do vt facias, qui vterq; cõtractus eſt innominatus, longeque alias præſtationes habens quàm haberet ſi eſſet nominatus, quippe cùm ex contractu nominato † neq; condictio 13
daretur, neque actio innominata & præſcriptis verbis, ſed actio nominata quæ nomen ſumeret à contractu. Inauditũ enim eſt vt ex contractu nominato vnquam competat repetitio datorum quæ ex contractib. innominatis cõpetere ſolet. Quanquã nõ ſum neſcius putare multos, poſſe contractũ quoque bonæ fidei reſcindi & quod ex eo datũ ab vna parte fuerit condici, ſi ab altera parte non ſeruetur ſubſtantiale pactum, id eſt quod cauſam dederit contractui, vt Bald. loquitur & explicat ad *l.cùm te.6.per illum text. C. de pact. int. empt.& vend.* Cuius † tamen loci longè alia ſenten- 14
tia eſt. Non.n.loquuntur eo loco Imperatores de venditione facta certo pacto expreſſo cui non fuerit paritum ex parte emptoris, ſed vt legis verba habent, de venditore qui fundũ ſuum certæ rei contẽplatione habita inter ſe & emptorem exiguo pretio transtulerat in emptorẽ, ſecutus fidem & pollicitationem nudam emptoris, cùm ſibi vel per ſtipulationẽ, vel ſaltem per pactũ expreſſum incontinenti appoſitum cauere potiùs debuiſſet. In qua ſpecie cùm actio ex contractu dari non poſſet ad id vt quod promiſſum fuerat impleretur cùm neque in contractum neque in pactionem deductum id fuiſſet, nihil aliud ſuperetat quod dici poſſet, niſi vt emptor vel impunè poſſet fidẽ fallere vel quod à venditore acceperat longè minore pretio, ſola eius rei contemplatione reſtituere cogeretur. Atqui prius dici non poteſt, quia bonæ fidei contractus eam non admittit interpretationem, quæ dolo emptoris faueret. Poſterius ergo admittendum neceſſariò eſt, vt venditori detur repetitio eorum quæ præſtitit, ne eius qui bonæ fidei actionem habet durior conditio ſit quàm ſi contractum ſtricti iuris iniiſſet. Nec obſtant verba illa *non impleta promiſſi fide,* quæ Baldũ feſellerũt, vt in ea ſpecie putauerit pactũ interceſſiſſe. Aliud.n.eſt paciſci, aliud promittere, cùm promiſſio fieri poſſit etiã per nudam pollicitationem, quam † ideò dicimus in hoc differre à pacto quod ſolius offerentis 15
promiſſionem continet. *l.3. D. de pollicit.* Nec quemadmodũ pacta incontinenti facta infunt bonæ fidei contractibus *l.iuriſgentium.7.§.quinimo. D.de pact.* ita & pollicitationes ineſſe dici poſſunt, quarũ tamen ſi contractui cauſam dederint non minùs quàm pactorum rationem haberi æquum eſt, non quidem hactenus vt ex contractu detur actio ad id quod in pollicitationem deductum fuit, ſed hactenus ſaltem ne venditor qui bonam fidem emptoris vltro ſecutus

rem

rem ſuam longè maioris pretij minore vendidit, im-
ponè circumueniatur. Separandum eſt promiſſum
16 † à pacto ſicut & à dicto. Dictum accipimus quod
verbotenus pronunciatum eſt, nudoque ſermone fi-
nitur: promiſſum autem poteſt referri ſolùm ad ſpó-
ſionem, & ſimiliter ad nudam promiſſionem ſiue
pollicitationem, inquit Vlpian. in *l. ſciendum.* 19. §.
dictum. D. de ædilit. edict. vbi tamen quod nulla pacti
mentio ſit quis ita velit accipere vt promiſſi appel-
latione pactum non contineatur, ſed tantum vel
pollicitatio vel ſponſio, tanto magis probabile erit
quod volumus in *d. l. cum te*, *promiſſi* nomine non
pactum, vt Baldus voluit, ſed pollicitationem nu-
dam ſignificari. Cæterùm actio quam Imperatores
venditori dant in *d. l. cum te.* non alia eſt quàm ex
vendito competens ex contractu ipſo, non qui ab
intellectu ipſo ſumptus ſit vt nimis ſubtiliter loqui-
tur Bald. ſed qui reuerà ſit initus, quia nec nouum
17 eſt vt ex vendito † actio detur etiam ad reſoluen-
dam & diſtrahendam emptionem, vt in *ex empto.*
11. *§ is qui vina. D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp.*
diſ. quamuis non facile nec paſſim id fiat vt ait *l.*
venditi. 6. C. de act. emp. Sanè quod addit idem Bal. poſ-
ſe hoc caſu locum etiam eſſe condictioni ob cauſam,
omnino à iuris ratione alienum eſt quæ nunquam
18 patitur vt ex contractu nominato † ea condictio de-
tur, neque in *d. l. cum te.* verbum illud eſt quod hanc
Bal iuuet interpretationem. Pro qua ſi vellet quis
obiicere quod ſcriptum eſt in *d. §. ſi quis vina.* Si an-
nullus datus ſit arræ nomine, nec poſtea conuene-
rit vt emptio irrita fieret, ſed ſoluta emptione pre-
tioque numerato, & tradita re annulus non redda-
tur, non tantùm ex empto agi poſſe vt arra reſtitua-
tur, ſed etiam poſſe annulum condici quaſi datus ob
cauſam quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt eſſet
argumentum perfectæ emptionis, quo argumento
amplius non egemus, cum ex vtraque parte imple-
ta venditio eſt.) Reſpondere dari eo caſu condictio-
nem non ob cauſam, ſed ſine cauſa, quia, vt lex ait
iam ſine cauſa eſt annulus penes venditorem, qui
non niſi arræ nomine datus fuerat: quod non ſimili-
ter dici poteſt de re ipſa vendita quæ tradita fuit ex
cauſa venditionis. Quomodo enim poteſt dici eſſe
ſine cauſa quod cauſam habet venditionem adhuc
ſubſiſtentem & perfectam, quæ nec re ſoluta ſit, nec
impleta? Neque quod aduerſarius viciſſim ex parte
ſua non impleat ad rem facit, cum ea res actionem
ex contractu inducat ad hoc vt contractu impleatur,
non vt quod traditum eſt ſiue res, ſiue pretium ſit
reſtituatur *d. l. 2. C. quan. lic. ab emp. diſ.* vbi hæc diffe-
19 rentia † elegans & aperta conſtituitur inter eum ca-
ſum quo traditum ſit aurum pro arra, & illum quo
pars pretij ſit ſoluta, vt priore caſu arra recuperari
poſſit & repeti non vindicatione, ſed actione in per-
ſona, non quæ ex arrali pacto naſcitur, vt ait *l. 3. C.*
de act. emp. (actio enim perſonalis de qua eo loco agi-
tur non illa eſt per quam arra repetatur, ſed per
quam agatur ad implementum venditionis tanquam
perfectæ, cuius arra ſolet eſſe argumentum) at actio-
ne ex empto ſecundum Iuliani ſententiam de qua in
d. §. is qui vina. non condictione ſiue ob cauſam da-
ti cauſa non ſecuta, quandoquidem non ob id arra
datur vt ſequetur venditionis implementum, ſed vt
ſit argumentum contractæ perfectæque venditionis.
Siue etiam ſine cauſa, quia non poteſt eſſe arra ſine
cauſa penes venditorem quandiu verum eſt vendi-
tionem perfectam eſſe & neque reſolutam neque
impletam. Poſteriore verò caſu nullo modo detur
repetitio ſoluti, ſed actio ad implementum, vt &
in *dict. l. ea conditione. 24. Cod. de reſ. ven.* vt intelli-
gamus ſibi melius cauere emptorem qui aliquid nu-
merat venditori in partem pretij quam ſi numeret
pro arra, quia datio arræ locum pœnitentiæ relin-
quit, non quidem inuito alterutro (cum arra detur
quo magis non quo minus teneat emptio, quam
ſufficit nudo conſenſu perfectam eſſe vt ab ea non
poſſit recedi niſi contrario conſenſu) ſed ex mutua
contrahentium voluntate, ſiquidem non eo minus
res integra eſt, quod diuerſum eſt numerata parte
pretij vel minima, quoniã cum cœpit impleri emp-
tio ex alterutra parte, res amplius integra non eſt,
nec proinde nuda voluntas contrahentium quamuis
conſentientium reſoluere poteſt emptionem, ſi non
actus quoque priori ſimilis retroagens venditionem
interceſſerit. *l. 1. C. quan. lic. ab emp. diſ. l. ab emptione.*
58. D. de pact. Quæ ſententia eſt ſatis alioquin obſ-
cura *d. l. 2.* vt oſtendunt verba illa, *ſecundum fidem*
pacti. Conuenerat enim nudo pacto vt ab emptione
diſcederetur: Et volunt Imperatores eius pacti vim
eam eſſe poſſe vt arra reſtitui debeat, ſi nihil aliud
interuenerit, non autem vt precij iam ſiue in totum
ſiue pro parte ſoluti repetitio vlla ſit. Quod ſi vtrú-
que factum ſit vt arra quidem data fuerit, ſed non
in auro, at in ipſius pretij parte numerata, haben-
dus erit contractus pro impleto ex parte, ideoque
nec nuda conuentione poterit reſolui emptio, niſi
ponas ab initio conueniſſe, vt ſi totum pretium in-
tra certum tempus non ſolueretur, inempta res fiē-
ret, vt in *vlt. D. de leg. commiſſ.* Sed hæc obiter dicta
ſint, ne quis cum Baldo & aliis interpretib. poſt-
hac dicat condictionem dari poſſe ex contractu no-
minato, quod idem ille repetit ad *l. ſi prædium, nu. 16.*
C. de ædilit. act. aut in contractibus nominatis † lo- 20
cum aliquo caſu eſſe pœnitentiæ, quod eſſet abſur-
dius, nunquam enim hoc obtinet, niſi cùm contra-
ctus † factus eſt in ſcriptis, de quo in *l. contractus* 17. 21
C. de fid. inſtru. Et apud Iuſtin. *tit. de empt. & vend. in*
princ. vbi quod dicitur arris datis ſiue in ſcriptis ſiue
ſine ſcriptis venditio † celebrata ſit, ſiquidem emp- 22
tor ſit qui recuſat adimplere contractum, perdere
quod dedit, ſi verò venditor reſtituere duplum, non
ita eſt accipiendum quaſi tum quoque cùm ſine
ſcriptis facta & perfecta venditio eſt, liceat empto-
ri perdendo arras, aut venditori reſtituendo du-
plum reſilire à contractu, quomodo ab Accurſio
cæteriſque omnibus interpret. vulgo intelligi vi-
deo, cùm arræ dentur vt eò minùs, non vt eò ma-
gis recedere liceat à contractu, ſicuti iam dixi. Sed
ita explicandum eſt, ac ſi apertiùs dixiſſet Iuſtin. vt
dicere debuerat, Siue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis ce-
lebranda venditio ſit, eum qui nondum emit, ſed
emere pollicitus eſt, arras quas dedit perdere: Eum
verò qui nondum vendidit, ſed vendere pollicitus
eſt, duplum reſtituere, vt idem ipſe Iuſtin. loquitur
& explicat in *d. l. contractus. in fi.* tractans de facien-
da, non de perfecta venditione. Nam in ea vendi-
tione quæ ſine ſcriptis perfecta ſit profitetur ille in
prin. *d. tit. de emp. & ven.* nihil ſe innouaſſe. Et hanc
quoque interpretationem ſuadet comparatio vendi-
tionis factæ ſine ſcriptis, quia de ea tractat Iuſtin.
eo caſu quo nondum fuerit perfecta. Ergo & de ven-
ditione ſine ſcriptis quę nondum ſit perfecta vt bo-
na comparatio ſit. Denique arræ poſſunt † dari etiam 23
nondum perfecta venditione in argumentum ven-
ditionis contrahendæ, non contractæ, & in ſignum
factæ conuentionis de vendendo, quæ multum diſtat
à venditione. Et quamuis ſoleant etiam arræ dari in
argumentum perfectæ iam venditionis, cum vendi-
tio facta eſt ſine ſcriptis, *d. tit. de emp. in prin.* tamen
ad hoc genus arrarum non pertinet conſtitutio Iu-
ſtin. ſed ad illas de quibus priùs diximus. Atqui vt
ad rem noſtrã redeamus ex donatione † facta certo
pacto 24

pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit & pœnitentiæ locus eſt ſi donatarius non impleat quod promiſit, *d.l.2.3.& 8.C.de cond. ob cauſ.dat.* Fatendum igitur eſt eo caſu quo donatio ſic facta ſit, vt contractus dici poſſit, eſſe contractum innominatum, quia & contractus ille † non donatio eſt, ſed Do vt des, vel Do vt facias. Non enim eò minùs eſt contractus Do vt des, vel Do vt facias, quod dem tibi ex cauſa donationis, quia nec ſimpliciter dono quod ego tibi do aliquam ob cauſam, & ea lege vt velim ad me reuerti, ſi quid ſequetur vel non ſequetur, *l.1.circa prin. D. de don.* vbi negat Iulianus hanc eſſe propriè donationem, quoniam quæ proprè donatio eſt, cauſam nullam habet futuram, ſed præteritam duntaxat ex donatarij meritis contractam, & præſentem, ſcilicet munificentiam & liberalitatem, vt eadem lex ait.

ERROR IX.

De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractib. innominatis.

SVMMARIA.

1 *Donatio ſimplex non eſt contractus, donatio verò facta ob cauſam eſt contractus nominatus.*

2 *In contractibus innominatis locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, & quæ ſit ratio diuerſitatis.*

3 *In dationibus quæ donationem non habent, locus eſt indiſtinctè condictioni, ſi cauſa non ſequatur.*

4 *Conciliatio l.pen.C.de condic. ob cauſ. dat. & l. 2.§. vlt. D.de donat.*

5 *Cur non ſit locus condictioni eo caſu quo per fortuitum caſum euenerit ne impleri cauſa dationis poſſit diſputatio contra Bart.*

6 *In contractibus innominatis quatenus ſit locus pœnitentiæ.*

1 SI quod proximè diximus donationem ſimplicem † non eſſe contractum, donationem verò factam ob cauſam eſſe contractum innominatum, obſtare illud videtur, quod in contractu Do
2 vt des, cæteriſque innominatis † locus eſt pœnitentiæ, ex parte illius qui dedit. *l.ſi pecuniam. 5. in prin. D.condict. cauſ.dat.* qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, neque condicere quandiu donatarius in eo eſt vt conuentioni ſatisfacere & poſſit, & velit *d.l.3.7.& 8.C.eod.* quo potiſſimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum eſſe contractum non innominatum. Hoc enim fit, quia donare plus eſt quàm dare, & conſequenter qui donat tibi vt aliquid ei viciſſim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat ſimpliciter vt des. Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm cui dat non ex cauſa donationis (nam & dare nihil aliud eſt, quàm dominium transferre. *l. vbi autem.75.§.vlt. D. de verb. oblig.* quiſquis autem dominus ſemel factus eſt, ita dominus eſt vt eodem dominij genere magis dominus fieri non poſſit. *l. non vt ex pluribus.159. De regul.iur. §. ſic itaque. Inſtit. de action.*) ſed quia is qui dat ex cauſa donationis, & tamen adiecto etiam eo vt viciſſim aliquid ſibi detur vel fiat, duplicem habet donandi cauſam, præſentem vnam, futuram alteram. Præſens non alia eſt quàm liberalitas donatoris, quæ cùm pendeat ex ſolo animo donantis quem ille donando ſatis declarauerit, non poteſt videri defecta vnquam, vel non impleta. Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò poteſt impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum ſi donatarius legem donationis implere nolit, danda eſt condictio donatori qui ex ſola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non niſi certa lege dare voluit. Ita ſi paratus ſit donatarius implere, non ſit permittendum donatori vt condicat, quia pendente implemento conditionis dictæ donationi, ſubeſt alia cauſa præſens & iam impleta, id eſt, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum eſt donatum eſſe, & quamuis illud verum quoque ſit donatum eſſe non ſimpliciter & abſolutè, ſed ob cauſam, tamen etiam verum eſt impleri poſſe cauſam necdum defectam eſſe quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non ſufficeret ad impediendam condictionem ſi donatio nulla facta eſſet, quia non ſubſiſtente aliqua cauſa præſenti, ſola futura non poſſet ſufficere, quæ nondum impleta eſſet, quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod ſubeſſe neceſſe eſt vt condictio dati impediatur, ſiue naturalis obligationis vinculum illud ſit, ſiue iam exhibitæ liberalitatis. Vt verò condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt nullum ſubeſſe vinculum cuius poteſtate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob cauſam quæ nec adhuc impleta nec defecta ſit, condictio locum habere nequeat, quia ſubeſt vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum ſubſit aliud vinculum quod tantùm ſperatur implementi ſecuti: Defecta verò cauſa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus fit, quam ſcilicet nullum vinculum poſſit impedire nequidem donationis iam factæ, quippe quam non feciſſet donator, niſi futurum cauſæ implementum ſperaſſet: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuiſſe intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus,* quoniam in hoc donationum aut potiùs cõtractuum genere plerumque facti magis quàm iuris quæſtio eſt. Nam ſi Titio decem donaui ea conditione, vt inde Stichum emeret, non aliter donaturus, & Stichus antequàm emeretur deceſſerit placet competere mihi condictionem. Si verò alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere propoſuerat, dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret cauſa magis dandæ pecuniæ quàm donationis conditio exiſtimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus ſcribit in *l.2.§.vlt.D. de donat.* Et generaliter, vt in *l.ſeq.* ſubiicitur ex Vlpiano, hoc in donationibus definiendum eſt, multum intereſſe, an cauſa donandi fuerit, an conditio, ſi cauſa fuit, ceſſare repetitionem, ſi conditio, repetitioni locum fore. Rectè
verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus † 3
quæ donationem non habent, non adhibetur ea diſtinctio, ſed dicimus indiſtinctè locum eſſe condictioni ſi cauſa non ſequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Stichum emeres perinde fuerim tibi daturus ſine cauſa, & vt non habuerim tibi donãdi voluntatem. Donandi. n. animus eſſet ac probaretur ex eo ſolo quod nullo iure cogente dediſſem tibi decem nullo adiecto onere, nulla cauſa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine cenſeri poſſit ea liberalitas, quæ nec aliam cauſam habeat præter ſeipſam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adeſt, facti incidit quæſtio an æquè fuerim donaturus ſine huius cauſæ adiectione,

adiectione, an non, & ideo cauſa quoque non ſecuta condictio impeditur, propter aliam quæ ſupereſt, cauſam nimirum donationis. Pugnare tamen vide-
4 tur † quod ſcriptum eſt in *l. pen. C. de condict. ob cauſ. dat.* pecuniam datam ob cauſam non poſſe repeti ſi ea cauſa pro qua data fuit, non culpa accipientis ſed caſu fortuito non ſit ſecuta. An non enim caſu fortuito cauſa deficit ſi Stichus cuius emendi gratia decem tibi dederam priùs deceſſerit quàm emeretur? Et tamen eo quoque caſu facta etiam donatione condictioni locum fore Iulianus ſcripſit in *d. l. 2. §. vlt. de donat.* ſi non aliter ego fueram donaturus. Videtur ergo faciliùs condictioni locus eſſe in donationibus certa lege factis, quàm in donatione alia qualibet non habente donationem. Verùm dicendum eſt ſeparandam eſſe hac parte cauſam finalem ab impulſiua. De finali Iulianum intelligi debere, de impulſiua Imperatores. Defectum cauſæ finalis ſemper facere locum condictioni in contractibus etiamſi non accipientis culpa ſed ex caſu fortuito contingat, quia remouet conſenſum vt loquitur Bal. *ad d. l. 8. num. 13. C. de condict. ob cauſ. dat.* licet ibi erret ille in eo quod hac ratione abutitur vt probet etiam contractus nominatos ex hac cauſa reſcindi quod nos refutauimus. In teſtamentis verò inducere duntaxat exceptionem doli *l. cum tale 72. §. falſam cauſam. de condict. & demon.* Defectum autem cauſæ impulſiuæ tunc tantùm nocere cùm per eum ipſum ſtat qui implere debet quominùs impleatur, non item ſi caſu fortuito id fiat *d. l. pen.* Quod aliqua ex parte conuenit cum Bartoli traditione in *d. l. 2. §. vlt.* De qua tamen quoniam plura capita pluréſque diſtinctiones habet, dicendum nobis erit diligentiùs alio loco. Nec enim deſunt multa quæ contra Bartolum diſputari poſſint & in quibus diluendis multum inſudare neceſſe ſit, eum qui defendere Bartolum velit. Nos aliud nunc agimus, & propemodum inuiti totam hanc diſputationem ab inſtituto tractatu alieniorem interſerere coacti ſumus. Quam nec abſoluere commodè poſſumus quin alium ſcrupulum tollamus quem mouet idem
5 Bart. *ad d. l. penult.* Cur non ſit locus † condictioni etiam illo caſu quo per caſum fortuitum euenerit ne impleri cauſa poſſit cum placeat in hoc genere contractuum innominatorum, vt ſæpiùs monuimus pœnitentiæ locum eſſe *leg. 3. §. 1. & ſeq. d. l. ſi pecuniam 5. in princip. & §. 1. D. de condict. cauſ. dat.* Non enim poteſt mihi ſatisfacere, quod reſpondet Bartolus improbatis opinionibus Accurſij quæ nihilo ſunt meliores. Non eſſe quidem hoc caſu locum condictioni tanquam cauſa non ſecuta cùm haberi debeat pro ſecuta, ob hoc ſolùm quod per accipientem non ſteterit quominùs ſequeretur. Sed tamen locum eſſe condictioni ex pœnitentia ſi pœniteat eum qui dedit ex *d. leg. ſi pecuniam in princip.* Nam ſecundum hanc interpretationem verborum ſono tantùm potius quàm vllo effectu videtur intereſſe an condictionem competere dicamus, an negemus. Quid enim referre poteſt an vno reſpectu deneges ſi alio reſpectu concedis, aut contra? Probabilius igitur eſt dicere, Defectum cauſæ non ſecutæ caſu fortuito eo demum caſu non inducere condictionem, quo nec iam liceat ei qui dederat pœnitere. Nec enim ſemper licet ei qui dedit pœnitere, ſed tamdiu duntaxat, quandiu ei quoque qui ob cauſam accepit liceret implere ſi vellet, id eſt rebus omnibus adhuc integris. Alioqui ſi in eum ſtatum res deducta ſit, vt iam non ſit in poteſtate aduerſarij implere, idque non aliqua ipſius culpa ſed caſu fortuito: puta quod per vim maiorem vel quouis alio modo impeditus ſit ne faceret quod promiſerat (nam exemplum quod vulgo adferunt de medico cui tu codicem dederis vt te curaret, non videtur accommodatum, cùm ad cauſam finalem ſpectet potius quam ad impulſiuam, eſſetq; ea locatio dicenda potius quàm contractus innominatus ſi poneres vt lex ponit datam à te pecuniam, non codicẽ *l. naturalis 5. §. at cùm do. D. de praſc. verb.*) abſurdum eſſet ac iniquum longiorem tibi eſſe facultatem pœnitendi quàm ipſi implendi. Ergo hoc caſu nullam condictionem habere poteris. Neq; ex pœnitentia, quia nullus pœnitentiæ locus eſſe amplius poteſt. Neq; ob cauſam non ſecutam, quia pro ſecuta haberi debet, cùm per caſum fortuitum non per culpam aduerſarij ſteterit ne ſequeretur. *d. l. 5. in princip. D. eod.* Videtur autem per aduerſarij culpam ſtetiſſe ſi is cum poſſet parere legi contractus non paruerit *d. l. 8. & d. vlt. Cod. eodem titul.* Quòd ſi iam ſe præparauerit ad implendum ex ſua parte in éamque rem ſumptum aliquem fecerit, non eò minùs quidem condicere poteris quaſi re adhuc integra, ſed ita tamen ſi offeras & præſtes ei indemnitatem. *d. leg. 5. in princip.* ſi verò iam implere cœperit, id eſt ex parte aliqua impleuerit, quia res amplius integra non eſt, ceſſat exinde condictio, ſiue per tuam pœnitentiam, ſiue per caſum aliquem fortuitum fiat, ne ſequatur pleniſſimum implementum. Nam vt tibi liceat pœnitere & ex pœnitentia condicere quod dediſti, non ex alia ratione fit, quàm quod nullo modo ſis obligatus ne naturaliter quidem, cùm non ideo dederis vt te obligares, ſed vt aduerſarium, qui proinde viciſſim dare tibi aut aliquid præſtare debet, vt te obliget. Nemo enim dando ſe obligat ſed potius ſe liberat, nec fieri poteſt vt cùm rei interuentus & implementum præbeat initium obligationi cœperis eſſe obligatus eo inſtanti quo dediſti, ne alioqui fiat vt eodem inſtanti obligatio tua & cœpiſſe & ſublata fuiſſe videatur. Hæc autem ratio ceſſat ſtatim atque aduerſarius tuus aliquid facere cœpit, per quod res integra eſſe deſierit, quia exinde tu quoque cœpiſti eſſe obligatus, nec in poteſtate tua eſſe debuit, pœnitendo exuere iam contractam obligationem. Nam vt & non ſubtiliter Bart. diſputat *ad d. l. ſi pecuniam,* pœnitentiæ in his contractibus locus eſt, non quaſi ſit audiendus is qui dedit ſi dicat pœnitere ſe quod dederit (poſſet enim ei imputari cur dediſſet) ſed ita ſi dicat nolle ſe aduerſarium facere quod alioqui facere illum inuitum oporteret. Quidni enim liceat ei liberare aduerſarium quem habet obligatum, & conſilium mutare citra vllam alterius iniuriam? Siquidem nullam iniuriam pati videtur is qui ex parte ſua nihil dedit, & cui nihil abeſt præſtita quoque ipſi indemnitate ſi quid fortè iam vt ſe ad dandum vel faciendum præparet impenderit, *d. l. 5. in prin. D. de cond. cau. dat. iunct. d. l. cum te. 6. in fin. C. de pact. int. empt. & vend.* Quemadmodum igitur ei qui à te prior accepit non licet inuito te pœnitere cùm ſe accipiendo obligauerit, ita neque tibi licebit ſi iam aliquid ab eo viciſſim acceperis. Conſtat enim
hoc quod vulgo iactatur in his contractibus † inno- 6
minatis locum eſſe pœnitentiæ ita debere accipi vt pœnitentiæ locus ſit ex parte tantùm eius qui dedit, non etiam ex parte illius qui accepit, quod & interpretes omnes admittunt.

ERROR X.

De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort.

SVMMARIA.

1 *Placita interpretum de actione quam ex donatione vt contractu competere volunt.*

2 Ex

2 *Ex donatione nulla actio competit licet facta ſit per ſtipulationem contra interpp.*

3 *Actio ex ſtipulatione pro donatione eſt ſtricti iuris.*

4 *Ex verbis Modeſtini in l. ad res donatas 62. de edi. ed. malè colligi ab interpretibus donationem eſſe contractum ſtricti iuris.*

5 *Actio ex ſtipulatione interpoſita pro donationé cauſa mortis neque eſt bonæ fidei, neque cum bonæ fidei actionibus cõmune quicquã habet: vbi & ratio interpretũ qua bona fides eſſe ſuſpicatur refellitur.*

6 *Quomodo accipiẽda verba l. Seia. 42. in pr. D. de mort. cauſ. don.* bonæ autẽ fidei iudicio conſtituto.

7 *Error interpretum exiſtimantium ſtipulationem animo donandi cauſa mortis etiam in teſtamento fieri poſſe, eóque caſu actionem ex ſtipulatione, non ex teſtamento competere dicendum eſſe.*

8 *Alius error interpretum volentium dari actionem ex teſtamento pro donatione quæ ſine ſtipulatione facta ſit ſiue in teſtamento ſiue in codicillis.*

9 *Tertius eorundem error arbitrantium donationem cauſa mortis hodie fieri poſſe per nudum pactum & eo caſu competere condictionem ex lege.*

10 *Vera ſententia l. 1. C. de don. cauſ. mort. aduerſus interpretes exponitur, & n. 12.*

11 *Donatarius cauſa mortis quomodo ſit debit. donatoris.*

13 *Error Accurſij exiſtimantis donationem cauſa mortis abſenti fieri poſſe: rationis qua monetur Accurſ. refutatio num. 15.*

14 *Error Baldi.*

16 *Sententia Accurſij dicentis donationem inter viuos non valere inter abſentes, niſi interueniat nuntius vel epiſtola, expenditur.*

QVI noſtrorum interpretum omniũ error eſt
vt putent donationem ſiue inter viuos, ſiue
mortis cauſa ſit tum quoque cùm ſtipulatio nul-
la intercedit contractum eſſe, ſicut occaſionem
iis præbet iuſtam quærendi quænam actio ex dona-
tione competat, quia vident fieri non poſſe, quod &
nos admittimus, vt contractus vllus ſit ex quo
non aliqua naſcatur actio, ita & errandi, cùm nunc
hanc, nunc illam actionem competere exiſtimant,
quæ tamen reuera competit, quia nec vllus contra-
1 ctus eſt. Magis autem communiter † probata eſt illa
diſtinctio, An donatio cauſa mortis facta ſit per ſti-
pulationem, an per pactum nudum. Et rurſum, an
teſtamento, vel in codicillis, an extra teſtamentũ vel
in codicillos. Non addunt, an facta ſit per traditio-
nem, quem tamen conſtat fuiſſe olim frequentiſſi-
mum donandi modum ſiue inter viuos, ſiue cauſa
mortis, quia certum eſt eum qui iam tradiderit rem
donatam nulla poſſe actione conueniri, tanquã qui
iam fecerit quicquid habuit faciendum. Si per ſtipu-
lationem facta donatio ſit, non dubitant quin actio
ex ſtipulatione competat omnimodo & indiſtinctè,
id eſt, non ſolùm ſi ſtipulatio facta ſit extra teſtamẽ-
tum aut codicillos, ſed etiam ſi in teſtamento aut
codicillis: Sic enim loquuntur, quia pro explorato
habent non tantùm donationem ſiue cauſa mortis,
ſiue inter viuos, ſed & alium quemlibet contractum
poſſe fieri in teſtamento. Si verò nulla ſtipulatio in-
teruenerit, & conſequenter nudo pacto facta ſit do-
natio, diſtinguunt an facta ſit in teſtamento vel in
codicillis an extra, vt priore caſu competat actio ex
teſtamento. *l. 1. C. de donat. cauſ. mort.* Poſteriore verò
competat condictio ex lege Iuſtiniani in *l. ſi quis ar-
gentum. 25. §. penult. C. de donat.* Ita ex communi no-
ſtrorum ſententia Didac. Couarr in *3. parte rubric. de
teſtam. num. 17.* Subdens quod magis mirum eſt *n. 18.*
eo caſu quo ex donatione cauſa mortis actio ex ſti-
pulatu competit eſſe illam bonæ fidei, aut ſaltem ſi-
milem actionibus bonæ fidei, ſicut & actio ex teſta-
mento quamuis vtraque ſui natura ſit ſtricti iuris.
Ex *gloſ. in l. Seia. 42. in prin. in verbo, conſtituto, D. de
mortis cauſa donatio.* in qua traditione ac diſtinctio-
ne non plura video verba, quàm errata. Nam quòd
primùm volunt ex donatione † actionem aliquam 2
competere cùm facta eſt per ſtipulationem, falſum
eſt ſi ſubtilius agere & rem ipſam vti eſt conſidera-
re volumus. Eo namque caſu nullus donationis cõ-
tractus eſt, ſed tantùm ſtipulationis donationem ha-
bentis pro cauſa, vt probauimus in præcedentibus
ex *l. cum enim. 7. iunct. §. vlt. l. praced. D. de donat.* Ideo-
que actio quæ ex ſtipulatione illa naſcitur non tam
actio ex donatione dici debet, quàm actio † ex ſtipu- 3
latione pro donatione, quam proinde certum eſt nõ
eſſe bonæ fidei, ſed ſtricti iuris, vt & aliæ omnes ſunt
actiones ex ſtipulatione competẽtes ſi eam excipias
quam Iuſtinianus ſine ſtipulatione ac ſine exemplo
induxit fauore dotium in *l. vnic. C. de rei vxor. actione.*
In eamque rem textus mihi videtur apertiſſimus in
d. l. Seia. in illis verbis, *Igitur ſi res ſingulas heredes Lu-
cij Titij vindicent, doli non inutiliter apponetur exceptio.*
Inutilis enim eſt & ſupernacua doli exceptio quo-
ties quis bonæ fidei iudicio conuenitur, cùm dici
ſoleat, quod & verum eſt, doli exceptiones bonæ fi-
dei iudiciis ipſo iure ineſſe. *l. ſed etſi ideo. 21. D. de ſo-
lut. matr. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de leg. 1.* Quòd ſi
dicas agi eo loco de vindicatione quæ ſui natura
ſtricti iuris actio eſt, aut ſaltem arbitraria, non autẽ
bonæ fidei, non de actione quæ ex donatione com-
petat, qualis ea eſt de qua tractamus quæ competit
ex ſtipulatione interpoſita animo donandi. Reſpon-
debo non alio iure cenſeri poſſe ſtipulationem hanc
& vindicationem illam, cùm neutra ſit bonæ fidei, ſi
propriam vtriuſque naturam inſpicias, vtraque ve-
rò cauſam habeat donationem, ideóque non alias
quàm bonæ fidei præſtationes habere deberet, ſi ge-
neraliter verum eſſet actionem ſiue ex donatione,
ſiue pro donatione cauſa mortis competentem aut
bonæ fidei eſſe, aut ſimilem actionibus bonæ fidei.
Ego quemadmodũ vindicatio cõpetens ei cui mortis
cauſa donatũ fuit, non eo minùs retinet naturam
actionũ ſtricti iuris, ita & actio ex ſtipulatione per-
inde retinebit atque ſi aliã quamlibet cauſam habe-
ret quàm donationẽ, aut perinde atque ſi ex cauſa
donationis inter viuos huiuſmodi ſtipulatio inter-
poſita fuiſſet, quo caſu dubitari non poſſet quin ea
ex ſtipulatu actio naturã ſua teneret, quæ illa eſt vt
ſit ſtricti iuris. *l. eum qui. 22. D. de donat.* vbi Modeſti-
nus ſcribit, eum qui donationis cauſa pecuniam vel
quid aliud promiſerit, de mora ſolutionis vſuras nõ
debere idque ſummæ eſſe æquitatis, cùm ſcilicet do-
nator ex liberalitate ſua cõueniatur. *l. ne liberalitate.
50. D. de re iudic. ſi extraneus. 33. D. de iur. dot.* ne alio-
qui liberalitatis ſuæ pœnam patiatur. *l. ad res donatas.
62. de adil. edict. maximè,* inquit Modeſtinus, *cùm in bo-
na fidei cõtractus donationis ſpecies non deputetur,* vbi † 4
notari volo quòd ille donationis ſpeciẽ dicit non
contractũ, vt intelligamus quãtopere labãtur qui ex
iis ipſis verbis probare volũt donationẽ eſſe contra-
ctum, ſed non bonæ fidei. Ergo ſtricti iuris. Fateor
in ea lege agi de cõtractu, cùm agatur de ſtipulatio-
ne, quamuis interpoſita animo donãdi, ideóque po-
tuiſſe dubitari, an eſſet cõtractus bonæ fidei, an ſtri-
cti iuris, ſed dico nihil minùs agere Modeſtinum,
quàm vt dicat donationẽ eſſe contractũ, ſi accipiatur
ſeparatim à ſtipulatione, vel vt quærat an ſit con-
tractus bonæ fidei, an ſtricti iuris. Porrò in donatio-
nẽ cauſa mortis † multò minus cadit dubitatio, an 5
ſi facta ſit per ſtipulationẽ ea ex ſtipulatu actio bonę
fidei ſit, an ſtricti iuris, quia ſiue cõtra donatorẽ ipſũ

exerceatur nullius omnino momenti eſſe poteſt,
cùm in donatoris arbitrio ſit donationem ipſam re-
uocare, ideóque non ſubiaceat ipſe periculo exa-
ctionis. *l. mortis cauſa. 34. D. de mortis cauſa donatio.* Si
ue donatoris heres conueniatur, qui nihil ipſe pro-
miſit, ne que alio iure conueniatur, quam ex perſo-
na donatoris, nulla prorſus ratio eſt cur alterius con-
ditionis hæc actio cenſeri debeat, quàm ſi aliam cau-
ſam ſtipulatio habuiſſet. Nã etſi qua ratio eſſet quæ
facere deberet vt iſta ex ſtipulatu actio bonæ fidei
naturam induere deberet, ea ſola eſſet qua interpre-
tes mouentur, quod mortis cauſa donationes acce-
dant ad vltimas voluntates, & ad inſtar legatorum
capiantur. *l. 2. de publician. l. illud. 37. D. de mort. cauſ.*
donat Nimirum quia actio ex teſtam. competens pro
legatis, tametſi non ſit bonæ fidei, tamen actionum
bonæ fidei naturam in pleriſque imitatur. *l. in mino-*
rum. 3. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſ. Atqui
oſtendimus in ſuperiorib. eas mortis cauſa donatio-
nes quæ fiunt per ſtipulationem non eſſe ex earum
numero, quibus illud poſſit conuenire vt dicantur
capi ad inſtar legatorum, quia neque indigent vlla
legis poteſtate, qua indigent cæteræ quæ per tradi-
tionem ita fiunt, vt tamen dominij tranſlatio poſt
mortem conferatur, cùm propriis viribus ſubſiſtant,
nihilque prohibeat quominus ex eiuſmodi ſtipula-
tione incipiat exactio in heredem. *d. l. mortis 34. de*
mort. cauſ. don. Ceſſante igitur ratione illa quæ inter-
pretum errori ſola colorem dare poſſet, dicendum
eſt ex ſtipulatione interpoſita pro donatione cauſa
mortis competentem actionem neq. eſſe bonæ fidei
6 neque cum bonæ fidei actionib. commune quic-
quam habere. Nam quod ſequitur † in *d. l. Seia. bona*
autem fidei iudicio conſtituto, quibus potiſſimùm ver-
bis Accurſius mouetur, non ad vllam actionem per-
tinet quæ detur ex donatione cauſa mortis, ſiue vin-
dicatio illa ſit, ſiue actio ex ſtipulatione, quomodo
peſſime idem Accurſ. interpretatur, ſed ad heredita-
tis petitionem vt non modò contra Accurſium, ſed
etiam contra Cuiacium in eiuſdem loci interpreta-
tione lapſum diſputauimus, li. 14. Coniect. ca. 18. Et
hæc quidem dixiſſe ſufficiat de actione illa quæ pro
donatione cauſa mortis competit ex ſtipulatione.
Niſi quod illud quoque monendum eſt quod iam ſu-
7 pra probauimus errare grauiter eoſdem noſtros in-
terpretes in eo quod volunt ſtipulationem † hanc
animo donandi cauſa mortis etiam in teſtamento
fieri poſſe vt & alium quemlibet contractum, quod
vtrumque nos ſupra loco ſuo abunde refutauimus
& oſtendimus neque ſtipulationem, neque donatio-
nem cauſa mortis, neque alium vllum contractum
in teſtamento vtiliter fieri poſſe. Et verò ſi fieri poſ-
ſet talis ſtipulatio, vt illi volunt, eóque caſu actio ex
ſtipulatione dicenda eſſet, non ex teſtamento quæ
pro donatione competeret, quæro cur magis velint
eſſe dicendam actionem ex teſtamento eam, quam
dant ex donatione facta in teſtamento per pactum
nudum? Nam quemadmodum cùm donatio per ſti-
pulationẽ, ita & cum nuda pactio interuenit, datur
hodie condictio ex lege. *d. l. ſi quis argentum. §. pœnult.*
Cur ergo ſi nuda illa pactio in teſtamento ſit & qui-
dem vtiliter, vt iidem volunt, actionem ex teſta-
mento dant potius quàm condictionem ex lege: fa-
cta verò donatione per ſtipulationem in teſtamento
dant actionem ex ſtipulatione, non ex teſtamento?
An non eadem prorſus ratio eſt concedendæ condi-
ctionis ex lege, cùm donatio citra ſtipulationem &
traditionem facta eſt, quæ concedendæ actionis ex
ſtipulatione cùm ſtipulatio interuenit? Et è contra-
rio an non eadem ratio eſt concedendæ actionis ex
teſtamento vtroque caſu, ſi in vno conceditur? Sed
quod tam pro certo habent dandam actionem ex † 8
teſtamẽto pro donatione quæ ſine ſtipulatione facta
ſit ſiue in teſtamento ſiue in codicillis, qua ratione
aut ex quo iuris loco probare poſſint, planè non vi-
deo. Nam vt taceam quod iam dixi donationem ſiue
inter viuos ſiue cauſa mortis non poſſe fieri in teſta-
mento neq. per ſtipulationem neq. per pactum nu-
dum nec qua denique alia ratione, quomodo fieri
obſecro poteſt vt actio ex teſtamento detur pro do-
natione ſcripta in codicillis ab inteſtato factis? ſiqui-
dem & ab inteſtato donationem cauſa mortis fieri
poſſe certum eſt, dummodo teſtamenti factionem
habuerit donator. *l. tam is 25. in princip. D. de dona.* Et
tamen ex teſtamento actionem dari pro eo quod in
codicillis relictum eſt, niſi & ipſi ex teſtamento va-
leat omnino abſurdum eſt & alienum à ratione iuris
l. vlt. C. de codic. vbi actio ex teſtamento opponitur
actioni competenti de fidecommiſſo relicto in codi-
cillis ab inteſtato factis, quamuis non ignorem pla-
cere noſtris, vt pro fideicommiſſo relicto in codicil-
lis ab inteſtato, detur actio ex teſtamento ſaltem
vtilis, ſecundum Accurſij ſententiam in *l. 2. in verb.*
perſonalis. Cod. commun. de legat. quod certè falſum &
ridiculum eſt. Rurſum hæc diſtinctio noſtrorum ſup-
ponit † donationem cauſa mortis poſſe fieri hodie 9
etiam citra ſtipulationem vel traditionem & pactũ
nudum, qui alius error eſt in præcedentibus quoque
à nobis confutatus, cum oſtendimus Iuſtiniani con-
ſtitutionem in *d. l. ſi quis argentum. §. penult.* ad mortis
cauſa donationes nullomodo pertinere. Nec proin-
de verum eſſe poteſt quod volunt pro donatione
cauſa mortis quæ ſiue traditione & ſtipulatione fa-
cta ſit per pactum nudum competere condictionem
ex lege. Denique quod addunt aliis caſibus dari
actionem ex teſtamento, in eamque rem adferunt *l.*
1. C. de donat. cauſ. mort. Omnium improbabiliſſimũ
eſt. Nullum enim † in tota ea lege verbum eſt de dã- 10
da donatario actione ex teſtamento, neque verò lex
ponit factum fuiſſe in ea ſpecie teſtamentum, ſed
tantùm donationem cauſa mortis, qua contineretur
vt altero ex donatariis defuncto, ad alterum portio
eorum quæ donabãtur pertineret. In qua ſpecie reſ-
cribit Imperator exiſtente conditione per mortem
alterutrius donatariorum ſi modo mortis cauſâ do-
natio perfecta ſit, quod fit inſecuta morte donato-
ris ante reuocationem fideicommiſſi actionem, ſu-
perſtiti donatario competere. Cùm itaque de ſola fi-
deicommiſſi actione lex loquatur, cur ſic interpre-
tari volumus vt ſit actio ex teſtamento ſiue directa,
ſiue vtilis? Quaſi verò non ſufficiat perſecutio fidei-
commiſſi extraordinaria ad conſequendum fideicõ-
miſſum, quæ prætorem ipſum fideicommiſſarium
habet iudicem, non pedaneum & datum iudicem
quomodo habent cæteræ quæ propriæ ſunt actio-
nes: Vnde & perſecutio dicitur, non actio & extra-
ordinarij non ordinarij iuris habere executionem in
l. pecuniæ 178. §. actionis D. de verb. ſignif. quoniam vt
alibi explicauimus, non cognoſcebat prætor ipſe ni-
ſi extra ordinẽ cùm ordinarium eſſet vt iudices da-
ret *l. 2. C. de pedã. iudicib.* Sed & in eo labitur euidẽter
Accurſius, quod actionem hanc fidecõmiſſi dari pu-
tat ex donatione cauſa mortis hoc ſẽſu quaſi dona-
tio mortis fidecommiſſi appellatione contineatur
ex *l. vlt. eod. tit.* Notans ob hanc cauſam *fideicommiſ-*
ſi actionem ſcriptum eſſe pro *quaſi fideicommiſſi* quod
mortis cauſa donatio fideicommiſſum propriè non
ſit ſed fideicommiſſo æquiparetur. Nam imò verò
loquitur lex, & intelligẽda eſt de vero fideicõmiſſo, &
quod propriè tale ſit, donatio cauſa mortis. Siquidẽ
à donatario cauſa mortis donari non poteſt, non
magis quàm à legatario legari, at fideicommiſſum
relinqui

relinqui poteſt perinde ac legatario & fideicom-
miſſario quolibet *l. Seia 1.in fin. D. de dote relegat. l.
fideicommiſſum* 78.*de leg*.1. Quidni verò ? cùm etiam
à quocunque debitore fideicommiſſum relinqui poſ-
ſit poſt reſcriptum Diui Pij de quo in *l.ſi pecunia* 77.
11 *eod.& in l. cùm quis decedens* 37.§.*pater de leg*.3. Nam
& donatarius † cauſa mortis quodammodo debitor
eſt ſui donatoris, non tantùm naturaliter ob accep-
tum ab eo beneficium *l.ſed etſi lege* 25.§. *conſuluit. D.
de petit. hered.* ſed etiam ciuiliter ob id quod nego-
tium in hoc donationis genere aliquod contrahatur
inter donatorem & donatarium ex qua parte do-
nator ſe cogitat & donationem vult ſiue ad ſe ſiue
ad alium reuerti *l. Senatus*. 35. §. 1. *D. de mort. cauſ.
don.* ex quo etiam fit vt donator ex pœnitentia con-
dictionem habeat contra donatarium *l.qui mortis*
30.*eod.* quam vtique habere non poſſet ſi donata-
rius non eſſet ei obligatus. Nihil ergo impedit,quo-
minùs donatarius cauſa mortis fideicommiſſo gra-
uari poſſit in eum caſum quo ante alium condona-
tarium moriatur:Nec aliud quicquam requiritur vt
hoc fideicommiſſum valeat, niſi vt & fideicommiſſi
conditio extiterit, & mortis cauſa donatio perfecta
12 ſit, mortuo donatore in eadem voluntate. In quo
rurſus errat Accurſius, qui † verba illa *ſi mortis cau-
ſa donatio perficiatur* ſic interpretatur, acſi duntaxat
ſcriptum eſſet *ſi mortis cauſa donare voluit.* Deinde
aliter, acſi eſſet adiectum *per ſtipulationem.* Cùm è
contrario donationem cauſa mortis, quam factam
eſſe conſtabat, perfectam interpretari debuerit,quæ
non fuit reuocata. Si enim poneres reuocatam fuiſ-
ſe à donatore donationem cauſa mortis dubitandum
non eſſet quin fideicommiſſum quoque intercide-
ret quod à donatario alioqui præſtandum fuiſſet.
Itémque ſi à fideicommiſſi voluntate donator receſ-
ſiſſet adempto fideicommiſſo eo modo quo fidei-
commiſſa cætera adimuntur ſiue expreſſo ſiue taci-
to iudicio ſalua nihilominus manente donatione.
13 Nec leuior alius eiuſdem Accurſij error eſt, pro-
bantis ex *d.l.* 2.abſenti † poſſe fieri donationem cau-
ſa mortis vt fideicommiſſum vel legatum, ideò tan-
tùm quod in omnibus donationes ſint ſimiles lega-
tis. Non enim donatio cauſa mortis in hac ſpecie
confertur in abſentem, ſed fideicommiſſum, in eó-
que donationem cauſa mortis etiam hodie à legatis
& fideicommiſſis differre fatendum eſt, quod fieri
non poteſt niſi præſenti, manétque incorrecta *l. in-
ter mortis* 38. *D.eod.* quæ hoc ipſum apertè dicit. Illa
namque legatorum & mortis cauſa donationum
comparatio, cùm non ſit perpetua ſed ſuas habeat
exceptiones, quod nec Iuſtinianus ipſe diffitetur in
§.1. *Inſtit.de donat.* in nullo tamen magis fallit,quàm
in hoc quod legatum aut fideicommiſſum in abſen-
tem conferri poteſt, adeóque in ignorantem *l. cum
pater*.77.§.*ſurdo de leg*.2. donatio autem mortis cau-
ſa non poteſt vt ſcripſimus in Error.5. Decadis præ-
cedentis. Atque ita Baldus ſentiſſe videtur qui ad *d.
l.*1. notat donatarium non debere id quod ſibi dona-
tum eſt petere tanquam donatum,ſed tanquam debi-
14 tum ex vltima volũtate. In eo tamen errant † quod
non putãt poſſe quid peti ſimul tanquã donatũ cauſa
mortis & tanquam ex vltima volũtate cum donatio
cauſa mortis ſit ſpecies vltimæ voluntatis. Et quod
15 addit † Accurſ. non intereſſe cum quo de ſupremis
qui loquatur, ex *l.miles* 75. *in princ. & d.l. cùm pater*
77.§. *donationes eod.* non ad mortis cauſa donationes
pertinet, ſed ad fideicommiſſa quæ nuda voluntate
conſtituuntur. Eſſétque probabilius ſi quis defende-
ret hoc caſu donationis cauſa mortis nomen impro-
priè ſumi pro legato aut fideicommiſſo arg. *l. & fi-
deicommiſſum* 87.*de legat* 3. quod fortaſſe ſenſit Ac-
curſius qui pro ſe citat textum *l.quoties* 12. *D. de reb.
dub.* vbi ſcriptum eſt,quoties in actionibus aut excep-
tionibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſſe
id accipi quo res de qua agitur magis valeat quàm
pereat:Quaſi verò aliqua ſit ambiguitas, cùm do-
nator ſe donare dixit mortis cauſa an legare voluerit
vel fideicommittere, vel mortis cauſa donare.Quod
certè falſum eſt, & in hac ſpecie locum verè habet,
ſi quando vnquam alias quod dici ſolet,cùm in ver-
bis nulla eſt ambiguitas non eſſe admittendã quæ-
ſtionem voluntatis *l. ille aut ille* 25. §. *de leg*. 3. Niſi
fortè hoc potiùs dicere voluit Accurſius, in dubio
illo. An mortis cauſa donatio abſenti facta valeat,
tanquam valeret legatum aut fideicommiſſum, an
verò non valeat quomodo nec valeret donatio inter
viuos,probabiliorẽ eſſe interpretationem illam quæ
donationem habeat pro bona quàm quæ feceerat in-
ualidam.At neque bona eſſet ratiocinatio. Non enim
dubia res eſt,cùm neq.in verbis ambiguitas vlla eſt,
neq.obſcuritas aut difficultas vlla in ratione iuris.
Alioquin licebit cuique rem quamlibet etiam certi
& indubitati iuris dubiam dicere, & ita ſibi ad ſen-
tiendum de ea quicquid velit viam aperire, quod
plerique ætatis noſtræ Doctores faciunt habentes
pro dubiis & conſequenter arbitrariis illa etiam quę
certiſſima ſunt & explorata, non ſine grauiſſima
non ſolùm iuriſprudentiæ noſtræ, ſed etiam reipu-
blicæ,ac iudiciorum perturbatione, vt nihil iam in
toto iure noſtro certum eſſe videatur, in quo tamen
prudentes illi veteres vix quicquam reperiebant cu-
ius nomine putarent ſibi licere poſſe vt alij ab aliis
diſſentirent. Neq.tamen video cur in dict.*l*.1.tractet
Accurſ.de donatione cauſa mortis facta abſenti cum
proponeretur facta duobus ea lege vt præmortui
portio ad ſuperſtitem rediret.Quoties enim legimus
factam donationem cauſa mortis ponendum neceſ-
ſario eſt interueniſſe traditionem vel ſtipulationem
ac proinde fuiſſe donatarium præſentem *l.inter mor-
tis* 38.*D.eodem*.Planè non negò poſſe quem tibi præ-
ſenti mortis cauſa donare ita vt poſt mortem tuam
mihi reſtituatur licèt eo tempore quo tibi donatio
facta eſt,& donationi lex dicta,ego abſens fuerim:
Nempe quia quod ad me attinet non mortis cauſa
donatio dicenda illa eſt ſed fideicõmiſſum quod cõ-
ſtat etiã abſenti relinqui poſſe.Sed eſt aliena illa ſpe-
cies à ſentẽtia *d.l.* 1. in qua vterque donatarius pro-
ponebatur,& conſequẽter preſens fuiſſe.Errat idem
noſter † Accurſius ad *d.l.*1.cùm ait donationẽ ſim- 16
plicẽ & inter viuos nõ valere inter abſentes niſi in-
terueniat nuncius vel epiſtola, Etſi enim iure vetere
id verũ fuit ratione illa quod nõ poſſet fieri donatio
inter viuos niſi per traditionẽ vel per ſtipulationẽ *l.
abſenti*.10.*D.de don*.hodie tamẽ id falſum eſt poſtquã
Iuſtiniano placuit in *d.l.ſi quis argentũ*.§.*pen*.vt neque
traditio neque ſtipulatio neceſſaria ſit,ſed ſufficiat
quælibet teſtificatio volũtatis.Quid enim vetat te-
ſtificationẽ hanc volũtatis fieri etiã abſente donata-
rio,etiã nullo nuncio vel epiſtola interueniẽte? tum
quoq; cum donata res non eſt penes donatariũ? Quo
tamẽ caſu non valuiſſet olim donatio,nec ſi epiſtola
interueniſſet,niſi etiam facta fuiſſet per interpoſitam
perſonã quæ vel tradidiſſet, vel ſtipulãtis donatoris
iuſſu promiſiſſet.Sic enim accipiẽdũ eſt quod de do-
natione per epiſtolã facta ſcriptũ eſt in *l ſi donatio* §.*l.
ſi aliquid*.13.*C.de donat*.vt cõſtat ex *d.l.abſẽti & l.4.D.
eod.l.*1.*in princ.D.de verb. obligat.* Itaq; differt in hoc
hodie donatio cauſa mortis à donatione inter viuos
à qua olim nõ differebat,propterea quod in donatio-
ne inter viuos ius vetus eſt correctũ, quod non fuit
correctũ in donatione cauſa mortis quippe ad quã vt
diximus non pertinet cõſtitutio Iuſtiniani.Poſtremò

ne quid ex omnibus † Accurſij gloſſis ad *d.l.* 1. intactum relinquamus, errat etiam Accurſius in eo quod reſcriptum Imperatoris in *d. l.* 1. quod de donatione cauſa mortis expreſſim loquitur, porrigit ad donationem inter viuos hactenus, inquit, vt etiamſi inter viuos donatum ſit, detur actio ei ad quam donator voluit rem donatam poſt donatarij mortem peruenire. Ex *l. quoties* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.* Nam quæ in ſpecie *d. l. quoties* datur actio ei cui ex voluntate donatoris reſtituenda res fuit, non eſt actio fideicommiſſi, nec alia vlla perſonalis, ſed in rem vtilis, nec rurſus talis, quæ ex ratione iuris competat, ſed quam ex æquitate Imperatores induxerunt vt eadem lex ait, De cuius tamen ſententia & interpretatione videnda erunt, quæ copioſiùs ſequenti Decade diſſeremus.

ANTONII FABRI I C.

Decas Quadrageſima ſexta.

ERROR PRIMVS.

De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant.

SVMMARIA.

1 *Proponitur expendenda ſententia Didaci Couarruuiæ, Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere.*
2 *Eiuſd. ſententiæ fulcra.*
3 *Notantur tres Didaci errores.*
4 *Inter virum & vxorem mortis cauſa donationes validas eſſe, aduerſus Didacum pluribus ll. textibus oſtenditur.*
5 *Valet inter coniuges donatio quæ fit cauſa diuortij ſub ipſo diuortij tempore.*
6 *Item quæ fit in caſum exilij.*
7 *Valet & donatio quæ fit manumiſſionis cauſa.*
8 *Didaci errores varij, & num.* 9.
10 *Explicatur & emendatur l. mortis* 52. *D. de don. int. vir. & vxor. quâ abutitur Couarruuias ad ſententiam num.* 1 *propoſitam ſtabiliendam, & num.* 12.
11 *Ex eo quod donatio cauſa mortis à ſocero facta nurui non valet ſequi donationem cauſa mortis inter coniuges factam non valere, aduerſus Didacum & cur.*
13 *Legati & mortis cauſa donationis differentia nonnullæ.*
14 *Ius ſuitatis non perimitur per exheredationem.*

Qvamvis multa in præcedentibus Decadibus iam attigerimus de donationibus inter virũ & vxorẽ etiã quæ mortis cauſa factæ ſint, præſertim verò in *Error.* 7. *&* 8. *Decadis.* 44. nondũ tamen ſatis diligenter ſcripſiſſe nobis videmur, ac quantum neceſſe eſt ad pragmaticorum noſtrorum & interpretum errores, qui in hoc tractatu paſſim
1 occurrunt, profligandos. Ille autem vt primus, † ita meo iuditio grauiſſimus occurrit, à quo Didacum Couarr. diligentiſſimum alioquin & eruditiſſimum ſcriptorem video tractationem ſuam De mortis cauſa donationibus inchoaſſe in *part.* 3. *rubr. De teſtam. num.* 2. vbi ait Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere, atque in hoc
2 ſimilem eſſe donationi inter viuos, Ex *l.* † *mortis* 52. *D. de donat. int. vir. & vx.* & ex Accurſij gloſſa ab omnibus, inquit ille, adprobata ad *l.* 2. *in prin. alias l.* 1. *§. Celſus* 9. *in verb. legatum D. de dot. releg.* Hancque concluſionem infert ex generaliore illa propoſitione quam idem ille præmittit numero primo ex omnium interpretum opinione Donationẽ cauſa mortis quod ad eius initium & ordinationem ſpectat propiùs accedere ad contractum quàm ad vltimam voluntatem, ita vt non omnia quæ in agenda aut conſtituenda vltima voluntate exiguntur, in actu donationis cauſa mortis ſint neceſſaria, ſed ea quæ in contractibus ineundis requiruntur in hoc donationis genere adhiberi oporteat. Ac quoniam videt Franciſcum Ripam ad *l.* 2. *de leg.* 1. in hoc à cæteris diſſentire, non quod ad veritatem concluſionis, ſed quod ad conuenientiam illationis, quaſi hac etiam parte donatio cauſa mortis ſimilior ſit vltimæ voluntati quàm contractui, cum donatoris morte confirmetur quomodo legatum confirmaretur. *l. mortis cauſa donatio* 34. *D. de mort. cauſ. don.* Replicat Didacus falli Ripam, quia, inquit, licet donatio cauſa mortis inter non coniuges facta morte confirmetur, non ſic tamen confirmatur quæ facta eſt inter coniuges niſi traditio præceſſerit, ex *l. ſed interim* 11. *De donat. inter vir. & vx. & Baldo in l. executorem n.* 35. *C. de execut. rei iudic.* Sicut, inquit, cæteræ etiam donationes inter viuos coniuges factæ traditionem exigunt vt morte confirmentur ex *l. Papinianus* 23. *D. de don. int. vir. & vxor. & gloſſ. in l.* 2. *C. de dot. caut. non num.* Atqui hæc traditio in legato non requiritur: Ergo, ait ille, aduerſus Ripam doctorum opinio recipienda eſt. Non nego falli Ripam & quotquot ſunt, ſi qui ſunt, qui cum Didaco defendant donationem cauſa mortis inter coniuges non valere, ſed hoc contendo duplicem Didaci † errorem eſſe, vnum 3
hunc quod putet inutilem eſſe huiuſmodi donationem, Alterum quòd vult vſque adeo inutilem eſſe, vt nec donantis morte confirmetur niſi præcedente traditione. Adderem tertium qui in eo eſt, quod nec inter viuos coniuges factas donationes aliter valere patitur, quàm ſi factæ ſint per traditionem. Si non eſſet hic iam à nobis ſatis ſuperque confutatus in Err. 5. Decad. 42. Atque hic tertius quidem error, non Didaci aut interpretum noſtrorum duntaxat eſt, fuit etiam Papiniani ob idque tolerabilior & excuſabilior cæteris omnib. tota hac noſtra Chiliade refellendis. Sed priores duo vereor ne ſoli Didaco ſint accepto ferendi: etſi parum refert cuius errores ſiñt, dummodo errores eſſe conſtet: maximè cùm Didaci autoritas & in ſcholis & in tribunalibus iam tanta ſit, nec immeritò ſi is cum reliquis pragma- 4
ticis conferatur, vt ſi non omnium certè plurium inſtar eſſe poſſit. Quo magis & nobis & optimo cuique laborandum eſt ne ſola hominis autoritate ipſius

ipſiùs errores inualeſcant apud eos ſaltem, qui pro
veris habent quæcumque nullomodo vident vel au-
4 diunt confutata. Primum errorem † conuincit ma-
nifeſtè Vlpianus in *l.ſi eum vxori 9.§.vlt.D.de don.int.
vir. & vxor.* vbi ait diſertis verbis inter virum &
vxorem mortis cauſa donationes receptas eſſe. Cu-
ius rei ratio ſtatim ſubiicitur ex Caio in *l.ſeq.* quia
in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir &
vxor eſſe deſinunt. Senſus eſt non alia ratione pro-
hibitas eſſe donationes inter virum & vxoré, quàm
quòd ſint coniuges, quos credibile eſſet ob mutuum
illum amorem, qui ex tam arcta coniunctione naſci-
tur ſpoliaturos ſe bonis ſuis, ſi inter eos huiuſmodi
donationes permitterentur *l.1.2.& 3.eod.* Hanc ve-
rò rationem ceſſare in donationibus cauſa mortis
quia conferuntur in id tempus quo vir & vxor eſſe
deſinunt, in tempus ſcilicet mortis, quo matrimo-
nium diſſoluitur. Nihil ergo impedire quominùs
etiam inter coniuges valeant, mortis cauſa donatio-
nes, quamuis inter eos nunquam valeant ſimplices
donationes quæ inter viuos dicuntur, ſi modo tales
ſint per quas fiat locupletior is qui accipit, & pau-
perior is qui donat *l ſi ſponſus 5.§.conceſſa & § penult.
& vlt.eod.* Idque etiam eſt quod tractat Marcianus
in *l.vbi ita donatur 27.D.de mort. cauſ. don.* ſi mortis
cauſa donetur ita vt nullo caſu reuocari poſſit do-
natio, magis donandi cauſam eſſe mortem, quàm
mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi
debere atque aliam quamlibet donationem inter vi-
uos Ex quo ſtatim infert, *Et ideo inter viros & vxo-
res non valet.* Nimirum quia cenſetur iure donatio-
nis inter viuos, cùm ſi habenda eſſet pro donatione
cauſa mortis, vtique valeret. Alioquin eſſet inepta
& ridicula conſecutio & illatio ſi eiuſmodi dona-
tio valere non poſſet nec ſi mortis cauſa facta eſſe
proponeretur Eodem pertinet quod Papinianus reſ-
pondit in *l.ſi mortis 40.e.tit.* Si mortis cauſa inter vi-
rum & vxorem donatio facta ſit, morte ſecuta reduci
eam ad id tempus quo interpoſita fuiſſet. Non alia
vtique ratione, quàm quod ea ſit natura donatio-
num cauſa mortis, non etiam donationum inter vi-
rum & vxorem, etiamſi donatoris ſilentio ac morte
fuerint confirmatæ. Alioquin quid attinuiſſet tra-
ctare de donatione cauſa mortis? An non ſufficie-
bat dicere *ſi inter virum & vxorẽ donatio facta ſit?* Sed
& certum eſt donationes inter virum & vxorem
quantumuis ſilentio & morte cõfirmatas nihilo ma-
gis retrotrahi, niſi ſpeciali voluntate fuerint confir-
matæ *l.donationes quas parentes 25.C. de donation.inter
virum & vxorem.l.cùm pater 77.§.pater filiæ De legat.*
2. Quod ergo retrotrahantur fit poteſtate illius ad-
iectionis quod cauſa mortis factæ ſint & conſe-
quenter ex eo apparet mortis cauſa donationem in-
ter coniuges valere. Si enim non valeret quomodo
effectum illum habere poſſet, vt donatio ad id tem-
pus quo facta eſſet retrotrahi deberet? Accedit quod
Iauolenus ſcribit in *l.ſi is ſeruus. 20. D. de dona. inter
virum & vxorem.* Si is ſeruus qui vxori mortis cau-
ſa donatus eſt priuſquam vir deceſſerit ſtipulatus ſit,
in pendenti eſſe cauſam obligationis donec vir aut
moriatur, aut mortis ſuſpicione propter quam do-
nauit liberetur: Quicquid autem eorum inciderit,
quod donationem aut perimat aut confirmet, id
quoque cauſam ſtipulationis vel confirmaturum vel
reſoluturum. Cur verò hæc mortis cauſa donatio eſt,
eandemq. naturam retinens cum facta eſt inter con-
iuges, quam haberet ſi inter alios quoſlibet facta
eſſet. Addamus denique ſi placet Scæuolam in *l. ſi
quod mihi 56.eodem* (nam in re tam aperta compro-
banda quam & Vlpianus pro certa ſupponit in tota
l.ſed interim 11.eod. fruſtra eſſet quærere plures lo-

cos.) Si quod mihi, inquit ille, mortis cauſa donare
quis vellet, ego purè vxori donare vellem; non va-
let quod vxori iubeo dari, quia illo conualeſcente
condictione teneor, mortuo autem eo nihilomi-
nus pauperior ſum, quia non habeo quod habitu-
rus eſſem. Cur enim ponit Scæuola purè factam à
me donationem, quam negat valere? Niſi vt oſten-
dat aliud ſe reſponſurum fuiſſe ſi donatio à me non
purè & abſolutè, ſed mortis cauſa facta fuiſſet: Nam
& eo caſu ceſſaret ratio illa qua mouetur Scæuola
vt neget valere donationem. Et verò ſi valet dona-
tio † inter coniuges etiam quæ fiat cauſa diuortij, 5
dummodo ſub ipſo diuortij tempore non ex cogi-
tatione quandoq. futuri diuortij fiat. *l.ſed interim.11.
§.vltimo.& l.ſequenti. D.de donatio. inter virum & vxo-
rem* (alioqui enim ideo non valeret quod improbi
diuortij conſilio non tantum cauſam ſed etiam præ-
mium dare videretur) item illa quæ fit in caſum † 6
exilij & deportationis. *l.ſed ſi mors.13.§1.l. inter vi-
rum 43.eodem.* quamuis caſus illi omnino ſint & abo-
minabiles, quanto magis debet valere facta in ca-
ſum, & cauſa mortis qui caſus naturalis eſt & præ-
uidendus magis, quàm abominandus? Sed & dona-
tio † quæ fit manumiſſionis cauſa valet, *l. quod au-* 7
*tem.7.§.vlt.eod.l.maritus 22.C.eo.l.ſi quãdo 109.De le-
gat.1.* quia licet qui manumittit acquirat ſibi liber-
tum non ideo tamen fit locupletior, cùm acquiſitio
liberti non ſit in patrimonio, nec faciat quemquam
locupletiorem, immo potiùs pauperiorem, ſi domi-
nus erat anteà is qui manumittit. *l. nemo prædo eſt
126.§ primo De regu.iur.* Quidni ergo valebit mortis
cauſa donatio facta inter coniuges, & collata in id
tempus quo poſſit quidem fieri locupletioris qui ac-
cepit, ſed non pauperior qui donat. Nemo ſiqui-
dem moriendo fit pauperrior, cùm eo inſtanti fiat
nullus. Neque ſanè Didacus ipſe hoc negare poteſt,
qui ſupradicto loco, numero quinto, ad finem ſcribit
in hæc verba, *Porro ante orationem Diui Marci* (Seue-
ri vt puto voluit, certè debuit dicere) *quia obtinuit
donationem inter coniuges morte donantis præuia traditio-
ne effectum ſortiri, donatio mortis cauſa inter coniuges
valebat, quia in tempus diſſoluti matrimonij confrrebatur,
l.ſi eam vxori in fi.& l.ſequenti.D. de donat. inter virum
& vxorem: atque morte donantis cõfirmabatur nulla re-
uocatione ex pœnitentia donantis præmiſſa.* Quamquam
quid ille ſibi † velit iis verbis *ante orationem Diui* 8
Marci ego non intelligo. Quaſi verò aliud ius hac
parte fuerit ante, aliud poſt orationem Seueri. Quod
vtique ridiculum eſt. Cur enim credamus donatio-
nes cauſa mortis, quæ ante illam orationem vale-
bant inter coniuges perinde atque inter alias quaſli-
bet perſonas, ob id hodie infirmiores eſſe debere,
quod eadem oratione confirmatæ ſint donationes à
coniugibus inter viuos factæ, quæ antea non vale-
bant? Sed & in eo malè loquitur † Didacus, quòd 9
ait ante orationem illam ita ius fuiſſe, vt mortis cau-
ſa donationes morte donantis confirmarentur. Nam
quæ ab initio valet mortis cauſa donatio, ea morte
donantis non cõfirmaretur, ſed perficitur *l. non vi-
detur, trigeſima ſecunda. D. de mortis cauſa donatio.* At
neque poſſum videre vnde tanti erroris cauſam vel
potius occaſionem Didacus ſumpſerit. Nam quod
obiicit † ex *l.mortis quinquageſimatertia. D. de donat.* 10
int.vir.& vxor. ad rem noſtram omnino non perti-
net. Ibi enim hoc tantùm Papinianus ſcribit, ſoce-
rum fruſtra mortis ſuæ cauſa vel nurui vel genero
donare. Ratione illa, quòd mortuo ſocero nuptiæ
non ſoluantur. Nec intereſt, inquit, pater filium vel
filiam exheredauerit, quia licet hoc caſu non videa-
tur pater donaſſe nurui fauore filij, quem exhereda-
uit, aut genero fauore filiæ quam ſimiliter exhere-

dauit, ſemper tamen verum eſt factam donationem
ab eo alterum ex coniugibus habuerit in poteſtate,
quod ſufficit vt donatio impediatur *l. 3. §. ab vxoris
eod.* vbi quod habet vulgata lectio, ab vxoris nuruſ-
ve parte prohibitum eſſe donari viro vel genero,
haud dubiè mendoſum eſt legendumque *patre* non
parte duabus illis literis vt quæ tranſpoſitæ erant re-
poſitis in ſuum locum. Alioqui ſi cum Azone &
Accurſio ea verba *vxoris nuruſve* ſic intelligas vt ea-
dem perſona ſit & vxor & nurus & habito reſpectu
ad diuerſas perſonas, præter id quod vix bonum vl-
lum ſenſum aſſequeris nunquam ſanè facies quin
ſcribi potiùs debuerit, idque tamen ineptè *vxoris nu-
ruſque* potiùs quàm quomodo ſcriptum eſt *vxoris nu-
ruſve*. Sed dicat aliquis ſi donatio cauſa mortis in-
11 ter coniuges † facta valet, quidni etiam valebit ea
quæ facta ſit à patre alterutrius coniugum cauſa
mortis ſuæ? Hoc enim eſt quod videtur Didacum
decepiſſe exiſtimantem ſi donatio cauſa mortis à
ſocero facta nurui non valet, quòd habeat maritum
in poteſtate multo minùs valituram eam quæ à ma-
rito ipſo collata eſſet in vxorem. Verùm debuit ani-
maduertere diſſimiles eſſe hos caſus nec obſcuram
diſſimilitudinis rationem quam exprimit Papinia-
nus, cum ait non ſolui nuptias generi nuruſue ſoce-
ro defuncto: Hoc nimirum ſenſu acſi diceret inter
ipſos quidem coniuges permiſſas eſſe mortis cauſa
donationes, quia, vt diximus conferentur in tem-
pus non equidem diſſoluti quomodo malè idem Di-
dacus loquitur, ſed diſſoluendi matrimonij, & quo
ille vir & vxor eſſe deſinunt. At in donatione, quam
ſiue mariti ſiue vxoris pater fecerit eam rationem
locum non habere ſi ſocer ille donauerit cauſa mor-
tis ſuæ, quoniam hæc donatio cùm perficiatur mor-
te donatoris, perficitur eo tempore quo nuptiæ ad-
huc ſubſiſtunt, quippe quæ non ſoceri ſed alteru-
trius tantùm ex coniugibus morte diſſolui poſſint:
Ideoque ratio eadem facit ne talis donatio valeat
quam ſocer mortis ſuæ cauſa fecerit, quæ impedi-
ret ne valere poſſet illa quam idem ſocer inter viuos
feciſſet. Nempe quod ea quæ fit à patre habente ma-
ritum vel mariti vxorem in poteſtate, perinde ha-
benda ſit acſi à marito ipſo vel ab vxore facta eſſet.
Porrò quæ ab ipſo coniuge facta eſſet inter viuos,
id eſt ita vt non eſſet collata in tempus mortis do-
nantis, ea ſine dubio non valeret, obſtante matri-
monio. Ergo nec valere debet ea, quam ſocer fece-
rit cauſa mortis ſuæ, non magis quàm ſi donaſſet
inter viuos ſub aliqua conditione, quæ & duranti-
bus adhuc nuptiis contigiſſet, ſiue viuo ſiue mortuo
iam donatore. Quid enim refert an per donatoris
mortem exiſtat conditio donationis, an aliter, ſi
modo perſeuerent nuptiæ ex quibus pendet ratio
tota impediendæ donationis? Aliud igitur erit ſi po-
nas ſocerum donaſſe genero, vel nurui cauſa mortis
vel filij ſui ve filiæ. Hoc enim caſu quandiu conſtat
matrimonium donatio pendet ac reuocabilis eſt,
tanquam quæ nondum perfecta ſit, vtpote quę ſit
perficienda morte illius cuius mortis cauſa dona-
tum fuit. Quo autem inſtanti perficitur & fit irre-
uocabilis, id eſt cum filius moritur, vel filia, matri-
monium quoque diſſoluitur, & ita finitur ratio quæ
donationem impediebat ne interim valere poſſet:
Denique bona eſt hoc caſu comparatio donationis
quam vnus ex coniugibus mortis ſuæ cauſa fecerit,
& illius quam pater vnius ex coniugibus fecerit
cauſa mortis non ſuæ ſed coniugis. Et quemadmo-
dum in Decadibus præcedentibus diximus, ſi pater
donet alicui cauſa mortis filij ſui, non poſſe reuo-
cari donationem illam niſi quandiu filius viuit, prop-
terea quod non patris ſed ſibi morte perficiatur,
adeoque mortuo ante patrem filio non poſſe talem
donationem dici vltimam voluntatem neque pa-
tris, qui ſe viuo eam irreuocabilem factam videt,
neque filij cuius non fuit eam reuocare ſed patris
ex *l. nec fratris. tertia. C. de donatione cauſa mortis l. 4.
D. de manumiſſ. vindict.* Ita cum pater mariti donat
nurui, vel pater vxoris genero cauſa mortis ſuæ pro-
priæ, non ad aliud prodeſſe poteſt factam eſſe men-
tionem mortis, quam vt in donatoris poteſtate eſſet
quamdiu viuit donationem reuocare ſi ea valeret.
Cæterum eo moriente adeò perficitur donatio vt
quod ad coniuges ipſos attinet non alio iure cenſe-
ri poſſit quàm donationis inter viuos cum neque à
patre ipſo reuocari poſſit qui iam deceſſit, neque à
cõiuge qui ipſe non donauit, & qui tamen eo adhuc
tẽpore in matrimonio reperitur. Ergo donationem
hanc illud bonam facere non poteſt, quod facta ſit
cauſa mortis ſoceri qui donauit, quippe quam non
ipſius ſoceri vita ſed filij filiæve matrimonium quod
adhuc durat impediebat ne inter viuos valere poſ-
ſet. Planè ſi poneres defunctum hunc donatorem
poſt filium vel filiam ſuperſtite altero coniuge cui
donauerat, nec mutata voluntate, non putarem du-
bitandum quin donatio valeret, quippe quæ perfi-
ceretur eo tempore, quo iam nulla ſubeſſet cauſa
eius impediendæ, morte ſcilicet donatoris, & ma-
trimonio filij vel filiæ iam ſoluto. Nam & ſi pone-
res ſocerum non mortis ſuæ cauſa, ſed diuortij do-
naſſe genero vel nurui hoc eſt in eum caſum quo
matrimonium filij vel filiæ per diuortium ſoluere-
tur, valeret donatio dummodo ſub ipſo diuortij tem-
pore non futuri quandocumque diuortij cogitatio-
ne facta eſſet (ſic enim Papinianum intelligo in *d. l.
mortis arg. d. l. ſed interim 11. §. vlt. & l. ſeq. eod. tit.*) Non
alia ratione, quàm quia ceſſaret illo caſu ea ratio,
quæ inutilem faceret donationem, ſi mortis ſuæ
cauſa ſocer donaſſet, ac deinde viuo adhuc filio fi-
liáve deceſſiſſet: cum eodem tempore & donatio
perficeretur, & matrimonium foueretur. Idque eſt
quod Papinianus † eleganter ſuo more, ſed ſubob- 12
ſcurius ſubiicit in *d. l. mortis. Diuortij ſpecies, eadem
ratione. diuerſa eſt.* Dicitur enim fieri eadem ratione
etiam quod fit in contrarium ob id ſolum quod ceſ-
ſet ea ratio, quæ ſi non ceſſaret aliud ius induceret.
Eademque ratio eſt, quæ diuerſum quoque ius in-
ducit in diuerſis caſibus, cùm iuris diuerſitas non
ſumitur niſi à ceſſante ratione. Ratio illa erat quæ
faciebat inutilem donationem cùm mortis ſuæ cau-
ſa ſocer donauerat, quod mortuo ſocero non idcir-
co nuptiæ ſoluerentur. Atqui ratio illa ceſſat cùm
donauit ſocer cauſa diuortij, quia diuortio matri-
monium ſoluitur. Eadem ergo ratio quæ priorem
donationem faciebat inutilem, faciet vtilem poſte-
riorem. Ruſus eadem ratio eſt dicendæ validæ do-
nationis quæ facta ſit in caſum mortis filij vel filiæ
à ſocero, quæ & donationis factæ in caſum diuor-
tij quia non minus filij vel filiæ morte quàm diuor-
tio ſoluitur matrimonium. Ergo perinde valere de-
bet hæc atque illa donatio, quomodo accipi debet
quod Paulus ſcribit in *l. ſi cum 26. §. 1. D. de donatione
inter virum & vxorem.* in illis verbis *ergo ſocer genero
mortis vel diuortij cauſa donabit.* Mortis ſcilicet filij
non ſuæ vt Vlpianus ait in *l. mortis cauſa filij 11. D. de
mortis cauſa donatione.* Et tamen ſi ſocer dotem nu-
rui relegaſſet, non quòd ius actionis de dote vellet
relegare (hoc enim fieri non poſſet manente adhuc
nupta muliere) ſed quòd dotalem pecuniam reci-
pere eam vellet, vtile eſſet legatum quemadmodum
idem Vlpian. ex Celſo ſcribit in *l. 1. §. Celſus aliàs l.
2. in prin. de dot. relegat.* Differt igitur hac in re † lega- 13
tum à donatione cauſa mortis vt bene Accurſius ad
eum

eum locum annotauit: Et diuerſitatis ratio minus euidens, quam Accurſius non attulit, illa eſt, quia licet quandiu donator viuit donatio cauſa mortis non minus ſit reuocabilis quam legatum, eo verò mortuo non minùs irreuocabile ſit legatum quàm mortis cauſa donatio, tamen legatum ſemper remanet vltima voluntas patris, nec vnquam degenerat in donationem inter viuos quæ ab ipſo filio filiáve coniuge facta eſſe videatur. At mortis cauſa donatio à ſocero facta non cauſa mortis filij vel filiæ, ſed mortis ſuæ poſtea mortuo donatore ſuperſtite filio vel filia, & durante adhuc matrimonio, degenerat in donationem inter viuos quam ipſe filius vel filia feciſſe intelligitur cùm pater fecit, in cuius ille illáve fuit poteſtate. Nec tantùm ſi filius ipſe inſtitutus fuerit vel filia (quo caſu apertius eſt videri donatum à coniuge quod ipſius pater donauit, quodque ille nunc habiturus eſſet ſi donatum non fuiſſet *arg. d. l. ſi quod mihi 56. De donatione inter virum & vxorem*) ſed etiam ſi exheredatus, vt Papinianus ſcribit in *d. l. mortis* quia nõ facit exheredatio, quin ſẽper verum ſit donatam fuiſſe à patre rem quæ iam tũ erat filij propter coniunctionem illam dominij, quam inter patrem & filium inducit ius patriæ poteſtatis & vt vocant ſuitatis *l. in ſuis. 11. D. de liberis & poſthumis*, nec proinde quin ab ipſo filio filiáve quodammodo facta videatur donatio in caſum mortis patris. Quod non ſimiliter dici poteſt in legato per patrem facto, quia cùm ſit vltima patris voluntas nunquam poteſt videri facta per alium quàm per patrem ipſum quoniam nec poſſet, cumque conferatur in id tempus quo pater erit mortuus & conſequenter quo filius erit inſtitutus vel exheredatus, nam ſi eſſet præteritus neq; teſtamẽtum valeret, neque legatum) ſiuè inſtitutus reperiatur, non poteſt recuſare quo minus legata omnia præſtare debeat, ſiue exheredatus tãto minùs dici poterit alienatam eſſe per legatum rem quæ fuerit ipſius, cùm per exheredationem ſummotus ſit & excluſus à bonis paternis. Itaque quãuis mortuo patre duret adhuc matrimonium, ea tamen res non poteſt inutile facere legatum: quomodo faceret inutilem mortis cauſa donationem, quæ ſcilicet propriis viribus ſubſiſtit, nec requirit vt factum ſit teſtamentũ, *l. cum is 25. D. de mortis cauſa donatione*, ideoq; nec curat an filius inſtitutus ſit, an exheredatus, an præteritus. Niſi quod reſciſſo per inofficioſi querelã teſtamento, ſi filius immerenter exheredatum ſe probaret, infirmaretur quoq; mortis cauſa donatio, quæ ex teſtamẽto aliquando valuiſſet, vt probauimus Decade præcedente ex *l. etiam. 11. D. de inofficioſo teſtamento. & l. ſed ſub conditione 18. §. 1. D. de hæred. inſti.* Denique legatum relinquitur ab herede, qui ſi filius eſt perinde atque alius extraneus quilibet ex teſtamento obligatur: Si verò filius exheredatus eſt, non poteſt ipſius perſona inutilem facere donationẽ, cùm exheredati ratio nulla ſit habenda quod ad hereditatem, & ea quæ delibantur ex Hereditate, cuiuſmodi ſunt legata *l. legatum eſt delibatio, 116. de legatis primo*. At donatio cauſa mortis non relinquitur ab herede, cùm fiat ea mente vt donatoris heres neque honoretur, neque oneretur: Nec eſt delibatio hereditatis, ſed patrimonij donatoris viuentis, cùm viuo donatore, id eſt, eo inſtanti quo ipſe moritur, perficiatur, licet indigeat poteſtate legis perinde ac legatum, vt dominij tranſlatio fieri poſſit quoties fuit collata poſt mortem. Igitur quantumuis exheredatus ſit filius vel filia cuius pater donauit cauſa mortis, non poteſt valere donatio ſi moriatur donator eo tempore quo adhuc durat matrimonium, quia per eam donationem delibatur patrimonium eo tempore quo filij quoque patrimonium eſſe videtur ſicut & patris, propter ius poteſtatis, vt dixi & ſuitatis. Probatque is locus optimè quod à nobis pluribus diſputatum eſt libro decimo Coniecturarum, capite vltimo, ius ſuitatis † non perimi per exheredationem, quippe quæ non incipit 14 vires habere niſi poſt mortem teſtatoris, & adita demum ipſius hæreditate. Hæc cùm ita ſint, non video qua fronte Didacus erroris ſui tam improbabilis autores laudet Papinianum in *d. l. mortis, & Accurſium in d. l. ſecunda, De dotis legatione*. cum neutrius ea mens ſit, vt negent donationes inter virum & vxorem mortis cauſa factas, ſed tantò vt negent eam valere quam ſocer mortis ſuæ cauſa nurui vel genero fecerit, Cuius certè alia longeque diuerſa ratio eſt, vt ex iis quæ toto hoc capite diximus, conſtare arbitramur. Alius eiuſdem Didaci error ſupererat refutandus, quo ille contendit mortis cauſa donationes factas inter coniuges vſque adeò non valere vt nec donatoris morte confirmentur niſi traditio præceſſerit. Sed quia longiores iam fuimus, de eo commodius ſequenti capite diſputatio inſtituetur.

ERROR II.

De iiſdem donationibus cauſa mortis inter coniuges factis an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur.

SVMMARIA.

1 *Error Didaci Cou. exiſtimantis donationes cauſa mortis inter coniuges factas exigere traditionem, vt morte donantis confirmentur.*

2 *Donationes ſiue inter viuos factæ ſint, ſiue mortis cauſa, ſi ab initio valuerint, nulla confirmatione indigent.*

3 *Quibus textibus & Dd. nitatur Didacus in errore ſuo adſtruendo.*

4 *Didacum ex l. ſed interim. 11. in pr. D. de don. int. vir. & vx. male inferre non alias donationes inter coniuges aut valere aut confirmari morte, quàm quæ per traditionem factæ ſint.*

Aliud eſſe perfici donationem, aliud confirmari.

5 *Si donationes inter viuos à coniugibus factæ morte donatoris confirmentur, etiamſi nulla traditio interuenerit, multò magis donationes cauſa mortis confirmabuntur.*

6 *Baldum erroneæ Didaci ſententiæ non fauere.*

7 *Dominium eo caſu quo ex donatione aut alio contractu transferatur, non niſi per traditionem transfertur.*

8 *Cùm donatio per ſtipulationem ſit, non ideò tamen res ad donatarium peruenit, ſed penes donantem remanet quo vſque ex ſtipulatione exigatur.*

SECVNDVS Didaci error † iſte eſt, quod 1 mortis cauſa donationes quas inter cõiuges non putat valere, nec morte donantis aliter confirmari patitur, quàm ſi factæ fuerint per traditionem, Hic quoque à nobis refellendus eſt, licèt ſuperuacua futura ſit diſputatio apud eos, quibus iam perſuaſum erit, ex iis quæ proximè tractauimus huiuſmodi donationes valere, cùm certi iuris ſit donationes † ſiue inter viuos factæ ſint, 2 ſiue mortis cauſa, ſi ab initio valuerunt, nulla confirmatione indigere. Sed ſi qui erunt qui adhuc contra nos ſentiant, & cũ Didaco defendant donationes iſtas non valere faciamus ſaltem ne in hunc quoque ſecundum errorem impingant, néve dubitent quin omnimodo & indiſtinctè confirmentur morte ſiue per traditionem factæ ſint, ſiue per ſtipulationẽ. Non habuit

Didacus, vir alioqui diligens in textibus † & Docto-
ribus conquirendis & cumulandis, quem pro ſe obii-
ceret præter Vlpianum in *l. ſed interim. 11. in princip.
D. donat. inter vir. & vxor. & Baldum in l. executorem.
num. 35. C. de execut. rei iudic.* Magnos ſanè viros, &
quorum autoritas poſſet ſufficere, Vlpiani quidem
apud prudentes ipſos, Baldi verò apud doctores no-
ſtros, ſi ad rem de qua agimus pertineret. At ſiue hunc
ſiue illum conſideres facilè videas nihil minùs eos
egiſſe quàm vt de eo cogitarent, quod Didacus vult
ab iis dictum eſſe. Nam Vlpianus in *d. l. ſed interim.*
cuius initium coniungendum eſt cum fine legis *ſi eum.
9.* quæ ſumpta eſt ex eodem Vlpiani libro trigeſimo ſe-
cundo ad Sabinum hoc tantùm ait, Donationes inter
virum & vxorem mortis cauſa factas receptas quidem
eſſe, id eſt, moribus populi Romani non improbatas
quomodo improbatæ ſunt eæ quæ fiunt inter viuos
(nulla enim hac re iuris conſtitutio aut ratio eſt, quæ
vel pro donationibus cauſa mortis, vel contra dona-
tiones inter viuos afferri poſſit *l. 1. & 2. eo tit.*) ſed ta-
men interim res non ſtatim fieri eius cui donatæ ſint,
at tunc demum cùm mors fuerit inſecuta. Ex his ni-
mirum verbis infert Didacus tractare Vlpianum de
donatione facta per traditionem. Illa, vt puto, ratio-
ne, licet ipſe non exprimat, quod ex donatione citra
traditionem facta dominium transferri nullo modo
poſſet, cùm non transferatur per ſtipulationem, mul-
to minus per pactum nudũ *l. traditionibus. 20. C. de pact.*
qui tamen omnes modi ſunt ineundæ donationis ſe-
cundum interpretes. Neque mala conſecutio eſt ſi ni-
hil aliud quæreremus niſi an de iis donationibus eſſet
intelligendus Vlpianus, quæ per traditionem factæ
4 eſſent. Sed non bona † conſecutio ſi quis dicat cum
Didaco, non alias igitur donationes inter coniuges
aut confirmari morte, quàm quæ per traditionem
factæ ſint, ob id ſolùm quod Vlpianus de iis locutus
ſit, cùm tractaret de donationibus, ex quibus domi-
nium transferretur. Quid enim vetat donationem
cauſa mortis talem factam eſſe, ex qua noluerit dona-
tor dominium transferre, & quæ tamen aut ab initio
valeat, aut morte confirmetur? Immò verò ſi inter
coniuges fieri neceſſe eſt donationes cauſa mortis, vt
ab initio valeant, & eo modo quo factæ ſunt. Nam
ſi id agatur vt dominium ſtatim transferatur, & con-
ſtante adhuc matrimonio, non valebit donatio ſaltem
vt eum effectum habeat, quem donator voluit, ſed
hactenus tantùm, vt ſecuta demum morte tranſlatio
dominij fiat. Id enim eſt quod Vlpianus tractat in
dict. l. ſed ininterim in princip. & §. 1. de cuius etiam
loci ſententia ſcripſimus in Error. 7. Decad. 44. Reſ-
piciens nimirum ad eam diſtinctionem donationum
cauſa mortis, quod aliæ ſic fiunt, vt donatio in iis
nulla interueniat, ſed tantum ſtipulatio, aliæ ſic vt
traditio interueniat, non ſtipulatio. Et hæc rurſus
vel ita vt ſtatim dominium transferatur vel ita vt do-
minij tranſlatio in id tempus quod poſt donatoris
mortem erit, conferatur. Cæterùm non dubitauit Vl-
pianus, quin ſi facta eſſet donatio inter coniuges
mortis cauſa, ſiue per ſtipulationem, ſiue per tradi-
tionem ita vt dominij tranſlatio poſt mortem collata
foret, ea ſtatim valere deberet, & quidem eo ipſo
modo quo facta eſſet, quamuis reuocabiliter ſicut &
aliæ quælibet inter alios mortis cauſa donationes. Nec
quod ſemper ille requirit, vt inſecuta ſit mors donato-
ris, facit vt eo minùs valere illas putauerit, aut vt
indigere illas crediderit vt morte confirmarentur.
Nam & de cæteris donationibus cauſa mortis gene-
raliter id proditum eſt, non aliter eas perfectas videri,
quàm ſi donatoris mors inſequatur *l. non videtur 32.
l. Seia 42. §. vltim. D. de mortis cauſ. donation.* Sed aliud
eſt perfici donationem, aliud confirmari. Perficitur
ea tantùm quæ ab initio valuit quidem, ſed imperfe-
ctè ac reuocabiliter: Confirmatur verò ea ſola quæ
ab initio non valuit, & quæ non tantùm euentu ali-
quo indiget vt perficiatur, ſed etiam extrinſeco auxi-
lio vt incipiat valere. Ac ſanè quid abſurdius, quàm
donationes † factas inter coniuges etiam inter viuos 5
quæ ab initio prorſus inutiles, & improbatæ ſunt, mor-
te donatoris confirmari, tametſi nulla in iis traditio
interuenerit, vt à nobis probatum eſt in Error. 5. De-
cad. 42. ex *l. cùm hic ſtatus. 32. §. & generaliter. & l. ſe-
quent. D. de donation. inter virum & vxorem.* donatio-
nes verò inter eoſdem factas mortis cauſa, quas etiam
ab initio valere oſtendimus, ne quidem donatoris
morte confirmari, ſi traditio non interuenerit? Aut
cùm apud omnes conſtet diſtinctionem hanc non ad-
hiberi in donationibus cauſa mortis inter cæteros fa-
ctis, cur eam potiùs adhiberi volumus in donationi-
bus inter coniuges factis, cùm in id tempus confera-
tur, quo coniuges eſſe deſinunt. *l. quia 10. eodem tit.*
Quod verò Didacus † pro ſe adfert Baldum in dicta 6
l. executorem. num. 35. mihi videtur omnino alienum à
propoſita diſputatione. Ibi enim non de illo quærit,
aut tractat Baldus, An donationes cauſa mortis inter
coniuges exigant traditionem vt confirmentur morte,
quas nec putauit egere vlla confirmatione, cùm nun-
quam dubitauerit quin ipſo iure valerent. Sed hoc
tantùm dicit, ſi maritus donationem cauſa mortis an-
te admiſſum delictum & citra ſuſpicionem pœnæ in
vxorem contulerit, deinde fuerit deportatus, confir-
mari ea deportatione perinde ac morte mariti dona-
tionem, vt nihil iuris in ea re donata poſſit fiſcus ſibi
vindicare, quamuis omnia mariti bona publicata &
ad fiſcum deuoluta proponantur: ſi modò facta ſit do-
natio per traditionem, nimirum quia cum ad exclu-
dendum fiſcum neceſſarius ſit color ille, quaſi res do-
nata non ſit ampliùs in bonis mariti, ſed in bonis &
dominio vxoris, quam ex mariti culpa inquietari &
damno adfici non oporteat. *l. ſecunda. Cod. ne vxor
pro marito.* dominium † autem etiam illo caſu quo ex 7
donatione aut alio contractu transfertur, non niſi per
traditionem transferatur dicta *l. traditionibus 20. Cod.
de pact.* apparet non in aliis donationibus poſſe faueri
mulieri, quàm quæ factæ ſint per traditionem: Si-
quidem quandiu traditio nulla facta eſt, negari non
poteſt, quin id quod donatum fuit à marito in bonis
& dominio ſit mariti, ac proinde cum cæteris mariti
bonis ad fiſcum debeat peruenire. Idque probant
etiam verba legis Conſtantinianæ quæ hoc primum
ius induxit in *l. res vxoris. 24. Cod. de donation. inter
virum & vxorem.* in primis illis verbis, *res vxoris
quæ vel ſucceſſione qualibet vel emptione vel largitione vi-
ri in ea ante reatum iure peruenerant.* Iure namque
perueniſſe ad vxorem dicitur donatio, non quidem
quæ cauſa mortis facta eſt, nam de donationib. cauſa
mortis ea lex non loquitur, vt ſequenti capite dice-
mus, ſed quæ inter viuos ſi eo modo facta ſit, quo fie-
ri debent donationes quæ valent, id eſt, per traditio-
nem, quoties id agitur, vt ad donatarium res donata
perueniat. Cùm enim donatio † per ſtipulationem 8
ſit, licèt æquè valeat, ſiue inter viuos, ſiue mortis
cauſa facta ſit, non ideò tamen res ad do-
natarium peruenit, ſed penes do-
nantem remanet quouſque ex
ſtipulatione exigatur

***

ERROR

ERROR III.

De donationibus factis ſiue mortis, ſiue deportationis cauſa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. Cod. de donat. int. virum & vxorem. & l. ſed ſi mors 13. §. 1. D. eodem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum donationes ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos collata in vxorem ante crimen admiſſum, morte, ſiue deportatione mariti confirmantur in præiudicium fiſci.*
2 *D. ſententia refellitur.*
3 *Qui creditores condemnati præferantur fiſco.*
4 *Donationes facta inter virum & vxorem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa nonniſi ad inſtar vltima voluntatis capi videntur.*
5 *Qui vel ſupplicio capitis vel pœna deportationis affectus eſt, non poteſt decedere cum vltima voluntate.*
6 *Conſtantinus in l. res vxoris Co. de donat. int. uir. & vx. nouum ius induxit à ratione iuris alienum ſolóque mulierum fauore ſubnixum.*
7 *L. ſed ſi mors. l. 13 §. 1. D. de don. int. vir. & vx. à Triboniano interpolatam eſſe. & num. 10. 11. 16.*
8 *Quomodo Vlp. in l. cùm hic. 32. §. ſi maritus. D. de don. int. vir. & vx. velit donationes inter virum & vxorem deterioris eſſe conditionis, quàm quæ inter cæteros fiunt: tum donationes mortis cauſa, quàm quæ inter viuos.*
9 *Lege Conſtantini quid correctum ſit, quid ve incorrectum manſerit.*
11 *Exponitur l. ſed ſi mors. 13. D. de don. int. vir. & vx.*
12 *Caſus mortis quando & in quibus ad caſum ſeruitutis aut deportationis trahatur.*
13 *Cur valeat donatio inter coniuges facta in caſum deportationis.*
14 *Licet donatio inter coniuges facta in caſum deportationis valeat, non eſt tamen cum Triboniano inferendum donationem factam in caſum mortis trahendam eſſe ad caſum deportationis.*
15 *Conſtantinus in dict. l. res vxoris de mortis cauſa donationibus nihil ſanxit.*
16 *Notantur Triboniani errores varij.*

1 Magis mirum illud eſt quod interpretibus † omnibus placere video, do-
nationes ſiue mortis cauſa, ſiue inter
viuos collatæ ſint in vxorem quamuis
ante crimen admiſſum, ſiue morte,
ſiue deportatione mariti, confirmari in præiudi-
cium fiſci, cui medio tempore ius fuerit quæſitum
2 in omnibus bonis mariti, cùm † bona iſta donata
remanſerint in eo numero bonorum mariti quan-
diu vixit & in ipſius dominio, nullum autem vxo-
ris ius ſit ſaltem quantum ad dominium niſi poſt
mortem viri *d. l. ſed interim. 11. D. eo.* Nam quod di-
citur creditores † omnes condemnati ante fiſcum &
3 ante pœnam eſſe *l. Statius Florus 48. in fi. D. de iur. fiſc. l. vnic. C. pœn. fiſcal. credit. præf. lib.* 10. ad hunc ca-
ſum non pertinet, quia neque creditrix verè eſt, ne-
que creditoribus comparari poteſt vxor, in quam
donatio collata eſt, quamdiu pro arbitrio & ad nu-
tum mariti donatio reuocabilis eſt *l. vnum ex familia 67. de legat. 2.* & rurſum inter ipſos quoque credito-
res non eſt nouum vt fiſcus præferatur iis etiam qui
priores contraxerunt ſi modo pignoris cauſam præ-
uenerit *l. ſi qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* Denique cùm do-
nationes † omnes factæ inter virum & vxorem ſiue 4
inter viuos ſiue mortis cauſa non niſi ad inſtar vl-
timæ voluntatis capi videantur *l. in donationib. 12. Cod. ad leg. falcid. l. vlt. C. de don. cauſ. mor.* qui auté vel
ſupplicio † capitis vel pœna deportationis affectus 5
eſt non poſſit decedere cum vltima voluntate *l. eius qui 8. §. 1. & ſeqq. cum l. ſed. l. qui à latronibus 13. §. fin. D. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis fuerit. D de iniuſt. rupt.* fatendum eſt, Conſtantini. † con- 6
ſtitutionem in *d. l. res vxor.* pugnare cum ratione iu-
ris, nouumque ius inducere ſolo mulierum fauore
ſubnixum. Et conſequenter quod in eandem ſen-
tentiam quaſi ex Vlpiano ſcriptum legimus in *l. ſed ſi* 7
mors. 13. §. 1 D. eod. non tam eſſe Vlpiani qui procul-
dubio contra iuris rationem tam apertè reſpondere
nec voluiſſet, nec potuiſſet, quàm Triboniani reſ-
picientis ad ſupradictam Conſtantini legem la-
tam longo tempore poſt ætatem Vlpiani. Quod
à Cuiacio iampridem ante nos obſeruatum lib.
3. obſeruat. cap. 10. à nobis etiam in Iuriſprudentiæ
noſtræ ſcientia pluribus comprobatum eſt. Vlpia-
ni namque temporibus vſque adeo erat inutilis
& irrita donatio, quam vir in vxorem contuliſſet ſi
capitis aut deportationis pœnâ poſtea vir paſſus eſ-
ſet, vt etiamſi contra eum neque accuſatio inſtitu-
ta, neque condamnatio vlla ſecuta fuiſſet, ſi tamen
ipſius poſt mortem damnata memoria proponere-
tur, ſiue quòd mortem ſibi conſciuiſſet, ſiue ex qua
alia cauſa, donationem reuocari oporteret, quæ
morte confirmata fuiſſe videbatur, vt idem Vlp. di-
ſertè ſcribit in *l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi maritus vxori.*
D. eod vbi addit *quamuis ea quæ aliis donauerit valeant,* 8
ſi non mortis cauſa donauit. Quibus verbis non tan-
tùm illud ſignificat donationes inter virum & vxo-
rem deterioris conditionis eſſe debere, quàm cæte-
ras inter alios factas in eo, quod non poſſunt con-
firmari morte ac tacita voluntate illius, qui expreſ-
ſam voluntatem habere nullam poteſt: Sed illud
quoque oſtendit Vlpianus, mortis cauſa donationes
etiam inter alios factas, eſſe in hoc deterioris con-
ditionis, quàm donationes inter viuos, quòd non
poſſunt irreuocabiliter perfici morte illius cuius
poſt mortem memoria damnatur: quod ſi ita eſt, vt
eſt, quanto minùs confirmabuntur, aut vt melius
loquar, perficiente morte illius donatoris, qui viuus
fuerit condemnatus & vel capitis vel deportationis
pœna affectus? Facilius ſiquidem eſt vt imperfectæ
donationis perfectio impediatur, quam vt iam per-
fecta reuocetur. At rurſum ſi inter alios quoque non
valent eo caſu mortis cauſa donationes, quæ tamen
valerent ſi inter viuos factæ eſſent quanto minùs
valebunt mortis cauſa factæ inter coniuges inter
quos nec valerent eæ quæ abſolutè ac inter viuos
factæ eſſent? Neque verò ex iuris tantùm ratione
ita eſſe admittendum eſt, quod nullam habet dubi-
tationem, ſed etiam poſt Conſtantini legem illam
de qua tractamus in *d. l. res vxoris.* Etſi enim ea con-
ſtitutione † correctum eſt quod Vlpianus ſcripſerat 9
d. § ſi maritus. de reuocandis donationib. inter viuos
coniuges factis, ſecuta etiam poſt mortem condem-
natione aduerſus memoriam mariti, non poſſum
tamen mihi perſuadere correctum etiam illud fuiſſe
quod de donationib. mortis cauſa in eundem caſum
infirmandis Vlpianus ſcripſit, quia non eſt veriſi-
mile Conſtantinum vſque adeò mulieribus & dona-
tionibus in eas collatis fauere voluiſſe, vt alias do-
nationes morte donatoris confirmari voluerit quàm
quæ ſi inter alios factæ eſſent valerent citra confir-
mationem, ne mulieri noceret quod vxor fuiſſet, vt
ſcripſimus libro ſeptimo Coniecturarum, capite vl-
timo.

timo. Nam alioquin æquè abſurdum eſſet prodeſſe mulieri, quod in eam collata donatio non ab initio valuiſſet. Ex quo relinquitur tanto apertius quod vo-
10 lumus, ſententiam † illam quæ extat in *d.l. ſed ſi mors §. primo*, non ſolùm Vlpiano adſcribi non poſſe, ſed neque Conſtantino, aut alij qui ad Conſtantini legem nouam reſpexerit, ſed ei qui plus etiam quàm Conſtantinus fauere mulieribus voluerit, protracta Conſtantini lege quæ de ſimplicibus tantùm donationibus inter viuos coniuges factis locuta fuerat, ad mortis cauſa donationes, de quibus tamen Conſtantinus neque cogitauerat, neque cogitare potuerat. Is verò alius nemo eſſe potuit quàm Iuſtinianus, aut Tribonianus, quem vtrumque plus æquo vxorium fuiſſe tot aliæ pro mulieribus contra ius latæ conſtitutiones demonſtrant. Hoc autem nec Cuiacius ipſe percepiſſe videtur, nec alij qui locum illum Vlpiani explicant ex *d.l. res vxoris*, quaſi Conſtantinus quoque de donationibus cauſa mortis aliquid vel ſanxerit, vel ſenſerit, quod mihi certè non videtur. Longeque meliùs iudicio meo Baldus, qui textum illum *d.l. ſi mors*, vnicum in iure eſſe ſcribit ex quo probari poſſit donationem cauſa mortis a marito vxori factam deportatione pe-
11 rinde ac morte confirmari. Quod ipſum tamen quàm alienum † ſit ab Vlpiani ſenſu, non meliùs aliunde conſtare poſſit, quàm ex eadem lege, in cuius principio tractans ille de donatione per maritum facta vxori cauſa diuortij, quam in fine legis præcedentis valere dixerat, ſcilicet ſi ſub tempus ipſum diuortij fiat, non cogitatione futuri quandocunque diuortij, ait donationẽ tamen ita factam non valere, ſi mors inſecuta ſit, non diuortium, tanquam quæ facta ſit in alium caſum, diuortij nimirum, non mortis. Mox ſubiicit, *Proinde etſi mortis cauſa vxori donauerit & deportationem paſſus ſit*, quibus verbis palàm eſt Vlpianũ, non aliud hoc caſu reſpondere voluiſſe, quàm quod reſponderat in priore donationem non valere quippe quæ in alium caſum facta eſſet mortis, non deportationis. Sic enim nos interpretari cogit dictio *proinde* & ſequens articulus & quo paſſim vtuntur Iureconſulti vt caſus ſimiles coniungant, non vt ad diſſimiles tranſeant. Sed cùm eam ſententiam Tribonianus vtilitati mulierum contrariam eſſe videret, captata occaſione, vt ſolet ille, ex lege Conſtantini quæ iam induxerat ius nouum quod ad donationes inter virum & vxorem non mortis cauſa factas, non eſt paſſus incorruptum locum manere ſed ſub Vlpiani nomine vt audaciùs nobis illuderet, quod Vlpianus pro certo iure tradiderat donationem hoc caſu non valere, ſic ille immutauit, vt primùm dubiam rem facere voluerit, propoſita quomodo alias ſolet quæſtione *an donatio valeat, videamus*. Mox ſuo etiam more priuſquàm ad nouam & parum probabilem diſputationem ineptè reſpondeat, præfatur neſcio quid prorſus impertinens. *Et alias placet*, inquit, *in caſum deportationis donationem factam valere quemadmodum in cauſam diuortij*. Nimirum, vt ex eo mox inferat donationem factam in caſum mortis vtilem eſſe debere ſecuto caſu deportationis: quæ illatio quàm mala ſit præcedens Vlpiani ſententia declarat. Poſſet enim quis eadem ratiocinatione probare donationem factam in caſum diuortij valere ſecuto caſu mortis, quod tamen Vlpianus negat, & nemo non negauerit. Poſteà ſubiicit Tribonianus in modum ſyllogiſmi *Cùm igitur deportatione minimè diſſoluatur matrimonium, & nihil vitium mulieris incurrat* (agnoſce quæſo Tribonianeam phraſim) *humanum eſt donationem quæ mortis cauſa ab initio facta eſt tali exilio ſubſecuto confirmari tanquam ſi mortuo marito rata habebatur*. Inepta planè ſed ſolita Triboniani ſubtilitate non indigna illatio. Nam ſi verum eſt vt eſt, deportatione matrimonium non diſſolui, tanto minùs ratio facit vt deportatione donatio perinde confirmetur ac morte confirmaretur. Quomodo enim poteſt bona eſſe comparatio mortis & deportationis, cùm morte ſoluatur matrimonium, quod deportatione non diſſoluitur? Fateor caſum † vnum aliquando 12
trahi ad alium) quamuis hoc in teſtamentis faciliùs quàm in contractibus, aut quàm in donationibus ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa) puta caſum mortis ad caſum ſeruitutis, aut etiam deportationis. Sed hoc in iis demum in quib. eadem vtriuſque caſus ratio & poteſtas eſt, ſecundum ea quæ explicauimus ad *§. & quid ſi tantùm l. Gallus vigeſimanona De liberis & poſthumis libro nono Coniecturarum capite tertio*. At vt donatio vel conuentio quælibet facta in caſum deportationis, vt hoc etiam caſu donatio confirmetur, ea ipſa ratio impedit quæ facit vt valeat in caſum mortis, ſcilicet quia quæ fit in caſum mortis excurrit in id tempus quo vir & vxor eſſe deſinunt *l. quia in hoc tempus. decima D. de donatione inter virum & vxorem*. quod in caſu deportationis omnino diuerſum eſt: Solique ſeruitutis & diuortij caſus ſunt qui morti comparari poſſunt, cùm per eos perinde ac per mortem matrimonium diſſoluatur. Qua ratione poſſit quis non abs re 13
mirari † cur valeat donatio inter coniuges facta in caſum deportationis, cùm in id tempus conferatur quod non minùs inhabile futurum ſit, quàm illud eſt in quo fit donatio, quippe quod æquè tempus erit conſtantis matrimonij: Et tamen dubitandum non eſt ſi Triboniano credimus, quin deportationis, vt & exilij perinde ac mortis & diuortij cauſa donatio fieri poſſit, *dict. l. ſed ſi mors §. primo. l. inter virum. quadrageſimatertia. eodem titulo*. Sed reſpondendum eſt ab eo iure quod non lege aliqua ſcripta, ſed moribus tantùm populi Romani receptum fuerat, facile potuiſſe & debuiſſe iiſdem moribus excipi caſum hunc exilij & deportationis vel intuitu ſolo miſerationis, quod alioqui fuiſſet inhumanum prohiberi coniugem miſerabili coniugi donare ad ſubleuandam ipſius ſiue egeſtatem, ſiue mœſtitiam ex coniugis donantis cauſa emanantem, vt hoc ſaltem haberet vxor triſtitiæ ſuæ ſolatium, tanto æquius quanto eſſet illa & beneficio & laude dignior, quæ mariti etiam deportati fortunam & conditionm quam abiicere poterat ſi vellet, ſequi maluiſſet. *l. prima. C. de repud. l. ſed etſi quinta. §. primo.* 14
D. de bonis damnatorum. At quamuis † valeat donatio inter coniuges facta in caſum deportationis, non eſt tamen bona conſecutio, ſi quis ex eo inferat cum Triboniano, donationem igitur factam in caſum mortis trahendam ad caſum deportationis, quoniam illa ſemper ſubeſt ratio quæ protractionem hanc impediat, quod verum eſt donationem in alium caſum factam eſſe, & quidem quod magis eſt omnino diſſimilem huic qui contigit, ita vt non tantùm iuris ratio, ſed etiam voluntas donatoris deficere videatur, Nec enim qui donauit in caſum mortis ſuæ facilè credendus eſt cogitaſſe de caſu deportationis, ſicut nec de caſu diuortij, cùm ſit ille pleriſq; tanto abominabilior diuortio quantò miſerabilior & durior eſt ei qui deportatur. Neque rurſus quicquam cauſæ eſt, cur credere debeamus eum qui donauit in caſum mortis æquè facilè donaturum fuiſſe in caſum deportationis, etiamſi de illo cogitaſſet, ſiquidem is qui donat cauſa mortis mauult ſe habere quàm donatarium. *l. prima & ſecunda. l. Senatus. trigeſimaquinta §. primo. D. de mortis cauſa donatione*. qui verò donat in caſum deportationis, mauult donatarium habere, quam ſeipſum poſt deportationem quod tamen difficile eſt vt quis velit propter ſpem probabilem, quam habet deportatus quilibet quandiu viuit, fore vt ante mortem ſuam reſtituatur in

in ciuitatē *l.intercidit, quinquageſimanona. de condictione & demonſtratione.* Nulla ergo ratio eſt protrahendæ donationis quæ facta eſt in caſum mortis ad caſum deportationis. Et multò rectiùs Conſtantinus in dicta *l.res vxoris ad finem*; ex eo quod dixerat non diſſolui matrimonium per deportationem; infert, Donationem igitur manere in pendenti oportere in tempus vſque mortis mariti qui donauit, vt ſi decedat ille in eadem voluntate, confirmetur ex die mortis donatio,
25 in minus, infirmetur. Quanquam, vt iam dixi non de mortis † cauſa donationibus Conſtantinus quicquam cauit, ſed de iis tantùm quæ inter viuos factæ ſint, & quæ ſi inter alios quàm inter coniuges factæ eſſent, valerent vtique, nec vlla confirmatione indigerent. Sed & in eo valde incautus fuit Tribonianus, quod Conſtantinianæ legis verba ſecutus, quaſi eum ipſum caſum quem Conſtantinus, ac non penitus diuerſum tractaret, vſus eſt verbo illo *Confirmari*, non animaduertens verbum hoc non conuenire donationibus cauſa mortis: quæ cùm ab initio valeant, confirmari nec poſſint, nec debent, ne quidem per mortem, ſed morte tantum perfici dicuntur, quod longè aliud eſt, ſed conuenire tantùm donationibus inter viuos quæ cùm ab initio non valeant inter coniuges, nun-
26 quam poſſunt eſſe niſi inutiles, ſi non ex poſtfacto confirmentur. Nec paruus erroris † iſtius effectus eſt cùm ex eo alius ſequatur longè abſurdior. Cùm enim confirmata dicatur ſiue donatio ſiue alia quælibet voluntas, ea demum quæ deſinit poſſe reuocari, (ſiquidem nec firma eſſe poteſt quæ eſt reuocabilis, nec confirmata, quæ nondum eſt firma) Tribonianus tamen hanc ipſam donationem à marito cauſa mortis factam quam per deportationem non minus quàm per mortem confirmari ait, vult poſſe reuocari etiam poſt deportationem, ſi maritus qui & donauit & deportatus fuit, donationem reuocare malit, quàm in eadem voluntate perſeuerare. Sic enim ſubiicit, *ita tamen vt non adimatur licentia marito eam reuocare, quia & mors eius expectanda eſt, vt tunc pleniſſimam habeat firmitatem quandò ab hac luce fuerit ſubtractus, ſiue reuerſus, ſiue adhuc in pœna conſtitutus.* Quæ verba ſiquis exactius perpenſa non ſtatim nobiſcum dicat eſſe Triboniani non Vlpiani, vix mihi perſuadebit ſe in legendis Vlpiani cæterorumque prudentum ſcriptis & Iuſtiniani conſtitutionibus vel mediocriter eſſe verſatum. An non verò pugnat euidenter hæc adiectio cum eo quod immediatè præcedit donationem, hanc tali exilio confirmari *tanquam ſi mortuo marito rata habebatur*. Nam & ſic idem Tribonianus loquitur, pro eo quod dicere voluit & debuit, *quemadmodum mortuo marito rata haberetur.* Aut quænam ſubtilitas illa eſt, confirmari donationem per deportationem, nec tamen pleniſſimam habere firmitatem niſi per mortem? Sufficiebat vt Tribonianus diceret hanc donationem deportatione non infirmari, nec oportebat vt diceret confirmari. Quæ non infirmatur poteſt tandem perfici, licet quandiu perfecta non eſt poſſit etiam reuocari, Sed quæ confirmata ſemel eſt ea reuocari poſtea nunquam poteſt. Sed & grauior alius Triboniani lapſus in eo eſt, quod non animaduertit Conſtantini legem protrahi non poſſe ad mortis cauſa donationes ſecuta deportatione confirmandas, quin illud etiam inducatur, vt poſſit maritus donare vxori mortis cauſa in caſum publicationis bonorum. Nam ex Conſtantini lege apparet eam conſtitutionem ad illum caſum pertinere quo bona omnia donatoris publicata ſint & ad fiſcum peruenerint, quod oſtendunt verba illa vltima *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Atqui licet verùm ſit poſſe donationem cauſa mortis fieri in caſum exilij & deportationis, id tamen certum eſt tunc non obtinere cum donatoris bona ad fiſcum perueniunt, tametſi facta ſit donatio eo tempore quo nulla ſupererat adhuc ſuſpicio pœnæ. Hoc ſiquidem commune ius eſt omnium mortis cauſa donationum, vt remoueantur tanquam imperfectæ, quoties donatori viuo bona per pœnam auferuntur, cùm tamen cæteræ donationes inter viuos ſine pœnæ ſuſpicione factæ valeant, vt ſcriptum eſt in *l. ſi aliquis 7. D. de mortis cauſa donat. iunct. l. poſt contractum 15. D. de donatione.* Vt plurimùm autem deportatio comitem habet publicationem bonorum vel omnium vel pro parte, licèt non ſemper *l. relegatis 14. §. primo & vltimo, & l. ſequenti. D. de interd. & releg.* Et eo demum caſu quo bona deportati publicata non ſint, defendi poteſt donatio cauſa mortis in caſum exilij & deportationis facta, non etiam in eum caſum quo deportatio futura ſit cum bonorum amiſſione, quia id fieri non ſolùm ſine ſuſpicione pœnæ, ſed nec citra fraudem fiſci, quo caſu neque ſi donatio inter viuos facta eſſet valere tamen ex Conſtantini lege poſſet. Id enim eſſe videtur, quod Conſtantinus ſignificare voluit primis illis verbis *in eam ante reatum iure peruenerant. Iure,* inquam, id eſt, *ſine fraude* vt & ſequentia iſta probant *& donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in vxorem.* Eſſet namque abſurdum confirmatas à Conſtantino donationes inter virum & vxorem eo caſu quo inter alios factæ valere non poſſent: Nec aliud egit Conſtantinus niſi vti ne pateretur deteriorem eſſe conditionem mulieris cui maritus in præmium pudicitiæ donaſſet, quàm cæterorum quorumlibet donatariorum, at non etiam vt faceret meliorem. Illud etiam perpendo, quod Paulus ſcribit in *l. inter. 43. D. de donatione inter virum & vxorem*, exilij cauſa donationem fieri poſſe. Ait *exilij* non *deportationis*, quia exilium multo leuius eſt deportatione, & relegationem potius quam deportationem ſignificat, relegatio autem bonorum publicationem non irrogat, niſi cùm ſpecialiter ita dictum eſt dict. *l. relegatas decimaquarta §. primo. l. relegati 4. D. de pœn.* In eoque proculdubio alius Triboniani lapſus fuit quod Pauli de exilio tantùm locuti ſententiam protraxit ad deportationem, non minùs infelici imperitia, quàm qua legem Conſtantini de donationibus inter viuos locutam protraxit ad donationes cauſa mortis. Etſi enim non nego poſſe valere donationem mortis cauſa factam in caſum deportationis ſi deportato bona non fuerint adempta, non minùs quam ſi facta eſſet in caſum exilij, hoc tamen intereſt an de ea loquamur quæ facta ſit in caſum exilij an de illa quæ in caſum deportationis, quo deportationis nomen ſua vi amiſſionem bonorum includit niſi aliud in ſententia expreſſum ſit, exilij verò & relegationis nomen non item. Itaque cùm dicimus fieri poſſe donationem cauſa mortis in caſum deportationis ſimpliciter, propoſitio non magis vera eſſe poteſt quàm ſi diceremus poſſe fieri donationem in caſum ademptionis & publicationis omnium bonorum. At cùm dicimus poſſe donationem fieri in caſum exilij, propoſitio ſimpliciter vera eſt, quamuis futura ſit falſa ſi addas tale eſſe exilium cui etiam ademptionis bonorum pœna ſit adiuncta.

ERROR IV.

De donatione cauſa mortis facta inter coniuges; & per donatorem poſtea deportatum reuocata.

SVMMARIA.

1 *Refertur ſententia Baldi de donatione cauſa mortis a marito vxori facta, & per eundem poſtea deportatum reuocata.*

2 Senten

2 *Sententia Baldi de validitate donationis cauſa mortis, quæ facta ſit & ſuſpicione pœna, & ab eo qui poſtea paſſus ſit deportationem, malè fulciri l. ſed ſi mors. D. de donat. int. vir. & vxor.*

3 *Perperam ſtatuere Baldum donationem à deportato reuocatam penes ipſum remanere.*

4 *Rem donatam in ſuperiori ſpecie fuiſſe in cauſa confiſcationis & eius dominium remanſiſſe penes donantem.*

5 *Exponitur l. res vxoris. 24. C. de don. inter vir. & vx.*

6 *Quæ ſit ſententia l. ſi deportati ſeruo. in prin. D. de legat. 3.*

5 CASVM hunc tractat Baldus † in *l. executorem num. 35. Cod. de execut. rei iudicat.* De marito qui timens ne bona ſua fiſcus inuaderet fecerat donationem cauſa mortis vxori ſuæ. Ipſiſſima enim Baldi verba vſurpare volumus. Demum, inquit ille, cõtingit quod imaginatio facit caſum, quia poſitus eſt in banno æris & perſonæ. Modo quæritur, Vtrum dicta vxor poſſit defendere ſibi donata ne veniant in fiſcum, an verò fiſcus poſſit ea capere per executionem banni. Reſpondeo, Ille bannitus quoad ciuitatem ſuam vnde exulat patitur exilium quo maius non reperitur, & ideo tanquam morte donatio confirmatur, & ideo vxor poteſt bona defendere à fiſco dummodo proceſſum erat ad traditionem plenam, Et tamen maritus ita forbannitus poſſet dictam donationem reuocare. Iſte eſt textus vnicus in iure. *D. de donat. inter virum & vxor. l. ſed ſi mors.* Quid ergo fiet ſi reuocat donationem? Reſpondeo, Bona remanebunt ipſius & non fiſci, quia non fuerunt incluſa in confiſcatione, vt *D. de leg. 3. l. ſi deportati ſeruo.* Hucuſque verba ſunt
2 Baldi, † quibus duplex quæſtio & ad vtramque reſponſio continetur: iudicio meo neque probabilis. Nam quod ad priorem quæſtionem pertinet, iam probauimus capite ſuperiore conſtitutionem Imperatoris Conſtantini in *l. res vxoris 24. C. de donatione inter virum & vxorem*, quæ prima his omnibus quæſtionibus locum fecit, ad donationes cauſa mortis inter coniuges factas nullo modo pertinere, ſed eas tantùm quæ inter viuos, quarum potiùs confirmandarum ratio maior illa fuit, quòd ſi inter alios quàm coniuges factæ eſſent, ipſo iure & ab initio valerent, neque vlla confirmatione indigerent. Non alius ergo iuris locus pro Baldi ſententia poteſt adferri quàm qui ab eo vnicus & ſingularis dicitur in *l. ſed ſi mors 13. §. 1. D. eo.* quem nos eodem proximo capite oſtendimus à Triboniano corruptũ fuiſſe, nec Vlpiano adſcribi poſſe. Sed qui iam nobis cum Baldo, non cum Triboniano res eſt, oſtendamus nouum eſſe hunc errorem, quem Tribonianeo errori Baldus ſuperaddit, adeo vt neque ex Triboniani errore defendi poſſit. Ponit Baldus factam donationem à marito metuente ne bona ſua fiſcus inuaderet. Ergo eo conſilio vt donationis remedio fiſcum à bonis ſuis ſummoueret eo quoq; caſu, quo tale quid admitteret propter quod ex iure publico & ex legibus bona ſua omnia videbat ad fiſcum peruentura. Rurſum ponit donatoris huius bona omnia ad fiſcum perueniſſe, quorum tamen neutrum apud Tribonianum exprimitur neque ſubintelligendum eſt. Etſi enim ſcribit Tribonianus poſſe fieri donationem inter coniuges cauſa deportationis, deportatio autem vt iam diximus bonorum publicationem vt plurimùm comitem habet, ſicuti tamen ita ſcribendi occaſionem ſumpſit, deceptus ea ſimilitudine quæ eſt inter deportationem & exilium, propterea quod deportatio omnis exilium ſit, licèt non è conuerſo exilium omne ſit deportatio. Ita non de alia deportatione intelligi debet, quàm quæ in eo ſimilis ſit exilio, quod non irroget pœnam amiſſionis bonorum, vt Triboniani error magis in nomine ſit, quàm in re. Siquidem nihil vetat ita quem deportari, vt tamen retineat bona ſua *dict. leg. relegatus decimaquarta in fin. Dig. de interd. & releg.* Nam ſi Tribonianum intelligere velles de ea deportatione quæ donatori bona ademiſſet, faceres eius ſententiam pugnantem non ſolùm cum ratione iuris ſed etiam cum Vlpiano in *l. cum hic ſtatus 32. §. ſi maritus D. de don. int. vir. & vxor.* vbi negat valere donationem etiam inter non coniuges mortis cauſa factam ſi donatoris bona peruenerint ad fiſcum quamuis non niſi poſt mortem donatoris. Nec Triboniani errorem poſſes adiuuare ex *d. l. res vxoris.* quæ vt iam diximus de donationibus loquitur factis non cauſa mortis, ſed non inter viuos. Præterea Tribonianus in ea ſpecie quam tractat ponit tantum factam fuiſſe mortis cauſa donationem, nec addit, quod Baldus, factam fuiſſe ab eo qui iam tum cogitaret fore, vt bona ſua quandoque ad fiſcum peruenirent. Itaque quamuis verum eſſet quod Tribonianus contra iuris rationem induxit, vt eiuſmodi donatio quæ cauſa mortis facta eſſet, valeret in caſum deportationis, non eſſet tamen bona conſecutio, vt perinde valere deberet in caſu Bal. quoniam Tribonianus de ea locutus eſt, quæ facta ſit ſine ſuſpicione pœnæ, Baldus verò de ea quæ ſuſpicionem pœnæ habuerit pro cauſa magis quàm mortem. Si enim donationes cauſa mortis hoc ipſo quod mortis cauſa factæ ſunt infirmantur per capitis pœnam ſuperuenientem donatori tum quoque cùm nulla pœnæ ſuſpicio in iis faciendis interuenit *d. § ſi maritus. l. ſi aliquis. 7. D. de mort. cauſ. don.* quanto magis dicendum eſt non valituram eam, quæ & mortis cauſa facta ſit & propter ſuſpicionem pœnæ? Hoc volo dicere facilius eſſe vt Triboniano concedamus valere in caſum deportationis etiam quæ publicationem ſociam habeat, eam donationem quæ mortis tantùm cauſa facta ſit ab eo qui de caſu deportationis nihil cogitauit, quàm vt largiamur Baldo quod ille vult valere mortis cauſa donationem factam cogitatione futuræ deportationis & ſuſpicione pœnæ ab eo, cui poſtea pœna illa irrogata ſit. Priore namque caſu fraudaretur fiſcus non eo cõſilio, ſed tantùm re ipſa & euentu: Poſteriore verò & conſilio & euentu: quam fraudis ſpeciem nemo neſcit eſſe multò intolerabiliorem. *l. ſi quis eã haberet 15. & paſſ. D. quæ in fraud. credit.* præſertim verò in donationibus cauſa mortis, quæ vt inutiles fiant, ſufficit adeſſe fraudem euentu, quamuis nihil dolo malo factum ſit, quia comparantur legatis, vt Vlpianus noſter ratiocinatur in *l. 1. §. 1. D. ſi quid in fraud. patr.* Apparet igitur falſam prorſus & improbabilem eſſe ſententiam illam Baldi, vt donatio cauſa mortis valeat, quæ facta ſit & ſuſpicione pœnæ & ab eo qui poſtea paſſus pœnam deportationis: neque aut errore Triboniani aut Conſtantini legendum Vlpiani reſponſo vllo comprobari. Nam ex duabus illis quæ caſu interueniunt ad infirmandam donationem, alterum adeſſe ſufficeret vt donatio non valeret. Sed illud longè abſurdius eſt quod idem Baldus † ad alteram à ſe propoſitam quæſtionem reſpondet, ſi donator hic poſt irrogatam deportationis donationem reuocauerit, penes eum remanſuram rem donatam, non penes fiſcum ad quem cætera ipſius bona omnia peruenerint. Quidni enim ad fiſcum pertineat quod inutiliter donatum fuit, cum reuocata donatio pro eo habenda ſit, ac ſi facta nunquam eſſet? An fortè vxoris fauor in quam collata fuerat donatio, nocebit fiſco, cùm nec vxor ipſa propter donationis reuocationem admittatur? Aut quid ſtultius quàm fauere donatori, qui non tantùm legibus & fiſco illudere voluerit, ſed etiam vxori? 3

Atqui,

Atqui, inquit, Bald. res iſta donata non fuit in cauſa
4 confiſcationis. Immo † inquã fuit, cùm fuerit in cauſa bonorum? Nec enim dominium eius adhuc à marito eodemque donatore diſceſſerat, & quia donatio facta erat mortis cauſa tantùm & ita vt viuo marito dominium non transferretur. *l. ſed interim.* 11. *D. de don. int. vir. & vxor.* & quia etiamſi donatio inter viuos facta fuiſſet, dominium tamen niſi poſt mortem donatoris in vxorem transferri non potuiſſet. Cùm igitur bona omnia mariti per publicationem ad fiſcum peruenerint, res verò donata manſerit in dominio mariti, conſequens omnino eſt, vt ea quoque res donata in cauſam publicationis cedat & ad fiſcum deuoluatur. Nec poteſt huic noſtræ ſententiæ
5 obiici quod in fine ſupradictæ legis † Conſtantinianæ ſcriptum eſt in hæc verba *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Potiùs enim probat hic verſiculus, in confiſcationem venire illa etiam bona, quæ vxori à marito donata fuerunt. Senſus namque eſt ea pertinere quidem ad fiſcum quandiu donator viuit, necdum confirmata donatio eſt, ſed donatore tandem in eadem voluntate defuncto ita confirmari ex die mortis donationem, vt nullum ab eo tempore ius in iis bonis ſibi vindicare fiſcus poſſit. Alioquin quid obſecro attinet dicere *in poſterum*, ſi nullum in iis bonis ius fiſci vnquam fuiſſet? Et verò cur fiſcum excluderemus toto eo tempore, quo nullum poteſt eſſe ius vxoris cui donatum fuit contra leges? Quod autem lex ſic loquitur, *nullam in poſterum communionem*, non ſic accipiendum eſt quaſi vllum tempus ſit in quo dominij communio aliqua inducatur inter fiſcum & vxorem donatoris, ſed quia dominij communio illa eſſe videtur ſolo tempore diuiſa cùm vno tempore dominium eſt ita fiſci tantùm vt nullo modo ſit vxoris, hoc eſt, ex die publicationis vſque ad diem confirmatæ per mortem donationis, alio verò tempore ita eſt vxoris vt nullum in eo fiſci ius ſuperſit, id eſt, ex eo die quo mortuus donator fuit & donatio confirmata. Et errant ſi qui ſunt qui putant ea verba *in poſterum* ſic accipienda, quaſi Conſtantinus velit poſt eam legem nullum ſibi ius poſſe fiſcum vindicare in bonis donatis, quæ ſi ea lex non eſſet, ad fiſcum peruenire deberent. Nam ſi verum eſt, vt eſt ante eam legem ita ius fuiſſe vt bona inutiliter donata perinde ac cætera non donata fiſco acquirerentur, nec tantum ex die publicationis, ſed etiam in perpetuum, Conſtantinus autem nihil induxit fauore mulieris donatariæ, niſi vt à die mortis mariti tanquam exinde confirmata donatione dominium ad mulierem pertineret; nulla prorſus ratio eſt ita interpretandæ conſtitutionis vt in quo non fauit mulieri, ius fiſci læſiſſe videatur. Cederet ſiquidem ea læſio in fauorem ipſius mariti qui certè nullo prorſus fauore dignus videri poteſt. Illud porrò nouum non eſt vt fiſcus exequatur ius ſuum in ea quoque bona donata quandiu viuit donator necdum confirmata donatio eſt, poſtea verò deſinat habere ius retinendorum ex perſona & delicto donatoris bonorum quæ alius quilibet donatoris heres vxori reſtituere teneretur, vt dici ſolet cùm ob æs alienum heredis diſtrahuntur à creditoribus bona quorum alienatio prohibita ſit per teſtatorem. *l. peto.* 69. *§. prædium de legat.* 2. Quanquam in propoſito ſi ea lex Conſtantini non eſſet, ius fiſci non temporale, ſed perpetuum eſſe deberet, nec intercideret morte donatoris, cum non magis donatio cauſa mortis, quàm alia quælibet vltima voluntas poſſit fraudi eſſe fiſco, vt nec aliis creditoribus *l. filiusfam.* 114. *§. Diui.* 2. *de legat.* 1. quippe quorum non alia hac parte ratio eſt quàm fiſci, niſi hactenus vt fiſco præferantur. *l. Statius Florus.* 48. *§. vlt. D. de iur. fiſc.* Quod autem Baldus obiicit ex *l. ſi deportati ſeruo.* 7. *in prin. De legat.* 3. ad rem certè non facit. Ibi enim Vlpia-
nus † hoc tantum ſcribit, ſi fideicommiſſum ſeruo 6
deportati adſcriptum ſit, ad fiſcum illud pertinere, niſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit, ante ſcilicet quàm eſſet deportatus (nam bona quæ ſemel fuerunt publicata poſtea alienare nunquam poteſt. *l. deportatus.* 15. *D. de interd. & releg.*) vel fuerit reſtitutus: tunc enim, inquit, ad ipſum deportatum debebit pertinere fideicommiſſum. Nempe quia ſeruus ipſe cui eſt adſcriptum fideicommiſſum ad eum pertinet, poſt reſtitutionem. Itaque hoc caſu fideicommiſſum quoque publicationi quidem cedit cum ſeruo, ſeruus autem cum vniuerſitate bonorum, quia neceſſe eſt vt ſequatur fideicommiſſum cauſam dominij ſerui cui fideicommiſſum datum fuit, ſeruus autem proculdubio ad fiſcum pertinet: Sed ſecuta reſtitutione ſicuti ſeruus qui fuerat publicatus priſtino domino reſtituitur, ita & omnia quæ per ſeruum fuerant fiſco acquiſita, vt reſtitutio tantum reddat, quantum deportatio abſtulerat. *l.* 1. *C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* At in caſu Baldi nullum tempus eſt ex die publicationis bonorum in quo res donata poſſit ad donatorem aut ad vxorem pertinere quandiu donator viuit, & conſequenter neceſſe eſt vt ad fiſcum pertineat: Vbi autem cœpit pertinere, non poteſt reuocatio ſola ſubſecuta ius fiſci tollere quomodo tolleret confirmatio ſi confirmata donatio fuiſſet, quia donator deportatus cùm donationem reuocat quam contulerat in vxorem, non tam ſibi prodeſt quàm vxori nocet, fiſco autem prodeſt cui tamen nocuiſſet ſi donationem confirmaſſet, quoniam confirmatio per legem adiuuatur vt etiã ius illud perimat quod fiſco fuerat quæſitum: reuocatio autem non ſimiliter adiuuatur, quia nec auxilio vllo indiget vt reuocationis effectum habeat in præiudicium vxoris in cuius perſona nunquam conſtitit donatio. Vt verò etiam fiſco noceat ea reuocatio, proſitque donatori contra fiſcum cui non ex donatione ſed ex condemnatione ius quæſitum eſt, extra vim & effectum reuocationis illud eſt, nouâque lege opus eſſet, quæ nulla hucuſque in eam rem lata reperitur, nec niſi iniqua ferri talis lex poſſet in odium fiſci & fauorem fraudatoris. Quod cùm de donationibus etiam inter viuos verè dicatur, quæ ſui natura ſi valeret irreuocabiles eſſent, multo magis de donationib. cauſa mortis dici poteſt, quæ inter coniuges factæ nec valent ſecuta deportatione cum bonorum amiſſione, & tum quoque cùm valent reuocari, tamen ad nutum & arbitrium donatoris poſſunt, vt proinde tanto faciliùs in præiudicium & donatoris & donatariæ vxoris fiſco irreuocabiliter acquirantur, nec donatoris morte ac ſilentio vnquam confirmentur. Denique nulla ratio eſt, vt quod Vlpianus reſpondit in fauorem deportati reſtituti, in *d. l. ſi deportati*, nos cum Baldo protrahamus ad donatorem deportatum reuocantem donationes quas in vxorem contulerat, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donauerit, quandoquidem nihil ſimile habet reuocatio donationis cum reſtitutione in integrum. Reuocatio donationis nullomodo pertingit vſque ad ius fiſci, tantúmque abeſt vt fiſco nocere debeat, vt potius proſit hoc ipſo quod nocet vxori. At reſtitutio in integrum non datur niſi contra fiſcum, & conſequenter vt proſit donatori, qui alioquin donationem reuocando quam in vxorem contuliſſet, fiſco magis quàm ſibi fuerat profuturus

***

ERROR V.

De retroactione donationis cauſa mortis inter coniuges an ratione dominij ſit facienda, an ratione fructuum tantùm.

SVMMARIA.

1 *Donatio mortis cauſa inter coniuges facta morte ſecuta ad id tempus quo facta eſt reducitur.*

2 *Bartolus donationem mortis cauſa inter coniuges factam vult retrotrahi non quantum ad dominium, ſed quantum ad fructus.*

3 *Accurſij hac de re ſententia: & quid ei Couarruuias obijciat.*

4 *Differentia præcipua inter donationes cauſa mortis inter coniuges factas, & eas quæ inter viuos.*

5 *Donationes mortis cauſa inter coniuges an retrotrahantur quod ad fructus tantùm, an etiam quod ad dominij cauſam.*

6 *Sententia Ioannis veteris gloſſatoris de propoſita dubitatione.*

7 *Sententia Ioannis veteris refutatio.*

8 *Quomodo donatio cauſa mortis inter cõiuges retroagatur & non retroagatur, autoris ſententia.*

9 *Explicatur & emendatur l.* ſed interim. 11. D. de don. int. vir. & vx. & num. 11.

10 *De qua retroactione donationis loquatur Papinianus in l. ſi mortis. 40. D. de don. cauſ. mort.*

11 *Cur interpretes admittere noluerint donationes cauſa mortis æquè retrotrahi quoad dominium, ac quoad fructus.*

13 *Rationis quæ ad id mouit interpretes & Bartolum refutatio.*

14 *Tam facile eſt legi retroagere donationem quod ad dominium, quàm quod ad fructus & cur.*

15 *Donationem cauſa mortis inter coniuges retroagi quoque quantum ad dominium probari ex l. ſi is ſeruus. 20. D. de don. int. vir. & vx. vbi Bart. & Accurſij interpretationes exploduntur.*

16 *Exponitur l. vxori. 22. D. de don. int. vir. & vx. & cum l. ſeruus vxori. 76. de her. inſt. conciliatur.*

1 PAPINIANVS ſcribit in *l. ſi mortis* 40. *D. de donat. cauſ. mort.* Si mortis † cauſa donatio inter virum & vxorem facta ſit, morte ſecuta reduci eam ad id tempus quo facta eſt: Quod etſi apertam ſententiam illam habet, vt donatio mortis cauſa etiam inter coniuges facta retrofingatur valuiſſe ex quo tempore facta eſt, interpretes tamen noſtri quibus hoc durius videtur quàm vt poſſint concoquere, aliter atque aliter accipiendum eſſe volunt. Facit iis difficultatem, quòd vident neque inter viuos neque mortis cauſa poſſe ſic fieri donationem inter coniuges, vt conſtante matrimonio dominiũ in donatarium transferatur, quia eo tempore omnis dominij tranſlatio inter coniuges moribus prohibita eſt *l. ſed interim. 11. D. de donatione int. vir. & vxor.* Ita enim fit vt extremum ad quod retrofictio fieri deberet ſit inhabile, ideoque non videatur hæc res admittere retrofictionem vt ratiocinatur. Bart. † ad
2 *l. nec vtilem D. ex quib. cauſ. maior.* vbi tractans de donationibus inter virum & vxorem etiam ſimpliciter & abſolutè non mortis cauſa factis, quas retrotrahi certum eſt ad id tempus quo factæ ſunt, ſi ſpeciali aliqua voluntate fuerint confirmatæ, vt oſtendimus in Error. 3. Decad. 40. ex *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* negat eas retrotrahi quantum ad dominium ſed tantùm quantum ad fructus. Quam ſententiam à cæteris interpretibus probatam, & veram eſſe ſcribit Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De teſtam. num 5. Accurſius verò cuius ſententiam Paulus Caſtrenſ. & alij nonnulli ſecuti ſunt in *d. l. ſi mortis.* putat eam legem ad eas tantùm mortis cauſa donationes pertinere, quæ ſic factæ ſint vt nullo caſu reuocentur, quomodo fieri eas poſſe conſtat & ſic factas pro iis haberi acſi inter viuos factæ eſſent *l. vbi ita donatur 27. D. de mor. cauſ. don.* Nam donationes factas inter coniuges & inter viuos fatetur Accurſius retrotrahi poſſe ad id tempus, quo factæ ſunt etiam quod ad dominium non minùs quàm quod ad fructus in *l. ſub conditione 16. de ſoluta. & in l. ſequens quæſtio 67. de leg.* 2. licet alias idem ille contra putauerit retrotrahi debere quod ad fructus duntaxat non quod ad dominium, in *d. l. donationes & in l. 2. C. de inoff. donat.* quæ primum fuit ſententia Hugolini, ab eodem Accurſio relata in *l. talis ſcriptura 30. in gloſſ. vlt. de legat.* 1. Sed donationes mortis cauſa factas inter virum & vxorem, negat Accurſius retrotrahi poſſe, neque quod ad dominiũ, neq; quod ad fructus, motus ex *d. l. ſed interim. §. 1.* vbi diſertè ſcriptũ eſt nõ retroagi huiuſmodi donationes. Didacus verò interpretationẽ hãc refellit, nec malè, ex eo quòd cùm donatio cauſa mortis ita fit, vt nullo caſu reuocetur, magis inter viuos quàm mortis cauſa donatio eſt: ideoq; inter cõiuges prohibetur *d. l. vbi ita donatur.* Negari verò nõ poteſt Papinianũ in *d. l. ſi mortis*, agere de ea donatione quæ & cauſa mortis facta ſit, & eo iure valeat, vt neq; vlla egeat confirmatione ad hoc vt validetur. Cùm enim de donationibus à coniuge in coniugem inter viuos profectis agimus, prius eſt vt dicamus eas cõfirmari vel morte ſola & ſilentio, vel ſpeciali aliqua voluntate, quàm vt quæramus, vtrum ad id tempus quo factæ ſunt, retrotrahantur. At neque omnes quæ morte confirmantur retrotrahuntur vt malè noſtri ſenſiſſe videntur ad *d. l donationes*, ſed eæ tantum quæ ſpeciali voluntate fuerint confirmatæ, quomodo à nobis explicatum & probatum eſt ſuo loco. In eóque præcipua † differentia obſeruanda eſt donationum cauſa mortis inter coniuges factarum & earum quæ inter viuos: quod quæ inter viuos factæ ſunt nec ab initio valent, nec illo etiam caſu quo morte ac ſilentio confirmatæ ſint, tamen retrotrahuntur, niſi confirmatio ſpecialis acceſſerit: quæ verò mortis cauſa, & valent ab initio, ita vt confirmari neque debeant neque poſſint, & retrotrahuntur, etiamſi ſpecialiter confirmatæ non ſint *d. l. ſi mortis.* Itaque ſola ea dubitatio † ſupereſt an retrotrahantur quod ad fructus tantùm pertinet, an etiam quod ad dominij cauſam. Sunt verò qui Ioannem † veterem gloſſatorem ſecuti diſtinguant donationes cauſa mortis ita factas, vt dominium ex iis non niſi poſt motem transferatur, à cæteris, quæ vel ſimpliciter fiũt, vel ita vt cõfeſtim, quãuis reuocabiliter dominus fiat donatarius. Sic enim Ioãnes diſtinguebat, vt idẽ Accurſius noſter refert ad *d. l. ſed interim. §. 1.* neq. dubitabat quin donationes omnes cauſa mortis factæ retrotrahi deberent etiam quod ad dominiũ ad id tẽpus quo factæ eſſent, exceptis duntaxat iis ex quibus dominij tranſlatio expreſſim collata eſſet in id tempus quo donatoris mors eſſet ſubſecuta: quaſi in hoc poſteriore donationis genere voluntas ipſa donatoris repugnet, impediatque ne retrotrahi poſſint. Addebat Ioãnes excipiendas quoq; donationes illas in quib. cõditio perſonæ mutaretur, vt ſe ſeuoluerer ex ea obiectione quã fieri videbat ex *d. l. ſed interim. §. 1. & ſeqq.* vbi ſex caſus proponũtur in quib.

Margin numbers in right column: 4 (at "In eóque præcipua"), 5 (at "Itaque ſola ea dubitatio"), 6 (at "Sunt verò qui Ioannem").

quib. donatio cauſa mortis inter coniuges facta va-
let quidem ſed ita tamen vt non retroagatur. Sed
7 tamen † videtur mihi hæc quoque diſtinctio nullam
habere rationem: Nam tum quoque cum ita fit do-
natio mortis cauſa, ſiue expreſſis verbis, ſiue tacito
intellectu, vt ſecuta duntaxat morte donatoris do-
minium, in donatariam coniugem transferatur, ni-
hil tamen fit contra verba donationis, neque con-
tra voluntatem donantis, ſi ſecuta donatoris morte
donatio ad id tempus quo facta eſt retrotrahatur,
quoniam ea conuentio ſiue expreſſa, ſiue tacita: ideo
tantum interponitur, ne donator quandiu viuit do-
minium amiſiſſe videatur, vt ſcilicet tanto liberio-
rem ſibi retineat donationis reuocandæ facultatem,
non etiam vt impediatur retroactio, ſi tandem de-
ceſſerit donator in eadem voluntate. Id enim agit
qui ita donat vt ſibi ſoli non etiam vt ſuo heredi
conſulat. Quod autem poſt mortem donatoris, qui
donationem neque expreſsè, neque tacitè reuoca-
uit, retroagatur donatio ad tempus illud quo facta
fuit, ſoli heredi nocere poteſt, non etiam donatori.
etiamſi quod ad dominium retroactio fiat. Immo
nec video quid heredis intereſſe poſſit an retroactio
fiat quod ad fructus tantum an etiam quod ad domi-
nium, cùm totum rei emolumentum in fructibus
conſiſtat, *l. cum filius. 76. §. dominus de leg. 2.* Rurſum
quod idem Ioannes dicebat excipiendas eas dona-
tiones in quibus conditio perſonæ mutatur, vereor
ne nimis generaliter & obſcurè dictum ſit: Multi
enim poſſent incidere caſus in quibus conditio per-
ſonæ mutaretur, nec eò minus tamen donatio ad
tempus quo facta eſſet retrotraheretur. Debuerat po-
tius dicere in omnibus illis caſibus, quos Vlpian.
ſupradicto loco ex Marcello perſequitur, ideo non
retroagi donationem quoniam retroactio faceret vt
non valeret ſaltem eo modo quo donator valere
voluiſſet: Nam qui donat & tradit vxori ſuæ filiæ-
familias, nec inter viuos, ſed mortis cauſa, non id
agit vt donatio illa patri acquiratur, ſi modo mor-
tis tempore, & cùm adhuc reuocare donationem
poſſet ſi vellet, videat vxorem factam ſui iuris, ſed
magis credibile eſt eum ideo non reuocare donatio-
nem vt acquiratur illa vxori cui etiam donauit, re-
uocaturus fortaſſe ſi mortis ſuæ tempore habuiſſet
vxorem in eius patris poteſtate, in cuius erat tem-
pore donationis: Quemadmodum è contrario qui
donauit vxori ſuæ eo tempore quo erat illa ſui iuris,
ſi poſtmodum ſit facta ea filiafamilias & ille dece-
dat in eadem voluntate non tam in vxorem quam
ipſius patrem conferre donationem intelligitur, hoc
ipſo quod eum non reuocat quem poſſet ſi vellet
reuocare. Id enim tempus inſpiciendum eſt quo
perficitur donatio quàm quo inchoatur. *d. l. ſed in-
terim §. idem ait & ſeqq.* Nimirum cùm de illo agitur
cui acquiratur: at non etiam ſi diſputetur quid &
quantum acquiratur. Nec enim dubitari poteſt quin
donator voluerit acquiri quicquid ex die traditionis
acceſſit, id eſt emolumentum omne fructuum, ex
eo tempore. Nam nec in omnib. illis caſibus quos
Vlpia. tractat, mutatio vlla contingit in re dona-
ta ſed in perſona tantùm eius cui donatum fuit. Ita-
8 que vt dicam apertiùs, donatio † cauſa mortis etiam
inter coniuges retrotrahitur ſemper & omni caſu ad
id tempus quo facta eſt in præiudicium donatoris,
quoniam ea retroactio non tam donatori nocet quẽ
defunctum eſſe neceſſe eſt priuſquàm de retroactio-
ne tractari poſſit, quàm donatoris heredi cui pro-
culdubio nocere & voluit & potuit is qui donauit.
Sed non ſemper ad illud idem tempus quo facta eſt
retrotrahitur in fauorem donatarij, hactenus ſcili-
cet vt donationis commodum habeat ipſa perſona,
quæ habitura eſſet, ſi donatio inter viuos ab initio
vtiliter facta fuiſſet, quia quod ad hanc rem attinet
cùm nihil aliud inſpiciendum ſit niſi in quem dona-
tor voluntatem ſuam direxerit, certum eſt volunta-
tem illam meliùs colligi ex eo ſtatu qui eſt perſonæ
donatarij eo tempore, quo donator moritur, quàm
ex eo qui fuit tempore donationis: ſiquidem dona-
tor non alium heredi ſuo in re donata moriens præ-
tuliſſe videri poteſt, quàm eum ad quem vidit per-
uenturum emolumentum donationis, ſi eam non
reuocaret. Hoc ipſo igitur quod reuocare noluit
cùm poſſet, in illum ipſum donationis voluntatem
contuliſſe intelligitur. Neque hæc ſunt contradicto-
ria vel contraria. Vt retroagatur donatio & non re-
troagatur, cùm fit vtrumque diuerſis reſpectibus.
Quanquam nec illud ſemper verum eſt non re-
troagi donationem quantum ad perſonam donata-
rij, ſed aliquando non retroagitur, prout mutatio
conditionis in perſona donatarij poteſt inducere vel
non inducere diuerſitatem voluntatis. Idque Vlpia-
nus ipſe docet ſatis † in *d. l. ſed interim, ſi iungas §. pe-* 9
nultimo eiuſdem legis. Nam in §. 1. ita ſcribit *quando-
que non retroagitur donatio* (ſic enim legendum eſt
vt in vulgata editione non vt in Flo. *retroagatur*) vt
intelligamus, non ergo ſemper non retroagi. At in
§. penultim. *Plane* inquit, *in quibus caſibus placeat
retroagi donationem*: quæ verba non potuit explicare
Accurſius, non diſtinguens retroactionem donatio-
nis faciendam in perſona donatarij ab ea quæ fit in
re ipſa donata in præiudicium heredum donatoris.
Hæc poſterior ſemper fit & omni caſu nec ad eam
poſſunt vllomodo accommodari verba illa *in quibus
caſibus placeat retroagi.* Prior verò neque ſemper fit
neque nunquam ſed pro caſuum diuerſitate. Ex quo
apparet totam illam Marcelli & Vlpiani diſputatio-
nem in *d. l. ſed interim.* de donatione cauſa mortis ad
id tempus quo facta eſt non ſemper retrotrahenda,
non repugnare ſententiæ Papiniani in *d. l. ſi mortis*
vbi ſcribit generaliter & indiſtinctè mortis cauſa
donationes quandocunque ſecuta morte perfectas
ad id tempus quo factæ ſunt reuocari. Loquitur † 10
enim Papinianus de illa tantùm retroactione quæ
fiat in præiudicium heredum donatoris, vt quiſquis
ille erit cui donationis emolumentum acquirere-
tur, perinde haberi debeat, acſi rem illam donatam
ab initio inter viuos & irreuocabiliter habuiſſet. Cę-
terum an retroagi debeat donatio, necne quod ad
hoc vt donatio in coniugem collata vel ipſi vel ip-
ſius patri acquiratur, non tractat eo loco Papinia-
nus, de quo ſolo tamen Vlpianus & Marcellus tra-
ctant in *d. l. ſed interim.* Neque huic interpretationi
noſtræ obſtat quod in dicto §. penultimo, Vlpianus
ait, † ſi vxor rem quã à marito mortis cauſa accepe- 11
rat, alij viuo eo tradiderit, nihil ea traditione, qua
non ante vltimum vitæ tempus ea res mulieris fuit.
Id enim ad eos tantùm caſus pertinet in quibus an-
tè dixerat Vlpianus non retroagi donationem fauo-
re mulieris cui donatum erat, vt ex eo intelligimus
quod ſtatim ſequitur apud Vlpianum, *Planè in qui-
bus caſibus placeat retroagi donationẽ, etiam ſequens tra-
ditio à muliere facta in pendẽti habebitur.* Vt inferamus
non ſtare per eam retroactioẽ quæ in re donata fieri
debet, quominus valeat traditio pro mulierem facta
viuo donatore, ſed per aliã illã retroactionẽ quę fieri
deberet in perſona mulieris donatariæ, ad hoc vt tra-
ditio à muliere facta efficax fuiſſe videretur ad domi-
nium trãsferendũ Quia nõ ſufficit quod iã inde à die
traditionis donatæ rei dominium à donatore diſceſ-
ſiſſe retrofingatur, niſi etiam illud concurrat, vt do-
minium illud quod abſceſſit à donatore, acquiſitũ ſit
mulieri quę rẽ illã ſibi donatã alij tradidit viuo adhuc

marito. Prius enim eſt vt per retroactionem quæ fit donationis ad tempus quo facta donatio eſt retrofingatur mulier fuiſſe domina eo tempore quo tradidit quàm vt poſſit ipſa retrofingi dominium tranſtuliſſe. Quomodo enim poſſet videri tranſtuliſſe dominium quod ipſa nunquam habuiſſet? Ergo in ea ſpecie non illa ratio impedit effectum non donationis & traditionis factæ per mulierem, quod donatio prior à marito facta nō ſempere retrotrahatur in præiudicium mariti heredumque ipſius, ſed illa potiùs, quod non retrotrahatur ſemper in fauorem mulieris, putà ſi eo tempore fuiſſet ſui iuris. Hoc enim caſu cùm non retroagatur donatio in fauorem mulieris, ſed in fauorem patris, retrofingenda eſt paternam rem inſcio patre, ac proinde inutiliter potiùs quàm ſuam tradidiſſe. Denique non eſt dubitandum quin ſemper retroagatur donatio, & quidem non tantùm in præiudicium donatoris, heredumque ipſius, ſed etiam in fauorem donatarij. Sed an fauorem huius vel illius donatarij retroagi debeat, id eſt an hic vel ille donatarius cenſendus ſit, puta an filia, an pater eius, aut mulier cui donatum vir voluit, an dominus ſerui qui fuit interpoſitus, vt in *d. l. ſed interim. §. conſequenter.* incertum eſt & pendet in diem mortis donatoris: ſicut & pendet interdum an valeat donatio, quòd cum euenit, illud etiam pendere neceſſe eſt an retrotrahenda quandoque ſit necne, quia non alia retrotrahi poteſt quàm quæ valeat. Poteſt autem fieri facilè vt non valeat, quamuis donator volūtatem non mutauerit. Putà donatio mortis cauſa facta ſit per interpoſitam perſonam, & is qui interpoſitus eſt etiam poſteaquam dederit mulieri deceſſerit viuo adhuc donatore. Tunc enim donatio euaneſcit *d. l. ſed interim. §. idem Marcellus*, vbi ratio redditur, *quia debeat donatio aliquo momento fieri interpoſito*, id eſt ei perſonæ quæ interpoſita fuit, & in ea conſiſtere, & ſic deinde ad mulierem tranſire. Perſonam enim interpoſitam hic accipimus, vt & in *l. quarta. D. de donat.* non eius qui electus ſit tanquam nuncius vel nudus miniſter, de quo in *l. abſenti. decima eodem titulo, & l. ſi quis Titio. decima ſeptima. de legatis ſecundo.* ſed qui electus ſit vt ipſe prior rem haberet, deinde in alium eam transferret, vt & in *l. profectitia. 5. § ſi quis certam. D. de iur. dot.* Hæc cum ita ſint, nec iam Vlpiani vel Marcelli autoritas pugnare videri poſſit cum ea Papiniani ſententia, quam nos defendimus, ille tantùm ſcrupulus tollendus eſt qui noſtros turbauit ne potuerint admittere dona-
12 tiones † cauſa mortis nō minus quod ad dominium, quàm quod ad fructus retroagi oportere. Is eſt, quod in omni retroactione duplex requiratur extremum vnum à quo & alterum ad quod, vtrumque autem habile eſſe oporteat, vt retroactio fieri poſſit. Atqui, inquiunt, non poteſt in propoſita ſpecie extremū ad quod eſſe, habile, quia eo tempore, quo facta donatio eſt cùm adhuc matrimonium conſtaret donatio purè & abſolutè inter coniuges fieri vtiliter non potuiſſet. Ergo neque retrofingi poteſt facta eſſe.
13 Nos verò reſpondemus † plus poſſe hoc caſu fictionem, quàm veritatem, quoniam rationes quæ faciunt vt donatio non poſſit inter viuos fieri à coniuge in coniugem, ſicut non habent locum in donatione cauſa mortis, ita neque impediunt quominùs donatio cauſa mortis vtiliter facta retrotrahatur ad id tempus quo facta eſt, vt eundem effectum habeat, quem habuiſſet ſi inter viuos vtiliter facta eſſet: cùm non tam ex eo tempore vim ſumat quo facta eſt, quàm ex quo perfecta eſt. Nec abſudum videri debet plus poſſe fictionem quàm veritatem, cùm ratio impedimenti quæ obſtaret ne veritas locum habere poſſet, non impedit fictionem, vt euenit in propoſito caſu, in quo non incipit fictio niſi poſt mortem donatoris, & eo tempore quo verendum amplius non eſt ne ob mutuum amorem ſe ſpolient coniuges, qui coniuges eſſe deſierunt, cum & eum qui donauit non donatio ipſa ſpoliauerit quam viuus fuerat, & quam potuerat reuocare, ſed mors ipſa quæ bonis etiam cæteris quamuis non donatis eum ſpoliauit. Neque rurſus abſolutè verum eſt quod vult Bartolus deeſſe hic extremum ad quod cùm ſit tempus aliquod in quo facta fuit donatio, & in quo illa fieri vtiliter potuiſſet, niſi illud ipſum ius quod retrofictionem inducit, donationi inter viuos ab initio faciendæ obſtitiſſet propter rationes quæ ceſſant poſt mortem donatoris. In ſumma debet retrofictio ad exemplum veritatis accommodari quoties eadem in vtroque caſu vero & ficto ratio eſt, non cùm diuerſa. Eiuſdem enim iuris poteſtate fit, vt & non valeat donatio inter viuos propter certas rationes & valitura fuerit, ſi rationes illæ non fuiſſent, & conſequenter retrofingi poſſit valuiſſe ſi quando rationes illæ ceſſabunt, quomodo ceſſant mortuo donatore. Alioqui ſi tantam in extremo, ad quod habilitatem requiras, quantam Bartolus requirit, fatendum erit non magis ratione fructuum, quàm ratione dominij poſſe vnquam retroagi donationem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factam, quia ſicuti nullo caſu fieri poteſt, vt dominium rei donatæ à viuo coniuge in coniugem transferatur, ita neque vt donatarius ſuos faciat fructus perceptos ex re donata quandiu donator viuit, cùm ſit ille malæ fidei poſſeſſor tanquam qui ſciat aut ſcire debeat alienam eſſe rem quam poſſidet ex illicita donatione, *l. ſi vxor filio. decimanona. D. de donat. inter virum & vxorem.* malæ verò fidei poſſeſſorem certum eſt nullos fructus ſuos facere, ne quidem quos conſumpſit, *l. certum. trigeſima ſecunda. C. de rei vindicat. l. fructus. quadrageſimaquinta. D. de vſur.* ſecundum eam interpretationem illius loci & emendationem quam attulimus libro quarto Coniecturarum, capite decimo octauo. Tam igitur difficile eſt vt quod ad fructus retroagatur donatio quàm vt quòd ad dominium, Aut vt dicamus accommodatius ad rem noſtram, tam facilè eſt legi † retroa- 14
gere donationem quod ad dominium quàm quod ad fructus, cùm acquiſitio fructuum in neceſſarium antecedens præſupponat acquiſitionem dominij, quia fructus non ſeminis, ſed ſoli iure percipiuntur, *l. qui ſcit vigeſimaquinta. §. vltima. D. de vſur.* Adeò vt tum quoque cum lex vult alicui fructuum emolumentum ſine dominio præſtare, cogatur tamen eum fingere dominum quantum ad cauſam fructuum acquirendorum, vt in bonæ fidei poſſeſſore fit, de quo in *l. bonæ fidei. quadrageſimaoctaua. D. de acquirendo rerum dominio.* bona fide tantumdem in hoc præſtante quantum veritas præſtaret, quatenus lex impedimento non eſt. *l. bona fides 136. de regulis iuris.* Id verò in propoſita quæſtione tanto maiorem habet rationem, quod non poſſet dici cuius bono & commodo cedere deberet, non retroagi donationem quod ad dominium ſiue donatoris vtilitatem inſpicias, cui retroactio vlla nullomodo nocere debet, ſiue heredis, cui neceſſe eſt vt noceat ex eo tempore quo facta fuit, cùm exinde donator magis dilexerit donatarium in re donata, quàm heredem. In bonæ fidei verò poſſeſſore, ſi lex quæ habet eum pro domino quod ad fructus duntaxat propter bonam fidem haberet eum pro domino abſolutè, fieret iniuria vero domino, qui ea ratione rem ſuam vindicare prohiberetur, cùm neque vindicatio alij quàm domino competat, neque duo in ſolidum domini eſſe poſſint.

Ideóque

Ideóque mirum non eſt iuris fictionem quæ inducitur pro bonæ fidei poſſeſſore eſſe minùs plenã vt ad fructus tantum non etiam ad dominij cauſam pertineat, eam verò quæ inducitur pro donatario ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis, ſiue inter coniuges ſiue inter alios, eſſe pleniorem, vt non minus domi-
1 nium quam fructus rei donatæ tribuat donatario. Et ita eſſe vt donationum † cauſa mortis inter coniuges factarum retroactio fiat, etiam quantum ad dominium, præter ea quæ iam diſputauimus conſtat apertiſſimè ex eo quod Iauolenus reſpondit in *l. ſi is ſeruus. vigeſima. D. de donat. inter virum & vxorem.* Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt, priùs quam vir decederet, ſtipulatus eſt in pendenti eſſe cauſam obligationis donec aut moriatur aut ſuſpicione mortis propter quam donauit, liberetur: quicquid autem eorum inciderit, quod donationem aut peremerit aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis aut confirmaturum, aut reſoluturum. Etſi enim Bartolus ad illum locum in ſuo errore perſtãs, & negans retroagi donationem cauſa mortis quod ad dominium, fatetur & admittere cogitur retroagi non tantùm quod ad fructus, ſed etiam vt ipſe loquitur quod ad alias commoditates, non video tamen qua ratione poſſit effugere quin retroactionem illam fateatur fieri etiam quod ad dominium: Siquidem fieri nullo modo poteſt vt ſeruus donatus acquirat mulieri cui donatus fuit, quin ipſe priùs mulieri acquiratur. Pendet enim ius ſtipulationis à ſeruo interpoſitæ ex perſona domini cùm ſtipulandi ius quod totum eſt ex iure ciuili non poſſit ex propria perſona habere ſeruus qui iure ciuili incognitus eſt, *tot. tit. ff. de ſtip. l. ſeru.* indéque fit vt non alio poſſit acquirere quàm domino. *l. ſeruus hereditarius 16. l. ſi ſeruus 18. in princip. l. ſi ex re 28. §. vlt. eodem.* Neque habet ea propoſitio vllam exceptionem, niſi in fructuario & bonæ fidei poſſeſſore quibus per ſeruum alienum acquiri poſſe conſtat, adeóque per hominem liberum ſi modo acquirat ex re illius à quo bona fide poſſidetur dict. *l. ſi ſeruus 18. §. vlt. cum l. ſeque. eod. l. qui bona fide 23. D. de acquir. rer. domin.* Sed exceptio hæc non conuenit ſeruo donato, quia ille ex coniugibus cui donatus fuit, neque fructuarius eſt, neque bonæ fidei poſſeſſor, ſi tanquam dominus velit facere ſuos fructus ex re donata pro eo tempore quo donator vixit. Hoc ipſo enim faceret ſe malæ fidei poſſeſſorem, ſaltem per retrofictionem, ſi captaret lucrum fructuum tanquam perceptorum ex re ſua quam tamen ſciret non poſſe retrofingi ſuam fuiſſe. Itaque illa quæſtio, An ſeruus quem vir vxori mortis cauſa donauit, acquirat vxori necne, ex ea ſtipulatione quam interpoſuerit viuo marito, ſi poſtea deceſſerit maritus in eadem voluntate, non alio pertinet, quàm vt inueſtigemus an hoc caſu dominium retrofingẽdum ſit fuiſſe mariti an vxoris, quia certum eſt ei acquiſitum iri commodum ſtipulationis, qui eo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, dominus ſerui fuiſſe retrofingetur. Et conſequenter cùm Iauolenus ait eſſe in pendenti cauſam obligationis, perinde eſt ac ſi diceret in pendenti eſſe dominium ſerui. Porrò non alia in pendenti eſſe dicuntur, quam quæ vbi caſus euenit retrofingenda ſunt ſtatum aliquem habuiſſe: nec ſuſpendi poſſunt in aliquem euentum ea, quæ poſt euentum non ſunt capacia retrofictionis *l. de hereditate 19. § quid autem ſi teſtamentum. D. de caſtr. pecul. l. quadam ſunt 15. D. de reb. dub. leg. qui res 98. §. rem autem D. de ſolut.* Ridiculè autem Accurſ. ad *d. l. ſi mortis.* Iauolenum intelligit de eo caſu quo donatio ſic facta ſit ne reuocari poſſit. Quæ enim ſic facta eſſet vel non valeret tanquam inter viuos facta & inter coniuges, vel reuocari non poſſet, *d. l. vbi ita donatur 26. D. de mort. cauſ. don.* Atqui Iauolenus non dubitat quin & donatio valeat tanquam quæ mortis cauſa non inter viuos facta ſit, & tamen reuocari poſſit vel ob hoc ipſum quod mortis cauſa donatio eſt. Fatendum igitur eſt inuito Accurſio, non dubitaſſe Iauolenum quin mortis cauſa donationes etiam quod ad dominium retrotrahi deberent. Nec multum à ſupradicto Iauoleni reſ-
ponſo diſtat quod Vlpianus † tractat in *vxori 22. De* 16
donat. inter vir. & vxor. Si is qui vxori ſuæ mortis cauſa ſeruum donauerat eundem cum libertate heredẽ ſcripſerit an valeat inſtitutio. Diſtinguit enim, An eum ſcripſerit heredem hoc animo quod dixerit ſe donationis pœnitere eamque voluerit reuocatam, an verò non animo adimendæ & reuocandæ donationis: Vt priore caſu valeat inſtitutio habeátque maritus ſeruum hunc neceſſarium ſibi heredem: poſteriore verò caſu præualeat donatio, non ſecus ac ſi facta eſſet poſt inſtitutionem. Cuius diſtinctionis non alia certe ratio eſt, quam quod hic ſeruus reuocata donatione non ſolùm in mariti dominio re vera ſemper fuerit, ſed neque in vxoris dominio vnquam fuiſſe retrofingatur, qui tamen ſi reuocata donatio non eſſet, mulieris iam inde à die donationis fuiſſe retrofingeretur, nec proinde potuiſſet eo caſu fieri heres neceſſarius marito qui eum mortis ſuæ tempore in poteſtate & dominij ſui iure non habuiſſet. Is enim demum neceſſarius heres fieri & cum libertate inſtitui poteſt, qui in teſtantis dominio & poteſtate teſtamẽti & mortis tempore inuenitur. *§. 1. Inſtit. de hered. qualit. & differ.* At inepta & ſuperuacua eſſet diſtinctio, ſi ſeruus hic mortis cauſa donatus nullo caſu retrofingeretur fuiſſe vxoris, id eſt ne tum quidem cùm reuocata donatio non fuiſſet. Quid enim poſſet impedire quominùs omnino & omni caſu valeret inſtitutio ſerui, fierétque ille neceſſarius heres marito? Nam & ob hanc cauſam Papinianus Iuliani ſententiam ſecutus in *l. ſeruus vxori 76. D. de hered. inſtit.* apertè & indiſtinctè ſcribit ſeruum vxori à marito mortis cauſa donatum manere mariti. Ideo (ſic enim legendum eſt non vt vulgo *idem*) ſi accipiat libertatem ſimul & hereditatem, neceſſarium heredem viro fore, nec ſine libertate aliquid ei legari poſſe. Non quod Iulianus & Papinianus in ea fuerint ſententia, vt putarent donationem cauſa mortis retrotrahi non debere etiam quod ad dominium (in eo namque nulla vnquam fuit inter prudentes diſſenſio) ſed quia non dubitarunt, quin reuocandæ donationis animum habuerit maritus, qui ſeruum à ſe vxori mortis cauſa donatum heredem inſtituit cum libertate, cui ſcilicet directam libertatem dare non poſſet ſi pro ſeruo alieno eum haberet. Et ſanè cùm negari non poſſit quin hic ſeruus maneat mariti quandiu maritus viuit, illud etiam fatendum eſt valere ab initio ipſius inſtitutionem cum libertate factam, Solaque poteſt ſupereſſe quæſtio, an irrita fiat ex poſt facto propter donationem quæ non fuerit reuocata. Sed cùm non priùs quærendum ſit de donatione an perfecta ſit & non reuocata, quàm donator deceſſerit, eo autem inſtanti quo primùm maritus defunctus eſt, ſeruus inſtitutus protinus & ipſo iure liber fiat ex inſtitutione quam diximus ab initio valuiſſe, non facilè dici poteſt quodnam ſit inſtans in quo poſſit donatio incipere ita valere & perfecta eſſe vt præualeat inſtitutioni. Nec enim fieri poteſt vt ſecuta donatoris morte, dicatur perfecta donatio ſerui qui iam tum liber & heres neceſſarius reperitur. Proinde coarctanda videtur contraria Vlpiani ſententia ad eum caſum quo hic maritus expreſſim declarauerit inſtituendo ſeruum donatũ dandoq; ei libertatẽ id ſe

facere ſalua donatione. Quo caſu nec Iulianus & Papinianus ipſi negarent, vt arbitror, potiorem fore cauſam donationis quàm inſtitutionis & libertatis, ita faciente donatoris eiuſdemque teſtatoris voluntate, ex qua pendent omnia, donatio, inſtitutio, & libertas. Alioqui non video qua ratione poſſit Vlpianus cum Iuliano & Papiniano conciliari; aut quã rationem Vlpiani ſententia & diſtinctio habere poſſit. Quod & Accurſius noſter ſenſiſſe videtur ad *d.l. vxori*, cùm ait eſſe impoſſibile vt non videatur donationis reuocandæ animum habuiſſe donator qui ſeruo donato libertatem dedit, cùm & aliàs pœnitentiæ coniectura ſumi ſoleat ex eo quod res donata poſtmodum vel obligata fuerit vel legata *l. cùm hic ſtatus 32 §. ſi maritus ea & §. qui quaſdam D. de donat. int. vir. & vxor.* Nam & inde fit vt ſi poſt teſtamentũ in quo maritus ſeruum ſuum heredem ſcripſerat cum libertate idem ſeruus vxori mortis cauſa donatus ſit, præualeat donatio tanquam reuocata inſtitutione *d.l. vxori.* Semper enim poſterior voluntas præualet priori cùm de ea diſpoſitione agimus, quæ ſpeciem habeat vltimæ voluntatis *l. Diui 6. §. licet D. de iure codicill. l. ſi mihi duodecima §. vlt. De leg. 1.*

ERROR VI.

De tacita reuocatione donationis cauſa mortis per oppignorationem aut alienationem ſubſecutam.

SVMMARIA.

1 *Etiam tacita voluntate legata & fideicommiſſa reuocantur.*
2 *Quando legatum vel fideicommiſſum cenſeatur ademptum per ſubſecutam alienationem.*
3 *Donatio cauſa mortis ex ſententia interpretum expirat per voluntariam rei donatæ alienationem.*
4 *Non reuocatur per ſubſecutam rei donatæ oppignorationem, ex eorumdem placito.*
5 *Quod falſum eſſe demonſtratus in* donatione facta per traditionem.
6 *Oppignoratio quando non impediat quo minus donatio perficiatur.*
7 *Quando detur actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit.*
8 *Donatario cauſa mortis nulla datur actio poſt reuocatam donationem.*
9 *Donatori donationem reuocanti quando ſit neceſſaria actio ad repetendam rem donatam.*
10 *Differentia inter donationem cauſa mortis & legatum: & differentiæ ratio prima n. 11. ſecundat. numer. 12.*
13 *Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem per ſubſecutam oppignorationem non reuocatur.*
14 *Secus eſt ſi res donata voluntariè à donatore alienetur.*
15 *Quæ ratio ſit diuerſitatis inter rei donatæ oppignorationem & alienationem.*
16 *Exponitur §. ſi rem ſuam. 19. Inſtit. de legat.*
17 *Diſcrimen inter donationem mortis cauſa per traditionem factam, & legatum ratione reuocationis.*
18 *Non eſt de ſubſtantia legati, vt eius dominium in legatarium tranſeat.*
19 *Vt reuocetur donatio cauſa mortis per traditionem facta quid exigatur.*

1 QVEMADMODVM legata † & fideicommiſſa reuocantur facilè ac nuda eius qui dedit voluntate, id eſt non tantùm ſi expreſſa illa ſit, ſed etiam ſi tacita, vt puta ob graues offenſas & inimicitias quæ ſuperuenerint *l. 3. §. vlt. D. de adim. lega.* ita & donationes cauſa mortis æquè facilè qualibet voluntate reuocari poſſe vulgo creditum eſt, vt teſtatur *Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De teſtam. num. 19. poſt Hyppol. de Marſ. ſing. 136.* Proinde ſicut in legato vel fideicommiſſo, ſi quæratur † an ademptum ſit per 2
ſubſecutam rei legatæ vel fideicommiſſæ venditionem, diſtinguere debemus an voluntaria ſit alienatio, an neceſſaria ſit, puta ob egeſtatem teſtatoris, non ideo legatum vel fideicommiſſum ademptum eſſe interpretemur. Contra verò ſi voluntaria. Præterquàm ſi per donationem alienatio facta proponatur, quo caſu placet omnimodo extingui legatum, etiamſi donatio ipſa ſit inutilis, propterea quòd nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat. *l. rem legatam 18. vbi Bart. l. legatum 24. §. pater hortos D. de adim. legat. l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem de legat. 3. §. ſi rem ſuam Inſt. de legat.* Ita & in donatione † cauſa mortis vo- 3
luntariam rei donatæ alienationem, aliámve quamlibet dummodo ſpecialem de re donata diſpoſitionem vt ſupradicto loco tractat *Dida. poſt Din. Bald. Alex. Iaſ. & alios ad l. Stichum qui meus erit de legat. 1. Iul. Clar. in §. donatio quaſt. vlt.* Non alia ratione quàm quòd donationes cauſa mortis ſint ſpecies vltimæ voluntatis & ad inſtar legatorum capiantur *l. vlt. D. de don. cauſ. mort. l. illud. 37. C. eod* Quod ſi ita eſt, conſequens fit vt mortis cauſa donatio † non debeat vi- 4
deri reuocata, etiamſi donator rem ipſam donatam poſtea pignori dederit & tradiderit. Siquidem certum eſt quod ex hac cauſa legatum non reuocaretur *l. 3. C. de legat.* quomodo valeret etiam ſi pignoris obligatio ab ipſo teſtatore facta vel quam aliter teſtator ſciuiſſet, legatum præceſſiſſet *l. prædia 6. C. de fideic. l. ſi res obligata 58 de lega. 1. l. verius 21. C. de prob.* At videamus ne falſum † ſit donationem cauſa mor- 5
tis per ſubſecutam oppignorationem non reuocari. Nam cùm oppignoratio illa propriè ſit, de qua etiam ſola nunc loquimur, quæ fit per traditionem. donatio autem quàm mortis cauſa priùs factam eſſe ponimus per traditionem quoque facta eſſet (de illa enim quæ per ſtipulationem fit nondum agimus), an fieri poteſt, aut quomodo, vt non reuocetur donatio cùm traditio quæ donatario facta fuerat reuocatur? Aut vt non reuocetur prior illa traditio facta donatario per poſteriorem factam pignoratitio creditori? Quænam enim poteſt apertior eſſe voluntas reuocandæ donationis, quàm ſi traditio quæ donationem fecerat reuocetur, & ea ipſa res quæ donatario tradita fuerat, alteri tradatur? Scilicet niſi ponas poſt traditionem factam creditori aliquid factũ eſſe à donatore per quod conſtare poſſit voluntatem illius non fuiſſe, vt tradendo eam rem creditori reuocaret donationem, puta ſi eundem donatarium rurſus fecerit poſſeſſorem vt in ſpecie *l. vlt §. penult. D. de donat.* aut ſi expreſsè declarauerit nolle ſe reuocatam donationem. Non tam enim quid, quàm qua mente factum ſit inſpiciendum eſt, cum actus operari nunquam poſſint vltra intentionem agentis *vulg. leg. non omnis 19. D. ſi cert. pet.* Cæterùm in dubio qui rem vni traditam alteri tradit vix alio animo id facere credendus eſt quàm quòd eum pœniteat prioris traditionis; cùm duobus eadem res in ſolidum diuerſis temporibus ex diuerſis cauſis tradi vtiliter non poſſit, ſiue tales cauſæ ſint ex quibus ſola poſſeſſio ſiue tales ex quibus etiam dominium transferatur. Non enim magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores quàm vt dominij *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſ. leg. 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod.* Porro fieri non poteſt vt dona-

torem

torem pœniteat traditionis factæ donatario quin pœ-
niteat eum donationis per traditionem, & quam nec
hodie poſſet facere ſine traditione, niſi ſtipulatio in-
teruenirer, quam ponimus nullam interueniſſe. Nec
eſt quod quis obiiciat, nihil obſtare quominus ma-
6 nente nima pignoris obligatione † donatio quoque
perficiatur vt in ſpecie *dict. l. vlt. §. pen. D. de dona.* Id
enim tunc verè dicitur, cùm oppignoratio præcedit
donationis perfectionem, & cùm ſubinde perficitur
donatio ex nouo facto donatoris, hoc eſt cum res do-
nata necdum tradita priùs traditionem nuda pigno-
ris conuentione obligatur creditori, deinde traditur
donatio: At non ſimiliter cum prius traditur dona-
tario poſtea creditori. Hoc enim caſu ſi fuerit inter
viuos donatio, certiſſimum eſt non poſſe valere op-
pignorationem quæ facta ſit poſt donationem iam
perfectam. Si verò fuerit donatio cauſa mortis, im-
perfectam eam fuiſſe quandiu donator vixerit, & ideo
traditionem à qua cœperat reuocari potuiſſe. Reuo-
cata vero traditione non poſſe donationem perfici per
mortem poſtea ſubſecutam donatoris, quia mors tunc
demum perficit donationem cauſa mortis, cùm reperit
factam eam vel per traditionem vel per ſtipulationẽ,
quæ non fuerit reuocata. Neque rurſus ad rem facit,
7 ſi quis dicat donatario cauſa mortis ſuccurrit etiam †
per actionem data ei Publiciana, tum quoque cùm
rei donatæ poſſeſſionem amiſit *l. 2. D. de Publician.
in rem action.* Nam ad eum caſum id pertinet, quo do-
natarius cauſa mortis alio modo poſſeſſionem amiſe-
rit, quàm facto & voluntate ipſius donatoris traditio-
nem donatario antea factam reuocantis. Inauditum
8 enim eſt vt donatario † cauſa mortis aliqua detur
actio poſt reuocatam donationem, præſertim verò vt
agat vel contra donatorem ipſum, vel contra eum qui
à donatore cauſam habeat, puta contra creditorem,
cui donator eandem rem mortis cauſa donatam op-
pignorauerit & tradiderit. Nec abſurdum videri de-
bet donatorem eandem rem quam donatario tradi-
derat, alteri tradere, donatarij conſenſu nullo inter-
ueniente, cùm donationis reuocatio pendeat ex ſolius
donatoris voluntate nec ei neceſſaria ſit actio ad rem
repetendam ſiue per condictionem ſiue per vtilem in
rem actionem ex *l. qui mortis 30. D. de mort. cauſ. do-
9 nat.* niſi † cum donatarius poſſeſſionem ſuam mordi-
cus tuetur nec vult rem reſtituere, tametſi reuocatam
videat donationem, vt neceſſe ſit donatori vel ad vim
& arma venire, vel actionem impetrare. Hoc verò
cùm in qualibet mortis cauſa donatione verum eſt,
tum in ea maximè quæ fit inter virum & vxorem quæ
licet hoc ſimile cum cæteris habeat, quod & valet
ab initio & reuocari poteſt, habet tamen hoc diſſi-
mile, quod ſi reuocetur non ob id naſcitur condictio,
quomodo inter extraneos naſceretur: ſed nihil inter
coniuges actum, id eſt nulla vnquam donatio facta
eſſe intelligitur, *l. ſi vir vxori 52. in fin. D. de donat. in-
ter virum & vxor.* poteſtate nimirum reuocationis
tollente intellectum donationis vt loquitur Papin.
quamuis in alia ſpecie in *l. ſed ſi petroni. 55. §. vlt. D. ad
ſenatuſconſ. Trebellianum.* cùm in donatione facta in-
ter extraneos condictio quæ ex reuocatione naſcitur
præſupponat, non tollat intellectum donationis præ-
cedentis. Eſt igitur hac in re diuerſa ratio donationis
10 † cauſa mortis & legati, ſiquidem legatum non ex
eo ſolo reuocatum intelligi poteſt, quod res legata
fuerit oppignorata & tradita creditori. *dict. l. 3. Codic.
11 de legatis.* Et ratio diuerſitatis † non obſcura nec ta-
men ab interpretibus animaduerſa illa eſt quod non
ſicuti donatio cauſa mortis requirit traditionem ab
ipſo donatore faciendam, cùm ſtipulatio nulla inter-
cedit, ita & legatum vt valeat tradi debet à teſtatore.
Sufficit enim vt tradatur ab herede, qui ſi tradere non
poſſit, nihilominùs æſtimationem legati præſtare po-
teſt, ideóque non poteſt videri teſtator habere volun-
tatem adimendi legati ob id ſolùm, quod rem legatam
oppignorauerit & tradiderit, cùm in eo nihil faciat
contra id quod fecit cùm donauit, ſi tradat alij rem,
quam tradiderat ex donatione. Sed & alia † ratio ad-
di poteſt, quæ cũ hac coniungenda eſt, quod ex legato 12
perſonalis actio naſcitur contra heredem, qui vt iam
attigi legatum præſtare cogitur, ſiue in æſtimatione,
ac proinde ſiue rem legatam teſtator alij tradiderit
ſiue non, dum nihil aliud ſit ex quo poſſit colligi fa-
ctam à teſtatore ademptionem quæ facta nunquam
intelligitur per oppignorationem, cùm poſſit heres
luere pignus, vt legatum vel fideicommiſſum præſtet.
Id enim eſt quod Iuſtinianus ſcribit in *d. § ſi rem ſuam,*
in illis verbis *& ideo legatarium cum herede agere poſſe
vt prædia à creditore luantur.* Et Imperat. Seuerus &
Antoninus in *dicta lege tertia. C. de lega. & ideo ſi in per-
ſona actio electa eſt rectè placuit ab herede prædia libera-
ri.* Quibus verbis duo ſignificant quæ pugnare inui-
cem videntur, nec tamen pugnant: quorum alterum
eſt hoc legatum per oppignorationem ademptum nõ
intelligi. Alterum, Fore tamen inutile, niſi actio per-
ſonalis in heredem competeret atque à legatario eli-
geret vindicationem contra poſſeſſorem eundemque
creditorem cui res ipſa tradita eſſet à donatore, ſum-
moueretur eadem exceptione dati pignoris qua ille
ipſe qui & pignus dedit & legauit ſi nunc ageret,
ſummoueri poſſet, cùm obligatio pignoris vtiliter
fuerit contracta viuo teſtatore, atque ita prius quam
legatum deberetur, ſaltemque cogendus eſſet legata-
rius luere pignus & ſatiſfacere creditori vt audiri poſ-
ſit vindicans à creditore rem ſibi legatam, quia etſi
rem teneret quam defunctus nuda conuentione obli-
gaſſet, hypothecariam pati & vel poſſeſſione cedere
vel debitum ſoluere cogeretur *d. l. ſi res obligata 58. De
legat. 1.* Qui ergo non poſſet habere retentionem niſi
offerendo quomodo habere poterit actionem? Atqui
ex donatione cauſa mortis nulla competit perſonalis
actio, neq; contra donatorem qui donauit per traditio-
nem neque contra ipſius heredem, de quo nequidem
cogitatum fuit vt obligaretur ſed tantùm vt læderetur
& minorem hereditatem nanciſceretur, vt probaui-
mus Decade ſuperiore. Fieri ergo non poteſt vt non
ſit inutilis & irrita donatio cauſa mortis, quoties rem
donatam tradit donator creditori, ſaltem ſub ea ex-
ceptione, Niſi ſit ille paratus luere pignus. Quamquã
& eo caſu quo eſſet paratus luere, facilius illi prodeſ-
ſe ea res deberet ad pignoris retentionem, ſi fortè pre-
cariam haberet poſſeſſionem quàm ad rem à credito-
re auocandam per actionem vt & in ſpecie *l. cùm hic
ſtatus. 32. § ſi maritus ea quæ donauerit 5. D. de donatione
inter virum & vxor.* ſi enim ex donatione cauſa mor-
tis nulla naſcitur actio contra donatorem ipſum eiuſ-
ve heredem, quanto minùs dabitur contra tertium &
iuſtum poſſeſſorem? Nam nec aliam habere poſſet
quàm vindicationem, quæ porrò cùm non poteſt ac-
commodari donatario cauſa mortis, quippe qui domi-
nus non ſit, neque viuo donatore, quem ponimus ita
donaſſe mortis cauſa, vt non ſtatim dominium tran-
ſtulerit, ſed dominij tranſlationem contulerit poſt
mortem ſuam (alioqui non valeret pignus quod à
donatore non dominio conſtitutum eſſet citra dona-
tionis reuocationem) neque poſt mortem donatoris,
quia tunc dominij tranſlatio nulla fieri poteſt niſi
per legem, lex autem non transfert dominium in do-
natarium cauſa mortis, niſi interueniente traditione
quæ tamen nulla hic interueniſſe intelligitur cum
viuus donator eam quam ab initio fecerat reuocauit.
Ideò autem conſultò locuti ſumus de donatione cauſa
mortis facta per traditione, quia ſi facta eſſet per † 13

13 ſtipulationem, rectius æquiparari poſſet legato, vt
quamuis rem donatam oppignoraſſet donator, & tra-
didiſſet creditori, nihilomagis videri deberet reuoca-
ta donatio quæ ſcilicet non magis quam legatum exi-
gere traditionem à donatore ipſo faciendam, nec rur-
ſum minus quàm legatum pareret actionem perſona-
lem in heredem donatoris, cuius actionis vi & pote-
ſtate pignus luere remque donatam præſtare cogere-
tur. Cum enim donatio facta eſt per ſtipulationem,
nihil facit contra donationem ſtipulator, cum rem
promiſſam alteri tradit, & oppignorat, ſiquidem non
ideo liberat heredem ſuum, quominus ex ſtipulatu
quandoque conueniri poſſit ſi non aliter donatio re-
uocetur. Aliud eſſet, ſi eam rem donatio † viuus alie-
14 naret non ex neceſſitate (nam & natura donationis
cauſa mortis hoc facile patitur, non minus quàm le-
gatum, vt res donata alienetur ad ſubueniendum
neceſſitatibus donatoris, ſalua donatione cum is qui
ſic donat malit ſe habere quàm donatarium, malit
autem donatarium habere quàm heredem ſuum *l. 1. &
l. Senatus 35. §. 1. D. de mort. cauſ. donat.*) ſed ex mera
voluntate, quomodo in legatis diſtinguimus cum rei
legatæ alienatio fit ex titulo oneroſo *d. l. rem legatam
18. iunct. l. cum ſeruus. 15. D. de adim. legat. & Paulo l. 4.
ſentent tit...9.* Nec enim credibile eſt quod donator
voluerit obligatum manere heredem vt præſtaret
eam rem, cuius præſtandæ facultatem omne ei per
alienationem ademerit *arg. l. ſi eum 16.* in illis verbis
liberatus erit quia venditor nihil habet quod tradat. Et
quamuis ſuperſit facultas præſtandæ æſtimationis,
priùs tamen eſt vt ex donatione cauſa mortis debeat
heres ipſam rem donatam præſtare ſecundum volun-
tatem donatoris quàm vt ſit vrgendus ad præſtandã
æſtimationem *arg. l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.*
In eóque apertè diuerſa cauſa eſt oppignorationis †
15 & alienationis: quoniam oppignoratio cùm ius luẽ-
di admittat, non excludit præſtandæ rei facultatem,
quam alienatio excludit, quæ nullo luitionis remedio
reſolui poteſt: Et quod ſcribitur † *in d. §. ſi re ſua de
16 le.* alienata re legata nihilominus deberi legatum, ſi
non adimendi animo facta alienatio ſit, non ita dé-
bet accipi, quaſi probari debeat ex parte heredis ani-
mus adimendi, vt ademptio facta videatur, ſed è con-
trario ita vt ex parte legatarij probandus ſit animus
non adimendi, cùm voluntaria alienatio eſt, ac ſi
ſcriptum eſſet apertiùs & verbis tantùm tranſpoſitis,
ſi animo non adimendi facta alienatio ſit, relata ſci-
licet negatione illa *non* ad verbum *adimendi* cui cohæ-
ret non ad ſyllabam *ſi*, cui ſi iungeretur faceret negá-
tiuam conditionem, quaſi ſcriptum eſſet *niſi*, quæ ta-
men pro affirmatiua ſumi debet. Denique inter le-
gatum & donationem cauſa mortis factam ſtipula-
tionem nihil intereſt. At cùm donatio † per traditio-
17 nem facta eſt, ſicut in eo differt à legato, quòd per op-
pignorationem quæ comitem traditionem habeat re-
uocata intelligitur, non etiam legatum; vt iam pro-
bauimus. Ita & in hoc quod rei donatæ venditio non
inducit tacitam donationis cauſa mortis reuocationẽ,
cùm tamen ex rei legatæ venditione legatum ipſo iu-
re ademptum eſſe intelligatur, ſi modo voluntariam
cauſam habuerit venditio, non neceſſariam: Et, vt
dicam generaliùs, per eam alienationem aliámve cõ-
uentionem, quæ re contrahatur, donatio cauſa mor-
tis reuocata intelligitur, non per eam quæ ſine tradi-
tione fiat. Legatum verò per alienationem quamli-
bet reuocatum creditur, etiam quæ facta ſit citra vllã
traditionem, non etiam per traditionem, quæ ſic facta
ſit, vt ex ea non ſequatur alienatio, cuiuſmodi ea eſt
quæ interuenit in oppignoratione. Itaque donatio
cauſa mortis facta per traditionem infirmior eſt lega-
to, vt facilius reuocetur, quoties actus ſubſequens
fieri non poteſt ſine traditione. Firmior verò ſi in eo
ſequenti actu nulla traditio exigatur. Et ratio diuer-
ſitatis eſt quia is qui rem aliquam mortis cauſa dona-
uit & tradidit donatario, etiamſi poſtmodum eam rẽ
vendat aut leget, non ideo tamen poteſt videri hoc
agere, vt reuocet donationem quandiu non reuocat
traditionem, Imò in ſingula momenta quibus patitur
durare traditionem, id eſt rem ſemel donatam rema-
nere penes donatarium, tandiu videtur renouare do-
nationem, ſi non ſpecialiter eam reuocarit: cumque
ea patientia ſit actui ſequenti contraria, ſuumque ef-
fectum iam habeat, mirum non eſt eam præualere.
Nam qui vendit ſe obligat quidem ad tradendum,
ſed non idcirco tradit, nec eo minùs valet venditio
etiamſi res non tradatur, quippe cùm perficiatur con-
ſenſu, ſufficiatque obligatum eſſe venditorem vt præ-
ſtet quanti intereſt emptoris *l. prima, D. de actione
empti. l. ſi traditio quarta. C. eod.* Quam ob cauſam di-
cimus alienæ quoque rei venditionem valere *l. rem
alienam. 28. D. de contrahenda emptione.* Cur non er-
go & rei donatæ à venditore ipſa quoque donatione
ſubſiſtente? Sic & qui legat heredem ſuum obligat *l.
hereditariarum. 40. D. de obligation. & actionib.* Non
poteſt igitur bona eſſe conſecutio vt qui legat rem
mortis cauſa donatam hoc ipſo donationem reuocare
videatur, cùm nihil vetet, & valere donationem &
obligari heredem legatario. Et quamuis hoc plus ſit
in legato, quàm in donatione, quod ex eo dominium
transferri recta via poteſt à teſtatore in legatarium
l. Titio 64. in fin. de furt. l. legatum 80. de legat. 2. in pro-
poſito tamen caſu ea dominij tranſlatio impeditur
propter traditionem donatario factam ab ipſo teſta-
tore, & quam teſtator nunquam reuocauit, quia licet
lex nulla indigeat traditione ad dominium transferẽ-
dum, non aliis tamen caſibus transfert ſine traditio-
ne, quàm quibus nullum impedimentum eſt ex parte
rei quominus fieri poſſit traditio, niſi quia deeſt per-
ſona quæ poſſit tradere. At cùm præcedit mortis cau-
ſa donatio facta per traditionem nunquam reuocatã,
fieri non poteſt vt eadem res à defuncto donatore iam
tradita, iterum per heredem legatario tradatur. Ergo
neque illud, vt eius dominium per legem ipſo iure in
legatarium transferatur. Neque ex eo quòd legatum
valet bene poſſis inferre, tranſlationem ipſã ipſo iure
fieri in legatarium, quia non eſt neceſſe ad conſtituen-
dam legati † ſubſtantiam & validitatem, vt dominiũ 18
rei legatæ in legatarium tranſeat ſed illud tantum vt
ad eius præſtationem heres obligetur, quemadmodum
cernere eſt non tantùm in legatis per damnationem,
ex quibus olim dominium ſine traditione non trans-
ferebatur, repugnante ſcilicet vi verborum quibus
heres legatum dare, hoc eſt dominium eius transfer-
re iubebatur: ſed etiam in legatis ipſis per vindica-
tionem relictis, ſi fortè teſtator rem legatam poſt te-
ſtamentum oppignoraſſet: quo caſu valeret quidem
nihilominus legatum, ſed tamen hactenus tantum vt
legatario ſupereſſet actio perſonalis in heredem, non
vt tanquam dominus legati vindicationem habere de-
beret contra creditorem, etiamſi paratus eſſet ei auf-
ferre. Sic enim accipio, quod ſatis apertè in hunc
ſenſum meo iudicio ſcriptum eſt in dicta *l. tertia. C. de
legatis.* Atque ita eſſe vt donatio † cauſa mortis nun- 19
quam reuocata intelligi debeat, ne quidem per ſpecia-
lem de re donata diſpoſitionem, niſi ſpecialis reuoca-
tio facta ſit, vel per verba expreſſa, vel per contra-
rium actum traditionis, eo caſu quo traditio interue-
nit in facienda donatione, probatur non malè ex *l. 2.
C. de iur. dot.* vbi licet agatur de donatione quæ per
ſtipulationem, non per traditionem facta videatur, ſi
tamen propiùs intueare, non ita eſt, pertinétque ea
lex ad donationes traditione factas, quia vt alibi
monuimus, ea demũ donatio dicitur fieri per ſtipula-
tionem quæ ſic fit vt donatarius à donatore ſtipuletur,

non

non item illa quæ fit ſtipulante donatario à debitore donatoris, ex eiuſdem donatoris iuſſu & mãdato: Videor enim tibi tradere quod iubeo vel patior te ab alio ſtipulari ex eo quod vel meum ſit vel mihi debeatur. Niſi quod videtur hoc caſu facilior reuocatio donationis donatore tantùm ſtipulationis conditionem pro arbitrio, quod facere poteſt immutante *l. mulier bona. 72. §. vlt. D. eod.* quàm ſi traditio realis facta eſſet, quo caſu longè probabiliùs tentari poteſt neſſarium eſſe, vt res donata auferatur donatario ad hoc vt reuocata dicatur donatio quæ expreſſa voluntatis teſtificatione non fuit reuocata. Et tamen negat Imperator Antoninus in *d. l. 2.* reuocatam intelligi donationem ex eo ſolo, quod mater quæ donandi animo paſſa fuerat filiam ſtipulari partem dotis dimidiam poſt mortem matris. heredem poſtea illam inſtituerit ex minore quàm dimidia portione: Nempe quòd cauſa donationis nihil commune habeat cum forma ſucceſſionis, quamuis non potuerit mater apertiùs declarare, citra expreſſam donationis reuocationem, quod nollet filiam habere ius agendi pro dimidia, quàm inſtituendo eam pro minore parte, ſi non faceret in contrarium pro filia, quod tametſi agat ex facta ſibi per matrem donatione, non tamen agit ex ſtipulatione materna, ſeu hereditaria, ſed ex propria, cuius formam & legem non immutauit mater eadémque donatrix, etſi potuerat illa immutare ſi voluiſſet. Multo minùs igitur videri debet reuocata donatio cauſa mortis facta per traditionem realem, quandiu donator patitur rem à ſe traditam donatario penes donatarium remanere, licèt eam ipſam rem vendiderit, vel legauerit, vel inſtitutionis etiam titulo reliquerit, niſi expreſsè ac ſpecialiter reuocauerit donationem, aut traditionem per quam facta fuerat donatio. Nec ſane vlla ratio eſt, vt donatio cauſa mortis tam facilè reuocetur nuda voluntate, atque reuocatur legatum aut fideicommiſſum, cùm neque fiat nuda voluntate, nec ea rurſum quæ verbis expreſſa ſit, niſi traditio etiam interuenerit vel ſtipulatio. *l. ſi qui argentum. 35. C. de don.* propter quam cauſam dicimus donationem cauſa mortis licèt multa cum vltimis voluntatibus ſimilia habeat, propius tamen accedere ad donationes quarum & nomen retinent. Inde namque illud etiam fieri videtur, vt non tam facilè ſint reuocabiles, quàm ſunt legata & fideicommiſſa, in quibus præter voluntatem teſtatoris nihil eſt ex quo ſubſiſtant, nec proinde quod reuocandum ſit vt ipſa quoque legata & fideicommiſſa reuocata intelligantur.

ERROR VII.

De reuocatione tacita donationis inter viuos facta inter virum & vxorem.

SVMMARIA.

1 *Interpretes erroneè exiſtimãt donationes cauſa mortis tacitè reuocari ex eo quod donationes inter viuos à coniugibus facta vel minimo voluntatis indicio reuocantur.*

2 *Diſcrimen inter donationes cauſa mortis & donationes inter viuos.*

3 *Ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem poterat olim ſufficere, quod donator rem donatam pignori obligaſſet.*

4 *Exceptio.*

5 *Vera ſententia l. cum hic ſtatus. §. ſi maritus D. de don. int. vir. & vx.*

6 *Donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum diſpoſitionem non reuocantur, ſed per ſpecialem duntaxat de re donata diſpoſitionem.*

7 *Bonis omnibus donatoris non tantùm obligatis generaliter, ſed etiam creditori traditis per clauſulam conſtituti aut precarij donatio habenda eſt pro reuocata.*

8 *Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de reuocatione donationis.*

9 *Diſtinctio à Bartolo in propoſita quæſtione adhibita refertur & refellitur eiuſque fundamenta ſubruuntur.*

10 *Differentia rationis reuocationis inter donationes inter coniuges viuos factas, & donationes cauſa mortis.*

MAGNAM errandi occaſionem noſtris præbuit vt crediderint donationes† 1
cauſa mortis exemplo legatorum & fideicommiſſorum tacite reuocari poſſe, quod viderunt donationes inter viuos ſi factæ ſint inter virum & vxorem facilè ac ferè quocunque vel minimo voluntatis indicio reuocatas intelligi, vt puta ſi maritus rem à ſe donatam pignori obligauerit creditori, aut alij legauerit. *l. cum hic ſtatus 32. §. ſi maritus ea quæ donauit. & §. qui quaſdam re. D. de don. int. vir. & vxor.* Sic enim fere paſſim noſtros ratiocinari videas, quaſi putent parum referre an donatio facta ſit à coniuge inter viuos an cauſa mortis, quod vtraque donationis ſpecies non niſi morte confirmetur, vt loquuntur, proximéque accedat ad naturam vltimæ voluntatis. Itaque & has & illas donationes non tantum inuicem æquiparãt, ſed etiam cum legatis & fideicommiſſis. Nos ſicuti proximo capite oſtendimus, non eſſe bonam hac in re æquiparationem donationum cauſa mortis, & legatorum aut fideicommiſſorum, ita nunc probabimus longè aliam rationem conſtituendam eſſe donationum cauſa mortis, aliam earum, quæ inter viuos fiunt inutiliter, ita vt egeant confirmatione. Nam donationes† cauſa mortis cum ab initio va- 2
leant etiam inter coniuges, vt iam ſæpius diximus, ex *l. ſi cum 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de don. int. vir. & vxor.* ſiue per traditionem factæ ſint, ſiue per ſtipulationem, ſicuti nulla egent confirmatione, ſed tantum perfectione, quæ iis contingit, ſine vlla legis poteſtate defuncto in eadem voluntate donatore, ita neque tam facilè reuocari poſſunt. Quæ verò inter viuos fiunt, quemadmodum ab initio inutiles ſunt, remanentque infirmæ quouſque legis auxilio, & per Diui Seueri conſtitutionem confirmentur, ita quandiu infirmæ ſunt & priuſquam per legem confirmentur, quod non fit niſi moriente demum ante reuocatam donationem donatore, facilè reuocari poſſunt, cùm ea reuocatio non tam eò ſpectet, vt quod geſtum fuerat infirmetur, quàm vt quod ſemper infirmum fuit nunquam poſſit conualeſcere. *l. à marito 18. & paſſim C. de don. inter virum & vxor.* Inde igitur fit, vt ſi rem à ſe vxori donatam maritus alij legauerit, hoc ipſo videri debeat donationem reuocaſſe, quamuis legatum non ſit ex numero earum alienationum, quæ per traditionem fiunt, quia cum ſit titulus habilis ad transferendum dominium ex ſola legis poteſtate, ſi nihil impediat tranſlationem, non poteſt impedimentum adferre donatio quæ nũquam valuit, & quamuis ea donatio talis ſit, quæ morte donatoris confirmari potuerit, quia tamen legis auxilium neceſſarium eſt, nec fieri poteſt vt eiuſdem rei & legatum & donatio ſimul confirmetur, præualet cauſa legati, quippe quod priùs valet quàm donatio,

donatio, cùm neceſſe ſit valere illud ex tempore facti teſtamenti, ac proinde viuo adhuc donatore. licèt non niſi poſt mortem confirmetur hactenus vt deberi incipiat, quia nec prius teſtamentum ipſum confirmatur. Donatio verò inter viuos facta, quamuis ex oratione Seueri confirmetur morte, id eſt eo inſtanti quo donator moritur, ac proinde vno inſtāti priùs quā legatū deberi incipiat, quia tamē nō aliter cōfirmatur, quā ſi non fuerit reuocata, & poteſtas cōſtitutionis reperit iā eo tēpore factū legatū, & quidem vtiliter, ac tale quod per legem duodecim tabularū omnimodo confirmandum ſit aliquando, non poteſt confirmari morte, tanquam quæ non ſolùm infirma, ſed etiam infirmata fuerit priuſquàm confirmanda, ſi tamen quod iam per ſe infirmum eſt, infirmari ampliùs poteſt. Ob eámque cauſam Iuſtinianus in *Nouell. 162. cui titulus eſt Sacra form. tranſmiſſ. capite primo.* cùm ipſis donationibus ſupra modum & contra iuris veteris rationem fauere vellet, coactus fuit expreſſim conſtituere, vti ne confirmatio earum impediretur ex eo ſolùm, quod donator rem donatam vel in hypothecam dederit, vel in pignus tradiderit. Quibus verbis ſicuti oſtendit differentiam hac parte nullam eſſe inter pignus & hypothecam, ita ſignificat non obſcurè ius antea tale fuiſſe, vt ſiue donator pignori rem tradidiſſet, ſiue hypothecæ tantùm dediſſet, hoc eſt ſine traditione, & nuda conuentione obligaſſet, donationis confirmatio impediretur, quamuis Vlpianus in dicto §. *ſi maritus*, de pignore tantùm loquatur non de hypotheca. Et ſanè ita eſt. Poterat olim
3 ſufficere † ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem, quod donator eam rem pignori obligaſſet, tametſi non tradidiſſet: nec minùs fuit neceſſaria conſtitutio Iuſtiniani in eo caſu, quo nulla hypothecæ, quàm quo pignoris traditio interueniſſet, quia licèt verum ſit poſſe vtrumque ſimul valere; & obligationem pignoris, & donationem, tunc tamen id obtinet, cùm & pignus vtiliter contractum eſt, & donatio valet vt in ſpecie, *l. vlt. §. penul. D. de donat.* At cùm donatio non valet vt in caſu propoſito, quid attinet dicere, vtrumque valere poſſe? Valet igitur ſolum pignus, ſoláve hypotheca, ideóque impedit ne donatio alioquin inualida per legem confirmetur, quia facilius eſt vt impediatur confirmatio donationis prorſus inutilis, nedum infirmæ, quàm vt quæ iam ipſo iure tenet infirmetur, & citra reuocationem expreſſam pro reuocata habeatur. Hoc ita
4 tamen, niſi eo animo † fuit donator vt adhuc poſt obligatam rem quam donauerat nihilhominus vellet donatum. *d. §. ſi maritus.* Non quidem eo ſenſu, vt ſi res vxori donata ſubinde fuerit tradita creditori, vxor quaſi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem, offerendo ſaltem ei debitum: ſed hactenus tantùm, vt ſi mulier ſit in rei poſſeſſione ſaltem precaria, nec recuſet ſoluere quantitatem pro qua fuerat res obligata, debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipſum ſic accipiendum eſt, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem, (quia quod ad creditorem attinet nihil poteſt intereſſe an donatio valeat, necne, cùm qualiſcunque poſſeſſor poſſit eum ſummouere ac pignoris vinculum diſſoluere oblato debito. *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypot. ſoluit.*) ſed vt contra heredem donatoris, qui ſiue poſt, ſiue ante dimiſſum ſuis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin ſummo iure habeat ille vindicationem, dubitari non poteſt, tum quoque cùm donator voluntatem ſuam declarauit quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, ſi quidem non poteſt per orationem Seueri donatio ita confirmari, vt ex ea dominium transferatur in donatariam vxorem ſine traditione eo caſu, quo nec vera traditio fieri à donatore poſſet, ne fingatur traditio interueniſſe illo caſu, quo neque re vera interuenire poſſet, plúſque poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero, contra *l. confeſſionibus 13. D. de interr. in iur. faciend.* Atqui neque donator neque donatoris heres poſſet rem iam teſtatori traditam alij tradere ad dominium per traditionem transferendum, ſiue ex cauſa donationis, ſiue ex alia qualibet citra dolum malum qui plerunque deflecteret in crimen ſtellionatus, *l ſi is quaſ. 12. §. qui res ſuas D. de pignor. l. 3. de crimi. ſtellio.* Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in poſſeſſione reperitur, ſuccurrendum ſit per exceptionem doli contra donatoris heredem, ſi velit ille aduerſus voluntatem ſui teſtatoris eripere mulieri, quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque eſt vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres eſt voluntatem venienti. Sed & fieri poteſt vt vno caſu ſit non ſolùm vtilis, ſed etiam neceſſaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure ſuo pignus perſequentem: Nimirum ſi ſit illa parata ſatisfacere creditori, cui donatoris heres nondum ſatisfecerit, nec id tantùm aſſequi velit vt ſummoueat creditorem, (nulla enim opus eſſet, vt iam diximus, in eam rem exceptione, ſublato extinctóque vinculo pignoris ipſo iure hoc ſolo quod creditor pecuniam ſibi oblatam accipere recuſaret) ſed præterea velit ab eodem creditore extorquere, vt mandentur ſibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc caſu reperiatur illa in poſſeſſione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtique ius habet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iuſtus poſſeſſor petere poſſet, *l. mulier 19. D. qui potior. in pignor. hab.* Idque eſt quod † Vlpia. ſibi vult. iis verbis, *quinimo etſi ſatisfeciſſet potuiſſe eam per doli exceptionem conſequi vt ſibi mandentur actiones.* Non enim ſic accipiendum 5
eſt, quaſi donataria ſi ſatisfecerit creditori, non oppoſita doli exceptione, nec petita actionum ceſſione, poſſit ex poſtfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare ceſſionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per ſolutionem extinctæ, *l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus 76. D. de ſolut.* proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in neceſſarium antecedens præſupponit. Sed hoc ſignificat Vlpianus donatariam in hanc ſi ipſa non heres donatoris ſatisfeciſſet creditori potuiſſe in eo tempore ſolutionis oppoſita doli exceptione conſequi vt ſibi mandarentur actiones, quod facere non poteſt cùm heres ipſe donatoris ſatisfacit, quia eo caſu nihil præſtare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipſe accipit, & abſurdum eſſet aliquas actiones eum præſtare non ſolùm ei à quo nihil acciperet, ſed etiam contra eum à quo acciperet ſolutionem. Is verò caſus eſt de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor ſolutionem acceperit non à muliere donataria, ſed à donatoris herede poſtea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnant verba illa *vt parata ſatisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum neceſſario intelligenda ſunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt ſuprà diximus, ita & de muliere quæ parata ſit ſoluere heredi donatoris, eique reddere quod ipſe iam præſtiterit creditori. Niſi poneres nondum dimiſſo creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim poſſet illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo ſe paratam ſatisfacere creditori, cui nondum eſſet ſatisfactum. Et hic poſterior caſus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuiſſe ſatisfactum creditori,

creditori, cùm ponunt mulierem ſatisfacere paratam:
nec quicquam abſurdi eſt opponi exceptionem doli
contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata
ſit alij ſatisfacere, id eſt creditori, quandoquidem ea
ſatisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui alio-
quin perſonali actione conuentus, vt creditori ſatis-
faceret, cogi poſſet. Cæterùm quamuis tam infirmæ
ſint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ
per traditionem factæ ſunt, vt facilè ſint reuocabiles,
& per ſolam hypothecæ conuentionem, aut per ſolũ
legatum reuocatæ intelligantur, quòd in donationi-
bus cauſa mortis etiam inter coniuges factis diuer-
ſum eſſe oſtendimus. In eo tamen aſſentior Bartolo
quod ille tradit ad *d.l.rem legatam. ad fin. D. de adim.
legat.* & Didacus probat *d. num.* 19. donationes inter
virum & vxorem per generalem bonorum omnium
diſpoſitionem, † puta obligationem vel heredis in-
ſtitutionem non reuocari, non magis quàm donatio-
nes cauſa mortis: ſed per ſpecialem duntaxat de re
donata diſpoſitionem, quia, vt ait Bart. ſpecialis con-
uentio magis afficit quàm generalis, & expreſſa
voluntas plerunque efficacior eſt quàm tacita *l. pe-
nul. D. in quib. cauſ. pignorat. hypoth. tacit. contr.
l. ſi quis. 6. D. qui ſin. manu. ad libert. peruen. l. generali-
D. qui & à quib. manu. l. 3. C. de ſeru. pig. dat. manum
ter.* 29. Nec ſanè capienda facile eſt mutatæ volunta-
tis præſumptio, *leg. 3. l. cum qui* 21. *D. de probat.*
præſertim verò inter eas perſonas, inter quas dura-
uit eadẽ affectio & cauſa voluntatis. Quam in rem vi-
detur mihi accõmodatiſſimus textus, quem à Bartolo
& Didaco prætermiſſum miror in *dicta l. ſecund. C. de
iur. dot.* licèt non niſi de mortis cauſa donationibus
ea lex loquatur, quæ difficiliùs reuocantur, vt dixi-
mus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed
hoc ipſum tamen quod de generali bonorum omnium
obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant,
ego non ita generaliter & indiſtinctè verum eſſe arbi-
7 tror. Si enim bona † omnia donatoris non tantùm
obligata, generaliter, ſed etiam creditori tradita pro-
ponantur, quomodo fieri hodie adſolet per vulgarem
clauſulam conſtituti, aut etiam precarij, non dubito
quin perinde habenda ſit donatio pro reuocata, atque
ſi id quod donatum fuit traditum ſpecialiter propo-
neretur, idque ſiue inter viuos coniuges, ſiue inter
alios quoque mortis cauſa donatum ſit, quia non ſi-
cut obligatio conſiſtit in iure, ita & traditio, quæ fa-
cti eſt. *l. conſilio 7. §. vltimo, D. de curat. furioſ.* ideóque
non eandem iuris interpretationem recipere poteſt
traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet
obligari generaliter bona donatoris omnia, & con-
ſequenter ipſam quoque rem, quæ ſiue inter viuos
coniuges, ſiue cauſa mortis donata fuerat, cùm man-
ſerit in bonis & dominio donatoris eiuſdémq debito-
ris. Et tamen valere donationem non quaſi ex vni-
uerſitate illa bonorum excipienda ſit res donata, quo-
modo dici ſolet de iis rebus quas nõ eſſet quis veriſi-
militer obligaturus, generali obligatione pignoris
eas non contineri, *leg. obligatione 6. & ſequentibus. D.
de pignor.* (nec enim poſſet prohiberi creditor, quò-
minus in rem donatam ſicut in cæteras ius ſuum exe-
queretur, ne alioqui decipiatur creditor, qui donatio-
nem ignorauit, & in debitoris ſui patrimonio quod
totum intuitus eſt eam quoque eſſe rem donatam
ſciuit. argum. *l. hinc quæritur 19. §. primo ver. cum enim
D. de pecul.* (ſed quia poteſt vtrunque, & obligatio
ſcilicet pignoris & donatio ſimul ſalua conſiſtere. *d. l.
vlti. §. penult. D. de donat.* vt ſaluo iure creditoris do-
natio defendatur, quæ non paruam adhuc poteſt vti-
litatem adferre donatario, tum quoque cùm pignoris
luendi gratia creditorem de ſuo dimittere coactus eſt,
ſi quod plerunque fit pluris ſit pignus quàm debitum
pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tan-
tùm obligatio, ſed etiam traditio facta eſt, & conſe-
quenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non poteſt
fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta
fuerat per traditionem, quemadmodum diſputauimus
in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio
cauſam donationum cauſa mortis inter quoſcunque
factarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges fa-
ctæ ſint, licèt hæ facilius reuocari ſoleant, quàm illæ,
quia cum vtriuſque commune illud ſit quod fiunt per
traditionem, & ita tamen vt non ſtatim dominium
transferatur, ſed poſt mortem demum donatoris, illud
etiam vtriſque commune eſſe neceſſe eſt, vt reuocata
traditione per aliam ſubſequentem traditionem alij
factam, ipſa quoque donatio quæ per traditionem fa-
cta fuerat, reuocata eſſe intelligatur. Itaque quoties
ponimus † factam eſſe donationem per traditionem 8
non debemus diſtinguere quomodo diſtinguunt in-
terpretes, An donator diſpoſuerit re donata ſpecialiter
an verò de bonis ſuis generaliter, ſed tantum in aliã
rem donatam, de qua diſpoſuit, ſiue generaliter ſiue
ſpecialiter etiam tradiderit, an non tradiderit: Vt ſi
tradiderit, dicamus indiſtinctè reuocatam eſſe dona-
tionem quamlibet ſiue inter viuos ſit, ſiue mortis
cauſa, ſiue inter coniuges, ſiue inter alios. N. ſi con-
traria quoquomodo probetur voluntas donatoris,
quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea diſ-
poſitio ſiue generalis, ſiue ſpecialis traditionem nul-
lam habuerit, tunc diſtingui rurſum oporteat, an aga-
tur de donatione inter viuos an cauſa mortis. Nam
ſi de donatione inter viuos facta & inter coniuges
(ſiquidem inter alios factam quia valeret, donator re-
uocare non poſſet etiamſi vellet) cum ab initio non
valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non
quidem per ſolam pignoris conuentionem, poſtquàm
Iuſtinianus hac parte ius vetus immutauit, ſed per le-
gatum, ſi fortè eam rem donatam donator alij lega-
uerit, aut quod hodie idem eſt per fideicommiſſum
reliquerit, itémque ſi vendiderit, quamuis non tradi-
derit. Cum enim plus ſit vendere quàm hypothecæ
obligare, nulla ratio eſt cur Iuſtiniani conſtitutio quæ
de pignore & hypotheca tantùm locuta eſt, ad ven-
ditionem producatur, quoniam qui vendit licet non
ideo tradat, ſe tamen obligat ad tradendum *l. ſi tradi-
tio 4. C. eod.* Et quamuis liberum ei eſſet præſtando
quanti emptoris intereſſet eximere ſe ab ea obligatio-
ne, de quo alibi ſcripſimus, nulla tamen ratio eſt cur
credendus ſit vendidiſſe potiùs vt ſe obligaret aut he-
redem ſuum ad præſtationem eius quod intereſſet
emptoris, atque ita ſibi ſuóque heredi noceret, quàm
vt oſtenderet nolle ſe donationis perperam initæ vo-
luntatẽ retinere. Nec ſanè digna eſt donatio cuius fa-
uore contraria interpretatio capiatur, cum non valet.
Quod autem de venditione dicimus, idem de cæteris
quoque contractibus dictum volumus qui ſint habiles
ad dominium transferendum ſaltem interueniente
traditione ſiue traditionem requirant ſiue conſenſu
nudo contenti ſint vt perficiantur. At ſi agamus de
donatione cauſa mortis etiam facta inter coniuges,
quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuo-
cata videri debet, niſi per eam conuentionem quæ
comitantem vel ſubſequentem habeat traditionem:
quam tamen qualemcunque interuenire ſufficit, id eſt
etiam fictam, qualis illa eſt quæ fit per clauſulam con-
ſtituti, vel precarij, cùm per modos iſtos quantumuis
fictos etiam vera poſſeſſio transferatur *l. quod meo 18.
cum ſeq. D. de acquir. poſſ. l. quadam mulier. 77. D. de rei
vendic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* In eamque
rem apertus eſt textus Vlpiani in *d. l. cùm hic ſtatus §.
ſi maritus* vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria
poſſeſſione reperitur, vt habeat exceptionem doli,
non

non ideo fit, quaſi clauſula precarij non ſit efficax ad transferendam poſſeſſionem, ſed quia ſufficit vt mulier donataria in nuda poſſeſſione ſit, ad hoc vt cùm per quaſi Seruianam conuenitur quæ nudam poſſeſſionem auocat *l. ſi cum venditor 66. D. de euict.* poſſit ſe tueri exceptione doli quam alioqui non poſſet habere mulier quæ non eſſet in poſſeſſione ſiquidem exceptio non alij dari poteſt quàm ei qui conuenitur, nec alius conueniri, quam qui rem tenet *l. 1. in princip. D. de pignor.* Ac quamquam is qui per clauſulam conſtituti actus eſt poſſeſſor hoc plus iuris habere creditur, quam qui per clauſulam precarij, quod non ſolùm poſſeſſionem habet ciuilem, vt loquuntur, ſed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure cenſetur, quia cùm abſit ei nudæ poſſeſſionis detentatio, & ob id perinde actione quaſi Seruiana indigeat ſimiliter quoque poteſt mulier donataria ſi ſit in nuda illa poſſeſſione ſibi proſpicere per doli exceptionem, ſiue contra donatoris heredem vindicantem, ſiue contra creditorem nolentem ei mandare, quas habet in donatoris heredem actiones, ſi modo ſit illa ſatisfacere parata. Illa
9 verò diſtinctio† quam Bartolus ſubiungit in *d. l. rem legatam in fin.* circa rem donatam pignori obligatam vtrum obligata ſit pro tanta quantitate vt non ſit veriſimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis ſpes aliqua ſuperſit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat alienatio quædam eſſe videatur ex *lege antep. de legat. tertio & l. legata. 9. §. vltim. D. de ſuppellect. leg.* Nunquam enim poteſt res quæ oppignorata tantum fuit ob hoc ſolum haberi pro alienata quandiu ſupereſt ius luendi, quamuis futura ſit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maximè verò cùm ad alium ſpectat neceſſitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in propoſita ſpecie contingit. Nam quando res vni donata & tradita, alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, poteſt defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt ſi malit rem habere quàm eius pretium audienda ſit volens retinere rem donatam etiam inuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantamcunque pecuniam offerenti ſi donatio non valeret. In legato autem hoc amplius eſt quàm in donatione, quòd heredem teſtatoris obligatum habet legatarius actione perſonali ex teſtamento vt pignus luat *d. l. 3. C. de legat. d. l. ſi res obligata 57. de legat. 1.* vt proinde parum aut potiùs nihil eius interſit an pro magna an pro exigua quatitate facta oppignoratio ſit. In effectu namque perinde eſt, acſi teſtator rem nullomodo obligatam legaſſet, aut heredem ſuum vt pignus lueret, expreſſim damnaſſet, quo vtroque caſu dubitari non poſſet, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam ſi nihil teſtator debuiſſet. Donationis ratio diſſimilis eſt in eo tantùm, quod donatarius ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis nullo caſu habet actionem perſonalem in heredem donatoris, ſcilicet cùm per traditionem facta donatio eſt non per ſtipulationem: ipſéque pignus luere cogitur ſi quando fuerit illud rectè ac vtiliter conſtitutum. Sed hoc tanto magis, non tanto minùs facere poteſt vt donatoris heres boni conſulere debeat valere donationem, ex qua ſaltem id commodi ſentiat, vt liberetur ab eo ære alieno quod alioqui ſoluere cogeretur. Nec Bartoli diſtinctionem adiuuat, quod Scæuola reſpondit in dict. *l. antepenultima. De legat. 3.* in illis verbis *ſi modo in proprium patrimonium, quod ferè ceſſante debitore fit, non ſint redacta.* Non enim is Scæuolæ ſenſus eſt, vt ceſſare dicatur debitor in luenda re pignorata ſi tali pretio ſit pignorata vt non ſit ſpes eius amplius luendæ, quomodo Accurſius, Bartolus & alij interpretantur, ſed vt poſſit pignus redigi in propriũ patrimonium creditoris ceſſante debitore in ſolutione, non quaſi ſola ceſſatio acquirat pignoris dominium creditori, ſed quia propter ceſſationem illam euenire ſolet, vt vel pignus diſtrahatur autoritate iudicis, nullóque exiſtente extraneo emptore ipſi creditori vendatur *l. ſecunda. C. ſi in cauſ. iudicat. pign. capt. ſit,* vel creditori addicatur impetrato dominij iure ſecundum formam illam de qua in *tit. Cod. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. ſi fundus D. de rebus eorum qui ſub tutel.* Quod cùm factum eſt cum dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non eſt appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiã quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium ſibi addici curauerit, non poteſt videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque ſit debitum pro quo pignus datum fuit, ſed tantùm ſpes eſt redactum iri tum quoque cùm parua ſpes eſt luitionis dummodo luendi facultas aliqua ſuperſit. Quod verò adfert Bartolus ex *dict. l. legata 9. in fi. De ſuppell. leg.* multo minùs ad rem pertinet. Neque enim diſtinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate, ſed tantum an argẽtum oppignoratum in creditoris vſu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repoſitum (ſic enim lego non vt vulgo *propoſitum*) id eſt reconditum & ſepoſitum à cæteris rebus quæ in vſu creditoris ſunt: Nimirum propter contractus fidem & rei reſtituendæ vinculum vt Papinianus ait, quia fides contractus non patitur, vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore, quin hoc ipſo furtum committat *l. ſi pignore 54. D. de furt.* perinde acſi recepto debito reſtitutionem pignoris recuſaret. Planè cum creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen coniectura ſumi poteſt vt omne argentum ſuum legando illud quoque quod pignori acceperat legaſſe videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei ſuæ inuito vel ignoranti auferre non potuit etiamſi maximè voluiſſet, ſed in præiudicium heredis vt quod à creditore alioquin ſoluendum eſſet creditoris heredi ad luendum pignus, id ſaltem legato contineatur, quaſi hac parte legaſſet creditor ius pignoris & eam ipſam quantitatem quæ ſibi ſub pignore debebatur, totius huius tractatus ſumma eſt. Donationes † inter viuos 10
coniuges facilè & plerumque tacitè reuocatas intelligi ex nouo & ſuperueniente facto donatoris, At donationes cauſa mortis per traditionem factas nunquã, niſi cum donator rẽ donatario iã traditam alteri rurſus tradit, ex quacunq; tandem cauſa, quæ reuocationis ſpecies expreſſa potiùs quàm tacita dici debet: quia quòd iã vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non poteſt, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipſo eripiatur. Quod ſi is qui mortis cauſa donauerat ob inſtans aliquod periculum mortis, vel conualuerit ex infirmitate, vel ab eo periculo aliter liberatus ſit, aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit: reuocatur quidem tacitè donatio cauſa mortis in his omnibus caſibus, ſed ex ſui natura tacitáque conditione, vt loquitur *l. mortis cauſa 15 ff. de manumiſſ.* non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis coniecturam inducat. Idcóque perinde reuocaretur tacitè huiuſmodi donatio cauſa mortis etiamſi facta eſſet per ſtipulationé, vt bene contra Barbat. diſputat Didac. ſupradicto loco *num. 23. & ſeq. ex l. mortis cauſa donatio 34 ff. de mort. cauſ. donat. l. ſi mortis 29. eod.*

ERROR

ERROR VII.

De vſurario manifeſto an liberiùs poſsit donare cauſa mortis quàm teſtari.

SVMMARIA.

1 *An vſurarius manifeſtus poſsit liberiùs cauſa mortis donare, quàm teſtari, & de ea varia interpretum ſententia.*

2 *De propoſita controuerſia autoris ſententia: & n.4.*

3 *Plus eſt poſſe decedere cum vltima voluntate quæ non ſit teſtamentum, quàm poſſe decedere cum teſtamento: & cur.*

5 *Obiectio de filiof. teſtari prohibito non etiam donare cauſa mortis diluitur.*

6 *Diſtinctio in propoſita n.1. quæſtione ex ſententia autoris adhibenda.*

TRACTATVR à noſtris interpretibus
hæc quæſtio ſatis magnis contentio-
1 nibus, An † vſurarius manifeſtus, quem
conſtat non poſſe teſtari niſi præſtita
priùs cautione de vſuris quas indebitè
perceperit reſtituendis *ex cap. quamquam §. vltim. De
vſur. lib. 6.* liberam habeat mortis cauſa donandi
facultatem, id eſt non præſtita ea cautione, quam
præſtare haberet neceſſe, vt teſtari poſſet. Nec de-
ſunt Doctores quorum alij affirmatiuam, alij nega-
tiuam partem ſequantur, vt nec ſciri facile poſſit in
quam procliuior ſit, quæ frequentior eſt interpre-
tum ſchola. Quæſtioni cauſam illud dedit, quod ex
vna parte vident conſtitutionem pontificiam iuris
communis correctoriam loqui tantùm de teſtamen-
to, non etiam de don. cauſa mortis, ideóque non fa-
cilè producendam extra ſuos limites, vt dici ſolet de
conſtitutionib. omnib. correctoriis eſſe illas reſtrin-
gendas, non ampliandas: tanquam quæ cùm ſint
correctoriæ hoc ipſo ſint odioſæ, licèt ea conſtitu-
tio fauorabiliſſima eſſe exiſtimetur, propterea quòd
non tam ad vſurarum odium reſpicit quàm ad ſalu-
tem animarum, qua nihil fauorabilius dici poteſt:
Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita
conceptam eſſe, vt quiſquis teſtari non poteſt, is nec
mortis cauſa donare poſſit, *l. 1. §. 1. D. de tut. & ratio.
diſt. l. diſcretis. 10. C. qui teſt. face. poſ.* Qui affirmati-
uam partem ſequuntur ſolent ſubiicere exceptio-
nem. Niſi donatio cauſa mortis in fraudem fiat, quod
præſumi volunt quoties donatio eſt vniuerſorum
bonorum ex *l. omnes. 17. §. Lucius. D. quæ in fraud.
cred.* Item inquiunt niſi in teſtamento fiat hæc mor-
tis cauſa donatio, quia ſicuti non dubitant quin fie-
ri in teſtamento poſſit, ita neque quin ſit illa inuti-
lis cùm facta eſt in teſtamento inutili, ſi non ſit fa-
cta per ſtipulationem. Nam hanc ſub exceptionem
ſubiiciunt ad exceptionem vt refert *Andr. Fachinetu
lib. 5. Controuerſ. 62. poſt Didacum in 3. parte rub. De te-
2 ſta. num. 11.* Mihi videtur † quæſtio hæc ex iis quæ
in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexi-
guam habere dubitationem. Etſi enim conſtitutio
ſummi Pontificis non loquitur niſi de teſtamento,
hoc vnum tamen ſufficit vt donatio quoque cauſa
mortis prohibita eſſe intelligatur. Sicut & fatendum
eſt vſurarium hunc manifeſtum codicillos facere
non poſſe, ne quidem ab inteſtato; non quaſi codi-
cilli ab inteſtato facti poſſint videri pars eſſe aliqua
teſtamenti, quod nullum eſt: ſed quia non alius po-
teſt codicillos ab inteſtato facere, quàm qui facere
teſtamentum poſſet, cùm eo caſu teſtamenti vicem
obtineant, *l. Diui. 6. §. codicillos. l. conficiuntur. 8. §. co-
dicilli. l. ab inteſtato. 16. in fin. ff. de iur. codicill.* Itaquè
non modò legatum relinquere non poteſt, ſed nec
fideicommiſſum is qui teſtamentum facere non po-
teſt *l. 1. De legat. 1.* Ergo neque donare cauſa mortis;
cùm donatio cauſa mortis non minùs quàm lega-
tum aut fideicommiſſum dicatur ſpecies vltimæ vo-
luntatis, *l. vl. C. de don. cauſ. mort. illud 37 ff. eo.* Ac ſa-
nè vt argumentantur ij qui partem negatiuam de-
fendunt, quid eſſet faciliùs, quàm facere fraudem
canoni ſi ita ius conſtitueretur, vt manifeſtus vſu-
rarius teſtari quidem niſi præſtita de reſtituendis
vſuris cautione non poſſet, at donare mortis cauſa
liberè poſſet? Neque verò credendus eſt ſummus
Pontifex tam id egiſſe vt interdiceret ei factione
teſtamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima volunta-
te illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat
vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo
loquitur Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans
in *l. cùm pacto. 5. ff. de ſeru. export.* Plus enim eſt ſi ſub-
tiliùs intueare, vt iam alias monuiſſe memini, Poſſe
decedere † cum vltima voluntate quæ non ſit teſta- 3
mentum, quam poſſe decedere cum teſtamento. Non
quòd teſtamentum non ſit, quid maius, quàm codi-
cillus, vel fideicommiſſum, vel donatio cauſa mor-
tis: cùm per teſtamentum dari poſſit hereditas, quæ
aliter dari nullo modo poteſt *l. hereditas. 5. C. de pact.
conu. tam ſup. dot.* ſed quia quo maior ſolennitas eſt
quæ in teſtamentis adhiberi debet, vel ob hoc ip-
ſum quod maioris ſint momenti, *l. Dinus. 24. ff. de
teſt. mili. l. vlt. C. de codicil.* eo minùs fauere videtur
lex ei cui permittit teſtari, hoc eſt decedere cum vl-
tima voluntate tam ſolenni. E contrario autem quo
minor ſolennitas eſt ſi ſolennitas dici debet quæ in
codicillis, epiſtolis, & mortis cauſa donationibus
adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur dece-
dere cum vltima voluntate tam parum ſolenni:
Eſtque in eam rem apertius exemplum in teſtamen-
to militari, quod quia militis nuda voluntate con-
tentum eſt, nec vllam iuris ſolennitatem deſiderat,
fauorabilius & magis priuilegiatum eſſe creditur,
quàm quod fit ſecundum regulas iuris communis.
Nec dubitandum eſt quin plus ſit poſſe teſtari iure
militari, quàm poſſe teſtari iure communi, adeò vt
quiſquis iure militari poteſt teſtari, multo magis
poſſit etiam iure communi, ſed non contrà. Eadem
igitur ratione dico, Etiamſi plus ſit teſtari quàm co-
dicillari, quia plus facit qui teſtatur, cùm vniuerſa-
lem iuris ſui ſucceſſorem pro arbitrio ſibi eligat,
quod per codicillos fieri nequit, minus tamen eſſe
teſtari poſſe quàm poſſe facere codicillos. Nempe
quia cùm fauor legis in eo conſiſtat quod permitti-
tur homini de rebus ſuis diſponere, earúmque do-
minium transferre in id tempus quo ipſe amplius
dominus non erit, quanto minus præſtet ille ex par-
te ſua vt tanto beneficio dignum ſe reddat, tanto
magis ei fauetur, ſi nihilominùs idem beneficium
ei præſtetur. At is qui teſtatur præſtat multo plus ex
parte ſua, quàm qui codicillos facit: quoniam ſe
onerat multis adhibendis ſolennitatibus, quæ in
qualibet alia vltima voluntate vel nullæ, vel longè
pauciores exigũtur. Minus ergo ei fauetur quàm illi,
cui permittitur codicillos facere, & perinde pro ar-
bitrio de bonis ſuis diſponere citra vllam ſolẽnita-
tem. Ideóq; cùm ab initio lex XII. tabularũ ius teſta-
mentorũ duntaxat induxiſſet, non ſtatim fuit conſe-
quens vt & codicilli, & fideicõmiſſa, & mortis cauſa
donationes valerent, ſed opus fuit autoritate partim
prudentum, partim Imperatorum, vt his ſpeciebus
vltimæ voluntatis robur accederet, *§. primo. Inſt. de
codic. & tit. de fideic. her.* In ſumma hoc cõtendo, Poſita

conceſſione facultatis teſtandi non ideo poni conceſſionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi cauſa mortis. At ex contrario poſita denegatione facultatis teſtandi, cuiuſlibet quod alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde
4 igitur concludo vſurarium † manifeſtum ſicuti iure pontificio prohibetur teſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris reſtituendis, ita hoc ipſo prohibitum intelligi donare cauſa mortis ſub eadem exceptione, vt eadem proportio ſeruetur inter ea quæ dicuntur ſecundum quid, quæ ſeruanda eſſet inter ea quæ ſimpliciter dicerentur. Nec me mouet quod
5 vnum † obiicere poſſunt contrariæ ſententiæ aſſertores, filiumfamilias prohibitum eſſe teſtari etiam conſentiente patre, neque tamen prohiberi donare cauſa mortis ſi conſenſus patris accedat. ex *l. tam is. vigeſimaquinta. §. primo. D. de mortis cauſa don.* Iam enim monuimus ſuo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta ſit ex peculio profectitio, quod cùm patris ſit magis quàm filij, non tam à filio mortis ſuæ cauſa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipſo cauſa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidē obiiciunt ex Accuſio & Bartolo ad dictam *l. tam is.* Regulam illam quæ vult, eum qui teſtari non poteſt, nec donare mortis cauſa poſſe. Non ad alios pertinere quam ad eos qui ex defectu aliquo naturali teſtari non poſſunt, qui nec inter viuos donare poſſent, quales ſunt pupillus & mutus, id quoque, nos ibidem refutauimus & oſtendimus quàm inſulſè dicatur, quamuis Didacus dicto numero 11. in fin. hoc ipſum tamquam magnum quidpiam & valde ſingulare notandum putet. Neque illa rurſum hic repetenda arbitramur quæ diſputauimus contra errorem illum interpretum ab eodem Didaco inculcatum, à nobis verò conculcatum, quo putant donationem cauſa mortis in teſtamento fieri vtiliter poſſe, & eo caſu cenſendam iure teſtamenti, vt ſi teſtamentum ex aliqua cauſa inualidum ſit ipſa quoque mortis cauſa donatio inualida eſſe exiſtimetur. Nam imò verò ſi donatio in teſtamento facta ſit etiam quod alioquin valeret, infirmat & corrumpit teſtamentum, ſed ipſa non corrumpitur ſi modò adſint cætera ſine quibus donatio perfici non poteſt id eſt traditio vel ſtipulatio: Ob idque nec fieri poteſt vt ſequi debeat ius teſtamenti quod nullum eſt, vtque ab initio non ipſa valeat quæ propriis viribus ſubſiſtit. Verùm quanquam hæc ita ſe habent, puto tamen
6 men † adhibendam in hac quæſtione diſtinctionem quam in præcedentibus ferè omnibus adhibuimus, an donatio cauſa mortis ſic facta ſit vt dominium ſtatim transferretur, an verò, ita vt non niſi poſt mortem donatoris. Nam cùm priore caſu donatio cauſa mortis non tantùm perficiatur, ſed etiam impleatur, effectumque ſuum pleniſſimum ſortiatur viuo adhuc donatore, ita vt nihil agendum ſuperſit eo mortuo, planè non video in quo videri poſſit ſimilis legato aut ſpeciem conſtituere vltimæ voluntatis, nec proinde cur prohibenda ſit vſurario manifeſto ob id ſolùm quòd non poſſit ille decedere cum teſtamento, aut cum alia vltima voluntate, cùm non ſit ei prohibitū donare, aut aliter de bonis ſuis diſponere inter viuos. Hæc ſiquidem donatio per quam dominium ſtatim transfertur, licèt facta ſit cauſa mortis ne dubitari poſſet. quin eſſet reuocabilis, degenerat tamen facilè in donationem inter viuos, vel ob hoc ſolùm quod ſit irreuocabilis viuo adhuc, id eſt moriēte demùm, needum mortuo donatore. Non enim dominium rei ſic donatæ habet donatarius id quod non ſit reuocata donatio, ſed ob id quòd initio vtiliter facta fuit, ex eaque dominium be translatum. Quare nec aliud probandum exiſtim rem, etiamſi vniuerſa donatoris bona hoc donat nis genere alienata proponerentur. Nec. n. magis deri poſſet ita feciſſe donator in fraudem pontific conſtitutionis quàm ſi bona ſua omnia inter viu donaſſet, aut vendidiſſet, quia quamuis facilior ſint hominum voluntates ad donandum cauſa mo tis, quàm inter viuos propter facultatem quam ſil retinent donationis pro arbitrio reuocandæ, pa cos tamen reperias tam parùm cautos, qui quo donare inter viuos nollent, malint ita donare cau ſa mortis, vt dominium ſtatim transferant in dona tarium? cùm poſſint & debeant cogitare facilè eue nire poſſe vt repentino aliquo ſiue morbo, ſiue caſ oppreſſi non reuocent donationem quam fortaſſi reuocaturi fuerant, ſi per temporis anguſtias licuiſ ſet: atque ita fiat vt idem prorſus ſit effectus dona tionis qui eſſet ſi donatio inter viuos facta fuiſſet Quid. n. prodeſt ſi effectum rei inſpicias quod potuerit reuocari, cùm non fuit reuocata? Diuerſa ratio eſt donationum inter viuos coniuges factarum, quæ quoniam ab initio inutiles ſint, ideoque indigent vt confirmentur morte ex oratione Seueri, non alio iure cenſeri poſſunt quàm vltimæ voluntatis no ſolùm ſi expreſſa voluntate fuerint confirmatæ, ſed etſi tantum ſilentio & morte donatoris, hactenus ſaltem vt neque expreſsè, neque tacitè confirmari poſſint ab eo ex coniugibus qui decedere non poſſit cum vltima voluntate. Vnde eſt quod fideicommiſſi partibus fungi dicuntur in *l. in donationibus 12. C. ad l. Falcid.* nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, ſicut nec donationes cauſa mortis inter coniuges factæ quippe quæ nunquam ſic fieri poſſunt vt ex iis dominium viuo donatore tránsferatur *l. ſed interim 11. in prin. & §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Proinde ſi maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponatur manifeſtus fuiſſe vſurarius non confirmabitur eius morte donatio, quæ tamen valeret nec vlla confirmatione indigeret ſi & mortis cauſa facta eſſet, & ita vt dominium ſtatim quamuis reuocabiliter in donatarium transferretur, dummodo inter alios quàm coniuges.

ERROR IX.

De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate.

SVMMARIA.

1 *An minor poſſit mortis cauſa donare ſine curatoris autoritate.*
2 *Sententia affirmantium.*
3 *Sententia negantium.*
4 *Exceptio à partem negatiuam tuentibus propoſita.*
5 *Autoris de propoſita quæſtione ſententia. & num. 7.*
6 *Tutoris & curatoris differentia.*
8 *Expoſitio l. 1. §. 1. D. de tut. & rat. diſtrah.*
9 *Differentia inter alienationem quæ fit per donationem cauſa mortis, & alienat. quæ fit per heredis inſtitutionem.*
10 *Donationes cauſa mortis quibus ſtatim dominium trāsfertur, nihil habent cōmune cum vltima volūtate, propiuſque accedūt ad donationes inter viuos.*
11 *Obiectio pro validitate donationis cauſa mortis factæ ab adulto ita vt ſtatim dominium ex ea transferretur, proponitur & diluitur.*

11 *Diſtin*

12 *Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione propoſita ab initio.*

1 HVIC quæſtioni † magnam lucem adferre videntur, quæ proximo capite diſputauimus. Nam quemadmodum diximus eandem teſtamenti & donationis cauſa mortis rationem conſtituendam eſſe in eo, vt manifeſtus vſurarius, quem pontificia conſtitutio prohibet teſtari niſi prius præſtita cautione de reſtituendis vſuris, hoc ipſo donare quoque mortis cauſa prohibitus intelligatur. Ita è contrario conſequenter dicendum videtur adultum etiamſi curatorem habeat, ſicuti liberam nihilominus etiam ſine curatore teſtandi facultatem habet, conſentientibus interpretum omnium votis, ſic & donare mortis cauſa poſſe, quamuis non interueniente curatoris
2 autoritate. Atque hoc modo ratiocinantur † ex interpretib. noſtris quotquot hanc affirmatiuam defendunt, quos refert & ſequitur Andr. Fachin. lib. 5. Controuerſ. iur. c. 61. ex *l. cum hic ſtatus* 32. §. *ſimiles vxori D. de dona. int. vir. & vx.* in illis verbis *nam & mortis cauſa donare poterit cui teſtari permiſſum eſt.* Itemque ex *l.* 1. §. 1. *D. de tutel. & ration. diſtr.* vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare cauſa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd teſtandi facultas non ſit ei permiſſa. Cur non ergo licebit adulto donare ſine curatore, ſine quo
3 etiam teſtari poteſt? At illi qui contrariam † partem defendunt hanc inter teſtamentum & donationem cauſa mortis diſſimilitudinem adferunt, quòd teſtamentum ex alieno arbitrio pendere non poſſit, donatio autem cauſa mortis poſſit ex *l. tam is.* 25. §. 1. *D. de mort. cauſ. don. & l. illa inſtitutio* 32. *D. de hered. inſtit.* Cui rationi poſſet illa etiam addi, quod donatio cauſa mortis eo tempore inſpecto, quo contrahitur propiùs accedat ad contractum, quàm ad vltimam voluntatem. Sic enim vulgo noſtri poſt *gl. & Bart. in l.* 1. *D. de dot. relegat.* Atqui receptiſſima eorundem vulgarium interpretum traditio eſt, Contractus omnes ab adulto curatorem habente initos ſine interuentu curatoris ipſo iure nullius eſſe momenti, perinde ac ſi eſſent initi à pupillo ſine tutore, propterea quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum eſt æquiparetur, ex *l. ſi curatorem habens tertia C. de in integ. reſtit. minor.* Iam autem diximus pupillum non poſſe cauſa mortis donare ne quidem tutore autore. Vnam dun-
4 taxat exceptionem † addunt iſti qui hanc partem negatiuam tuentur. Niſi donatio cauſa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo caſu fatentur omnes valere propter poteſtatem iuriſiurandi, cui hanc vim tribuunt vt eum qui re vera minor eſt repræſentet maiorem. *Ex authen.*
5 *ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* Ego † neque his neque illis aſſentior, ſed puto diſtinguendum de qua donatione cauſa mortis loquamur. An de ea quę per traditionem fiat, an de ea quæ per ſtipulationem. Nam ſi de ea quæ per ſtipulationem fiat dico valere quamuis nulla curatoris autoritas interuenerit. Non ratione illa quam alij adferunt quod donare mortis cauſa poſſit quiſquis teſtari poteſt, ſed quia ſtipulatio hæc dicenda eſt, quæ animum cauſa mortis donandi pro cauſa habeat, potiùs quàm mortis cauſa donatio, vt ſuo loco probauimus ex *l. cum enim* 6. *iunct. §. vlt. l. praeced. D. de nouat.* Certum autem eſt puberes etiam curatorem habentes rectè ſine curatoribus ſuis obligari. *l. puberes* 101. *De verb. oblig.* multo magis ſi exactio differatur in id tempus quo erit ipſe mortuus, vt euenit in ſtipulatione quæ interpoſita ſit iure donationis cauſa mortis. *l. mortis cauſa donatio* 34. *D. de mor. cauſ. don.* Nempe quia obligatio perſonæ adulti per ſtipulationem nihil commune habet cum adminiſtratione bonorum adulti, quæ ſola curatori demandata intelligitur. Nec enim † ius 6
vllum aut poteſtatem vllam habet curator in perſonam ſed tantùm in res & bona minoris, in quo differt à tutore qui non tam bonis quàm perſonæ pupilli principaliter datur *l. quia perſonæ* 14. *D. de teſt. tut. l. cùm in vna* 17. §. 1. *D. de app.* At ſi † de ea mor- 7
tis cauſa donatione loquamur, quam adultus fecerit per traditionem, nego poſſe illam valere ſine curatoris autoritate, Moueórque ex eo quod traditio bonorum minoris haud dubiè pertinet ad cauſam adminiſtrationis bonorum, ſiue traditio ſic fiat vt dominium ſtatim transferatur, qui caſus ideo minorem habet dubitationem quod dominij tranſlatio cùm ſit alienatio *l.* 1. *C. de fund. dot.* non ſolùm adminiſtratio ſed etiam plus quàm adminiſtratio eſt *l. ab agnato* 12. *D. de curat. furioſ. inn. l. Lucius* 46. §. *vlti. D. de admin. & peric. tuto.* Siue traditio ſic fiat vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, quoniam traditio nulla eſſe poteſt ſine alienatione poſſeſſionis ſaltem corporalis, quæ ſicut in bonis eſt, ita non poteſt alienari citra bonorum adminiſtrationem. Porrò in iis omnibus quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent verum eſt quod interpretes in cæteris quoque ac nimis generaliter recipiendum volunt, adultum qui curatorem habeat pupillo eſſe comparandum vt nihil omnino quod ex adminiſtratione pendeat ſine curatore agere poſſit *d. l.* 3. *C. de in integr. reſtit. minor.* neque aut aliter aut melius ea lex conciliari poteſt cum *d. l. puberes.* vt in prima Decadum noſtrarum parte à nobis explicatum eſſe meminimus. Fatendum igitur eſt mortis cauſa donationem ab adulto per traditionem fieri ſine curatoris autoritate nullomodo poſſe: in eóque apertè diſſimilem eſſe rationem teſtamenti & donationis cauſa mortis. Non quod donatio cauſa mortis poſſit magis pendere ex alieno arbitrio quàm teſtamentum (ſi enim perpetua eſſet ea ratio non valeret donatio cauſa mortis ab adulto facta per ſtipulationem ſine curatore quam tamen diximus valere) ſed quòd teſtamentum nihil habet commune cum adminiſtratione bonorum, quomodo habet donatio cauſa mortis quoties fit per traditionem. Et hoc ita eſſe colligas non malè ex eo quod
Vlpianus † tractat in *d. l.* 1. 1. *D. de tutel. & rat.* 8
diſt. an pupillus mortis cauſa donare poſſit autore tutore. Eſſet enim ridicula quæſtio, ſi donatio cauſa mortis ex eorum eſſet genere in quibus alterius autoritas adhiberi nunquam poſſet, quomodo in teſtamentis nunquam adhibetur. Innuit autem Vlpianus, ſi donationem cauſa mortis à pupillo factam illa ratio non impediret quod cui prudentum interpretatio ad legem 12. tab. non putauit concedendam eſſe factionem teſtamenti, ei nec mortis cauſa donare permittendum eſt, non fore dubitandum qui valitura eſſet ea quoque mortis cauſa donatio quam pupillus feciſſet, at ita demum ſi tutoris autoritas accederet. Nec enim Vlpianus tam ad id reſpicit quod tutor pupillo ſuo in hanc rē accōmodare autoritatē non poſſit, quàm quod nó debeat, ob idque vult eum iudicio tutelæ teneri, quia eam præſtãdo autoritatē fecerit id non quod facere non poterat, ſed quod facere non debebat. Itaque poſt illam ſententiā generalem propoſitā, In omnibus quæ fecit tutor cum facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet rationē ab eo reddi in hoc iudicio tutelæ oportere, ſubiungit cōuenienter Vlpianus *vnde quæritur ſi tutor pupillo ad mortis cauſa donationem accōmodauerit an tutelæ iudicio*

teneatur, vt intelligamus eſſe hanc rem ex earum genere, in quib. autoritas adminiſtratoris adhiberi poteſt quidem: ſed non debet, quia mortis cauſa donationes his perſonis, quæ teſtari non poſſunt, permittendæ non ſunt, neque à tutore, neque à iure ciuili, quòd hac parte non aliud eſt quàm interpretatio prudentum, quæ nimiam illam teſtandi licentiam & libertatem, quam lex 12. tab. induxerat pro perſonarum rerumque varietate, diuerſis temperamentis coarctauit *l. verbis legis* 120. *D verb. ſignific.* Cùm verò certum ſit poſſe donationem cauſa mortis ita fieri vt ex ea dominium ſtatim quamuis reuocabiliter transferatur *l. 2. ſi mortis* 29. *D. de mort. cauſ. donat.* miror eos qui volunt donationem cauſa mortis ab adulto ſine curatore factam valere, ne quidem hanc donationis ſpeciem excipere, abutentes perpetuo ea teſtamentorum & mortis cauſa donationum comparatione quaſi non minus permittenda ſit adulto alienatio quæ fit per donationem cauſa mortis, quàm quæ fit per vniuerſalem heredis
9 inſtitutionem: Cùm tamen inter has alienationes † manifeſta ſit illa differentia, quod quæ fit per inſtitutionem nullum effectum habet niſi adulto mortuo, ideóque fit ſolius legis poteſtate: quæ verò fit per donationem cauſa mortis interueniente traditione ex qua dominium ſtatim transferatur, ea effectum habet, & quidem plenum ab initio licet non irreuocabilem, ſed qui tamen fit irreuocabilis viuo etiam adulto eodémque donatore, tunc ſcilicet cùm adultus decedit non reuocata donatione quam in id vſque tempus reuocare potuerat ſi voluiſſet. At nemo neſcit interdictam eſſe adulto ſine curatoris autoritate alienationem quamlibet. Cur ergo permittetur ei donatio cauſa mortis per quam res eo adhuc viuo alienetur? Aut cur aliud iuris in donatione, quam is inter viuos feciſſet conſtitueremus? quam tamen nemo diceret poſſe valere factam ſine curatoris autoritate. Nam quod hæc donatio ſit irreuocabilis, illa non item, in quo diuerſitatis rationem magnam Fachineus ſupradicto loco conſtituit, ad cauſam alienationis & tranſlationis dominij non pertinet, Siquidem tam verè alienatur id cuius dominium transfertur reuocabiliter: Ob idque non magis permittitur coniugi dominium rei ſuæ transferre in coniugem ex tali donatione cauſa mortis quam ex donatione inter viuos *l. ſed interim* 11. *in princ. D. de don. int. vir. & vx.* Quinimò nec accedente curatoris autoritate permiſſum eſt adulto patrimonium ſuum per donationem diminuere, ne tùm quidem cum iuſta donandi & patrimonij diminuendi cauſa ſubeſt, niſi decreti quoque autoritas accedat vt in ſpecie *d. l. 1. §. ſed etſi non mortis D. de tute. & ration. diſt.* quia non in hoc dantur curatores, aut etiam curatores, vt donent, diminuant perdantque patrimonium pupilli vel adulti, ſed vt adminiſtrent *d. l. Lucius* 46. *§. vlt. l. tutor.* 22. *De admi. & peric. tutor. l. non omni* 16. *C. eo.* Quanto minus ergo idipſum ei licebit ſine curatore? Deniq. illud ſemper memoria tenendum eſt
10 quod ſæpius monuimus donationes † iſtas cauſa mortis quæ ita fiunt vt dominium ſtatim & viuo adhuc donatore transferatur nihil ſimile aut commune habere cum vltima voluntate, ſed propius accedere ad donationes inter viuos, ſiue earum initium inſpicias ſiue finem, qui facit vt viuo adhuc donatore fiant irreuocabiles, & degenerent in donationes inter viuos. Proinde non eſt quod interpretes à teſtamento ad hanc donationis ſpeciem argumententur: Quamquam nec ad illa quoque quæ ſic fiat vt dominij tranſlatio poſt adulti mortem conferatur: quia vt ſuo loco docuimus, etſi donationes ita factæ capiantur ad inſtar legatorum, non tamen fiunt ad inſtar legatorum, cùm fiant per traditionem, quæ in legatis nulla requiritur, & quæ tamen ſola facit vt non poſſit ea donatio fieri ſine curatoris autoritate, propter adnexam cauſam adminiſtrationis, quam prorſus nullam habet rerum ſuarum adultus, qui habet curatorem. Illud vnum fortaſſe quis obiecturus ſit, donationes cauſa mortis † inter coniuges 11
etiam ita factas vt dominium ex iis transferatur, valere, non quidem in eo vt dominiū transferri ſtatim poſſit, ſed vt ſaltem donatore in eadem voluntate mortuo res donata acquiratur donatario *dicta l. ſed interim §. 1.* Similiter igitur dicendum valere donationem factam cauſa mortis ab adulto etiam ea lege vt dominium ſtatim transferretur, hactenus nimirum vt mortuo ſaltem adulto fiat ea tranſlatio, quæ fieri non potuit illo viuo. Sed reſpondeo neque hanc bonam eſſe comparationem: quoniam inter coniuges ſola dominij tranſlatio non etiam traditio prohibita eſt, vt proinde nihil vetet valere donationem ſaltem poſt mortem donatoris, quoniam qui voluit dominium rei ſuæ ſtatim transferre, multo magis voluit tranſlatum illud intelligi poſt mortem ſuam. At in adulti perſona non tantùm dominij tranſlatio, ſed etiam traditio quælibet prohibita intelligitur, quia quoquomodo rem ſuam tradat ſiue eo animo vt dominium ſtatim transferat, ſiue vt poſſeſſionem duntaxat, patrimonium ſuum adminiſtrare intelligitur, cuius tamen ſine curatore adminiſtrandi nullum ius habet. Conſequenter cùm non tantùm donatio, ſed etiam traditio nulla ſit, quæ tamen valere debuerat viuo donatore, non magis fieri poteſt vt ex ea dominium transferatur poſt mortem adulti, quàm ſi traditio prorſus nulla præceſſiſſet, quo caſu probauimus in præcedentibus Decadib. ita ius futurum vt ex donatione cauſa mortis transferri dominium in donatarium nullomodo poſſet. Atque ob eam nimirum cauſam non diſtinguimus in hac quæſtione, vt in aliis pleriſque diſtinguimus, an donatio cauſa mortis ſic facta fuerit per traditionem vt dominium ſtatim transferretur an ita vt poſt adulti mortem tantùm. Sed eas † do- 12
nationes cauſa mortis quæ per traditionem factæ ſint ab aliis per ſtipulationem factis ſeparamus, & adultum qui habet curatorem ab eo qui non habet, quoniam donationem ab eo factam qui curatorem non habet, etiam per traditionem valere diceremus ſiue dominium transferre adultus ſtatim voluiſſet, ſiue dominij tranſlationem conferre poſt mortem ſuam, ſed ita tamen vt non niſi poſt mortem inciperet fieri tranſlatio: Non aliter quàm quomodo euenire diximus in donatione cauſa mortis inter coniuges facta, quia nulla lex aut ratio eſt, quæ faciat ne valeat traditio etiam donandi animo facta per adultum qui curatorem non habet, quamuis ipſa dominij tranſlatio nihilominus impediatur, quæ accedente quoque curatoris autoritate impediretur. Earum præſertim rerum quarum alienatio per ſenatuſconſultum interdicta eſt, de quo in *tit. D. de reb. eor. & in tit. C. de præd. minor.* Nam cæterarum rerum alienatio etiam per donationem libera eſt adulto curatorem non habenti ſaluo ei auxilio reſtitutionis *ſed tot. C. ſi aduerſ. donat.* non etiam habenti curatorem, quia neque is ſine curatore poſſet donare, neque curator ei autoritatem præſtare ad donandum etiam ex iuſta cauſa ſi non decreti quoque autoritas interueniret *d. l. 1. §. 2. D. de intel. & ration. diſtr.*

***

ERROR

ERROR X.

De muliere quæ ex lege municipali non poteſt contrahere abſque conſenſu duorum propinquorum an poſſit liberè donare cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Ius municipale in Italia & alibi frequenter receptum.*

2 *An mulier, quæ ex iure municipali non poteſt contrahere ſine conſenſu duorum propinquorum, poſſit liberè donare cauſa mortis.*

3 *Varia de propoſita quæſtione interpretum ſententia.*

4 *Fachinei opinio affirmans, & eius fulcra.*

5 *Autoris in oppoſitum diſputatio, qua probatur primùm mulierem ita contrahere prohibitam non poſſe donare cauſa mortis per ſtipulationem abſque propinquorum conſenſu.*

6 *Neque per traditionem.*

7 *Fachinei lapſus.*

8 *Donationi cauſa mortis contractus nomen quomodo hodie conueniat. & num. 11.*

9 *Non tantum ex verbis ſtatuti, ſed etiam ſtatuentium voluntate colligi non licere mulieri donare cauſa mortis ſine propinquis.*

10 *Donatio inter viuos neque ex parte donatarij, neque ex parte donantis contractus conſeri poteſt.*

1 PLERIQVE † terrarum loci ſunt maximè in Italia, in quibus contra ius commune municipali lege cautum eſt, vt nullum contractum poſſit inire mulier abſque conſenſu duorum propinquorum. Inde Doctores noſtri præſertim Itali, qui toti ſunt in ſtatutis interpretandis, potiùs quàm in Romanis legibus bene interpretandis, captant occaſionem diſputandi, frequenſque apud eos diſputatio
2 iſta eſt, An † omiſſa huiuſmodi ſolennitate poſſit mulier donare cauſa mortis. Affirmant † multi poſt
3 Ludouicum Romanum & Iaſon *ad l. ſec. de leg. 1. Alciat. & Socin. ad l. ſecun. De verb. oblig.* Negant plures, immo cæteri ferè omnes, quos congerit Tiraqu. *De legib. connubial. gl. 5. n. 18. præcipuè Alex. & Rip. ad l. 2. de leg. 1. Idem Alex. & Aret. in d. l. 2. De verb. oblig.*
4 Priorem ſententiam licet minùs † receptam tuetur Fachineus *lib. 5. controuerſ. iur. cap. 60.* Moueturque potiſſimùm ex eo, quòd cùm ſtatutum hoc ſit contrarium iuri, quo mulieri non minùs quàm maſculo permittitur liberè contrahere abſque conſenſu propinquorum, non poteſt habere locum niſi in contractibus propriè ac ſtrictè ſumptis. Ergo, inquit, non in donatione cauſa mortis quæ verè ac propriè non eſt contractus, Siquidem omnes effectus ſortitur, quos habent vltimæ voluntates, neque iis ex quacumque parte abſimilis eſſe intelligitur vt Iuſtinianus loquitur in *l. vlt. C. de don. cauſ. mortis.* Nemo autem dubitat, quin mulieri pro arbitrio liceat non obſtante tali ſtatuto bonis ſuis teſtari aliterve diſponere in vltima voluntate etiam conſenſu & præſentia propinquorum non interueniente. Addit Fachineus, huiuſmodi ſtatutorum aliam rationem aſſignari non poſſe, quàm ne tam facilè mulier ſine propinquorum præſentia contrahēda lædatur, proptereà quod fragile ſit & infirmum huius ſexus conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum vt de minoribus ſcribit Vlp. in *l. 1. D. de minor.* Atqui ratio hæc non videtur poſſe accommodari ad mortis cauſ. donat. quæ ſcilicet ad nutum & voluntatem donantis quocumque tempore poſſunt reuocari, perinde ac teſtamenta, & aliæ quælibet vltimæ voluntates. Ceſſante igitur in iis ratione ſtatuti, ipſum quoque ſtatutum ceſſare neceſſe eſt, cuius quippe vim & poteſtatem ex ea ratione quæ ſtatuētes mouerit ſemper æſtimari oportet vulg. *l. adigere 6. §. quamuis D. de iur. patron. l. cùm pater 77. §. dulciſſimus De leg. 2.* Specioſæ † quidem 5
rationes ſunt, ſed non veræ. Longéque meliùs ſicut ſentiunt ij qui negant in propoſita ſpecie permittendas mulieri donationis cauſa mortis, niſi adhibita ea ſolennitate, quæ in alio contractu quolibet requireretur. Ita enim argumentantur, cùm dicunt donationes, cauſa mortis inſpecto eo tempore quo fiunt naturam habere contractuum magis quàm vltimarum voluntatum, ideóque contractibus magis quàm vltimis voluntatibus eſſe comparandas & adſcribendas. Omnes enim nobiſcum conſentiunt non aliter poſſe illas fieri quàm vel per traditionem vel per ſtipulationem niſi quod addunt *aut etiam per pactum nudum* quod poſtremum nos non admittimus. Vltimæ autem voluntates neque traditionem vllam exigunt, neque ſtipulationem, vt notiſſimum eſt, nec rurſus pactum nudum idque omnes fatentur. Inſpecto igitur eo tempore quo fit donatio cauſa mortis non poteſt vlla probabili ratione cenſeri iure vltimæ voluntatis, Idque tam apertum eſt in ea præſertim donatione quæ per ſtipulationem fiat, vt mirer Fachineum hanc ſaltem non adhibuiſſe diſtinctionem, an de illa donatione cauſa mortis loquamur quæ per ſtipulationem facta ſit, an de illa quæ per traditionem. Vſque adeò enim donationem non tantùm cauſa mortis ſed etiam quod magis eſt inter viuos, quæ per ſtipulationem facta ſit, contractum eſſe verum eſt communi quoque interpretum omnium conſenſu, immo nihil aliud eſſe quàm ſtipulationem, vt neque teſtium quinque ſolennitatem requirant, ne tum quidem cùm non ſunt inſinuatæ quamuis legitimam ſummam excedant neque ſi in teſtamento facta ſit iuxta inueteratum illum errorem interpretum quo obtinuit vt in teſtamento etiā contractus fieri vtiliter poſſit, alio tamen quam cōtractus iure cenſeantur vt ex recepta interpretum ſententia tractat Didacus in *3. par. rubr. De teſtam. nu. 11. poſt Decium conſ. 196.* Ex quo etiam fit vt cùm dici ſoleat & verum ſit nullam ex donatione inter viuos naſci actionem ciuilem *l. interdictum 14. D. de precar. l. eam qui 14. §. is qui precario D. de furt.* tamen ex huiuſmodi ſtipulatione interpoſita donandi animo ſiue inte viuos ſiue cauſa mortis naſcatur ciuilis actio, non tanquam ex donatione ſed tanquam ex ſtipulatione, quemadmodum ſuo loco probauimus. Cùr ergo ex generalitate verborum ſtatuti prohibentis ne poſſit mulier contrahere abſque præſentia duorum propinquorum excipiemus ſtipulationem eo ſolo prætextu quod facta ſit per donationem cauſa mortis? An fortè aliqua ſtipulatio eſt quæ poſſit videri non eſſe contractus? Quod ſi donatio cauſa † mortis non per ſtipulationem fa- 6
cta ſit, ſed per traditionem quamquam hæc donationis ſpecies eſt, quæ minus videtur accedere ad contractum, neque verò contractus vllomodo dici poteſt, cùm inter viuos donatum fuit, quia nullum negotium inter donantem & donatarium geſtum eſſe intelligitur *l. ſi prædia 58. D. de don. int. vir. & vxor. l. Ariſto 18. D. de donat.* tamen cùm mortis cauſa donatio facta eſt, nagare non poſſumus quin aliquod negotium geri intelligatur, non

non ex qua parte donator cogitat de exercéda in donatarium liberalitate (nam ex hoc latere omnes donationes ſunt ſimiles, quia ſunt æquè liberalitates) ſed qua parte cogitat de ſe ipſo, & vult aliquo caſu ad ſe reuerti donationem, vt eleganter Paulus noſter tractat in *l. Senatus* 35. §. *ergo qui mortis D. de mort. cauſ. donat.* Vnde euenire diximus cùm hac de re magis ex profeſſo diſputauimus vt ex donatione cauſa mortis naſcatur ciuilis actio, non quidem pro donatario cùm per traditionem facta eſt non per ſtipulationem, ſed pro donatore ſi fortè contingat caſus quo ad eum debeat reuerti res donata ſiue ex pœnitentia ſiue ex conualeſcentia ſiue ex qua alia cauſa provt feret lex ab initio donationi dicta *l. qui mortis* 30. *iunct. l. præced. & l. ſi alienam* 13. §. 1. *eo. tit.* Etſi enim volunt noſtri donationem cauſa mortis non poſſe ita fieri vt nullo caſu reuocetur, de quo etiam tractauimus ad *l. vbi ita donatur* 27. *eo. tit.* fatentur tamen quod negare non poſſunt, & ad quod non aduertit Fachineus poſſe ſic eam fieri vt reuocari non poſſit pro arbitrio & ex ſola pœnitentia donatoris dummodo ſuperſit aliquis caſus vel vnus quo poſſit reuocari, puta ſi conuenerit vt donatore ex illo præſenti periculo in quo tempore donationis repetitur moriente, donata res omnino non reddatur vt poſt gloſ. & Doctores omnes ad *d. l. ſi alienam* 13. §. 1. concludit per illum textum *Didac. vbi ſupra num.* 23. *in fin.* Quo admiſſo quis non videt intereſſe quàm maximè vtrum hoc vel illo modo fiat donatio cauſa mortis per mulierem qua parte mulier ſe cogitat non donatarium, id eſt qua parte negotium gerere & cum donatario contrahere intelligitur: Cumque pro diuerſitate pactorum in donatione appoſitorum euenire neceſſe ſit vt vel facilius vel difficilius reuocetur donatio, & res donata ad mulierem quæ donauerat reuertatur nec alia ratione poſſit mulieri conſuli quæ procul dubio quatenus donat læditur, quàm prouidendo vt pluribus caſibus reuocabilis ſit donatio, ac ſi fieri poſſit, vt poteſt, quoties ita vult perſona quæ donat ex ſola donantis pœnitentia, potiùs quàm ex euentu, qui ſit poſitus in incerto: Siquidem tanto minùs læditur, quiſquis donat, quanto faciliùs ei eſt donationem reuocare. Nihil autem ei facilius eſſe poteſt quàm vt reuocare poſſit donationem quandocunque velit, quòd ipſum licet ei liberum futurum ſit, etiam nulla in eam rem facta conuentione, quia donationis cauſa mortis natura illa eſt, vt eam tacitam habeat conditionem *l. mortis cauſa* 15. *D. de manumiſſ.* fieri tamen poterit vt non ſit ei liberum, ſi fortè tam parum cauta fuerit, vt conuenerit expreſſim cum donatario, nec donatio reuocari vllo caſu poſſet niſi eo quo mulier ex illa infirmitate conualeſceret: Aut ſi malis, Niſi eo quo donatarius ante mulierem donatricem moreretur. Quis verò non fateatur faciliùs perſuaſam iri mulierem à donatario vt ita donet ſi permittatur ei donare cauſa mortis abſque conſenſu propinquorum quàm ſi conſenſus ille adhibeatur? Mulieris ergo intereſt & Reipublicæ quoque ne mulier tam facile decipiatur & lædatur, vt propinquorum conſenſus interueniat, quorum conſilio & prudentia fiat vt vel donatione omnino abſtineat mulier, vel ſi in eo pertinax erit, vt velit mortis cauſa donare ſaltem reuocandæ donationis poteſtatem in ſua retineat voluntate. Eaque res totam Fachinei ratiocinationem de-
7 ſtruit, non in eo ſolùm quod ſupponit † donationem quamlibet cauſa mortis perinde reuocari poſſe ad nutum & arbitrium donantis, atque teſtamentum ad nutum & arbitrium teſtatoris, ſed in illo etiam quod vult donationem cauſa mortis nulla ex parte abſimilem eſſe vltimæ voluntati, quod vtrumque falſum eſt. Nam quod Iuſtinianus iiſdem quidem verbis ſed non eodem ſenſu ſcribit in *d. l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* ſic omnino accipi debet, vt reſpectu donatarij conſequentis effectum donationis comparanda ſit donatio vltimæ voluntati, quoniam eo reſpectu non poteſt donatio cauſa mortis videri contractus, cùm nullum negotium ex ea parte geratur inter donantem & donatarium, vt diximus. At non etiam vt reſpectu donantis mulieris idem dici debeat, quoniam qua parte illa de ſe cogitat reuera negotium aliquod gerit & eo reſpectu donatio cauſa mortis verè contractus eſt, nec habet quicquam ſimile cum vltima voluntate, in qua nunquam videas euenire vt teſtatori actio vlla danda ſit contra heredem ſuum, vel contra legatarium, aut alium quemlibet, qui aliquid conſequatur ex vltima ipſius voluntate. Atqui cùm diſputamus an in donatione cauſa mortis facta per mulierem adhibendi ſint propinqui, non ad illam donationis partem reſpicimus quæ donatarij commodum ſed ad eam quæ mulieris vtilitatem reſpicit, vt ſcilicet mulieri ipſi, non vt donatario conſulamus. Ergo decidenda hæc quæſtio eſt, non ex qua parte donatio cauſa mortis omnimodo ſimilis eſt vltimæ voluntati, ſed ex qua omnino diſſimilis eſt, veréque contractus dici & poteſt & debet. Itaque non eſt quod nobis obiiciatur verba ſtatutorum propriè ac ſtrictè eſſe interpretanda. Sume namque ſtrictè & propriè quantum voles. Dico donationi † cauſa mortis etiam hodie poſt Conſtitutionem Iuſtiniani in *dict. leg. vltima* conuenire contractus non quidem ex parte donatarij ſed ex parte mulieris quæ donat & ita donat vt aliquo caſu rem donatam ad ſe reuerti velit. Sed etſi proprietas † verborum ſtatuti contra nos faceret, quod negauimus, fatendum tamen eſſet ſtatuentium voluntatem probabilem attendendam fore, potiùs quàm nudum corticem verborum, vt non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpiciamus, quo modo in ſtipulationibus quoque obſeruatur, quamuis ita ſtrictè accipiantur, vt in iis quicquid expreſſe dictum non eſt, pro omiſſo ſit habendum *l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *de reg. iur. iunct. l. quicquid* 99. *De verb. obl.* Porrò negari non poteſt quin eorum qui ſtatutum de quo agimus condiderunt, ea mens fuerit, vt mulieribus conſulerent, ne tam facilè periclitarentur ſi liberam bonorum ſuorum adminiſtrationem haberent. Quis verò magis periclitatur, aut quis peius res ſuas adminiſtrat, quam qui donat, cùm hoc ipſo profundere ac perdere dicatur *l. filiusfamilias* 7. *D. de don.* Quid igitur abſurdius, quàm vt dicamus prohibendam mulierem ex huiuſmodi ſtatuto, ne rem ſuam vel minimam magno etiam pretio vendere poſſit aut fundum locare quantumuis ampla mercede niſi interuenientibus propinquis, res verò ſuas donare poſſe illum & perdere ſine propinquis? An non faciliùs ei permittendum eſſet vt venderet ſine propinquis quàm vt donaret? quomodo de filio familias liberam peculij adminiſtrationem habente ſcriptum eſt in *dict. l. filiusfamilias.* Deinde quæro an huic mulieri permittendum ſit vt donet inter viuos ſine conſenſu propinquorum? Vtique cōſequens eſt opinioni aduerſariorum noſtrorum, vt non ſit hoc ei permittendum, quia neque reuocari poteſt donatio inter viuos ex ſola pœnitentia donatoris, neque habet quicquam ſimile cum vltima voluntate: atque ita ceſſant in ea rationes quibus vtuntur illi, aut potiùs abutuntur, vt in donatione cauſa mortis, ſi in qualibet donatione, id eſt etiam quæ inter viuos facta ſit idem reſpondendum arbitrantur. Atqui donatio † inter viuos nullomodo contractus eſt, neque 10
ex parte donatarij neque ex parte donantis, in quo

poſtremo

poſtremò differt vt oſtendimus, à donatione cauſa
11 mortis, quæ † hoc plus habet quàm donatio inter viuos quod ex parte donantis & de reuocatione cogitantis verè contractus eſt & quidem innominatus. Ergo concludendum eſt; vel vſque adeò inutiliter & rigide verba huius ſtatuti eſſe interpretanda, vt donationem inter viuos non comprehendat, quod penitus abſurdum fuerit, vel ſi ad donationem inter viuos quæ nullo modo contractus eſt aptari poſſunt, multo magis aptanda eſſe ad donationem cauſa mortis quæ ſaltem ex vna parte contractus eſt. Et certè conuenit hæc interpretatio ſtatuentium voluntati quæ alia eſſe non potuit quàm ne liberam haberet mulier in vita ſua rerum ſuarum adminiſtrationem. Atqui traditio omnis rerum mulieris, præſertim quæ facta ſit animo transferendi ſiue ſtatim ſiue quandoque dominij pertinet ad cauſam adminiſtrationis, tum quoque cùm ſic facta donatio eſt mortis cauſa, vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donantis vt ſuperiore capite diſputabamus. Non eſt igitur mulieri permittendum vt donet per traditionem, non magis quàm per ſtipulationem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, niſi accedente conſenſu propinquorum vt ſolennitati ſtatutariæ votóque ſtatuentium ſatisfiat. Poſtremò quid ſi donatio cauſa mortis ſic fiat vt dominiũ ſtatim transferatur in donatariũ nec reuocationis caſus cõtingat, & ita reuocatio nulla fiat. Quid eſt obſecro in hac donatione cauſa mortis quod vltimæ voluntati ſimile videri poſſit, cùm adhuc viua muliere quæ donauit, non modò pleniſſimũ ſed etiam irreuocabilem effectum ſortiatur, vt ſuo etiã loco à nobis diſputatum & probatũ eſt. Quidni ergo in hac ſaltem ſpecie fatentur aduerſarij ſtatutum hoc ad mortis quoque cauſa donationes pertinere? Sed eſſet error leuior ſi diſtinctionem tantùm aliquam omiſiſſent. At error multo grauior ille eſt quod in quæſtione nullam admittente diſtinctionem reſponderunt indiſtinctè pro validitate donationum cauſa mortis, contra quas in hac ſpecie reſpondere debuerant indiſtinctè.

ANTONII FABRI I C.

Decas Quadrageſima ſeptima.

ERROR PRIMVS.

De donatione abſenti facta ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum in quacunque donatione præſentia donatarij requiritur.*

2 *Ne ſi fuerit abſens donatarius liberum ſit donatori donationem quaſi adhuc inperfectam & inualidam reuocare.*

3 *De neceſſitate præſentiæ donatarij autoris ſententia: & num 6.*

4 *Inter legatum & donationem conuenientia quadam & differentia.*

5 *Facilius eſt vt ignoranti actio quàm vt dominium acquiratur.*

6 *Pacti & pollicitationis differentia.*

1 CONSTANS † vox eſt pragmaticorum noſtrorum & interpretum iuris, Donatarij præſentiam requiri in quacunque donatione ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donnitum proponatur, ex *l. abſenti* 10. *D. de don. l. inter mortis* 38. *De mort. cauſ. donat. l. in omnib. rebus* 55. *D. de oblig. & act.* Adeò vt ne quidem eas donationes excipi placeat, quæ in eccleſiam ipſam, vel in quam aliam piam cauſam conferuntur. Iuxta opinionem communiter approbatam gloſſ. *in l. illud* 19. *C. de ſacr. eccl.* nec eas rurſum quæ in infantem *l. ſi quis in emancipatum* 26. *C. de donat.* vbi dicitur ſi quis emancipato minori donare quid velit, priuſquàm poſſit ille fari, aut rei quæ ſibi donatur habere adfectum, poſſe quidem vtiliter fieri donationem, ſed ita vt tranſigatur per eum ſeruum quem idoneum eſſe conſtiterit, id eſt qui vel ipſius infantis ſeruus ſit, vel publicus *l. 2. D. rem pup. ſalu. for.* vt per eum infanti acquiratur. Iidem tamen hoc ſic accipiunt, non vti ne poſſit valere donatio, ſi donatarius re integra quamuis donatore abſente donationem agnoſcat, ſed
† vt quandiu eam donatarius non agnouit, liberum 2
donatori ſit pœnitere, donationémque quaſi adhuc imperfectam & inualidam reuocare: Improbata ſententia Romani, qui conſil. 195. reſpondit ad conualidandam donationem hanc ſufficere donatarij acceptationem quandocunque ſecutam donationis vtcunque ab initio factæ. Quòd ſi vt plerunque fit notarius quiſpiam abſentis nomine donationem acceptauerit, conſentiunt omnes excepto nemine donationem valere, déque eo ſolo dubitant, vtrum ex ea ſtipulatione danda ſit actio directa an vtilis donatario etiam ſine ceſſione. De quo ſequenti capite dicemus.
Nunc videamus † an verum ſit quod illi volunt do- 3
natarij præſentiam neceſſariam eſſe. Ac ſanè fateor non inuitus neceſſariam olim fuiſſe, in vtraque ſpecie donationis ſiue inter viuos fieret, ſiue cauſa mortis, vt probant ſupradicti loci ſumpti omnes ex eo iure, quod ante Iuſtiniani tempora obtinebat, cum donatio non aliter tunc fieri poſſet, quàm ſi vel traditio vel ſtipulatio interueniret vt pleriſque ſuperiorum Decadum locis tractatum à nobis probatumque eſt. Traditionem enim certum eſt non poſſe fieri abſenti, nec rurſus contrahi ſtipulationem inter abſentes *l. 1. D. de verb. obligat.* Etſi inter ſtipulationem & traditionem hac parte differentia illa eſt, quòd traditio fieri poteſt per interpoſitam perſonam, & conſequenter donatio cùm ſit per traditionem *l. 4. D. de don.* at ſtipulatio non poteſt, quoniam alteri ſtipulari non poſſumus, poſſeſſionem verò adeóque per poſſeſſionem dominium acquirere poſſumus *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri. D. de verb. obligat. l. per procuratorem* 8. *C. de acq. poſſeſ.* At poſtquam placuit Iuſtiniano in *l. ſi quis argentum* 35. *§. ſed ſi quidem C. de don.* vt donatio inter viuos neque traditionem exigat, neque ſtipulationem, at neque pactum nudum, ſed qualicunque voluntatis teſtificatione

contenta ſit, ſuo loco probauimus, conſequens ſit vt
nihil iam prohibeat quominus donatio inter viuos
poſſit valere, quamuis in abſentem conferatur, dum-
modo conſtet ſerium donandi animum habuiſſe il-
lum qui dixit aut ſcripſit ſe donare. Qui animus tam
facilè certóque probari poteſt ex iis quæ geſta ſunt
abſente donatario, quàm ſi præſens ille fuiſſet. Præ-
ſertim verò ſi eam voluntatem ſuam donator publico
alicuius notarij ſcripto teſtatam voluerit, ſed ita ta-
men vt notarij ſtipulatio nulla interuenerit, eiuſque
opera ob id tantùm vti donator neceſſe habuerit, vt
rei geſtæ veritas in futurum conſtaret, quæ cauſa ple-
rumque eſt conficiendarum ſcripturarum *l.4. D. de
pign.l.4. D.de fid.inſtr.* Nihil enim aliud requirit Iu-
ſtinianus niſi vt donator dixerit ſe donare, quam in
rem neque præſentia neque acceptatio donatarij aut
alterius vllius pro donatario neceſſaria eſt. Pendet
enim id ex ſola voluntate donantis, de qua tamen le-
gitimè conſtet. Nec proinde iam dici poteſt de dona-
tione quod Iauolenus ſcribit in *d.l.in omnibus.* Non
aliter valere donationem quàm ſi animus vtriuſque
conſentiat & concurrat affectus ex vtraque parte, do-
nantis ſcilicet ac donatarij. Tunc enim id verè dice-
batur cum donatio non niſi inter duos fieri poterat,
aut ſaltem cùm inter duos præſentes fiebat: Quomo-
do etiam hodie ſi ego pecuniam quaſi donaturus tibi
dedero, tu quaſi mutuam accipias, verum eſt nec do-
nationem eſſe, nec mutuum, adeóque nec accipien-
tis nummos fieri, cùm alia mente acceperis quàm qua
tibi dedi *l.ſi ego 18. D. de reb.credit.* quia nihil agitur
quoties eorum omnium inter quos negotium aliquod
geritur affectus non concurrit. Sed cùm hodie dona-
tio fieri poſſit ex ſola voluntate donatoris, non eſt ne-
ceſſe vt concurrat affectus donatarij, ſed ſufficit vt nó
repugnet. Non repugnat autē quoties abſēti quis do-
nat & ignoranti: Planè ſi donatarius ſciens collatā in
ſe donationem reſpuere illā maluerit, quàm agnoſce-
re, tunc demum fateor inutilem fore donationem
propter defectum voluntatis in donatario, cui facilius
eſt vt acquiratur actio ignoranti, quàm vt inuito. Re-
manet ſiquidem incorrecta vetus illa iuris regula,
quæ negat liberalitatem nolenti acquiri poſſe *l. hoc
iure 19.§.non poteſt D. de donat.* & inuito beneficium
dari *l.inuito 69.l.inuitus 156.in fin.De regul.iur.* Nam
& ſimiliter dicimus actiones quæ pro legatis & fidei-
commiſſis ſingularibus competunt, ignorantibus qui-
dem acquiri, ſed non inuitis *l.filius familias 16.§.1. D.
qui teſt.facer.poſſ.l.cùm pater 77.§.ſurdo De legat.2.l.
ei qui 13.ff.de cond.inſtit.l.legatarius 38.in pr. De leg.1.*
4 Quidni enim bona ſit æquiparatio † legati & dona-
tionis, cùm legatum quoque ſit donatio *l.legatum eſt
donatio 36.De legat.2.* & vtrique commune illud ſit
quod ei cui acquiritur damno eſſe nunquam poteſt *l.ſi
hereditatem.32.D. mandat.* Quamquam illa etiam ho-
die differentia manet inter legatum & donationem,
quòd non tantùm legati actio ignoranti acquiritur,
ſed etiam dominium rei legatæ, licet non irreuocabi-
liter, quia tametſi acquiratur purè, non ſub illa con-
ditione ſi legatarius voluerit, acquiritur tamen ita de-
mum: Niſi legatarius noluerit, quod longè diuerſum
eſt *lege fideicommiſſa.11.§.ſic fideicommiſſum & ſeqq. de
legat.3.* At dominium rei donatæ non acquiritur do-
natario ignoranti, ſed ſola actio condictitia ex conſti-
tutione Iuſtiniani in *d.§.ſed ſi quidem.* & à Iuſtiniano
ipſo ſic dicta in Nouell. 162. *ſacr.form. transmiſſ. cap.
1.de donat.§. & ſancimus in fin.* quoniam id vnum egit
Iuſtinianus, vt actionem daret donatario contra do-
natorem eiuſve heredem ad hoc vt rem donatam tra-
dere, eiúſque dominium in donatarium transfere co-
geretur, non etiam vt ignoranti donatario dominium
ſine traditione acquireretur. Nec tam facile fuit Iu-
ſtiniano hoc quàm illud facere, niſi totam iuris ra-
tionem peruertere voluiſſet, cùm facilius multo ſit vt
ignoranti † actio quàm vt dominium acquiratur. Vt 5
cernere eſt in legatis per damnationem, & in fideicō-
miſſis, quorum nomine licèt actio ignoranti legata-
rio & fideicommiſſario acquiratur, dominium tamen
ante traditionem legatario non acquiratur, fideicom-
miſſario autem ne quidem per traditionem. *l.tertia.
D.ſi vſusfr.pet.l.ſi quis.29. D.de vſufr.legat.* Cæterum
cùm † Iuſtiniani conſtitutio non niſi de donatione in- 6
ter viuos loquatur, nec hodie magis quàm olim poſ-
ſit donatio cauſa mortis aliter fieri quàm per traditio-
nem aut per ſtipulationem, relinquitur vt hodie ſe-
paranda in eo ſit donatio inter viuos à donatione
cauſa mortis, quod cum donatio cauſa mortis in ab-
ſentem conferri non poſſit, donatio tamē inter viuos
poteſt. Itaque quod noſtris placet donationem inter
viuos collatam in abſentem, nulla notarij ſtipulatio-
ne interueniente reuocari poſſe à donatore quando-
cunque ante acceptationem, euidenter falſum eſt, cùm
actio quam Iuſtinianus donatario competere voluit,
non ex donatarij, ſed ex ſolius donatoris facto & vo-
luntate proficiſcatur. Semel autem competens non
poſſit ſola eiuſdem donatoris voluntate auferri do-
natario ignoranti nedum inuito. *l.ſi ſeruum.91.§. nunc
videamus.D.de verb.obligat.l.vlt.D.de pact.* Certi enim
ſunt modi obligationum vt contrahendarum, ita &
vndecunque proficiſcantur diſſoluendarum. *l.obliga-
tionum ferè,44.§.1.ff. de oblig. & act.* inter quos nun-
quam eſt ſola voluntas eius qui eſt obligatus, quan-
doquidem in eius arbitrio eſſe non debet, vtrum de-
beat necne. *l.ſub hac conditione.8.eod.l.2.§.Scæuola, D.
de eo quod cert.loc.* Neque de hoc dubitaſſent inter-
pretes ſi nouæ conſtitutionis poteſtatem percepiſſent,
& obſeruaſſent Iuſtinianum ea conſtitutione non
magis requirere pactum nudum, quàm ſtipulationem
ad perficiendam donationem, ſed contentum eſſe ſola
pollicitatione, quemadmodum ſuo loco explicaui-
mus, exemplo eius quod à Theodoſio iam olim fue-
rat conſtitutum de pollicitatione dotis in *l. ad exa-
ctionem.6.Cod. de dot.promiſſ.* Sed putarunt interpre-
tes ſatis ſupérque faueri donationibus inter viuos, ſi
ius ita conſtituatur, vt poſſit hodie fieri donatio pa-
cto nudo, quæ olim non poterat fieri niſi per ſtipula-
tionem, nulla interueniente traditione. Indeque
ſumpſerunt occaſionem exiſtimandi nō minùs hodie
quàm olim neceſſariam eſſe donatarij præſentiam, aut
ſaltem acceptationem, vt donatio valeat irreuocabi-
liter, quia licèt pactum in hoc differat à ſtipulatione,
quod etiam inter abſentes fieri poteſt, vt & cætera
omnia quæ nudo conſenſu contrahuntur. *l.2. D. de
pact.l. qui autem.14.§.vlt. D. de conſt.pecun.* non prius
tamen, pactum † dici poteſt quàm duorum conſen- 7
ſus interuenerit, in quo differt à pollicitatione quæ
ſolius eſt offerentis promiſſio *l.3.D.de pollicit.* Et ego
quoq; cum ipſis ſentirem ſi viderem Iuſtinianeæ con-
ſtitutionis verba ad pactum nudum potiùs, quàm
ad pollicitationem pertinere. Sicut ergo in
hoc falluntur quod de pacto nudo ſom-
niant, ita & in iis omnibus falli eos
neceſſe eſt quæ ex tam fal-
ſa præſuppoſitione
colliguntur.

ERROR

ERROR II.

De actione vtili quam dant interpretes ex ſtipulatione donationis inter viuos per notarium facta abſentis nomine.

SVMMARIA.

1 *Notarius generali conſuetudine poteſt cuilibet etiam ſine mandato ſtipulari.*
2 *Vnde iſtiuſmodi conſuetudo manarit.*
3 *Quales cenſeantur notarij ex veterum gloſſatorum errore.*
4 *Ex notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita actionem eamque vtilem competere donatario & quidem ſine ceſſione, interpretum eſt placitum.*
5 *Donatione inter viuos redacta in notarij ſcripturam, directam actionem competere donatario ex Iuſtiniani conſtitutione aduerſus interpretes.*
6 *In huiuſmodi donationibus an interuenerit necne præſentia vel ſtipulatio notarij nihil intereſt.*
7 *Serui publici pro ignorante & citra mandatum ſtipulari non poterant.*
8 *Exceptio.*
9 *Seruus publicus ignoranti & inuito domino non acquirit.*
10 *A ſeruo publico ſtipulante pro infante non eſt bona ratiocinatio ad notarium ſtipulantem puberi ignoranti.*
11 *Singulari iure conſtitutum vt infantibus per ſeruos publicos acquiri poſſit, quò fit vt ad conſequentias non ſit facilè trahendum.*
12 *Licet bona eſſet ſerui publici & notarij, infantis & alterius extranei comparatio, non tamen permittendum eſſet vt notarij cuiuſlibet ſtipulatione cuilibet etiam ignoranti acquiratur actio.*
13 *Seruus publicus cui acquirat.*
14 *Seruo publico pro infante aut alio ſtipulante ineptè quæritur an actio quæ per talem ſtipulationem quæritur ſit vtilis an directa, & an competat ex, vel ſine ceſſione.*
15 *Inter ſeruos publicos & notarios differentia.*
16 *De propoſita ab initio controuerſia autoris ſententia.*

TESTANTVR plerique ex noſtris in-
terpretibus, tam veterib. quam recen-
tioribus, generali ferè totius terrarum
orbis conſuetudine, receptum eſſe, vt
1 † notarius publica autoritate conſti-
tutus ſtipulari poſſit cuilibet non tantùm interue-
niente mandato, ſed etiam citra mandatum. Cui con-
ſuetudini † vt & aliis permultis cauſam dedit error il-
2 le veterum gloſſatorum, quo putarunt notarios iis
ſeruis publicis, quorum pleriſque Pandectarum locis
mentio fit, eſſe comparandos, quaſi ſint ſerui publici
qui modica mercede ſuas operas omnibus ex ſcripto
contrahere volentibus locant. Vnde & alius ille er-
ror fluxit, quòd non tantùm † ignobiles, ſed quod
3 multò intolerabilius eſt infames huius conditionis
homines exiſtimantur, quaſi honoris capaces non
ſint, nec proinde dignitatum ij qui ſerui ſunt publici,
de quibus *in l. 1. §. exigere. D. de magiſtr. conuen. & in l. 2. D. rem pupill. ſaluam fore.* Quæ comparatio ſi recta
eſt, miror cur non illud æquè ſtultè inferant iidem
interpretes, Notarium caput nullum habere in ciui-
tate, vt nec habet ſeruus, ſiue publicus ille ſit, ſiue
priuatus, qui & ciuili & prætorio iure, & extra ordi-
nem pro nullo computatur. *l. nullo modo. ſeptima. D. ad leg. Corn. de fal. l. quod attinet. trigeſima ſecunda. De regul. iur.* Sed de quæſtione illa, Vtrum notarij itemque
procuratores infames ſint, aut ignobiles, (nam de
procuratoribus quoque eodem errore idem tradunt
quod de notariis) alio loco videbimus. Nunc admit-
tamus bonam eſſe comparationem notariorum & ſer-
uorum publicorum, vt perinde poſſit hodie acquiri
actio ex notarij ſtipulatione etiam circa mandatum
interpoſita, atque olim ex ſtipulatione ſerui publici
acquirebatur. Hinc nimirum inferunt ex notarij † 4
ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita
actionem acquiri donatario, ſed vtilem, non dire-
ctam, verumtamen ſine ceſſione, dummodo eam ſti-
pulationem donatarius aliquando ratam habeat. Ita
vt etiam nulla dum ratihabitione ſecuta, in donatoris
tamen poteſtate & arbitrio non ſit donationem reuo-
care. Sic enim ex communi aliorum ſententia *Didac. Conar. in tertia parte rubric. de teſt. numero decimotertio. Ex dicta l. ſecunda. vbi Bart. iunct. l. quarta. D. rem pupill. ſaluam fore.* vbi ſcriptum eſt, ſeruum publicum ſi
pupilli nomine ſtipuletur, rem ipſius ſaluam fore non
ipſo iure acquirere pupillo actionem, ſed vtilem dun-
taxat ex ſtipulatu pupillo dandam eſſe: Quod vulgo
ſic intelligitur vt detur illa ſine ceſſione, vt & ea de
quâ in *l. prima. in fi. C. de magiſtr. conuent. & in l. ſecunda. D. quand. ex fact. tutor.* At nos defendimus, quod
conſequens eſt iis quæ proximo capite diſputauimus,
Donatione † inter viuos redacta in ſcripturam nota- 5
rij, vt de illa quin facta ſit dubitari non poſſit, etiamſi
neque ceſſio neque ſtipulatio interuenerit competere
donatario directam actionem, non quidem ex ſtipu-
latione notarij, nec ſi aliqua interpoſita ſit, multò
minùs ſi nulla, ſed ex Iuſtiniani conſtitutione in *dict. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem C. de donat.* Soli
enim Iuſtinianeæ legi hanc vim damus vt actionem
talem poſſit producere, quæ condictitia, vel quod idem
eſt, condictio ex lege appellatur in *d. §. ſed ſi quidem & Nouell. 162. cap. 1. §. & ſancimus.* non etiam ſtipu-
lationi notarij, quæ † an interuenerit necne nihil 6
prorſus intereſſe arbitramur. Vt nec valde curamus
an adhibitus ſit notarius, an non, niſi vt tanto minùs
dubitari poſſit, quin animum donationis etiam in ab-
ſentem conferendæ habuerit is qui coram notario ac
teſtibus voluntatem ſuam teſtari voluit. Si enim po-
neres de eadem ſeria donandi voluntate conſtare per
teſtes, aut aliter citra notarij ſcripturam, æquè dice-
rem actionem condictitiam directamque donatario
contra donatorem dari oportere. Nam quid egemus
ſtipulatione notarij pro donatario, cùm ipſius dona-
tarij ſtipulatione non indigemus? Quid rurſum præ-
ſentia notarij ad expediendum id quod neque dona-
tarij præſentiam requirit, neque aliud quicquam præ-
ter donatoris voluntatem? Quòd ſi notarij ſtipulatio
eſſet omnino neceſſaria ad acquirendam ignoranti
donatario actionem, vt noſtri volunt, in eoque ſequē-
dum eſſet exemplum ſtipulationis per ſeruum publi-
cum interpoſitæ, dicendum eſſet omnino contra quàm
placeat interpretibus non permitti notario quicquā
ſtipulari pro donatario aliòve ignorante: tantùm
abeſt vt ei permittatur actionem ignoranti etiam
vtilem quærere, præſertim verò ſine ceſſione. Quia
nec vſpiam reperias permiſſum olim fuiſſe huiuſmo-
di ſeruis publicis vt pro vllo ignorante † ſtipularen- 7
tur & citra mandatum ſi excipias eum caſum quo in-
terponenda ſit ſtipulatio † pro infante qui non magis 8
mandare poſſit, quàm loqui. Quo caſu fauor ſanè in-
fantis, cui alio remedio conſuli non poteſt, hoc ius
extorſit interponendæ per ſeruum publicum infantis
nomine ſtipulationis, ſed tamen cum hoc tempera-
mento,

mento, vt prætoris alteriúſve magiſtratus ad quem
pupillorum cura pertineat, mandatum in eam rem
interuenire neceſſe ſit, neque tamen eius mandati
autoritas etiam coniuncta cum fauore infantis poſſit
facere vt alia quàm vtilis actio infanti acquiratur *d.
l.2.& 4. D. rem pupilli ſal.for.d.l.1.§. exigere. ff. de ma-
giſt.conue.* Alterius igitur quàm infantis nomine non
poſſet ſeruus publicus alteri ſtipulari ſine mandato
priuatæ illius perſonæ cui ſtipulari vellet (prætor
verò cur ſe interponeret ad mandandum pro eo qui
ipſa vel ſtipulari vel ſaltem mandare poſſet?) & ſi
abſque mandato ſtipularetur, proculdubio non ma-
gis vtilem quàm directam actionem ei acquireret,
cùm ſeruus is publicus nullius priuati ſeruus ſit, quo-
modo nec cæteræ res quæ ciuitatis & reipublicæ ſunt,
dici poſſunt res ſingulorum *l.1.D.de rer.diuiſ.leg.ſicut
7.§.1.ff.quod cuiuſque vniuerſ. nomi.* Vt proinde non
9 poſſit de eo dici quòd acquirat † ignoranti domino
& inuito quomodo dici ſolet de ſeruis priuatorum
domino ſtipulantibus *l.ſeruus vetante 62.de verb.oblig.
l.etiam 32.ff.de acquir. rer. domin.* Non poteſt igitur
10 bona eſſe ratiocinatio à ſeruo publico † ſtipulante in-
fantis nomine Rem pupilli ſaluam fore mandante
prætore ex cuius autoritate ac iuriſdictione ſtipulatio
illa tanquam prætoria interponitur, ad notarium pu-
blicum ſtipulantem puberi, ignoranti, nullo mandan-
te magiſtratu, & de ea re quæ non prætoriam ſed con-
uentionalem ſtipulationem faciat, qualis ea ſtipulatio
eſt quæ pro donatione interponitur. Nec enim ad
prætoris curam pertinent donationes. Eſſe verò ius
11 hoc valde ſingulare † quod pro infantibus conſtitutũ
eſt, vt iis per ſeruos etiam publicos acquiri poſſit, nec
facilè trahendum ad conſequentias, vt ad alias quo-
que perſonas quaſlibet porrigatur, intelligi non obcu-
rè poteſt ex *d.l.ſi quis in emancipatum 26.C. de don.* in
illis verbis *Quod ius per eum ſeruum quem idoneum eſſe
conſtiterit tranſigi placuit vt per eum infanti acquira-
tur.* Nam tametſi ea verba velis intelligere non tan-
tùm de eo ſeruo qui ſit proprius infantis, ſed etiam de
ſeruo publico, præ ſe ferunt tamen id receptum eſſe
contra iuris rationem & fauore infantis, pro quo alia
etiã multa ſingulari iure ſunt cõſtituta *l.ſi infanti 18.
C.de iur.delib.l.1.ff.de bon.poſſeſſ.furioſ.infant.* Sed neq;
infanti vſq; adeò hac parte fauetur, vt paſſim liceat
ſeruo publico acquirere illi actionem, at ita demum
ſi neque ſeruum vllum proprium infans habeat, neq;
vnde poſſit tutor ei comparare. Omnia enim illa ten-
tanda ſunt priùs quàm iuris ratio tam apertè viole-
tur, vt infanti per ſeruum qui alienus ſit hoc ipſo
quod publicus eſt, actio acquiratur. Igitur etſi admitte-
12 temus † bonam eſſe infantis & alterius extranei cu-
iuſlibet, itémque notariorum noſtri temporis, & ſer-
uorum publicorum comparationem, non ideo tamen
permittendum eſſet, quod tam facilè interpretes per-
mittunt vt notarij cuiuſlibet ſtipulatione cuilibet etiã
ignoranti actio acquiratur, illúdque primum eſſet
requirendum vt conſtaret, abſentem illum neque per
ſe neque per interpoſitam perſonam aut donationem
accipere, aut aliter contrahere potuiſſe. Quod ipſum
tamen vt contingat & probetur difficile eſt, cùm ſi
quando ex cauſa aliqua impeditur quis ne per ſe aut
per interpoſitam perſonam contrahat, impedimentũ
illud ſit dicendum ex difficultate magis, quàm ex na-
turæ impoſſibilitate proueniens, cuius ratio haberi
in iure non ſolet, ne alioqui tota iuris ratio ex hu-
iuſmodi difficultatibus quibus plena ſunt omnia ho-
minum negotia, confundatur, perturbetur. *l. conti-
nuus 137.§.illud ff.de verbor. obligat.* At ne infans
poſſit ipſe aut per ſe aut per interpoſitam perſonam
ſtipulari, aut aliter contrahere natura ipſa impedi-
mento eſt, quæ nec eum loqui poſſe permittit. Non
igitur quæ ratio ſuccurrendi infanti fuit, eadem in
aliis perſonis locum habere poteſt. Rurſum inter no-
tarium & ſeruum publicum euidens hac parte diffe-
rentia illa eſt, quòd ſeruus publicus † cũ ſit & ſeruus, 13
& eius vniuerſitatis ſeruus, ex qua pupillus eſt, ex
earum perſonarum numero eſt per quas alij poteſt
acquiri, ſaltem vniuerſitati & quidem ipſo ac ſummo
iure *l.1.§.vltim.& l.2.ff.de acquirend.poſſeſſ.* & quæ ta-
men nihil ſibi poſſunt acquirere. Seruus enim pu-
blicus perinde incapax eſt acquirendi ſibi, atque ſi
eſſet ſeruus priuati. Proinde illo caſu quo permit-
titur ſeruo † publico vt ſtipuletur ſiue pro infante, 14
ſiue pro alio, ſi quis eſt pro quo ſtipulari poſſit, lo-
cus fieri quæſtioni non poteſt an actio illa quæ per
talem ſtipulationem quæritur ſit directa, an vtilis,
nec rurſum an competat ſine ceſſione, an verò ceſ-
ſionem interuenire oporteat. Quis enim tam ſtupidus
eſſet qui putaret fieri poſſe vt per ſeruum qui proprius
non eſſet, actio aliqua directa non domino acquire-
retur? An non ſatis ſuperque fauetur infanti in hoc
quod permittitur vt ei actio vtilis ex ſerui publici ſti-
pulatione acquiri poſſit? Quis rurſum poſſit hic tra-
ctare de ceſſione actionis, id eſt an ſeruus publicus
qui infanti ſtipulatus fuit credere & præſtare actio-
nem aliquam debeat cùm nulla ei acquiſita ſit neque
acquiri potuerit? At in notariis † noſtri temporis om- 15
nia ſunt diuerſa. Sint enim illi & ignobiles & infames,
quantum volent interpretes: numquam tamen ne-
gabitur eſſe illos homines liberos, & conſequenter
acquiſitionis capaces. Sicut ergo res tanto magis fa-
cit, vt non poſſint illi cuiquam ſtipulari, quoniam iu-
ris regula repugnat, ne per ſtipulationem hominis li-
beri, niſi qui bona fide pro ſeruo poſſideatur, acquiri
quicquam poſſit. Ita & facere debet, vt iis tanquam
ſtipulantib. acquiratur directa actio, ac proinde vt
quæri poſſit vtrum cedere debeant cùm habere poſ-
ſint quòd poſſint cedere. Nec ceſſionis faciendæ ne-
ceſſitatem excludere illud deberet quod ſtipulentur
alieno nomine. Nam præter id quod ſine mandato ſti-
pulantur, conſtat etiam procuratorem qui alieno
mandato & tanquam procurator ſtipulatus eſt non eo
minùs cogendum iudicio mandati vt ea actione ce-
dat, quam ſibi quæſiuerat per ſtipulationem *l.poſſeſſio
49.in fi.ff.de acquir.poſſ.iunct.l.in cauſa 27.§. vlt.cum l.
ſeque.ff.de procur.* Cur non ergo etiam cedere cogetur
notarius, qui & liber homo eſt, & ſtipulatus fuit ſine
mandato? Cur ab eo caſu in quo eſt quod cedi poſſit,
inferre volumus ad hunc in quo eſt quod cedi & poſ-
ſit, & debeat, vt perinde vtroque caſu negemus ceſ-
ſionem vllam actionis fieri oportere? Ita concludi-
mus, † magis nos fauere donatario inter viuos abſen- 16
ti & ignoranti, cui damus actionem directam non qui-
dem ex ſtipulatione notarij ſed ex lege Iuſtiniani,
quàm faueant interpretes, qui non dant ei niſi vti-
lem ex ea notarij ſtipulatione: Minùs tamen quàm
interpretes in eo, quod non patimur vt ex ſtipulatio-
ne liberi hominis, quem non habet in poteſtate, ac-
quirat ſibi actionem aliquam, nec magis vtilem
quàm directam præſertim ignorans, id eſt & ſine mã-
dato, & ſine ceſſione, quantumuis poſtea ratam ha-
beat ſtipulationem. Vnde fit vt cùm ſupradictam Iu-
ſtiniani legem de donationibus citra ſtipulationem
ac traditionem conficiendis non putemus ad mortis
cauſa donationes pertinere, nullam prorſus actionem
neque per ceſſionem neque ſine ceſſione donatario
cauſa mortis pro quo abſente & ignorante notarius
ſtipulatus fuerit, aut competere, aut dandam eſſe ar-
bitremur, nec ſi donatarij acceptatio & ratihabitio
re integra ſequatur, niſi eodem ratihabitionis tem-
pore concurrat voluntas noua donatoris & quia nun-
quam poterimus euincere vt plus poſſit hac in re
iuris

Digitized by Google

iuris ratio, quàm erronea illa conſuetudo, quæ induxit vt notarius etiam citra mandatum ignoranti ſtipulari poſſit, quemadmodum inuiti hoc eis concedimus vt valeat talis ſtipulatio. Ita viciſſim hoc nobis concedi volumus vt ex tali ſtipulatione non actio vtilis acquiratur donatario cauſa mortis ſine ceſſione, ſed directa ſoli notario, quam ipſe poſtmodum præſtare, eáque cedere debeat donatario cui fuit ſtipulatus, non actione mandati vt in *d.l. poſſeſſio 49. in fin. De acquir. poſſ.* ſed actione negotiorum geſtorum quæ ſolet competere cùm deficit actio mandati *l. mandaſti 46. ff. de negot. geſt. l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat.* Nam quod in perſona procuratoris contrà ſcriptum videtur in *l. in cauſa 27. §. vltim.* directam actionem quæ procuratori ex propria ſtipulatione competit penitus tollendam eſſe, ſolámque vtilem domino dandam, quem ſenſum aut quam rationem habeat, & Triboniano potiùs quàm Vlpiano, cuius ea lex eſt, adſcribi oportere, alibi docuimus.

ERROR III.

De donatione in abſentem ac ignorantem collata ſtipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata.

SVMMARIA.

1 *Vtrum donator poſſit ante abſentis donatarij ratihabitionem donationem* pro arbitrio reuocare.
2 *Varia interpretum de propoſita quæſtione ſententia.*
3 *De quæſtione propoſita autoris ſententia, qua docet aliud eſſe ius in donationibus inter viuos, aliud in donat. cauſa mortis.*
4 *Suppoſito interpretum errore, probabilius eſt valere reuocationem ante ratihabitionem donatarij.*
5 *Interpretes notarium alieno nomine ſtipulantem ſine mandato malè conferunt cum procuratore.*
6 *Donatio facta per ſtipulationem inutilem eſt inutilis.*
7 *Notariorum vſus in Rep. quis eſſe deberet.*
8 *Didaci lapſus.*
9 *Conciliatio l. ſi procurator 13. D. de acqui. rer. dom. & l. res ex mand. D. eod.*

SVPPOSITO errore illo interpretum, quòd ex notarij ſtipulatione acquiratur donatario etiam ignoranti vtilis actio, & quidē ſine ceſſione, ſolet inter eos controuerti, Vtrum donatori † permittendum ſit, vt
1 ante abſentis donatarij ratihabitionem poſſit donationem reuocare. Nam illi ipſi qui volunt actionem illam vtilem vſque adeò acquiri abſenti, vt neque ſcientia neque ceſſio exigatur, fatentur tamen neceſſariam eſſe donatarij ratihabitionem, vt tractat Didac. Couarr. *d. part. 3. rubr. De teſta. num. 13. poſt Bald. in l. nec ei 17. §. ſatiſdatio quæſt. 6. de adop.* & alios quamplures ibi relatos. Per textum quem Didacus vt optimum laudat in *l. ſi ego 24. D. de neg. geſt.* vbi Paulus ſcribit, Si hac mente pecuniam dem procuratori vt ea creditoris mei fieret, proprietatem quidem per procuratorem non acquiri creditori, ſed poſſe tamen creditorem, etiam inuito me, ratum habendo pecuniam ſuam facere, quia, inquit, procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium geſſit, & ideò creditoris ratihabitione liberor. De illo itaque tantùm dubitant noſtri. An poſſit ea donatio ante abſentis ratihabitionem reuocari pro arbitrio donatoris
2 necne. Pleriſque † exiſtimantibus ſolam donationis reuocationem non poſſe impedire quin vtiliter ſequatur acceptatio, quæ fuit ſententia Philippi Cornei *conſil. 50. & conſil. 2. lib. 4. Ant. Rub. conſil. 117. n. 4. & Halianla rubr. De verb. obligat.* quam & veram & communem eſſe ait Carolus Molin. ad Decium in *l. contractus. num. 21. De fid. inſtrum.* Aliis contrà defendentibus ante ſecutam ratihabitionem donatarij poſſe donationem reuocari pro arbitrio donatoris, etiamſi ficta traditio interuenerit, quæ hodie paſſim ſolet interuenire per clauſulam conſtituti, quam vix notarius quiſquam niſi qui valde imperitus ſit prætermittit, cum hac tamen adiectione, Si modò non tantùm liberalitatem reuocauerit donator, verùm etiam eandem rem donatam alteri donauerit, & reuera tradiderit, Quod ſenſit Paulus Caſtrenſis *conſil. 295. colum. 3. & poſt eum Decius conſilio 598. col. 2. & conſil. ducenteſimo viceſimo ſexto & ad dictam legem contractus numero decimo ſexto. De regul. iur. Andr. Tiraquell. more ſuo innumeros congerens in tract. De conſtituto part. 3. limit. 30. numero octauo & quinquageſimo primo.* Nam ſi donator in ſolo reuocationis actu ſteterit, nec ad actum nouæ donationis alteriúſve alienationis peruenerit, fatetur Didacus ſupradicto loco receptiorem eſſe illorum ſententiam qui volunt ſtipulato notario abſentis nomine etiam ante ratihabitionem adeò quæri ius abſenti, vt nec donatio nec venditio reuocari poſſit ſola voluntate donatoris aut venditoris. Quod & idem Didacus defendit *libro primo variarum reſolutionum cap. decimo quarto numero vndecimo.* Mihi adhibenda † videtur ea diſtinctio quam ſuperiore capite adhibuimus. An loquamur de donatione inter viuos an de ea quæ facta ſit cauſa mortis. Nam ſi de donatione inter viuos ſiue notarius pro donatario ſtipulatus ſit ſiue non: dico teneri donatorem actione condictitia ex lege Iuſtiniani, nec poſſe actionem illam donatario ſemel quæſitam ei auferri facto & voluntate donatoris, neque magis ſi eandem rem iam donatā idem donator alij donauerit, & tradiderit quā ſi donationem ſimpliciter reuocauerit. Siquidem vt in præcedentibus diſputauimus nunquā permittēdum eſt ei qui ſemel fuit vtiliter obligatus, & contra quem cœpit actio competere, vt ſe ab ea obligatione & actione liberet inuito eo cui obligatus eſt. Illud certè non nego: Si donator hic rem à ſe iam abſenti donatam necdum traditam alij donauerit & tradiderit, potiores fore partes poſterioris donatarij in dominij quæſtione, ſicut & eadem re pluribus vendita præfertur in vindicatione is non cui priori fuit vendita, ſed cui priori tradita. *l. quoties. 15. C. de rei vindic. l. qui tibi. 6. C. de hered. vel action. vendit. l. ſiue autem. 9. §. ſi duobus. D. de publician. in rem action.* Sed aliud eſt dicere, Secundum donatarium præferendum eſſe priori in cauſa dominij: aliud verò priorem donationem reuocatam eſſe propter poſteriorem. Nihil enim vetat & priorem eſſe donatarium ſecundum quippe qui prior factus ſit dominus per traditionem à domino factam, & nihilominus priorem donationem ſubſiſtere hactenus vt ex ea ſit obligatus donator, ad rem ipſam quæ donata eſt, vel ſaltem ad eius æſtimationem præſtandam: Iuſtinianus enim hoc fecit in *dict. l. ſi quis argentum. 35. §. ſed ſiquidem. C. de donat.* vt quiſquis dixit ſe donare, licet neque tradiderit, neque ſtipulanti promiſerit, cogendus ſit vt tradat, non autem vt ex ſola cauſa donationis ſine traditione dominium transferatur. Quod ſi poneres priorem donatarium factum eſſe poſſeſſorem non per veram traditionem, ſed per factam, putà per clauſulam conſtituti, diceremus vtique præferendum priorem poſteriori etiam in dominij quæſtione, ſed ita demum ſi factus eſſet poſſeſſor ante traditionem poſteriori factam, quod tamen vix eſt vt ante ratihabitionem contingat vt ſequent capite

pite

pite dicemus. At ſi agamus de donatione cauſa mortis in abſentem collata, quamuis ſtipulante notario, dico non prohiberi donatorem quominùs pro arbitrio reuocet donationem, etiam nuda reuocatione, nec vlla in alterum ſecuta traditione, adeóque quod magis eſt, etiamſi donatarius qui ſtipulationis tempore abſens fuit, ratam habuerit notarij ſtipulationem ante reuocationem, ſi modò ratihabitionis tempore non interueniat, concurratque voluntas noua donatoris, vt proximo capite dicebamus, quia cùm ea donatio nullius omnino ſit momenti, ſi rationem iuris inſpicias, quæ nullam donationem valere patitur, niſi quæ per traditionem facta ſit, vel per ſtipulationem, nec magis quàm olim poſſit hodie ſubſiſtere ex Iuſtiniani conſtitutione in *d.l. ſi quis argentum. §. ſed ſi quidem.* quam toties iam negauimus ad mortis cauſa donationes pertinere, quid obſecro impedire poteſt, ne donator quod vni donauit inutiliter, idipſum vel reuocet ſimpliciter, vel etiam cùm hoc mauult alteri donet vtiliter? At ſupponamus errorem illum interpretum, qui huic quæſtioni locum facit, valere ſcilicet ſtipulationem à notario factam abſentis nomine, adeò vt ex ea poſſit acquiri actio ſaltem vtilis citra ceſſionem, ſecuta quandocunque ratihabitione, An dicemus poſſe reuocari donationẽ ante ratihabitionem, an verò poſſe ratihabitionem ſequi etiam inuito donatore, qui rebus omnibus adhuc integris donationem reuocauerit? Difficile ſanè eſt bene ad eam quæſtionem reſpondere, quæ tam
4 manifeſto errore nitatur. Sed tamen reſpondeo † probabiliorem videri mihi eorum ſententiam qui ſentiunt pro reuocatione contra ratihabitionem. Non ob id ſolùm quòd propius accedit ad veri iuris rationem, quæ donationes & ſtipulationes iſtas non admittit, ſed etiam quia cùm illi ipſi interpretes qui ex notarij ſtipulatione actionem vtilem acquiri volunt donatario etiam cauſa mortis citra ceſſionem, exigãt vt ſequatur ratihabitio, non poſſum videre quid iuris habeat iam quæſiti donatarius ante ratihabitionem propter quod prohibeatur is qui donauit eam donationem ſiue ſimpliciter, ſiue per aliam donationem reuocare: Aut quonam colore permittendum ſit donatario vt inuito donatore ratam habeat iam reuocatam donationem. Ratihabitionem enim certum eſt ſi neceſſaria ſit, nunquam niſi integris omnibus fieri poſſe, non eſſe autem integra omnia, ſi iam reuocata ſit donatio quam donatarius velit ratam habere. Fe-
5 fellit noſtros † quod ſcriptum eſt in *d. leg. ſi ego. 24. D. de negot. geſt.* dum procuratori comparant notarium alieno nomine ſtipulantem, quamuis ſine mandato: vt quemadmodum pecuniam mihi debitam & procuratori meo ſolutam poſſum meam facere habendo ratam ſolutionem inuito quoque debitore meo, id eſt, quamuis vellet ille ſolutionem à ſe factam reuocare, ac pecuniam quaſi quæ adhuc ſua maneret vindicare. Ita donatarius cuius abſentis nomine ſtipulatio per notarium interpoſita eſt, poſſit eamq; ſtipulationem ratam habere inuito etiam donatore. Eadem ratione quam Paulus vſurpat in *d. l. ſi ego* quòd ſicuti procurator meus accipiendo ſolutionem debitæ mihi pecuniæ meum duntaxat negotium geſſit, ita & ſolius donatarij negotium non ſuum geſſerit donatarius, qui pro abſente ſtipulatus eſt. At negandum eſt bonam eſſe comparationem: non ob id ſolùm quod procurator mandatum aliquod habeat, notarius verò nullum, ſed ob id etiam quod per interpoſitam perſonam ſolutionem accipere prohibitum non eſt, cùm nihil referat an mihi ſoluas quod mihi debes, an alij mea voluntate. *l. vero. 11. l. ſolutã. 49. D. de ſolut. l. mulier. 41. & ſeq. D. ad SC. Trebell.* At per liberam perſonam quæ noſtro iuri ſubiecta non ſit ſtipulari non poſſumus, quia obligationes omnes ad hoc comparatæ ſunt, vt ſibi vnuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, vt autem alij acquiram non intereſt mea, ſicut nec notarij vt donatario acquiratur *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. D. de verb. obli.* Deinde ſolutio non fit ad obligandũ ſoluentem, ſed ad liberandum, & ad agnoſcendam præſtandámque bonam fidem: in quo negotij genere nulla ratio eſt vt ei qui fecit quod iure naturali & gentium & ciuili facere debuit, locus vllus pœnitentiæ relinquatur: Et quemadmodum ſola naturalis obligatio ſufficit ad impediendam condictionem ſoluti, cùm per ſolutionem dominium tranſlatum fuit. *l. natu. 10. D. de obl. & actio. l. fideiu. 16. §. natur. D. de ſol.* ita & ſufficere debet ad impediendã vindicationem illo caſu quo pecuniæ ſolutæ dominium remanſerit penes ſoluentem. Eadem namque ratio eſt impediendæ repetitionis, repetitio autẽ fit æquè per vindicationẽ, atq; per condictionẽ. *l. interdũ. 29. D. de condict. indeb.* Stipulatio autem præſertim quæ ex donationis cauſa interponitur, non fit ad liberandam fidem, ſed ad obligandum donatorem, qui porro non poteſt videri obligatus ſaltem vtiliter & efficaciter, quandiu donatarius ratam non habuit interpoſitam à notario ſtipulationem. Non igitur prohibendus eſt donator idémque promiſſor quominùs reuocet promiſſionem, ſi eum pœniteat liberalitatis, antequàm cœperit eſſe obligatus, multóque facilius eſt vt ſolutionem procuratori ſuo factam poſſit ratam habere creditor etiam inuito debitore, quàm vt donatarius poſſit ratam habere interpoſitam à notario ſtipulationem inuito etiam creditore. Niſi forè ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem reſpicere volumus, quæ induxit vt quiſquis ſemel dixit ſe donare, licèt neque ad traditionem, neque ad ſtipulationem proceſſerit, cogendus tamen ſit actione illa condictitia implere quod promiſit. Quanto enim magis cogendus eſt is qui non contentus dixiſſe etiam promiſit per ſtipulationem quamuis inutilem? Conſtat enim plus eſſe promiſſum quàm dictum. *l. ſi iendũ. 19. §. dictum. D. de ædilit. edict.* Verùm non ita eſt. Qui enim donandi animo promittit ſtipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut ſe obligatum eſſe, quàm ſi valeat ſtipulatio. Ideoque ſi qua ratione ſit inutilis, † donationem quoque inutilem eſſe neceſſe eſt, vt ne quidem in vim pacti defendatur ſtipulatio: Siquidem certum eſt inutilem ſtipulationem pactum in ſe vtile non habere *l. 1. §. cũ qui inutiliter. D. de conſt. pecu. l. 1. §. ſi quis ita. D. de verb. obli.* Eſtque in ea re proprium ius acceptilationis, vt quamuis fiat per ſtipulationem, ſi tamen inutiliter facta ſit, contineat vtile pactum de non petendo. *l. an inutilis. 8. D. de acceptil.* fauore nimirum liberationis ad quam ſemper debemus eſſe propenſiores *l. Arrianus. 41. D. de obl. & actio.* vt bene Cuiacius docuit ad *d. §. ſi quis ita.* Neque ſanè dici poteſt Iuſtiniani propoſitũ illud fuiſſe vt quicquã noui conſtitueret in fauorem earum donationum quæ factæ eſſent per traditionem vel per ſtipulationem, ſed tantùm vt eas adiuuaret quæ nec traditionis nec ſtipulationis adminiculo niterentur, quas iuris veteris ratio ad agendum valere non patiebatur, neque ſi per nudum pactum factæ eſſent, multò minus ſi per nudam pollicitationẽ. Nec rurſum acceptilatio inutilis ſemper vim habet vtilis pacti. Quid enim ſi is qui per ſtipulationem inutilem accepto tulit, ſciebat inutilem fore ſtipulationẽ, ob idq; facilis fuerit ad promittendum quòd ſciebat nihil ſe agere: Nihil actum videbitur, quia nihil agere promiſſor voluit. *d. l. an inutilis.* Eodem igitur modo, ſi tanquam tibi donaturus promiſerim centum notario pro te ſtipulanti, & ideo promiſerim, quia ſciebam non poſſe non inutilem eſſe ſtipulationem quam pro te interponeret: liber homo, præſertim quia manda-

6 tum

tum à te nullum haberet, nulla cauſa eſt cur ex Iuſtiniani conſtitutione perinde vrgeri debeam ad implendam donationem, acſi promiſiſſem tibi citra ſtipulationem, quia non poſſum videri habere animum donandi, qui non niſi eo modo quem inutilem fore ſciebam donare volui. At quoniam non eſſet hodie audiendus donator qui hoc diceret poſt quam ea tantopere inualuit conſuetudo vt notario cuilibet liceat cuiuſlibet etiam ignorantis nomine ſtipulari, admittamus non deeſſe animum donandi in eo qui patitur notarium pro alio ſtipulationē interponere, an non admittamus quod numquam patietur iuriſprudentia, valere ſtipulationem. Illa ſemper ratio faciet inutilem donationem, quod cùm facta ſit per ſtipulationem adeóque non tam donatio quàm ſtipulatio ſit *l. cùm enim. 6. D. de nouat.* fieri non poteſt vt valeat ſtipulatione inutili exiſtente, ne alioqui fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur, ſi donatio, quam non niſi per ſtipulationem facere donator voluit, defendatur etiam ſine ſtipulatione. Quod ſi ad hunc quoq. caſum conſtitutionem Iuſtiniani porrigere quis vellet, ac donatorem qui per inutilem ſtipulationem donaſſet obligare vt rem donatam tradere cogeretur, fieret ſanè conſequens vt non eſſet permittendum donatori ab ea voluntate reſilire. Id enim eſt quod Iuſtinianus conſtituit, atque ita falſum eſſet non ſolùm quod volumus poſſe donatorem pœnitere, præſertim ante ratihabitionem, indiſtinctè, ſed etiam quod interpres, poſſet pœnitere eo demum caſu, quod eandem rem vni ſic donatam alij donauerit & tradiderit. Relinqueretur autem vera prima illa opinio, quam nos omnium falſiſſimam eſſe arbitramur, quæ indiſtinctè vult ratam haberi quandocunque poſſe huiuſmodi ſtipulationem, etiam poſt reuocationem. An ergo notariorum vſum tantopere neceſſarium
7 tollere volumus à Republica? Minimè verò. Sed vt † & publicæ vtilitati conſuleretur, & iuris rationi ſatisfieret, vellem adhiberi notarios ad ſcripturas dũtaxat de aliis ſtipulationibus conficiendas, vt rei geſtæ veritas in futurum tempus conſtare poſſet, quomodo ſcriptum eſt in *leg. 4. D. de probat. leg. 4. De fid. inſtrum.* Non vt illi ipſi pro aliis præſertim abſentibus & citra mandatum ſtipularentur: quæ res licet multum vtilis exiſtimetur, multarum tamen litium materiam præbet, quibus via præcluderetur, ſi certiſſimam iuris rationem, vt par eſſet, pro inuiolabili lege ſequeremur. Certè ſi poneres donatarium præſentem fuiſſe, quamuis tacentem, minus eſſet dubitandum valere donationem etiam citra notarij ſtipulationem, vt ſupradicto loco concludit Didacus, contra Decium in *Rub. C. de pact. & Tiraquell. in leg. ſi unquam verb. libertis n. 54. Cod. de reuoc. donat.* Non quidem iure vetere inſpecto, quod vel traditionem vel ſtipulationem requirebat, cùm ſola præſentia coniuncta cum taciturnitateneque traditio, neque ſtipulatio dici poſſit, Sed inſpecto iure nouo, quod ſolam donatoris voluntatem, non etiam donatarij præſentiam requirit. In quo haud dubie decipitur
8 † Didacus, & cæteri ab eo citati, qui requirunt præſentiam donatarij, vt tacens ille videatur conſentire in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant *ex l. qui patitur ff. mand.* Quæ ſententia pugnat cum vtroque iure, & vetere & nouo. Cum vetere quod requirebat præſentiã donatarij non vt taceret, ſed vt vel rem ex traditione acciperet, vel ſtipularetur. Cum nouo, quod nullo modo requirit præſentiã donatarij, ne quidẽ vt taceat. Illud potius mirari debuerunt interpretes circa ſententiam *d. l. ſi ego.* cur non acquiratur creditori meo proprietas pecuniæ quam ego ipſius procuratori ſoluerim ea mente vt fieret ipſa creditoris. Contrarium enim videtur † quod ex Neratio 9
ſcribitur in *l. ſi procurator. 13. ff. de acquirer. dom.* Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eiq. ſit tradita meo nomine dominium mihi hoc eſt proprietatem acquiri etiam ignorãti. Sicut & tutor pupilli pupillæque emendo nomine pupilli, vel pupillæ proprietatem illis acquirit, etiam ignorãtibus. Quod ipſum rurſum pugnare videtur cum eo, quod ſcriptum eſt ex Calliſtrato *in l. res ex mandatu. 59. ff. eo. tit.* rem ex mandatu meo emptam non prius meã fieri, quam mihi tradiderit is qui emit. Nec deſunt qui putent Iureconſultos in quæſtione iſta diſſentiſſe. Ego ſic concilio vt res ex mandatu meo empta, ſi non ſit etiam tradita meo nomine non prius mea fiat quam tradiderit mihi is qui emit *d. l. res ex mandatu.* Si verò & mandatu meo empta ſit & meo procuratori nomine meo tradita, ſtatim mihi acquiratur quamuis ignoranti *d. l. ſi procurator.* At ſi meo quidem nomine tradita ſit, id eſt, hac mente vt mea fieret, ſed nullo tamen ſpeciali mandato meo in eam rem interueniente, licet tradita ſit ei qui in aliquo negotio meus erat procurator, neceſſaria ſit ratihabitio mea, vt mihi acquiratur *d. l. ſi ego.* Vt enim dominium acquiratur neceſſe eſt eodem tempore concurrat affectus ex parte vtriuſque & transferentis & eius in quem transfertur *l. in omnibus rebus 54. D. de oblig. & act.* qui affectus ex vtraque parte non aliter poteſt concurrere, quàm ſi & tradatur res ea mente vt acquiratur, & eam meo nomine accipiat is, cui mandauerim vt meo nomine acciperet. Nec multum ab hac noſtra interpretatione diſcrepant, quæ Accurſ. tradit *ad l. qui mihi 13. ff. de don. & l. per ſeruum. 37. ff. de acq. rer. dom. l. 2. C. de his qui à non dom. manum. ſunt.*

ERROR IV.

De donatario qui donationem in abſentem ſe collatam vult ratam habere poſt mortem donatoris.

SVMMARIA.

1 *Quando valere donationem in abſentem collatam ſtatuant interpretes.*
2 *Donatore ante abſentis donatarij ratihabitionem decedente, an poſſit nihilominus donatarius ratam habere donationem.*
3 *Sententia Pauli Caſtrenſis & eius ſequacium.*
4 *Contraria Couarruuiæ opinio.*
5 *Probatur ab autore Didaci ſententia, eius tamen ratione reprobata.*
6 *Ex Iuſtiniani conſtitutione donatio inter viuos hodie neque ſtipulationem, neque pactum requirit ſed ſola voluntatis donantis teſtificatione contenta eſt.*
7 *Hinc quod præmortuus ſit donator facere non debet vt eò minus poſſit donationẽ acceptare donatarius.*
8 *Nec officit quod rei donatæ dominium ad donantis heredem peruenerit.*
9 *Explicatur l. ſi ego. 9. § ſi res. D. de iur. dot. qua prioris ſententia autores abutebantur. & num. 11.*
10 *Didaci reſponſio ad l. ſi ego. refertur & refellitur.*
12 *Exponitur l. 2. § ſi pecuniam. D. de donat.*

NON poteſt naſci error ex errore quin naſcatur quæſtio ex quæſtione. Iam diximus eam eſſe receptiorem interpretũ noſtrorũ traditionem, vt in abſentem † collata donatio, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa valeat,

ſed ita demum ſi adſit notarij ſtipulatio pro abſente
quamuis ignorante , hoc etiam addito vt abſens ille
donatarius ratam habeat notarij ſtipulationem,
priùs quàm ea res donata, rurſum alij donata & tra-
2 dita ſit. Inde quærunt , ſi donator † hic ante ratiha-
bitionem deceſſerit, an nihilominùs permittendum
ſit donatario vt ratam habeat donationem. Primus,
3 vt referunt, Paulus † Caſtrenſis *conſ.195.col.3. lib.2.*
reſpondit non poſſe donationem hanc à donatario
acceptari poſt mortem donatoris, Ratione illa quod
iam alteri hoc eſt donantis heredibus res acquiſita
ſit , atque ideo in præiudicium iuris alteri quæſiti
donationis acceptatio fieri nequeat. *ex l.ſi ego.9.§.*
ſi res.D.de iur.dot.l.2.§.ſed ſi quis. D.de don. Eamque
ſententiam deinde ex recentioribus ſecuti ſunt Ant.
Rub. *conſ.132.*Chaſſan.*conſ.7.n.38.* Andr. Tiraq. *in*
tract.de conſtituto lim. 30. nu. 73. quos refert Didac. d.
part. 3.rubr. De teſt.nu. 13. verſ. illud profecto. Vbi ta-
4 men recedit † ille ab hac ſententia , veriuſque putat
acceptari poſſe donationem per donatarium etiam
mortuo donatore. Motus ex eo ſolo quod ante ab-
ſentis acceptationem præfata donatio perfecta om-
nino ſit quod ad donatorem , nec reuocari ab eo
poſſit licèt abſenti quæſita non ſit.*cap. ſi tibi abſenti.*
De preben.in 6.l. Ariſt. 18.de don.l.per fundum.11.D. de
ſeruit. ruſtic. præd. Ergo, inquit , & quod ad heredes
donātis perfecta donatio cenſeri debet, cùm illi per-
ſonam defuncti repræſentent *l.2. §. ex his.D.de verb.*
oblig. nec ſit iis permittendum vt poſſint reuocare
donationem quam defunctus ipſe ſi viueret reuocare
non poſſet. Nec turbari ſe ait quod ante acceptatio-
nem ius dominij fuerit in re donata quæſitum alte-
ri, quoniam id præcederet, inquit, quando ex titulo
aliquo ſpeciali eſſet dominium rei donatæ tranſla-
tum in alterum, velut in ſingularem ſucceſſorem vt
in *l.quoties 15.C. de rei vind. Decius conſ.* 226. At di-
uerſum eſt vbi ante acceptationem dominium tranſ-
latum fuerit in ſucceſſorem donatoris vniuerſalem
qui ſaltem actione perſonali teneatur omnino con-
uentiones & donationes à defuncto factas adpro-
5 bare. Ego Didaci ſententiam probo,† ſed longè alio
ſenſu, aliaque ratione quàm ipſe ſenſerit. Etſi.n.cum
eo conuenio in ratione illa quod non ſit permitten-
dum heredi donatoris , vt reuocet donationē quam
donator ipſe ſi viueret reuocare non poſſet , ſi tamē
quæras à Didaco, cur nolit permittendum eſſe dona-
tori vt reuocet donationem , Reſpondebit ſine du-
bio , quia valet ſtipulatio per notarium interpoſita
pro donatario etiam abſente & ignorante , quam ſi
non valere putaret, haud dubiè cōtra donatarium nō
modò pro donatoris heredibus , qui proculdubio
ſunt fauorabiliores , ſed etiam pro donatore ipſo
reſpōderet. Atqui nos negamus valere huiuſmodi ſti-
pulationē,ſiue iuris communis regulas,ſiue Iuſtinia-
ni conſtitutionē inſpiciamus. Et tamen nolumus re-
uocari poſſe donationem,neq; à donatore, neque ab
heredib. donatoris. Qua igitur ratione? Illa nimirum
quod quamuis ſtipulatio nullius omnino ſit momen-
ti,adeò vt neque taciti pacti iure defendatur , ipſa ta-
men donatio valet poſt Iuſtiniani conſtitutionē in
l.ſi quis argentum 35.§.ſed ſi quidem.C.de don. quæ in-
6 duxit vt donatio † neque ſtipulationē hodie requi-
rat, neque pactum , ſed cōtenta ſit ſola teſtificatione
voluntatis donatoris, dummodo agatur de donatio-
ne illa quæ ſit inter viuos,nō cauſa mortis. Ita vt co-
gi poſſit donator ad rem tradendā , non ſecus acſi ex
ſtipulatione vtili eſſet obligatus. Proinde non magis
permittendū eſt donatori vt proprio ſuo facto libe-
ret ſe ab actione illa cōdictitia, quā eum teneri Iuſti-
nianus voluit, quàm ei permittendū eſſet vt ſe libe-
raret ab actione ex ſtipulatu: ſi per vtilem ſtipulatio-
nem donatio facta fuiſſet. Porro quo caſu donator
obligatus eſt certaque actione ſiue ex ſtipulatu ſiue
condictitia conueniri poteſt ad rem tradendam,cer-
tum eſt eandem actionem in ipſius etiam heredem
tranſire,nec minoris in heredem donatoris quam in
donatorem ipſum poteſtatis eſſe debere. Non igitur
quod præmortuus † ſit donator facere debet vt eò 7
minùs poſſit donationem acceptare donatarius, qui
nec vlla indiget acceptatione , dum ne omnino reſ-
puat ius ſibi quæſitum. Neque ad rem facit quod rei
donatæ dominium † interim & medio tempore per- 8
uenerit ad heredes donatoris. Nam ſicuti donatore
viuo idem illud dominium erat penes ipſum dona-
torem, nec eo minùs tamen verum erat valere dona-
tionem, ex eaque cogi donatorem poſſe vt rem tra-
deret. Ita & poſt donatoris mortem, licèt dominium
quod fuerat donatoris ad ipſius heredes deuoluatur,
non tamen bona conſecutio eſt, ſi quis ex eo inferat
non eſſe illos cogēdos , vt eandem perſonalem actio-
nem patiantur,quam defunctus ipſe ſi viueret, pate-
retur. Ob hoc ipſum enim quod rei donatæ domi-
nium habent , perſonalis actio in eos exercetur vt
rem tradant , quam tradere poſſunt , inauditumque
eſt vt dominij exceptio contra eum detur qui con-
tendit non rem eſſe ſuam,ſed aduerſarium ſibi eam
rem dare oportere , cùm nihil aliud ſit dare quàm
dominium transferre. *l. vbi autem. 75. §. vlt. l.conti-*
nuus.137.§.illud.D.de verb. oblig. Eodem namque iu-
re ſit,id eſt ex eadem poteſtate legis duodecim tabu-
larum , vt & dominium quod fuit defuncti, & perſo-
nalis actio illa condictitia ex Iuſtiniani conſtitutio-
ne quæ in defunctum competebat,in heredem trāſ-
feratur. *l.1. C. ſi cert. pet. leg. fin. & tot.tit. C. de hered.*
action. Iam verò quod prioris ſentētiæ autores obij-
ciunt ex *d.l.ſi ego.9.§.res.ff.de iur. dot.* etſi pro iis pu-
gnare maximè videtur,alienū tamen eſt à diſputatio-
ne noſtra. Ibi enim tractat † quidem Vlpianus de re- 9
bus donatis , ſed tamē de donatione facta per tradi-
tionem,& de rebus traditis in dotem futuro marito
ea lege,vt non priùs fierent mariti, quàm nuptiæ eſ-
ſent inſecutæ,& ponit deceſſiſſe donatorē ante diem
nuptiarum,& conſequenter eo tempore quo pende-
bat adhuc donatio , cum donationis conditio pen-
deret. Quo caſu,cùm donator numquā fuiſſet obliga-
tus , qui neque per ſtipulationem neque alio modo
quicquam promiſerat , nulla occurrebat quæſtio de
perſonali obligatione,quæ contra donatoris heredē
competeret , cùm nulla vnquam contra donatorem
ipſum cōpetiiſſet. Donatio enim quæ incipit à tradi-
tione nullā ſecum adfert obligationem , ſiquidē tra-
ditio, vt alibi diſputauimus , diſſoluendæ obligatio-
nis modus eſt potiùs quàm contrahendæ : Cùmque
in id comparata ſit vt per eam dominium transfera-
tur. *l.traditionibus.10.C.de pact.l.traditio.20.D.de acq.*
rer. domin. de ſolo dominio apud Vlpianū quæri po-
terat,vtrum eueniente conditione traditionis & do-
nationis tranſlatum intelligeretur in donatarium,an
verò eſſet aliquid quod eam dominij tranſlationem
impediret. Subtiliter autem non minus quàm verè,
Vlpianus animaduertit non poſſe fieri vt euentus
conditionis proſit ad transferendū dominium in do-
natarium. Non quod iterum poſſit aut debeat tradi
res iā ſemel tradita: Sed quia dominij tranſlatio fieri
non poteſt niſi ab eo qui in ipſo trāſlationis tēpore
dominus reperiatur. Ne alioqui euenire alterutrum
aut potius vtrūque neceſſe ſit , vt nec transferat quis
ius illud,quod nō habet, nec vero domino ignorāti,
adeoq; inuito res ſua auferatur,quod vtrūque pugnat
cum regulis iuris.*l.id quod noſtrū.11.l. nemo plus iuris.*
54 ff.de reg.iur. In ea verò ſpecie quā Vlpianus tractat
dominiū rerū donatarū & traditarū,quod à donatore
traditionis

Google

traditionis tempore non abſceſſerat quia donator noluerat, mortuo donatore ideo transferri non poteſt in donatarium, quamuis exiſtente iam traditionis conditione, quod tum reperitur dominium eſſe heredis, cuius proinde voluntas exquirẽda eſt quamuis heres ſit ex cauſa hereditaria, & tanquam heres. Non. n. id ei nocere debet, cum nulla ſit obligatio hereditaria ex qua poſſit ille eodem iure conueniri: Quamuis concludatur tandem eo loco nihilominùs cogendum heredem vt impleat traditionem, quam defunctus inchoauerat, fauore ſcilicet dotium aut potiùs mulierum, ne in tali caſu indotatæ conſtituãtur. Si tamen ea concluſio Vlpiani eſt, ac non Triboniani, vt ſuperiorib. Decadib. oſtendimus. At in eo caſu de quo nunc agimus adeſt obligatio perſonalis, non quidem ex ſtipulatu quomodo vult Didacus, ſed condictitia quæ contra donatorem ipſum nata ex die donationis, & contra eum quandiu vixerit exerceri potuit, & contra heredem ipſius perinde poteſt. Quid igitur attinet dicere dominium rei donatæ penes heredem eſſe, cum non contendat donatarius dominium illud ad ſe pertinere nulladum traditione facta, ſed per traditionem à donatoris heredib. faciendam in ſe transferri oportere. Atq. ita reſpondendum eſt ad Vlpiani locum illum, non quo-
10 modo reſpondet † Didacus vbi ſuprà, loqui eo loco Vlpianum de donatione conditionali. Parum.n. referret an donatio conditionalis eſſet, an pura, ſi modò ſic facta eſſet vt ex ea perſonalis aliqua obligatio contra donatorem & conſequenter contra donatoris heredem naſceretur. Quemadmodum & è contrario fieri poteſt, vt donatio etiam citra ſtipulationem facta ſit conditionalis, & tamen mortuo quoque ante conditionem donatore nihilominùs dominij tranſlatio non impediatur, vt in ſpecie quam Iulianus tractat in *l. 2. § ſi pecuniam. D. de donat.* vbi ait ſi pecuniam mihi Titius dederit abſque vlla ſtipulatione, ea tamen conditione vt tunc demum mea fieret cùm Seius Conſul factus eſſet, ſiue furente ſiue mortuo eo Seius Conſulatum adeptus fuerit meam fore. Nempe quia hoc caſu licet verum ſit dominium rei donatæ priùs acquiſitum fuiſſe heredibus donatoris, quàm conditio donationis extiterit, illud tamen etiam verum eſt exiſtente quandocunque conditione poſt mortem quoque donatoris donationem haberi pro pura, vt euenit in omnibus cæteris actibus conditionalibus fieri eos ex conditionalibus puros quotieſcunque conditio exiſtit, acſi conditionem nullam vnquam habuiſſent. *l. potior. 11. in fin. princip. ff. qui potior. in pign. hab. l. is cui via. 11. §. heres. ff. quemadmo. ſeru. amit. l. & poſt. litem. 12. §. res quæ. ff. fam. erc. l. ſi fundum ſub conditione. 81. De legat. 1. l. ſi fundum. 105. ff. de cond. & demonſtr.* Atqui ſi donatio fuiſſet ab initio pura nunquam dominium rei donatæ fuiſſet heredum donatoris. Ergo neque videri debet vnquam fuiſſe cùm extitit conditio donationis, licet reuera fuerit antequam conditio exiſteret. Ac proinde ridicula eſt diſtinctio illa Didaci, An pura fuerit donatio an conditionalis, cum nihil prorſus interſit poſtquam extitit cõditio. Quod cum ita ſit illud potius mirandum eſt cur in ſpecie dicti
11 *§. ſi res l. ſi ergo de iur. dot.* nihil proſit ei cui traditæ res fuerant, ita vt eius fierent ſecutis nuptiis, quod ſecutæ ſint nuptiæ poſt mortem donatoris, cùm perinde videatur hoc caſu donatio & traditio purè facta eſſe, conditione nuptiarum quandocunque exiſtente. Sed eſt quod reſpondeatur, factam in ea ſpecie fuiſſe donationem & traditionem ſub ea conditione, quæ non ſimpliciter conditio eſſet, ſed quæ præterea diem haberet. Id enim eſt quod Vlpianus ait *quia pendet donatio in diem nuptiarũ*, qui dies nuptiarum quamuis incertus ſit antequam venerit, poſteaquàm tamen venit, ita certus fit vt ad præteritum tempus retrotrahi non poſſit nec fundus videri factus dotalis ab initio & ex die traditionis, quandoquidem neque potuit effici dotalis ante cõtractas nuptias, quippe ſine quibus dos eſſe non poteſt *l. 3. ff. eod. tit.* neque nuptiæ dici contractæ ex eo die quo traditus fundus fuit. Itaque inter ſpeciem † 12
Iuliani & inter ſpeciem Vlpiani diuerſitas illa eſt, quòd apud Iulianum res fuerat donata ſimpliciter vt fieret donatarij quamuis non niſi ſub conditione. Vt apud Vlpianum fuerat tradita & donata vt dotalis fieret, atque ita non niſi ex eo tempore quo nuptiæ re ipſa ſecutæ eſſent. Commodè autem Iulianus in dicta *leg. 2. §. ſed ſi quis eod. tit. de donat.* aliam ſpeciem ſubiungit à prioribus illis duabus differentem. Si quis mihi donaturus pecuniam dederit alicui vt ad me perferret & ante mortuus erit donator quàm ad me pecuniam ille pertulerit qui acceperat, ait non fieri pecuniam dominij mei. Quia nimirum hoc caſu tranſlatio dominij facta in me videri non poteſt priuſquam ego acceperim, nec tùm rurſus cùm accipio, quia iam non eſt à quo transferatur. Verùm iſta omnia ad eas donationes pertinent quæ fiunt per traditionem, non etiam ad eas quæ per ſtipulationem. Ob idque addidit Iulianus in *d. §. ſi pecuniam* verba illa *abſque vlla ſtipulatione* non aliam ob cauſam niſi quòd interueniente ſtipulatione fruſtra quæreretur an dominij trãſlatio facta eſſet viuo donatore, necne, quoniam quæ ab eo viuo facta nõ eſſet eam ab ipſius defuncti heredibus per traditionem vi ſtipulationis extortam fieri oporteret Sicuti tamen Iulianus ſupradictis verbis de ea ſtipulatione ſenſit quæ per donatarium ipſum interpoſita eſſet, ita ſi cum interpretibus de ea ſtipulatione loquamur, quam notarius pro abſente & ignorante interpoſuerit non malè videbitur poſſe comparari donatio per talem ſtipulationẽ facta, cum donatio facta per traditionẽ interpoſita perſona alterius qui ad donatarium rem perferret quaſi per mediam notarij perſonam ſtipulatio tandem ad donatarium cui donatio acquiritur perferatur. Sed non ita eſt: Stipulationem enim ab initio vel valere neceſſe eſt vel non valere. Si ab initio valuit, certum eſt non poſſe irritam eam fieri ex promiſſoris morte ante donatarij acceptationem ſuperueniente. Si ab initio non valuit nulla ratio eſt vt per donatarij acceptationẽ cõualeſcat, ſiue fiat ea acceptatio viuo adhuc ſiue iam mortuo donatore. Media verò illa ſententia quam Didacus inducit vt donatio etiam ante acceptationem omnino perfecta ſit quod ad donatorem, & tamen nullum interim ius ex ea donatario acquiratur, nulla prorſus ratione probabilis eſt. Neque enim fieri poteſt vt donatio perfecta ſit quod ad donatorem, quia donator vtiliter obligatus reperiatur, nec rurſus vt ſit ille vtiliter obligatus, quin ea obligatio ſit donatario acquiſita. Nec contrarium vllo modo probatur iis iuris locis quos pro ſe Didacus adducit vt videre cuilibet obuium eſt.

ERROR V.

De donatione collata in abſentem donatarium, qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem.

SVMMARIA.

1 *An donatio collata in abſentẽ donatariũ qui poſtea de-*

Digitized by

ceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem, poſſit à donatarij herede ratihabitionem acceptari.

2 *Opinio negans.*
3 *Opinio affirmantium.*
4 *Sententia autoris.*
5 *Heres donatarij abſentis poteſt per ratihabitionem ſibi acquirere poſſeſſionem, quam quis in defunctum tranferre voluit per clauſulam conſtituti, contra interpretes.*
6 *Quauis fermè notariorum ſtipulatio heredum perſonas ex vtraque parte comprehendit.*
7 *Vtrum clauſula conſtituti tranſeat in heredem remiſſiuè.*
8 *Duo facit qui conſtituit ſe alieno nomine poſſidere.*
9 *Amittitur poſſeſſio ſolo animo, licet nemo ſit cui acquiratur: quod in dominio ſecus eſt.*
10 *Ex actu etiam inutili animus declaratur.*
11 *Traditio nihil aliud eſt, quàm datio poſſeſſionis.*
12 *An & quæ actio competat heredi donatarij in quæſtione num. 1. propoſita.*

EST etiam hæc quæſtio ſicut ſuperior
de donatione in abſentem collata no-
tario ſtipulante, ſed in hoc diſſimilis
à ſuperiore, quod in illa poſuimus de-
functum donatorem, in iſta ponimus
1 mortuum † donatarium ante acceptationem relicto
tamen herede, & quærimus an poſſit heres ratam
habere donationem, eámque acceptare vt noſtri lo-
quuntur. Sunt autem in hac quoque quæſtione in-
2 terpretum ſententiæ. Prima contra † donatarij he-
redes non poſſe illos donationem ratam habere, nec
ſi facta ſit cum clauſula conſtituti. Quam opinio-
nem tuetur *Andr. Tiraq. in tract. de conſtituto limit. 30. num. 73. & 74. & Anton. Rub. in l. non ſolùm §. morte. ff.*
3 *de oper. non. nunciat.* Altera pro heredibus † donata-
rij, quam induxit Didacus *dict. part. 3. Rubric. De teſtam. num. 13. ad fi. verſ. hinc etiam diffiniri.* non quidem
hoc ſenſu, quaſi poſſit ea ratihabitio heredum do-
natarij facere, vt vel dominium vel poſſeſſio iis ac-
quiratur, ſed hactenus vt donatio valeat, nec reuo-
cari poſſit à donante, vtque actio vtilis ſine ceſſione
donatario quæratur. Nam in re, inquit, quæ ad here-
des pertinet, poteſt etiam heres ratum habere, quod
actum fuerit nomine defuncti. *l. ſi ſine 22. §. ſi procuratori alias. §. Iulianus. ff. rem rat. haber.* Cæterum nec
Didacus ipſe negat neque dominium neque poſſeſ-
ſionem acquiri poſſe donatario per huiuſmodi rati-
habitionem. Non poſſeſſionem, inquit, quia heres
non poteſt quod ad poſſeſſionem ratificare factum
defuncti nomine, quamuis eo viuente id actum fue-
rit. *ex l. 3. §. acquirere ff. de bonorum poſſeſſ. l. ſi is cui ſeptima. & l. penultim. ff. rat. rem haber.* Non dominium,
quippe quod non niſi per poſſeſſionem præceden-
tem acquiritur. *l. per procuratorem. octaua. C. de acquir. poſſeſ.* In eóque omnes conueniunt. Puto ego quæ-
4 ſtionem † eſſe otioſam, fruſtráque diſputari de ra-
tihabitione ſtipulationis quæ ipſo iure nullius ſit
momenti, ſi in ea nihil niſi notarij factum iuriſq.
communis rationem intuearis. Prius enim eſſe ali-
quid neceſſe eſt quod ratum haberi poſſit, quàm vt
de ratihabitione tractetur. *d. l. ſi ſine verſ. quòd ſi procurator per iudicem. D. rat. rem. haber.* in illis verbis *vel quia nulla res eſſet quam dominus ratam habere poſſit.*
Ipſam tamen donationẽ non nego valere etiam inu-
tili ſtipulatione exiſtente, ſi de donatione inter vi-
uos agamus non de donatione cauſa mortis, Scilicet
propter eam Iuſtiniani conſtitutionem de qua tam
ſæpe iam verba fecimus *in l. ſi quis argentum. trigeſimaquinta. §. ſed ſi quidem. C. de donation.* quæ facit vt
valeat donatio inter viuos etiam citra ſtipulationem
& traditionem. Sed cùm hactenus valeat, vt ex eiuſ-
modi donatione per quamcumque voluntatis teſti-
ficationẽ facta naſci Iuſtinianus voluerit actionem
condictitiam, nec minùs in fauorem heredum do-
natarij quam in fauorem ipſius, vt contra, non mi-
nùs aduerſus heredes donatoris, quam aduerſus ip-
ſum donatorem, vt verba conſtitutionis oſtendunt:
quid obſecro neceſſe eſt ratam haberi donationem
à donatarij herede aut ſe tantopere torquere vt ſcia-
tur an ea ratihabitio per donatarij heredem fieri
poſſit, cùm ita ius ſit vt citra ratihabitionem ea
actio perinde competat & donatario & eius heredi?
Itaque cùm ratihabitio illa etiam iuxta Didaci ſen-
tentiam non poſſit prodeſſe donatarij hereditatem
habenti quod ad acquirendum ei commodum ſiue
dominij ſiue poſſeſſionis, ſed tantum ad effectum
perſonalis actionis, conſequens eſt vt inutilis futu-
ra ſit etiamſi permittatur. Quod verò iidem omnes
vno ore probare volunt poſſeſſionem, † quam quis 5
in defunctum transferre voluerit per clauſulam con-
ſtituti non poſſe acquiri heredi per ratihabitionem
ex *d. l. 3. §. acquirere D. de bonor. poſſ. d. l. ſi is cui 7. & d. l. pen. D. rat. rem haber.* nullo ex iis locis proba-
tur: in quibus omnibus agitur de iure bonorum
poſſeſſionis, quæ ad inſtar & exemplum hereditatis
eſt (quæque nomen eſt iuris prætorij, ſicut heredi-
tas nomen iuris ciuilis *l. 1. 2. & 3. D. de bon. poſſ.*
non de illa poſſeſſione de qua nunc agimus quæ li-
cet plurimum ex iure mutuetur tamen facti eſt, *l. poſſeſſio. 49. in princip. & §. 1. iunct. l. 1. §. ſi vir vxori. D. de acquir. poſſ. l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior.*
Ius bonorum poſſeſſionis agnoſcendæ non tranſit
in heredem vt nec ius hereditatis adeundæ propter
eã rationẽ de qua alibi ſcripſimus. Sed ius poſſeſſio-
nis corporalis adprehendendæ, quam defunctus ha-
buit, tranſit proculdubio in heredem, licet poſſeſſio
ipſa corporalis non tranſeat priùs quàm ſit adpre-
henſa *l. cùm heredes. 23. D. de acq. poſſ.* Et quamuis
poſſeſſio corporalis ea ſit quam defunctus nunquam
habuerit, vt in caſu noſtro, ſi tamen ius habuit eius
nanciſcendæ ex aliquo contractu, quid ni ius idem
habebit heres in quem tranſit etiam contractus? Aut
cur difficilius permittetur heredi ratum habere de-
functi contractum ratione poſſeſſionis, quam ra-
tione dominij? Poſſeſſio enim licet facti ſit poſt-
quàm quæſita eſt, ius tamen eius acquirendæ an-
tequàm ſit acquiſita, non poteſt eſſe iuris, ideoque
fieri nequit vti ne cum cæteris iuribus omnibus in
heredem transferatur. Fateor eſſe hoc ſingulare in
poſſeſſione, vt extra cauſam peculiarem non acqui-
ratur ignoranti, quoniam & animo & corpore
opus eſt vt incipiat quis poſſidere *l. quemadmodum 3. l. peregre. 44. §. quæſitum & ſeq. D. eod.* animus
autem ignorantis nullus eſſe poteſt. Ideóque non
nego ex donatione facta per ſtipulationem notarij,
quamuis adiecta clauſula conſtituti, non poſſe ac-
quiri poſſeſſionem ante ratihabitionem, non ſolùm
ſi mecum ſentias talem ſtipulationem non valere,
ſed & ſi cum interpretibus defendas valere, quia
quod ſtipulatio valeret, facere tantùm poſſet vt
ignoranti poſſet acquiri actio quæ tota eſt iuris,
non etiam poſſeſſio, quæ facti eſt & animi. Verùm
hoc contendo ſicut heres ius habet ratum haben-
di contractum defuncti, ad acquirendam ſibi actio-
nem ſecundum interpretes (nam ſecundum
nos nulla hic opus eſt ratihabitione) ita nihil
prohibere quominùs poſſit eum contractum ra-
tum habere ad hoc etiam, vt acquirat ſibi poſ-
ſeſſionem, quam donator transferre voluit
in donatarium per clauſulam conſtituti, per-
inde atque poſſet eam ſibi acquirere donatarius ſi
viueret,

viueret, cùm ſit ea pars & conſequentia contractus; qui non poteſt ad heredem tranſmitti. Niſi fortè velit quis dicere donatorem qui conſtituit ſe poſſidere nomine donatarij, id tantùm egiſſe vt donatariũ ipſum faceret poſſeſſorem, non etiam vt heredem eius, cuius nullam omnino fecerit mentionem. Sed
6 præter id quod vix vllam notarij † ſtipulationem reperias, ſiue pro præſente ſiue pro abſente & ignorãte facta ſit, quæ non heredum quoque perſonas ex vtraque parte comprehendat. illud etiam conſtat heredis perſonam tùm quoque cum expreſſim adiecta non eſt, tamen pro adiecta eſſe habendam ex veriſimili voluntate omnium eorum qui vel ſtipulantur vel quoquomodo paciſcuntur *l. ſi pactum 9. ff. de probat.* inciditque hæc quæſtio in illam Vtrum
7 † clauſula conſtituti tranſeat in heredem, ſiue ex parte illius qui conſtituit, ſiue ex parte eius cui conſtituitur, De qua dicendum nobis erit fuſiùs, cùm tractabimus De poſſeſſione. Illud nunc monuiſſe
8 ſufficiat, eum qui conſtituit † ſe alieno nomine poſſidere duo facere, quorum primum eſt vt deſinat poſſidere: alterum vt poſſeſſorem faciat eum in cuius vtilitatem conſtituit. Poſteriùs non fit ignorante illo de quo poſſeſſore faciendo cogitatur: ſed priùs fit omnimodo, id eſt etiamſi contractus non valeat, aut ſi ponamus valere, etiamſi conſtitutum ignoret is quem vetus poſſeſſor voluit facere poſſeſſorem.
9 Amittitur enim poſſeſſio ſolo animo, † licèt nemo ſit cui acquiratur *l. 3. §. in amittenda ff. de acquir. poſſ.* quod in dominio ſecus eſt *l. ſi quis vi 17. §. differentia & l. ſeq. eod.* Itaque quamuis admitteremus eum qui conſtituit ſe poſſidere nomine donatarij ſolius, non etiam heredum ipſius, non alium quàm donatariũ poſſeſſorem facere voluiſſe, non tamen ex eo ſequeretur poſſeſſorem illum ex die conſtituti, etiam in inutili contractu appoſiti eſſe non deſiiſſe: quo admiſſo, nec ſanè quicquam impedit, quominus eo quoque inuito donatarij heres ratum habendo contractum defuncti nomine geſtum poſſeſſionem adprehendat, ſi non tanquam vacantem, & quæ ſit nullius: id eſt non ex vi clauſulæ conſtituti, ſed per occupationem & adprehenſionem, cui amiſſio poſſeſſionis ex parte conſtituentis cauſam dediſſet. Sed tamen non facit ea res vt ratihabitio ſit neceſſaria, neque vt neceſſe ſit dicere contractum valere, in quo appoſita ſit clauſula conſtituti, cùm dici ſoleat, quod
10 & verum eſt, ex actu etiam inutili † animum declarari *l. vltim. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l. licèt transferam. 10. l. legatum 24. in fi. ff. de adim. legat.* Nec ſanè indiget actione ex contractu, donatarij heres, cui competit actio condictitia ex lege Iuſtiniani. Immò ſi verum amamus neque condictitia illa hoc caſu neceſſaria eſt, adeóque nec locum habere poteſt. Ad quid enim competit aduerſus donatorẽ, niſi ad hoc vt ille rem quam donauit cogatur tradere, vt Iuſtinianus loquitur? At nihil iam habet quod poſſit tradere donator qui per clauſulam conſtituti deſiit poſ-
11 ſidere, quandoquidem traditio † nihil aliud eſt, quam datio poſſeſſionis *l. 3. ff. de action. empt.* Ergo neque
12 condictitia † eum conueniri poſſe fatendum eſt. Ex ſtipulatione verò notarij, etiamſi valeret, multo minùs, quia nec ad aliud poſſet competere quàm vt donator ad ſe donatam rem tradere cogeretur. Quod non ſatis videtur animaduerſum à Didaco cùm ſcripſit hanc ratihabitionem poſſe donatarij heredibus prodeſſe non vt fiant domini vel poſſeſſores rei donatæ, ſed vt actionem vtilem ſibi acquirant ſine ceſſione. Quid enim vtilitatis poteſt habere illa actio, per quam donatarij heredes neque poſſeſſionem acquirere ſibi poſſunt ab eo, qui per conſtitutum poſſeſſor eſſe deſiit, neque dominium ſine poſſeſſione, vt & Didacus ipſe fatetur? Debuit igitur ille dicere non cum cæteris interpretibus, non poſſe hanc notarij ſtipulationem ratam haberi ab heredibus donatarij, neque contra cæteros poſſe ideo ratã haberi vt ex ea ſibi acquirant actionem ſine ceſſione, ſed poſſe ratam haberi vt ex ea commodum hoc ſentiant, vti poſſeſſio rei donatæ, quam propria autoritate tanquam vacantem occupauerint, non poſſit iis auferri, neque à donatore ipſo, neque ab alio quolibet, quaſi nullo iure poſſideant, qui poſſident ex donatione, vt quibus daremus actionem ſi non poſſiderent, iiſdem poſſidentibus multò magis demus exceptionem & retentionem contra ipſum etiam donatorẽ, ſi rem donatam vindicare velit, quod ſummo quidem iure facere poteſt, quippe qui retinuerit amiſſa etiam poſſeſſione dominiũ quod ex contractu transferre citra traditionem nec potuit nec voluit. Sed repellendus eſt per exceptionem doli mali, petens id quod ſi haberet ſtatim reddere & tradere cogendus eſſet vulg. *l. dolo facit. 8. D. de doli except.* Quid ergo ſi neque donatarij hæres poſſideat? Non poteſt ea res dare ipſi actionem neque contra donatorem qui non poſſidet, neque contra extraneum poſſidentem qui non contraxit. Aliam enim actionẽ cõtra extraneũ habere nõ poſſet quàm vindicationem, eámque vel dominij vel pignoris. Porrò dominij vindicationem habere nõ poteſt, qui nunquam factus fuit dominus, at ne quidem poſſeſſor. Vindicationem verò pignoris multò minùs, cum non ponamus fuiſſe obligatam ei rem donatam: quæ ſi obligata proponeretur, aliud proculdubio reſpondendum eſſet. Ita fit vt clauſula conſtituti appoſita in fauorem donatarij, non ſolùm ei non proſit propter ipſius ignorantiam, neque ipſius heredibus, deficiente in eam rem donatoris voluntate, ſed è contrario noceat, impediatque & condictitiam actionem, quam alioqui Iuſtinianus daret contra donatorem ſi idem eſſet poſſeſſor, & actionem illam ex ſtipulatu, quam volunt interpretes donatario acquiri ſine ceſſione: Nec tamen impediat donationem, reique ex donatione retinendæ facultatem, ſi qua ratione poterit donatarius eiuſve heres poſſeſſionem rei donatæ nanciſci aliter quàm per eiuſmodi clauſulam conſtituti. Nam vt donatio valeat ſufficit obligatum eſſe donatorem vt tradat ſi quando habebit quod tradere poſſit, vel vt non poſſit petere quod alioqui poſſet. At vt non impediatur actio neceſſe eſt aliquid penes donatorem ſupereſſe propter quod neceſſarium vel vtile eſſe poſſit contra eum inſtitui actionem. Atqui cùm amiſit poſſeſſionem per clauſulam conſtituti, etſi nihilominus dominium penes ſe retinet, non magis tamen eo nomine conueniri poteſt vt illud transferat, quàm ſi nullum haberet cùm dominium transferre non poſſit niſi per mediam poſſeſſionem quam tamen amplius nullam habet.

ERROR VI.

De donatione cauſa mortis facta alicui & heredibus eius.

SVMMARIA.

1 *An donatio quæ mortis cauſa facta dicitur Titio & eius heredibus cenſenda ſit mortis cauſa donatio, an verò inter viuos.*
2 *Qui inter viuos donationem eſſe cenſeant.*
3 *Qui verò cauſa mortis.*
4 *Autoris ſententia.*

DE hac donationis ſpecie, † quæ mortis
1 quidem cauſa facta ſit alicui, ſed adie-
cta quoque heredum mentione, puta
Titio & hæredibus eius, diſputant no-
ſtri, vtrum mortis cauſa donatio cen-
ſenda ſit inter viuos. Etſi enim ſi figuram verborum
quibus concepta donatio eſt inſpiciamus, non poteſt
dubitari quin mortis cauſa donatio ſit, cùm donator
ſe mortis cauſa donare dixerit, alienum tamen vi-
detur à natura donationis cauſa mortis vt præmor-
tuo donatario id eſt ante donatorem defuncto tranſ-
mittatur illa in donatarij heredem. Ideóque magis
2 communiter probatum eſt cenſendam eſſe hanc †
donationem inter viuos, quod primus ſenſit Bald.
ad *l. 2. Cod. de iur. dot.* & poſt eum Alex. *conſil.* 14.
vol. 1 *num.* 12. *Boer. deciſ.* 353. *num.* 12. *& alij quos re-
fert Didac. in d. part.* 3. *rubric. de teſtam. num.* 25. *verſic.
erit & alius caſus.* vbi addit horum opinionem in
3 praxi frequentiſſimo authorum conſenſu potiùs ob-
tinere quàm contrariam † quæ fuit eiuſdem Baldi
à ſeipſo, vt plerumque ſolet, diſſentientis conſil.
391. *vol.* 3. *Alciat. in l. non omnis.* 19. *col.* 3. *D. de reb.
credit. & Decij conſ.* 479. *col. pen.* quibus locis defen-
dunt iſti eſſe hanc donationem cauſa mortis, & vt ad
ſententiæ contrariæ obiectionem reſpondeant, ſic
donationem interpretantur, acſi adiectio heredum
hunc ſenſum haberet vt præmoriente donatore cõ-
4 peteret donatio non tantùm donatario, verum etiam
heredibus ipſius. Quæ † interpretatio etſi longè tol-
lerabilior eſt quàm illa quæ donationem verbis ex-
preſſis cauſa mortis factam detorquet ac transformat in donationem inter viuos: eſt tamen & ipſa improbabilis ex qua parte nimis reſtringit & verba donationis, & voluntatem donatoris cùm non aliter admittit heredes donatarij, quàm ſi donator ante donatarium deceſſerit. Habent enim verba illa, *Dono Titio & heredibus eius* neſcio quid amplius pro heredibus donatarij, vt poſſint admitti ad donationem etiamſi Titius viuo donatore defunctus ſit: Nec quicquam cauſæ video cur is ſenſus fugiendus credatur, eo ſolo prætextu quod mortis cauſa donatio ſoleat ipſo iure reuocari cùm moritur donatarius ante donatorem. *l. ſi alienam.* 13. §. 1. *l. ſi mortis.* 29. *in fin. l. Senatus* 35. §. *mortis cauſa. D. de mort. cauſ. donat.* Sicut & de donationibus inter virum & vxorem ſcriptum eſt in *l. etiamſi.* 6. *l. à marito.* 18. *C. de donat. inter virum & vxorem.* Etſi enim id verum eſt, tunc tamen obtinet, cum non aliter dictum fuit in lege donationis: Eſt namque illud etiam verum, poſſe mortis cauſa donationem ſic fieri, vt non reuocetur, etiamſi donatarium præmori contingat, dummodo aliquis caſus alius ſuperſit, quo reuocari poſſit, puta vel ex donatoris pœnitentia, vel ex ipſius conualeſcentia: quemadmodum ex diuerſo poteſt ſic donari cauſa mortis, vt neque ex pœnitentia, neque ex conualeſcentia reuocetur donatio, dummodo ſit reuocabilis alio illo caſu, quo donatarius ante donatorem decedat. Non enim de eſſentia eſt donationis cauſa mortis, vt certo aliquo modo ſit reuocabilis ſed tantùm vt non ſit nullo caſu reuocabilis, vt conſtat ex legibus ſupradictis. iunct. *l. vbi ita donatur.* 27. *eod. tit. De mort. cauſ. don.* Atqui ſic facta donatione *Dono mortis cauſa Titio & heredibus eius.* etſi donationem ſic interpretere, vt præmortuo quoque Titio ad eius tamen heredes donatio pertinere debeat, non idcirco ſit irreuocabilis donatio, vt proinde neceſſe ſit dicere transformatam eam in donationem inter viuos, cùm ſuperſint multi caſus, quib. & reuocabilis maneat & reuocetur, ſiue quòd ipſos quoque Titij heredes contingat ante decedere, ſiue quod velit donator voluntatem mutare, aut quod à periculo illo mortis fuerat liberatus, quod cauſam dederat dnationi. Quorum omnium tamen dici nihil poſſet ſi donatio hæc inter viuos facta cenſeretur. Ex quo apparet quàm abſurda ſit ea prior ſententia quam pragmatici noſtri vt veriſſimam ob id quod peſſima & falſiſſima eſt ſequuntur. Quid. n. abſurdius, quàm quod quis donauit reuocabiliter, habere pro irreuocabiliter donato, & reuocandæ donationis libertatem omnem eripere donatori qui eam ſibi apertiſſimè ſaluam exceptam eſſe voluit cùm ſe mortis cauſa donare dixit? Etſi enim ſic donationem intelligas quomodo intelligi volumus vt præmortuo quoque Titio conſiſtat in perſona heredum Titij, quib. non minùs quàm ipſi Titio donatum fuit, dicet tamen donator malle ſe hanc interpretationem, quæ non faciat quin cæteris caſib. donatio ſit reuocabilis, quàm ſi hoc prætextu facias donationem omni caſu irreuocabilem. Ipſius namque intereſt, ſi ſit illa irreuocabilis aliquo caſu, vt tamen cæteris caſibus reuocabilis maneat, in eóque retineat naturam donationis cauſa mortis, cuius & nomen habet. Nec poteſt nobis obiici, ſecundùm hanc noſtram interpretationem fieri, vt coniunctio pro diſiunctione accipiatur, quaſi nihi referat an ita vt iam diximus concepta donatio ſit, an verò hoc modo, *Dono mortis cauſa Titio, aut heredibus eius*: quo caſu minorem ſanè dubitationem res haberet, quin heredes Titij viderentur in hac donatione ſubſtituti Titio in caſum vulgarem, cùm diſiunctio ponitur inter eos, inter quos ordo aliquis neceſſariò ſeruandus eſt, vt in hac ſpecie, quia numquam fieri poteſt, vt quis cum heredib. ſuis concurrat, ſiquidem implicat contradictionem, vt quis ſit viuus, qualem eſſe neceſſe eſt vt poſſit concurrere, & præterea vt idem ille eodem tempore habeat heredem. Indéque nimirum oſtenditur inter duos gradus eſſe *l. cùm in teſta.* 37. *D. de here. inſt.* duo autem gradus fieri non poſſunt per ſyllabam & cuius eſt coniungere non ſeparare. *l. ſi ita quis.* 76. *e. tit.* Nam reſpondeo non eſſe nouum vt cõiuncta pro diſiunctis accipiantur, aut contrà, quoties alioquin abſurdi quidpiam ſequeretur. *l. ſæpe.* 54. *de verb. ſigni.* De quo ſcripſimus li. 18. Coniect. ca. ad l. *Lucius.* 89. *e. tit. de here. inſt.* Hic autem ſi coniunctio pro diſiunctione non ſumeretur, abſurdum illud ſequeretur, vt Titius alioquo caſu, vel tempore ſimul cum ſuis heredib. admitteretur. Nam ſi dicas quod verum eſt poſſe ſyllabam & retinere vim & poteſtatem coniunctionis ad perſonas quidem coniungendas, ſed ita tamen vt tempora remaneant diſtincta, fatebor id quidem, ſed erit hoc in effectu illud ipſum quod volo, videri donationem collatam in heredes Titij, vt poſt Titium admittantur, tanquã diſiunctim vocati, & ſub ea veluti conditione, ſi Titius ipſe priùs moreretur, quàm admitteretur. Nam eo caſu quo Titius iam fuiſſet admiſſus, quidni ſuccederẽt in re donata, ſicut & in cæteris bonis donatarij, cùm rem donatã in ipſius hereditate reperirent? aut quid egerent donatione? niſi fortaſſe vt viderentur per fideicõmiſſum ſubſtituti ei cuius heredes eſſent ad hoc vt inuito ipſo cõſequerentur hanc rem donatã, cuius tamen cõſequendæ ius nullũ haberent niſi tanquã heredes? At hoc certè eſſet ridiculũ, implicarétque cõtradictionem. Supereſt igitur vt & poſt Titij mortẽ admittantur, & in eum caſum quo Titius ipſe nunquã admiſſus ſit, ne ſi aliter interpretemur ſuperuacua heredũ adiectio relinquatur. Ita autem facta interpretatione apparet, donationẽ eo quo diximus modo factam, nihil aliud eſſe quam donationem cauſa mortis factam Titio cum vulgari ſubſtitutione in fauorem heredum eius. Neque enim quiſquam dubitat quin poſſit vulgaris ſubſtitutio

fieri in donationibus cauſa mortis,perinde atque in
hereditatibus, & in legatis ac fideicommiſſis.*l.vt he-
redibus 50.de leg.2.* Quòd cùm ſit tam vulgare vt ni-
hil ſit vulgarius, miror in tanta opinionum diuer-
ſitate nemini ex interpretib. noſtris vulgaribus, in
mentẽ veniſſe vt diceret id quod oportuit:Exemplo
præſertim eorum, quæ iidem noſtri tractant ad *l.
Gallus 29.§.quidam rectè. de liber. & poſt.*de inſtitutio-
ne & ſubſtitutione facta *Titij & liberorum*, aut *here-
dum eius*, Volunt.n.liberos Titij non intelligi voca-
tos niſi ordine ſucceſſiuo, & in caſum vulgarem,
Quamquam cum aliquot diſtinctionibus quæ qua-
les & an veræ ſint alio loco diſputandum erit. Sed
& conſtat vſumfructum ipſum cui naturale eſt vt
fructuarij morte finiatur, repetitum tamen intelligi
quoties legatur Titio & heredibus eius *l.repeti.5. ff.
quib.mod. vſusfr. amitt.* Quidni ergo ſimiliter dicere
liceat repetitam eſſe duplicémque videri factã mor-
tis cauſa donationem, quæ facta ſit Titio & eius he-
redibus? Vnam quæ collata ſit in perſonam Titij,
aliam quæ in heredes ipſius, ſi Titium ante donato-
rem mori contingeret.

ERROR VII.

De donatione ſic facta vt poſt certum tempus vel poſt mortem donatarij res donata reſtituatur alteri tum abſenti pro quo nemo fuerit ſtipulatus.

SVMMARIA.

1 *Donatio ita poteſt fieri vt poſt mortẽ donatarij vel poſt certum tẽpus id quod donatũ eſt alteri reſtituatur.*
2 *Si donatarius non pareat legi donationis quam agnouit, tenetur donatori actione condictitia.*
3 *Imò & vtili actione tenetur illi cui donator rem donatam reſtitui voluit.*
4 *Qualis ſit & quatenus competat actio illa de qua num.3.multiplices interpretum ſententiæ.*
5 *De propoſita quæſtione autoris ſententia.*
6 *Didaci lapſus.*
7 *Exponitur l.cùm maritus.29.§.vlt.D.de pact. dotal. refutatis Didaci & aliorum gloſſis.*

1 NON eſt qui dubitet poſſe ſic fieri do-
nationem vt † poſt mortem donata-
rij vel poſt certum tempus id quod
donatum eſt alteri reſtituatur.Certum
enim eſt licere cuilibet rem ſuam tra-
denti, præſertim ex cauſa donationis, quam velit
legem rei ſuæ dicere, vt ex ea donatarius obligetur
*l.in traditionibus 48.D.de pact.l.vl.Co.de pact.int.empt.
& vend.l.donatio 25.C. de don.& apertius in 1.2.& 3.
C.de dona.quæ ſub modo.* Neque rurſus quiſquam du-
2 bitat quod omnino conſequens eſt ſi donatarius †
non pareat legi donationis quam agnouit, teneri eũ
donatori actione condictitia, per quam liceat dona-
tori rem illam quam per donationem alienauerat
condicere & auocare.*l.2.*& *3.l.dict.8.C.de condict. ex
leg.*Nam vt ſuo loco diſputauimus ex donatione qui-
dem quatenus donatio eſt, nulla competere actio
poteſt, neque donatori contra donatarium, neque
donatario contra donatorem, quia neque obligatio
vlla neque contractus eſt:At cùm facta eſt certa lege,
quia tunc negotium & obligationem cõtinet, actio-
nem quoque parit etiam donatori aduerſus donata-
rium, nec tantùm cõdictionem,de qua in ſupradictis
legibus, ſed etiam præſcriptis verbis. *l. rebus. 6. & l.
vlt ff.de rer.permut.l.legem.9.l.cùm res.21.C.de do.d.he-
reditatem.28.ff.eo.*De illo quoque dubitari non poteſt
quin ei † cui donator voluit rem donatam reſtitui, 3
quamuis tum abſenti & ignoranti competat actio
aduerſus donatarium,non quidem directa ſed vtilis.
Id enim apertè ſcriptum eſt in *d.l. 3.C.de donat.quæ
ſub mod.* Sed quænam actio illa ſit & an ex iuris ra-
tione competat ſiue notarius, ſiue donator ipſe, ſiue
alius extraneus quilibet pro abſente ſtipulatus pro-
ponatur, ſiue nemo, & an donatori liceat pœnitere,
ſiue conſentiente, ſiue etiam reluctante primo do-
natario, & ſiue ante, ſiue poſt factam à donatario
reſtitutionem, ſiue denique aliqua ſtipulatio ſiue
nulla pro abſente interpoſita ſit: hæc verò ſunt de
quibus omnibus magna contentione iuris noſtri in-
terpretes & veteres & recentiores altercantur. Sunt
† enim qui putent actionem illam non tantùm per- 4
ſonalem actionem eſſe,ſed etiam vindicationem vti-
lem, quod ex veteribus expreſſim ſenſit Specul. in
tit.de emphyt. quæſtione ſeptuageſima,& ex recen-
tioribus Decius conſ. 249.*num.8. & in l.traditionibus
n.14.C.de pact. Rip. lib. 3.reſponſ.cap.1.* Alij negant
poſſe realem competere quod mordicus contra ſu-
pradictos defendit Didac.*l.1.var.reſolut cap.14. nu.3.*
Sunt qui dicant eam actionem competere iure ſin-
gulari fauore donationis, quæ cùm ſit liberalitas,
dignior videtur cui hac parte faueatur. Alij volunt
fieri hoc ex ratione iuris communis. Ratione illa
generali, quod ex contractibus qui re contrahuntur
(in quo numero ponunt donationem quoties inci-
pit à traditione) alteri per alterum obligatio acqui-
ratur, ex *l.ea quæ ciuiliter 52. D. de acquirend. rerum
dominio.* quam vtramque ſententiam refert & pro-
bat Didac.d.cap 14. num.2. Sunt qui requirant nota-
rij vel donatoris ſtipulationem pro abſente, non ad
hoc vt actio vtilis ei acquiratur, ſed vt acquiratur
irreuocabiliter, ne ad inducendam acquiſitionem il-
lam irreuocabilem alioqui neceſſaria ſit ratihabitio
aut acceptatio per abſentem facienda,quod idem Di-
dacus ſupradicto loco concludere videtur n.11.& de-
cimotertio verſic.ſecundo loco. Alij neque ſtipula-
tionem vllam neque ratihabitionem aut acceptatio-
nem vllam exigunt, quaſi ſolo pacto in donatione
appoſito ius abſenti acquiratur non tantùm vtiliter
ſed etiam irreuocabiliter, quod ſenſiſſe videntur illi
qui defendunt non poſſe donatorem pœnitere con-
tra Bartolum in *l.qui Romæ 122. §. Flauius D. de verb.
obligat.* quos refert Didacus vbi ſuprà n.7. verſicul.
tertiò ad idem facit in fin. Alij denique volunt licere
donatori pœnitere ſi donatarius prior conſentiat,
non etiam illo inuito, vt quod vnanimi eorum con-
ſenſu diſſoluatur: Alij cum Bart.in *d.§.Flauius.* magis
probant vt indiſtinctè pœnitentia hic locum habeat
vt in cæteris contractibus innominatis, quæ præ-
cipua Bartoli ratio eſt ex *l.3.§.1.l.ſi pecuniã 5.in prin.
D.de condict.cauſ.dat.l. Ariſto 18.D.de donat.*quod Di-
dacus ex cõmuni aliorum ſentẽtia impugnat vbi ſu-
prà n.9. Alij denique diſtinguunt an acceptatio vel
ratihabitio aliqua ſubſecuta ſit vel an ſtipulatio in-
teruenerit ſiue à notario interpoſita ſiue à donato-
re ipſo non etiam ſi ab extraneo (hanc enim fatẽtur
omnes cùm ſit inutilis,nullũ omnino effectum habe-
re poſſe,Didacus ibid.nu.13. verſicul. tertiò eſt con-
ſiderandum) itémque an tempus præterierit, intra
quod lex donationi dicta impleri debuit: Vt his om-
nibus caſibus intelligatur ius irreuocabiliter quæſi-
tum abſenti, non etiã ſi nihil horum concurrat.Alij
deniq; fatentur quidem interueniente acceptatione
vel ratihabitione vel ſtipulatione irreuocabilem
eſſe acquiſitionem in fauorẽ tertij abſentis ſed non
ſimiliter ex ſolo lapſu temporis, quouſq; res illi ter-
tio tradita ſit, vt contra Alexãd. Socin Decium, Iaſo-

nem & alios concludit Didacus d. num. 13. verſic. principaliter & verſic. quamobrem. ſubiiciens n. 14. exceptionem vnam. Niſi talis caſus ſit in quo poſſit transferri dominium ſine traditione, vt puta ſi eccleſia illa ſit cui rem donatam reſtituere donatarius debuerit, poſtquam placuit Iuſtiniano in *l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ.* tranſire dominium in eccleſiam ipſo iure
5 abſque traditione. Non poſſum † ego facere quin mirer tot interpretum & contentiones & diſtinctiones quæ vereor ne ex magna iuris non valde obſcuri ignoratione proficiſcantur. Si enim iuris rationem inſpiciamus & ea quæ in præcedentibus diſputauimus, neque donatoris neque notarij magis quàm extranei cuiuſlibet ſtipulatio aut abſentis illius tertij acceptatio ſiue ratihabitio neceſſaria vel vtilis eſſe poteſt ad faciendum vt ex lege donationis abſenti ius quæſitũ adeoque irreuocabiliter fuiſſe videatur. Neceſſe igitur eſt vt citra vllam ſiue ratihabitionem ſiue acceptationem ſiue ſtipulationem & ſola poteſtate legis ac conſtitutionis de qua in *d. l. 3. C. de don. quæ ſub mod.* actio illa abſenti donatario irreuocabiliter acquiratur, vel vt nunquam nulloque caſu ſit irreuocabilis. Nam poſt traditionem factam non iam actio eſt, ſed ipſa res acquiſita, & ſi verum eſt, quod fatentur omnes, non ſolùm ante traditionem illam ſed & ante acceptationem acquiri actionem abſenti & ignoranti, iidem etiam fateantur neceſſe eſt tolli eam non poſſe ſola voluntate donatoris, cùm actiones ſemel competentes non niſi certis modis tollantur inter quos nunquam eſt ſola hominis voluntas. Sed veriùs eſt conditionem tacitam ineſſe videri, ſi in eadem voluntate donator perſeuerauerit. *l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alie.* Iure ſcilicet vetere inſpecto, nam iure nouo aliud eſſe defendo poſt *l. ſi quis 35. §. pen. C. de don.* In eoque diſſentio non tantùm à Bartolo qui contra indiſtinctè ſcripſit ſaluam eſſe donatori pœnitentiæ facultatem, ſed etiam à cæteris, qui vt pœnitentiam excludant, requirunt acceptationem, vel ratihabitionem vel ſtipulationem indiſtinctè non ſeparantes ius vetus à nouo. Moueor ex eo quod iam probaui in ſuperioribus, ſtipulationem quæ in hac ſpecie adhibita ſit, ſiue à donatore ſiue à notario, nullius eſſe momenti, ſi iuris rationem intueare potius, quàm erroneam illam conſuetudinem, quæ induxit vbique ferè terrarum, vt etiam ſine mandato alij cuilibet ſtipulari poſſint notarij, eique actionem vtilem acquirere ſine ceſſione. Quem igitur effectum habere poteſt. Acceptatio verò & ratihabitio licet ſequi poſſit cur tamen neceſſaria videri debeat in eo cui lex proſpicit vt etiam ignorans ex pacto donatoris vtilem & efficacem habeat actionem? Dico legem ei proſpicere non iuris rationem, quia non ex iuris ratione, ſed ex Imperatorum conſtitutionibus primum fit, vt hæc vtilis actio abſenti detur vt ſcriptum eſt in *d. l. 3.* Deinde ex noua lege Iuſtiniani in *d. l. ſi quis argentum. 35. §. penult.* vbi ille conſtituit vt donatio inter viuos hodie perficiatur non ſolùm per traditionem, aut ſtipulationem, ſed etiam per quamcunque teſtificationem voluntatis, vt donator cogatur tradere quidquid dixerit ſe donare, quamuis abſenti. Actionem porrò illam quam habet ſecundus donatarius ab Imperatoribus, non à donatore, licet habeat ob voluntatem donatoris, cur permittatur donatori vt auferat ei ſiue ignoranti, ſiue inuito? arg. *l. ſi arrogator 22. §. 1. D. de adopt.* Dices fortaſſe, Iuſtiniani conſtitutionem illam fauere tantum donatario, non etiam ei cui donatarius poſt certum tempus eam rem donatam reſtituere debuit ex voluntate donatoris. Verùm reſpondeo hunc quoque donatarium eſſe, ſed ſecundum vt probant verba *d. l. 3. Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur. iunct. l. vltim. cum ibi not. C. de legat. l. vt heredibus 50. D. de legat. 2.* & conſequenter ad eum quoque extendi fauorem Iuſtinianeæ conſtitutionis oportere. De quo non dubitaſſent fortaſſis interpretes ſi eius legis poteſtatem, quàm nos in præcedentibus explicauimus bene percepiſſent, quæ illa eſt vt poſſit hodie donatio in abſentem & ignorantem non minùs vtiliter conferri, quàm in præſentem accipientem aut ſtipulantem. Qui interpretum noſtrorum omnium error eſt, quæſtionem hanc ſic tractantium quaſi ex iure vetere ſemper illud ſuperſit vt abſenti donatio fieri nõ poſſit ex *l. abſenti 10. D. de don.* vt ratiocinatur Didacus *d. num. 13. verſ. quantum vero*, & paulò ante *n. 14.* Nam ſi poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem poſſet cogi donator, ſi rem à ſe alij donatam haberet vt eam ſecundo donatario traderet, quanto minùs ei permittendum eſt vt liberalitatem ſuam reuocet quã à contrario implere teneatur? Eſt autem ea Iuſtiniani conſtitutio longè fauorabilior & commodior ſecundo donatario, quam prior illa cuius fit mentio in *d. l. 3. D. de don. quæ ſub mod.* Illa enim fauet ſecundo donatario contra primum duntaxat, qui donationem accepit ea lege, vt poſt certum tempus alij eam reſtitueret: at non contra ipſum donatorem, cuius ſolius voluntate nititur. At Iuſtiniani conſtitutio eidẽ ſecundo donatario fauet etiam contra donatorem, ideoque mirũ non eſt, ſi plus poteſtatis habeat ad impediendã reuocationẽ, quam prior illa priorum Imperatorum, quorum temporib. ita ius erat, vt non poſſet ſecundo donatario prodeſſe, quod in eum liberalitatẽ exercere donator voluiſſet, ſi neque per ſtipulationẽ, neque per traditionem perfecta donatio fuiſſet, quãuis vtili donationi in primum donatarium collatæ vtiliter ea lex dicta eſſet, quia donator tradendo tibi rem donatam ea lege, vt poſt certũ tempus eam mihi reſtituas, nõ ſibi legem dicit, ſed tibi, ob idque poteſt mutare voluntatem, ſi non te, ſaltem me inuito *l. 3. l. quæſitum 8. D. de ſeru. export. iunct. l. Lucius in fi. D. de fideicom. libe.* At non tu eo inuito, ideoque Imperatores actionem vtilem dant ſecundo donatario non contra donatorẽ, quomodo dat Iuſtinianus, ſed contra primum donatarium, nec proinde id agunt vt impediant ne poſſit donator reuocare donationem, quam cõtulit in ſecundũ donatarium, quippe quæ cùm perfecta non ſit, reuocari facile poteſt pro arbitrio donatoris. Nec eo minus quòd ſecundus donatarius liberalitatem in ſe collatã agnouerit. Ea namque acceptatio & ratihabitio, cùm neque ſtipulatio, neque traditio ſit, non perficere poteſt donationem, quæ vt imperfecta ita reuocabilis eſt. Nec ei conſtitutioni alia certè ratio cauſam dedit quàm fauor donationis, qui tantus eſt vt donatoris liberalitatem adiuuari oporteat contra donatarium, nõ fraudari. Nam quod † Didac. diſputat ex contractib. 6
qui re contrahuntur alteri per alterum actionem acquiri, prorſus abſurdum & commentitium eſt, neque probatur ex *d. l. ea quæ ciuiliter. De acquir. rerum domin.* vbi hoc tantùm dicitur, differentiam illam eſſe inter ea quæ ciuiliter & quæ naturaliter acquiruntur, id eſt vt explicandum arbitror, inter ea quæ in iure & ea quæ in facto conſiſtunt, quod quæ iuris ſunt & ciuiliter acquiruntur, ea per illos tantum qui in poteſtate noſtra ſunt acquirimus vt ſtipulationem: quæ vero facti ſunt & naturaliter acquiruntur, vt poſſeſſio, ea per quamcumque etiam liberam nec iuri noſtro ſubiectã perſonam acquirimus. Quid autem commune habent contractus qui re contrahuntur cum iis quæ naturaliter & ciuiliter acquiruntur? An fortè ideo minus acquiruntur iure ciuili ea quæ acquiruntur ex contractu mutui vel permutationis & aliis ſimilibus qui re contrahuntur? Aut quid attinet tractare hic de contractu qui re perficiatur, aut quod faciunt interpretes poſt Bartolum de contractu innominato, ſi donatio

contra

contractus nullomodo eſt, neque nominatus neque innominatus, vt à nobis loco ſuo probatum fuit: Nec quod donatio facta ſub certo modo poteſt dici contractus innominatus ad rem facit, quia vt ibidem docuimus, illo etiam caſu quo donatio contractus innominatus eſt, ſpecialis ratio impedit ne poſſit locus eſſe pœnitentiæ pro donatore, quandiu in eo eſt donatarius vt modum implere queat, ne quod donator liberaliter dedit maligne reuocet, vt ait *l. ad res donatas* 57. *D. de ædilit. edict.* Debuerat ſcribere Didac. in contractibus qui re perficiuntur valere pactionem quamlibet in tradendo appoſitam *d. l. in traditionib.* 48. *D. de pact. l. venditor* 13. *D. commu. præd. l. ei fundo* 19. *D. de ſeru.* Sed ea ratio probaret tantùm, ex eiuſmodi pactione dandã actionẽ donatori, qui pactus fuiſſet non etiam tertio illi abſenti, cuius gratia pactum adiectũ eſſet, quod ad rem noſtram non pertineret. Non enim de actione donatori competente diſputamus ſed de illa, quam Imperatores abſenti ex pacto donatoris dari voluerunt, quã proculdubio nemo vnquam ex pru-
7 dentibus dediſſet. Vnde eſt † quod in *l. cùm maritus* 29. *§. 1. D. de pact. dotal.* quo potiſſimum loco abuti ſolent noſtri vt probent ex pacto vnius acquiri actionẽ irreuocabiliter alteri, proponit Scæuola non modo pactum adhibitum fuiſſe ex parte mulieris in fauorem fratris, cui conſultum volebat cùm dotem marito daret, ſed etiam adhibitam ſtipulationẽ ex parte fratris, ne poſſet dubitari quin deberet ille actionem habere, quam alioqui habere non potuiſſet, vt & *in l. 2. C. de iur. dot.* Quanquam nec ob id in ea ſpecie irreuocabile eſt ius fratris, quoniam non niſi mortis cauſa ſtipulatio illa interpoſita proponebatur vt & in *d. l. 2. & in l. Seia* 11. *in fi. D. de dot. releg.* in eoque errarunt veteres gloſſatores & poſt eos Didacus exiſtimantes in ſpecie *d. l. cùm maritus §. vlt.* quæſitum irreuocabiliter fuiſſe ius fratri, quaſi non potuerit ſoror ſiue legãdo ſiue manumittendo ſeruos donatos nocere fratri. Cùm tamen Scæuola eo loco defectum voluntatis attendat magis quàm poteſtatis vt latiùs ſcripſi in Error. 2. Deca. 45. Nec proinde aut ex ea lege aut ex alia vlla probare poſſis, ex conuentione donatoris ſiue pactum fuerit, ſiue ſtipulatio, aliquam actionem irreuocabiliter acquiri ei, in cuius gratiam facta eſt cõuentio, vt neque rurſum ſi notarius ſtipulatus proponatur. Imperatores tamen nulla etiam interueniente ſtipulatione ſecundo donatario proſpicere voluerunt, vt iuxta donatoris voluntatem haberes vtilem actionẽ. Sed quam actionem vtrum condictionem, aut vindicationem habeat difficilius eſt dicere, propter multas magnáſque rationes noſtrorúmque interpretum autoritates quæ hic inuicem confligunt. Nos hinc primùm incipiamus, cætera omnia de quibus tractare inſtituimus poſtea ordine peracturi.

ERROR VIII.

De vtili actione ei competente, cui donatarius rem donatam poſt certum tempus reſtituere ex donationis lege debuit.

SVMMARIA.

1 *An vtilis actio quam Impp. in l. quoties 2. C. de don. dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata reſtitui à donatario ſit perſonalis, an realis.*

2 *Quibus rationibus perſonalem eſſe d. actionem confirmare nitatur Couarr.*

3 *Quid probent rationes Didaci.*

4 *Qua ratione moueantur Speculator & Decius, vt actionem de qua n. 1. realem eſſe exiſtiment.*

5 *Rationis Spec. & Dec. ambæ propoſitiones vt falſæ refelluntur.*

6 *Donatio facta Eccleſiæ ſub modo nunquam poteſt reuocari ipſo iure ob non impletũ modũ, ſed tantùm agi contra Eccleſiam poteſt vt modus impleatur.*

7 *Fruſtra quæri iuris rationem ad adſtruendam ſententiam quæ vtilem in rem actionem dat poſteriori donatario contra priorem.*

8 *Cur potius vtilem in rem, quàm in perſonam induxerint Impp. in ſpecie d. l. 3. Cod. de don. & n. 12.*

9 *Actionibus in rem ſiue directæ ſiue vtiles ſint, quid communiter conueniat.*

10 *Diſcrimen inter directas in rem & vtiles.*

11 *Quando dominium non poſſit transferri niſi per traditionem.*

13 *Vtilis actio cùm ſimpliciter dicitur, ea quæ eſt in rem potiùs intelligenda eſt, quàm quæ in perſonam.*

14 *Quæ ſit ratio æquitatis qua Impp. moti in ſpecie d. l. 3. vtilem in rem actionem indulſere ſecundo donatario.*

15 *Annon aliqua etiam directa actio competat ſecundo donatario.*

QVÆSTIO eſt, An vtilis † illa actio quam Imperatores dant ei cui ex lege 1
donationi dicta debuit res donata reſtitui à donatario poſt certum tempus, de qua in *l. quoties 3. C. de don. quæ ſub modo*, perſonalis ſit an realis. Nam vt ſuperiore ca. præfati ſumus, volunt quidam eſſe realem, alij verò non niſi perſonalem. Quam poſteriorem ſententiam † 2
pluri b. rationibus firmat Didacus Couarr. *l. 1. varia. reſol. c. 14. n. 3.* tanquam & veriorem & receptiorem. Prima eſt quod ſine traditione dominium ex actu inter viuos trãsferatur. *l. traditionib. 20. C de pact.* Secũda quod verba conſtitutionis conuenientiùs videantur aptari poſſe actioni perſonali, quàm reali, cuius mentionem ſpecialem veriſimile eſt facturos Imperatores ſi de ea ſenſiſſent, vt factum eſt in *ſpecie l. 1. eo. tit.* Tertia quòd ex reſolutione contractus verbis obliquis concepta, quomodo in *d. l. 3.* concipitur, nunquã tranſeat dominium ſine traditione, ſecundum gloſſam communiter receptam in *l. 1. ff. de don.* Quarta, quòd etiamſi in contractu donationis reſolutio eius pacta foret verbis directis vt Didacus loquitur, non tamen tranſiret dominium abſque traditione, cùm id ſpeciale ſit in pactis legis commiſſoriæ & addictionis in diem. Ex Bart. in *d. l. 1. ff. de don. per l. pen. C. de ædil. actio.* Vnum duntaxat caſum excipit Didac. ſi ea lex donationi adiecta ſit fauore eccleſiæ, cuius nimirum ſingulare priuilegium illud eſt, vt in eam dominium transferatur abſque traditione ex *l. vlt. C. de ſacroſ. eccl.* in eamq; rẽ citat *Alex. & Iaſ. ad l. qui Romæ* 122. *n. Flauius n. 17. De verb. obl.* Socin. *ib. n. 14.* Verùm has omnes Didaci † rationes eludere facilè poteſt, quiſquis contra- 3
riam opinionẽ ſequi malit. Nihil. n. aliud probant, niſi quod facilè conceſſurus ſit quilibet, directam actionẽ in rem, quæ ex iuris ratione competit ſoli domino, non poſſe competere ſecundo donatario, qui dominus nunquam factus eſt, neque fieri potuit, nulla interueniente traditione. At nos non de directa actione tractamus; ſed de vtili: quam proinde non ex iuris ratione cõpetere affirmamus, ſed ex Imper. conſtitutione. Contra verò qui defendunt eam conſtitutionẽ de vtili in rem actione accipi oportere, quod primus Speculator ſenſit *tit. De emph. qu. 70.* eumque poſtea ſecutus *Decius conſ. 249. n. 8. & in d. l. traditionib. 20. n. 14. C. de pact.* etſi meo iudicio bene ſentiunt, falſa tamen ratione † mouentur. Aiunt. n. eandem actionem ab Impe. in 4
d. l. 3. dari ſecundo donatario contra primum, quæ datur ipſi donatori. Atqui donatori ipſi competit vtilis actio

actio in ré donatã,ſi donationis placita non ſeruentur
d.l.1.eo.tit. Ergo,inquiunt, etiã donatario ſecundo ea-
5 dem illa vtilis in ré actio competit.Huius ſyllogiſmi †
vtraq.propoſitio falſa eſt. Conſequens quod infertur,
ſi bona illatio eſt,verũ eſſe nõ poteſt.Illud primũ fal-
ſum eſt,eandé actionem ab Imperat.dari ſecundo do-
natario quæ datur donatori.Alioquin dicendum eſſet,
dandã eſſe ſecundo donatario condictioné & repeti-
tioné rei donatæ, cùm ea donatori detur, vt ſcriptum
eſt in *prima part.d.l.quoties.* quod tamen euidenter fal-
ſum & abſurdũ eſt.Condictio.n.ſicut nunquam datur
contra dominũ,neq;domino, niſi contra furé:ita neq;
illi qui dominus nunquã fuit,ſed ei qui dominiũ,quod
aliquando habuit,amiſit, & quod ex aliqua cauſã ei
reſtitui æquum ſit *l. indebiti 15.D.de cond.indeb.l.inter-
dum 29.& paſſ.eo.tit.* Illud deinde falſum eſt , quod in
hoc ſyllogiſmo aſſumitur donatori competere vtilé
actioné in rem,ob non impletam à donatario legé do-
nationis. Nam *l.ex 1.Cod.de donat.quæ ſub mod.* quæ in
hanc ſententiam adduci ſolet , caſum habet ſpecialé,
vt verba ipſa præ ſe ferunt , fauore alimentorum do-
natori ipſi promiſſorum Quis.n.fauorabilior donato-
re præſertim inope, & qui in alimentis indigeat?
Quid rurſum fauorabilius alimentis maximè promiſ-
ſis? Adeo vt hac ratione moti nonnulli auſi ſint adfir-
mare idem iuris habiturum donatorem , etiam contra
eccleſiam donatariam,ſi moram illa cõtrahat in præ-
ſtandis alimentis,quæ promiſerit ſuo donatori, quod
in ſpecie reſpondit Ludou. Roman. *conſ.284.* quam-
uis in eo reprehenſus à Didaco *d.c.14. n.6.* nec im-
6 meritò. *Ex c.verum extr. de cond. appoſ.* ex quo loco
probari vulgo ſolet donationem factam† eccleſiæ ſub
modo nunquam reuocari ipſo iure ob non impletum
modum,ſed tantùm agi contra eccleſiam poſſe vt mo-
dus impleatur:Ne alioqui eueniat vt damnum ſentiat
eccleſia ex prælati ſiue negligentia ſiue ingratitudine:
Præſertim cùm illud etiam noſtris placeat , fauorem
eccleſiæ facere vt modus donationi aliive contractui
cuilibet cum eccleſia inito appoſitus cauſam impul-
ſiuam inducat, potius quàm finalem, vt eodem ſupra-
dicto loco Didacus ratiocinatur. Quod etſi apud me
non eſt ſine dubitatione , vt pleraque alia priuilegia,
quæ in fauorem piæ cauſæ interpretes noſtri pro arbi-
trio comminiſci ſolent contra Iuſtiniani prohibitio-
né in *l. illud 19.in fi.C.de ſacroſ.eccleſ.* in propoſito ta-
men,id eſt circa interpretationem *d.l.1. C.de don. quæ
ſub mod.* non dubito quin tota eius legis ratio,quà par-
te dat vtilem in rem actionem donatori , pendeat ex
fauore alimentorum , nec ad alios caſus ſit porrigen-
7 da. Nullane igitur ratio † adferri poterit pro hac ſen-
tentia,quã & nos probamus,quæ vtilem in rem actio-
nem dat poſteriori donatario contra priorem ? Nulla
prorſus, ſi iuris rationem quæras. Non.n. iuris ratio-
nem habere poteſt ea actio , quæ inducta ſit ex ſola
æquitate benignaque iuris interpretatione, vt lex ait,
denique ſola Imperatorum autoritate : vnde & vtilis
appellatur: quæ proculdubio directa eſſet , dicique
deberet,ſi ex iuris ratione induceretur. Nec eo minus
tamen probabilis videri debet hæc ſententia. Nam ne-
que pro contraria poſſis vllam rationem reperire,quæ
ſuadeat actionem perſonalem donatario ſecundo dã-
dam eſſe contra primum , ex pacto inter alios inito.
Aut ſi qua arte poteris aſſequi vt eiuſmodi perſonalis
actio ſecundo donatario danda ſit contra primum ex
ratione iuris, euinces ſtatim , vt non vtilis dici ea de-
beat,ſed directa, ſicq;fiet vt alia actio ſit, quàm ea de
qua diſputamus,quæ ab Impp.non niſi vtilis appella-
tur.Quid ergo intereſſe poteſt, dicat aliquis , an rea-
lis actio ſit,an perſonalis, cùm iuris ratio neutri pa-
trocinetur , Imperatorũ verò autoritas tã facilè perſo-
nalem actioné inducere potuerit,quàm realé,aut con-
trà? Rep.quamuis † actio vtilis ſiue perſonalis, ſiue 8
realis illa ſit,cũ ratione iuris conſentire nequeat, to-
taq;pendeat ex voluntate & autoritate Imperatorũ,id
tamen ſéper agere Imperatores quoties nouã actioné
inducũt,vt à iuris ratione quàm minimùm fieri poteſt
deflectant. Multo auté alienius fore, ſi vtilis actio in
perſonã primi donatarij ſecundo donatario detur,quã
ſi rem ipſam:quia perſonalis actio dari non poteſt,niſi
in eũ qui aliquomodo ſit obligatus,nec rurſus quiſquã
obligatus eſſe,niſi vel ex cõtractu,vel quaſi,vel ex de-
licto,vel quaſi ,aut proprio ſalté quodã iure ex variis
cauſarũ figuris,vt loquitur *Caius in l.1.in pr.D.de obl.
& act.* Quorũ omniũ nihil eſt quod dici poſſit de pri-
mo donatario , cur aut quomodo videri debeat obli-
gatus ſecũdo,cui nihil promiſit,& cũ quo nõ contra-
xit.Nã quod promiſit donatori ſiue ſtipulanti,ſiue pa-
ciſcẽti & ea lege donãti,poſt certum tépus ſe rem illã
donatã alteri reſtituturũ,obligat quidé ipſum ſed do-
natori à quo ré accipit ea lege,nõ poſteriori donatario,
à quo nihil accipit:maximè verò ſi ponas fuiſſe illum
conuentionis tépore abſenté & ignoranté. Quanquã
quod ille præſens & ſciens fuiſſet,adeoq;liberalitaté in
ſe collatã expreſſim agnouiſſet,rationé iuris in eo mu-
tare nõ poſſet,cùm donatio ex parte donatarij nõ tã-
tùm præſentiã & ſcientiam ipſius requirat,ſed etiã vt
vel ei res tradita ſit,vel ille ipſe fuerit ſtipulatus,ſi ius
vetus intuease.Non ité ſi nouã Iuſtiniani conſtitutio-
nem in *l.ſi quis argentum 35.§.pen.C.de donat.* quæ non
magis ſcientiã & præſentiam donatarij exigit, quam
traditioné & ſtipulationé,ſed contenta eſt ſola teſtifi-
catione voluntatis & animi donatoris. At longè mi-
nùs à ratione iuris abhorret, vt actio in rem vtilis ſe-
cundo donatario accommodetur , quoniã actionib. † 9
in rem omnib.ſiue directæ ſiue vtiles illæ ſint,cõmune
illud eſt vt in eũ dentur qui nullomodo eſt obligatus
§.1.Inſt.de action. Et quãuis non détur niſi ratione do-
minij, ob idq; directa † in ré actio non alij poſſit cõ- 10
petere, quàm qui dominus verè ſit iure gentium vel
ciuili, *l.in rem 23. D.de rei vendic.* vtiles tamen in rem
actiones conſtat iis etiam accommodari qui verè do-
mini non ſint,dũmodo ſint quaſi domini. *l.1.D.ſi ager
vectigal.pet.§.nãque.Inſtit.de action.* Sed etſi diceremus
vtiles in rem actiones non niſi veris dominis compete-
re,quod vtiq; abſurdũ eſſet, ac ferè implicaret contra-
dictioné,non ideo tamé dicendum eſſet cum Didaco,
donatarium ſecundum neq; dominum neque quaſi
dominum eſſe , ob id ſolùm quod non fuerit ei res
tradita. Quod enim ſupponit pro certo transferri non
poſſe dominium † niſi per traditionem,tunc verè dici- 11
tur cùm dominium ab homine transfertur,non autem
cùm à lege, ſiquidem cùm ſex modi ſint transferendi
dominij, inter quos lex eſt,& traditio, vt ſcribit *Vlp.
in fragmen.tit.19.De acquiſit.rer.* non minus poteſt lex
transferre dominium ſine traditione , quàm traditio
ſine lege,vt euenit in hereditatibus & legatis *l.1.D.de
publ.in rem actio.* Porrò quicquid lex facere poteſt,id
fieri etiam poteſt imperatoria conſtitutione , quippe
quæ ſimilem legi habet autoritatem. *§. quos autem.
Inſtit.de bonor.poſſeſſ. §. 1. D. de conſtit. Princ.* Nihil
igitur abſurdi eſt donatarium ſecundum habere vti-
lem actionem in rem ex Imperatorum conſtitutione,
quæ eadem hoc ipſo fecerit eum quaſi dominum rei
donatæ , nullo traditionis miniſterio intercedente.
Eaque ratio † eſt propter quam potuerunt imperato- 12
res in propoſita ſpecie faciliùs inducere vtilem actio-
nem realem,quàm perſonalem , quia multò difficilius
nedum odioſius eſt vt ignorans quis obligetur per le-
gem (quod vix vnquam ſit , ſi excipias cauſam ſuo-
rum & neceſſariorum heredum , quia obligatio om-
nis vinculum eſt quod ciuis Romani libertatem quo-
dammodo imminuit) quàm vt ignoranti dominium

alicuius

alicuius rei per legem acquiratur, maximè ſi ponas, vt in caſu noſtro, naſci actionem ex pacto appoſito in traditione rei donatæ. Nam neque ex pacto ſolet naſci actio, neque pacta inter alios inita aliis prodeſſe poſſunt. *l.iuris gentium.7.§. ſed cùm nulla.l.ſi vnus.27. §.pacta quæ turpem. in fi. D.de pact.* Itaque concurrerent hic omnia illa ſpecialia, vt ex pacto naſceretur actio, & ex pacto inter alios inito, & in fauorem ignorantis, eſſetque minùs odioſum vt ex vnius ſtipulatione alteri cui nominatim ſtipulatus quis eſſet actio quæreretur, vt in ſpecie *l.quodcunque.45.§.ſi quis ita. D.de verb.oblig.l.Caius.45.in fin. D.ſolut.matr.l.pater.7.C.de pact. conuent. tam ſup. dot.* qui omnes loci ſpecialem rationẽ habent propter adfectionem perſonarum, vt ſcriptum eſt in *d.l.Caius.in fin.* ſi tamen locus ille Triboniani potius non ſit de quo alibi ſcripſimus. Eſt igitur probabilior ea interpretatio quæ dat ſecundo donatario vtilem actionem in rem contra primum donatarium, quàm quæ dat perſonalem: Neque
13 nouum videri debet, vtilem actionem † cùm ſimpliciter dicitur, eam intelligi quæ ſit in rem, non in perſonam. Nam & ſic Vlpianus noſter locutus & intelligendus eſt in *l.qui mortis.30. D. de mort. cauſ.don.* vbi ait eum qui mortis cauſa donauit ipſum ex pœnitentia condictionem habere, vel vtilem actionem. Sicut enim vtraque illa actio datur ad rei donatæ repetitionem, repetitio autem fit duobus modis vel per vindicationem vel per condictionem. *d.l. interdum.29. de cond.indeb.* non alio ſenſu poteſt Vlpianus adiecıſſe vtilem actionem, quàm pro actione in rem, vt eam opponeret condictioni, quæ ſemper act o perſonalis eſt, quomodo explicauimus *Decad.44.Error.vlt.* Et ſi quando caſus talis ſit in quo actionem vtilem ex æquitate induci oporteat tam in rem quàm in perſonam priùs inducitur realis, quàm perſonalis: non alia ratione, quàm quia facilius vt in *l.ſi cum venderet.31. D.de pignor.act.* Denique tum etiam cùm nulla ſubeſt neceſſitas concedendæ actionis realis, puta competente iam actione aliqua perſonali, ſi tamen ſubſit æquitas aliqua quæ ſuadeat induci realem, tanquam quæ plus vtilitatis habitura ſit quàm perſonalis, facilè lex realem accommodat vt in *d.l.Cod. de don. quæ ſub modo.* Quantò magis igitur dicemus inductam realem conſtitutione Imperatorum in *d.l.3.* eo caſu quo perſonalis nulla competebat neque directa neque vtilis? Idque apertius fiet ſi inueſtigemus rationem æquitatis & benignitatis qua moueri Imperatores potuerũt vt eam actionem vtilem primùm indulgerent ei cuius
14 fauore donationi dicta lex fuiſſet. Ratio † enim melior afferri non poteſt, quam quòd donatoris voluntas illa fuerit, vt res primo donatario tradita poſtmodum ab eodem alij traderetur, non ad alium finem, quàm vt ſecundus ille donatarius fieret dominus per traditionem: & quidem quam alius facere non poſſet, quàm ipſe donatarius. Nimirum donatore non valente, eidem ſecundo donatario tradere rem, quam priori donatario iam tradidiſſet. Proinde cùm & voluerit donator poſteriori quoque donatario acquiri dominium per traditionem, ob idque obligauerit ſibi priorẽ donatariũm de re tradenda poſteriori: nec tam in eius poteſtate ſit, frangente fidem priore donatario, transferre dominium in poſteriorem, neque per traditionem rei, quam ipſe amplius non poſſideat, neque ſine traditione, quid potuit æquius conſtitui quàm vt idipſum quod prior donatarius facere ſolus poſſet ac deberet, neque tamen vellet, pro facto haberetur, poteſtate conſtitutionis ſupplente factum hominis & illud repræſentante vt in ſpecie *l.vlt.C. ſi manc.ita fuer. alien.* Atqui ſi traditio facta eſſet poſteriori donatario per priorem dubitari non poſſet, quin actionem in rem etiam directam contra quemcunque poſſeſſorem habiturus eſſet poſterior donatarius, tanquam effectus dominus per traditionem. Quidni ergo habebit ſaltẽ vtilẽ ex conſtitutione habente traditionem pro facta, quę re vera facta nõ eſt. Cumq; in hanc rẽ omnino neceſſaria ſit autoritas legis aut conſtitutionis, annon & cõmodiùs eſt & cõſtitutionis dignitati cõuenientius, vt ſublato circuitu traditio habeatur pro facta, quàm vt per vtilẽ actionem perſonalẽ cogatur rem tradere, & ita per traditionẽ dominium transferre in ſecundũ donatariũ, cui poſtea vtilis actio in rẽ cõpetitura ſit aduerſus quemcumque poſſeſſorem? Non ſolet lex, vt neque natura quam imitatur illa, quantum poteſt, facere per plura quod æquè commodè facere poteſt per pauciora *vulg.l.dominus.33. D.de cond. indeb.l. videamus.5. D. ſi cui plus quàm per l. Falc.* Iam autẽ diximus non ſolũ æquè facile ſed etiã facilius eſſe vt recta via inducatur vtilis actio in rẽ, quaſi facta iã dominij trãſlatione, quam vt inducatur vtilis in perſonã donatarij prioris ad obligandũ eum vt eandem rẽ ſibi donatam & traditam alteri tradere cõpellatur. Nec obſcura pro hac interpretatione videntur verba illa *d.l.3.iuxta donatoris voluntatem.* Nã ſi de vtili actione in perſonam ſentirent Imperatores, nõ donatoris ſed donatarij voluntate niti debuiſſent, cum longè melior & æquior futura ſit ratio illa donatarij prioris obligandi poteſteriori, quod ipſe voluerit ſe obligatum de ea re poſteriori donatario reſtituenda quam quòd ea fuerit voluntas donatoris. Quid enim commune habet voluntas donatoris cum ratione inducendæ actionis in perſonã donatarij. An fortè bona eſſe poteſt ratio illa, vt quis obligatus ſit dare aliquid vel facere ob id quod alius ita voluerit? At erit optima ſi ad vtilem in rem actionem accommodetur, quia, cùm actio illa detur ratione dominij, & donator qui dominus fuit, dominiumque ſuum tranſtulit in primum donatarium, eam habuerit voluntatem, vt illud ipſum dominium ad ſecundum donatarium perueniret, æquiſſimum eſt haberi rem illam pro tradita ſecundo donatario, vt habeatur ipſe pro domino in præiudicium primi, propter voluntatem illam donatoris, qui primum donatarium non niſi tanquam miniſtrum & interpoſitam perſonam videtur elegiſſe, nimirum poſt tempus illud quo voluit finiri priorem donationem, cùm placeat donationem fieri poſſe & ad tempus & ex tempore *l.vlt.C.de leg.l.1.C.de don.quæ ſub mod.* & per interpoſitam perſonam *l.4.l. abſenti 10.ff. de don.l.1. §. Sed ſi quis donaturus.e.* In eo namque nulla poteſt videri facta iniuria primo donatario qui donationem ea lege accepit, & cui non eſt permittendum vt donatoris ſui liberalitatem impunè eludat. Alius verò quàm primus ille donatarius multo minùs conqueri poteſt cur pro facto habeatur quòd factum eſſet ſi primus donatarius fidem exſoluiſſet. Nam & ſi circuitus admittendus eſſet, is rei gerendæ ordo foret, vt donator fidem fallente primo donatario nec rem alteri reſtituente, dominium ei condiceret, rurſúmque dominus effectus eandem rem ſecundo donatario traderet, atque ita ipſum quoque dominium faceret. Quid ergo vetat celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, vt ſcriptum eſt in *l.3.§.Sed ſi debitorem.ff.de don int.vir.& vx.l.ſingularia 15. de reb.credit.* & perinde haberi ſecundum donatarium, acſi vel à primo donatario rem accepiſſet, vel à donatore ipſo poſt condictionem? Et hæc de actione illa vtili quam Imperatores dant poſteriori donatario contra priorem dixiſſe ſufficiat. Videndum ſupereſt, An non aliqua, etiam directa † actio ſit quæ eidem poſteriori donatario accomodari debeat. Hoc enim conſequens videtur ei quod ſuperiore capite dicebamus, non tantùm conſtitutionem illam Imperatorum de qua in *d. l.3.* facere pro donatario, ſed etiam nouam Iuſtiniani legem, quæ extat in *d.l.ſi quis*

quis argentum §. pen. C. de don. cuius ſolius poteſtate
fieri diximus, vt non ſit hodie in donatoris poteſtate,
quod olim erat mutare voluntatem & liberalitatis
pœnitere etiam ante tempus, intra quod res donata
debuerat alij reſtitui ex conuentione. Verùm reſpô-
deo nullam ex ea lege poſſe directam actionem com-
petere ſecundo donatario, neque contra primum qui
nihil donauit,neque contra donatorem ipſum: quia li-
cèt non minùs ſecundo quàm primo donatario vo-
luerit donatum, tamen non poteſt vrgeri,ad hoc vt
tradat rem quam non habet,quamque iam alij tradi-
dit. Condictitia verò actio illa quam Iuſtinianus dat
contra donatorem, non ad aliud competit, quàm vt
donator rem donatam tradere cogatur. Nec eſt con-
trarium quod alio capite diximus prohiberi ex ea le-
ge donatorem ne donationem reuocare poſſit. Nam
cum in Iuſtiniani conſtitutione duo ſint,quæ induxit,
Vnum vt valeat donatio etiam ſi neque traditio, ne-
que ſtipulatio,neque pactum interuenerit. Alterum
vt contra donatorem competat condictio ex ea lege,
nihil impedit quominùs ceſſante poſteriore capite ſu-
perſit prius, quod ſufficit ne donationem reuocare
poſſit donator, qui etiam tradere teneretur,ſi trahen-
di facultatem haberet.

ERROR IX.

*De differentia donationis inter viuos, & donatio-
nis causa mortis cùm alicui res ita donatur,
vt poſt certum tempus alij reſtituatur.*

SVMMARIA.

1 *Quæ actio detur ei cui res donata reſtitui debuit per donatarium ex lege donationis inter viuos dicta: quæve competat, ſi donatio fuerit cauſa mortis.*

2 *Donatarius cauſa mortis fideicommiſſo grauari poteſt, at donatarius inter viuos non poteſt & n. 11.*

3 *Donatio quandiu perfecta non eſt, poteſt conditiones recipere pro arbitrio donatoris.*

4 *Actio ex teſtamento contra quem detur.*

5 *Fruſtra quærit Baldus an fideicommiſſum quo oneratus eſt donatarius cauſa mortis peti poſſet non adita hereditate.*

6 *Quando infirmetur donatio cauſa mortis propter non aditam hereditatem.*

7 *Error interpretum, fideicommiſſum iniunctum donatario cauſa mortis habentium pro donatione cauſa mortis reiicitur.*

8 *Differentia inter caſum vulgarem ſubſtitutionis, & caſum fideicommiſſi.*

9 *Quoties donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, fideicommiſſi caſus expreſſus videtur, non vulgaris.*

10 *Interpretum plures errores notantur.*

1 NON quæ actio † datur ei, cui res dona-
ta reſtitui debet per donatarium ex lege
adiecta donationi inter viuos, eadé dari
poteſt ei cui debuit res donata reſtitui
ex lege dicta donationi cauſa mortis. Prior non alia
eſt quam actio in rem vtilis de qua præcedenti capite
diximus. Poſterior verò ea ipſa actio eſt quæ pro fi-
deicommiſſo competeret, ob idque fideicommiſſi
actio appellatur in *l. 1. C. de don. cauſ. mort.* & à no-
ſtris paſſim actio ex teſtamento. Diuerſitatis ratio eſt,
2 quia donatarius † cauſa mortis fideicommiſſo graua-
ri poteſt perinde ac legatarius aut fideicommiſſarius
quilibet, *l. Seia 11. in fi. D. de dot. releg. l. cùm pater 77. §. mater filiis. de leg. 2.* at donatarius inter viuos non
poteſt, quippe cui non poſſit donator eripere libera-
litatem, quæ tamen per fideicommiſſum eriperetur.
Conſequenter non quemadmodum æquitas & neceſ-
ſitas coëgit Imperatores in *l. 3. de don. quæ ſub mod.* vt
inducerent vtilem in rem actionem fauore illius cui
donatarius inter viuos rem donatam reſtituere de-
buiſſet,nec reſtituiſſet: Ita eandem actioné vel æquum
vel neceſſe fuit dari contra donatarium cauſa mortis,
contra quem ſufficit vt agere poſſit tanquam ex fidei-
commiſſo. Non dico ex teſtamento vt interpretes no-
ſtri loquuntur,quia errorem illum qui pro donatione
cauſa mortis dat actionem ex teſtamento iam profli-
gauimus in Error. vlt. Decad. 45. longéque aliud eſt
agere ex fideicommiſſo, aliud verò ex teſtamento,
cùm fideicommiſſa non tantùm in teſtamento relin-
qui poſſint,ſed etiam ab inteſtato *l. filiusf. 18. D. ad leg. Falc.* Sed & in eo fideicommiſſo de quo nunc agimus,
i. quod relictum præſtandúmque ſit à donatario cauſa
mortis, hoc amplius eſt quod neque in teſtamento
relinqui ſolet, quia neque donatio cauſa mortis in te-
ſtamento fieri poteſt, vt eadem Decade probauimus.
Illud ſanè non nego poſſe hoc fideicommiſſum relin-
qui in teſtamento, quia cùm donatio cauſa mortis,
etiam quæ per traditionem vel per ſtipulationem fa-
cta eſt, non videatur perfecta priuſquam donatoris 3
mors inſequatur *l. non videtur 32. D. de mort. cauſ. donat.* certum eſt donationem quamdiu perfecta non
eſt poſſe conditiones recipere pro arbitrio donatoris
l. perfecta 4. à contra. ſenſ. Codic. de donat. quæ ſub mod.
nec proinde referre an in teſtamento an extra teſta-
mentum adiecerit ille onus fideicommiſſi, cùm etiam
à debitore, cui nihil prorſus neque in teſtamento, ne-
que extra teſtamentum fuit relictum, poſſit relinqui
fideicommiſſum, ſiue in teſtamento ſiue extra teſta-
mentum *l. ſi pecunia 77. de legat. 1. l. cùm quis decedens 37. §. pater in fin. De legat. 3. l. Publia 26 D. depoſit.*
Cuius fideicommiſſi nomine ſicuti nemo dubitat quin
actio competat fideicommiſſario contra debitorem
ipſum, qui fuit oneratus vt ſupradictis locis ſcriptum
eſt: Ita neque dubitandum eſt aut quærendum an di-
cenda ſit actio ex teſtamento, nec ſi fideicommiſſum
tale in teſtaméto relictum ſit. Non ſolùm quod ab in-
teſtato quoq; relinqui poſſit vt diximus, ſed etiã quia
inauditũ eſt vt actio † ex teſtamento contra aliũ quàm 4
contra heredem detur, cúmue qui heredis loco ſit
puta bonorum poſſeſſorem, aut fideicommiſſarium
vniuerſalem. Vnde & illud miror † quod à Baldo & 5
cæteris ad *d. l. 1. C. de don. cau. mor.* quæri tractarique
video, An fideicommiſſum hoc peti poſſit ſi adita non
ſit hereditas ex teſtamento, aut etiam ab inteſtato.
Quid n. eget aditione fideicommiſſum, quod non ab
herede,ſed ab alio præſtandum eſt? An fortè aditio-
ne vlla opus eſſet ad confirmandum fideicommiſſum,
quod & ab inteſtato & à debitore relictum propone-
retur? Niſi fortè ad id reſpicere volunt interpretes,
quod mortis cauſa donatio infirmatur ſi hereditas
neque ex teſtamento neque ab inteſtato adeatur. De
quo ſcripſimus in *Err. 7. Dec. 45.* Quoties enim do-
natio cauſa mortis non valet, fideicommiſſum quo-
que donatario iniunctum non valere neceſſe eſt *ar. l. fideicommiſſ. 78. de leg. 1.* Sed quod ad mortis cauſa
donationes attinet monuimus ſuo loco diſtinguen-
dum eſſe an ita ſit facta donatio † vt dominium ſtatim 6
transferatur, an quod frequentius eſt ita vt dominij
tranſlatio poſt mortem conferatur. Priore namq; ca-
ſu cùm donatio perficiatur viuo donatore, ita vt poſt
ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod
legis autoritas, & aditionis poteſtas neceſſaria videri
poſſit,non ob id ſolùm infirmari debet donatio, quod

nemo

nemo ſit qui hereditatem adire velit aut ex teſtamẽto aut ab inteſtato, quia huiuſmodi mortis cauſa donatio propiùs accedit ad donationem inter viuos cum inter viuos perficiatur, quàm ad vltimam voluntatem, cuius propria vis illa eſt vt non niſi patrefamilias mortuo perficiatur. Verùm in eo quo-
7 que errant interpretes, quod fideicommiſſum † iniunctum donatario cauſa mortis, habent pro donatione cauſa mortis, indéque ſumunt occaſionem quærendi & diſtinguendi an relictum ſit per ſtipulationem an per nudum pactum, an verò iure vltimæ voluntatis, neque pacto neque ſtipulatione interueniente. Sic enim idem Baldus diſtinguit *ad d.l.1.* concluditque ſi ſtipulatio interuenerit, agendum ex ſtipulatu. Si pactum nudum, agi oportere condictione ex lege Iuſtiniani in *l.ſi quis argentum 35. §. penult. C. de dona.* Si verò neq. pactum neq. ſtipulatio interceſſerit agendum ex teſtamento. Quam diſtinctionem quia iam alibi refutauimus, ſufficiat hic retuliſſe & monuiſſe fideicommiſſum huiuſmodi quod iniunctum ſit donatario cauſa mortis, licet donatio ſit vt & aliud legatum vel fideicommiſſum quodlibet, quod definitur donatio in *l. legatum 36. de leg.2.* non tamen poſſe dici donationem cauſa mortis, vt ex eo intelligimus, quod alioqui non valeret collata in abſentem. *l.inter mortis. 38.D.de mort. cauſ. don.* eſſetq neceſſaria vel traditio vel ſtipulatio, quarum alterutram toties iam diximus neceſſariam eſſe ad mortis cauſa donationem faciendam: cùm tamen neutra eſſet neceſſaria in faciendo fideicommiſſo. Aliáque ratio eſt ſubſtitutionis vulgariter factæ in donatione cauſa mortis, puta in eum caſum quo donatarius cauſa mortis capere non poſſet vt in ſpecie, *l.vt heredibus.50. de leg.2.* Eo namque caſu ſubſtitutus proculdubio fideicommiſſarius non eſt, ſed donatarius cauſa mortis, ideóque ponit illa lex interueniſſe ſtipulationem fauore ſubſtituti, qua nulla eſſet opus fideicommiſſario. Notáque ea eſt differentia inter caſum
8 vulgarem † & caſum fideicommiſſi, quod qui ſuccedit in caſum vulgarem, capit non ab eo cui fuit ſubſtitutus, ſed à patrefamilias qui ſubſtituit: qui verò in caſum fideicommiſſi, quamuis capiat ex iudicio illius, qui fideicommiſſum reliquit, capit tamen per manus illius cui ſubſtitutus eſt, ſi ſubſtitutus dicendus eſt qui ex fideicommiſſo, admittitur, quod negat *Papi. in l. tres tutores 39. §.heres. ff. de adminiſtr. tutor.* Quòd enim iam alteri quæſitum eſt ſiue donatarius ſiue legatarius ille ſit non poteſt amplius quæri fideicommiſſario niſi per mediam eius perſonam qui priſtinus dominus fuit: qui porrò nullus eſt cùm caſus vulgaris contingit, quia dominium recta via tranſit ab eo qui ſubſtituit, in ſubſtitutum.
9 Cæterùm quoties † donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, vt in *d.l.1.C.de don.cauſ.mort.* aut quod idem eſt ab vno ad alterum, fideicommiſſi caſus expreſſus videtur, non vulgaris: quoniam illi articuli *ab & ad* ſignificant motum illum qui fit ab vno extremo ad aliud per tranſlationem dominij & ita ſupponunt eam partem quæ ad ſuperſtitem peruenire debeat fuiſſe aliquando acquiſitam prædefuncto, à quo alioquin dominium peruenire ad ſuperſtitem non poſſet, quod & Paul Caſtr. ad *l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommiſſo de l. 2.* Nec inutilis obſeruatio eſt in vtrum caſum facta donatio ſit an in vulgarem an in fideicommiſſarium, cùm facta in vulgarem non aliter valeat, quàm ſi vel ſtipulatio interuenerit vel traditio, facta verò in fideicommiſſarium contenta ſit voluntate ſola donatoris. *d. l. vt heredib. iunct. d. l. 1.* Et tamen negligitur hæc diſtinctio ab interpretibus † nihil aliud 10
inſpicientibus, niſi an donatio facta ſit per ſtipulationem, an per pactum, an per nudam donatoris voluntatem, Et pro certo habentibus donationẽ cauſa mortis poſſe hodie fieri nulla traditione neque ſtipulatione interueniente, ſed tantùm nudo pacto, ideóque citra pactum in teſtamento vel in codicillis quæ omnia falſa ſunt. Quare nec mirum illud eſt, quod iidem interpretes in eo quoque errant, quod non diſtinguunt donationes cauſa mortis à donationibus inter viuos in illa ſpecie cùm res donata eſt ea legẽ vt poſt certum tempus alij reſtituatur: In eo denique quod actionem illam ex teſtamento quam volunt dari ei cui donatarius cauſa mortis reſtituere rem debet, non niſi vtilem eſſe aiunt poſt Baldum, quæ tamen ſanè directa eſt tanquam quæ competat ipſo iure non ex benigna ſolùm iuris interpretatione, vt illa vtilis in rem actio quam Impp. accommodarunt ex pacto inſerto donationi inter viuos. Certo namque certius eſt fideicommiſſo † grauari poſſe 11
donatarium cauſa mortis & alios omnes ad quos aliquid peruenit ex vltimo iudicio eius, qui tam facilè voluntatem mutare potuerit, ſi voluiſſet eo tempore quo fideicommiſſum relinquere *d.l. Seia 11. in fi. D. de dot. releg & tit. De ſing. reb. per fideic. relict. in princ.* Donatarium verò cauſa mortis tanto faciliùs quàm legatarium aut fideicommiſſarium, quod non tantùm liberalitatem à donatore ſuo accipere intelligitur, ſed etiam donatoris ſui debitor eſſe conſtitutus, cùm inter donatorem & donatarium cauſa mortis aliquod negotium geri intelligatur qua parte donator ſe cogitat & mauult ſe quàm donatarium habere vt loquitur Paulus in *l. Senatus 35. §. 1. D. de mort. cauſ. don.* ita vt reuocante donationem ex pœnitentia donatore teneatur donatarius condictione *l. qui mortis 30. eod.* Itaque mirum non eſt poſſe ab eo fideicommiſſum relinqui tanquam à quocunque alio debitore ex Diui Pij conſtitutione quæ hoc induxit *d. l.ſi pecunia 77. de leg. 1. d. l. cum quis 37. §. pater in fin. de legat. 2.*

ERROR X.

De fideicommiſſo conuentionali.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſum conuentionale quodnam dicatur interpretibus.*

2 *Interpretes erroneè cenſent fideicommiſſum in contractu fieri poſſe: & vnde hunc errorem traxerint.*

3 *Alius error interpretum exiſtimantium fideicommiſſum eſſe, quoties agi vident de ea re quæ vni iam acquiſita fuerit alteri reſtituenda refellitur.*

4 *Fideicommiſſum in teſtamento relictum definit eſſe fideicommiſſum, ſi teſtator iubeat de eo conſcribi aliquam cautionem & inſtrumentum. & cur.*

5 *Exponitur leg. pater 35. §. penultima D. de legat. 3.*

6 *Explicatur l. Balliſta 32. D. ad SC. Trebell.*

7 *Nullum eſt fideicommiſſum conuentionale.*

8 *Differentia inter fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem.*

9 *Malè colligi ex l. Publia 36. D. depoſiti. aliquòd eſſe fideicommiſſum conuentionale.*

10 *Vnde dignoſcatur an teſtator fideicommiſſi, an verò*

reſtitutionis

reſtitutionis inter viuos facienda onus iniungere voluerit.

FIDEICOMMISSI conuentionalis frequens mentio fit apud iuris noſtri interpretes præſertim recētiores, apud
1 prudentes verò & Impp. noſtros nuſquam. Conuentionale † fideicommiſſum noſtri vocant, quod ex conuentione & contractu proficiſcitur, Puta ſi in contractu aliquo ſiue donationis ſiue alio quolibet (nec enim erubeſcunt donationem tam inter viuos, quàm quæ mortis cauſa fit contractum appellare) conuenerit vt res vni ex contrahentibus acquiſita, ſubinde alij ſiue purè ſiue in diem, aut ſub conditione reſtituatur, eiuſque rei exemplum petere ſolent ex *l. quoties 3. Cod. de donat. quæ ſub mot. iunct. l. 1. C. de don. cauſ. mortis.* Nam quemadmodum pro vero habent poſſe contractum fieri etiam in teſtamento, in quo eos errare oſtendimus in præcedētibus, ita & contrario errore putant, fideicō-
2 miſſum † (miror quòd non dicant teſtamentum,) fieri poſſe in contractu. Errandi verò occaſionem ſumunt ex coniunctione dict. *l. tertia Cod. de donat. quæ ſub mod. cum dict. l. prima. Cod. de donat. cauſa mort.* Etſi enim vident quod vnicuique obuium eſt, hanc loqui de donatione cauſa mortis, illam verò de donatione inter viuos, tamen cùm nullam agnoſcant differentiam inter has tam diuerſas donationis ſpecies, perinde habēt quod in vtraque ſpecie ſeparatim ſcriptum eſt, acſi eadem lege coniunctim de vnaquaque donationis ſpecie ſcriptum eſſet, poſſe eam in contractu fieri hoc pacto vt res donata Titio reſtituatur Sempronio, eóque caſu actionem Sempronio contra Titium ex fideicommiſſo dandam eſſe. Quamquam neque in errorem hunc tam facilè inciderent, niſi placerent ſibi etiam in eo errare, quod
3 fideicommiſſum † induci putant quoties agi vident de ea re, quæ vni iam acquiſita fuerit alteri reſtituēda. Qui error omniū ſtolidiſſimus eſt. Non enim ſicut ex omni fideicommiſſo reſtitutio fit, ita vt fideicommiſſa reſtitutiones appellētur, non quidem à prudentibus aliiſve paritè loquentibus ſed à Triboniano in *l. generaliter ſexta. & in rubric. C. de inſtitut. ſubſtitut. & reſtitut. & in Nouell. 39. De reſtitut. & ea quæ par. vndec. menſ. & Nouell. 108. De reſtitut.* Sic viciſſim omnis reſtitutio vel fideicommiſſum dici, vel ex fideicommiſſo fieri dicenda eſt. Quot enim & quàm multi actus ſunt ex iis etiam qui inter viuos fiunt, ex quibus euenit fieri reſtitutionem? Exemplum eſto in condictionibus omnibus, quæ ſicut repetitiones ſunt ex parte actoris, ita quid aliud ſunt quàm reſtitutiones ex parte eius qui conuenitur? *l. videamus trigeſima octaua §. primo. & ſequentibus. ff. de vſur.* Sed & ipſa dominij vindicatio quid aliud inducit quam rei reſtitutionem ex parte poſſidentis *l. & ex diuerſo trigeſima quinta. § primo. l. qui reſtituere ſexageſima octaua. Digeſt. de rei vindicatione.* Quid ergo abſurdius eſt quàm dicere ſi quis per ſtipulationem aut per legem contractui dictam promiſerit aliterve obligatus ſit rem aliquam reſtituere, protinus fideicommiſſum eſſe? Tantùm verò abeſt vt fideicommiſſum in contractu fieri poſſit quomodo volunt interpretes, vt tùm quoque cùm teſtamentum factum, & fideicommiſſum † in teſtamento relictum eſt, fideicommiſſum
4 tamen eſſe deſinat ſi teſtator iubeat de eo conſcribi aliquam cautionem & contractum. Nempe quia nihil tam contrarium eſt fideicommiſſo, quàm ſi ei cuius fides electa eſſe dicitur, cautionis onus iniungatur. Quorſum enim cautio iniungitur, niſi vt appareat non eam eſſe teſtatoris voluntatem, vt præſtationis neceſſitas pendeat ex ſola fide rogati? Eiuſque rei exemplum duplex, vtrumque inſigne, ſed à paucis obſeruatum, vnum apud Scæuolam in *l. pater 38. §. penultimo. De legat. 3.* Alterum apud Celſum in *l. Balliſta 32. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.*
Apud Scæuolam † *d. § penult.* proponebatur mater fi- 5
lios heredes ſcripſiſſe, & adieciſſe hæc verba: *prædia quæ ad eos ex bonis meis peruētura ſunt nulla ex cauſa abalienent ſed cōſeruent ſucceſſioni ſuæ deque ea re ſibi inuicem caueant.* Et cùm quæreretur, An ex his verbis ea prædia per fideicommiſſum relicta viderentur, Reſpondit Scæuola nihil de fideicommiſſo proponi. Quod ſanè mirum eſt cùm conſtet ex alienationis prohibitione quæ modo cauſam habeat nec nudum præceptum ſit, fideicommiſſum induci ſaltem in caſum contrauentionis. Nudam verò prohibitionem non eſſe, quoties ob eam cauſam fit, vt ſiue teſtatoris prohibentis, ſiue heredis qui prohibitus eſt ſucceſſorib. poſteriſque conſulatur. *l. filiusfamilias 114. §. libertis & §. cùm inter de leg. 2. d. l. pater 38. §. 1. §. fundum & ſeqq. de leg. 3.* In propoſito autem caſu verba illa poſt alienationis prohibitionem adiecta *ſed conſeruent ſucceſſioni ſuæ* oſtendunt apertè cauſam illam fuiſſe prohibendæ alienationis vt teſtatricis bona heredum poſteris conſeruarentur. Quidni ergo fideicommiſſum valet? Nimirum quia verbis illis ſequentib. *déque ea re ſibi inuicem caueant* mater liberis onus cautionis iniunxerat & ita maluerat cautioni quàm heredum fidei prohibitionem committere. Quod non intelligens Vigel. ſcripſit ſequentia illa *nihil de fideicommiſſo proponi* legendumque *dubitari* pro *proponi.* Tam improbabiliter vt vix quicquam improbabilius dici poſſit. Apud Celſum
verò, † cùm quidam filium familias heredem inſti- 6
tuiſſet, ac deinde ita ſubieciſſet *Rebellianus ſi caueris colonia Philippenſium ſi ſine liberis morientur quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum peruenit eam pecuniam omnem ad coloniam Philippenſ. peruenturam.* Reſpondetur ex ſupradictis verbis etiam fructus quos heres ex hereditate perceperit reſtituere illum debere perinde quaſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſiſſet. An propter dictionem *pecuniam* vt vulgati codices habent? Minimè vt ex eo conſtat quod ex eodem Celſo Marcianus ſcribit in *l. ſcribit Celſus 33. eod.* An propter adiectam dictionem illam vniuerſalem *omnem* ne hoc quidem, vt apparet ex *l. heredes mei. 57. in princ.* An denique propter dictionem *quantacunque* vt volunt interpretes quæ geminata eſt ideoque maiorem effectum habet? Hoc quoque falſum eſt, quia nihil poteſt intereſſe an teſtator dixerit *quantacunque*, an verò *quicquid peruenerit*, neutróque caſu veniunt fructus *l. quod his verbis 83. de legat. 3.* quia fructus non hereditati ſed rebus ipſis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S C. Trebell.* Ratio igitur propter quam reſpondit Celſus in hac ſpecie fructus eſſe reſtituendos non ex alio petenda eſt, quàm ex eo quod teſtator iuſſerat caueri de omni eo reſtituendo quod ad heredem perueniſſet, ob idque non tam ex fideicommiſſi cauſa, quàm ex conuentione fit reſtitutio, quam ideo pleniorem eſſe nihil prohibet, ex veriſimili ſi non teſtatoris, ſaltem contrahentium voluntate: quod & ante nos bene obſeruauit Iacob. Cuia. *lib. 4. obſeruat. cap. 39.* vbi monet interpretationem illam quæ eſt in *d. l.* Balliſta *id eſt pecuniam* non eſſe Celſi ſed interpretis potiùs & quidem imperiti. Sed hoc obiter dictum ſit. Id enim dūtaxat nunc agimus, vt oſtēdamus fideicōmiſſum eſſe nō poſſe, quoties teſtator præcepit caueri, & in contractū redigi onus faciēdæ reſtitutionis. Ac proinde implicare contradictioné vt aliquod ſit fideicōmiſ-
ſum conuentionale, † in eóque turpiter hallucinatos 7
quotquot

quotquot ita locuti ſunt, In quo numero video eſſe Decium *conſ.63.n.4. conſ. 613. col.2.conſ. 245.n.7.& 8.Guil. Bened. in verb.ſi abſque liberis 2.n. 23. Crauet. conſ.130.circ.fi.& conſ.19.n.8.Soc.iun.conſ. 142.n.11. & alibi ſæpe.Gabr. Palaeot. De nothis c.51.n.1.* & alios quàm plures, quamquam nec deſunt qui nobiſcum contrà ſentiant ad *l.qui Romæ.§.cohæredes de verb.obl.* Quanta verò differentia ſit inter fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem (ſic enim malo
8 appellare, quia ſubſtitutionis † nomen multo latius eſt quàm fideicommiſſi) ex eo intelligimus, quòd fideicommiſſum ſemper reuocabile eſt, tanquã quod vltimæ voluntatis iure cenſeatur, aut potius nihil aliud ſit niſi vltima voluntas. Subſtitutionem verò conuentionalem reuocare non licet, ſi modo ius aliquod quæſitum ſit ei qui fuit ſubſtitutus, puta quod ille ipſe fuerit ſibi ſtipulatus, aut quod ex lege aut conſtitutione aliqua citra ſtipulationem actio ei accommodetur ſiue directa ſiue vtilis, vt in *d. l.3.C. de don.quæ ſub.mod.* ſiue perſonalis illa ſit, vt volunt interpretes, ſiue in rem vt nos interpretati ſumus. Itaque ſi donatio facta ſit Titio inter viuos, ſed ea lege vt poſt ipſius mortem eadem res Sempronio reſtituatur, non fideicommiſſum conuentionale erit, ſed ſubſtitutio conuentionalis vt in *d. l.3.* ob idque nec reuocari olim poterat, ſi ex parte Sempronij ſtipulatio interueniſſet, nec hodie poteſt, poſtquam Iuſtiniano placuit vt donatio etiam citra ſtipulationem aut pactum nudum quacunque voluntatis teſtificatione perficiatur, quemadmodum ſupra docuimus ex *l.ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* Si verò donatum ſit Titio cauſa mortis ea lege vt reſtituat Sempronio, non ſubſtitutio conuentionalis eſt, ſed fideicommiſſum conuentionale vt in *d.l.1. C. de don. cauſ.mort.* & conſequenter reuocabile ad nutum & arbitrium donatoris. Nec quod in contractu ea ſubſtitutio facta ſit impediet ne ſit reuocabilis, ſi modo ab eo facta ſit qui fideicommiſſum relinquere potuit, & ei qui fideicommiſſo potuit onerari. Præcipuum verò illud eſt quod concurrere oportet vt non niſi mortuo eo qui onus adpoſuit ſubſtitutio illa locum habere poſſit. Eſt.n.vera & infallibilis ea nota vltimæ voluntatis vt vires nullas habeat viuo illo cuius eſt, ſed poſt ipſius mortem duntaxat: quod euenit in ſubſtitutione facta donatario cauſa mortis in eum caſum quem vulgo fideicommiſſarium appellant, id eſt quo res vni reſtituenda, fuerit iam alteri quæſita. Id enim eſt quod ait *d.l.1.C.de do.cauſ.mort. Si donatio perficiebatur* cùm donatio cauſa mortis non niſi donatoris morte perficiatur *l. non videtur 32.ff.eo.* At ſubſtitutio facta donatario inter viuos etiam in illum ipſum caſum quem fideicommiſſarium vocant; id eſt de re poſt acquiſitionem reſtituenda, poteſt effectum habere viuo quoque donatore, ſiue poſt certum tempus ſiue poſt mortem ſuam donatarius rem reſtituere obligatus ſit, cum donatio inter viuos quã perfici neceſſe eſt antequam onus ei inſertum habere locum poſſit, eo ipſo inſtanti quo fit perficiatur. Non eſt igitur ea ſubſtitutio ſpecies vltimæ voluntatis nec proinde fideicommiſſum. Sunt qui probent 9
aliquod eſſe fideicommiſſum † conuentionale ex *l. Publia 26.ff.de poſit.* Sed malè. Nam in ea ſpecie depoſitaria ſicut nihil promiſerat fideicommiſſario ita non erat ei obligata, niſi hactenus vt poſt mortẽ Publiæ Mæuiæ quæ res ſuas depoſuerat ea res fideicõmiſſario reſtituere ex fideicommiſſo teneretur. Nimirum ſi in eadem voluntate Publia Mæuia moreretur, Inductio iam tunc ex conſtitutione diui Pij vt fideicommiſſum à quocunque debitore præſertim à fideicommiſſario relinqui poſſet *l.ſi pecunia 77.de leg. 1.* Nos autem non negamus poſſe grauari quem etiã in contractu, vt poſt mortem contrahentis alteri reſtituat, dummodo tantum ei cum quo contrahit, non etiam fideicommiſſario obligetur ex contractu, vt in ſpecie *l.cum quis decedens 37.§.pater. de leg.3.* ſed negamus fideicommiſſum eſſe ſi reſtituendi neceſſitas ex obligatione per ipſum qui grauatus ſit contracta proficiſcatur, nec ſolùm illi ipſi cum quo contrahit, ſed etiam fideicommiſſario obſtrictus repetiatur, ſiue directa ſiue vtili actione, quia tunc obligatio eſt inter viuos contracta, non fideicõmiſſum, vt in ſpecie *d.l.3.C.de don. quæ ſub mod.* Dicimus verò fideicõmiſſum eſſe, non conuentionem, cum talis conuentio eſt ex qua nulla inter viuos obligatio actióve naſcatur in fauorem fideicommiſſarij licet in conuẽtione ac per modum conuentionis fideicõmiſſi onus iniunctum proponatur vt in *d.l. Publia & d.l.1. C. de don.cau.mort.& d.l.cùm quis 37.§.pater de leg.3.* An autem † teſtator fideicõmiſſi an verò reſtitutionis inter 10
viuos faciendæ onus iniungere voluerit, ex eo vt plurimũ dignoſcitur & æſtimatur quod voluerit rẽ reſtitui aut poſt mortem ſuam aut poſt mortem eius quem ad reſtitutionẽ obligauit. Priore namque caſu fideicommiſſum eſt, non reſtitutio inter viuos, Poſteriore verò, reſtitutio inter viuos eſt non fideicommiſſum, vt conſtat ex ſuprà adductis iuris locis, præſertim ex *d.l.3.C.de don.quæ ſub mod.* in qua neque neceſſitas neque æquitas vlla fuiſſet indulgendæ ſecundo donatario actionis in rem, ſi ex iuris ratione potuiſſet ille habere actionem ex fideicommiſſo.

ANTONII FABRI I C.

Decas Quadrageſima octaua.

ERROR PRIMVS.

De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore abſentis an inuito vel ignorante abſente poſſit reuocari poſtquam dies venit.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiant interpretes ſententiam Bartoli, quòd liceat donatori reuocare pactum à ſe appoſitum in donatione de re donata vni, alteri poſt tempus reſtituenda.*

2 *Ex l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. malè colligere interpretes poſtquam venerit dies qua ex pacto donationi appoſito res donata tertio competit, donationem reuocari non poſſe.*

3 *Expenditur ratio qua probat Didacus ex ſolo diei lapſu non impediri reuocationem.*

4 *Differentia inter vtilem & directam in rem actionẽ.*
5 *Ex Iuſtiniani Conſtitutione donator non poteſt donationem reuocare in præiudiciũ ſecundi donatarij.*
6 *In ſpecie propoſita diſtinctio quæ ſit adhibenda.*
7 *Reſponſio autoris ad textus ll. pro Bartolo allegatos.*
8 *Diſputatio huius capitis ad quas donationes pertineat.*
9 *Quando contingat donationem cauſa mortis eſſe irreuocabilem.*

TAmetsi opinio illa Bartoli ad *l. qui Roma 122. §. Flauius D. de verb. oblig.* de
qua iam multa ſcripſimus Decade præ-
1 cedenti, Quòd † donatori liceat reuo-
care pactum à ſe appoſitum in dona-
tione de re donata vni, alteri poſt tempus reſtituen-
da, frequentiore noſtrorum interpretum calculo
recepta eſſe videatur, ſi credimus Didaco Couarr.
lib. 1. var. reſol. c. 14. n. 13. verſic. paulo ante nu. 14. In eo
tamen omnes conueniunt vt procedat pendente die
acquiſitionis rei donatæ, non etiam ſi iam venerit
dies in pacto appoſita, ad quam reſtitui debeat res
donata. Tunc enim fatentur illi etiam qui Bar-
tolum ſequuntur, ex eo tempore rem donatam
competere abſenti, nec poſſe pactum per donato-
rem reuocari, quòd abſurdum fuerit pœnitentiæ lo-
cum relinquere poſtquàm ius alteri quæſitũ fuit. Sic
enim Alex. Socin. & Iaſ. *n. 17. ad d. §. Flauius,* Decius
conſ. 48. Andr. ab Exea *in rubr. De pact. nu.* 151. quos
omnes ſupradicto loco Didacus refert. Mouentur
2 omnes † ex *l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alienat.* vbi reſ-
criptum eſt ex pacto præſtandæ libertatis in dona-
tione appoſito competere libertatem poſt lapſum
temporis, ſi non ante donator voluntatem mutauit.
Sed Didacus reſpondet nec malè aliam eſſe ratio-
nem libertatis, de qua tractatur in ea lege, aliam cu-
iuſlibet alterius rei ex pacto præſtandæ, propterea
quod ex conſtitutione Diui Marci, cuius ibidem fit
mentio, & quam licet non niſi de venditis ſeruis
locutam placuit porrigi etiam ad donatos, libertas
competit ipſo iure ſtatim atque dies venit in qua
præſtari ex pacto debuit, poteſtate conſtitutionis
repræſentante factum hominis vt ait *l. vlt. eod. tit.* vt
proinde ex eo tempore non tam de pacti quàm de li-
bertatis reuocatione quærendum ſit. At libertatem
ſemel competentem certum eſt reuocari numquam
poſſe. Mirum igitur non eſt nullum pœnitentiæ lo-
cum ſupereſſe vbi res integra eſſe deſiit, iamque ef-
fectum pactio habuit. Atqui non idem de cæteris
rebus dici poteſt. Nulla enim conſtitutio eſt quæ
tuam faciat rem quam Titio donaueram ea lege vt
poſt biennium eam tibi reſtitueret, nec magis ſi
biennium præteriiſſe proponatur. Etſi namque con-
ſtitutio illa extat Imperatorum *in l. 3. C. de donat. quæ
ſub modo.* quæ tibi dat vtilem actionem in rem ad-
uerſus Titium ſi ad diem non tibi eam reſtituat,
conſtitutio tamen non facit rem tuam, vt ex eo ap-
paret quod non dat tibi directam vindicationem,
quam vtique haberes ſi verus eſſes dominus, ſed vti-
lem duntaxat. Nec ruſus dat tibi actionem illam
vtilem contra Titium iuxta voluntatem meam vt
lex ait, id eſt non ſolùm quoniam aliquando volui,
verùm etiam quia nunc volo, & conſequenter ita
demum ſi ego velim. Nam quandiu res nondum tua
eſt, nihil poteſt obſtare, quominùs voluntatem ego
mutare poſſim ne vnquam fiat tua néve tibi vnquam
accommodetur vtilis illa in rem actio, cuius accom-
modandæ non alia fuit æquitas apud Imperatores,
quàm quòd pati non debuerint, vt voluntas mea per
Titium circumueniretur. Atque ita ſupradicto loco
contra noſtros interpretes concludit Didacus in
propoſita ſpecie ex ſolo diei lapſu non impediri re-
uocationem. Bene quidem vt arbitror, ſed tamen nõ
ſatis bona ratione. Mouetur † enim ex eo potiſſi- 3
mum, quod per lapſum diei ſola perſonalis actio ei
acquiritur cui ex pacto reſtitui res debuit, Perſtans
nimirum in eo errore, quem nos refutauimus cap.
8. Decadis ſuperioris, quo ille mordicus defendit
poſt alios interpretes actionem vtilem quam dant
Imperatores in *d. l. 3.* perſonalem eſſe non realem.
Itaque ſi perſuaſiſſet ſibi Didacus, quod nos volu-
mus, imò verò realem eſſe actionem illam, non per-
ſonalem, non dubitaſſet quin ex quo tempore cœ-
piſſet ipſa cõpetere, auferri amplius per donatorem
non potuiſſet. Quaſi parum intereſſet an ſecundus
donatarius cœpiſſet eſſe verus dominus, an pro do-
mino haberi. Nam & cùm ita pactum initum eſt vt
res donata reſtituatur eccleſiæ poſt certum tempus,
non dubitat Didacus quin nullus poſt diem locus
pœnitentiæ relinquatur, propterea quòd in eccleſiã
ex priuilegio dominium etiam citra vllam traditio-
nem transferatur ex *l. vlt. C. de ſacroſ. Eccleſ.* vt ipſe
ratiocinatur *d. c. 14. n. 14.* adferens etiam textum quẽ
vocat optimum ex *l. ſi partem 19. in fi. D. quemadm.
ſeruit. amitt.* Sed hoc poſterius an verum ſit mox vi-
debimus. Nunc dicimus poſſe vtrumque verum eſſe
vt & poſteriori donatario detur vtilis in rem actio
aduerſus priorem ita volente donatore, & tamen in
donatoris arbitrio ſit liberalitatem ſuam quam in ſe-
cundum illum donatarium contulit reuocare, eam-
que actionem vtilem, ne ex conſtitutione dari de-
beat impedire. Quemadmodum enim eodem faten-
te Didaco perſonalis actio quam ipſe ab Imperato-
ribus dari putat, tacitam conditionem illam habet
Si donator in eadem voluntate perſeuerauerit ex *d.
l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. 3. D. de ſeru. export.* Ita
& actionem illam realem vtilem de qua ego conſti-
tutionem Imperatorum interpretor, eadem condi-
tione ſuſpendi contendo, nec aliter poſteriori dona-
tario contra priorem danda eſſe quàm ſi eius, qui
vtrique donauit, volũtas perſeueret. In eoque obſer-
uo perelegantem differentiam † inter vtilem & di- 4
rectam in rem actionem. Directa. n. cùm competat
ex cauſa dominij iam acquiſiti non magis ex alieno
arbitrio pendere poteſt, quàm dominiũ ipſum quod
iam acquiſitum eſt. Vtilis verò, quia non competit
ſed datur, neque ex ratione iuris ſed ex æquitate,
neque propter dominiũ iam acquiſitum, ſed propter
acquirendũ, & eo colore quaſi in præiudicium prio-
ris donatarij per quem ſtat quominùs poſteriori ac-
quiratur, habendum ſit pro iam acquiſito, facilè con-
ditionem illam tacitam recipit Si donator volet, ſi-
quidem æquitas admittit omnes æquas cõditiones,
etiam quas ſtricta iuris ratio reſpueret, ex qua dire-
ctæ actiones ſemper proficiſcuntur. Non enim con-
ſtitutio Imperatorum habet hoc caſu dominium pro
acquiſito in præiudicium donatoris, ſed tantum in
præiudicium donatarij cuius perfidiã execratur, id-
que non tam fauore poſterioris donatarij cui nihil
promiſſum fuit, & in cuius perſona non eſt perfecta
donatio, quàm fauore ipſius donatoris, cui fidẽ fran-
git prior donatarius qui acceperat ea lege donatio-
nem. Quod igitur cõſtitutio dat vtilem actionem in
rem poſteriori donatario contra priorem ad conſer-
uandã voluntatem donatoris, poſt quam tempus ve-
nit quod pacto comprehenſum fuerat, facere non
debet, vt eo magis prohibeatur donator etiam poſt
illud tempus mutare voluntatẽ. Ceſſante quippe do-
natoris voluntate, nullo iure ſubnixa reperitur do-
natio cuius in poſteriorem donatarium conferendæ
animus fuerat, propter quod ſubſiſtere debeat in-
uito etiam donatore, cùm neque ſtipulationem ha-
beat,

beat, neque traditionem, ſolóque voluntatis donatoris vinculo ſuſtineatur. Sed hoc ita ſi nihil aliud niſi ſupradictam Imperatorum conſtitutionẽ inſpiciamus. At non ſimiliter ſi ius nouum, quod Iuſti-
5 nianus induxit † in *l. ſi quis argentum 35. §. penultim. C. de donat.* vbi conſtituit vt donatio inter viuos non traditione tantùm aut ſtipulatione vt antea, ſed quacunque voluntatis teſtificatione perficiatur. Quanquam enim Iuſtiniani noua lex nouaque actio condictitia per eam legem inducta eò pertinet vt donator rem quam donauit cogendus ſit tradere, in propoſito autem fieri non poteſt vt donator poſteriori donatario rem tradat quam non habet, quamque iam tradidit priori, nihilominus tamen valet donatio, vt eo ſaltem modo illam impleat donator quo poteſt. Poteſt autem hactenus ſaltem vt eam non reuocet cum aliud nihil poſterior donatarius ab eo petat, nec poſſit petere. Cur.n. voluntatem mutare liceat ei qui rem ipſam ſi haberet etiam tradere cogeretur? Itaque in hac quæſtione diſtinguere debemus non actionem perſonalem à reali, vt à Didaco
6 factum eſt, ſed quod ante nos nemo fecit, ius † vetus à iure Codicis, & ius Codicis à nouo & Iuſtinianeo. Ius.n. vetus tale fuit vt poſterior donatarius nullam actionem haberet, neq. perſonalem neque realem, neque directam neque vtilem, neque in priorem donatarium, neque in donatorem: ſed ſolus donator in priorem donatarium non parentem legi donationis vel condictionem ad repetendum quod donauerat & tradiderat, vel præſcriptis verbis ad conſequendum quanti ſua intereſſet ſi donationis lex non impleretur, vt apparet ex *d. l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* iunct. *l. vlt. Cod. de rer. permut. l. legem. 9. l. cùm res 22. Cod. de donà.* Poſtea ſuperuenit conſtitutio illa Diuorum Principum de qua in *d. l. 3.* quæ vtilem actionẽ dedit poſteriori donatario non contra donatorem ſed contra donatarium priorem eámque vt interpretati ſumus non perſonalem, ſed realem. Acceſſit tandem ius nouiſſimũ à Iuſtiniano conſtitutum quamuis non in Nouellis tantùm, ſed etiam in Codice id eſt in *d. l. ſi quis argentum §. penu. & Nouell. 162. ſacr. form. tranſmiſſ. ca. 1.* de tuendis donationibus omnibus quæ licitam donatoris voluntatem haberent, licet neque traditio neque ſtipulatio interueniſſet, ac proinde iis etiam quæ in abſentes collatæ eſſent. Quæ conſtitutio cùm ſit generalis dubium non eſt quin eam quoque ſpeciem de qua nunc tractamus complectatur, pertineátque ad illam etiam donationem quam in ſecundum donatarium confert quiſquis priori donat ea lege vt quod donatur, alij reſtituatur. Siquidem hanc quoque donationem eſſe apertè ſcriptum eſt in *d. l. 3. Cod. de donat. quæ ſub mod. & in l. hæredibus 50. de legat. 2.* quemadmodum pluribus docuimus in error. 7. Decadis præcedentis. Proinde fruſtra erit ſi quis contra nos pro Bartolo velit obijcere quod ſcriptum eſt in *dict. l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. & in d. l. 3. D. de ſeru. export.* iunct. *d. §. Flauius l. qui*
7 *Roma 122. De verb. oblig.* Sunt † enim omnes loci illi ex eo iure deprompti, quod obtinuit ante Iuſtinianum: ac præterea pertinent ad aliam ſpeciem. De pacto ſcilicet præſtandæ libertatis, quæ ſpecies adeo diſtat à cæteris omnibus non in eo tãtùm quod pertinet ad conſtitutionẽ Marci de qua principio diximus ex *d. l. 1. C. ſi manci. ita fuer. alien.* ſed in hoc etiam de quo nunc agimus, vt ſupradictã Iuſtiniani conſtitutionem quantumuis generalem ad hanc ſpeciem adaptari poſſe non putem: quia nimirum ſeruus cui libertatẽ à donatario præſtari donator voluit, non eſt capax ſuſcipiendæ donationis præſertim à domino ſuo, nec magis hodie quàm olim. Iuſtiniani autem conſtitutio non vſque adeo generalis eſt vt donatio-

nes quaſlibet, ac in quoſlibet collatas omnimodo valere velit, ſed ſuppoſitis cæteris habilibus tollit dũtaxat neceſſitatem quæ antea ſuberat interponendæ ſtipulationis vel traditionis. Cæterum quo caſu interpoſita quoque ſtipulatione vel traditione non valuiſſet olim donatio, non fecit Iuſtinianus vt valeat hodie citra ſtipulationem & traditionem. Atqui nulla olim poterat inter dominum & ſeruum conſiſtere obligatio, nec ſi donandi animo dominus libertatem ſtipulanti ſeruo promiſiſſet quia neque ſtipulandi capax erat ſeruus niſi ex perſona domini cùm ſtipulatio eſſet inuentum iuris ciuilis *l. 1. l. item ſi 9. §. 1. & l. ſeqq. l. ſi ex re. 28. §. vlt. & paſſ. D. de ſtipul. ſeruor.* Ergo etiamſi hodie quis tibi donaret ſeruum ſuum ea lege vt intra decennium eum manumitteres, dicendum eſſet futurum vt perinde ac olim poſſet quandocumque ante decennium mutare voluntatẽ, quam non poſſet mutare ſi donaſſet tibi ſeruum ea lege vt eundem ſeruum Sempronio poſt decennium reſtitueres, non quaſi fauorabilior debeat eſſe cauſa Sẽpronij quàm libertatis, ſed quia in perſona Sempronij vtiliter poteſt conſiſtere conſiſtitque donatio quæ non poſſet conſiſtere in perſona ſerui. Obſeruandum autem eſt diligenter totam huius capitis
diſputationem † ad eas tantum donationes pertine- 8
re quæ inter viuos fiunt, non etiam ad eas, quæ cauſa mortis. Nam cùm neceſſe ſit, perfectam eſſe donationem quæ in priorem donatariũ collata eſt, priuſquàm prior ille donatarius ex lege donationi dicta poſſit eſſe obligatus ad dandumquid, vel faciendum, donatio autem cauſa mortis etiam quæ traditionem habet vel ſtipulationem non ante perficiatur quàm mors inſequatur donatoris *l. non videtur 32. D. de mort. cauſ. don.* conſequens fit vt eo tempore non poſſit donator viuere, quo tempore donatarius incipit efficaciter poſſe conueniri ac proinde vt nullus quæſtioni locus relinquatur: An voluntatem mutare liceat donatori. Niſi fortè ſic proponas factam donationem cauſa mortis vt ſit irreuocabilis, etiam vi-
uo adhuc donatore, quod † contingit quoties ita do- 9
natur mortis cauſa vt omnimodo & ſtatim dominium transferatur in donatarium nec aliter poſſit res donata redire ad donatorem quàm ſi donatarius prior deceſſerit & ante donatorem. Aut vt donatore ex ea infirmitate mortuo res non reddatur, etiamſi voluntatem donator mutauerit. His enim caſibus non ſolùm valet donatio cauſa mortis *l. ſi alienam 13. §. 1. l. Seneius 35. §. mortis cauſa D. de mort. cauſ. don.* Sed etiam fit irreuocabilis & impletur eo inſtanti quo donator moritur, & conſequenter quo adhuc viuit. Verùm neque his caſibus poteſt fieri locus quæſtioni, quia ſemper verùm eſt neceſſarium eſſe vt moriatur donator priùs quàm ſciri poſſit an donatio ſit omnimodo locum habitura; ac proinde priuſquam contra donatarium poſſit vlla efficax actio competere ad implendum modum, Mortuus verò donator amplius mutare voluntatem non poteſt, nec ſimiliter heres ipſius *d. l. 3. D. de ſeru. export.* Sed & alia ratio eſt quæ omnes mortis cauſa donationes ab hoc tractatu excludit. Nempe quod ad eas ſupradicta Iuſtiniani conſtitutio quantumcumque generalis non pertinet, cùm non minus requirant traditionem vel ſtipulationem quàm olim, vt contra interpretum omnium errorem ſæpius à nobis inculcatum eſt.

ERROR II.

De pacto in eccleſia fauorem inſerto donationi in alium collata.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum donati inter viuos Titio fundi ea lege vt eum poſt certum tempus eccleſia reſtituat, dominium tranſit in eccleſiam abſque traditione poſt lapſum reſtitutionis diem, ita vt donator voluntatem poſtea mutare non poſſit.*
2 *De propoſita aſſertione autoris ſententia.*
3 *An donatio in eccleſiam collata reuocari poſſit.*
4 *Olim neceſſaria fuit præſentia donatarij, hodie non item.*
5 *Didacum abuti ſententia l. ſi partem 19. §. 1. D. quemad. ſeru. amit.*
6 *Didacus exiſtimat priuatum quemlibet poſſe & eccleſia & alteri piæ cauſæ ſtipulari & acquirere.*
7 *Donator qui donationi ſuæ eam legem dicit, vt res donata reſtituatur eccleſia, non tam eccleſia quam ſuo nomine id facere intelligitur.*

SVCCEDIT vt refellamus quod poſt Iaſonem & Socinum Didacus ſupradicto loco probat, ſicuti iam retuli-
1 mus, Si † donauerim tibi fundum inter viuos ea lege vt poſt certũ tempus eccleſiæ reſtituas, tranſire dominium in eccleſiam abſque traditione, ſaltem lapſo tempore intra quod reſtitui eccleſiæ fundus debuit, ob idque non poſſe me voluntatem mutare in preiudicium eccleſiæ, cui ius fuit irreuocabiliter quæſitum ex *l. vt inter.* 23. quam vulgares interpretes vltimam ponunt, *C. de ſacroſanct.*
2 *eccleſ.* Etſi enim non adeo † iniqui in eccleſiæ cauſam eſſe volumus, qua nihil eſſe fauorabilius arbitramur, vt priuilegium quod ei vno interpretum ore conceditur diminuendum putemus, hoc tamen dicimus, non poſſe priuilegio locum eſſe ad dominium ſine traditione transferendum, niſi eo caſu quo is ex cuius contractu dominij tranſlatio inducitur tradere rem poſſet ſi vellet, vt ficta dominij tranſlatio aut potius ficta traditio veræ reſpondeat, quomodo de falſis confeſſionib. ſcriptum eſt in *l. confeſſionibus.* 13. *D. de inter. in iur. fac.* Atqui tractamus de donatore qui etiamſi vellet non poſſet tamen eccleſiæ tradere rem, quam priori donatario iam tradidiſſet: Et rurſum de dominio in eccleſiam transferendo, non à donatore, ſed à primo donatario, qui tamen nihil ipſe donauit & cuius reſpectu donatio penitus nulla eſt. Fieri ergo non poteſt vt eam rem eccleſiæ tradidiſſe fingatur aut donator qui non poſſidet, aut donatarius primus qui donator non eſt, ne plus poſſit fictio in caſu ficto quam veritas in caſu vero. Item dicimus priuilegium hoc non ad alias donationes eccleſiæ factas pertinere poſſe, quàm quæ ſint perfectæ ſcilicet per ſtipulationẽ, qui alius modus eſt perficiendæ donationis traditione deficiente. Nec.n. donationis nomen meretur donatio inutilis quæ impefecta & deniq. nullius momenti eſſet *l. 4. condemnatum. D. de re iudi.* ſatiſq. magnum eccleſiæ priuilegium illud eſt vt ex donatione per ſtipulationem facta dominium in eam ſine traditione trãsferatur, contra regulam iuris de qua in *l. traditionib.* 20. *C. de pact.* Atqui donatio quæ fit per pactum appoſitum fauore abſentis in donatione, quam idem donator contulerit vtiliter, nulla eſt, inutilis & imperfecta ex ratione iuris veteris, cùm neq. traditionem habeat neq. ſtipulationem. Ergo neq. priuilegium habere vllum poteſt ad dominium in abſentem ſine traditione transferendum. Priuilegia namq. omnia ſupponunt terminos habiles, id eſt & perſonam aliquam eſſe ſiue veram ſiue fictam, & donationem aliquam cui priuilegium concedatur. In eoque haud dudiè errarunt Iaſon & Socinus ad *d. §. Flauius. l. quæ Romæ.* 122. *D. de ver. obl.* eoſq. ſecutus Didacus *d. c.* 14. *n.* 14. qui mehercule ſuauis eſt cùm ait egregia commendatione dignum eſſe quod nos tam euidenter falſum eſſe oſtendimus. An igitur dicemus reuocari
poſſe donationem, † quæ fuerat in eccleſiam collata? 3
abſit vt deteriorem faciamus conditionem eccleſiæ, quàm cæterorum donatariorum. Iam autem diximus Iuſtiniani conſtitutionem facere, vt reuocari non poſſit ea donatio, quæ in abſentem collata eſt etiam nuda voluntate; nec ſolum eo caſu quo ſit in donatoris poteſtate rem donatam tradere ſecundo donatario, ſed tum quoq. cùm ideò ſolùm impeditur donator ne poſſit tradere poſteriori donatario quòd iam priori tradiderit, ſi aliud nihil infirmet factam poſteriori donationem. Idem igitur multo magis concurrente eccleſiæ fauore admittendum eſt in donatione, quam qui in eccleſiam contulerit, vt am reuocare donator non poſſit, neq. antè, neq. poſteaquã tempus præterierit, intra quod ſatiſfacere debuit prior donatarius. At hoc ex iure communi, non ex priuilegio cuius neq. neceſſitas neq. vtilitas aliqua eſſe poteſt in eo caſu in quo eccleſia pro ſe habet ius commune. Planè quod hodie dicimus valere hanc donationem iure communi & ſine vllo priuilegio, inducit priuilegium illud, quod eccleſiæ datum eſt de dominio in eam ſine traditione transferendo, cùm aliud nihil antea obſtaret ne priuilegio locus eſſe poſſet, quàm quòd donatio non valeret. Itaq. in hanc ſpeciem vtrumque concurrit & ius cõmune & priuilegium, ſed diuerſis reſpectib. Ius commune vt donatio valeat, Priuilegium verò vt dominium acquiratur eccleſiæ citra vllam traditionem. Taceo quod iidẽ interpretes qui volunt eſſe hoc vnũ ex priuilegiis eccleſiæ, vt in eam dominium abſque traditione transferatur, nec minus ex cauſa donationis quàm alterius contractus cuiuſlibet, ex *d. l. vt inter.* quæ ſanè de donationib. loquitur, iidem tamen defendunt frequentiore calculo non valere donationem collatam in eccleſiam tanquam abſentem ſi nemo ſit qui eam eccleſiæ nomine agnoſcat, ex *gl. in l. illud.* 19. *in verb. alia cauſ. eo. tit.* quam vulgo probatam eſſe teſtatur Iulius Cla. in *§. donatio. quæſt.* 12. *in fin.* poſt Ruin. *conſ.* 13. 19. *& conſ.* 37. *n.* 14. *lib.* 4.
Adeo putant neceſſariam † eſſe præſentiã donatarij 4
quod olim quidem verum fuit ſed hodie ſanè & in eccleſia & in alio quolibet donatore falſiſſimum eſt.
Quod verò Didacus † pro errore ſuo tuendo addu- 5
cit *l. ſi partem* 19. *§.* 1. *D. quemad. ſeruit. amit.* certè nimis inſubtile eſt. Ibi enim tractat Pomponius nõ de donatione aliâve contractus ſpecie ſub certo pacto facta, ſed de ſeruitute viæ legata ei qui ſubinde fundũ alij vendiderit ignorans ignoranti viam legatam eſſe, Et ait, viam ſicuti acquiſita fuerat legatario ignoranti, ita & eo ignorãte tranſire ſimul cum fundo vendito in emptorem, cùm ſequatur neceſſariò fundum quia eſt ius fundi, aut potiùs nihil aliud quàm fundus ipſe qualiter ſe habet *l. quid aliud.* 86. *de verb. ſign.* Acquiritur itaque legatario eidemque vẽditori etiam ignoranti eo prorſus iure, quo cætera legata omnia per vindicationẽ relicta quæ ſola legis poteſtate non ſolùm citra vllã traditionẽ, ſed etiam ignorantibus acquiruntur *l. filiusfamilias* 16. *D. qui teſta. fac. poſſ. l. cum pater* 77. *§. ſurdo. De lega.* 2. tanto magis quod nec tradi via poteſt, cùm ſit ex eorum numero,

quæ quoniam in iure conſiſtunt; nullam recipiunt traditionem. *l.1.§.vlt.D.de rer.diuiſ.* Emptori autem acquiritur non iure legati aut ex alia teſtatoris voluntate, ſed quia ius fundi eſt quod ſequitur fundum quocunque ierit nec ſeparari poteſt à fundo. Hoc verò nihil commune aut ſimile habet cum ea ſpecie de qua diſputamus, in qua ponimus rem, quæ fuit donata certo pacto, neq; principaliter neq; acceſſoriè tranſlatam fuiſſe in ſecundum donatarium, nec rurſus ignoranti ei acquiri potuiſſe, nec denique ſine traditione, etiamſi ſciuiſſet, præſertim concurrente etiam eo, vt quamuis res donata ſui natura, talis eſſet, quæ tradi poſſet, traditio tamen hic nulla non ſolùm non interueniſſet, ſed neq; interuenire potuiſſet, eadem ſcilicet re iam priori donatario tradita per eundem donatorem. Sanè quod ad eccleſiam aliámve piam cauſam pertinet valde ſingulare, ſi modò verum illũ eſt quod ſubiungit Didacus *d.c. 14.n.14.* priuatum quemlibet
6 † poſſe & eccleſiæ & alteri cuilibet piæ cauſæ ſtipulari, & acquirere. Ex gl. communiter probata in *c. quoties cordis 1. quæſt.7.* Nam quod priuatus quilibet facere poteſt, cur non multo magis facere poterit donator ipſe, cum legem rei ſuæ dicit? *l. in traditionibus 48. D. de pact.* Atqui quod ad donatorem pertinet nihil intereſt an ſtipuletur an paciſcatur dummodo in ipſa traditione, quia æquè valet pactum illud ad agendum atq; valeret ſtipulatio. Ergo ex pacto in fauorem eccleſiæ appoſito à donatore perinde acquiritur eccleſiæ ius irreuocabile, ac ſi donator eccleſię ſtipulatus eſſet. *l. iuris gentium. 7. §. quinimo. D. de pact. l. lect. 40. D. de reb. cred.* Verum ne hoc dici poſſit illud obſtat quod donator † qui donationi ſuæ eam legem dicit, vt res do-
7 nata reſtituatur eccleſiæ ſiue de ea paciſcatur, ſiue ſtipuletur, non tam eccleſiæ quàm ſuo nomine id facere intelligitur, vel ideo maximè, quod in iis etiam quæ quis & alieno & ſuo nomine facere poteſt, ſic obſeruatur vt ea ſimpliciter facta ſint proprio facientis nomine potiùs quàm alieno facta eſſe videantur *l.4.D. de ſolut.* quoniam diligens paterfamilias quilibet ita faceret *l. cùm ex pluribus 97. eo.* Itaque aliud eſt ſtipulari quem vel paciſci nomine eccleſiæ, aliud vero in vtilitatem eccleſiæ. Hoc enim poſterius fieri poteſt etiam ab eo qui ſuo nomine paciſcatur, vel ſtipuletur.

ERROR III.

Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore abſentis poſtmodum ab eo ſit acceptatum, Aut ſi contractus ille iuratus ſit.

SVMMARIA.

1 *In quibus caſibus velint interpretes ex pacto inter alios inito fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti.*

2 *In vtroque caſu relato falſam eſſe interpretum opinionem. & n.4.*

3 *Donatio acceptata à donatoris abſente valet quidem hodie, ſed inutilis eſt acceptatio.*

5 *Donatio qualibet inter viuos hoc ipſo quod & vtilis & inter viuos eſt irreuocabilis.*

6 *Quatenus verum ſit illud, Autoritas iuriſiurandi confirmat eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent.*

7 *Prior donatarius, poteſt legem ſibi dictam implere etiam inuito donatore eo quoque caſu quo hic voluntatem mutare poteſt.*

8 *Donator an poſſit donationem in tertium abſentem collatam reuocare ex conſenſu donatarij ante acceptationem abſentis.*

DVo iſti caſus ſunt † in quibus omnes 1
interpretes volunt ex pacto inter alios initio fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti, vt teſtatur probatque Didacus *d.c. 14. lib. 1. variar. reſol.* Primus eſt ſi abſens ille ſciens pactum in ſui gratiam factum agnoſcat illud, & vt loquuntur accepter, quamuis abſente tunc & ignorante donatore. Alter eſt, Si contractus in quo pactum adhibitum eſt iuratus proponatur, quomodo iurantur hodie paſſim omnes. Ego in vtroque † caſu falſam puto interpretum
opinionem. 2
Nam quod ad priorem attinet quæ ratio impedit ne valeat donatio in abſentem collata ſi iuris veteris rationem intueare (quam ſolam interpretes hic intuentur, nõ quòd eam tantopere ament, ſed quia nouæ legis Iuſtinianeæ vim & ſenſum non perceperunt) quod nimirũ perfici non poſſit niſi per traditionem vel ſtipulationẽ, quarũ neutra poteſt fieri inter abſentes, præterquàm ſi traditio fiat per interpoſitam perſonã *l.4.l. abſenti 10.D. de don.* eadem proculdubio impedit, ne in abſentem donatarium collata donatio abſente donatore poſſit acceptari & agnoſci. Vno ſcilicet eodemque inſtanti & donationem & contractum quẽlibet perfici neceſſe eſt, & vtriuſq; contrahentium voluntatẽ in idẽ illud inſtans concurrere, maximè verò cùm agitur de dominio transferendo *l. in omnibus rebus 55. D. de oblig. & action.* Tam autẽ verum eſt non concurrere vtriuſq; voluntatem, cùm donatarius agnoſcit donationem abſente donatore, quàm cùm donationem confert in abſentem donatarium, nec magis poteſt ea acceptatio traditionis aut ſtipulationis vim habere cùm abeſt donator, quã donatio ipſa cùm abſens eſt donatarius. Proinde ſi acceptatio iſta facta donatore abſente ſufficeret ad perficiendam donationem & ad ius aliquod irreuocabiliter donatario acquirendum, idem abſurdum ſemper eueniret vt donatio valeret quæ nec traditionis nec ſtipulationis vinculo colligeretur. Eſſet autem hoc tanto abſurdius quod cùm hodie iure nouo valeat donatio etiam in abſentem collata ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis argentum 35. §. pen. C. de don.* nulla tamen lex eſt aut vetus aut noua, quæ donationem in abſentem donatarium collatam ob idque ab initio inutilem ex poſt facto confirmet, ob id ſolum quod poſtmodum fuerit agnita per donatarium abſente & ignorante donatore. Neque tamen hoc ſic accipi volumus quaſi putemus donationem hanc † ſic accep-
tatam nullius eſſe momenti. Iam enim diximus nec 3
dubitare nos quin valeat iure nouo ex dicta Iuſtiniani lege. Sed negamus valere aut aliqua in re vtilem eſſe acceptationem. Tantum abeſt vt neceſſariam eſſe putemus. Nam ſi nobiſcum ſentias valere adeòque irreuocabiliter donationem, ex quo tempore facta eſt, etiamſi collata ſit in abſentem & priuſquam acceptata ſit, quid poteſt addere acceptatio? Si verò cum interpretibus contra nos defendas ne quidem hodie valere huiuſmodi donationem ante acceptationem, probare te oportebit valere poſtquam fuerit acceptata, quod ego negaui ſemper & negabo. Quod autem ad alium caſum † pertinet de contractu iurato
in quo adpoſitum ſit pactum de re donata alteri reſti- 4
tuenda, videntur mihi interpretes noſtri moueri peſſima ratione, illa videlicet quam refert Didacus *d. c. 14. n. 10.* quòd iuriſiurandi vis ea ſit vt contractus ſui natura reuocabiles faciat irreuocabiles. Ex gloſ. communiter adprobata in *l. ſi pecuniam 5. in verb. neceſſe. D. de cond. cauſ. dat.* Nam duo ſupponit hæc ratio quorum vtrumque falſum eſt. Donationem eſſe

contractum. Et eſſe ſui natura reuocabilem. Fateor pactum illud in donatione appoſitum fauore abſentis non aliam cauſam habere quàm donationis. Sed nego eſſe donationem inſpecto eo iure quod ante Iuſtinianum obtinuit, cùm neque traditio ſit neque ſtipulatio. Nego ſi eam velis donationem dicere, qualis hodie proculdubio eſt poſſe dici reuocabilem, cum
5 donatio † quælibet inter viuos hoc ipſo quod & vtilis & inter viuos eſt ſit irreuocabilis *l. vbi ita donatur 27. D. de mor. cauſ. don.* Ad quid ergo prodeſſe iuſiurandum poteſt? Rurſus cum donator iurat ſe à conuentis pactis non receſſurum, an forte cogitat de ſe obligando quantum ad poſteriorem donatarium cum quo non contrahit, ac non potius de confirmando iure prioris donatarij cui ſoli iurat? Illa potius ratio faceret contra donatorem, quod plerunque autoritas iu-
6 riſiurandi † confirmet eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent, vt ſolent tractari noſtri ad *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vend.* Sed neque hæc ratio me moueret, quia ſi ius ciuile inſpicio, falſa eſt, quod non patitur vt iuſiurandum contra leges præſtitum vllius ſit momenti *l. non dubium 5. in fi. C. de leg. l. iuris gentium 7. §. & generaliter ff. de pact. l. ſi quis inquilinos 112. in fi. de leg. 1.* Si verò ius pontificium, quod nihil aliud intuetur, niſi an ſeruari iuſiurandum poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ, poteſt quidem vera eſſe pleriſque caſib. propoſitio, ſed non ad rem noſtram accommodata, quia illud etiam verum eſt quod Canoniſtæ paſſim clamant, Iuriſiurandi vinculum eſſe perſonale non ſolum ex parte iurantis, ſed etiã ex parte eius cui iuratur, vt non alij prodeſſe debeat, quam illi ipſi cui iuratum eſt, eiúſve ſucceſſori vniuerſali. Atqui in propoſito caſu ſecundus donatarius, quem ponimus donationis tempore abſentem fuiſſe, neque ille eſt cui donator iurauit, neque illius heres, ſed talis in quem non niſi inutiliter collata donatio fuit, potius quam reuocabiliter, tametſi pactum ipſum etiam ſine iureiurando valeat ad obligandum donatarium donatori. Nullum ergo hac parte cómodum poteſt eſſe iuriſiurandi, neque quod ad perſonam donatoris, cui pactum ſufficit etiam non iuratum, neque quod ad perſonam ſecundi donatarij, cui donator neque promittit neque iurat quicquam. Hodie verò poſtquam Iuſtiniano placuit vt valeat quæcunque donatio etiã in abſentem collata, ſi aliud non obſtet quam ratio illa quæ olim obſtabat, quod neq; traditio neque ſtipulatio interueniſſet, *d. l. ſi quis arg. 35. §. pr. C. de don.* multo minus dici poteſt iuriſiurandi vim & poteſtatem vllam eſſe debere ad confirmandum irreuocabiliter pactum quod per ſe ſit non modò validum, ſed etiam irreuocabile ex rationib. per nos ſuprà diſputatis. Ex quib. apparet nihil interpretes noſtros in tota quæſtione iſta vidiſſe omniaque errorib. inuoluiſſe. Hoc vnum admitti poteſt & verum eſt quod illi volunt etiam eo caſu quo admittunt Bartoli ſententiã vt donator voluntatem mutare poſſit, permittendum
7 tamen eſſe priori donatario † vt legem ſibi dictam impleat etiam inuito donatore. Ex *l. quaſi. 8. ff. de ſeru. expor.* nempe cum nihil interſit donatoris, ad quem nõ eò magis erat reditura res donata, quamuis ad poſteriorẽ donatarium non perueniſſet, vt ratiocinatur Did. *d. c. 14. n. 9. ex l. Ari. 18. §. 1. ff. de don.* Idque etiam ſuperiori noſtræ ſententiæ conſequens eſt. Nam ſi verũ eſt vt eſt quod volumus valere hodie donationem in tertium abſentẽ collatam nec poſſe aut à donatore ipſo reuocari, aut à priore donat. negligi, multò magis dicendum eſt poſſe illam inuito quoque donatore impleri à primo donatario ex lege donationi dicta. Sed illud ferre nullo modo poſſum, quod iidem volunt
8 poſſe donatorem † pœnitere ante acceptationem ſaltem ex conſenſu donatarij (aliud. n. eſſe putant ſi velit pœnitere donatario non requiſito) etiamſi donator abſentis nomine ſtipulatus fuiſſet, quod reſpondit Alex. & ad eum Molin *conſ. 204. l. 7.* Tiraq. *de primog. q. 8.* Craue. *conſ. 19. n. 11.* & Chaſſ. *conſ. 53. n. 58.* Meritoq; in eo reprehenduntur à Didaco *d. n. 13. ver. tertio apparet* vbi cõcludit non poſſe in præiudiciũ abſentis donationem iſtam reuocari etiam ex conſenſu donatoris & donatarij. Sed mala etiã vt puto ratione, *Quia* inquit. *potuit donator iure optimo abſenti ſtipulari ex re in donationẽ deducta.* Meminit ſcilicet eius quod idem ille iã dixerat *d. c. 14. n. 2.* Ex contractibus qui re contrahuntur alteri per alterum poſſe acquiri obligationem *ex l. ea quæ ciuiliter 53. ff. de acq. rer. dom.* quod nos iam refutauimus in præcedenti Decade, planéq; aliam illius loci ſententiam eſſe oſtendimus. Debuit ergo dicere ideo non poſſe donationem hanc reuocari in præiudicium abſentis, nec ſi donator & donatarius conſentiat, quoniam hodie valet ab initio ex conſtitutione Iuſtiniani, donatio autem quæ & inter viuos, & ab initio vtilis eſt reuocari nunquã poteſt donatario inuito. Nam & Alexander ipſe & Molineus fatentur, quod & Didacus refert & probat, non poſſe donationem reuocari in præiudicium abſentis, etiam ante ipſius acceptationem quoties ex lege municipali vel ex ſtatuto alteri per alterum fieri poteſt. Quidni ergo idem iuris habebit generaliter & indiſtinctè cùm hodie iure communi fieri poſſit à quolibet cuilibet etiã abſenti nulláque traditione aut ſtipulatione interueniente? Sed idem Alexandri & Molinei error fuit, qui cæterorum, quod ad ius commune quia nouum, totúmque Iuſtinianeum eſt, non reſpexerunt.

ERROR IV.

De contractibus innominatis factis in fauorem eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ, An in iis locus ſit pœnitentiæ, & de mandato ad pias cauſas an ſit reuocabile.

SVMMARIA.

1 *In contractibus innominatis pœnitentiæ locus eſt, & cur.*
2 *Exceptio interpretum: niſi fauore eccleſiæ, aut alterius piæ cauſæ contractus ſit initus.*
3 *Vnde D. exceptionem ſuffulciant.*
4 *Mandatum ad pias cauſas an ſit reuocabile, ſententia interpretum.*
5 *Quid de pœnitentia in contractu innominato ad piam cauſam inito, & mandati reuocabilitate ſentiat Couarr.*
6 *In contractibus innominatis fauore piæ pœnitentiæ locum non eſſe, contra interpretes.*
7 *Contractus dotis qualis.*
6 *Contractus do vt des quando ſit.*
9 *Didaci Lapſus duplex.*
10 *Malè interpretes ſtatuere mandatum fauore piæ cauſæ nec finiri morte, nec ab heredibus mandantis reuocari poſſe.*
11 *Legem ſi ego §. 1. D. de iur. dot. à Tribon. interpolatam eſſe.*

IN contractibus † innominatis pœni- 1
tentiæ locum eſſe conſtat inter omnes iuris vtriuſque interpretes & verum eſt ratione illa quam in præcedentibus Decadibus attulimus, quòd initium obligationis ſumunt ex facto eius qui prior implet. Is porrò qui prior implet ita facit vt alium ſibi, non vt ſe alij obliget *l. 3.*

§. 1.

§.1.*l.ſi pecuniam 5.in prin. D.de cond.cauſ.dat.* Sed ſo-
2 lent noſtri † exceptionem addere : Præterquàm ſi fa-
uore eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ contractus initus
proponatur. Hoc.n, volunt eſſe priuilegium piæ cau-
ſæ inter tot alia, vt pœnitentiæ locum nullum relin-
3 quat, † ex *l.ſi ego 9.in pr.D.de iur.dot.*vbi Vlp. ſcribit,
Si ego Seiæ res dedero vt ipſa ſuo nomine in dotem
det,fieri res eius, licet non in dotem datæ ſint, ſed eã
conditione teneri.Quòd ſi pro ea res ego dẽ, ſiquidẽ
ante nuptias,intereſſe qua conditione dedi.Vtrũ ita vt
ſtatim accipientis fiant , an vt ſecutis nuptiis. Si vt
ſtatim nuntio miſſo poſſe me condicere , ſi verò non
ſtatim poſſe me vindicare, quia meæ res ſunt. Quare,
inquit,etſi ſequi nuptiæ nõ poſſunt,puta propter ma-
trimonij interdictionem , ex poſteriore caſu res meę
remanebunt. Ex quibus inferunt noſtri pœnitentiæ
locũ in omnib.iis ſpeciebus nullum eſſe , quia non ex
pœnitentia cõdictionem dat Vlpianus, ſed tantùm ob
cauſam non ſecutã,pro qua fuerat datũ:Iidem addunt
aliud eſſe priuilegiũ piæ cauſæ,huic proximũ,vt man-
4 datum † quod ſui natura reuocabile eſt ad nutum mã-
dantis adeóq; ipſius morte expirat *l.mandatum* 15. *C.
mand.* ſi tamen interuenerit fauore piæ cauſæ , poſſit
quidem reuocari per donatorem ipſum, at ſola ipſius
morte neque reuocatum neq;finitum eſſe intelligatur,
adeoque nec per heredem ipſius reuocari poſſit. Sic
enim Hyppol.Marſ. *Singu.44.poſt* Bald.in *d.l.mandatũ
& in c.1.qui ſucceſ. feud. tenea.confir.ad fin.& in c.cùm
veniſſet.2.De teſtib.*Fel in *c.relatum co.2. De offic. deleg.*
Quam in ſententiam mouentur ex ea *l.ſi ego* §.1. vbi
idem Vlpianus tractans eam ſpeciem , in qua ego res
aliquas alicui tradidero,ea lege vt nuptiis ſecutis dotis
efficiantur,& ante nuptias deceſſero, poſtquàm pro-
poſuit quæſtionem an ſecutis nuptiis dotis eſſe inci-
piant , reſponditque non poſſe in dominio eius effici
cui datæ ſunt, quia non niſi poſt mortem incipiat do-
minium diſcedere ab eo qui dedit, quia pendebat do-
natio in diem nuptiarum cùm autẽ nuptiarum condi-
tio ſequitur,iam heredis dominium eſt à quo diſcede-
re inuito eo non poteſt.Subiungit. *Sed benignius eſt fa-
uore dotium neceſſitatem imponi heredi conſentire ei quod
defunctus fecit,aut ſi diſtulerit vel abſit,etiam nolente vel
abſente eo dominiũ ipſo iure transferri ne mulier maneat
indotata.*Nam quod Vlpianus fauore dotis recipiendũ
eſſe ait protrahunt illi ad quamlibet cauſam piam,
quippe quòd dotis cauſa pia eſſe exiſtimetur *l. cùm is
32.§.mulier ff.de cond.indeb.*Vtramq; traditionem hãc
5 refert † Didacus *l.1.var. reſolut.c.14.n.15.& 16.* ſed
ita vt priorẽ improbet *d.n.16. in fi.*defendens in con-
tractibus innominatis pœnitentiæ locum eſſe quan-
tumuis reſpiciant fauorẽ piæ cauſæ poſt Roma. Iaſ.
Socin. Arc.ibidem ab eo citatos:Poſteriorẽ verò pro-
bet quidẽ,ſed neget eam probari ex *d.l.ſi ego.§.nec rur-
ſus* ex cap.*exiit.verſ.in eo vero caſu de verb. ſignif.in 6.*
quo etiã loco paſſim noſtri ad eandẽ ſententiam con-
firmandam abutuntur,cùm tamen neque de contractu
innominato, neq; de mandato ibi agatur vt & Dida-
cus bene obſeruat. Ego auſim dicere vtramque tra-
ditionem falſam eſſe , cum aliquo ſiue pontificij ſiue
ciuilis iuris loco neutra probetur. Quid enim abſur-
dius aut periculoſius dici poteſt quàm ſi priuilegia
quæ ſemper à iuris communis ratione abhorrent ob
idq;odioſa & ipſis tabularum legib.improbata prohi-
bitaque ſunt, pro cuiuſque arbitrio vt apud interpre-
tes fit & inducatur & inducta multiplicentur?Cúmq;
nulla in eam rẽ lex neceſſaria eſſet,hoc ipſum tamẽ ſa-
tis apertè quanquam minimè generaliter à Iuſtiniano
cautum videtur in *l.illud.19.in fi.C.de ſacroſ.Eccleſ.*vbi
ſcribit in hæc verba *Nulli danda licentia quacunq;alia
cauſa quaſi pietatis iure ſubnixa præter eas quas ſpeciali-
ter expoſuimus introducenda , veterum ſcita ſuper imi-
nuendis donationibus permutare.* Non eſt autem diffi-
cile oſtendere nullo iuris loco probari eorum ſenten-
tiam qui in cõtractib. † innominatis fauore piæ cau- 6
ſæ pœnitentiam admitti poſſe negant , cùm pro ſe
nullum adferant præter *d.l.ſi ego in princ.*ad quam reſ-
pondet Didacus non agi eo loco de contractu inno-
minato , ſed de datione dotis ; quæ ipſa nihil aliud eſt
quam contractus dotis,quem ſanè inter innominatos
nemo vnquam nominauit. Eſt enim † contractus do- 7
tis ex eorum numero qui re perficiuntur, cùm dotem
ſola traditio vel numeratio faciat non ſcriptura vt
ait l.1. C.de dot.caut.non n. Quòd ſi contractus dotis
non eſſet, ſaltem donatio dici deberet facta ob cau-
ſam quæ ſecundum noſtros etiam contractus nomi-
natus eſt, ob idque mirum videri non poſſet reuocari
eam non poſſe per ſolam pœnitentiam , quippe cui
locus nullus eſt in contractibus nominatis.Nam quod
res datur ob eam cauſam, vt in dotem poſtea ſit, non
tollit donationẽ,cùm donari dicatur, quod nullo iure
cogente conceditur *l. donari.29. De don.* nullo autem
iure cogi potuerit is qui dedit ob dotem vt daret , ſi
dare noluiſſet. Nec ad hunc caſum pertinet quod Vl-
pianus ait *in l.hoc iure 19.§.penul.eod.tit.*ſtipulationes
aut traditiones (idem namq; in vtriſq; iuris eſt) quæ
ob cauſam fiunt non habere donationẽ.Id namq; in-
telligitur de eo caſu quo aliquã cauſam habuerit do-
nator propter quam dare debuerit,quæ cauſa nulla eſt
in eo qui ſiue rẽ ſiue pecuniam dat ea lege vt res illa
vel pecunia in dotẽ conuertatur. Non enim fauorem
donantis ea cauſa reſpicit ſed donatarij ſemperq; ve-
rum eſt ex parte eius qui donat veram eſſe donationẽ
cum aliam cauſam nullã habeat quàm ipſius liberali-
tatẽ.*l.vlt.§.1.ff.quæ in fraud.cred.* Itaq; falluntur egre-
giè interpretes noſtri qui de hoc contractu loquuntur
quaſi ſit contractus Do vt des,cùm ego do futuro ma-
rito feudum vt eum habeat in dotem vxoris ſuæ no-
mine,aut cum ego do ipſius vxori,vt eum det marito.
Nam contractus † Do vt des eſt cum do tibi vt mihi 8
des, quo caſu ſicut donandi animus nullus eſt ; ita ne-
que donatio eſſe poteſt,non autem cùm do tibi vt des
vel reddas alteri, Siquidem omnis datio ſimplex quæ
& valet & cauſam nullam habet,donatio eſt,quod ad-
ditur *Vt des vel reddas alteri* nõ extinguit donationem
in te collatã à me,ſed facit tantùm vt ea ſub modo &
cũ reſtitutionis onere facta eſſe videatur. At erit cõ-
tractus Do vt des ſi ponas dediſſe me eccleſiæ fundũ
vt illa viciſſim rem aliã mihi daret,Quo caſu ſi ante-
quã eccleſia mihi det, velim ex pœnitentia condicere
quod dedi, puto futurũ perinde vt id mihi liceat ac ſi
alij cuilibet dediſſem,quia dando eccleſiæ vt illa mihi
daret æquè verũ eſt id me egiſſe vt eã mihi,non vt me
illi obligarem. Neq; tamen hoc ita accipi volo quaſi
negem donationem eo caſu quo contractus eſt cõtra-
ctum innominatum eſſe adeoque dici poſſe & debere
contractũ Do vt des, ſi is qui donationem accipit vi-
ciſſim aliquid debeat dare donatori (vtrunq; enim il-
lud nos probauimus in Err.8.& 9. Dec.45. contra in-
terpretes noſtros qui volunt donationem eſſe contra-
ctũ nominatũ) ſed quia hoc etiam caſu alia cauſa eſt
donationis alia cæterorum cõtractuum innominato-
rum vt ſcilicet pœnitentiæ locus in ea nunquam eſſe
poſſit , quemadmodum ſuprad. loco oſtendimus. In
eóque duplex † etiam Didaci eſt *d.cap.14. n.16. verſ.* 9
*quod ſi verũ eſt.*Vnus ille,quod donationem ſub modo
factam ait eſſe cõtractum nominatum:Alter quod ita
loquitur quaſi nihil interſit inter dotis conſtitutio-
nem & donationem. Sic enim ſcribit, *Sed erit is con-
tractus cuius Iureconſultus meminit in d.l.ſi ego,nomina-
tus nempe datio ex cauſa dotis,& ſic donatio ſeu dotis cõ-
ſtitutio* , cum tamen dotis conſtitutio ſemper ſit con-
tractus & quidem nominatus, Donatio autem vel nõ
ſit

ſit contractus, vel cum eſt, ſit innominatus. Et verò cum dono tibi futuro marito fundum, vxoris tuæ nomine & ea lege vt ſecutis nuptiis in cauſam dotis conuertatur, eſt quidem iſta donatio quod ad vxorem tuam attinet ſi ego is ſum qui eam ex officio dotare non debeam, ſed non ſimiliter, quod ad te, qui vtique vxorem habere non potes quin dotem habeas ex cauſa oneroſa, nec rurſus dotem ſine vxore. *d.l.vlt.§.1.ff. quæ in fran.cred.* Itaque quamuis vna duntaxat traditio hic reuera interueniat, duplex tamen interuenire & altera occultari intelligitur, vt in *l.3.§.pen.ff. de don. int.vir. & vx.l. ſingularia 15.ff.de reb. cred.* vna quæ fiat à me futuræ vxori tuæ, altera, quæ à futura tua tibi. Et conſequenter non vnus tantum ſed duplex contractus eſt ſi donatio contractus dici etiam impropriè poteſt, Vnus donationis quæ à me in futuram vxorem tuam proficiſcitur, Alius dotis, quæ tibi à futura vxore tua tradi exiſtimatur. Nec enim dotis cõtractus inter alios fieri poteſt, quàm inter coniuges aut ſponſos. Et ratio quæ impedit ne mihi liceat pœnitere non ex eo petenda eſt, quod dederim ex cauſa dotis neq; ex fauore dotis vt putat Didacus, ſed quia donare volui non quidem futuro marito ſed futuræ ipſius vxori, ſi modo vxor fieret aliquando, ac dotem habere poſſet. Donatio autem reuocari ex ſola pœnitentia nunquam poteſt. Atque ita ad Vlpianum in *d.l.Si ego in princ.* reſpondendum eſt non quomodo Didacus reſpondet, agi eo loco de contractu nominato. Quod verò ad aliam illam noſtrorum traditio-
10 nem pertinet, quæ habet † fauore piæ cauſæ mandatum nec finiri morte nec ab heredibus mandantis reuocari poſſe, pugnat ſanè peruidenter cum iuris regulis quæ mandatum quodlibet morte finiri volunt, niſi quod expreſſè conferatur in id tempus quo mortuus erit mandator vt in *l.mortis cauſa 18.§.Titia.ff.de mort.cau.don. iunct. d.l.mandatum.15. C. manda.* Nec magis fieri poteſt vt mandatum non finiatur morte, quàm vti ne ſit reuocabile ad nutum & arbitriũ mãdatoris, cùm vtrunq; perinde pendeat ex natura mandati, quamuis ſit ille contractus nominatus & dici ſoleat in contractibus nominatis pœnitentiæ locum non eſſe *l.ſicut.5.C.de oblig.& action.* Atqui nec Doctores noſtri negant permiſſam eſſe mandatori reuocationem mandati, tum quoq, cùm factum fuit in fauorem piæ cauſæ ex *l.hoc iure.19.§.ſi quis dederit ff.de do.* (etſi nullam eo loco piæ cauſæ mentionem fieri video) *l.3.ff.de ſeru. export.l.1.C. Si mancip.ita fuer.alie, l.Si pecuniam.5.§.1.vbi Alex.n.1. D.de cond. cauſ. dat.* Quidni ergo etiam mandatum ad piam cauſam finietur morte? At illud multo durius eſt quod volunt eo caſu quo mandatum non finiatur morte eſſe illud irreuocabile vt neque à mandatoris herede poſſit reuocari. Nam vt non inſubtiliter Didacus argumentatur non ſunt iſta contraria Mandatum durare, Et tamen reuocari poſſe, quia nec aliud mandatum reuocari poteſt, quàm quod durat cùm id quod amplius non durat quia iam finitum ſit reuocari nec debeat, nec poſſit. Miror autem interpretes noſtros vt errorem hunc tueantur, abuti alio illo Vlpiani reſponſo quod extat in *d.l.ſi ego §.1.* vbi non ſolum de mandato verbum nullum eſt, ſed quod magis eſt, ea ſpecies tractatur, in quam indicere non poteſt mandatum. Nam cùm rem aliquam tibi dedi & tradidi vt ſecutis nuptiis dotalis efficiatur, quid eſt obſecro quod heredi meo mandare poſſim? An fortè vt tibi tradat rem quam ego iam tradidi? Minimè. Nec enim fieri poteſt vt poſſideat rem quam ego iam alij tradidi, nec vt tradat rem quam non poſſidet. An verò vt ſine traditione dominium in te transferat? Ne hoc quidem cùm fieri nequeat vt ſine traditione dominium transferatur, illúdque tantùm facere heres meus poteſt vt dominium quod me mortuo acquiritur ei ex cauſa hereditaria, non vindicet, quod vindicare ſummo iure poſſet ſi vellet. Atqui vt non vindicet prohibendum ei eſt, non mandandum. Non ergo in hanc ſpeciem cadere mandatum poteſt. Idque à Didaco errorem hunc interpretum nobiſcum reprehendente obſeruatum non fuiſſe etiam miror. Sed miſereor magis illorum qui torquent ſe in eius loci non ſententia, quæ ſatis aperta eſt quàm ratione inueſtiganda, cùm nihil ſit verius quàm totum illum locum ab iis ſaltem verbis *Sed benignius eſt* Triboniani eſſe, non Vlpiani, vt iam docuimus in Err.3.Decad. 45. & alibi ſæpe. De quo nunc ideo plura non dicemus.

ERROR V.

De conditione donationi appoſita per donatorem inuito donatario incontinenti poſt perfectam donationem.

SVMMARIA.

1 *An incontinenti poſt perfectam donationem conditionem inuito donatario poſſit donator apponere.*
2 *Qui affirmantem ſententiam defendant: & vnde eam colligant.*
3 *In oppoſitum autoris aſſertio.*
4 *Dictio* poſtea *quomodo hîc ſit accipienda.*
5 *Didacum abuti textu C.cùm dilecti.ext.de donat.*

QVOD reſcripſerunt Imperatores in *l. perfecta 4. Cod. de donat. quæ ſub mod.* perfectam donationem poſtea non capere conditiones, ſicuti facit, vt nemo dubitet quin donatori non liceat perfectæ iam donationi ex interuallo adiicere vllas conditiones donatario inuito, ita nouæ quæſtionis materiam interpretibus attulit, An incontinenti † poſt 1
perfectam donationem hoc ipſum debeat licere donatori. Illam enim dictionem *poſtea* ſic interpretãtur, quaſi aliquod tẽporis interuallum demonſtret ex *l.in bona fidei 13. C.de pact.l.iuris gentium 7.§. quinimo D. eod.l.qui procuratorem 57.D.de procur.* vt pluribus tractat Andr. Tiraq. ad *l. ſi vnquam in verb. poſtea C. de reuoc.donat.* Reſpondent verò poſſe donatorem † etiã 2
innito donatario apponere quas velit conditiones nõ ſolùm in ipſo contractu vt loquuntur donationis, ſed etiam poſt ipſum cõtractum ſucceſſiuè dummodo incontinenti & nullo medio temporis interuallo. Quã ſententiam vt communem refert Didac. & vt veram probat *l.1.var.reſol.c.14.in pr.* poſt Soc. *conſil.66. vol.1.col.vlt.* Franc.Rip.*l.3.reſponſ.cap.1.* Gloſ.magna in *l. ſi quidem ad fin. C.de except.* Bald.in *l.1. circa fin.C. de oper.libert.* Iaſ.in *l.1.§.1.col.vlt.ff.de verb.oblig.* Citant noſtri in hanc rem text. *l.3.C.de ædilit.action. & l. lecta 40.verſi.dicebã D. de reb.credit.* quibus locis ſcriptum eſt pacta incontinenti facta poſt contractum videri ineſſe contractui, quod & proditum eſt in *d.l.bonæ fidei & d. §. quinimo* & innumeris aliis locis. Mihi aliud † iudicium eſt: Siue namque per traditionem 5
ſiue per ſtipulationem perfecta donatio eſſe proponatur, nulla ratio eſt vt liceat donatori lædere ac minuere ius, quod donatario irreuocabiliter quæſitum fuit, ſi non ipſe donatarius conſentiat. Nec alius ſenſus eſt dictionis *poſtea* in *d.l.perfecta* niſi vt ſignificet *poſt perfectam donationem* ad excludendum tempus omne quod ſequitur perfectionem donationis vel vno ſi voles inſtanti tantùm. Neque verò ad hunc caſum pertinere poteſt quod dici ſolet ea quæ incontinenti

ſiunt ineſſe videri. Id enim pertinet ad pacta quæ
quoniam ex vtriuſque contrahentium voluntate &
conſenſu conſtant *l.1.ff.de pact.l.3.ff. de pollicit.* dubi-
tandum non eſt fieri poſſe non tùm incontinenti ſed
etiam ex interuallo : cum hac ſola differentia, quod
incontinenti facta pariunt actionem tanquam quæ
inſint contractui, non etiam quæ fiunt ex interuallo,
quoniam aliud eſt fieri & valere pactum, aliud verò
naſci ex eo actionem. Prius pendet ex ſola contrahē-
tium voluntate, Poſterius verò non niſi ex ratione
iuris. At vt poſt perfectam donationē adiiciatur noua
lex noua conditio inuito donatario & ex ſola volun-
tate donatoris quantumlibet incontinenti declarata
fieri nullomodo poteſt citra iniuriam donatarij mani-
feſtam. Debétque ſibi imputare donator cur non om-
nes quas voluit leges & conditiones ab initio expreſ-
ſerit, hoc eſt antequam donatio perficeretur. Quod
tempus eſſe conſcribendarum conditionum & pactio-
num quas donationi inſerere vult donator id eſt priùs
quàm donatio recipiatur, Conſtantinus ait in *l.dona-
tio 25.C.de don.* illis verbis *ſub hac fieri debet obſerua-
tione vt quas leges indulgent conditiones pactionéſque
contineat : Hiſque penitus cognitis vel recipiantur, ſi
complacita ſunt, vel reiiciantur ſi ſunt moleſta.* Alioquin
eſſet inuentus modus facilis & cuique obuius reuocā-
dæ donationis ex pœnitentia quæ liberalitatis comes
eſſe ſolet, donatore ſcilicet incontinenti poſt perfe-
ctam donationem dicente velle ſe donationi eam le-
gem addere quam ſciat donatarium tanquam nimis
oneroſam nunquam admiſſurum eſſe. Atqui certum
eſt perfectam donationem reuocari ex pœnitentia
non poſſe ne quidem accedente principalis reſcripti
autoritate *l.3. 4. & 5. & paſſ. C.de reuoc. donat.* quia
vellet necne donator donare, debuit ille diligentiùs
perpendere antequam donaret, cùm liberum ei eſſet *l.
velles necne 6.eod.* Cur ergo licebit donatori eam re-
uocare conquiſitis quantumcunque ſtatim & incon-
tinenti nouis conditionibus? Quid enim aliud eſt no-
uas conditiones adiicere, quam pœnitere? Aut cur
quod vna via prohibitum eſt, alia permittatur? *l.ſcire
oportet 11.§.1.ff. de tutor. & curat. dat.* Et quod obii-
4 citur dictionem † *poſtea* nihil aliud ſignificare quàm
ex interuallo in iis verum eſt quæ aut ex interuallo
aut incontinenti fieri poſſunt. Id autem de quo agi-
mus Donationi ſcilicet iam perfectæ cōditionem adii-
cere tale eſt vt neque incontinenti neque ex interual-
lo fieri poſſit inuito donatario. Ideóque in hunc ca-
ſum non cadit ea quæſtio, An debeat hæc dictio *poſtea*
ſumi pro eo quod eſt *incontinenti* an pro eo quod eſt
ex interuallo, priuſque eſſet probandum quod nos ne-
gamus, ſaltem incontinenti poſſe adiici conditionem:
Cæterùm negari non poteſt, quin poſtea fiat quod fit
poſt perfectam donationem tametſi fiat incontinen-
ti. Et quamuis quæ incontinenti non etiam quæ po-
ſtea fiunt dicantur ineſſe, prius tamen eſt vt poſſint
ineſſe, cùm ineſſe præſupponat factum. Quod ve-
rò pro ſe adducit Didacus textum † iuris pontificij
5 vt optimum in *c. cum dilecti Extr. de don.* mirandum
ſanè eſt. Potiùs enim probat ille locus apertiſſimè do-
nationem quæ ab initio libera & pura fuerit nullas
recipere conditiones. Eas autem ſolas conditiones
valere quæ donationi ſint inſertæ. Quo nomine
ſignificantur ea quæ in ipſo actu donationis ex-
preſſæ ſunt non quæ poſtea adiectæ quamuis incon-
tinenti niſi donatarij quoque voluntas acceſſerit. Qua
etiam accedente adhuc tamen requirimus vt incon-
tinenti appoſitæ ſint ad hoc nimirum vt ex nudo
pacto agi poſſit ad implementum conditionis, quia
pacta ex interuallo appoſita etiam poſt bonæ fidei
contractum, qualis certè donatio non eſt actionem
producere non poſſunt, ſi non habeant adnexam ſti-
pulationem *d.§.quinimo & l.pacta conuenta 72. D. de
contr.empt.*

ERROR VI.

*De donatione ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis fa-
cta bonorum omnium præſentium &
futurorum.*

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum donatio omnium bonorum
præſentium & futurorum inter viuos facta non
valet, & cur.*
2 *Donatio omnium bonorum quando non auferat teſtan-
di facultatem : adeóque valeat.*
3 *Donatio hereditatis an valeat.*
4 *Quibus caſibus velint interpretes omnium bonorum
præſentium & futurorum donationem valere.*
5 *Bonorum omnium præſentium & futurorum donatio-
nem etiam nō iuratā valere, aduerſus interpretes.*
6 *Vniuerſalis bonorum donatio nunquam ita fieri poteſt,
vt iura & actiones ipſo iure in donatarium om-
nium tranſeant.*
7 *Ex legato nominis actio directa non poteſt competere
legatario ex perſona propria, at neque ex perſona
heredis ſine mandato.*
8 *Actiones directa remanent penes donatorem etiamſi
iura ſua omnia, actionéſque ſibi competentes do-
nauerit.*
6 *Donationem bonorum omnium præſentium & futuro-
rum nunquam poſſe donatori eripere teſtandi fa-
cultatem.*
10 *Improbanda non eſt illa donatio quæ facit ne dona-
tor tam facilè ſit heredem habiturus : ſed illa quæ
faceret ne iure habere poſſet.*

NON eſt in toto † iure noſtro receptior 1
apud interpretes & veteres & recentio-
res concluſio, quàm hæc de qua nunc
tractamus, Donationem omnium bono-
rum præſentium & futurorum inter viuos factam
non valere, tanquam quæ donatori adimat non tan-
tum libertatem teſtandi, ſed etiam facultatem ipſam
factionemque teſtamenti, quam conſtringi ſatis eſſet
vt contractus non valeret, quiſquis ille foret. *leg. ſti-
pulatio hoc modo concepta 61. vbi* DD. *de verb.obl.l.
pactum quod dotali 15.C.de pact.l.cum duob.52.alias l.
ſi fratres §.idem reſpondit ſocietatem D.pro ſocio.* Adeo
vt nec ſi iurata ſit, eam tamen valere patiantur, quia,
inquiunt, non eſt obligatorium contra bonos mores
præſtitum iuſiurandum *cap. non eſt obligatorium. de
reg.iur.in 6.* eſt autem contra bonos mores vt ciui
Romano teſtamenti factio per pactum auferatur *d.
l.ſtipulatio l.ex eo. 4. C.de inut. ſtipul.* quanquam du-
bitant nonnulli an hoc ipſum ſit contra bonos mores
naturales, an contra ciuiles tantùm : quod poſtre-
mum verius eſſe defendit Didac.Couarr.*in 2.part ru-
bric.De teſt.n.4.5.& 6.* neque hoc malè, licet fortaſſe
non ſatis vrgentibus rationibus, cùm eam præmit-
tat quæ me omnium maximè mouet, quod teſtamen-
ti factio ſit tota ex iure ciuili, non ex naturali aut gē-
tium, vt alibi ſæpe à nobis traditum & comprobatum
eſt. Inde fit vt ſi quando facta ſit donatio inter viuos
ne auferat teſtandi facultatem nemo dubitet eam va-
lere, puta † ſi quis donationem vniuerſalem bonorum 2
omnium reſtrinxerit ad præſentia. Aut etiam ſi do-
nauerit ſimpliciter bona ſua, adiecta etiam ſi voles
nota illa vniuerſalis *Omnia* propterea quod nihil hic
fit,

ſit, quod impediat ne poſſit benignè ad defendendam donationem ea ſumi interpretatio, vt de ſolis bonis præſentibus actum eſſe videatur. Multo magis ſi quis omnia bona ſua mobilia & immobilia donaſſe proponatur: cùm hoc caſu non ſolùm futura non contineantur, de quibus nihil expreſſim dictum eſt, ſed neq; iura & actiones, tanquam quæ tertiam bonorũ ſpeciẽ cõſtituant à mobilibus & immobilibus bonis prorſus diſtinctam. *l. à Diuo Pio* 15. *§. in vendit. ff. de re iud.* Sed & cum donatio expreſſim & vniuerſaliter facta eſt bonorum omnium & præſentium & futurorum, ſi quid tamen ſibi donator exceperit & reſeruauerit, de quo teſtari poſſit, fatentur omnes valere donationem, quaſi ceſſante ratione illa, quæ alioqui facere deberet ne valeret. Dummodo id quod excipitur ac reſeruatur tale ſit ac eius momenti, vt pro eo conſequendo credibile ſit heredem inſtitutum hereditatem aditurũ eſſe, id eſt, vt non ſit quid minimum. Propter quam cauſam ſolent noſtri hoc ita taxare vt ſaltem excedat viceſimam partem illius patrimonij quod donatur, vt loquitur Iulius Clarus *l. 4. ſement. in §. donatio. quæſt.* 19. *n.* 8. Parum conuenienter meo iudicio, cùm fieri poſſit vt perexigui fortaſſe patrimonij pars non dicam viceſima, ſed duodecima aliáue minor, non aliud commodum habeat, quàm quod ſit paullo plus quàm nihil, & cuius conſequendi auiditate non poſſit allici ſcriptus hæres ad adeundum. Quemadmodum è contrario fieri facilè poteſt, vt tam amplum ſit patrimonium, quod donatur, vt eius pars centeſima, nedum trigeſima poſſit ſufficere inueniendo habendóque hæredi. Itaque vix eſt vt certa portio hac in re diffiniri queat. Quod ſi donator vt plerunque fit, bonorum illorum omnium præſentium & futurorum quæ donat vſumfructum duntaxat ſibi exceperit, ſiquidem hoc expreſſo vt de eo poſſit tantùm inter viuos diſponere, placet donationem non magis valere, quàm ſi nihil prorſus ex donatione exceptum eſſet: cùm paria ſint nihil excipere donatorem & tale quid excipere de quo teſtari non poſſit. Si verò vel ſimpliciter, vel hoc etiam expreſſo vt donatori liceat teſtari, donationem valere, quamuis contra ſenſerit Paul. Caſtr. *ad l. vlt. num.* 10. *C de pact.* cuius opinio paſſim eſt improbata. Sed hoc tamen ita demum, ſi vſusfructus ille exceptus tantum adferat emolumẽti, vt poſſit ſufficere non ſolum præſtandis alimentis aliiſque omnibus ad donatoris exhibitionem neceſſariis, verùm etiam redigendæ ſaltem per honeſtam frugalitatem quantitati, quæ inuitatura ſit veriſimiliter heredem vt ea ſpe allectus velit adire hereditatem: quemadmodum tractat Didacus *l. 3. var. reſolut. c.* 12. *n.* 3. Rurſum ſi quis non bona ſua omnia ſed hereditatem † ſimpliciter donauerit, etſi non deſunt ex

3 interpretib. qui dubitent an donatio valeat necne, receptius tamen eſt non valere, propterea quod hæc donatio æquipolleat donationi bonorum omnium præſentium & futurorum, cùm hereditatis nomen comprehendat omnia bona, quæ quis ſuæ mortis tempore reliquit, ideóque nec poſſit negari, quin hæc donatio facultatẽ teſtandi adimat donatori, quomodo ratiocinatur Iul. Clar. *d. quæſt.* 19. *n.* 6. Excipiunt tamen interpretes duos caſus † in quibus volunt etiam omniũ

4 bonorum præſentium & futurorum donationem valere: Vnus eſt ſi collata ſit in eccleſiam cui etiam ſeipſum dicare donator potuiſſet. Alius eſt ſi duo fratres talẽ donationem ſibi inuicẽ faciant, vel ineant ſocietatẽ, aut vt loquuntur, fraternitatẽ reciprocã fauore agnationis conſeruandæ vt ait Boër. *Deciſ.* 355. *num.* 3. Nam & non ſolum inter fratres ſed etiam inter quoſcunque alios valet donatio bonorum omnium præſentium & futurorum, quoties effectus eius collatus eſt poſt mortem donatoris, vt pro Boërij ſententia confirmanda ſubiungit Clarus in *d. §. don. quæſt.* 20. *in fin. & d. quæſt.* 19. *num.* 7. vbi ex hoc infert valere huiuſmodi donationem bonorum omnium præſentium & futurorum ſi facta ſit cauſa mortis, quia donationum cauſa mortis ea condicio ſit vt poſt donatoris mortem conferantur, ideoque ad inſtar legatorum capi exiſtimentur *l. non videtur* 32. *l. illud D. de mort. cauſ. don. l. vl. C. e.* Extra hos caſus adeo inutilem volunt eſſe donationem bonorum omniũ & præſentiũ & futurorũ, vt nec pro præſentib. eã valere patiantur, at neq; pro futuris tantùm. Quamuis ſi donatio quæ excederet quingentos ſolidos nulla eſſet ob defectum inſinuationis, non eo minus defenderetur intra modũ & finem legitimæ quantitatis *l. ſancimus* 34. *& l. ſeq. §. ſin autem donator verſ. ſin autem amplioris C. de don.* Atque hæc quidem omnia ex receptiorib. interpretum noſtrorum ſententiis ita ſe habent, vt ex iis videre eſt quos citat & cumulat Iulius Clarus *d. quæſt.* 19. *&* 20. Nec enim ſum ego cumulator interpretum, qui meo iudicio omnium ignobiliſſimus labor eſt, ſed interpres etiam ipſe quantum per ingenioli mei tenuitatem licet. Parúmque abeſt vt malim eſſe malus interpres, quàm malorum congeſtor & adprobator. Quanquam in hac quæſtione ſum ego aliàs ſecutus vulgarem cęterorum errorem, in eoque experior, nunquam me aut facilius labi aut turpius, quàm cùm aliorum veſtigiis inſiſto bona fide pro veris habens quæ illi pro veriſſimis habuerunt. Nunc verò in ea ſum opinione † 5

vt putem bonorum omnium præſentium & futurorum donationem etiam non iuratam valere, in quemcunque collata ſit, dum ne aliud quicquam impediat donationẽ. Mouet me, quod ratio illa qua vna mouentur interpretes vt contrà putent, nẽpe quod ex huiuſmodi donatione auferatur donatori teſtãdi facultas, euidẽter falſa eſt. Non quia, vt nonnullos aliquando argumentantes audij, poſſit teſtari etiam ille qui bona nulla habet, puta qui plus habeat in ære alieno quàm in patrimonio (aliud enim eſt bona nulla habere neq; poſſe vnquã habere, quomodo videtur nulla poſſe habere, is qui nõ tantùm præſentia donauit ſed etiã futura) At quoniam non quælibet donatio transfert dominium rei donatæ in donatarium, ſed ea duntaxat quæ & per traditionem fit, & eo animo vt ſtatim dominium ex ea transferatur: Nulla verò traditione interueniente quamuis donatio valeat ſiue facta ſit per ſtipulationem, vt olim fieri eam neceſſe erat, ſiue per pactum nudum, quomodo fieri eam hodie poſſe Iuſtinianus voluit in *l ſi quis argentum* 35. *§. pen. C. de donat.* nullum tamen alium effectũ habet niſi ne obliget donatorem eiúſve heredem ad præſtandum tradendumque id omne quod donatum fuit *d. l. ſi quis §. Sed etſi quis vniuerſitatis, cum ſeq.* Interim igitur donator remanet dominus, & conſequenter habet quod ad heredem tranſmittere & in quo heredem habere poſſit. Atqui cùm donatio fit bonorum omnium & præſentium & futurorum, fieri nequit vt bona omnia tradantur, quia quæ nondum acquiſita ſunt ob idque futura dicuntur nondum tradi poſſunt, nec ſi traderentur, dominium tamen eorum transferri poſſet ab eo qui nondum illud haberet. Semper igitur habet hic donator, vel ſaltem, quod ſufficit, poteſt habere bona de quibus teſtetur quia etiamſi tradiderit omnia quæ habebat, potuerunt tamen alia ei acquiri vel in ipſo mortis inſtanti, puta ex cauſa legati vel fideicommiſſi, quod ſicut ignoranti, ita & morienti acquiri poteſt *l. cùm pater* 77. *§. ſurdo de legat.* 2. iunct *l. de hereditate* 19. *§. filiusfamilias in fin. D. de caſtrenſ. pecul.* Tantumque abeſt vt hæc donatio impediat ne donator poſſit heredem aliquem habere teſtamentarium, vt è contrario neceſſe ſit donatoris heredem aliquem eſſe ad hoc vt donatio effectum ſortiri poſſit.

Quis

Quis enim dominium poſſet transferre in donatarium mortuo iam donatore ſi heres nemo eſſet? Ideoque nimirum conſtituit Iuſtin. in *d. l. ſi quis argentum in fi.* vt ex donatione etiam ipſius heres teneatur ad tradendum. Neque verò difficilius eſt vt teſtamentarium heredem habeat hic donator, quàm vt legitimum, quia ſi nulla bona haberet neque habere poſſet, non magis ei permittetur legitimum heredem habere quàm teſtamentarium. Sed addamus aliam quoque rationem. Dico huiuſmodi donatio-

6 ne † quantumuis vniuerſali bonorum omnium præſentium & futurorum quamuis ad bona mobilia & immobilia reſtricta non ſit, iura tamen & actiones nunquam poſſe ita contineri vt transeant omnino & ipſo iure in donatarium: Nec ſi quod mirere, dixerit donator ſe iura quoque ſua omnia donare. Non quia in donationem cadere iſta non poſſint, perinde atque mobilia & immobilia cætera. Sed quia non eſt in poteſtate donatoris facere vt à ſe abdicet iura directa & directas actiones quæ vt noſtri ſolent dicere, ſic adhærent oſſibus, vt ab ea perſona cui ſemel adhæſerunt ſeparari nunquam poſſint & in alium transferri. Poteſtque donatarius hoc tantùm commodi ex tali donatione nanciſci, vt poſt reſcriptum Diui Pij habeat vtiles actiones proprio nomine cõtra debitores donatoris, exemplo eius cui nomen vel venditum eſt vel obligatum vel legatum vel datum in dotem aut in ſolutum. *l. ſi cum emptore 16. D. de pact. l. 2. C. de oblig. & action. l. vlt. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui debit. conuen. poſſ. l. poſtquam. 7. C. de hered. vel action. vendit. l. ex legato 18. C. de legat.* Habeat verò quidem etiam directas, ſed ex perſona donatoris non ex propria, quemadmodum de ſupradictis aliis ceſſionariis ibidem ſcriptum eſt & in *l. emptor 5. & l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vend. l. 3. & 4. C. de nouat. l. vl. D. de tranſact.* Proinde non facit hæc donatio quin donator in huiuſmodi iuribus & actionib. directis heredem habere poſſit: Quinimo neceſſe eſt vt heredem habeat vel ob hoc maximè vt mortuo donatore eaſdem actiones directas exercere donatarius poſſit, vt aliqua perſona ſit in qua conſiſtant & cuius nomine à donatario exerceantur, vt & in eleganti illa ſpecie de qua in *l. 1. C. de oblig. & act.* Plus auſim dicere, nullo iuris loco, ſaltem quod meminerim, dari vtiles actiones donatario nominis, ſed tantùm directas ex perſona donatoris vt in *l. 2. C. de don.* Ideo fortaſſe quod minus dignus eſt donatarius cui faueatur, cùm habeat cauſam lucratiuam non quomodo ſupradicti omnes ceſſionarij ſolo legatario excepto cauſam oneroſam. Nam & in aliis pleriſque iuris partibus idem eſt ne donatario minùs quàm creditorib. aliiſve cauſam oneroſam habentibus faueatur, Vt in *l. quod autem 6. §. ſimili modo dicimus D. qua in fraud. cred. l. pen. C. de reuoc. his qua in frau. l. ſuper long. 11. C. de praeſ. long. temp. l. 4. § ſi cum legitima ver. ſi quis autem. D. de dol. exce.* Præſertim quia cùm donatio non poſſet olim fieri niſi vel traditione vel ſtipulatione interueniente, nihil cauſæ erat cur donatario ſuccurri oporteret datis ei ex propria perſona vtilibus actionibus. cùm fieri non poſſet vt non haberet directam aliquam actionem vel proprio iure & contra donatorem ipſum à quo fuiſſet ſtipulatus, vel contra debitorem ex perſona donatoris à quo inſtrumentum nominis per traditionem accepiſſet *l. 1. C. de don.* vel denique ex perſona etiam propria contra debitorem ipſum donatoris, ſi, quod plerumque fiebat donatore ita iubente ſtipulatus ille fuiſſet nouandi animo à debitore quod debebatur donatori. Nec quod legatario quoque nominis accommodantur vtiles actiones quamuis lucratiuam cauſam habeat *d. l. ex legato.* facere debet vt idem ius donatatio indulgeri oporteat. Legatario. n. ſuccurri æquum fuit cùm directas actiones nullas habere poſſet, priuſquàm eſſent ei ab heredibus mandatæ, vt ait *d. l. ex legato.* Nam licèt ea ſit poſteas legis duodecim tabularum, quæ legata omnia cõfirmat vt dominium rei legatæ recta via transferat à teſtatore in legatarium *l. legatum 80. de leg. 2. l. a Titio 64. in fi. de fur.* eadem tamen lex facere non poteſt vt ex legato † no- 7

minis actio directa competat legatario ex perſona propria, at neque ex perſona heredum citra mandatum. Adeo difficile aut potius impoſſibile eſt, vt actionum directarum tranſlatio vnquam fiat niſi in heredem, qui eadem cum defuncto perſona eſſe cenſeatur: Quod & apertius intelligitur ex ſenatuſconſulto Trebelliano, cuius licèt ea ſit mens vt omnes actiones hereditarias transferre velit in fideicommiſſarium tanquam qui & heredis loco, & iuris ſucceſſor ſit, non tamen facit nec facere poteſt vt actiones illæ fideicommiſſario competentes ſint directæ, ſed tãtum vt ſint vtiles, remanentibus directis penes heredem, qui & ipſe heres manet *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. ſi heres inſtitutus 70. D. ad SC. Trebell.* Ergo quamuis legatario nominis fauẽdum eſſe prudentes exiſtimauerint protracto ad eum per interpretationem reſcripto Diui Pij quod de nominis tãtùm emptore locutum fuerat, non tamen bona erit conſecutio ſi quis audacter eandem interpretationem protrahere velit ad donatarium, quamuis par vtriuſq. ſit ratio in eo quod vterque cauſam lucratiuam habet, Sed erit bona ratiocinatio & collectio, ſi dicamus actiones directas quæ remanent penes heredem non modò cùm nomen legatum eſt, ſed etiam cum reſtituta fuit per fideicõmiſſum hereditas quãuis fideicommiſſarius vniuerſalis ſit ſucceſſor iuris *l. non. n. 38. l. ſeruo 65. eo. tit. ad SC. Trebell.* multo magis remanere debere † penes donatorem etiam qui 8

iura ſua omnia, ſibique competentes actiones donauerit, cum donatarius non ſit iuris ſucceſſor *l. æris alieni 15. C. de don.* Proinde fatendum eſt donatorem bonorum omnium præſentium & futurorum etiam iurium & actionum perinde poſſe heredem habere in iuribus ſuis & actionibus omnibus, ac ſi iura illa & actiones à donatione excepiſſet: Imo verò neceſſarium eſſe, vt heredem habeat ex cuius perſona vt iam diximus poſſit donatarius actiones directas exercere. Ne alioqui defuncto eo ſine herede mandatum actionum directarum intercidat Quanquam non nego æquiſſimum fore illo caſu, vt ſuccurreretur donatario accommodatis ei vtilibus actionibus in vicem & ſubſidium directarum, quemadmodum in ſpecie *d. l. C. de obli. & actio.* Addo aliam rationem ex qua

manifeſtius apparet donationem † bonorum omniũ 9

præſentium & futurorum nunquam poſſe donatori eripere teſtandi facultatem. Nimirum quia nec poteſt tollere cauſam & neceſſitatem habendi heredis. Certum enim eſt ius hereditatum & heredum fuiſſe inductum per legem duodecim tabularum, non tantùm vt via inueniretur per quam dominium rerum defuncti, quas viuus ille in patrimonio habuiſſet, ad ſucceſſorem transferri poſſet, verùm etiam ne actiones creditorum morte debitoris intercidere͂t & vt haberent creditores quem conuenire poſſent. Id enim eſt quod ſolemus dicere onus æris alieni non tantùm in heredes tranſire, ſed etiam inter eos diuidi per legem duodecim tabularum & ipſo iure pro hereditariis portionib. *l. 1. C. ſi cert. pet. l. vlt. C. de hered. actio. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. her. credit.* Atquin is qui donat bona ſua omnia & præſentia & futura etiamſi addat, ſi voles iura quoq. & actiones, hoc etiam addito vt æris alieni onus ſuſcipere donatarius cõpellatur, non ideo tamen ſe liberat & exuit

ære alieno, nec transferre illud poſt in donatariũ, quã quod fuit penes donatorem: porrò æs alienum donatoris non fuit, ſed creditorum ipſius, ob idque æs alienum appellatur *l. cedere diem 213. §. æs alienum D. de verb. ſignif.* Remanent igitur penes donatorem etiam inuitum actiones paſſiuæ omnes, nec eo tantũ modo, quo dicimus penes hæredẽ remanere poſt reſtitutã hereditatem ex cauſa fideicõmiſſi, vt ſcilicet directis quidẽ actionibus conueniri poſſit, ſed tamẽ poſſit fideicõmiſſarius conueniri vtilibus. Verùm ita vt non magis vtiles quàm directæ actiones in donatariũ exerceri poſſint, quippe qui nec ſit nec vllomodo eſſe poſſit iuris ſucceſſor, cùm titulus donationis ſit ſingularis, non vniuerſalis, quantumcunq. vniuerſitatis, donatio facta ſit, vt ſequenti capite dicemus. Dices parum eſſe ad conſeruandam donatori factionem teſtamenti quod penes eum remaneant iura omnia & actiua & paſſiua, quandoquidem non
10 eo magis heredem aut ex teſtamento aut ab inteſtato habere poteſt, cùm non ſit credibile futurum quemquam adeo ſupinum & ſtultum, vt eam donatoris hereditatem adire velit, in qua nihil reperturus ſit niſi onus æris alieni & directas actiones ſine fructu. Verùm reſpondeo † longè aliud eſſe de iure, aliud de facto diſputare. Ad ius illa quæſtio pertinet, An donator heredem aliquem habere poſſit. Ad factum verò illa An heredem illum quem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato habere poteſt, habiturus ſit necne. Improbanda eſſet donatio ſi faceret ne donator heredem habere iure poſſet. Sed non improbanda eſt, quod faciat ne tam facile ſit ille habiturus heredem metu æris alieni exterritum & nulla ſpe præmij inuitatum: Cùm præſertim fieri etiam poſſit vt onus illud æris alieni tam ſit leue, vti ne idcirco heres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus hereditatem omiſſurus ſit & defuncti fortaſſe patris aut fratris, à quo etiam ille ipſe donationem acceperit, famam pudorémque oneraturus, quem potius ſuſcipere tuerique tanti habere malit. Alioqui paullatim dicendum erit nec ſingularum rerum donationes, adeóque venditiones aliáſue alienationis ſpecies multiplicatas valere poſſe, nullos denique contractus per quos pauperior quis fiat cùm ea ratione futurum ſit aliquando, vt tanto difficilius heredem habiturus ſit, tanquam multo minorem hereditatem relicturus. Quo tamen abſurdius dici nihil poteſt. Nam & ante legem falcidiam latam & ante inductam ex ſenatuſconſulto Pegaſiano quartæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus retentionem, quamuis plerumque cõtingeret vt deſtituerentur teſtamenta, atque ita ipſa quoque legata & fideicommiſſa interciderent nolentibus ſcriptis heredibus adire hereditatem etiam non ſuſpectam ſi nullo lucro & commodo inuitarentur (quæ res & legi falcidiæ & ſenatuſconſulto Pegaſiano cauſam dedit) non eo minus tamen valebant teſtamenta, etiam quibus teſtator vniuerſam hereditatem ſiue legando ſiue fideicommittendo exhauſiſſet, ita vt heres non quidem adire cogeretur, ſed ſi adiret obligaretur creditoribus omnibus in ſolidum, legatariis verò ad cõcurrentem vſq. patrimonij quantitatem, fideicommiſſario autem vniuerſali ad transferendas in eum ex Trebelliano omnes actiones, quorum omnium nihil erat, quod dici deberet, ſi ratio iuris obſtabat, quominus valere poſſent ex diſpoſitiones, per quas habendi heredis ſpes imminueretur. Sed & hodie poſtquam placuit Iuſtiniano, vt teſtatori liceat quod olim non licebat falcidiæ & Trebellianicæ detractionẽ heredi prohibere *Nouell. 1. de hered. & falcid.* quis non videt idem incommodum poſſe accidere, quod olim ante legis falcidiæ & ſenatuſconſulti Pegaſiani tempora accidebat, vt heres prohibitus nolit hereditatem adire quam videat legatis & fideicommiſſis exhauſtam, ex qua plurimum damni timere debeat, lucri verò ſperare prorſus nihil? Et tamen nemo dubitat quin valeant huiuſmodi teſtamenta quamuis facilè in irritum caſura ſi heres deſtituat ſupremam defuncti voluntatem, Nempe quia ſufficit vt aliquo caſu poſſit ea voluntas effectum habere, quod contingit herede inſtituto plus pudori teſtatoris ſui quàm commodis ſuis tribuente. Et cum deſtituitur teſtamentum propter heredis repudiationem qui non tanti habeat ſuſcipere pudorem defuncti vt oneribus hereditariis mergi velit, nihil in eo abſurdi aut iniqui eſſe creditur, quia procedit incommodum hoc ex facto teſtatoris, cui proinde poteſt imputari, cur tam pauperem ſe fecerit donando. Cæterùm non eo minus poſſe fieri vt heredem hic donator habeat, ex eo intelligimus, quòd ſi heres ab ipſo inſtitutus hereditatem adire vellet, ſiue adfectione motus ſiue imprudentia, proculdubio poſt aditionem teneretur creditoribus omnibus hereditariis, nec alio tamen iure quam quaſi heres, quia hereditas nomen iuris eſt, nec in corpore conſiſtit, ſed in iure. *l. hereditas 50. D. de hered. petit.*

ERROR VII.

De donatario vniuerſorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur, Et quid ſi donatio facta ſit in fraudem creditorum.

SVMMARIA.

1 *Donatarius vniuerſorum bonorum ex ſententia interpretum eſt loco heredis, ideóque dantur in eum creditoribus hereditariis actiones ſaltem vtiles.*

2 *Diſtinctio quam nonnulli interpretes in propoſita quæſtione adhibent.*

3 *De propoſitis interpretum dogmatibus autoris ſententia.*

4 *Donatarius quantumlibet vniuerſalis eſt ſucceſſor ſingularis, ideóque ad onus æris alieni non tenetur.*

5 *Bonorum poſſeſſor & fideicommiſſarius creditoribus hereditariis cur teneantur.*

6 *In donatarium vniuerſorum bonorum vt dentur actiones vtiles nulla iuris ratio efficit.*

7 *Impugnatur diſtinctio interpretum propoſita ſub nu. 2. ſupra.*

8 *De deductione æris alieni quando vniuerſa bona donata ſunt.*

IACTITANT noſtri pragmatici Donatarium † vniuerſorum bonorum eſſe loco heredis, ob idque volunt dandas eſſe in eum creditorib. hereditariis ſaltem vtiles actiones. 1 Sic enim Guid. Pap. quæ. 105. ſcilicet in ſubſidium nemine alio donatori herede exiſtente, quomodo dantur in fideicommiſſarium vniuerſalem & in bonorum poſſeſſorem quòd hi licèt heredes verè non ſint, heredum tamen loco habeantur. Iidem tamen ſolent diſtinguere †, 2 an donatione iura quoque & actiones comprehendantur, an mobilia tantùm & immobilia bona: vt priore demum caſu donatarius vniuerſalis teneatur creditoribus, non etiam poſteriore. Quaſi donatione iurium & actionum iura non tantum actiua ſed etiam paſſiua in donatarium transferantur. 4 Et traditio † & diſtinctio falſa eſt: Donatarius enim quantumlibet † vniuerſa- 3 lis

lis nullo caſu heres eſt, neque heredis loco, ſed ſucceſſor ſingularis, qui proinde ad onus æris alieni teneri nunquam poteſt, ſiquidem æs alienum onus eſt totius hereditariæ ſucceſſionis, vt ſcriptum eſt in *l. æris alieni. 15. C. de don.* ſolusq. heres huic oneri obnoxius ſit per legem duodecim tabularum *l. vlt. C. de hered. actio. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. her. credi. l. 1. C. ſi cert. peta.* Nec quod in donationem veniat vniuerſitas bonorum facere poteſt, vt donationis titulus debeat videri vniuerſalis, ſicut & cùm hereditas venditur licèt tota vendatur, nemo tamen dixerit emptorem ſuccedere in ius defuncti vel heredis titulo vniuerſali. Succedit enim titulo ſingulari ob idque nec hereditariis creditoribus tenetur, quamuis ea lege contraxiſſe videatur, vt iis ſatisfaciat *l. ſecunda. Codic. ſi certum petatur.* In eo namque ſimiles ſunt tituli emptionis & donationis, quòd vterque eſt ſingularis, licet vterque cadere poſſit etiam in hereditatem, aut potius hereditas in vtrumque *l. hereditatẽ 28. D. de don.* Nempe quoniam quæ hereditas venditur aut donatur eam neceſſe eſt iam aditam & acquiſitam eſſe a venditore, ac proinde deſiiſſe eſſe hereditatem, conuerſámq. in patrimonium venditoris vel donatoris. Quæ res facit vt æris alieni onus quod hereditas ab initio admixtum habuit deſinat habere cùm deſiniit eſſe hereditas, quia lex duodecim tabularum non aliam hereditatem æri alieno obſtringit, quàm quæ ſit verè hereditas, nec ſufficit vt fuerit aliquando, quia non quemadmodum in hereditate ita & in bonis æs alienum eſſe poteſt, cùm ideo alienum dicatur quòd ſit in bonis eius cui, non à quo debetur *l. cedere diem 213. §. 1. D. de verborum ſignificat.* Porrò quæ deſinit eſſe hereditas non aliud nomen habere poteſt quàm bonorum. Bona verò non dicuntur niſi deducto ære alieno, tantum abeſt vt æris alieni onus bona ſequatur *l. mulier 72. ff. de iur. dot. l. non poſſunt 11. ff. de iur. fiſc.* Neque contrarium
5 eſt quod de bonorum poſſeſſore † ac fideicommiſſario diximus teneri eos creditoribus hereditariis. Habet enim id ſpecialem rationem quia vtrique ſunt iuris ſucceſſores, quanquam diuerſa ratione ſcilicet bonorum poſſeſſor iure prætorio *l. 2. & 3. §. 1. ff. de bonor. poſſ.* fideicommiſſarius verò etiam ex iure ciuili hoc eſt ex ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Treb.* Quæ ſenatuſconſulti autoritas non aliam ob cauſam fuit quàm quod hereditatis reſtitutio fieri nequeat niſi poſt aditionem, & conſequenter eo tempore non tam ſit, quàm fuerit hereditas. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. in fideicommiſſaria 18. ff. e.* quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt, videri eum rogatum id reddere quod fuit hereditatis. Ideóque comparandus eſſet fideicōmiſſarius emptori hereditatis & donatario quod ad hoc ne creditorib. teneretur niſi poteſtate ſenatuſconſulti tranſirent in eum vtiles actiones & actiuæ & paſſiuæ, quia is qui hereditatem fideicommiſſariam reſtituit, ſicuti neceſſariò priùs heres fit per aditionem, ita non minùs heres manet etiam poſt reſtitutionem, quàm qui hereditatem vel vendidit vel donauit *§. reſtituta, Inſt. de fideic. hered.* & ob id nimirum neceſſaria eſt ei & in eum exceptio reſtitutæ hereditatis, ſi vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur *l. ita tamẽ 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebel.* Vt vero in fideicōmiſſario id conſtitueretur quod neque in emptore neque in donatario hereditatis cōſtitutū fuit, fauor effecit fideicommiſſorum, quæ alioqui intercidebant nolente herede ſe implicare negotiis hereditariis in fideicommiſſarij vtilitatem, præſertim cùm nondum eſſet inductum Senatuſconſulto Pegaſiano quod poſterius fuit Trebelliano, vt ſuſpectam dicens heres cogi poſſet ad adeundum *l. quia pater 4. e.* At neque hæc neque alia vlla ratio locum habere poteſt
in donatario † vniuerſorum bonorum vt dandæ ſint 6
vtiles in eum actiones non magis quam ſi fundus tantùm ei donatus eſſet, quo caſu fatentur omnes futurum vt ad æs alienum minimè teneretur, quia perſonalis obligatio non ſequitur ſingularem ſucceſſorem *l. 1. § ſi heres e. l. vlt. §. 1. D. de cont. empt.* Nullum enim periculum eſt ne donatio corruat, quæ non niſi ex voluntate ac liberalitate illius qui obligatus manet, proficiſcitur. Item quia nec aliud in donationem venire intelligitur, niſi quod ſupereſt deducto ære alieno *d. l. mulier. & d. l. non poſſunt*, vt proinde parum aut nihil interſit donatoris an teneatur ipſe creditorib. an donatarius, cùm ex rebus ipſis donatis omnino deducendum ſit quantum neceſſe eſt vt æs alienum exſoluatur. Quomodo & in *l. ſi non verum 15. C. de don. int. vir. & vx.* indemnitati fiſcali ſatisfit ob primipilum etiam ex re ſingulari donata ad ſupplendam pecuniam quæ ex aliis bonis à donatore relictis colligi nequiuerit, vt ea lex ait, Non quaſi ex priuilegio fiſci & primipilaris debiti onus hoc debeat ſequi ſingularem ſucceſſorem, quomodo male videtur ſenſiſſe Accurſius ad *d. l. æris alieni*, ſed quia tacitam hypothecam fiſcus habet ex iure communi in bonis omnib. ſuorum debitorum, cuius tamen ea conditio eſt, vt contra tertios poſſeſſores & ſingulares ſucceſſores non aliter exerceri poſſit, quam ſi debitor eiúſve heres non ſit ſoluẽdo *l. Moſchis 47. D. de iu. fiſc.* In eoque fiſci priuilegium eſt quod ex ſingulari re donata deducit quod ſibi debetur, cùm tamen æs alienum deduci ſoleat non ex reb. ſingulis, ſed ex ipſa tantum vniuerſitate bonorum *l. ſi fideicommiſſum 50. §. tractatu. D. de iudic.* Quãquam priuilegium illud pendeat ex alio illo priuilegio tacitæ hypothecæ quod fiſcus habet clauſū in corpore iuris, vt diximus. Iam vero quod pragmati-
ci diſtinguunt † an iura & actiones donatione con- 7
tineantur, abſurdum eſt, quia poteſt quidem ea adiectio facere vt ea iura & actiones quæ donatori competierunt tranſeant in donatarium, tanquam quæ in bonis fuerint donatoris, cui proinde liberum fuit de iis diſponere quomodo vellet, quod ſecus eſt in iurib. & actionib. paſſiuis quæ non ſunt in iure ac dominio debitoris, eiuſdemque donatoris. Itaque non eſt bona conſecutio à iurib. actiuis ad paſſiua, cum diſpar & diſſimilis eorum ratio ſit, neque voluntas etiam expreſſa & concurrens donatoris, & donatarij facere poteſt vt donator id quod non habet transferre in donatarium poſſit *l. ſi filius 14. C. de don.* Fateor poſſe donatarium obligari non quidem creditorib. donatoris ipſo iure, ſed donatori, vt æs alienum donatoris ſoluere compellatur, nec tantum expreſſum pactum de ea re initum ſit, verū etiam ſi fortè hereditas dōnata proponatur, quia nomen ipſum hereditatis, tum quoque cum aptatur ad hereditatem, non quæ eſt ſed quæ fuit, æris alieni obligationem includit *d. l. hereditatem 28. D. de don.* Sed cùm donantur iura & actiones ſimpliciter, nulla ratio eſt vt donatarius ob id ſolum quod iura actiua ſibi acquiſiit, paſſiuorum quoque de quibus nihil dictum eſt ſuſcepiſſe onus intelligatur. Vnus tan-
tùm ſcrupulus † tollendus ſupereſt circa id quod di- 8
ximus, Bonis omnibus donatis deducendum eſſe æs alienū, vt nihil in donatione eſſe videatur niſi quod ſupereſt deducto ære alieno. Obſtare namque videri poſſit quod bonis omnib. donatis volunt noſtri poſſe agi reuocatio ex edicto quæ in fraud. credit. quaſi facta donatione in fraudem quæ ex bonorum omnium alienatione induci ſolet. Sic etiam vulgo noſtri poſt Accurſ. ad. d. l. æris alie. Quid enim dici

poteſt factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium ſi æs alienum ante omnia deducendum eſt & à donatione excipiendum? Alioqui ſimiliter dicendum erit datis in dotem bonis omnib. ab ea muliere quæ multo ære alieno laborabat reuocandam à creditoribus dotis donationem quaſi factam in fraudem creditorum vt in *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. cred.* quod tamen falſum eſt cùm non plus eſſe in promiſſione dotis intelligatur quàm quod ſupereſt deducto ære alieno *d. l. mulier 72. de iur. dot.* Et tamen hoc etiam caſu locum eſſe reuocatoriæ actioni contra donatarium probant noſtri ex *l. omnes 17. §. Lucius D. quæ in fraud. cred.* vbi tractans Iulianus de illo qui cùm ſciret ſe habere creditores vniuerſas res ſuas libertis ſuis iiſdemque filiis naturalib. tradiderat, Ait intelligendum eum in dubio habuiſſe conſilium fraudandorum creditorum, ideoque etſi filij eius ignorauerint hanc mentem patris fuiſſe eos tamen actione iſta teneri. Sed reſpondendum eſt vt puto, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit, aliam fuiſſe olim hac parte rationem donationis, aliam venditionis aut alterius alienationis omnium bonorum, quod donatio vniuerſitatis bonorum fieri non poterat, venditio autem vel in dotem datio aliáve quælibet alienatio poterat. Nimirum quia donatio neque contractus erat, neque conuentio quoties ſtipulatio nulla interueniſſet, at exigebat neceſſariò traditionem quam & actio reuocatoria ſemper præſupponit, quippe quæ in id datur vt traditio reſcindatur *§. item ſi quis in fraud. Inſt. de actio.* Traditio autem vniuerſitatis fieri non poteſt, ſed tantum rerum ſingularum, quia vniuerſitas eſt nomen iuris ſignificans quid incorporale, quod neque tradi neque tangi poteſt. Cùm autem traditio fit per res ſingulas licèt vniuerſæ res tradantur, perinde tamen eſt acſi non vniuerſæ ſed ex iis quædam tantùm traderentur, quia non vna vniuerſarum rerum ſed multiplex ſingularum traditio facta eſſe intelligitur, ideoque nihil eſt vnde æs alienum deduci poſſit, quod ſcilicet non ſingulas res afficit ſed vniuerſitatem ipſam patrimonij, & conſequenter ex vniuerſitate ipſa non rebus ſingulis deducendum eſſet *d. l. ſi fideicõmiſſum 50. §. tractatum D. de iud.* At cùm vniuerſitas bonorum vendita eſt vel in dotem data, quamuis neceſſe ſit traditionem ſequi quæ ſimiliter ſingularum duntaxat rerum, non vniuerſitatis fieri poteſt, quia tamen incipit contractus à conuentione, quæ de vniuerſitate non de reb. ſingulis facta fuit, nec niſi in conſequentiã iuſtæ licitæque conuentionis traditio fieri creditur, dicimus exceptum intelligi à venditione dotiſve datione quantumlibet vniuerſali omne id quod neceſſarium eſt ad dimittẽdos venditoris vel mulieris dotem dantis creditores. Nec proinde vlla opus eſt reuocatoria vt creditorib. conſulatur: quæ tamen neceſſaria eſt cùm facta fuit ex donatione traditio vniuerſarum rerum ne alioqui fraudentur creditores, quib. aliter proſpectum eſſe non poteſt. Idemque erit in venditione & dotis datione quod in donatione ſi ponas ita fuiſſe venditas vel in dotem datas res vniuerſas debitoris, vt cœptum ſit à traditione, non à conuentione, quoniã eo caſu eadem ratio quam in donatione vſurpauimus in cæteris quoque locum habebit. Quibus cõſequens eſt vt hodie idem iuris obtineat in donatione, quod iam olim in vẽditione dotiſque datione aliáve ſimili alienatione obtinuiſſe diximus, vt ſi quis bonorum ſuorum vniuerſitatem donauerit quantumuis conſilium inierit fraudandorum creditorum, nihilo magis tamen teneatur edicto illo, Quæ in fraudem creditorum: quoniam ea bonorum vniuerſitas, quæ in donationem deducta eſt ſic intelligi debet vt æs alienum ante omnia excipiatur. Poſtquàm placuit Iuſtiniano vt donatio tum quoque cùm ſtipulatio nulla interpoſita eſt poſſit incipere à conuentione, ex qua poſt modum traditionem ſequi oporteat *l. ſi quis arg. 35. §. ſed etſi quis vniuerſitatis C. de don.* vbi quod ille conſtituit valere donationem vniuerſitatis bonorum citra vllam vel traditionem vel ſtipulationem tradit, oſtendit ſatis aliud iure vetere obtinuiſſe cùm neceſſe eſſet à traditione incipere donationem deficiente ſtipulatione, tradi autem vniuerſitas vt diximus non poſſet. Quod à noſtris non fuit obſeruatum ad *d. l. æris alieni 15. C. eo. tit. De don.*

ERROR VIII.

De hereditate donata mortis cauſa.

SVMMARIA.

1 *Hereditas per pactum dari non poteſt.*
2 *Donatione inter viuos hereditatem donari non poſſe cur cenſeant interpretes.*
3 *Dubitatio interpretum de quæſtione an hereditas poſſit donari cauſa mortis.*
4 *Valere cauſa mortis donationẽ bonorum præſentium & futurorum autumant communiter interpretes.*
5 *Cur hereditas per pactum dari non poſſit.*
6 *Quæſtionem an mortis cauſa hereditas donari poſſit ridiculam eſſe.*
7 *In quæſtione de donatione hereditatis malè diſtinguitur donatio inter viuos à donatione cauſa mortis.*
8 *Ratio cur velint interpretes donationem hereditatis non valere, reiicitur.*
9 *Exponitur l. licet. 19. D. de pact.*
10 *Donatio cauſa mortis à milite facta valere olim non poterat, ſi neque traditio, neque ſtipulatio interueniſſet.*
11 *Donationem cauſa mortis vniuerſitatis bonorum præſentium & futurorum inutilem eſſe aduerſus interpretes.*

HEREDITATEM † per pactum dari non poſſe conſtat etiam inter imperitiores 1
iuris interpretes. Nam vt ſcriptum eſt in *l. hereditas 5. C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* non niſi teſtamento hereditas extraneis datur, id eſt iis, qui ab inteſtato heredes eſſe non poſſunt, ad differentiam ſcilicet agnatorum proximorũ quibus etiam citra teſtamentum hereditas datur tacito iudicio patrisfamilias qui alios heredes teſtamento inſtituere poſſet, niſi mallet legitimis ſucceſſoribus legitimã ſuam relinquere hereditatem *l. 3. in princ. l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. cod.* Sed tamen non eo minùs dubitant interpretes etiam nobiliores, An hereditas poſſit donari cauſa mortis. De donatione † 2
inter viuos non dubitant quin hereditas in eam cadere non poſſit, quia inquiunt afferret donatori liberam teſtandi facultatem, ſiquidem comprehenderet vniuerſa donatoris bona præſentia & futura, & in ſumma quidquid donator mortis ſuæ tempore in bonis ſuis reliquiſſet. Habent verò illi pro certo donationem bonorum omnium præſentium & futurorum non valere ſola ratione illa quod auferat ſpem habendi heredis. Itaque ſi perſuaſum iis eſſet quod nos in præcedentibus veriſſimum eſſe probauimus, donationem valere etiam inter viuos factam bonorum omnium præſentium & futurorum, conſequens eſſet ipſorum ratiocinationi dicere, hanc quoque valituram hereditatis donationem, tametſi inter viuos facta eſſet. At de donatione † cauſa mortis, ideo dubitant, quod cùm ſit reuocabilis

Digitized by Google

reuocabilis ad nutum & arbitriũ donatoris non poteſt metui ne auferat liberam teſtandi facultatẽ. Item quia vident hanc ſpeciem donationis proximè accedere ad vltimas volũtates. Quaſi verò idcirco accedat proximè ad teſtamentum, vt quicquid poſſet fieri per teſtamentũ, poſſit etiam fieri per donationem cauſa mortis. Ac quanquã non deſunt ex iis, qui fateantur, & defendãt hereditatẽ non magis cauſa mortis quã inter viuos dari poſſe, adeò vt receptiorem hanc ſententiam eſſe teſtetur Mich. Graſſ. *in libr. ſentent. in §. donatio cauſa mortis quaſt.* 14. multorum tamen & nobiliorum interpretum antiquorum opinio fuit, Immò verò mortis cauſa donari hereditatem poſſe quod in ſpecie tradidit Bald. in *cap. in pr. col. 2. de feud. dat. leg. co. miſſ.* & ante eum Albert. & Bart. ad *l. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. n. 5. ff. de verb. oblig.* quos refert ac ſequitur Decius ad *l. licet n. 10. C. de pact.* Etſi Bar. ad eam legem contrà ſenſiſſe videtur, vnde magna inter noſtros contentio, magis in eo laborantes vt inueſtigent quid Bartolus in tam difficili ſi Diis placet quæſtione ſenſerit, quàm qui ſentire debuerit: quaſi poſitæ in hoc vno ſint totius Græciæ,
4 aut Galliæ facultates. In eo planè conueniunt † valere cauſa mortis donationem bonorum omnium & præſentium & futurorum, vt ex Bartolo & aliis ſcribit Cagnol. in *l. fi. n. 278. de pact.* Socin. 232. *lib. 2.* Graſſ. *dict. quaſt.* 14. quia huic donationi neque obſtet regula illa iuris, quæ vult hereditatem per pactum dari non poſſe, neque ratio illa, quòd per eam teſtandi facultas donatori auferatur. Semper mihi viſa eſt ridicula hæc quæſtio, & nimis ſupinam præſe ferens apertiſſimi iuris ignorationem. Nam ſi ſciſſent interpretes cur hereditas per pactum contractũmque dari non poſſit (pactum enim hic generaliter & promiſcuè etiam pro contractu accipimus vt in *l. 1. ff. de pact. l. traditionibus 20. C. eod.*) nunquam dubitaſſent an hereditas per pactum dari poſſit. Ratio † alia non eſt, quam quia viuentis hominis hereditas nulla eſt. *l. 1. ff. de hered. vel action. vend. l. 1. D. pro here.* Hereditas enim nomen iuris eſt ſignificans fictam illam perſonam, quam induxit lex duodecim tabularum ad repræſentandam defuncti perſonam veram, quouſque heredis perſona etiam dura induceretur. Priùs ergo defunctum quem eſſe neceſſe eſt, quàm vt hereditatem habere poſſit, quàm ſcilicet nec poteſt ille ſibi fingere tametſi maximè velit. Ita-
6 que qui quærunt † An mortis cauſa poſſit quis donare hereditatem ſuam perinde ridiculi ſunt acſi quærerent, An poſſit quis donare id quod non eſt, aut ſi mauis, id quod nihil eſt. At, inquies, etiamſi nunc non ſit, aliquando tamẽ futura eſt. Quidni ergo donari poteſt exemplo cæterorum bonorum futurorũ, quæ donari poſſunt? Et ita ſanè interpretes ratiocinantur, ſed vt magis ridiculos ſe præbeant. Etſi. n. aliquando futura eſt ea hereditas quæ donatur, tamẽ eo tempore futura eſt quo donator amplius non erit I. poſt eius mortem. Proinde non poteſt cenſeri iure futurorum donatoris bonorum, cùm eam donator nunquam habeat quandiu viuit neque habere poſſit. Et ſicuti eſſet ridiculus donatarius, qui ex donatione bonorum omnium præſentium & futurorum vellet ſperare alia bona quàm quæ donator mortis ſuæ tempore reliquiſſet, cùm bona futura dici non non poſſint, quæ nunquam erunt illius, qui non niſi futura ſua donauit. Ita æquè ridiculus ille eſt qui donationem hereditatis eo colore tueri velit quaſi ſit donatio bonorum futurorum. Tantùm enim abeſt vt hereditas in bonis futuris numerari poſſit ob id ſolum quod futura eſt, vt illa etiam bona quæ fuerunt viui donatoris deſinant ipſius eſſe per mortem fiantque hereditatis per legem 12. tabularum vt **ad heredem tranſmitti poſſint. Siquidem eum qui homo eſſe deſinit neceſſe eſt etiam deſinere dominum eſſe.** Hæc igitur quæſtio An poſſit quis mortis cauſa donare hereditatem ſuam recidit in illam non minùs ridiculam, An poſſit aliquis donare id quod neque habeat neque habiturus vnquã ſit. Nã quemadmodum quãdiu ille viuit non poteſt habere heditatem quæ nulla eſt: Ita neque eo tempore quo erit aliqua hereditas, quia tunc ipſe nullus erit, neque poſſunt concurrere tempora, quibus & donator & donata hereditas ſimul ſit. Quod cum ita ſit, apparet eos, qui putant poſſe mortis cauſa donari † he- 7
reditatem malè diſtinguere hac in re donationẽ inter viuos à donatione cauſa mortis, cùm eadẽ vtriuſq. ratio ſit, cum de hereditate donanda agitur. Malè ruſus † omnes qui volunt quod & nos fatemur, do- 8
nationẽ hereditatis non valere, eam rationẽ afferre, quod æquipolleat donationi bonorum omniũ præſentium & futurorum quæ inter viuos non valeret. Non. n. bonorum omnium & præſentium & futurorum donationem valere contendimus, neq. tamen eo magis admittimus poſſe valere donationem hereditatis ſiue inter viuos fiat ſiue mortis cauſa. Et verò ſi nihil intereſſet an donatio hereditatis fieret an bonorum omnium præſentium & futurorum, ſequeretur valituram hereditatis donationem cauſa mortis, quia volunt omnes poſſe mortis cauſa donari bona omnia præſentia & futura, vt iam diximus. Videtur autem mihi noſtra hæc ſententia probari non ineleganter † ex *d. l. licet 19. de pact.* vbi dicitur inter paga- 9
nos huiuſmodi ſcripturam, qua comprehenditur vt is qui ſuperuixerit alterius reb. potiatur, ne quidem donationis mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendere. Iis. n. verbis oſtendunt Imperatores dubitandi rationem in ea ſpecie aliquam eſſe eſſe potuiſſe, vt mortis cauſa donatio inita videretur. Nempe quia pactum illud reciprocũ, non de hereditate initum fuerat, ſed de reb. & bonis contrahentium. Nam ſi de hereditate conceptum fuiſſet, nulla poterat dubitandi ratio excogitari quo iure aut colore valere inter paganos poſſet. At cum de bonis & reb. vtriuſq. tractatum proponeretur, probabilius videri poterat facta mutua donatio cauſa mortis. Quandoquidem ſimplex mortis cauſa donatio eſſe creditur cum dono tibi & trado, vel promitto bona mea vt poſt mortem meam tua fiant. Sed negant tamen Impp. talem ſcripturam donationis cauſa mortis ſpeciem oſtendere. Non iis, vt puto, rationibus quas vulgo interpretes adferre ſolẽt, puta quod hereditas per pactum dari non poſſit, neque per donationem cauſa mortis (cùm in hoc pacto nullum de hereditate verbum fuerit) neq; quod non adfuiſſent quinque teſtes vt Petr. Cin. Alex & alij nonnulli tradunt (nondum enim eo tempore conſtitutum erat vt quinq. teſtes aut in vltima voluntate aut in donatione cauſa mortis legitimam ſummam excedente nec inſinuata requirerentur, quorum alterum longo poſt tempore conſtitutum eſt à Theodoſio in *l. vlt. C. eod.* alterum à Iuſtiniano in *l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* neq. quod perſona heredis nulla relinqueretur ad cuius comparationem mortis cauſa donatarius dici poſſet vt vult Accurſ. Siquidẽ nihil repugnat quominus eadẽ ſit perſona heredis, & donatarij cauſa mortis vt aduerſus Accurſium diſputat Decius ad *d. l. licet nu. 9. ad fi.* nec denique quod cogitaſſent contrahentes de faciendo teſtamẽto potiùs quàm de donatione cauſa mortis vt idem Decius ad *d. l. licet n. 2. in fi.* (Eſt enim non ſolùm cõmentitia, ſed etiam prorſus improbabilis hæc interpretatio, cùm nulla hic verba ſint ex iis quæ ad faciendũ teſtamentũ neceſſaria erant temporib. illius legis, & ante cõſtitutionẽ illam Cõſtantini

quæ verborum ſcrupuloſitatem ſuſtulit in *l. quoniam indignum.* 15. *C. de teſt.*) Sed quia voluntas nuda erat contrahentium quæ ea ſcriptura continebatur, nec vllius traditionis aut ſtipulationis adminiculo ſuſtinebatur, cùm tamen nulla fieri poſſet mortis cauſa donatio niſi quæ vel traditionem comitem haberet vel ſtipulationem, vt ſæpius inculcauimus, & inculcare neceſſe eſt. Eſtque adeo vera & potens hæc ratio, vt etiam inter milites inter quos eiuſmodi voluntatem valere eadem lex ait, non putem tamen poſſe illam defendi iure donationis cauſa mortis, quamuis videam contra ſenſiſſe Decium ad *d. l. licet in fi.* Nullo.n.iuris loco priuilegium hoc militib.
10 datum fuiſſe reperio vt valeat donatio † cauſa mortis ab iis facta, ſi neq. traditio neq. ſtipulatio interuenisse probetur. Fateor eſſe hoc militis priuilegium vt ſuprema illius voluntas quælibet etiam minus ſolennis ſeruanda ſit. Sed dico ſeruandam eſſe iure teſtamenti militaris non iure donationis cauſa mortis aut codicillorum aut legati aut fideicommiſſi, aut vt Baldus aliiq. nonnulli dixerunt, iure voluntatis innominatæ, quia nimirum voluntas quæque militis teſtamentum eſt vt ſcriptum aut ſaltem ſcribendum eſt in *l. eius militis* 34 *§. vlt. D. de teſt. mil.* Nec proinde fauor militum facere debet vt hæc voluntas defendatur iure donationis cauſa mortis, in eúque violentur iuris communis regulæ quæ ad mortis cauſa donationes pertinent, cùm ſit fauorabilius militi & honorificentius vt defendatur iure teſtaměti, quæ potiſſima & digniſſima ſpecies eſt omnium vltimarum voluntatum. Et huic noſtræ interpretationi bene conuenit antitheſis illa quæ ponitur in *d. l. licet inter milites & paganos.* Nam cùm inter paganos nullomodo eſſet valitura ea voluntas tanquam vltima voluntas, ne quidem iure donationis cauſa mortis, inter milites tamen ex eorum priuilegio valet, non ſolùm iure mortis cauſa donationis vt voluit Decius, quod certè parum eſſet, ſed quod multo plus eſt iure teſtamenti. Sed videamus ne illud etiam falſum ſit, quod interpretes habent pro tam certo
11 & explorato, donari † vtiliter poſſe cauſa mortis vniuerſitatem bonorum præſentium & futurorum. Etenim ſi verum eſt quod ad finem ſuperioris capitis diſputauimus, non valuiſſe olim donationem vniuerſitatis nulla, ſtipulatione interueniente (hic enim caſus eſt quem nos tractamus) hodie verò valere donationem talem, ſi facta ſit inter viuos, propter Iuſtiniani conſtitutionem, quæ induxit vt donatio poſſit incipere à conuentione, conſequens eſt, vt nec hodie valeat donatio vniuerſitatis ſi facta ſit cauſa mortis, quandoquidem noua illa Iuſtiniani conſtitutio ad mortis cauſa donationes non pertinet, vt ſuo loco probauimus. Manetque illud ex iure vetere, vt non poſſit fieri donatio cauſa mortis niſi traditione, vel ſtipulatione interueniente. Certum autem eſt tradi vniuerſitatem non poſſe ne quidem bonorum præſentium, multò minùs futurorum, quæ ſicuti nondum poſſidentur à donatore, ita neque tradi poſſunt, neque per clauſulam conſtituti, quæ nihil operatur niſi facto priùs poſſeſſore eo, qui conſtituit alieno nomine poſſidere, vt in priore huius Chiliadis parte à nobis probatum eſt, itéque illud tractatum de quo nunc plura dicere nihil attinet, An clauſula conſtituti effectum aliquem habere poſſit quod ad bona futura. Illa autem ratio qua interpretes mouentur, quòd parui momenti ſit dicere donationě cauſa mortis valere, quòd reuocari facile poſſit mihi prorſus ridicula videtur. Non ſolùm quod ea inſpectio, An donatio reuocabilis ſit necne ſupponit valere donationě, nec proinde facit vt eo magis valere debeat ſi quid deſit ex iis quæ ex ratione iuris neceſſaria ſunt ad perficiendam donationem, Verùm etiam quia facilè poteſt fieri vt mortis cauſa donatio non poſſit reuocari ad nutum & arbitrium donatoris, puta ſi ita facta ſit vt mortuo donatore ex ea infirmitate omninodo res non reddatur, quomodo mortis cauſa donationem fieri poſſe conſtat *l. ſi alienam* 13 *§. 1. D. de mort cauſ don.* quoniam etſi eſt ſubſtantia donationis cauſa mortis vt aliquo caſu reuocari poſſit, non tamen vt vel hoc vel illo præcisè caſu, multo minùs vt omni caſu ſit reuocabilis, quemadmodum probauimus in præcedentibus Decadibus, in quibus quoniam ea quoque quæſtio à nobis tractata eſt, Si donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa fuerit collata in tempus quo erit mortuus donator, eandem nunc hic retractare ſuperuacuum foret.

ERROR IX.

De actione hypothecaria quæ pro legatis cõpetit an competat etiam pro donatione cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus cauſa mortis.*
2 *Qui affirmatiuam defendant.*
3 *Qui negatiuam.*
4 *Negantium ſententia præfertur eorundem reiecta ratione.*
5 *Et alia de nouo ab autore allata.*
6 *Nulla actio ex ſtipulatu habet priuilegium tacitæ hypothecæ, excepta actione de dote.*
7 *Actio hypothecaria quæ pro legatis competit eſt natura à cæteris hypothecariis differentiis.*
8 *Triplex actio pro legatis & fideicommiſſis datur, ſed diuerſis reſpectibus, & in diuerſas res diuerſáſque perſonas.*
9 *Hypothecariam non dari à Iuſtiniano contra tertios poſſeſſores, ſed contra heredem ſolum.*
10 *Hypothecariam non poſſe competere pro donationibus cauſa mortis per traditionem factis.*
11 *Omnes donationes cauſa mortis quæ fiunt per traditionem non ſunt comparandæ legatis, ſed ea tantùm quæ ſic fiunt vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur.*
12 *Hypothecaria pro donatione cauſa mortis donatario cur non competat.*

De hoc etiam quæſitum fuit inter iuris noſtri interpretes, An pro donationibus † cauſa mortis competat hypothecaria, ſicut & pro legatis. Nam 1
quin pro legatis competat dubitari nõ poteſt, cùm in eam rem expreſſa ſit conſtitutio Iuſtiniani quæ pro legatis & fideicommiſſis omnibus dat tres actiones, perſonalem, hypothecariã & vindicationem in *l. 1. C. commun. legat.* Etſi autem nullum ea lege verbũ ſit de donationibus cauſa mortis, dubitandi tamen cauſam magnam noſtris præbuit, quod vident tam ab antiquis prudentibus quàm à Iuſtiniano eandem paſſim & in omnibus conſtitui rationem legatorum & donationum cauſa mortis, quippe quæ ad inſtar legatorum capiantur *l. Marcellus* 15. *leg. etſi* 17. *leg. illud* 37. *D. de mort. cauſa donatio* ſed præſertim ab eodem Iuſtiniano in *leg. vltimo Cod. eodem* vbi conſtituit vt donatio cauſa mortis nulla ex parte vltimis voluntatibus abſimilis eſſe intelligatur. Et hac ratione moti nonnulli † auſi ſunt affirmare etiam pro donationibus

bus cauſa mortis non minùs competere hypothecariam, quàm pro legatis. Inter quos Ruin. ad *leg.* 2. *De legat.* 1. cuius ſententiam in puncto iuris veriorem eſſe defendit Hippol. Riminald. *princip. De* 3 *donat. n.* 683. *&* 690. Communis tamen † opinio eſt in contrarium poſt Bal. Caſtr. Alex. Rip. & alios ad *d. l.* 2. *de leg.* 1. cuius & ratio illa vnica adferri ſolet quod huiuſmodi actio hypothecaria ſpecialiter & ex priuilegio inducta ſit pro legatis & fideicommiſſis, nec proinde ad alios caſus porrigi debeat, in quibus 4 nihil tale expreſſum reperitur. Ego non dubito, †, quin verior ſit hæc ſententia, quam & communem eſſe teſtatur Socinus Iun. ad *d. l.* 2. *numer.* 90. *&* 99. & poſt eum Mich. Graſ. lib. ſentent. §. *donatio cauſa mortis, quæſt.* 19. ſed longè alia ratione quàm quæ à cæteris adfertur. Adeò rarum eſt vt interpretes noſtri vel vera dicant, vel tum etiam cùm vera dicunt, viris tamen & genuinis rationibus moueantur Nam licet de mortis cauſa donationibus nihil expreſſim Iuſtinianus conſtituerit, quid tamen eſſet abſurdi legem de legatis & fideicommiſſis locutam ad donationes quoque iſtas extendere autoritate alterius illius conſtitutionis quæ vult in omnibus eandam eſſe rationem donationum cauſa mortis & legatorum? Præſertim verò cum ratio qua motus fuit Iuſtinianus, vt actionem hanc hypothecariam pro legatis & fideicommiſſis dare, nimirum ad conſeruandam defuncti voluntatem, etiam ad donationes cauſa mortis accommodari poſſe videatur, quæ ſcilicet non minùs quàm legata & fideicommiſſa ex donatoris voluntate ac libertate proficiſcuntur. Nec ſane tam id egiſſe videtur Iuſtinianus, vt certo generi vltimæ voluntatis quam vt generaliter vltimis omnibus voluntatibus faueret ac priuilegium daret, confuſa hac in re natura non modo legatorum omnium inter ſe, ſed etiam legatorum & fideicommiſſorum ſimul, cùm antea eſſet inauditum vt pro fideicommiſſis vllo caſu vindicatio nedum hypothecaria daretur. Sed & cùm Marcellus in *d. l. Marcellus.* ſic argumentetur vt probet filiosfamilias milites poſſe donare cauſa mortis res caſtrenſis peculij, ex eo quod priuilegium iis datum ſit relinquendi per teſtamentum bona ſua cui velint, quãuis priuilegium iis conceſſum non niſi de teſtamento loquutum eſſet, quidni liceat nobis eodem ratiocinationis genere priuilegium hypothecariæ actionis conceſſum legatis & fideicommiſſis protrahere ad mortis cauſa donationes ſi aliud nihil obſtet? Nec enim extenſio illa eſt, ſed iuſta interpretatio, vt etiam legati appellatione non minus donatio cauſa mortis quàm fideicommiſſum contineatur. Quæ interpretatio cum à prudentibus ipſis facta ſit circa legem Iuliam Papiam de caducis quæ tantopere odioſa erat, vt conſtat ex *l. & fideicommiſſum* 87. *de legat.* 3. quidni etiam à nobis fiet ad eam conſtitutionem ampliandam, quæ omnium fauorabiliſſima eſſe exiſtimatur? Alia igitur 5 & melior † ratio quærenda eſt propter quam non debeat hoc nobis licere vt hypothecariam legatis & fideicommiſſis indultam ad mortis cauſa donationes non producamus. Illa autem iudicio meo eſt optima, quod mortis cauſa donatio nulla eſt, niſi quæ vel per ſtipulationem fiat, vel per traditionem. Quæ per ſtipulationem fit, contractus eſt & quidem ſtipulationis, non donationis, ob idque nulla ex eo poteſt naſci actio, niſi quatenus in ſtipulationem deductum eſt, cùm ſtipulatio ſit iuris ſtricti & ſtrictiſſimè interpretanda *l. quicquid adſtringendæ* 99. *De verb. obl.* & conſequenter cũ nulla in ſtipulatione facta mentio eſt pignoris & hypothecæ, abſurdum ſit putare hypothecariam naſci ex tali ſtipulatione, & illud rurſum abſurdius, ſi quis dicat hypothecariam hanc eſſe tacitam & ſola legis poteſtate inducta, quæ proinde verborum adminiculo non egeat. Inauditum enim eſt & ſine exemplo vt actio ex ſtipulatu † habeat priui- 6 legium tacitæ hypothecæ. Si excipias eam ex ſtipulatu actionem fictitiam, quam fauore dotium induxit Iuſtinianus in *l. vnic. C. de rei vxor. actio.* quæ ſicut à cæteris omnibus actionibus ex ſtipulatu diuerſa in eo eſt quod bonæ fidei eſt, ita & in eo quod tacitam hypothecam habet, quoniam & ipſa tacita eſt. Omnia hæc contra iuris rationem, & ſola poteſtate conſtitutionis ad exemplum tamen actionis rei vxoriæ ex parte, in cuius locum voluit Iuſtinianus eam eſſe ſubſtitutam. Etſi nec illa quoque rei vxoriæ actio tacitam olim habeat vllam hypothecam. Quæ verò mortis cauſa donatio fit per traditionem nullam obligationem parit, cum neque contractus vllus ſit, neque negotium vllum geratur inter donantem & accipientem. Et conſequenter fieri nequit, vt vlla eo nomine hypotheca contrahatur ne quidem tacita & ex legis poteſtate, quia hypothecæ cuilibet ſiue expreſſa ſiue tacita ſit commune illud eſt, vt ſit acceſſoria ad perſonalem obligationem, nec proinde ſine illa eſſe poſſit. Idque in ea potiſſimum hypotheca quam Iuſtinia. pro legatis induxit adeò verum eſt, vt quãuis illud etiam ſit ex natura actionis hypothecariæ vt ſit indiuiſibilis *l.* 1. *&* 2. *C. ſi vnus ex plurib. hered. debi. l. rem hereditariam* 65. *D. de euict.* hanc tamen Iuſtinianus voluerit diuidi inter heredes ad exemplum actionis perſonalis quæ & contrà heredes competit & inter eos diuidetur per legem 12. tabularum pro hereditariis portionibus *d. l.* 1. *§. vlt. C. commun. de leg.* vbi quod ſcriptum eſt *in tantum & hypothecario vnũquemque conueniri volumus in quantum perſonalis actio aduerſus eum competit* argumentum præbet meo iudicio non leue hypothecariam † illam eius eſſe naturæ 7 à cæteris hypothecariis omnibus differentis, vt non contra tertium poſſeſſorem quemlibet detur, ſed contra heredes ſolos & ita demum ſi poſſideant, nec tamen quatenus poſſident, ſed quatenus ſunt heredes. Quod neſcio an quiſquã dixerit ante hunc diem. Nam ſi ea Iuſtiniani mens eſſet, vt dari vellet hanc actioné hypothecariam contra quemlibet poſſeſſorem, quonam obſecro prætextu diſtingueremus pro qua parte ſit heres is qui in ſolidum poſſidet? Aut quænam ratio eſſe poteſt cur debeamus heredi fauere ne hypothecaria conueniatur ſupra eam hereditatis portioné, pro qua heres eſt magis quàm in totum ei qui nulla ex parte eſt heres? Nec dicendum eſt voluiſſe Iuſtinianum hypothecam contrahi ſtatim ab adita hereditate, bona autem quæ ſemel obligata fuerunt ſiue expreſſe ſiue tacitè alienari poſtea non poſſe niſi cum ſua cauſa. Id enim obtineret ſi non aliam huic actioni naturam Iuſtinianus indidiſſet. Sed quemadmodũ fecit ille vt hypothecaria hæc eſſet diuiſibilis contra naturam hypothecariæ, ita & fecit nec fuit ei difficilius facere, vt non aduerſus alium daretur, quam aduerſus eum qui & ipſe perſonali actione conueniri poſſet. Quod apertiùs expreſſum videtur in illo verſic. *Nihil in graue etiam aduerſus eum non tantùm perſonalem, etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus quas à teſtatore conſecuturus eſt.* Et ſanè ridiculus ſit qui in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt à Iuſtiniano velit ſequi regulam iuris. *l. in his quæ contra.* 15. *ff. de leg.* Soláque ipſius voluntas inquirenda eſt quæ haud dubiè in propoſito caſu illa fuit, quod & conſtitutio ipſa teſtatur, vt omnibus modis voluntati teſtatoris ſatisfieret, per eum ſcilicet per quem ſatisfieri teſtator voluiſſet, ſiue heres ille eſſet, ſiue legatarius ſiue fideicommiſſarius. Neque ad rem pertinet quod hypothecarium coniungit Iuſtinianus cum directa rei vindicatione, quam certum eſt dari etiam contra tertium poſſeſſorem, ex alia eiuſ-

dem Iuſtiniani conſtitutione in *l.vlt.§. ſin autem ſub conditione eod.tit.* Eodem n.argumento ſi bonum eſſet probare poſſes perſonalem quoque actionem dandam eſſe contra tertium poſſeſſorem contra quem vindicatio datur, quod tamen niſi ſtultè nemo dixerit. Sic ergo neceſſario intelligenda conſtitutio eſt vt triplex
8 † quidem iſta actio pro legatis & fideicommiſſis detur, ſed diuerſis reſpectib.& in diuerſas res, diuerſaſque perſonas. Perſonalis in eum ſolum qui fuit oneratus. Vindicatio autem in ſolum poſſeſſorem ſiue ille ipſe ſit qui obligatus eſt, ſiue alius, ſed eius tantum rei quæ per legatum aut fideicommiſſum relicta fuit, non etiã cæterarũ rerum quæ legatæ vel fideicommiſſæ non ſint, quãuis in dominio fuerint teſtatoris: Hypothecaria deniq; non contra tertiũ poſſeſſorem, ſed contra heredem ſolũ quatenus heres eſt: nec rurſus in rẽ ipſam quæ legata vel per fideicõmiſſum relicta eſt (quia grauius eſſet vt rẽ ſibi relictã legatarius vel fideicommiſſarius diceret ſibi obligatam cuius dominiũ haberet, cùm nemini poſſit res ſua eſſe obligata *l.neq; pignus 45. de regul.iur.*) ſed tantùm in cæteras res teſtatoris ad eũ deuolutas qui grauatus fuit. Hoc.n. ſignificant verba illa *& inſuper vtilem Seruianã id eſt hypothecariam ſuper his quæ fuerint derelicta in res mortui præſtare.* Neq; verò ſi Iuſtinianus legatariis & fideicõmiſſariis omnib.fauere voluit data iis actione in rẽ contra poſſeſſorẽ quemlibet, i. vindicatione ipſius rei per legatum, aut fideic.relictæ, ita & iiſdem fauere debuit data hypothecaria ſimiliter aduerſus tertios poſ-
9 ſeſſores, Nec enim poſterius † hoc potuiſſet conſtitui ſine ſumma iniuria, maximóque incommodo heredis, qui non tam facilè poterit reperire, qui cum eo velit contrahere metu pignoris iſtius taciti, ſi quod à Iuſtiniano inductum eſſe intelligatur contra tertios poſſeſſores. Et tamen non vſque legatariis & fideicommiſſariis fauere Iuſtinianus voluit, vt non etiam voluerit haberi rationem aliquam commodorum heredis, vt ille ipſe profitetur in *d.l.vlt.§.* in poſtremis illis verbis, *ne dum legatarium ſatis fouendum eſſe exiſtimamus, heredis commodo defraudentur*, ſed & bonæ fidei emptoribus qui rem quam emerent venditoris fuiſſe ſcirent, legata verò, vel fideicommiſſa pro quib. tacitè obligata eſſet, ignorarent, facilè fraudi eſſe poſſet ea conſtitutio, ſiquidem certum eſt, nihil ei prodeſſe qui per hypothecariam conuenitur quod bonæ fidei poſſeſſor, at neque quod dominus ſit, ne perinde conueniri poſſit acſi malæ fidei poſſeſſor eſſet, quia intentio pignoris nihil commune habet cum cauſa dominij vel probæ & iuſtæ poſſeſſionis, *lib.1.§. cum prædium pign. D.de pign.* Atqui Iuſtiniani mens illa non fuit vt quicquam conſtitueret in præiudicium emptorum præſertim bonæ fidei, niſi eo caſu quo illa ipſa res eſſet vendita, aliterue alienata, quæ expreſſim legata, vel per fideicommiſſum proponeretur: quo demum caſu placuit Iuſtiniano vt eiuſmodi alienatio pro non facta haberetur, *d.l.vlt.§.penult. C.commu.de legat.* etiamſi legatum vel fideicommiſſum ſub conditione relictum fuerit, & interim pendente adhuc conditione alienatio facta ſit, dummodo poſtea conditio exiſteret. Exiſtens enim quandocumque conditio legati vel fideicommiſſi facit vt habendum ſit legatum vel fideicommiſſum pro purè relicto. Rei autem, cuius alius dominus vel iam ſit, vel aliquando retro fingatur fuiſſe, alienatio ſine domini iniuria permitti ſaltem irreuocabiliter non poſſet. Quod nemo non videt diuerſum eſſe in aliis rebus, quæ legatæ, vel per fideicommiſſum relictæ non fuerunt. Quid enim prohibere potuit, ne alienarentur, cùm earum dominium ſemper fuerit heredis eiuſdémque venditoris? Non igitur dat Iuſtinianus tacitam hypothecam legatariis & fideicommiſſariis contra tertios poſſeſſores, ſed tantùm aduerſus eos qui actione perſonali poſſunt conueniri, quod eorum parum intereſſit qua actione conueniantur, vt id præſtent quod ex teſtatoris voluntate omnimodo præſtare compelluntur: qua ratione iam olim ita ius erat vt pro legatis ſaltem per vindicationem relictis variæ actiones competerent legatario, non vt plures exerceret, ſed vt eligendi haberet facultatem, *l.cùm filius 76.§.variis de leg.2.l.huiuſmodi 84.§.vlt.de leg.1.* Proinde multo magis dicendum eſt non poſſe hypothecariam † competere pro 10
donationibus cauſa mortis per traditionem factis, cùm nulla ſit perſonalis obligatio neque in perſona, neque in perſona heredum ipſius, nedum in perſona tertij poſſeſſoris, cui perſonali obligationi poſſit hypotheca accidere. Nam vt ſæpius in hoc toto tractatu inculcauimus, qui rem aliquam tradit ex donatione cauſa mortis, ſicuti ſe non obligat, ita neque de herede ſuo obligando cogitat, quamuis de ipſo cogitet hactenus quod donatarium mauult rem illam habere quàm heredem ſuum, *l.1.l.Senatus 35.§.1.D.de mort. cauſ.don.* Itaque in eo deterior eſt donationum cauſa mortis conditio quàm legatorum, quod pro legatis & fideicommiſſis competit hypothecaria ſaltem aduerſus heredem in alias res non legatas vel fideicommiſſas, quæ fuerunt teſtatoris. At pro donationib. cauſa mortis ne quidem contra heredem donatoris, non magis quàm aduerſus alium extraneum quemlibet, quia neque perſonali vlla actione donatoris heres magis quam donator ipſe tenetur. Ad quid enim teneri poteſt donator qui rem donatam iam tradidit, heréſue donatoris? Sicut autem in alias res quæ donatæ non fuerunt nullam hypothecariam habere donatarius poteſt aut debet, ita neque vlla indiget quod ad eam rem conſequendam quæ donata eſt, cuius ſcilicet dominiũ nanciſcitur ſtatim & ipſo iure poſt mortem donatoris, perinde ac legatarius dominium legati poſt mortem teſtatoris, vt conſequenter habeat paratam vindicationem aduerſus quemlibet poſſeſſorem ſiue donatoris heres ille ſit, ſiue extraneus. Hæ namque ſunt donationes cauſa mortis quæ ad inſtar legatorum capi dicuntur, non etiam illæ quæ per ſtipulationem fiunt vt ſuo loco monuimus: Quanquam nec omnes
† quæ per traditionem fiunt comparandæ ſunt legatis, 11
ſed eæ tantùm quæ ſic fiunt vt dominij translatio poſt mortem conferatur. Nam quæ ſic fiunt vt dominium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim transferatur, eæ viuo donatore non ſolum perficiuntur, ſed implentur, ita vt nihil agendum ſuperſit poſt obitum donatoris. Nec eo minùs tamen in iis locum habebit quod modò diximus dandã donatario vindicationem Immo tanto magis quanto citiùs dominium nanciſcitur, id eſt viuo adhuc donatore. Sed hoc caſu dabo ei vindicationem iure communi, hoc eſt, ea ſola ratione qua dominus omnibus datur iure domini non ad exemplum legatorum. Alioquin ſi adeò generaliter & indiſtinctè hoc legatorum exemplo abuti volumus, æquè dicendum erit facta iam per traditionem donatione competituram donatario perſonalem actionem in heredem donatoris, quomodo competeret pro legato in hæredem teſtatoris, quod tamen abſurdum fore iam ſupra diximus. Siquidem illo etiam caſu quo perſonalem actionem ex donatione naſci Iuſti. voluit, id eſt donatione facta & inter viuos & citra vllam vel traditionem, vel ſtipulationem, non ad aliud tamen inducere eam voluit, aut potuit, quàm vt vel donator ipſe, vel eius heres rem tradere compellatur, quæ porrò vbi ſemel tradita eſt, tradi ampliùs non poteſt, & quamuis poſſet, tamen actum agere fruſtra eſſet. Dicamus igitur cum receptiore interpretum ſententia, pro donationibus cauſa mortis nullam hypothecariam competere: ſed addamus, quod

quod nemo dixit, ipſam legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem hanc iuris diuerſitatem inducere, vt ſicuti noluit Iuſtinianus hypothecariam dari legatario aut fideicommiſſario niſi contra
12 eum qui perſonali poſſit actione conueniri, ita nec nos hypothecariam † donatario cauſa mortis in quenquam dare debeamus, cùm nemo ſit in quem poſſit ille actionem vllam perſonalem exercere.

ERROR X.

De iure adcreſcendi in donationibus cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Vtrum in mortis cauſa donationibus ſit locus iuri adcreſcendi.*
2 *Cauſa dubitandi de propoſita quæſtione.*
3 *In donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi ex ſententia Bartoli & aliorum.*
4 *Etiam admiſſa comparatione donationum cauſa mortis & legatorum, non eſt tamen conſequens vt in donationibus cauſa mortis indiſtinctè locum habeat ius adcreſcendi.*
5 *Nullum eſſe caſum in quo donatio cauſa mortis admittere poſſit ius adcreſcendi.*
6 *In legatis & fideicommiſſis nunquam eſt locus adcreſcendi iuri inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, & cur.*
7 *Quid iuris ſit vbi vnius ex donatariis portio defecit.*
8 *Vnde colligant interpretes in donationibus mortis cauſa locum eſſe iuri adcreſcendi.*
9 *Reſponſio ad l.vnic.C.de Cad. toll. qua mouentur interpretes.*
10 *Donatarij cauſa mortis quantumuis coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non aliis legatariis aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint coniuncti verbis tantùm.*
11 *Vnde manarit error interpretum volentium in donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi.*

ERIT † hæc vltima quæſtio ex iis quas tractandas ſuſcepimus, De donationibus cauſa mortis, quam in poſtremam huius Decadis partem conferre voluimus, vt ſequenti Decadi viam aperiret quæ tota erit de iure adcreſcendi. Quæſtio igitur eſt à noſtris quoque interpretibus tractata, vtrum †
1 in mortis cauſa donationibus ſit locus iuri adcreſcendi: Quærendi † cauſa eadem quæ in cæteris quæ-
2 ſtionibus ſuprà diſputatis, Quòd donatio cauſa mortis nonnunquam & in quibuſdam dicatur ſimilis eſſe contractui, nonnunquam verò ac ferè in omnibus accedere propiùs ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum. Nam ſi contractibus æquiparetur, non erit in ea ius adcreſcendi, cui nullum in contractibus locum eſſe interpretes volunt, *ex l. ſi mihi & Titio 110. D. de verb. oblig.* ſi verò vltimis voluntatibus comparetur, contrà dicendum erit in ea fore locum iuri adcreſcendi, cui in legatis & vltimis voluntatibus ſemper locum eſſe iidem interpretes volunt poſt Bart. *ad l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Et in hanc † po-
3 ſteriorem partem procliuiores ſunt noſtrorum opiniones, vt in donationibus cauſa mortis perinde ac in alia qualibet vltimæ voluntatis ſpecie locum habeat ius adcreſcendi. Sic enim Bart. *ad d. l. re coniunct. ad fin.* cuius ſententiam frequentiore calculo receptam eſſe refert *Mich. Graſſ. lib. ſentent. §. donatio cauſa mortis, quæſt. 16.* Nos an in contractibus & in legatis locus ſit iuri adcreſcendi necne ſequenti Decade diffuſiùs & accuratiùs diſſeremus. Nunc tamen, vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, cogimur monere: Admiſſa quoque comparatione † illa dona- 4
tionum cauſa mortis & legatorum quam interpretes noſtri perpetuam eſſe volunt, non ideo tamen conſequens eſſe quod iidem tam generaliter & indiſtinctè tradunt, In donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi quia nec in legatis id generaliter & indiſtinctè verum eſt, ſed cum multis diſtinctionibus: An ſcilicet coniunctio aliqua ſit inter legatarios necne? & rurſum, cùm aliqua coniunctio eſt, qualis ſit, an realis tantùm, an verbalis tantùm, an realis & verbalis ſimul vt ex iis quæ proxima Decade dicturi ſumus, apparebit. Cur non igitur eaſdem quoque diſtinctiones in mortis cauſa donationib. adhibemus? Sed dico ampliùs, nullum me † caſum reperire in quo 5
poſſit donatio cauſa mortis admittere ius adcreſcendi, niſi ſi quis talis ſit, in quo poſſet etiam in contractibus locum habere ius adcreſcendi, quod tamen vix eſt vt euenire vnquam poſſit. Nam vel ponimus in donatione cauſa mortis ineunda ſtipulationem interueniſſe vel traditionem, cùm alterutro ex his duobus modis donationem cauſa mortis etiam hodie fieri oportere certum ſit, vt probauimus in præcedentibus. Si per ſtipulationem facta donatio eſt, iam ſæpius diximus, non tam donationem eſſe, quàm contractum ſtipulationis, cui donatio cauſam dederit, vt in *l. cùm enim 6. D. de nouat.* Proinde vel ex ipſa interpretum traditione, quæ in ſtipulationibus cæteriſque contractibus iuri adcreſcendi locum eſſe negat, dicendum erit in huiuſmodi donatione ius adcreſcendi locum habere non poſſe. Si autem traditio interuenit, puta ſi quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum mortis cauſa donandi animo tradiderit, ſicuti neque ſingulis in ſolidum traditus fundus videri poteſt (quia traditio nihil aliud eſt quàm donatio poſſeſſionis: duo autem ſimul in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt, *l. 3. §. ex contrario. D. de acquir. poſſ.*) neque plus videri ſingulis donatum quàm traditum, alioqui non poſſet dici per traditionem facta donatio, quæ traditionis limites excederet: ita fatendum eſt in ſingulos videri collatam donationem parte fundi tantùm, non in ſolidum, id eſt, iam inde ab initio partes factas eſſe à donatore, quo liberalior ſanè futurus ſit, qui cum interpretibus velit per ius adcreſcendi dare totum ei cui donator non niſi partem dedit? Igitur quemadmodum in † legatis & fideicom- 6
miſſis dicimus nunquam eſſe locum iuri adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, propterea quòd ſemper, & ab initio partes habeant iam à teſtatore ipſo factas. *d. l. re coniuncti. & l. ſi duobus 19. in princ. l. planè 34. §. ſi coniunctim. de legat. 1.* Ita & inter donatarios cauſa mortis quibus ab initio donator per traditionem partes fecerit negandum eſt iuri adcreſcendi locum eſſe vnquam poſſe. Quid ergo fiet, † ſi vnius ex donatariis portio defecerit, puta præ- 7
mortuo illo ante donatorem? Redibit donatio ad donatorem à quo fuerat profecta, nec acquireretur condonatario niſi vel fuerit ſubſtitutus in caſum vulgarem, quod fieri poteſt *l. vt heredibus 50. de leg. 2.* vel ex noua donatoris voluntate, ſi fortè rem donatam etiam poſt vnius ex donatoribus mortem ab altero in ſolidum retineri patiatur, quia nuda voluntas ſufficit, neque noua traditione opus eſt ad perficiendam donationem eius rei quæ iam penes donatarium conſtituta reperiatur, *l. abſenti. 10. D. de don.* Putet aliquis fortaſſe illum etiam caſum excipiendum, quo id expreſſim actum ſit per donatorem, vt ſinguli donatarij eſſent in ſolidum donatarij. Exemplo eius quod euenit in pluribus legatariis re & verbo coniunctis, puta

puta ſi quis fundum Cornelianum Titio & Sempronio legauerit, *d.l.re coniuncti.& l.coniunctim.80.eod.tit. de legat.3.* itemq; exemplo eius, quod ſcribit Papinianus in *l. eandem 9. de duobus reis*, poſſe fieri duos correos debendi etiam etiam ex cauſa depoſiti & commodati, quamuis hi contractus non niſi re ac traditione perficiantur: ſed non ſunt iſta ſimilia. Nam quod ad legatum attinet quod pluribus coniunctim relictum ſit, cùm pendeat ex ſola voluntate teſtatoris, nihil vetat illud ita relinqui, vt legatarij ſinguli in ſolidum vocentur ad legatum, nec partes priùs fiant quàm cœperint concurrere legatarij in legati petitione. Ob idque nimirum locus inter eos eſt iuri adcreſcendi vt ſi alter non concurrat, ſolidum alter habeat, cui verum eſt ſolidum à teſtatore datum fuiſſe *d.l.coniunctim.* Rurſus in contractibus depoſiti, commodati, & ſimilibus, quamuis re ac traditione contrahantur, nec ſit in poteſtate deponentis & commodantis facere vt eadem res pluribus in ſolidum tradatur, nihil tamen prohibet ita cum pluribus ſimul tradere, & cõſequenter non niſi partis poſſeſſionem in ſingulos transferre, vt tamen ſingulorum fidem in ſolidum ſequatur, quomodo loquitur Papinianus in *d.l. eandem.* Hoc ipſum autem vnum ſufficit ad plures correos debendi conſtituendos, vt ſcilicet ſingulorum fidem in ſolidum creditor ſequatur, ſi quidem ex eo debitorem æſtimare ſolemus quod ipſius fidem ſecuti ſimus, *l.cùm ampliùs 84. §.is natura debet. de regul.iur.* At in donatione quæ per traditionem fit, nihil tale eſt, quia neque donator ſequitur fidem donatarij, neque donatarius fidem donatoris, neque fit aut hic debitor aut ille creditor, cum donatio non ſit contractus, ſed potiùs acquiſitio, vt Iacobus Cuiacius, quem ſuo loco retulimus, dicebat. Quanquam in donatione cauſa mortis verum eſt negotium quoddam geri inter donantem & accipientem, & obligari donatarium vt condictione teneatur, ſi caſus contigerit in quem donatio reuocetur, ſiue ex ſola iuris communis diſpoſitione, ſiue ex pactione aliqua expreſſa, *d.l.ſenatus 35. §.1.D.de mort.cauſ.donat.* Qua ratione poſſit quis non malè dicere. Etiam ex donatione cauſa mortis per traditionem facta poſſe fieri duos correos debendi ſi fortè fundum Cornelianum ego tibi & Titio mortis cauſa tradidero, ea lege vt ſi ex hac infirmitate conualuero, mihi reddatur, & ego in eo vtriuſque veſtrum fidem in ſolidum ſim ſecutus. Sed non poteſt ea res facere vt inter te ac Titium debeat eſſe locus iuri adcreſcendi, ſi tu ante me deceſſeris, mox ego ex eadem infirmitate. Aliud enim eſt, fieri nos inſolidum donatarios, aliud verò fieri in ſolidum debitores: Donatarios facit ſola traditio, quæ tamẽ pluribus in ſolidũ fieri nõ poteſt, ne quidẽ volente donatore, quia facti extrinſeci & reali eſt, non ſolius animi, ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis facta donatio proponatur. Debitores verò facit ſolus conſenſus, cùm ex vtraq; parte id agitur, vt vtriuſq; donatarij fidem donator in ſolidũ ſequatur, quod procul dubio agi poteſt, quia in animo conſiſtit, etiamſi traditio nec facta ſit, nec potuerit fieri ſingulis, niſi pro parte tantùm. Denique in tradendo partes fiunt inter donatarios, ſed in donatariis donatori obligandis, in caſum reuocatæ donationis partes fieri non eſt neceſſe, ſi conuenerit vt in ſolidũ obligentur, quia traditio facti eſt, obligatio iuris, *l. conſilio.7 §.vlt. D.de cura.furioſ.l.1.§.vlt. D.de rer. diuiſ.* De his quæ iuris ſunt diſponit ius ipſum pro arbi-
8 trio: de his quæ ſunt facti, non item, vulg. *l.denique 19. D.ex quib.cauſ. maior.* Mouentur † interpretes noſtri errandiq; occaſionem ſumunt ex eo quod Iuſtin. in *l.vnic.C.de caduc.tollend.* vbi tractat de legatariis & fideicommiſſariis coniunctis, déque iure adcreſcendi inter eos inducendo, idem ius conſtituit in donationib. cauſa mortis, quod in legatis & fideicommiſſis. Primùm in *§. ſin autem aliquid ſub conditione*, in poſtremis illis verbis *cùm certi iuris ſit & in inſtitutionibus & in legatis fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus poſſe ſubſtitui.* Denique in §.penul. vbi generaliùs ſcribit in hæc verba. *Hæc autem omnia locum habere cenſemus tam in teſtamentis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis, quam in codicillis & omni vltimo elogio, vel ſi quid ab inteſtato fuerit derelictum, necnon in mortis cauſa do-
nationib.* Sed ad priorem locum † facilis reſponſio eſt, 9
donationes cauſa mortis non comparari inſtitutionibus, legatis & fideicommiſſis, quantum ad ius adcreſcendi, ſed quantum ad hoc tantùm vt donatario cauſa mortis perinde ac heredi & legatario & fideicommiſſario ſubſtitui vulgariter poſſit, quod & ſcriptum eſt in *d.l.vt heredibus 59. de legat.2.* Nam per fideicõmiſſum ſubſtitui poſſet, *l.1.C.de donat.cauſ.mort.* Ad poſteriorem vero etſi difficilior reſponſio videtur, reſponderi tamen commodiſſimè poteſt Iuſtiniani ſententiam non illam eſſe vt eadem in omnibus ratio conſtituenda ſit legatorum & donationum cauſa mortis, ſed hanc potiùs, vt quæ de legatis & fideicommiſſis conſtituerat ne fierent caduca vel in cauſa caduci ſublata in hanc rem lege Papia, eadem locum habere debeat in donationibus cauſa mortis, ſicut è cõtrario ante Iuſtinianum ita ius erat, vt lex Papia de caducis, tametſi de hereditatibus tantùm & de legatis locuta fuiſſet, tamen non ad fideicommiſſa ſolùm, ſed etiam ad mortis cauſa donationes protraheretur, *leg. & fideicommiſſum 87 de lega.3.* Idque Iuſtinianus ipſe non obſcurè exprimit cùm poſt ſupradicta verba ſubiicit, *Tantùm enim nobis ſupereſt clementiæ quòd ſcientes etiam fiſcum noſtrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari.* Nec quicquam apertius eſt quàm Iuſtinianum ea conſtitutione id potiſſimùm agere, vt caducorum ius & legem Iuliam de caducis tollat, cætera verò quæ interſerit ille de adcreſcendi iure, magis per occaſionem quàm ex profeſſo tractari. Sed etſi admitterem hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe vt eandem faceret in omnibus rationem donationum cauſa mortis & vltimarum voluntatum, quod tamen nõ prius ab eo inductum eſt, quàm tulerit legem vlt. *Cod.de donat.cauſ.mort.* nihilomagis ex eo probares in donationib. cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi, quia neque ex ea conſtitutione probare poſſis inter legatarios quoſlibet id ius obtinere, ſed inter eos tantùm qui ſunt coniuncti, ſcilicet vel re, & verbis ſimul, vel re tantùm. Nam qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ij cùm ab initio partes habeant, non poſſunt videri coniuncti quod attinet ad ius ad creſcendi. At- 10
quin donatarij † cauſa mortis quantumcumque coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non aliis tamen legatariis aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint cõiuncti verbis tantùm, quia, vt iam dixi, perinde ab initio partes habent. Non poteſt igitur ſola iſta donationum cauſa mortis & legatorum comparatio facere vt in donationibus cauſa mortis admittendum ſit eſſe
locum iuri adcreſcendi. Et hæc ſanè potiſſima † erradi 11
cauſa interpretibus noſtris fuit, quod putarunt ius hoc adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis omnibus locum habere, ſed illa prætereà, quod de donatione cauſa mortis ſic loquuntur, quaſi poſſit fieri nudo pacto, nec ſi voluntatem nudam requirat donatoris, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l.ſi quis arg.35. §.pen. C. de don.* Cùm tamen illud ex iure vetere omnino ſuperſit vt niſi traditione vel ſtipulatione interueniente donatio cauſa mortis fieri nullomodo poſſit, quemadmodum à nobis ſæpius diſputatum, probatumque eſt, De mortis cauſa capionibus, an in iis locus ſit iuri adcreſcendi, quoniam alia quæſtio eſt, ſequenti Decade tractabimus.

ANTONII FABRI I C.

Decas Quadrageſima nona.

ERROR PRIMVS.

SVMMARIA.

1 *Quænam ſit cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus, quàm in legatis & fideicommiſſis.*

2 *Inter coheredes etiam inuitos locus eſt iuri adcreſcendi ex ſententia interpretum, ne alioqui fiat vt quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat.*

3 *D. interpretum rationem mancam & inſufficientem eſſe, quòd locum non habeat cùm quis moritur ab inteſtato.*

4 *Facilius eſt vt quis poſſit decedere pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte habere poſſit.*

5 *Vera ratio cur in hereditatibus iuri adcreſcendi locus ſit, quòd hereditas vtpote indiuiduam defuncti perſonam repræſentans ſit indiuidua.*

6 *D. rationi non officere quod aliquando permittatur vt decedat quis pro parte teſtatus pro parte inteſtatus ex poſtfacto.*

7 *Quo ſenſu dicatur, quem non poſſe pro parte teſtatum pro parte inteſtatum decedere.*

8 *In legatis & fideicommiſſis cur locum habeat ius adcreſcendi.*

9 *Ius adcreſcendi teſtator inter heredes prohibere non poteſt.*

10 *Ius adcreſcendi quomodo ſit ex lege xij. ta.*

11 *Inter heredes non tantùm inuitos, ſed etiam inuito teſtatore iuri adcreſcendi locus eſt: Inter legatarios verò, vel fideicommiſſarios inuitos nunquam, nec rurſus inuito teſtatore.*

12 *Ius adcreſcendi quomodo dicatur deſcendere ex voluntate teſtatoris.*

DE iure adcreſcendi tractaturos nos tota hac Decade auſpicari conuenit ab
1 hac quæſtione, Quænam ſit cauſa † iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis, Inde namque fluxerunt errores illi omnes de quibus poſtea dicemus, quòd cauſam & originem iuris adcreſcendi non intellexerunt. Atque vt de hereditatibus primùm tractemus ſi noſtros interroges, Cur inter coheredes etiã inuitos locus ſit adcreſcendi) eſſe enim neq; quiſquã dubitat, neq; dubitari poteſt, *l. ſi quis heres* 31. *l. qui*
2 *ex duabus* 53. *in prin. & §. 1. D. de acquir. hered.*) ſtatim † adferent rationem hanc, & quidem vnicã, quæ in omnium ore eſt, quod alioqui fieret, vt quis pro parte teſtatus decederet, pro parte inteſtatus, contra iuris regulam, de qua in *l. ius noſtrum* 7. *de regul. iur.* Sic enim ex communi antiquorum & recentiorum ſententia ſcribit Mich. Graſſ. in *§. ius adcreſcendi quæſt.* 3. Quam rationem † licèt vera ſit, cùm factum fuit teſtamen-
3 tum, germanam tamen, & propoſitæ quæſtioni aptam non eſſe ex eo apertiſſimè intelligitur, quòd nullo facto per patrem familias teſtamento habere locum non poteſt, quia etiamſi negaremus eſſe hoc caſu locum iuri adcreſcendi, non ideo tamen conſequens fieret, vt pro parte teſtatus deceſſiſſe videretur is qui teſtamentum nullum feciſſet. Atqui non minùs ab inteſtato, quàm teſtamento facto verum eſt deficientem coheredis portionem hereditariam coheredi etiam inuito adcreſcere, adeóque, quod magis mirum eſt, etiam ad ipſius heredem tranſmitti, *l. ſi ex pluribus* 9. *Digeſt. de ſuis & legit.* Quinimò multo facilius
eſt † vt poſſit quis decedere pro parte teſtatus, pro 4
parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte hereditatis habere poſſit. Prius enim aliquando permittitur etiam in pagani hominis hereditate, nimirum eſt poſtfacto, id eſt poſt aditam in ſolidum ex teſtamento hereditatem, puta ſi contingat moueri querelam inofficioſi teſtamenti, vel ab vno ex fratribus exheredatis, vel contra vnum ex heredibus inſtitutis, vt in *l. nam etſi* 15 *§. vltim. & l. circa* 24. *Digeſt. de inoffic. teſtamen.* Poſterius verò nunquam, neque ab ini-
tio, neque ex poſtfacto. Vera igitur ratio † illa eſt 5
quam in prima Chiliadis noſtræ parte quodam loco attulimus, quòd heres ad hoc fiat per legem duodecim tabularum, itémque hereditas vt repræſentet perſonam defuncti quæ indiuidua eſt, nec repræſentari pro parte poteſt. Nam & inde eſt quòd hereditas indiuidua eſſe dicitur, *l. Pomponius* 8. *in fin. D. de rei vindica.* heres autem & hereditas eodem modo ſe habent ad perſonam defuncti repræſentandam, *l. heres &*
hereditas 21. *D. de vſucap.* Nec eſt contrarium † quòd 6
aliquando permittitur vt decedat quis pro parte teſtatus ex poſtfacto, *d. l. nam etſi. §. vlt. & d. l. circa* Eo namque caſu ſatisfactum eſt legi & rationi iuris ſtatim atque hereditas patris ſemel adita in ſolidum fuit ex teſtamento: & quod poſtea hereditas deſinit eſſe adita ex teſtamento pro ea parte pro qua teſtamentum per querelam inofficioſi ruptum fuit, non facit vt perſona defuncti non repræſentatur ab herede teſtamentario niſi pro parte, ſed potiùs vt duæ huius hominis hereditates fuiſſe intelligantur, vna teſtamentaria, alia legitima, quarum vnaquæque perſonam defuncti repræſentet, illa ex teſtamento, iſta ab inteſtato. Quod etſi nouum quoque videtur, vt eſt, & à iuris ratione ſatis alienum, eo tamen colore defenditur, quod hereditas quæ adita fuit, deſiit eſſe hereditas, factáque eſt patrimonium heredis, & in eo ſtatu manet, quandiu teſtamentum ſubſiſtit, vt proinde nulla iam pro ea parte teſtamentaria hereditas dici poſſit. Pro qua verò parte ruptum fuit teſtamentum, ſicuti non poteſt videri quiſquam heres eſſe ex eo teſtamento quod ruptum fuerit, ita & hereditas quæ pro illa etiam parte videbatur conuerſa in patrimonium heredis, nec amplius eſſe hereditas, reperitur, perinde eſſe hereditas acſi nunquam adita fuiſſet, at non eiuſdem ſpeciei, quoniam quæ ante aditionem fuerat hereditas teſtamentaria, quippe quæ ex teſtamento & delata erat, & acquiri poterat, adeóque re vera fuit acquiſita, poſtea rupto tandem teſtamento reperitur hereditas legitima, & inteſtati, ſed eo tempore quo non eſt hoc abſurdum, cùm hereditas nul-
la ſit teſtamentaria. Nam quod dicimus, non poſſe † 7
quem

Digitized by Google

quem decedere pro parte teſtatum, pro parte inteſta-
tum, non alium ſenſum habet quàm hunc, Eiuſdem
hominis non poſſe eodem tempore duas eſſe heredi-
tates, quarum vna ſit teſtamentaria, alia legitima, nec
vnam hereditatem, quæ ſit duplicis huius condicio-
nis, id eſt pro parte teſtamentaria, pro parte legiti-
ma. At eius hominis cuius nulla amplius hereditas ex
teſtamento eſt, quia iam habet teſtamentarium he-
redem, aliquam reperiri ex poſtfacto legitimam here-
ditatem, nouum & rarum magis quàm abſurdum eſt,
quoniam vtraque hereditas in idem tempus non con-
currit. Et hæc quidem de cauſa iuris adcreſcendi in
8 hereditatibus. In legatis † verò, & in fideicommiſſis,
ſi quæratur quare ius adcreſcendi locum habeat, non
eadem ratio adferri poteſt, ſed tota petenda eſt ex te-
ſtatoris voluntate, vt inter quos teſtator voluit iuri
adcreſcendi locum eſſe, inter eos ſolos ſit, inter alios
non item. Nulla enim neceſſitatis ratio excogitari poteſt,
quæ nos cogat ius adcreſcendi in legatis & fideicom-
miſſis inducere, ſiue præter, ſiue contra voluntatem
teſtatoris, cùm deficiens portio cōmode poſſit rema-
nere penes heredē oneratū, nec in eo abſurdi quicquā
futurum ſit. Quomodo è contrario perabſurdum eſſet
dari totum legatū vel fideicommiſſum prætextu iuris
adcreſcendi ei cui teſtator nō niſi partē dediſſet, vt po-
ſtea dicemus, quod tamen eueniret, ſi præter, nedum
contra voluntatem teſtatoris ius adcreſcendi in legatis
& fideicommiſſis induceretur. At rurſum voluntas il-
la teſtatoris in iure adcreſcendi inter legatarios ac fi-
deicommiſſarios inducendo, non ex ſola & qualibet
coniunctione colligenda eſt, vt volunt pragmatici &
interpretes noſtri, vt poſt alios tractat idem Michaël
Graſſ. quæſt. 4. ſed ex ea tantùm coniunctione quæ ſit
realis, quæ tum facta intelligitur, cū ad eandem rem
plures ſine partib. vocati ſunt, ita vt ſingulis tota res
relicta ſit, nec niſi per concurſum partes fiāt, vt proin-
de inter legatarios & fideicōmiſſarios huiuſmodi ius
adcreſcendi potiùs dicendum videatur ius non decreſ-
cendi, ſi quis propriè ac pariter loqui velit. Numquā enim
ad hoc cōpetit, vt plus habeat legatarius aut fideicō-
miſſarius quam ei teſtator dederit, ſed tantùm vt illud
ipſum habeat quod teſtator dedit nullius ſocij cōcurſu
deminutū, quod habere tū non potuiſſet, ſi ſocius per
concurſum partē feciſſet. Quod inter heredes diſſimile
eſt, quia etiamſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius ex ſemiſſe*
10 *heres eſto, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto*, Titio ſe-
miſſem ſuum repudiante, Sempronius quamuis non
niſi ex alio ſemiſſe ſcriptus, totam nihilominùs here-
ditatē habebit, eo iure quod verè adcreſcendi appella-
tur, cuius ſcilicet poteſtate ſit, vt propter adcreſcentē
portioni portionem habeat totam hereditatem is cui
teſtator non dederat niſi partem: adeò vt nec ſit in
teſtatoris poteſtate ius † adcreſcendi prohibere inter
heredes, non magis quàm facere ne leges in ſuo teſta-
9 mento locum habeant *l. nemo poteſt 55. D. leg. 1.* cùm
ius † adcreſcendi ſit ex lege XII. tabul. ſic à pruden-
tibus interpretata, vt ne quidem per teſtamentū poſ-
ſet quis facere vt decederet pro parte teſtatus, & pro
parte inteſtatus: multo magis vt nō poſſet quis heredē
ab inteſtato pro parte habere, & pro parte non habere.
In quo ridere ſoleo ſubtilitatem illorum quos refert
Graſſ. in §. ius adcreſcendi. q. 1. exiſtimantium verbis il-
lis legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti ſuæ rei
legaſſit, ita ius eſto*, datam cuilibet teſtatori tam ple-
nam diſponendi facultatem, vt poſſet, ſi vellet dece-
dere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: quaſi
verò potuerit quis ex ea lege facere teſtamentum ſine
alicuius heredis inſtitutione, aut heredem habere ſi-
ne hereditate, aut eam hereditatem ſibi effingere,
quæ indiuidua non eſſet: quorum omnium nihil certè
eſt quod niſi perabſurdè dici poſſit. Nam ab ipſo initio
eius tēporis quo leges duodecim tabul. in vſu eſſe cœ-
perūt, dubitandū non eſt iuſta interpretatione coan-
guſtatam fuiſſe nimiam illam & effrænatam teſtandi
licentiam autoritate ſiue prudentum ſiue magiſtra-
tuum iura in ciuitate conſtituentium, vt ſcriptum
eſt in *l. verbis legis 120. D. de verb. ſign.* ſolorumque
militum priuilegium illud eſt, vt poſſint decedere
pro parte teſtati, pro parte inteſtati, non quia per le-
gem aliquam, nedum per ſtatutum id fieri poſſit, vt
vulgò creditum eſt, ſed quoniam ea propria & vnica
lex eſt teſtamentorum militarium, vt omnib. legibus
& ſolennitatibus ſint ſoluta. Inde igitur eſt quòd in-
ter heredes † non tantum inuitos ſed etiam inuito te- 11
ſtatore iuri adcreſcendi locus eſt: Inter legatarios ve-
rò, vel fideicommiſſarios inuitos nunquam, nec rur-
ſus inuito teſtatore. Quanquam non eo minus appel-
latur inter iſtos quoque ius adcreſcendi, retento eo-
dem nomine, licèt non eadem nominis poteſtate, *l. 1.
& tot. tit. D. de vſuf. adcreſcend. l. ex Proculo 20. de leg. 2.
& alibi paſſim.* Eſſet enim duriuſculum vocare ius non de-
creſcendi, quamuis ita penè locutus videatur Iuſtin.
in *l. vni. §. vbi autem. C. de caduc. toll.* Obiiciat aliquis
fortaſſe, Inter heredes quoque ius adcreſcendi ex ta-
cita teſtatoris voluntate deſcendere, ob idque tacitam
ſubſtitutionem dici in *l. ſi Titio & Mæuio 61. §. Iul. de
leg. 2.* quæ idcirco excluditur per expreſſam, ſiquidem
ſubſtitutus præfertur coniuncto, *l. vnic. §. pro ſecundo.
& §. ſin autem aliquid. C. de caduc. tollend.* Sed reſpon-
deo † tunc ius adcreſcendi ex voluntate teſtatoris
12 deſcendere cùm teſtator vel idipſum expreſſit, vel de
eo nihil cauit, quia in dubio non aliud teſtator velle
creditur quàm quod lex præcipit. Cæterùm etiamſi
à teſtatore ius adcreſcendi prohibitum ſit, non eo mi-
nùs habebit locum inter heredes. Ex quo apparet
non deſcendere ius hoc ex teſtatoris voluntate ſiue
expreſſa ſiue tacita, ſiue immediatè, ſiue mediatè, vt
vult *Graſſ. poſt alios. q. 2.* ſed ex lege ſola.

ERROR II.

De heredibus & legatariis ex parte, & ex partibus.

SVMMARIA.

1 *Refertur erronea doctrina interpretum de heredibus & legatariis ex parte & ex partibus: tum ſine parte, & ſine partibus.*

2 *Aliud eſt heredes inſtitutos eſſe ex parte, aliud ex partibus: ſicut aliud inſtitutos eſſe ſine parte, aliud ſine partibus.*

3 *Quando dicantur heredes inſtituti ex parte.*

4 *Quando ſine parte.*

5 *Quando ex partibus.*

6 *Poſſunt aliqui heredes inſtituti eſſe ex parte & tamen ſine partibus: & contrà ex partibus ſine parte, contra interpretes.*

7 *In iure adcreſcendi inter coheredes coniuncti ſunt præferendi disiunctis.*

8 *Quando heredes pro coniunctis habeantur quod ad ius prælationis attinet.*

9 *Legatarij, & fideicommiſſarij licèt aliquando poſſint eſſe vocati ex parte, nunquam tamen poſſunt eſſe ſine parte, at ſine partibus eſſe poſſunt & quomodo in eo differant ab heredibus.*

10 *Cùm teſtator aliquibus legare ſe dixit, inutile legatū eſt, niſi expreſſum ſit quid & quantum legauerit.*

11 *Conciliatur l. triplici. 142. D. de verb. ſign. cum l. item quod Sabinus. 17. §. vnde idem. D. de hered. inſt.*

12 Non

12 *Non ſicut hereditas differt à reb. hereditariis, ita & legatum à re legata.*

1 CONFVNDVNT † paſſim noſtri hoc in
tractatu inſtitutionem heredum, quæ
facta ſit ex parte, & eam quæ facta ſit
ex partibus, vt è contrario, quod con-
ſequens eſt inſtitutionem quæ fit ſine
parte, & eam quæ ſine partibus. Neque contenti hoc
errore, confundunt etiam inſtitutiones & legata,
vocántque legatarios ex parte & ex partibus, qui-
bus teſtator partes adſcripſit, ſine parte autem & ſi-
ne partibus, quibus teſtator rem aliquam legauit
nullis partibus adſcriptis. Vt ex iis videre eſt quæ
tractat Bartolus ad *l. re coniuncti 89. numero 8 de legat.*
3. & ex communi noſtrorum ſententia *Mich. Graſſ.
in §. ius adcreſcendi. quæſt. 5. n. 4.* Duplex hic error eſt,
& grauiſſimus vterque. Aliud enim eſt eſſe inſtitu-
2 tos † heredes ex parte, aliud ex partib. aliud inſtitu-
tos eſſe ſine parte, aliud ſine partibus, quod & ante
nos ingenioſiſſimè obſeruauit Anton. Goueanus in
ſuo illo pereleganti tractatu *de adcreſcendi iure*. Cùm
verò de legatariis agitur, poſſunt quidem illi etiam
3 ex partibus aut ſine partibus vocati eſſe, itémque
interdum ex parte, ſed numquam ſine parte. Dicun-
tur heredes inſtituti ex parte, quibus teſtator certam
partem hereditatis dedit ex iis ſcilicet partib. quæ
in iure conſiſtunt, puta vnciam, ſextantem, quadran-
tem, trientem, & hoc modo, *Titius heres eſto ex ſe-
miſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſun-
to.* Inſtituti ſunt hoc caſu omnes ex parte, ſed cum
hac differentia, quòd Titius in parte ſua ſolus eſt,
Sempronius verò & Mæuius ad eandem partem con-
4 iunctim vocati. Sine † parte inſtituti ſunt quos te-
ſtator ita inſtituit vt nullam partis fecerit mentio-
nem, puta ſi ſic ſcripſerit, *Titius heres eſto, Sempronius
& Mæuius heredes ſunto.* Hic. n. neque ſemiſſem, ne-
que aliam vllam hereditatis partem teſtator expreſ-
5 ſit. At ex partibus † inſtituti ſunt illi, quibus teſtator
non partem, ſed partes adſcripſit: quod contingit,
cùm eos, quos ſiue ex parte, ſiue ſine parte heredes
ſcripſit, admitti vult ex æquis, aut etiam ex diſpari-
bus portionibus in hunc modum: *Titius heres eſto ex
ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe pro æquis
partibus heredes ſunto.* Sunt inſtituti Sempronius &
Mæuius non tantùm ex parte, ſed etiam ex partibus
quemadmodum & ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius he-
res eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe,
Sempronius quidem pro ſemiſſis illius trita, Mæuius pro
reliquo heredes ſunto.* Niſi quòd hoc caſu inſtituti ſunt
Sempronius & Mæuius, non tantùm ex partibus,
ſed etiam ex inæqualibus, qui tamen inſtituti eſſent
ſine partibus, quamuis ex parte, ſi ſubſtitutio ita
ſimpliciter concepta proponeretur: *Titius heres eſto
ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes
ſunto.* Ita fit, quod interpretibus paradoxum eſt, vt
6 poſſint aliqui heredes † inſtituti eſſe ex parte, & ta-
men ſine partibus: & contrà, quod magis mirum
videatur, ex partibus ſine parte, hoc modo, *Titius
heres eſto, Sempronius & Mæuius ex æquis partibus he-
redes ſunto.* Nec enim negari poteſt, quin hac in ſpe-
cie Sempronius & Mæuius inſtituti ſint ex partibus
cùm inſtituti ſint ex æquis, neque tamen poſſunt di-
ci ex parte aliqua inſtituti, cùm nullam hereditatis
partem teſtator iis adſcripſerit, ſed potiùs in ſecun-
dum aſſem eos vocauerit dato primo toto aſſe ſoli
Titio, ſed & ſi ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſ-
ſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto.* quamuis du-
bitari nequeat quin ad reliquum primi aſſis ſemiſ-
ſem coniunctim vocati ſint Sempronius & Mæuius,
perinde acſi ſimiſſis illius mentio facta eſſet, non
ideo tamen poſſent dici ex parte inſtituti quia par-
tem illam facit ſola iuris interpretatio, non expreſ-
ſa conceptio verborum teſtatoris, quem verum eſt
non coniunxiſſe iſtos in vlla hereditatis parte. Et
ideo repudiante portionem ſuam Sempronio non
debet illa adcreſcere Mæuio ſoli, ſed Titio & Mæ-
uio ſimul pro hereditariis portionibus, quia quod
ad ius adcreſcendi attinet, non ſunt coniuncti qui
ſine parte heredes inſtituuntur, vt ait Vlpianus in
*l. item quod Sabinus 17. §. unde idem tractat D. de hered.
inſtit.* Adcreſceret ſoli Mæuio, ſi teſtator ita ſcripſiſ-
ſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius
ex alio ſemiſſe heredes ſunto*, quia hoc caſu inſtituti
ſunt Sempronius & Mæuius ex certa parte, id eſt ex
ſemiſſe, & ad vnum ſemiſſem coniunctim vocati, vt
proinde ex volũtate teſtatoris deficiens portio Sem-
pronij adcreſcere debeat ſoli Mæuio qui ſolus con-
iunctus fuit, non etiam Titio qui & re & verbis diſ-
iunctus eſt, in alio ſcilicet ſemiſſe inſtitutus. Etſi
enim verum eſt quod ſuperiore capite diximus lo-
cum eſſe iuri adcreſcendi inter coheredes quantum-
uis diſiunctos, facit tamen ius † coniunctionis vt 7
in eo iure adcreſcendi, coniuncti ſint præferendi
diſiunctis. Idque eſt quod ſupradicto loco Vlp. ait
non eſſe coniunctos, quod ad ius adcreſcendi atti-
net, eos qui ſine parte inſtituuntur, non habere ſci-
licet ius prælationis quod haberent ſi eſſent con-
iuncti. Numquam enim dubitatur inter heredes quin
portio vnius deficiens adcreſcere debeat cæteris,
etiamſi coniunctio nulla ſit, ſed de illo tantũ cui ex
cæteris, hoc eſt, de iure prælationis, non de iure ad-
creſcendi. Sicque intelligi debent prudentes noſtri,
quoties de adcreſcendi iure inter heredes tractant.
Et ob id ſemper poſuimus tres heredes ſcriptos eſſe,
quia ſi duo tantùm eſſent, quorum alter repudiaret,
non eo minùs quidem ius adcreſcendi locum habe-
ret, ſed nullus tamen quæſtioni de iure prælationis
locus relinqueretur, cui nimirum niſi inter duos plu-
réſue inuicem contendentes locus eſſe non poteſt.
Quod in legatis & fideicommiſſis ſecus eſt, in qui-
bus coniunctio ſola & neceſſaria eſt, & attenditur,
quoties non tantùm de prælatione, ſed etiam de ip-
ſo adcreſcendi iure diſputatur, quia vt in præceden-
tibus diximus, deficiens portio legati vel fideicom-
miſſi neque adcreſcit inuito, neque etiam volenti, ſi
non ſit coniunctus. At rurſum vt heredes pro † con- 8
iunctis habeantur, quod ad ius adcreſcendi, hoc eſt
prælationis attinet, non ſufficit quòd ex parte inſti-
tuti ſint, ſed illud etiam requiritur vt ſint inſtituti
ſine partibus, eo quo ſuprà diximus modo, *Titius he-
res eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe
heredes ſunto.* Nam ſi eſſent inſtituti Sempronius &
Mæuius non ſolùm ex parte, verùm etiam ex parti-
bus, puta ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur,
*Titius ex ſemiſſe heres eſto, Sempronius & Mæuius ex
alio ſemiſſe pro æquis partibus heredes ſunto.* non habe-
ret Mæuius ius prælationis in deficiente portione
Sempronij, quoniam adiecta partium mentio facit,
vt quamuis ſyllaba & coniunctionẽ faciat, teſtator
tamẽ qui ita ſcripſit, non tã Semproniũ & Mæuium
cõiunxiſſe, quàm celeriùs dixiſſe videatur, vt loquitur
Pomponius in *l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſtit.* Celeriùs
enim dixit qui ita locutus eſt, quàm ſcripſiſſet, *Titius
heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadante, Mæuius ex
alio quadrante heres eſto.* qui tamen proprius ſenſus
eſt eorum verborum, *pro æquis partibus.* Nam cùm
teſtator partes fecit, ſiue æquales, ſiue inæquales,
parum aut nihil intereſt, an voluntatẽ ſuam pluribus
verbis expreſſerit, an paucioribus, ſufficitq; partes ab
eo factas eſſe vt appareat voluiſſe illum vt ſeparatim
quiſq; portionẽ ſuã haberet, nec in vnã eandemq; ó-

currerent. *l. penult. ff. de vſufr. adcreſc. d. leg. re coniuncti* 89. *de leg.* 3.
9 Legatarij † verò & fideicommiſſarij, quæ ſecunda diſputationis noſtræ pars eſt, licèt aliquando poſſint eſſe vocati ex parte, numquam tamen poſſunt eſſe ſine parte, at ſine partibus eſſe poſſunt: in eòque differunt euidenter ab heredibus, quia heredes hoc ipſo quòd inſtituuntur etiam nulla expreſſa parte, vtiliter tamen inſtituti intelliguntur, vel in reliqua parte aſſis, vel in ſecundo aſſe, quia nomen ipſum heredum hoc ſonat vt in hereditate ſcripti videantur, quæ ſemper & aliqua, & vna eſt.
10 Cùm autem teſtator † aliquibus legare ſe dixit, inutile legatum eſt, niſi expreſſum etiam ſit quid & quantum legauerit, quòd ipſum ſciri non poteſt, quin illi ad aliquam partem ſiue eandem, ſiue diuerſam ſint vocati. Finge ita ſcripſiſſe teſtatorem, *Lego Titio fundum Cornelianum Sempronio & Mæuio lego.* Annon inutile erit legatum relictum Sempronio & Mæuio niſi addantur ea verba, *eundem fundum* aut ſi malis *eiuſdem fundi partem dimidiam*: vtrouis autem modo ſcriptum ſit, an non expreſſa eſt certa res ad quam Sempronius & Mæuius ſint vocati, ſiue cum partibus, ſiue etiam ſine partibus? Ita ſanè eſt. Et idcirco numquam ratio poteſt impedire ius adcreſcendi inter legatarios iſtos quod ſint legatarij ſine parte, ſed ſola illa quòd ſint inſtituti ex partibus, ſi fortè teſtator adiecerit *pro æquis partibus*, vt fit cùm quidam verbis tantùm coniunguntur. Nam ſi teſtator partes nullas, neque æquales, neque inæquales fecerit, fieri nequit vt non reperiantur Sempronius & Mæuius coniuncti, ſi non re & verbis ſimul, ſaltem re tantùm: quæ tamen coniunctio nulla eſſe poteſt niſi inter eos qui ad eandem rem vocantur ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim. Porrò non alia ratione dicuntur non eſſe coniuncti illi qui ſine parte inſtituũtur heredes, quàm quod ad eandem partem non fuerint vocati, vt intelligamus eſſe iſta in heredibus ſynonyma, quod inſtituantur ex parte, & quod ad eandé rem vocentur: Et è contrario, quod inſtituantur ſine parte, & quod ad diuerſam partem hereditatis admittantur. Conſequens igitur eſt vt ſimiliter in legatis & fideicommiſſis non poſſunt dici ad nullam partem vocati legatarij, qui ad eandem rem vocati ſunt nullis partibus à teſtatore factis. Et huius quam inter heredes & legatarios conſtituimus differentiæ ratio illa meo iudicio eſt, quod hereditas ex qua heredes æſtimantur, innumeras partes habet in iure conſiſtentes, & ſola iuris poteſtate ſubſiſtentes, quæ per iuris interpretationem adſcriptæ intelliguntur ſingulis, & ſeparatim, vt proinde qui ſunt inſtituti ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcripti exiſtimentur. Quid enim refert an teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto.* An verò in hunc modum, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadrante, Mæuius ex alio quadrante heres eſto.* Nempe quia æquè facilè, immo expeditius eſt poteſtati iuris, facere vt videantur Sempronius & Mæuius inſtituti ſinguli ex quadrantibus, quàm vt habeantur pro inſtitutis ex vno eodémque ſemiſſe qui poſtea diuidatur in quadrantes: Nimirum quod attinet ad ius adcreſcendi & prælationis, quoniam alioqui certum eſt in hac quoque ſpecie hactenus coniunctos, eſſe Sempronium & Mæuium vt ad eundem ſemiſſem vocentur, quomodo ſcriptũ eſt in *l. triplici* 142. *verſ. videamus. de verb. ſign.* qui locus † ita conciliandus eſt cum *d. §. vnde*
11 *idem tractat. dict. l. item quod Sabinus* 17. *de heredi. inſtitut.* vbi ob hanc cauſam non ita loquitur Vlpian. vt ſimpliciter & abſolutè dicat eos qui ſine parte inſtituuntur, coniunctos non eſſe, ſed cum hac adiectione, *quantum ad ius adcreſcendi.* Sed cùm teſtator certam partem expreſſit, ex quo Sempronium & Mæuium inſtituit, licèt pars illa per legem ſubdiuidatur in quadrantes, quia tamen verum eſt fuiſſe illos cõiunctim ad ſemiſſem vocatos à teſtatore, non poſſunt perinde haberi acſi ſeparatim ſcripti fuiſſent ex quadrantibus, quoniam diuiſio illa quæ per legem fit ſemiſſis in quadrantes, non fit ad tollendam eam coniunctionem quam teſtator induxit, ſed tantum hereditatis inter heredes diſtribuendæ gratia ob idque nec impedit quominùs in deficiente portione Sempronij Mæuius debeat præferri Titio tanquam coniunctus. Legatum verò fundi Corneliani relictum Titio primùm ex ſemiſſe, deinde Sempronio & Mæuio ſimpliciter non poteſt ſic accipi, quaſi relictum ſit Sempronio & Mæuio ex quadrantibus, quia fundus cùm in corpore non in iure conſiſtat, nullas habet iuris partes, ſed eas tantùm quæ ſint & corporales & æquales, & quas nec fieri neceſſe eſſet, niſi commodioris diuiſionis cauſa: vt ex eo apparet, quod ſi malint Sempronius & Mæuius hoc caſu manere in communione, nec alter alterum ad diuiſionem prouocet, erunt in communione fundi legati, qui tamen non eſſent in communione hereditatis etiam ante acceptum iudicium familiæ erciſcundæ, tanquam habente vnoquoque propriam & ſeparatam portionem hereditariam, ipſis etiam corporibus hereditariis manentibus indiuiſis. Differt enim toto genere † hereditas à rebus hereditariis, non etiam legatum à re legata, cùm legatum, 11
licèt iuris ciuilis nomen ſit, in iure tamen non vſque adeò conſiſtat vt poſſit eſſe ſine aliqua re, non magis quàm vt legatarius ſit ſucceſſor iuris. *l. quædam* 9. *§. nihil intereſt. ff. de eden. §. legatarios. Inſt. de teſt. ord.* Igitur cum quis legauit Titio fundi Corneliani dimidiam, Sempronio verò & Mæuio eiuſdem fundi dimidiam alteram, dicendum eſt, vocatos eſſe Sempronium & Mæuium ad eandem rem, ac proinde ad eandem fundi Corneliani partem, id eſt ad dimidiã, hoc ipſo quod ſine partibus vocati fuerunt, (ſicut è contrario ſupra diximus, heredes inſtitutos ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcriptos intelligi) & conſequenter deficientem Sempronij portionem ſoli Mæuio, non etiam Titio adcreſcere debere, quod tamen ſecus eſſet, ſi fuiſſent honorati ex æquis partibus, quoniam hæc adiectio ſeparationem partium induxiſſet, feciſſétque vt verbo tantùm coniuncti dicendi eſſent, quomodo qui coniuncti ſunt numquam habent ius adcreſcendi, vt poſtea dicemus.

ERROR III.

De coniunctione verbis tantùm.

SVMMARIA.

1 *Quotuplex ſit coniunctio.*
2 *Re tantùm coniuncti qui.*
3 *Verbis tantùm coniuncti qui.*
4 *Qui ſint re & verbis coniuncti.*
5 *Qui ad eundem fundum vocati ſunt pro inæqualibus portionibus verbis tantùm coniuncti dici non poſſunt, contra interpretes.*
6 *Verbalis coniunctio per dictionem aduerſatiuam autem vel verò fieri non poteſt, aduerſus Bart. & alios.*
7 *Vnde fit vt ex alternatiua fiat coniunctio.*
8 *Verbis tantùm coniuncti cenſeri non poſſunt, quibus teſtator inæquales partes adſcripſit.*
9 *Gomezii lapſus.*

TRIPLICI

TRIPLICI † modo coniunctio intelli-
gitur, inquit Paulus in *l. triplici.* 142. *de*
1 *verb. ſignific.* Aut enim re tantùm & per
ſe coniunctio contingit, aut re & ver-
bis, aut verbis tantùm, Re tantum con-
2 iuncti † dicuntur, qui diuerſis orationibus ad ean-
dem rem vocantur, vt ſi teſtator dixerit, *Lego Titio*
fundum Cornelianum, eundẽ fundum lego Sempronio (po-
nimus exemplum in legatis, quia in hereditatibus
nihil refert an coniuncti ſint heredes, an diſiuncti,
niſi cùm de iure prælationis magis quàm de iure ad-
creſcendi diſputatur, vt diximus in præcedentibus)
ſunt enim hic duæ orationes. & tamen vnus tan-
tùm fundus, ad quem Titius & Sempronius ſimul
vocantur, cum ſinguli fuerit in ſolidum legatus. Ver-
3 bis tantùm cõiuncti † dicuntur è contrario, quia vna
eadémque oratione vocantur ad res diuerſas, quod
euenit ſi teſtator ita ſcripſerit, *Lego Titio & Sem-*
pronio fundum Cornelianum pro æquis partibus, Hic
enim vna tantùm oratio eſt per quam Titius Sem-
pronius vocantur, & tamen diuerſæ ſunt res ad quas
vocantur, Data ſiquidem eſt vnicuique pars fundi,
nec pars vni data eadem eſt quæ alteri data fuit, li-
4 cet partes indiuiſæ ſint, *l. Manius 66 §. duorum de le-*
gat. 2. Denique re † & verbis cõiuncti ſunt qui eadem
oratione ad eandẽ rẽ vocantur, puta legato pluribus
relicto, ita *Lego Titio & Sempronio fundũ Cornelianum.*
Vna nãque hic oratio eſt, & vna eadémq; res ad quã
vocantur ambo fundus ſcilicet Cornelianus vnicui-
que ipſorum in ſolidum legatus. Et in hoc nobis cõ-
uenit cum pragmaticis & interpretibus iuris omni-
5 bus. At non etiam in eo quod noſtri volunt poſſe
verbis † tantùm cõiunctos dici etiã illos qui ad eun-
dem fundũ vocati ſint pro inæqualibus portionibus
puta hoc modo. *Sempronio lego fundum Cornelianũ pro*
octo vnciis, Titio autem pro quatuor. Quo exemplo
vtitur Mich. Graſſ. in § *ius adcreſcendi, quæſt. 4. num. 5.*
poſt Bart. ad l. re coniuncti. nu. 14. de leg. 3. & alios mul-
tos ibidem relatos. Nec enim dubito quin ita con-
cepto legato, Titius & Sempronius non tantùm re,
ſed etiam verbis diſiuncti ſint, vel ex ipſa Bartoli
traditione quæ vult coniunctionem iſtam verbalem,
quòd ſanè verum eſt, non pendere niſi ab vnitate
ſermonis. Nam in propoſita ſpecie licèt ſemel tan-
tùm expreſſum ſit verbum *lego*, quæ vna res Barto-
lo cæteriſque interpretibus impoſuit, fatendum ta-
men eſt duas eſſe orationes quia idem verbum ſub-
intelligi neceſſariò debet, tacitéque repeti vt con-
ſtrui oratio poſſit. Quid autem refert an bis, an verò
ſemel exprimatur & ſemel ſubintelligatur? Sunt
igitur duæ orationes, non minùs quàm ſi ita ſcrip-
tum eſſet, *Sempronio fundum Cornelianum lego pro octo*
vnciis, Eundem fundum Titio pro quatuor vnciis lego.
quo caſu nemo dubitaret quin eſſent Sempronius &
Titius tam verbis quàm re diſiuncti. Ideóque faten-
dum eſt erraſſe Bartolum & cæteros à Graſſo vbi ſu-
6 pra relatos, in eo quòd ſcripſerunt verbalem † con-
iunctionem perinde fieri poſſe per dictionem aduer-
ſatiuam, *autem*, vel *verò*, atque per copulatiuam. Id
enim falſum eſt cùm aduerſatiuæ dictionis vſus nul-
lus eſſe poſſit, quin oratio duplex fiat; quod etſi tam
naturalem intellectum habet, vt probatione non
egeat, probatur tamen non malè ex *l. Lucius 78. §.*
quæ habebat. D. ad SC. Treb. in cuius loci ſpecie quod
pro reſponſione ait Bartolus duplicem fuiſſe ſermo-
nem & orationem teſtatricis, verum quidem eſt,
ſed tamen aliam iudicio meo rationem non habet,
quàm quòd licèt vnico tantùm verbo vſa teſtatrix
fuiſſet, non tamen poterat verbum illud niſi tacitè
repetitum vtrique parti orationis ſubſeruire, propter
aduerſatiuam, cuius ea natura eſt, vt omnimodo &
ſemper diuerſam faciat orationem. Itaque quamuis
teſtatrix ita ſcripſiſſe proponeretur, *ita tamen vt de-*
cem vncias Caius habeat, duas autem Seius nepos habeat,
bis repetito verbo illo *habeat* (ad quod videtur reſ-
pexiſſe Bartolus, cùm dixit duas eo loco proponi
orationes) nihilominùs idem proculdubio dicen-
dum fuiſſet, etiamſi in altera tantùm, ſiue priore, ſiue
poſteriore parte clauſulæ verbum illud *habeat* ex-
preſſum fuiſſet, in altera verò prætermiſſum, quod
& elegantius videri debuiſſet. Nemo enim non videt
eius verbi *habeat* non tantùm ſuperuacuam, ſed etiã
infulſam eſſe eo loco repetitionem. Indéque eſt
quod videmus Paulum in *d. l. triplici.* tam diligenter
& anxie inquirere, an verbalis coniunctio poſſit fie-
ri per articulum *cum* hoc modo, *Titio cum Sempronio*
fundum Cornelianum lego, an verò neceſſarius ſit vſus
ſyllabæ *&* cuius proprium eſt vt faciat coniunctio-
nem *d. l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſt.* Ac quamuis reſ-
pondeat nihil intereſſe vtro modo teſtator locutus
ſit, an ita, *Titio & Sempronio*, an ita potiùs, *Titio cum*
Sempronio, quoniam vtraq; coniunctio eſt *l. Titia tex-*
tores 36. §. pen. l. ſi quis inquilinos. 112. §. ſi ita de leg. 1.
ex eo tamen intelligimus non idem reſponſurum
eum fuiſſe de dictione aduerſatiua, quæ ſcilicet ni-
hil commune aut ſimile habet cum dictione copu-
latina Sanè quòd de alternatiua † ſcribit Bart. cum- 7
que poſt alios ſecutus Graſſus *dict. quæſt. 4. n. 5.* ad ea
quoque fieri coniunctionẽ, verum quidem eſt pro-
pter Iuſtiniani conſtitutionem in *l. cum quidam 4. C.*
de verb. ſign. quæ induxit vt nihil referat an teſtator
ſic dixerit, *Titio & Sempronio fundum Cornelianum le-*
go, an ita. *Titio aut Sempronio*, ſed tamen abhorret
omnino à ratione iuris, ſecundùm quam fieri nequit
vt coniuncta pro diſiunctis accipiantur, aut contra,
quin omnes ſiue defunctorum, ſiue contrahentium
voluntates & diſpoſitiones perturbentur, niſi cùm
alioqui futurum eſſet vt abſurdum aliquod ſequere-
tur, quod tamen in propoſito nullum poſſet emer-
gere, quoniam cùm Titio, aut Sempronio fundus
Cornelianus legatus eſt, optimum facilemque exi-
tum habere defuncti voluntas poteſt, illum videli-
cet vt ei qui prior legatum petet, deque eo litem
conteſtabitur ſoli totum debeatur, arg. *l. ſi pluribus*
3. ad fin. de leg. 1. iunct. l. ſi Titius 9. D. de verb. oblig. l.
pluribus 31. D. de procurat. l. ex duobus 16. D. de duobus
reis. Niſi maluerit heres ante legati petitionem eli-
gere cui daret, *l. ſi Titio aut Seio 16. de leg. 2.* Et ridi-
culum eſt argumentum quo vtitur Iuſtin. ex interdi-
cto *Quod vi aut clam*, quaſi in iis edicti verbis ſuma-
tur diſiunctio pro coniunctione. Nam ſi ita eſſet, ſe-
queretur non fore locum edicto, niſi cùm opus & vi
& clam ſimul factum probaretur, quod falſum eſt,
quamuis poſſit nonnunquam, ſed perrarò continge-
re, vt idem opus & vi & clam factum probetur, vt
in ſpecie *l. is qui in puteum 11. §. interdictum. D. quod*
vi aut clam. de quo plura ſcripſi ad *l. Lucius 85. D. de*
hered. inſtit. lib. 8. Coniect. Sed ea diſputatione in præ-
ſens omiſſa, dico etiamſi fecerit Iuſtinianus, vt lega-
to ita relicto, *Titio aut Sempronio fundum lego*, diſiun-
ctio pro coniunctione accipiatur, non ideo tamen
feciſſe illum vt per eiuſmodi formulam poſſint vi-
deri Titius & Sempronius verbis tantùm coniuncti
Nam etſi teſtator expreſſim eos cõiunxiſſet hoc mo-
do, *Titio & Sempronio fundum Cornelianum lego*, non
verbis tantùm, ſed etiam re coniuncti eſſent, niſi
poneres ſubiectam adiectionem illam *pro æquis par-*
tibus, quam tamen adiectionem apertum eſt non ni-
ſi ridiculè ſubiici poſſe legato alternatiuè relicto in
hunc modũ, *Titio aut Sempronio fundum Cornelianũ æ-*
quis partib. lego. Nã qui diſiũctiuè loquitur alterutrũ
duntaxat vult, *d. l. ſi Titio 16. de legat. 3.* qui verò dicit

Digitized by Google

pro æquis partibus, vtrique dat partem, & ita ſecum
pugnaret qui ita loqueretur. Niſi huius abſurdi eui-
tandi gratia diſiunctionem pro coniunctione acci-
peremus, quod in propoſita ſpecie fieret ſanè ex
aperta teſtatoris voluntate. Ex his apparet fieri non
8 poſſe vt verbis † tantùm coniuncti ſint ij quibus te-
ſtator inæquales partes adſcripſerit, quia non poſ-
ſunt inæquales partes adſcribi niſi diuerſis oratio-
nibus. Ob idque ſolent prudentes noſtri, cum tra-
ctant de verbo tantum coniunctis, exempla ita con-
cipere vt addant verba illa, *pro æquis partibus*, vt in
*d.l. re coniuncti. de lega. 3. d.l. ſi ita quis 66. de hered. in-
ſtit. l. pen. D. de vſufr. adcreſc.* Quod ab ingenioſiſſimo
I.C. Antonio Goueano feliciter obſeruatum, fecit vt
ille ſcripſerit, non poſſe fieri vt verbis tantum con-
iuncti ſint, niſi qui pro æquis partibus admittuntur:
9 ſed tamen in hoc quoque videtur ille lapſus † con-
trario errore. Caſum enim reperio in quo euenit vt
quidam verbis tantum coniuncti ſint, qui tamen ex
partibus inæqualibus & diſparibus admittantur. Is
eſt in *l. & Proculo* 20. *de leg*. 2. vbi Celſus ex Proculi
ſententia ſcribit, ſi Sticho ſeruo communi Titij &
Sempronij aliquid legatum ſit, & maiorem Titius,
minorem Sempronius in eo ſeruo dominij partem
habuerit, & alteruter portionem ſuam omiſerit, al-
teri eam non adcreſcere: non enim coniunctim, ſed
partes legatas. Nam & ambo, ſi legatum vindica-
rent inquit lex, eam quiſque legati partem habitu-
rus eſſet, quàm dominij haberet in ſeruo, cùm per
ſeruum ſicuti non quæritur dominus niſi ex cauſa
dominij ita neque aliter quàm ex dominicis portio-
nibus, & conſequenter ex inæqualibus, cùm nihil
vetet eas partes eſſe inæquales. Hoc igitur caſu re-
periuntur Titius & Sempronius coniuncti in lega-
to, & quidem verbis tantùm, quia ſi verba inſpicias
vnica oratio eſt quæ nec breuior, nec ſimplicior
eſſe poteſt quàm hæc, *Sticho ſeruo Titij & Sempro-
nij fundum Cornelianum do, lego.* Si verò rem ipſam
quæ legatur, diuerſæ partes ſunt quæ legantur Ti-
tio, ſicut & dominij partes, quas iu eodem Sticho
habent, ſunt diſtinctæ ſaltem iuris intellectu, *d. l.
Mæuius. 66. §. duorum. de lega.* 2. Et ob id nimirum ne-
gat Celſus eſſe inter eos locum iuri adcreſcendi, non
quòd ſint coniuncti legali coniunctioue tantùm, vt
vult Bartolus ad *d. l. & Proculo. & ad l. ſi duobus. 16. §.
vlt. de legat.* 1. ſed quia, numquam ei locus eſt inter
eos, qui verbis tantùm ſunt coniuncti, vt in ſequen-
tibus dicemus. Nec quòd ſuprà citatis locis vocan-
tur pro æquis partibus illi qui verbis tantùm con-
iuncti ſunt, noſtram ſententiam impugnat etſi hoc
verum eſſe videtur quod Goueanum fefellit. Sunt
enim illa exempla, ex quibus propoſitio generalis
niſi periculosè confici numquam poteſt. Erit igitur
vera Goueani obſeruatio, quoties teſtator ipſe le-
gati partes ſpecialiter expreſſerit, quia, vt iam di-
ximus, non poſſunt exprimi ſpecialiter partes inæ-
quales, quin orationum pluralitas inducatur: ſed
tamen falſa quoties eas partes legati non teſtator,
ſed ſola iuris poteſtas facit, ſiue nullam omnino
partium mentionem teſtator fecerit, vt in propo-
ſito illo exemplo, *Sticho ſeruo Titij & Sempronij fun-
dum Cornelianum lego*, ſiue partes quidem expreſſe-
rit, ſed generaliter, & facta earum relatione ad po-
teſtatem iuris, puta ſi in ſupraſcripta ſpecie teſtator
adiecitſſet *pro dominicis partibus*. Nec enim ea adie-
ctio verbalem coniunctionem tolleret, quæ ex ora-
tionis vnitate, & vt Bart. loquitur, ſemper æſtiman-
da eſt, nec minorem tamen vim haberet ad inæqua-
les quoque partes conſtituendas, cùm partes domi-
nij ſunt diſpares, quàm ſi portiones ipſæ dominij ac
inæquales ſpecialiter expreſſæ eſſent, cùm per æqui-
pollens, & verbis, quamquam generalibus tamen
aptiſſimis expreſſæ reperiantur.

ERROR IV.

*De iure adcreſcendi inter verbis tantùm
coniunctos.*

SVMMARIA.

1 *Differentia quam conſtituunt interpretes inter ver-
bis tantùm coniunctos, & eos qui vel re tantùm,
vel etiam re & verbis coniuncti ſunt.*
2 *Differentia ratio.*
3 *Qui vel re tantùm vel re & verbis coniuncti ſunt,
non habent partes niſi per concurſum, ideóque in-
ter eos non tam adcreſcendi, quam non decreſcen-
di ius eſt.*
4 *Inter verbis tantùm coniunctos legatarios locum non
eſſe iuri adcreſcendi, aduerſus interpretes.*
5 *Vera ſententia l. pen. D. de vſufr. adcreſcend. aduer-
ſus Bart. defenditur.*
6 *Explicatur l. planè. 34. §. ſi coniunctim. D. de legat.
1. reiectis Bart. & Accurſ. gloſſis.*
7 *Inducitur ſententia l. ſi duobus. 19. in princ. D. de le-
gat. 1. ad probandam aſſertionem. num. 4. propoſi-
tam.*
8 *Error Duareni & Fachinei dicentium d. l. ſi duobus.
abrogatam.*
9 *Reſponſio Bartoli ad d. l. ſi duobus refellitur.*

NVLLAM agnoſcunt noſtri differen-
tiam † inter eos qui verbis tantùm, & 1
eos qui vel re tantùm, vel etiam re &
verbis coniuncti ſunt, niſi quòd inter
eos qui verbis duntaxat coniuncti ſunt
volunt eſſe propriè ac verè ius adcreſcendi, inter cæ-
teros verò ius non decreſcendi potiùs quàm adcreſ-
cendi, vt tractat *Bartol. ad l. re coniuncti. 89. de legat.*
3. & poſt eum cæteri communiter, teſte Mich. Graſſ.
in *§. ius adcreſcendi. quæſt. 8. num 4. quæſt. 9. in princip. &
quæſt.* 10. Mouentur † ex eo, quod qui vel re tantùm 2
vel re & verbis coniuncti ſunt, non habent partes
niſi per concurſum: ſingulis enim ſiue vnica oratio-
ne, ſiue pluribus tota res à teſtatore data fuit, *l. pla-
nè 34. §. ſi coniunctim. de legat. 1. l. coniunctim. 80. de lega.
3. l. prima. §. vltim. l. tertia. in princip. Digeſt. de vſufruct.
adcreſcend.* Ideóque cùm nolente concurrere altero
ex legatariis aut non valente concurrere, quia fortè
deceſſerit ante teſtatorem, vel incapax factus ſit, to-
tum legatum ad collegatarium pertinet, non plus il-
le conſequitur, quàm teſtator ei dederit, vt aliquid
ipſi adcreſcere videatur: ſed illud ipſum habet quod
teſtator ei dederit, vt aliquid ipſi adcreſcere videatur:
ſed illud ipſum habet quod teſtator ei dedit, non di-
minutum per concurſum collegatarij, qui ſi concur-
reret, faceret vt decreſceret legatum alij relictum, id
eſt, vt partem duntaxat habere poſſet is cui teſtator
totum dediſſet. Qui verò verbis tantùm coniuncti
ſunt, partes ab initio habent, alioqui ſi partes non
haberent, re quoque coniuncti eſſent, *d. l. re coniuncti.
d. l. planè 34. §. ſi coniuncti & de lega.* 1. Proinde ſi al-
teruter ex legatariis vel nolit non poſſit ad legatum
admitti, atque ita legatum totum ad alterum per-
ueniat, qui legatum conſequi & velit & poſſit, iu-
re adcreſcendi id fieri dicendum eſt, non iure non
decreſcendi. Quod aiunt, eos qui vel † re tantùm, 3
vel re & verbis coniuncti ſunt, non habere partes
niſi per concurſum, ideóque inter illos non tam ad-
creſcendi quàm non decreſcendi ius dicendum eſſe,
nos

Google

nos verum eſſe admittimus, niſi quod prudentes noſtros nunquam ſic locutos legimus, vt dixerint *ius non decreſcendi*, vt monuimus in Erro. 1. Decadis
4 huius. Sed quod volunt inter verbis † tantùm coniunctos locum eſſe iuri adcreſcendi, falſiſſimum eſt, nullóque iuris loco comprobatum. Nam cum negari non poſſit quod Paulus ſcribit in *d. l. re coniuncti.* legatarios qui verbis tantum coniuncti ſunt, ſemper habere partes, id eſt iam inde ab initio, vt explicat *Vlp. in d. l. planè §. ſi coniunctim*, proculdubio voluntas teſtatoris quæ ſola inter legatarios ius adcreſcendi inducit, non patitur vt in ea re, quæ ex teſtatoris liberalitate proficiſcitur ſimus liberaliores teſtatore, quod tamen contingeret, ſi totum daremus ei cui teſtator non niſi partem dediſſet. Ac quemadmodum idem Paulus in ea ſpecie quam tractat in *l. debitor 59. in fine princip. D. ad SC. Treb.* pro abſurdo habet cui teſtator alterum dedit, nos vtrumque præſtemus (ſic enim locus ille interpretandus eſt, vt in noſtris coniecturis explicauimus) & rurſum Caius in *l. facta 63. §. ſi ſub conditione eo tit.* apertè ſcribit abſurdum eſſe vt prætor fideicommiſſarius plus iuris tribuat ei, qui fideicommiſſum petit, quàm teſtator voluerit: Ita & in propoſita quæſtione fatendum eſt abſurdum eſſe vt totum fundum habeat nunc ex collegatariis, cui teſtator partem duntaxat dedit. Eum porro qui verbis tantùm coniunctus ſit, non niſi partem ab initio habere conſtat non ſolùm ex Pauli & Vlpiani autoritate, in *d. l. re coniuncti. & d. §. ſi coniunctim.* ſed etiam ex eo quod præcedenti capite monuimus, verbis tantùm coniungi non poſſe, niſi eos quibus teſtator partes & quidem æquales adſcripſerit, adiectis ſcilicet iis verbis *pro æquis partib.* extra caſum *l. & Proculo 20. de leg. 3.* Nec quod eiuſmodi adiectio non impediret ius adcreſcendi inter heredes, ad rem facit. Nam vt in ſuperiorib. oſtendimus differentia illa euidens eſt hac parte inter heredes & legatarios, quod deficiens portio coheredis adcreſcit coheredi, non tam ex voluntate teſtatoris, quàm ex neceſſitate iuris inuito etiam teſtatore, adeóq. ipſo coherede, ne alioqui eueniret vt perſona teſtatoris pro parte tantùm repræſentari videretur. At inter legatarios pendet hoc ius adcreſcendi ex ſola teſtantis voluntate, quia non poteſt aliqua ſubeſſe neceſſitas quæ cogat nos dare totum ei, cui teſtator partem duntaxat datam voluit, ſiue quòd legatarij non ſicut heredes iuris ſucceſſores ſint ſiue quòd deficiens legati portio, licet ad collegatarium tranſitura non ſit commodè, tamen dominum ſit habitura heredem, ſcilicet apud quem remanere debet, vel ſine onere, ſi penes legatarium ſine onere futura erat, vel cum onere, ſi fortè legatarius eandem rem tibi legatam alteri reſtituere debuerat. *l. vnic. §. pro ſecundo & §. ſin autem aliquid Cod. de caduc. tollend.* Atque ita eſſe vt inter verbis tantùm coniunctos non ſit locus iuri adcreſcendi præter rationem illam ex iure & ex teſtatoris voluntate petitam, quam attulimus, probatur apertiſſimè ex *d. l. & Proculo*, vbi negat Celſus locum eſſe iuri adcreſcendi inter eos quorum ſeruo communi aliquid legatum ſit, quos tamen negari nõ poteſt, & verbis cõiunctos eſſe, & verbis tantùm. Nã quod reſpõdet Bart. *ad §. vlt. l. ſi duobus 16. de l. 1.* eſſe quidẽ illos cõiunctos, ſed cõiunctione legis tantùm, non hominis, ridiculũ eſt, cùm quiſquis legat ſeruo, quem ſcit eſſe incapacẽ vllius legati ex propria perſona conſequendi, eum neceſſe ſit intueri perſonam domini, ac proinde id agere cùm legat ſeruo communi duorum vt ambos dominos in eo legato coniungat pro dominicis portionibus. Nihilque hac parte intereſſe poteſt an legem fundum Cornelianum Sticho communi ſeruo Titij & Sempronij, an ipſis Titio & Sempronio: niſi quòd vno caſu legatũ ipſi Sticho, non autem eius dominis delatum eſſe intelligitur, altero verò caſu ipſis dominis defertur. Cæterùm illo etiam caſu quo legatum ipſi ſeruo delatum eſt à domino, tamen repudiari poteſt vt intelligamus ipſi quoque domino delatum videri per mediam ſerui perſonam, *l. legatum ſeruo 7. de leg. 1.* Probatur etiam ſententia noſtra manifeſtiùs ex *l. penult. D. de vſufr. adcreſ.* vbi Papinianus † ſcribit, ſi duobus 5
eadem res aut eiuſdem rei vſusfructus pro æquis portionibus legetur, eſſe illos ſeparatos, indéque fieri vt inter eos non ſit ius adcreſcendi. Et tamen adhuc nugatur Bartolus, reſpondétque agi eo loco de vſufructu legato à diuerſis heredibus, & conſequenter ſeparatim: quod verum quidem eſt, ſi ſolam eius legis primam partem inſpicias, de qua ſic Papin. ſcribit, *Cùm ſingulis ab heredibus ſingulis eiuſdem rei fructus legatur, fructuarij ſeparati videntur:* ſed quod ſequitur, *non minus quàm ſi æquis portionib. duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet*, eandẽ interpretationem recipere non poteſt. Tractat. n. his verbis Papinianus nouum caſum priori diſſimilem, in eo quod non à ſingulis heredibus fuerit pluribus legatus vſusfructus, vt in priore, ſed ab vno tantùm herede, cum illa tamen adiectione quæ in priore caſu expreſſa non fuerat, *pro æquis partibus* ſimilem verò in eo quòd in vtraque ſpecie ſeparati ſunt legatarij, quanquam diuerſa ratione. In priore quidem propterea quòd à ſingulis heredibus ſeparatim vſusfructus relictus eſſet, tametſi non adiecto eo, *pro æquis partib.* In poſteriore verò, propterea quod pluribus relictus eſſet vſusfructus cum hac adiectione, *pro æquis partibus*, quamuis non à ſingulis heredibus ſeparatim, ſed vel ab vno tantùm, vel à pluribus ſimul & coniunctim. Porro ſiue hac ſiue illa ratione ſeparati ſunt, nihil refert, ſufficitque quod ſint ſeparati, vt non ſit inter eos ius adcreſcendi. Generaliter enim verum eſt quod ex Celſo Vlpianus velut pro regula, aut potius pro certiſſimo iuris principio ſcribit *in l. 3. in prin. e.* Toties ius adcreſcendi eſſe, quoties in duobus pluribúſue, qui rem aliquam in ſolidum habuerunt, concurſu partes fiunt. Nec quod ibi Vlpianus de vſufructu loquitur facere poteſt, vt in proprietate aliter ab eo, vel à Celſo conſtitutum putare debeamus. Nihil. n. hac in re ſpeciale habet vſusfructus niſi quod facilius adcreſcit quàm proprietas cum accreſcere poſſit etiam poſteaquam fuit acquiſitus, quia nimirum quotidie conſtitui, & quotidie legari intelligitur, quod in proprietate diuerſum eſt, vt eleganter idem *Vlp. ſcribit in l. 1. §. interdum. e. tit.* Itaque ſi quo caſu ius adcreſcendi in vſufructu locum non habet multo minus poteſt habere in proprietate. In eóque parum ſubtiles ſunt vulgares interpretes qui cum non dubitent quin ius adcreſcendi ſit inter verbis tantum coniunctos, diſputant tamen quaſi neſcio quid diuerſum ac longè obſcurius, An inter eos locus ſit iuri adcreſcendi in vſufructu. Quãquam in eo ſunt conſtantes, quòd tuentur in vſufructu eum ipſum errorem quem in proprietate inuexerunt, vt teſtatur Mich. Graſſ. *dict. quæſt. 9. in fin. poſt Crott. ad l. re coniuncti. numer. 44.* Sed addamus eundem Vlpianum † noſtrum in *d. l. planè 34.* 6
§. ſi coniunctim. de leg. 1. vbi poſteaquàm ſcripſit partes ab initio fieri, ſi qua res coniunctim legetur coniunctione, ſcilicet verbali tantùm (nam in ea quæ vel realis tãtùm eſſet, vel mixta, id eſt, & realis ſimul, & verbalis falſum eſſet nimis euidenter quod Vlp. pro vero conſtare ait ab initio fieri partes, præſertim cùm ea quæ apud Vlpianum ſequũtur, oſtendãt partes quæ ab initio fiunt, opponi ab eo partibus quæ fiant per cõcurſum) ſubiicit in ea hæc verba, *Nec ſo-*

tum hi partem faciant, in quorum perſona legatum conſtitit. verùm hi quoque, in quorum perſona non conſtitit legatum, vt puta ſi Titio & ſeruo proprio ſine libertate legetur. Quibus verbis quid apertius ſcribi potuit ad excludendum ius adcreſcendi inter eos qui verbis tantum ſint coniuncti. Nam ſi vllo caſu poſſet locus eſſe iuri adcreſcendi inter coniunctos verbis ſolùm, quando poſſet, obſecro, ius illud magis locum habere, quàm cùm alteruter ex collegatariis talis eſt, vt in eius perſona legatum ab initio non conſiſtat? ſiquidem is neque admittitur, neque admitti vnquã ſperatur ad partem: Ob idque ſuccedit traditio eiuſdem Bartoli, negantis partem vnquam facere illum, qui ad partem neque admitti vnquam ſperetur. Sic enim ille ad *d. § ſi coniunctim & ad d. §. vlt. l. ſi duobus. & ad l. huiuſmodi* 84. *§ ſi Titio eod. ex d. §. vlt. & l. ſi duobus. dict. l. planè.* Quod namque idem Bart. ad *d. §. ſi coniunctim,* Accurſium ſecutus, ait ſeruum teſtatoris proprium, cui ſine libertate legatum eſt, ideo facere partem, quia licet non valeat legatum ex rigore iuris vt actio detur, valet tamen ſecundùm æquitatem, quæ facit vt heres debeat legatum illud præſtare ſeruo, ex *l. penult. § illo videlicet l. de neceſſ. here. inſtit.* nullomodo poteſt adaptari Vlpiano. Non ob id ſolùm quòd ſupradictis verbis generaliter complexus eſt omnes caſus, quibus fieri poſſit vt in alterutrius perſona legatum non conſiſtat, de legato autem quod proprio ſeruo relictum fuerit ſine libertate, non fuit locutus niſi exempli gratia, verùm etiam quia Vlpiani temporibus ita ius fuiſſe certum eſt, vt legatum quod quis proprio ſeruo ſine libertate reliquiſſet, omnimodo eſſet inutile, nec magis æquitatis ſpecie, quam mero iuris rigore defenderetur, *l. ſeruus vxori 76. D. de hered. inſtit.* Primus Iuſtinianus fuit, qui in *d. § videlicet* conſtituit, vt non debeant heredes teſtatoris eſſe tam impij, vt miſeros ſeruos fraudent domini ſui liberalitate: quibus tamen verbis videtur Iuſtinianus voluiſſe heredes hortari potiùs, ne ſe in ea re impios præſtent, quàm ſeruis conſulere velle, ſiue data iis ex æquitate actione aliqua quæ proculdubio inter dominum & ſeruum nulla eſſe poteſt *l. lis nulla 4. D. de iudic.* ſiue data iis licentia implorandi officij prætoris, vel alterius magiſtratus. Id enim tùm fit vt per ſe habeat ſeruus aditum ad prætorem cùm debetur ei libertas nec ſuo tempore præſtatur, *l. mulier 22. § non eſt dubitatum. D. ad SC. Treb.* Id enim fit propter ſolam ſpem & prærogatiuam libertatis, cuius fauor alia etiam pleraque pro ſeruis contra iuris rationem extorſit, *l. ſtatu liber.* 14. *D. de quæſt. l. mortis 9. §. vlt. D. de pœn.* Quamquam de tota quæſtione illa, Vtrum is qui ad partem non admittitur, partem nihilominùs faciat, poſtea exactius & ſeparatim tractandum erit. Poſtremò contra interpretes pro nobis accerſendus
7 eſt Pomponius † in *d. l. ſi duobus 16. in princ. de leg.* 1. vbi disertè ſcribit, Si duobus res aliqua coniunctim legata ſit, quamuis alter in rerum natura non fuerit alteri tamen ſolam partem deberi. Apparet nõ poſſe id accommodari ad eum caſum quo teſtator plures in legato coniunxerit, ſiue re tantùm, ſiue re & verbis ſimul, cùm inter legatarios ſiue re & verbis coniunctos ius adcreſcendi locum habere certiſſimum ſit, & nemo vnquam negauerit: vt proinde non de aliis legatariis quàm de iis qui tantùm verbis coniuncti fuerint, ea lex intelligi poſſit. Etſi enim dictio illa *coniunctim* habet ſenſum æquiuocum magiſque propriè iis conuenit qui re coniuncti ſunt, vt conſtat ex *d. l. & Proculo.* 20. *de legat.* 2. in illis verbis, *non enim coniunctim, ſed partes datas*, & ex *l. coniunctim 80. de leg.* 3. quia ſcilicet teſtator, qui aliquos verbis tantùm coniungere quàm celeriùs loqui vel ſcribere videtur, vt eleganter ait Pomponius in *l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſtit.* interdum tamen ex neceſſitate ſubiectæ materiæ ad eos etiam aptatur, qui verbis tantùm cõiuncti ſunt, nimirum quoties alioqui falſum aut abſurdum quidpiam ſequeretur, vt in *d. l. ſi duobus. & d. l. planè § ſi coniunctim. l. 3. § ſed etſi cõiunctim. de leg. præſt.* Neque in eo violatur proprietas ſermonis, quando quidem verum eſt etiam eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, eſſe coniunctos, ſed verbis tantùm *dict. l. re coniuncti. & l. triplici 142. de verborum ſignificatione.* Nunquam tamen ita, vt iure noſtro habeantur pro coniunctis quod attinet ad ius adcreſcendi: ob idque ſi quando ſcriptum legitimus indiſtinctè ius adcreſcendi eſſe inter eos qui coniuncti ſunt de iis ſolis intelligere debemus qui vel re, & verbis ſimul, vel ſaltem re tantùm ſint coniuncti, nõ etiam de iis qui verbis tantùm, vt in *dict. l. vnic. §. pro ſecundo. §. ſin autem aliquid & vbi autem C. de cad. tollend.* ita dictante regula ipſa iuris quæ vult, in ambigua voce legis, eam potius accipiendam eſſe ſignificationem quæ vitio caret, præſertim cum etiã voluntas legis ex ea ſignificatione colligi poteſt, *l.* 8
in ambigua 16. D. de legib. In quo videntur mihi † valdè erraſſe Duarenus *lib. 2. de iur. adcreſc.* 18. & eum ſecutus Fachineus lib. 4. controuerſ. iur. cap. 97. exiſtimantes hodie abrogatum eſſe quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi duobus in princip.* & in *d. l. planè. §. ſi coniunctim,* propter Iuſtiniani conſtitutionem in 6. *§. vbi autem C. de cadu. tollen.* quæ induxit vt pars legati quoquomodo deficiens adcreſcat cõiuncto, iis exceptis quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur. Nec enim aut eo loco, aut alio vllo id egit Iuſtinianus, vt ius adcreſcendi induceret inter coniunctos verbis tantum, aut vt hac parte ius vetus abrogaret. Scio 9
Bartolum reſpondere † locum illum Pomponij accipiendum eſſe de eo collegatario qui in rerum natura nondum quidem ſit, ſed tamen eſſe ſperetur, quem facere partes æquum eſt, & ipſi etiam iuris rationi conſentaneum cum poſſit aliquando admitti licèt nondum admittatur, quaſi dixerit Pomponius *non* pro *nondum*, vt Africanus in *l. ſi filius heres 16. D. de liber. & poſthu.* quem errorem nos quoque iuniores nimis bona fide ſecuti ſumus lib. 1. Coniect. cap. 10. Sed præter id quod verba illa Pomponij ſunt generalia, & contrariam potius interpretationem præ ſe ferentia *quamuis alter in rerum natura non fuerit,* video etiam obſtare huic intrepretationi quod ſequitur apud Pomponium *alteri ſolam partem deberi.* Erat enim addenda dictio *interim*, vt in *d. l. ſi filius. & in l. ſub conditione.* 10. *ff. de aſſign. libert. & in l. ſed ſi 5. ad fin. ff. de bon. damna.* ſi de illo Pomponius ſenſiſſet, qui in rerum natura nondum quidem eſſet, at futurus aliquando ſperatur, Bartolum verò ne hanc, quam dicimus, veram illius loci ſententiam aſſequi potuerit, duo impedierunt, illud primum quod non poterat diſtinguere inter coniunctionis ſpecies, cum pro certo haberet inter coniunctos quoſlibet etiam verbis tantum eſſe locum iuri adcreſcendi, alterũ, quòd non aliter ſibi videbatur poſſe conciliare primum illud legis reſponſum cum *§. vlt.* eiuſdem legis, vbi idem Põponius ſcribit, Si Titio & poſthumis legatum ſit, nullo nato poſthumo Titium vindicare totum poſſe, ſed & ſi teſtator Titio & poſthumis viriles partes dari voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet, totum nihilominùs legatum Titio deberi non nato poſthumo. Ex quo etiam loco putauit Bartolus, probari apertiſſimè inter eos quoque quibus ab initio teſtator partes dedit ius adcreſcendi eſſe poſſe: quod tamẽ, quoniam ab iis quæ dicimus non minùs quàm à iuris ratione abhorret, de illius loci ſententia noui aliquid, ſed breuiter deſpiciendum eſt.

ERROR

ERROR V.

De legato, relicto Titio & poſthumis pro æquis & virilibus portionibus.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris interpretum traditio, inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcreſcendi ius eſſe ex cuius legis textu maxime probari videatur.*

2 *Caſum l.ſi duobus.§.vlt.D.de legat.1. ex qua probatur ſuperior traditio ſpecialem eſſe: & quæ ſit ratio ſpecialitatis.*

3 *Omnes qui ex æquis partibus vocantur coniuncti verbis cenſeri non debent, niſi vna eadémque oratione vocentur.*

4 *Pleraque quæ ſunt ſub tit.de reb. dub. ſapiunt Triboniani manum.*

5 *Virilis appellatione quid contineatur & viridem portionem qui faciant.*

1 IN toto iure noſtro alius textus † non eſt, ex quo tam apertè videatur probari poſſe vulgaris illa falſaque interpretum noſtrorum traditio, quæ habet, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcreſcendi ius eſſe, quàm ex Pomponij reſponſo quod proximè retulimus in *l.ſi duob.16.§.vl. de leg.* 1. vbi ait ille, ſi Titio & poſthumis legatum ſit, non nato poſthumo, Titium vindicare totum poſſe: ſed & ſi teſtator Titio & poſthumo viriles partes dare voluiſſet vel etiam id expreſſiſſet, totũ nihilominùs legatum Titio deberi, poſthumo non dato. Id enim ſi verum eſt, omnino corruit ratio illa præcipua & perpetua, qua diximus nos moueri, vt inter legatarios verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi non eſſe exiſtimemus: nempe quòd qui verbis tantùm cõiuncti ſunt, ſemper habeant partes, abſurdum autem ſit cui teſtator nonniſi partem dederit, ei nos totum dare. Ponit enim Pomponius ita relictum eſſe legatum Titio & poſthumis, vt viriles partes expreſſæ ſint, neque tamen dubitat quin non nato poſthumo legatum totum ad Titium ſolum debeat pertinere. Nec vllus relinquitur locus ei interpretationi, vt de iis legatariis Pomponius ſenſerit, qui coniuncti ſint vel re & verbis ſimul, vel ſaltem re tãtum: quia nullomodo, nullóque caſu poſſunt dici re coniuncti illi, quibus teſtator partes præſertim æquas & viriles adcripſit. Ac rurſus pugnabit ſecum Pomponius, ſi cum Bartolo ſic eum intelligas, vt etiam inter eos qui verbis tantum coniuncti ſunt, locus ſit iuri adcreſcendi, cum in eiuſdem legis principio ſcriptum ſit, ſi duob. res aliqua coniunctim legata ſit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri ſolã partem deberi. Nam quemadmodum de aliis quàm de verbo tantùm coniunctis id intelligi non poteſt, ita neque interpretationem illam recipere, quam ſomniant Bartolus, vt de illo Pomponius ſentiat, qui in rerum natura nondum ſit, ſed eſſe ſperetur, ſicuti ad finem ſuperioris capitis à nobis probatum eſt. Illud
2 ergo vnum dicendum ſupereſt, ſpecialem † eſſe caſum illum quem Pomponius tractat in *dict.§. vlt.* Si Titio & poſthumis legatum ſit, neq facilè ad alios caſus protrahendũ, quod libenter ſanè admittit quiſquis rationem ſpecialitatis intelliget. Sed in ea exploranda non parum ſubeſſe videtur difficultatis. Exiſtimo poſſe non improbabiliter dici, eum qui legat Titio & poſthumis licèt viriles partes expreſſerit, ea tamen eſſe voluntate vti ne aliter velit poſthumis facere partem quàm ſi naſcantur. Quicquid enim relinquitur poſthumo eam habet tacitam conditionem, ſi poſthumus naſcetur, non ſolùm quòd alioqui, nec priùs videri poſſit homo, quàm ſit editus, *l.in falcidia 9.D. ad leg.falc.* nec is qui nunquam natus eſt, naſcique amplius non poteſt, in vtero vnquam fuiſſe credatur, *l.is cui 18. D. quand. dies leg. ced.* ſed etiam quia incertum eſt, quænam poſſit eſſe portio poſthumi, antequàm ſit natus, propterea quòd plures naſci poſſunt, *l.ſed etſi 28.§.vlt.ff. de ind. l.3.D. ſi pars her.pet. l.ſi pater 76. D. de ſol.* Idque eſt quod apertè Caius ſcribit in *l.vtrum 7.D.de reb. dub.* ita demum partem facere poſthumum ſi natus ſit, ſi verò minimè natus ſit, partem eum non facere, ſed totum ad collegatarium pertinere, *quaſi ab initio ſolido ei relicto*: Sin autem natus fuerit, vtroſque accipere quantum cuiq. relictum eſt, vt vno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur. Tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta tibi debeatur. Quibus verbis duo illa quæ diximus inſinuat Iuriſconſultus: Vnum eſt, expreſſionem virilium portionum, non impedire quominùs in propoſita ſpecie videatur totum relictum Titio, ſi poſthumus nullus naſcetur? quia ſicuti non poteſt negari quin ſolus poſthumorum fauor fecerit ne totum Titio reliquerit teſtator, vt poſthumus ſi quis naſceretur partem habere poſſet, ita nullo deinde nato poſthumo facit eadem ratio vt virilium portionum expreſſio debeat haberi pro non facta quippe quam certum ſit non fuiſſe facturum teſtatorem niſi poſthumum naſciturum ſperaſſet. Quod in cæteris coniunctis diuerſum eſt, qui ſiue partem facere poſſint, ſiue non poſſint, ſemper tamen faciunt ex voluntate teſtatoris qui partes adſcripſit, quia non poteſt videri partes illas adſcripſiſſe ſub tacita illa conditione, Si omnes legatarij ad legatum admittentur, cùm potuerit teſtator ſcire, & debuerit inquirere an eſſent omnes capaces accipiendi legati, quod diuerſum eſt, cum legatur poſthumis, quia natiuitas poſthumorũ ſperari poteſt, an verò naſcituri ſint, certò ſciri non poteſt. Alterum eſt, in legato poſthumis relicto ſpecialem illam ſubeſſe rationem propter quã expreſſio virilium portionum ius adcreſcendi impedire non debeat, quòd quandiu natus non eſt poſthumus, nó ſolùm neſcitur an ſit naſciturus, ſed neq. quòd naſcituri ſint. Inde namq. fit vt nec ſciri poſſit quænam ſit virilis portio Titij quandiu poſthumi natiuitas eſt in incerto cùm ea virilis portio Titij neceſſariò conſtituenda ſit ex comparatione portionum quæ poſthumis natis debebuntur. Quid n. aliud eſt *virilis portio*, quàm quæ viritim & in ſingula capita conſtituitur: *l.virilis 8.De leg.præſt.* Cùm ergo non poſſit dici quid, & quantum teſtator dederit Titio, quouſq. naſcantur poſthumi vnus pluréſve, illud etiam conſequens ſit vt in id vſq. tempus nulla poſſit haberi ratio expreſſæ virilis portionis, tanquam quæ nulla ſit Quo admiſſo, id quoq. admitti neceſſe eſt, vt ſi poſtea nullũ poſthumũ naſci contingat, totum habere Titius debeat, quippe cuius portio virilis adhuc nulla fuerit vnquam in id vſq. tempus. Nam cuius nulla eſt, quandiu poſthumus ſperatur, eius verũ eſt dicere nullã vnquã fuiſſe, cum poſthumi ſpes defecit. Quid ergo impedire poteſt quominùs hoc caſu totũ habeat Titius acſi de virilibus portionibus nihil teſtator dixiſſet? In cæteris quibus viriles partes adſcriptæ ſunt, ſiue ad partẽ admitti aliquando poſſint, ſiue non poſſint, non idẽ tractari poteſt Nam ſi legauerim fundũ Cornelianũ *Titio & ſeruo meo ſine libertate* hoc adiecto *pro virilibus partibus*, iam inde ab initio perinde eſt acſi legaſſem Titio dimidiã partẽ fundi, & aliam dimidiã ſeruo meo, quia nihil poteſt ac-

cidere, quòd faciat vt virilis portio Titij non ſit omni modo dimidia, ſiue legatum ſeruo meo relictum valeat, aut conualeſcere aliquando poſſit, ſiue non: ideóque nihil vnquam ex hoc legato ſperare Titius poteſt ſupra dimidiam: cùm nihil prorſus interſit an Titio virilis data ſit, an dimidia: dimidia verò pars certa ſit, ſemperque eadem quæ nec augmentum recipere poteſt, nec diminutionem. Vnde ſi poneres poſſe Titium in legato ita coniugi verbis tantùm cum poſthumis, vt vocaretur ad dimidiam partem fundi Corneliani, poſthumi verò ad reliquam dimidiam in viriles, concepto in hunc modum legato, *Lego fundum Cornelianum Titio pro dimidia, & poſthumis qui naſcetur in viriles.* non dubitarem quin dicēdum eſſet nullo nato poſthumo ſolam dimidiā Titium habere debere: quoniam eo caſu conſtituta eſſet Titio certa pars, cuius modum ſi egrederemur vt daremus ei totum, eſſemus liberaliores teſtatore. Sed ne hoc dici poſſit illud facit, quod in ſupradicta ſpecie non eſſent Titius & poſthumi verbis tantùm coniuncti, ſed omnino ſeparati. Quamuis enim dixerimus in præcedentibus non poſſe verbis tantùm coniungi; niſi eos qui ex æquis partibus vocentur extra caſum, *l. & Proculo 20. de leg. 2.* non tamen ſimiliter poſſis dicere omnes † qui ex æquis partibus vocantur coniunctos eſſe verbis, quia illud etiam requiritur, vt vocati ſint vna eademque oratione: quod non euenit cùm vocatus eſt Titius pro dimidia, & poſthumi in viriles. Duplicem namq. hic orationem eſſe neceſſe eſt; ſiue verbum *lego* bis exprimatur, ſiue ſemel tantum exprimatur, tacitè vero repetitum intelligatur. Quid ergo? Si quis Titio & poſthumo non poſthumis leget pro virilibus partibus, an dicemus, nullo caſu debere Titium habere totum, nec ſi poſthumus nullus naſcatur; Ita videtur quoniam hoc caſu virilis appellatione, quod ad perſonam Titij videtur teſtator de dimidia ſenſiſſe, ad aliam verò dimidiā poſthumos omnes quotquot naſcerentur vocaſſe, eóſque in ipſa coniunxiſſe propter factam poſthumi in ſingulari tantùm numero expreſſionem. Quomodo enim potuit meliùs declarare teſtator, quod poſthumos omnes vnius loco haberi vellet, tantumque ſolùm Titium habere, quantum poſthumos omnes ſimul? Et ob id nimirum fortaſſe tractat Pomponius eum caſum quo fuerit legatum Titio & poſthumis, non autem Titio & poſthumo, ſed tamen video apud Caium in *l. quidam 5. §. vlt. cum l. ſeq. & in d. l. vtrum. 7. de reb. dub.* tractari de legato quod fuerit relictum Titio & poſthumo in numero ſingulari, nec eo minùs Titij portionem minui pro numero natorum poſthumorum & è contrario totum habere Titium ſi poſthumus nullus naſcatur. Itaq. licèt mihi valdè ſuſpecta ſint, & Tri-
4 bon. † manum ſapiant pleraque quæ ſunt ſub eo tit. *de re du.* non tamen auſim differentiam hanc omnino adfirmare inter eum caſum quo legatum ſit Titio & poſthumis, & illum quo legatum fuerit Titio & poſthumo, præſertim cùm hoc etiam caſu locum habeat ratio illa, quod virilis portio in perſona vnius non niſi ex comparatione portionis in perſona alterius conſtitui poteſt. Illud tantum affirmo nullum aliud commodius exemplum afferri poſſe in quo poſſit eſſe ius adcreſcendi inter legatarios & virilibus partibus vocatos niſi ſi qui ſunt caſus ſimiles, quibus eadem ratio accommodari poſſit, neque aliam rationem meliorem adferri poſſe quàm quæ à nobis allata fuit, cur in legato quod Titio & poſthumis, ſeu poſthumo relictum eſt, aliud receptum ſit quàm in cæteris. Poteſt autem ſimilis eſſe caſus ille, Si fortè legauerim fundum Cornelianum tibi & eis ex fratribus meis qui Capitolium aſcenderint ſingulis viriles. Nam & hoc caſu ſi nemo ex fratribus meis Capitolium aſcendat, totus fundus Cornelianus ad te pertinebit, quaſi qui partem nunquā habueris, quamdiu neque partem certam tibi dedi, neq; alius quiſquam tibi fecit. Idemque tentari poteſt etiamſi legauerim fundum Cornelianum pro virilibus tibi & ei qui primus ex fratribus meis in Capitolium aſcenderit, in numero ſingulari. Etſi.n. poteſt videri quod modò circa legatum Titio & poſthumo relictum dicebamus, duas dimidias ab initio factas eſſe, quia tamen non dimidias dixi, ſed viriles portiones: & virilis portionis ſignificatio nulla eſt quæ in portione vnica verificari poſſit, ſed tantum ex comparatione alterius portionis, quæ pro numero capitum concurrentium maior minórve conſtituatur, neceſſe eſt huic euenire vt virilis appellatione totum contineatur, ne alioqui fieret vt nihil contineretur. Vnde petenda eſt ratio & dubitandi & decidendi ad *l. illud 5. in fi. ff. ſi pars hered. petat.* Et hæc vera ſententia & ratio eſt eius, quod Vl-
pianus ſcribit *in l. virilis 145. ff. de verb. ſignific.* virilis 5
† appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri, tunc ſcilicet cùm ea pars quæ virilis fuiſſet alio concurrente, partis nomen retinere non poteſt, ideò quod nemo ſit qui concurrat, & partem faciat. Virilem namque portionem neque teſtatores ipſi vnquam faciunt, neque contrahentes, tametſi de virili portione locuti ſint, ſed ij ſoli, qui concurrere, & concurrendo partem facere poſſunt. In eóque refert, An de virili, an verò de dimidia portione, vel de tertia aut quarta, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu actum ſit, quia dimidiam aliámve certam portionem facit is qui ipſam adſcribit. Virilem verò faciunt ij ſoli qui cōcurrunt. Ideóq; nemine concurrente dimidia quidem, vel tertia, aut quarta ſemper eadem manet, neque vel augmentum recipit, vel diminutionem, aut virilis nulla ſupereſt, ſed ſit totum. Denique virilis portio, vel dimidia eſt, vel tertia, vel quarta aliáve portiò certa, ſi qui ſint qui concurrant, vel totum, ſi nemo concurrat. Dimidium verò, vel tertiam, vel quartam portionem qui dicit, non idcirco dicit virile ſed certam portionem quæ ſemper eadem eſt, ſiue aliquis ſit qui concurrat, ſiue nemo. Virilis.n. ab initio incerta eſt, & conſtituenda ex numero capitum concurrentium, aliæ autem portiones iam inde à principio certæ conſtituūtur, nec pendent ex euentu. Vnde eſt quod nuſquam ſcriptum videas appellatione dimidiæ portionis totum contineri. Denique viriles partes non fiunt niſi per concurſum, æquales verò fiunt ſine concurſu, & idcirco expreſſa virilium mentio non impedit ius adcreſcendi, cui locus eſſe nunquam poteſt æquis partibus expreſſis. Sed quia ex eo quoque quod nunc diximus virilis appellatione interdum etiam totum contineri, magnam errandi occaſionem ſumunt interpretes, vt ex iis quæ ſequenti capite dicemus apparebit, hunc etiam errorē detegamus & depellamus.

ERROR VI.

De ſententia & ratione reſponſi Scæuolæ in l. pater filium 38. §. filiam de legat. 3.

SVMMARIA.

1. *Reſponſum Scæuolæ in l. pater filium. 38. §. filiam. D. de legat. 3.*
2. *D. reſponſi interpretatio Accurſiana à Bartolo & aliis probata refertur.*
3. *Quæ ſit ratio D. reſponſi, ſententia Cuiacij refertur & refellitur.*

4 *Differe*

4 *Differentia inter legatum vindicationis & legatum damnationis*
5 *Interpretatio Accurſiana d. reſponſi refellitur, & vera ratio reſponſi additur.*

EST hoc reſponſum ex eorum numero
quorum rationem aſſequi non valen-
tes interpretes,nec ſententiam alioqui
per ſe facilimam percipere voluerunt.
Nos de vtraque nunc dicemus,quoniã
& ad tractatum noſtrum, De iure adcreſcendi, locus
ille maximè pertinet, & ad ea quoque explicanda
proximo capite diximus,De virilis portione appella-
1 tione: Teſtator filia † ſua herede inſtituta ita cauerat,
*Veto autem ædificium de nomine meo exire, ſed ad vernas
meos quos hoc teſtamento nominaui pertinere volo.* De-
ceſſerat poſt patrẽ filia,eadémq; heres:Deceſſerãt etiã
vernæ, iidemque legatarij hoc eſt, quibus eodem te-
ſtamento legata fuerat libertas. Vnus tantùm libertus
remanſerat, qui ſolum fideicommiſſum petebat. Reſ-
pondet Scæuola, ad hunc qui ex vernis ſolus ſupereſ-
ſet,virilem partem pertinere. Quod poſt Accurſium
2 † Bartolus cæterique omnes interpretes noſtri ſic in-
telligunt vt debeat ille habere totum: Ratione illa
quòd huiuſmodi fideicommiſſum conditionale ſit,hoc
eſt, ſub ea tacita conditione relictum, Si alienabitur
ædificium extra nomen & familiam teſtatori, ideóq;
non ad alios pertinere poſſit, quàm qui ſuperſint tẽ-
pore alienationis, & exiſtentis conditionis & conſe-
quenter totum ad illum vnum qui ſupereſt, ſi ſit ſo-
lus. Ex illa nimirum iuris regula, quæ vult in diſpo-
ſitionibus omnibus conditionalibus præſertim teſta-
mentariis inſpiciendum eſſe tempus euenientis condi-
tionis, *l. cùm pater 77. §. hereditatem filius, de legat. 2. l.
intercidit 59. l. eum qui poſt apertum 104. De condict. &
demonſtr.* Ac quoniam huic interpretationi quæ totum
fideicommiſſum dat vernæ ſuperſtiti, r[…]ugnant eui-
denter verba Scæuolæ, quibus continetur virilem
partem ad eum pertinere: Reſpondent illi non eſſe
nouum vt virilis appellatione interdum etiam totum
contineatur, in eámque rem abutuntur ea Vlpiani
ſententia, de qua ſupra dicebamus, quæ extat in *l.
virilis 145. de verb. ſignif.* Hæc verò omnia ideo tan-
tùm, quia rationem percipere non potuerunt, propter
quam non debeat totum habere is qui ſolus ex fidei-
commiſſariis ſupereſt, & cui eo tempore quo fideicõ-
miſſum deberi incipit, nemo partem facit. Nec ſanè
diſſimulandum eſt, rationem quæ mouerit Scæuolam
vt ita reſponderet, valdè in obſcuro poſitam eſſe, dig-
námque cuius explicandæ gratia noui aliquid affera-
tur, quod nemo adhuc fortaſſe ex interpretibus no-
3 ſtris dixerit. Nam & Iacobus Cuiacius, † quem video
ingenij & diligentiæ laude non minùs præſtare cæte-
ris recentioribus, quàm recentiores in vera iuris ratio-
ne indaganda præſtant, meo iudicio, antiquioribus,
etſi laborauit non parum vt huius reſponſi & nouam
& veram rationem aſſequeretur, nouam quidem at-
tulit, ſed niſi ego fallor, non ſolùm minùs veram, ſed
neque probabilem. Is *l. 5. Obſeruat. c. 4.* reſponſi ratio-
nem ſumendam eſſe ait ex illis teſtamenti verbis,
quos hoc teſtamento nominaui, quæ ille ſic accipit, vt
teſtator vernas ſuos omnes quibus libertatem dedit
nominauerit dando ipſam libertatem, quæ ſcilicet ex
lege Caninia dãda erat nominatim: vt perinde ſit, acſi
ſcriptum eſſet, *Quos hoc teſtamento manumiſi.* vt *in l.
Lucius 88. §. Lucius de leg. 2.* Itaque retulit ſe teſtator,
inquit Cuiacius, ad nomina propria vernarum teſta-
mento expreſſa, atque ita omnibus nominatim legaſſe
videtur. Nominum autem nuncupatio viriles partes
facit ab initio, maximè in fideicommiſſis, & in lega-
tis per damnationem, & ideo ſingulis ab initio quaſi
diuiſim partes adſcriptæ fuiſſe videntur, *l. ſi Titio & ei
7. eo. tit. de leg. 2. l. vxorem 41. §. agri palam. de legat. 3.*
& conſequenter inter eos non eſt ius adcreſcendi, niſi
adiecerit teſtator, *Donec ædificium ad vnum peruenerit*,
vt in *d. §. Lucius. & in l. codicillis 34. in princip. D. de
vſufr. legat.* Fatetur enim nobiſcum vir doctiſſimus,
inter eos, qui partes ab initio vel habent vel habere
intelliguntur, nunquam eſſe ius adcreſcendi, ſed inter
illos tantùm qui habent partes per concurſum, *l. 3. D.
de vſufr. adcreſc.* quamquã citat in eam rem Pompo-
nium in *l. ſi duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* quod miror, cùm
locus ille ſit, qui omnium maximè ſententiam hanc
impugnare videtur, niſi quomodo ſuperiore capite di-
ximus, intelligatur, & explicetur. Voluit, vt puto ci-
tare *d. l. ſi duobus in prin.* quo etiam loco vſi ſumus ad
probandum inter coniunctos verbis tantum non eſſe
ius adcreſcendi. Sed quemadmodum cum ipſo ego in
hoc conſentio, ita rationem quam ille adfert, cur in
ſpecie quam tractamus iuri adcreſcendi locus non
ſit, prorſus improbabilem eſſe puto. Nullo enim iuris
loco, aut colore probare poſſis nominum nuncupa-
tionem facere viriles partes ab initio. Alioqui dicen-
dum erit, ſi quis Titio & Sempronio fundum Cor-
nelianum legauerit, non fore illos niſi verbis tantùm
coniunctos, nec ius adcreſcendi habituros, quod fal-
ſiſſimum eſt, cùm non ſolùm re, ſed quod magis eſt, &
re & verbis coniuncti ſint. Idq; nimirum præſentiens
Cuiacius adiecit, *maximè in fideicommiſſis & legatis
per damnationem*, vt effugeret eam obiectionem quam
videbat fieri poſſe ex legatis per vindicationem. Ne-
que tamen poſſit quis pro Cuiacio rationem reddere,
cur eam vim habere debeat nominum nuncupatio, vt
partes ab initio faciat in vno potius quàm in alio ge-
nere legatorum, cùm legatis omnibus commune illud
ſit, vt legem ſumere debeant ex voluntate teſtatoris.
Quod verò addit de fideicommiſſis & de legatis per
damnationem, magis miror cùm tam in his quàm in
illis ita comparatum eſſet iure vetere, vt etiamſi nul-
la nominũ facta eſſet nũcupatio, ius tamen adcreſcẽdi
inter legatarios & fideicõmiſſarios eſſe nõ poſſet, ſicut
in ſequẽtibus dicemus. Et hoc certè vnũ eſt, quod di-
cere Cuiacius debuit in ſpecie de qua reſpondet Scæ-
uola, idcirco præmortuorũ portiones deficiẽtes ſuper-
ſtiti non adcreſcere, non quia nuncupata fuiſſent no-
mina vernarum, ſed quia fideicõmiſſum vernis relictũ
proponebatur: inter fideicommiſſarios autem nun-
quam eſt ius adcreſcendi, niſi cùm à teſtatore ita ex-
preſſim conſtitutum eſt. Fideicommiſſum enim hoc
fuiſſe, non legatum, apertè ſcribit Scæuola illis ver-
bis, *an ad vnum libertum qui remanſit, totum fideicom-
miſſum pertineret*, & conſtat etiam ex verbis teſtamẽ-
ti, *ad vernas meos pertinere volo*, quę fideicommiſſi ver-
ba ſunt, non legati, nec magis per damnationẽ quàm
per vindicationem relicti, *§. vltim. Inſtitut. de ſingul.
per fideicom. relict.* vnde & illud quoque miror, quod
idem Cuiacius legatum hoc vocat, cùm ita ſcribit *atq;
ita omnibus nominatim legaſſe videtur*: quaſi verò nihil
hac parte diſtet legatum à fideicommiſſo, niſi fortè
virum doctiſſimum illud fefellit quòd eoſdem vernas
legatarios vocat Scæuola illo loco *& legatariis vernis*.
Sed iam explicauimus ita id intelligi debere, vt fuerit
ipſis legata libertas verbis directis, non vt ædificium
quoque ipſis legatum dici poſſit. Fero autem hunc vi-
ri doctiſſimi errorem multo impatientiùs quàm vul-
garium interpretum. Illi enim ſicut cæteras differen-
tias, quæ olim erant inter vindicationis & damna-
tionis legata, ignoratione iuris veteris non percepe-
runt, ita neque hanc quæ erat ex præcipuis, quòd in 4
legato † vindicationis locum habebat ius adcreſcen-
di, in legato damnationis non item: quam tamen
differentiam Cuiacius non ignorauit, ſcilicet non tan-
tum

tum ex fragmentis Vlpiani, Caij & Pauli, ſed etiam ex ipſis prudentum reſponſis, quæ Triboniani manum, caſu, vt puto, magis quàm ex propoſito effugerunt. Illud planè ferre non poſſum quòd poſt Accurſium † illi volunt totum fideicommiſſum pertinere ad vernam hunc ſolum ſuperſtitem, cui Scæuola non dat niſi virilem. Nam quod adferunt ex *d.l. virilis*, appellatione virilis interdum etiam totum cótineri, ad hunc ſenſum nullomodo pertinet, vt cui lex aliqua dat virilem, ei totum dandum eſſe interpretemur. Sed ita potiùs accipiendum eſt, vt virilis portio, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu data nónunquam euadat in totam hereditatem, vel in totum legatum, ſcilicet tunc cùm nulla perſona eſt, ex cuius comparatione poſſit conſtitui quænam debeat eſſe portio virilis minor toto, vt explicauimus capite præcedenti. Itaque portio quæ deſtinata eſt vt virilis eſſet, poteſt facilè fieri totum, ſed ea quæ ſemel virilis dicta, & conſtituta fuit, totum eſſe nunquam poteſt. Multo minùs poſſum videre cur Bartolus tam improbabilis interpretationis rationem ex eo ſumere velit, quòd in diſpoſitionibus conditionalibus ſpectandum ſit tempus euenientis conditionis. Etſi enim propoſitio illa vera eſt, ad propoſitum tamen non pertinet, in quo non agitur de fideicommiſſo conditionali, ſaltem cuius conditio per vendicationem & alienationẽ extiterit, vt ipſe perperam & commentitiè ratiocinatur, ſed de fideicommiſſo ita relicto, vt nulla etiam facta alienatione debuerit reſtitui libertis omnibus, qui ſupereſſent. Non enim teſtator ſimpliciter ita ſcripſerat, *veto ædificium de nomine meo exire*, ex qua ſola prohibitione alienationis fideicommiſſum vtique nonniſi conditionale, ac in caſum ſecutæ alienationis induceretur, *l.cùm pater 77. §. libertis l.peto 69.§. fratre de leg.2.* ſed adiecit quod præcipuè inſpiciendũ eſt, *ſed ad vernas meos pertinere volo*, quibus verbis apertiſſimum & fideicommiſſum purũ dari, niſi quod in diem incertum mortis heredis datum intelligitur, atque ita ſub conditione, quia dies incertus in teſtamentis pro conditione habetur, *l.dies incertus 75. de cond. & demonſt.* at non ſub conditione alienationis, quomodo Bartolus intelligit. Eſt enim longè maior voluntas relinquendi fideicommiſſi in eo qui vult bona ſua ad vernas ſuos pertinere, quàm in eo qui prohibet duntaxat, ne de familia exeant: & qui prohibitus eſt alienare, non ideo prohibetur heredem extraneum in iis bonis habere, præſertim ab inteſtato, niſi etiam ea relinquere in familia iuſſus ſit, vt diſputauimus l.4. Coniecturarum. Proinde non illa ratio pro verna ſolo ſuperſtite faciebat quòd teſtator ædificium de nomine ſuo exire vetuiſſet, ſiue libertorum duntaxat, vt vult Cuiacius, ſiue totius familiæ gratia: ſed hæc vna potiſſimum, quod ædificium iſtud ad vernas ſuos pertinere voluiſſet, hic autem ſolus ex vernis omnibus ſupereſſet. Verùm ad hanc rationem reſpondendum eſt, fideicommiſſum hoc eſſe quod vernis quidem omnibus relictum at non omnibus tamen coniunctim, ſed ſingulis ſeparatim, & pro virili cuiuſque portione datum eſſe intelligitur: ac proinde in quo non poteſt inter eos eſſe ius adcreſcendi, tanquam pro iis habendis, qui verbis tantùm ſint coniuncti: Nam quibus per fideicommiſſum aliquid coniunctim relinquitur, etiamſi adiecta non ſunt verba illa *pro æquis partibus*, ij verbis tantùm, nunquam verò etiam re coniuncti intelliguntur, vt poſteà dicemus. Aliam Accurſij lectionem & interpretationem, nec referre lubet, adeò improbabilis eſt, & ab omnibus quoque interpretibus improbata.

ERROR VII.

De ſententia & ratione l. re coniuncti 89. de leg. 3.

SVMMARIA.

1 *Sententia l.re coniuncti.89.Digeſt.de legat.3.*

2 *Cur de re coniunctis re & verbis non agat Paulus in d.l.89.*

3 *De iure probationis inter legatarios agere Paulum in d.l.*

4 *Quàm variè interpretes concipiant quæſtionem verſic. d.l.quòd ſi re tantum coniunctus, &c.*

5 *Quid ſibi velit Paulus in d.verſ.*

6 *Quæ ſit ratio cur is qui re tantùm coniunctus eſt non ſit præferendus ei qui nullo modo coniunctus fuit.*

7 *Quomodo accipiant interpretes verſiculum d.l. ſi verò verbis quidem coniunctus ſit,&c.& quam à vero ſenſu aberrent.*

8 *Quæ ſit vera mens Pauli in d.l.ex ſententia Goueani & autoris.*

9 *Verbalis coniunctio cùm ſola eſt nullas vires habet ad inducendum ius adcreſcendi, accedente tamen coniunctione reali, facit vt qui verbis tantùm coniunctus fuerat, non tantùm adcreſcendi, ſed etiam prælationis ius habere debeat.*

10 *Conuenientia verbalis coniunctionis cum reali: & differentia inter eaſdem notanda.*

NON mirabitur, toties ac tantopere hallucinatum eſſe Bartolum eóque duce ac anteſignano cæteros iuris ciuilis interpre- 1
tes in tractatu iſto *de iure adcreſcendi*, quiſquis nobiſcum fatebitur nihil eos vidiſſe in explicanda ſententia & interpretatione *l.re coniuncti.89.de leg.3.* cùm hæc lex præcipuas quæſtiones contineat, quæ pertinent ad tractationem illam quam & ſolent noſtri poſt Barr. vulgò ad hunc locum referre. Principio legis † monet Paulus, re coniunctos 2
eſſe, non etiam verbis eos quibus eadem res ſeparatim legatur: Verbis verò non etiam re, illos quibus aliquid legatur pro æquis portionibus, quoniam inquit, ſemper partes habent iſti legatarij, qui ſcilicet verbis tantùm ſunt coniuncti. *Semper*, inquam, id eſt iam inde ac initio, non autem per concurſum, vt non malè interpretatur Accurſ. ſi priores duas ipſius interpretationes iungas, ad differentiam ſcilicet eorum qui re tantùm vel etiam re & verbis coniuncti ſunt, qui partes quidem habent, ſed non ſemper, & ab initio, at per concurſum duntaxat, de quibus in *l. planè 34. §. ſi coniunctim. verſ. ſed ſi alij de leg.1. & in l. coniunctim.80.de legat.3.* De coniunctis † verò re & verbis quinam illi ſint, Paulus non explicat neque definitione, neque exemplo: ratione illa, vt puto; quod ei qui ſcit quoſnam vel re tantùm, vel verbis tantùm coniunctos dicere debeamus, non eſt difficile intelligere quid ſit, Eſſe re & verbis coniunctos. Nempe qui & ad eandem rem & eadem oratione vocantur, hoc modo, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* His verò præmiſſis incipit Paulus in *d.l.re coniun.* tractare non de iure adcreſcendi inter legatarios, ſed quod præcipuè obſeruandum eſt de iure † prælationis, qui longè
diuerſus tractatus eſt. Etſi n. de iure prælationis diſ- 3
putari non poteſt, ſiue inter heredes, ſiue inter legatarios, niſi præſuppoſito iure adcreſcendi, non tamẽ omnia quæ de iure adcreſcendi diſſeruntur poſſunt accommodari ad ius prælationis, aut contra, de iure adcreſcendi

Digitized by Google

creſcendi vix vlla potuit occurrere dubitatio apud veteres illos prudentes, apud quos tam certa erant omnia iuris principia & indubitata, quàm apud interpretes noſtros ſunt vel incognita, vel perperam explicata. Sed de iure prælationis longè ſubtilior inquiſitio eſt, & dignior quã Iureconſulti non prætermitterent, vt conſtabit ex iis quæ mox dicemus, & quæ ſequuntur in *d.l. re coniuncti.* Solet quæri de iure adcreſcendi, tùm etiam cùm duo tantùm ſunt, quorum alter ſuam portionem repudiat, vel alio modo amittit. Statim enim locus fit quæſtioni, an deficiens illa vnius pars adcreſcat alteri. At de iure prælationis diſputari non poteſt quin tres vel heredes, vel legatarij proponantur. Vnum enim eſſe neceſſe eſt, cuius pars deficiat, de qua dubitari poſſit cui adcreſcat, duos verò ſupereſſe inter quos contendatur vtri eorum adcreſcat. Inde fit vt cùm nemo vnquam ex iuris autoribus dubitauerit, quin ius adcreſcendi locum haberet inter legatarios, etiam qui re tantùm coniuncti ſunt, dubitet tamen Paulus in *dict.l. re coniuncti*, an hic qui re tantùm coniunctus eſt, debeat eſſe potior cæteris non coniunctis, in quæſtione *de iure prælationis.* E contrariò quamuis inter prudentes omnes ſemper conſtiterit, verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi inuicem non habere, dubitat tamen Paulus in eadem *l. re coniuncti*, an habeat ius prælationis, & quod magis eſt, concludit habere: nimirum his quæſtionib. locum facit concurſus tertij, quæ diximus interuenire neceſſariò debere, vt de iure prælationis tractari poſſit, non etiam cùm ſimpliciter agitur de iure adcreſcendi, vt mox explicabimus. De iis ſolis qui & re & verbis ſimul coniuncti ſunt non dubitat Paulus, an præferri debeant cæteris qui vel re tantùm, vel verbis tantùm coniuncti ſunt, multo magis iis qui neutro ex his modis, quia cùm nitantur duplici coniunctionis vinculo vtroque facto per teſtatorem, ex cuius ſolius voluntate ius prælationis inducitur, non tantum inter legatarios, ſed etiam inter heredes, nulla ratio eſt cur non debeant cæteris omnib. præferri, tanquam qui ſunt coniunctiores. Idque eſt, quod Paulus ait iis verbis, *præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re & verbis coniunctus eſt*, nec habet hoc apud ipſos etiam interpretes dubitationem, ſed quod ſequitur, *Quòd ſi re tantùm coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, hoc verò primum explicatu difficillimum
4 eſt. Nam † ſi quæſtionem ſic concipias, Vtrum is qui re tantum coniunctus eſt, præferatur ei qui neq; re neque verbis coniunctus ſit, nõ modò falſum videbitur quod lex ait, non eſſe illum potiorem, ſed etiam abſurda & ridicula quæſtio, cum dubitandi ratio nulla occurrat, cur is qui re coniunctus eſt, licet re tantum, præferri non debeat ei, qui nullo modo coniunctus fuit. Itaq; ob hanc cauſam putarunt Ioannes & Azo, quos refert & probat Accurſ. quæſtionem eo pertinere, An is qui re tantùm coniunctus ſit præferatur ei qui vel re & verbis coniunctus eſt, vel verbis tantum: volúntque ad quæſtionem hanc reſponderi à Paulo, non eſſe præferendum. Alij, inter quos Rogerius, volunt ei quidem qui re & verbis coniunctus ſit, præferri non debere illum, qui re tantũ coniunctus eſt, ſed præferendũ tamẽ ei qui verbis tantũ coniunctus proponatur: & hoc eſſe quod ſequitur in verſic. *ſi verò verbis*, de cuius etiã interpretatione poſtmodũ ſubiiciemus. Sunt deniq; qui putent verbis duntaxat coniunctũ, præferendum ei qui re tantũ coniunctus eſt: quam ſententiam, itemque contrariã præcedentem quã retulimus, refellit Accurſ. concludens, ambos ſimul admitti: eum ſcilicet qui verbis tantum, & eum qui ſolúmodo re coniunctus ſit, ex *l. ita ſi quis. 66. de her. inſti. & l. Mæuio 41. in prin. de leg. 2.* Nemo iſtorum dixit quod
5 dici debuit, Paulum † in hoc verſic. id omnino ſibi velle, vt qui re tantũ coniunctus eſt, potior non ſit eo, qui neq; re neq; verbis coniunctus ſit. Quod quamquã paradoxũ videtur, vt nõ ſit potior is qui aliquomodo, quàm qui nullo modo coniunctus eſt, veriſſimũ tamẽ eſt, probaturq; apertiſſimè ex ea ipſa *l. Mæuio*, qua Accurſ. abutitur in contrariam partem. Ibi n. proponebatur ita ſcriptũ eſſe, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego*, quib. verbis coniunctus erat Titius re tantum cum Mæuio & Seio, Mæuius verò & Seius inter ſe neq; re neque verbis, vt ſeq. capite dicemus. Et tamen ſi Seius deceſſerit, aut repudiauerit, Iauolenus eo loco ſcribit partem eius vtriq; adcreſcere & Mæuio & Titio: atq; ita negat Titium eſſe potiorẽ, quia, inquit, cum ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit, neceſſe eſt vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quib. ſeparatim fundus legatus eſt, adcreſcat. Et verò alius non eſt ad quem poſſit aptari quæſtio de iure prælationis, præter eum qui nullomodo ſit coniunctus. Si n. velis conferre eum qui re tantũ coniunctus eſt cum eo, qui ſimiliter re tantũ coniunctus ſit, facies ridiculã dubitationẽ vter debeat vincere ex iis qui eodem iure ſunt, & in quib. omnia ſunt paria. Rurſus ſi eum conferre velis cum eo qui & re & verbis coniunctus eſt, iam ex Paulo ipſo diximus, omnimodo præferri eum qui coniunctus ſit & re & verbis. Solum igitur illud supereſt, vt hunc, qui re tantùm cõiunctus eſt, conferat quis cum eo qui non niſi verbis coniunctus reperitur. Neque ſanè quicquam eſt quod impediat ne comparatio hæc fiat. Sed tamen non hanc fuiſſe Pauli ſententiam ex eo intelligimus, quòd ſtatim aliam ſubiiciens quæſtionem de illo qui verbis tantùm coniunctus fuit, ait eſſe illum præferendum, quod vtique non alium ſenſum habere poteſt, quàm vt præferendus ſit ei, qui re tantùm coniunctus eſt, vt mox explicabimus. Quid ergo attinuiſſet ſcribere coniunctum re tantùm non eſſe præferendum ei cui ſit poſtponendus? Nam qui dicit præferendum quem non eſſe, non ſtatim dicit eſſe eundem poſtponendum, immò potiùs ſignificat vtrumque concurrere, quod medium eſt inter præponi: ſed qui è contrario dicit eſſe quem poſtponendum, hoc ipſo multo magis ſignificat non eſſe igitur præponendum, cui nec permittitur quod medium eſt, vt concurrat. Ratio † tantùm 6
quærenda eſt, quam vulgares interpretes reperire nõ potuerunt, Cur is qui re tantùm coniunctus eſt non ſit præferendus ei qui nullomodo coniunctus fuit. Ea verò petẽda eſt ex eo quod iã diximus, non poſſe quæſtionem incidere de iure prælationis, quin tres legatarij ſint, quorum vnus portionem ſuam amittat vel repudiet, alij autem de habenda ea contendant. Hinc namque fiet, vt is qui à teſtatore nullomodo, id eſt, neque re, neque verbis coniunctus eſt, propter concurſum tamen eius qui re tantum vtrique coniunctus inuenitur, reperiatur, etiam ipſe re coniunctus, ac proinde tantundem iuris habere ratione iſtiuſmodi coniunctionis realis, quantum ſi à teſtatore ipſo re tantùm coniunctus fuiſſet. Quod tamen quoniam pertinet ad explicationem *d.l. Mæuio*, de qua ſequenti capite dicemus, de hoc quoque plura nunc dicere nolumus. Sequitur † apud Paulum, *Si verò verbis qui-* 7
dem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt vt & ipſe præferatur, Hic verò verſiculus eſt qui interpretum omnium, & veterum & recentiorum ingenia mirabiliter torſit, veteréſque omnes in duplicem errorem inuexit, quorum primus ille fuit, quòd putarunt ex eo probari apertiſſimè, Etiam inter verbis tantùm coniunctos locum eſſe iuri adcreſcendi: quaſi ſtultum alioquin eſſet quærere: An ius prælationis eſſet inter eos, inter quos non eſſet ius adcreſcendi, cùm ius prælationis ſupponat illud

illud in neceſſarium antecedens, vt ſuprà monuimus.
Alter error fuit, quòd cùm non poſſent intelligere aut
concoquere, quod Paulus non obſcurè ſcribit, con-
iunctum verbis tantùm præferendum eſſe ei qui re
tantùm ſit coniunctus, ſic Paulum præpoſterè inter-
pretati ſunt, vt velit coniuncto verbis tantùm, præ-
ferri eum qui ſit coniunctus vel re & verbis ſecundùm
Ioannis & Azonis explicationem: quam Bartolus &
probat, & à Citramontanis omnibus probatam eſſe
ait, vel etiam re tantùm ſecundùm Rogerium. Ita fit,
vt poſtponat eum quem Paulus anteponit, & quod eſt
conſequens, anteponant illum quem Paulus proponit.
Priorem errorem iam refutauimus: ſed quomodo ad
hunc locum reſponderi poſſit, cuius potiſſimùm au-
toritate tantus error nititur, nondum docuimus. Id
nunc ita faciemus, vt pariter ſecundum quoq; erroré
tollamus, nec minùs apertam quàm veram totius le-
8 gis ſententiam demonſtremus. In quo † vt minùs la-
borandum nobis ſit, effecit mirabile felixq; ingenium
magni illius Iurecõſulti Antonij Goueani, qui etſi in
eleganti ſuo libello, *De iure adcreſcendi* nondum po-
tuerat aſſequi mentem Pauli, vt fatetur ille in libris
variarum lectionum, poſtea tamen & mentem & ra-
tionem aſſecutus eſt optimè, & explanauit non minùs
diſertè quàm breuiter ſuo more, ſed tamen ſubobſcu-
rè libris Var. lect. Ait igitur, quod certè ſi quid aliud
in toto iure noſtro veriſſimũ eſt, loqui Paulum de eo
legatario, qui ſit quidem coniunctus verbis tantùm
à teſtatore, ſed qui tamen ex poſt facto reperiatur etiã
re coniunctus propter concurſum Titij quem teſtator
re tantùm coniunxit, vt proinde, hic de quo agimus,
quem teſtator verbis tantum coniunxerat, ex poſtfa-
cto reperiatur coniunctus & re, & verbis eo tempore
quo de iure prælationis diſputatur. Quid ergo mirum
eſt ſi præferatur ei qui re tantum coniunctus fuit,
cùm ſit ipſe coniunctus & re & verbis? Hoc enim
cõſequens eſt ei quod iam ex Paulo præmiſimus, eum
qui & re & verbis coniunctus ſit, omnimodo eſſe præ-
ferendum. Et verò quid refert vtrum ab initio & ex
verbis ipſis teſtamenti, an ex poſtfacto duntaxat &
propter concurſum tertij reperiatur quis re & verbis
coniunctus? Sed exemplo facili opus eſt vt res alio-
quin perobſcura oculis ſubiiciatur. Finge teſtatorem
ita ſcripſiſſe, *Lego Mæuio & Seio fundum Cornelia-
num pro æquis partibus, eundem fundum lego Titio.* In
hac ſpecie ſi verba teſtamenti & rei veritatem, qualis
ab initio eſt, inſpicias, Mæuius & Seius verbis tan-
tùm coniuncti ſunt, quia eadem vnaque oratione vo-
cati, ſed re nullomodo quia licèt vocati ſint ad eundẽ
fundum, vocati tamen ſunt cum illa adiectione *pro
æquis partibus*, quæ adiectio ſicuti verbis eos coniun-
git ita re ſeparat quãdoquidem adſcribit ſingulis par-
tes vnicuique ſuam à ſocij ſui & collegatarij parte ſe-
paratam. Titius verò vtrique, id eſt tam Seio quàm
Mæuio coniunctus eſt, ſed re tantùm, non etiam ver-
bis. Re coniunctus eſt, quia teſtator dando ei fundum
integrum quem pro æquis partibus dederat Mæuio &
Seio, vocat illum ad eandem rem, id eſt, non tantum
ad eundem fundum, ſed quod magis eſt, quodque
vnum realem coniunctionem inducit, ad eaſdem par-
tes quas dederat Seio & Mæuio. Reipſa. n. nihil aliud
ſunt partes illæ quàm fundus diuiſus, quem & totum
& indiuiſum Titio legauit. At verbis coniunctus non
eſt Titius cum cæteris, quia ſeparatim, hoc eſt, diuer-
ſa oratione vocatus fuit. Ideoque nec tantum iuris
eum habere æquum eſt quantum ſi & re & verbis cõ-
iunctus eſſet, vt repudiante Seio ipſe in Seij portione
Mæuio præferatur omnimodo. Neque veró fieri poteſt
vt cui teſtator totum fundum legauit, cum re & ver-
bis coniunxerit cum iis quib. viriles portiones adſcri-
pſit. Diuerſitas enim illa & diſparitas vocationis ne-
ceſſariò diuerſitatẽ quoque orationum & formularum
requirit. Nam etiamſi poneres ita ſcripſiſſe teſtatorẽ,
*Mæuio & Seio fundum Cornelianum pro æquis partibus,
eundem Titio in ſolidum lego*, eſſent quidem Mæuius &
Seius coniuncti verbis inter ſe, ſed non cum Titio,
qui è contrario re quidẽ cum iis coniunctus reperire-
tur, ſed verbis tamẽ ſeparatus. Non. n. quod ſemel tã-
tum expreſſum eſſet verbũ *lego*, facere poſſet vt vna tã-
tũ oratio videri deberet, vt pleriq; exiſtimant, quia idẽ
verbum neceſſariò ſubintelligendum eſſet ad conſti-
tuendã priorẽ partem clauſulæ. Parum autẽ refert an
expreſſum ſit, an tacitè ſub intelligendũ, vt oratio vel
vna vel multiplex exiſtimetur. Porrò cum Titius iure
ſuo vtitur & totũ fundum ex legato ſuo petit, facit ne-
ceſſariò vt Mæuius & Seius qui ab initio verbis tantũ
coniuncti fuerãt à teſtatore & poſtfacto & per con-
curſum illum Titij etiã re cõiuncti reperiantur: ſiquidẽ
fieri nequit vt & Mæuius dimidiã partẽ fundi Corne-
liani, & Seius aliã dimidiã, & prætereà Titius totum
eundẽ fundum conſequatur, nõ magis quàm vt in vno
fundo ſint duo fundi eiuſdem quantitatis, vel vt duo
eiuſdẽ fundi in ſolidum domini eſſe intelligantur quo-
rum vtrumq; nõ tantum à iuris noſtri, ſed ad ipſius etiã
naturæ ratione abhorret. Itaq; fieri hoc caſu neceſſe
eſt propter concurſum Titij qui ſolus tantum habere
debet, quantũ Mæuius & Seius ſimul, vt ſemiſſes qui
Mæuio & Seio legati fuerunt reduci debeant ad qua-
drantes, hoc eſt reuocari ad ſemiſſem vnicum qui po-
ſtea in quadrantes diuidatur, vt alium ſemiſſem con-
ſequi Titius poſſit. Sic enim fiet vt quamuis minùs cõ-
ſequantur ſinguli, quàm teſtator ſingulis dederit, ita
nimirum faciente ipſa rei neceſſitate, eadem tamen
proportio ſeruetur in diuidendo inter eos omnes fun-
do Corneliano, quæ ſeruaretur, ſi voluntas teſtatoris
eum ipſum effectum quæ verba præ ſe ferebant, ſor-
tiri potuiſſet. Nam quæ proportio eſt totius fundi ad
alium totum fundum qui ſit eiuſdem omnino quali-
tatis, & quantitatis, eadem eſt ſemiſſis Corneliani ad
alium ſemiſſem eiuſdem fundi, & ſimiliter quæ pro-
portio eſt ſemiſſis fundi Corneliani ad totum fundũ
Cornelianum, eadem omnino eſt quadrantis fundi
Corneliani ad ſemiſſem eiuſdem fundi. Denique per
hanc reductionem quæ neceſſariò ex iuris poteſtate
inducitur, quantitas quidem & vtilitas legatorum mi-
nuitur, ſed proportio non immutatur. Cùm ergo Mæ-
uius & Seius, quibus ſingulis teſtator dimidiam partẽ
fundi Corneliani dederat, reuocentur ad dimidiam
vnicam propter concurſum Titij, quem neceſſe eſt
tantum habere ſolum, quantum Mæuius & Seius ha-
beant: ac proinde ad eum ſolum totam aliã fundi Cor-
neliani dimidiam pertinere, negari non poteſt, quin ex
poſtfacto Mæuius & Seius, quos teſtator verbis te- 9
ſtamenti re diſiunxerat, fiant tamen re coniuncti: non
aliter quàm ſi teſtator ita ſcripſiſſet *Mæuio & Seio
fundi Corneliani dimidiam, Eiuſdem fundi aliam dimidiã
Titio lego*: qua formula proculdubio Mæuius & Seius
& re & verbis coniuncti reperirentur, Titius verò è
cõtrario & re & verbis ab vtroq; ſeparatus. Quemad-
modũ igitur ita locuto teſtatore, ſi Seius portionem
ſuam legati vel amitteret, vel omitteret, ſolius Mæuij
portioni illa adcreſceret ſecundũ illam propoſitionem
qua iã diximus eum qui re & verbis cõiunctus ſit alij 10
cuilibet non ſimiliter re & verbis coniunctum ſem-
per & omnimodo eſſe præferendũ: Ita & cum teſta-
tor ſic ſcripſit *Lego Mæuio & Seio fundum Cornelia-
num pro æquis partibus: eundem fundum Cornelianum,
lego Titio*, partem Seij quam is vel amiſerit vel omi-
ſerit ſoli Mæuio adcreſcere neceſſe, eſt tanquam ei qui
ſolus re & verbis coniunctus reperiatur eo tempore
quo incipit locus eſſe quæſtioni *De iure adcreſcendi*,
non etiam Titio qui eodem tempore ſaltem verbis
diſiun

facit vt Mæuius & Seius, quos teſtator diſiunxerat, coniuncti re ac verbis reperiantur, eadem in neceſſarium conſequens efficiat, vt Titius quem teſtator vtrique re coniunxerat, ab vtroque diſiunctus inueniatur? Sic exiſtimare quis fortaſſe poſſit: quia ſicut per Titij concurſum diminuitur legatum quod Mæuio & Seio relictum fuerat, vt qui ſinguli dimidiam fundi Corneliani, atque ita ambo ſimul totum fundum habere debuerant, non niſi quartam partem ſinguli, & ita ſimul iuncti ambo non niſi dimidiam vnam conſequantur: Ita per Mæuij & Seij concurſum neceſſe eſt minui legatum Titij, vt qui ex verbis teſtam. fundum totum habere debuerat, non niſi dimidiam conſequatur, quam dimidiam nemo non videt ab alia dimidia, quæ ad Mæuium, & Seium peruenire debet, eſſe omnino ſeparatam: ſed non ita eſt: Non.n. ſicut coniunctio realis, quæ à teſtatore inducta non fuit, ex poſtfacto induci poteſt per alterius collegatarij concurſum, ita ex aduerſo fieri ex vllo euentu poteſt, vt coniunctio realis à teſtatore inducta tollatur. In hac igitur ſpecie dicendum eſt, præferri Mæuium Titio non tanquam re coniunctum ei qui non ſit re coniunctus, ſed tanquam coniunctum re & verbis, ei qui re tantum coniunctus ſit. Neque tamen ex eo quod volumus ſoli Mæuio, non etiam Titio adcreſcere Seij portionem voluntas teſtatoris vlla in re violatur, vt neque ratio illa iuris quæ prohibet ne inter verbis tantum coniunctos ius adcreſcendi locum habere poſſit: ne ſcilicet eueniat vt ſimus liberaliores teſtatore ſi totum demus ei cui teſtator partem tantũ dedit. Quantumuis enim ſoli Mæuio des portionẽ Seij deficientem: non tamen plus habebit, quam teſtator ei dederit, ſed illud ipſum quod ei teſtator dederat, ſc. dimidiam partem fundi, vt proinde nulla ex eo conquerendi occaſio ſuperſit Titio, cui nihil dominuitur ex eo ſemiſſe, ad quem neceſſe fuit redigi legatum quod ei factum fuerat totius fundi. Dicat aliquis Immo fuiſſe totum fundum Titio legatum perinde atque Mæuio dimidia eiuſdem fundi pars legata fuerat, & conſequenter voluntatem teſtatoris non minùs facere pro Titio vt ex deficiente Seij portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam dimidiam, quàm pro Mæuio vt ex eadem portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam quartam ad quam ſimiliter neceſſe fuit redigi legatum, quod ei factum fuerat dimidiæ partis. Verùm reſpondeo, in hoc & ob hoc plus iuris habere Mæuium quàm Titium in deficiẽte Seij portione, quod Mæuium & Seium teſtator verbis coniunxerat, Titium verò ab vtroque verbis
9 ſeparauerat. Etſi enim verbalis ea coniunctio † cùm ſola eſt nullas vires habet ad inducendum ius adcreſcendi, accedente tamen coniunctione reali facit vt qui verbis tantùm coniunctus fuerat, non tantùm adcreſcendi, ſed etiam prælationis ius habere debeat, non tanquam verbis tantùm coniunctus (perpetua enim eſt nec vllam exceptionem admittens ea propoſitio, Verbis tantummodo coniunctum quatenus verbis tantum coniunctus eſt numquam ius adcreſcendi habere poſſe) ſed tamquam is qui & re & verbis coniunctus ex poſtfacto reperia-
10 tur. Verbalis † namq. coniunctio & hoc commune habet cum reali quod ſemel à teſtatore ſemper durat, nec vnquam ex poſtfacto tollitur, & hoc amplius quàm realis, quod nunquam ex poſtfacto inducitur, id eſt neque ex alterius legatarij concurſu neq. ex alio vllo euentu. Nam cum æſtimetur tota ex verbis à teſtatore prolatis, ea verò verba non poſſint ex euentu vllo immutari, quia teſtator ſemel tantum loquitur, & quandiu viuit, non cum iam mortuus eſt fieri certè nequit, vt qui à teſtatore verbis coniuncti reperiantur, quamuis in re diſiunctis aliud ſit vt qui à teſtatore diſiuncti re fuerunt poſtea tamen coniuncti fiant, quia realem coniunctionem non tam verba teſtatoris faciunt, quàm res ipſa, rei autem ſtatus & cõditio poſt teſtatoris mortem immutari poteſt, prove euenit vel non euenit vt ex plurib. legatariis vnus cum aliis cõcurrat. Itaq. in propoſita ſpecie Mæuius & Seius qui ab initio fuerant verbis tantum coniuncti re autem diſiuncti, reperiuntur ex poſtfacto & re & verbis coniuncti: Titius verò qui vtriq. coniunctus fuerat re tantum, verbis autem ſeparatus, re quidem coniunctus manet tum etiam cum concurrit, ſed verbis ſemper diſiunctus manet, atq. ob id vincitur à Mæuio in quæſtione de iure prælationis, non tanquam is qui nullomodo coniunctus ſit ab eo qui ſaltem re coniunctus ſit, ſed tanquam re tantum coniunctus ab eo qui coniunctus ſit & re & verbis. Ille tantùm ſcrupulus tollendus ſupereſt, quod etiam poſt reductos Mæuij & Seij ſemiſſes ad quadrantes propter concurſum Titij qui ſolus alium ſemiſſem fundi Corneliani totum habere debet, ea tamen reductio non neceſſariò realem inter eos coniunctionem inducere debere videatur, propter verba illa in ipſorum legato adiecta *pro æquis partibus* & quæ adiici neceſſe fuerat vt verbis ſaltem coniungerentur, quos teſtator re diſiungebat. Quid enim vetat legatum totius fundi quod Mæuio & Seio relictũ fuerat, pro æquis partibus ita reuocari ad ſemiſſem propter cõcurſum Titij, vt tamen ſemis ille perinde pro æquis portionib. Mæuio & Seio relictus eſſe intelligatur: Nam & hæc interpretatio videretur cõuenientior voluntati teſtatoris vt quos teſtator verbis quidem coniunxiſſet, re autem diſiunxiſſet, iis ſemper & verbis coniuncti & re diſiuncti manerent. Facilis tamen reſponſio eſt reductionem illam quæ fit totius fundi, duorumque ſemiſſium ad vnum ſemiſſem, & ſemiſſis ad quadrãtem, ſicuti à teſtatore non fit, ſed à lege adiuuante voluntatem teſtatoris contra ipſam, vt ita dixerim, voluntatem, vt habeat effectum eo ſaltem modo, quo poteſt ne alioqui per impoſſibilitatem vitietur, ſi hoc vnum remedium & temperamentũ non adhibeatur. Ita fieri ſine repetitione illius adiectionis *pro æquis partib.* quam nec repeti neceſſe eſt, cum lex eos quos ſimul vocat ſemper pro æquis partib. vocet, vbi alia partium ratio conſtituta nulla eſt. Nec aliud ſuadet volũtas teſtatoris, quippe qui partes quidem legatariis fecit adiiciendo verba illa *pro æquis partibus*, ſed legando iis totum fundum, non autem legando dimidiam. Verum igitur eſt in ea dimidia ad quam ambo redeũtur, nullas eſſe factas partes à teſtatore, nec æquales nec inæquales, fieri tamen à lege & quidem æquales, ſed non eo minus Mæuium & Seium re coniunctos eſſe quia non quæ à lege, ſed quæ tantùm à teſtatore fiunt impediunt realem coniunctionem. Nec putandum eſt adiectionem illam *pro æquis partibus* neceſſariò repetendam eſſe aut potius à lege habendam pro repetita, vt verbalis coniunctio retineatur, quemadmodum fuit neceſſaria ab initio vt Mæuius & Seius verbis tantùm cõiungerentur. Nam fuit quidem neceſſaria vt verbis tantùm cõiungerentur, ſed non etiam vt verbis ſimpliciter cõiungerẽtur, quia poterãt cõiũgi verbis ſine illa adiectione ſi modo re quoq; illos cõiungere voluiſſet. Multo minùs igitur neceſſaria erit ad retinendã verbalẽ illã cõiunctionẽ, inter eos qui propter cõcurſũ Titij ſicut legati diminutionẽ patiũtur, ita hoc plus iuris nãciſcũtur, quod ſiũt re & verbis coniuncti cùm ab initio verbis tãtùm cõiuncti eſſent. Sed melius intelligentur hæc omnia quæ toto hoc capite diſputauimus, ſi iũgãtur ea quæ tractabimus ſequẽti.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione *l. Mæuio 41. in princi. De legat. 2.*

SVMMARIA.

1 *Proponitur expendendum reſponſum Iauoleni in ſententia l. Mæuio. 41. in pr. D. leg. 2.*
2 *Ratio dubitandi.*
3 *Inter legatarios nullomodo coniunctos non poteſt habere locum ius adcreſcendi.*
4 *Inter heredes ius adcreſcendi ex neceſſitate inducitur, inter legatarios non item: & quæ ſit ratio differentiæ.*
5 *Refertur prima Accurſij interpretatio Bartolo probata de genere coniunctionis qua coniunctos fuiſſe putat Mæuium & Seium in d. l. Mæuio.*
6 *Falsò adſtrui in ſuperiori interpretatione Mæuiũ & Seium fuiſſe verbis coniunctos, re verò diſiunctos.*
7 *Secũda Accurſij interpretatio fuiſſe Mæuium & Seium re coniunctos, Titium verò coniunctum verbis.*
8 *D. interpretatio vt inepta planè exploditur & refellitur.*
9 *Interpretes ex Iauoleni reſponſo perperam intellecto malè inferre coniunctum verbis tantùm concurrere cum eo qui ſit coniunctus re tantùm.*
10 *Tertia Accurſij interpretatio refertur & refellitur.*
11 *Inter legatarios quibus ipſe teſtator partes dedit, nunquam eſt ius accreſcendi, ſemper verò eſt inter eos qui partes habent per concurſum.*
12 *In ſpecie quam Iauolenus tractat fuere Mæuius & Seius diſtincti & re & verbis, cum Titio verò coniuncti re tantùm, verbis verò ſeparati.*
13 *Quæ ſit ratio cur in d. l. Mæuio. ius adcreſcendi ſit inter eos qui neque re, neq. verbis coniuncti ſunt.*

SPECIEM & ſententiam & rationem
huius legis ſuperiore capite adumbra-
uimus tantùm, non expreſſimus quod
nunc faciendum nobis erit accuratè.
Locus enim perelegans eſt, & ab omnibus noſtris
interpretibus vulgaribus non minus malè acceptus,
quàm qui proximè à nobis explicatus fuit. Teſtator
1 † ita ſcripſerat *Mæuio fundi partem dimidiã, Seio par-*
tem dimidiam lego: Eundẽ fundũ Titio lego. Si Seius de-
ceſſerit; inquit Iauolenus, pars eius vtrique adcreſ-
cit, quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus fun-
dus legatus ſit, neceſſe eſt vt ea pars quæ ceſſat pro
portione legati cuique eorum quibus ſeparatim fun-
dus eſt, adcreſcat. Non eſt obſcurum quid ad pro-
poſitam quæſtionem Iauolenus reſpondeat. Sed
quam rationem illud habeat quod reſpondet, adeò
obſcurum eſt vt credatur prorſus aliud reſpondiſſe.
2 Nam cùm † Mæuius & Seius omnino diſiuncti pro-
ponerentur id eſt & re, & verbis, ſolus verò Titius
vtrique re coniunctus, quid neceſſe eſt deficientem
Seij portionẽ adcreſcere Mæuio pro parte qui nul-
lomodo coniunctus eſt, ac non potius totã Titio qui
etſi ipſe quoque verbis diſiunctus, re tamen coniun-
ctus fuit? Eſt enim certi & indubitati iuris inter le-
3 gatarios † nullomodo coniunctos non poſſe locum
habere ius adcreſcendi, in eoque omnes & boni
& mali interpretes conſentiunt, etſi ſolent veram
iſtam propoſitionem falsò probare ex *l. & Proculo*
20. *de legat.* 2. in cuius ſpecie negari certè non po-
teſt, quin teſtator qui communi plurium ſeruo lega-
uit, in eo legato dominos ſerui coniunxerit, non
quidem re, cùm ipſi ad legatum admittantur pro do-
minicis portionibus, quæ ſunt ſeparatæ, ſed verbis
tantùm, quaſi facta dominorum mentione hoc ipſo
quod ſerui communis nomen expreſſum fuit vt ſuo
loco explicauimus. Augent dubitationem verba illa
Iauoleni *neceſſe eſt vt ea pars &c.* quaſi verò inter le-
gatarios perinde atque inter heredes ius adcreſcen-
di ex neceſſitate inducatur, quod ſanè non ita eſt.
Inter heredes † nãque ideo ex neceſſitate inducitur, 4
quia pars deficiens coheredis ſi non adcreſceret co-
heredi qui ſuam agnouit, vacaret, defunctique per-
ſona, quæ indiuidua eſt, non niſi pro parte repræ-
ſentaretur per heredem, qui hereditatis partem
duntaxat agnouiſſet. Ob idque nimirum conſti-
tui neceſſe fuit inter heredes quantumuis & re &
verbis diſiunctos adeoque etiam inuitos locus eſſet
iuri adcreſcendi, & quod magis eſt inuito quoque
teſtatore. At in legatariis nulla talis vrget neceſſitas,
quia deficiens vnius ex legatariis portio etiamſi col-
legatario non adcreſcat, ſiue quod nolit ille ſibi eam
adcreſcere, ſiue quod adcreſcendi ius non habeat
tanquam diſiunctus, non idcirco tamen vacat, cùm
remaneat in hereditate atque ita penes heredem vt
pluribus etiam à nobis in præcedentibus expoſitum
eſt. His rationibus coacti interpretes, Iauolenum ſic
intelligendum eſſe volunt, vt Mæuius & Seius, in-
ter quos vult ille ius eſſe adcreſcendi, fuerint con-
iuncti à teſtatore, atque in hoc etiam omnes con-
ſentiunt. Sed quonam † coniunctionis genere con- 5
iuncti fuerint, hoc verò eſt de quo diſputant, nec
poſſunt inuicem conuenire. Bonus Accurſius ex cu-
ius vnius gloſſis omnes omnium aliorum commen-
tarij prodierunt, tres adfert interpretationes. Prima
eſt quam & Bartolus probat, fuiſſe Mæuium & Se-
ium verbis tantùm coniunctos, re vero diſiunctos,
hoc modo *Mæuio & Seio lego fundum pro æquis por-*
tionibus & Titio eundem fundum. Et quia videt huic
interpretationi apertè repugnare quod ſcribit Iauo-
lenus partes fundi ſeparatim legatas eſſe, reſpondet
intelligi debere dictionem illam *Separatim* quod ad
rem, ſed non quod ad verba. Alias, inquit, ſi etiam
quod ad verba nullomodo eſſent coniuncti nec eſſet
locus iuri adcreſcendi, vt *ſupr. eod. l. & Proculo*, ſed
cum verbis tantum, ſic vt *infr. tit. l. re coniunct.* Verum
† non poteſt Accurſius effugere quin abhorreat hæc 6
interpretatio à verbis Iauoleni. Non enim ponit ille
ſic dixiſſe teſtatorem *Mæuio & Seio lego fundum pro*
æquis portionibus, quomodo vult Accurſius, ſed quod
longè diuerſum eſt in hunc modum, *Mæuio fundi*
partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego. quibus
verbis apertum eſt diſiunctos eos eſſe & re & ver-
bis. Re quidem, quoniam ad diuerſas partes vocan-
tur, Mæuius ad vnam dimidiam, Seius ad aliam.
Verbis autem, quia ſeparatim & diuerſis orationi-
bus. Nam licet vnicum fuerit verbum *lego*, quo vſus
eſt teſtator, vnde proculdubio errandi occaſionem
interpretes ſumpſerunt, neceſſariò tamen ſubintel-
ligendũ & pro tacitè repetito habendum eſt, vt vtra-
que pars formulæ conſtitui & explicari poſſit. Ni-
hilque prorſus intereſt ſiue Iurecõſultos, ſiue Gram-
maticos conſulas, an teſtator ita ſcripſerit vt ſcripſe-
rat apud Iauolenum *Mæuio fundi partem dimidiã, Se-*
io partem dimidiẽ lego, an verò in hunc modum *Mæ-*
uio fundi partem dimidiam lego, Eiuſdem fundi partem
aliam dimidiam Seio: quo tamen poeſteriore caſu ne-
mo dubitaret, quin Mæuius & Seius dicendi eſſent
& re & verbis diſiuncti. Rurſus ſi poneres Mæuium
& Seium verbis tantùm coniunctos fuiſſe à teſtatore
ſecundum hanc interpretationem Accurſij, non
poſſet verum eſſe quod Iauolenus reſpondet defi-
cientem Seij portionem & Mæuio & Titio adcreſ-
cere pro cuiuſque eorũ legati portione. Nam immo
verò adcreſceret ſoli Mæuio in totum, nulla verò
ex

ex parte Titio, quia per cócurſum Titij fieret, vt Mæ-
uius quem teſtator verbis tantùm coniunxiſſet, ex
poſt facto tamen & re & verbis coniunctus reperi-
retur, atque ita Titium vincere deberet eo iure, quo
quiſquis re & verbis coniunctus eſt præfertur ei qui
re tantùm coniunctus eſt: Quam Pauli ſententiam
eſſe in *d.l.re coniuncti in fi.* docuimus capite ſuperio-
re. Alioqui ſi quis plus interpretibus quàm Paulo
tribuens pertinacius fieri velit Mæuium quem teſta-
tor verbis tantùm coniunxerat, nunquam haben-
dum pro eo qui etiam re coniunctus ſit, illud è con-
trario fiet vt non poſſit habere ius adcreſcendi, tan-
quam quod nunquam locum habeat inter legatarios
verbis tantùm coniunctos vt probauimus in præce-
dentibus. Atque ita æque falſum erit quod vult Ia-
uolenus portionem Seij & Titio & Mæuio adcreſ-
cere, cùm eo caſu eſſet, vt ſolum Titium tanquam ſo-
lum re coniunctum tota deberet peruenire, Secunda
7 Accurſij † interpretatio eſt, quá tamen aliorum fuiſ-
ſe ait Mæuium & Seium in ſpecie fuiſſe coniunctos
re id eſt ad eandem partem dimidiam vocatos, Ti-
tium verò fuiſſe coniunctum verbis vt Iauolemi ſen-
ſus ſit, coniunctum re tantùm admitti cum coniun-
cto verbis tantùm: licèt videatur, inquit Accurſius
quòd coniunctus re tantùm præferatur vt *infr. tit. 1.*
l. re coniuncti, quod non eſt verum vt hîc. Sunt.n. hæc
8 ipſa verba Accurſij. Sed hac interpretatione † nihil
poteſt dici improbabilius nihil inſulſius, ſiue Iauo-
leni verba ſiue iuris rationem conſideremus. Volunt
enim iſti vocatos eſſe Mæuium & Seium ad vnam
eandemque partem dimidiã fundi Corneliani, Iauo-
lenus verò apertè ſcribit fuiſſe iis ſeparatim legatas
partes fundi. Et quamuis Accurſius in eorum ver-
borum explicatione dicat plurale vſurpatú eſſe pro
ſingulari quàm tamen id ridiculum ſit iudicium eſto
cuiuſlibet. Numerum enim ſingularem pro plurali
poni nouum non eſt, ſed pluralem pro ſingulari, &
partes plures pro vna eadémque parte, mihi certè
nouum eſt, ac inauditũ. At illud quàm ſtultius, fuiſſe
Titium verbis coniunctum Seio, adeoque coniun-
ctum verbis tantùm: cùm apertè ponat Iauolenus
eundem ipſum fundum qui Mæuio & Seio per par-
tes legatus fuerat, legatum fuiſſe Titio & totum &
ſeparatim. Quomodo enim potuit Titius non eſſe re
coniunctus ſi totus fundus ei legatus fuit? Contra
verò, quomodo potuit eſſe coniunctus verbis ſi fuit
ei ſeparatim legatus? Aut quis vnquam verbis diſ-
iunctus dici poterit, Si Titius hic verbis diſiunctus
non fuit, cùm legati verba in hunc modum concep-
ta proponerentur, *Mæuio fundi partem dimidiam, Se-*
io partem dimidiam lego: Eundem fundum Titio lego. An
non prorſus ſeparata oratione legatum Titio datum
eſt addito etiam verbo *lego* quod in legato relicto
Mæuio & Seio non niſi ſemel expreſſum fuerat? Si
ergo Mæuius & Seius nihilominus verbis quoque
diſiuncti fuerunt vt probauimus, quanto magis di-
cendũ eſt Titium ab vtroq. fuiſſe verbis diſiunctum?
9 Quod verò iidem inferunt † ex hoc Iauoleni reſpon-
ſo perperam intellecto, coniunctum verbis tantùm,
concurrere cum eo qui ſit coniunctus re tantum, ex
d.l. re coniuncti, iam diximus falſum eſſe. Nunquam
enim fieri poteſt vt concurrant, ſed alterutrum eue-
nire neceſſe eſt, vt vel coniunctus verbis tantùm
prorſus excludatur, ſcilicet ſi remaneat verbis tan-
tum coniunctus, vel ei qui re tantùm coniunctus
fuit, præferatur, euadendo ex poſtfacto in eum, qui
& re & verbis coniunctus reperiatur, vt in ſpecie *d.*
10 *l. re coniuncti.* Tertia † itaque ac poſtrema Accurſij in-
terpretatio eſt fuiſſe omnes iſtos legatarios re tan-
tùm coniunctos quod quantum ad Titij cum Seio
& Mæuio coniunctioné verum quidem eſt, ſed non
quantum ad Mæuium & Seium inter ſe, vt oſtendi-
mus in proximæ interpretationis confutatione. Eo-
dem namq. vitio hæc quoque interpretatio laborat
iiſdemque proinde argumentis refellitur. Præſertim
verò ex eo, quod Iauolenus ait Mæuio & Seio par-
tes fundi ſeparatim legatas eſſe: Quod etiamſi mi-
nus apertè expreſſiſſet, poterat tamen ſufficere quod
legati verba ſic propoſita fuiſſent, *Mæuio fundi par-*
tem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, ne quis du-
bitare poſſet, quin dimidia vna Mæuio, alia Seio le-
gata eſſet. Cùm. n. cuiuſq. rei duplex dimidia ſit, cur
duplex legatum, in quo bis facta ſit mentio partis
dimidiæ, de eadem parte dimidia duobus data intel-
ligi vellemus? Nec poſſis quod Iauolenus de partib.
in plurali numero ſcribit de iis partib. accipere quæ
fiunt per concurſum, quæ alia eiuſdem Accurſij ex-
plicatio eſt. Loquitur enim Iauolenus de partibus
ſeparatim legatis ac proinde ab ipſo teſtatore factis,
non à lege: At eæ quæ per concurſum fiunt, non per
teſtatorem ipſum factæ dici poſſunt, ſed ſola iuris
poteſtate conſtituuntur, nec ab initio vt quæ à teſta-
tore ſed tum demum cum legatarij concurrunt. Vn-
de illa fluxit differentia, quod † inter legatarios qui- 11
bus teſtator ipſe partes dedit, numquam eſt ius ad-
creſcendi, ſemper verò eſt inter eos qui partes ha-
bent per concurſum *l. 3. D. de vſufr. adcreſ.* Neq. ſanè
potuit Iauolenus exprimere apertiùs quod Mæuius
& Seius re & verbis diſiuncti fuiſſent, quam cum di-
xit fuiſſe iis ſeparatim partes legatas. Et quemad-
modum adſcriptæ partes excludunt coniunctionem
realem, ita & dictio illa *ſeparatim* verbalem, quam-
uis prima interpretatio Accurſij ſeparationem iſtam
intelligi velit, quod ad rẽ tantùm non quod ad ver-
ba. Nam imò verò intelligi neceſſariò debet quod
ad verba, non quod ad rem vt ex eo conſtat, quod re-
fert eam Iauolenus non modò ad partes fundi lega-
tas Mæuio, & Seio, ſed etiam ad legatum eiuſdem
totius fundi Titio relictum, quod tamen relictũ fuit,
coniunctim, non ſeparatim, ſi de reali, non de verba-
li aut coniunctione aut ſeparatione Iauolenus intel-
ligatur. Dicendum igitur eſt, in ea ſpecie Iauolenus
† tractat, fuiſſe Mæuium & Seium diſiunctos & re 12
& verbis inter ſe, cum Titio verò coniunctos fuiſſe
re tantum, verbis autem ſeparatos. De quo nec quiſ-
quam ex interpretib. dubitaſſet, adeò aperta ſunt le-
gis verba, ſi potuiſſent illi rationem inuenire, prop-
ter quam ius adcreſcendi eſſet inter eos qui nullo
modo id eſt, neq. re, neque verbis coniuncti eſſent.
Ratio † autem quam illi aſſequi non potuerunt, illa 13
eſt quam ſuperiore capite tractauimus in explican-
da ſententia *l. re coniuncti*, quod quotieſcunq. duob.
re diſiunctis coniungitur tertius ea coniunctione,
quæ realis tantum ſit, non verbalis, & is tertius cõ-
currit, facit concurſus ille vt qui ab initio erant om-
nino & re & verbis diſiuncti, reperiantur ex poſtfa-
cto re coniuncti, per reductionem quam fieri neceſſe
eſt ambarum portionum, quæ ſingulis fuerant lega-
tæ, ad eam portionem ſolam quæ vnicuique eorum
data erat. Vt ecce in caſu noſtro, cùm propter con-
curſum Titij, qui ſolus tantũ habere debet quantum
Mæuius & Seius ſimul, nó poſſit fieri vt Mæuius ha-
beat dimidiam partem fundi, quæ ei legata fuit &
Seius aliam dimidiam, neceſſe eſt dimidiam da-
tam Mæuio reduci ad quadrantem, & dimidiam
datam Seio ad alium quadrantem, atque ita duas
illas dimidias ad vnius dimidiæ rationem reuoca-
ri: quo facto Mæuius & Seius inueniuntur re con-
iuncti, tanquam ad vnam eandemque dimidiã voca-
ti. Similiter & Titius qui ab initio fuerat vtriq. re
tantùm cõiunctus, etiam re cõiunctus manet, quia ip-
ſius cõcurſus, qui Mæuiũ & Seiũ prorſus antea diſiũ-

ctos re coniungit, multò magis coniunctum retinet
Titium, qui ab initio coniunctus fuit. Sic ſit vt cùm
eo tempore quo de adcreſcendi & prælationis iure
quæritur, omnes re coniuncti reperiantur, & quidé
re tantùm (quia verbalis coniunctio quæ ab initio
nulla fuit, neque per concurſum neq. alio vllo modo
induci poteſt ex poſtfacto) neceſſe ſit eos concurre-
re, quippe qui eodem coniunctionis genere, & con-
ſequenter pari iuris & voluntatis ratione nitantur.
Non eſt quidem neceſſe deficienté legatarij portio-
nem cuiquam ex collegatariis adcreſcere (vt huic
quoq. dubitationi ab initio propoſitæ ſatisfaciamus)
quia poſſet illa remanere penes heredem, quemad-
modum ſupra diximus, ſed cum adcreſcit, & quidem
plurib. collegatariis ad legatum concurrentib. &
æquè coniunctis, neceſſe eſt omnib. eam adcreſce-
re non vni potius quàm alteri, quoniam in plu-
rium legatariorum concurſu, ſi omnia ſint paria, id
eſt ſi par ſit omnium cauſa, neuter poteſt vincere,
neuter vinci. Et inde illud quoque eſt quod Iauole-
no placet Seij portionem adcreſcere Mæuio & Ti-
tio non pro virilibus, vt malè habet vna ex eiuſdem
Accurſij noſtri interpretationibus, ſed pro portione
legati cuiuſque eorum, id eſt vt eius partis deficien-
tis tres fiant partes, quarum duas ferat Titius, vnam
duntaxat Mæuius, quia cùm ius illud adcreſcendi
non naſcatur niſi ex coniunctione, eáq. reali, con-
ſequens eſt vt eatenus prodeſſe collegatariis debeat
quatenus re coniuncti ſunt. Eatenus autem re con-
iuncti ſunt, quatenus ad legatum vocati. Præter id
quod in legatis quoque non minus quàm in heredi-
tatibus. verum eſt deficientem portionem non per-
ſonæ adcreſcere, ſed portioni, exemplo alluuionis,
vt eleganter ait Papinianus noſter in *l. ſi Titio fructus*
35. §. 1. D. de vſufr.

ERROR IX.

De partibus quæ per concurſum fiunt.

SVMMARIA.

1 *Quæ partes per concurſum dicantur fieri.*
2 *Qui partes ab initio habeant, qui verò per cõcurſum.*
3 *Error interpretum exiſtimantium quoties nonniſi concurſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuique ex legatariis, vt interim petat totum legatum quandiu collegatarius non concurrit*
4 *Expenditur & explicatur vera ſententia l. planè §. ſi coniunctim. D. de legat. 1.*
5 *Coniunctionis nomen quam ſit æquiuocum apud Ictos cùm coniunctim legari aut inſtitui dicunt.*

QVONIAM in hoc tractatu de iure ad-
creſcendi frequens mentio habetur
partium quæ inter coheredes aut col-
legatarios per concurſum fiunt, ope-
ræprecium eſt de iis aliquid etiam di-
cere, quandoquidem in hoc quoque video errari à
pleriſque. Opponuntur huiuſmodi partes quæ per
concurſum fiunt, iis partib. quæ iam ab initio factæ
1 ſint à teſtatore, ideòque non aliter dicuntur † per
concurſum fieri quàm ſi ab initio totum datum ſit
vnicuique illorum qui ex poſtfacto partes concurſu
factas habere inveniatur, vt conſtat ex *l. planè 34. §.*
ſi coniunctim de leg. 1. l. coniunctim 8x. de leg. 3. l. 3. D.
2 *de vſufr. adcreſc.* Itaque partes † ab initio habent illi
ſolùm legatarij quos teſtator vel omnino diſiunxit,
vel verbis tantùm coniunxit. Per concurſum verò illi,
quos teſtator re coniunxit, ſiue verbis eos diſiunxe-
rit, ſiue etiam verbis coniunxerit. Vnde fieri ſuprà
diximus vt inter verbis tantùm coniunctos quandiu
tales manent, ius adcreſcendi eſſe numquam poſſit,
ſed inter eos duntaxat qui re coniuncti ſunt, ne libe-
raliores ſimus teſtatore, ſi totum demus ei cui teſta-
tor partem ſolùm dedit, vt diſputauimus ad *l. re con-*
iuncti 89. de leg. 3. Neque verò ipſi etiam vulgares in-
terpretes videntur hoc ignoraſſe, quid nimirum ſit
partes ab initio fieri, & quid per concurſum, vt pro-
inde tanto magis mirandum ſit in quæſtione illa de
iure adcreſcendi inter coniunctos verbis tantùm,
hallucinatos eos omnes fuiſſe tam turpiter. Etſi mi-
nus hoc mirabitur quiſquis nobiſcum obſeruabit eſ-
ſe hoc ipſis familiare, vt non ex iuris ratione, quod
facere deberent, legum interpretationem eliciant,
ſed contrà æſtiment rationem iuris ex legibus per-
peram intellectis. At quod attinet ad partes quæ per
concurſum fiunt illud etiam malè vulgo acceptum
eſt, quòd putant † plerique quoties non niſi concur- 3
ſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuique ex le-
gatariis, vt interim petat totum legatum quandiu
collegatarius non concurrit. Quem errorem nos
quoque aliquando tanquam probabilem ſecuti ſu-
mus, moti ea ratione, quòd cùm partes fiunt per
concurſum, ex prorſus nullæ ſint antequàm con-
curratur, alioqui non poſſent videri per concurſum
factæ quæ ante cõcurſum fuiſſent. Interim igitur, ſi-
cuti tota res in cuiuſque legato eſt, ita conſequens
videtur, vt tota peti poſſit ab eo qui prior ex lega-
tariis venit ad legatum. Quam ob cauſam mirabar
† quod ſcriptum eſt in *dict. l. planè §. ſi coniunctim. ver-* 4
ſicul. ſed ſi in pupillari. Si pater in pupillari teſta-
mẽto alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo
teſtamento legauerat, non poſſe me interim niſi par-
tem habere quia concurſu partes habeamus. Sic
enim ex Iuliano Vlpianus, *Iulianus ſcribit concurſu*
partes nos habere, Interim igitur partem habebit is cui
in ſuo teſtamento legauit. Quæ conſecutio abſurda vi-
detur, cùm ex eo quod Iulianus ſcripſerat & verum
eſt in ea ſpecie concurſu partes nos habere, potius
inferre Vlpianus debuiſſet. Interim igitur totum
habere illum debere cui in paterno teſtamento lega-
tum fuit. Nec ſuſpicione carebat apud me is verſi-
culus, vt ab imperito aliquo interprete additus vi-
deretur, præſertim cùm præcedentibus Vlpiani ver-
bis conſentaneum eſſet, vt ſcriberetur non quomo-
do in tertia perſona ſcriptum eſt *partem habebit is cui*
&c. ſed potiùs in prima perſona in hunc modum,
Interim igitur partem habebo. Sic enim ſcripſerat Vl-
pianus in præcedentibus *Sed ſi in pupillari teſtamento*
alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento
legauerat, & paullo poſt *Concurſu partes nos habere.*
Quæ ratio etiamnum me mouet vt hac parte reti-
neam priorem coniecturam. Eſt enim iuditio meo
probabiliſſima, & adiuuatur innumeris aliis obſer-
uationibus ſimilium additionum, quæ ex gloſſis in-
terpretum irrepſerunt in textum per medium illa-
tionis, cùm putarent illi ex textu inferri poſſe ali-
quid, de quo tamen fortaſſis nunquam Iureconſul-
tus ne per ſomnium quidem cogitaſſet. Sed quan-
quam hoc ita eſt, mihi tamen nunc dubium non eſt,
quin illatio vera ſit ſiue Vlpiano eam adſcribere
libeat, ſiue interpreti, neque poſſe defendi eorum
interpretationem, qui verba illa *interim igitur par-*
tem habebis de collegatarij parte deficiente intelli-
gunt vt totum dent mihi, cui lex non dat niſi par-
tem. Verius enim eſt non niſi partem interim habere
me debere quãdiu collegatarius meus cui pater in te-
ſtamento pupillari legauit eandem rem quam in ſuo
mihi legauerat, in eo eſt vt poſſit concurrere, quam-
uis nondum concurrat, quod iam olim Bartolus
pro Ioanne contra Hugolinum & Azonem diſputa-

uit,

uit, Ex *l. ſi domino 99. e. tit. De leg. 1.* vbi ex eodem Iuliano ſcribitur, ſi domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eiuſdẽ domini cùm eſſet manumiſſus, optio ſeruorum data, non niſi partem dimidiã Stichi ad dominũ interim pertinere, quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichũ optare & ex *l. quid ergo 53. §. 1. eo. tit.* Ratio autẽ, quam Bartolus non adducit, quamq; nec percepiſſe videtur, ſed quæ tamen in hanc ſententiam me ſola trahit, illa eſt, quod legatum non ex ſola teſtatoris voluntate, neque ex teſtamenti tantùm verbis acquiritur legatario, ſed potiſſimum ex legis duodecim tabularum autoritate, quæ vti quiſque ſuæ rei legaſſit, ita ius eſſe ſanxit. *l. verbis legis 120 de verb ſignif.* Legis autem poteſtas tota in eo eſt non vt legatario acquirat ipſa legatum, ſed tantùm vt deferat, acquirendum poſtea ſi volet. Delatio enim neceſſe eſt vt præcedat acquiſitionem, cùm in nullius poteſtate ſit quicquam ſibi acquirere ex vltima voluntate quod non priùs delatum fuerit ſiue hereditas ſit ſiue legatum *l. delata 151. e. l. ei qui 13. D. de condic. inſtit.* Delatio fit à lege, acquiſitio ab homine extra cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum: Porrò lex non defert niſi ſemel, quia, vt alibi monuimus tota legis poteſtas vnica delatione conſumitur. Vnde eſt quod olim neque in ſuis agnatis erat ſucceſſio *l. 1. §. ſciendum D. de ſuis & legit. §. placebat Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Ex hoc igitur fieri neceſſe eſt, vt tum quoque cùm partes per concurſum fiunt lex non deferat totum ei qui diligentior eſt in occupando legato quamuis collegatarius nondum concurrat, ſi modò adhuc ille ſit in eo vt poſſit quandoque concurrere, quia ſi interim totum huic deferret, non poſſet eadem lex poſtea eiuſdem rei partem deferre alteri collegatario concurrere volenti, nec rurſus ille ſibi acquirere partem quam lex alij iam delatam ipſi nunquam detuliſſet. Ita fieret vt lex cuius non aliud propoſitum eſt quàm vt teſtatoris voluntatem conſeruet, faceret contra voluntatem, legatique commodum eriperet ei cui tantum quantum alij teſtator dediſſet. Ne id eueniat, remedium illud vnicum ſupereſt, vt pro parte quam habiturus eſt collegatarius ſi quandoque concurret, delatio remaneat in ſuſpenſo quouſque vel concurrat ille, vel certum eſſe incipiat amplius eum concurrere non poſſe. Sic enim fit vt neque is qui prior ad legatum venit, partem illam poſſit acquirere, quippe nunquam ſibi delatam, neque collegatarius quãdocunque concurrere volens eam partem ſibi acquirere impediatur, quæ ſcilicet nunc primum ipſi defertur, nec alij vnquam vlli fuit delata nedum acquiſita. Bona ergo eſt illa conſecutio de qua in *d. §. ſi coniunctim*, vt quo caſu partes per concurſum fiunt, interim igitur partem ſolum habeat is, qui diligentior eſt in petendo legato. At ſi ita eſt, dicat aliquis, quid intererit an partes ab initio fiant an per concurſum? Nam & cum ab initio fiunt, partem ſuam habet is, qui prior venit ad legatum. Et tamen apertè ſignificat Vlp. aliud iuris eſſe ſi partes ab initio fiant, aliud ſi per concurſum. Atque hoc vnum ſanè eſt, quod & me aliquando fallebat, & omnes qui hac in re decepti ſunt hactenuſque feſellit. Adeo vt non habuerit Bartolus quid diceret, niſi quod in illis verbis *Sed ſi in pupillari* maluit legere *Sed & ſi* vt diuerſitas vtriuſq. caſus in facto tantum, in iure autem identitas, vt ipſe ait, demonſtraretur, quaſi vero idem ius hac in re ſit ſiue ab initio ſiue per cõcurſum partes fiant. Verum non ita ſcripſit Vlpianus, ſed merã aduerſatiam illam *Sed ſi* quæ oſtendit diuerſitatẽ non minus iuris quàm facti. Dicendũ igitur eſt, hoc quoque admiſſo, vt qui per concurſum duntaxat partem habet, interim nihil niſi partem poſſit petere, illam nihilominus differentiã ſupereſſe inter eum caſum, quo partes ab initio fiant, & illum quo per concurſum, quòd qui ab initio partem ſuam habuit hoc eſt factam ſibi ab ipſo teſtatore, nunquam niſi partem habet, id eſt neque interim neque ex poſtfacto, quãuis collegatarius neque concurrat, neque poſſit vnquam concurrere. Id enim eſt quod ait Paulus in *d. l. coniuncti* cùm loquitur de verbo tantùm cõiunctis, eos habere partes ſemper, id eſt omni tempore ſicut & omni caſu, & ab initio & ex poſtfacto, neque vnquam totum conſequi poſſe. Qui verò non habet partem n. ſi per concurſum is ſi currat non concurrat id eſt ſi prior ad legatum veniat habet quidem ſimiliter partem duntaxat ſed interim, quandiu ſcilicet collegatarius, qui nondum concurrit, concurrere adhuc poteſt. Ex poſtfacto autem habet totum, ſi deſinat poſſe aut velle concurrere is qui antea in eo fuit vt partem facere per concurſum poſſet. Illud quoque obſeruandum † eſt apud Vlpianum in *d. §. ſi coniunctim*, dici ab eo coniunctim legatum fuiſſe iis, qui verbis tantùm coniuncti fuerunt, ſicut e contrario in *l. Mæuio 41. in prin. de leg. 2.* ſeparatim legatum fuiſſe dicitur Titio quem teſtator cum Mæuio & Seio re cõiunxerat vt & in *l. ſi ſeparatim* . o. *D. de cond. & dem.* Cùm tamen coniunctim heredes inſtitui aut coniunctim legari Celſus definiat in *l. coniunctim 80. de lega. 3.* nihil aliud eſſe quàm hereditatem totam & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri, quod ſupra diximus non euenire niſi inter re coniunctos. Quo etiam ſenſu paſſim Iuſtinianus in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* cõiunctos vocat quod ad ius adcreſcendi eos tantũ qui non verbis ſolummodo ſed vel etiam re, vel ſaltem re tantùm fuerint coniuncti, coniunctim tamen diſiunctimve legatum ait prout verbis coniuncti fuerunt legatarij vel diſiuncti, quia aduerbia iſta non tam rem ipſam in qua ſit coniunctio quam coniunctionis modum exprimunt, quod idem Iuſtinianus in *§. his ita definitis eiuſd. leg.* ſic exprimit. *Non enim tantum coniunctiuo,* inquit, *modo quædam relinquuntur ſed etiam diſiunctiuo.* Nimirum vt ſunt diuerſa coniunctionis genera, ita coniunctionis nomen æquiuocum nihil vetat nunc ad hoc, nunc ad illud accommodari. Sed quo ſenſu accipiatur facile eſt bono Iureconſulto ex iis quæ vel præcedunt, vel ſequuntur, ſi iuris rationem coniungas, vt ſuo loco monuimus, diiudicare. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione veriſſimè dicuntur. Sed non ex mente Iuſtiniani. Is namque in *d. l. vnic. §. vbi autem verſ. ſin verò.* conſtituit expreſſis verbis, vt cùm partes per concurſum fiunt inter verbis diſiunctos, interim totam habeat is qui prior ad legatum vel fideicommiſſum venit ſed poſtea collegatarij pars abſtrahatur ſi collegatarius concurrat. Quod neque Bartolo neque ab aliis animaduerſum fuiſſe miror. Sanè in heredibus nihil fuit hac parte innouatum, vt ſequenti capite dicemus.

ERROR X.

De pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione, an purè inſtitutus totum interim habeat, an partem. Et ad l. 3. 4. & 5. D. ſi pars hered. petat.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio inter veteres iuris interpretes agitata de pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione, an purè inſtitutus debeat interim partem duntaxat habere, an totam.*

2 *Sententia Ioannis.*

3 *Sententia Pilei & Azonis.*
4 *Diſtinctio Hugolini Accurſio probata.*
5 *Diſtinctiones Bartoli in decidenda quæſtione propoſita adhibita.*
6 *Vſufructu vni legato purè, alteri ſub conditione, purè legatarius interim habebit totum, vt rectè Bart. ſtatuit.*
7 *Si vni legatus ſit fundus purè, alteri ſub conditione eiuſdem fundi vſusfructus, legatarius fundi habebit interim totum fundum.*
8 *Cùm plures heredes inſtituuntur, alius purè, alius ſub conditione, inſtitutus purè totam hereditatem interim habere non debet, aduerſus Bart.*
9 *Hugolini & Accurſij diſtinctio ſubuertitur.*
10 *Non fuit olim bona inſtituendi heredis formula, Titium heredem facio, aut inſtituo, & cur.*
11 *Verbum* lego *habet vim imperandi.*
12 *Inſtitutus cum poſthumo, ante quàm hic naſcatur poteſt hereditatem adire pro quarta parte, & adeundo heres fieri pro ea parte.*
13 *Quomodo inſtituto cum poſthumo reſiduum hereditatis quandoque adcreſcat, & de quarta parte ex qua heres fuerat quandoque decreſcat.*
14 *Emendatio & explicatio l. illud §. 1. D. ſi pars hered. pet.*
15 *Differentia inter aditionem & geſtionem pro herede.*
16 *Quando locum habeat quod dictum de quarta parte interim danda ei qui heres eſt cum poſthumo naſcituro.*
17 *Explicatur l. cum quidam trigeſima. §. ſuum heredem. D. de acquir. hered.*

1 HABVIT hæc quæſtio † iam olim diſ-
ſentientes veteres illos noſtri iuris inter-
pretes, vt refert Accurſius noſter ad *l. 2.*
D. ſi pars hered. pet. vbi & proponit quæ-
ſtionem & diſſentientes Ioannis & Pilei Azoniſque
2 cum Pileo ſentientes opiniones. Ioannes enim † di-
cebat eum qui purè inſtitutus eſſet debere interim
partem duntaxat habere ex *d. l. 2. & l. hæc ſcriptura*
26. §. 1. l. ſi ſeparatim 30. D. de cond. & dem. l. plane 34. §.
ſi coniunctim de l. 1. l. ex parte 25. D. de ſolut. l. vnic. §.
3 *vbi autem C. de caduc. tollend.* Pileus † autem & Azo
contrà eſſe illum interim ſolum & in ſolidum heredem
ex *l. ſub conditione 10. D. de aſſign. libert. l. idem etſi 6.*
§. ſi mihi D. de vſufr. adcreſ. l. 1. §. ſed & quoties D. ad
4 *SC. Trebell.* Hugolinus verò egregius † ſi Diis pla-
cet, erciſcundus diſtinguebat an teſtator ita ſcripſiſ-
ſet, *Titium heredem inſtituo, & ſi venerit nauis ex Aſia*
tunc etiam Seium cum eo inſtituo, an verò ita Titium ex
dimidia parte heredem inſtituo, & ſi nauis ex Aſia vene-
rit Seium inſtituo in aliam dimidiam vt priore caſu ſo-
lus Titium in totus admitteretur ex *l. ſi ſolus 80. De*
acquir. hered. poſteriore verò non niſi pro dimidia ex
d. l. vnic. §. vbi autem C. de caduc. tollend. Eamque Hu-
golini diſtinctionem Accurſius quoque probat itém-
que Bartolus ad *d. l. planè §. ſi coniunctim de legat.* 1. ſed
more ſuo vt ſubtiliorem agat, cum noua diſtinctione
5 & ſubdiſtinctionibus. Primùm enim † diſtinguit ille
an de hereditate tractemus an de legato, an de fidei-
commiſſo, Et rurſus an de fideicommiſſo vniuerſali an
de ſingulari (hanc enim ſubdiſtinctionem etſi Bartol.
non exprimit, adhibuit tamen hoc ipſo, quòd ſubinde
diſtinguit, an heres adierit ſponte, an coactus, cùm
diſtinctio illa non cadat in heredem qui fideicommiſ-
ſis tantùm ſingularibus fuerit oneratus) Itemque ſi de
vniuerſali an compulſus fuerit necne heres vt adiret,
Denique an de proprietate per legatum aut fideicom-
miſſum relicta, aut verò de vſufructu. In hereditate
directo data, admittit Hugolini & Accurſij diſtin-
ctionem, cum hoc tamen temperamento vt heres
purè inſtitutus, totam quidem hereditatem interim
habeat pendente conditione, quæ fuit adſcripta co-
heredi, at non eo iure quaſi reuera in ſolidum heres
ſit, quia ſemel heres in ſolidum non poſſet ex poſt-
facto fieri aut deſinere eſſe heres pro parte, ſed ita vt
totam hereditatem poſſideat incerto quodam iure,
cuius certitudo tota pendeat ex euentu, hactenus vt
ſi poſtea conditio deficiat, tum demum ipſe in ſoli-
dum heres fuiſſe retrofingatur, Si vero exiſtat & co-
heres inſtitutionem ſuam velit agnoſcere, tùm verò
pro parte tantùm is qui purè inſtitutus fuerat heres
fuiſſe intelligatur. Adfertque in hanc rem exemplum
Bartolus de illo qui heres eſt cum poſthumo. Nam
cùm neſciri poſſit quot poſthumos mulier, quæ ventre
pleno eſt paritura ſit, nec illud quoque ſciri poteſt ex
qua parte poſſit aut debeat heres eſſe is qui iam eſt in
rerum natura, quandoquidem poſſunt naſci plures
paucioreſve, lex autem vtique pro numero liberorum
qui nati erunt viriles partes cõſtitutura eſt *l. antiqui 3.*
cum duab. ſequentib. D. ſi pars here. peta. l. cum quidam
30. §. ſuum heredem D. de acquir. here. Et tamen placuit
prudentib. interim pro quarta parte heredem eſſe il-
lum qui ad hereditatem cum poſthumo vocatur. *d. l.*
antiqui in fin. l. ſed etſi 28. §. vlt. D. de iudic. Similiter
ergo vult Bartolus inſtituto herede vno purè alio ſub
conditione pendente ex euentu an pro parte an inſo-
lidum heres retrofingi debeat, is qui purè inſtitutus
fuit, interim tamen totam hereditatem habere illum
debere. At in fideicommiſſo ſi ſit vniuerſale diſtinguit
Bartolus an heres adierit ſponte an coactus, Si coa-
ctus tranſire actiones omnes ipſo iure in fideicom-
miſſarium cui pars hereditatis purè reſtitui debuit, ſed
ita tamen ſit ſi poſtea alterius partis conditio exiſtat
tranſeant pro illa parte in fideicommiſſarium condi-
tionalẽ ex *d. l. 1. §. ſed & quoties D. ad SC. Treb.* Si verò
ſponte adeatur hereditas tũnc idẽ iuris eſſe in fideicõ-
miſſario vniuerſali quod in ſingulari & in vtroq; idem
quod in legato. In legato autẽ ita ius eſſe vt ſubdiſtin-
gui oporteat an agatur de proprietate an de vſufru-
ctu. Si de proprietate, tunc ea obtinere quæ ſuperiore
capite diſputauimus, id eſt partẽ duntaxat ei qui purè
legatarius eſt interim deberi ex *d. l. planè 34. §. ſi con-*
iunctim l. quid ergo 15. §. 1. l. ſi domino 99. de leg. 1. Si verò
de vſufructu, totum interim ad eum pertinere ex *d. l.*
idem 7. § ſi mihi D. de vſufr. adcreſc. Rationem diuerſi-
tatis inter hereditatem & legatum hanc adducit Bar-
tolus quia in hereditate non eſt alius qui interim reti-
neat, & ad quẽ pertineat, ideo heres cui relictum eſt
totum, interim retinet totum, Sed in legato eſt qui in-
terim retineat vt heres. Eius autem differentię quam
ponit inter proprietatem & vſumfructum adfert eam
rationem, quòd res legata eiuſque proprietas eadem
modò ſit quæ erit tempore exiſtentis vel deficientis
conditionis, & ideò cùm ea ſit ſpes, quòd alius admit-
tetur, interim partẽ facit. Sed vſusfructus, qui in illo,
inquit, medio eſt, donec conditio pendet, non eſt idem
cum eo qui erit poſt conditionem exiſtentem vel de-
fectam, quia vſusfructus, quotidie conſtituitur & fi-
nitur *l. 1. §. interdum D. de vſufr. adcreſ. l. ſi fructus mihi*
6. D. de vſufr. leg. Meritò cùm ad illum vſumfructum
non ſperetur quod alius admittatur, interim vſufru-
ctuarius habet totum. Idemq; eſt inquit, ſi vni ſit lega-
tus fundus purè, alij vſusfructus ſub conditione vel
è conuerſo, quia ille cui legatus eſt purè totum ha-
bebit, interim eadem ratione ex *l. 1. §. ſi decem D. vt*
le. nom. caueat. Ita Bartolus, & quidem quantum ad
id quod ait de vſufructu † non malè inſubtiliter. 6
Nã proculdubio alius vſusfructus eſt vnius diei, alius
vſusfructus alterius temporis, & vſusfructus ſemel le-
gatus quotidie legari intelligitur, vt eleganter ſcri-
ptum

ptum eſt in *d.§.interdum.* quia conſiſtit ex vtendo fruendo *l.vnic.D.quand.dies vſusfr.leg.ced.* alia autem eſt fruitio hodierna, alia erit craſtina, quãuis ea res cuius vſusfructus conſtitutus eſt eadem ſemper maneat. Vnde aliæ plerq; differentię fluũt inter proprietatem & vſumfructũ, præſertim quod attinet ad ius adcreſcẽdi, de quo agitur in *d. §. interdum.* Quamquam quod
7 ſubiicit Bartolus de alio illo caſu quo vni † legatus ſit fundus purè, alij eiuſdem fundi vſusfructus ſub condicione, valde diſſimile eſt. Habet enim hoc caſu legatarius fundi, non totum vſumfructum, ſed totum fundum, qui ei legatus fuit, tanquam cuius appellatione plena proprietas ſignificetur, id eſt non ea quæ vt noſtri loqui ſolent, coniuncta ſit cum vſufructu, qualis nulla eſt, ſed à qua vſusfructus nullus ſit ſeparatus, qui porro non aliter quam per ſeparationem conſtitui poteſt, vt à nobis alio loco probatũ eſt aduerſus vulgarem illam noſtrorum traditionem, quæ duplicem facit vſumfructum cauſalem & formalem. Sed quam
8 idem Bartolus † hac parte differentiam ponit inter hereditatem & legatum ea mihi probari non poteſt, vt nec illa diſſimilitudinis ratio quam adfert. Non probatur differentia, quoniam video eandem conſtitui rationem hereditatis & legati in *d.l.hæc ſcriptura 26. §.1.De cond.& dem.* ad quem locum licet Bart. in *d. §.ſi coniunctim.* dicat ſe reſponſurum in *d. §.1.* nihil tamẽ reſpondet. Ruſum video in *d.l.2.D.ſi pars hered. pet.* apertè ſcriptum eſſe, Si ex pluribus ad quos eadẽ hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos qui iam adierint ſi petant hereditatem non maiorem partem petere debere, quàm habituri eſſent cæteris adeuntibus. Nec eis proderit ſi cæteri nondum adierint. Sic enim accipienda eſt particula *non* pro *nondum* in illis verbis *ſi cæteri non adierint* vt ex eo apparet quod ſtatim ſequitur. *Non adeuntibus autem cæteris poterunt tunc partes eorum petere ſi modo ad eos pertinerent.* Quid verò intereſt, an coheres partem ſuam nondum adierit, quia deliberet, de illa vel adeunda vel repudianda. An quia nondum poſſit eam agnoſcere tametſi maximè vellet, vt contingit in eo qui fuit inſtitutus ſub condicione quæ nondum extitit? Sed me omnium maximè mouet ratio illa ſuperiore capite à nobis diſputata per quam fieri diximus vt eo quoque caſu quo legati partes per concurſum fiunt, tamen non niſi partem interim habere debeat is qui prior ad legatum venit. Nempe quod non poſſit legatum acquirere niſi quatenus ei per legem delegatum fuerit, non autem deferatur per legem niſi pro parte, ne alioqui eripiatur ſpes alteri collegatario qui ex voluntate teſtatoris admitti quandoque poteſt, vt admitti nunquam poſſit. Eadem enim ratio in hereditate quoque locum habet, quia cùm plures heredes inſtituuntur, vnus purè, alius ſub condicione, non defert lex hereditatem totam ei qui purè inſtitutus fuit ſed pro parte duntaxat, ne alioquin eueniat vt exiſtente poſtea condicione non poſſit lex amplius aliam partem illam hereditatis deferre ei qui ſub illa condicione inſtitutus fuerat, quippe quam alteri iam detuliſſet, quandoquidem portio ſemel per legem vni delata alteri poſtea deferri nunquam poteſt: Adeo vnica delatione tota legis poteſtas conſumitur. Non ergo fieri poteſt vt qui pro parte fuit purè inſtitutus interim totam hereditatem habeat. Niſi fortè volumus acquiſitionem hereditatis, priorem eſſe delatione, quòd ſanè ſicuti præpoſterum, ita & abſurdum eſſet *l.delata 151.De verb.ſign.l.1.§.decretalis D.de ſucceſ.edict.* Contra verò, non eſt bona ratio illa quam adfert Bart. commentitiæ huius differentiæ inter hereditatem & legatum. Nam quod ait in hereditate non eſſe alium qui interim retineat partem coheredis ſub condicione inſtituti, quomodo in legato eſt heres qui poſſit retinere legatum, cuius condicio nondum extitit, verum quidem eſt, ſed ad rem noſtram nullomodo pertinens. Vt.n. pars illa coheredis ſub condicione inſtituti poſſit ad coheredem purè inſtitutum pertinere, adeoque penes eum remanere vel vno temporis momento non illud ſufficit, vt nemo alius ſit ad quem ea pertineat, ſed illud quoq; requiritur, vt huic coheredi purè inſtituto ex parte, fuerit etiam delata, quod tamen eſſe nemo dixerit, quamdiu in eo eſt portio illa vt ei ipſi deferri poſſit cui teſtamento relicta fuit. Deferri autem poteſt quandiu condicio non defecit, quamuis necdum extiterit. Nec quicquam abſurdi eſt quod interim neutri ex heredib. deferatur. Neq; ei cui fuit relicta ſub conditione, quia conditio nondum extiterit, neque ei qui ex alia parte pure ſcriptus eſt, quoniam alij adhuc deferri poſſit. Interim namque portio illa non tam eſt vacans, quàm iacens, & ſatis eſt quod iaceat ne heredi purè ſcripto deferatur, quia ratio illa neceſſitatis quæ inter coheredes etiam inuitos, & inuito teſtatore ius adcreſcendi inducit, non incipit habere locum ex eo tempore quo hereditatis pars iacere incipit, ſed ex eo tantùm die quo incipit vacare, id eſt nullam habere perſonam cui ex voluntate teſtatoris acquiri poſſit. Vacare quidem poteſt ea portio quæ nunquam iacuerit, ſed eam portionem quæ & iacuerit & vacauerit, iacuiſſe prius quàm vacaſſe neceſſe eſt. De iure autem adcreſcendi quærere antequam vacet portio & cùm adhuc iacet, præmaturum vtique eſt & abſurdum. Et verò quàm futilis ſit hæc ratio Bartoli ex eo etiam apparet, quod idem Bartolus fateri cogitur hunc coheredem purè inſtitutum, quem ille vult habere interim totam hereditatem, non eſſe tamen interim verè heredem in ſolidum, ſed tantum ex poſtfacto apparere an talis fuerit néene, cùm alterius partis conditio vel extitit vel defecit. Nam ſi adcreſcendi iure totam hereditatem interim habere deberet ob id ſolúm quod alius nemo ſit, ad quem ea portio pertinere aut apud quem remanere poſſit, ſequeretur eſſe illum interim verè heredem in ſolidum, quoniam portio quæ non habet perſonam, ad quam currat, currit ad portionem aliã, eique adcreſcit tanqam alluuio *l.ſi Titio fructus 33. §.1. D.de vſufr.* eiuſq. naturam induit, ita vt incipiat penes eum eſſe, penes quem erat prior portio, eodem prorſus iure: Ex quo autem inſtanti portiones iunctæ eſſe cœpiſſent, fieri poſtea non poſſet vt ſepararentur, nec ſi conditio exiſteret, quia eiuſmodi ſeparatio numquam fit legis poteſtate, ſed facto aliquo opus eſt *l.ſed ſi plures 10.§.filio impuberi l ſi filius 12. D.de vulg.& pup.ſubſti.* Vt ergo portio quæ vni ex heredib. ſub conditione inſtituto data fuit, eidem deferri poſſit exiſtente quandocunque conditione, fatendum eſt ita ius eſſe debere, vt & delatio & conſequenter acquiſitio, ſiue temporaria, ſiue perpetua illius portionis in ſuſpenſo retineatur, quandiu conditio ipſa pendet. Ac quemadmodum in legato concedit Bartolus eam partem quæ vni ex collegatariis ſub condicione data fuit non poſſe interim ad collegatarium pertinere, quia nil neceſſe eſt hoc dicere, cum alia ſit perſona ad quam ea pertinere poſſit quamuis nondum pertineat, ſcilicet heredis. Ita & in ea hereditatis parte de qua tractamus, concedendum eſſe dico, vt pendente condicione non poſſit interim ad coheredem purè inſtitutum pertinere, quia neque neceſſe eſt vt pertineat, cùm alia ſit perſona ad quam poſſit aliquando pertinere, quamuis nondum pertineat ſcilicet ad heredem ſub condicione inſtitutum, ſi quando condicio exiſtet. In hoc ſolo differentia aliqua inter has hereditatis & legati partes adferri poteſt, quod legati partem condicionalem interim & pendente condicione heres poſſidere poteſt, vt Proinde nil neceſſe

ſit poſſideri eam ab alterius partis collegatario : At
partem hereditatis datam ei qui ſub conditione ſcrip-
tus fuit, nemo eſt qui poſſidere queat præter cohere-
dem purè inſtitutum. Et ita ni fallor, ſenſit Bartolus,
tanto magis in eo culpandus , quod de hereditate tã
impropriè loquitur , vt eam accipiat pro hereditaria-
rum rerum poſſeſſione. Sed tamen neque hac ratione
poteris aſſequi vt admittam differre hac in re legatum
ab hereditate , quia pars illa iacens hereditatis licèt
à nemine poſſideatur, poteſt tamen commodè, immò
debet poſſideri ab alio , quam à coherede purè inſti-
tuto ex alia portione : Nimirum à curatore qui hoc
caſu dandus eſt non hereditati , vt vulgo pragmatici
noſtri ſentiunt , ſed bonis hereditariis, quemadmodũ
fieret ſi vnus tantùm eſſet heres inſtitutus ſub condi-
ditione, & creditores vrgerent ſolutionem eius, quod
ſibi deberetur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Cur non enim
ſeruetur in parte hereditatis quod in tota hereditate
ſeruandum eſſet ? *l. qua de tota 79. D. de rei vind. l. ſi
duo 51. D. de admin. & peric. tuto.* Cùm igitur pars iſta
hereditatis nondum cuiquam delatæ poſſit, regi & ad-
miniſtrari commodè per curatorem bonis dandum
quid neceſſe eſt ſiue proprietatis ſiue poſſeſſionis cau-
ſam intueare, vt interim eam dicas adcreſcere debere
coheredi ex alia parte inſtituto? Iis autem argumen-
tis noſtris ſicut Bartoli ſubdiſtinctio , ita Hugolini &
Accurſij † diſtinctio quam & Bartolus probat, mani-
feſtè conuincitur. Etenim quamuis teſtator ita ſcri-
pſerit , *Titium heredem inſtituo , & ſi nauis ex Aſia ve-
nerit tunc etiam Seium cum eo inſtituo* , quod exemplũ
eſt ab Accurſio allatum , tamen certum eſt non niſi
partem hereditatis Titio deferri per legem, acſi ſcrip-
tũ ita eſſet *Titius ex ſemiſſe heres eſto, & ſi nauis ex Aſia
venerit, Seius ex alio ſemiſſe heres eſto*, Siquidẽ nihil re-
fert an teſtator in ſcribendis heredibus vnum dunta-
xat aſſem fecerit , & inter eos diuiſerit , vt in poſte-
riore exemplo, an verò tranſierit ad ſecundum aſſem,
primumque Titio dederit totum purè, & Seio ſecun-
dum ſub conditione , vt in priore. Nam duo illi aſſes
à teſtatore facti ſtatim & iam inde ab initio ſola iuris
poteſtate ad vnius aſſis intellectũm reuocantur, ideo-
que perinde vtroque caſu ſibi lex temperat, ne ei qui
purè ſcriptus fuit totam hereditatem interim deferat,
vt partem illam, quæ alteri ſub conditione data fuit,
deferre ipſi poſſit exiſtente demum conditione. Sed
& in eo labitur Accurſius quod in vtroque exemplo
ponit ita conceptas inſtitutiones heredum, *Titium he-
redem inſtituo Seium cum eo inſtituo.* Conſtat. n. non
10 fuiſſe olim bonam † & receptam huiuſmodi formulã
inſtituẽdi heredis, vt nec ſi teſtator dixiſſet, *Titiũ here-
dẽ facio* quemadmodũ Vlpianus in Titulis ſcribit *tit.
21. quemadm. her. inſtit. deb.* Non quod legis ſit, non te-
ſtatoris heredem inſtituere, vt ad eũ locũ notat Cuia-
cius (nam legis quidem eſt heredem facere, ſed ſolius
teſtatoris eum inſtituere) at quia non alia heredis in-
ſtitutio teſtatori permiſſa erat per legem duodecim
tabularum, quàm quæ fieret per modum legis, hoc eſt
verbis imperatiuis qualia ſolent & debent eſſe legum
omnium verba, & cuiuſmodi tamen non ſunt illa *he-
redem inſtituo* , aut *facio* , quæ ſunt indicatiui modi
non imperatiui , quamuis nec idcirco ſint precaria.
Non enim ſufficiebat vt precaria non eſſent , niſi il-
lud quoque accederet vt eſſent imperatiua. Nec ſimi-
le eſt quod valebat legatum ita relictum *Titio fundum
Cornelianum do, lego* , cùm tamen legatum ab eodem
Vlpiano definiatur in *ti. de leg.* quod legis modo impe-
ratiuè relinquitur. Nam verbum † illud *lego* licet in-
11 dicatiui modi ſit , non imperatiui, habet tamen vim
imperandi hoc ipſo, quòd legare nihil aliud eſt quàm
legis modo ac proinde imperatiuè diſponere. Quan-
quam non ignoro has verborum differentias ſublatas
fuiſſe à Conſtantino in *l. quoniam indignum 15. C. de
teſtam.* & valere hodie inſtitutionem heredis etiam
quæ concepta ſit iis verbis quæ Accurſius vſurpat.
Quod verò Bartolus in ſuæ ſententiæ confirmationẽ
adducit de poſthumis tanquam ſimile, magis diſſimi-
le eſt. Nam cùm hereditas † aliqua pertinet ad eum 12
qui iam natus ſit & ad poſthumos naſcituros, quorum
numerus adhuc ſit incertus , verum eſt enim qui iam
natus eſt interim heredem eſſe pro quarta parte inſ-
pecto ſcilicet eo quod euenire facile poteſt vt tres
naſcantur, quomodo ſcriptum eſt in *d. l. antiqui.* Adeo
vt ſi pauciores quàm tres poſthumos naſci contingat,
reſiduum ei pro rata adcreſcat. Et è contrario ſi plu-
res quàm tres , decreſcat etiam pro rata de ea portio-
ne ex qua heres factus eſt, quomodo loquitur Vlp. in
l. 4. e. tit. ſi pars heredit. petat. quibus poſterioribus ver-
bis apertè ſignificat factum eſſe hunc re vera here-
dem pro quarta parte. Ex quo ſi eſſet accommodatum
exemplum vt vult Bartolus illa ipſa Bartoli ſenten-
tia manifeſtiſſimè refelleretur. Vult enim eum qui
purè fuit inſtitutus , non eſſe interim verè heredem
quandiu pendet conditio adſcripta coheredi, ſed tan-
tùm habere totam hereditatem perinde acſi in totum
heres eſſet. At is qui heres eſt cum poſthumo nondum
nato , is interim re vera heres eſt pro quarta parte.
Ergo vel falſa eſt Bartoli traditio vel minus bona cõ-
paratio huius caſus cum illo, quo fuerit quis ex par-
te inſtitutus purè cum alio ſcripto ex alia parte ſub
conditione. Ac ſanè ita eſt. Habet ſpecialem ratio-
nem is caſus quo hereditas pro parte ſpectet ad ven-
trem plenum, quia cum neſciri poſſit quot naſcituri
ſint poſthumi , nec illud ſciri poteſt pro qua par-
te ſpectatura ſit hereditas ad ventris coheredem,
quem tamen certum eſt partem aliquam heredi-
tatis habiturum ſiue plures ſiue pauciores poſthu-
mi naſcentur , ideóque nec prohibendum eſſe ne
adire poſſit vt ſi forte moriatur ante natos poſthu-
mos habeat quod tranſmittat ad heredem , ad quem
nihil poſſet tranſmittere ſi non adita hereditate more-
retur. Itaque ne abſurdum illud eueniret quod non
parum haberet iniquitatis , placuit prudentibus per-
mittendum eſſe huic coheredi vt incerto eo quod po-
ſthumi naſcituri ſint, poſſit nihilominus adire heredi-
tatem pro quarta parte & adeundo heres fieri pro ea
portione. Quo inducto † illud etiam deduci neceſſe
fuit vt ſi plures quàm tres poſthumos naſci contin- 13
geret, de ipſius parte illa quarta ex qua heres fuiſſet
tantum decreſceret pro rata quantum neceſſe eſſet ad
virilem quarti poſthumi portionem conſtituendam:
ſicut è contrario ſi pauciores quàm tres nati eſſent,
futurum erat vt ei pro rata reſiduum hereditatis ad-
creſceret. Inter quos tamen caſus differentia illa eſt,
quod in hoc poſteriore cum reſiduum adcreſcit non
violantur regulæ iuris quia portionem vacantem ne-
ceſſe eſt adcreſcere pro rata iis qui reliquas portiones
habent, neque in eo aut alius quiſquam aut ipſa etiã
iuris ratio offenditur. At in priore, cum pluribus quàm
tribus natis poſthumis oportet pro rata decreſcere ex
quarta illa parte ex qua coheres ventris heres fuit,
violatur quandammodo ea iuris regula quæ facit vt
qui ſemel heres fuit nunquam heres eſſe deſinat. Etſi.
n. remanet hic heres, pro minore licet portione , ta-
men illud ſemper verum eſt deſinere ipſum eſſe here-
dem ex ea parte, ex qua aliquando fuit : tam autem
difficile videtur vt deſinat quis heres eſſe pro parte,
quam vt in totum. Neque certè habeo quod reſpon-
dere poſſim. Niſi liceat mihi dicere in iis quæ contra
rationem iuris ex hominum vtilitate à prudentibus
conſtituta ſunt, poſſe nos ſequi regulam iuris *l. in his
15. ff. de leg.* Nã & ſimiliter receptum video vt ſi fortè
ſic facta inſtitutio *quotcunque mihi nati erunt & Lu-*

tia

tius & Titius pro virilibus portionibus heredes mihi ſunto, poſſit Titius interim hereditatem adire, quamuis neſciat partem ex qua fuit inſtitutus, cum virilis portio non niſi ex numero capitum ſuccedentium conſtitui poſſit: Et tamen ratio iuris facit vt heres inſtitutus ex parte ſi eam partem neſciat adire nequeat,
14 quod vtrumque Paulus † apertè ſcribit in *d.l.illud* 1.§. *ſi pars her.pet.* vbi quod addit, *Sed vtilius eſt poſſe eum adire* oſtendit ſatis, non tam ex iuris ratione, quàm ex vtilitate ita fuiſſe conſtitutum, & conſequenter irreptitia eſſe verba illa quæ ſequuntur, *qui neſcit portionem*. Non enim iis verbis loquitur Paulus de illo generaliter qui neſciat portionem, ex qua ſcriptus fuit, quem paulo ante certò ac præciſè dixerat adire non poſſe, ſed ne Titio qui ex virili portione cum poſthumis naſcituris fuerat inſtitutus: In cuius perſona occurrebat illa dubitãdi ratio, ne videretur adire poſſe, quod portionẽ ex qua ſcriptus eſſet ignoraret, neq; poſſet locus eſſe remedio à prudentibus introducto, vt adiret pro quarta parte, cum teſtator expreſſiſſet partem ex qua heredem illum eſſe voluerat, ſcilicet virilem, quæ porro quota & quanta eſſet neſciri poterat, ante quam poſthumi naſcerentur. Fuit enim facilius prudentibus interpretari pro qua parte coheres ventris admitti deberet, cùm ea pars nulla expreſſa erat a teſtatore quam cùm expreſſa fuit, quia voluntas teſtatoris omnimodo ſeruanda eſt. Vtroque tamen caſu aliquid conſtituendum fuit contra regulas iuris, ſed aliud alio caſu. Cum pars expreſſa non eſt, non violatur ea regula quæ vult heredem ex parte inſtitutum debere certum eſſe de ſua parte vt poſſit adire, quia facit eum certum interpretatio prudentũ quæ interim quartam partem ei aſſignat ſed ſi plures quam tres poſthumi naſcantur, violatur ea iuris regula, vt diximus quæ vult, Ex qua parte quis heres ſemel fuerit, ex ea ſemper heredem manere: quoniam qui erat ante poſthumorum natiuitatẽ heres ex quarta, natis quinque poſthumis fiet heres ex quinta. Sed hoc tolerabilius viſum eſt quam vt ei permitteretur, adire portionem quam ignoraret, quia & in aliis nonnullis caſibus eadem iuris regula vitiatur, vt cum heres poſt aditam hereditatem fit ſeruus vt in *l.ex facto* 43. *§.vlt.D.de vulg.& pupill. ſubſt.* aut cùm teſtamentum reſcinditur per querelam inofficioſi *l. nã etſi* 15. *§.vlt.l. circa* 24. *D.de inoff.teſt.* Cùm verò pars aliqua expreſſa eſt a teſtatore, ſi quidem certa, vt puta *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Poſthumi quotquot naſcentur ex reliquo* nõ habet res dubitationem quin poſſit Titius quantumlibet extraneus heres eſſe ex ſemiſſe, ſi plenus venter fuit, adeóque ex toto aſſe ſi venter fuit vacuus; quamuis vacuum eſſe Titius ignorauerit, non minùs quam ſi ſolus ex ſemiſſe fuiſſet inſtitutus nullo adiecto coherede, qui ſenſus eſt Pauli in *d.l.illud* in iis verbis, *Idem eſt in extraneo ſi ex certa portione inſtitutus ſit ex reliqua poſthumi*. Si autem expreſſa quidem pars eſt, ſed incerta, quod contingit inſtitutis poſthumis cum Titio in viriles, tunc quia non poteſt prudentum interpretatio facere vt pars vlla contra conſtituatur, quã adire Titius poſſit, ne teſtatoris voluntas offendatur, quam ſi modò non ſit contra leges ante omnia ſeruari vult ipſa quoque ratio iuris, nihil aliud eſt quod poſſint prudentes facere, niſi vt ex vtilitate & æquitate patiantur eũ adire prius etiã quàm ſciat partem, ſuã, & in hoc vitiari regulã iuris. Præſertim cũ nec nouum ſit vt is quoq; heres qui partẽ ex qua ſcriptus fuit ignorat, interim tamen poſſit partẽ ſuam acquirere, nimirũ pro herede gerendo, vt Vlp. ex Iuliano & Caſſio ſcribit in *l.ſi quis extraneus* 21.*§.vlt.ff.de acq.her.* Fuit,
16 n. hæc differentia, † vt & aliæ olim pleræq; inter aditionem & geſtionẽ pro herede, quod qui partẽ ſuam neſciebat illam ſibi acquirere per aditionẽ non poterat, vt conſtat ex *d.l.illud* & ex *l.ex ſemiſſe* 75 *ff. de acquir.her.* poterat tamen acquirere per geſtionem pro herede *d.l.ſi quis §.vlt.* Et ratio differentiæ erat, quia hereditatis aditio actus ſolẽnis eſt, & legitimus *l.actus legitimi* 77.*de reg.iur.* habebátque olim verba illa ſollennia. *Hanc hereditatẽ adeo cernóque*, ſi heres aliquis ex toto aſſe & ſolus ſcriptus erat: ſi verò ex parte, ipſam quoq; partẽ demonſtrari neceſſe erat quã porro demõſtrare nõ poterat is qui eã ignorabat. Geſtio autẽ pro herede nullã verborũ ſollennitatẽ exigebat, ſed nudã voluntatẽ heredis, quod heres eſſe vellet vel in ſolidum vel ex parte *§.vlt.Inſt de hered.qualit.& differ.* Nihil autẽ vetat illum etiã qui neſciat quota pars ſibi delata ſit, velle tamen pro herede ſe gerere, & heredem fieri pro ea parte quantacunque illa ſit: quod proinde ſufficit vt pro ea parte quæ re vera delata eſt heres fiat. Et ita leges illæ quæ alioquin pugnare videntur conciliandæ ſunt, nõ quomodo fruſtra licet variè tentatum eſt ab Accurſio & aliis interpretibus qui hanc aditionis & geſtionis differentiam ex antiquæ iuriſprudentiæ monumentis eruendam non perceperunt, ſicut nec ille quiſquis fuit, qui verba illa quæ nos tollimus addidit ad Paulũ in *d.l.illud in fin.* deceptus omnino vt credibile eſt ex illo Vlpiani loco qui de geſtione pro herede loquitur in *d.l ſi quis §.vlt. de acq.hered.* Sed & quod attinet † ad ea quæ diximus 15
de quarta parte interim danda ei qui heres eſt cũ poſthumo naſcituro dignũ obſeruatione eſt non habere id locum niſi in caſu inteſtati. Facto ſiquidem teſtamento ſiue poſthumum ſiue poſthumos teſtator inſtiſtituerit, & ſiue hoc modo concepta ſit inſtitutio *Titius & poſthumus* aut *poſthumi heredes ſunto*, ſiue ita *Titius heres eſto, poſthumus heres eſto.* Titius interim ex ſemiſſe heres eſt perinde acſi ex certa illa parte eſſet inſtitutus, quia quotquot naſcantur poſthumi, certũ eſt nõ niſi ad vnã portionẽ cõiunctim vocatos eos videri, cùm ſub vno poſthumi, aut poſthumorũ nomine eóq; collectiuo fuerint vocati *l.ſi quis Attio.*7.*l.ſi proprietas* 9.*D.vſufr.adcreſc.l.vlt.C.de impub.& aliis ſubſtit.* Nullo autem nato poſthumo heres ex toto aſſe fuiſſe intelligitur etiamſi priùs deceſſerit, quàm aut ventrem vacuum aut nullum poſthumum naſciturum eſſe ſciretur *d.l.illud* 5.§.1. *D.ſi pars her.pet.* Nec alius caſus in quo propter inſtitutionem poſthumorum impediatur Titius heres eſſe ex ſemiſſe, quã qui ſequitur apud Paulum in *d.l.illud*, quo Titius & quotquot naſcentur poſthumi omnes pro virilibus portionibus fuerint inſtituti. Et ratio diuerſitatis inter cauſam teſtati & inteſtati hac parte illa eſt, quod condito teſtamento non alias partes facit lex quàm quas fecerit teſtator, cuius ipſa ſubſequitur voluntatem. Teſtator autẽ qui Titium & poſthumos inſtituit ſiue vnica, ſiue duplici oratione vtramque inſtitutionem concluſerit ſemiſſes feciſſe intelligitur, vel in primo aſſe ſi Titium & poſthumos in eodẽ aſſe coniunxerint, vel reuocatis duobus aſſibus ad aſſem vnum, & conſequenter ſingulis aſſibus ad ſemiſſes, ſi teſtator tranſierit ad dupondium quomodo tranſit quiſquis ita ſcribit *Titius heres eſto, Poſthumus heres eſto*, Titius enim ſolus ex toto primo aſſe ſcriptus creditur, Poſthumos verò ex ſecundo. At cùm teſtamentum nullum factum eſt, lex nunquam tranſit ad dupondium, quia nec niſi vnum totius hereditatis aſſem cognoſcit eumque aſſem diuidit in tot partes, quot ipſa eadem vel iam defert vel aliquando deferri poteſt. Cúmque non aliis deferat, quam qui vel in eodem gradu ſint, vel ſaltẽ eam perſonam quæ in eodem gradu ſit repræſentent (quibus ſcilicet caſibus locus eſt repræſentationi) inde fit vt partes ſemper faciat æquales, nec vnquã pluribus coniunctim deferat vnam portionem, niſi quandò ſucceditur in ſtirpes, pluribus vnam eandémq; perſonam

repræ

repræſentantibus, nec proprio ſed alieno ac repræſentato iure ſuccedentibus, vt in *§.cum filius Inſt.de hered. quæ ab inteſt.defer.* Neque huic noſtræ ſententiæ con-
17 trarium eſt quod ſcribit † Vlp. in *d.l.cum quidã 30.§. ſuum heredẽ ff.de acq.hered.* ſuum heredem ſi heres eſt cum poſthumo qui in vtero vnus tantùm ſit, ex parte dimidia heredem eſſe non ex quarta ſiue inſtitutum poſthumum proponas ſiue inteſtatum patrem deceſſiſſe. Non. n.id ita debet accipi quaſi in agnato qui non ſit ſuus heres contra reſpondendum ſit interim eſſe illum heredẽ pro quarta tantũ parte ſiue teſtatus deceſſerit paterfamilias ſiue inteſtatus. Sed ita potiùs, vt cum in agnato qui cum poſthumis ad hereditatẽ vocaretur ea diſtinctio neceſſaria foret, quia inſtitutus quidem ſemiſſem habiturus eſſet, ab inteſtato verò quartã duntaxat partẽ, in ſuo tamen herede qui etiã ignotãs heres eſt huiuſmodi diſtinctio nõ adhibeatur ſed dicendũ ſit fuiſſe illũ heredẽ ex ſemiſſe ſi vnus tantùm poſthumus in vtero fuit, ex triente verò ſi duo ex quadrante ſi tres, & ſic deinceps, quia cum ſit heres ſola legis poteſtate, lex autẽ ſciat ea omnia quę ſcit natura, ſufficit per rerũ naturã certum eſſe vnum duntaxat vel duos pluresve fuiſſe poſthumos in vtero ex portione ſibi cõpetente heres fuiſſe intelligatur frater qui fuit ſuus heres, quemadmodum ſi ventre re vera vacuo mulier fuiſſet non eo minùs ex toto aſſe filius iã natus idémque ſuus intelligeretur heres fuiſſe quod ventrem vacuum eſſe ignoraſſet *d.§.ſuum heredẽ.* Niſi quòd cùm vacuus venter fuit, non diſtinguimus an deceſſerit ſuus heres certo iam vel adhuc incerto eo an vacuus eſſet venter an plenus nec ſi præteritus fuerit poſthumus, quæ tamen diſtinctio neceſſaria eſt cũ plenus venter & præteritus fuit vt explicauimus *l.1.Coniect.cap.10.ex l.ventre 48.eo tit.& l.ſi filius heres 16.D. de lib. & poſth.* In filio tamen ſuo herede illud etiam obſeruandum eſt licet ipſo iure ſit heres patris ex ſemiſſe cùm vnus tantùm poſthumus in vtero fui. ſi tam debitores hereditarios velit conuenire non pro dimidia id facere illum debere ſed pro quarta tantùm parte ſcriptum eſt in *d.l.ſed etſi 28.§.vlt.D.de ind.* vbi dicitur hac in re non rerum naturam intuendam in qua eſſent certa omnia, ſed noſtram potiùs inſcientiam, ſecundum quam cùm neſciamus quot ſint naſcituri, & facile fieri poſſit vt tres naſcantur, debemus filium hunc heredem habere pro quarta potiùs, quàm pro dimidia portione. Et huius quoque inter ſucceſſionis & iudicij cauſam diſſimilitudinis ſi quis rationem quærat, illa meo iudicio adferri poteſt, quod in iudicio ei qui agit, res eſt cum homine qui neſciie poteſt an in vtero vnus tantùm ſit poſthumus an plures. In ſucceſſione verò res agitur inter hominem & legem, quæ ſola & ſucceſſionem defert & acquirit ſuo heredi, & certa eſt non minùs quam natura an venter vacuus ſit an plenus, & cùm plenus eſt an vnus duntaxat ſi poſthumus, an duo pluréſve. Mirum igitur non eſt plus iuris habere ſuum heredem ad ſuccedendum ante poſthumorum natiuitatem, quàm ad agendum, licèt ſi rationem iuris inſpicias negari non poſſit quin pro qua parte heres eſt, pro eadem habeat actionem in hereditarios debitores. Nimirum ſucceſſio tota iuris eſt, actio autem licèt iuris quoque ſit, tamen plurimum facti admixti habet, quia & impetranda & exercenda eſt, quod vtrumque in facto, non in iure verſatur. De reliqua parte diſtinctionis Bartoli quæ pertinet ad fideicommiſſarios dicendum erit Decade ſequenti. Iam enim fuimus hic longiores.

ANTONII FABRI I C.

Decas Quinquageſima.

ERROR PRIMVS.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſarij particulares qui dicantur.*
2 *Qui ſingulares.*
3 *Qui vniuerſales. & num.4.*
5 *An ius adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares locum habeat.*
6 *Ratio pro affirmatiua.*
7 *Ratio pro negatiua.*
8 *Bartoli diſtinctio in propoſita quæſtione.*
9 *In legatis per damnationem iuri adcreſcendi quando locus eſſet, quando item in legatis per vindicationem.*
10 *In fideicommiſſis ſiue ſingularibus ſiue particularibus etiamſi pluribus ſimul fideicommiſſum relictum proponatur nunquam tamen fieri poteſt vt re coniuncti reperiantur.*
11 *Inter fideicommiſſarios particulares ius adcreſcendi locum non habet.*
12 *In legatis per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet.*
13. *Error Bartoli & ſequacium.*

FIDEICOMMISSARIOS † particulares 1
hic appello, non cum interpretibus noſtris eos quod Iureconſulti vocant ſingulares, ſed quibus, vt verbum ipſum præ ſe fert, pars hereditatis ex fideicom-
miſſo reſtituenda eſt. Nam quibus † fundus relictus 2
eſt, ſiue totus ſiue pro parte, ij ſingulares, non particulares fideicommiſſarij appellantur, ad differen-
tiam vniuerſalium †, quia non ſunt iuris & vniuerſi- 3
tatis ſucceſſores *§.legatarios.inſtit. de teſt.ordin.* Qua ratione illi etiam vniuerſales fideicommiſſarij dici poſſunt, quos particulares nunc appellamus, quia cùm partes hereditatis ſint homogeneæ, tam ſuccedit in vniuerſitate iuris pro parte hereditaria is qui ex parte heres eſt, quàm ſi heres eſſet ex toto aſſe. Nec quicquam plus habet qui ex aſſe heres eſt, niſi quod ſuccedit in vniuerſitatem, non modò iuris,
ſed etiam aſſis, ideoque magis † propriè ac minùs 4
æquiuocè vniuerſalis aut heres, aut fideicommiſſarius appellatur qui ex aſſe, quàm qui ex parte tantùm vel heres, vel fideicommiſſarius eſt. De quo ſcripſi-
mus in *Err.8. Decad.15.* Quærimus † igitur de iure 5
adcrc

Digitize

ſcendi inter fideicommiſſarios particulares, puta ſi quis hereditatem pluribus aut coniunctim aut diuiſim reſtituere rogatus ſit, quorum vnus fideicommiſſum repudiet, an portio quæ ad eum peruentura fuerat ſi fideicommiſſum agnouiſſet adcreſcat alteri, quomodo adcreſceret coheredi, an verò non adcreſcat, niſi cum iis diſtinctionibus quæ in legatario ſeruarentur, in quo vtique diſtinguendum eſſet vt diximus in præ-
6 cedentibus. An verbis tantum coniunctus eſſet, an etiam re, aut re & verbis ſimul. Dubitationem † facit, quod ex vno latere fideicommiſſarius particularis maximam habet cum herede particulari ſimilitudinẽ, in eo quod vterque iuris ſucceſſor eſt, & fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue particularis ſit loco heredis eſſe dicitur. Inter coheredes autem particulares non ſolùm diſiunctos, ſed etiam inuitos ius adcreſcendi eſſe conſtat *l. qui ex duobus 53. in prin. & §. 1. D. de acqu. hered. l. ſi ex pluribus 9. de ſuis & legitim.* Ex alio autem
7 latere diſſimilitudo, & diſſimilitudinis † ratio inter heredes & fideicommiſſarios peruidens illa eſt, quod non quemadmodum ex neceſſitate ius adcreſcendi locum habet inter coheredes, ne alioquin eueniret vt vacaret portio ſi coheredi non adcreſceret, atque ita fieret vt defuncti perſona quæ indiuidua eſt, pro parte repræſentaretur, ſimiliter dici poteſt inter confideicommiſſarios aliquam ſubeſſe neceſſitatem, quæ nos cogat ius adcreſcendi inducere, ſiquidem fideicommiſſum ſiue vniuerſale ſiue particulare ſiue ſingulare ſit, non aliter præſtari deberive poteſt, quam ſi adita ſit hereditas ab herede qui rogatus fuit *l. quia poterat 4. & tot. tit. D. ad SC. Treb.* Adita verò hereditate ſi fideicommiſſum pro parte vnius ex fideicommiſſariis deficiat, tam commode, ac multo æquius poteſt remanere penes heredem grauatum, quam ad confideicommiſſarium peruenire non minus quàm ſi de fideicommiſſo ſingulari, vel de legato ageretur, ideoque videtur longè rectior futura hac in re, comparatio fideicommiſſarij particularis cum fideicommiſſario ſingulari & cum legatario quam cum herede particulari, hactenus ſaltem vt neque inuitus neque diſiunctus habeat ius adcreſcendi *l. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. tollen.* qui locus cum de fideicommiſſariis generaliter loquatur, non minus ad particulares aptatur à noſtris quam ad ſingulares. Et ita Bartolus concludit in *l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat. 1.* nihil hac parte diſtare fideicommiſſum à legato, licèt huius ſententiæ rationem nullam adferat, quam nec cum ſoluiſſe veriſimile eſt, vt ex iis quæ contra ipſius traditiones ſuperiore Decade diſputauimus, colligi
8 facilè poteſt. Diſtinguit tamen Bartolus † & bene an heres, cuius fideicommiſſum eſt, hereditatem adierit ſponte an coactus, vt ſi ſponte, tum demum procedat quod modo diximus. Si verò coactus, aliud iuris ſit, & vno ex fideicommiſſariis partem ſuam repudiante, tota hereditas ad alium pertineat qui heredem adire coegit ex *l. 1. §. ſed & quoties D. ad SC. Trebel.* vbi ſcribit Vlpianus, ſi quis rogatus duobus hereditatem reſtituere alteri purè vel in diem, alteri ſub conditionẽ, ſuſpectam dicat, ei cui purè rogatus erat partem hereditatis reſtituere interim totam reſtitui oportere, idque Senatum cenſuiſſe: Cùm autem extiterit conditio ſi velit alius fideicommiſſarius partem ſuam ſuſcipere tranſire ad eum ipſo iure actiones. Cuius Senatuſconſulti quod ad primam ipſius partem attinet ratio illa eſt, quia licèt heres qui adit coactus poſtulante fideicommiſſario perinde fiat heres acſi ſponte adiiſſet, non magis tamen retinere quicquam poteſt ex ea hereditate, immo neque ex iudicio teſtatoris, quàm ſi heres non eſſet, cùm id egerit quantum potuit vt teſtamentum ſupremaque defuncti voluntas deſtitueretur *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam iuſſ. l. ſi cogi 16. §. idem Macianus D. eodem.* atque ita ceſſat hoc caſu ea ipſa ratio propter quam proximè diximus, inter fideicommiſſarios ſiue inuitos ſiue diſiunctos, ius adcreſcendi eſſe non poſſe. Sed videamus ne tum quoque cùm heres oneratus adiit ſponte, aliud tamen iuris ſit in fideicommiſſis vniuerſalibus & particularibus, non dicam quàm in ſingularibus, de quibus poſtea tractandum erit, ſed quam in legatis per vindicationem relictis. De his enim loquuntur omnes Pandectarum leges quæ de iure adcreſcendi in legatis tractant, quandoquidem in † legatis per damnatio-
nem nullo caſu erat ius adcreſcendi niſi cùm id à te- 9
ſtatore expreſſum erat vt ſequenti capite dicemus. In legatis per vindicationem relictis, quæ etiam vindicationis legata dicebantur, ita demum ius adcreſcendi locum habebat, ſi legatarij vel re & verbis ſimul, vel ſaltem re tantùm coniuncti reperirentur, quòd iſti partes non haberent niſi per concurſum, vt proinde altero non concurrente totum legatum pro ſuo iure poſſet vindicare is qui ſolus ad legatum veniret: inter eos verò tantùm ius adcreſcendi non eſſet, qui vel verbis tantùm coniuncti eſſent, quod iſti ab initio partes haberent, vel certè nunquam idem totum. At in fideicommiſſ. † ſiue particularib. ſiue vniuerſalib.
etiamſi pluribus ſimul & coniunctim fideic. relictum 10
proponatur, nunquam tamen fieri poteſt vt re coniuncti reperiantur, quia hoc ipſo quòd teſtator heredem grauat, vt pluribus eandem rem reſtituat, ſiue vna eademque oratione in hunc modum *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio & Manio reſtituas*, ſiue diuerſis orationibus vt puta *Rogo te Titi vt hereditatẽ meam Sempronio reſtituas, Eandem hereditatem Manio reſtituito*, intelligitur partes facere inter fideicommiſſarios iam inde ab initio, & ſingulis partes tantùm dare, quoniam cùm velit & neceſſe ſit reſtitui fideicõmiſſum per manus heredis, nec fieri poſſit vt heres eandem rem ſiue in iure conſiſtat, ſiue in corpore, vtrique fideicommiſſario in ſolidum reſtituat perinde neceſſario accipi hoc fideicommiſſum debet, acſi heres vni partem vnam, alij aliam reſtituere rogatus eſſet: neque ad partes faciendas expectandus eſt concurſus fideicommiſſariorum: ſufficiente ſcilicet interpretatione iuris, quæ niſi faceret vt teſtator ipſe ab initio partes conſtituiſſe crederetur, obligaret heredem ad impoſſibile, id eſt ad eandem rem pluribus in ſolidum præſtandam. Obligatio namque heredis ad legatum præſtandum, ſicuti præcedit ipſam præſtationem, ita & neceſſe eſt vt certa conſtituatur, antequàm fiat cõcurſus, quippe qui non fit niſi præſtatione interueniẽte: Non poteſt autem certa & vtilis obligatio conſtitui niſi de re poſſibili, cùm impoſſibilium nulla obligatio ſit, vt eſt in regula iuris. Ob idque neceſſe eſt vt ab initio partes factæ intelligantur poteſtate iuris, quãuis non ſint factæ à teſtatore. Et conſequenter impeditur † ius adcreſcendi ne inter eos locum habere poſ-
ſit, quia vt non ſit ei locus non requiritur neceſſario vt 11
partes factæ ſint à teſtatore, ſed ſufficit quòd non fiãt per concurſum. Siquidem toties duntaxat ius adcreſcendi eſt inter legatarios & fideicommiſſarios quoties non niſi per concurſum partes fiunt *l. 3. D. de vſufr. adcreſc.* Indeque nimirum erat olim quod non habebat
locum ius adcreſcendi † in legatis per damnationem 12
ne quidem inter legatarios coniunctim vocatos *l. ſi Titio & ei 7. De lega. 2.* quia legata damnationis perinde ac fideicommiſſa per manus heredis præſtanda erant vt dicemus capite ſequenti. Et ideo ſi quando volebant teſtatores ius adcreſcendi eſſe inter fideicommiſſarios aut legatarios per damnationem ſolebãt id ipſum expreſſim cauere, hac clauſula adiecta *donec totum ad vltimum perueniat* vt in *l. Lucius 88. §. Lucius Titius*

Digitized by Google

Titius teſtamento de leg.2.l. codicillis 34.in pr. De vſufr. le. de quo iam attigi in Err.6. Decadis præcedentis.
13 Falſa igitur Bartoli † traditio eſt, cæterorúmque vulgarium interpretum, qui poſt Bartolum volunt eaſdem diſtinctiones adhibendas eſſe in fideicommiſſis, quæ adhibentur in legatis per vindicationem, nec ſeparant hac parte Ius vetus à nouo, nec legata per vindicationem à legatis per damnationem, nec denique vident fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia exæquanda eſſe hac in re, vt in aliis pleriſque, ei generi legatorum quæ per damnationem, non iis quæ per vindicationem relicta eſſent. Planè inter fideicõmiſſarios etiam vniuerſales qui ab initio partes habuerint non eſſe ius adcreſcendi conſtat ex Scæuola in *l. Lucius* 88.*§. quæ habebat D. ad SC. Treb.* quamuis in ea ſpecie hoc amplius eſſet, quod prioribus teſtamenti verbis totum fideicommiſſum vni tantùm fideicommiſſario relictum proponebatur, vnde ratio dubitandi ſumebatur propter quam videretur ille alio repudiante ad totum fideicommiſſum eſſe admittendus. Quid tamen hodie ac iure nouo obtineat, tertio capite dicemus.

ERROR II.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios ſingulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet, & cur.*
2 *Diſcrimen inter fideicommiſſa vniuerſalia & legata per vindicationem ratione iuris adcreſcendi.*
3 *Differentia inter fideicommiſſa ſingularia & legata per vindicationem.*
4 *Conuenientia fideicommiſſorum omnium & legatorum per damnationem ratione iuris adcreſcendi.*
5 *Inter legatarios per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet.*
6 *Cur legatarij per damnationem ſiue verbis coniuncti, ſiue disiuncti eſſent, vel partes ab initio habere non viderentur, vel vni tota res, alteri res æſtimatio relicta intelligeretur.*
7 *Cur in legatis per vindicationem alter legatarius rem, alter æſtimationem non habeat.*
8 *Vnde promanet obligatio qua obligatur heres in legato vindicationis.*
9 *Res aliena per vindicationem legari non poteſt, & cur.*
10 *Diſcrimina inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem.*

DISTINCTIO illa, quam ſuperiore capite adhibuimus cùm de iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares tractaremus, An heres grauatus adierit ſponte an coactus, locum habere non poteſt ſi de eodem adcreſcendi iure quæratur inter fideicommiſſarios ſingulares. Non ob id ſolum
1 quod † fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet, tanquam qui non ſit iuris ſucceſſor *§. legatarios Inſtit. de teſtam. ordi. leg. nam quod* 14. *§. non omnis l. cogi* 16. *§. generaliter l. non eſt cogendus* 53. *Digeſt. ad SC. Trebell.* ſed etiam quoniam quoque cùm aliquis eſſet fideicommiſſarius vniuerſalis per quem coactus eſſet heres adire, quamuis eo caſu pars fideicommiſſi ſingularis deficiens apud heredem remanere nec poſſet nec deberet, nulla tamẽ ſubeſſet neceſſitas, quæ ius adcreſcendi deberet inducere inter fideicommiſſarios ſingulares, quandoquidem portio illa deficiens, quam diximus non poſſe remanere penes heredem, qui adiit compulſus, æquè facilè & commodè poſſet remanere penes fideicommiſſarium vniuerſalem, ad quem pertinet vt legata & fideicommiſſa ſingularia, quæ ad heredis onus fuerunt præſtare teneatur ex quo tempore per hereditatis reſtitutionem conſtitutus fuit loco heredis, præterquam ſi heres rogatus ſit hereditatem reſtituere reductis legatis *leg.* 2. *&* 3. *eod. tit.* Et in hoc agnoſco eſſe differentiam inter fideicommiſſarios particulares & ſingulares. Sed ſi tractemus de herede qui ſponte adierit, ac proinde qui capax ſit eius portionis retinendæ, quæ defecerit ex fideicommiſſo ſiue vniuerſali ſiue ſingulari, nullam prorſus hac in re differentiam agnoſco inter fideicommiſſa vniuerſalia & ſingularia in eoque cum Bartolo ſentio. At non in eo ſimiliter quod eandem rationem ille conſtituit ad *dict. leg. planè* 34. *§. ſi coniunctim. de legat.*1. fideicommiſſorum omnium inter ſe & legatorum. Nam quemadmodum ſuperiore capite oſtendimus fuiſſe olim hac parte differentiam inter fideicommiſſa † 2
vniuerſalia & legata per vindicationem, vt in fideicommiſſis vniuerſalibus nullo caſu eſſet ius adcreſcendi, inter legatarios verò per vindicationem eſſet, niſi verbis tantùm coniunctis proponerentur:
Ita & fideicommiſſorum † ſingularium aliam rationem conſtituimus quàm legatorum per vindicatio- 3
nem, eadem ipſa ratione quam in fideicommiſſis vniuerſalibus vſurpauimus, quòd fideicommiſſorum ſingularium quantumuis coniunctim relictorum partes ab initio fiant, non quomodo in legatis vindicationis per concurſum. Ab initio, inquam, non quidem à teſtatore diſertis verbis, ſed iuris poteſtate, cùm fieri nequeat vt rogetur vtiliter heres eandem rem duobus præſtare in ſolidum, quod per rerum naturam impoſſibile eſt. Maximè ſi agatur de corpore non de iure vt ſolent fideicommiſſa ſingularia, itémque legata eſſe corporum, in quibus iuris fictio multo minùs locum habere poteſt, quàm in hereditate, quæ ipſa iuris eſt & intellectum iuris habet etiam ſine corpore, *leg. hereditas* 50. *Digeſt. de hereditat. petit.* Neque tamen adeò diſſentire à Bartolo volumus vt cauſam fideicommiſſorum ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium à legatis omnibus & omnino ſeparemus, ne dum Bartolum reprehendimus, in contrarium errorem incidamus. Diſtinguimus enim, quod ille facere neſciit legata vindicationis à legatis per damnationem relictis, & hoc ipſo quod aliam conſtituimus rationem fideicommiſſorum, ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium & legatorum per vindicationem. Ita eandem † eſſe volumus fideicommiſ- 4
ſorum omnium & legatorum per damnationem: Vt ſcilicet neque in his neque in illis vnquam ſit ius adcreſcendi, niſi cùm nominatim expreſſum eſt à teſtatore, quod olim plerumque fiebat, ineptè profectò & ridiculè, ſi ita ius erat vt inter iſtos ius adcreſcendi etiam quod expreſſum non fuiſſet locum habere potuiſſet. Idque iam ante nos bene obſeruatum fuit à recentioribus, præſertim à Iacobo Cuiacio *lib.* 15. *Obſeruat. cap. quarto. ex l. ſi Titio & ei* 7. *De lega.*2.*l. pater* 38.*§. filiam l. vxorem* 41. *paragraph. agri plagam de lega. tertio. iunct. l. Lucius* 88.*§. Lucius Titius teſtamento de lega.*2.*l. codicillis* 34. *in princip. Digeſt de vſufruct. legat.* Sunt enim hac parte legata per damnationem ſimilia fideicommiſſis, tam ſingularibus quàm vniuerſalibus, in eo quod præſtanda ſunt per manus heredis, nec priùs poſſunt ſiue per legatarium

rium ſiue per fideicommiſſarium res ita relictæ vindicari, quàm dominium earum tranſlatum fuerit per traditionem factam ab herede, qui porrò non magis damnari quàm rogari poteſt vt eandé rem duobus in ſolidum præſtet. Niſi eo ſenſu vt vni præſtet rem, alteri æſtimationem, quod olim obſeruabatur, quoties plurib. eadem res legata per damnationem orationibus tamen ſeparatis, hoc modo, *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas eſto, Eundem fundum Sempronio dato.* In tali nàque caſu qui prior ex legatariis ad legatum veniebat, ipſum fundũ conſequebatur, qui verò poſterior, fundi æſtimationẽ, vterque in ſolidum, vt conſtat ex *leg. ſi plurib. 33. de leg. 1. & ex leg. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. toll.* Vnde fieri neceſſe erat vt inter legatarios † per damnationẽ ius adcreſcendi eſſe nunquam poſſet. Nam vel erant omnino diſiuncti & re & verbis, & eo caſu nulla ratio erat propter quam deberent habere ius adcreſcendi, quod inter legatarios non niſi ex cõiunctione naſcitur. Vel cõiuncti quidem re ſed diſiunctis verbis, vt in ſupraſcripto exemplo. Et tunc ne poſſet inter eos ius eſſe adcreſcendi illud faciebat, quòd cùm vnuſquiſque legatariorum etiam omnib. cõcurrentibus legatum ſibi relictum conſecutus eſſet in ſolidum, neceſſe erat alterutrũ euenire vt vel nihil amplius eſſet quod poſſet adcreſcere, vel vt ius illud adcreſcendi ad hoc induceretur, vt is cui ſemel tantùm Cornelianus fundus legatus fuiſſet, duplex tamen legatũ cõſequeretur, & vno totum fundum, ex altero totius fundi totam æſtimationẽ: quod ſanè ridiculum eſſet ac iniquum. Quid. n. aliud velit aut poſſit petere, is cui fundus Cornelianus in ſolidũ legatus fuit, quàm vt totum ipſum fundum habeat ſiue in corpore ſiue in æſtimatione? Aut cur ei cui teſtator non niſi alterutrũ dederit nos volumus dare vtrumque? Quomodo tanquam ex abſurdo argumentatur Paulus in *l. debitor. 59. in fi. prin. D. ad SC. Treb.* Vel denique cõiuncti erant verbis legatarij per damnationem puta in hunc modum, *Heres meus fundum Cornelianum Titio & Sempronio dare damnas eſto.* Et eo caſu idcirco ius adcreſcendi eſſe inter eos non poterat, quia vt diximus partes ab initio inter eos factæ intelligebantur, non expectato eo vt concurrerent. Ius verò adcreſcendi non eſt niſi inter eos qui per cõcurſum duntaxat partes habent. Quòd ſi quis rationem quærat, Cur non vtroq; caſu idem ius eſſet, vt ſiue verbis cõiuncti ſiue diſiuncti eſſent, vel partes ab initio habere viderentur, vel vni tota res, alteri totius rei tota æſtimatio relicta intelligeretur. Itémque cur in legatis per vindicationem non eadem diſtinctio adhiberetur, vt aliquo ſaltem caſu alter ex legatariis totam rem, alter totius rei æſtimationẽ cõſequi poſſet (quibus duabus quæſtionibus tota ferè iſta tractatio cõtinetur) Reſpondebo
6 † ad priorem interrogationẽ plus iuris habere legatarios per dãnationẽ, quibus diſiunctim quàm quibus cõiunctim legatum eſt, quoniam legato cõiunctim ita relicto vt heres duob. eandem rem in ſolidũ dare damnatus ſit, non poteſt ea capi interpretatio, quaſi videatur teſtator voluiſſe vni rem dari in ſolidum, alteri æſtimationem, cùm eadem oratio in qua ſemel tantũ facta ſit mentio fundi, non poſſit recipere diuerſitatẽ illam interpretationis, vt alio ſenſu fundi nomẽ ſumatur, quod ad Titiũ, aliud quod ad Sempronium. Atqui nec illud fieri poteſt, vt heres vtiliter damnatus ſit eodẽ ſenſu eundem fundũ dare in ſolidum vtriq. legatario, vt iam diximus. Illud igitur neceſſariò relinquitur, vt perinde legatum hoc accipi debeat iuſta & ciuili interpretatione, acſi heres eum fundum Titio & Sempronio pro æquis partib. dare damnatus eſſet: ne alioqui de re impoſſibili faciẽda rogatus videatur. Porro inter eos quib. ab initio teſtator æquas partes vel legauit vel legaſſe intelligitur ius adcreſcẽdi nõ eſſe & diximus & probauimus iam ſæpe. Cur verò plurib. eadẽ res per dãnationẽ legata eſt diſiunctim hoc eſt ſeparata oratione, nõ ſimiliter dici poteſt partes vllas intelligi ab initio factas eſſe. Quid enim obſtat quominus ex illis verbis *Heres meus fundũ Cornelianũ Titio dare dãnas eſto,* fũdus totus ſoli Titio & in ſolidum relictus eſſe dicẽdus ſit? Neq; enim adhuc debet collegatariũ Semproniũ, qui licet accedat poſtea ſubiiciẽte teſtatore *Eundẽ fundũ Sẽpronio dare dãnas eſto,* nulla tamẽ inducitur neceſſitas cõminiſcendarũ per interpretationẽ partiũ, quas reuera teſtator nullas fecit, quia cùm hæc poſterior oratio profertur aut ſcribitur, iã poſſibile eſt vtrique legatario ſatisfieri in ſolidũ, ſaltẽ quantũ per rerũ naturã fieri poteſt iuxta teſtatoris volũtatẽ dato vni fũdo, alteri æſtimatione. Quã fuiſſe teſtatoris voluntatem ex eo credibile ſit quod poſt damnatũ heredẽ vt vni ex legatariis totũ fundũ daret, eundẽ heredẽ dãnauit, vt alteri eundẽ fundũ totum daret, cũ tamen ſciret ſi nõ penitus deſipiebat, idem corpus fũdi duob. in ſolidũ præſtari nõ poſſe. Itaq; quod aliis pleriſq; caſib. cõtingit vt quamuis multũ diſtet res à rei æſtimatione *l. ſi alij 42. §. 1. ff. de vſufr.* re tamẽ aliqua legata debeatur eius æſtimatio, vt puta ſi à ſciente legata ſit res aliena quam dominus nolit vendere iuſto pretio *l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. alienus 61. ad leg. falc.* idem hoc caſu euenit ex neceſſitate: vt qui fundus vtrique legatus eſt, nec vtriq; in corpore præſtari poteſt, vni res, alteri æſtimatio præſtetur. Sed illud magis mirum videri poteſt, cur in legato † per vindicationem relicto, quæ 7
ſecunda quæſtio eſt, non idem obſeruetur. Cùm. n. plurib. eadem res per vindicationem legatur ſiue vna eadémq; oratione ſiue diuerſa, nunquã fit vt vni res, alteri æſtimatio debeatur, ſed vtroq. ad legatum ſiue ſimul, ſiue ſeparatim veniente, tum demum partes fiunt per concurſum, altero tantùm veniente totum legatum is conſequitur, quia totum ei relictum fuit. Ratio tamen quæ ex diuerſis formulis legatorũ peti debet, illa non obſcura eſt, quod verba legati per vindicationem non diriguntur ad heredem, ſed ad legatarium. Et quamuis non eo minus heres perſonali actione teneatur ad præſtandum legatum *l. huiuſmodi 84. §. vlt. & l. ſeq. iunct. d. l. ſi plurib. in prin. de le. 1.* nihil tamẽ eſt propter quod cogamur dicere partes ab initio factas videri à teſtatore, quia cũ teſtator ita ſcripſit *Lego Titio fundũ Cornelianũ, Eundẽ fundũ lego Sẽpronio,* quod perinde eſt acſi directis ad legatariũ verbis ſcriptũ eſſet *Titi fundũ Cornelianum habeto, Eundẽ fundũ Sẽproni habeto* (neutro. n, caſu loquitur teſtator cũ herede) aut etiã ita *Titio & Sẽpronio fundum Cornelianũ lego*], aut ita *Titi & Semproni fundum Cornelianum vindicanto* [nihil eſt quod ab initio impoſſibile videri debeat, nec proinde quod impediat quominus ſingulis legatariis totus fundus vtiliter legatus intelligatur, ſed incipit emergere impoſſibilitas, cùm ambo legatarij cõcurrunt, quia fieri nequit vt cõcurrẽtes ambo legatũ in ſolidũ cõſequãtur, & vindicẽt, nõ magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidũ *l. ſi vt certo 5. § vlt. D. cõmod.* cùm ei tãtùm qui dominus eſt & quatenus dominus eſt liceat vindicare. *l. in rẽ 23. & paſ. D. de rei vindic.* Cùmq; ſupradicta verba legati & ad legatarios pertineãt, & vindicãdi ius iis tribuãt, nec ab initio initio ſciri poſſit vtrũ ambo legatũ agnituruti ſint, & vindicaturi, apparet nil eſſe neceſſe fieri partes antè quàm cõcurrãt. Iis verò cõcurrẽtibus partes ſẽper fiũt nec vnquã præſtatur vni tota res, alteri tota æſtimatio, quia poteſt heres dicere nihil ſed are iuſsũ, & hactenus tantũ poteſtate iuris tãquã heredẽ obligatũ eſſe vt rẽ lega-

tam ex hereditate delibari, & ad legatarios peruenire patiatur, non etiam vt eius rei æſtimationem cuiquã ipſorũ præſtet. Quod diuerſum eſt in legato dãnationis, cuius verba ſicuti ad heredẽ diriguntur, ita & eo pertinent, vt heres ad legati præſtationẽ obligetur & quidẽ ex inſtanti mortis teſtatoris, non expectata legatariorũ voluntate, an ad legatũ omnes venturi ſint, necne, quia prius eſt vt heres obligatus ſit præſtationi legatorũ, quam vt de illo quæri oporteat, An ad legatũ veniat vterque legatarius, an alter tãtùm. Fruſtra ſiquidẽ foret legatarium venire ad petitionẽ legati, cuius præſtationi nõ eſſet heres obligatus, aut vltrà quã eſſet. Inde igitur fit vt priùs etiam quàm concurſus legatariorũ fiat, partes fieri neceſſe ſit ad conſtituendã eam obligationẽ heredis, quæ ſit poſſibilis, vt ſit iuſta, quoties vna eademq; oratione heres eandẽ rẽ duob. pluribúſve legatariis dare dãnatus eſt. Si verò ſeparatis orationib. dãnatus ſit, dicimus eum poſt quàm vni rẽ dedit, alij eiuſdẽ rei æſtimationẽ dare cogendum eſſe, quia vt rẽ daret expreſſim obligatus fuit, & à teſtatore ipſo dãnatus: Cui voluntati etſi ſatisfacere non poteſt rẽ ipſam dando, quã alteri iã dedit, poteſt tamen dãdo æſtimationẽ, tanquã ſi alieno rem quamlibet dare dãnatus eſſet. Quid enim refert an teſtator ab initio alienã rem leget per dãnationem, an verò ſuam quidẽ inſpecto teſtamenti & mortis tempore, ſed tamen in id tẽpus quo erit aliena id eſt iã tranſlata in eum ex legatariis qui prior venerit ad legatũ? *ar. l. Stichus 39. D. de manu. teſt. l. quod ſponſæ 4. C. de don. ant. nupt.* Sed hoc ita in fideicõmiſſis quoq; obtinet, quorũ eandem quã legatorũ damnationis rationẽ eſſe diximus, ſi res aliqua ſingularis, non etiã hereditas per fideicommiſſum data proponatur, quia cùm hereditas cõſiſtat in iure & hereditatis fideicõmiſſarius iuris ſucceſſor ſit, fieri nequit vt qui hereditatẽ reſtituere rogatus eſt, videatur rogatus de præſtãda hereditatis æſtimatione, quæ non perinde iuris eſſet. In eoque fatendũ eſt differre fideicommiſſum vniuerſale à ſingulari & in vniuerſali etiã disiunctim relicto vtrumq; fideicommiſſariũ concurrere, vt habeat vnuſquiſq; partẽ dimidiã hereditatis, quãuis ſingulis tota hereditas per fideicõmiſſum fuerit relicta. Itaq; nihil refert an tale fideicõmiſſum cõiunctim relictũ ſit, an disiunctim. Neq; ſupradictis cõtrarium eſt, quod admiſimus in legato † quoq; vindi-
8 cationis obligari heredẽ, ideoq; perſonali etiam actione conueniri poſſe. Obligatio enim illa non ex teſtatoris verbis inducitur, quæ vt diximus, non ſunt ad heredem directa ſed ex ſola poteſtate iuris, quæ obligat heredẽ ad onera hereditaria omnia, in quorũ numero cenſentur etiã legata, quãuis ab herede incipiant. *l. hereditariarũ 40. D. de oblig. & actio.* Iuris autẽ poteſtas nõ obligat heredẽ, niſi quatenus neceſſe eſt vt defũcti voluntas exitũ ſortiatur. Nec ruſus neceſſe eſt ad cõſeruandã defuncti voluntatẽ, vt ad aliud obligetur heres ex cauſa legati per vindicationẽ relicti, quã vt rẽ illã quæ plurib. ſiue cõiunctim ſiue disiunctim legata fuit ab iis vindicari patiatur, aut quod effectu idem eſt, ipſis præſtet ſi malint illi perſonalem actionẽ exercere quàm vindicationem: quia teſtatoris verba in rẽ ipſam legatã concepta fuerunt, non ad heredis perſonam relata, quomodo referri debuerant ad onerandum heredem: Oneratur autem ſi non tantùm re legata carere, ſed ipſius quoque æſtimationem præſtare cogeretur. Nec tam facilè credendus eſt teſtator qui vnum voluit aliud etiam voluiſſe, cùm faciliores ſint teſtantium voluntates in ſuis reb. legandis, quàm in onerandis heredib. vt vel alienas res comparet, vel earum æſtimationem præſtent vt Papinianus eleganter ratiocinatur in *l. vnum ex familia 67. §. ſi rem tuam de leg. 2.* Accommodatè ad propoſitum noſtrum. Quid enim aliud eſſet heredem obligare vt eadem re duob. per vindicationem legata vni rem præſtaret alteri æſtimationem, quam eum onerare vt alienam rem compararet? Etſi namque quoties de vindicationis legato agimus ponendum eſt fuiſſe rem teſtatoris, ſiquidem res aliena per vindicationem † legari non 9
poteſt, cùm abſurdum ſit vindicandæ alicuius rei poteſtatem alij facere illum qui vindicare ipſe non poſſit, ex quo tamen vnus ex legatariis legatum agnouit, cuius dominus ex die mortis fuiſſe intelligitur, non poteſt de ea re tractari niſi tanquam de aliena, quippe quæ iam legatarij ſit non amplius hereditaria vel heredis: Nec fieri poteſt vt ei ex legatariis qui ad legatum poſterior venit heres ipſum præſtet, niſi vel eandẽ rem comparando à priore legatario, vel ſi nollet ille vendere aut non niſi immodico pretio vendere, præſtando æſtimationẽ iuſtam, vt fieret aliena re legata. Quamquam illa etiam ratio facit pro herede cùm per vindicationem legatũ fuit, quod cùm ex hac cauſa dominium legati recta via tranſeat à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. in fin. D. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* conſequens eſt vt eadem re plurib. hoc legati genere relicta æquè dominium tranſeat in vtrumque & eodem inſtanti ac proinde pro parte tantùm, quando quidem iuris ratio nunquam facit duos eiuſdem rei dominos in ſolidum, quod nec patitur natura ipſa. Eadem igitur iuris ratio quæ ipſa quoque ſola heredẽ obligat, vt perſonali actione ad legati præſtationem teneatur, non niſi pro parte ipſum obligare poteſt, pro ea ſcilicet parte pro qua vult ad vnumquemque ex legatariis legati dominium peruenire: quod in legatis per damnationem non ſimiliter dici poteſt, ex quibus dominium nõ ipſo iure transfertur in legatarios, ſed ex eo tantùm tẽpore quo traditio facta ſit per heredem. Id enim faciunt verba ipſa legati cùm heres qui dare iuſſus & damnatus eſt hoc ipſo damnatus ſit dominium trãsferre ſiquidem dandi appellatione dominij tranſlatio ſignificatur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* Quomodo autem poſſet ille transferre dominium quod non haberet adeoque in legatarium qui iam dominus per legem factus eſſet, quique magis dominus fieri non poſſet? Dices ſecundum hanc rationem futurum vt in legato quoque vindicationis partes ab initio à lege fieri neceſſe ſit, nec expectari concurſum legatariorum, vt & in legatis per damnationem, cùm tam ſit ab initio impoſſibile, vt dominiũ eiuſdem rei legatæ plurib. acquiratur in ſolidum, quàm vt heres eandem rem plurib. in ſolidum dare eiuſq; dominium transferre obligetur. Porrò ſi quis hoc diceret, In legatis quoque per vindicationem partes ab initio fieri non per concurſum, ſtatim conſequens fieret in illis igitur non magis adcreſcendi ius eſſe poſſe quam in legatis per dãnationem, quod tamen euidenter falſum eſſet. Verùm reſpondendum eſt, inter hos
caſus differẽtiã illã eſſe, quòd dominium † rei per vin- 10
dicationem legatæ quamuis recta via tranſeat à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum heredis, toties tamen tranſit, aut vt melius dicam apparet ex poſtfacto quod tranſierit, quoties legatum agnoſcit legatarius, quia repudiatum legatum, neque eſt neque vnquã intelligitur fuiſſe legatarij *l. ſi tibi homo 85. §. cũ ſeruus de legat. 1. l. quadam ſunt 15. De reb. dubiis.* Semper igitur expectãdus eſt concurſus legatariorũ priuſquàm neceſſitas vlla ſubſit partium faciendarum ad impediendum ne inuicem ſe legatarij impediant, ſiue vindicatio exerceetur, ſiue actio perſonalis, quæ in conſequentiam duntaxat vindicationis à iure datur: quamuis interim non niſi partem legati ſiue per actionem perſonalem ſiue per vindicationem petere poſſit is qui prior ad legatum venit, quoniam ſufficit vt alius collegatarius qui nondum concurrit, adhuc poſſit quandoque concurrere vt interea faciat

ciat partem *d.l.planè 34.§.ſi coniunctim l.duobus 85.l. ſi domino 99.De lega.1.* Non idem eſt in legatis per damnationem, in quibus ſcilicet obligatur heres ex verbis teſtatoris, & ex iuris poteſtate teſtatoris voluntatem ſubſequente, nec vllum concurſum voluntatis legatarij requirente. Nec enim pendet ex voluntate legatarij an heres ei ſit obligatus, quamuis ex eiuſdem voluntate pendeat an legatum ſibi vtiliter relictum conſequi velit, necne: quia non quemadmodum obligatio tota iuris eſt, ita & acquiſitio irreuocabilis ac cum effectu eſſe poteſt ex ſola iuris poteſtate niſi concurrat etiam voluntas eius cui acquirendum eſt legatum, ne alioqui contra iuris regulam beneficium in inuitum conferatur. *l.ei qui 13. D. de cond. inſtit.* Itaque quoties duobus eandem rem vnica oratione heres dare damnatus eſt, ſicuti obligatio heredis contrahitur antequam legatarij voluntatem ſuam declarent vtrum agnoſcant legatũ necne. Ita & partes ab initio fieri neceſſe eſt non expectato concurſu, quæ res impedit ne poſtea ius adcreſcendi inter legatarios eſſe poſſit, etiamſi non concurrant, altero duntaxat legatum agnoſcente, altero repudiante.

ERROR III.

De natura quam omnibus legatis & fideicommiſſis Iuſtinianus dedit quod ad ius adcreſcendi.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter legata per vindicationem & legata per damnationem ratione iuris adcreſcendi.*
2 *Quæſtio de natura quam omnibus legatis Iuſtinianus dedit.*
3 *Sententia autoris de propoſita quæſtione, vbi exponitur mens Iuſtiniani in l.vnica.§. vbi autem. C. de caduc. toll.*
4 *Quæ ſit ratio conſtitutionis Iuſtin. in d. l. vnic. vbi Triboniani incogitantia notatur: & abſurda ex d. conſtitutione emanantia oſtenduntur.*
5 *Iuſtinianus hoc ex iure veteri retinuit, vt inter verbis tãtùm cõiunctos nunquã iuri adcreſcẽdi locus eſſet.*
6 *Iam olim erant verbis coniuncti ij quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta erat.*
7 *De vi coniunctionis verbalis & realis.*
8 *Iuſtinianus abſonè fecit vt in legatarios omnes dominium legati recta via & ſine traditione trãſferatur.*
9 *Quid ex ſuperiori ſanctione ſequatur.*
10 *Examinatur ratio propter quam vult Iuſtinianus diſiuncto adcreſcere deficientem portionem ſine onere, coniuncto verò cum onere.*
11 *Error Fachinei.*
12 *Interpolatam fuiſſe à Triboniano l. ſi pluribus. 33. ff. de lega.*
13 *Fideicommiſſa tantum ſingularia exæquata ſunt legatis, non etiam vniuerſalia aut particularia.*
14 *Quid iuris hodie ſit in fideicõmiſſis tum vniuerſalib. tum particularibus quod attinet ad ius adcreſcẽdi.*

SIcuti vulgares interpretes ignorarunt differentias illas, quæ olim tam multæ fuerunt inter legata vindicationis & damnationis, quas potiſſimũ debemus fragmentis illis, quæ nobis ſuperſunt ex Vlpiani & Caij Inſtitutionibus, & de quibus nobis copioſè ſcriptum eſt lib.6.Coniect.cap.1. Ita & qui ex recentioribus minùs vulgares videntur errant pleriq. in ea legatorum natura explicanda quam omnib. communem eſſe Iuſtinianus voluit in *l.1.C. commu. de legat.* Sciunt quidem omnes hodie vnam eandémq. naturam eſſe omnium legatorum ſed quænam illa ſit aut non explicant, aut malè explicant. Nos ea tantum adferemus quæ pertinent ad inſtitutam diſputationem De iure adcreſcendi. Cætera peti poterunt ex Coniecturis. Iam oſtendimus in præcedentibus quàm differens fuerit ratio legatorum per vindicationem & per damnationem, cum de iure adcreſcẽdi tractabatur, & vnde differentia proficiſceretur. In ſumma † ius adcreſcendi fuiſſe inter legatarios 1 per vindicationem ſiue re & verbis coniuncti eſſent ſiue re tantũ dummodo non eſſent vel re ac verbis diſiuncti vel verbis tantum coniuncti. Inter legatarios verò per damnationẽ nunquam, quippe qui vel iam inde ab initio partes habuiſſet intelligerentur, ſi ad eandem rem vna eademq. oratione vocati fuiſſent, vel in ſolidum ſinguli ad legatum admitti deberent, ſi diuerſis orationib. ſolidum ſingulis datum eſſet, tanquam ei qui prior veniret data re ipſa alteri æſtimatione. Niſi ſi de hereditatis fideicommiſſo ageretur, quod nimirum in æſtimatione præſtari nũquam poteſt. 2 Quæſtio † igitur eſt, cùm hodie vna legatorum omnium natura ſit, vtrum eam eſſe voluerit Iuſtinianus quæ olim erat legatorũ per vindicationem, an potius quæ erat legatorum per dãnationem. De quo etſi Iuſtinianus ex profeſſo tractat in *le. vnic. §. vbi autem legatarij C. de cad. toll.* ſubobſcurum tamẽ videtur quid ille ſenſerit, & quænam illa concordia ſit in quam traxerit ipſe, vt loquitur, antiquam diſſonantiam. Mihi videtur, † quod hæc ipſa verba præ 3 ſe ferunt, legatis omnib. hodie quod ad ius adcreſcendi attinet, mixtam naturã datam eſſe, quæ participet ex vtroq. illo genere legatorum. Diſtinguit.n. Iuſtinianus an eadem res plurib. relicta fuerit coniunctim, an diſiunctim, hoc eſt an vna an verò diuerſa oratione. Si coniunctim, vult omnes ad legatum venire pro virili portione: nam nec partes inæquales habere poſſunt ij qui nominatim fuerunt verbis coniuncti, vt docuimus in Er.3.& 4. Decad. præced. quod neque Paulus Caſtr. ad eum locum intellexit, neque ex recentioribus Duarenus & Cuiac. qui virilem portionẽ explicant cuiuſq. portionẽ etiam quæ ſit inæqualis, quod iam olim legatis omnib. tam per vindicationem quàm per damnationem relictis commune erat, ſed vno ex iis legatum repudiante partem ipſis deficientẽ alteri cum ſuo onere adcreſcere, ita demum vero penes heredem à quo relictum eſſet remanere, ſi nemo ex legatariis agnoſcere legatum vellet: quod olim obtinebat in iis tantùm legatis quæ per vindicationẽ relicta eſſent, non item in iis quæ per damnationem, quantum attinet ad ius adcreſcendi, hoc eſt hactenus vt deficiens vnius legatariorum portio alteri adcreſceret. At vt adcreſceret cum onere non obtinebat, quia is cui coniunctim legata res erat per vindicationem ius habebat in ſolidũ ipſius vindicandæ ex propria perſona & proprio iure, non ex perſona collegatarij repudiantis, vt proinde cauſa nulla eſſet cur onus collegatario iniunctum non ſibi ſuſcipere cogeretur. Si vero diſiunctim legatum ſit, vult Iuſtinianus, omnes quoque & ſingulos in virilem portionem vocatos intelligi, nec vnquã vni rem deberi, alteri æſtimationẽ, in quo haud dubiè naturam quæ erat legatorum per damnationem ſuſtulit: Niſi inquit, teſtator apertiſſimè & expreſſim diſpoſuerit vt vni quidem res ſolida, aliis autem æſtimatio rei ſingulis in ſolidum præſtetur. Vno autem ipſorum legatum repudiante, portionem deficientem aliis ſuas agnoſcentib. adcreſcere, ſed ſine onere, quaſi hoc caſu legatum nõ tam augeri per non concurſum legatarij, quàm non imminui videatur. Hæc enim quam tum ad rem iſtã ſumma eſt conſtitutionis Iuſtiniani, cuius rationem

7 *Cur fideicommiſſarius non fiat heres per hereditatis fideicommiſſaria reſtitutionem.*
8 *Solutio rationis obiectæ ſupra numero 5*
9 *Vera ſententia l. Papinianus. 34. D. ad Treb. aduerſus interpretes aſſerta.*
10 *Emendatio dict. l. Papinianus & nume. 13*
11 *Dubitãdi ratio apud Papinianum in d. l. quæ fuerit.*
12 *Ratio decidendi Pap. & Vlp. in d. l. & nu. 14.*

VIDIMVS de iure accreſcendi inter
1 fideicommiſſarios & legatarios. Alia
nunc quæſtio eſt † De iure adcreſcendi
quod inter heredes locum habet an trã-
ſeat in fideicommiſſarium. Eam tractat
Vlpianus ex Papiniano in *l. Papinianus* 43. *D. ad SC.*
2 *Trebell.* cuius ſententiam illam eſſe vulgo noſtri † pu-
rant vt neque Vlpianus neque Papinianus dubitaue-
rint adcreſcendi ius in fideicommiſſarium tranſire.
Illa ratione quod fideicommiſſarius hereditatis ſit ſuc-
ceſſor iuris, in eumque proinde tranſeant iura omnia
quæ tranſeunt in heredem cuius etiam loco eſt. Ita-
que ſi quis heres inſtitutus ex ſemiſſe rogatus ſit he-
reditatem id eſt portionem ſuam hereditariam reſti-
tuere, deinde facta iam reſtitutione portio coheredis
adcreuerit, volunt illi adcreſcentem quoque portio-
nem acquiri fidei commiſſario. In quo ſanè errant.
3 Eſt enim verius † quod Iacobus Cuiacius docuit *lib*
12. *Obſeruat. cap.* 12 non tranſire ius adcreſcendi in
fideicommiſſarium quamuis ſit ſuceſſor iuris. Dicitur
ille enim ſuceſſor iuris & heredis loco eſſe, reſpectu
teſtatoris, quod ad exenplum heredis ſucedat in om-
nia iura defuncti, non autem reſpectu ipſius heredis,
quaſi ſuccedat in omnia iura quæ habuit heres, aut
quæ haberet ſi hereditatem non reſtituiſſet. Ius autẽ
adcreſcendi non eſt ex numero eorum iurium quæ fu-
erunt defuncti, cum incipiat ab herede eique acquira-
tur ex beneficio legis potiùs quàm ex voluntate teſta-
toris, quo etiam inuito eſſet ille ius hoc habiturus.
Porro nemo dixerit fideicommiſſarium ſuccedere in
iura heredis grauati, niſi quæ à defuncto fuerant trã-
lata in heredem, quia tritum eſt & ipſis quoque vul-
garibus interpretibus & pragmaticis cognitum, Per
4 fideicommiſſum † ſuccedi teſtatori, non heredi *l. co-*
heredi 41. *§. cum filia. De vulg. & pupill. ſubſti. l. ſequens*
quæſtio 68. *de leg.* 2. Inepta igitur eſt illa ratio, vt ideo
tranſire debeat ius adcreſcendi in fideicommiſſarium,
quòd ille iuris ſucceſſor ſit, Vt & illa quod ipſe ſit
heredis loco. Huius enim propoſitionis idem qui illi-
us ſenſus eſt, vt exemplo heredis & acſi heres ipſe
eſſet, ſuccedat in iura defuncti omnia, non autem vt
ſuccedat in iura ipſius heredis quod demum eſſet he-
redis heredem eſſe, non heredis loco. Poſſit quis pro
5 fideicommiſſario moueri probabiliùs ex eo † quòd
portio adcreſcit portioni velut alluuio, vt ex eodem
Papiniano ſcriptum eſt in *leg. ſi Titio fructus* 33. *§.* 1. *ff*
de vſufr. Atqui negari non poteſt, quin ſaltem poſt
fideicommiſſi reſtitutionem factam fideicommiſſarius
habeat portionem ſibi reſtitutam. Quidni ergo adcreſ-
centem quoque habebit? Neque verò ad rationem
hanc quicquam reſpondet Cuiacius, ad quam tamen
potiſſimum reſpondẽdum erat. Sed & vt bene ſentiat,
6 mouetur † mala ratione. Ait enim ius adcreſcendi non
facere, vt plus habeat quis quam teſtator dari voluit,
ſed ne minus habeat, cùm nihil aliud ſit, inquit, quã
ius hereditatis vel legati integrum vel diminutum per
concurſum ſocij. Quod etſi veriſſimum eſt quantum
ad legata & fideicommiſſa, in hereditatib. tamen fal-
ſiſſimum eſt, in quibus nimirum poteſtas legis indu-
cit ius adcreſcendi etiam inuito teſtatore, vt & inter
inuitos heredes, quod neque Cuiacius ipſe negauerit.
Nã meum teſtator ita ſcripſit *Titius heres eſto ex ſe-*
miſſe tantum, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto quis
vnquam dubitauit quin vno ex iſtis repudiãte deficiẽs
ipſius portio adcreſcat coheredi, vt habeat ille totam
hereditatem, quamuis teſtator nõ niſi ſemiſſem here-
ditatis ad eum peruenire voluiſſet? Cum igitur tracte-
mus de fideicommiſſo hereditatis, alia ratio afferenda
eſt, cur non etiam inuito teſtatore portio hereditatis
deficiens adcreſcat portioni reſtitutæ, nec debuit vir
doctiſſimus eandem hac in re conſtituere rationem
hereditatis & legati. Debuit ſanè eandem conſtituere
legati & fideicommiſſi etiam de hereditate facti;
quoniam quæ ratio facit vt inter legatarios ius ad-
creſcendi non ex neceſſitate inducatur, ſed ex ſola
voluntate teſtatoris, vt ſuo loco diſputauimus, eadem
in fideicommiſſis quoque particularibus locum habet
quod portio deficiens etiamſi non adcreſcat legatario
vel fideicommiſſario, non idcirco tamen vacatura ſit
ſed penes heredem qui vel legato vel fideicommiſſo
grauatus fuerit remanſura. Nec quod in fideicommiſ-
ſum pars hereditatis deducta ſit facere poteſt vt eo-
dem iure cenſeri hac parte debeat fideicommiſſarius
quo heres. Etſi enim pars hereditatis verè eſt heredi-
tas *l. ſi Titius* 96. *de leg.* 3. non tamen hereditas illa vel
pars hereditatis quæ ex fideicommiſſo reſtituta fuit:
quia cum non poſſit deberi nedum præſtari fideicom-
miſſum niſi poſt aditam hereditatem. *l.* 4. *l. ille à quo*
13. *§.* 1. *verſi. quid ergo l. ſi patroni* 55. *§. qui fideicõmiſſam*
& paſſ. D. ad SC. Trebell. hereditas autem ex quo in-
ſtãti adita eſt deſinat eſſe hereditas fiatque patrimo-
nium heredis, *l.* 1. *& tot. tit. D. de ſeparat.* conſequens
eſt vt ea hereditatis portio, quæ fideicommiſſario reſti-
tuta eſt, non iam dicenda ſit eſſe hereditas, ſed fuiſſe,
quod appoſitè & eleganter more ſuo Vlpianus noſter
expreſſit in *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad SC. Trebell.*
cùm ſcripſit eum qui rogatus eſt hereditatem reſtitu-
ere id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis.
Indéque nimirum eſt quod fideicommiſſarius † non
fit heres per fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutio- 7
nem, ſed tantùm heredis loco, quia nec quod ei reſti-
tuitur, hereditas eſt. Alioqui cùm hereditas illa ſit quæ
immediatè heredem facit (lex. n. facit quidem & here-
ditatem & heredem *l. filiusf.* 18 *ff. ad leg. falc.* ſed here-
ditatem immediate, heredem verò mediatè per cau-
ſam hereditatis) proculdubio tam fieret heres verè
is, qui ex fideicommiſſo acquireret ſibi veram here-
ditatem quàm qui per aditionem ex inſtitutione. Ac
quamuis fideicommiſſarias quoq. hereditates dicere
ſolemus abuſiuè tamen & impropriè, ita dicimus,
quoniam aliquando & ante reſtitutionem heredita-
tes verè fuerunt, quomodo etiam mortuum hominem
dicimus, non quod iam homo ſit cùm mortuus eſt, ſed
quia homo fuit prius quàm moreretur, neque fieri
poteſt vt alia locutione vel breuiùs vel meliùs ex-
primamus vtrumque id eſt quid fuerit aliquando id de
quo agimus & quid nunc ſit, quàm cùm & mortuum
hominem dicemus & fideicommiſſariam hereditatem
Et hinc quoque petenda reſponſio † eſt ad obiectionẽ 8
quam pro fideicommiſſariis fieri poſſe diximus, quod
portio adcreſcat portioni, portionem verò habeat
non heres, qui iam reſtituit, ſed fideicommiſſarius
cui fuit reſtituta. Nam immo verò negandum eſt eam
habere fideicommiſſarium ne quidem poſt reſtitutio-
nem, cum portio illa quam habet nec hereditas am-
plius ſit nec hereditaria, qualis tamen verè eſt alia
portio, quæ adcreſcit, quippe quam ponendum eſt
nondum fuiſſe acquiſitam, cùm ius adcreſcendi num-
quam locum habeat in portionibus agnitis & acqui-
ſitis *l. vnic. §. his ita definitis Codice de caduc. tollend.* niſi
cum agitur de vſufructu, quia vſufructus quotidie
nouus conſtitui intelligitur ac proinde talis qui nun-
quam fuerit acquiſitus *l.* 1. *§. interdum. D. de vſufru. ad-*
creſc.

creſc. Cùm igitur portio, quæ adcreſcit verè ſit hereditaria, fideicommiſſarius autem neque heres ſit neque hereditariam portionem habeat, conſequens omnino eſt vt nulla ratio ſit. Propter quam ius adcreſcendi fideicommiſſario competere debeat, ac nō potiùs heredi, qui licet per aditionem fecerit, vt portio quam ſibi acquiſiit, & hereditas & hereditaria eſſe deſierit, non ob id tamen minus iuris habere debet quàm ſi portio hereditaria remaneret, cùm per eius acquiſitionem factus ipſe ſit heres, hereditas autem & heres eodem iure cenſeantur quia & eandem perſonā repræſentant licèt diuerſas habeant appellationes *l. heres & hereditas 22. D. de vſucap.* Atqui, inquies, non poteſt dici partem vllam habere heredem qui eam quam habeat iam reſtituit. Immo, inquam, partem habeat adeóque illam ipſam quam reſtituit, quia cùm heres poſt reſtitutam quoque hereditatem nihilominus heres maneat *§. reſtituta Inſtit. de fideic. her.* ſicut is qui totam reſtituit hereditatem cùm eſſet ex aſſe ſcriptus remanet heres ex toto aſſe: ita & qui ex ſemiſſe inſtitutus ſemiſſem reſtituit, remanet heres ex eo ipſo ſemiſſe, nec tam portionem ipſam quam bona portionis reſtituere intelligitur, quando nec ſi voluiſſet heredis nomen exuere & illam portionem iure hereditatis reſtituere, tamen id facere potuiſſet, ſiquidem & hereditas & portio hereditaria eſſe iam deſierat vt diximus. Quomodo autem reſtituere potuiſſet quod neque ipſe amplius haberet, neque in rerum natura amplius eſſet? Nomē enim heredis quod ſolum habet ne portionem hereditariam niſi nomine tenus amiſiſſe dici poſſit, ideo transferre in fideicommiſſarium non poteſt quia nec de eo rogatus fuit à teſtatore, nec Senatuſconſulti Trebelliani autoritas quæ ad transferendas actiones neceſſaria fuit ad transferendum heredis nomen quod multo eſſet difficilius & de quo nihil ſenatuſcōſulti verba dixerunt, accommodari vllomodo poteſt. Neque mirū aut abſurdum videri debet heredem ex parte qui portionis ſuæ hereditariæ bona iam reſtituerit partem nihilominus adhuc habere dici, quia pars hereditatis, ſicut hereditas eſt, vt modo dicebamus, ita & hereditatis exemplo iuris intellectum habet etiam ſine vllo corpore *l. hereditas 50. ff. de petit. hered.* Concludamus igitur in propoſita ſpecie & quæſtione portionem deficientem adcreſcere non fideicommiſſario poſſe, ſed heredi debere. Nec pro interpretū errore quicquam facit quod ex Papi-
9 niano ſcribit Vlpianus † in *d. l. Papinianus* portionem deficientem ad fideicommiſſarium pertinere. Nam vt ſupradicto loco bene Iacobus Cuiacius obſeruauit, tractauit Papinianus eam facti ſpeciem in qua heres ex parte inſtitutus, déque ea parte reſtituenda rogatus ſuſpectam hereditatem dixerat & adierat compulſus per prætorem fideicommiſſario poſtulante. In qua ſpecie non poterat dubitari, quin portio deficiens non poſſet remanere penes heredē, quippe cui propter iniuriam quam fecit defuncto cuius ſupremas preces deſtituere voluit, ac re vera deſtituiſſet niſi inuitus adire coactus fuiſſet, omne lucrum auferendum eſt quod vel habuerit vel habere potuerit, non tantum ex teſtamento ſed etiam occaſione teſtamenti, denique quicquid non habuiſſet ſi heres non fuiſſet *l. ita tamen 27. §. ſuſpectam & §. ſi præceptis & d. l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam & §. adeo e. tit. ad S C. Trebell. l. is cui hereditas 34. D. de cond. indeb.* quia licèt is qui adit coactus non minùs heres fiat per aditionem taliſque manet etiam poſt reſtitutionem quàm qui vltro & ſponte adit, in iis tamen quæ ad ipſius commodum ſpectant perinde habendus eſt ac ſi nō eſſet heres, cùm id egerit quantum potuit ne eſſet, nec coactus fuerit eſſe niſi periculo incommodi & conſequenter etiam commodi alieni *l. 1. & 4. ad Treb.* Sed ſi hic idem heres ex parte ſcriptus de quo Papinianus tractat ſponte non coactus adiiſſet, aliud haud dubiè Papinianus reſpondiſſet, neque dignam rem putaſſet de qua dubitari debuiſſet, An fideicommiſſario adcreſceret ea portio quæ nihil prohibebat remanere penes heredem. Idque ita eſſe ex eo quoque intelligimus, quod illo etiam caſu quo heres compulſus adiit non tamen dubitat Papinianus, quin deficiens portio adcreſcat heredi cū ob eam cauſam diſputet an fideicommiſſario ſit opus noua coactione aut ſaltem noua reſtitutione, quibus tamen quæſtionib. nullus locus relinqueretur ſi fideicommiſſarius intelligitur habere portionem aliquam cui ea portio quæ deficit adcreſcere poſſet recta via non per mediam perſonam heredis. Non igitur quæſtio illa tractatur à Papiniano, An portio deficiens adcreſcat coheredi, an fideicommiſſario, nec ſi adcreuerit poſt reſtitutionem ab herede factam & heres compulſus adierit (certum enim erat hoc etiam caſu, quonam ergo non) adcreſcere heredi quod & Pap. apertè exprimit iis verbis *adcreuiſſe ſcripto her.* nec rurſus. An ea portio quæ ſoli heredi adcreuerat penes eum remanere deberet (nam & hoc quoque certum erat non debere cùm is compulſus adiiſſet.) Sed tantum de illo quæritur apud Papinianum, An fideicommiſſarius
egeat noua coactione. Sic enim lego, † non vt vulgo 10
aditione cùm vt diſputat Cuiacius nulla ſit actio prodita fideicommiſſario ad compellendum heredem adire, ſed extra ordinem à prætore decretum poſtuletur *l. recuſare 6. l. ſi poſtulante 67. l. ſeruo inuito 65. §. cum prætor D. e. tit.* quamuis Bart. vt obiectionem effugiat, actionis nomen largè poni dicat pro officio iudicis, quaſi verò Papiniani temporibus idem fuerit, fieri quid officio iudicis, & decreto prætoris, neque rurſum *aditione* quomodo legēdum putat idem Cuiacius. Etſi etiam idem videtur effectus quæſtionis huius, Vtrum noua aditione opus ſit, & illius Vtrum noua coactione, quia ſit non coactio niſi ad adeundum, plus tamen eſt quærere, An ſit opus noua coactione, quam vtrum ſit opus noua aditione, ſiquidem fieri poſſet vt noua aditione opus eſſet, nec tamen nouam coactionem prætor fideicommiſſarius adhiberet cùm nullum ſit edictum de eodem herede qui iam ſemel coactus eſſet iterum cogendo, verbaque edictorum, legum & ſtipulationum vt plurimum ſic accipienda ſint, vt eorum poteſtas primo actu concludatur, vulg. *l. bones 49. §. hoc ſermone De verb. & rer. ſignific. l. anni qui Calendis 41. De verb. obl. l. dotis 68. D. de iur. dot. l. inter ſocerum 26. §. vltim. De pact. dot. leg. cùm plures 15. §. vlt. ff. de reb. autor. iudic. poſſid. leg. vlt. §. & hac quidem in fi. C. de iur. delib.* Itaque qui quærit an ſit opus noua aditione non ideo quærit an ſit locus nouæ coactioni, quomodo è contrario qui an noua coactione opus ſit quærit, de illo etiam quærit An ſit opus noua aditione. Taceo quod probabilior eſt emendatio vt pro *actione* legamus *coactione* quàm vt *aditione*. Et huic emendationi noſtræ conuenientior etiam eſt reſponſio Papin. aut Vlpiani. Sequitur enim *& ait ſecurum eſſe eum poſſe.* Non. n. ſecurum fideicommiſſarium quicquam magis facere poteſt quàm ſi nō egeat noua coactione quia cùm coactione opus eſt, periculum ſubeſt ne ante coactionem moriens heres fideicommiſſarium decipiat vt ſcriptum eſt in *dict. l. ille à quo §. 1.* Etſi illud quoque verum eſt non poſſe nouam coactionem eſſe neceſſariam, niſi cùm opus eſt noua aditione. In propoſito autem caſu aditione nulla opus eſſe cùm prior ſufficat quoties ab vna eadémque perſona adeundum eſt *leg. ſi quis heres 35. § ſi ſolus 80. in
fin. D. de acquirend. hered.* Dubitandi tamen ratio † a- 11
pud Papinianum erat quoniam quiſquis adit coactus quamuis heres fiat non tamen videtur habuiſſe voluntatem acquirendæ hereditatis, nec proinde heres

factus

quod Iuſtinianus fecit vt non debeatur vni res alteri æſtimatio, fecerit etiam vt habendi ſint re coniuncti hoc eſt ad eandem ipſam rem vocati quos vetus iuriſprudentia habebat pro diſiunctis non minus re quã verbis, tanquã legata ei qui prior ad legatum veniret re propria teſtatoris, ei verò qui poſterior, re aliena id eſt iam facta eius legatarij qui prior legatum fuiſſet cõſecutus: In eoque Tribonianum minùs accuſo, quòd ratione iuris veteris immutata, ipſius quoque effectum quod conſequens eſſe debuerat, immutauerit, etſi mallem nihil prorſus de iure vetere immutatum fuiſſe. Sed vt legatarij verbis diſiuncti fauorabiliore adcreſcendi iure fruantur, quàm qui & re & verbis coniuncti fuerunt, hoc certè ferri nullomodo poteſt, cùm ius adcreſcendi totum pendeat & æſtimandum ſit ex coniunctione, vt quo quis magis minúſve coniunctus eſt eo plus minúſue iuris habere debeat in adcreſcente portione *l. re coniuncti 89. de legat. 3. l. ſi ita quis 66. D de hered. inſtit.* Maximè verò cùm poſt hanc Iuſtiniani conſtitutionem negari non poſſit quin ij quibus eadem res coniunctim etiam per damnationem legata fuit perinde intelligi debeant re coniuncti atque ſi per vindicationem iis legatum eſſet. Sic enim Iuſtinianum ſenſiſſe ex eo intelligimus, quòd inter iſtos quoque vult eſſe ius adcreſcendi ſublatámque differentiam formularum legati per vindicationem, & per damnationem, cùm olim non eſſet inter eos ius adcreſcendi, tanquam qui ab initio partes non quidem à teſtatore ſed à iure vt ſupra explicauimus factas habere intelligerentur: ob idque non niſi verbis coniuncti reperirentur. Nam ſi quid ex iure vetere ſupereſt quod à Iuſtiniano immutatum
5 non fuerit circa † ius adcreſcendi, vel hoc vnum maximè eſt vt inter verbis tantùm coniunctos nunquam iuri adcreſcendi locus ſit. Atqui iam olim erant ver-
6 bis † coniuncti illi quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta eſſet, quia partium diſtributio ſiue quam teſtator ſiue quam lex feciſſet, non tollebat ſed potius inducebat eam coniunctionem quæ verbalis tantùm eſſet *d. l. re coniuncti. l. triplici 142. De verb. ſign.* Ergo non potuit Iuſtinianus facere legatarios iſtos re coniunctos qui olim verbis tantùm coniuncti erant, quin hodie dicendi ſint & re & verbis coniuncti. Cur ergo deterioris erunt conditionis in iure adcreſcendi quod non habent niſi cum onere, quàm qui re tantùm coniuncti reperiuntur, quibus dedit Tribonianus ius adcreſcendi ſine onere? Coniunctio quidem verbalis
7 † tantùm vbi ſola eſt tam parum poteſt, vt interdum ſit futurum vtilius etiam verbis diſiunctum eſſe, vt olim vſuueniebat in legatariis iſtis per damnationem, qui ſiue coniunctim ſiue diſiunctim legatum iis fuiſſet nunquam re coniuncti videbantur, & ex iis tamen plus iuris habebant quibus diſiunctim legatum erat, quàm quibus coniunctim. Sed vbi adeſt coniunctio realis, cum verbali, facit adiectio verbalis coniunctionis vt potentior ſit huiuſmodi realis, quàm ea quæ realis tantùm ſit nec comitem habeat verbalem *d. l. re coniuncti.* Proinde non eſt bona ratiocinatio qua videtur vſus Tribonianus vt legatarios diſiunctim vocatos vellet habere ius adcreſcendi ſine onere, coniunctim verò vocatos cum onere. Nempe quod iam olim eſſent illi melioris conditionis, quàm iſti. Olim quippe omnibus commune hoc erat vt eſſent re diſiuncti. Hodie verò ſunt omnes è contrario re coniuncti, ſed cum hac tamen differentia, quòd quibus coniunctim legatum eſt ij ſunt & re & verbis coniuncti, quibus verò diſiunctim ij re tantùm non etiam verbis. Vt autem pro coniunctis re habendi ſint hodie illi quibus coniunctim legatum ſit per damnationem atque ſi per vindicationem legatum eſſet, non ex eo fit quod inter eos ius adcreſcendi eſſe Iuſtinianus voluerit (eſſet enim ratio illa præpoſtera cùm è diuerſo non alia ratione poſſit inter eos eſſe ius adcreſcendi quàm quòd ſint re coniuncti) ſed quia voluit ille ex huiuſmodi quoque legatis per damnationem æquè recta via tranſire dominium à teſtatore in legatarium atque ex legatis per vindicationem vt conſtat ex *d. l. 1. C. commun. de legat.* in qua dans omnibus legatis eandem naturam dat pro omnibus vindicationem non minùs quàm perſonalem actionem. Vindicationem porrò certum eſt non niſi domino competere. Fecit ergo Iuſtinianus † in ne- 8
ceſſarium antecedens, vt in legatarios omnes dominium legati recta via & ſine traditione transferatur. In quo vim proculdubio fecit, non tantùm voluntati teſtatorum per damnationem legantium ſed etiam proprietati verborum quæ in eo legatorum genere vſurpantur. Nam vt in præcedentibus diſputauimus, cùm *dare* nihil aliud ſit quàm dominium transferre *l. vbi autem 95. §. vlt. De verb. oblig.* quomodo fieri poteſt vt heres rem aliquam Titio dare damnatus dominium transferat in Titium, ſi iam Titius ipſo iure dominus eſt & conſequenter iam ab herede ipſo dominium abſceſſiſſe intelligitur? Aut quomodo poſſet apertius declarare teſtator quod nolit dominium à ſe tranſire in legatarium recta via nunquam factum heredis, quam heredem damnando vt ipſe transferat? Cæterùm ita conſtituto † iure vt dominium tranſeat 9
recta via etiam in legatarios damnationis, illud vtique neceſſariò admittendum eſt, Eadem re pluribus ſiue coniunctim ſiue diſiunctim per damnationem relicta, eſſe illos re coniunctos ratione dominij qui non æquè dici poſſent re coniuncti ratione obligationis perſonalis dandi qua heres erga ipſos teneretur. Nec minus in illis, quàm in legatariis per vindicationem verum eſt nullas eos habere partes niſi per concurſum, quia ſicuti non tranſit in eos dominium niſi ad exemplũ legatariorum per vindicationem, ita, neque niſi ſub ea veluti ac ſaltem tacita conditione ſi legatarij velint agnoſcere legata. Vnde fit, vt concurſum fieri neceſſe ſit priuſquam ipſi partes habere dici poſſint. Quo admiſſo nec illud mirum eſt inter eos eſſe ius adcreſcendi. Ratio autem illa diuerſitatis quam Iuſtinianus adfert † cur diſiuncto adcreſcat deficiens 10
portio ſine onere, coniuncto vero cum onere nec ſubtilis eſt nec probabilis: Ait enim videri teſtatorem ideo diſiunctim legaſſe vt vnuſquiſque legatariorum ſuum onus non alienum agnoſceret, cùm ſi contrarium voluiſſet, inquit, coniunctim poterat iis legare. Quaſi verò fieri etiam non poſſit vt coniunctim legetur pluribus quorum alterutri ſoli onus imponatur. Quid enim vetat ita quem ſcribere, *Titio ſi Capitolium aſcenderit aut heredi meo decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum lego*, aut ita *Heres meus Titio ſi tibi decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum dato* aut *dare damnas eſto*. Quo formula relictis legatis nemo negauerit Titium & Sempronium re coniunctos eſſe in legato, nec ideo tamen poſſit quis bene dicere coniunctos illos eſſe in onere legati. Denique ratio Iuſtiniani probat optimè legatarium qui re tantùm ſit coniunctus, non debere onus ſentire, quod alij collegatario iniunctum fuerit ſeparatim in quo probando quod per ſe clarum erat, non fuit tantopere laborandum: Sed non probat legatarium, qui & re & verbis coniunctus ſit, debere onus ſentire, quod iniunctum ſit non ipſi, non vtrique ſed ſoli collegatario legatum ſuum repudianti (ſi poneres fuiſſe iniunctum onus vtrique faceres ridiculam Iuſtiniani ſententiam & omni prorſus carentem dubitatione) quod vnum tamen maximè probandum erat, cum pro eo ne collegatarij onus perſonale ſuſcipere cogeretur, faceret illa ratio quod ſolidum legatum

factus eſſe niſi quatenus coactus fuit. Non fuit autem coactus adire niſi pro ea parte quam reſtituere debuit. Ergo nec niſi pro ea parte videtur heres factus eſſe, nec bene comparari poſſe ei qui ſponte adiit partem hereditatis: Hic enim ſcit aut ſcire debet fieri poſſe vt alia portio deficiat, futurumque eo caſu vt portio illa deficiens ſibi adcreſcat, & idcirco ea conditione adire intelligitur *leg. ſi duo 38. eod. leg. ſi quis ita 35. D. de hered. inſtitut.* quod non ſimiliter dici poteſt de illo qui adit coactus, qui ſicut nullam habet acquirendæ hereditatis voluntatem niſi coactam, ita nec niſi quatenus coacta eſt: Cúmque adeat alieno periculo nec tã vt ipſe fiat heres, quamquam in neceſſarium antecedens hoc quoque conſequitur, quam vt eum cui hereditariam portionem reſtituere rogatus eſt, faciat effectu fideicommiſſarium, videtur rectius poſſe comparari ei qui adit vt alium faciat heredem. De quo ſcriptum eſt in *dict. leg. ſi ſolus. § vlt.* ſi noua portio ei deferatur noua opus eſſe aditione. Sed tamen aliud

12 Papiniani † iudicium eſt neque actionem neque aditionem nouam eſſe neceſſariam, quoniã quod ad cauſam hereditatis acquirendæ attinet, nihil diſtat inter coactam & voluntariam aditionem ſed tantùm quod ad cauſam commodi ex hereditate adita retinendi, quia is qui adit ſponte retinet omnia quæ vel teſtatoris voluntas vel Pegaſiani ſenatuſconſulti autoritas ei dedit. Qui verò adit coactus nihil prorſus retinet niſi quod haberet etiamſi heres ſcriptus non fuiſſet. Sempérque verum eſt hunc qui partem hereditatis coactus adit, perinde atque ſi ſponte adiiſſet, videri ea conditione adiiſſe vt ſi quando alia portio deficeret eam quoque ſibi acquireret ſed eodem modo quo priorem, id eſt inuitus, ac proinde periculo ſimiliter commodóque & incommodo fidecommiſſarij: qui ſi vellet dicere non fuiſſe coactum à ſe heredem vt adiret niſi pro parte, alteriuſque portionis adcreſcentis onera detrectaret, multo minus eſſet audiendus. Nam & ipſe ſciuit aut ſcire debuit fieri poſſe vt huic heredi ex parte inſtituto quem adire cogebat, alia portio inuito quoque adcreſceret, eóque caſu futurum vt proprio ipſius fideicommiſſarij periculo & lucro cederet ius illud adcreſcendi. Quemadmodum ſi heres ex aſſe inſtitutus rogatus eſſet tibi partem hereditatis purè aliam alij ſub conditione reſtituere, túq. hereditatem ſuſpectam dicentem adire coegiſſes, totam hereditatem interim ſuſcipere cogereris, ne maneret in periculo vel damno heres deficiente fortaſſis fideicommiſſi alterius partis conditione *l. 1 §. ſed & quoties l. cog. 6. §. idem Mæcianus D. ad S C. Treb.* Sequitur in *d. l. Papin. De illo plane ſolo quærendum ait, an ei opus ſit noua reſtitutione poſteaquam portio adcreuit* ponimus.n. adcreuiſſe portionem facta iam reſtitutione vt probant precedentia illa verba *deinde fideicõmiſſa-*

13 *rius gnarus ſit* (rectè † namq. Cuiacius ſic legẽdum ait, non vt vulgo *ignarus*) *adcreuiſſe portionem hereditatis poſt reſtitutionem ſcripto heredi.* Indèque ratio dubitandi ſumebatur propter quam noua reſtitutione opus eſſe videretur, cùm per priorem reſtitutionem non poſſet dici reſtituta portio quæ nondum fuerat ac-

14 quiſita. Ex altera † verò parte pro fideicommiſſario ne noua reſtitutione indigeret illud vrgebat quod omnia quæ heres perdit qui compulſus adiit tacito iure fideicommiſſarium ſequantur, vt Cuiacius ratiocinatur ſupradicto loco vbi hac ratione motus concludit, quanquam dubitanter, non magis reſtitutione quàm aditione noua opus eſſe. Mihi tamen Papinianus videtur in contrariam ſententiam procliuior fuiſſe, cùm ſignificet non obſcure aliam hac in re cauſam eſſe coactionis, aliam reſtitutionis. Et certè ita eſt. Nam vt pars deficiens adcreſcat portioni iam aditæ fit ex ſola iuris poteſtate, & ideo quamuis aditio ſit facti, vna tamen adeoque vnius partis aditio ſufficit ad totam hereditatem acquirendam. At reſtitutio hereditatis facti eſt non iuris, ideòque nullum effectum habere poteſt niſi quatenus facta eſt. Et quod ait Cuiacius omnia quæ heres perdit, ſequi fideicommiſſarium ipſo iure, non pertinet ad illa quæ poſt reſtitutionem accedunt & pro quibus in fideicommiſſarium transferendis reſtitutione aliqua opus eſt. Et conſequenter fieri nequit vt qui partem duntaxat hereditatis reſtituit, totam hereditatem reſtituiſſe intelligatur. Niſi hactenus vt ſi fideicommiſſarius ante adcreſcentis portionis reſtitutionem decederet ſine herede, ea quoque portio pro reſtituta haberetur, quemadmodum haberetur tota hereditas, ſi nihil adhuc ex ea reſtitutum eſſet *l. apud Iulianum 11. §. vlt. l. poſtulante 44. in prin. eod. tit. ad S C. Treb.* Dixi *ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem decederet ſine herede,* quia ſi heredem haberet aut aliquem ſucceſſorem qui heredis loco eſſet puta bonorum poſſeſſorem, non poſſet ſucceſſor ille recuſare, quominus eam quoque portionem ſuſciperet, quam defunctus ipſe ſi viueret ſuſcipere cogeretur *d. l. poſtulante.* Loquor autem de fideicommiſſario non de herede, quia etiamſi heres moreretur ante reſtitutionem, ſiquidem aliquo ſucceſſore relicto poſſet & deberet ſucceſſor ille hereditatem reſtituere perindéque transferret actiones quamuis verba ſenatuſconſulti Trebelliani non niſi perſonam ipſam heredis demonſtrent *l. quamuis 40. § eo. ti.* Si verò abſque ſucceſſore, adhuc tamen actiones ipſo iure in fideicommiſſarium tranſlatæ intelligerentur, ſaltem ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. pe. C. eod.* Papinianus verò & Vlpianus ideo tractant de portione quæ adcreuerit ſcripto heredi poſt factam reſtitutionem, quoniam in ea quæ ante reſtitutionem, aditionemque adcreuiſſet dubitandi ratio nulla occurreret, quia priore & aditione & reſtitutione contineretur, tanquam quæ cum altera portione quam vtique & adire & reſtituere heres cogeretur, iam eſſet iuncta, eodémque prorſus iure cenſenda. Cùm autem illo etiam caſu quo heres ex parte ſcriptus coactus adiit non dubitet Papinianus quin deficiens portio ipſi adcreſcat poſt factam quoque reſtitutionem, intelligimus de eo dubitari multo minus poſſe ſi heres adierit ſponte quia nemo dixerit minùs iuris heredem habere ad acquirendam hereditatem cùm ſponte adiit quam cùm coactus, qui & plus habeat in eo quod illa etiam retinet quæ heredi coactè adeunti eripiuntur. Cur ergo portio hereditatis quæ ipſi ſiue ſponte ſiue coactè adeunti adcreſcit, ei eripietur cùm ſponte adiit? quandoquidem habeat illam ſuo iure, nec de ea reſtituenda rogatus fuit.

ERROR V.

De iure adcreſcendi in hereditate vendita an tranſeat in emptorem.

SVMMARIA.

1 *Ius adcreſcendi an tranſeat in emptorem hereditatis*
2 *Sententia interpretum affirmans.*
3 *Contraria Cuiacij ſententia, & quibus rationibus ab eodem ſtatuminetur.*
4 *Probatur ſententia Cuiacij, eiuſdem reprobatis rationibus.*
5 *Quæ ſit vera ratio cur in emptorem hereditatis non tranſeat ius adcreſcendi.*
6 *Obiectio Bartoli & aliorum petita ex l. ſi totam. 83. de acquir. hered. à Cuiacio præterita refertur & refellitur, notatis pluribus Cuiacij erroribus, & vera ſententia d. l. expoſita.*

I n

Digitized by Google

1 IN hac etiam quæſtione † habebimus virum clariſſimum Iacobum Cuiacium ſententiæ noſtræ contra pragmaticos & vulgares interpretes ſtrenuum aſſertorem, ſed ita tamen vt ſimus oſtenſuri egere quoque ipſum aſſertore. Conſentiens ferè vox
2 eſt omnium interpretum, Ius adcreſcendi † tranſire in emptorem hereditatis, Puta ſi quis ex ſemiſſe inſtitutus accepto coherede adhúcque deliberante illo adierit partem ſuam deinde vendiderit, mox coheredis portio defecerit & quod conſequens eſt portioni iam aditæ adcreuerit, non ipſius venditoris commodo ius hoc cedere ſed emptoris: vt concludit Bart. ad *l. re coniuncti. num. 16. de leg. 3.* nullam hac in re differentiam ponendam exiſtimans inter hereditatem & legatum, nec inter ſucceſſorem vniuerſalem & ſingularem. idq. tam ex Vlpiani reſponſo in *l. totam 83. D. de acquir. hered.* vbi ſcriptum eſt ſi totam eam partem ex qua quis heres inſtitutus eſt tacitè rogatus ſit reſtituere, nihil ei debere adcreſcere, quia rem non videtur habere, quàm ex ratione illa, quod portio adcreſcat portioni non perſonæ *l. ſi Titio fructus 33. §. 1. D. de vſuf. l. hac ſcriptura 26. §. 1. D. de cond. & demonſtr.* præterquàm cùm agitur de vſufructu *l. interdum 10. D. de*
3 *vſuf. adcreſc.* Cuiacius † verò lib. 12. Obſeru. cap. 13. contra putat, remanere ius adcreſcendi penes venditorem ſiue hereditatis ſiue rei legatæ. Primùm quia ſi ius adcreſcendi non plus tribuit quàm dari voluerit teſtator, ne faciat contra voluntatem quod ex voluntate ducitur, vtique non alii, inquit, hereditatem vel legatum tribuere poteſt quàm cui dari teſtator voluit, vel ei qui propius ad eius perſonam accedit, id eſt ſucceſſori directo vniuerſi iuris. Secundò quia vendita hereditate aut legato id plerunque agitur, vt veneat quod ad venditorem peruenit iam tempore venditionis *l. 2. §. 1. ff. de hered. vel action. vend.* Non igitur quod poſtea adcreuit, non etiam quod acceſſit ex ſubſtitutione vulgari aut pupillari. Nam & fideicommiſſarium hæc non ſequuntur ſi ſponte adierit heres, quamuis ſit ille ſucceſſor iuris, quæ tertia viri doctiſſimi ratio eſt, vt non plus iuris habeat qui ſingularis tantum eſt ſucceſſor, quàm qui vniuerſalis. Certum enim eſt emptorem hereditatis quamuis emerit vniuerſitatem bonorum, ſingularem nihilominus ſucceſſo-
4 rem eſſe, non vniuerſalem. Nos Cuiacij † quidem ſententiam in hereditatis venditore probamus. Sed rationes quibus mouetur probare non poſſumus, vt neque illud quod hereditatis eandem rationem conſtituit, & legati. Nam quod primum ait de teſtatoris voluntate prorſus leue eſt. Nec enim quiſquam eſt tam ſtupidus ex iis qui dant emptori ius adcreſcendi, vt putet fieri hoc ex voluntate teſtatoris, quem certum eſt de futuro hereditatis ſuæ emptore non cogitaſſe, ſed omnes emptoris ius æſtimant ex poteſtate venditionis, quaſi venditor cum re ipſa vendita ius quoque adcreſcendi quandocunque ſibi competiturum vendidiſſe exiſtimetur. Itaque vt pro emptore reſpondeant ſatis habent quod ex voluntate teſtatoris potuerit & debuerit venditor habere ius adcreſcendi: cùm illud ipſum ius putent tranſlatum eſſe in emptorem per venditionem. At neque de teſtatoris voluntate quærendum aut curandum eſt cùm agitur de iure adcreſcendi in hereditate, ſed tantùm in legatis, quoniam in hereditatib. lex inducit ius adcreſcendi inuito etiam teſtatore, nec voluntatem defuncti ſpectat niſi cum tractatur de iure prælationis vt in *l. item quod Sabinus. 17. §. 1. l. ſi ita quis 66. ff. de her. inſtit.* In legatis autem etſi verum eſt à nobis in præcedentib. dictum ſæpius, quod vult Cuiacius adcreſcendi ius nunquam plus tribuere quàm teſtator voluerit, ea tamen res non facit quin emptor legati debeat habere ius adcreſcendi ex perſona, non quidem propria ſed venditoris ſui, qui ius illud hodie haberet ex voluntate ſui teſtatoris, ſi portionem ſuam cui deficiens adcreſcit, non vendidiſſet. Quod verò ſecundo loco obiicit, venditorem ſiue legati ſiue hereditatis id tantùm vendere intelligi quod iam ipſo venditionis tempore ad eum peruenit ex *d. l. 2. §. 1. de her. vend.* vereor ne non ſatis bona fide obiiciatur. Eſt enim ea propoſitio apud Vlpianum ſupradicto loco ſic concepta vt quod ex hereditate peruenit in id tempus quo venditio fit, id veniſſe videatur; Nempe vt intelligamus non eſſe audiendum venditorem ſi ex poſtfacto dicat non aliud ſe vendidiſſe quàm quod in hereditate fuit vel mortis tempore vel aditionis, ſi modo ex hereditate aut per occaſionem hereditatis aliquid amplius conſecutus ſit ab adita hereditate quamuis hereditas per aditionem deſierit eſſe hereditas, factáq. ſit proprium ipſius heredis patrimonium. Cùm itaque propoſitio iſta ſecundum Vlpiani ſenſum ita fuerit concepta vt venditoris hereditatis quàm duriſſima conditio ſtatueretur, ea ſanè abutitur, quiſquis vtitur in fauorem venditoris. Præſertim cùm ius adcreſcendi licet naſci videatur poſt diem venditionis ſi exinde coheredis portio deficiat, quæ non fuit vendita, cauſam tamen habeat venditione antiquiorem, ſcilicet acquiſitioné portionis venditæ quam aditam & acquiſitam fuiſſe neceſſe eſt priuſquàm vendi potuerit. Hoc ipſo enim quod quis partem hereditatis adit quamuis alia portio nondum defecerit, nec proinde ipſi delata fuerit, vtramq. tamen in eum caſum quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur ita vt poſtea non ſit ei opus aditione noua quomodo ſuperiore capite diſputauimus ex *l. ſi quis heres 35. l. ſi duo 38. l. ſi ſolus 80. §. vl. ff. de acq. her.* Cur non igitur vtramque portionem vendidiſſe credendus eſt, vel ex ea ipſa propoſitione quæ habet videri eum vendidiſſe omne ius quod habuit tempore venditionis? Nam & inde eſt quod quamuis hereditas non adita non tranſmittatur ad heredis ſucceſſorem *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de cad. toll.* tranſmittitur tamen ea portio quæ adcreſcit portioni aditæ licet adcreſcat poſt mortem heredis *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & leg.* quaſi iam quæſita ex eo tempore quo per alterius partis aditionem ius heredi quæſitum fuit vt quandocunque iſta deficeret, etiam inuito ipſi eam adcreſcere neceſſe eſſet. Planè ſi neque acquiſitio neque acquiſitionis cauſa eſſet antiquior venditione, non poſſet dubitari quin nullum eſſet ius emptoris in ea re quæ poſt venditionem acceſſiſſet venditori aut ſi tale id eſſet quod hereditatis venditæ appellatione cõtineri non poſſet. Prioris exceptionis exemplum eſt in vulgari ſubſtitutione, quæ cum ſemper conditionalis ſit, nullum ius tribuit ſubſtituto, quamuis idem ſit coheres niſi ex tempore conditionis exiſtentis, ob idq. nec interim tranſmittitur ad heredem *d. l. ſi ex pluribus.* Poſterioris verò in pupillari ſubſtitutione ſi fortè is qui à parte ex ſemiſſe fuerat inſtitutus idémq. impuberi ſubſtitutur. partem quam ex paterna hereditate habuit, vendiderit. Nec. n. idcirco pupillarem quoque hereditatem vendidiſſe videri poteſt, nec ſi iam tum fuerat ei delata, quoniam alia hereditas eſt quæ nec paternæ quæ ſola fuit vendita appellatione contineri nunquam poteſt. *d. l. 2. § illud De her. vel act. vendit.* Sed iuris adcreſcendi cuius eandem quam vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis cauſam Cuiacius conſtituit, longé alia ratio eſt, quoniam portio deficiens & adcreſcens, non ſolùm ex ea ipſa hereditate eſt quæ fuit vendita, ſed etiam adcreſcit ex iure iam quæſito ante venditionem, ſi cauſam iuris inſpicias magis quàm effectum. Poſtremò quod argumentatur Cuiacius à fideicommiſſario ad emptorem facilè dilui poteſt. Etſi enim

ex

ex vna parte videtur meliorem eſſe debere conditio-
nem fideicommiſſarij quàm emptoris, propterea quod
vniuerſalis ille ſucceſſor ſit, hic verò ſingularis: Tamẽ
ex alia parte facit pro emptore, quod habet ius &
cauſam ab herede eodémque venditore non à teſta-
tore: fideicommiſſarius autem non niſi à teſtatore
licet per manus heredis. Hinc namque fit, vt plus
iuris videatur dandum emptori qui in omne ius
venditoris ſui ſucceſſerit ex ipſius venditoris volun-
tate, quàm fideicommiſſario, in quem nec transferre
quicquam voluerit heres, nec transferri teſtator, niſi
quod eſſet in fideicommiſſo. porrò in fideicommiſſo
quod fuit vnius duntaxat partis alia pars quæ adcre-
uit non continetur. Facilius ergo eſt vt in emptorem
tranſeat ius adcreſcendi quam in fideicommiſſarium:
Maximè cùm videatur poſſe imputari venditori cur
non dixerit legem apertius, ſibíque nominatim ius
illud adcreſcendi non exceperit ex *reg. l. veteribus* 38.
D. de pact. l. Labeo ſcripſit 21 *ff de contr. empt.* faciátq;
pro emptore alia regula iuris quæ vult plerumque
eandem cauſam eſſe emptóris quæ eſſet venditoris *l.*
inuitus 156. *§. plerumque De reg. iu.* quod in hereditatis
emptore potiſſimum obtinet, quem heredis vicem ob-
tinere ſcribit Vlpianus in l. 2. *§. penul. de hered. vel act.*
vẽd. Aliis ergo rationib. opus eſt vt probemus adcreſ-
cendi ius in emptore portionis hereditariæ non tran-
ſire. Et aliam quidem addit Cuiacius ſed obiter &
quaſi aliud agendo quæ tamen omnium optima vide-
tur, quod is qui partem ſiue hereditatis ſiue legati
vendidit, adhuc partem ipſam habere videatur, cuius
ſcilicet pretium habet quod ſit loco rei ex *l. 4. §. vl. ff.*
ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt. l. quia qui pretio. 39. *ff. de vſufr.*
Sed tamen hæc quoque ratio manca eſt. Quid enim
ſi pars illa ſiue hereditatis ſiue legati non fuerit ven-
dita ſed donata? Nihil habebit donator propter quod
videri debeat adhuc ipſam rem habere *l. quod ſi dona-*
uero. 40. *c.* Et tamen non eo minus verum eſt meo
iudicio habere illum ius adcreſcendi ſi poſt donatio-
5 nem alia portio deficiat & adcreſcat. Ratio vera † qua
moueri vir doctiſſimus debuit illa ipſa eſt quam ſupra
vſurpauimus cum egimus de herede rogato partem
hereditatis reſtituere quod heres ex parte ſcriptus
qui partem illam ſiue vendidit ſiue donauit aut quo-
quo alio titulo alienauit etiam poſt alienationem
heres manet cùm ſemel heres fuerit, nec heredis ius
& nomen alienare aut voluerit aut potuerit *l. ei qui*
ſoluendo 88. *ff de hered. inſtit. l. ex facto* 43. *§. vlt. de vulg.*
& pupill. ſubſt. Non enim poteſt quis hereditatem
vendere niſi quam adierit, quæ autem ſemel adita eſt
deſinit exinde eſſe hereditas fitque patrimonium he-
redis vt ſuperiore capite diſputauimus ex *l. 1. & tot.*
tit. De ſeparat. l. pretia rerum 63. *ff. ad l. falcid.* Proinde
non poteſt videri nihil habere cui poſſit deficiens
portio adcreſcere quia ius & nomen heredis quod
retinet ob acquiſitam ſemel hereditariam portionem,
portionis ipſius loco ſemper eſt: Præſertim quod ne-
queat alienatio illa facere, vt hereditariæ actiones &
actiuæ & paſſiuæ non remaneant penes heredem qui
ſolus & debitores hereditarios directis actionib. con-
uenire, & à creditoribus hereditariis conueniri poteſt
l. 2. C. de hered. vel act. vendit. Ex eo namque apparet
non tantùm nudo nomine heredem illum eſſe ſed e-
tiam vi & effectu, cùm & hereditatis & heredis no-
mina iuráque propter actiones hereditarias tam acti-
uas quàm paſſiuas præcipuè ſint comparata *l. 1. C. ſi*
cer. pe. l. vlt. C. de hered. action. eóque ſanè emptorem
aut donatarium hereditatis minùs iuris quàm fidei-
commiſſarium habere fatendum eſt cùm ſint illi ſin-
gulares ſucceſſores, hic verò vniuerſalis qui etiam
iuris ſucceſſor eſt, vtilibúſque actionib. & conuenire
& conueniri poteſt *l. 1. §. 1. l. ita tamen* 27. *§. qui ex*
Treb. D. ad SC. Trebell. Quamquam non ignoro
etiam emptori hereditatis vtiles actiones hodie ac-
commodari poſt reſcriptum Diui Pij de quo in *l. ſi cũ.*
tore 16. *D. de pact. l. empt.* 5. *C. de hered. vel act. vendit.*
Sed tamen hæc ſemper manet differentia inter fidei-
commiſſarium & emptorem, quòd emptor hereditatis
non quidem vtilib. actionib. conueniri poteſt, fidei-
commiſſarius verò poteſt *d. l. 2.* iunct. *d. §. qui ex Trebell.*
Si ergo portionis hereditariæ reſtitutio facta ex cauſa
fideicommiſſi non adimit heredi ius adcreſcendi, quã-
to minus adimet eiuſdem portionis facta vel venditio
vel donatio? Nam quod ſupra diximus reſponderi
poſſe, plus iuris videri habere emptorem debere aut
etiam donatarium quàm fideicommiſſarium, quòd is
in heredis ius & locum ſucceſſerit ex ipſius heredis
voluntate, tunc obtineret cùm heres omne ius ſuum
in emptorem aut donatarium tranſtuliſſe proponere-
tur verbis & clauſulis generalib. neque reſtrictis ad
partem hereditaris, quo caſu non dubitarem quin eti-
am ius adcreſcendi quod iam natum & acquiſitum
eſſet quamuis nondum defecta portione, in ſingularẽ
ſucceſſorem cum iurib. cæteris omnib tranſlatum in-
telligeretur. At nos tractamus eum caſum quo pars
tantum hereditatis vendita fuerit aut donata, vt pro-
inde non poſſit emptor aut donatarius colore vllo di-
cere quicquam iuris in ſe tranſlatum fuiſſe pro ea par-
te quæ poſtea defecit & adcreuit. Emptor enim aut
donatarius ſuccedit quidem in ius omne & in locum
ſui autoris, ſed in ea tantùm re quæ vendita vel do-
nata fuit non vltrà. Quid igitur ſi heres hic ex parte
inſtitutus non partem hereditatis vendere ſe dixerit,
ſed hereditatem antè tamen quam coheredis portio
adcreſceret? Voluntatis erit quæſtio, Vtrum de parte
duntaxat hereditatis contrahentes ſenſerint an de
omni iure hereditario, & ex comparatione pretij cũ
iuſta totius hereditatis æſtimatione aliiſque facti cir-
cumſtantiis æſtimare prudens iudex debebit quid ve-
riſimiliter actum ſit, præſertim cùm nec verborum
proprietas repugnet quominùs portio hereditaria he-
reditatis appellatione contineatur *d. l. ſi Titius.* 96. *de*
leg. 3. In dubio tamen quia facienda eſt interpretatio
contra venditorem aut donatorem in cuius arbitrio &
poteſtate fuit legem apertius conſcribere vt ſupra
diximus, probabilius videtur de omni iure hereditario
cogitatum fuiſſe. Sed ea res non faciet quin portio
deficiens adcreſcat ipſo iure heredi, non emptori aut
donatario (quid enim commune habet ius coheredis
repudiantis cùm iure emptoris aut donatarij vt inter
eos poſſit vel debeat eſſe aliquod ius adcreſcẽdi, quod
neque inter eos eſt qui ad eandem rem ex diuerſis
teſtamentis vocantur *l. ſi ſub conditione* 16. *D. quib.*
mod. vſuſf. amit.) at faciet tantùm vt heres adcreſcen-
tem illam portionem emptori vel donatori præſtare
cogendus ſit actione perſonali competente ex vendi-
tione vel ex donatione. Quemadmodum & cùm he-
res ex parte inſtitutus, eámque partem reſtituere ro-
gatus ſuſpectam dicit & compulſus adit ac reſtituit,
deficit ſubinde portio licèt eidem fideicommiſſario
reſtituenda ſit, vt ei qui coactus adiit omne lucrum &
commodum extorqueatur non eo minùs tamen he-
redi ipſi adcreſcit vt ſuperiore capite oſtendimus ex
l. Papinianus 43. *D. ad S C. Treb.* Aliud enim eſt de
iure adcreſcendi quærere quod ſanè cùm de heredi-
tate agitur, non poteſt locum habere niſi inter cohere-
des, aliud verò de iure venditionis aut donationis de
quo non inter coheredes tractandum eſt ſed inter
emptorem & venditorem, inter donatarium & dona-
torem. At huic noſtræ ſententiæ † válde obſtare vide- 6
tur quod Bart. & alij obiiciunt ex *d. l. ſi totam* 83. *D. de*
acq. hered. Si totam eam partem ex qua quis heres
inſtitutus eſt tacitè rogatus ſit reſtituere, niſi ei debe-

ſi

e adcreſcere, quia rem non videtur habere. Nam ſi verum eſt heredem ob hoc ſolum quod heres manet videri habere & retinere partem ex qua ſemel heres fuit, conſtat hunc etiam cui tamquam indigno ablata hereditas fuit, nihilominus heredem remanere *l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pupill. ſubſt.* vbi ex hoc Paulus infert, Si idem ille impuberi teſtatoris filio fuerit ſubſtitutus etiam per illa verba *quiſquis mihi heres erit* perinde tamen poſſe illum ex ſecundis tabulis heredẽ eſſe acſi hereditas ei ablata non eſſet. Quomodo igitur fieri poteſt vt partem non habere videatur? Cuiacius non diluit hanc dubitationem quamuis viderit, & pene diſſimulat fingitque ſe non videre. Ait enim hunc cui velut indigno erepta eſt hereditas, quod tacitè cauerit ſe incapaci reſtituturum hereditatem planè rem amittere ex *l. 5. D. de his quæ vt indign. auffer.* Ergo & ius adcreſcendi. Nam & falcidiam ex ſenatuſconſulto Planciano amittit *l. beneficio 59. §. 1. D. ad l. falcid.* & caducum vt Vlpianus ſcribit in *Tit. de fideicom.* omne denique emolumentum vt Paulus loquitur in *l. cum quidam 17. §. in tacit. D. de vſur.* Non tamen, inquit, ſubſtitutionem vulgarem vel pupillarem nec ſi facta fuerit ſub ea conditione ſi patri heres erit *d. l. ex facto §. vlt. De vulg. ſubſt.* Sed hoc ipſum cur ita Cuiaci? Hic expectabam vt rationem redderes cur facilius iſti indigno auferas ius adcreſcendi quàm ſubſtitutionem pupillarem. At ille rationem reddit, Cur hac in re deterior ſit conditio eius, qui compulſus adiit, quem cõſtat amittere ſubſtitutionem pupillarem ſi fuerit ſubſtitutus iis verbis *quiſquis mihi heres erit l. ita tamen 27. §. qui ſuſceptam. D. ad S C. Trebel.* Rationem verò hanc adfert iſtius diuerſitatis, quòd etiam ſi vterquẽ patri heres ſit ſine re, tamen maiore odio dignus & quodammodo indignior honore delato eſt is, qui quãtum in ſe fuit, euertit & deſtituit primas ſecundaſque tabulas quam qui fidem tacitam dando fideicommiſſo inutili accommodauit in fraudem legum caducarum. Quæ tamen ratio totaque ipſa ratiocinatio mala eſt. Primùm quia is qui compulſus adiit, neque ius adcreſcendi amittit neque ius pupillaris ſubſtitutionis, ſed vtrumq; retinet, ſuccedítque ipſe & ex iure adcreſcendi & ex pupillari ſubſtitutione, tametſi poſtea quicquid conſecutus eſt fideicommiſſario reſtituere tenetur *d. §. qui ſuſpectam & d. l. Papinianus.* Quod diuerſum eſt in eo cui tanquam indigno ablata eſt tota pars hereditatis in qua tacitam fidem accommodauerat, quantum ſcilicet ad ius adcreſcendi, quia non adcreſcit tanquam rem habenti. Hæc.n. Vlpiani ſententia eſt in *d. l. ſi totam.* Itaque debuerat potius dicere Cuiacius deteriorem eſſe conditionem illius qui in fraudem legum caducarum tacitam fidem accommodauit, quam eius qui adit compulſus, ſaltem quod pertinet ad ius adcreſcendi, & deinde rationem huius rei quærere, quam vix certè reperiſſet, qui è contrario putauit rationem ſe reperiſſe cur deterioris conditionis eſſe debeat is qui compulſus adiit cùm ſit melioris. Fateor equidem eum qui compulſus adiit, deterioris eſſe conditionis in eo, quod pupillarem ſubſtitutionem quam ſibi acquirit, ſibi tamen non retinet ſed fideicommiſſario reſtituit, cùm is qui tacitam fidem accommodauit ſibi retineat non tantùm ius ſed etiam commodum pupillaris ſubſtitutionis: Sed cùm de iure adcreſcendi ex profeſſo tractaret Cuiacius, cur non potius ad id reſpexit quod obtinebat circa ius adcreſcendi, quàm ad id quod circa pupillarem ſubſtitutionem? Nimirum quia credidit heredem qui compulſus adiit amittere ius adcreſcendi, quaſi deficiẽs portio in hoc caſu adcreſcat fideicõmiſſario nõ heredi, quia ius illud adcreſcẽdi à iuris cõmodo nõ ſeparauit. In quo apertè errauit, Niſi apertiùs errarunt Vlpianus & Papin. in *d. l. Papin.* vbi volunt portionẽ hereditatis deficientem poſt reſtitutionem adcreſcere quidem heredi ſcripto, ſed tamen ab eo poſtea reſtituendam eſſe fideicommiſſario. Deinde ſi verum eſt vt eſt meliorem eſſe conditionẽ eius qui tacitam fidẽ accõmodauit quantum ad ius & cõmodum pupillaris ſubſtitutionis, deteriorem verò quàm eius qui compulſus adiit quod ad ius ipſum adcreſcendi: An non ratio aliqua diuerſitatis omnimodo quærenda eſt & à Cuiacio quæri debuit non ſolùm inter hunc & illum, ſed etiam inter ius adcreſcẽdi & pupillarem ſubſtitutionẽ At neq; verum eſt quod ille ait odioſiorem & honore ſibi delato indigniorem eſſe illum qui quantum in ſe eſt deſtituit euertitq; primas & ſecundas tabulas quã qui tacitam fidem accõmodat in fraudem legum. Cùm enim is etiam qui ex teſtamento ſuccedit magis ſuccedat aut certè non minus ex beneficio legis quàm ex beneficio teſtatoris quia ſine lege teſtari nemo poſſet, nec minùs lege obuenire dicatur hereditas quæ ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur *l. lege obuenire 130. De verb. ſign.* an non maiore odio dignus eſt qui legibus iniuriam facere vult, quàm qui teſtatori? Dicamus ergo vt omnibus iſtis dubitationibus ſatisfaciamus, Aliam eſſe cauſam eius, qui adit compulſus, aliam illus qui fidem tacitam accommodauit vt non capienti partem hereditatis reſtitueret. Rurſum aliam cauſam eſſe iuris adcreſcendi, aliã pupillaris ſubſtitutionis ſed hoc in perſona eius qui tacitum fideicõmiſſum ſuſcepit non etiã in perſona illius qui adiit cõpulſus. Vtrique quidẽ commune illud eſt quod & adeundo heredes fiunt, & ſemper heredes manent, ſed nõ ob id vtrumq; ius æquè retinẽt & adcreſcendi & pupillaris ſubſtitutionis. Qui adiit coactus vtrumq; ius retinet, ſed neutrius iuris effectum ſi ſolus heres ſcriptus proponatur: Non tam quod aliquo odio dignus ſit vt vult Cuiacius, quàm quia cùm heres eſſe noluerit nec niſi inuitus heres factus ſit, habẽdus eſt pro non herede in iis omnibus quæ ad ipſius cõmodum vel incõmodum ſpectant ſi ſint illa eiuſmodi quæ ipſe habiturus non fuerat ſi adire coactus non fuiſſet. Hoc enim addendũ eſt, quoniã ſi haberet iſte coheredem qui pro parte ſua adiiſſet atque ita non tantùm paternas, ſed etiam in conſequentiam pupillares quoq; tabulas confirmaſſet, non auferretur ei commodum pupillaris ſubſtitutionis *d. §. qui ſuſpectã & à patre verſ. quod ſi duo d. l. ita tamen. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus e. tit. ad SC. Trebel.* Ex quo manifeſtius intelligitur vt hoc etiã addamus non eſſe bonam rationẽ Cuiacij ſumptã ex odio heredis coactè adeuntis. Nã & is qui habet coheredẽ adhuc deliberantẽ ſi interim portionẽ ſibi delatam repudiet nonne id agit quantũ in ſe eſt vt & primas & ſecundas tabulas euertat perinde ac ſi non haberet coheredem? Nam quod adeunte poſtea coherede vtræque confirmantur non fit beneficio aut conſilio iſtius qui repudiauit, ſed alterius qui æquè poterat repudiare ſi vel tam timidus fuiſſet, vel tam parum ſtudioſus tuendæ exiſtimationis defuncti. Æquè igitur pupillaris ſubſtitutionis commodum amittere hic deberet ac ſi ſolus heres ſcriptus eſſet ſi nihil niſi odium quo dignus eſt inſpiceremus. Neque tamen hæc diſtinctio ſimiliter cadere poteſt in quæſtionem, De iure adcreſcendi, quia tametſi heres qui compulſus adiit habeat coheredem, ſiue vnicus ille eſt, nullus de iure adcreſcendi quæſtioni locus supereſſe poteſt, cùm adeunte quidem coherede portio ipſius deficere amplius non poſſit, eo autem repudiante non poſſit hic qui compulſus adiit dicere habiturum ſe fuiſſe ius adcreſcendi, quamuis omiſiſſet hereditatem, ſi quidem deſtitutum fuiſſe eo caſu teſtamentum, ſiue plures ſint coheredes quorum vnus adeat, alius repudiet, ſemper verum eſt hunc qui coactus adiit nullam fuiſſe habiturum partem cui alia deficiens potuiſſet adcreſcere, ſi non coactus

fuiſſet

fuiſſet adire, & idcirco nulla ei ſit iniuria ſi deficientem portionem quæ ipſi adcreuit cogatur fideicommiſſario reſtituere, quia nec adcreuit niſi inuito. Cur. n. non aufferatur etiam inuito quod inuito acquiſitum fuit? At is qui in fraudem legum tacitam fidem accommodauit, pupillaris quidem ſubſtitutionis & ius & effectum retinet, ſed adcreſcendi ne ius quidem: quoniam cùm ius adcreſcendi totum ſit ex lege inter coheredes, adeò vt neque teſtatoris neque coheredis cui deficiens portio adcreſcit voluntas exigatur, non poteſt ſanè lex pro herede hunc habere qui legibus maxime fraudem facere voluit, maximè verò in eo ipſo in quo fraudem fecit. Atqui in eo ipſo haberet illum pro herede ſi ius adcreſcẽdi ſaluum ei relinqueret, quia ius adcreſcendi ſupponit in neceſſarium antecedens illum habere partem aliquam hereditatis cui hæc quæ poſtea deficit poſſit adcreſcere: Aliam porrò nullam habere aut habuiſſe dici poteſt præter hanc ipſam quam propter fraudem amiſit. Ergo quamuis in adcreſcente portione nullam fraudem fecerit, alterutrum tamẽ euenire neceſſe eſt vt vel nullam partem habere exiſtimetur atque ita ab adcreſcendi iure excludatur, vel vt in ea ipſa parte in qua fraudem legibus fecit pro herede a lege habeatur. Hoc verò poſterius abſurdum vtique foret, ſecumque pugnarent leges ſi circa eandem rem ei fauerent quem punirent. Prius igitur dicendum eſt, Ob idque nimirum Vlpianus in *d.l.ſi totam* loquitur de illo qui totam portionẽ amiſit. Vt intelligamus in eo qui partis ſuæ partem tantum quamuis maximam amiſiſſet aliud eum reſponſurum fuiſſe, quia ſi ſufficeret vel minimam particulam ſuæ portionis eum habere vt pleno iure adcreſcendi frueretur, ſiquidem non punitur per leges niſi quatenus contra leges fecit *d.l.ex facto §.vlt.* nihil fecit contra leges in ea portione quæ poſt pœnam adcreſcit. Quemadmodum igitur ex illa ipſa portione in qua fraudem fecit retinet tamen eam partem in qua fraudem nullam fecit, ita & multo magis totam eam portionem quæ adcreſcit retinere debet impunè, vt delicti finibus pœna concludatur. Sed & illud obſeruari volo apud Vlpianũ quod ſic loquitur *apparet nihil ei debere adcreſcere quia rem non videtur habere.* Non ait nihil poſſe adcreſcere quia rem non habeat, ſed nihil adcreſcere debere, obſtante ſcilicet non tam ratione iuris communis quæ ius adcreſcendi tribuit heredi cuilibet portionem ſuam vtiliter adeunti ſibique acquirenti, quam poteſtate legum caducarum quæ nullo legum beneficio gaudere hunc patiuntur qui leges neglexerit. Rurſus ait *non videri hunc rem habere* vt ſignificet re vera quidem habere etiam poſtquam ei tanquam indigno ablata portio eſt à fiſco non alia vtique ratione quam quia heres manet ſed tamen non videri habere, quia licet re vera heres maneat in iis tamen quæ ex mero legum auxilio & beneficio proficiſcuntur, cuiuſmodi eſt ius adcreſcendi, non poteſt haberi pro herede Quomodo tamen habetur ſemper quantum ad pupillarem ſubſtitutionem, quoniam pendet illa non tam ex legibus quàm ex voluntate teſtatoris, & ex iure quod morib. populi Romani non lege aliqua certa fuit conſtitutum *l.2. D. de vulgar.* nec tantum ad ſubſtituti vtilitatem pertinet ſed etiam ad fauorem pupilli cuius intereſt habere teſtamentarium heredẽ potiùs quàm legitimum *l ſi pupillus 42 alias l. Iulianus D.de acq.hered.* & quem propter delictum ſubſtituti carere teſtamentario herede quem pater ei dederit abſurdum ac iniquum eſſet. Idque adeò verum eſt vt quamuis hic pupillaris ſubſtitutus, qui patris heres aliquando fuit, ſubſtitutus fuerit ſub ea conditione ſi patri heres eſſet, & heres eſſe deſierit, puta quòd in ſeruitutem ſit redactus, non eo minùs tamen admittendus ſit ex pupillari ſubſtitutione, vt Paulus tractat in *d.l.ex facto §.vlt.* quia ſufficit quod aliquãdo heres fuerit ad confirmandum paternum & pupillare teſtamentum, itemque ad implendam ſubſtitutionis pupillaris conditionem, quæ ſemel impleta deficere poſtea non poteſt, nec ſi is, qui ſemel heres fuit poſtea deſinat heres eſſe. Atque ita totam quæſtionem hanc ſatis alioqui perplexam vt ex ſupradictis apparet explicandam eſſe arbitramur. Videamus iam de iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem, quæ alia propoſitæ diſputationis pars eſt, & in qua nec omnino conuenit nobis cum Cuiacio, multò minùs cum Bartolo.

ERROR VI.

De iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem.

SVMMARIA.

1 *Bartolus & alij exiſtimant ius adcreſcendi tranſire in emptorem legati.*
2 *Contraria Cuiacij ſententia.*
3 *Eiuſdem confirmatio.*
4 *Ratio ſententiæ Bartoli exploditur.*
5 *Diſcrimen inter legatum & rem legatã & num. 15.*
6 *Quo ſenſu dicatur portio hereditatis ſiue legati deficiens ei adcreſcere qui aliam partem habet.*
7 *L.ſi Titio.33.§.1.D de vſufru Bartolo nõ fauere.7.*
8 *Neque l.hac ſcriptura 26 §.1. D. de condit. & demonſtr.*
9 *Nequidem l.interdum.10.D. de vſufru. adcreſc.*
10 *Licet ius adcreſcendi non tranſeat in emptorem legatæ rei, tranſit tamen commodum & effectum iuris adcreſcendi.*
11 *Etiam viriliſ partis appellatione quandoque totum continetur.*
12 *Non etiam partis appellatione.*
14 *Inter legatum & hereditatem notabilis differentia.*
15 *Abſurda conſtitutionis Inſt. in l.vnic. §. vbi autem legatarij. C.de cad.toll.*

CApite ſuperiore diximus Bartoli, no-
ſtrorumque interpretum ſententiam
illam eſſe, vt adcreſcendi † ius tranſeat 1
in emptorem legati, quia portio ad-
creſcat portioni non perſonæ: Cuiacij
verò † contrà, non adcreſcere, ob eas rationes quas 2
ſuprà iam & retulimus, & refutauimus. Bartoli opi-
nio apertè falſa eſt: Namque ratio à nobis allata &
probata eſt ne ius adcreſcendi tranſire poſſit in em-
ptorẽ hereditatis, eadẽ prorſus facit ne poſſit etiam
trãſire in emptorẽ legati. Nempe † quia ſicuti heres 3
qui hereditariam portionẽ ſuam vendidit, non ideò heres eſſe deſinit, od idque ſolùm ſi vendiderit, quo caſu habet pretiũ, ſed etſi eam donauerit, nihilominus partẽ habere intelligitur, cui alia deficiens portio poſſit adcreſcere. Ita & legatarius qui rei ſibi legatæ partem vendidit aut donauit, non eò minùs remanet legatarius, & quidem eius ipſius partis quam alienauit. Nemo enim dixerit deſinere illum eſſe legatarium ob id tantùm, quòd deſinat habere rem legatã, nec rurſus eum qui a legatario accipit rẽ legatam ſiue ex venditione ſiue ex donatione ſiue alio quocunque titulo fieri hoc modo legatarium. Facit enim legatarium vt & heredem ſola voluntas teſtatoris eaque teſtamenti verbis idoneis declarata, non autem alienatio legati. Proinde ridicula eſt

ratio † illa qua in toto hoc tractatu paſſim abutitur Bartolus,& poſt eũ cæteri non meliores Bartolo, quod portio adcreſcat portioni, non perſonæ. Nec enim ſic accipienda eſt vt quiſquis rem habet, ius quoque adcreſcendi habere debeat etiamſi ſit extraneus, quomodo Bartolus intelligit ad *d.l.re coniuncti. num.*45. ſi non cætera quoque concurrant quæ ſunt neceſſaria ad inducendum ius adcreſcendi, inter quæ præcipuum ac potiſſimũ eſt vt adſit ius coniunctionis, cùm agitur de legatis *l.re coniuncti.*89.*de legat.*3. *l. triplici.* 142. *de verb.ſign.l.ſi ſub conditione.* 16. *D.quib. mod. vſusfr. amitt.* adeoque etiam de bonorum poſſeſſionibus *l.ſed cùm patrono.*6. *D. de bonor.poſſeſſ.* ſed negatiuè vt qui non habet portionem is etiamſi à teſtatore coniunctus fuerit non tamen habeat ius adcreſcendi. Porrò legati portionem hoc ſenſu is tantùm habere dicitur qui legatarius eſt & legatarius is eſſe qui habet legatum
5 non qui habet rem legatam. Hic enim † noſtrorum interpretum & maximè pragmaticorum error eſt, quòd confundunt, *legatum & rem legatam*, nec obſeruant, *legatum*, eſſe nomen iuris, quo ſignificatur non res ipſa quæ legatur, ſed titulus habilis per ſe ad transferendum ſola iuris poteſtate dominium in legatarium, quemadmodum hereditas facit heredis res ſingulas *l.legatum.*80.*d. leg.*2. Rem verò legatam nihil aliud eſſe, quam corpus quod legatum eſt, nec quatenus legatum eſt, ſed quatenus vel hoc vel illud corpus eſt. In ſumma legati appellatio habet ſenſum formalem, rei verò legatæ, ſenſum materialem. Itaque cùm dicimus quod veriſſimum eſt ſiue heredita-
6 tis, † ſiue legati portionem deficientem ei adcreſcere qui aliam partem hereditatis aut legati habeat, non illud ſignificamus parte bonorum ſiue hereditariorum ſiue legatorum ei adcreſcere debere qui aliam partem eorundem bonorum habeat, ſed hoc potiùs, Portionem hereditatis aut legati deficientem ei adcreſcere qui pro alia parte iam heres aut legatarius eſt, ſiue bona quæ ad partem illam pertinent, & quæ iam partis illius iure conſecutus eſt, adhuc habeat ſiue deſierit habere. Illum namque heredem & legatarium appello, non quem teſtator heredem aut legatarium ſcripſit, ſed qui hereditatem adeundo heres factus eſt, & legatum conſequendo legatarius. Ex eo namque tempore quo ſiue hereditatis ſiue legati partem ſuam conſecutus eſt, quantumuis poſtea id omne quod cõſecutus fuerat alienet, partem nihilominus ſemper habere ac retinere intelligitur, quam ſemel conſecutus fuit. Cùm igitur certiſſimum ſit emptorem rei legatæ non idcirco fieri legatarium, vt neque emptor bonorum quę fuerunt aliquando hereditaria ſit heres, conſequens eſt vt quamuis poſſideat partem corporũ ſiue hereditariorum ſiue legatorum, non eo magis tamẽ videatur partem illam habere, cui alia quæ deficit poſſit adcreſcere, quia neque hereditatis neque legati partem vllã habet. Alioqui heres eſſet ex parte ſi partem hereditatis haberet, & legatarius pro parte ſi haberet partem legati. Et ſanè quid abſurdius dici poteſt quàm eſſe ius adcreſcendi inter vnum ex heredibus & emptorem alterius portionis hereditariæ? Aut inter vnum ex legataris & emptorem partis rei legatæ. Quid enim habent illi commune: aut quænam inter eos coniunctio eſſe poteſt, quorum vnus admittitur ex teſtamento vnius, Alter ex contractu alterius? ſi ne quidem ex taſtamentis diuerſis ius coniunctionis poteſt contingere vt ſcriptum eſt in *d.l.ſi conditione.* 16. *D.quib.mod.vſusfr. amitt.* Neque verò vllus iuris locus eſt quo Bartoli ſententiam tueri quis poſſit. Nam
7 † in *l.ſi Titio fructus.* 33. §.1. *D. de vſufr.* nihil aliud ſcriptum eſt quod ad rem noſtram pertineat, niſi quod proprietatis portio adcreſcit portioni velut alluuio: quos nos equidem non negamus, ſed aliter intelligendum eſſe dicimus quàm quomodo à noſtris vulgo intelligatur. At † in *l.hæc ſcriptura* 26 §.1. *D. de condic.* 8
& demonſtr. quem etiam textum adducit Bart. in *d.l. re coniuncti.n.*16. non de illo agitur qui rerũ hereditariarum aut legatarum partem habeat titulo ſingulari puta venditionis, vel donationis, ſed de heredis vel legatarij herede, qui cũ ſit iuris ſucceſſor, licèt neq; heres ipſe neq; legatarius propriè intelligatur, quia non venit ex iudicio teſtatoris *l. qui liberis.*8. *ad fi.de vulg. & pupill.ſubſt.l.*5.§.*qui accuſauit l.qui Titij.*7. *D. de his quæ vt indig.* hereditatis tamen & legati partẽ habere intelligitur, adeóque eã ipſam quã habuit defũctus cuius heres eſt. Nec aliud reſpondiſſet Iulianus in *dict. l. hæc ſcriptura* §.1. quãuis ille qui pro parte heres vel legatarius fuerat eius partis bona vel vẽdidiſſet vel donaſſet, quia non eo minùs manſiſſet ille heres aut legatarius & conſequenter ius adcreſcendi ſibi cõpetens ad heredẽ ſuum æquè tranſmiſiſſet etiã pendente alterius partis poſtea deficientis conditione. Igitur habet quidẽ heres in illa ſpecie ius adcreſcendi, quia partem hereditatis & legati habet, ſed ſi pergas vlterius, habet partem hereditatis aut legati, non quia vel hereditariarum vel legatarum rerum partẽ poſſideat, ſed quia heredis vel legatarij heres & vniuerſalis ſucceſſor eſt, quod non ſimiliter de emptore aut donatario dici poteſt. Poſtremò quod † adducit Bart. ex *l. interdum.*10. 9
D.de vſufr.adcreſc. nil nos mouet. Admittimus enim ſpeciale eſſe in vſufructu, vt non portioni adcreſcat, quomodo proprietas, ſed perſonæ etiam quæ partem ſuã vſusfructus amiſerit, vt eo loco ſcriptũ eſt. Sed negamus amiſſam eſſe portionem ab eo qui vendiderit eam aut donauerit, cùm remaneat heres & legatarius, poſtquam ſemel partem ſuã hereditatis vel legati cõſecutus fuit: Amittit enim is demũ qui heres aut legatarius eſſe deſinit, vt qui redactus eſt in ſeruitutẽ *l.ex facto.*43.§.*vlt.* quia ſeruus neq; heres neq; legatarius manere poteſt, cùm nomina iſta ſint ex iure ciuili, cuius omnino incapaces ſunt ſerui. Qui verò tacitam fidem in fraudẽ legum accomodauit, amittit quidẽ cõmodum hereditatis & legati quod ipſi eripitur & applicatur fiſco *d.l.*5.§. *amittere. & paſſ. D.de his quæ vt indign.* ſed tamen ius ipſum non amittit, cùm heres & legatarius maneat *d.*§ *vlt.* ob idque haberet etiam ius adcreſcendi, niſi eſſet illud ex legibus quæ non patiuntur vt hic rẽ habere videatur, quomodo præcedente capite diſputauimus ex *l.ſi totam.*83. *D.de acq. hered.* Denique proprietas ſiue hereditatis ſiue legati ſemel acquiſita non facilè amittitui. Vſusfructus autem ideo facilè amittitur quia non ſemel vt proprietas, ſed quotidie conſtitui & legari intelligitur vt eleganter à Celſo & Iuliano ſcriptum eſſe ait Vlp. in *l.*1,*de vſufr. adcreſc.* quare nec vſusfructus ille amitti intelligendus eſt qui iam acquiſitus fuit, ſed ille qui ex eo tempore quo amittitur conſtitueretur, ſi non amitteretur. Ex his igitur Bartoli ſententia ſatis ſupérque confutata relinquitur. Dicendúmne itaque erit cum Cuiacio, generaliter & indiſtinctè, in emptorem rei legatæ non tranſire ius adcreſcendi? Vtri-
que † ſi de iure ipſo adcreſcendi tractemus, ſed non 10
æquè ſi de commodo & effectu iuris adcreſcendi intelligamus, quomodo intellexiſſe Cuiacius videtur. Nam ſi tibi & Mæuio coniunctim fuerit legatus totus fundus Cornelianus, ita vt fueritis coniuncti re & verbis aut ſeparatim, vt fueritis coniuncti re tantùm, túque mihi legatum tuum iam à te agnitum vendideris deliberante adhuc Mæuio, qui poſtea partem ſuam repudiauerit. Dico totum fundum deberi mihi non iure adcreſcendi, ſed iure venditionis, ſiue dixeris te mihi vendere legatúm tuum, ſiue quod idem eſt ius tui legati, ſiue denique quod magis mirum videatur partem virilem tui legati, quia

hoc

hoc etiam vltimo caſu licèt virilis portionis mentio
11 facta ſit, nouum tamen non eſt † virilis partis appellatione totum contineri, cùm nemo eſt qui concurrat partémque faciat *l. ſi duobus* 16. *§. vltim. de legat.* 1. *l. virilis.* 145. *de verbor. ſignifica.* Verum autem eſt non concurrente Mæuio totum fundum Cornelianum tuum fuiſſe iam ipſo tempore venditionis, cùm tibi perinde totus & inſolidum atque ipſi Mæuio legatus eſſet. Quidni igitur mihi totus venditus eſſe intelligatur? Alioqui non poſſis dicere quid videri debeas mihi vendidiſſe, cùm ex poſtfacto appareat nunquam partem fundi fuiſſe in legato, ſed totum fundum, ideoque vel totum ad te pertinuiſſe, vel nulla ex parte. Nam etſi velles partem fundi agnoſcere, partem repudiare, atque ita legatum ſcindere, non poſſes, *l. legatarius.* 38. *de leg.* 1. *l.* 4. *de lega.* 2. quia non debet induci diuiſio voluntatis *l. eum qui.* 18. *§. vltim. D. de his quæ vt indig. l. nam abſurdum.* 7. *D. de bon. liber.* Cùm itaque vel ex hoc maximè appareat totú fundum & legato contineri & ad te pertinere, ſequitur vt ad me quoque totus pertineat, cui tu ſiue legatum tuum, ſiue ius legati, ſiue partem tuam virilem vendidiſti. Non idem eſſet ſi mihi fundi Corneliani partem vendidiſſes, quomodo loqui debueras, vt cautiùs negotiareris, ſi id agebas vt eius fundi partem duntaxat mihi venderes. Nec enim quemadmodum virilis portio facilè poteſt in totum euadere
12 nemine concurrente, ita & pars, † cuius appellatione in dubio dimidia ſignificatur, poteſt continere totum ſi non ſit adiecta mentio, *virilis*, vt diximus in *Err.* 5. *Decadis præcedentis.* Et in hoc manifeſtius
13 apparet differentia illa † quam ſupra diximus eſſe inter legatum & rem legatam: Legatum enim ſcindi non poteſt, licèt res, quæ legata eſt, diuidua eſſe proponatur. At res legata facilè ſcinditur ſi diuidua ſit, nec quicquam vetat legatum acquiri totum legatario, rei verò legatæ partem ad eum qui à legatario ius habeat tranſire, aliam verò partem penes legatarium remanere. In eoque notabilis differentia eſt, quam nec Cuiacius nec alius quiſquam (vt arbitror)
14 obſeruauit inter hereditatem † & legatum. Nam licèt ius hereditatis perinde ac legati indiuiduum ſit *leg. Pomponius* 8. *in fin. D. de rei vindic. & leg.* 1. *D. de acquir. hered.* res autem hereditariæ niſi natura indiuiduæ ſint commodam diuiſionem recipiant, *leg.* 1. *& tot. ti. D. famil. erciſc.* qui tamen heres ex ſemiſſe tantùm inſtitutus fuit accepto coherede Mæuio, ſi deliberante Mæuio partem ſuam hereditatis mihi vendiderit, non niſi dimidiam mihi vendidiſſe dici poteſt, cùm ipſius pars & portio fuerit dimidia duntaxat. Quod enim alia pars quæ Mæuio data fuerat ei adcreſcit inuito per repudiationem Mæuij, non ideo facit, vt venditionis tempore videatur habuiſſe totam hereditatem, quaſi totam hereditatem teſtator ei dederit, ſiquidem ponimus non fuiſſe datum ei niſi ſemiſſem, ac proinde alium ſemiſſem, ei adcreſcere, non tam iure coniunctionis & ex verbis teſtamenti aut ex voluntate teſtatoris, quàm ex mera ratione ac neceſſitate iuris. Conſequenter nulla ratio eſt vt ſemis ille qui ipſi adcreſcit, videatur venditus mihi, qui emi partem tantùm hereditatis ei delatam. At ſi vendidiſſet mihi partem ſibi legatam fundi Corneliani, quem ei & Mæuio ſiue coniunctim ſiue diſiunctim verbis totum teſtator reliquiſſet, totum fundum vendidiſſe dicendus eſſet, non dimidiam eius partem, quia verum eſſet nullá fundi partem legatam ei fuiſſe, ſed totum fundum. Alioqui nec ipſe adcreſcendi ius haberet Mæuio repudiante, ſi partem aliquam habere intelligeretur citra concurſum. Hinc namq. differentia iſta naſcitur, quod inter heredes ius adcreſcendi eſt, quamuis ab initio partes habeant à teſtatore factas quantumlibet diſiunctas. Inter legatarios verò non aliter quàm ſi per concurſum partes fiant, vt toties inculcauimus. Sed quod diximus de legato quod venditori meo & Mæuio relictum fuerit cõiunctim re & verbis, ſciendum eſt ex iuris veteris ratione intelligi debere, non ex Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. vnic. §. vbi autem leg. C. de cad. toll.* Tribonianus enim, † cui 15
nihil tam curæ fuit, quàm vt veterem iuriſprudentiam totam peruerteret, conſtituit eo loco, vt ſi pluribus eadem res coniunctim legata fuerit, vt proinde & re & verbis coniuncti ſint, partes ab initio habere intelligantur, quocunque tandem modo legatum ſit etiamſi per vindicationem cùm olim ita non eſſet niſi relicto legato per donationem: Et tamen placuit eidem Triboniano eſſe inter eos ius adcreſcendi vt olim, ſed contra regulam iuris veteris quæ non patiebatur ius adcreſcendi eſſe inter eos qui ab initio partes haberent, ſed inter eos tantum quibus ſolidum ab initio legatum fuiſſet, & qui facerent partes per concurſum. Ex his verò duobus abſurdis illud etiam tertium conſtituit Tribonianus, vt quamuis inter iſtos re & verbis coniunctos ius adcreſcendi ſaluum eſſe voluerit, acſi partes ab initio non haberent, quas nec certè habent, nolit tamen inuitis quicquam adcreſcere, ſed volentibus duntaxat. Itaque ſi teſtator ita ſcripſerit. *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* Et Sempronius legatum repudiet, poteſt hodie Titius partem fundi agnoſcere & aliam partem ex Sempronij repudiatione ſibi adcreſcentem reſpuere, quod olim proculdubio non licuiſſet, quia cum totus fundus ſingulis legatus intelligeretur, ideoque inter eos adcreſcendi ius eſſet, non magis potuiſſet Titius legatum ſcindere quàm ſi ei ſoli fundus legatus fuiſſet totus non adiecta Sempronij mentione. *l. legatarius.* 79. *de leg.* 1. *iun. l. coniunctim.* 80. *de leg.* 3. *l.* 4. *&* 5. *de leg.* 2. Atque in hoc certè magnam plagam iuri veteri intulerit Iuſtinianus, contra quem de hac ipſa re iam alia pleraque à nobis ſupra diſputata ſunt in *Error.* 5. *Decadis huius.* Fecit enim Iuſtinianus vt nulli hodie dici poſſint re & verbis coniuncti, cùm fieri nequeat vt re coniuncti ſint qui ab initio partes habent. Nec eo minus tamen ex iure vetere retinuit vt perinde habeant ius adcreſcendi acſi eſſent re & verbis coniuncti, ſed ita vt deficiens portio non adcreſcat inuitis quomodo adcreſcebat olim quia neque tam adcreſcere quàm non decreſcere videbatur. Igitur cùm olim ius adcreſcendi propriè eſſet inter heredes tantùm, inter legatarios verò non eſſet niſi ius non decreſcendi, fecit Iuſtinianus vt hodie ſit etiam inter legatarios verè ac propriè ius adcreſcendi, non tamẽ, quod magis mirum eſt inter verbis tantùm coniunctos (de his enim nihil noui Iuſtinianus conſtituit) ſed inter eos tantùm quos teſtator & re & verbis cõiunxerit, licèt ſecundùm nouam Triboniani prudentiam pro iis habendi ſint qui verbo tantùm ſint coniuncti. Qui enim re & verbis coniuncti non ſunt multo minùs re tantùm eos neceſſe omnino eſt vel verbis tantùm vel nullo modo coniunctos eſſe. Atqui nemo dixerit voluiſſe Iuſtinianum nullomodo coniunctos eſſe illos inter quos ius adcreſcendi ſaluum eſſe voluerit. Relinquitur ergo vt habuerit iſtos pro coniunctis verbo tantùm, quamuis nuſquam ſuſtulerit rationem illam iuris veteris quæ inter verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi eſſe non permittebat. Cúmque iſta omnia manifeſtam implicent contradictionem, mirum non eſt Bartolum noſtrum Triboniani errores pro certiſſima iuris ratione ſecutum ineptas quoque circa hunc articulũ diſtinctiones tradidiſſe ad *d. l. re coniuncti n.* 51.

ERROR VII.

De iure adcreſcendi inter vocatos ex diuerſo iure, ad l. ſed cum patrono. 6. de bonor. poſſ.

SVMMARIA.

1 *Inter eos qui vocati ſunt ex diuerſo iure non eſt locus iuri adcreſcendi.*

2 *Vnde ſuperius pronuntiatum probetur ab interpretibus.*

3 *Quando ſeu in quibus caſibus verum ſit ſuperius effatum.*

4 *In quibus non obtineat.*

5 *Ratio interpretum petita ex l. ſed cum patrono. 6. de bon. poſſ.*

6 *Einſdem rationis impugnatio, & d. l. explicatio 6. D.*

7 *Obiectio & dubitatio petita ex d. l. ſed cum patrono & quomodo eidem Accurſius & Bart. occurrant.*

8 *Aliter dubitationi occurrendum fuiſſe.*

9 *Accurſij & Bartoli commenta expenduntur & refelluntur.*

1 DIci ſolet inter eos † qui vocati ſunt ex diuerſo iure non eſſe locum iuri adcreſcendi, in eamque rem adferunt
2 noſtri reſponſum † Pauli in *l. ſed cum patrono. 6. D. de bonor. poſſeſſ.* vbi ſcribit ille, cùm patrono polliceatur prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem certæ partis, ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis, non eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ideoque non petente ſcripto ſecundùm tabulas alterius quoque partis nominatim prætorem polliceri patrono poſſeſſionem, cùm cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel tantùm debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Concluſio & traditio iſta regulariter quidem vera eſt, ſed
3 non ſemper. Vera † eſt in illis caſibus in quibus ius adcreſcendi naſcitur ex coniunctione vt inter legatarios & fideicommiſſarios, quia non poſſunt videri coniuncti qui ex diuerſo iure vocantur, vt neque illi qui ex diuerſis teſtamentis *l. ſi ſub conditione 16. D.*
4 *quib. mod. vſuſfr. amit.* At cùm ius adcreſcendi † non ex coniunctione naſcitur ſed ex neceſſitate vt in hereditatibus & bonorum poſſeſſionibus parú refert, an ex diuerſo iure an ex eodem vocentur illi ex quibus alij velint ſuccedere, alij nolint. Finge teſtamētum ruptum eſſe per querelam inofficioſi, ſed pro parte tantùm, atque ita teſtatorem pro parte teſtatum pro parte inteſtatum deceſſiſſe. (hoc enim ex poſtfacto fieri poſſe conſtat, *l. nam etſi. 15. §. filius. l. circa. 24. D. de inoff. teſtam.*) cum verò qui ab inteſtato poſſet ſuccedere & vellet nolle ſuccedere. Nam & hoc fieri poteſt, ſiue ille ipſe ſit qui de inofficioſo egerit (nemo enim agendo de inofficioſo ideo ſuccedit, ſed tantùm parat ſibi viam ad ſucceſſionem ſi ſit ex his perſonis quæ ſuccedere poſſint) ſiue ignorante aut inuito etiam eo alius egerit qui ſuccedere ipſe non poſſit (quia cùm hæc ſit publica accuſatio nemo agentem repellit *l. 1. l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his eo. tit.*) Non eſt dubitandum quin hoc caſu vocetur ex diuerſo iure is, qui ad vnam partem hereditatis ex teſtamento vocatur, & alius qui ad aliam partem vocatur ab inteſtato. Et tamen quis neget alterutro repudiante portionem deficientem alteri adcreſcere? Siquidem hoc etiam caſu locum habet ratio illa iuris quæ ex neceſſitate inducit ius adcreſcendi inter heredes quantumlibet disiunctos. Ne ſcilicet defuncti perſona, quæ indiuidua eſt repræſentetur pro parte quod eſſet abſurdum. Portio enim illa deficiens ſi non adcreſceret, ad quem iret? Vtique vacaret atque ita ad fiſcum deuolueretur, at non iure portionis hereditariæ, ſed iure bonorum vacantium. Atqui bona ſiue vacantia ſint ſiue non vacantia nunquam repræſentant perſonam defuncti, in quo differunt ab hereditate, quia non, ſicut hereditas, perſonæ vicem ſuſtinent, ob idq. nec dicuntur niſi deducto ære alieno *l. 1. §. an bona. l. non poſſunt. 11. D. de iur. fiſc. l. mulier bona. 72. D. de iur. dot.* Porrò non poſſunt dici vacare bona, niſi quæ dominum nullum habent nec habere poſſunt, immo nec ad fiſcum ipſum pertinent tanquam vacantia, ſi non ſint ſoluendo *d. §. an bona.* Quidni ergo adcreſcent ei qui aliam hereditatis partem habet, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato? Eſt autem hoc apertius, ſi ponas non eum qui ab inteſtato ſuccedere poteſt pro qua parte teſtamentum ruptum fuit repudiare, ſed eum qui poterat ſi voluiſſet ſuccedere ex teſtamento reſciſſum non fuit. Cùm enim hoc caſu pars vtraque hereditatis deuoluatur ad cauſam inteſtati, nec minus pro qua parte deſtituitur teſtamentum per heredis ſcripti repudiationem, quàm pro qua parte reſciſſum eſt per querelam, quid (obſecro) impedire poteſt quominùs ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate is, qui in parte hereditatis poteſt ſuccedere? Nam cùm is, qui ab inteſtato ſuccedere poſſet ſi vellet, mauult repudiare, non ſimiliter pars illa quæ delata ei fuerat ab inteſtato, poteſt confluere in cauſam ſucceſſionis teſtamentariæ, vt ei qui ex teſtamento ſuccedit iure teſtamenti tam facilè acquiratur: quoniam à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati facilior eſt progreſſus, quàm ſit regreſſus à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quamuis verum ſit vtroque caſu neceſſitatem facere, vt ei partem hereditatis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato iam habet, aliam deficientem adcreſcere oporteat vt diximus. Et tamen ſiue ponamus, eum ſolum qui ex teſtamēto, ſiue eum qui ab inteſtato ſuccedere potuit, portionem ſuam repudiare, illámque alij portionem ſuam agnoſcenti adcreſcere, ſemper verum erit ius adcreſcendi eſſe inter eos quoque qui ſuccedant ex diuerſo iure. Quid enim magis diuerſum quàm ſi vnus ſuccedat ex teſtamento, alius ab inteſtato. Præſertim cùm velint interpretes in ſpecie *d. l. ſed cùm patrono*, ſuccedi ex diuerſo iure ob id quod vnus ſuccedat per contra tabulas, alius qui per ſecundùm tabulas, qui tamen ambo ſuccedunt ex teſtamento. Nam & bonorum poſſeſſio contra tabulas ex teſtamento eſt, perindeatque ſecundùm tabulas. *§. ſunt autem Inſtit. de bono. poſſ.* Quomodo autem de iis loquimur qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ſuccedētes eos intelligimus non qui omnes reuera ſuccedant, ſed qui tantum habeant ius ſuccedendi. Alioqui ſuccedente vtroque alia ratio impedit ius adcreſcendi quod ei locus nullus ſit in portionibus agnitis nec ſi ex eodem iure ſuccedatur *l. vnic. §. his ita definitis. Cod. de caduc. tollend. leg. 1. §. interdum. D. de vſufr. adcreſc.*
Verùm huic noſtræ † opinioni obſtat valdè quod 5
noſtri adferunt ex *d. l. ſed cùm patrono*, vbi agitur de bonorum poſſeſſionibus quæ cùm ſint ſimiles hereditatibus, quia bonorum poſſeſſor heredis loco eſt apud prætorem *l. 1. 2. & 3. eo.* proculdubio admittunt ius adcreſcendi etiam nulla interueniente ſiue reali ſiue verbali coniunctione. Vt puta ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto, ex ſemiſſe, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto*, quo caſu Titium & Sempronium verbis & re disiunctos eſſe certum eſt tanquam orationibus diuerſis ad diuerſas partes vocatos, neque tamen eo minus verum eſt inter eos adcreſcendi ius eſſe, vt vno repudiante alij

alij adcreſcat portio deficiens, licèt ille non niſi pro parte ſua petierit ſecúdùm tabulas bonorum poſſeſſionem. Hoc enim eſt quod ait Paulus in *dict. l. ſed cum patrono*, in illis verbis, *cum cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem.* Et tamen ſi vnus vocetur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, alius ad ſecundùm tabulas, negat Paulus eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ergo ob id videtur ſentire Paulus, quod ſentiũt interpretes, non eſſe ius adcreſcendi inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, quamuis adcreſcendi ius illud ſit ex neceſſitate vt in bonorum poſſeſſionibus, in quibus toties ius adcreſcendi eſt quoties ex eodem iure ſucceditur ſiue ſecundum tabulas ſiue contra tabulas ſuccedatur. *l ſi duobus. 12. in princip. D. de bono. poſſeſſ. contr. tabul. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus. D. de coniung. cùm emancip. li. eius.* Atque ita interpretes noſtri omnes
6 ratiocinantur. Sed parum † ſubtiliter qui non animaduertunt Paulum non ea ratione moueri quòd in ea ſpecie quam tractat, patronus & ſcriptus heres ex diuerſo iure ſuccedant, ſed illa potiùs, quod patronum vocat prætor ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti non ſimpliciter & indefinitè, ſed cum adiectione ac limitatione certæ partis ſcilicet dimidiæ, ſicut & eo caſu quo patronus eam poſſeſſionem, dimidiæ partis bonorum petierit, non niſi alterius dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas heredi ſcripto defert, vt apertè Paulus ait. Inde namque fit vt inter eos ius adcreſcendi eſſe non poſſit, quia cùm ius omne bonorum poſſeſſionum ſit ex edicto prætoris, non alia forma in iis ſeruari poteſt, quàm quæ verbis edicti præſcripta fuit, quæ tamen non ſeruaretur ſi cui prætor non niſi partem certam & limitatam dedit, nos totum daremus, quoniam ita fieret vt eſſemus liberaliores prætore, prætoriámque iuriſdictionem nobis adrogaremus id faciendo quod ſolus prætor facere potuiſſet, nec voluiſſet: quemadmodum nec prætor ipſe ius adcreſcendi inducit inter eos quib. teſtator certas partes nominatim dedit licèt ipſos verbis coniunxerit. *l. 3 § ſed coniunctim. le. filium. 5. §. penulti D. de legat. præſt.* Ne videlicet in re teſtatoris præbeat ſe liberaliorem teſtatore, quod abſurdum eſſet. *leg. facta. 63. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebellian.* Et hanc Pauli rationem eſſe ex eo intelligimus quòd ſi in propoſita ſpecie patronus repudiaret bonorum poſſeſſionem illam contra tabulas, quam pro dimidia parte prætor ei defert, non eſſet dubitandum quin ea portio heredi ſcripto adcreſceret qui pro alia parte bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accepiſſet. Alioqui debuerat prætor in hoc caſu quo patronus repudiaret polliceri heredi ſcripto alterius dimidiæ partis nominatim bonorum poſſeſſionem, ſicut è conuerſo non petente ſcripto ſecundùm tabulas, alterius quoque partis nominatim poſſeſſionem patrono pollicetur, vt Paulus ait. Ratio autem diuerſitatis illa eſt, quòd tametſi prætor non minùs heredi ſcripto quàm patrono dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ab initio vnicuique deferat, defert tamen cum hac differentia, quod patrono primùm defert & in omnem caſum, id eſt ſiue ſcriptus heres petierit ſecundùm tabulas ſiue nõ petierit. Niſi quòd ſcripto herede petente ſecundùm tabulas defert patrono vnam duntaxat dimidiam vnica delatione. Eo autem non petente defert ei vtramque dimidiam duplici delatione. At heredi ſcripto non defert bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas dimidiæ partis in omnem caſum, ſed in illum duntaxat quo patronus iam partis ſuæ bonorũ poſſeſſionem contra tabulas petierit. Quod non obſcurè Paulus ſignificat cùm ita ſcribit, *ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis.* Alteram enim partem dixit pro reliqua, id eſt, quæ ſupereſt poſteaquàm patronus ſuam accepit. Vt ſignificaret, Si patronus ſuam agnoſcere noluerit, nullius partis poſſeſſionem ſcripto heredi deferri, quippe cui ſufficit ius commune edicti vt vel bonorum poſſeſſionem in ſolidum accipere nunc poſſit, vel ſi iam portionem ſuam agnouit, aliam quæ deficit conſequi iure adcreſcendi. At non ſufficeret ius illud commune patrono ſuam partem agnoſcente per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſpecialique auxilio prætoris opus fuit vt eo caſu ſcriptus heres alterius partis bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petere poſſet, quia per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumpitur teſtamentum iure prætorio & quidem totum. Ex teſtamento autem rupto præſertim iure prætorio nunquam poteſt prætor dare bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, maximè quæ ſit cum re, ne ſecum pugnare videatur. Satiſque ei eſt quod ex æquitate conſeruat legata, ſed ea tantùm quæ coniunctis & exceptis perſonis relicta ſunt, quorum etiam ſummo iure nulla ratio haberi deberet *l. 1. & tot. tit. de leg. præſt.* Quo legatarorum exemplo ſicut inſtitutiones quoque tuetur propterea quòd hereditates non tantùm honeſto titulo, ſed etiam pleniore quàm legata honore tribuantur *d. l. filium. 5. §. ſed etſi portio eo.* ita non alias quam quæ earundem perſonarum coniunctarum & exceptarum fauorem reſpiciant. Proinde ſcripto herede extraneo, de quo agitur in *d. l. ſed cùm patrono*, nulla petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas ei ratio ſupereſſet, poſtquam per contra tabulas ruptum eſſet teſtamentum quamuis non niſi dimidiam partem conſequi patronus poſſet, ſi non fuiſſet prouiſum edicto, delata heredi ſcripto alterius partis ſecundum tabulas bonorum poſſeſſione. Quod ſi pergas quærere ne quis tibi ſcrupulus ſuperſit. Cur non idẽ prætor obſeruauerit circa eam bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas patrono deferendam. Vt nimirum defecerit ei bonorum poſſeſſionem dimidiæ partis ita demum ſi ſcriptus heres alterius partis peteret bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, eo verò non petente, deferret patrono ſoli vniuerſum ius bonorum poſſeſſionis: Reſpondebo rationem illam fuiſſe, quia non poterat aliter prætor conſtituere quin faceret iniuriam vel patrono vel heredi ſcripto cùm tamen & vellet vtrique proſpicere & deberet. Nam ſi patrono detuliſſet bonorum poſſeſſionem contra tabulas in ſolidum, reſtringendam poſtea ad dimidiam partem, eo caſu quo ſcriptus heres concurreret alterutrum euenire neceſſe erat, vt vel non debuiſſet admitti patronus niſi declarata priùs per heredem ſcriptum voluntate an admitti ipſe vellet, necne ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quæ res faceret vt interim decedens patronus amitteret commodum ſuæ bonorum poſſeſſionis, etiam pro qua parte admittit eum prætor. Vel ſtatim admittendus patronus fuiſſet, priùs etiam quàm ſcriptus heres voluntatem ſuam declaraſſet, quo tamen admiſſo, petitáque ſemel contra tabulas bonorum poſſeſſione ius ſcripti heredis extranei penitus intercidiſſet, vt neque partis dimidiæ bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petere potuiſſet, quia bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re & effectu. Adeò vt tum quoque cùm vnus ex liberis heres ſcriptus accepit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ſi alter filius præteritus poſtea petat contra tab. non aliter tueatur prætor filium quem admiſit ſecundum tabulas, quàm iure contra tabulas bonorũ poſſeſſionis *l. 2. § ſi ſub cõditione D. de bono. poſſ. ſecũd. tab.* quia ex iis perſonis eſt quæ contra tabulas

petere potuerunt. *l. is qui in poteſtate. 15. §. ſed ſi nunc. in fin. D. de legat. præſt.* ſicut è diuerſo nunquam, ſed rarius bonorum poſſeſſio contra tabulas petita euadit in ſecundum tabulas vt in ſpecie, *l. nonnunquam. 14. eo.* proinde petita per patronum contra tabulas bonorum poſſeſſione in ſolidum, ſcriptus heres quẽ ponimus vel omnino extraneum eſſe vel ſaltem non ex iis perſonis, quæ contra tabulas petere potuerunt nihil omnino poſſet habere, atque ita afficeretur iniuria contra mentem prætoris qui ſcripto herede concurrente non niſi dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ad patronum cum effectu pertinere voluiſſet. At non idem incommodum emergit cum deliberante patrono ſcriptus heres quantumlibet extraneus admittit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas inſolidum, quoniam ea res non extinguit ius patroni quominùs ille poſſit dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſibi à prætore delatam agnoſcere, nimirum quia nihil prohibet bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas eſſe ſine re, in quo differt à bonorum poſſeſſione contra tabulas. Nam & inde fit vt is quoque qui ſcriptus fuit ſub conditione, poſſit etiam nondum impleta conditione bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere. *d. l. 2. § ſi ſub conditione. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab. l. Paulus notat. 8. D. de prætor. ſtipulat. & apud Paul. lib. 5 ſentent. tit. 9. §. 1.* quæ tamen bonorum poſſeſſio neceſſe eſt vt ſit ſine re ſi poſtea conditio deficere proponatur. At ſuperioribus fortaſſe quis
7 obiiciat † non eſſe abſurdum quod nos pro abſurdo poſuimus vt non prius admitti debeat patronus ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas quàm heres ſcriptus voluntatem ſuam declarauit. Quandoquidem certi iuris eſt bonorum poſſeſſionem contra tabulas quæ patrono datur non aliter ei competere quàm ſi heres ſcriptus vel adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. *l. 1. §. vt patronus. D. de bon. libert.* in eóque differre à bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ liberis præteritis datur, quam ideo dicere ſolemus dari contra lignum & contra teſtamentum, quia non requirit aditionẽ hereditatis. *l. illud. 4. l. quod vulgo. 19. D. de bonor. poſſ contr. tab.* Quam ob cauſam illud quoque mirum videtur quod Paulus in *d. l. ſed cùm patrono.* ponit ſcriptum heredem repudiaſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Nam vt Bartolus poſt Accurſiũ ratiocinatur. Aut heres ille ſcriptus nunquam adiuit, & eo caſu nunquam patrono poteſt competere contra tabulas, quod tamen lex negat. Aut adiuit aliquando, & tunc repudiare poſtea nunquam poteſt, quod rurſum non conuenit legi quæ ponit eum repudiaſſe. Tantique momenti viſa eſt hæc obiectio, vt non aliter eam effugere potuerint Accurſius, Bartolus, & cæteri, quàm diuinando & comminiſcendo, aditam quidem fuiſſe ab inſtituto hereditatem, ſed poſtea reſtitutum eum fuiſſe in integrum à prætore ad ſe abſtinendum fortè ex cauſa minoris ætatis vt in *l. neceſſarius. 57. & l. ſi minor. 61. D. de acquir. hered.* Aut ſcriptum heredem fuiſſe filium liberti eundemque ſuum heredem, quaſi nuda ſui heredis exiſtentia operetur vt contra tabulas competat. *l. etſi ex modica. 5. §. ſi filius. D. de bon. libert.* Aut denique vnum ex hereddibus ſcriptis adiiſſe, qui poſtea ſe abſtinuerit beneficio alterius ſe abſtinentis vt in *l. cum hereditate 55 D. de acquir. hered.* Quarum omnium interpretationum, licèt omnes probentur à Bartolo nihil habente melius quod dicat, nulla tamen eſt quæ probabilis videri poſſit vt ex iis quæ ſequenti capite dicemus, intelligitur. Reſponden-
8 dum † igitur eſt vt vtramque dubitationem diluamus neceſſe quidem eſſe vt heres ſcriptus adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas priùs quàm poſſit competere patrono bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti, ſed tamen eam rem non facere quominus petente patrono contra tabulas perinde neceſſarium ſit heredi ſcripto auxilium bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas pro dimidia parte bonorum retinenda, acti neque hereditatem is adiiſſet neque bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiiſſet, quia cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas reſcindat totum teſtamentum, nec poſſit vnquam eſſe ſine re, vt diximus, neceſſariò euenit vt in irritum deducat aditionem aut bonorum poſſeſſionis agnitionem præcedẽtem, cùm fieri nequeat vt ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis commodum retineatur ex eo teſtamento, quod ruptum fuit. Itaque poſt ruptum teſtamentum ex integro voluntatem ſuam declarare heres ſcriptus debet, non an heres eſſe velit qui nec ſi vellet eſſe tamen amplius poſſet, tantum abeſt vt egeat repudiatione ad omittendam hereditatem, ſed an velit agnoſcere dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam ei nominatim prætor defert, vt ſi velit habeat beneficium prætoris, ſi nolit habeat patronus hanc quoque portionem, ſed non iure petitæ iam pro alia parte bonorum poſſeſſionis contra tabulas, verùm ex nouo & ſpeciali beneficio prætoris hanc etiam portionem ſeparatim & nominatim deferentis. Itaque non ſic ſuprà locuti ſumus vt dixerimus abſurdum fore, ſi non aliter patronus admitteretur quàm declarata per heredem ſcriptum voluntate an heres eſſe vellet necne, cùm ſciremus nunquam admitti patronum ad contra tabulas niſi agnita iam hereditate per aditionem ſiue per petitionem bonorum poſſeſſionis, ſed eſcripſimus *an admitti ipſe vellet necne ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas* de illa bonorum poſſeſſione intelligentes quæ heredi ſcripto neceſſaria eſt ad retinendam partem bonorum petita iam pro alia parte per patronum contra tabulas bonorum poſſeſſione, non de illa quæ neceſſariò præcedit petitionem bonorum poſſeſſionis contra tabulas eo caſu quo noluerit heres acquirere hereditatem iure ciuili hoc eſt per aditionem. Ex quo magis intelligimus quàm verum ſit quod diximus, abſurdum fore ſi nõ prius admitteretur patronus quàm heres ſcriptus voluntatẽ ſuam declarauerit an admitti velit necne ad eam bonorũ poſſeſſionem ſecundũ tabulas, quia hæc res implicaret contradictionẽ, cum non prius hæc bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut competere aut neceſſaria eſſe incipiat, quàm patronus fuerit admiſſus ad bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas & reſciderit teſtamentum. At rurſus de illo dubitant noſtri nec poſſunt ſe extricare quænam illa ſit bonorũ poſſeſſio quam prætor nominatim pro alia dimidia bonorum pollicetur patrono ſi heres ſcriptus nolit pro ea parte ſecundum tabulas agnoſcere. Non enim poſſunt ſibi perſuadere eſſe bonorũ poſſeſſionem contra tabulas, cum ea non competat ex edicto prætoris niſi ad certam partem. Neque ſecundum tabulas cum ea non cõpetat niſi heredi ſcripto, patronus autem de quo agimus, præteritus fuerit non inſtitutus. Etſi non deſunt qui putent poſſe defendi, eſſe hanc bonorũ poſſeſſionẽ ſecundum tabulas, quaſi patronus in locum ſcripti heredis repudiantis ſucceſſerit, ob idque ſuccedere etiã debeat in ius petendæ eiuſdem bonorum poſſeſſionis: Quam ſententiã † rectè Bartolus reprehendit quia ſuccedit
in ius repudiãtis, nõ vt veniat iure illius, ſed vt veniat 9
iure ſuo. Iure autẽ ſuo non poteſt habere ſecundum tabulas qui ſcriptus non fuit. Accurſius vult eſſe bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi ex *l. 2. §. vlt. & l. 3.*

by Google

l.3. D. vnd. legit. Sed Bartolus etiam reprehendit, & benè, quia cum bonorum poſſeſſio contra tabulas ſit ex teſtamento, Vnde legitimi verò ab inteſtato, nó poſſunt concurrere *l.1.§.ita autem. D.ſi tabul. teſtam. null.extab.* vbi Vlpianus ſcribit ita demum ab inteſtato poſſe competere bonorum poſſeſſionem, ſi neque ſecundum tabulas, neque contra tabulas bonorum poſſeſſio agnita ſit. Et quamuis idem Bartolus pro Accurſio reſpondeat id ita intelligendum vt ab initio non poſſint iſtæ poſſeſſiones concurrere, poſſint tamen ex poſtfacto, quòd abſurdum non ſit ex poſtfacto decedere quem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum ex *leg.nam etſi 15 §. vltim. leg. circa 24. D. de inoffic. teſtament.* hoc ipſum tamen tunc obtinet cum diuerſæ perſonæ ſunt, quarum vna ex teſtamento ſuccedit alia ab inteſtato, non etiam cum vna eadémque perſona eſt quæ totum ius habeat ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis. Inauditum enim eſt, ac ſine exemplo vt partim ex teſtamento habeat, partim ab inteſtato. Quare nec Bartolus ipſe in hoc ſibi ſatisfacit, ſed concludit tandem hanc bonorum poſſeſſionem quæ patrono datur cùm ſcriptus heres non petit ſecundùm tabulas eſſe Vnde legitimi in totum ab inteſtato, in eamque conuertit ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas à patrono priùs petitæ. *Ex l ſi libertus præterito. 23.in pr. D.de bon. liber. & d.l.2. §. ſub conditione. D.de bon.poſſ.ſecund.tab.* Quo ſuppoſito illos etiam reprehendit qui patronum vocant per eam quidem bonorum poſſeſſionem quæ ſit Vnde legitimi, ſed per eam tamen quæ extraordinaria ſit non quæ ordinaria. Qui enim habet ordinariam, inquit, non debet venire per extraordinariam. ex *l. in prouincia l.3.verſ. quod ſi ſocius. ff. de ope. non. nunciat.* Sed hæc quoque Bartoli ſententia omnium ineptiſſima eſt. Nam licèt non ignorem quod iam ſupra dixi poſſe fieri vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas conuertatur in contra tabulas in *d.l. . § ſi ſub conditione. de bon. poſſ. ſecund. tab.* itemque bonorum poſſeſſio contra tabulas in bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. *d.l. nonnunquam. 14. de legat. præſt.* Nego tamen fieri vllo caſu poſſe vt bonorum poſſeſſio contra tabulas poſſit vnquam conuerti in bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, quoniam cùm ſit ex teſtamento, & ſemper cum re & effectu vt diximus, quomodo fieri poſſet vt qui ex teſtamento iam ſucceſſiſſet, amplius ſuccederet ab inteſtato. Nam & hoc proprium ius eſt bonorum poſſeſſionis contra tabulas vt qui eam petit & ſuccedendo rumpat teſtamentum, & rumpendo ſuccedat, quemadmodum dici ſolet de poſthumo præterito poſtea nato *l.5. De iniuſt.rupt.* Alioqui ſi ſuccederet rupto iam teſtamento, non autem in ipſo inſtanti & actu rumpendi, vtique ſuccederet ab inteſtato, quod falſum eſt. Neque Bartoli ſententiam tuetur quod ille adfert ex *d l.ſi libertus.* vbi Iulianus ſcribit patronum præteritum inſtituto extraneo, poſſe totorum bonorum liberti poſſeſſionem petere vt legitimum. Id enim fit quoniam in ea ſpecie patronus non petierat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſed antequàm peteret, vt lex ait, dederat ſe in adoptionem, deinde is qui ſcriptus fuerat, omiſerat hereditatem: atque ita erat penitus deſtituta cauſa teſtati, factuſque locus ſucceſſioni inteſtati, Vt proinde nihil obſtaret quominus bonorum totorum poſſeſſionem Vnde legitimi accipere patronus poſſet. At nos cum caſum tractamus quo ſcriptus heres extraneus bonorum dimidiæ partis poſſeſſionem ſecundum tabulas omiſerit poſteaquàm patronus iam petierat ſuæ portionis contra tabulas bonorum poſſeſſionem, & conſequenter in quo non poſſit videri deſtituta cauſa teſtati, quæ per agnitionem bonorum poſſeſſionis contra tabulas habuit effectum. Et ob id nimirum ponit Iulianus & extraneum fuiſſe inſtitutum, & nunquam à patrono petitam contra tabulas bonorum poſſeſſionem, quia ſiue liberti idemque ſuus heres inſtitutus proponeretur, ſiue bonorum poſſeſſio contra tabulas petita per patronum, alterutrum interueniſſe ſufficeret vt cauſa teſtati ſuſtineretur, inteſtati verò impediretur, & quidem in totum, Adeò diſtat vt totorum bonorum poſſeſſionem contra tabulas, antequàm ſe in adoptionem daret agnouiſſet. Itaque vel vnus ille Iuliani locus ſi bene accipiatur, hanc Bartoli ſententiam, quam nos refellimus, manifeſtiſſimè conuincit. Ne dubitare quiſquam poſſit quin vnica litura deleri debeant quæcumque Accurſius, Bartolus aliique iſtis non meliores adnotarunt ad *d. l. ſed cùm patrono.* Sed peragamus, quæſo, quod ſequenti capite facturos non recepimus.

ERROR VIII.

De iure adcreſcendi in portione agnita ſi ea poſtmodum omiſſa ſit vel per abſtentionem, vel per in integrum reſtitutionem.

SVMMARIA.

1 *Exiſtentia ſui heredis non tollit ius adcreſcendi ex interpretum ſententia.*
2 *An portio ſui heredis volenti tamùm adcreſcat, an etiam inuito.*
3 *Bartoli ſententia.*
4 *Propoſitio quæ habet deficientem portionem hereditatis coheredi quantumuis inuito adcreſcere eſt vera indiſtinctè contra Bart.*
5 *Non deficit portio quam quis omittit ſiue per abſtentionē ſiue per in integrū reſtitutionem, contra eund.*
6 *Abſtentio & in integrum reſtitutio qualibet in neceſſariū antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionē.*
7 *Ius adcreſcendi in portionibus agnitis locum non habet.*
8 *Non ſufficit portionem deficere ope exceptionis, vt locus ſit iuri adcreſcendi.*
9 *Qui ſe abſtinuit, manet iure ciuili heres, à prætore tamen non habetur pro herede, ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit.*
10 *Actiones à prætore olim impetrabantur licet ipſo iure competerent.*
11 *Quomodo dentur actiones in coheredem eius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aut per reſtitutionem in integrum. & num. 13.*
12 *Suus heres habet beneficium abſtinendi ſuo iure non item extraneus.*
14 *Quatenus prætor det actiones in coheredem abſtenti ſolo Principis beneficio.*
15 *Interpretatio l. penult. Digeſt.de acquir.hered.*
16 *Expoſitio l. vlt.D. eodem.*
17 *Explicatio l. cùm hereditate. 55. & l. ſeq. D. eod.*
18 *Abſtinere & repudiare qui differant.*

FREQVENS in Bartoli ac cæterorum interpretum ore verbum eſt, Exi-
ſtentiam † ſui heredis non tollere ius 1
adcreſcendi. Sic enim omnes ad *leg. ex contractu. 44. per illum textum D. de re iudi. & expreſſim. Bar. ad l. ſed cùm patrono 6. De bonor. poſſeſſ.* de cuius ſententia tam latè ſcripſimus capite præcedente. Itaq; ſi portio aliqua hereditaria iure ſui heredis acquiſita ſit vni ex filiis, eaque poſtmodum defecerit, non habet res apud noſtros dubitationem, quin alij coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo adcreſcere debeat qui ſuam agnouit. Sed de hoc ſolo dubitant, vtrū

2 volenti † tantum adcreſcat an etiam inuito. In qua
dubitatione video vulgo probatam eſſe eiuſdem Bar-
3 toli † diſtinctionem ad *leg. re coniunct. n. 53. de legat.* vbi
ſcribit ille in hunc modum, *Aut adiuit*, quis poſt
portionem defectam, puta repudiatione coheredis,
& portio adcreſcit inuito *l ſi duo. 38. de acquir. hered.*
Aut primo adiuit, & poſtea portio deficit, Et tunc,
Aut portio defecta erat ei deſinita expreſſa voluntate
teſtatoris puta per ſubſtitutionem, & tunc adcreſcit
inuito vt *l. ſi quis heres. 35. & l. ſi tu ex parte. 76. eod.
tit.* Aut non erat expreſsè deſtinata. Et tunc, aut defi-
cit per reſtitutionem in integrum & adcreſcit volenti
tantùm *leg. ſi minor. 61. eod.* aut alio modo deficit, &
tunc habet locum *leg. cùm hereditate. 55. eod.* vbi Mar-
cianus ſcribit cùm hereditate patris neceſſarius heres
ſe abſtinet, conditionem coheredi ſiue ſuo ſiue extra-
neo deferri vt aut totam agnoſcat aut à tota recedat,
& ita ſe abſtinere poſſe propter alium, qui propter
ſuam perſonam non poterat. Si tamen creditores, in-
quit Marcianus, dicant ſe contentos eſſe eius portio-
ne (quia non poteſt exonerari niſi deferatur condi-
tio) alterius parte abſtinere ſe creditores debent, vt
eius actiones ei qui conuenitur, dentur. Et ſecun-
dùm hanc diſtinctionem vult Bartolus intelligi debe-
re, quod generaliter & indiſtinctè Iuſtinianus conſti-
tuit in *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* in
hereditatibus deficientem portionem adcreſcere cohe-
redibus inuitis. Omnino improbabiliter & falſo ſi
4 quid iudicij mei eſt. Nullam enim † diſtinctionem aut
exceptionem recipere poteſt, ea propoſitio quæ habet
deficientem portionem hereditatis coheredi quan-
tumuis inuito adcreſcere, quia nec verum eſt quod
5 pro vero præſupponit Bartolus deficere † portionem
quam quis omittit ſiue per abſtentionem ſiue per in
integrũ reſtitutionem, Quandoquidem & abſtentio &
6 in integrum reſtitutio † qualibet in neceſſarium ante-
cedens ſupponit hereditatis acquiſitionem, acquiſita
verò ſiue in totum ſiue pro parte hereditas numquam
poteſt deficere, vt non agnita dici poſſit. Hoc enim
eſt quod vulgo iactari ſolet, eum qui ſemel heres fuit
heredem ſemper manere *l. ei qui ſoluendo. 88. D. de
hered. inſtit.* idque tam in eo qui ſe abſtinuit ſuo iu-
re ex perpetuo edicto prætoris, quàm in eo qui in in-
tegrum reſtitutionem impetrauit apertè ſcriptum eſt
in *l. neceſſariis. 7. D. de acqui. hered. l. ait prætor. 7. §.
ſed quod Papinianus. D. de minor. iunct. l. 1. §. qui ſunt
in poteſte. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cùm quaſi. 30.
§. ſed etſi ſuus. D. de fideicom. libert.* Proinde cùm
portio illa ſemel agnita & acquiſita nec per abſten-
tionem nec per reſtitutionem in integrum poſſit defi-
cere, mirum non eſt inuito coheredi eam non adcreſ-
cere, cui, ſi deficeret, vtique adcreſceret ex neceſſita-
te. Neque contrarium eſt quod nihilominus adcreſcit
ſaltem volenti: Nam hoc quoque tam falſum eſt,
quàm generaliter illud verum quod Iuſtinianus in *d.
7 l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* ius † ad-
creſcendi in portionib. agnitis locum non habere.
Nec ſanè vllus iuris locus eſt, qui dicat quod volunt
interpretes, huiuſmodi portionem ſemel acquiſitam,
ſed poſtea beneficio vel abſtentionis vel in integrum
reſtitutionis omiſſam adcreſcere portioni tanquam
deficientem. At illud tantùm ait Scæuola in *d. l. ex
contractu 44. de re iudic.* quo potiſſimum loco no-
ſtri mouentur, abſtinente filio, qui paternæ ſe immiſ-
cuerat hereditati, bona portionis quæ ad eum ſpecta-
bant peruenire ad ſubſtitutum vulgararem vel ad co-
heredem, quod longè diuerſum. Bona ſiquidem de-
ficiunt cùm omittuntur, & ideo poſſunt ad ſubſtitu-
tum vel ad coheredem peruenire: Ipſa autem portio
hereditaria deficere non poteſt, cùm fuerit vt dixi
ſemel acquiſita, quemadmodum pluribus à nobis
tractatum eſt Decade. 31. *Error. 7. & 9.* vbi docui-
mus reliqua omnia quæ huc tranſcribenda eſſent de
poteſtatate exiſtentiæ ſui heredis. Nam nec ſufficè-
ret portionem † deficere ope exceptionis, vt poſſet lo- 8
cus eſſe iuri adcreſcendi, ſed neceſſe eſt deficere ipſo
iure, quia non omnino deficit portio quæ non deficit
niſi ope exceptionis, quod & vulgo interpretes faten-
tur poſt *glo. & Bartol. ad l. ſi duo patroni. 13. D. de iu-
reiur. per illum text. iunct. l. communi. 24. D. de bon. li-
bert.* licet eo nomine reprehendantur & male à Fran-
ciſco Duareno *lib. 2. de iur. adcreſc. cap. 19. & And.
Fachin. lib. 4. Controuerſ. iur. cap. 96.* Nunc monuiſſe
ac repetiiſſe ſufficiet, eum qui ſe abſtinuit † ſiue iure 9
ſuo, ſiue implorato auxilio in integrum reſtitutio-
nis, manere quidem iure ciuili heredem, ſed tamen à
prætore, ex cuius edicto vtrumque beneficium & ab-
ſtentionis & reſtitutionis eſt, pro herede non haberi,
quod ad hoc tantùm vt creditoribus hereditariis non
teneatur, aut, vt dicam meliùs, quod ad hoc ne à cre-
ditoribus hereditariis conueniri poſſit. Nam cùm præ-
tor heredis ius & nomen, quod & ex lege duodecim
tabularum, non magis adimere quàm dare queat §.
quos autem. Inſt. de bonor. poſſeſſ. heres autem hoc ip-
ſo quod heres eſt & quatenus heres eſt creditoribus
hereditariis obligetur. *l. vltim. C. de heredit. action. l.
1. C. ſi cert. pet.* conſequens eſt vt nec facere poſſit
prætor quominùs heres qui etiam poſt abſtentionem
& reſtitutionem in integrum heres manet, creditori-
bus hereditariis etiam maneat obligatus. Sed quo-
niam actiones † quæ ex obligationibus naſcuntur li- 10
cèt ipſo iure competant, à prætore tamen impetran-
dæ olim fuerunt, cuius erat vel dare vel denegare,
ante conſtitutiones de quib. in *tit. C. de formul. & im-
petr. action. ſublat.* poterat prætor facere & faciebat
pro ſua iuriſdictione vt is qui quomodolibèt ſe abſti-
nuiſſet neque conuenire poſſet debitores hereditarios,
neque à creditoribus hereditariis conueniri, denega-
tis ei & in eum actionibus, quas vtique & ei & in eum
dediſſet, quem in omnibus pro herede habuiſſet, vt
Caius explicat in *d. l. neceſſariis.* Ita fit vt quia credi-
toribus neque mora neque iniuria fieri debet, neceſ-
ſe ſit actiones quæ contra reſtitutum vel abſtentum
non dantur, dari in eum cuius lucro & commodo ce-
dit abſtentio vel reſtitutio, vt quemadmodum bona
portionis quæ per abſtentionem aut reſtitutionem
omiſſa ſunt, ad coheredem perueniunt, ita & ille one-
ra ſubire debeat quæ ſubire cogeretur ſi portio ipſa
hereditaria ei adcreſceret cuius onera fuerunt: Sed
hoc tamen cum diſtinctione. † Aliter enim prætor 11
agendum putat cum coherede illius qui ſe abſtinuit
ſuo iure, aliter cum coherede illius qui ſe abſtinuit
per in integrum reſtitutionem. In eo qui coheredem
habet ſe abſtinentem ſeruatur quod ſupra diximus ex
Marciano in *d. l. cùm hereditate*, id eſt conditio ei de-
fertur ſiue ſuus heres ille ſit ſiue extraneus, vt vel to-
tum agnoſcat vel à toto recedat, Niſi creditores di-
cant ſe contentos eſſe ipſius portione, quo caſu alte-
rius parte abſtinere ſe creditores debent, vt eius a-
ctiones ei dentur qui à creditoribus pro parte ſua con-
uenitur. Itaque ſi, neque creditores hanc conditionem
ei deferre vellent, neque ipſe mallet à totis bonis ſe
abſtinere, vtique totius hereditatis onera ſubire co-
geretur, nec liberaretur etiamſi creditoribus pro ſua
parte ſatisfacere paratus eſſet. At in eo qui coheredem
habet non ſe abſtinentem ſuo iure, ſed in integrum
reſtitutum extraordinario auxilio prætoris ſeruatur,
quod Macer Iuriſconſultus à Diuo Seuero conſtitu-
tum fuiſſe refert in *d. l. ſi minor. 61. eod tit. de acquir
hered.* vt ſi minor annis poſteaquàm ex parte heres
extitit in integrum reſtitutus ſit, eius partis onus cohe-
res ſuſcipere non cogatur, ſed bonorum poſſeſſio cre-
ditoribus

ditoribus detur, id eſt mittantur creditores in poſſeſſionem bonorum pertinentium ad eam portionem, quæ fuit omiſſa per in integrũ reſtitutionẽ, nec ob id ſolùm poſſint agere in ſolidũ contra coheredẽ, qui vel adiit vel ſe immiſcuit, quod nolit ille derelinquere totam hereditatẽ. Diuerſitatis ratio eſt, quia quanto minus imputari poteſt ei quem creditores hereditarij ex perſona coheredis conuenire volunt, tanto magis ei à prætore ſubueniri æquum eſt. Nam & hinc fit quod Vlpianus ſcribit in *dict. leg. ſi duo. 78. eod. titul.* vt ſi duo ſint neceſſarij heredes quorum alter ſe abſtinuerit, alter verò poſteaquàm prior abſtinuit immiſcuit ſe, non poſſit recuſare qui ſe immiſcuit, quominùs tota hereditaria onera ſubeat, quia vt lex ait, cùm ſciuerit aut ſcire potuerit, fore vt propter abſtentionem coheredis maneret ipſe implicitus oneribus hereditariis, videtur ea conditione ſe immiſcuiſſe, ob idque poteſt ei imputari cur ſe immiſcuerit, nec pariter ſe abſtinuerit, ſi damnoſam aut ſuſpectam eſſe putabat hereditatem, & conſequenter nihil cauſæ eſt cur ei per prætorem ſubueniatur. Nec aliud eſt in eo qui coheredẽ habens extraneum nondũ adeuntẽ neq; repudiantẽ, adit ipſe & agnoſcit ſuam portionem, quia coheredis poſtea repudiantis portionẽ deficientem ei quamuis inuito adcreſcere non modò neceſſe, verùm etiam æquum eſt, cùm æquè ſciuerit aut ſcire potuerit futurum vt coherede repudiante portionem ipſius adcreſcendi iure ſuſcipere cogeretur. Adeò vt neque interſit quicquam vtrum coheredi ſuo fuerit ſubſtitutus necne *d. l. ſi quis heres 35. d. l. ſi tu ex parte. 76. eo. tit.* nec rurſum an coheres ille qui nunc repudiauit inſtitutus fuerit purè an ſub conditione quæ ſubinde vel extiterit vel defecerit *l. ſi quis ita. 35. D. de hered. inſtit.* Omni namque caſu totam hereditatem vnica aditione ſibi acquiſiuiſſe intelligitur is qui ſolam portionem ſuam agnouit omnibuſque creditoribus hereditariis in ſolidum ſe obligaſſe, quamuis eo tempore alia portio nec dum defeciſſe nec delata fuiſſe proponeretur. At cùm is qui portionem ſuam hereditariam agnoſcit ſiue adeundo ſiue ſe immiſcendo habet eum coheredem qui iam pro ſua parte ſit heres, ſiue quia ſuus & neceſſarius eſt necdum ſe abſtinuit, quamuis forte nec adhuc ſe immiſcuerit, ſiue quia cum eſſet extraneus factus eſt heres per ſpontaneam aditionem, ſi poſtea ſequatur abſtentio, ſiue ex edicto, ſiue poteſtate reſtitutionis, nihil eſt quod huic imputari poſſit propter quod debeat prætor cum eo tam inhumaniter agere, vt aduerſus eum det in ſolidum creditoribus actionem. Nam præter id quod habet p[?] ſe meram iuris rationem, cùm ex parte tantum heres ſit, & reuera coheredem habeat in alia portione, nulla æquitas eſt quæ ipſum omiſſæ portionis oneribus præciſe obliget, cùm non poſſit dici, animum ei vnquam fuiſſe, vt ſe oneribus hereditariis in ſolidum obligaret, caſuſque ille poſtea ſuperueniens vt coheres vel ſe abſtineat ſuo iure vel per in integrum reſtitutionem improuiſus eſt & inopinatus, quem iniquum eſſet ei nocere qui neque potuerit neque debuerit præuidere. Etſi autem neutro caſu eſt quod imputetur quicquam ei qui agnouit partem ſuam habens coheredem iam heredem neque dum ſe abſtinentẽ, vt proinde nec egeat ipſe vt ei ſuccurratur per prætorẽ, multo minùs tamen eſt quod imputetur ei qui coheredem habet extraneum aditione voluntaria iam factum heredem, quàm ei qui coheredem habet illum quem ſola iuris poteſtas ideo fecerit heredem etiam ignorantem, quod fuerit ſuus: quoniam longè

12 facilius euenire poteſt, vt ſuus heres † abſtinendi beneficium habeat, quàm vt extraneus, ſiquidem habet illud ſuo iure, ita vt non ſit ei neceſſe adire prætorem, ſi modò ſe non immiſcuerit *l. ei qui 12. eod.* at neque ſi ſe immiſcuit ſi modo pupillus fuit etiamſi ſe immiſcuerit tutore autore *d. l. neceſſariis, d. l. ex contractu. l. pen. D. de aute. tutor.* Extraneus verò qui adiit, nunquã poteſt abſtinere ſe ſuo iure, ſed indiget ſpeciali auxilio prætoris & beneficio reſtitutionis *dict. l. neceſſariis. l. 1. & tot. tit. C. ſi minor ab hered. ſe abſtin.* porrò reſtitutionem in integrum non tam facile paſſimque concedit prætor, ſed cauſa cognita *l. 3. D. de in integr. reſtit.* minoribus præſertim quos neceſſe eſt probare ſe & minores & læſos fuiſſe vt reſtitutionis auxiliũ mereãtur *l. verũ 11. § ſciendum eſt. l. quod ſi minor. 24. §. non ſẽper. D. de mino. l. nã poſteaquàm. 9. §. ſi minor. D. iureiur.*

Itaque quandiu † reſtitutio in integrũ neque petita, neque præſtita eſt, probabiliter ignorare poteſt is qui minori iam heredi coheres datus fuit, non ſolùm an futurum ſit aliquando vt velit ille reſtitui, maximè cùm vix ſit vt tã euidenter damnoſa vel ſuſpecta hereditas quæ pro alia etiam parte inuenit heredem. 13 Sed etiam vtrum eo quoque caſu quo minor velit reſtitui, futurũ tamen ſit vt ei prætor indulgeat reſtitutionem. Hic igitur caſus impetratæ reſtitutionis ſi poſtea ſuperueniat multo magis improuiſus & inopinatus eſt quàm abſtentionis ex ſola eius qui abſtinet voluntate, contingentis. Et ideò minùs dignus eſt is qui coheredem habet ſe ſuo iure abſtinentem, non dicam cui prætor ſubueniat cum prætoris auxilio non egeat, qui iure ipſo tutus eſt, ſed cum quo agat mitiùs non habendo illum pro herede in ſolidum, ſiquidem huius coheredem qui à portione ſua ſe abſtinuit, nullomodo habet heredis loco quantum ad onera hereditaria, vt iam diximus ex *d. l. neceſſariis & l. ſi filius. 12. D. de interrog. in iur. faci.* ob idque facile in id procliuis eſt prætor vt quas actiones non vult dare in eum qui ſe abſtinuit, det in ſolidum aduerſus coheredem qui vltro partem ſuam agnouit, niſi quatenus æquitatis ratione aliqua retinetur ne contra eum qui pro ſe habet iuris rationem, tam durè agat. Illud verò temperamentum optimum viſum eſt in eo qui coheredem habeat ſe abſtinentem, vt in ipſius arbitrio relinquatur, non an velit conueniri à creditoribus hereditariis pro ea parte quam vltro agnouit, ſi modò creditores hereditarij dicant ſe contentos eius portione, ſed an vniuerſa onera hereditaria ſubire velit, bona omnia retinendo, an potiùs agnitam quoque portionem ſuam omittere vt ne pro ea quidem parte poſſit conueniri à creditoribus nolentib. ſola eius portione contentis eſſe. Ita namque fit vt & ipſi & creditoribus ſubueniatur, improuiſique caſus ratio habeatur. In illo autem qui coheredem habet non niſi beneficio in integrum reſtitutionis ſe abſtinentem, nullo tali temperamento eſſe opus viſum eſt, ſed perinde tractari omnia, acſi nihil prorſus commune haberet portio agnita cum portione per reſtitutionem omiſſa. Data ſcilicet creditoribus hereditariis bonorum poſſeſſione illius partis omiſſæ, non etiam actione vlla perſonali aduerſus coheredem, nec ſi portionem ſuam retinere malit, quàm derelinquere. Quid ergo ſi ad agnitam † portionem omittendam admittatur heres nõ ſuo iure, quia vel extraneus ſit, vel ſuus quidem 14 heres ſed pubes, cui non dat prætor abſtentionis beneficium poſt immixtionem. Nec rurſus beneficio reſtitutionis in integrum, forte iam maior annis vigintiquinque & cui nulla ex parte edicti prætor auxilium reſtitutionis polliceatur, ſed beneficio Principis vt in *l. penul. ff. de acqu hered. iunct. l. cùm quidam. 10. in princip. & l. Pannonius. 86 eod.* In iis enim omnibus ſpeciebus ſubuenitur vel à Principe vel eo mandante à conſulibus, & citra reſtitutionem in integrum, non à prætore. Hoc caſu multo fauorabilior cauſa eſt illius qui talem habet coheredem, cùm longè minùs poſſit ei imputari, cur non præuiderit fore vt poſſet coheres

Digitized by Google

res beneficio Principis abſtinere. Ergo non erit arctandus vt vel totum corpus patrimonij hereditarij agnoſcat vel à toto recedat, nec ad aliud obligandus per prætorē niſi vt pro parte illa ſua hereditaria actiones quoque hereditarias ſubire cōpellatur, quibus & ipſo iure inuenitur obſtrictus. Ex eóque intelligimus falſam eſſe aut mancam traditionem Bartoli diſtinguentis ſupradicto loco, An coheres qui ſe abſtinuit id faciat ſuo iure, an beneficio reſtitutionis in integrum, & concludentis, Omni caſu quo ſe abſtineat aliter quàm per in integrum reſtitutionem id ſeruandum eſſe quod ſcriptum eſt in *d.l.cum hereditate.* Cur enim deterior ſit conditio eius, cuius coheres ſe abſtineat non iure aliquo ſiue ordinario ſiue extraordinario, ſed ex mera Principis indulgentia quam nec ſagaciſſimus quiſque præuidere potuerit, & quæ inter caſus fortuitos omnino ſit adnumeranda? Illud planè non inficior, ſi alius coheres qui partem ſuam vltro agnouit paratus ſit nec recuſet vniuerſa onera hereditaria ſubire, vtrumque ipſi permittendum eſſe vt & totius hereditatis bona retineat, & ſolus creditoribus hereditariis reſpōdeat niſi ſolus heres eſſet: quomodo
15 Scæuola † reſpondet in *d.l.penult.* vbi ratio dubitandi illa erat propter quam videtur non eſſe dandas in ſolidum actiones aduerſus eum quamuis volentem, quod neque heres re.vera eſſet niſi ex parte, neque pro herede in ſolidum haberi poſſet per prætorem qui coheredem non niſi beneficio Principis abſtentū non eo minus haberet pro herede. Illos enim demum qui abſtinuerunt pro non heredibus prætor habet, qui ipſius prætoris beneficio abſtinuerunt ſiue ex illa edicti parte qua ſuis & neceſſariis heredibus omnibus abſtinendi beneficium citra vllam cauſæ cognitionem prætor dedit, ſiue ex illa quæ læſis minoribus auxiliū reſtitutionis pollicetur. Eos verò qui beneficio Principis abſtinuerunt non eodem loco apud prætorē habendos eſſe videbatur. Et quemadmodū non eſt in poteſtate illius qui re vera heres eſt quominus directis actionib. hereditariis teneatur quātumuis ſe abſtineat. Ita nec è contrario in poteſtate illius eſt qui coheredem habet nō ſolùm reipſa heredem, ſed quem etiam prætor heredis loco habeat, vt actionib. hereditariis ſiue directis ſiue vtilibus in ſolidum conueniatur, ſiquidē actionū ſiue dandarum, ſiue denegandarum ratio non ex illius in quem dantur, voluntate pendet, ſed quantum ad actiones directas ex mera iuris poteſtate, quantū verò ad vtiles, ex ſola prætoris iuriſdictione & æquitate. Porro non videntur ad prætoris iuriſdictionem aut æquitatem curámve pertinere illi qui aliunde quàm ex ipſa prætoris iuriſdictione abſtinendi conſilium ac beneficiū ſumpſerunt. Cur non ergo directas quoque actiones in eos dare poſſit & debeat? Hoc verò ſi ita eſt, quonā obſecro colore dedit in ſolidum vtiles aduerſus eum quem non habet pro herede niſi ex parte quamuis paratus ſit ille pati vt in ſolidū conueniatur? Aliud tamen Scæuolæ iudicium eſt in eum qui effectu ſolus heres remanſit, id eſt omnia vt ſolus heres egit, pro eorū quoque portionibus qui beneficio principali hereditate abſtinuerint vtilem actionē dari debere aut potius ſolere. Nam cùm quæſtio ſic concepta eſſet an illa vtilis actio dari deberet, Reſpondet Scæuola mutato quæſtionis verbo *Solere pro parte eorum qui ſe abſtinuiſſent actiones in eum decerni qui adiiſſet & maluiſſet integra onera hereditaria ſubire.* Vt intelligamus id fieri non tam ex ratione aliqua iuris ſiue ciuilis ſiue prætorij, quam vt puto veneratione autoritatis Principis, ne durius tractentur qui ab ipſo Principe legum patre ac magiſtro, quàm qui à prætore iuris ciuilis miniſtro & cuſtode beneficium abſtentionis acceperunt. Diuerſa quæſtio eſt quam ex
16 Ariſtone Pomponius tractat † in *l.vlt.eod.tit.* Ibi enim agitur de abſtentione facta per filiam eandémque neceſſariam heredem non ex indulgentia principali, ſed ex edicto prætoris. Ideóque cùm altera filia ſe paterna hereditate abſtinuiſſet, altera verò paterna bona in ſolidum vindicaret totumque onus ſuſcipere parata eſſet rectè prætor cauſa cognita hereditarias actiones vtiles daturum ſe pollicitus erat eī quæ ad hereditatem patris accederet, denegaturumque illi quæ ſe abſtinuerat. Nempe quia eam quæ ſe ex edicto abſtinuerat non poterat habere heredis loco ſalua ipſius edicti autoritate. Rectè verò Pōponius poſt Ariſtonem *altera bona paterna vindicaret.* vt & in *d. l. ex contractu. & ita bona defuncti ad ſubſtitutum vel ad coheredes peruenerunt* vſurpato *bonorum* nomine non *hereditatis* quia cùm adeſt neceſſarius heres etiam qui nunquam ſe immiſcuerit ſed ſe abſtinuerit, nulla amplius hereditas eſt, nulla portio hereditaria quæ poſſit adcreſcere aut deficere, ſed bona ſunt, quæ vel vacare neceſſe eſt & vindicari à fiſco, vel quod multo æquius eſt, ac tam prætoris quàm defuncti patris voluntati conuenientius, ad coheredem peruenire non tam adcreſcendi iure, quáve alia iuris ratione, quàm ex illa æquitate quod paratus ipſe ſit actiones hereditarias in ſolidum excipere acſi ſolus heres eſſet. Nam & id creditoribus hereditariis commodius eſt ne in plures aduerſarios diſtinguantur quod plerunque maximè incommodum eſt *l. & ancillarum 27. §. vlt. D. de pecul.* maximè cùm nouus aduerſarius obiicitur fiſcus, cuius conueniendi multo maior difficultas eſſe creditur, propter tam multa priuilegia quæ habet ſiue agat ſiue conueniatur. Ex eo autem verbo *maluiſſet* quo vtitur Scæuola in *d.l. penult. in fin.* intelligimus aliud eum fuiſſe reſponſurum ſi filia noluiſſet integra onera hereditaria ſubire, ſuáque portione contenta eſſe maluiſſet. Tunc enim proculdubio mittendi fuiſſent coheredes in poſſeſſionem partium coheredum *d.l.ſi minor. 61. eod.* Cur verò non niſi vtilibus actionibus teneatur filia quæ parata eſt integra onera hereditaria ſubire, ratio non obſcura illa eſt quam nos iam attigimus, quod actiones directæ pendent ex mera iuris ratione, non autem ex illius in quem dantur, at ne quidem ex ipſius prætoris voluntate: verum autem eſt hanc filiam non eſſe heredem pro portionibus coheredum qui re vera heredes manent, directas porro actiones hereditarias non competere niſi contra heredes. *leg. 1. C. ſi cert. pet. l. vl. C. de hered. act. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. her. debit.* Augebatur tamen ratio dubitandi apud Scæuolam, quod Seia non tam ex contractu hereditario quàm ex coheredum promiſſione pro ipſorum portionibus conueniri videbatur. Sed promiſſioni cauſam dederat hereditas, ob idque negari non poterat quin eſſet id onus hereditarium vt ſcriptum eſt in fine legis. Quamuis & ea actio quæ contra defunctam competierat, per iudicatum nouata & perempta eſſet *l. delegare 11. §. 1. l. alia 29. D. de nouat. l. vlt. verſ. ſi enim Co. de execut. rei indic.* quæ tamen actio vt hoc obiter obſeruemus, non pro vſuris dotis ſed pro ſola ipſa dote competiiſſe videbatur. Nihil enim vſurarum nomine defuncta ſpoponderat, ſed tantum pro vſuris in exhibitionem, vt lex ait, certam ſummam præſtabat: ex qua præſtatione per eam continuata quandiu vixerat, nulla quidem contra eam nata erat obligatio vt in poſterum eaſdem continuare cogeretur. *l. ſi certis annis 28. Cod. de pact.* ſed tamen nata fuerat contra heredes, vt poſt ipſius mortem eaſdem vſuras præſtare cogerentur vt & in *l. cum de in rem verſo 6. ff. de vſur.* eſtque hic caſus ex iis in quib. plenior eſt obligatio heredis quam fuerit defunctam vt in *l. ſi per imprud. 31. §. non mirum ff. de euic.* Et hæc quidem ad Scæuolam ſufficiant. Sed vt redeamus ad Marcianum † in *d.l.cum hered.* non tantùm illud in 17
eo

ea ſpecie dignum eſt obſeruatione quod lex ait licere vni ex coheredibus propter alium abſtinere, qui per ſuam perſonam non poſſet (nam & aliàs plerumque id euenit vt propter alium capax quis fiat qui per ſe non eſſet vt in *l. ſi is qui duos 29. D. de lib. legat. l. & per iuſiurandum 13. §. ſi fideiuſſori ff. de acceptil. l. decurio 4. ff. de decur.*) ſed illud etiam quod neſcio an alio vllo caſu contingat, vt is qui totam hereditatem poſſidet, actionéſque hereditarias in ſolidum habet non tamen teneatur creditoribus niſi pro parte, nec tantùm ex æquitate, ſed quod magis mirum eſt ipſo etiã iure: Scilicet quia nec niſi pro parte ipſo iure heres eſt, quod autem habet actiones in ſolidum, directas quidem pro parte ſua, vtiles verò pro portione coheredis qui ſe abſtinuit, non tam fit ex iuris ratione quàm propter conditionem ei delatam à creditoribus qui ſe ipſius portione contentos eſſe dixerunt. Sed & notandum eſt quod in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Marcello & Vlpiano ſi ex pluribus illa coheredibus deceſſiſſet is qui ſe immiſcuerat hereditati, deinde alter ſe abſtinuiſſet, eandem conditionem deferendam eſſe heredi eius quæ & ipſi deferretur. Sic enim ea lex continuanda eſt cum præcedente, Habétque rationem manifeſtam, quia ſi nihil poteſt imputari ei qui poſterior ſuam portionem agnouit, multo minus heredi ipſius poteſt. Non eſt autem quod quemquam turbet verbum *abſtinendi* quo vtuntur Iureconſulti ſupradictis locis tum etiam cum agunt de extraneo herede, vel de ſuo pubere qui abſtentionis beneficium amiſerit per immixtionem. Etſi. n. abſtinere propriè dicuntur ſui heredes, non etiam extranei quorum eſt repudiare, & ex ſuis ij ſoli quib. prætor edicto dedit beneficium abſtentionis, hoc eſt qui vel nunquam, vel non niſi in pupillari ætate ſe immiſcuerunt. *d. l. neceſſariis.* Attamen iis quoque idem verbum conuenit qui hereditatem quam ſibi iam acquiſierunt omittere poſtea volunt ſiue emancipati ſint, ſiue quod parum hac in re diſtat omnino extranei vt in *l. 1. §. ſi quis adita ff. ad SC. Tertyll. etſi ex modica 6. §. ſed etſi ff. de bon. libert. l. ſi mulier 21. §. vlt. ff. quod met. cauſ.* Abſtinere namque propriè dicimus ab iis quæ iam noſtra ſunt, repudiare verò illa, quæ nondum noſtra ſunt ſed nobis tantùm delata *l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſſ. edict. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione De leg. 2.* Et ita accipio quod ſcriptum eſt in *d. l. neceſſariis ad fin.* prætorem in integrum reſtituere tam ſuos heredes quàm extraneos minores anni viginti quinque qui damnoſam hereditatem inconſultò adierunt, Vt nimirum eos reſtituat non ad repudiandam hereditatem, non enim repudiari poteſt quod iam ſemel acquiſitum fuit *dict. §. decretalis*, ſed vt poſſint ſe abſtinere. Quæ res facit, vt tum quoque cùm alius coheres qui portionem ſuam agnouit paratus eſt integra & vniuerſa onera hereditaria ſubire, non tamen directis actionibus teneatur pro parte illius qui ſe ſubſtinuit ſed vtilibus, ſiue Principis, ſiue prætoris beneficio abſtentum proponatur. *d. l. pen. & vlt. ff de acquir. hered.* quod tamen non ita eſſet in portione agnita & per abſtentionem omiſſa verè locum haberet ius adcreſcendi vt vult. Bartolus, cuius ſententiam vel hac vna ratione manifeſtiſſimè conuinci arbitramur. Actiones enim hereditariæ proculdubio ſunt directæ quæ contra heredem competunt ex cauſa portionis adcreſcentis non minus quàm quæ ex cauſa portionis hereditariæ ab eo primùm agnitæ & acquiſitæ.

ERROR IX.

De beneficio vt vocant l. hereditate 55. D. de acquir. vel omitt. hered.

SVMMARIA.

1 *Varia Bartoli peccata in explicatione l. cùm hereditate. 55. Digeſt. de acquirend. hered. referuntur & refelluntur, & d. l. ſententia exponitur.*

2 *Differentia inter ſuum heredem qui ſe abſtinuit, & emancipatum qui non adiit.*

3 *An heres qui non confecit inuentarium ſolemne amittat beneficium l. cum hereditate.*

MVLTA alia peccat Bartolus in explicatione *d. l. cùm hereditate.* Inter cætera † verò cùm ad obiectionem quam facit 1
ex *d. l. ſi minor.* vt probet huic heredi qui habet coheredem ſe abſtinentem non eſſe tribuendam electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat, vel à tota recedat, reſpondet ibi abſtentum fuiſſe coheredem per reſtitutionem in integrum cùm iam audiuiſſet: At in ſpecie *d. l. cùm hereditate.* nunquam adiiſſe. Nam præter id quod poteſt dici ſuum neceſſarium heredem non minus heredem eſſe etiam citra immixtionem, quàm qui ſe immiſcuit; aut qui heres factus eſt per aditionem. *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Itémque, poſſe Marciani ſententiam in illo etiam procedere, qui ſe immiſcuerit, ſi fortè pupillus proponatur, cui permiſſum eſt vt ſe abſtineat citra reſtitutionem, tametſi ſe immiſcuerit tutore quoque ſi voles autore *l. neceſſariis 57. D. de acq. her. l. penul. D. de autor. tutor.* Illud etiam falſum eſt quod Bartolus pro vero habet, in ſpecie *d. l. ſi minor.* coheredem minoris in integrum reſtituti, non habere electionem quam dat Marcianus in *d. l. cum hereditate* vt totam hereditatem agnoſcere poſſit ſi integra onera hereditaria ſubire velit. Etenim ſi verũ eſt, vt eſt, quod in præcedentibus diſputauimus, fauorabiliorẽ eum eſſe cuius coheres abſtinet per in integrum reſtitutionem, quã cuius coheres abſtinet ſuo iure, cur non ei demus electionem, quã alij qui minùs fauorabilis eſt damus? Idque etiam apparet ex *d. l. pen. eo. tit. De acquir. hered.* vbi eadem electio datur etiam illi qui habeat coheredem beneficio Principis ſe abſtinentem poſt agnitam ab omnibus heredibus hereditatem. Bartolum fefellit quod vidit eo caſu, quo per in integrum reſtitutionem coheres abſtinuerit, non cogi alium coheredem totam hereditatem derelinquere, ſi in ſolidum creditoribus teneri nolit, ſed poſſe illum impunè dimidiam partem retinere, nec niſi pro ea parte cogendum ſatisfacere creditoribus, quib. pro reliquo hactenus conſulatur vt in bonorum alterius partis poſſeſſionẽ mittantur. In eo namq; fatendum eſt aliã eſſe rationẽ illius de quo agitur in *d. l. ſi minor*, aliam illius de quo in *d. l. cum hereditate.* Sed cùm hactenus diuerſa ſit vt in hoc ipſo ſit melior, cur volumus eſſe deteriorem in eo vt ob hoc ſolum quod totius hereditatis onera ſubire inuitus non cogitur, nec volenti vniuerſa ſubire concedatur? In quo. n. habet ea res iniuriam? Aut cui poteſt nocere ac non potiùs prodeſſe, quod creditoribus in ſolidum venit ſatisfacere? An non etiã defuncti exiſtimationi ea ratione meliùs conſulitur, quã ſi creditores in poſſeſſionẽ partis bonorũ mitterentur, eaque pars ſubinde vrgentibus creditoribus publicè venderetur: Rurſum quod addit Bartolus conſtituendam eſſe hac in re differentiã inter

fidei

fideicommiſſarium & heredem ex *l. antep. D. ad SC. Trebell.* nó eſt probabile. Ibi enim Scæuola nó tantùm dat electionem fideicommiſſario cui pupillus partem hereditatis reſtituerat, vt eodé pupillo poſtea ſe abſtinente vel in totum agnoſcat hereditatem fideicommiſſarius vel à tota recedat, ne alioqui factum improuiſum pupilli noceat fideicómiſſario cui nihil imputari poteſt, ſed etiã ſubiicit *vel potius omnimodo vẽdenda eſſe bona vt* creditoribus ſatisfiat & ſi quid reliquum erit dimiſſis creditoribus totum id pupillo ſeruetur. Quod quã rationé habeat ſcripſimus in *Err. vlt. Decad.* 30. Itaque quod de herede habente coheredé ſe abſtinentem vtroque caſu ſcriptum eſt in *d. l. cum hereditate* & in *d. l. ſi minor* ſiue abſtinuerit ſe coheres poſt aditionem aut immixtionem ſiue ante, id vtrumq; de fideicómiſſario ſcribit Scæuola in *d. l. antepen.* vt & habeat electioné quã Marcianus dat in *d. l. cum hereditate* vel totam hereditatem agnoſcendi vel totam derelinquédi & prætereà priuilegium quod Macer dat ei qui coheredem habet in integrum reſtitutum in *d. l. ſi minor*, ex ea electione vt non cogatur fideicommiſſarius ſi malit partem ſuam fideicommiſſariam retinere ac pati vt alterius partis bona vendantur, quod & fauore pupilli omnimodo faciendum eſſe lex ait. Alius Bartoli error eſt quod electionem illam quam dat Marcianus in *d. l. cum hereditate.* vult præſtari heredi iure actionis, eamque actionem dicendam eſſe condictionem ex illa lege quod eſt ridiculum. Quis enim vnquam audiit dari actionem ei qui ſit ipſe obligatus & in eos quibus ſit obligatus? Aut quid eget actione is qui ſatis proſpicere ſibi poteſt per exceptionem cùm à creditoribus conuenietur? Nam nec Bartolus negat poſſe huic heredi ſufficere exceptionem ſi in ſolidum cóueniatur à creditoribus, nec deferant ei conditionem quod contenti ſint ipſius portione. At ille grauior eiuſdem Bartoli error eſt, quod vult in ſpecie *d. l. cùm hereditate.* non permitti heredi hanc electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat vel à tota recedat, niſi propter creditores. Ex quo infert ille non ſolùm ſi nulli ſint creditores tali electione locum non eſſe ſed etiamſi ſint qui tamen heredem moleſtare, vt ipſe loquitur, nolint, licèt in hereditate ſint aliæ implicationes, quæ forte requirant laborem vt ipſe loquitur, animi & perſonæ. Nam immo verò nihil aliud Marcianus exigit niſi vt ab hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtineat quod ad hoc vt coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo deferri conditio debeat an totum agnoſcere an à toto recedere malit. Illud enim duntaxat lex intuetur, vt qui oneribus & negotiis hereditariis noluit implicari niſi pro parte hereditatis integra ea ſuſcipere nó cogatur. Nemo autem neſcit poſſe multa eſſe onera & negotia hereditaria etiamſi nulli ſint creditores, cùm poſſit ſufficere ad multos iuſtè deterrédos metus ſolus æris alieni plerũque latentis diu, aut intricationis negotiorũ aut vexationis, aut quorundã offenſæ vel inuidiæ, vt ſcribit *Vlp in l. 4. D. ad SC. Trebell.* vbi elegãter ob hãc cauſam ait non debere præſcribi heredi inſtituto cur metuat hereditaté adire vel cur nolit, cùm variæ ſint hominũ volũtates: quod & Iulianus ſentit in *l. ſi in teſtaméto 22. in fi. D ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Quo exemplo ſimiliter dico in ſpecie *d. l. cũ hereditate*, pręſcribi nó debere heredi ſiue ſuo ſiue extraneo qui parté ſuã agnouit, cũ pro alia parte haberet coheredé hereditariis oneribus obſtrictũ, cur nolit totã hereditatem retinere malitque à tota diſcedere, cùm portio coheredis omiſſa fuit per abſtentionem. Sufficit enim quod dicat nolle ſe totius hereditatis onera ſuſcipere, licèt ſuæ voluntatis cauſam adferat nullam. Alioqui paulatim dicendum erit nec ſi multi ſint creditores qui hunc ex parte heredé inquietent, ei tamen dandã eſſe electionem ſi hereditas locuples eſſe videatur, & quouſque damnoſa probetur. Quid enim poteſt heredis intereſſe quod multi ſint creditores ſi locupletiſſima ſit hereditas? Niſi forte quod vexationé timere poteſt. Atqui vexationis materiam alia multa præbere poſſunt etiamſi nulli ſint creditores, & ſunt quidam adeo delicati vt vel ipſa negotia timent, etiam citra vexationem. Non ergo inſpiciendum eſt an aliqui creditores ſint, ſed illud tantùm an heres ex parte factus totam hereditatem retinere malit, an à tota recedere. Cur enim cogatur heres viuere in continuo & perpetuo metu à quo liberandi ſe & voluntatem & ius habeat? Aut cur ei adimatur hæc electio ob id ſolùm quòd à creditoribus hereditariis nondum inquietetur ſi in eo eſt vt ab iiſdem inquietari quandocunque poſſit? Deceperunt Bartolum verba illa Marciani *ſi tamen creditores dicant ſe contentos eſſe eius portione, quia non poteſt exonerare niſi deferatur conditio* quæ ille ſic accepit acſi ſcriptum eſſet non eſſe dandam heredi hanc electionem niſi à creditoribus ipſi deferatur: Quod falſum eſt & à Marciani ſenſu alienum. Vult enim Marcianus dicere heredem ex parte qui ſuam illam partem agnouit etiam poſt acquiſitionem alterius partis in perſona coheredis factam non poſſe exonerari quominus pro illa parte quam ſponte agnouit remaneat implicitus oneribus hereditariis niſi à creditoribus deferatur ei códitio vt exoneretur. Sed non facit ea res quin creditoribus quoque inuitis electionem habeat totorum bonorum vel omittendorum ſi creditores contra eum agere in ſolidũ velint: Poſtquam nec aliter poteſt ille recuſare quominus tota hereditaria onera ſubeat quã ſi totã hereditaté derelinquere ſit paratus. Itaque ſi è cótrario dicant creditores ſe cótentos eſſe huius portione, non habebit heres electioné omittédæ totius hereditatis, Ne in ipſius poteſtate ſit exuere obligationé quã ipſe ſpóte adeũdo, contraxerit. Planè quod Bartolus refert ſe ex facto reſpódiſſe, Cùm filia matris hereditaté ſibi pro parte delatã adiiſſet, atq; ita eius partis vſumfructũ patri ſuo quæſiuiſſet, poſtea ſuperſtite filio deceſſiſſet, qui deficienté ſubinde portioné coheredis nolens agnoſcere totã hereditaté repudiare malebat, vt tandé ex propria perſona ſuccedés nullã vſusfructus partem auo materno relinqueret: Nó eſſe nepoti hãc electionem dandam, ego bene à Bartolo reſponſum fuiſſe arbitror, ſed non ratione illa qua ſe motum fuiſſe ait, quod auus ille maternus vſumfructum haberet, non tanquam creditor matris, ſed tanquam filiæ ſuæ pater. At potiùs quoniam apparebat captari ab iſto nepote beneficium iuris in fraudem duntaxat aui, cùm non tam hereditatem ipſam omittere nepos vellet, quàm hereditatis retinendæ titulum, ex quo vſusfructus auo materno acquiſitus fuiſſet. *arg. l. ſi is qui bonis 91. De acquir. here.* Deinde quia ponit Bartolus coheredis portionem poſt filiæ mortem defeciſſe, quod ille proculdubio intelligit per repudiationem: Quo caſu non eſt dubitandum quin ius adcreſcendi verè atque ex iuris ratione in ea portione locum habeat, ita vt vnica aditione illa per filiam facta licèt vnius tantùm portionis, tota nihilominùs hereditas adita eſſe, & conſequenter exinde totius hereditatis fructus patri quæſitus fuiſſe intelligatur. At diſſimilis omnino caſus quem tractat Marcianus in *d. l. cum hereditate*, in quod ſcilicet neceſſarius patris ex parte heres ſe abſtinuiſſe proponebatur, & ita acquiſitam non deficientem portionem miſiſſe: quæ res non cadit in quæſtionem à Bartolo propoſitam de hereditate matris, cùm fœminæ non habeãt filios neceſſarios heredes, quia nec ſuos heredes habent *l. illud 4. § ad teſtaméta D. de bon. poſſ. contr. tabul.* Sed naſcitur hic error Bartoli ex alio eiuſdem

errore

errore vt ſolet ille errores ex erroribus ſerere. Putat enim
Marcianū hanc electionē de qua agimus coheredi, ſiue
ſuo ſiue extraneo dare, illo etiā caſu quo portio cohere-
dis deficiat, dūmodo nō defecerit antequàm is cui datur
electio, fuerit factus heres. Hoc verò falſū quoq; eſt. Nō.n.
tam ad id reſpicit Marcianus quod ſui aut extranei he-
redis coheres repudiauerit vt loquitur Bart poſt acquiſi-
tā alij iā partē hereditatis, quàm ad id quod ea pars quæ
per neceſſarij heredis abſtentionem omittitur fuiſſet ei
ante abſtentionē acquiſita, & quidem ipſo iure tanquā
neceſſario heredi. Vt proinde nihil poſſit imputari cohe-
redi ſiue neceſſarius heres ille ſit qui tamen vltro ſe im-
miſceat, ſiue extraneus qui ſponte partem ſuam heredi-
tatis adeat cur heres eſſe voluerit, niſi quod ad hoc vt
pro ea parte quam adiit obligetur, non etiam vt totius
hereditatis onera ſubire compellatur, cùm poſſit cauſari
rectè & probè ſi neceſſarius & ſuus heres eſt, æquè ſe ab-
ſtenturū fuiſſe, aut ſi extraneus repudiaturū niſi aliā par-
tē iam ſuo coheredi acquiſitam vidiſſet. Neque ſane ad
obligandū ex toto aſſe heredem etiam qui ex ſemiſſe tā-
tū.n. hereditatem agnouerit, quicquam refert an partem
illā agnouerit ante an poſt coheredis repudiationem, ſed
tantum an poſt an ante coheredis agnitionem quoniam
quiſquis partē hereditatis adit, aliter vè agnoſcit, puta per
immixtionem priuſquàm coheres aliam partem ſibi de-
latam adierit, is proculdubio intelligitur adire ea condi-
tione vt periculum ſubeat totius hereditatis acquirēdæ
in eum ſcilicet caſū quo contingat alteram portionē re-
pudiari *l. qui ex duabus 53. §. 1. de acq. her.* ſcit enim aut
ſcire debet euenire poſſe vt repudietur, tūque per repu-
diationem verè deficiens, etiā verè adcreſcat non minùs
quàm ſi eo tempore quo ipſe partem ſuam agnoſcit iam
repudiata eſſet pars coheredis aut per abſtentionē omiſſa
vt in *l. ſi duo. 38. eod.* Quod non idem dici poteſt de illo
qui partem ſuam non prius agnoſcit, quam videat aliam
partē iam coheredis acquiſitam eſſe ſiue ipſo iure tāquā
ſuo & neceſſario, ſiue per aditionē tanquā extraneo, cum
ex eo tempore quo fuit acquiſita certū ſit numquā poſſe
illā repudiari aliter vè deficere nec proinde adcreſcere in-
uito vt diſputauimus capite præcedēti. Nec mouere quē
debet quod diſputat Bart. ſuum heredem tantùm con e-
qui per beneficiū abſtinēdi quantū ſi eſſet emancipatus
ex *l. nam nec emanc. 89. de le. 1. & l. pro herede 20. §. Pap. de
acq. her.* Id.n. ita debet accipi vt perinde habeatur pro nō
herede apud prætorē quantum ad hoc ne à creditoribus
hereditariis conueniri poſſit acſi eſſet emancipatus nec
adiiſſet. Cæterum illa ſemper differentia † eſt inter ſuū
2 heredē qui ſe abſtinuit & emancipatum qui non adiit,
quod hic nullomodo heres eſt, Ille verò etiā poſt abſten-
tionem non modo heres manet iure ciuili *d. l. cum quaſi
30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* ſed & apud prætorē ha-
betur pro herede in omnibus extra cauſam ſupradictam
æris alieni, vt contra eundem Bart. diſputauimus Decade
30. & 31. Proinde multo minus eſt quod imputetur
adeunti vel ſe immiſcenti qui coheredem iā habeat ſuū
& neceſſarium heredem quamuis habentem ius abſtinē-
di dummodo ſe nondum abſtinuerit, quàm ei qui habet
coheredem emancipatum aut extraneum: cùm ius ſui he-
redis etiam ſe abſtinentis impediat ius adcreſcendi, cui
locu facit repudiatio ſiue extranei ſiue emencipati. Et
in hoc rurſum errat Bart. quod electionem illam quam
Marcianus dat heredi, qui coheredem habet iā factū he-
redem vt vel totam hereditatem poſſit agnoſcere vel à
tota recedere Bart. beneficium appellat. Nec.n. beneficiū
videri poteſt quod ex mera iuris ratione proficiſcitur.
Mera autem iuris ratio facit pro iſto herede ne in ſolidū
teneatur quia ius adcreſcendi non poteſt locum habere
in portione iam acquiſita. Immo dicenda potius eſſet in-
iuria illa quæ fit ei, quatenus cogitur vel partem ſuā be-
ne agnitam omittere vel totam hereditatem agnoſcere.
Poſſet enim ille pro ſuo iure petere vt ſibi portionem
ſuam retinere liceret, alterius verò partis bonorū poſſeſſio
creditoribus daretur, vt & in *d. l. ſi minor. 61. D. eod.* ne
captioſum ei eſſet beneficium abſtentionis quod prætor
dat coheredi *l. Paulus votat. 8. de præt. ſtipul.* niſi contra
eum faceret ratio illa æquitatis quod proſpicere potuit
& debuit futurum vt coheres qui non niſi neceſſarius
heres eſſet, necdum ſe immiſcuiſſet, abſtinēdi ius habe-
ret, & quidem ex propria voluntate, ita vt nec ei neceſſe
eſſet adire prætorē *d. l. et qui 12. eo.* vt proinde in effectu
parum diſtaret ab eo qui repudiandi liberum ius habe-
ret. Quæ ratio non ſimiliter ei obſtat cuius coheres iam
adiit aut ſe vltro immiſcuit adeò vt hereditatē amittere
amplius non poſſit niſi per auxilium reſtitutionis: Ideo-
que mitius cum illo agitur non vt maius beneficiū ſen-
tiat ſed vt minorē aut potius nullam iniuriam patiatur,
In hoc nimirum quod etiamſi totius hereditatis onera
ſubire nolit, non tamen cogitur portionem ſuā omittere
ſed eius perinde retinendæ ius habet acſi coheres non
fuiſſet reſtitutus, & hoc amplius quod ſi partem quoque
reſtituti coheredis habere, integraque onera hereditaria
ſuſcipere velit, poteſt Ex quo apparet quid reſpondendū
ſit ad quæſtionem illam quam ſubinde Bart. tractat, Vtrū
† heres qui non confecit inuentarium ſolemne amittat 3
beneficium *d. l. cum her.* Cur.n. amitteret ſi beneficium
hoc dicendum non eſt, quippe quod habeat ex iure com-
muni? Idque & Bart. ipſe reſpōdet, ſed alia ratione. Quo-
niam, inquit, non alia pœna eſt heredis non conficientis
inuentarium quàm vt creditoribus teneatur in ſolidum
ſcilicet pro qua parte heres eſt, vt falcidiam ex legatis ac
fideicom. deducere nullam poſſit. Quod etſi verum eſt in
hoc tamen perpetuò errat Bart. quod de huiuſmodi ele-
ctione ſemper ſic loquitur, quaſi beneficium aliquod ſit
à Marciano datum & inductum, & quod non debeat he-
res habere niſi eo dignum ſe vel ſaltem non indignum
oſtendat. Cùm è contrario pœna dicenda potius eſſet ſi
huic heredi auxilium iuris communis denegaretur. Ne-
que verò Marciani fuit vllum beneficium inducere aut
concedere, ſed tantùm de eo quod in iure cōmuni poſitū
erat reſpondere. At non illud æquè verū eſt, quod ſubdit
Bart. Si hic heres non ære alieno defuncti, ſed tantū le-
gatis oneratus eſſet, non fore audiendum illū ſi hanc ſibi
electionē adrogare vellet hereditatis totius vel ample-
ctendæ vel omittendæ. Nā quod ait legatorū onus quā-
uis ſit æs alienum heredis non tamen eſſe æs alienū de-
functi, ob idque nec ad illud vnquā obligari heredē ſu-
pra vires hereditarias ex *l. 1. §. pe. D. ad SC. Trebell. & l. ſi
vniuerſa 15. D. de l.* ad rem omninò non pertinet: Suffi-
cit enim eſſe onus hereditariū, quod vtique negari non
poteſt, cùm hereditariarū actionum loco habeant legata
quāuis ab herede incipiāt. *l. her. 44. D. de obli. & act.* Prius
autem eſt vt quæramus an onera hereditaria ſubire velit
heres aut debeat, quàm vtrum habeat vnde ſubire poſſit.
Atqui ratio iuris cū de quo agimus nō obligat vt cogatur
ſubire niſi pro qua parte heres eſt, cum per legem ipſam
duodecim tabularū & ipſo iure onera omnia hereditaria
diuidantur pro hereditariis portionibus inter coheredes
l. 1. C. ſi cer. peta. Satiſque durè cū illo agitur in hoc quod
non ei permittitur portionē ſuam hereditariam, quā ſolā
adiit retinere, quin vniuerſa onera hereditaria ſuſcipiat
coheredisque partē quæ dominū iā habet nec adcreſcere
amplius poteſt quaſi deficientē & adcreſcentē amplecta-
tur. Cur ergo adhuc durius cum ipſo agatur, hactenus vt
nec ei liceat totā hereditatem omittere, ſi id malit, quàm
tota onera hereditaria ſubire? Nā ſi quis obiiciat rationē
iuris contra eū facere, quæ nō patitur vt ſemel acquiſita
portio poſtea omittatur, Reſpondebo rationē hanc bonā
fore ſi vellet hic heres exonerari abſolutè ac ſpōte vt ne
quidē pro ea parte quā vltro adiiſſet creditoribus here-
ditariis teneretur. Non.n. hoc onus ſemel ſuſceptū exue-
re vnquā poteſt niſi conditio ei à creditoribus deferatur.
d. l. cum her. Sed cùm huic exonerationi cōtra iuris ratio-
nē petendæ occaſionē & cauſā præbeat iniuria, quæ pri-
mū ei fit propter coheredis abſtētionē. cū prætor vniuer-
ſa onera hereditaria in eū vult conicere acſi heres in ſo-
lidum eſſet, qui re vera nec poteſt eſſe heres niſi pro par-

te:mirum non eſt indulgeri ei non beneficij loco ſed in remedium arcendæ iniuriæ,vt ſi nolit totius hereditatis onera ſuſcipere,liceat ei derelinquere totam hereditatẽ potius quàm dũtaxat dimidiã retinere, & alterius dimidiæ onera recuſare. Hoc enim vnicum temperamentum eſt,propter quod videri poſſit accipere à prætore leuiorẽ iniuriam,quæ proculdubio eſſet multo grauior & iniquior ſi ablata ei hac electione propriæ quoque portionis mittendæ vniuerſa hereditaria onera inuitus quoque ſuſcipere cogeretur.

ERROR X.

*De iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur in d.*l.mulieri 74. D.de cond. & demonſtr.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Bart.& Accurſ.qui admittitur ad legatum de iure ſpeciali contra voluntatem defuncti non habet ius adcreſcendi.*

2 *Subdiſtinctio Bart. in quæſtione de iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur.*

3 *Iudicium autoris de Bart.diſtinctione & ſubdiſtinct.*

4 *Explicatur ſententia l.mulieri 74.D.de cond.& dem. & aduerſus Acc. & Bart.commenta aſſeritur.*

5 *Notantur complures Duareni & Fachinei errores.*

6 *In caſu d.l.mulieri,tractari de iure non decreſcendi.*

7 *Emendatio d.l.mulieri exploſa.*

8 *Bartoli poſitiones falſa.*

INTER cæteras tã multas diſtinctiones,quas noſtri adhibent in hoc tractatu De iure adcreſcendi nõ vltima illa eſt,quæ traditur à Bart.ad *l.re coniuncti n.41.& ſeqq. De leg.3.*an is qui deficientem portionẽ per ius adcreſcendi petit,admittatur ipſe ad partem ſuã de iure cõmuni,an de iure ſpeciali,vt priore tantum caſu locũ habeat ius adcreſcendi,nõ etiam poſteriore ex *l. mulieri & Titio 74. D.de cond.& demonſt.*vbi hoc ipſum idem Bart.
1 poſt Accurſium notat. Eum † qui admittitur ad legatũ de iure ſpeciali contra volũtatẽ defuncti non habere ius adcreſcendi:ſubiungẽs ſolemnem eſſe legẽ illam & ſingularem,nec diſſimulans magnũ vt ipſe loquitur,de illa feſtũ ſe facere ad *d.l.re coniunct.*Quo tamen loco monet de hoc ſemper ſe dubitaſſe , nec concedere poſſe quòd ſimpliciter ſit verum.Itaque nouã ille ac propriã ſubiicit
2 ſubdiſtinctionem † in hunc modũ, Aut quis admittitur,inquit,de iure ſpeciali contra voluntatem teſtatoris & nõ habet locum ius adcreſcendi vt *d.l.mulieri.*Aut admittitur ſecundum voluntatem teſtatoris,quamuis de iure ſpeciali.Et tunc aut ille à quo petitur legatum ſuccedit cõtra teſtatoris voluntatem iure permittente puta per contra tabulas,& tunc etiam ceſſat ius adcreſcẽdi ex *l.3.§.ſed etſi coniunct.& l.filium 5.§ ſi legata D.de leg. præſt.*Aut ille à quo petitur ſuccedit ſecundum voluntatẽ defuncti,Et tunc eſt locus iuri adcreſcendi,licet legatarius petat de iure ſpeciali *d.l.filium.§. fin.*Ibi enim petitur legatum ab eo qui habet portionem hereditatis ex diſpoſitione defuncti.Et idem dicerem,inquit,in minore in integrum reſtituto ad legatum repudiatum.Nam credo habere illũ ius adcreſcendi,quãuis veniat de iure ſpeciali,vt *l.1.§.1.De collat.bonor.*Quod etiam patet euidẽti ratione.Nã portioni etiãſi ſit penes extraneum præter defuncti voluntatẽ. Multo magis quando eſt apud aliũ ex voluntate defuncti.Qua.n.ratione idem dicendũ eſſe vult Bart. in is qui petit vigore edicti,*Si quis omiſſ. cauſ. teſt.*Habere ſcilicet eos ius adcreſcendi cùm perinde teneatur iis qui ab inteſtato hereditatẽ poſſidet acſi adiiſſet ex teſtamento *l.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.*quia licet ſuccedat contra defuncti voluntatẽ,hoc tamen facit iure permittente,& in defuncti voluntate conſeruata etiã de iure ſpeciali locũ habent omnes leges teſtamẽtariæ. *l.1.§.lex falci.D.ad leg.falc.*Ac quoniã videt Bart.poſſe obiici,eos qui ſuccedunt per contra tabulas venire de iure ſpeciali contra ius commune ex *l.quod vulgo 19. D.de bonor.poſſ. contr.tab.*itémq;contra volũtatem defuncti iure permittente,& tamen inter eos eſſe ius adcreſcendi, *l.ſi duobus 12.in princ.D.de bon.poſſ.cõtr.tab.l.1.§.ſi quis ex nepotibus D.de coniung.cum emancip.liber.eius.*Reſpondet prædictã diſtinctionẽ habere locum inter legatarios,ſed inter heredes qualitercũque ſuccedãt eſſe locum adcreſcendi ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Fatetur tamen quod ſiquidã ſuccederent de iure cõmuni & ſecundũ voluntatẽ defuncti , quidã contrà,illi qui ſuccederent ſecundũ voluntatem eſſent potiores in iure adcreſcendi,& vltimò deueniretur ad eũ qui ſuccederet contra voluntatẽ defuncti ex *l.ſed cum patrono 6.in prin. in vlt.exẽplo gl.D.d.bon.poſſ.*Item prædicta vera , inquit, in iure adcreſcendi:Sed ius non decreſcendi indiſtinctè habet locũ licet quis veniat de iure ſpeciali,vt colligitur ex gl.in *d.l.3.§.ſed etſi coniunct.*& in *d.l.filium §. vlt. De leg.præſt.*In ſumma diſtinguit plenè vtrũ quæras de iure non decreſcendi,an de iure adcreſcendi & cũ de iure adcreſcendi an inter heredes an inter legatarios. Ergo diſtinctiones † & ſubdiſtinctiones iſtas omnes cõmẽtitias eſſe puto & à recti iuris ratione penitus alienas.Quibus cauſam certè dedit primus ille error & omniũ maximus, quòd putauit.Bart.Accurſiũ ſecutus non poſſe ius adcreſcendi eſſe in fauorem eius,qui ad partem ſuam admittitur de iure ſpeciali. Quaſi ea ſit Pap. ſententia † in *d.l.* 4
mulieri ex quo tamẽ loco quiſquis Pap.mentẽ bene percipiet,contrariã potius inferet propoſitionem. Tractat Pap.eum caſum quo mulieri & Titio coniunctim fuerit vſusfr.fundi Corneliani, ſed vtrique ſub vnica illa conditione *Si mulier non nupſerit.* Et ait, ſi mulier nupſerit quando Titius & viuit & in eod.ſtatu erit,partem duntaxat vſusfr.eam habere.Non dubitat an ſaltem ſuã partẽ habere mulier debeat (hoc enim certum erat , cùm illa conditio *ſi mulier non nupſerit* quatenus mulieri iniuncta eſt cui perpetuam indicit viduitatem à lege remittatur)ſed de illo ſolũ An non niſi partem ſuam habere debeat,an verò totum vſumfructum. Dubitationem faciebat pro muliere vt totum vſumfructum habere videretur,quod fuerat illa cum Titio coniuncta in legato iſto vſusfr. Coniuncta inquam , quod magis eſt & re & verbis.Non enim potuerant vtroque modo melius coniungi quàm ita concepto legato,*Titio & Semproniæ ſi Sempronia non nupſerit vſumfr.fundi Corneliani do lego.* Conſtat autem inter eos qui vel re tantùm coniuncti ſunt multo magis ſi & re & verbis locum eſſe iuri adcreſcendi,quia non habent partes ab initio, ſed tantum per cõcurſũ *d.l.re coniuncti 89. iunct.l.cõiũct.80.de leg.3.*maximè verò in vſumfr.eoque nunquam acquiſito nec proinde amiſſo,cùm etiam hoc ſpeciale habeat vſusfructus legatus,vt quamuis & acquiſitus & amiſſus ſit,nihilominus admittat ius adcreſcendi *l.1. §. interdum cum legib. ſeq. D de vſufr.adcreſc.*Sed tamen Pap. contra mulierem reſpondet non habere illam niſi partem vſusfructus legati,Ratione non illa quam adferunt Accurſius, Bart. & cæteri tanquam Pap.ipſo vel ſubtiliores vel prudentiores,quòd ex ſpeciali non ex cõmuni iure mulier ad ſuã portionem admittatur,ſed alia planè diuerſa multóque elegantiore,quòd lex quæ mulieri huius cõditionis implendæ neceſſitatem remittit ſic accipienda ſit , vt non plus mulieri ex legato retinere concedat , quàm quantũ eſſet illa habitura ſi conditioni paruiſſet. Quid enim aliud eſt remitti conditionem quàm haberi vel pro non ſcripta , vel , quod effectu parum diſtat, pro impleta ne vnquam ſit implenda ? Nam & quæ impleta eſt, cùm deſinat eſſe conditio , neceſſe eſt ob hoc ipſum vt habeatur pro non ſcripta. Atquin etiamſi mulier conditioni paruiſſet , eo ſcilicet modo quo conditionibus negatiuis pareri poteſt , præſtita cautione Muciana de non faciendo non habuiſſet illa niſi partem vſusfructus legati , quandiu Titius & vixiſſet & in eodem ſtatu manſiſſet, hoc eſt capite diminutus non fuiſſet : quia conditionis implementum non minùs Titio quàm mulieri

lieri profuiſſet, nihilque obſtitiſſet quominùs in ipſius quoque perſona legatum vſusfr. pro parte conſiſteret cùm ſola morte vel capitis diminutione vſusfr. acquiſitus extinguatur, quoties neq; mutatio neque interitus rei in qua vſusfr. conſtitutus eſt, neque conſolidatio interuenit. Non plus ergo iuris habere debet Sempronia quæ non paruit conditioni. Quis enim ferat plus iuris eam nanciſci ob id ſolùm quod conditionem non impleuerit, quàm ſi impleuiſſet? Idque adeo verum eſt vt etiam Titius legatum repudiaret, ea tamen res mulieri prodeſſe non deberet ad totum vſumfr. conſequendum, quia cùm ipſe conditione defectus ſit muliere nubente ac proinde verum ſit dicere legatum quod non niſi ſub ea conditione datum ipſi fuerat *ſi Sèpronia non nuberet* nunquam ei delatum fuiſſe, (ſiquidem legati conditionalis ante conditionē exiſtentem nulla delatio, ideoque nec tranſmiſſio vlla eſt *l. 5. & paſſ. D. quand. dies legat. ced. l. cedere diem 213. De verb. ſignif.*) conſequens eſt nullius momenti eſſe repudiationem quæ præceſſerit delationem quoniam ea tâtùm vel nobis acquirere vel repudiare poſſumus quæ iam ſint nobis delata *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione de lega. 2.* Ex quo intelligimus verba illa Pap. *qui conditione defectus eſt* nō ideo adiecta eſſe quaſi aliud reſponſurus fuerit Pap. ſi ante defectam conditionem eaque adhuc pendēte Titius legatum repudiaſſet (æquē enim eſt inutilis repudiatio quæ vtroque caſu fit ante delationem, ſiue delationis aliqua ſpes ſuperſit ſiue nulla) ſed quia eū caſum tractabat quo iam defecerat conditio cùm mulier nupta proponeretur. Atque hic proculdubio Pap. ſenſus nec dubius nec obſcurus eſt: Quo admiſſo, fatendum eſt verba illa *quādiu Titius & viuit & in eodem ſtatu erit* quibus tota legis difficultas ſi qua eſt continetur, nihil aliud præſeferre, quàm vt ſiue mortuo ſiue capite minuto Titio totum legatum habere mulier debeat: Alioqui minùs plenū eſſet beneficium legis quæ remittit conditionem minuſq; conſequeretur ex beneficio legis mulier quàm habitura eſſet ſi conditioni paruiſſet, Quandoquidē impleta per cautionis Mucianæ remediū conditione dubitari non oporteret, quin ius adcreſcendi foret inter Titium & mulierē, tanquā inter eos qui nō ſolùm re & verbis cōiuncti eſſent ſed etiam in vſufr. cuius propriū hoc ius eſt, vt etiam acquiſitus & amiſſus, nihilominus admittat ius adcreſcendi, quia perſonæ adcreſcit non portioni, ſemélq; legatus & acquiſitus quotidie nouus legari & conſtitui & acquiri intelligitur, vt ſupra diximus ex *d. l. 1. §. interdum 10. ff. de vſufr. adcreſc.* Idē ergo adcreſcendi ius quod haberet mulier ſi conditioni paruiſſet, habere etiam debet non impleta conditione & conſequenter in eundem ipſum caſum, qui porro alius eſſe nō poteſt quàm quo Titius vel mortuus ſit vel 5 capite diminutus. In eoque valde imprudenter † hallucinatus eſt Franciſc. Duarenus *lib. 2. de iur. adcreſc. c. vlt.* quāquam in hoc probatus ab And. Fachineo *lib. 4. Contro. iur. c. 99.* exiſtimans Titij quantumlibet mortui vel capite minuti portionē mulieri adcreſcere non poſſe, Illa tantū ratione quòd Pap. dicat mulierem plus cōſequi non poſſe nubendo, & ſic conditioni non parēdo, quàm conſecuta eſſet ſi conditioni paruiſſet, nec nupſiſſet. Tunc. n. dimidiam tantùm vſusfr. habuiſſet, inquit Fachin. quia Titius ſuam quoq; legati partem obtinuiſſet. At ego huculque quidē virorum doctiſſimorum ratiocinationem probo, ſed mancam eſſe dico ſi non progrediatur vlterius, falsā verò ſi progrediatur. Quāuis enim verū ſit impleta per mulierē conditione futurum vt legati vſusfr. partem Titius obtenturus fuerit, non poſſis tamen ex eo inferre Titio poſtea mortuo vel capite minuto non æquè futurū vt eius portio mulieri adcreſcere non deberet. Nā immo verò adcreſceret vt probauimus. Eſt igitur omnino conſequens ratiocinationi. Pap. vt defecti quoq; conditione idem ius adcreſcendi & in eūdem caſum ſit ſaluum mulieri vt pleniſſimo legis fauorabiliſſimæ ac vtiliſſimæ beneficio perfruatur. Nec probabile eſt quod Fachineus tentat ſupradicta Pap. verba eò ſpectare vt intelligamus viuente Titio in eodémque ſtatu manente rationem dubitandi fuiſſe propter quam videretur mulier debere totū vſumfr. habere, quòd cùm Titius conditione defectus nihil poſſet petere, admittēda eſſet mulier ſaltem quoad ipſe viueret vt idē ipſum ius haberet, quod habiturus erat Titius ſi conditione defectus non fuiſſet. Multo namque maiorem fuiſſe rationem dubitandi pro muliere poſt mortem Titij quàm eo adhuc viuente apparet ex eo quod diximus & probauimus viuo Titio & manente in eodem ſtatu, non poſſe niſi partem conſequi mulierē quæ tamen eo ſiue mortuo ſiue capite minuto integrū vſumfr. conſequeretur. Nam quod idem Fachineus addit, ſi mortuus eſſet vel capite diminutus Titius non eandem rationē facturam pro muliere, quia vel capitis diminutione vſusfr. finiatur, redeatque ad proprietatem, tanti viri ſubtilitate ac ingenio certè indignū eſt, quia tūc recurrit ad proprietatē finitus vſusfr. cùm perſona coniuncta nulla eſt cui poſſit adcreſcere, cùm nemo vnquam dubitauerit quin potior hac in re ſit cauſa cōiuncti ſi modo vel re & verbis vel ſaltem re tantū coniunctus ſit quàm proprietarij *d. l. 1. & 3. De vſufr. adcreſ.* Atqui in ea ſpecie quam Pap. tractat erant mulier & Titius coniuncti, & quidem omniū optimo maximóque cōiunctionis genere id eſt & re & verbis. Quid igitur impedire potuiſſet inter eos ius adcreſcendi? At lōge grauior alius Duareni error eſt exiſtimantis in hac ipſa ſpecie Titium quoque ſuam legati partem obtinere. Pugnat enim id apertiſſimè, non ſolum cum Pap. qui Titium conditione defectum eſſe ſcribit, ſed etiam cum eo quod idem Pap. ſcribit in *l. Mauia 77. §. Titio. e. tit.* Titium cui legatum eſt ſub ea cōditione ſi non nupſerit mulier, neque habere exemplū cautionis Mucianæ vt ante nuptias mulieris petere legatum poſſit, neque ad legatū admitti ſi nubēte muliere portio defecerit, niſi illud ipſum legatum eidē mulieri reſtituere ſit rogatus quo caſu admittitur ad legatum propter ſolam mulieris perſonam vt fideicom. ei præſtare poſſit, quod alioqui præſtare non poſſet ſi legatum ipſe non haberet. Idque etiā eſt quod Imp. Gordianus reſcribit in *l. 1. C. de indict. viduit. tollend.* legatum alij quàm ipſi mulieri relictum ſub ea conditione *ſi mulier non nupſerit* contractis poſtea per mulierem nuptiis cōditione deficere, ideóque peti legatū nequaquam poſſe. Cuius iuris ratio manifeſta illa eſt, quia per huiuſmodi conditionē ita cōceptā neque mulieri neque legatario viduitas iniungitur, ideóq; hæc conditio ſicut alia quælibet conditio habetur. Niſi cū adiecta eſt in fraudem legis, vt in exēplis ab eodem Pap. poſitis in *l. heres meus. 79. §. vlt. eo. tit. de cond. & demonſtr.* Nam & valet conditio etiā in perſona illius cui coniungitur ſi non perpetuā viduitatem inducat, ſed ad tempus *l. ſed ſi hoc 62. §. vlt. l. cùm tale 72. §. Mauia e. tit.* aut ratione certæ perſonæ tantùm vt in *l. cum ita 63. e.* aut certi loci *l. hoc modo 64. eod.* quemadmodum & hodie valet in perſona eius quæ iam vidua ſit non virgo ex Iuſtinian. conſtitutione Nouell. 22. *De nupt. c. 43.* vnde ſumpta eſt auth. cui relictum *C. de indict. viduit. tollend.* Et verò quænam poſſet ratio eſſe dubitandi apud Pap. in *d. l. mulieri*, cū mulier ad totū legatum admittenda videretur, Titio collegatario partem ſuam legati obtinente? Aut è contrario cur non deberet admitti ad totius legati petitionem eo ſaltem caſu quo Titius partem ſuam legati repudiaſſet? Igitur vt explicato iam Papiniano ad diſputationem inſtitutā redeamus cùm in propoſita ſpecie poſſit mulier habere ius adcreſcendi Titio mortuo vel capite minuto, apparet non eſſe verū quod volūt interpretes, ius adcreſcendi impediri quoties ad partē ſuā quis admittitur ex iure ſpeciali. Nec. n. aut mors aut capitis diminutio Titij facere poteſt, vt eo minùs admittatur mulier ex iure ſpeciali contra ius cōmune cùm ad-

mittitur ad legatũ conditionale defecta quoq; conditione, Sed neque poſſum illud concoquere quod Bart. & cæteri eo Pap. reſponſo abutantur cũ tractãt de iure adcreſcendi, nec tamen dubitantes quin aliud ſit ſi agatur
6 de iure non decreſcẽdi. Quiſnã enim caſus † expreſſior & accõmodatior dari poteſt in quo tractandum ſit de iure non decreſcẽdi, potiùs quã de iure adcreſcẽdi, ſi nõ ille eſt qui apud Pap proponitur in *d.l.mulieri*? Nã cùm mulieri & Titio vſusfructus coniunctim legatus eſſet ſub eadem conditione, ita vt & re & verbis coniuncti eſſent, nec vnquam partem Titius mulieri feciſſet neq; ab initio neque per cõcurſum (quomodo enim potuiſſet concurrere ante impletam cõditionem quæ non niſi vltimo vitæ mulieris momento impleri potuit?) nõ alia quæſtio tractari à Pap. poterat, quàm verũ eſſet mulieri ius non decreſcendi. Scio Iuriſconſultũ † quendam clariſſimum cui ego non modò multũ defero, ſed etiã plurimum debere me ſentio, pro ipſius erga me totamque iuriſprudentiam noſtram ſtudio ſingulari, Pap. ita emẽdare in illis verbis *quãdiu Titius & viuit & in eo ſtatu erit*, vt pro *Titius* reponat *mulier*, & quod lex de ſtatu ait intelligat de ſtatu matrimonij vt totius legis ſenſus fiat manifeſtior, cũ inquit, præcipua legis quæſtio ſit de muliere. Sed, quod cũ bona venia & pace tanti viri dictum cupio, quid neceſſe eſt emendare legẽ quæ tã elegantem certãque interpretationem recipit quam illa eſt, quæ à nobis allata fuit? At quænam erit legis elegantia ſecũdũ hanc emendationẽ? Certum enim eſt mortua vel capite diminuta muliere fructuaria vſumfructũ extingui & finiri §.*finitur Inſti.de vſufr.* At non æque certum eſt id, quod etiã hodie multi Pap. inuito negant, mortuo vel capite minuto Titio partẽ ipſius adcreſcere mulieri etiã quæ nupſerit: Dignúmq; ſanè fuit elegantia Pap. vt moneret meliorẽ eſſe debere conditionem mulieris in iure non decreſcẽdi, Titio mortuo vel capite minuto, quàm repudiante. Nam quemadmodum repudiatio facta per Titium qui nihil vnquam iuris habuit in legato cuius conditione defectus eſt, non poteſt mulieri prodeſſe vt ea de cauſa plus conſequi debeat, ſicuti Pap. fatetur: Ita nõ improbabiliter poterat quis exiſtimare nihil debere mulieri prodeſſe mortem vel capitis diminutionem eius qui ad legatũ vſusfructus nec vnquam admiſſus fuiſſet, nec admitti potuiſſet. Aliter tamen Pap. videtur, ſubtiliter vt ſolet, animaduertenti plus poſſe in hac ſpecie mortẽ vel capitis diminutionem Titij quàm repudiationẽ, quia repudiatio præſupponit delationem quæ ſi nulla ſit nec vllius momẽti eſſe repudiatio poteſt. Mors verò vel capitis diminutio Titij non æquè præſupponit quòd fuerit vnquã ei delatus vſusfructus, & quãuis nõ potuerit ipſius morte vel capitis diminutione finiri vſusfructus quẽ ipſe nunquam habuerit, hoc tamen ad rẽ non pertinet, quia quòd Pap. vult mortuo Titio vel capite minuto vſumfructũ ſolũ ad mulierẽ ſpectare, nõ eã rationem habet quaſi finitus ſit vſusfructus qui Titio relictus fuerat cũ nec inceperit vt in *l. Titio vſufr. 96.e.tit.de condit.& demonſt.* ſed quia ſi mulier cõditioni paruiſſet atque ita Titius quoque ad partẽ ſuã legati & admitti potuiſſet & admiſſus fuiſſet, eo poſtea ſiue mortuo ſiue capite minuto ius adcreſcendi mulier habuiſſet. Habere igitur debet etiãſi condictione defectus fuerit Titius ne alioqui noceat mulieri quod ipſa nupſit. Dices, Eadem ratiocinatione probari poſſe ei prodeſſe debere Titij quoque repudiationẽ, quæ haud dubiè prodeſſet ſi mulier cõditioni paruiſſet, quandoquidem eo caſu non fuiſſet Titius defectus conditione. At iam reſpondi aliam eſſe rationem repudiationis quam prorſus neceſſe eſt nullius eſſe momẽti, cùm ab eo facta fuit qui repudiationis tempore nullum ius vnquã habuit Eſtq; multo facilius & fauorabilius vt habeat mulier ius adcreſcendi in parte Titij in eũ caſum quo erat habitura etiamſi Titio acquiſitus fuiſſet vſusfructus, quàm vt in eum caſum quo Titius repudiauerit, ne minus iuris habeat in portione non acquiſita Titio quàm haberet ſi acquiſita fuiſſet. Solet enim acquiſitio minuere potius quàm augere ius adcreſcendi quinimò penitus illud extinguere extra cauſam vſusfructus *d.l. 1. §.interdum de vſufr. adcreſ.l.vnic.§.his ita definitis C.de caduc.tollend.* Deniq; ius adcreſcendi quod Pap. dat mulieri in eum caſu quo vſusfructus ſi acquiſitus fuiſſet etiã amiſſus eſſet totum pendet ex beneficio iuris & ex mente teſtatoris, non etiã ex Titij ſiue mortui ſiue capite minuti voluntate, ob idq; mirũ non eſt faueri hoc caſu mulieri, cui etiam in hoc leges fauent vt pro eo habeatur ac ſi conditionem impleuiſſet. Habet enim hoc ius adcreſcendi ſuo iure non ex perſona Titij qui etiãſi vſumfructum aliquando ſibi quæſiuiſſet, deſiiſſet tamẽ habere finito vſufructu. At ius adcreſcendi ſi quod haberet mulier Titio repudiante, ex ſola Titij voluntate proficiſceretur, quæ tamen nullomodo curanda eſt cùm in ipſius poteſtate non fuit vt legatum ſibi acquireret. Nam cum eius ſit nolle, cuius eſt velle vt habet regula iuris, quid intereſſe poteſt an legatum repudiet Titius, qui nec poſſet illud ſibi acquirere tametſi maximè vellet? *l.4.l.is poteſt 18.l.ſi quis extraneus.21. D.de acq. her.* & rurſus cũ ex perſona & ex iure repudiantis admittatur quiſquis adcreſcendi iure admittitur ad repudiatam portionẽ, quis ferat mulierem quamtumuis ex propria perſona fauorabilẽ plus iuris ſibi acquirere ex perſona Titij, qui ius nunquam ſibi delatum repudiauit? Atque hanc ego Pap. ſubtilitatis rationẽ adferri poſſe arbitror. De cæteris partib. ſupra relatæ diſtinctionis Bart. nihil addimus quia omnes † corruũt deſtructa ea prima pro- 8
poſitione quæ habebat ius adcreſcendi non eſſe in fauorẽ illius qui admittitur ex iure ſpeciali. Quã etſi vult etiam probare Bart. ex *l.3.§.ſed etſi coniunctim & ex l. 5. §.ſi legata deleg.præſt.* nihil tamen agit. Nã in *d.§.ſed etſi.* cùm Vlp. ponit coniunctim legatũ fuiſſe vni qui ſit ex liberis vel parentib. & alteri qui non ſit ex perſonis exceptis, intelligit de iis qui coniuncti fuerint verbis tãtum ac proinde qui ab initio partes habuerũt, vt & in *l. planè 34.§.ſi coniunct.de l.1.& re coniunct. de leg.3.* quod & ſignificant verba illa *Sua tantũ portio ei conſeruabitur.* Inter quos ideo prætor nõ vult eſſe ius adcreſcendi ne ſit liberalior teſtatore ſi totũ det ei cui teſtator nonniſi partẽ dedit, Non autem, vt vult Bart. quòd is qui vellet habere ius adcreſcendi ex iure tantùm ſpeciali admittatur. *At in d.§.ſi leg* idẽ Vlp. cum ponit legata fuiſſe relicta liberis & extraneis, neq; præſtari quæ extraneis relicta ſunt, non tractat de legatis quæ & liberis & extraneis ſimul ac coniũctim relicta fuerint coniũctione aliqua reali, vt propterea mirũ nõ ſit legata ſolis extraneis relicta, in eo teſtamento quod ruptum fuit per bonorũ poſſeſſ. contra tabulas ſicut extraneis minimè præſtantur, ita neque liberis præſtari quibus relicta non fuerũt. Cæteri omnes loci à Bar. adducti probant eſſe ius adcreſcendi, quod ipſum tamen ſecundũ ea quæ in præcedẽtibus diximus, ſic accipi ſemper debet ſi adſit aliqua cõiunctio realis inter legatarios ſiue ex iure communi ſiue ex ſpeciali venientes, aut ſi agatur inter heredes vel bonorum poſſeſſores, inter quos quantumuis diſiunctos ſemper eſt ius adcreſcendi. Non ratione illa Bar. ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Nec illa rurſus quod portio adcreſcat portioni etiã inter eos quorum alter nullomodo vocatus ſit à teſtatore (vtramq; enim nos ſuprà refutauimus) ſed ne perſona teſtatoris aut patrisf. inteſtatò defuncti quæ indiuidua eſt repræſentetur pro parte per heredem aut per bonorũ poſſeſſorem qui heredis loco eſt. Semper tamen excipio ſpeciem *d.l.ſed cum patrono 6. De bonor. poſſ.* de cuius ſententia & ratione iam ſcripſimus in Err. 7. Decadis huius, tam multa vt quicquam addere nunc non ſit neceſſe.

Laus Deo, Gloria tota Deo, qui hæc nobis otia fecit,

INDEX

INDEX RERVM, ET VERBORVM MEMORABILIVM,

Quæ in hoc primo Tomo operis aduerſus errores Pragmaticorum proponuntur, & declarantur.

A.

Abſtinere, Abſtentio.

Beneficium ABSTENTIONIS à prætore datum eſt impuberibus etiamſi ſe immiſcuerint, & quidem citra opem reſtitutionis. p. 56.n. 2. puberibus verò ſi ſe non immiſcuerint, at poſt immixtionem indigent reſtitutione. ibid. 3

Cùm de ſui heredis Abſtentione quæritur impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore. ibid. 1

Abſtentio ſui heredis quid ſit. ibid. 3

Abſtinere ab hereditate, Abſtentio. 561

Ius Abſtentionis eſt à prætoribus introductum. 56‥16

Abſtentio in neceſſarium antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionem. 1050. 6

Abſtentionis effectum. 486.15

Se Abſtinere & ſe non immiſcere differunt. 432.14

Se non immiſcere & Abſtinere quî differant. 560.9

Abſtinere & repudiare vt differant. 1055 18

Iuris Abſtinendi & deliberandi diſcrimina. 636.7

Abſtinere quorum heredum proprium ſit. 574.3

Beneficium Abſtentionis pertinet tantùm ad ſuos. 635 4

Ius Abſtinendi non tollit poteſtatem iuris ſuitatis præſertim ante Abſtentionem. 513.17

An beneficium Abſtentionis eneruet exiſtentiam ſui heredis. 555. 1.

Sola ſpes Abſtentionis non impedit vim & poteſtatem ſuitatis. 561.13.

Qui Abſtentionem ſui heredis allegat eam probare debet. 560.7

Beneficium iuris recuſandi latiùs patet, quam iuris Abſtinendi. 644. 5.

Vt videatur ſuus heres ſe Abſtinuiſſe non ſufficit quòd ſe non immiſcuerit. 560.9

Qui aliquid ex bonis paternis amouet an beneficium Abſtentionis amittat. 562.26

Qui ſe Abſtinuit, manet heres iure ciuili, à prætore tamen non habetur pro herede, ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit. 1050.9

Acceſſio.

Acceſſiones frumenti, hordei & olei mutuo dati etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt. 5.12

Acquiſitio.

Acquiſitio rei venditæ ſub pacto de retrouendendo an irreuocabilis. 297.1. & ſeqq.

Vix caſus reperiri poteſt in quo ſine induſtria quicquam Acquiratur. 810.10

Liberis ex contractu per patrem Acquiri non poteſt. 616.6

Pater non magis poteſt Acquirere liberis in emphyteuſi quam in reliquis rebus. 619.5

Cui Acquiratur ad quod filiusfamilias ex pecunia patris ſua induſtria quæſiit. 806. 1.& ſeqq.

Pater ſtipulando filio perinde ſibi Acquirit, ac ſi ſibi ſtipularetur. 828 9

Patri Acquiritur quod filiusfamilias ſibi ſtipulatur. ibid.10

Ratione Acquiſitionis vt plus iuris habeat dominus quàm pater. 609.7

Quatenus plus iuris habeat filiusfam. quàm ſeruus ratione Acquiſitionis. 610.17

Homo liber non poteſt ab eo ſibi Acquirere cui bona fide ſeruit, ne quidem hoc volente. 827.6

Acquirendæ hereditatis animus quibus modis declaretur. 399.34.

Delatio & Acquiſitio hereditatis quomodo differant. 429.7

Non lædit alium qui Acquirendi occaſionem omittit. 398 32

Acquiſitio hereditatis quæ fit ipſo iure excludit omne beneficium iuris ciuilis. 453 14

Actio.

Iure Pandectarum Actiones neque incipiunt ab heredibus, neque contra heredes. 917.32

Vbi nulla eſt Actio, ibi officio iudicis nullus eſt locus. 408.13

Actionis & compenſationis differentia. 400.9

Poteſt ex æquitate retentio ei competere cui nonniſi iniquè dari poſſet Actio. 404.8

Cur alicui per iudicij officium faciliùs ſuccurratur, quàm per Actionis inductionem ibid.7

Lex 12. tabular tribuit tantùm Actiones directas. 423.1

Actiones directæ penes duos in ſolidum eſſe non poſſunt. 584. 13.

Actionibus in rem ſiue directæ ſiue vtiles ſint quid communiter conueniat. 980.9. diſcrimen inter directas in rem & vtiles actiones. ibid. n. 10

Differentia inter directam & vtilem in rem Actionem. 986.4

Quæ Actio detur ei cui res donata reſtitui debuit per donatarium ex lege donationi inter viuos dicta: quæue competat ſi donatio fuerit cauſa mortis. 982.1

Triplex Actio pro legatis & fideicommiſſis datur, ſed diuerſis reſpectibus, & in diuerſas res, diuersáſque perſonas. 1002.8

Actio quæ datur ad ſupplementum legitimæ cur dicatur actio ex teſtamento. 680 5

Actio ex teſtamento contra quem detur. 982.4

Nulla Actio ex ſtipulatu habet priuilegium tacitæ hypothecæ, excepta actione de dote. 1001.6

An Actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus cauſa mortis. 1000. 1.& ſeqq.

Quæ Actio detur ex donatione apud interpretes. 934. 1.& ſeq.

Quando detur Actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit. 900.7

Non eſt perpetuum vt cui damus Actionem, debeamus etiam retentionem dari. 404.12

Quomodo dentur Actiones in coheredem eius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aut per reſtitutionem in integrum. 1050. & ſeq. 12 & 13.

Actiones quæ pro legatis & fideicommiſſis ſingularibus competunt ignorantibus quidem acquiruntur, ſed non inuitis. 965. 3.

Actiones à prætore olim impetrabantur, licet & ipſo iure competerent. 1050. 10

Quæ Actiones dentur ei qui alterius improbitate læſus eſt in eo quod hic coëgerit teſtari defunctum qui aliàs legitimo heredi hereditatem erat relicturus. 719.& ſeq. 18. 19

Actiones quædam cur temporales dictæ. 354. 10

Actio ad exhibendum eſt in perſonam, licet ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. 18. 21. ibid. 3.

Index Rerum,

Non datur niſi contra eum qui poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere. pag. 18. num. 12

De viribus Actionis priùs quæri oportet, quàm de viribus exceptionis. 39.6

Actio præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat. p. 5. n. 13.

Actio interrogatoria in quem detur. 21. 12. vnde naſcatur. ibid 13.

In perſonalibus Actionibus actor forum rei ſequitur. 79 2

Quæ actiones cumulari queant. 74.8

Actio de eo quod vi metuſve cauſſa geſtum eſt, qualis ſit & aduerſus quem detur. ibid.9

Actio reſtitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij. ibid.10

Actiones non aliis dantur quàm quorum intereſt. ibid.11

Actio litigioſa nec vendi nec excuti poteſt. 59 11

Perſonales Actiones olim perpetuæ fuerunt, prætoriis exceptis 40. 19. quæ actiones perpetuæ dicantur. ibid n.20

Diſcrimen inter hypothecariam Actionem & reuocatoriam. 61 9.

Actio nondum nata per præſcriptionem perimi non poteſt. 41. 3.

Actiones in perſonam cur condictiones dictæ. 218.5

Actio quam vocant pragmatici Galli de maintenue quando competat. 44 13

Actiones præſcriptis verbis ſunt ſtrictæ & cur. 316.5

Actio rerum amotarum. 213.2 & ſeq. vt differat à condictione furtiua. 214 12

Quando contingat vt celeritate coniungendarum inter ſe Actionum vna occultetur. 80.9

Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt. 106.2. an poſſit competere quoties alia actio competit ibid. 3 & ſeqq.

In omnibus Actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur. 107. 10

Actio ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſingularia petuntur non eſt propriè bonæ fidei. 131. 1

In quo d. actio imitetur naturam actionum bonæ fidei. ibid.2.

In ea actione vſuræ veniunt à die moræ: ibid. n.3 quod ad fructus attinet differt à cæteris bonæ fidei iudiciis. ibid.4

Quæ ſit vis & poteſtas actionis quæ competit ex pacto de retrouendendo. 292. 1. & ſeqq.

Actiones arbitrariæ hodie quatenus ſublatæ. 238.1

In actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt officio iudicis. 130.5

In actione de dolo an iuretur in litem. 239. 1. & ſeq in actione quod metus cauſa an iuretur in litem. ibid.

Conuenientiæ & differentiæ inter actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſa. ibid 4

Error pragmaticorum de duplici ſententia, quam in Actionibus arbitrariis ferre volunt. 237 1

Qui poteſt facere vt actionem habeat pro eo habendus eſt qui eam iam habet. p. 39 n. 14

Actor.

Actori ſemper incumbit onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis etiamſi mera negatio ſit. 758.19

In quibus actionibus Actor forum rei ſequi debeat. 74 4

In perſonalibus actionibus Actor forum rei ſequitur. 79.2

Actore non probante abſolui debet reus, niſi præſumptio ſit pro actore, quo caſu reus iurare debet vt abſoluatur. 246.1

Actus.

Ex Actu etiam nullo animus declaratur. 975 10

Actus agentium non operantur vltra intentionem agentium. 403 1.

Adcreſcere, Adcreſcendi ius.

Quo ſenſu dicatur portio hereditatis ſiue legati deficiens ei adcreſcere qui in aliam partem habet. 1044.6

Quæ ſit cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. 1005.1

Ius adcreſcendi quomodo ſit ex l. XII. tab. 1006. 10

Ius adcreſcendi quomodo dicatur deſcendere ex voluntate teſtatoris ibid. 12

Exiſtentia ſui heredis an tollat ius adcreſcendi. 1049.1

Inter heredes ius adcreſcendi ex neceſſitate inducitur: inter legatarios non item: & quæ ſit differentiæ ratio. 1020.4

Ius adcreſcendi nunquam in portionibus agnatis locum habet. 546. 7

Ius adcreſcendi in portionibus agnitis locum non habet. 1050. 7.

An qui admittitur ex ſpeciali iure habeat ius adcreſcendi. 1056. 1 & ſeq.

Inter heredes non tantùm inuitos, ſed etiam inuito teſtatore iuri adcreſcendi locus eſt. 1006.11

Ius adcreſcendi inter coheredes quando tacita ſubſtitutio habeatur. 605. 11

In iure adcreſcendi inter coheredes coniuncti ſunt præferendi diſiunctis. 1007. 7

An portio ſui heredis volenti tantùm coheredi adcreſcat, an etiam inuito 1050.2

Ius Adcreſcendi teſtator inter coheredes prohibere non poteſt. 1006.9.

De iure Adcreſcendi inter verbis tantùm Coniunctos. 1010.1. & ſeqq.

In legatis & fideicommiſſis nunquam eſt locus Adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, & cur. 1003.6

In legatis per damnationem iuri Adcreſcendi quando locus eſſet, quando item in legatis per vindicationem. 1029.9

Inter Legatarios per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet. 1031.5

Ius Adcreſcendi non eſt inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, nec inter eas portiones quæ ex diuerſo iure vni & eidem perſonæ deferuntur. 547.3

An inter eos qui vocati ſunt ex diuerſo iure locum habeat ius Adcreſcendi. 1046.1. & ſeqq.

An ius Adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares locum habeat. 1029.5

Inter fideicommiſſarios particulares ius Adcreſcendi locum non habet. ibid. 11

Vtrum locus ſit iuri Adcreſcendi in donationibus cauſa mortis. 1003. 1

Ius Adcreſcendi an tranſeat in emptorem hereditatis. 1040.1 & ſeqq.

An ius Adcreſcendi tranſeat in emptorem Legati. 1043. 1. & ſeqq.

Ius Adcreſcendi nequidem fideicommiſſarium particularem vnquam ſequi poteſt. 548.5

An ius Adcreſcendi in fideicommiſſarium tranſeat. 1037. 1. & ſeqq.

Non tam heredi, quam hereditati Adcreſcit portio filiæ renunciantis. 155.1

Ius Adcreſcendi in legitima an locum habeat. 195.6

An ius Adcreſcendi ei prohibere poſſit teſtator, quem ex certa re inſtituit, nullo adſcripto coherede. 199 1. & ſeqq.

Ius Adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi an defendatur, cùm poſthumus, aut alius ſuus heres eſt præteritus. 277.1. & ſeqq.

Addictio.

Addictio in diem, & venditio facta ſub pacto de retrouendendo vt differant & conueniant. 286.1. & ſeqq.

Adfectio.

Adfectionis ordo ex graduum & proximitatis ordine æſtimari ſolet. 454.2

Adire hereditatem, Aditio.

Aditio hereditatis eſt acquiſitio. 402. 31

Non quatenus Aditio hereditatis heredem facit. 425.13

Quæ voluntas requiratur in Aditione hereditatis. 396.9

Sine ſcientia nulla eſt Aditio. 399.19

Differentia inter Aditionem & geſtionem pro herede. 1017.15

Ius Adeundi eſt in bonis inſtituti 398.32

In alium transferri non poteſt ibid. nullius eſt vtilitatis niſi ſecuta demum aditione. ibid.

Per quam Aditionem hereditatis confirmetur teſtamentum. 796.7.

Eius eſt Adire teſtamentariam hereditatem cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legem. 398.18

Filius qui poſt Aditionem abſtinuit per in integrum reſtitutionem nunquam videtur adiiſſe. 425 15. & cur ibid. n. 21

Vt filius adeundo heredem patrem faciat, requiritur vt iuſſum patris Aditionem præcedat. 609.5

Quibuſnam caſibus hereditatis legitimæ Aditio manet in ſuſpenſo. 419.1

Aditio hereditatis cur difficilis probationis. 30.1

Per Aditionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatariis, non item bona heredis, 19 6

Vniuerſalia iura per Aditionem hereditatis an confundantur. 21. 1. & ſeq.

Adiudicatio.

An & quando Adiudicationibus prouiſionalibus locus ſit pendente diſcuſſionis generalis inſtantia. 42.1. & ſeq.

Adiudicatio erat olim modus acquirendi dominij Quiritium. 815.6. in quibus iudiciis locum haberet. ibid.

Adſignare libertum, Adſignatio.

Adſignare libertum quid. 892.18

Adſignatio liberti neque eſt legatum neque fideicommiſſum. ibid.

Digitized by Google

& Verborum.

Aduentitia bona.

De bonis Aduentitiis licet pleno iure ſint filiiſfam. filiusfam. teſtari non poteſt aduerſus nonnullos interpretes. p.846.n.4
Differentia inter Aduentitia & caſtrenſia bona. 844.18
Filiusfam.an poſſit aduentitia patri donare. 840.5
Aduentitia non conferri à liberis qui remanſerunt in poteſtate primus induxit Iuſtinianus. 828.2
an filiusfam. Aduentitia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine conſenſu patris. 846.1.& 3
Bonorum Aduentitiorum donatio à filiofam. facta patri neque valere,neque morte filij confirmari poteſt. 843.11
Aduentitia bona vt teneantur conferre emancipati fratribus in poteſtate retentis. 829.6
In Aduentitiis pater filij adminiſtrator legitimus eſt. 276.5

Ædificare, ædificium.

In dolo eſt,nedum in culpa qui in ſolo quod alienum eſſe nouit temerè Ædificat. 400.4
Qui in alieno ſolo ex ſua materia Ædificat,materiæ dominium amittit & vindicationem, quæ domino ſoli competere incipit. ibid.2
Poſſeſſori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere Ædificium quod in alieno ſolo extruxit. 401.12

Æquitas.

Æquitas cerebrina iuriſprudentiæ noxia. 398.16

Æſtimatio.

Vt ineatur Æſtimatio cum ſpecies facta eſt vilior, non tamen deterior. 217.& ſeqq.
Æſtimatio quanti plurimi. 208.3.& ſeq.
Sine delatione iuramenti fieri non poteſt vt Æſtimetur res quæ non extat. 287
In iudiciis ſtricti iuris vt res debita Æſtimãda ſit.210. 1.& ſeq.
Æſtimatio rei dotalis an ea qualis venditio ſit. 97. 1.& ſeqq. quomodo ſuccurratur læſæ coniugi in æſtimatione rei dotalis ibid.
Quæ Æſtimatio emptionem non faciat. 13.18
De Æſtimatione rerum hereditariarum. 27.1.& ſeqq.
De ineunda Æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut ſtricto. 207.1 & ſeqq.
In iudiciis bonæ fidei vt res debita Æſtimari debeat. 208. 1. & ſeqq.
Vt Æſtimetur res in diem certum debita. 211 1.& ſeqq.
Si Æſtimatio aucta ſit poſt condemnationem, cuius temporis ratio habenda ſit. 218.1.& ſeqq.
Res debita ſub conditione vt Æſtimetur. 223.1.& ſeqq.
De differentia mercis & ſpeciei debitæ, cùm de æſtimatione ineunda tractatur. 215.1.& ſeqq.
Quæ dicatur Æſtimatio quanti plurimi 220.1.& ſeqq.
An Æſtimationis quanti plurimi acceſſiones & vſuræ aliquo caſu,& à quo tempore debeantur. 224.1.& ſeqq.
Vt Æſtimetur res contra fideiuſſorem eius qui certa die dare debuit. 214.1.& ſeqq.
Vt fiat Æſtimatio rerum amotarum. 213.1.& ſeqq.

Affirmatio.

Affirmationis & negationis differentia. 435.14

Agere.

Quiſquis Agit tanquam talis ante omnia ſe debet probare talem. 39.8

Agnatio, agnatus.

Agnatio per filios maſculos,non per filias conſeruatur. 463.19
Agnati plurium graduum eſſe poſſunt. 412.33
Filius non eſt Agnatus matri ſed patri. 431.7
Agnatorum & ſuorum heredum differentia. 492.14
Diſcrimen inter ſuos heredes & Agnatos ex iure prætorio. ibid.10
Inter ſuos & Agnatos diſcrimen. 451.27
Suorum heredum & Agnatorum conuenientia ſecundum ius XII. tab. 491.9
Lex 12.tab.nunquam putauit admittendum nepotem ex filio vt Agnatum 492.13.
Cur Iuſtinianus in Agnatis ſucceſſionem admiſerit. 49'.7
Iuſtinianus fecit vt in Agnatis eſſet ſucceſſio iure ciuili ſicut iure prætorio ſucceſſio priùs erat in cognatis 494.10
In Agnatis quatenus ſit hodie ex Iuſtiniani conſtitutione ſucceſſio. 453.12
Interdum meliorem eſſe conditionem Agnatorum, quàm liberorum qui non ſunt ſui heredes, aduerſus Bald. 491.8
Sui heredes quomodo obſtent Agnatis in bonorum poſſeſſionibus accipiendis. 453.16
Liberi etiam remotiorum graduum quando præferantur, aut non præferantur Agnatis. p.452.n.10
Primo Agnato repudiante bonorum poſſeſſionem, ſequentes Agnati admittuntur ante cognatos qui non ſunt agnati. 489.6

Alienatio. Alienare.

Quo titulo alienata cenſeatur materia ex qua malæ fidei poſſeſſor in alieno ſolo ædificauit. 405.18
Alienatio vt fieri non poſſit niſi cum ſua cauſa. 504.6
Ius pignoris ita rem afficere nequit, vt Alienationem impedire queat. 324.2
Quomodo Alienatio non poſſit fieri niſi cum ſua cauſa 78.12
Qui alienare poteſt,multò magis & obligare poterit. 310.24

Anatociſmus.

Anatociſmus quid. 259. 1. prohibitus eſt à Iuſtiniano. ibid.2

Antichreſis.

Antichreſeos vocabulum veteribus interpretibus incognitum. 285.2
Ἀντίχρησις quid. 109.3
Cùm Antichreſis eſt contracta in fraudem legitimarum vſurarum, quatenus à lege improbetur contractus, & ad quam vſque quantitatem fructus retinere poſſit creditor. 115.12
An ſit aliqua Antichreſis tacita. 110.17
Differentia Cuiaciana inter Antichreſin tacitam & expreſſam. 109.7.8
An valeat antichreſis expreſſa quæ facta eſt in fraudem vſurarum. ibid.9
Antichreſis facit vt neque gratuita, neque vſuraria pecunia dici queat: 110.12
Pactionis antichreſeos vt venditionis ſub pacto de retrouendendo conuenientia. 114.1
Per Antichreſin contracta locatio vt ab aliis differat. 110.14

Arbitrium.

Arbitirum iudicis quid. 237.9
Arbitrariæ actiones vnde dictæ. 210.10
Actiones Arbitrariæ hodie quatenus ſublatæ 238.1
In actionibus Arbitrariis vt procedat iudex. 237.1.& ſeqq.
Arbitrariæ actiones cur ſic dictæ. 244.9

Argumentum.

Valet Argumentum à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati,non contra. 504.10
Argumentum à minori ad maius an valeat negatiuè. ibid.11
Argumentum à contrario ſenſu quando valeat. 515.7
Argumentum à contrario ſenſu non paſſim valet in ſtatutis. 432.14
Argumentum à contrario ſenſu quomodo formari debeat. ibid.17

Arra.

Arræ poſſunt dari in argumentum perfectæ venditionis:imò & perficiendæ. 912.23

B

Baldus.

Baldus ſolet Bartolo in omnibus ferè contradicere. 463.20

Bartolus.

Bartoli diſtinctiones quales. 438.8
Quales ſint diſtinctiones Bartoli. 818.12

Beneficium.

Inuito Beneficium non datur. 965.3
Beneficia legum & Principum perpetua eſſe conuenit. 410.13
Beneficium legis à me eripi nequit. 37.4

Brocardicum.

Vulgare Brocardicum, ſi vinco vincentem te multo magis te vinco quando locum habeat. 444.24

Bona. Bonorum poſſeſſio.

In Bonorũ poſſeſſionibus deferendis quid ſeruet prætor. 453.18

Prætor

zed by Google

Index Rerum,

Prætores in deferendis Bon. poſſeſſionibus eundem ſeruarunt ordinem, quem in deferendis hereditatibus ſeruauerat lex. 12. tab. pag. 442. n. 11
Caſus prætoribus incognitus quo Bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re. 453. 17
Bonorum poſſeſſionis contra tabulas & bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas differentia. 700. 10
Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum. 681. 6
Bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re & ſine effectu. 703. 5
Beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas. ad quem finem inductum ſit à prætore. 709. 12
Quo caſu neceſſaria ſit Bon. poſſeſſio contra tab. ſuis heredibus præteritis. 506. 24
Caſus quo etiam hodie Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eſt neceſſaria. 584. 12
Caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt auxilium Bonorum poſſeſſionis. 427. 18
Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quando detur. 510. 2.
Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quomodo à prætore detur. 704. 11
Quando det prætor Bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex eo teſtamento in quo ſuus heres eſt præteritus. ibid 21
Secundum quas tabulas prætor det Bonorum poſſeſſionem, & quid in ea danda inſpiciat ibid. 17
Ad Bonorum poſſeſſionem VNDE COGNATI quando aliquis admittatur. 451. 3
De differentia Bon. poſſeſſionis vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati in cauſa ſucceſſorij edicti. 488. 1 & ſeqq.
Nou. 118. non ſuſtulit omnes Bon. poſſeſſiones vt quidam perperam autumant. 495. 26
Quando verum ſit eum qui agnoſcit Bonorum poſſeſſionem hoc ipſo pro herede gerere videri. 427. 12
Bonorum poſſeſſores vtiles habent actiones à prætore. 423. 12.
Bonorum poſſeſſores ſunt loco heredum, non heredes. ibid. 11.
Hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat. 104. 2
Inter Bona & hereditatem differentiæ plures. 35. 7
Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ. ibid.
Bonorum nomen denotat quid vniuerſale. 59. 12
Valet iure ciuili obligatio omnium Bonorum debitoris & præſentium & futurorum. 49. 1
Bonis omnibus alienatis aut obligatis etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium. 51. 8.
Obligatis indiſtinctè omnibus Bonis etiam futura obligata intelliguntur. 49. 2

C.

Cancellatio.

Cancellatio teſtamenti quando teſtamentum non infirmare cenſeatur. 691. 8

Caſtrenſia bona.

Differentia inter Caſtrenſia & aduentitia bona. 843. 18

Cauere, cautio.

Futuro heredi legitimo Caueri prætor nunquam iubet. 524. 8
Cautio non alienandi aut diſſipandi ſit ne per fratrem præſtanda ſorori ſtatuto excluſo quandiu maſculus aliquis ſupererit. 526. 1. & ſeqq.

Pia Cauſa.

An voluntas minùs ſolemnis in piam Cauſam collata valeat. 661. 1.
Priuilegia piæ Cauſæ à Tiraquello congeſta vnde ducta. 662. 5

Chirographum.

Chirographi agnitio non poteſt inducere pignus. 6. 4
Qui ex Chirographo conuenitur quaſi ex ſtipulatione conuenitur. 4. 5. & cur. 5. 6
Inter Chirographarios creditores nullus eſt ordo. 8. 15
Chirographarij creditores vt differant ab hypothecariis. 2. 4
Chirographaria obligatio an vires habeat prius quam agnitum aut denegatum fuerit Chirographum. 6. 5
Pignus conuentum in Chirographo diem vel annum expreſſum non habente valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum. ibid 6
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire. pag. 63 n. 7
Ex Chirographo agnito & recognito an tacita hypotheca inducatur. p. 2. n. 17. & ſeqq.
Probatio quæ ſit per Chirographum laborat ſuſpicione fraudis, non ratione debitoris, ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt 6. 8
Chirographaria pecunia quæ dicatur. 15. 4
Negotio in Chirographum deducto per teſtes probato efficax eſt pignoris conuentio ex eo die quo chirographum conſcriptum. 6. 9
Chirographi agnitio aut denegatio non inducit obligationem. 6. 14.
Debitoris Chirographarij bona creditori etiam poſt condemnationem non prius obligata ſunt, quàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit. 78. 15
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire. 63. 7

Clauſula.

Clauſula conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur. 2. 6
Clauſula codicillaris ex eo quòd ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt. 2. 8
Clauſula per quam renuntiare fideiuſſores & correi ſolent exceptioni ordinis & diuiſionis exprimi debet vt creditori proſit. 2. 7
Quæ ſit vis Clauſulæ, ex nunc prout ex tunc, & contrà. 276. 2
Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur, 264. 1. quantum referre putent pragmatici an ſit concepta per verba præſentis, an per verba futuri temporis. ibid. 3
Clauſula codicillaris an poſſit defendere teſtamentum nullum aut ruptum ſeu irritum. 263. 1. & ſeqq.
Quæ Clauſulæ adhiberi ſoleant ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem. 57. 1. & ſeqq.
Clauſula conſtituti an impediat exceptionem non factæ excuſſionis. 58. 8
Clauſulæ codicillaris quæ ſit vis & effectus. 263. 2. & 265. 2
Clauſula codicillaris ex eo quòd ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt. 2. 8
Clauſulæ quæ pendent ex voluntate nullo caſu à lege ſubintelliguntur. 671. 12
Inefficacem & prorſus inanem Clauſulam eſſe quæ hodie teſtamentis & Codicillis inſeri ſolet, vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamento, vel codicillorum valeat iure donationis cauſa mortis. 896. 1. & ſeqq.
De vi Clauſulæ OMNI MELIORI MODO. 594. 27
De vi Clauſulæ OMNI MELIORI MODO. 746. 8
Clauſula OMNI MELIORI MODO non poteſt efficere vt ea voluntas quam teſtator nomine teſtamenti non donauit, ſit teſtamentum. 594. 28
Verum Clauſula conſtituti tranſeat in heredem. 564. 7
Clauſula codicillaris quid. 470. 6
Clauſulæ codicillaris effectus. 671. 6
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda Clauſula codicillaris ibid. 4. & ſeq.
Clauſula codicillaris defectum ſolemnitatis ſupplet. 664. 7
Clauſula codicillaris defectum voluntatis ſupplere nequit. ibid.
Clauſula codicillaris cur adhiberi ſoleat. 767. 18
Cautela ad eludendam poteſtatem Clauſulæ codicillaris. 512. 17.
Clauſulæ derogatoriæ quam vim ineſſe velit Bartolus. 744. 5
Vis Clauſulæ derogatoriæ præcipua in quo conſiſtat. 748. 10
Clauſulam derogatoriam nullius eſſe momenti. 712. 21. & 22
De Clauſula derogatoria iurata. 749. 1. & ſeqq.
Clauſula derogatoria in quibus habeat vim ademptionis. 744. 7.
Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt. 692. 4
De clauſula derogatoria in priori teſtamento ad poſterius impediendum appoſita variæ interpretum ſententiæ. 709. 1 & ſeqq.
Clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti vim & validitatem impediri eſt interpretum ſomnium. 685. 12
Non poteſt fieri vt Clauſula derogatoria in primo teſtamento adſcripta deſtruat ſecundum, niſi per viam ademptionis hereditatis. 713. 12
An Clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit. 683. 2
Clauſulam derogatoriam cur ſubintelligi velint interpretes in teſtamentis parentum imperfectis. 686. 16
Clauſulæ derogatoriæ in voluntate parentis imperfecta contentæ effectui quando locus ſit. 685. 14
Quod iuris ſit vbi appoſita eſt Clauſula derogatoria in teſtamento minùs ſolemni, vel rupto ex cauſa præteritionis, vel exheredationis. 743. 1. & ſeqq.
Clauſula derogatoria in principio teſtamenti appoſita non ſemper facit vt legatum poſteriore ſcriptura relictum non valeat, quaſi non datum. 713. 6

Clauſula

Clauſula derogatoria in legatis appoſita non facit regulariter vt legatum poſterius habeatur pro non dato, ſed tantùm vt habeatur pro adempto. ibid.n.8
Qualem eſſe oporteat Clauſulæ derogatoriæ reuocationem, vt valida ſit & efficax. 722.2.& ſeqq.
Quando reuocatio ſpecialis Clauſulæ derogatoriæ non ſit neceſſaria ſecundum interpretes. 726.8
Lapſus decennij prodeſſe poteſt ad impediendum effectum Clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento adhibitæ. ibid 12
De reuocatione Clauſulæ derogatoriæ per hæc verba, NON OBSTANTE TALI TESTAMENTO TALIS TABELLIONIS RECEPTO, variæ interpretum ſententiæ. 725.1.& ſeq.
An iuramentum appoſitum in poſteriori teſtamento habeat vim reuocandi Clauſulam derogatoriam appoſitam in priori. 747.1.& ſeqq.
De Clauſula derogatoria circa leges & Principum conſtitutiones. 722.16

Coactio.

Quæ Coactio valeat ad impetrandam reſtitutionem contra venditionem in qua immodica læſio interuenit. 85.11

Codicilli, Codicillaris Clauſula.

Codicilli ab inteſtato etiam facti valent. 647.4
Qui Codicilli paterni imperfecti inter liberos defendantur. 689.19
Quomodo intelligendum illud in Codicillis hereditatem neque dari, neque adimi poſſe. 744.8
Codicillorum & pupillarium tabular. comparatio. 588.22
Codicillaris clauſula quid 521.6. Conditio clauſulæ codicillaris defecit ſtatim atque teſtamentum valuit. ibid.8
Clauſulæ Codicillaris effectus. 671.6
Clauſula Codicillaris cur adhiberi ſoleat. 767.11
Codicillaris clauſula defectum ſolennitatis ſupplet. 664.7
Codicillaris clauſula defectum volũtatis ſupplere nequit. ibid.
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda ſit clauſula Codicillaris. 671.4. & ſeqq.

Cognatus.

Prætor ex edicto ſucceſſorio nunquam vocat Cognatos niſi poſt legitimos. 452.11.
Inferior Cognatus non ſuccedit ex eo capite ex quo prior iam accepit bon.poſſ. 490.15

Collatio bonorum.

Ius Collationis vnde ſit. 792.4
Collationi inter quos ſit locus. 823.5
Collatio quorum bonorum ſit. 780.9
Collatio ad quæ pertineat & cur introducta. 771.15
De Collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt interpretum placita 789.1
De Collationibus quàm multiplex ius inductum fuerit. 785.1.& ſeqq.
Cur inter emancipatos eſſet Collatio. 783.4
De Collatione peculij profectitij diſputatio cum Bart. 813.1.& ſeqq.
De Collatione profectitiorum ſententia Bartoli & eius confutatio. 808.1 & ſeqq.
De Collatione aduentitiorum. 828.1.& ſeqq.
Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de dotis Collatione. 781.1
De Collatione dotis aduentitiæ filiæ emancipatæ datæ diſputatio autoris cum Cuiacio & aliis. 829.8
Donationis ante nuptias Collationem Leonis conſtitutione primùm inductam eſſe. 786.1
An quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos donauit collationis oneri ſubiiciatur. 770.1.& ſeqq.
De Collatione ſimplicis donationis emancipato factæ ſententia Bartoli, & eius confutatio. 814.5.& ſeqq.
Quæſtio de collatione dignitatis à patre filio comparatæ. 809.6
De Collatione feudi & emphyteuſeos quæ quis comparauit ex pecunia ſua pro ſe & aliis ſuis ſententia Bartoli, 810.1. & eiuſdem examen. ibid.n.2.& ſeqq.
Quando conferenda ſit pecunia quam pater filioſ. ſubminiſtrauit ſtudiorum cauſa 805.8.9 & ſeqq.
An ſit conferendum id quod filiusfamilias induſtria ſua quæſiit ex pecunia patris. 807.1

Compenſatio.

Actionis & Compenſationis differentia. 400.9
Compenſantur multa quæ peti non poſſunt. ibid.8

Condemnatio.

Condemnatio non facit vt condemnati bona obligata intelligantur, priuſquàm in executione iudicati pignora capta ſint. P3.n19

Condictio.

In Condictione furtiua an litem iurari poſſit. 225.1.& ſeq.
Omnes Condictiones ſunt in perſonam, non in rem. 84.27
His ſolis Condicenda eſt pecunia quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit. 16.19
Condictio triticaria quàm latè pateat 118.1.& ſeq an ſit actio bonæ fidei. ibid
Condictio ex l.2.C de reſcind. vend. ad quid præcisè detur 82.16
Si tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere mihi licet. 5.12
Condictio nihil eſt. 541.9. conditionalis ſtipulatio eſt ante impletam conditionem. ibid.
Condictio cui detur. 979.5
Diſcrimen inter condictionem & vindicationem. 910.5
Quatenus incerti condictio detur ad condicendum fideicommiſſum. 407.11
Condictio ei qui mortis cauſa donauit cur & quando competat. 781.15
Condictio indebiti eſt ex æquitate naturali. 403.3

Conditio.

Conditio nihil aliud eſt, quam priuatio puritatis, & ſuſpenſio actus. 379.2 nihil eſt. ibid.
Conditionum propria natura. 419.3
Conditionis natura. 435.25
Conditionum natura. 069.12
Conditio efficit, vt actus conditionalis, quandiu conditio pendet pro nullo ſit. 3.92
Conditione quandoque exiſtente pro eo habetur actus ac ſi ab initio purus fuiſſet. ibid.2
In Conditionibus non ius ſed factum verſatur. 414.12
Conditionum quæ in futurum conferuntur triplex eſt natura. 391.27
Conditio in ſignificato proprio debet impleri. 457.8
Omnes Conditiones implendæ, in forma ſpecifica 387.4. ſemel defecta conditione diſpoſitio conditionalis corruit. 389.5
Plus poteſt conditionis figura expreſſa quam tacita. 689.6
Maior eſt poteſtate conditionis cuius figura expreſſa eſt, quàm quæ figuram conditionis non habet. 384.7
Conditio ad actum neceſſaria non poteſt per æquipollens adimpleri, contra pragmaticos 619.12
Quædam ſunt conditiones quæ etiam cùm expreſſæ ſunt non faciunt actum conditionalem quia tacitè inſunt. 758.19
Conditio quæ ſemel extitit nunquam poteſt amplius deficere; nec quæ ſemel defecit poteſt vnquam exiſtere niſi, concepta ſit per verba extenſiua. 434.7
Conditio facilè retrotrahitur. 410.8
In conditionibus interpretandis mens eius qui conditionem adſcripſit eſt inſpicienda. 431.17
In conditionibus teſtatoris voluntas primum locum quomodo obtineat. 539.6
In conditionibus interpretandis voluntas teſtatoris primum locum obtinet. 581.3
Voluntas teſtatoris maximè ſequenda eſt in conditionibus interpretandis. 459.10
Nulla eſt conditio magis poteſtatiua quàm hæc, ſi voluerit. 579.13
Conditiones poteſtatiuæ faciunt ſuos heredes ex neceſſariis voluntarios. ibid.12
Conditio ſemper præcedit diſpoſitionem. 393.10
An liberi poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione. 379.1
A conditionis natura abhorret vt diſponat. 381.1.& 6
Ex conditione non debet induci diſpoſitio. 380.15
Conditionum verba quando diſponant ex ſententia Bartoli 381.10
Liberi poſſunt pluribus modis in conditione quàm in diſpoſitione. 456.16
Conditio vulgaris ſubſtitutionis ſi inſtitutus heres non erit, quando exiſtat. 399.36
Fideicommiſſorum frequentiſſima conditio ſi ſine liberis deceſſerit. 379.8
Quæ conditionis implendæ cauſa dantur in falcidiam cur non imputentur 381.5
Quod ſub conditione vni datur, vbi ademptum eſt ſub contraria alteri datum non neceſſario intelligitur. 394.13
tacita conditio in fide commiſſis nunquam inducenda eſt, 393.13
Conditio ad extraneum ſubſtitutum pertinens non debet referri ad liberos inſtituti heredis 394.10
De poteſtate illius conditionis SI HERES NON ERIT nõ vulgari ſubſtitutione

Index Rerum

ſubſtitutione ſuo heredi facta. p.581.n.1
Verba conditionalia nihil diſponere in legibus maximè verum, iis præſertim per quas ſucceſſio defertur. 445.21
A filio, vel ſeruo impleta conditio non facit hoc ipſo heredem patrem ſeu dominum. 553.6
Poſitus in conditione quando plus habeat iuris quam poſitus in diſpoſitione. 456.19
A poſitis in conditione ad poſitos in diſpoſitione aut contrà quatenus ratiocinatio procedat. 459.9
Conditio NON EXTANTIBVS MASCVLIS poteſt adhuc exiſtere, licet maſculi adierint, ſecus conditio NON EXTANTIS. 455.15
Conditionum naturæ quæ. 141.11
Diſcrimen inter Conditiones merè caſuales, mixtas & poteſtatiuas. 277.5
Conditionis & conuentionis differentia. 296.8
Error Pragmaticorum de Conditionibus retrotrahendis. 121.5

Conductio, Conductor.

Conductio non aufert dominium locatori. 3.35
Conductor fructus fundi locati qua ratione ſuos faciat. ibid.
An teneatur Conductor rem conductam reſtituere, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit. 68.1.& ſeqq.
Singularis ſucceſſor an poſſit expellere Conductorem. 334. 1.& ſeqq.
Eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius Conductoris potior cauſſa eſſe debeat. 335.1. & ſeqq.
An locator ante finitum locationis tempus poſſit expellere Conductorem. 333.1. & ſeqq.

Confeſſio.

Confeſſionem nunquam ſcindi poſſe, an ſit vniuerſalis propoſitio. 29.6

Coniectura.

Ex quibus coniecturis volunt Dd transmitti fideicommiſſum conditionale. 541.1.& 544. 1.& ſeqq.
Ex quibus coniecturis velint quidam colligi liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poſitos eſſe. 381.20

Coniunctio, coniuncti.

Coniunctionis nomen quam ſit æquiuocum apud ICtos, cùm coniunctim legari aut inſtitui dicunt. 1023.5
Quotuplex ſit coniunctio. 1009. 1. re tantùm coniuncti qui ibid.n.2. verbis tantùm coniuncti qui 3. qui ſint re & verbis coniuncti 4. qui ad eundem fundum vocati ſunt pro inæqualibus portionibus verbis tantùm coniuncti dici non poſſunt, contra interpretes. ibid. 5. verbalis coniunctio PER DICTIONEM aduerſatiuam autem vel vero fieri non poteſt contra Bart. & alios ibid. 6. vnde ſit vt ex alternatiua fiat coniunctio. ibid.7
De vi coniunctionis verbalis & realis. 1035.7
Conuenientia verbalis coniunctionis cum reali, & inter eaſdem differentia. 1019.10
Omnes qui ex æquis partibus vocantur coniuncti verbis cenſeri non debent, niſi vna eademque oratione vocentur. 1014.3
In iure adcreſcendi inter coheredes coniuncti ſunt præferendi diſiunctis. 1007 7
Quando heredes pro coniunctis habeantur quod ad ius prælationis attinet. ibid.8
De iure adcreſcendi inter verbis tantum coniunctos. 1010. 1.& ſeqq.

Conſtituere, conſtitutum.

Duo facit qui conſtituit ſe alieno nomine poſſidere. 975.18
Vtrum clauſula conſtituti tranſeat in heredem. ibid 7
Error notariorum in clauſulæ Conſtituti conceptione 51.1
Quatenus proſit clauſula Conſtituti ad transferendam poſſeſſionem. 50.5
Clauſula Conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur. 2.6
Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem. 55.7
Perinde transfertur poſſeſſio per Conſtitutum atque per traditionem. 112.8
Clauſula Conſtituti non poteſt facere vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat. 67.3
An per Clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiratur creditori etiam futurorum poſſeſſio. 49 3
Modus tranferendæ poſſeſſionis per clauſulam Conſtituti, licet fictitius veram & realem eámque naturalem poſſeſſionem transfert. 44 3

Conſtitutio.

Conſtitutiones Iuſtiniani à iuris ratione ſemper abhorrent quoties abhorrent à iure Pand. p. 849.n.21

Conſuetudo.

Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt. 57 11.

Contractus.

Is demum dolus facit Contractum bonæ fidei ipſo iure nullum qui dedit cauſam cõtractui, non qui incidit in cõtractũ. 12.15
Contrahentibus licèt naturali ratione, vt ſe in pretio decipiant ibid. 6
Diſtinctio Contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris vnde ſit. 210.9
Contractus nullus agendo reſcinditur, niſi per in integrum reſtitutionem. 84.18
Bonæ fidei an ſint Contractus omnes. 104.1. & ſeq.
Licet contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & quidem naturaliter. 88. 9
Ex Contractibus bonæ fidei quomodo fructus debeantur, quomodo & vſuræ. 130. 5
Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur. 170. 5.
Contractum emptionis pro ſimulato quando habeant pragmatici. 231. 7
Quid iuris ſit quando Contractus eſt fœneratitius. 114.9
Conſtitutionem, l.2. C. de reſc.vend. ineptè produci ad omnes contractus. 105.10
In Contractibus illud eſt perpetuum propoſitum, in mente retentum nihil operatur. 2.11
Differentia inter Contractus bonæ fidei & ſtricti iuris ratione pactorum quæ ipſis in continenti adiiciuntur. 316.3
An omnes contractus ſint bonæ fidei. 104.1. & ſeqq.2
Differentia inter bonæ fidei contractus & ſtricti iuris. 105.n.3
Contractus vnde dicatur. 431.4
nullus Contractus eſſe poteſt ſine conſenſu altero tacito duorum. 892.21
Scriptura in Contractib. cur adhibeatur. 692.13
In contractibus bonæ fidei, pleniores & fauorabiliores fiunt interpretationes. 459.6
In contractib. etiam ſtricti iuris locus eſt iuſtæ interpretationi. ibid.6
Ex contractu nominato condictio ob cauſam non datur contra Baldum. 932 18
Ex contractu nominato quænam actio competat. 931.13
In Contractibus nominatis locus non eſt pœnitentiæ 1035. 20 21
In Cõtractibus innominatis pœnitentiæ locus eſt, & cur. 990 1
In cõtractibus innominatis quatenus ſit locus pœnitẽtiæ. 934.6
Contractus do vt des quando ſit. 991.8
Contractus dotis qualis. ibid 7
In Contractibus fieri poteſt ſubſtitutio conuentionalis. 417.12
An contractus in teſtamento fieri poſſit. 813.17.& ſeqq.
Contractuales heredes apud Gallos frequentes. 5010
Contractus prohibitos iuſiurandum apud Gallos non validat. ibid 8

Contumax. Contumacia.

Contumax habetur pro confeſſo. 78. 5. & perinde ac confeſſus condemnari poteſt & debet. ibid.
Sententia per Contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori. ibid. 4

Conuentio.

Generales Conuentiones vnde interpretandæ. 2.12

Creditor.

Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet, quædam verò ſpecialiter non poteſt generalem hypothecam priùs perſequi, quàm ſpecialis excuſſionem fecerit. 66 1.
Quæ ſolemnitas iuris ſeruanda ſit à Creditore diſtrahente pignus. 13 3
Creditor an teneatur de euictione pignoris. 16.9.10
Poſterior Creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet. 7 7
Non poteſt Creditor poſterior vendere pignus, licet debitor poſſit, & cur. ibid.8
Ex Iuſtiniani conſtitutionibus Creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur. 8. 12
Cùm debitor gratuita pecunia vtitur poteſt Creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad legitimum vſque modum vſuras retinere. 109.1. quod dubium hîc occurrat. ibid n.2
Inter hypothecarios Creditores ordo tẽporis nõ cõtracti debiti, ſed

Digitized by Google

ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur, p.19.n.7
Inter Creditores hypothecarios locum & ordinem quando obtineat chirographarij. 8.10
Creditor pignus poſſidens non aliter conueniri poteſt à poſter. creditoribus quàm ſi quicquid ei debetur, offerebatur. 7.1
Creditor hypothecarius quomodo agere poſſit aduerſus debitorem debitoris. 62.2
An Creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere. 55.1.& ſeqq.
De ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium. 63.1.& ſeqq.
Nulla ratione cauere poteſt Creditor ne exceptione ordinis repelli poſſit. 58.5
Creditor hypothecarius pendente diſcuſſionis inſtantia poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti 52.1
Iurium excuſſionem Creditor facere an & quando compellatur. 58 7.& ſeqq.
Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente diſcuſſionis inſtantia. 52 1
Differentia inter Creditores chirographarios & hypothecarios 1.4
Quam parum cautè faciant ij Creditores qui ad generalem bonorum debitoris obligationem adiiciunt ſpecialem. 67.1
Creditor quando poſſit rem pigneratam emere 9.4
Creditor hypothecarius vt differat à pignoratitio. 111.5
Creditor hypothecarius quid in libello petere debeat. ibid.6
Inter chirographarios Creditores nullus eſt ordo, at inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur. 8.15 16
Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multo pluris ſit pignus quam quod debetur ibid.9. & ſeqq.
Quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori. 7.3
Creditores nullam habent iuſtam cauſam conquerendi aduerſus debitorem qui delatam ſibi hereditatem, adire noluit. 199.13
Qui Creditores condemnati præferantur fiſco. 943.3
An Creditores agentes contra ſuum heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem niſi probet filius ſe abſtinuiſſe 560.1
Creditor à debitore ſuo etiam cui nihil relinquat fideicommiſſum vtile relinquere poteſt. 390.18

Cuiacius.

Cuiacij ſententia reiecta, quæ autori quondam probata fuerat. 33.12
Error Cuiacij omnia pacta nuda eſſe mordicus defendentis. 5.10

Curator.

Curator bonis quandoque datur. 22. 16. non tamen iis quæ dominum habent præſentem. ibid.17
Curator cur detur. 35.5
Suo herede ſe abſtinente an Curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit 34 1 & ſeqq.
Quandiu deliberat heres extraneus non datur Curator hereditati vt iacenti. ibid.5
Cur nullo iuris loco tractetur de Curatore hereditati tanquam iacenti dando ibid 1
An quilibet Curator confirmandus ſit 41.12
Curator furioſi poteſt delatam furioſo hereditatem adire. 369
An filiofam Curator quandoque dari poſſit 71 1.& ſeqq.
An Curator dari poſſit hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 19.1 & ſeqq.
An quo caſu heres eſt defuncti creditor debeat dari Curator hereditati 20 8
Curator minorem obligare nequit 351.17
An poſſit prorogare tempus retrouenditionis. 350 1.& ſeqq.
Curator vt differat à tutore. 961.6
Sola adminiſtratio bonorum adulti curatori demandata intelligitur. ibid.5

D.

Debitum. Debere.

Quando quod in diem Debetur certum, ante diem ſolui non poſſit. 440.20
Differentia eius quod Debetur in diem certum ab eo quod in diem incertum vel ſub conditione. 419.19
An verum indiſtinctè illud, quod in diem Debetur, ante Diem ſolui poteſt. 263.6
Debiti remiſſio vnde præſumatur. 5.21
Differentia inter Debitum ex teſtamento & debitum ex contractu. 132.9

Debitor.

Debitor an teneatur de euictione pignoris. p.16.n.11.& ſeqq.
Valet iure ciuili obligatio omnium bonorum Debitoris, & præſentium & futurorum. 49.1
De excuſſione Debitoris vſque ad peram & ſacculum. 59. 11. & ſeqq.
Debitoris bona tacito pignoris iure creditori obligata vulgò cenſentur, etiam ſi de pignore non conuenerit. 2.1. ſed erroneè. ibid.n 3

Decennium.

Lapſus decennii prodeſſe poteſt ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento adhibitæ. 727.12

Decretum.

Decretum nullum in eo verſatur vbi nulla cauſſæ cognitio eſt 124 12
Decretum & decernere quid Ictis 123.1
Decretum primum quoddam dicatur pragmaticis. ibid.1. quoddam ſecundum. ibid.n.2.& 124.7
Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, ſeu oppoſitione reſoluuntur in ſimplicem orationem. 123.5
Duplicis Decreti quando meminerint Icti. 124.8.& 125.13

Delatio hereditatis.

Delatio hereditatis præcedit acquiſitionem nec ab ea pendet. 431.9
Delatio & acquiſitio hereditatis quomodo different. 419.7
Delatio hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet. 419.4 delatio hereditatis teſtamentariæ pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt. ibid.2
Ex quibus cauſis fiat vt Delatio hereditatis legitimæ aliquando maneat in ſuſpenſo. 420.11
Delatio hereditatis per pactum impediri non poteſt, acquiſitio poteſt. 429.8

Ius Deliberandi.

Ius Deliberandi pertinet tantùm ad heredes extraneos. 635.4
Iuris Deliberandi & abſtinendi diſcrimina. ibid.7
Ius Deliberandi intra quod tempus & ad quod tranſmittatur. 399.40
Edictum de iure deliberandi cur introductum. 40. 23. vt differat ab edicto ſucceſſorio. ibid.24

Demonſtratio.

Falſa Demonſtratio in teſtamento vitiare non ſolet ea quibus adiungitur 668 3
Inter falſam Demonſtrationem & falſam conditionem multum intereſt. 669 12

Deportatus.

Deportatus nullo caſu ſuccedit niſi reſtituatur in integrum viuo patre. 506.22

Depoſitum.

Depoſitum re contrahitur. 5.11 eſt bonæ fidei. ibid.
Actio Depoſiti non habet priuilegium prælationis niſi poſt dotem. 17.9
Re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum an ſit ad inſtantiam diſcuſſionis remittendus. 18 10
An agens Depoſiti depoſitario defuncto, & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſſionis generalis inſtantiam. 17.1. & ſeqq.
Re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum, an ſit [illegible] inſtantiam diſcuſſionis remittendus. 18.10

Derogatoria clauſula.

An Derogatoria clauſula in teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit. 683.1
Clauſula Derogatoria poſterioris teſtamenti vim & validitatem impediri eſt interpretum ſomnium. 683.11

Didacus Couarruuias.

Didacus Couarruuias Ictus pereruditus. 387.3. perperam cenſet in directa inſtitutione verba conditionalia quandoque diſponere. ibid.

Dies.

Differentia eius quod debetur in Diem certum ab eo quod in diem in certum vel ſub conditione. 442.9
Quando quod in Diem certum debetur ante diem ſolui non poſſit

Digitized by Google

poſſit. ibid. 20
Dies incertus pro conditione habetur. 525. 20
Quæ debentur in Diem certum eorum dies ſtatim cedit, ſecus ſi in diem incertum. 406.19
Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiecta cenſeatur. 212.5
Inter certam & incertam Diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ. 213.1

Dignitas.

An Dignitas conferri debeat. 809.6.& ſeqq.

Diſcuſſio.

Diſcuſſionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat. 17.5
Pendente diſcuſſionis generalis inſtantia an & quando adiudicationibus prouiſionalibus locus ſit. 42. 1. & ſeqq.

Diſpoſitio.

Diſpoſitio nunquam inducitur ſine verbis diſpoſitionis. 389.14
Licet per interpretationem verborum quandoque inducatur in alium caſum aut ſenſum, quàm in quem diſpoſitum fuit. ibid.
An Diſpoſitio patris inter liberos quæ ſit imperfecta ratione voluntatis ſeruanda ſit. 646.8
Verba enuntiatiua an Diſponant fauore liberorum. 389.11
An liberi poſiti in conditione ſint etiam in Diſpoſitione. 379 1
A poſitis in conditione ad poſitos in Diſpoſitione, aut contrà quatenus ratiocinatio procedat. 460. 9
Minus eſt poſitum eſſe in conditione quàm in Diſpoſitione. 455. 16
Diſpoſitionem inter liberos in qua pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm inſtitutionis, non valere cur velint interpretes plerique. 674. 1

Diuiſio.

Diuiſionis faciendæ modus quotuplex. 92. 1. & ſeqq. læſione interueniente in diuiſione cum frater minor natu eligit an detur reſtitutio in integrum. ibid. num. 3. & ſeqq.
Si Diuiſio facta ſit per ſortem an ſuccurratur læſo. 93.10
Impetrata reſtitutione aduerſus diuiſionem an ſuppletio fieri poſſit in pecunia. 95.1. & ſeqq.
Non eadem fuit olim Diuiſionis & emptionis ratio. 91. 23. ſi vis vel dolus interuenerit in diuiſione reſtitutio in integrum competet, ſicut etiam ex capite minoris ætatis. ibid. 24. nulla intercedente vi aut dolo ex cauſſa ſolius læſionis iure Pandectarum non reſcinditur diuiſio. ibid. 25
Minoribus aduerſus Diuiſionem nonniſi cauſſa cognita datur reſtitutio. ibid. 26
Diuiſionis & venditionis conuenientia. 96 4
Diuiſio & venditio vt differant in probanda læſione. ibid. 1. & ſeqq.
Diuiſio emptionis & permutationis vicem obtinet. 89.1
Cur minoribus læſis in Diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum. 83.10
In contractu Diuiſionis quando læſio per dolum interuenit, quomodo læſo ſuccurratur. 88 11
Facta Bonorum Diuiſione nullum familiæ erciſcundæ iudicium ſupereſt. 97.6

Doctor.

Doctores intelligendi ſecundum leges quas citant. 459.3

Dolus.

In Dolo eſt nedum in culpa, qui in ſolo quod alienum eſſe nouit temerè ædificat. 400.4
Exceptio Doli cur inducta. ibid. 5
Doli exceptio vt & alia quælibet non alij accommodatur quàm poſſidenti. 389.16
Doli exceptio eſt ſubſidiaria exceptioni doli. 615. 8
Exceptio Doli facilè inducitur ex quocumque indicio voluntatis. 389. 15. & cur.
Doli exceptio quando detur heredi legitimo aduerſus heredem teſtamentarium. 763.4
Exceptio Doli aduerſus dominum ſoli ædificium vindicantem domino materiæ competit, ſi hic fuerit bonæ fidei poſſeſſor, nec ille impendia in ædificium facta offerat. 400 3
Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque. 14.4
Doli exceptio an faciat iudicium bonæ fidei, quod antea erat ſtrictum. 106.1. & ſeqq.
Dolus emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimatur. 90. 13
Dolus in re non dat cauſam contractui, nec facere poteſt vt contractus ab initio non valeat. 12.10
Dolus qui in pretij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum non dare cauſam contractui. 13. 22
Dolo interueniente in emptione venditione, ſuccurritur læſo. 100. 6.
Quis Dolus dicatur dare cauſam contractui, quis verò incidere in contractum, & inducere reſtitutionem. 12.16
Is demum Dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum. ibid. 15
Læſio quantumuis immodica nihil commune habet cum cauſa Doli, aliiſque remediis dolus aliis læſio vindicatur. ibid. 5
Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretij æſtimatur. ibid. 7
Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex propoſito. 14.5
Doli diſtinctio in verum & præſumptum qualis. 13.18
Doli replicationes bonæ fidei iudiciis an inſint. 106.1. & ſeqq.
Actio de Dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt. 106 1
Actio de Dolo in perſonam eſt & infamiam irrogat, ideóque nec inter quoſlibet competit. 13.24
Actio de Dolo ab exceptione doli, & actione quod metus cauſa vt differat. 14.6

Dominus, Dominium.

Quo ſenſu dicatur conſolidari Dominium vtile cum directo. 19 8.
Caſus quo is qui non eſt dominus dominium nihilominus transferre poteſt. 9. 2
Quæ traditio transferat Dominium. 198.3
Eiuſdem rei plures in ſolidum Domini eſſe non poſſunt. 410. 15
Eiuſdem rei duo Domini eſſe poſſunt, vnus bonitarius, alius Quiritiarius at eodem dominij genere eſſe non poſſunt. 577. 17.
Dominus iure veteri non poterat ſine ſeruo hereditatem ſeruo delatam ſibi acquirere. 398.25
Modi acquirendi Dominij iure Quiritium qui. 909.11
Vt Dominium acquiratur quid ſit neceſſarium. 971.9
Quando Dominium non poſſit transferri niſi per traditionem. 980. 11.
Dominij bonitarij & Quiritiarij differentia. 821. 11. 909 10
Dominij diſtinctio in directum & vtile interpretum commentum. 423.10
Dominium eo caſu quo ex donatione aut alio contractu transfertur, nonniſi per traditionem transfertur. 942 7
Dominium bonitarium acquiri poteſt etiam per traditionem legis authoritate deſtitutam. 821. 10
Dominium non magis per ſtipulationem acquiri poteſt, quàm per nudum pactum. 822. 14
Dominium rei donatæ filiofam. quomodo ad ipſum mortuo patre donatore transferatur. 815. 6
Ex donatione inter virum & vxorem morte confirmata Dominium quomodo transferatur. ibid. 7

Donare, Donatio

Donari id dicitur quod nullo iure cogente conceditur. 895. 10
Donatio etiam de legato & fideicommiſſo dicitur. 891 15
Donationis nomen etiam dotem complectitur. 786.3
An & qualis contractus ſit Donatio. 919. 1. & ſeqq.
Animus Donandi præſumitur in eo qui impendit in rem alienam quam non poſſidet. 405.15
Donationem non eſſe actum ſolemni aduerſus interpretes. 840. 8.
Sitne vērum illud Cuiacij. Donationem iure veteri conuentionem non fuiſſe, ſed adquiſitionem, iure verò nouo eſſe conuentionem, non adquiſitionem. 898. 15
Expenditur ſententia Cuiacij dicentis Donationem olim fuiſſe acquiſitionem, non conuentionem: hodie verò contrà. 931 8
Donatio non eſt appellanda niſi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu. 833.10
Ex Donatione nec obligatio vlla naſcitur, nec actio. 930 5
Omnis Donatio perficitur aut traditione aut ſtipulatione. 833. 6.
Differentia inter donationem & fideicommiſſum. 851. 9
Inter Donationem & legatum conuenientiæ quædam & differentiæ. 966. 4
Donationes ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa ſi ab initio valuerint, nulla confirmatione indigent. 941. 2
In Donatione quando neceſſaria non ſit traditio. 817.4
Qui ſciens in alienam rem impendit Donare dicitur. 401. 15
Donatio rei alienæ non valet. 856.11
Donationum quæ per ſtipulationem fiunt proprium eſt vt ex iis præſtatio in aliud tempus conferri poſſit. 419.7
Donatio hereditatis an valeat. 994.3
An hereditas poſſit Donari. 998.2.& ſeqq.
Donatio ſimplex an conferatur. 778.1 & ſeqq.
Donatio ſimplex cur non conferatur. 812.2

Digitized by Google

Bartolus vult ſimplicem Donationem à patre filiofam. factam conferri cum pater inter donandum illud dicit. 823.1
Donationes in filiosfam à patribus collatæ cur olim non conferrentur. ibid. 2. eas nec hodie conferri contra Fachineum. ibid. n. 3
Quando valere Donationem in abſentem collatam, ſtatuunt interpretes. 971.1. & ſeqq.
Cùm Donatio per ſtipulationem fit, non ideo tamen res ad donatarium peruenit, ſed penes donantem remanet quo vſque ex ſtipulatione exigatur 943.8
Vbi Donatio fit per ſtipulationem contractus eſt ſtipulationis non, donationis. 930 6
Qui ſupremum iudicium defuncti accuſat, non ideò omittit Donationes ſibi factas ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 834.16
An in continenti poſt perfectam Donationem conditionem inuito donatario poſſit donator apponere. 992. 1. & ſeqq.
Donatio quandiu perfecta non eſt poteſt conditiones recipere pro arbitrio donatoris. 982.3
Facta Donatione per traditionem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, nulla cauſa ſubeſt propter quam Donatario contra donantem actio competat. 930.7
Olim Donatio non aliter fieri poterat, quàm interueniente traditione vel ſtipulatione. 891.6
Donatio acceptata à donatario abſente valet quidem hodie, ſed inutilis eſt acceptatio. 989 5
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos an valeat. 993.1. & ſeqq.
An Donatio peculij caſtrenſis valeat ſine conſenſu patris. 851.1 & ſeqq.
Diſcrimen inter Donationem aduentitiorum, & donationem caſtrenſium. 857.13
Donatio remuneratoria an ſit vera donatio. 805.10
An Donatio collata in abſentem donatarium qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem poſſit à donatarij herede per ratihabitionem acceptari. 974.1. & ſeqq.
Donatio propter nuptias eſt donatio ob cauſam. 796 1
Donationis propter nuptias & dotis diſcrimen. 808.3
Donatio filiofam. facta fauore matrimonij eſt inualida 799.9. de huiuſmodi donatione errores interpretum. ibidem num. 10
Donationes in filiosfam. collatæ fauore matrimonij an ſint validæ. 801.5
Donationis ante nuptias collationem Leonis conſtitutione primùm inductam eſſe. 786.1
Vera differentia inter Donationem propter nuptias & donationem fauore matrimonij filio factam. 797 7
Donatio facta per ſtipulationem inutilem eſt inutilis. 970.6
De validitate Donationis factæ filiof. fauore matrimonij ſententia interpretum. 799.1
Donationis propter nuptias & dotis conuenientia & differentia. 748 6
Inter traditionem rei Donatæ & ſtipulationem differentia. 836.6
De Donatione quæ non valet fruſtra quæritur an conferri debeat. 804.12
Quæ Donatio propter nuptias conferatur, aut non conferatur. 794.10.
Donationem factam fauore matrimonij filiis etiam in poteſtate retentis perperam confundi à pragmaticis cum donatione propter nuptias. ibid. 1
Donationem factam filiofam. fauore matrimonij eſſe inualidam aduerſus pragmaticos 795. 2. non confirmari morte patris ibid. 4
Differentia inter dotem & Donationem propter nuptias. 793.5
Donationem factam fauore matrimonij non eſſe ſimplicem, aduerſus interpretes. 796.2
Donatio à patre in filiumfamil. collata nullo caſu valet. 814.1
An quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos Donauit collationis oneri ſubijciatur. 769. 1. & ſeqq.
Donatio in filiumfamil. collata poteſt viuo adhuc patre confirmari, confertur que ad modum donationis emancipatis factæ. 814.2
Donatio ante nuptias doti ſimilis eſt, & dotis exemplo conferenda. 792.2
Quibus caſibus dos conferenda eſt. Donatio quoque ante nuptias conferri debet. 787 6
Iure veteri Donatio ante nuptias non conferebatur, niſi pater id expreſſim iuſſiſſet. 794 8
Donationem propter nuptias cur conferri voluerint Imperat. Leo & Iuſtinianus. 793.6
Hodie ſi interpretibus fides, etiam nudo pacto poteſt fieri Donatio tam mortis cauſa, quàm inter viuos ex Iuſtiniani conſtitutione. 891.12
De iure inſinuationis Donationum. 906.9
Donationum inſinuatio cur introducta. 858.5
Vtrum donator poſſit ante abſentis donatarij ratihabitionem donationem ſuo arbitrio reuocare. 969.1. & ſeqq.
Donatio ſimplex an conferatur. 772.1 & ſeqq.
Donatio ſimplex non eſt contractus, donatio verò facta ob cauſam eſt contractus, innominatus. 933.1
Donatio ſimplex & abſoluta illa eſt quæ mortis cauſa 915.8
Non magis ex cauſa dotis quàm alia poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiumfam. 770.7
An donatio facta filiofam. propter bene merita valeat. 802.2. & ſeqq.
Donatio facta filiofam. à patre fauore ſtudiorum ex interpretum ſententia valet, eaque nec eſt conferenda, nec eſt in quartam imputanda.
Donatio quam pater in filium confert propter bene merita eſt ſimplex non ob cauſam. 803 8
Donatio à patre collata in filiumfam propter bene merita ab initio non valet, ſed morte tantùm patris confirmatur ſi non fuerit reuocata. ibid. 10
Cùm pater filio dignitatem comparat cur valeat huiuſmodi Donatio, 812 7
Licet donatio morte confirmata cenſeatur vltimæ voluntatis, non ideo tamen cenſetur iure legatorum. 814 4
Inutilis eſt ea donatio quam pater iuſſit conferri, vel in quartam imputari. 824 6
Deterioris olim fuiſſe conditionis Donationem inter viuos factam filiæf. ex cauſa dotis, quàm cæteras. 787.1
Donatio filio ab alio quàm patre facta, valet quidem, non tamen cedit in commodum filij, ſed vtilitatem patris, cui per filiumfam. acquiritur. 772.5
An morte filiifam. confirmetur donatio in patrem per ipſum collata. 843 & ſeq. 6. 7.
Donationem inter patrem & filiam ex cauſa dotis olim non valuiſſe aduerſus interpretes. 789.4
Donatio à patre in filiumfa. collata etiam hodie non tam eſt donatio, quam donationis deſtinatio. 776.11
Licèt Donationes in filiosf. collatæ hodie retrotrahantur, non tamen videri debent inter viuos. ibid 7. 9. vtve ſint inſinuatæ. ibid. 10
Donationes à patribus in filiosfam. collatæ nec capiuntur iure donationum inter viuos, nec iure legatorum. 817. 9. differunt & à donationibus inter viuos & ab vltimis voluntatibus & à donationibus inter virum & vxorem. ibidem num 10
Donationem ſimplicem morte patris confirmatam non quæri filiofam. niſi poſt mortem patris quomodo verum aduerſus Bart. 822.1
Quod pater filio Donat ea lege vt conferatur, vel in quartam imputetur, donatario vt præcipuum non eſt ab arbitro adiudicandum 823.3
Valet Donatio filij, ſi donationem factam patre ignorante ſequatur patris ratihabitio viuo adhuc filio. 841.11
Ex Donatione quæ patris morte confirmata eſt dominium filio non acquiritur, nedum vſucapienda occaſio. 817.8
Simplices donationes à parentibus in liberos collatæ quantumuis morte confirmatæ iure vltimarum voluntatum cenſeri non poſſunt. 824.2
Donatio facta filio à patre inter viuos nullius planè eſt momenti propter vinculum patriæ poteſtatis. 772.3
Cùm Donatio eſt inualida nullus eſt locus quæſtioni de collatione donationis. 780.10
Rem profectitij peculij filiusf. donare non poteſt, 840. 2. exceptiones. ibid.
An donatio in Eccleſiam collata reuocari poſſit. 988.3
Donatio facta Eccleſiæ ſub modo nunquam poteſt reuocari ipſo iure ob non impletum modum. 980.6
Donatio facta patri per filium neque inter viuos, neque mortis cauſa valere poteſt, & cur. 841.13
Donatore ante abſentis donatarij ratihabitionem decedente, an poſſit nihilominus donatarius ratam habere donationem. 972, 2. & ſeqq.
Cur non valeat hodie bonorum aduentitiorum à filiofa. facta mortis cauſa donatio. 856 9
Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de reuocatione donationis. 967.8
Aduerſus promittentem ſe donaturum an aliqua actio competat, 897. & ſeq. n 12. & 13
Quæſtioni de donatione à filiofam in patrem collata quando locus eſſe cœperit. 840 1
An filiusfamilias aduenticia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine conſenſu patris. 846.1. & 3
Donationes inter virum & vxorem quæ improbatæ. 905.4
Quænam donationes inter coniuges valeant. 818.2
Donationes factæ inter virum & vxorem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa nonniſi ad inſtar vltimæ voluntatis capi vi-

dentur. p.943.n.4
Donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum diſpoſitionem non reuocantur, per ſpecialem duntaxat, ſed de re donata diſpoſitionem. 957.6
Donationes inter coniuges licet iure legatorum capiantur, ab inteſtato tamen valent. 821.11. adeóque etiamſi donator decedat ſine herede. 821.11
Ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem poterat olim ſufficere, quod donator rem donatam pignori obligaſſet. 956.3.4
Donationes inter coniuges morte confirmatæ ex oratione Seueri vim habent legatorum magis quàm fideicommiſſorum. 811.9
Diſtinctio Papiniani in quæſtione, quæ donatio inter coniuges morte confirmetur interpretibus probata. 810.1
An donatio inter coniuges mortis cauſa ita facta vt ſtatim dominium transferatur, & excedens 500. ſolidos egeat inſinuatione. 968.8.& 10
Res donata coniugi vbi donatio morte confirmata eſt quomodo donatario acquiratur. 819 8
Valet inter coniuges donatio quæ fit cauſa diuortij ſub ipſo diuortij tempore 939. 5. item quæ fit in caſum exilij. ibid 6
Valet & donatio quæ fit manumiſſionis cauſa. ibid.7
Quæ donationes cauſa mortis legatis æquiparentur. 903.1
Diſcrimen inter donationem cauſa mortis per traditionem factam, & legatum ratione reuocationis. 954 17
Vt reuocetur donatio cauſa mortis per traditionem facta quid exigatur. ibid 19
Donatio mortis cauſa à coniuge facta ab aliis donat. mortis cauſa vt differat. 776.14
An vel minimo voluntatis indicio reuocentur donationes cauſa mortis inter coniuges factæ, vt ſtatuunt interpretes. 955.1
Quæ concurrere debeant vt ſit donatio cauſa mortis. 914.4
Differentia ratione reuocationis inter donationes inter viuos coniuges factas & donationes cauſa mortis. 957.10
Quo ſenſu donatio à moriente fieri dicatur. 919.5
Quæ donationes cauſa mortis comparandæ ſint legatis. 1002.11
Donationem cauſa mortis vniuerſitatis bonorum præſentium & futurorum inutilem eſſe aduerſus interpretes. 1000,11
Donatio mortis cauſa inter coniuges facta, morte ſecuta ad id tempus quo facta eſt reducitur. 948.1
Diſcrimen inter Donationes cauſa mortis & donationes inter viuos, quæ fiunt inter coniuges. 955.4
Donatio ita poteſt fieri vt poſt mortem donatarij vel poſt certum tempus id quod donatum eſt reſtituatur. 977 1
Vtrum in mortis cauſa Donationibus locus ſit iuri adereſcendi. 1003.1.& ſeqq.
Donatio cauſa mortis à milite facta valere olim non poterat, ſi neque traditio, neque ſtipulatio interueniſſet. 1000 10
An Donatio quæ mortis cauſa facta dicitur Titio & eius heredibus cenſenda ſit mortis cauſa donatio, an verò inter viuos. 976.1. & ſeqq.
Donatarius cauſa mortis fideicommiſſo grauari poteſt: at donatarius inter viuos non poteſt. 982.2.& 983.n.11
Donatio cauſa mortis interdum reuocatur ex pœnitentia, interdum ex caſu. 909.2
Quæ Donatio cauſa mortis ſit delibatio hereditatis. 923.4
An Donatio cauſa mortis ſic facta, vt nullo caſu reuocetur nihilominus reuocabilis maneat, an verò tranſeat in naturam donationis inter viuos. 911.2.3.& ſeqq.
An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro Donationibus cauſa mortis. 1000.1 & ſeqq.
Filius qui patre conſentiente mortis cauſa donauit, non poteſt Donationem ſine patre reuocare. 850.5
Diſcrimen inter legata & mortis cauſa donationes. 928.22
In Donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur, & quatenus. 931.10
Si quis ſanus nulloque mortis periculo perterritus alij donet poſt mortem ſuam, vtrum Donatio cenſenda ſit inter viuos facta, an cauſa mortis. 914.1.& ſeqq.
Legati & mortis cauſa donationis differentiæ nonnullæ. 940.13
Donatio quælibet cauſa mortis indiſtinctè imputanda eſt in legitimam portionem. 925.8
Poteſt eſſe donatio cauſa mortis etiamſi nulla facta ſit mentio mortis, & contra poteſt eſſe donata inter viuos, etiamſi adiecta ſit mentio mortis. 914 5
Donatio cauſa mortis an poſſit fieri in teſtamento. 891.14.& ſeqq.
Permultum refert an ab initio valeat donatio cauſa mortis, an non valeat, licet vtroque caſu non priùs abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit, quàm donator deceſſerit. 835 22
Donationes mortis cauſa licet habeant aliquid ex iure contractuum, propius tamen accedunt naturam vltimarum voluntatum. p.776.n.16
Donatio cauſa mortis eſt ſpecies vltimæ voluntatis. 847.11
Reuocata eſt pœnitentia donatione cauſa mortis quæ actio donanti competat. 833.7
Donatio mortis cauſa minus pauperem donatorem facit, quàm donatio inter viuos. 836.8
Ad quas donationes pertineat illud, irritas fieri donationes cauſa mortis etiam quæ ab initio valuerunt, ſi donator deceſſerit abſque herede. 911.5
Donatio cauſa mortis alterius quàm ipſius donatoris fieri poteſt: quo caſu perficitur & ſit irreuocabilis etiam viuo donatore. ibid.4
Donatio cauſa mortis ex pœnitentia ſola quando reuocari poſſit. 912.7
Reſciſſo donatoris per querelam inofficioſi teſtamento an donationes cauſa mortis irritæ fiant. 913.1 & ſeqq.
An donatio cauſa mortis cauſa nudo pacto hodie fieri poſſit. 893.1 & ſeqq.
Inſinuatio in donationibus cauſa mortis neceſſaria non eſt. 834.26
Donatio cauſa mortis in filiumfamilias collata licet non valeat, confirmatur tamen ſilentio & morte patris. ibid.15
Donatio mortis cauſa vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur non exigit hereditatis aditionem. 836. 10 ob idque differt à legato. ibid.
Donatio cauſa mortis propriè non eſt donatio. 895.10
Condictio ei qui mortis cauſa donauit cur & quando competat. 776.15
Quomodo intelligendum illud morte donatoris quamlibet mortis cauſa donationem perfici. 837.8
Donatio cauſa mortis non fit niſi inter præſentes idque per traditionem aut ſtipulationem. 858.3
Donator cauſa mortis nulla actione compelli poteſt vt donationem à ſe factam impleat, multo minus eius heres. 891.8
Ex donationibus cauſa mortis falcidia deducitur. 838.11
Differentia inter Donationem inter viuos & donationem cauſa mortis ratione filiiſamil. donantis: & differentiæ ratio. 840.10
Omnibus mortis cauſa donationibus commune eſt vt reuocabiles ſint cùm fiunt, & fiant irreuocabiles cum moritur donator. 904.12
Donationum mortis cauſa conditio communis. 776.13
Vt differant donationes cauſa mortis à fideicommiſſis. 896.4
Differentiæ inter donationem cauſa mortis & legatum. 455. 10 & ſeqq.
Quæ donationes mortis cauſa capiantur ad inſtar legatorum. 898.3
Nomina donationis cauſa mortis legati & fideicommiſſi promiſcuè nonnunquam accipiuntur. 821.10
Donationem cauſa mortis quam ignorante patre filiusfam. ex peculio caſtrenſi fecit, ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere. 851.1.& ſeqq.
Donatio mortis cauſa ex alieno arbitrio pendere non debet. 848.14
Vſurarius manifeſtus an poſſit donare cauſa mortis 958. 1. & ſeqq.
Lex XII. tab. teſtamentaria ad donationes cauſa mortis cur pertinere non potuerit 904. 6. ad eas tamen validandas.
Cur placuerit rationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum potiùs quàm fideicommiſſorum. 904.8
Diſtinctio adhibenda in quæſtione, an donatio cauſa mortis ſit ſpecies vltimæ voluntatis. 905 13
Donationes cauſa mortis non poſſunt fieri abſenti, ſed præſenti tantùm 834.13 & 15. exceptiones. ibid.14
De qua donatione intelligendum illud, non videri perfectam mortis cauſa donationem priuſquàm inſecuta ſit mors donatoris 905.11
Filiofam. donante mortis cauſa ex conſenſu patris valet Donatio ſiue caſtrenſe ſiue aduentitium fuerit quod donatum eſt & cur. 857 12
An mulier quæ ex iure municipali non poteſt contrahere ſine conſenſu duorum propinquorum, poſſit liberè donare cauſa mortis. 963.1.& ſeqq.
Donatio cauſa mortis mortuo donatore retrotrahitur ad tempus quo facta eſt. 853.13
Inter Donationes cauſa mortis & legata differentia præcipua. 833.11
Cur paſſim in iure indiſtinctè ſcriptum ſit donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum. 905.14
Inuicta ratio cur Donatio cauſa mortis in filiof. collata valere nequeat. 834.24
In qualibet mortis cauſa donatione duo ſunt, donatio ex cauſa donationis id eſt mors. 849.6

Donatio

Donatio cauſa mortis quoties valet inducit aliquam obligationem ex parte donatoris. p. 834 n. 12
Inter donationes cauſa mortis & legata differentia. 896. 3
Quæ legata donationibus mortis cauſa olim æquiparatentur. 900. 8.
An Donatio cauſa mortis in abſentem conferri poſſit. 890 1 & ſeqq.
Inutilis ſit Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem, ſi reuocet donator, etiamſi poſtea deceſſerit ſine herede. 919. 9.
Donatione cauſa mortis facta per traditionem quid de eius reuocatione ſentiendum ſit. 920. 1 5
In quibus differant donationes cauſa mortis à legatis. 834 18 & ſeqq.
Donationis cauſa mortis quam filiusfam. facere velit non requiritur autoritas patris ad integrandam perſonam filij propter actus ſolemnitatem. 840. 9
An ex donatione cauſa mortis transferatur ipſo iure dominium citra traditionem. 907. 1. & ſeqq.
Donatio cauſa mortis quaſi ex fideicommiſſo defendi nequit, ſi nulla adſint verba fideicommiſſi. 853. 10
An Donationes cauſa mortis inter coniuges factæ exigunt traditionem, vt morte donatoris confirmentur, ſicut vult Couarruuias. 941. 1. & ſeqq.
Donationes cauſa mortis interdum valent etiam non adita hereditate. 8 : 3. 12
Donatarius cauſa mortis quomodo ſit debitor donatoris. 917. 11.
Filiusfamil. mortis cauſa donare poteſt patre conſentiente. 814. 17.
Donatio cauſa mortis tum quoque cùm rei traditione perficitur quot modis fieri poſſit. 83 : 1
Donatio cauſa mortis facta inter coniuges valet, & cur. ibid. 2
Cur Donationes cauſa mortis dicantur capi ad inſtar legatorum 834. 11
Donatio cauſa mortis vtiliter fieri poteſt, tametſi ex ea dominium non transferatur niſi mortuo demum donatore 833. inde tamen non ſequitur valere donationes cauſa mortis filijſfam. factæ. ibid. num. 9
An donatio cauſa mortis nullam hereditatis aditionem requirat. 921. 1 & ſeqq.
An donationes cauſa mortis inter coniuges generaliter ſunt permiſſæ, & cur. 905. 1. & 3. illæ tamen quæ ſic fiunt, vt dominium protinus transferatur non aliter valent, quàm ſi inſecuta morte donatoris ea translatio fiat. ibid n 2
Donationes cauſa mortis quibus ſtatim dominium transfertur nihil habent commune cum vltima voluntate propiuſque accedunt ad donationes inter viuos. 961 10
Inter donationem cauſa mortis & donationem inter viuos notabilis differentia. 896 3
Nudo pacto donatio cauſa mortis olim fieri non poterat. 837. 3.
Pater qui permiſit filio donare de mortis cauſa donatione non cenſetur cogitaſſe, & cur. 40. 3
In donatione cauſa mortis quot teſtes requirantur. 858. 1. & ſeqq.
Quando infirmetur donatio cauſa mortis propter non aditam hereditatem. 981. 6
Quænam donatio cauſa mortis viuo donatore fiat irreuocabilis. 850. 4
Donationes cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur, illæ intelliguntur ex quibus dominium poſt mortem donatoris transfertur. 909 13
Quando contingat donationem cauſa mortis eſſe irreuocabilem 987 9
An filiofam. pater mortis cauſa donare poſſit 833. 3. & ſeqq.
Cùm de donationis cauſa mortis acquiſitione tractatur quodnam tempus ſit intuendum. 904. 10
Inter donationes cauſa mortis & legata differentiæ plures. 898 2. & ſeqq
Donatio cauſa mortis de peculio caſtrenſi à filiof. facta quando valeat. 853. 14
Differentia à pragmaticis iactata inter Donationem cauſa mortis & donationem inter viuos. 612. 3
Donationi cauſa mortis contractus nomen quomodo hodie conueniat. 964. 8. 11
Donationes cauſa mortis inter coniuges an retrotrahantur quod ad fructus tantùm, an etiam quod ad dominij cauſam. 948. 5.
Differentia præcipua inter donationes cauſa mortis inter coniuges factas, & eas quæ inter viuos. ibid. 4
Donatio facta per traditionem omnimodo cenſeri debet donatio cauſa mortis, ſi dominij tranſlatio collata ſit poſt mortem donatoris. 917. 1
Quid iuris vbi donatio cauſa mortis à marito vxori facta, per eundem poſtea deportatum reuocata eſt. 945. 1. & ſeqq.
Donationes cauſa mortis inter coniuges factæ an valeant. 938 1. & ſeqq.
Oppignoratio quando non impediat quominus donatio perficiatur. p. 900. n. 6
Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem per ſubſecutam oppignorationem non reuocatur. 902. 13 ſecus eſt ſi res donata voluntate à donatore alienetur. ibid. 14. 15
Vt filiusfam. qui habet peculium caſtrenſe vel quaſi poſſit ex eo donare mortis cauſa. 854. 1
De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto QVOD LEGATORVM. 900. 1. & ſeqq.
In Donationibus cauſa mortis nunquam locum eſſe interdicto QVOD LEGATORVM. 901. 10
De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum. 898. 1 & ſeqq.
Donatio cauſa mortis an reuocetur per ſubſecutam rei donatæ oppignorationem 953. 11. & ſeqq.
Sine voluntate tam donatarij quàm donatoris non perficitur Donatio ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos. 891. 9
Donationes cauſa mortis ſunt reuocabiles: donationes inter viuos irreuocabiles. 911. 1
An minor poſſit mortis cauſa donare ſine autoritate curatoris. 960. 1. & ſeqq.
Donatio inter viuos an valeat inter abſentes. 937. 16
Donatio inter viuos quacumque voluntatis teſtificatione perfici poteſt modo adſit inſinuationis neceſſitas 896. 6
Donationes inter viuos, exceptis iis ſolis quæ in contractu matrimonij fiunt, ſine diſtinctione quantitatis apud Gallos inſinuari debent. 890. 11
Donatio inter viuos neque ex parte donatarij, neque ex parte donantis contractus cenſeri poteſt. 964. 10
De quibus donationibus inter viuos intelligendum ſit eas iam olim conferri ſolitas rupto per querelam teſtamento. 779. 2.
Ex Iuſtiniani conſtitutione donatio inter viuos hodie neque ſtipulationem, neque pactum requirit, ſed ſola voluntatis donantis teſtificatione contenta eſt. 972. 6
Ex pacto nudo donationis non poteſt agi contra heredem donatoris eo modo quo agitur ex ſtipulatione. 894. 7
An Donatarij præſentia in quacumque donatione neceſſaria ſit. 965. 1. & ſeqq.
Quæ actio detur ex Donatione ex interpretum ſententia 934. 1 & ſeqq.
Quando detur actio Publiciana Donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit. 953. 7
Donatarius vniuerſorum bonorum an teneatur ad onus æris alieni 996 1. & ſeqq. an ſit loco heredis. ibid.
Ex Notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita, quænam actio donatario competat. 968. 4. & ſeq.
Quando donator mortis cauſa ex pœnitentia habeat condictionem vel vtilem actionem. 909. 1
Donatio quælibet inter viuos hoc ipſo quod & vtilis & inter viuos eſt irreuocabilis. 950. 5
In Donatione inter viuos nullum negotium geritur, & cur. 931 11.
Donationes ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos collatæ in vxorem ante crimen admiſſum, morte ſiue deportatione mariti confirmentur in præiudicium fiſci. 943 1. & ſeqq.
Ex donatione facta certo pacto, vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit, & pœnitentiæ locus eſt, ſi donatarius non impleat quod promiſit 932 14. atque hoc caſu donatio non eſt proprie, ſed contractus innominatus do vt des, vel do vt facias. ibid.
Donatori donationem reuocanti quando ſit neceſſaria actio ad repetendam rem donatam. 953. 9
Qua actione teneatur donatarius ſi non pareat legi donationis quam agnouit. p. 977. 2. 3
Donatario cauſa mortis nulla datur actio poſt reuocatam donationem. 953. 8
An liceat donatori reuocare pactum à ſe poſitum in donatione de re donata vni alteri reſtituenda. 986. 1
Donatio inter patrem & filiumf. conſiſtere nequit. 163. 8
Inter patrem & filiam in poteſtate Donatio conſiſtere nequit. 173 9.
Reuocatio Donationis eſt noua dominij acquiſitio. 312. 7
Si donatarius rem donatam oppignorauerit, aut alienauerit, deinde Donatio ex cauſſa ingratitudinis reuocetur, reſcindatúrne hypotheca, aut alienatio. 311. & ſeqq.

Dos.

Dos vt ſit mariti, vtque mulieris. 119. 9
Differentia inter Dotem & vſumfructum. 327 4
An Dos filiæ nubenti à patre data ſit loco legitimæ. 146. 1
Quomodo ſit melior conditio Dotis quàm aliorum contractuum bonæ fidei. 98 10
Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt. 158. 4. caſus quo non verè, ſed quaſi patrimonium filiæ habetur. ibid n. 5. Dos eſt in bonis mariti ac mulieris quoque eſſe, intelligitur. ibid. 16

Olim

Digitized by Google

Olim potuit filia in Dote grauari. p 260. n. 5
Filiafam. nupta viuo etiam patre ius habet congruæ Dotis petendæ. 172.11
Ex ſtatuto Sabaudiæ etiam ex bonis ſeudalibus Dotes deducuntur. 261 10
Quomodo verum, Dotalium fructus diuidantur inter maritum & vxorem ſeu eorum heredes. 118. 5
Contractus dotis qualis. 991.7
Donationis nomen etiam dotem complectitur. 786. 3
Dos non eſt donatio ſimplex, ſed ob cauſam ſcilicet matrimonij. 792 1
Maritus eſt dominus bonitarius. 403. 35. Dos congrua quæ. 506. 25.
Dotis & donationis propter nuptias diſcrimen. 808.5
Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de Dotis collatione. 782. 1.
An Dos aduentitia hodie conferatur à filia emancipata 829.8
Quæ Dos conferatur aut non conferatur. 793. 10
Filiafam. an teneatur conferre dotem aduentitiam fratribus poteſtate retentis. 783 14. & ſeqq.
Dotem à patre habere filia non poteſt, niſi ſit nupta. 770 9
Dos à patre profecta quando remaneat viuo patre penes filiam emancipatam, & quando ad patrem reuertatur. 783.12
Dotis & donationis propter nuptias conuenientia & differentia. 797. 6
Quid iuris habeat pater in dote, quam filiæfamil. dedit. 783. 13.
Differentia inter dotem & donationem propter nuptias. 793.7

E

Eccleſia.

AN donatio in Eccleſiam collata reuocari poſſit. 988 3

Edictum ſucceſſorium.

Edictum ſucceſſorium pertinet tantùm ad bonorum poſſeſſiones ab inteſtato. 473.5
Edictum ſucceſſorium ordinem ſucceſſionis inteſtati ſequitur. 476. 42.
Edicti ſucceſſorij proponendi ratio. 473 6
Prætor ex Edicto ſucceſſorio nunquam vocat cognatos niſi poſt legitimos. 453.11
Edictum ſucceſſorium nonniſi in ſucceſſionibus inteſtati locum habet. 470. 8
An Edictum ſucceſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamenti. 472.1
Edictum de iure deliberandi cur introductum. 40.23
Edictum ſucceſſorium ad quid & quatenus à prætoribus introductum. 39. 4. an pertineat ad hereditates ibid. 5. & ſeqq.
Edictum ſucceſſorium à prætoribus introductum licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt. ibid. 1

Emancipatus, emancipatio.

Ex Emancipatione filij quid commodi ſentiat pater. 815. 8
Filio Emancipato iure Dig. & donare pater poterat & credere qualibet ex cauſa: ſecùs erat in filiofam. 804 4
Hodie emancipati ſuccedunt ex iure ciuili. 83 . 14
Quomodo verum ſit ſublatam eſſe à Iuſtiniano differentiam ſuitatis & Emancipationis. 645.16
Quas differentias inter ſuum & Emancipatum ſuſtulerit Iuſtinianus in Nou. 194. 14. Diſcrimen inter ſuum & emancipatum quod etiam hodie remanet. 475.25
Emancipati quando inter ſe non conferant. 775 15
Inter Emancipatos quando ſit locus collationi. 782 19
Emancipatus emancipato olim quid conferret, quid item hodie. 787. 5
Cur inter Emancipatos ceſſet collatio. 782.4
Emancipati quatenus ad querelam inofficioſi admittantur. 781. 13.

Emphyteuta, Emphyteuſis.

Emphyteuſes cum largiſſimam recipiant interpretationem. 460. 14.
Feudi & Emphyteuſeos differentiæ. 620.25. & 622.25
Licet inter ſe feudum & Emphyteuſim magna ſit conuenientia tamen ius ſucceſſionis liberorum in feudo ad emphyteuſim non poteſt produci. 610.13
In Emphyteuſi liberi ſuccedunt vt heredes, non vt liberi. ibid. 12.
An Emphyteuſis in filios quatenus filij tranſeat ex ſtipulatione patris pro ſe filiiſque ſuis eam accipientis. 619.1
Sex propoſitiones interpretum de Emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit, vt falſæ exploduntur. 622. 24
De Emphyteuſeos collatione p.810.n.1.& ſeqq
In Emphyteuſi quam quis pro ſe & filiis ſuis accipit nulla fit ſubſtitutio fideicommiſſaria. 621 16
Cur finiatur ius ſeruitutis ſeu pignoris ab Emphyteuta conſtituti, eo canonem non ſoluente. 308 9

Emptor.

Emptori qui immodicè læſus eſt an & quomodo ſuccurratur 99.1.& ſeqq.
An & quando priori Emptori competat exceptio non factæ excuſſionis poſterioris. 60.1. & ſeqq
Quidquid Emptionem venditionem recipit, recipere etiam poteſt oppignorationem. 307.12
Si læſio vltra beſſem in contractu Emptionis interuenerit contractus habetur pro imperfecto. 88 12
Emptor qui non vult retrouendere ad quid teneatur. 292.5
Dolus Emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimatur. 90.13
An ius adcreſcendi tranſeat in Emptorem legati. 1043. 1. & ſeqq.
Ius adcreſcendi an tranſeat in Emptorem hereditatis. 1040. 1 & ſeqq.

Error. Errare.

Periculoſiores ſunt Errores qui in foro, quàm qui in ſchola inuale cunt. 40 . 1
Errare in nomine quando periculoſum. 263.6

Euictio.

De Euictione qua actione agi poſſit. 16. 5
Venditor de Euictione, tenetur etiamſi nihil dictum ſit, dum ne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur. ibid 8.
Facta per iudicem pignoris diſtractione, quis de Euictione teneatur. ibid. 5
Actio de Euictione & rem repoſcit & quidquid emptoris intereſt. ibid. 17

Exceptio.

Exceptio non factæ excuſſionis quatenus putetur à nonnullis odioſa. 58. 1. & quatenus ab aliis fauorabilis. ibid. num. 2. & ſeqq.
Quando debitoris debitori competat Exceptio non factæ excuſſionis. 63. 5
Exceptio non factæ diſcuſſionis aduerſus quos inducta. 48 5
Nulla ratione cauere poteſt creditor ne Exceptione ordinis repelli poſſit. 58. 5
Quæ clauſulæ adhiberi ſoleant ad impediendam excuſſionis non factæ Exceptionem. 57. 1. & ſeqq.
Exceptio non factæ excuſſionis quando tertio eique bonæ fidei poſſeſſori accommodetur. 45 17
Exceptio doli an faciat iudicium bonæ fidei, quod antea erat ſtrictum. 106. 1. & ſeqq.
Ordinis Exceptio fauore tantum tertij poſſeſſoris inducta eſt. 48 13.
Omnes exceptiones ſunt facti. 759 6
Exceptio opponi & poni dicitur. ibid. 5
Exceptiones omnes ſunt ex iuriſdictione prætoria, & ex æquitate proficiſcuntur ex eaque æſtimandæ ſunt. 761.17
Exceptio doli cur inducta. 400. 5
Bonæ fidei iudiciis quomodo ipſo iure inſint doli Exceptiones. 404 4.
Exceptio doli vt & alia quælibet non alij accommodatur quàm poſſidenti. 390.16
Doli Exceptio eſt ſubſidiaria exceptioni pacti, ſicut exceptio in factum eſt ſubſidiaria exceptioni doli. 61 . 8
Exceptio doli facilè inducitur ex quocumque indicio voluntatis. 389. 15. & cur.
Exceptio doli aduerſus dominum ſoli ædificium vindicantem domino materiæ competit, ſi hic fuerit bonæ fidei poſſeſſor, nec ille impendia in ædificium facta offerat. 400.3
Doli Exceptio quando detur heredi legitimo aduerſus heredem teſtamentarium. 764.4
Exceptio pacti quibus perſonis detur. 617.10

Excluſio, excludere.

Incluſio vnius eſt alterius Excluſio. 385 15
Plus eſt Excludi quàm non admitti aut non vocari. 466.16
Inter excludi & admitti ad hereditatem datur medium ſc. nec excludi nec admitti. 441.16
Perſona quæ à ſucceſſione ſemel Excluſa fuit ſemper ac perpetuò manet excluſa. 728.7

Perſona

Digitized by Google

Perſona ſemel Excluſa quomodo remaneat in perpetuum excluſa. p.445.n.18
Perſona quæ ſemel excluſa eſt poſtmodum admitti nequit. 436. 20.
Cùm de Excluſione perſonæ quæritur quid potiſſimum ſpectandum. 456. 13
Excluſiones ſunt odioſæ. 504.12
Excluſio à iure ſuccedendi triplex, per ſtatutum, per iuratam renuntiationem,& per exheredationem.428.1. quomodo inter ſe conueniant ex pragmaticorum ſententia ibid. vt differant ex ſententia autoris. ibid. n 2. & ſeqq.
Differentia inter Excluſionem ſtatutariam & conuentionem. 499. 2.
Excluſionem ſtatutariam Bartolus perperam æquiparat exheredationi. 471.19
Excluſio fœminæ per ſtatutum conditio duplex. 504.6
Excluſionis conuentionalis & ſtatutariæ differentia. 521.11
Differentia inter Excluſionem ſtatutariam & conuentionalem. 43[illegible] 1.
Excluſio quæ fit per ſtatutum eſt potentior ea quæ fit per pactum. 429.10
Impleta ſemel conditione ſtatutariæ Excluſionis nunquam poteſt amplius filia admitti 434 6
Excluſionis per mortem,& eius quæ fit per ſtatutum differentia. 504. 4.
Conditio Excluſionis ſtatutariæ extitit, licet maſculi deſierint velle ſuccedere. 434 8
Quoties is qui Excludit excludentem me ſuccedentem in locum excluſi neceſſe eſt me quoque excludi. 438 9
Excluſio non eſt temporalis, ſed perpetua cùm ſtatutum excludit fœminas quoad vſque maſculi ſuperuixerint. 499.12
Excluſio filiæ fauore maſculorum facta per ablatiuos abſolutos vt differat ab ea quæ fit per verba ſuſpenſiua, QVANDIV &c. ex ſententia Bart. 497.1
Excluſionis quæ fit per pactum propria natura. 428.6
Excluſio filiæ ſtatutaria non tollit vitium præteritionis ſi iæ. 505. 19.
Conditione Excluſionis ſtatutariæ ſemel exiſtente,excluſio habetur pro pura ac perpetua. 431.12
Excluſio matris filio quando noceat. 466.18
Statutum excluſiuum filiæ fœminæ extantibus maſculis an excludat nepotem ex filia. 464.1
An ſtatutum Excluſiuum filiæ fœminæ extantibus maſculis excludat etiam nepotem ex filia. 446.1
Differentia inter Excluſionem ex renuntiatione,& excluſionem ſtatutariam. 155.13

Excuſſio.

De Excuſſione ſpecialis hypothecæ diſputatio autoris aduerſus pragmaticos. 66 1. & ſeqq.
De Excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum. 60. 1. & ſeqq.
Iurium Excuſſionem facere creditor an & quando compellatur. 58.7. & ſeqq.
De Excuſſione debitoris vſque ad peram & ſacculum. 59. 1. & ſeqq.

Exheredare, Exheredatio.

Differentia inter Exheredationem & renuntiationem. 154.7
Quæ Exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolemnitatem 183.10
Diſtinctio Exheredationis à Bart. propoſita exploditur. 262.4
Vniuerſali heredi prodeſſe ſolet Exheredatio, non ſingulari. 196. 17.
Aliquem Exheredari eſt deſinere heredem eſſe. 418 20
In extranei perſona Exheredatio inepta eſt. 479. 17
Ab inteſtato non fit Exheredatio. 680.2
Exheredatio non fit ſine animo exheredandi licet poſſit fieri ſine verbis. 471.18
Nemo poſt mortem ſuam Exheredari poteſt. 418. 20
Exheredatio non poteſt alibi fieri quàm in teſtamento & quidem valido, adeóque ex quo ſit adita hereditas 428. 3
Exheredatio non priùs vim habet, quàm adita fuerit hereditas. 603. 3.
Ex quo tempore confirmata eſt Exheredatio per aditionem exheredatus habetur pro mortuo. 442 11
Interdum Exheredatio fit bona mente. 480 29
Exheredatio ab inteſtato neque fit neque valere poteſt. 608.6
An iuſta fuerit olim Exheredationis cauſa ſi filius nuptias contraheret ſine conſenſu patris. 479.16
Iuſta eſt Exheredatio filiifamilias qui citra conſenſum patris vxorem ignominioſam ducit. ibid.22
Ex alterius delicto vt alius exheredaretur, prudentibus nonnunquam probatur, vt in poſthumis. 478.14
Ex Iuſtiniani conſtitutione nemo debet Exderedari ob alienum delictum. 480. 30
Ius ſuitatis non perimitur per exheredationem. 941.14

Excluſionem ſtatutariam Bart. perperam æquiparat Exheredationi. 470. 9
Bartolus perperam ſtatuit omnes perſonas in quas dominium defuncti non continuatur ipſo iure, ſi præteritæ fuerint, habendas pro exheredatis. 480.28
Non eſt permittendum parenti inter liberos minùs ſolemniter teſtanti, vt quemquam ex liberis Exheredet. 670.1
Exheredatio nepotis filio ſuperſtite eſt inepta & illuſoria. 475.39.

Expenſa.

Victus victori in Expenſas litis regulariter condemnandus eſt. 254. 1. exceptiones. ibid 2

Expreſſa.

Non ſemper par & æqua eſt vis taciti & Expreſſi. 384.7
Expreſſa multa proſunt & nocent, quæ ſi expreſſa non eſſent perinde quidem ineſſent,ſed tamen non æquè vel prodeſſent vel nocerent. 751.8

Extenſio.

Fit Extenſio de caſu ad caſum vbi eadem ratio eſt iuris aut voluntatis. 386. 6

Extraneus.

Extraneus qui adit hereditatem ſui heredis qui patri ſuo neceſſarius heres extitit, hereditates quas confuſas reperit non poteſt ſeparare. 643.18

F.

Factum.

Contra proprium Factum venire quando quis poſſit. 609.9
Facto opus eſt ad acquirendam hereditatem. 399 4
Quæ ſunt Facti nec ſolent nec poſſunt in alium tranſire. 393. 30.
Quæ ſunt Facti ea neque ad patrem neque ad dominum tranſeunt. 610.13
Vt viuus Factum alteri noceat quid requiratur 450.18
Ex qua perſona lucrum qui ſentit eius factum præſtare debet. ibid.
Ipſo Facto quæ fieri dicantur. 57.20

Falcidia.

Diſputatio autoris de duplicis Falcidiæ detractione. 138. 12 & ſeqq.
Falcidiæ nomine legitima cur olim appellata 681.10
Lex Falcidia non patitur, vt legatarius priùs habere debeat dodrantem legati,quàm heres quadrantem. 901.8
Quæ conditionis implendæ cauſa dantur in Falcidiam cur non imputentur. 381.5
Ex donationibus cauſa mortis Falcidia deducitur. 838.12
Falcidia non habet locum in donationibus inter viuos. 913.13
An ceſſante Falcidia ceſſet interdictum, QVOD LEGATORVM. 900. 4.

Familiæ erciſcundæ iudicium.

Iudicio familiæ erciſcundæ inter quos ſit locus. 824.5

Feudum.

Feudum eſt quædam ſeruitus. 465. 12. quæ ſit feudi propria natura. ibid.13
Feuda cur largiſſimam recipiant interpretationem. 460 14
In Feudis non ſucceditur ex iure communi, ſed ex feudali. 471. 13.
Maſculi ex fœminis deſcendentes ad feudum regulare non admittuntur. 465. 13.4
Feudi & emphyteuſeos differentiæ. 620.15. & 621.25
Licet inter Feudum & emphyteuſim magna ſit conuenientia,tamen ius ſucceſſionis liberorum in feudo ad emphyteuſim non poteſt produci. 610.13
De feudi collatione. 810.1. & ſeqq.
Finito feudo ſeu commiſſo, in totum reſoluitur ius vaſalli. 329 4.

Fictiones.

Fictiones, quando inducantur. 381.6.7
Duæ Fictiones an circa idem concurrere poſſint. ibid.7
Omnes Fictiones debent eſſe de poſſibili, licet ſint de falſo. 501. 16
Fictio legis quæ induxit nomen & ius hereditatis, non niſi ex neceſſitate profecta eſt. 31.9
Fictiones legis quatenus & vbi admittendæ. ibid.

Fideicommiſſum.

De Fideicommiſſis conſeruandis, cùm filius eſt præteritus. p. 268 n. 1. & ſeqq.
A legitimis heredibus pupilli Fideicommiſſa dari poſſunt. 142. 4.
Bona fideicommiſſo ſubiecta an poſſint ex cauſſa dotis, aut donationis propter nuptias alienari. 159. 1. & ſeqq.
Fideicommiſſi actio ſi dies aut conditio nondum extiterit, ne centeſimo quidem anno excluditur. 41. 4
Fideicommiſſi diminutio quatenus permiſſa. 161. 6
An Fideicommiſſa conſeruentur ex teſtamento in quo præteritus eſt filius à patre. 262. 1 & ſeqq.
Quæ Fideicommiſſa hodie frequentiſſima. 261. 1 quæ alienari pro dote non poſſint. ibid. 2. & ſeq.
Fideicommiſſarius ſatiſdare debet legatorum nomine. 144. 7
Ex cauſa Fideicommiſſi dominium olim non acquirebatur, etiamſi traditio interueniſſet. 198 3
A quo tempore fructus hereditatis Fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario. 133. 1 & ſeqq.
Fideicommiſſorum fructus & vſuræ vt debeantur. 132. 6. & ſeqq.
Differentia inter Fideicommiſſum vniuerſale & ſingulare. 133. 6.
Rei per Fideicommiſſum relictæ dominium in fideicommiſſarium per traditionem cur olim non transferretur. 271 8
Pura Fideicommiſſa hodie perrara. 135. 4
Nomina Fideicommiſſi legati, & donationis cauſa mortis promiſcuè nonnunquam accipiuntur. 821. 10
Fideicommiſſorum verba quædam fuerunt ſolemnia. 380. 8. quibus deficientibus ad inducendum fideicommiſſum quid requireretur. ibid
Quomodo intelligendum illud, in Fideicommiſſis ſolam teſtatoris voluntatem ſpectari ibid 9. item illud, etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe. ibid n. 10
Fideicommiſſarij particulares qui dicuntur 1028 1. qui ſingulares. ibid n. 2. qui vniuerſales. ibid. 3. 4
Nullum eſſe Fideicommiſſum conuentionale. 984 7
Fideicommiſſa tantùm ſingularia exæquata ſunt Legatis. 1036. 13.
Fideicommiſſum à quocumque debitore relinqui poteſt. 936 10
Per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non heredi. 1017. 4
Vt à Fideicommiſſis differant donationes cauſa mortis. 896. 4
Differentia inter Fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem. 985 8
Quando fideicommiſſum cenſeatur ademptum per ſubſecutam alienationem. 952 2
In Fideicommiſſis nunquam eſt locus iuri adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt. 1003. 6
Quale ſit fideicommiſſum in quod ſubſtitutio pupillaris conuertitur. 549. 12
Cur Fideicommiſſarius non fiat heres per hereditatis fideicommiſſariæ reſtitutionem. 1017. 7
Quot teſtibus debeant probari fideicommiſſa extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos. 678. 11
Fideicommiſſa ad l XII. tab. de teſtam. cur non pertinuerint. 904. 5
Fideicommiſſum vniuerſale non tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem, ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit. 532 19
Quæ Fideicommiſſa conditionalia tranſmittantur ad heredem. 532. 18
Differentia inter Fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem 985. 8
Diſcrimina inter Fideicommiſſa & legata per vindicationem ratione iuris adcreſcendi. 1030. 2. 3
Fideicommiſſarij heredi reſtitutio fieri poteſt. 508
Non alij poſſunt Fideicommiſſum relinquere, quam qui teſtari poſſunt. 844. 15
An ius adcreſcendi inter fideicommiſſarios vniuerſales locum habeat. 1029. 5
Fideicommiſſarius creditoribus hereditariis cur teneatur. 997. 5.
Fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet & cur. 1010. 1
Fideicommiſſorum gradualium, quorum primum eſt conditionale, natura. 457 21
Fideicommiſſum non alitèr nec priùs valet quam adita ſit hereditas. 546 5
Præter aditionem hereditatis quid requiratur vt fideicommiſſum valeat. ibid 6
Fideicommiſſum illud habendum eſt pro puro, quod nulla conditione aut die ſuſpenditur. 394. 19
An Fideicommiſſum conditionale tranſmittatur ex aliqua voluntatis coniectura, ſi fideicommiſſarius ante eundem diem deceſſerit. pag. 538. num. 1
Fideicommiſſum conditionale licet fuerit vnitum hereditati tranſmitti non poteſt. 546. 3
Fideicommiſſum cum iure adcreſcendi vniri non poteſt. ibid. 4 & 8.
Fideicommiſſi vniuerſalis & ſingularis differentia. 537. 18
Fideicommiſſarius vniuerſalis, qui quatenus talis adit, ſi iridem fuerit vulgaris ſubſtitutus ad omnia ſubſtitutionis onera tenetur. 625. 14
Senatus fecit vt Fideicommiſſarius eſſet loco heredis atque in eum vtiles tantum actiones transferrentur. 415. 19
De præſenti Fideicommiſſo ſi non ſtatim præſtetur cauendum eſt. 393. 16
Verba illa ad Fideicommiſſorum reſtitutionem pertinentia CVM ILLI A TE PETIERINT, non ſunt conditionalia. 394. 18.
Fideicommiſſum conuentionale quodnam dicatur interpretibus. 984 1
Fideicommiſſariis conditionalibus cur caueatur. 127. 7
Fideicommiſſum non facit vt qui heres fuit eſſe deſinat, nec vt fideicommiſſarius ſit heres. 418 13
Fideicommiſſa fauorabilia 380. 6
Fideicommiſſa non ſunt facilè & temerè inducenda. ibid. 7
In hereditatibus quæ per leges deferuntur non aliud remedium comparatum eſt, quam fideicommiſſi, vt in alium quam heredem transferantur. 417. 11
Fideicommiſſarium non eſſe heredem, contra Bartolum. 423. 7
Valent fideicommiſſa ab inteſtato ita relicta, quiſquis mihi heres bonorumve poſſeſſor erit, eius fideicommitto. 90. 29
Fideicommiſſum eſt onus & grauamen 379 3 ob idque nec in legitima imponi poteſt, nec in alio patrimonio, quam quod proprium fuerit ipſius fideicommittentis. ibi. & hoc ipſo eſt odioſum ibid. n. 4. non facilè præſumitur aduerſus heredem. ibid.
Tacita conditio in fideicommiſſis nunquam inducenda eſt. 393. 13.
Fideicommiſſorum, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt, nomine cauendum eſt. ibid. 15
Bona quæ per fideicommiſſum fuerant relicta extraneo ſub conditione non aliter ad liberos peruenire poſſunt, quam ſi ſint heredes patris. 127. 9
Fideicommiſſi etiam vniuerſalis dies ex quo tempore cedat. 532 19.
Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt. 531. 16
Fideicommiſſa quando inducantur ex coniecturis, deficientibus verbis. 385. 17. & 19. & ſeq.
Ad Fideicommiſſum inducendum an ſufficiat ſola voluntas coniecturata. 384. 13
A debitore quolibet fideicommiſſum vtiliter relinqui poteſt poſt conſtitutionem Diui Pij. 389 12
Lites, plurimæ de fideicommiſſis vnde. 385. 14
Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem 546 9.
Abſurdum eſt vt directa inſtituta potiùs fideicommiſſum ex verbis conditionalibus inducatur. 390. 20
Fideicommiſſis interpretandis quid potiſſimum inſpiciatur. 444 10.
Creditor à debitore ſuo etiam cui nihil relinquat, vtile fideicommiſſum relinquere poteſt. 390. 18
Fideicommiſſum an poſſit fieri in contractu. 984. 2
In fideicommiſſis ſiue ſingularibus ſiue particularibus, etiamſi pluribus ſimul fideicommiſſum relictum proponatur, nunquam poteſt tamen fieri vt re coniuncti reperiantur. 1029 10.
Triplex actio pro fideicommiſſis competit. 1001. 8
Quid iuris hodie ſit in fideicommiſſis tum vniuerſalibus tum particularibus, quod attinet ad ius adcreſcendi. 1036. 14
An ius adcreſcendi tranſeat in fideicommiſſarium. 1037. 1 & ſeqq.
Fideicommiſſum neque inſtitutio, neque pars inſtitutionis dici poteſt 547. 2
An interruptio graduum vitiet Fideicommiſſariam ſubſtitutionem. 534. 1
Actiones quomodo transferantur à filio ſe abſtinentes in Fideicommiſſarium. 558. 10
Fideicommiſſum ſingulare eſt tranſmiſſibile & ceſſibile. 530. 2
Fideicommiſſum vniuerſale nec cedi, nec tranſmitti poteſt. ibid 3. & ſeqq.
Fideicommiſſarius puer quando tranſmittat fideicommiſſum, 529. 26.
Cur Fideicomm. conditionale nullo caſu ad heredem tranſmittatur 544. 14 & 545. 21
Fideicommiſſum relinqui non poteſt ab eo qui teſtamenti faciendi ius non habet. 846. 10

Fideicommiſſum

Digitized by Google

Fideicommiſſum conditionale non admittit tranſmiſſionem, quàm purum. p.540.n.14
Fideicommiſſorum frequentiſſima conditio SI SINE LIBERIS DECESSERIT. 541.21
Fideicommiſſarij vtiles habent actiones à prætore. p.413.n.12
Ex quibus coniecturis velint Dd. tranſmitti Fideicommiſſum conditionale. 541.1.& ſeqq.
Fideicommiſſarius & vulgaris ſubſtitutus vt conueniant. 535 5. vt differant. ibid.6
Heres deducit impenſas ex fideicommiſſo. 406.29
Id quod ex cauſa fideicommiſſi indebitum datum eſt quando repeti poſſit. 663 12
Inter Fideicommiſſarios particulares ius adcreſcendi locum non habet. 1029.11
Conuenientia Fideicommiſſorum & legatorum per damnationem ratione iuris adcreſcendi. 1030.4
Etiam tacita voluntate Fideicommiſſa reuocantur. 952.1
De Fideicommiſſo tacito quod inducunt interpretes. 393.9. & ſeqq.
Differentia inter fideicommiſſum & donationem. 853.9
Diſcrimen inter fideicommiſſa & legata. 539 8
Fideicommiſſarij ſunt loco heredum,non heredes. 423.11

Fideiuſſor.

Fideiuſſor qui pignora debitoris emit à creditore etiam ad fructuum perceptorum reſtitutionem tenetur. 107.2

Fiducia.

Quodnam contractus genus eſſet Fiducia. 271 5. eius effectus primarius ibid.7.transferebat proprietatem pignoris. 272.11
Fiducia cur abrogata. 273.5

Filius, Filia.

An Filiofam. tutor ſiue curator quandoque dari poſſit. 71.1. & ſeqq.
Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem vult omittere retenta legitima non eſt audiendus,& cur. 139.10
Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire ſed ſe immiſcere: ſi verò nolit agnoſcere,non repudiare, ſed abſtinere dicitur. 32.3
Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur. 33.11.16
Filio ex aſſe ſcripto heredi nulla legitima debetur. 141.26
Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntiauerit. 163.9
Filia quæ cum iureiurando renuntiauit, exheredatæ aut emancipatæ malè comparatur. 158 11 12
Filiæ viuo patre nulla legitima deberi dariue poteſt. 146 2
Præteritio Filiæ per renuntiationem excluſæ an vitiet teſtamentum. 157.1. & ſeqq.
An Filia excluſa & præterita ius petendæ legitimæ ad liberos tranſmittat. 524.23
Filia quæ renuntiauit an ſit habenda pro abſtinente an pro cedente. 53.19
Filia quæ ſtatuto prohibetur contra teſtamentum venire an præterita poſſit dicere teſtamentum nullum. 665.10
Filia non poteſt ſuccedere in hereditate patris quæ maſculo iam acquiſita eſt. 524.10
Filia per ſtatutum excluſa poteſt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. 506 22
An Filia excluſa per ſtatutum ſi ſit præterita rumpat teſtamentum. 500.1. & 502.21
An Filia quæ per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum amiſerit ius ſuitatis. 503 1
Filia excluſa à ſucceſſione inteſtati non illico cenſetur excluſa à ſucceſſione teſtati, nec contra. 521.12
Cur non liceat filiofam. de peculio profectitio teſtari ſi pater conſentiat. 850 7
Filia excluditur morte,repudiatione,delicto,fauore alterius ſecundùm Bart. 469 1
An Filia per ſtatutum excluſa ad heredem tranſmittat ius dicendi nullum teſtamentum patris in quo præterita eſt. 522. 1.
Filia quæ renuntiauit ſuperuiuente nepoti cur non noceat renuntiatio. 431 25
Filia poteſt meritò exheredari ſi poſt 25. annum nupſerit homini ignominioſo. 479.21
Licet filia excluſa per ſtatutum non ſuccedat, non eo minùs tamen eſt ſua heres. 503.3
Vt filia ſtatuto excluſa ſuccedat non ſufficit ſi maſculus renuntiet ſtatuto & fauori pro ſe introducto. 431.10
Interdum melior eſt conditio Filiæ cui pater donauit,cùm donatio nunquam valuit, quam ſi ſemper & ab initio valuiſſet. 772. 19.
Dotem à patre habere Filia non poteſt niſi ſit nupta, ei tamen extra cauſam dotis à patre dari res aliquas nihil vetat. 770.9.
Licet ſtatutum conceptum eſſet verbis extenſiuis,etiam abſtinentibus maſculis qui ſemel ſucceſſiſſent, tamen adhuc excluſa maneret filia. 431 13
Non poteſt impunè à patre præteriri filia quæ nonniſi per renuntiationem excluſa eſt. 429 15
Filia quæ renuntiauit non prohibetur ſuccedere, ſi conſentiant ij quibus renuntiatio prodeſſe poterat. 430.2
An renuntiatio filiæ noceat nepoti. 429.1
Ingratitudo filiæ nepoti nocet, ſi illa auo ſuperuixerit. 470.6
Filia per ſtatutum excluſa non poteſt ſuccedere, licet ij conſentiant quibus ſucceſſio defertur aduerſus Bart. & Bald. 431.4.
Cùm Filia vt filia excluditur,ea excluſio nocet nepoti: at cùm filia vt fœmina non nocet. 447.6
Filia excluſa per renuntiationem malè æquiparatur incapaci à Bartolo. 429 16
Filia quæ renuntiauit cogitur abſtinere metu periurij, licet ipſo iure ſit heres. ibid.n.17
Filia excluſa per ſtatutum habetur pro mortua at impunè præteritur. ibid.n.14 & 18
Filia excluſa per ſtatutum fruſtra renuntiat per pactum. 430. 19.
Filia quæ renuntiauit per pactum non deſinit eſſe ſua heres. 429. 15.
Filius in poteſtate iſque ſuperſtes & abſtentus quibus obſtet in petit bon poſſeſſ. 488.2.4. & 490.14
An nomen filij ex proprietate ſermonis nepoti conueniat. 461.1.& ſeqq.
Patre & filio impubere in eodem naufragio abſumptis, præſumitur Filius ante patrem deceſſiſſe, ſecus ſi fuerit pubes. 601. 8.
Filius qui eſt in poteſtate habens ſubſtitutum non poteſt omiſſo teſtamento ab inteſtato ſuccedere vel querelam mouere. 571.7
Filium ex neceſſario herede non fieri voluntarium etiamſi ita ei ſubſtitutum ſit filius meus heres eſto, SI FILIVS MEVS HERES ESSE AVT NOLET AVT NON POTERIT. 578.8
Filius non poteſt fieri heres eo inſtanti quo moritur, ne quidem pro ſua parte. 511.4
Cur filius licèt ſuus vocetur à prætore ex capite vnde legitimi. 493.16.
Ex Iuſtiniani conſtitutionibus nihil per filium acquiritur patri extra cauſam peculij profectitij, niſi quoad vſumfruct. 394.21.
Filius non eſt agnatus matri, ſed patri. 431.7
Filius vnde dicatur. 461.3
Appellatione filiorum in contractibus continentur nepotes. 459.4.
Filius quando non ſubintret locum matris. 470.18
Filius ex aſſe inſtitutus non poteſt omiſſa hereditate legitimam ſolam petere aut retinere. 415.14
Filius patri omnia debet naturaliter. 803.7
Rem alienam ſibi à patre donatam Filius pro donato aut pro herede vſucapere non poteſt. 773.4
Non dé inquit filius emancipatus qui ſine patris conſenſu vxorem ducit, niſi fuerit ignominioſa. 479.18
Filius emancipatus qui vxorem ignominioſam ducit, poteſt ea de cauſa à patre exheredari: an & nepos ex ea ſuſceptus. ibid.19 & 24.
Filius qui aliquo accepto renuntiauit paternæ ſucceſſioni quando faciat partem fratribus in computatione legitimæ. 442 16. & 22.
Etiam hodie Filiusfam. in bonis caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poteſt. 856.7
Filiifam. nulla eſt hereditas. 843.12
Filiosfam. non ſolùm natura, ſed etiam lex facit ſiue per adoptionem, ſiue per legitimationem. 659.4
Filius am. quando legitimam hereditatem habere cenſeatur. 844.10.
In eo filiofam qui patris ſui contemplatione inſtitutus eſt nihil à Iuſtiniano innominatum eſt. 397.12
Filiusfamilias ſtipulando acquirit patri, non ſibi. 620 7
Filiusfam. ſemper fuit capax acquiſitionis, inſpecto etiam iure veteri. 397.18
Filiusfam. an poſſit aduentitia patri donare. 840.5
An Filiusfam. pater mortis cauſa donare poſſit. 833.3. & ſeqq.
Filiusfamil. de quibus bonis teſtari poſſit aut non poſſit. 842 4.
Filiusfam. ab inteſtato heredem habere nequit, nequidem patrem ibid. 5
An vera erat propoſitio illa affirmatiua filiusfam. donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente. 851. 10. hodie vera eſt contraria propoſitio negatiua, filiusfam mortis cauſa donare non poteſt nec ſi pater conſentiat. ibid 11
Cùm filiusfamilias aliquid ex bonis caſtrenſibus patri donauit alio herede inſtituto, valet huiuſmodi donatio. 842. 8
Filiusfamil. patre conſentiente mortis cauſa donare poteſt. 833 7.

Index Rerum,

Filiofam. ex bonis caſtrenſibus patri aliquid donante, deinde inteſtato moriente olim inutilis erat donatio, hodie verò eſt vtilis. p.844 n.16

Filiusfam. an faciat heredem patrem adeundo, an verò repudiando. 397.16

Filiofam. nolente adire, an pater præferendus ſit vulgari ſubſtituto, vt volunt Bartoli aſſeclæ. ibid.16

An Filiusfam. aduentitia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine conſenſu patris. 846.1. & 3.

Legata, fideicommiſſa, donationes in filiosfam. collatæ diuerſimodè confirmantur. 815 5

An filiusfam. habens bona caſtrenſia poſſit illa cui velit donare etiamſi patris conſenſus non accedat. 851.1

Filiifam. primùm facti ſunt capaces bonorum maternorum à Conſtantino. 840. 1. deinde cæterorum aduentitiorum à Iuſtin. ibid. non poterant habere profectitia niſi in peculium. ibid.

Filiusfam. non poteſt rem ſibi à patre donatam vſucapere pro donato, aut pro herede 816.1

Filiusfam. poteſt de peculio caſtrenſe teſtari. 852 4

Quod filiusfam. ex laboribus ſuis acquirit, ſibi non patri acquirit ex Iuſtiniani conſtitutione. 807.14

Fiſcus.

Qui creditores condemnati præferantur fiſco. 943.3

Fiſco applicantur quæ indignis auferuntur. 728 6

Quæ actio competat fiſco aduerſus heredem indignum ad ei auferendam hereditatem. 768. 1.& ſeqq.

Fiſcus non ſemper ſuccedit, etiamſi nullus alius ſit ſucceſſor nec ſuccedit vt heres, aduerſus Iaſonem. 929.5

Fœmina.

Fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput & finis eſt. 454.2

Fœmina non habent ſuos heredes. 453.18

Prima & germana ratio cur Fœminæ à feudis excludantur. 465.10.

Poſt abrogatum ius commune per ſtatutum fœminarum excluſorium, nequidem extra caſum ſtatuti ex iure communi fœmina ſuccedit. 432.25

Succedere nolentibus maſculis ex ſtatuto, fœminæ ſuccedere nequeunt, niſi reſtituatur ius commune. ibid. 23

Vbi ſtatuta fœminas à patris ſucceſſione excludunt, ibi nulla attenditur quoad fœminas legitimæ hereditatis delatio. 431. 5.

Fœmina non excluditur per maſculum qui non explicat tempore mortis eius de cuius ſucceſſione agitur. 442 5

Non ſuccedentibus maſculis non continuò admittitur fœmina, de qua non eſt cautum vt ſuccedat. 432.20

Tota ferè Italia Fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum. 194. 8

Formula.

Formula Galli Aquilij tota ad inſtitutiones, non ad fideicommiſſa pertinet. 389.5

Eius conditio neceſſaria quæ ſit. ibid.n.6

In omnibus ſpeciebus ad formulam Galli pertinentibus ponendum filij inſtitutionem præceſſiſſe. ibid. 10

Frater.

Frater conſanguineus ex Iuſtiniani conſtitutione nonniſi poſt ſororem vtrinque coniunctam ſuccedit. 440.3

Vt Frater conſanguineus ſorori vtrinque coniunctæ præferatur quàm multiplex iuris communis abrogatio requiratur. ibid. 4

Frater conſanguineus cum matre defuncti concurrere non poteſt. ibid 5

Mater defuncti omnes fratres conſanguineos & vterinos excludit. ibid. 2

Si Frater fratrem teſtari aut teſtamentum mutare prohibuerit, an eius factum aliis fratribus noceat 734.1. & ſeqq.

Quibus caſibus frater fratri ſuccedere poſſit ab inteſtato etiamſi defunctus liberos habeat. 496 35

Fratrum hereditas fratribus vt debeatur. 196.14

Fructus.

Fructus ex fundo percipiuntur non tam ſeminis, quàm ſoli & dominij iure. 3.35

Fructus hereditatis fideicommiſſariæ imputantur in quartam. 134. 1. an veniant in reſtitutionem hereditatis. ibid. 2

Fructus vt differant ab vſuris. 130. 12.13

A quo tempore Fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario. p.131.n.1.& ſeqq.

Qui Fructus ei adiudicandi ſint qui reſtituitur ex cauſa immodicæ læſionis. 82.1. & ſeqq.

Fructus pendentes qui. 133.6

Fructus quando augeant hereditatem. 134.9

In iudicio reſtitutionis in integrum qui Fructus reſtituendi ſint. 80.1.& ſeqq.

Fructus an augeant legitimam. 141.1.& ſeqq.

Fructus pendentes qui propriè dicantur. 120 15

Fructus ſunt naturales rei acceſſiones. 130 6

Qui Fructus cenſeantur obligati domino fundi. 3.36

An & quomodo Fructus pignorum redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur. 119 1.& ſeqq.

Quomodo Fructus rerum dotalium diuidantur inter maritum & vxorem ſeu eorum heredes. 118.5

Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori. ibid 6

Fructuum venditio an diſſoluat locationem. ibid 1. & ſeqq.

Fructus legatorum & fideicommiſſorum vt debeantur. 132. 6. & ſeqq

Qui Fructus percepti à bonæ fidei poſſeſſore veniant in vindicationem 400 7

Fructus ſunt acceſſiones naturales, vſuræ verò induſtriales. 472 10.

Frumentum.

Frumenti mutuo dati acceſſiones etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt 5. 12

Fur, Furtum.

Fur tenetur præſtare æſtimationem quanti plurimi. 222. 1. & ſeqq.

Odio Furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur. ibidem 16

In condictione Furtiua an in litem iuretur. 225. 1 & ſeqq.

Actio furti vt differat à condictione furtiua. ibid. 2. & ſeqq

Cuiuſnam rei hereditariæ Furtum fieri queat 344

Rei hereditariæ Furtum fieri poteſt. 26.10

Condictio furtiua actionem Furti non perimit. 221. 17

Furis & prædonis differentia. 409.22

Furi an reſtituendæ neceſſariæ impenſæ. ibid 22

Furioſus.

Furioſi curator poteſt delatam furioſo hereditatem adire. 364

H.

Heres.

HEres ſit quiſquis ſe heredem profitetur dummodo heres eſſe poſſit. 36. 6

Suus Heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres, iure ciuili non poterat admitti vt agnatus proximus. 39.3

Sola Heredis teſtificatio ſiue in iure, ſiue extra ius facta quod velit eſſe heres, obligat eum hereditariis creditoribus. 30.8

Quid iuris ſit vbi Heres res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij 24.1. & ſeqq.

Cùm de ſui Heredis abſtentione quæritur, impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore. 35 1

Pro herede gerit qui ſe dicit heredem præſertim apud iudicem. 30. 7.

Culpam omnem tenetur præſtare Heres qui confecit inuentarium. 28.15

Eius qui Heredem ſuum reliquit, nulla omninò hereditas eſſe intelligitur, & cur 32.9. & conſequenter.

Filius patris Heres dici nequit. 33.10

An ex parte ſui Heredis requiratur immixtio, vt fiat heres. 36.1 & ſeqq.

Heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid ſubripit non propterea fit heres. 37.2

Heres ſuus qui hereditarium aliquid ſubripit, ſibi eripit beneficium abſtinendi. ibid. 3

Heres qui inuentarium allegat, ante omnia illud exhibere tenetur. 30 10

Suo Herede ſe abſtinente an curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit. 34. 1. & ſeqq.

Sui Heredis abſtentio quid ſit. 35.3

Quandiu deliberat Heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti. 34.5

Ius ſui Heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeſſionis. 55.4

Qui ſe heredem dicit cum beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario, vt inuentarium exhibeat an audiendus ſit inuentarium non exhibens. 37.1.& ſeq.

Heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres. 34.2

Ad

Digitized by Google

Ad obligandum Heredem creditoribus quid requiratur. p 30.n.5

Nihil intereſt an ſuus Heres ſe immiſcuerit tutore autore, an ſine tutoris autoris autoritate. 35.4

Inuentario non facto Heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere an teneatur. 20 14.& ſeqq.& 21.5

Quandiu liberum ſit ſuo Heredi vt ſe immiſceat. 37.7 & ſeqq.

Quomodo fraudibus Heredum in hereditate graſſantium ante confectum inuentarium hodie occurrendum eſſet. 25.7

Ad obligandum Heredem creditoribus quid requiratur. 30.5

Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum, licet nullus ſit hereditati datus curator. 20 10

Suus Heres iure quidem ciuili eſt neceſſarius, datum tamen ei eſt à prætore beneficium abſtentionis. 32.1

An conuentus à creditore tanquam Heres, & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in ſolidum, ſi non exhibeat inuentarium. 28.1. & ſeqq.

Suus Heres quis dicatur. 32. 4 an ſit hodie voluntarius. ibid. n 2. & ſeqq.

Quid iuris ſit vbi Heres ſcriptus aut legitimus, viuo adhuc teſtatore, expilauit bona quæ fuerunt defuncti. 8.18

Perinde Heres reuera eſt qui cum beneficio inuentarij heres eſt atque is qui purè. 25.12

Heredem veteres pro domino dixere. 32.5

Sui Heredes ſtatim & ipſo iure heredes exiſtunt, id eſt, non fiunt, ſed apparent ibid.8

Heres ſiue ſuus, ſiue extraneus qui reſpondit ſe heredem non eſſe, cur non ſatis apertè pragmaticis videatur reſpondiſſe. 35.1

An inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo in hereditate verſatus eſt. 23.5.& ſeqq.

Heres ex eo quòd implorauit beneficium inuentarij non minus verè eſt heres. 20.5

An ſit differentia inter Heredem ex certa re inſtitutum adſcriptum coherede ex parte, aut ſine parte: & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte inſtitutus, certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. 205.1. & ſeqq.

Singularis Heres quis. 203.2

Ex ſententia pragmaticorum ſuus Heres ipſo iure poſſeſſor ſit, extraneus verò per aditionem. 56.2

Heres ex re certa ſcriptus dato coherede, nullo caſu heredis loco eſt. 205 3

Per aditionem hereditatis ſolus Heres obligatur creditoribus & legatariis non item bona heredis. 19 6

Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſaluæ ſunt actiones, non propterea eſt actor, contra pragmaticos. 20 9.3

Heres ſub conditione ſcriptus non aliter heres eſſe poteſt, quàm ſi conditio impleta ſit. 419.6

Inſtitutis pluribus Heredibus, vno purè, alio ſub conditione, an purè inſtitutus debeat interim partem duntaxat habere, an totum. 1024.1 & ſeq.

Filia excluſa per ſtatutum eſt ſua Heres patri etiam inſpecto tempore mortis. 442.13

Heres extraneus licet impleuerit conditionem ſub qua inſtitutus eſt, non tamen ſit heres ſine aditione, ſecus in herede ſuo. 555.5

Suus Heres impubes non poteſt cogi vt adeat hereditatem, ſed vt reſtituat hereditatem cui ſe immiſcuit. 625.18

Si ſuus Heres habeat coheredem & abſtineat à patris hereditate, portio eius ad coheredem eius adereſcendi iure ſpectet. 581.8

Datio coheredis non efficit vt ſuus Heres ex neceſſario fiat voluntarius. ibid.9

Filius licet patris heres poteſt ex propria perſona controuerſiam earum rerum facere, quas defunctus perperam alienauit. 391.5

Heres per alium factus quis dicatur. 639.11

Diſcrimen inter ſuos Heredes & agnatos ex iure prætorio. 491.10

Qui Heres inſtitutus eſt non idcirco factus locupletior cenſetur priùs quàm adierit. 398 31

An Heres qui non confecit inuentarium ſolenne amittat beneficium l. cùm hereditate, 5.D.de acq.her. 1055.3

Legitimi Heredes tacitè inſtitui quando videantur. 735.5

Heres ſuus iure ciuili nunquam ſuccedit vt agnatus. 491 12

Suus Heres præteritus quibus modis rumpat teſtamentum. 523.6

An Heres indignus cui olim fiſcus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat an verò ad heredes legitimos debeat pertinere. 743 12

Ius ſui Heredis vnde proficiſcatur. 50..15

Prætor non habet pro Herede eum qui ſe abſtinet. 453.13

Suus Heres cur inſtituendus aut exheredandus. 504.7

Cur ab inteſtato ſuus Heres omnimodo ſuccedat. ibid. 8

Ius ſui Heredis non eſt æſtimandum ex ſucceſſione inteſtati ibid.n.9

Aditio ſiue immixtio non requiritur in perſona ſui Heredis vt fiat heres ex teſtamento. 552.12

In quo plus iuris habeant ſui Heredes, quam alij liberi. 645 1

Suum Heredem teſtator etiamſi miles non facit, ſed lex. 508.8

An creditores agentes contra ſuum Heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem niſi probet filius ſe abſtinuiſſe. 559.1

Suus Heres definitur ex tempore mortis patrisfamilias. 659 6

Heres inſtitutus tranſmittendo ius deliberandi alium heredem non facit, contra interpretes. 639.10

Qui ſint Heredes ex parte, qui ex partibus: qui ſine parte, quique ſine partibus. 1007.1. & ſeq.

Inter Heredes non tantùm inuitos, ſed etiam inuito teſtatore iuri adcreſcendi locus eſt. 1006.12

Suus Heres cur non dicatur repudiare, ſed abſtinere. 553.4

In ſuis Heredibus non eſt ſucceſſio. 508.10

Heredi ſcripto quis controuerſiam hereditatis facere poſſit, ſi merum ius gentium attendamus. 674.14

Suus Heres habet beneficium abſtinendi ipſo iure, non item extraneus. 1051.12.

Quorum interſit vt teſtator habeat heredem teſtamentarium 629 16

Sui Heredis ius & nomen cui conueniat. 508.7

Extraneus non priùs eſt Heres quàm voluntatem ſuam declarauerit. 579 14

A ſuis Heredibus etiam ignorantibus tranſmittitur paterna hereditas ad quoſcunque. 432.15

Verba illa ſubſtitutionis vulgaris, SI FILIVS HERES NON ERIT ex neceſſario Herede voluntarium non efficiunt. 578.10

Heres ex certa re inſtitutus non habetur niſi loco legatarij, cùm alius adſcriptus eſt heres vniuerſalis. 676.7

Heres ab initio voluntarius per aditionem ſit neceſſarius. 546.11

Heres neceſſarius vt voluntarius fiat debet conditio in ipſa inſtitutione, non in ſubſtitutione poni. 578.9

Ius ſui Heredis etiam ſe abſtinentis impedit ius fiſci. 577.18

Suus Heres cui extraneus coheres adiunctus, non eò minus ſuus heres manet. 602.2

An beneficium abſtentionis euertet exiſtentiam ſui Heredis. 555.1

Ad quem Heredem rogatum pertineat SCti Trebelliani autoritas. 530.10

An ſui Heredes dicantur repudiare hereditatem. 496.32

Eſſe Heredem iuris eſt. 398.29

Suus Heres etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit parendo conditioni. 554 7

Suo Heredi inſtituto licet abſtinendi bonorum poſſeſſio ab inteſtato deferri nequit 576.8

Diſputatio de exiſtentia ſui Heredis. 553.1.& ſeqq.

Quiſquis ſemel Heres eſſe voluit non poteſt poſtea heres eſſe nolle. 424.7

Sui Heredis agnatione rumpitur teſtamentum, ſicut & per filij quoque abrogationem. 471 24

Non poteſt hodie cogi Heres inſtitutus vt poſt repudiationem adeat fideicommiſſario poſtulante. 614.7

In ſuis Heredibus cur non ſit ſucceſſio. 451 26

Agnatorum & ſuorum Heredum differentia. 491.14

Suo Heredi inſtituto ſe abſtinenti hereditatem ab inteſtato retinere non licet. 575 1

Exiſtente aliquo ſuo Herede qui hereditatem ad ſe pertinere nolit, mater defuncti admittitur ad bona, non ad hereditatem. 439.9

Suus Heres non eo minùs ſtatim heres eſt & ipſo iure, quòd poſſit abſtinere, imò nec ob id quod iam ſe abſtinuerit. 477

Suum Heredem dicimus etiam ex teſtamento. 585.17

Quo iure Heres ſuus qui coheredem aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis, tum bona duntaxat perueniant ad coheredem ſeu ſubſtitutum, non verò hereditas. 426.4

Heredem facere prætor non potuit, Senatus potuit 425. 13. & cur. ibid.14

In ſuis Heredibus idem eſt inſtans & delationis & acquiſitionis hereditatis. 385.15

Heres deducit impenſas ex fideicommiſſo. 406 19

Eiuſdem plures Heredes in ſolidum eſſe non poſſunt 422 8

Heres qui reſtituit fideicommiſſum quando poſſit res hereditarias condicere. 407.4

In obſcuro præſumendum eſt pro Herede contra fideicommiſſarium. 379.5

Heres qui reſtituit fideicommiſſum non deductis impenſis potest

teſt creditoribus hereditariis denuntiare ne fideicommiſſario ſoluant. p.407.n.5
Heredes contractuales apud Gallos frequentes. 450.10
Viuentis quo ſenſu ſit ſuus Heres. ibid 17
Suorum Heredum & agnatorum conuenientia ſecundum ius 12. tab. 491.9
Suus Heres dominus quidem viuo patre eſſe intelligitur, at non poſſeſſor. 576.13
An exiſtentia ſui Heredis tollatur ſubſtituti datione. 577.1
Diſtinctio Heredis in directum & vtile Bartoli figmentum. 423.9
Nullus eſt omnino caſus quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe Heredes. ibid.17
Heredes fieri poſſunt non tantum per legem ſed etiam per quamlibet legi ſimilem conſtitutionem. 411.18
In ſuis Heredibus iure ciuili non eſt ſucceſſio. 481.4
Heredis appellatione dominus ſignificatur. 410.15
Sui Heredes quomodo obſtent agnatis in bonorum poſſeſſionibus accipiendis. 433 16
Lex eſt quæ Heredem & hereditatem facit. 410.11
Statuto an fieri poſſit vt quis ſit Heres ad tempus aut ex tempore. ibid.1.& ſequentibus.
Heres qui reſtituit fideicommiſſum quarta non deducta non habet actionem ad eam conſequendam. 40 .6
Fieri poteſt vt quis vere & ipſo iure ſit Heres, & tamen hereditas ad ipſum non pertineat. 424.8.& 10
Nemo poſt mortem ſuam Heres inſtitui poteſt. 418.10
Ex teſtamento vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote herede ſuo, nemo poteſt ab inteſtato heres exiſtere. 426 2
Nudum nomen heredis habere qui dicantur. 443 6
Heres inſtitui, niſi ita vt certò demonſtretur, nemo poteſt. 391.19
Quibus caſibus iure ciuili fiat, vt qui ſemel fuit Heres deſinat eſſe heres. 413 1.& ſeqq.
An minor qui repudiarat fiat heres ſi reſtitutus fuerit poſtquam vulgaris ſubſtitutus adiit. 411.20
Fœminæ non habent ſuos Heredes. 453.18
Lex cur non poſſit Heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres. 410.14. & ſeqq.
An per legem fieri poſſit vt heres eſſe deſinat is qui ſemel heres fuit. ibid.5
Cur qui ſemel eſt heres nunquam deſinat eſſe heres. ibid.9
Ius ſui heredis vnde æſtimetur. 419.15

Hereditas.

Hereditas adimi non poteſt. 713.12
Cuius Hereditas aliqua eſt eius peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt. 854.2
Quomodo intelligendum illud in codicillis Hereditatem neque dari, neque adimi poſſe. 744 8
Acquiſitio Hereditatis quæ fit ipſo iure excludit omne beneficium iuris ciuilis. 453.14
Adimi Hereditas directò, neque per codicillos poteſt, neque aliter quam per teſtamentum 758.21
Hereditas teſtamento non aliter adimi poteſt, quàm per nouam & ſolennem inſtitutionem. ibid.16
Delatio Hereditatis eſt iuris, agnitio verò & acquiſitio facti. 704.20
Hereditas adimi non poteſt. 744.7
Petitio Hereditatis cui & aduerſus quem detur. 7.06
Inter Hereditatem & legatum notabilis differentia. 1045.14
Patris & filij cui ſubſtitutum eſt pupillariter duæ ſunt Hereditates, quæ vnius loco quandoque cenſentur. 546 12
Quilibet Heredis rogati ſucceſſor rectè ex Trebelliano Hereditatem reſtituit. 530.7
Ab inteſtato lex æqualiter diuidit inter liberos Hereditatem. 677.4
Animus acquirendæ Hereditatis quibus modis declaretur. 399 34
Hereditatis petitio eſt actio ciuilis. 741.10
An ius adcreſcendi tranſeat in emptorem Hereditatis. 1040.1. & ſeqq.
Ad Heredis ſcripti ius euertendum non ſufficit, quòd non habeat defuncti voluntatem; & quæ præterea requiratur. 703.2
Actio Hypothecaria quæ pro legatis competit eſt naturæ à cæteris hypothecariis differentis. 1001.7
Nunquam eiuſdem hominis Hereditas ex diuerſis teſtamentis aditur. 704 14
Vbi patris Hereditas acquiſita eſt filio non poteſt alius habere hereditatem patris, quàm qui habiturus eſt hereditatem filij. 498 8
Ex iure ciuili eſt non tantùm Hereditas, ſed etiam Hereditatis petitio, cæteræque actiones omnes. 673.45
Hereditas per pactum dari non poteſt. 998.1.& cur 999.5
Cur Hereditas non habeatur pro reſtituta quam heres adiit coactè vrgente procuratore. p.531.n 12
An Hereditas fiat caduca cùm quis alium teſtari coegit in fauorem tertij. 731.1 & ſeqq.
Qui teſtamentariam Hereditatem repudiauit ſi in fraudem legatariorum eandem ab inteſtato retineat in edictum prætoris incidit. 575 2
Conſuetudinis de Hereditatibus ex pacto deferendis inducendæ neceſſitas. 417 9
Delatio Hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet. 419.4
Quomodo verum ſit illud, HEREDITATEM ADIMI NON POSSE 768.5
Hereditas delata non acquiritur ſine aditione. 399 40
Regulariter quiſquis vult Hereditatem adire quam ſemel repudiauit eget beneficio reſtitutionis. 416.23
Extra dotales tabulas apud Gallos Hereditas pacto non datur. 410 12
Diſcrimen inter Hereditates & legatas ſeu fideicommiſſa 646 10
Acquirendæ Hereditatis impedimenta varia. 648 11
Quandiu Hereditas ex teſtamento adita non eſt tandiu durat ſpes ſucceſſionis ab inteſtato. 680.4
Diuidendæ inter liberos Hereditatis arbitrium parentibus quatenus conceſſum. 677.1
Non quæuis aditio hereditatis Heredem facit. 425 13
Hereditas non adita cur non tranſmittatur. 534.29
Hereditatis petitio eſt vindicatio. 529.15
Prætor poteſt ſe interponere tum ante reſtitutionem, tum poſt reſtitutam hereditatem. 518.21
Tranſmiſſio Hereditatis non ſemper vtilis eſt heredi, contra Bart. 516.9
Acquiſitio Hereditatis non obſtat quominus fideicommiſſario reſtituatur hereditas ſed potiùs neceſſaria eſt 522.12
Delatio Hereditatis eſt iuris, aditio facti, illa verò ſublata hæc ſimul corruit. 425.14
Fauorabilior eſt datio quàm ademptio Hereditatis, & quatenus Hereditas ſemel data adimi non poſſit. 690.18
In Hereditatibus quæ per leges deferuntur, non aliud remedium comparatum eſt quàm fideicommiſſi, vt in alium quam heredem transferantur. 417.11
Legitimæ & teſtamentariæ Hereditatis differentia. 420 9
Quibus caſibus Hereditas legitima maneat in ſuſpenſo. ibid. 10.& ſeqq
Caſus quo Hereditas teſtamentaria manet in ſuſpenſo propter legitimam, adeoque poſt legitimam defertur. ibid.6
Delatio Hereditatis teſtamentariæ pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt. ibid 2
Inter excludi & admitti ad Hereditatem datur medium, ſuntque contraria, non contradictoria. 432.16
Nemo poteſt decedere cum duobus Hereditatibus ab inteſtato. 413.38
Hereditas filio relicta contemplatione patris eſt peculij profectitij. 398 25
Cùm aliquis alicui ſuccedit hereditas defuncti fit patrimonium heredis viuentis. 483 24
Recuſatio & repudiatio hereditatis quomodo differant. 634.13
An hereditas poſſit donari cauſa mortis. 998.1 & ſeq.
Hereditatis vocabulum quandoque ſignificat bonorum poſſeſſionem. 495 10
Quiſquis Hereditatem ſibi acquirere vult per aditionem eum neceſſe eſt de iure ſuo certum eſſe. 643.3
Plures eiuſdem hereditatis domini in ſolidum eſſe non poſſunt. 425 1
Patris & filij pupilli vnum eſt quidem teſtamentum, duæ tamen ſunt hereditates. 564.3
Eius eſt hereditatem teſtamentariam adire cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legem. 398 18
Hereditas ex quo adita eſt deſinit eſſe hereditas & fit patrimonium heredis. 411.19
Hereditas eſt fictio legis 410 6. cur inducta. ibid.
Quando hereditas legitimis heredibus primùm deferatur, & poſt eos teſtamentariis. 419 18
Legitima hereditas cur non ſuſpendatur eo tempore quo per legem deferri poteſt. 420.10
Vna aditio ſufficit ad acquirendam tum paternam tum pupillarem hereditatem. 547.15
Valde intereſſe cui reſtituatur hereditas. 530 9
An hereditas delata monacho, ſine eius facto acquiratur monaſterio. 391.1
Hereditas neque ex die, neque ad diem dari poteſt. 410. 2 & cur ibid.6.7
Hereditas quandocunque adita cur retrofingatur adita à die mortis ibid 10
Hereditas ab inteſtato per legem ſolam defertur eo ipſo inſtanti, quo verum eſt patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe 411.30

Soluendo

Digitized by Google

Soluendo eſt hereditas quæcunque inuenit heredem. pag. 411. num 16
Quibuſdam caſibus hereditatis legitimæ aditio manet in ſuſpenſo. 419.1
Per pactum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alteri vero ex tempore pragmaticorum eſt ſententia. 416.2
Delatio & acquiſitio hereditatis quomodo differant. 419.7
Hereditas quæ ſuo & neceſſario heredi defertur acquiritur ſine aditione. 397.15
Iura hereditatum cur l.12.tabul.introducta. 435.20
Hereditas nulla eſt niſi hominis iam defuncti. 418.19
Per pactum quando detur hereditas ex ſententia pragmaticorum. 416.1
Hereditatis nomen vt à bonorum appellatione differat. 104 2
Aditio hereditatis cur difficilis probationis. 30.1
Hereditas definit eſſe hereditas ex quo certum eſſe incipit neminem heredem fore. 35 8
Adire aut repudiare Hereditatem extranei eſt heredis, immiſcere vero vel abſtinere ſui. 32 8
Eius qui heredem ſuum reliquit nulla omnino Hereditas eſſe intelligitur & cur. ibid.9
Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam Hereditatem adire poteſt. 36.8
Cur delata Hereditas per procuratorem acquiri non poſſit. ibid.9
In agnoſcenda Hereditate quæ ſit differentia inter ſuum heredem & extraneum. 30.1.&ſeq.
Ex duplici iure poteſt nonnunquam Hereditas deferri, vt tamen incertum ſit ex quo deferatur. 26 1.& ſeqq.
Cur nullo iuris loco tractetur de curatore Hereditati tanquam iacenti dando 34.1
Vniuerſalia iura per aditionem Hereditatis an confundantur. 21.1.& ſeqq.
Per aditionem Hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatariis, non item bona heredis. 19.6
Hereditatem extranei non aliter poteſt pupillus ſibi acquirere quam ſi tutore autore vel adeat vel pro herede gerat. 36.5
Cuiusnam rei Hereditariæ furtum fieri queat. 14.4
An quo caſu heres eſt defuncti creditor debeat dari curator Hereditati. 20.8
Quid ſit Hereditati paternæ ſe immiſcere. 10 4
Cur & quomodo Hereditatis nomen vſurpent veteres ICi, cum de ſuis heredibus loquuntur. 33.13
Per 30. annorum præſcriptionem perimitur non tantum ius adeundi, ſed etiam ius petendæ Hereditatis. 39.8
Ex ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione an inducatur Hereditatis aditio & tranſmiſſio. 56 1.& ſeqq.
Hereditas perſonam defuncti repræſentat, non heredis. 34 2
Hereditati furtum fieri nequit. ibid.3
Ad acquirendam Hereditatem neceſſarium eſt, vt qui eam vult ſibi acquirere & cauſam & ius acquirendæ intelligat. 26 3
Semel repudiata Hereditas non magis adiri poteſt, quàm adita repudiari. 36 6
Hereditas non adita dici nequit quæ heredem ſeu dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt. 20.6
Hereditas iacens dici nequit quæ habet heredem. 34 3
Hereditaria actio non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto. 31.15
Inter Hereditatem & bona differentiæ plures. 35 7
Fructus quando augeant Hereditatem. 134 9
Hereditatis incommoda 25 13
Actio Hereditaria non naſcitur ex interrogatione, ſed ex contractu cum defuncto. 31.15
A quo tempore fructus Hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario 133.1. & ſeqq.
A fure non manifeſto non valdè diſtat is qui Hereditatem expilauit. 26.19
Hereditatis delatio præcedit acquiſitionem & excluſionem. 158 6
Differentia inter delationem & acquiſitionem. ibidem numer.7
Rei Hereditariæ furtum fieri poteſt. 16.20
Fratrum Hereditas fratribus debetur. 196 14
Hereditati furtum fieri nequit. 34.3
Veteres ICti nuſquam ſcripſere Hereditatem patris filiofam. aut deferri aut acquiri: & cur. 33.14
An curator dari poſſit Hereditati tanquam iacenti quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 19.1.& ſeqq.
Facilius inducitur Hereditatis immixtio quàm aditio 37 5
Non adita ex teſtamento Hereditate, omnia corruunt quæ teſtamento continentur. p.199.n 5

Hyperoche.

Hyperochæ nomen veteribus interpretibus incognitum. pag. 285.n 1. quid ſit. ibid.3

Hypotheca, Hypothecarius.

Hypothecarius creditor quid in libello petere debeat. 111.6
Hypothecarij creditores vt differant à chirographariis. 2 4
Inter Hypothecarios creditores ſiue hypotheca fuerit tacita, ſiue expreſſa, qui prior eſt tempore potior eſt iure. 13.2
Inter Hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur. 19.7
Quæ ſit vulgaris formula inſtituendæ actionis Hypothecariæ. 235.1
Actio Hypothecaria eſt arbitraria. ibid.n.2
Hypotheca nuda voluntate & ſolo conſenſu contrahitur. 6 5
Tacitas Hypothecas quis fauor extorſerit. 3.31
Ad eas inducendas neceſſaria Sanctarum conſtitutionum autoritas. ibid.
Tacita Hypotheca quæ moribus inducta ſit. ibid n 32
An Hypotheca ex chirographo in quo expreſſa eſt, non prius competat, quam fuerit agnitum chirographum. 6 1. & ſeqq
Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendam hypothecam. 6. 5
Creditor Hypothecarius qui poſt intentatam hypothecariam [illegible] conſtituit, quatenus audiendus. 46.2
Cum Hypothecaria exercetur quomodo ſententia vulgo feratur pro creditore 47. 2 & quid autor in ea deſideret 7. num.1
Hypothecaria quandoque datur vero poſſeſſori contra non poſſidentem. 46.6
Quo caſu ſpecialis Hypothecæ vſus ſit neceſſarius. 79 5
Hypotheca quibuſdam caſibus tacite contrahitur. 12 16
Quæ ſint differentiæ inter pignus & Hypothecam 110. 1. & ſeqq
Quo caſu qui poſterior contraxit præfertur anterioribus Hypothecam expreſſam habentibus. 65.4
De poteſtate generalis Hypothecæ iis caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur. 67.1.& ſeqq.
Habens tacitam Hypothecam deinde ſibi caueat per expreſſam tacitæ priuilegium amittit. 64 6 exceptio.65.21
Specialis Hypotheca an poſſit impedire alienationem. 68. 5
Quæ ſint partes iudicis cùm agitur Hypothecaria. 236.4
Conuenientiæ & differentiæ inter actionem hypothecariam & rei vindicationem. ibid.5. & ſeqq.
De Hypothecæ ſpecialis excuſſione. 66. 1. & ſeqq.
Differentia inter tacitam & expreſſam Hypothecam. 6'.10
Quibus caſibus qui tacitam duntaxat Hypothecam habet, licet ſit poſterior tempore præferatur ei qui expreſſam habet. 64.4
Tacitæ Hypothecæ quando minor ſit vis quàm expreſſæ. ibid.3
Pactum de retrouendendo an inducat Hypothecam. 322. 1. & ſeqq.
Tacitam Hypothecam quando lex inducat. 65.10
An in Hypothecaria iuretur in litem. 233. 1. & ſeqq. & 234. 1 & ſeqq.
Specialis Hypothecæ excuſſionem mulier ante omnia facere tenetur. 65.21
Ex chirographo agnito an tacita Hypotheca inducatur. 2.17
Nulla actio ex ſtipulatu habet priuilegium tacitæ hypothecæ, excepta actione de dote 1001.6
An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus cauſa mortis. 1000.1.& ſeqq.
Hypothecaria non poteſt competere pro donationibus cauſa mortis per traditionem factis. 1001.10
Hypothecaria eſt ab initio & ſui natura eſt arbitraria. 409 26

I

Immiſcere ſe hereditati.

SE non immiſcere & abſtinere vt differant. 560.5
Pactum de ſuccedendo iure Iuſtinianeo quando valeat. 147.2
Quid ſit hereditati paternæ ſe immiſcere. 37.4
Facilius inducitur hereditatis immixtio quàm aditio. ibid.5

Index Rerum,

Impedimentum.

Maius eſt impedimentum cui cauſam præbet repugnantia ex parte rei, quàm quod naſcitur ex defectu poteſtatis agentis. p.413 n.15

Impenſa.

Impenſarum neceſſariarum diſtinctio Accurſiana probata. 412. 24

In vtilibus impenſis bonæ fidei poſſeſſor habet exceptionem doli ad eas deducendas etiam in rei vindicatione. 402. 26

Voluptuariæ impenſæ faciunt rem pretioſiorem, non meliorem. 403.34

Heres deducátne impenſas ex fideicommiſſo. 406.19

Impenſarum in deductione differentia conſtituitur inter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem 401.10

Malæ fidei poſſeſſor impenſas vtiles deducere non poteſt per exceptionem doli, ſed tantùm tollere ſine tamen rei detrimento. 402.27

Tum neceſſariæ tum vtiles impenſæ quomodo deducantur à prædone. ibid.12

Ei qui rem alienam reſtituit non deductis aut ablatis impenſis non amplius ſuccurritur 404.12

Poſſeſſor quando tollere poſſit impenſas quas fecit. 40-.25

Furi an reſtituendæ neceſſariæ impenſæ. 409 11

Imperator.

Imperatores nunquam reſcribunt de ſummo iure contra æquitatem. 401 12

Inter ius & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Imperatori & licet & oportet inſpicere. 747.25

Imperatores ſunt ſupra leges, atque adeò facere poſſunt quod lex nulla poteſt. 411 23

Imperator non modo interpretari poteſt, ſed etiam ſupplere. 386. 29

Imperatoris eſt ſupplere, non Iuriſconſulti. 385.16. & ſeqq.

Incapax.

Datum incapacibus repeti poteſt. 531,10

Incluſio.

Incluſio vnius eſt alterius excluſio. 385 15

Indignus.

Etiam Indignus eſt heres ſcriptus, cùm alius pro eo ſiue ſciente ſiue ignorante vim fecit, aduerſus Iaſonem. 732.5

Quæ Indignis auferuntur ea omnia fiſco applicantur. 727.6

Indigni coguntur reſtituere omnes fructus etiam quos perceperunt ante litem motam. 741.3

An heres Indignus cui olim fiſcus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat, an vero ad heredes legitimos debeat pertinere. 742 11

Inficiatio.

Inficiatio quandoque facit vt obligatio creſcat. 3.26

Propter Inficiationem obligatio pignoris non conſtituitur. ibid. nec vlla alia. ibid,n.27

Ingratitudo.

Ingratitudo filiæ nepoti nocet ſi illa auo ſuperuixerit. 470.6

Iniuria quæ fit patri per ignominioſas nuptias filij ad quod caput cauſarum Ingratitudinis referatur. 479.25

Inſinuatio.

De iure Inſinuationis donationum. 906 9

Donationum Inſinuatio cur introducta. 858.5

Inſinuatio in donationibus cauſa mortis neceſſaria non eſt. 834.26

Inſinuari debent apud Gallos omnes donationes inter viuos, iis exceptis quæ fiunt in contractu matrimonij. 890.11

Vltimæ voluntates Inſinuatione cur non indigeant. 859.6

Inſtituere, Inſtitutio heredis.

Verbum Inſtituo an directum. 617.11.15

Heredis Inſtitutio eſt facti. 198.13

Cur olim inutilis hæc Inſtitutio Titius heres erit. 629.4

Item hæc Titius hereditatem meam accipiat. 629. 5. & 630. 7. cur hæc olim dubia, Titius hereditatis meæ dominus eſto ibid. 6. Titius bona mea accipiat inutilis olim fuit inſtitutio. p.630.n.8

Non fuit olim bona Inſtituendi heredes formula, Titium heredem facio, aut inſtituo, & cur. 10.6.10

Cur olim dubitatum an valere iſta Inſtitutio Titius heres ſit. 629 3

Quibus adiunctis verbis rectificetur illa formula Inſtitutionis, Titius hereditatem meam accipiat, aut bona. 630.12

Vnde dignoſcatur an Inſtitutio ſit pura vel conditionalis, 588 16

Qui ſint neceſſario inſtituendi aut exheredandi, & qui impunè præteriti queant ex Bart ſententia. 419.3

Titulus Inſtitutionis quatenus honorificus. 675.8

Parentes non coguntur præcisè liberos ſuos Inſtituere ſed ſub diſtinctione. ibid.9

Teſtamentariæ Inſtitutioni puræ conditio extra teſtamentum iniici non poteſt. 758 10

Legitimi heredes tacitè Inſtitui quando videantur. 734.5

Si quis Inſtituerit filium ſuum & ex eo nepotem, an hic cum illo ſimul admittatur, an verò ordine ſucceſſiuo. 611.1

Inſtituto filio non cenſetur pater Inſtitutus ita vt ex propria perſona adire poſſit. 610.11

Liberi qui ſunt in poteſtate non poſſunt ſub alia conditione Inſtitui poteſtatiua. 419.5

Directa Inſtitutio nonniſi directis & ciuilibus verbis fieri poteſt 390 20. imò ex Conſtantini conſtitutione etiam inflexis & obliquis ibid.

Abſurdum eſt vt directa Inſtitutio potiùs quàm fideicommiſſum ex verbis conditionalib. inducatur ibid.

Qui ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato, hereditatem obtinet. 197 8

Non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit. 181.7

Qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe herede ſcripto, legatarij non heredis loco eſt. 198.1.& 199.5

Particularis Inſtitutio quæ 203.8

Inſtitutio ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos. 183.13

Ex certa re Inſtituto an teſtator poſſit ius adcreſcendi prohibere, vbi nullum coheredem adſcripſit. 199.1. & ſeqq.

Quæ Inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis. 203 3

Inſtitutus ex re certa, ſi poſſeſſionem eius propria autoritate occuparet, cur non teneretur interdicto, quod Legatorum. 198.4

Quando titulus Inſtitutionis ſit honorabilior quam legati. 183 12

Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto herede, pro legatario tantum haberi poteſt. ibid.8

Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali. 197.4.& ſeqq.

Inſtrumentum.

Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiæ & condemnationis. 11.11

Interdictum.

Interdicti, quod Legatorum, quæ fuerit ratio. 198.1. ad quæ legata pertinuerit ibid.2

Cur ad fideicommiſſa non pertineret. ibid 3

In Interdictis an iuretur in litem. 241.1 & ſeq.

Interdictis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus. 47.4

Quæ ſit ratio Interdicti quod legatorum. 900.6

Interdicti quod legatorum ratio duplex, & quando legatarius eo teneatur 901.15 ad quæ poſſit extendi. ibid.18

An ceſſante Falcidia ceſſet Interdictum quod legatorum. 429.4

Interpretari.

Interpretari eſt Iuriſconſulti, non ſupplere. 386.29

Interrogatoria actio.

Interrogatoria actio in quem detur. 31. 12. vnde naſcatur. ibid.13

Inteſtatus.

Quinam Inteſtati dicantur tacitè videri legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſoris relinquere, eoſque inſtituere. 646.3

Cur permiſſum ſit ei qui decedit Inteſtatus aut fideicommiſſa relinquere, aut aliam liberalitatem exercere in præiudicium legitimi heredis. 844.19

Inuentarium.

An heres qui non confecit Inuentarium ſolenne amittat beneficium l.cum hereditate 55.D. de acq.hered. 1055.3

An ſit audiendus qui ſe heredem dicit cum beneficio Inuentarij.

Digitized by Google

tarij, nec tamen inuentarium exhibet, p.17.n.1 & ſeqq.
Heres qui Inuentarium allegat ante omnia illud exhibere tenetur. 29.10
Quæ ſint partes Iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult. ibid.n.11
In confectione Inuentarij quas ſolennitates præſcripſerit Iuſtinianus. 22.1
An conuentus à creditore tanquam heres & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeta condemnari in ſolidum, ſi non exhibeat Inuentarium. 28.1.& ſeqq.
Tempus quod Inuentario conficiendo præſcriptum eſt non currit niſi ab adita hereditate. 25.3 intra quod tempus ab aditæ hereditatis die inuentarium oporteat inchoaſſe. ibid.6
Inuentarij quantumlibet vitioſi pœna non eſt grauior, quàm vt nullum eſſe exiſtimetur. 31.12
Inuentario non facto heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere an teneatur. 20.12.13.14.& 22.5
Beneficium legis Iuſtinianeæ & inuentarij quomodo conueniat cum edicto prætoris de ſeperationibus quomodo item differat. 18.5
Vt inuentarium valeat res hereditariæ quæ numero pondere aut menſura conſtant, ponderari, numerari, & metiri debent. 28.16.17
Beneficium Inuentarij vt differat à beneficio deliberandi. 15.2.& ſeqq.
Aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne Inuentarium confici poſſit. 27.7
Quid iuris ſit vbi heres res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium Inuentarij. 25.1.& ſeqq.
Differentia inter Inuentarium ſolenne quod fit ab herede & ea quæ fiunt ad ſaluum ius habentis. 27.6
Beneficium Inuentarij quodnam hereditatis incommodum tollat. 25.14
An æſtimatio rerum hereditariarum per viros probos facienda, ſit de ſolennitatibus Inuentarij. 27.1.& ſeqq.
Quo ſenſu dicatur beneficium Inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis. 24.18
Inuentarium ſolenne quod. 23.2
An Inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate. ibid.5.& ſeqq.
Inuentarij commoda. 20.4
An poſſit fieri Inuentarium eo adhuc tempore quo incertum ex quo iure deferatur hereditas. 27.4.& ſeqq.

Irnerius.

Irnerius Authenticarum compilator vt ab aliis notatus. 181.1

Iudex Iudicium.

Iudex requiſitus ſicut non poteſt cognoſcere de viribus aut iniquitate ſententiæ, ita nec recuſare poteſt petitam iudicati executionem. 80.7
Pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leuiores quàm par ſit, non poſſunt nec debent a Iudicibus exaſperari. 26.16
In omnibus bonæ fidei Iudiciis non iuratur in litem. 129.2
De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimandi. 129.1 & ſeqq.
In Iudiciis bonę fidei vt res debita ęſtimari debeat 208.1 &ſeq.
Omnia Iudicia non ſunt bonæ fidei. 131.14
Iudicium reſciſſorium non eſt principalius & dignius reſcindente 80.4
Quæ ſit differentia Iudiciorum bonę fidei & ſtricti Iuris quod ad fructus & vſuras attinet. 129.1.& ſeqq.
In ſtrictis Iudiciis, ſi neque dolus, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur, dolo vero aut metu interueniente neceſſaria eſt reſtitutio 90.11
Plus poteſt officium iudicis in bonæ fidei Iudicis, quàm exceptio doli in ſtrictis. ibid.14
In Iudiciis bonæ fidei ſiue dolus ſiue vis aut metus interuenerit ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolum paſſus conueniatur, at ſi agat opus eſt reſtitutione. ibid.12
Inter Iudicia ſtricta & bonæ fidei quid interſit, quomodo etiam conueniant. 128 9.& ſeqq.
Iudicium reſcindens reſciſſorij eſt præparatorium 76.6
In Iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur. 259.8
In Iudiciis ſtricti iuris, vt res debita æſtimanda ſit. 210 1.& ſeq.
An reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio fieri poſſit. 74.1 & ſeqq.
Vbi nulla eſt actio ibi Iudicis officio nullus eſt locus 408.13
Cur alicui per Iudicis officium faciliùs ſuccurratur, quam per actionis inductionem. 404 7
Iudices illi qui non habent poteſtatem legis condendæ coguntur ſequi communes interpretum opiniones licèt erroneas. 517.6
Vtile Iudicium quid. p.405.n.3
Bonæ fidei Iudiciis quomodo ipſo iure inſint doli exceptiones. ibid.4.

Iuriſconſultus.

Iuriſconſultorum non eſt illud munus vt ſuppleant, ſed tantum vt interpretentur. 385 16
De iure, non de facto reſpondere Iuriſconſulti ſolent & debent. 533 27

Iuriſprudentia.

Iuriſprudentiæ infœlicitas. 674 3
Iuriſprudentia res eſt religioſa. 599 35
Media Iuriſprudentia conſtat ex prudentum interpretatione, & ius ciuile per emphiteuſim appellatur. 412.34
Media Iuriſprudentia in cauſa ſucceſſionis meliorem faciebat maſculorum quam fœminarum conditionem. 446.5

Ius.

Ius ciuile per emphyteuſim dicitur media Iuriſprudentia ex prudentum interpretatione conſtans. 412 34
Ex Iure ciuili eſt, non tantùm hereditas, ſed etiam hereditatis petitio, cæteræque actiones omnes. 673.15
Populi qui Iure ſcripto & Romanorum communi, vtuntur ſunt iis fœliciores qui iure conſuetudinario ſeu ſtatuario vtuntur. 462.11
De facili res redit ad Ius commune. ibid.12
Iura vigilantibus ſubueniunt non dormientibus. 3 23
Vt reſoluto Iure datoris reſoluatur ius acceptoris. 57.14
Iurium excuſſionem facere creditor an & quando compellatur. 58.7.& ſeqq.
Ipſo Iure quæ fieri dicantur. 57.10
Bonis omnibus alienatis aut obligatis etiam Iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium. 51.8

Iuſiurandum.

Iuſiurandum in litem cur inductum. 238. 3. ibid. 1. an interdictis iuretur in litem. 246.5
Iuſiurandum ſuppletiuum legibus incognitum eſſe. 246. 5. & ſeqq.
Iuriſiurandi vis quanta in conuentionibus, iure ciuili & Pontificio. 280.1
Iuſiurandum eaſdem leges & conditiones recipit, quas ipſe contractus. 85.3
De taxatione Iuriſiurandi in litem. 243.1.& ſeqq.
Aduerſus Iuſiurandum quod purgationis vocant, ſalua eſt probandi facultas. 25.8
Sine delatione Iuriſiurandi fieri non poteſt, vt æſtimetur res quæ non extat. 28.7
Regulare eſt vt tantùm ob dolum iuretur in litem. ibid.8
Caſibus Iuratur in litem quibus ob culpam. ibid.n.9.10
In qua actione prætoria iuretur in litem. 226 5
Iuſiurandum quod à iudice defertur vni ex partibus referri poteſt. 248.6 differentia inter iuſiurandum delatum à parte, & id quod defertur à iudice. ibid 8
Inter Iuſtinianeum, & vulgare quod ſuppletiuum vocant, iuſiurandum conuenientiæ & differentiæ. 249.1.& ſeqq.
Nunquam iuratur in litem quanti plurimi res fuerit. 226 7
An Iuretur in litem in condictione furtiua. 225.1 & ſeqq.
An in actione furti. ibid.
An qui aduerſario inficianti iurare permiſit, & eo iurante victus eſt, in expenſas debeat condemnari. 254.3.& ſeqq.
An ſumptus vlli debeantur victori litis per Iuſiurandum ſuppletiuum deciſæ. 255.1.& ſeqq.
De Iuriſiurandi delati relatione 236.1. & ſeqq. quibus caſibus non cogatur iurare is cui defertur iuſiurandum ibid. an iudiciale Iuſiurandum deferre is poſſit qui à probanda intentione ſua iam excluſus eſt. 237.1.& ſeqq. Iuramentum delatum an & quando habeatur pro præſtito, aut pro relato. 258.4. & ſeqq.
Iuriſiurandi diſtinctio in iuſiurandum affectionis & veritatis commentitia. 227.4
Iuſiurãdum Iuſtinianeum quibus in caſibus deferri poſſit. 250.1. & ſeqq. Senatus Pariſienſis iuramento ſuppletiuo cur non vtatur. 251 5. quando illud admittat Senatus Sabaudicus. ibid.8
Deciſa iureiurando controuerſia an retractare poſſit ſuo prætextu periurij, aut nouorum inſtrumentorum. 252. 1. & ſeq.
Iuſiurandum comparatur rei iudicatæ. ibid.
Iuſiurandum ex iurantis mente vires & interpretationem accipit. 179.12
An iuſiurandum veritatis in iudicis bonæ fidei locum habet. 232.1.& ſeqq.
Iuſiurandum in litem eſt auxilium iuris ciuilis & ad quid comparatum. 240 6

Iuramentum quotuplex apud interpretes. 229 1. an ſit vllum veritatis. ibid.

An Iurari poſſit in litem pro nummis ſua die non ſolutis. 231.1. &ſeq.

In interdictis an iuretur in litem. 441.1 & ſeqq.

An in actione ex empto iuretur in litem 228.1.& ſeqq.

Iuſiurandum Zenonianum quoduam ſit & quando & ſit locus 242.1.& ſeqq vt differat à cæteris. 245.5.6

Iuſiurandum vt ſit obligatorium quos comites habere debeat. 165.6

Itali pragmatici abſolutionem à iureiurando contractui adhibito difficilius concedunt, quàm Galli. 168.8

An Iuretur in litem in actionibus de dolo, & quod metus cauſa. 239.1.& ſeqq.

Iuſiurandum remitti poteſt ab eo in cuius gratiam præſtitum eſt. 179.10

Iuramentum non valet quod certo & deliberato iudicio caret. 747.5

In omni Iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas ſuperioris. 430.3

Omne Iuſiurandum habet tacitam conditionem, ſi in eodem ſtatu res manebunt. ibid.2

Diſcrimen iuris ciuilis & Pontificij ratione Iuramenti. 799.2

Iuſiurandum in quocunque actu interpoſitum ſequitur naturam illius actus, cui adhibetur. 718 11

An Iuramentum appoſitum in poſteriori teſtamento habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam appoſitam in priori. 747.1.& ſeqq.

Quatenus verum ſit illud, autoritas Iuriſiurandi confirmat eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent. 990.6

Iuramentum quo quis ſibi legem dicit, ne à priori voluntate recedere poſſit non eſſe obligatorium. 745.2

Iuſiurandum quo quis ſibi conatur vim teſtandi eripere non poteſt habere vim & effectum clauſulæ derogatoriæ. 746.7

An Iureiurando confirmentur pacta de ſuccedendo aut non ſuccedendo. 800.1.& ſeqq.

Iuramentum patris filiof. donantis non tollit vinculum patriæ poteſtatis, aduerſus interpretes 799.3

Contractus prohibitos Iuſiurandum apud Gallos non validat. 449. 8

Iuſiurandum per vim aut metum, ſiue dolo malo extortum non eſt obligatorium. P.748.n.7

Iuſtinianus.

Iuſtinianus fœminis ſemper plus æquo fauit. 412 34

Iuſtinianus malus Latinitatis autor. 13.10

L

Læſio.

LÆſio quantumuis immodica nihil commune habet cum cauſa doli, aliiſque remediis dolus, aliis læſio vindicatur 12.5

Etiam cum ſupra dimidiam Læſio interuenit, contractus nihilominus valet, imò nequidem ex ea cauſa reſcindendus eſt. ibid.8

Diſtinctio pragmaticorum inter enormem & enormiſſimam Læſionem. 88.5

Enormiſſima Læſione interueniente an relinquatur emptori electio ſupplendi iuſti pretij, vel rei reſtituendæ accepto pretio. ibid.7.

Ex cauſa immodicæ Læſionis ſuccurritur læſo in diuiſione. 89. 2. quanta læſio requiratur vt condiuiſori ſuccurratur ibid n.3.& ſeqq.

Enormiſſima Læſione interueniente iubetur emptor condictione ex lege & officio iudicis vel fundum reſtituere pretio recepto, vel quod iuſto pretio deeſt ſupplere. 12 9

Si quando per teſtes Læſio immodica probanda ſit, quid à teſtibus æſtimandum ſit, quid deinde à iudice. 116.8

Differentiæ pragmatic. inter enormem & enormiſſimam Læſionem. 11.1.& ſeqq.

Enormiſſima Læſio an reddat venditionem ipſo iure nullam. 127.1 & ſeqq.

Ex enormiſſima Læſione an contractus nullitas emanet 88 10

Laudemium.

In adiudicandis Laudemiis ex pignorum venditione debitis cuius temporis ratio habeatur. 71.1.& ſeqq.

Cum pignus venditum intra ſemeſtre redimitur nulla venditionis Laudemia debentur, ſecus ſi poteſt ſemeſtre. 120.9

Facta venditione ſub pacto de retrouendendo iam tum Laudemia debentur directo domino: ſecuta vero retrouenditione alia etiam debentur, niſi conſuetudo loci obſtet. ibid.

Facta retrouenditione apud Sebuſianos nulla debentur Laudemia: & apud Sabaudos debentur dimidiata. ibid.12

Legare, Legatum, Legatarius.

Legatorum fructus & vſuræ vt debeantur. 132. 6. & ſeqq.

Pactio quæ ſit inter heredem & Legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem Falcidiam, ſi fiat viuo teſtatore, ſecus ſi mortuo. 247.11

Legatorum onera an pertineant ad fideicommiſſarium, an ad heredem. 143.1.& ſeq.

Legata Trebellianicam non minuunt. ibid.6

Legatorum onera an pertineant ad fideicommiſſarium an ad heredem. ibid.1.& ſeqq.

Verbum Legaſſit in l. 12. tab. quid ſignificet. 903.4

Nomina Legati, fideicommiſſi, & donationis cauſa mortis promiſcuè nonnunquam accipiuntur. 424. 10

Legatum quid 445.24

Non ſicut hereditas differt à rebus hereditariis, ita & Legatum à re legata. 1008.11

Quæſtio de natura quam omnibus Legatis Iuſtinianus dedit. 10.3.2

Legati & prælegati differentia. 684 7

Non eſt de ſubſtantia Legati vt eius dominium in legatarium tranſeat. 953.12

Cùm teſtator aliquibus legare ſe dixit, inutile Legatum eſt, niſi expreſſum ſit quid, & quantum legauerit. 1008. 10

Legata ad pias cauſas non ſunt cæteris fauorabiliora, cùm deſtituuntur teſtatoris voluntate. 759.7

Quot teſtibus debeant probari Legata extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos. 676 12

Quando Legatum cenſeatur ademptum per ſubſecutam alienationem. 951.2

Legata in priori teſtamento relicta valent, ſi poſterius fuit inualidum. 757.16

Inter Legatum & donationem conuenientiæ quædam differentiæ. 965 4

Legatorum nomine cauendum eſt, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt. 193.14

Differentia inter Legatum vindicationis & legatum damnationis 1015.4

Triplex actio pro legatis competit. 1002.8

Legatum quo priuatur tutor qui ſe à tutela excuſauit remanet penes pupillum non quà pupillus eſt, ſed quà heres. 445.23

Inter Legatum & hereditatem notabilis differentia. 1045.14

Legatariis condit onalibus cur caueatur. 527.7

An Legata in piam cauſam reuocata cenſeantur reuocata inutiliter teſtamento. 768. 2.

Inter Legata & donationes cauſa mortis differentiæ variæ. 998. 2.& ſeqq

In quibus differant Legata à donationibus cauſa mortis. 834. 18. & ſeqq

Inter Legata & donationes cauſa mortis differentia. 896.3

Inter Legata & donationes cauſa mortis differentia præcipua. 833.11

Diſcrimen inter Legata & mortis cauſa donationes. 928. 22.

Differentiæ inter Legatum & donationem cauſa mortis. 953. 10.& ſeqq.

Legati & mortis cauſa donationis differentiæ nonnullæ. 940.13

De differentia Legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto, quod legatorum. 900.1.& ſeq.

Diſcrimen inter donationem cauſa mortis per traditionem factam & Legatum ratione reuocationis. 954.17

Quæ Legata donationibus mortis cauſa olim æquiparatentur. 500.8

Diſcrimen inter Legatum & rem legatam. 1044.5

Etiam tacita voluntate legata reuocantur. 952.1

Diſcrimen inter Legata & teſtamenta ratione conſtitutionis & euerſionis. 710.8

Conuenientia Legatorum per damnationem & fideicommiſſorum ratione iuris adcreſcendi. 1030.4

In Legatis per damnationem cur olim ius Adcreſcendi locum non haberet. 1029.12

In Legatis per damnationem iuri adcreſcendi quando locus eſſet, quando item in legatis per vindicationem. ibid.9

An valeant Legata in eo teſtamento relicta quod per vim dolúmve alterius factum eſt, aut mutari prohibitum. 730. 1.& ſeqq.

Legata

Digitized by Google

Legata poſſunt hodie relinqui ab intestato. 998.2
In legatis cur neceſſarium fuerit interdictum quod Legatorum. 901.11
An ius adcreſcendi tranſeat in emptorem Legati. p. 1044. n. 1. & ſeqq.
In Legatis per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet. 1029.12
Differentia inter Legata per vindicationem & legata per damnationem ratione iuris adcreſcendi. 1033.1
Res aliena per vindicationem Legari non poteſt, & cur. 1031.9
Qui Legata capere poſſunt, mortis etiam cauſa capere poſſunt. 904.9
Ademptio in Legatis quomodo præcedat aut ſequatur dationem 713.10
Differentia inter Legatum & hereditatem. 714. 13. & 715. 19. inter eadem conuenientia. ibid 14
Diſcrimina inter Legata per vindicationem & fideicommiſſa ratione iuris adcreſcendi. 1030.2.3
Inter verbis tantùm coniunctos Legatarios locum non eſſe iuri adcreſcendi, contra interpretes. 1011.4
In Legatis nunquam eſt locus iuri adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, & cur 1003.6
Poteſt coheres cui per præceptionem aliquid relictum eſt, repudiata portione ſua hereditaria Legatum petere, aut omiſſo legato partem hereditariam retinere. 547.4
Legatum conditionale ad heredem non tranſmittitur. 559.5
Inter Legatarios quibus ipſe teſtator partes dedit nunquam eſt ius adcreſcendi: ſemper verò eſt inter eos qui partes habent per concurſum. 1021.11
Cum filius ſe abſtinuit Legata quidem valent, non tamen dicuntur deberi. 558.19
Diſcrimen inter Legatum conditionale, & conditionalem ſtipulationem. 559.5
TITIVS FVNDVM CORNELIANVM ACCIPIAT inutile olim erat Legatum 630. 9. imò & hodie quoque. ibid. 10
Diſcrimen inter Legata & fideicommiſſa. 539.8
Legatarius conditionalis pendente conditione creditor nullatenus dici poteſt. 538.3
Diſcrimina inter Legatum per vindicationem, & legatum per damnationem. 1032.10
Differentia inter Legata per vindicationem, & legata per damnationem ratione iuris adcreſcendi. 1033.1
Ex Legato nominis actio directa non poteſt competere legatario ex perſona propria. 995.7
Legatarii nunquam poſſunt eſſe ſine parte: at ſine partibus eſſe poſſunt: & quomodo in eo differant ab heredibus. 1008.9
Inter Legatarios nullo modo coniunctos non poteſt habere locum ius adcreſcendi. 1010.1
Inter Legatarios per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet. 1031.5

Legitima, Legitimus.

Legitima quid, & in quibus bonis debeatur. 510.18
Legitima debetur ex legibus, ob idque legitima dicitur 826.7
Legitima non eſt pars hereditatis, ſed bonorum. 412.28
Quæ Legitima dicatur æs alienum. 474.17
Legitima deſcendentibus debita titulo inſtitutionis non eſt neceſſariò relinquenda, dummodo ex aliqua hereditatis particula filius ſit inſtitutus, aut etiam exheredatus. 674.5
Quibus Iuſtiniani conſtitutionibus conſulatur filio in Legitima onerato. 678.11
Legitima non poteſt repræſentari niſi poſt mortem. 442.17
Teſtamento non facto non eſt quod de legitima tractetur. 678.13
Quid iuris vbi minus legitima vni ex liberis parens reliquit. 677.2
Quid iuris ſi pater bona ſua inter liberos teſtamento imperfecto ita diuiſerit, vt vni minus legitima reliquerit. 678.6
Legitima ſiue legitimæ ſupplementum petitur ſola actione ex teſtamento 412.27
Æquitas non patitur vt legitima filij facto vllo ſiue teſtatoris ſiue arbitri minuatur. 826.7
Actionis ad ſupplementum legitimæ proprium eſt vt teſtamentum conſeruet 781.17
Nulla lex patrem cogit vt inuitus filio legitimam relinquat. 415.16
Legitima capitur per manus heredis, non verò propria autoritate occupatur. 528.12
Filius inſtitutus ex aſſe non poteſt omiſſa hereditate legitimam ſolam petere aut retinere. 415.14
Actio quæ datur ad ſupplementum legitimæ cur dicatur actio ex teſtamento. 677.5
Non tenetur filius qui integram legitimam non habet ſtare iudicio defuncti. p. 678. n. 7
Quo remedio filio grauato in legitima tempore Conſtantini & Theodoſij proſpectum eſſet. ibid. 9
Legitima cur falcidiæ nomine olim appellata. ibid. 10
Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam, ſi legitimæ deferetur. 442. 22 quem effectum habeat. ibid 24
Suo herede repudiante vtramque bonorum poſſeſſionem vnde liberi, & vnde legitimi, cæteri legitimi non admittuntur niſi vt cognati. 488. 4. & 489. 7
Legitimatorum nomen æquiuocum eſſe. 659.4
An legitimatus per reſcriptum Principis præferatur fideicommiſſario, cui rogatus quis ſit reſtituere hereditatem ſi ſine liberis naturalibus & legitimis decedat. 660.9
De Legitimæ & Trebellianicæ computatione diſſertatio autoris. 142. 1. & ſeqq.
In Legitima liberi non poſſunt grauari. 163.4
Cur velint interpretes Legitimam inſtitutionis titulo relinquendam eſſe. 197.2
Differentiæ inter Legitimam quæ deſcendentibus & eam quæ aſcendentibus debetur. 180. 1. & ſeqq.
Excluſio filiæ à Legitima ſtatutaria quotuplex. 194.10
Legitima fratrum an ſit aucta. 195.7
Qua ratione prætextu æris alieni nondum bene explorati Legitimæ ſoluendæ mora non fiat. 204.8
Ius adcreſcendi in Legitima an locum habeat. 195.6
Ex comparatione legitimæ ſucceſſionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ. 204.6
Supplementum legitimæ condictione ex teſtamento petitur, licet teſtamento non ſit relictum. 179.9
Actio qua petitur Legitima aut legitimæ ſupplementum eſt triecennalis. 171. 7. & 172. 12.
Legitima aduerſus quem peti queat. 139.12
Cùm nulla renuntiatio interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ dotis pro omni Legitimæ iure, an aliqua Legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre. 153. 1. & ſeqq.
Filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni Legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione. 154. 3. & ſeqq.
Debitum Legitimæ eſt incertum. 163.7
An mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem ab eius ſucceſſione excluſa eſt, amittat Legitimam. 152. 4. & ſeqq.
Caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & Legitima tamen ſalua relinquitur. 151.12
Actio ad ſupplementum legitimæ cur ex teſtamento competere videatur. 185. 2. actionem quinquennio non finiri. ibid 3
Fructus an augeant Legitimam. 145. 1. & ſeqq.
Caſus quo quæri poteſt an filiæ quæ dotem pro legitima accepit, liceat ex bonis poſtea quæſitis ſupplementum Legitimæ petere. 165. 1. & ſeqq.
Pater non poteſt facere vt liberorum primi gradus Legitima non debeatur. 137.8
Legitima debetur iure naturæ: nec ſucceſſionis pars eſt, ſed bonorum. 150.2
An Legitima per ſtatutum tolli in totum poſſit. 193. 2. & ſeqq
Si Legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet Legitimario repudiare legatum & pro pecunia petere corpora. 192.5
Nulla interuiente renuntiatione ſola dotis perceptio non excludit filiam, quominus mortuo patre Legitimam petere queat, ita tamen vt dotem cogatur imputare. 188. 4. idem iuris eſſe, ſi interuenerit filiæ non iurata renuntiatio. ibid. 5. quid iuris ſit, vbi interuenit renuntiatio iurata. ibid. 6
Quo caſu cogatur filia accipere Legitimæ ſupplementum in pecunia numerata. 190.7
Licet filia ſit capax dotis, non eſt tamen capax Legitimæ viuo patre. 163.10
Caſus duplex quo dubitari poteſt an filia quæ accepit dotem congruam, ſupplementum Legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis petere poſſit. 162.2
Teſtamentum in quo inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro Legitima non valet. 182.5
Legitima debetur ex officio pietatis non minus aſcendentibus, quàm deſcendentibus. 181.8
Quanta ſit Legitima matris cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitibus honeſtum extraneum heredem inſtituit. 194. 1. & ſeqq.
Legitimam filius viuo patre habere nequit & cur. 163.5
Legitima quid. 146.3.5
Legitima portio non eſt quæ non eſt certa. 147. 7. differentia inter dotem & legitimam. 147.9

Index Rerum,

Legitima filio grauato non debetur à die mortis teſtatoris. p.140.n.19
Male agit qui pro Legitima petit partem hereditatis. 204.3
Legitima portio nullum onus admittit. 356.4
Abſurdum quod ſequitur Iuſtiniani conſtitutionem de augmento Legitimæ 142.3.& ſeqq.
Non tantùm liberorum, ſed cæterorum quoque legitima à Iuſtiniano aucta eſt. 143.6
Si calliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre an huic debeatur Legitima. 152.1.& ſeqq.
Caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt Legitima, reliqua verò ſucceſſio fiſco adducitur. 151.12
An filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit poſſit nihilominus Legitimam petere. 150.1.& ſeqq.
Filio ex aſſe inſtituto nulla Legitima debetur. 139.6
Filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit, an nihilominus petere poſſit Legitimam. 150.1.& ſeqq.
An dos filiæ nubenti data à patre ſit loco Legitimæ. 146 1
An filia quæ patri renuntiauit ſi ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima, poſſit petere ſupplementum Legitimæ. 179.3 & ſeqq.
Caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & Legitima tamen ſalua relinquitur. 151 11
An poſſit petere Legitimæ ſupplementum, is cui minus Legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, quique relictum agnouit. 187 1. & ſeqq.
Supplementum in Legitima quando petendum. 188.{1., & ſeqq.
An Legitima relinquenda ſit titulo inſtitutionis. 181. 1. & ſeqq.
Legitima portio eſt quota bonorum non hereditatis. 204 1
Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem vult omittere retenta Legitima cur non ſit audiendus. 139.10
Viuo patre nulla debetur Legitima. 188.3
Legitimæ petitio nulla mora ſuſpendi poteſt. 199.3
Legitima neque diem neque conditionem recipit. ibid.2
An is cui aliquid pro Legitima relictum eſt, ſiue in pecunia, ſiue in certis bonorum corporibus cogatur iudicium teſtatoris agnoſcere, an contrà poſſit eo repudiato, legitimam petere & obtinere in bonorum corporibus. 192.1.& ſeqq.
Legitima in corporibus bonorum hodie danda eſt. 192. 7. an & olim. ibid.
Si certa pecuniæ quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro Legitima an ante illum diem peti poſſit. 190.1
Supplementum Legitimæ cur detur in corporibus bonorum. 193.8

Lex.

Lex nihil vnquam facit niſi ex neceſſitate. 410.12
Lex nihil facit fruſtra. 534.19
Lex nihil facit ſub conditione. 603.8
Lex nihil vnquam agit ſub conditione. 704.16
Lex naturam imitatur, & naturæ imago quædam eſt 410.8
Lex nulla ſit verbis indicatiuis, ſed ſemper imperatiuis. 617.16
Lex cùm fingit, falſa quidem fingit, ſed tamen poſſibilia. 921.8
A ratione iuris debet incipere quiſquis veram legum ſententiam aſſequi vult. 728.11
Lex cur non poſſit heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres. 410 14.& ſeqq.
Lex eſt modus transferendi iure Quiritium dominij. 819.9
Lex eſt quæ heredem & hereditatem facit. 410.13
Lex negatiuè concepta nihil noui & affirmatiui conſtituere poteſt. 432.15
Legis Æliæ Sentiæ ſanctio non potuit ea lex efficere vt qui ſemel fuit heres deſinuerat eſſe heres. ibid.
Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit. 278.1. & ſeqq. & cur in pignoribus fauorabilis habita ſit 279.3. quæ lex commiſſoria abrogata ſit. ibid.4
An valeat lex commiſſoria in pignoribus ſi per tranſactionem facta proponatur. ibid.1.&ſeq.
An valeat pactum Legis commiſſoriæ in pignore factum in tertij vtilitatem. 277 1 & ſeqq.
Leges iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſunt trahendæ ne quidem ex identitate rationis. 100 4
Lex commiſſoria quid. 271. 1. in venditionibus olim vt adhiberetur. ibid.n.2, item in pignoribus. ibid 4
Pactum iuratum Legis commiſſoriæ in pignoribus vt valeat. 281.4
An valeat Lex commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta. 273 1.& ſeqq.
Lex commiſſoria in pignoribus eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori. 278.4

Liberi.

In lege ſiue hominis voluntate interpretanda, cùm quæritur quinam liberorum appellatione contineantur, quid inſpiciendum. p.660 n.8
Naturalium Liberorum nomen eſt æquiuocum. 657.1
Parentum commune & naturale, votum eſt, vt liberis ſuis omnia pateant. 580 18
Liberi remotiorum graduum quando præferantur aut non præferantur agnatis. 452.10
An liberi poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione. 379.1
Liberi in conditione poſiti, neque ex fideicommiſſo, neque alio vllo quàm hereditario iure ſuccedere poſſunt in iis bonis quæ, ſi nulli fuiſſent ſuperſtites, ad ſubſtitutum perueniſſent. 387.13
Liberi poſiti in conditione etiam ſub nomine & qualitate maſculorum non cenſentur vocati. 456.17
Qui liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poni autumant, duplex fideicommiſſum conſtituunt, vnum tacitum, alterum expreſſum. 393.9
Si liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione pater non poterit diſponere de bonis relictis in præiudicium liberorum. 391.3
Liberi qui ſunt in poteſtate non poſſunt ſub alia conditione inſtitui quàm poteſtatiua 410.5
Liberorum ius ſingulare non eſt expreſſim eos inſtitui neceſſe ſit, aduerſus interpretes. 677.14
Diuidendæ inter liberos hereditatis arbitrium parentibus quatenus conceſſum. 677.1
Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio ſtatuatur. 661.7
Naturales liberi quatenus ſuccedunt ab inteſtato. 658.11
Liberis ex contractu per patrem acquiri non poteſt. 616.6
Quale ſit ius illud ſingulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno in l 6.C.ad Trebell. 115.1
Priuilegium Liberorum primi gradus 136.1.& ſeqq.
Liberi de reſtituenda hereditate rogati duas quartas hodie detrahunt. 133.2 an rectè ibid.& ſeqq.
Eandem vtrique parenti reuerentiam Liberi debent. 169 14
Pater non poteſt facere vt Liberis primi gradus Legitima non debeatur. 137.8

Liberalitas.

Liberalitas nolenti acquiri non poteſt. 891.16
Liberalitas nolenti non acquiritur. 965.5

Libertas.

Nullus eſt fauor Libertatis relictæ in teſtamento imperfecto. 661 8
Teſtator non poteſt dare libertatem ad tempus. 418.16
Libertatem ad tempus teſtator dare non poteſt. 497.2
Libertates directæ competunt ipſo iure: at fideicommiſſariæ indigent prætoris auxilio. 558.22

Libertus.

Adſignare libertum quid ſit. 892.18

Linea.

Linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur. 460.13
Lineæ maſculinæ & fœmininæ diſcrimen. ibid.15

Linum.

Lino quo ligatæ ſunt tabulæ à teſtatore inciſo, ex iis adiri non poteſt hereditas, aut bonorum poſſeſſio peti. 760.7

Literæ.

Literæ moratoriæ, quas vulgo reſpirationis appellant, qua de cauſa concedi ſoleant. 347.1. aut ſunt vnius anni, aut quinquennij. ibid.2. vnde probentur ab interpretibus. ibid.3

Lis, Litigioſum.

Per litis conteſtationem quaſi contrahitur. 130.8
An vitium Litigioſi contrahatur ob motam litem ex pacto de retrouendendo. 315.1.& ſeq.
Litigioſi vitium facit vt res ſit inalienabilis, quæ alioquin alienari poſſet. ibid.1.& ſeqq.
Quæ lis ſiue quæſtio Litigioſam rem faciat. ibid.4
Actiones Litigioſæ nec vendi, nec excuti poſſunt. 59.11. poſſunt vendi per vniuerſalem venditionem. ibid.13

Locatio

Digitized by Google

Locator, Locatio.

An Locator ante finitum locationis tempus poſſit expellere conductorem p.332. n.1.& ſeqq.
Eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius conductoris potior cauſa eſſe debeat. 335.1 & ſeqq.
Locatio prædij ſiue vrbani ſiue ruſtici non reſcinditur ex cauſſa immodicæ læſionis. 110 18
Res locata quæ fuit obligata conductori, an retineri poſſit ab eo. 331. 1.& ſeqq.
Locationi à marito factæ an mulier ſoluto matrimonio ſtare teneatur. 326.1 & ſeqq.330 7
An Dominus ſtare teneatur Locationi rei quæ ad ipſum rediit factæ per vaſallum aut emphyteutam. 328.1. & ſeqq.
Proprietarius non tenetur ſtare Locationi à fructuario initæ. 329.8.
An prælatus ſtare teneatur Locationi per deceſſorem initæ. 330 1. & ſeqq.
Differentia inter Locationem & venditionem. 338.24
An Locatio diſſoluatur venditione fructuum rei locatæ. 69. 1 & ſeqq.
Per antichreſin contracta Locatio vt ab aliis differat. 110. 14
An poſt factam retrouenditionem teneatur venditor ſtare Locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo. 325.1.& ſeq.
Locationi à marito factæ an mulier ſoluto matrimonio ſtare teneatur. 326.1. & ſeqq & 330.4
Locationis ius ſingulare. 332.7
An Locatori læſo ſuccurratur ex l.2. C. de reſc. vendit. 110. 1 & ſeqq.
In quibus Locationibus mercedis remiſſio indulgeatur. 110 13
In Locatione quid reſpiciatur vt iuſta merces ſeu penſio conſtitui queat. 100.5. differentia inter prædij ruſtici & vrbani locationem. 101.15

Locuples.

Locupletior non cenſetur qui ſcientiam acquiſiit. 805 13
Qui heres inſtitutus eſt non idcirco factus cenſetur locupletior priùs quàm hereditatem adierit. 398 31

M.

Maior.

AN Maiori detur in integrum reſtitutio aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſa immodicæ læſionis. 76.1. & ſeqq.

Mancipatio.

Mancipatio plus eſt quàm traditio. 271.19

Mandatum.

Mandatum ad pias cauſas an ſit reuocabile. 993. 4

Mantica.

Mantica refellitur. 381.6.& ſeqq.

Maritus.

Maritus eſt dominus bonitarius dotis. 403 35

Maſculus.

Maſculi ſunt fœminis fauorabiliores : & cur. 412.34
Maſculi ex fœminis deſcendentes ad feudum regulariter non admittuntur. 465 12.& 14
Maſculi poſiti in conditione & diſpoſitione ſtatuti ſuccedunt ex priuilegio ſtatuti. 463. 15. poſiti verò tantùm in conditione ſtatuti ſuccedunt ex iure communi. ibid.16
Maſculorum conditio cur melior fœminarum conditione. 454. 2.

Mater.

Mater eſt principium cognationis. 437. 6
Matres vt ſunt deterioris conditionis, quàm patris, vtque melioris. 800.7
Mater defuncti omnes fratres conſanguineos & vterinos excludit. 440.1
Ius ſuccedendi Matri competens quàm multiplex. 437.7
Mater præterita habetur pro exheredata éſtque hodie nominatim exheredanda. 196 16
Mater quæ ad ſecundas conuolauit nuptias vni ex liberis poſtea defuncto vt ſuccedat tum antiquo, tum Iuſtinianeo iure. 178. 10.
Apud Gallos & Auguſtanos Matres vt ſuccedant liberis. 194.7

Matrimonium.

Matrimoniorum fauor quantus apud Gallos. p.450 n.9
Matrimonium vbi contractum eſt nullas in Gallia recipit pactiones legibus prohibitas ibid.18

Mendacium.

Sua Mendacio in pleriſque cauſis pœna eſt conſtituta. 3. 24

Merx.

Merx vt differat à ſpecie. 216.7 & ſeqq.

Militia, miles.

Militia vt conferri debeat. 811.4. & ſeqq.
Miles decedere poteſt cum duobus pluribúſve teſtamentis 411. 36. miles qui inſtituit heredem ad tempus & alium ex tempore videtur deceſſiſſe cum duobus teſtamentis. ibid. 37
Præteritio quælibet Militis habetur pro exheredatione. 471.16
Milites habere poſſunt heredem ex tempore & ad tempus. 412 23. ſi nimirum teſtati ſint. ibid at ab inteſtato vnum heredem habere ad tempus, alium ex tempore non poſſunt. 412. n.14.
Militis qui partim teſtatus, partim inteſtatus decedit quotuplex & qualis ſit hereditas. 4 47

Minor.

An Minor poſſit mortis cauſa donare ſine curatoris autoritate. 960. 1. & ſeqq.
Si res non ſit amplius integra reſtitutio non datur Minori ad hereditatem quam ſemel repudiauit poſtmodum adeundam. 421. 24.
An Minor qui repudiarat fiat heres ſi reſtitutus fuerit poſtquam vulgaris ſubſtitutus adiit. 411 20
Minori curatorem non habenti rectè ſoluitur. 132.11
Minor in integrum aduerſus emptorem faciliùs reſtituitur quàm maior. 84.22
Minor ſeipſum obligare poteſt ſiue curatorem habeat, ſiue non habeat. 132.11
In Minorum reſtitutione an poſſit cumulatio fieri reſcindentis & reſciſſorij. 75.12
Reſtitutio Minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum. 86.2
Reſtitutio Minori non aliter competit quàm ſi & minor ætas & læſio aliqua probetur. ibid.1
Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat ſine curatore, quàm ſi nullum haberet. 71.1. poteſt tamen ſine curatore ſtipulanti promittere, & à promittente ſtipulari. ibid. 2. prohibita minori alienatione prohibita quoque cenſetur obligatio qua ad alienationem perueniri poteſt. ibid. 3.
An Minori concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum parenti defuncto dati. 353 1. & ſeqq.
Cur Minoribus læſis in diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum. 83.10
Auxilium reſtitutionis Minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis. 87.1
An ſit recta comparatio Minoris curatorem habentis & prodigi, cui bonis interdictum eſt. 72. 4. item minoris & pupilli. 73. 5.
Minoribus aduerſus diuiſionem non niſi cauſſa cognita datur reſtitutio. 91. 26
Si dolus in venditione interuenerit, poteſt Minor etiam citra reſtitutionem ſe defendere. 84. 23
De alienatione rerum Minoris quæ ſit ſine decreto. 353.23

Monachus.

An hereditas delata Monacho ſine eius facto acquiratur monaſterio. 395.8
Monachus non habet velle aut nolle, non rerum dominium, aut adminiſtrationem, nec ſibi ſed monaſterio acquirit 396. 6.
Monaſterium Canoniſtæ volunt eſſe loco filij ad excludendum ſubſtitutum. 458.9
Monachus rectè comparatur ſeruo quantum ad cauſam acquiſitionis. 397.24
Monachus ratione acquiſitionis non alij filiofam. comparari poteſt quàm ei qui patris contemplatione inſtitutus eſt, ibid 21.
Monachus eſt omninò incapax acquiſitionis ibid.17.19. & 20. nihil proprium habere poteſt. ibid.
Monachus an ſit potiùs æquiparandus filiofam. quàm ſeruo, 197 17. & ſeqq.
Monachus quam voluntatem habeat. 396.8. & 397. 9
Monachus ſine aditione hereditatem monaſterio acquirere non

Digitized by Google

poteſt. 397. 14. non poteſt adire hereditatem ſine autoritate ſuperioris. ibid n. 11.
An Monachus ſuam voluntatem in monaſterium tranſtuliſſe cenſeatur. 398.27
Monachalis ſubiectio eſt filialis potiùs quàm ſeruilis. 397.17
Monachus quandiu adire poſſit. 399 37

Mora.

Mora quando contrahi intelligatur. 742 7
Moræ effectus. 212.7
Mora nulla intelligitur vbi nulla eſt petitio. ibid 10
Moræ effectus in iudiciis ſtrictis. 217.4
Moræ extraiudiciales in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur. 210. 7
Intereſt inter moram per interpellationem extraiudicialem contractam, & eam quæ per lapſum diei poſiti in obligatione contrahitur. 208.5. & 210 6
Moræ proprium eſt vt perpetuet obligationem 295. 3
An Mora noceat debitori apud quem ſpecies debita periit, quæ penes creditorem æquè fuerat peritura. 244. 1. & ſeqq.
Mora emptoris qui retrouendere recuſauit quomodo puniatur. 296.10.

Mores.

Mores vel ſunt naturales vel ciuiles. 745.3

Mulier.

In quibuſdam locis Mulieres non poſſunt vllum inire contractum abſque conſenſu duorum propinquorum. 963. 1. an poſſint donare cauſa mortis ſine eadem ſolemnitate. ibid.
Ex Iuſtiniani Conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus Mulier præfertur. 8. 12
Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat niſi inter chirographarios creditores. 65. 1. at hodie habet duplex priuilegium tacitæ hypothecæ & prælationis. ibid. 7.
Caſus quo ex iure communi mulier præferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus ibid. 5.
Mulier dotem repetens excuſſa ſpeciali hypotheca poteſt ad generalem regredi. ibid. 12

Mutus.

Mutus cur non poſſit donare cauſa mortis. 846.13

Mutuum.

Mutuum eſt contractus ſtricti iuris. 5.11

N.

Naturales liberi.

Naturales liberi quatenus ſuccedunt ab inteſtato. 658.21
Naturalium liberorum nomen eſt æquiuocum. 657.11

Negatio.

Affirmationis & Negationis differentia. 435. 14

Negotij geſtio.

Negotij geſtio non inducit vllum ius in rem, ſed tantùm in perſonam. 404.10

Nepos.

An renuntiatio filiæ noceat Nepoti. 449.1
Nepos ex filia non illico ſuccedit ex propria perſona, vbi mater per mortem aut repudiationem, aut ingratitudinem excluſa eſt. 469.3
Etiam Nepos quem filius emancipatus ex ignominioſa vxore ſuſcepit citra voluntatem patris ad bonor. poſſeſſ. aui admittitur. 478.7
Nepoti ex filio qui teſtatori eidémque patri ſuo ſuperſtes fuit, querela inofficioſi non competit. 474 10
Statutum fœminarum excluſorium non obſtat Nepoti cuius mater obiit auo ſuperſtite. 466.12
Excluſa propter filios maſculos filia fœmina non idcirco excluſus cenſetur Nepos ex filia. 465.15
Nepos emancipatus heres eſſe patris ſui non poteſt niſi ab eo inſtituatur. 486.1
Iure ciuili Nepos non admittitur ad hereditatem aui, ſi recuſet hereditatem patris 482.9. ſecùs iure prætorio. ibid. 10
Filio omnem bonor. poſſeſſionem repudiante an admittatur Nepos. 489.8
Iure ciuili ſuperſtes filius in ſucceſſione aui obſtat Nepoti. 481. 3.
An aliquo caſu Nepos emancipatus ex filio ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bon. poſſeſſ. vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris pag 486 num. 12
Ex iure communi Nepos ex filio aut filia concurrit cum patruis & auunculis in aui ſui ſucceſſione. 466.23
Nepos non tam perſonam matris quàm gradum repræſentat. 450. 16
Nepotem ex filia excluſa duobus caſibus excludi perperam autumat Baldus. 466.24
Nepos ex filia an contineatur in conditione ſubſtitutionis, ſi ſine liberis maſculis heres deceſſerit. 454 1
Num conditio ita concepta ſi ſine filiis ex ſuo corpore natis excludat Nepotem ex filio, aut filia. 457.1
An renuntiatio filiæ obſtet Nepoti ne ſuccedat auiæ. 453.18
Nepoti ex filia quæ renuntiauit an agnati aui materni præponantur. 452.7
Nepoti nocet ingratitudo filiæ ſi illa auo ſuperuixerit 470.6
Fruſtra quæritur an Nepoti ex filia noceat matris renuntiatio. 451. 30.
Nepos ex filia renuntiante omnis iuris ciuilis prætorij & auxilio deſtituitur, quo poſſit cum agnatis aui ſuccedere matre ſuperexiſtente. 453.15
Nepos ex filia renuntiante an ſuccedat auo materno cum nepotibus ex aliis filiabus. ibid. 20
Appellatione filiorum per iuſtam interpretationem continentur Nepotes: ex proprietate verò ſermonis continentur, ſi liberos dixeris. 459 7
Nepos ex filia regulariter non ſuccedit in feudo. 471. 14 & cur ibid.
De patris delicto in cauſa Nepotis quando quæratur. 474 25
Nepos non poteſt ſuccedere ex propria perſona cum auunculo quin primum teneat locum. 470.4
Nepos quem pater anteuertit cur non poſſit ex iure ciuili admitti tanquam agnatus. 491 15. & 17
Caſus quo filius non obſtat Nepoti quamuis emancipato, ne admittatur ad ſucceſſionem. 486.13
Omni caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati nocet Nepoti. ibid. 14
Nepos emancipatus nec ſuus eſt, nec agnatus. 489. 9
Quo iure admittatur Nepos emancipatus ad bon. poſſ. aui patre repudiante ibid 10
Nepos ex filio ſuperſtite qui querelam propoſuit, ſuccumbit, ſi pater eius probetur ingratus. 474.26
Nepoti ex filio in poteſtate ſuperſtite nunquam defertur bon. poſſeſſio vnde liberi. 489.11
Nepotem ex vxore ignominioſa à filio ſuſceptum auus exheredare olim potuit, hodie non poteſt. 480.27
Nepos ex filio ſuperſtite licet exheredatus nullo caſu habet querelam ex propria perſona. 475. 36. & 40
Nepotem ex filia quæ renuntiauit non admitti ex edicti ſucceſſorij poteſtate 451.1. non ſuccedere cum matris fratribus. ibid. 2.
Nepos poteſt cenſeri maſculus etiamſi fungatur loco matris aduerſus Bald. 465.9
Nepos ex filia renuntiante non poteſt admitti cum aliis nepotibus aui materni pag. 452. num 5. non poteſt admitti tanquam vnus ex deſcendentibus aui materni, aut agnatis. ibid. num. 4.
Nepos ex filio ſuperſtite ad bona aui non admittitur, ſiue filius fuerit inſtitutus, ſiue fuerit exheredatus. 480.32
Etiam cùm filius ſe abſtinuit, obſtat Nepoti ne poſſit petere bonor. poſſ. vnde liberi. 487.18
Nepos ex filio emancipato iure ciuili ſuccedit auo in cuius poteſtate retentus eſt: prætorio verò cum patre emancipato admittitur. ibid. 19
Nepos emancipatus vt ſuccedat auo inteſtato indiget prætoris auxilio. ibid. 20
Nepos ex filio ſuperſtite etiam hodie impunè præteriri poteſt. 475. 29. & 31. cùm eſt præteritus non habet querelam ex propria perſona tanquam exheredatus. ibid. 30
Non eſt abſurdum vt plus iuris habeat Nepos ex filia, quàm ipſa filia. 451.8
An nomen filij ex proprietate ſermonis Nepoti conueniat 461 1. & ſeqq.
Nepos ex filia maſculorum appellatione quando veniat. 459. 1.
An Nepos innocens in quantum natus ex ignominioſa filij vxore poſſit ab auo exheredari. 478. 13. & 479. 17
Quatenus vtilis quæſtio, an Nepos ex filia ſit poſitus in conditione ſubſtitutionis. 456 20
Nomen debitoris pignori dari poteſt. 62.1
Errare in Nomine quando periculoſum. 263.6

Notarius.

Notariorum inutilis diligentia. 51.7

Quæuis

Digitized by Google

Quæuis fermè Notariorum ſtipulatio heredum perſonas ex vtraque patre comprehendit. p.974.n 6
Notarius generali conſuetudine poteſt cuilibet etiam ſine mandato ſtipulari. pag.967. num.1. vnde iſtiuſmodi manarit conſuetudo. ibid.num.1.
Ex Notarij ſtipulatione cui abſenti quæratur actio ſecundum generalem gentium conſuetudinem. 620.6
Inter Notarios & ſeruos publicos differentiæ. 968.15
Non adhibito Notario in teſtamento non deficit voluntas, aut iuris ſolemnitas, ſed probationis ſpecies, quam notarij interuentus attuliſſet. 968.15
Ex Notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita, quænam actio donatario competat. 467 4.& ſeqq.
Notarij interuentus non eſt de teſtamentorum ſolemnitate. 695.6.
Notariorum vſus in Rep. quis eſſe deberet. 970.7
Quales cenſeantur Notarij ex veterum gloſſatorum errore. 967. 3.
Notarij cur adhibeantur ad inſtrumenta ſcribenda. 695.7

Nuptiæ.

Contractus Nuptiarum publicam magis quàm priuatam cauſam habere exiſtimatur. 478 6
Non valent Nuptiæ, quas ſine patris voluntate filius qui eſt in patris voluntate contrahit. ibid 4
Iniuſtarum Nuptiarum proprium eſt. ibid. 5 & 479.23

O.

Oblatio.

PEr nudam Oblationem factam à venditione ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur. 295.1
Nudæ Oblationis quæ ſit vis. 293.1. & ſeqq.

Obligatus, obligatio.

Obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehenduntur. 2 12 ex Iuſtiniani conſtitutione. ibid. & qua motus ratione fuerit Imperator. ibid.
Obligatio chirographaria an vires habeat vllas priuſquam agnitam aut denegatum ſit chirographum. 6.3
Quod ad ius obligationis attinet nihil intereſt verum quis per publicam notarij manum ſe obliget an per priuatam. pag.5.num.7.
Valet iure ciuili Obligatio omnium bonorum debitoris & præſentium & futurorum. 49.1
Re contrahi Obligatio vltra quam reuera datum & numeratum ſit non poteſt. 5.11
Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam futura obligata intelliguntur. 49.2
An Obligata ſint creditori bona debitoris etiamſi de pignore non conuenerit. 2 1. & ſeqq.
Ius poteſtatis patriæ inter patrem & liberos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur. 770.8
Omnes Obligationes quæ vel ex contractu, vel quaſi contractu naſcuntur ad heredem tranſeunt. 552.9
Natura rei non patitur vt inter patrem & filium Obligatio ciuilis contrahatur. 800 4
Ex cauſa mutui inter filiumfam. & patrem quando naſcatur naturalis obligatio. 805.7
Impoſſibilium nulla eſt Obligatio. 800.5
Obligatio non poteſt diſſolui ſola voluntate eius qui eſt obligatus. 966 6
Sola Obligatio naturalis ſufficit ad impediendam conditionem ſoluti. 970.5

Obſignatio.

Nudæ Oblationis & Obſignationis quæ ſit vis. pag.293. n.1 & ſeqq.
Obſignationis rectè factæ eadem eſt vis quæ futura eſſet veræ ſolutionis. 290. 1. quæ ſit eius poteſtas, cum venditor ſub pacto de retrouendendo pretij reſtitutionem offert. ibid.n.2 & ſeqq.

Officium iudicis.

Officio iudicis locus non eſt eo caſu, quo exceptio aliqua locum habet. 408.18
Diſtinctio Officij iudicis in nobile & mercenarium ab interpretibus conficta. ibid. 14
Cur alicui per iudicis Officium facilius ſuccurritur, quàm per actionis inductionem. 404.7
Officium iudicis circa quid verſetur, & in quibus iudiciis locum habeat. 409. 19
Vbi nulla eſt actio, Ex Officio iudicis nullus eſt locus. 408. 13

Oldraldus.

Oldraldus vir magnus. p.387.n.10

Opera.

Operæ etiam non promiſſæ à liberto debentur patrono & eius liberis. 618.24

Oppignoratio.

Oppigneratio quando non impediat quominus donatio perficiatur. 953 6
An valeat Oppignoratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis. 308.1.& ſeqq.

Ordo.

Ordo neceſſitatis apud Bart quis. 612.5
Ordo adiectionis apud eundem. ibid.6

Orphitianum SCtum.

Orphitiani SCti verbis reſtitutum eſt agnatis matris antiquum ius vt poſſent ſuccedere. 445. 16

P.

Pactum, pactio, paciſci.

MAtrimonium vbi contractum eſt, nullas in Gallia recipit Pactiones legibus prohibitas. 450.11
Ex Pacto nudo non datur actio. 895.8
Pactum patris qui paciſcitur ne à ſe filióque ſuo petatur, ſoli patri prodeſt. 617.12
Pactum vt differat à ſtipulatione. 967.8
Nudum pactum dicendum non eſt ex quo datur actio. 897. 8
Pacta de ſuccedendo aut non ſuccedendo an confirmentur iureiurando. 800 1. & ſeqq.
Pacta legitima quæ. 856.9. pactum legitimum quo ſenſu nudum dici queat. 897 10
Vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore nihil erat neceſſe induci, neque poſſibile. 417. 10.
In quibus caſibus velint interpretes ex Pacto inter alios inito fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti. 989.1
Hereditas per Pactum dari non poteſt. 998 1.& cur 999.5
Pacti & pollicitationis differentiæ. 931. 15
Pacti & pollicitationis differentia. 967.7
Nulla conſuetudine receptum eſt, vt per Pacta poſſint dari hereditates ex tempore aut ad tempus. 417.8
Valet argumentum à ſtatuto ad Pactum negatiuè, non affirmatiuè, à pacto autem ad ſtatutum affirmatiuè, non negatiuè, ibid. 6.
Alij Paciſci nemo poteſt. 615.23
Pacta de ſuccedendo aut non ſuccedendo quatenus hodie conſuetudine recepta ſint. 417.7
Per Pactum quando detur hereditas ex ſententia pragmaticorum. 416.1
Extra dotales tabulas apud Gallos hereditas Pacto non datur. 450.11.
Pacto non poteſt acquiri actio in rem. 621.17
Pactum poteſt fieri inter abſentes. 891.13
Pactum quid. ibid 12
Nulla conſuetudine receptum eſt, vt per pacta poſſint dari hereditates ex tempore aut ad tempus. 417.8
Pactorum & ſtatutorum diſcrimen. ibid.4
Quæuis Pactio de ſuccedendo aut non ſuccedendo etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos valida eſt. 450.9
Pactum quo renuntiatur hereditati nihil eſt quod confirmet præter iuriſiurandi religionem. 429.9
Per Pactum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alteri verò ex tempore pragmaticorum eſt ſententia. 416 2
Conſuetudinis de hereditatibus ex Pacto deferendis inducendæ neceſſitas. 417.9
Pacta in continenti poſt ſtipulationem facta ei creduntur ineſſe. 5 11
Vt intelligendum illud, Pactum fieri contra legem. 148 1
Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum iure ciuili non valet. 174 1. an valeat iure Pontificio. ibid. n.2
Variæ rationes cur Pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat 143 3.& ſeq.
Etiam ex nudo Pacto frumenti & hordei mutuò dati acceſſiones debentur, & cur. 101.12
Pactum de ſuccedendo iure Iuſtinianæo quando valeat, 147. 2.

Digitiz

Differentia inter Pactum de ſuccedendo, & pactum de non ſuccedendo. p. 149. n.8

Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet. 175. 7.

An Pactio valeat, ſi conuenerit, vt pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit. 112 1.& ſeqq.

Pactum de retrouendendo eſt pars pretij. 115.1. quota ſit pars pretij. ibid. n.2 & ſeqq.

Pactio quæ fit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam, ſi fiat viuo teſtatore, ſecus ſi mortuo. 149.11

Pacta omnia nuda eſſe perperam ſtatuit Cuiacius. 5.10

Quæcumque Pactiones in traditionibus rerum apponuntur, eas ſeruari oportet. 114 6

Pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo. 547.1

Paganus.

An Paganus poſſit cum duobus teſtamentis decedere. 752. 13

Etiam Paganus peculium caſtrenſe habere poteſt. 854. 5

Papinianus.

Papiniani autoritas quanta. 665.7

Lex Papia.

Lex Papia nihil habet commune cum ſucceſſione inteſtati. 648. 12.

Parens.

Diuidendæ inter liberos hereditatis arbitrium Parentibus quatenus conceſſum. 677 1

Parentum commune & naturale votum eſt, vt liberis ſuis omnia parent. 380.18

Pars.

Quæ partes per concurſum fieri dicantur. 1012.1. qui partes ab initio habeant, qui verò per concurſum. ibid.2

Qui faciant Partem in ſucceſſione inteſtati. 442.18

Pater.

Filius Patri ex Iuſtiniani conſtit. nihil acquirit extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfruct. 394.11

Pater iure veteri non poterat ſine filio hereditatem filio delatam ſibi acquirere. 398 25

Cur filio recuſante adire hereditatem contemplatione patris ſibi delatam, Patri non liceat adire. ibid 25.26

Patris appellatione auus non propriè ſignificatur. 462.5

Quomodo ad officium Patris pertineat vt pro filio nurui donet. 802. 4.

Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poteſt. 36 8

Paterfam.

Patrisfam. inteſtati voluntas tacita quomodo ſubſequatur legis voluntatem: teſtatoris verò voluntatem ſequatur legis voluntas. 420.7

Patronus.

Liberi Patroni non habent ius Patronatus viuo patre. 618 25. 27 patroni liberi vnde habeant ius patronatus. ibid n 26

Peculium.

Iuſtinianus nihil innouauit quod attinet Peculium caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, & profectitium, ſed tantùm quod ad peculium aduentitium. 807. 8

Etiam paganus Peculium caſtrenſe habere poteſt. 854. 2

Peculium eſt nomen iuris. 856.11

In Peculio profectitio quænam eſſe cenſeantur. 397. 13

Cuius hereditas aliqua eſt, eius Peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt. 854 2

Peculium caſtrenſe non confertur 829. 9. pleno iure eſt filij. ibid. qui in eo habetur pro patreſam. ibid.

Quod Peculij profectitij eſt an ſit conferendum vt vult Bart. 813. 1. & ſeqq.

Quaſi caſtrenſe peculium eo rum eſt qui milites neque ſunt, neque vnquam fuerunt. 854.6

Peculium profectitium licet ſit filij, magis tamen eſt patris. 842.1.

Rem profectitij peculij filiusfam. donare non poteſt. ibid.2. exceptio. ibid.

Non eſt periurus qui reuocat teſtamentum iuratum contra Ioann Andr.. 746. 14

Cur filiofam. donante rem Peculij profectitij neceſſarius ſit conſenſus patris. p.848.n.16

In iis quæ ad profectitium peculium pertinent nihil innouatum eſt a Iuſtiniano. 397.22.& 398.25

Pecunia.

Pecunia chirographaria quæ dicatur. 15.4

Gratuita pecunia quot modis dicatur. 109.6

Non omnis pecunia eſt vſuraria, quæ non eſt gratuita. 115.11

Fœnebris pecuniæ vſuræ non debentur niſi ex ſtipulatione. 101. 11.

Pecunia perit confuſione. 18.9

Pecuniæ fœnebris vſuræ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt. 4.3

Pecunia ſui natura res ſterilis eſt. ibid.

Pegaſianum Senatusconſultum.

SCtum Pegaſianum quo olim cogebantur heredes adire fideicommiſſario poſtulante, à Iuſtiniano penitus ſublatum eſt. 614. 6.

Differentia inter coactionem quæ fiebat, olim ex Pegaſiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio Nouellæ. ibid.13

Cur odioſa à SCto Pegaſiano introducta coactio. 616.10

Sctum Pegaſianum non potuit efficere vt qui ſemel fuit heres deſineret eſſe heres. 411.17

Permutatio.

Permutationis & emptionis venditionis conuenientia. 102.1

An in permutatione locum habeat beneficium l.2. C. de reſc. vendit. 102.2. & ſeqq.

Permutatio eſt diuiſioni ſimilior quàm venditioni ibid. 5. vt differat à venditione. ibid. 6. cur vicem emptionis obtineat, non venditionis. ibid 7

Pertinere.

Ad nos pertinere aut nihil pertinere quæ dicantur. 414 9

Perſona.

Incertæ perſonæ mortis cauſa capere poſſunt, an non iure teſtamenti. 544.17

Si quod incertis perſonis relictum eſt, ſolutum ſit, eius repetitio non datur. ibid.19

Incertis perſonis relinqui nihil poteſt. ibid 15. & cur. ibid.16

Ex qua perſona lucrum quis ſentit, eius factum præſtare debet. 450.18

Pietas.

Pietas num violetur per litem inter patrem & filium de peculio caſtrenſi. 800.8

Pietas violatur vbi per iuſiurandum patria poteſtas eneruatur. ibid. 6.

In perſona patris iura pietatis ex poteſtate non æſtimari. ibid.7

Pignus.

Quodnam pignus in teſtamento conſtitui queat. 615.10

Quo modo differat pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris ab ea quæ fit autoritate iudicis poſtulante creditore. 8.1

Qui pignus emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt 9.1. exceptio. ibid.2

In re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui pignus ab emptore 304. 13

Iure pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur circa conuentionem. 15.2

An valeat pactum legis commiſſoriæ in pignore factum in tertij vtilitatem. 277 1.& ſeqq.

Pignus vel hypotheca quibuſdam caſibus tacitè contrahitur. 3. 16.

An creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere. 55.1.& ſeq.

Dominij pignoris impetrandi ius an hodie ſublatum. 113. 1. & ſeqq. cur frequentior ſit pignoris venditio quæ fit per iudicem. 114.5.6

Quæ ſolemnitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente pignus. 13.3

Inutile eſt Pignus quod diſtrahi non poteſt. 55 4

An pactio valeat, ſi conuenerit vt pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit. 112.1.& ſeqq.

Nomen debitoris pignori dari poteſt. 61.1

De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum. 60. 1. & ſeqq.

An & quomodo fructus pignorum redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur. 119 1.& ſeq.

Facta per iudicem pignoris diſtractione, quis de euictione teneatur. 15.3

Digitized by Google

Pignoris datio vt differat à venditione. p.174.n.6
Propriæ rei Pignus conſiſtere nequit. 1.55
Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum Pignus. 65
Tria ſunt Pignorum genera, conuentionale, prætorium & iudiciale. 128.1. vt inter ſe differant. 119 n.3
Pignus conuentum in chirographo diem vel annum expreſſum non habente valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum. 6 6
Res duobus Pignori pariter data quatenus vtrique obligata cenſeatur. 282.1
Cùm pignus venditum intra ſemeſtre redimitur nulla venditionis laudemia debentur, ſecus ſi poſt ſemeſtre. 110. 9
An valeat lex commiſſoria in Pignore ex interuallo adiecta. 273. 1. & ſeqq.
Cur vendito Pignore autoritate iudicis ad poſtulatum creditoris, creditoribus poſterioribus ius offerendi competat aduerſus emptorem etiam extraneum. 9. 3. & 10.3
Creditor quando poſſit pignus emere. 9. 4
Quam rem quis emere non poteſt, eam nec Pignori accipere poteſt. 107.11
An valeat pactio vt ob non ſolutam ſua die pecuniam Pignus in ſolutum datum intelligatur. 275. 1.& ſeqq.
De iure luendi pignoris varij pragmaticorum errores. 126. 1 & ſeqq.
Ius luendi pignoris ex cauſſa enormiſſimæ læſionis an perpetuetur. 126.3 & ſeqq
Quid iuris vbi in venditione Pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima læſio interuenit. 4 1.& ſeqq.
Vendito pignore à poſteriore creditore hypothecæ perſecutio priori ſalua manet. 11. 15. exceptio. ibid. 16
Ius pignoris ita rem afficere nequit, vt alienationem impedire queat. 324 2
Quæ ſint differentiæ inter pignus & hypothecam. p.110. n 1. & ſeqq.

Plurisfualentia.

Error interpretum de Plurisfualentia. 188.6

Pœna.

Pœna ſtipulationi cur cenſeatur adiici. 5. 19
Pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leniores quàm par ſit non poſſunt nec debent à iudicibus exaſperari. 26.16
Pœnæ diſpenſæ repeti non ſolent. 7 04

Pollicitatio.

Pollicitationis & pacti differentiæ. 911.15
Pollicitationis & pacti differentia. 967.7

Portio.

Portio virilis eſt quæ viritim & in ſingula capita conſtituitur. 1013. 2.

Poſſidere, poſſeſſor, poſſeſſio.

Retentio datur poſſidenti plerumque etiamſi nullum in re ius habeat 763 5. at exceptio nunquam. ibid.
Amittitur poſſeſſio ſolo animo, licet nemo ſit cui acquiratur: quod in dominio ſecus eſt. 975.9
Nemo poſſeſſionis cauſam ſibi mutare poteſt. 818.4
Bonæ fidei poſſeſſor impenſas deducit etiamſi res in quam factæ ſunt, non extet, prædo non aliter quàm ſi res extet, & melior facta ſit. 402 10
In ſumptibus neceſſariis bonæ fidei poſſeſſor à prædone non eſt ſeparandus, ſed in vtilibus & voluptuariis. 401.13
Fieri non poteſt vt duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores. 419. 9.
Poſſeſſor quando tollere poſſit impenſas quas fecit 401 25
Poſſeſſori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere ædificium quod in alieno ſolo extruxit. ibid 12
In vtilibus impenſis bonæ fidei poſſeſſor habet exceptionem doli ad eas deducendas etiam in rei vindicatione. 402.16
Malæ fidei poſſeſſor non eſt iuuandus doli exceptione ad retinendas impenſas in rem alienam factas. 401.4
An malæ fidei poſſeſſor habeat actionem ad impenſas quaſcumque conſequendas, vt voluit Martinus. 403 1
Malæ fidei poſſeſſor impenſas vtiles deducere non poteſt per exceptionem doli, ſed tantùm tollere ſine tamen rei detrimento. 402.17
Sine voluntate donandi non cenſetur materiam donare malæ fidei poſſeſſor, qua in alieno ſolo ædificat 405. 19
Caſus quo bonæ fidei poſſeſſor non poteſt deducere impenſas in rem alienam factas 401.13
Malæ fidei poſſeſſor quis. 404. 2
In quo ſit deterior condicio malæ fidei poſſeſſoris quàm prędonis. p.405. n.25
Malæ fidei poſſeſſor quem conſtat habuiſſe animum donandi nullas impenſas retinere aut tollere poteſt ibid. 22 ſi verò conſtet non habuiſſe animum donandi, dominus materiæ ex qua ædificauit in alieno ſolo remanet. ibid 23
Quod ſi neſciatur quem animum habuerit præſumitur habuiſſe animum donandi. ibid.24
Malæ fidei poſſeſſor quomodo probare poſſit ſe donandi animum non habuiſſe 406 26
Poteſt agi ſimul ad retinendam poſſeſſionem ciuilem, & adipiſcendam naturalem. 8.9
Poſſeſſio etiam vitioſa prodeſt aduerſus extraneos. 397
Si is per quem poſſidemus poſſeſſionem in alium transtulerit, poſſeſſio nobis eſt amiſſa. 43.5
Qui directam rei vindicationem exercet poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe non intelligitur. 48.11
Qui ab aduerſario poſſidet nunquam poteſt aduerſarium vincere ob id quod poſſideat. 68 3
Creditor hypothecarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente diſcuſſionis inſtantia. 52.1
Poſſeſſio corporalis vt differat à conſuetudinaria. 58.7
Modus transferendæ poſſeſſionis quando quod meo nomine poſſideo, alieno nomine poſſidere incipio. 44. 1
Modus transferendæ poſſeſſionis per clauſulam conſtituti licet fictitius veram & realem eamque naturalem poſſeſſionem transfert. 44 3
Poſſeſſio tranſlata quibus iuris remediis recuperetur. pag.45 num 14.
Poſſidere & alieno nomine poſſidere vt differant. 44.2
An iuris rationi conueniat conſuetudo qua rerum hereditariarum Poſſeſſio à defuncto in heredem continuatur. pa. 55.n.1 & ſeqq
Perinde transfertur poſſeſſio per conſtitutum atque per traditionem. 11..8
Poſſeſſio precaria vt differat ab ea quæ per clauſulam conſtituti acquiritur. 50.1
Qui pignus accepit, ſi poſtea nouatione facta idem pignus accipiat priſtinum temporis ordinem retinet. 64.9
Non poteſt abſolutè bonæ fidei poſſeſſor dici is qui rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibili 81 8
Per aditionem hereditatis non amittitur poſſeſſio per conſtitutum quæſita. 54 6
Interdictis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus. pag 47 n 4
Semper amittitur poſſeſſio quando ab alio occupatur. 43 8
Fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul poſſeſſio transferatur. 51.2
Ad tuendam propriam poſſeſſionem an poſſit implorari beneficium, l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ. aduerſus heredem debitoris. 54. 1.
Poſſidere quid. 121.10
Poſt litem conteſtatam poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt, malæ fidei. 86 3

Poſthumus.

Poſthumus non poteſt retrofingi natus eo tempore quo pater moriebatur. 500 10
Poſthumus vnde ſuus dicatur. ibid.7
Quo pertineat illud poſthumus qui eſt in vtero habetur pro iam nato in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant. ibidem 11.
Poſthumus præteritus viuo patre natus etiamſi eodem ſuperſtite moriatur rumpit teſtamentum patris. 524.9
Differentia inter poſthumum præteritum & filium iam natum præteritum. 500 13.14
Poſthumus ſuus quo ſenſu dicatur. 450.17
Suus poſthumus non facit teſtamentum nullum ipſo iure, nec retrò rumpit, ſed ab eo tantùm tempore quo natus eſt. 500 6. & 12.
Expreſſa poſthumi alieni inſtitutio iure veteri cur prohibita 420. 8.
Hodie poſthumus à patre exheredari non poteſt. 480.18
Poſthumi olim exheredari poterant odio matrim. 478 14
Poſthumi alieni inſtitutio omni iure olim prohibita erat. 189. 8.
Poſthumus præteritus an & quando fideicommiſſo obſtrictus ſit. 265.2 & ſeqq.
Nato Poſthumo qui præteritus fuit rumpitur teſtamentum. ibid. 1.

Poteſtas patria.

Patriæ poteſtatis effectum. 574.6
Ius poteſtatis patriæ inter patrem & liberos contractum nullam obligationem ciuilem patitur. 770.8

Digitized by Google

Index Rerum,

Practica.

Vt Practicandus ſit titulus D.& C. ſi quis aliq. teſt.p.739 n.1. & ſeqq.

Prædium.

Inuecta in Prædium vrbanum cur tacitè obligata cenſeantur. 3.33. item & fructus prædiorum ruſticorum. ibid.34

Prædo.

quomodo à Prædone tum neceſſariæ tum vtiles impenſæ deducantur. 402 32

An Prædo habeat actionem ad impenſas quaſcunque conſequendas. 403 1

In ſumptibus neceſſariis bonæ fidei poſſeſſor à Prædone non eſt ſeparandus ſed in vtilibus & voluptuariis. 401.23

quomodo Prædo differat à bonæ fidei poſſeſſore ratione neceſſariarum impenſarum. 402 32

Prædoni neceſſariorum ſumptuum nomine etiam doli mali exceptio competit. 401.24

Furis & Prædonis differentia. 411.23

Prædo quis & quomodo differat à malæ fidei poſſeſſore. 405.20

Prælatio.

Prælationis priuilegium quale. 65 3

Prælatus.

An Prælatus ſtare teneatur locationi per deceſſorem initæ. 330.1.& ſeqq.

Prælegatum.

Legati & Prælegati differentia. 683.7

Præſcriptio.

Contra abſentem Reip. cauſa currit Præſcriptio. 41.7

Præſcriptio non currit contra fil.umfam. viuo patre qui bona materna filij alienauit. ibid.8

si actio competens propter abſentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat non ideo impeditur Præſcriptio ibid.5

Tricennariam Præſcriptionem Anaſtaſius Imp. induxit. 39 10

An indiſtinctè verum illud, non valenti agere non currit Præſcriptio. 41.1.& ſeqq.

Actio nondũ nata per Præſcriptionem perimi non poteſt ibid.3

Per 30.annorum Præſcriptionem perimitur non tantum ius adeundi, ſed etiam ius petendæ hereditatis. 39.6

Contra ignorantem quando currat Præſcriptio. 41.3

Præſcriptio quando impediatur, aut non impediatur. 39 11

Præſcriptionis ea eſt vis vt potiùs ſubſequentem impediat actionem, quàm vt pro ſit ad nouam producendam. ibid.12

Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, multo minùs inducendæ. ibid.13

Actio Præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat. 5.13

Præteritio, Præteritum.

Præteritum quem cenſeant iuris auctores. 182.6

An ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtitutam eſſe, ne Præterita videatur. 160.1. & ſeqq.

Præteritio filiæ per renuntiationem excluſæ an vitiet teſtamentum 157 1. & ſeqq.

Præteritio fratris honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione. 196.11

qui impunè Præteriri queant ex Bart. ſententia. 499.3

Suus heres Præteritus quibus modis rumpat teſtamentum. 523.6

Preteritio militis quatenus differat à preteritione matris. 508.9

Si filia ſit ſua heres, eius Præteritio facit teſtamentum nullum. 509.12

Pæteritio quælibet militis habetur pro exheredatione. 471 16

Præteritio ſui heredis non pertinet ad ſolennitates quas ius prætorium exigit. 703.9

An impunè Præteriri poſſint omnes qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt 504.5

Impunè Præteriri poteſt filia excluſa per ſtatutum ab omni ſucceſſione teſtati & inteſtati. 522.13

Filia excluſa per renuntiationem non poteſt impunè à patre Præteriri. 419.15

Prætor.

Actiones à Prætore olim impetrabantur, licet ipſo iure competerent. 1030.10

Prætor non poteſt facere heredem, ſed tantùm bonorum poſſeſſorem. p 485.n.6

Prætor cur heredem facere in vniuerſum nequeat. 425.14

Quas actiones Prætor concedat aut deneget. 728.5

Prætor quatenus reſtituere poſſit aduerſus lapſa conditionis tempora. 355.11

Prætoris quæ ſit poteſtas. 161.10

Pretium.

Non ſemper Pretium ſuccedit loco rei. 48.5

Primogenitus, Primogenium.

In Galliæ pleriſque regionibus ſoli Primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. 194.9

Primogenij priuilegium legitimè priori nato competens non amittitur per fratris naturalis & intelligitimi ante nati legitimationem. 662.11

Princeps.

Princeps inuitum & ignorantem ſubditum non poteſt obligare. 351.24

Quantus ſit hodie abuſus beneficij Inuentarij, & quomodo ei à Principe occurrendum. 24.19

Erronea Baldi ſententia de principis poteſtate. 349.24.

An Princeps ius alteri quæſitum auferre poſſit. 348.14.15

Priuatio.

Priuatio quælibet nihil eſt. 379.2

Prius.

Quod prius eſt ab eo quod eſt poſterius pendere non poteſt. 394 24

Priuilegium.

Priuilegium conceſſum filio quando tranſeat ad nepotes ex Baldi placito. 463.18

Priuilegia perſonalia non tranſmittuntur. 552.10

De priuilegio piæ cauſæ. 769.7

Probare, Probatio.

Probationes omnes ſunt iuris ciuilis, nec vllus teſtium numerus ad rem quampiam probandam iure gentium eſt præſcriptus. 674.12

Minùs ſuſpecta eſt probatio quæ fit per ſcripturam, quàm quæ per teſtes. 411.18

Probatio per teſtes magis obnoxia eſt falſitati, quàm probatio per ſcripturam. 636.15

Probationes omnes ad tempus rei geſtæ retrotrahuntur. 7.7

Probatio quæ fit per chirographum laborat ſuſpitione fraudis non ratione debitoris, ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt. ibid. 8

Probandi neceſſitas incumbit ei qui dolum obiicit. 85.10

Proculianus.

Proculianorum & ſabinianorum diſſenſio. 43.7

Proculianorum & ſabinianorum diſſenſus. 245.2

Proculianorum & ſabinianorum diſſenſio. 54.3

Procurator.

Procurator dominum an & quando obligare poſſit. 152.18

Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non poſſit. 30.9

Prodigus.

De comparatione prodigi & minoris curatorem habentis 73.4. item minoris & pupilli. ibid.5

Profectitia bona.

Quæ profectitia conferantur. 808.21

Promiſſio.

Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne 915.6

Promiſſio de donando an valeat ex nudo pacto. 897.11

Promiſſum à pacto & dicto vt differat. 932.16

Proprietas.

Proprietatem ſimpliciter cùm dicimus plenam proprietatem intelligimus. 831.15

Proprietas aliena eſt plena, alia nuda. ibid.

Proprietarius inuito fructuario nihil poteſt facere quod vſusfructus cauſam faciat deteriorem. 807.19

Pubes,

Digitized by Google

Pubes.

Puberes etiam curatorem habentes rectè curatoribus obligantur. p. 96. n. 5

Publiciana actio.

Quando detur actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit. 953.7

Pupillus.

An heres legitimus qui Pupillo abſtinenti ſuccedit teneatur paternis creditoribus reſpondere. 566 13
Pupillaris ſubſtitutio an ex coniecturis inducatur. 384 14
Pupillus cur teneatur ſtare locationi quam tutor fecerit. 318.10
An Pupillus qui ſe immiſcuit paternæ hereditati tutore autore poſſit eodem autore ſe abſtinere. 36.10
An tutela Pupilli auum paternum habentis ad matrem deferenda ſit. 71.1.& ſeqq.
Hereditatem extranei non aliter poteſt Pupillus ſibi acquirere, quàm ſi tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat. 36.5
Pupillus ſine tutore ſtipulari poteſt, non etiam promittere. 73 5
An Pupillo concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum defuncto parenti dati. 353. 1. & ſeqq.

Q.

Quæſtus.

Quæſtus quid & vnde dictus. 807.11

Quarta.

Diſcrimen inter Quartam fideicommiſſo deducendam & quartam falcidiam. 407 7 8.9
Quarta falcidia vt differat à quarta Trebellianica. 136 4
Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris, vt differat à legitima quæ debetur liberis naturalibus. 853.13

Quer. la. inoff. teſtam.

Iuſtinianus Querelam inofficioſi teſtamenti vt coercuerit. 185.1
An & quo caſu hodie locus ſit Querelæ inofficioſi teſtamenti. 135 1.& ſeqq 186.3.187.1
Qui poſſint Queri de inofficioſo. 510 17
Commodius eſt venire ad Querelam ex propria perſona quam ex aliena. 474 24
Querelæ inoff. teſtamenti inducendæ cauſa. 478.16
Querela inofficioſi teſtamenti quibus competat. 474.19 & 27
Querelæ inofficioſi nec competit nec exercetur niſi poſt aditam hereditatem 473.7
Querela inofficioſi non datur contra legnum, ſed contra heredem. 502.27
Querelæ inofficioſi proponendæ tempus. 473.11
Querela filio competens poſſit etiam non præparata tranſmitti ad nepotem a Iuſtiniano inductum eſt. 474 22
Fratri quando competat querela inofficioſi teſtam. ibid.18
Caſus quibus interpretes querelam non competere nepoti ex filio ſuperſtite aſſerunt: & eorum impugnatio. 475 14
Diſcrimina inter querelam inofficioſi teſtamenti, & bonorum poſſeſſ. contra tabulas. 1030.5.& ſeqq.
Quomodo accipiendum illud, in Querela inofficioſi quæri de iure teſtamenti, non de iure actoris. ibid.4
Querela inofficioſi effectus. 703.10
Inutilis eſt Querela ei qui nullo caſu ſuccedere poſſit ab inteſtato. 475.17
Iniuria vni facta nunquam alteri Querelam præbere poteſt 471.21
Querela inofficioſi quæ teſtamentum rumpit non poteſt tamen rumpere legem donationis inter viuos. 780.6
Quæ ſit Querela Iuſtinianea, quæ non Iuſtinianea, in quibus conueniant, & in quibus differant. 758. 18. & 20.21
An in Querela inofficioſi teſtamenti locum habeat ſucceſſorium edictum. 472.1
Qui Querelam habet ex propria perſona vel vt præteritus vel vt exheredatus eam habet. 474.27
Querela non datur præterito niſi habeatur pro exheredato. 475. 31. ante aditam hereditatem repudiari non poteſt. ibid.33
Actionem ad ſupplementum Iuſtinianus ſubſtituit in locum Querelæ. ibid.35
Ad Querelam inoff. quo ordine admittantur pater, auus, & frater teſtatoris. 476. 43. & an concurrant pater & mater. ibid.44
Filius tempore excluſus à proponenda Querela non auditur poſtea eam propoſiturus vt agnatus aut cognatus. 474.17
Querela inofficioſi teſtamenti non competit niſi contra heredem teſtamentarium, & adita iam hereditate. 434.4
Cùm teſtamentum per Querelam inofficioſi impugnatum eſt, teſtator plerunque decedit pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus. ibid n. 5
Querelæ inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionis contra tab. differentia. 701.3
Querela inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſio contra tabulas in eandem perſonam nunquam concurrunt. ibid.4
Querelę inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionis contra tabulas differentia. ibid. 3. in eandem perſonam concurrere non poſſunt. ibid.4
querela inofficioſi teſtamenti non priùs competit quam adita fuerit hereditas. 679.5
Emancipati quatenus ad querelam inofficioſi admittantur. 781 15
Per querelam inofficioſi teſtamentum non rumpitur ipſo iure. 502.30
querela inofficioſi teſtamenti quatenus odioſa. ibid.18
quatenus quis rumpat teſtamentum per inofficioſi querelam. 508.5
Diſtinctio Bartolina inter querelam inofficioſi teſt & bonor. poſſeſſionem contra tabulas. 434.1
querela iuris ciuilis eſt non prætorij. 476.47
querela inofficioſi teſtamenti quando & contra quem competat. 752.6

R.

Ratio.

Quando eſt certa Ratio legis licèt tacita ſit tamen ex ea argui poteſt tanquam ex cauſa finali. 463.19. tunc certa eſt ratio legis, quando ſola reddi poteſt. ibid.
A Ratione iuris incipere debet quiſquis veram legum ſententiam aſſequi vult. 728.11

Ius Recuſandi.

Beneficium iuris Recuſandi latiùs patet quàm iuris abſtinendi. 645.15

Relatum.

Relatum ineſt in referente cum omnibus ſuis qualitatibus. 750 4

Relatiuum.

Relatiui natura. 663.6

Religio.

Summa eſt illa ratio quæ Religioni fauet. 399.34

Remiſſio.

Remiſſio debiti vnde præſumatur. 5.21

Renuntiatio

Renuntiatio facta patri in fauorem aliorum ſiue liberorum, ſiue agnatorum euaneſcit patre ius ſibi quæſitum remittente. 173.1
Caſus quo Renuntiatio non poteſt iureiurando confirmari. 179.12
Mos frequens Renuntiandi futuris, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur, & dotes accipiunt. 176.1. huiuſmodi renuntiationis vis quanta ſit. ibid.2 & ſeqq.
Renuntiatio quæ fit patri ratione paternæ ſucceſſionis longe diſtat ab ea quæ eidem fit ratione fraternæ ſucceſſionis ibid. 6. vis renũtiationis quæ fit patri ratione faternæ ſucceſſionis à fratre ſubuerti poteſt ibid. 7. confirmatur vero fratre renuntiationem ratam habente. ibid.8.
Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimæ ob immodicam læſionem vt reſcindatur. 118. 1.& ſeqq.
Renuntiatio iurata filiæ fauore maſculorum, aut certæ alicuius perſonæ facta euaneſcit, ſi huiuſmodi perſona viuo patre deceſſerit. 172.1
Liberi qui renuntiarunt non prohibentur ea petere quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt. 179 11
quid iuris vbi filia minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni, & læsa per decennium tacuit. 174.1. & ſeq.
An valeat Renuntiatio filiæ quæ nulla dote à patre accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cũ iureiurando 169.1.& ſeq.
Nulla eſt Renuntiatio illa, qua filia accepta à patre dote renũtiauit maternæ ſucceſſioni, ſi nihil à matre acceperit. 177.14

Filia quæ Renuntiauit, etiam ab inteſtato habere debet quæcunque pater ei reliquit in teſtamento minus ſolenni. p.179 n.11
Per inſtitutionem filiæ extinguitur poteſtas Renuntiationis, quam pater extorſerat.177 11 exceptio. ibid.n 13
Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur. 158.5
Renuntiationes quantumlibet iuratæ non impediunt quominus is qui Renuntiauit poſſit inſtitui à ſtipulatore. 179.1
Generalis Renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 147.5
In ſuis heredibus Renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionem. 158.8
Quatenus noceat filiæ Renuntiatio iurata patre viuo facta. 161.10
Differentia inter Renuntiationem & exheredationem. 154.7
Generalis renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 147.5
Effectus Renuntiationis quâ filia ſucceſſioni aut legitimæ renuntiauit. ibid.6
Filia quæ renunciauit an rectè à pragmaticis habeatur pro mortua, aut extranea. 148.7
Renuntiationes tacitam habent conditionem, ſi ſucceſſio vel legitima deferetur. ibid.8
Renuntiationes factæ per pacta de non ſuccedendo illam tacitam conditionem habent, ſi hereditas ab inteſtato deferetur. 442.7 & 22
Per huiuſmodi Renuntiationes non tollitur ius ſuitatis. ibid.8
Renuntians quatenus aliquid accipit in vicem portionis hereditariæ non eſt habendus pro ſuccedente. 441.4
Renuntiationes filiarum quæ vel incongrua dote accepta nubunt, in Gallia quàm validæ. 443.25
In praxi Renuntiationes propter iuſiurandum valere exiſtimantur, ita vt etiam heredes iurantis obligent. 449.6
Renuntiatio in tabulis dotalibus facta à filia dotata etiam ſine iureiurando apud Gallos valida eſt. ibid 7
An Renuntiatio filiæ noceat nepoti. ibid.1
Extra Galliam filia quæ parentum ſucceſſioni cum iureiurando Renuntiauit, licet non in ipſo matrimonij contractu, vtiliter cenſetur renuntiaſſe. 450.13
Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam, ſi legitima deferetur. 442.22. quem habeat effectum. ibid.14
Filia quæ Renuntiauit ſuperuiuente, nepoti cur non noceat renuntiatio. 451.25
An Renuntiatio filiæ obſtet nepoti ne ſuccedat. 453 18
Extra Galliam filia quæ parentum ſucceſſioni cum iureiurando Renuntiauit, licet non in ipſo matrimonii contractu vtiliter cenſetur renuntiaſſe. 450.13
Renuntiationis non eſt alius effectus quam vt cogatur abſtinere qui renuntiauit ob metum periurii. 441.12
Filius qui aliquo accepto Renuntiauit paternæ ſucceſſioni, quando faciat partem fratribus in computatione legitimæ ibid.16.& 22
Renuntiatio non obſtat liberis quominus debeant inſtitui aut exheredari. ibid.9
Perſona quæ Renuntiauit ſi ſit ex liberis primi gradus obſtat nepoti ne ſuus heres dici poſſit. ibid.10
Renuntiationes iuratæ quæ fiunt per filias nubentes non excludunt filias à ſucceſſione teſtati. 412.25

Repetitio.

Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licet alius ſoluerit, quam qui debuit. 16.18

Repræſentatio.

Repræſentationis in ſuccedendo vis & efficacia. 465.7

Repudiatio hereditatis.

Per ſolam filii Repudiationem patrem heredem fieri & ridiculum & patri iniurioſum eſt. 609.10
Repudiare hereditatem an dicantur ſui heredes. 495.29. & 496.32
Qui repudiat hereditatem non poteſt alium heredem facere, ſed tantùm acquirendæ hereditatis occaſionem in alium transferre. 610.11
Abſtinere & Repudiare vt differant. 1053.18

Reſcindens iudicium.

An Reſcindentis & reſciſſorii iudicii cumulatio fieri poſſit. 74.1. & ſeqq & 75
Quæ ſententia dicatur Reſcindi. p.83.n.18
Qualia ſint plerumque Reſcripta Pontificia. 283.6

Reſcripta inſinuatio.

Reſcripta Imperatorum & reſponſa prudentum vt differant. 485.3
In Reſcriptis Imperatorum exacta verborum proprietas ſæpe deſideratur. 496.32
Reſcripta omnia ſuis finibus coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos, aut ſaltem ad perſimiles referenda. 385.20

Reſponſa prudentum.

Reſponſa prudentum vt differant à reſcriptis Imperatorum. 485.3
Vnde oriantur difficultates quæ occurrunt in interpretandis Iuriſconſultorum Reſponſis. 557.25

Reſtitutio in integrum.

Reſtitutio in integrum quid 408. 16. de reſtitutione in integrum actio interdum dabatur à prætore interdum verò ipſe cognoſcebat. ibid.
Si res non ſit amplius integra Reſtitutio non datur minori ad hereditatem quam ſemel repudiauit poſt modum acquirendam. 426.24
Ei qui rem alienam Reſtituit non deductis aut ablatis impenſis non amplius ſuccurritur. 404.12
Valde intereſſe cui Reſtituatur hereditas. 530.9
Reſtitutio præſupponit contractum tenere. 12.17
Reſtitutio minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum. 86.2
Qui fructus ei adiudicandi ſint qui Reſtituitur ex cauſſa immodicæ læſionis. 82.1. & ſeqq.
Verbum Reſtituendi an ad fructus præcisè pertineat 291.7
Num Reſtitutio in integrum competat venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij. 82 1.& ſeqq.
Reſtitutio in integrum datur à prætore, non à iudice. 83.6
In iudicio Reſtitutionis in integrum qui fructus reſtituendi ſint. 80.1. & ſeqq.
Reſtitutio in integrum datur ad diſtrahendum negotium iniquè contractum, eſtque actio perſonalis. 74.4
Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra. 95.1
Reſtitutionis auxilium eſt extraordinarium 81. 3. ideóque tribui ei non debet qui communi iure munitus eſt. ibid.
Quid ſit in integrum Reſtitutio. 81.5.& 10
Si immodica læſio in tranſactione interuenerit, non datur Reſtitutio in integrum, ſecus vero ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ. 11.13
Reſtitutio integrum quæ datur minori perſonalis eſt, & datur tantum contra eum qui cum minore contraxit. 75.2
Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur. 13.27
Impetrata Reſtitutione fructus percepti à die contractus ſunt venditori reſtituendi. 12.18
Reſtitutiones quædam fauore ætatis, quædam odio eius qui conuenitur, conceduntur. 77.10
Reſtitutio ex capite de eo quod metus cauſſa cur aduerſus quemlibet poſſeſſorem detur. 78.12
Verbum *Reſtituendi*, in ſententiis de in integrum reſtitutionibus quam ſignificationem habeat. 81.6
In minorum Reſtitutione in integrum an poſſit cumulatio fieri reſcindentis & reſciſſorij. 75.12
Reſtitutio minori non aliter competit, quàm ſi & minori ætas & læſio aliqua probetur. 86.1
Reſtitutio in integrum vbi agitari debeat. 80.5
Caſus quo aduerſus tertium poſſeſſorem dari volunt pragmatici Reſtitutionem in integrum, & quid de eo ſentiendum. 78.1.& ſeqq.
An maiori detur in integrum Reſtitutio aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodicæ læſionis. 76. 1. & ſeqq.
Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica læſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus. 12.12
Auxilium Reſtitutionis minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis. 38.1
Quæ coactio valeat ad impetrandam Reſtitutionem in integrum contra venditionem, in qua immodica læſio interuenit. 87.12

Retentio.

Digitized by

Retentio.

Poteſt ex æquitate Retentio ei competere cui non niſi iniquè dari poſſet actio. p.404 n.5

Non eſt perpetum vt cui damus actionem debeamus etiam Retentionem dare ibid. 10

Retentio datur poſſidenti plerumque etiamſi nullum in re ius habeat. 763 5

Retrofictio.

Retrofictionis natura. 501 15

Retrofictio teſtamenti rupti per agnationem poſthumi an recurrat ad diem mortis teſtatoris. ibid.17

Retrouenditio.

Emptor non poteſt cogi præciſè & abſolutè vt Retrouendat, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur. 306 7

An qui promiſit facere pactum de Retrouendendo, nec fecit, poſſit præciſè cogi ad retrouendendum. 317. 1. & ſeqq.

An liceat tutori aut curatori aut procuratori, aliiue adminiſtratori prorogare tempus Retrouenditionis. 350. 1. & ſeqq.

Acquiſitio rei venditæ ſub pacto de Retrouendendo an irreuocabilis. 297.1.& ſeqq.

Quibus modis pactum de Retrouendendo adhiberi poſſit. 316 1

Emptore ſub pacto de Retrouendendo ante retrouenditionem decedente relicto herede cum beneficio inuentarij, an poſſit cogi heres retrouendere. 246.1.& ſeqq.

Pactum de Retrouendendo parit obligationem perſonalem eámque conditionalem. 342.19

Retrouenditio eſt venditio ſecunda, non reſolutio prioris. 120.8

Secuta Retrouenditione ex pacto an & quomodo inter emptorem & venditorem fructus diuidantur. 118. 1. & ſeqq.

Pactum de retrouendendo an inducat hypothecam. 322. 1. & ſeqq

Retrouenditio quæ fit ex pacto de retrouendendo non fit ex neceſſitate

An poſt factam Retrouenditionem teneatur venditor ſtare locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo. 303.1.& ſeqq.

Ex pacto de retrouendendo quotuplex actio oriatur. 316 4

Retrouenditionis tempus non poteſt prorogari. 348 18

Quæ ſit vis & poteſtas actionis quæ competit ex pacto de Retrouendendo. 292.1.& ſeq.

An emptor ſub pacto de Retrouendendo rem quæ retrouendi debet obligando vel alienando noceat venditori. 305. 1.& ſeqq. 306.6

In re empta ſub pacto de Retrouendendo poteſt conſtitui pignus 307.13

An cenſeatur in venditorem tranſlatum dominium, fructúſque ad eum pertineant, cum emptor ad Retrouendendum obligatus rem reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit. 319.1

Retrouendere an præciſè teneatur emptor 295.2.& ſeqq.

Pactum de Retrouendendo non valdè diſſimile eſt legi commiſſoriæ, quæ in pignoribus adhibebatur. 272.20

Mora emptoris qui Retrouendere recuſauit vt puniatur. 296. 10

Venditori ſub pacto de retrouendendo an detur actio non tantum aduerſus emptorem, ſed etiam tertium poſſeſſorem. 300.1. & ſeqq & 303.1. & ſeqq.

An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita. 313.1 & ſeqq.

An tempus Retrouenditionis à principe prorogari poſſit. 339. 1.& ſeqq.

Per ſolam oblationem factam à venditore ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur. 295 1

Diſputatio de pacto de Retrouendendo ex interuallo adhibita. 316 7.& ſeqq.

Reus.

Reo non probante exceptiones ſuas, ſententia fertur pro actore qui ſuam probauit intentionem. 246.2

Rumpere teſtamentum.

Liberi primi gradus iam nati & in poteſtate tempore mortis nunquam dicuntur Rumpere teſtamentum, licet præteriti id faciant nullum. 500.5

Filius captus ab hoſtibus & præteritus à patre an retrò rumpat teſtamentum patris. p.501.n.13

Suus heres præteritus quibus modis Rumpat teſtamentum. 523. 6

S

Sabinianus.

Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio. 43 7

Sabinianorum & Proculianorum diſſenſus. 245.2

Sabinianorum, & Proculianorum diſſentio. 54.3

Scriptura.

Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum pignus ſeu hypothecam 6.5

Scriptura in contractibus cur adhibeatur. 692.13

Sebuſianus.

Sebuſianorum pragmaticorum error. 47.1.& ſeqq.

Senatus.

Senatus quanta ſit poteſtas. 125.7

Senatus fecit vt fideicommiſſarius eſſet loco heredis, atque in eum vtiles tantùm actiones transferrentur. 411.19

Senatus propoſitum in nouo iure condendo de mutua matris & filij ſucceſſione 425.16

Cur Senatus fideicommiſſarium heredem facere nequiuerit. 424.14

Senatus poſitum in nouo iure condendo de mutua matris & filij Succeſſione. 425.16

Senatuſconſultum.

Sctū, Tertullianum & Orphitianum quando non impediant delationem 12.tab. 425.19

Senatuſconſultum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri conferendo, quàm de ipſa ſucceſſione illi tribuenda 427.6

Sctā, Trebellianum & Pegaſianum non potuerunt efficere vt qui ſemel fuerat heres deſineret eſſe heres. 411.17

Sententia.

Sententia nulla eſt quæ lata eſt à iudice euidenter incompetenti. 128 8

Sententia per contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori. 78.4

Sententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionem vel condemnationem continet. 237.5

Sententia iudicis cur à pragmaticis ſtricti iuris dicatur. 81. 12

Quæ Sententia reſcindi dicatur. 84.18

Edictum prætoris de Separationibus an hodie ſit ſuperuacuum. 18. 1. & ſeqq.

Separatio.

Edictum prætoris de Separationibus quomodo conueniat cum beneficio legis Iuſtinianeæ & inuentarij, quomodo item differat. 19 8

Seruitus.

An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita. 313. 1.& ſeqq.

Seruus.

Serui aditio neceſſaria eſt vt hereditas quæ ipſi inſtituto delata fuit domino acquiratur. 396.6.& 397.13

Seruus acquirit omnia domino etiam inuito. 396 7. neque voluntatem vllam habere intelligitur, niſi quæ ſit meri facti. ibid.

Excuſatur à pœna ſi quid improbum iuſſu domini admiſerit. ibid.n 8

Seruus nullam teſtamenti factionem habet ex propria perſona, ſed tantùm ex perſona illius cuius contemplatione inſtituitur. 397.12

Seruus publicus ignoranti, & inuito domino non acquirit. 968.9

Vbi Seruus inſtituitur, contemplatione domini inſtitui cenſetur. 397.18

Seruus fructuarius fructuario acquirit, ſiue ex re fructuarij, ſiue ex operis ſuis acquirat. p 807.n 15
Seruus publicus cui acquirat. 968.13
Inter Seruos publicos & notarios differentia. ibid.15
Serui publici pro ignorante & citra mandatum ſtipulari non poterant. 967.7.exceptio. ibid.n.8

Sepulchra.

Sepulchra vendi non poſſunt ſine bonorum vniuerſitate. 401.11

Sexus.

Sexus maſculinus fœmininum concipit, non contra. 460.16
Ex proprietate ſermonis Sexus maſculinus non concipit fœmininum, ſed per interpretationem. 461.5

Simulatio.

Simulatio mendacium eſt 711.14. quando quæ ſimulatione geſta ſunt pro infectis habeantur. ibid.16
Simulatio eius qui ſimulatè facit teſtamentum eſt improbior ſimulatione inter priuatos. ibid 19

Societas.

Inter patrem & filiumfam. nec expreſſam nec tacitam Societatem contrahi poſſe, contra interpp. 807 16

Solennitas.

Non eſt in teſtatoris poteſtate vt ſolennitatem nouam inducat. 695.8

Soluere.

Solui ante diem, quando non poſſit id quod debetur in diem certum. 441.20
Quomodo qui ſoluit ante diem plus præſtet quàm debeat. ibid 18

Sors.

Facta condemnatione ſortis non poteſt amplius propter vſuras actio intendi. 408.17

Specialia.

Duo Specialia circa idem non poſſunt concurrere. 381. 6.quod tamen eſt brocardicum falſum. 382.7

Species

Species vt differat à merce, 216. 7.& ſeqq. & 217.3.6

Statutum.

Statuto fieri poteſt vt quis ab inteſtati ſucceſſione prorſus excludatur. 195.6
Statutum eſt lex ſeu ius non tantùm municipale, ſed etiam ciuile. 431.8
Statuti quæ vis & natura. 429.11
Statuta duo in Italia frequentiſſima. 436.1
Statutum maſculis ſuccedentibus fœminæ excludantur quando ſuum effectum habeat. ibid.18
Quando habeat locum vulgare brocardicum Statutum in caſibus non expreſſis regulatur à iure communi. 433.1
Statutum quod excludit fœminas fauore maſculorum in totum abrogat ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ſi non ipſius verbis aliquatenus retineatur, aut conſeruetur ius commune ibid.2
Verba Statuti extantibus maſculis fœminæ non ſuccedant, ius commune ex parte conſeruat. ibid 5
Statutum non tollit ius commune niſi in quantum vult tollere. 471.11
Statuto ita concepto extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat ſed dote contenta ſit, maſculos non ſuccedere ex ſtatuto, ſed ex iure communi. 466.17
An Statuta ponentia filios aut filias in conditione extendantur ad nepotes. 461.1
Quomodo maſculis & fœminis Statuto proſpici poſſit in cauſa ſuccedendi ſalua legum autoritate. 413.35
Statutum excluſiuum filiæ fœminæ extantibus maſculis an excludat nepotem ex filia. 464.1
Ex Statutis non poteſt in ſolidum deferri hereditas maſculis, quia fœminæ perpetuò excludantur. p 433 n.4
Variæ formulæ Statutorum fœminas excludentium & earum differentiæ. 434.10
Cùm Statutum eſt excluſiuum fœminarum extantibus aut ſuccedentibus maſculis exiſtit conditio ſi vel vno inſtanti extent maſculi vel ſuccedant. 434. 11. & 13. & 435.24
Cùm Statutum eſt admiſſiuum fœminarum non extantibus maſculis aut non ſuccedentibus, ſucceſſio maſculorum non illico facit deficere conditionem. 434.12. & 436.26
Statutum admiſſiuum eſt fauorabilius excluſiuo. 436.27
Cùm Statutum excludit ſororem extantibus fratribus, ſola fratris exiſtentia arcet ſororem à ſuccedendo. 438 11
Cùm Statuto cauetur vt extantibus maſculis fœmina non ſuccedat, extante vel vno maſculo hereditas ei defertur in ſolidum, iure non decreſcendi inducto ibid. 12
Cùm Statutum ita conceptum eſt ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat; ſola exiſtentia maſculorum non facit exiſtere conditionem excluſionis. ibid. 13
Populi qui iure ſcripto & Romanorum communi vtuntur, cur iis fœliciores qui iure Statutario vtuntur. 461.12
An Statutum excluſiuum filiæ fœminæ extantibus maſculis excludat etiam nepotem ex filia. 446.1
Statutorum & pactorum diſcrimen 417.4
Cùm Statutum ita conceptum eſt ſuccedentibus maſculis fœminæ excludantur, fœminarum excluſio vnde inducatur. 436.25
Cùm Statutum eſt admiſſiuum fœminarum non ſuccedentibus maſculis, quomodo conditio defecta videatur. 435.22
Statuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipiunt. 431.12
In Statutis non paſſim valet argumentum à contrario ſenſu. 432.14
Statutum quid 410 4
Statuta quatenus interpretationem extenſiuam non admittant. 462.9.10
Statuta excludentia fœminas propter maſculos pertinent ad cauſam inteſtati 412.25. quo caſu pertineant ad cauſam teſtati. ibid.n.26
De Statutaria excluſione à iure ſuccedendi. 428. 1.& ſeqq. & 430.1. & ſeqq.
Statuto an fieri poſſit vt quis heres ſit ad tempus aut ex tempore. 410.1. & ſeqq.
Statutum fœminarum excluſorium non obſtat nepoti cuius mater obiit auo ſuperſtite. 466.16
An Statutum excluſiuum matris extantibus agnatis vſque ad tertium gradum excludat etiam auum maternum. 443.1
Statutum excluſiuum fœminarum loquens tantùm de ſucceſſione inteſtati non eſt protrahendum ad caſum teſtati. 507.25
In Statutis verba cum effectu ſunt accipienda. 434.12
An Statuto extantibus filiis maſculis filia fœmina ſuccedat, ſed dote ſit contenta contineatur nepos ex filio prædefuncto, ita vt filiam excludat. 462.6
Ex Statuto extantibus filiis maſculis filia non ſuccedat priuilegium aliquod maſculis non dari, contra Bart. & Bald. ibid. 14
Statuto fœminarum excluſorio ſuppoſito nepos ex filio excludit neptem ex filia. 468.3. an neptis ex filio excludat neptem ex filia. ibid.5
Valet argumentum à ſtatuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad ſtatutum affirmatiuè, non negatiuè. 417.6
Cùm ſtatuto excluditur ſoror à ſucceſſione fratris alio fratre ſuperſtite: ſi extent fratres conſanguinei, ſoror vtrinque coniuncta & mater, hæc ſuccedit, illis excluſis. 458.8
Statuta non recipiunt extenſionem. 461.1
Statutum quo vocatur filia non extantibus maſculis quomodo interpretandum. 512.[illegible]
Statutis hereditates deferri poſſunt. 429.12
Statutis & delatio & acquiſitio hereditatis impediri poſſunt. ibid. 13
Statutis hereditates deferri poſſunt. ibid.11

Stellionatus

In Stellionatum incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat. 33.6

Stipulatio.

Si Stipulationi inſerta ſit dies ac pœna ſubiecta, dies interpellat pro homine ad pœnam committendam. 5.18

Pater

Digitized by Google

Pater Filio ſtipulari poteſt. p. 176. n 4
Mater filio ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi. ibid. 11
Stipulatio eſt contractus ſtricti iuris. 5. 11
Stipulatio inter abſentes contrahi non poteſt. 891. 8
Ex Stipulatione filij collata in tempus mortis patris nulla datur actio filio. 620. 8
Stipulatio à notario pro patre & filiis interpoſita actionem filiis non acquirit ibid. 9
Alij Stipulari nemo poteſt. 616. 13
Cùm quis Stipulatur filio quem habet in poteſtate, ſtipulatio non valet in perſona filij ſed in perſona patris. 617. 14
Stipulatio conditionalis ad heredem tranſmittitur. 559 5
Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne. 915. 6
Deficiente conditione ſtipulatio conditionalis euaneſcit. 451. 24
Cùm quis ſibi filiiſque ſuis ſtipulatur ſiue copulatiuè ſiue diſiunctiuè inutilis eſt in ſtipulatione liberorum expreſſio, aduerſus Bart 617 16
Cùm quis ſibi & heredi ſtipulatur inutilis eſt heredis expreſſio: & quæ ſit eius iuri ratio ibid. 17
Si quis ſtipuletur ſibi & filiis ſuis heredibus ſtipulatio non proderit filiis ſi non ſint heredes, nec heredibus ſi non ſint filij teſtatoris. 617. 18

Stultus.

Stulti ſunt qui in iure errant. 99. 4

Subhaſtatio.

Subhaſtationes confirmatæ vt reſcindantur. 215. 1. & ſeqq.

Subintelligere.

Vnde æſtimari ſoleat quod ſubintelligitur. p. 686. n. 19

Subrogatum

Subrogatum ſapit naturam eius in cuius locum ſubrogatur 461. 8

Subſcriptio.

Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in Teſtamento imperfecto inter liberos. 694. 10
Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in teſtamento inter liberos. ibid. 10

Subſtitutio, ſubſtitutus.

Subſtitutio quælibet diſpoſitio eſt. 607 16
Subſtitui ei nequit qui nullo modo inſtituitur. 677 15
Verbum Subſtituo an directum, an verò commune. 628 19
Verbum Subſtituo non æquè ſignificat fideicommiſſum ac vulgarem ſubſtitutionem. 627. 10
Propriè nulla eſt ſubſtitutio niſi quæ eſt vulgaris. 607. 15
Subſtitutionis nomine ſimpliciter prolato vulgaris ſubſtitutio ſignificatur. ibid. 14
Vulgari Subſtitutione duplex caſus continetur, vnus voluntatis, alius impotentiæ. 578. 7
Subſtitutio vulgaris, ſi heres non erit duos caſus continet, vnum voluntatis, alium impotentiæ 605. 20
An Subſtitutio tacita vulgaris locum habeat cum mater eſt in medio. 602 1
Cur olim liceret vulgari Subſtituto eidémque fideicommiſſario vniuerſali omiſſa ſubſtitutione cogere heredem vt adiret. 624. 10
Non magis hodie intereſt vulgaris Subſtituti, eiuſdemque fideicommiſſarij vt hereditatem adeat ex lege Iuſtiniani, quàm ex vulgari ſubſtitutione. ibid. 12
Vulgaris Subſtitutio vnius eſt generis & ſpeciei quæ ſcilicet fit in caſum non acquiſitæ hereditatis. 608 19
Subſtitutus vulgaris idémque fideicommiſſarius quid iuris habeat in ſuccedendo. 624. 8
Datio vulgaris Subſtitui ſui heredis exiſtentiam non tollit. 583. 10
Subſtitutio quæ fit in vulgarem caſum frequentior eſt, vnde vulgaris dicta eſt. 599 5
Conditio vulgaris Subſtitutionis ſi inſtitutus heres non erit quando exiſtat. 599. 36
Nulla eſt Subſtitutio vulgaris ſine illa conditione, ſi heres non erit. 590. 3
Qui omiſit vulgarem Subſtitutionem non poteſt adire hereditatem ex fideicommiſſo, alio herede ex teſtamento exiſtente p. 625. n. 15
An teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari Subſtitutione. 592. 1
Vulgaris & pupillaris Subſtitutionis differentia. 587. 7
Subſtitutus vulgaris ſuccedit in locum, non in ius eius cui fuit ſubſtitutum 581. 17
Dato Subſtituto ſuo heredi ſub ea conditione, ſi filius heres non eſſet, ſuo herede abſtinente admittitur ſubſtitutus ad bona defuncti, non tamen vt heres. 580. 4
Subſtitutio vulgaris tacita ſi qua eſſet, etiam matrem excluderet 601. 5
Verba illa Subſtitutionis vulgaris, ſi filius heres non erit, ex neceſſario herede voluntarium non efficiunt. 578 10
Verba illa, ſi heres non erit, in vulgari Subſtitutione quem ſenſum habeant. 608 1
Subſtitutionis vulgaris & fideicommiſſariæ differentia. 593. 8
Vulgaris Subſtitutio ſuo heredi facta non ideò valet, quod per eam neceſſarius heres fiat voluntarius 580. 2
Prudentiùs facit pater qui filio impuberi ſubſtituit vulgariter, quàm qui pupillariter. 594. 16
Differentia inter vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem. 445. 16
Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt. 531 16
Goricani ſententia de Subſtitutione vulgari tacita. 596. 23
Vulgaris Subſtitutio fieri poteſt in donationibus cauſa mortis, perinde atque in hereditatibus, legatis & fideicommiſſis 923 4
A Bartolo profecta eſt diſtinctio Subſtitutionis vulgaris in expreſſam, tacitam & mixtam 606 1. expreſſa eidem triplex ibid. 2 quæ ſit omnino tacita ibid 3 mixta duplex. ibid. 4
Formula vulgaris Subſtitutionis vt differat à formula pupillaris. 593. 9
Pupillaris Subſtitutio quæ in vulgari continetur malè dicitur tacita. ibid. 7
Subſtitutio tacita pupillaris etiam contra matrem locum habet. 603. 6
Pupillaris Subſtitutio nihil aliud requirit quàm vt adita ſit ex aliqua parte patris hereditas, vt paternum teſtamentum confirmetur. 546. 10
Quæſtio de ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre 596. 2
Patre & filio ſimul mortuis Subſtitutum admitti ex pupillari ad bona pupilli, & ex vulgari ad bona patris, vt perperam cenſet Bart. 601 8
Quibus caſibus pupillaris Subſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, alíave directa in precariam. 548 10
Subſtitutio tacita pupillaris quæ 588. 14
Differentia inter formulas pupillaris & vulgaris Subſtitutionis. 589 25
Pater qui filio ſuo ſubſtituit pupillariter cogitat de herede dando filio, non ſibi. 587. 10
Subſtitutio pupillaris pura eſt, non conditionalis. 599. 11
Cur Subſtitutio pupillaris mortuo ante pupillum ſubſtituto non tranſmittatur. 548. 7
Pupillaris ſubſtitutio duas continet conditiones. 587. 13
Conditio ſubſtitutionis pupillaris qualis. 588. 15
ſubſtitutio pupillaris eſt inſtitutio pura. ibid. 17
ſubſtitutio pupillaris expreſſa & tacita vulgaris in eiuſdem ſubſtituti perſona locum habere non poſſunt. 601. 6
ſubſtitutus pupillaris quomodo differat ab herede legitimo pupilli quoad onera hereditaria ſubeunda. 566. 14
Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem 546. 9
ſubſtitutio pupillaris tranſmittitur ad heredem ſubſtituti qui iam heres extitit ex inſtitutione ne inducatur diuiſio voluntatis. 551. 6
Filio exheredato ſubſtitui poteſt pupillariter. ibid. 7
Pupillaris ſubſtitutio minus propriè ſubſtitutio dicitur quàm vulgaris. 599. 6
ſubſtitutio pupillaris nunquam tranſmittitur ad heredem niſi ex neceſſitate 551. 8
Eſt de neceſſitate ſubſtitutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm fuit ipſe inſtitutus, ſecus ſi exheredatus 601. 7
Pupillarem ſubſtitutionem tacitam ſola D. Marci conſtitutionis poteſtas inducit non refragante teſtatoris voluntate. 603. 7
Pupillaris ſubſtitutio ex omnium confeſſione ſola graduum interruptione vitiatur. 540 19
ſubſtitutio pupillaris an ex coniecturis inducatur. 584. 14
ſubſtitutus pupillaris neque patri neque filio ſuccedit, ſi filius viuo patre mortuus ſit. 597 7. & ſeqq.
ſubſtitutio quæuis impuberi facta etiam in caſum vulgarem trahitur

Digitized by Google

trahitur ad pupillarem poſt D. Marci conſtitutionem. p. 594. num.15
Subſtitutio reciproca expreſſa eſt, non tacita, aut mixta quoad verb. contra Bart.& alios. 607.12
Non quæuis Subſtitutio facta pupillo cenſenda eſt facta in caſum pupillarem aduerſus Bart. 594.14
Subſtitutus vocatur per ordinariam prouiſionem, tranſmiſſarius verò per ſubſidiariam 638.7
Non quæuis Subſtitutio facta pupillo cenſeri debet formaliter facta in caſum pupillarem aduerſus Bart. & alios. 599 7
An ſubſtitutio pupillaris facta ventri poſthumo euaneſcat eo non nato. 598.2
Apud interpretes tum vulgaris, tum pupillaris Subſtitutio eſt duplex, vna expreſſa altera tacita. 586.2
Nullam eſſe vulgarem tacitam Subſtitutionem aduerſus interpretes. ibid.3
Subſtitutio expreſſa facta vni num caſum non poteſt porrigi ad alterum circa legiſlatoris autoritatem. 612.5
Subſtitutio tacita in compendioſa nulla continetur. 608. 17
Reciproca Subſtitutio quid 607.15
De Subſtitutione facta per verba partim directa, partim obliqua, vel communia, traditio Bart & eius refutatio. 615.19
Differentia inter directas & precarias ſubſtitutiones. 590. 23
Quando in dubio Subſtitutio habenda ſit potiùs directa quam precaria. 611.23
Fideicommiſſaria Subſtitutio vulgarem nullam continere poteſt 593 6
An interruptio graduum vitiet fideicommiſſariam Subſtitutionem. 534.1
In contractibus fieri poteſt Subſtitutio conuentionalis. 417.12
In conditionibus Subſtitutionum paria non ſunt nolle & non poſſe. 607.7
Pupilli abſtenti mors expectanda eſt vt Subſtitutus pupillaris admitti poſſit. 593 4
An tranſmiſſarius hereditatis vulgari Subſtituto præferatur. 634.1
Cur Subſtitutus qui vult ab inteſtato pupilli hereditatem retinere cogatur reſpondere creditoribus paternis. 568.9
Ius ſuitatis datione vulgaris Subſtituti non extinguitur. 633 6
An Subſtituti datione tollatur exiſtentia ſui heredis. 577.2
Mortuo pupillo Subſtitutus pupillaris ſuccedit ex pupillari non tantùm in bonis pupilli abſtenti ſed etiam in bonis patris aduerſus Bart. 600.5
An & quomodò ſuccedat qui per imperitiam notarij Subſtitutus eſt vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum. 613.1
Repudiante filiofamilias quando admittatur Subſtitutus. 607 14
An Subſtitutus filio impuberi datus in expreſſum caſum pupillarem patri ſuccedat abſtinente filio ex tacita vulgari, & deinde pupillo morienti ex pupillari expreſſa. 600 2
Subſtitutis cur caueatur. 527 7

Succedere, ſucceſſio.

In ſuis heredibus iure ciuili non eſt ſucceſſio. 481.4
In ſuis heredibus cur non ſit ſucceſſio. 451 26
In ſuis non eſt Succeſſio. 484 27
In ſuis & legitimis cur non eſſet olim ſucceſſio. 425. 17
In agnatis cognatiſve quæ ſit ex iure prætorio & Iuſtinianæo ſucceſſio. 508.11
In agnatis quatenus ſit ex Iuſtiniani conſtitutione ſucceſſio. 452.12
Succedit ex teſtamento qui ſuccedit per contra tabulas. 580.3
An Succeſſionis ordo inducatur cùm quis ſtipulatur ſibi & filiis ſuis 616.1
Succeſſio conuentionalis ad tempus & ex tempore induci poteſt. 418 21
Quæuis pactio de Succedendo aut non ſuccedendo, etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos valida eſt 450.9
Pacta de Succedendo aut non Succedendo quatenus hodie conſuetudine recepta ſint. 417.7
In Succeſſione inteſtati qui partem faciant. 442.21
Ius ſuccedendi facilè admittit fictiones. 435.19
In ſuis & agnatis iure veteri quomodo eſſet Succeſſio, nec ſit hodie iure nouo. 422.18
Excluſio à iure Succedendi quotuplex. p.418 n.1
Ius ſuccedendi matri competens quàm multiplex. 427.7
Pro Succedente haberi non poteſt is qui per pactum iuratum de non ſuccedendo ſeipſum à ſuccedendi iure excluſit. 407.72
Qui aliquando Succeſſit, ſi poſtea ſe abſtineat perinde habetur ac ſi nunquam ſucceſſiſſet. 435.18.21
Ex voluntate teſtatoris in ordine ſuccedendi cauſa inteſtati poteſt præcedere cauſam teſtati. 677.16
Cùm perſona aliqua prioris gradus ſucceſſit nunquam ſequens gradus ex edicti ſucceſſione admittitur. 466 27
Ex Statuto non alij ſuccedunt quàm qui per ſtatutum vocati ſunt. 467 2
Fratrum filij cùm ſuccedunt in hereditate patrui ſuccedunt iure repræſentationis ſeu in ſtirpes. 465.6
Poſtquam Succeſſum eſt ex teſtamento nunquam ſuccedi poteſt ab inteſtato. 728.8
Non Succedere modò priuatiuè modò negatiuè ſumitur 432. 18. ſumptum negatiuè opponitur contradictoriè ei quod eſt ſuccedere. ibid.19
In ius alterius ſuccedere, & ſuccedere in alterius gradum ſiue locum quatenus differant. 450.17
Succedere ex perſona propria, & ſuccedere ex gradu proprio differre aduerſus Bart. 465.6
Varij caſus quibus ab inteſtato ſuccedentes ex tacita defuncti voluntate ſuccedere non dicuntur 734 6
Succeſſio maſculorum qui ſemel heredes extiterunt, habet tractum temporis. 435.16
Ex capite vnde cognati admittitur ſucceſſio etiam poſt delationem ex eodem alij factam. 489.12
An edictum Succeſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamenti. 472 1
Edicti ſucceſſorij proponendi ratio. 473.6
Edicti ſucceſſorij proponendi cauſa. 487.17
Vbi acquiſita fuit alicui bonorum poſſeſſio tota edicti ſucceſſorij poteſtas perimitur. ibid.16
Nunquam diuerſorum graduum perſonæ ex edicto ſucceſſorio ſimul admitti poſſunt 667 27
Non omnis ſucceſſio inducit ſucceſſorium edictum. 473 9
Edicti ſucceſſorij tempus. ibid.
Delatio quæ ſit ex aliquo capite edicti ſucceſſorij illius quidem capitis totam vim conſumit, at ſequentium neutiquam. 488.3
Nunquam ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priori admittitur. 470.5
Edictum ſucceſſorium nonniſi in ſucceſſionibus inteſtati locum habet. ibid 8
Succeſſorium edictum interpretes à bonorum poſſeſſ. ad hereditates perperam tranſtulerunt. 475.12
Edictum ſucceſſorium ad quam ſucceſſionem pertineat. ibid.5
Edictum ſucceſſorium ordinem ſequitur ſucceſſionis inteſtati. 476.42
Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet. 175.7
Pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo. 147 1
Variæ rationes cur pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat. 148.3. & ſeqq.
Differentia inter pactum de ſuccedendo, & pactum de non ſuccedendo. 149.8.10
Caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & legitima tamen ſalua relinquitur. 1.5.11
In quo conſiſtat vis legum, quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur. 162.12
In ſuis non erat olim ſucceſſio imò nequidem in agnatis. 35 9
Pactiones de futura ſucceſſione, vt pote odioſæ ſtrictiſſimè accipiendæ ſunt. 177.1
Neque in ſuis, neque in agnatis olim iure ciuili erat ſucceſſio. 38.2
Matres vt ſuccedant liberis apud Gallos & Auguſtanos. 194.7
Vſu defenduntur pactiones de ſuccedendo tabulis nuptialibus adiectæ & quidem matrimonij contemplatione. 175 8
Singularis ſucceſſor an poſſit expellere conductorem 334.1 & ſeqq.
Succeſſorium edictum à prætoribus introductum licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt. 39 1

Sumptus.

In ſumptibus neceſſariis bonæ fidei poſſeſſor à prædone non eſt ſeparandus, ſed in vtilibus & voluptuariis. 401.23

Neceſſariorum

Digitized by Google

Neceſſariorum ſumptuum nomine etiam prædoni doli mali exceptio competit. ibid.n.24
Via ſeruandorum ſumptuum per exceptionem doli multò eſt commodior,quam per poteſtatem tollendorum ſumptuum. 402.29

Supplere.

Supplere facti eſt.2.13. ſupplere iudex non debet. ibid.

Surdus.

Surdus cur non poſſit donare cauſa mortis. 247.13

Suſpenſio.

De ſuſpenſione hereditatis legitimæ. 419. 1. & multis ſeqq.

Suus heres.

Suus quis dicatur. 412. 33
Ordo ſtatutarius non tollit ius ſuitatis. 505.16
An ius ſuitatis amiſerit filia excluſa per ſtatutum fauore maſculorum. 503.1
Quomodo verum ſit ſublatam eſſe à Iuſtiniano differentiam ſuitatis & emancipationis. 645.16
Ius ſuitatis non perimitur per exheredationem. 994.14
Inter ſuos & agnatos diſcrimen. 451.17

Symmachus.

Vt accipiendum illud Symmachi, iuris & legum vocem hanc eſſe,bonæ fidei contractum non reſcindi. 90.13

T.

Tabula.

Secundæ Tabulæ ſeparatim clauſæ apud veteres nonniſi poſt mortem impuberis aperiebantur. 597.8

Tacitum.

Tacitum quid dicatur 385.15
Non ſemper par & æqui eſt vis Taciti & expreſſi. 384.7
Expreſſo vitiato Tacitum quoque vitiatur. 596.22

Talliabilis.

Si Talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre,an huic debeatur legitime. 151.1.& ſeqq.

Taxatio.

De Taxatione iuriſiurandi in litem. 243.1.& ſeqq.

Tempus.

Tempus nunquam retrotrahitur.410.8. in quo differt à conditione. ibid.
Tempus delationis quando pendeat. 412.32

Tertyllianum SCtum.

SCtum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri tribuendo,quàm de ipſa ſucceſſione. 427.6
SCti Tertylliani non ea mens fuit vt agnatos planè excluderet, ſed tantum matrem iis præferret, niſi tamen verbis extenſiuis vſus fuiſſet ſenatus agnatos excludebat. 431.6

Teſtari

Cùm quis aliquem Teſtari prohibet qui volebat mutare teſtamentum, prohibitio illa ſcriptis heredibus quando noceat aut non noceat. 735.11
Teſtandi facultatem ſibi, aut alij qui præripit contra bonos mores facit. 746.5
Dolus prohibentis aliquem Teſtri legatariis & fideicommiſſariis quando noceat. 735.14
Qui non poteſt Teſtari nec mortis cauſa donare. 846. 5. & ſeqq.
Vno contextu Teſtari quid ſit. 792.57
An hereditas fiat caduca cùm quis alium Teſtari coegit in fauorem tertij. p 731.0 1.& ſeqq.
Quiſquis Teſtatur facit legem. 710.10
Si qui alterum Teſtari prohibuit vel coegit non ſit ſoluendo, an pars læſa poſſit agere contra ſi cum. 730.1
Si quis per blanditias citra vim & dolum id egerit vt Teſtaturi iudicium erga ſe prouocaret,an incidat in edictum, ſi quis aliquem teſtar proh. 737.1.& ſeq.
Facultas Teſtandi eſt à lege, nec niſi per legem tolli poteſt 746.6
Si frater fratrem Teſtari aut teſtamentum mutare prohibuerit, an eius factum cæteris fratribus noceat. 734. 1. & ſeqq.
Quo ſenſu dicatur, quem non poſſe pro parte inteſtatum decedere. 1006.7
Cur non liceat filiofam. de peculio profectitio Teſtari patre conſentiente. 850.7
Eius qui Teſtatur certum debet eſſe iudicium eo tempore quo teſtatur. 321.30
Filiusfam poteſt de peculio caſtrenſi Teſtari 852.4
Quid nudæ teſtantis voluntati accedere debeat vt Teſtamentum infirmetur. 749.12
Tabularum & Teſtamenti differentia. 520.4
Quomodo accipienda regula, quæ vult non poſſe quem in paganis decedere pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum. 414.6

Teſtamentum.

Definitio Teſtamenti à Modeſtino allata quibus teſtamentis conueniat. 686.3
Irritum non fit Teſtamentum niſi quod aliquo caſu & tempore valuit. 756.9
Ex Teſtamento capere qui prohibiti. 544.18
Si primum Teſtamentum præceſſerit validum, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis aut exheredationis quæritur quid iuris ſit tam circa inſtitutiones, quam circa legata & fideicommiſſa in vtroque relicta. 751. 1. & ſeqq.
Teſtamentum nuncupatiuum longè pauciores ſolennitates requirit,quam Teſtamentum in ſcriptis. 655.2
In teſtamentis inter liberos aut ad pias cauſas factis, clauſulam codicillarem ſubintelligendam non eſſe. 671.8
Ne quidem militis Teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valet. 664.6
Teſtamentum quod ipſo iure nullum eſt reſcindi ſeu rumpi non poteſt. 756.8
An aliqua ratio fieri poſſit, vt eam ſibi quis legem præciſè dicat, ne à priori Teſtamento recedere poſſit. 749. 1. & ſeqq
Inefficacem & prorſus inutilem eſſe clauſulam quæ hodie Teſtamentis & codicillis inſeri ſolet, vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codicill. valeat iure donationis cauſa mortis. 896.1.& ſeqq.
Per quam aditionem hereditatis confirmetur Teſtamentum. 756.7
In ipſo iure an verò non niſi ope exceptionis tollatur Teſtamentum, cuius linum aut ſignacula teſtator vltrò & ſciens incidit. 759.2.& ſeqq.
Per poſterius Teſtamentum quamuis imperfectum rumpitur prius, ſi in poſteriori inſtituti ſint venientes ab inteſtato. 765.4
Teſtamentorum ſolennitates cur introductæ. 656.14
De verbali ſolennis Teſtamenti reuocatione. 747. 1. & ſeqq.
Teſtamentum vi dolóve extortum valet ipſo iure dummodo inter ipſa teſtamenti ſolennia,neque vis, neque dolus interuenerit 748.6
Teſtamentum iure factum non poteſt nullum eſſe defectu voluntatis,etiamſi id maxime velit teſtator 712.8
Teſtamentum an prædicetur de omnibus contentis in teſtamento, vt vult Socinus. 723.9
Quid iuris ſit vbi appoſita eſt clauſula derogatoria in Teſtamento minus ſolenni, aut rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis. 743.1.& ſeqq.
Solennitates teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant. 760.8
An Teſtamentum valeat quod factum eſt per vim dolúmve aut heredis inſtituti aut alterius cuiuſpiam. 727. 1. & ſeqq.
Teſtamentum non eſt ex earum rerum genere quæ nuda voluntate aut conſtitui poſſunt aut reuocari. 726.10
Quomodo Teſtamentum ſine voluntate eſſe non poſſit. 710.12
Cur neceſſaria fuerit lex 12. tabul. de teſtamentis. 903.
Ex Teſtamentorum ſolennitate vna hæc eſt, vt liberi in poteſtate

ſtate inſtituantur vel exheredentur. p.705.n.3
Diſcrimen inter Teſtamenta & legata ratione conſtitutionis & euerſionis. 708
Nuda voluntate impediri non poteſt Teſtamentum, ſi omnia illa concurrant quæ lex præſcribit ad teſtamentum ordinandum. ibid.9
An debeat maior eſſe fauor Teſtamenti ſecundi perfecti poſt lapſum decennium, quàm eius quod perfectum altero die poſt primum. 716 9
An teſtamentum iuratum mutari & reuocari poſſit. 745. 1. & ſeqq.
Teſtamentum illud eſt iniuſtum & nullius momenti in quo præteritus eſt ſuus heres. 707.4
Confirmari Teſtamentum à lege vel prætore quid ſit. 704. 19
Non eſt periurus qui reuocat Teſtamentum iuratum, contra Iohannem Andr. 746.11
Non aditio hereditatis non eſt modus rumpendi Teſtamentum 704.21. quodnam teſtamentum dicatur deſtitui per non aditionem. ibid.13
Quodnam pignus in Teſtamento conſtitui queat. 892. 20
Lex duo eiuſdem hominis Teſtamenta nunquam confirmat, niſi fuerint militaria 704.15
Iuris eſt explorati poſteriori Teſtamento rumpi prius, atque ideo euerti omnia quæ in priori continentur. 708.6
De clauſula derogatoria in priori Teſtamento ad poſterius impediendum appoſita variæ interpretum ſententiæ. 709.1. & ſeqq.
An ſit vllus fauor Teſtamentorum in quibus inſtituuntur venientes ab inteſtato. 705.6
Filij emancipati præteritione neque nullum neque iniuſtum fieri poteſt Teſtamentum. 701.7
Etiam eius qui per vim dolúmve alterius teſtatus eſt, Teſtamentum valet, hereditas tamen aufertur heredi tanquam indigno. 710.11
Secundum teſtamentum factum coram Principe vel iudice ex omnium ſententia primum tolli. 715.6
Error Bartoli putantis illud etiam Teſtamentum ſolenne eſſe in quo ſuus heres neque inſtitutus eſt neque exheredatus 707.3
Imperfectum Teſtamentum quot modis dicatur. pag. 698 num. 2.
Exemplum Teſtamenti præparatum quid ſignificet. pag. 663 num 4.
Ex Teſtamento in quo poſthumus ſuus præteritus eſt quandiu per agnationem poſthumi rumpi poteſt, nemo poteſt heres eſſe. 500.9
Quinam ipſo iure rumpant Teſtamentum. 508 4
Actio ex teſtamento contra quem detur. 982 4
Quatenus quis rumpat Teſtamentum per inofficioſi querelam. 508.5
Teſtamentum imperfectum ratione voluntatis an valeat. 663.1
Non valet Teſtamentum, quo non alius heres inſtitutus eſt, quam quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt. 591 29
Quo inſtanti teſtamentum per legem confirmetur. 505. 18
Teſtamentorum vſus inductus eſt propter hereditates & legata, Codicillorum verò propter fideicommiſſa. 892. 16
Sitne perfectum eius teſtamentum qui omiſit conditionem quam inſtitutioni addere deſtinarat. 665.1
Cùm quæritur de iuribus teſtamenti in quo præteritus eſt filius quid inſpiciendum ſit. 505.14
Teſtamentum filiifamilias militis de caſtrenſi peculio, quo præteritus eſt teſtatoris filius an valeat. ibidem 13
Conſtitutio Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis ad quas vltimas voluntates ſit reſtringenda. 689.18
In teſtamento imperfecto inter liberos clauſula derogatoria neque exprimi neque ſubintelligi poteſt. 687.5
Teſtamentum imperfectum inter liberos non ad aliud prodeſt, quàm vt defuncti voluntas ab inteſtato conſeruetur. 651.8
An in teſtamento parentis inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe. 651.1
In imperfecto inter liberos teſtamento parentis literas neſcientis an ſufficiat alium pro eo ſcripſiſſe. 649.5
Nullum teſtamentum defendi poteſt iure teſtamenti ſine teſtibus, nec voluntas nuncupatiuo teſtamento declarata aliter probari poteſt quàm per teſtes. 612.7
De teſtamento militari agentes ICti nunquam meminerunt ſolennitatum iuris gentium 673 7. vt nec Impp. cùm tractant de teſtamento tempore peſtis condito. ibid. num.8
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda ſit clauſula codicillaris. 670 4 & ſeqq.
Teſtamentum patris nunc perfectum coram duobus teſtibus conditum an defendatur iure teſtamenti. pag 682. num.1
Interpretes docere non poſſunt quæ ſint in teſtamentis ſolennitates iuris gentium. 673.10
Duorum teſtium fortuitorum vtriúſve ſexus & cuiuſcunque nationis interuentus non eſt ſolennitas teſtamentorum ex iure gentium ducta. ibid.11
Teſtamentum ſolenne & perfectum per poſterius rumpi non poteſt, niſi hoc æque ſolenne & perfectum fuerit pag. 686. num.1.
Teſtamentum inter liberos imperfectum quomodo ab alia qualibet vltima inteſtati voluntate differat. pag. 689. num.17
Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt. 687.4
Teſtamenta parentum imperfecta inter liberos defendi ex eo cenſent interpretes quòd in iis requirantur tantùm ſolennitates iuris gentium. 671.1
Teſtamentum cum codicillis ab inteſtato factis nihil habet commune. 671.7
Quibus rationibus probent interpretes teſtamentum imperfectum inter liberos valere iure teſtamenti 670.1.& earum refutatio. ibid 12
Implicat contradictionem vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, & vt defendatur per clauſulam codicillarem. 670.3
An teſtamentum rumpatur per præteritionem filiæ excluſæ per ſtatutum. 500.1.502.21
Teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt ita nullum eſt vt nunquam conualeſcere poſſit. 325.5
Teſtamenta parentum imperfecta non defendi ex conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. pag. 680. nu. 10. 11
Quandiu rumpi teſtamentum poteſt, non defertur ex teſtamento hereditas. 583.5
Quò pertineat illud ex teſtamento non poteſt acquiri hereditas quandiu teſtamentum rumpi poteſt. pag. 502. num 29
Quî fiat vt hodie poſterius teſtamentum factum poſt decennium etiam minus ſolenniter tollat prius. pagina 724 num.11
Cur neceſſarium ſit teſtamentum ad patris voluntatem reuocandam in teſtamento imperfecto declaratam, nec ſufficiant codicilli. 690.10 & 12
Nullæ ſunt teſtamentorum ex iure gentium ſolennitates aduerſus interpretes. 672.2.673.6
Teſtamenti factio eſt iuris ciuilis, & ratione ſolennitatum, & ratione originis quoque, non verò iuris gentium. 672.3
Teſtamenti factio cur dicatur eſſe iuris publici 675.4
Vſus teſtamentorum apud omnes gentes receptus non facit vt teſtamentum ſit iuris gentium, cùm nitatur ratione ciuili. ibid. 5
Teſtamentum ex quo acquiſita eſt hereditas eo tantùm caſu rumpi poteſt quo proponitur querela inofficioſi teſtamenti. 451.16
Imperfectum teſtamentum quodnam dicatur. 681.5
Differentia inter teſtamentum inter liberos imperfectum & id in quo ſunt inſtituti ſucceſſores legitimi. 697.5
An valeat teſtamentum imperfectum in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato, nullis exiſtentibus liberis, aut iis præteritis. 697.1
Cancellatio teſtamenti quæ teſtamentum non infirmare cenſeatur. 687.8
Teſtamentum parentis imperfectum quod alterius manu ſcriptum eſt valere non poſſe, aduerſus interp. 693 15. vt parens ſcribat propria manu nomina liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum eſt ſolemnitas omnino neceſſaria. ibid. 16.
Teſtamenti militaris, & eius in quo fuerint ſcripti legitimi ſucceſſores conuenientia & differentia. 697.3
Cùm heres palam eſt nuncupatus coram 7. teſtibus teſtamentum cenſeri poteſt nuncupatiuum etiamſi ſubſcriptiones & ſignacula adſint. 691.12
Fieri non poteſt vt teſtamentum, quod quis fecit tanquam valiturum iure teſtamenti in ſcriptis euadat in nuncupatiuum. ibid. 5.
Differentia inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua. 695. 12.
Intereſt parentum & liberorum, ne ius ita conſtituatur vt in parentis teſtamento nuncupatiuo nullæ ſint neceſſariæ ſolemnitates. 666. 1
Vulgatum illud ex eo teſtamento quod rumpi quandoque poteſt

Digitized by Google

teſt, nemo poteſt heres exiſtere quatenus verum pag.507 num. 3.
Cuiacium perperam requirere teſtes in teſtamento inter liberos imperfecto p.698. n.6
Teſtamentum vnde æſtimetur nuncupatiuum.p 693.n.6 errores interpretum de teſtamento nuncupatiuo ibidem. 7. 8. & 9.
An valeat Teſtamentum parentis inter liberos minùs ritè teſtati, quando notarium adhibere volens, deceſſit priùs quàm notarius accederet. 694.1
Imperfecta Teſtamenta parentum inter liberos non ſunt verè ac propriè teſtamenta.683.1. an huiuſmodi teſtamenta ipſo iure tolli queant ibid 3
Clauſula derogatoria poſterioris Teſtamenti vim & validitatem impedit: eſt interpretum omnium. 684.11
Teſtamenta in ſcriptis hodie minùs frequentia, quàm nuncupatiua 655.1
An imperfectum patris Teſtamentum alterius manu, ſed ex patris mandato ſcriptum valeat. 691.1
Cur ſcriptura quam quis voluit valere iure Teſtamenti in ſcriptis, nunquam poſſit valere iure teſtam. nuncupatiuis. 692. 10.
Imperfectum inter liberos Teſtamentum reuocatur tantùm per poſterius perfectum ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuum. 690 14.
Vnde & quomodo colligant interpretes in Teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe. 686.1
Notarij interuentus non eſt de Teſtamentorum ſolemnitate. 695 6
Imperfectum Teſtamentum parentis inter liberos defenditur iure inteſtati, non vero inter extraneos 686. 7
Per voluntatem inteſtati præcedentem abſurdum eſt vt impediatur validitas poſtea facti Teſtamenti. 685.12
Teſtamentum quod nullum eſt rumpi non dicitur. pag 500 num. 8.
An patris Teſtamentum minùs ſolemne inter liberos illegitimos legitimatos valeat. 659.1
An Teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi inſtituti ſint venientes ab inteſtato valeat interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. 705 1 & ſeqq.
Teſtamentorum ſolemnitates non aliunde pendent quàm à lege ibid.
Teſtamentum quod ſemel effectum habuit rumpi non poteſt licèt quandoque reſcindatur. 514.5
Quodnam Teſtamentum rumpi dicatur, quodnam reſcindi. 585.25.
Teſtamentum imperfectum, vbi aliud perfectum poſtea ſit, non euadit in codicillos teſtamentarios. 685 9
Teſtamentum imperfectum cenſetur reuocatum per poſterius etiamſi nulla in hoc illius facta ſit mentio. ibid.10
An Teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari ſubſtitutione. 192. 1
An in Teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit clauſula derogatoria. 681.1
Teſtamenta parentum imperfecta vt valeant debent confirmari & adiuuari per officium arbitri familiæ erciſcundæ. 685. 13.
Cur in Teſtamentis parentum imperfectis ſubintelligi velint interpretes clauſulam derogatoriam. 680.16
Vt Teſtamento prætor confirmet. 704.18
Clauſulam derogatoriam in Teſtamentis parentum imperfectis ſubintelligi non poſſe. 686.18
Reuocato Teſtamento reuocata cenſetur clauſula derogatoria in eo adſcripta. 13.10
Teſtamento per querelam inofficioſi reciſſo duæ teſtatoris hereditates ex poſtfacto conſtituuntur. 414 8. an re ſciſſo per querelam teſtamento duo ſimul heredes fuiſſe videantur. ibid.
Quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt ab inteſtato non ſuccedatur. 583.6
Quamuis teſtamentum iure ciuili factum fiat irritum per adrogationem, prætor tamen ex eo bonor poſſeſſionem dare poteſt. 760.13
Teſtamentum nuncupatiuum habet ſolemnitates teſtibus potiùs quàm oculis fidelibus ſubiectas. 703.14
Facta primo teſtamento ſolemni, deinde alio inualido in quo adſcripta ſit clauſula codicillaris, poſtea verò adita hereditate à venientibus ab inteſtato, an primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum. 765.1.& ſeqq.
Teſtamentum in quo filius præteritus eſt, etiam fatente Bartolo tale eſt vt nunquam ex eo poſſit adiri hereditas. 706 10. nec conualeſcit ex æquitate prætoria per filij approbationem. ibid.11. quomodo defendatur ex æquo & bono filio ſe abſtinente. ibid.12
Teſtamentum nullum eſſe poteſt ſine heredis inſtitutione. pag 690. num. 11.
Solemnitates Teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant. 760.8
An in Teſtamento contractus fieri poſſit. pag.892. num.17. & ſeqq.
Suus heres præteritus quibus modis rumpat Teſtamentum. 52..
Teſtamenti & tabularum differentia 520.4
Ex pupillari Teſtamento paternum neque ex parte, neque in totum confirmari poteſt. 595.21
Quibus caſibus filia rumpat Teſtamentum patris ex iure communi 515.8
Teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit etiamſi filius viuo patre moriatur p.161. n.1 an huiuſmodi teſtamentum defendatur iure prætorio. ibid. n 2. & ſeqq
Teſtamentum etiam iuratum reuocari poteſt. 174.7
An teſtamentum alias nullum ſeu ruptum defendatur per clauſulam codicillarem 63.1. & ſeqq
Non adita ex teſtamento hereditate omnia corruunt quæ teſtamento continentur. 199.5
Teſtamentum à voluntate teſtatoris diſtinguendum eſſe. 163. 5.
Quæ exheredatio hodie requiratur ad Teſtamenti ſolemnitatem. 181.10
Nato poſthumo qui præteritus fuit rumpitur Teſtamentum. 205.1.
Teſtamentum in quo inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima non valet. 181.5
Teſtamentum in quo præterita eſt filia excluſa, non defenditur æquitate canonica aut prætoria. 156.14
Debitum ex Teſtamento vt differat ab eo quod ex contractu debetur. 131 9

Teſtator.

Teſtator non poteſt dare libertatem ad tempus. 418.16
Non eſt in teſtatoris poteſtate vt ſolemnitatem inducat nouam. 695.8
Teſtatoris voluntatem quomodo ſequatur legis voluntas: inteſtati verò hominis voluntas tacita legis voluntatem ſubſequatur. 419.7

Teſtis.

Quot teſtibus debeant probari legata aut fideicommiſſa extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos. pagina 675. num.11.
Quot teſtes requirantur in donatione cauſa mortis. 858.1 & ſeqq.
Cur plures teſtes requirantur in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus ibid.4
Cur teſtes teſtamentarij durare debeant donec ſuprema conteſtatio peragatur. 716.7
Vnus teſtis quamuis non faciat plenam probationem, facit tamen iudicium. 856 17
Cur duo teſtes ſufficiant, vbi numerus non adiicitur. p.674. num. 13.

Titulus.

Titulus inſtitutionis quatenus honorificus. 675.8

Traditio.

Traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium transferendum, nunquam dominium ex poſtfacto transfert. p.819. n. 7.
Traditio fieri poteſt per interpoſitam perſonam. 965.3. & conſequenter donatio cùm fit per traditionem. ibid.
Traditio nihil aliud eſt quàm datio poſſeſſionis. pagina 975 num. 11.
Traditio rei filiofam. à patre donatæ eſt inualida ad transferendum dominium. 815.8
Quando obtineat iactatum illud, traditio in dubio præſumitur facta animo transferendi dominij. 836.7
Quæ traditio transferat dominium. 198.3

Tranſactio.

Si immodica læſio in tranſactione interueneri non datur reſtitutio in integrum, ſecùs verò ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ 12.19
Ad tranſactionem an producatur benefic. l.1, C.de reſc. vendit. 103.1. & ſeqq

gitized by Google

In re Pandectarum non potuit Tranſactio reſcindi prætextu quantæuis læſionis. ibid.n.3
Bona fide factas tranſactiones quas dicamus. ibid.n.4
Non minor eſt autoritas tranſactionis quàm rerum iudicatarum. 104.8
pœna eorum qui aduerſus iuratam tranſactionem veniunt. ibid.9

Tranſmiſſio, tranſmiſſarius.

Ad Tranſmiſſionem hereditatis aſcendentium in deſcendentes quid requiratur. 645.17
In Tranſmiſſione hereditatis aſcendentium in deſcendentes quale ſit diſcrimen inter liberos qui ſunt ſui heredes & eos qui non ſunt ſui. ibid.13
Ius Tranſmiſſionis cur inductum. 638 6
De Tranſmiſſione hereditatis 556.7.& ſeqq.
Non omni caſu hereditas aſcendentis Tranſmittitur à deſcendente in deſcendentes. 649.14
Ad tranſmiſſionis priuilegium inducendum quid requiratur. 648.13
Diſcrimen inter Tranſmiſſarium Theodoſianum & Iuſtinianæum. 634.1
Tranſmiſſionis beneficium ad quos deſcendentes pertineat. 645 25
Theodoſianus Tranſmiſſarius ſubſtituto præferendus eſt, Iuſtinianæus verò poſtponendus. 634.1.& 633.8
Tranſmiſſio quæ fit iure ſuitatis per vulgarem ſubſtitutionem non excluditur. 632.5 & 633.7
Tranſmiſſionis ſpecies ex ſententia interpretum. 634.2
Sententia interpretum de Theodoſiana Tranſmiſſione ad inteſtati ſucceſſionem producenda 646.1
An Tranſmiſſarius hereditatis vulgari ſubſtituto præferatur. 634 1
Quæ legata & fideicommiſſa ab ignorante tranſmittantur. 646.11

Trebellianum Sctum.

Ad quem heredem rogatum pertineat Scti Trebelliani authoritas. 520 10
In Trebellianicam imputanda ſunt omnia quæcunque grauatus heres habuerit quoquo titulo ex bonis eius qui fideicommiſſum iniunxit. 680.12
Sctum Trebellianum non potuit efficere vt qui ſemel fuit heres deſineret eſſe heres 411.17
De poteſtate SCti Trebelliani. 423 13.& ſeqq.
An heredibus liberorum primi gradus poſſit Trebellianicæ deductio prohiberi. 141.1. & ſeqq.
In Trebellianicam fructus imputantur. 335.3
De Trebellianicæ & legitimæ computatione diſſertatio auctoris. 142.1.& ſeqq.
Varij caſus quibus Trebellianica nulla debetur. 140.22
An ex portione legitima quæ per filiæ renunciationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere poſſit. 156. 1.& ſeqq.

Tribonianus.

Triboniani mos in iure conſtituendo. 591.11
Tribonianus Ictorum nomina & authoritates ementiri ſolet. 668 5
Tribonianus induxit vt teſtamentum in ſcriptis factum eſſe, & heredem palam eſſe nuncupatum ſimul ſtare poſſent. 692.11
Tribonianus legum corruptor. 572.7.& 8.& ſeqq.
Triboniani inſcitia. 666.13 669.9.& 15

Triticar. condictio.

Triticaria condictio quæ ſit. 218.1.& ſeqq.

Tutor, tutela.

Caſus quo poteſt Tutor prædium pupilli ſine decreto alienare. 352.22
An tutela impuberis auum paternum habentis ad matrem deferenda ſit. 71.1 & ſeqq.
Tutor pupillum quatenus obligare queat. 351.14. an poſſit prorogare tempus retrouenditionis. 350.1.& ſeqq.
An filiofamilias Tutor quandoque dari poſſit. 71. 1. & ſeqq.
An Tutor quilibet confirmandus ſit. 41 12
Tutor non poteſt pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere. 36.7
Tutor vt differat à curatore. 961.6

V.

Venditor, Venditio.

NVm ex vendito actio nonnunquam datur ad reſoluendam & diſtrahendam emptionem. p.954.17
Non eo minus valet Venditio etiamſi res non tradatur, quippe cum perficiatur conſenſu, ſufficiatque obligatum eſſe venditorem vt præſtet quanti intereſt emptoris. ibid.17
Alienæ quoque rei venditio valet. ibid.17
Venditio propter immodicam læſionem non dicitur reſolui, ſed reſcindi. 309.12
Reſolutio Venditionis quæ fit ex lege commiſſoria, aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus neceſſaria. ibid.13
Venditio facta ſub pacto de retrouendendo quatenus ſimilis ſit fiduciæ quatenus diſſimilis. 288.6
Ita contrahi poteſt venditio vt ſi venditor pretium quod accepit intra certum diem reddiderit res inempta fiat 192. 1. dicta conuentio vt à lege commiſſoria differat, item à pacto de retrouendendo. ibid.2.& ſeqq.
Quando ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindatur Venditio per in integrum reſtitutionem. 84.22
Venditio differt à promiſſione de vendendo 293. 5. pactum de vendendo vt differat à pacto de retrouendendo. 293.7
Actio quæ datur venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij non poteſt dari contra tertium poſſeſſorem. 84.26
Venditio facta ſub pacto de retrouendendo vt affinis pactioni antichreſeos. 213.1.& ſeqq.
Si in Venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam an venditor rem tradere teneatur. 90 13. quid vero ſi nullus dolus interuenerit. 91.20
Venditionis & diuiſionis conuenientia. 96.4
Differentia inter Venditionem & locationem. 313 24
Locus ſingularis in iure de venditione ſub pacto de retrouendendo 188 1
Qui directam rei Vindicationem exercet poſſeſſioni ſuæ renuntiaſſe non intelligitur. 48.12
Venditionis vniuerſalis priuilegium. 59.13
Venditor vt ſequatur forum & iudicem emptoris. 73.1
Venditor de euictione tenetur etiamſi nihil dictum ſit, dum ne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur 16 8
Contracta venditione ſub pacto addictionis in diem is cui addicta res eſt non ſolùm vſucapere poteſt ſed & fructus & acceſſiones omnes lucrari. 119 8
Inter priuatas & publicas venditiones quid interſit. 20.6
Venditio rei litigioſæ quando valeat. 59.13
An venditione fructuum rei locatæ diſſoluatur locatio. 69. 1.& ſeqq.
Facta venditione ſub pacto addictionis in diem non poteſt emptor pro eodem pretio quod alius offerat, eandem rem retinere. 311.1
Venditio facta ſub pacto addictionis in diem quomodo differat à venditione facta ſub pacto de retrouendendo. 301.4
Ex empto poteſt dari actio ad corrigendam venditionem, ſicut & ad diſtrahendam. 12.10
Venditio, facta ſub pacto de retrouendendo & addictio in diem vt differant & conueniant. 286.1.& ſeqq.
venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij num competat reſtitutio in integrum 82.2.& ſeqq.
venditor qui negat ſe ad litem pro emptore ſuſcipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, ſed apud ſuum conueniendus eſt. 74.6
Pignorum venditio quatenus ſit ſimilis venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in diem. 120.5
Facta venditione ſub pacto addictionis in diem fructus interea percepti priorem emptorem ſequuntur. ibid.6
venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo vt differat à venditione pignorum: item ea quæ fit ſub pacto addictionis in diem.. ibid 7
Quatenus condemnandus ſit venditor vt rem tradat. 130.6
venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur. 305 5
venditor qui rem vendidit, quam tradere poteſt, præciſè obligatus eſt vt tradat. 292.4
Quatenus eadem fuerit olim ratio venditionis & locationis. 100.1
Enormiſſima læſio an reddat venditionem ipſo iure nullam. 117.1.& ſeqq.
Cùm in Venditione immodica læſio interuenit, reſcinditur

quodam

Digitized by Google

quodammodo venditio ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit. p.83 n.14

Venditio & diuiſio vt differant in probanda læſione. p.96. n.1 & ſeqq.

Beneficium, l.2. C. de reſcind. vend. ad publicas Venditiones non pertinere. 127. 3

An ſit àudiendus Venditor qui vltra dimidium iuſti pretij læſus, renuntiauit benefic. l 2. C de reſcind. vend. pag.84. n.1. & ſeqq.

Si nec vis, nec dolus, nec mala fides interuenerit, contractus Venditionis nullatenus reſcindi poteſt. 84 24

Differentia inter Venditiones publicas & priuatas. 126.6

Si eadem res pluribus ſeparatim Vendita ſit, præfertur is cui priori res tradita eſt, licet poſterior emerit. 335.3

Verba.

Verba enuntiatiua an diſponant fauore liberorum. 389. 11

Directorum Verborum vſus. 626.4

Verba imperatiua quæ. ibid 6

Verba conditionalia nihil diſponere in legibus maximè verum, iis præſertim per quas ſucceſſio defertur. 445.21

Verbi lego vis propria. 627.17

Verba inflexa ſiue obliqua non ſemper accipiuntur pro precariis, & quoénam ſit inter hos diſcrimen. 628.10

Verba legis in ſucceſſionum iure inducendo qualia eſſe debeant 51'.7

Diſpoſitiuis adeóque imperatiuis verbis opus eſt in cõſtituendo iure directo hereditatum. 444.9

Verborum proprietas in poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus exactè non eſt requirenda. 635. 4

Verbum volet eſt extenſiuum habetque tractum temporis. 424. 5.

De Verbis quæ communia dicuntur interpretibus. 631.15

Verba derogatoria vim habent cuiuſdam ademptionis. 713.7

Verba conditionalia non diſponunt. 498.10

Obliqua ſeu precaria Verba quæ. 626.6 in quem vſum comparata. ibid 5

Nulla eſſe Verba communia aduerſus interpretes. p.627. n.7 & ſeqq.

Quod non Verborum diſcrimen ſuſtulerit Conſtantinus. 628. 8.

Verbum inſtituo an directum. 627 11 15

Verborum quibus ſolent vti teſtatores diuiſio interpretum trimembris: & de ea autoris ſententia. 626 2.3

De Verbis directis & imperatiuis nouiſſima autoris ſententia. 629. 2

Verbum ſubſtituo non æquè ſignificat fideicommiſſum ac vulgarem ſubſtitutionem 627.10

Verbum ſubſtituo an directum, an verò commune. 628.19

Verbis tantùm Coniuncti, vt differant ab illis, vel re & verbis coniuncti ſunt, ex ſententia interpretum. 1010.1.& ſeqq.

Verborum directorum inepta diſtinctio à Bart. inuecta, & eius refutatio. 627.13

Verbum iubeo quale. ibid 12

Verba communia iure gentium qualia Bartolo. ibid 14

Traditio interpretum de Verbis communibus multorum grauiumque errorum cauſa 626 1

Summa Verborum diuiſio & ſubdiuiſio ex autoris ſententia. 628. 21.

Quæ Verba directa non ciuilia, item quæ communia ex interpretum placitis. 6:91

Videri.

Caſus quo plus eſt Videri quàm eſſe. 575.4

Vindicatio.

Vindicatio eſt ab initio & ſui natura arbitraria. 409 20

Diſcrimen inter Vindicationem & condictionem. 909 5

Vtilis Vindicatio à Baldo vt definiatur, & eius definitionis reprehenſio. 910 8

Rei Vindicatio vt ſit ſimilis, diſſimiliſve actioni hypothecariæ. 236. 4 & ſeqq.

Virilis portio.

Virilis appellatione quid contineatur. 1014.5

Etiam Virilis partis appellatione quandoque totum continetur. 1045.11

Viuens.

Viuentis ſuum & quomodo ſit ſuus heres. 450.17

Vocabulum.

Verum Vocabula immutabilia ſunt. 828. 13. non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi vſu exaudienda ſunt. ibid.

Voluntas.

Quæuis vltima Voluntas eſt ambulatoria vſque ad mortem 720. 7.

Quæque vltima Voluntas exigit perſeuerantiam. 981.13

An diſpoſitio patris inter liberos quæ ſit imperfecta ratione Voluntas ſeruanda ſit. 664.8

Ex actu quoque nullo modo declaratur Voluntas. 741.6

Nihil eſt homini tam naturale quàm vt habeat liberam Voluntatem. 746.4

Nuda teſtantis Voluntate teſtamentum infirmari non poteſt. 767. 12

Cùm in Verbis nulla eſt ambiguitas, admittenda non eſt quæſtio Voluntatis 613 13

An Voluntas minùs ſolemnis in piam cauſam collata valeat. 661. 8.

An Voluntas parentis inter liberos minùs ſolemnis defendatur iure teſtati, an potiùs inteſtati. 653. 1

Etiam tacita Voluntate legata & fideicommiſſa reuocantur 952. 1.

Quæ Voluntas requiratur in aditione. 36. 9

Vltimæ voluntates infinuatione cur non indigeant. 859.6

Imperfecta Voluntas quæ. 654 5

Defuncti hominis Voluntates fauorabiles. 2.6, intereſt publicè eas effectum habere. ibid.

Qui vel ſupplicio capitis vel pœna deportationis affectus eſt non poteſt decedere cum vltima voluntate. 943.5

Non alias vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, quàm quæ ab initio valuerunt 816.3

Quædam ſpecies vltimæ voluntatis non poſſunt aliter quàm per ſcripturam fieri 689.13

Ad habendum heredem teſtamentarium non ſufficit nuda Voluntas. 391.27

In vltimis Voluntatibus interpretandis regulare eſt, vt plus dictum minus ſcriptum non exiſtimetur. 2.10

Vſucapio.

Cur non ſit Vſucapioni locus: vbi pater filio quem habet in poteſtate donauit rem alienam. 818 1.& 3

Filiusfam. non poteſt rem ſibi à patre donatam Vſucapere pro donato aut pro herede. 816.1

De Vſucapione rei donatæ coniugi à coniuge. ibid. 1.& ſeqq

Nihil pro herede Vſucapi poteſt ſuis heredibus exiſtentibus 576. 9.

Nullam eſſe pro poſſeſſore Vſucapionem vbi eſt ſuus heres quamuis ſe abſtinens. ibid.16

Vſusfructus, Vſufructuarius.

Vſufructuario proprietatem acquirente vſufructus per conſolidationem amittitur. 320 1

Nullus eſt vſusfructus cauſalis. ibid.2

Differentia inter Vſumfructum & dotem. 327.4

Vſusfructus diſtinctio in cauſalem & formalem ridicula. 831. 13.

Vſusfructus à proprietate ſeparatus in quibuſdam pars dominij eſſe cenſetur. ibid.13

Vſufructu vni purè legato, alteri ſub conditione, purè legatarius interim habebit totum, vt rectè ſtatuit Bart. 1024.6

Vſura, Vſurarius.

Vſuræ legatorum & fideicommiſſorum vt debeantur. 131. 6 & ſeqq.

Vſuræ quantumlibet odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationem deducuntur aut chirographum, debentur. 5 8.15

Odium vſurarum non efficit vt promitti aut certi condictione peti non poſſint, ſed tantùm vt ex nudo pacto peti nequeant ibid 9

In iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur. 2 9.8

Vſuræ vt differant à fructibus. 130. 2.13

Fœnebris pecuniæ vſuræ non debentur niſi ex ſtipulatione. 101 11.

Vſurarum remiſſio facilè præſumitur. 5.21

Legitimæ & licitæ vſuræ quæ dicantur. 11 .1

Vſurarum tolerantia vnde profluxerit. 1 7.2

Vſuræ centeſimæ quæ. ibid. 4. trientes vſuræ quæ, & vnde dictæ. ibid.516

Quo ſenſu dicatur, lite conteſtata vſuras currere. 4 38

Error pragmaticorum de vſuris in chirographo promiſſis non non debitis niſi ex quo agnitum eſt vel denegatum chirographum. 4.1.& ſeqq.

Vſuræ quæ odioſæ aut non odioſæ. 5. 3.& 5.10.27

Vſuræ chirographo promiſſæ debentur ex tempore quo ſolutio fieri debuit, contra pragmat. 44

Digitized by Google

Index Rerum,& Verborum.

Vſura vſuræ interdicta eſt, 258. 3. an omni caſu. ibid. n 4. & ſeq. pecuniæ creditæ vſuras nullas deberi ex mora neque ex litis conteſtatione. p. 259 n. 6

Vſuræ fœnebris pecuniæ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt. 4. 3

Facilis eſt, & fauorabilis vſurarum remiſſio. 119. 7

Caſu quo vſuræ debentur etiam citra moram. 130. 2

Quo caſu poſſit hodie exigi vſura centeſima. 117. 11

Quonam iure vtantur Sabaudi quod attinet ad certum vſurarum modum. ibid. 12. & 118 14

Mediocres ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint. 117. 8

Quas vſuras inhibeat nuda oblatio. 294. 8

Legitimus modus vſurarum apud Sabaudos. 115. 13. 118 13

Quæ vſuræ tacitè remiſſæ cenſeantur. 6. 22

Facta condemnatione ſortis non poteſt amplius propter vſuras actio intendi. 408. 17

Vſuræ ſunt acceſſiones induſtriales, fructus verò naturales. p. 743. n. 10

Vſurarius manifeſtus non poteſt teſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris indebitè perceptis reſtituendis. 959. 1

Vſurarius manifeſtus an poſſit donare cauſa mortis. ibid. & ſeqq. num.

Vtilis actio.

Vtilis actio cùm ſimpliciter dicitur, ea quæ eſt in rem potiùs intelligenda eſt, quàm quæ in perſonam. 981. 13

Vtile iudicium quid. 404. 5

Vxor.

Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio ſtatuatur. 671. 7.

Ignominioſa vxor quæ. 478. 12

FINIS.

Digitized by Google

ized by Google